

من موسوعة الأحوال الشخصية

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

أسباب التطليق

التطليق لعدم الإنفاق - شروط التطليق لعدم الإنفاق - التطليق للعيب - التطليق للجب والخصاء والعنة - التطليق بسبب العيب المستحکم - شروط التطليق للعيب المستحکم - التفريط للعيب مطلق طائن - التطليق للضرر - شروط التطليق للضرر - أحكام خاصة بالضرر - إثبات الضرر - حجية الحكم الجنائي في إثبات الضرر أمام المحكمة القى تنظر دعوى التطليق - قضاء المحكمة فى دعوى التطليق - إجراءات التحكيم والقضاء على طلب التطليق - بعض الأحكام الخاصة بدعوى التطليق للضرر - التطليق لظرواح من أخرى - التطليق للغيبة - التطليق لحبس الزوج.

الطبعة الأولى 2015-2016



9 شارع سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة

19 شارع بيرم التونسي - زينهم - السيدة زينب

ت: 23639556 - 23953301 - 23960443

Email- dar.mahmoud88@outlook.com

اسم الكتاب : أسباب التطليق

اسم المؤلف : محمد عزمي البكري

عدد الصفحات : 250 صفحة

الطبعة الأولى : 2015-2016

رقلم الإيداع : 2015/ 8874

الترقيم الدولي : 9 – 107 – 400 – 977 – 978

جميع حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة
للمؤلف ، ودار محمود للنشر والتوزيع ، ولا يجوز
طبع أو تصوير أو النقل الإلكتروني لأي جزء
من هذا المؤلف بأي طريقة كانت.



9 شارع سامي البارودي – باب الخلق – القاهرة

19 شارع بيرم التونسي – زينهم – السيدة زينب

ت : 01117997998 - 23953301 - 23960443

Email- dar.mahmoud88@outlook.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً ۖ وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ
فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ ۚ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ ﴾

صدق الله العظيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

هذا الكتاب (أسباب التطلاق) يتضمن شرحا فقهيا مسهبا وتعليقا بآراء الفقهاء وأحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا والمحاكم الأخرى والفتاوى الصادرة من دار الإفتاء والمناقشات البرلمانية وهو يتضمن أسباب التطلاق بحكم القاضى وهى:

- 1- التطلاق لعدم الإنفاق.
 - 2- التطلاق للعيب.
 - 3- التطلاق للضرر.
 - 4- التطلاق للزواج بأخرى.
 - 5- التطلاق للغيبة.
 - 6- التطلاق لحبس الزوج.
- وأتمنى أن يكون هذا الجهد نافعا مثمرا.

والله ولى التوفيق

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكري

رئيس محكمة استئناف بنى سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

(أولا)

السبب الأول من أسباب التطلق

التطبيق لعدم الإنفاق

1- النصوص القانونية :

المواد 4، 5، 6 من القانون رقم 25 لسنة 1920 :

مادة (4) :

«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 القاضى فى الحال وإن أدعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا وإن أثبتة أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك».

مادة (5) :

«إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تتفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى 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 القاضى. وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة».

مادة (6)

«تطبيق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته إذ ثبت إيساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة».

2- المصدر التشريعي للتطليق لعدم الإنفاق:

لا يجيز المذهب الحنفى التطليق لعدم الإنفاق، سواء كان السبب مجرد الامتناع أم السبب الإعسار والعجز، وإنما جعل للمرأة الحق فى 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 فى التفصيل.

وقد استمد القانون رقم 25 لسنة 1920 أحكام المواد 4، 5، 6 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⁽¹⁾.

ولذلك يعتبر مذهب مالك المصدر التشريعى لمواد التطليق لعدم الإنفاق، ومن ثم يراجع إليه فى تفسيرها⁽²⁾.

- (1) ونصها الآتى: «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 354.
- (2) ونورد فيما يلى أدلة كل من الفريقين على رأيه.
- (أ) أدلة المذهب الحنفى:

- 1- قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآءَاتَهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ۝﴾ - الآية 7 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.
- 2- أن الله تعالى قد ندب إلى النكاح مع الفقر فقال سبحانه فى سورة النور الآية 32 ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۚ﴾.

- 3- 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 280: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ

فَنَظَرَةٌ 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.

4- 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.

5- أن نساء النبي عليه السلام سألنه ما ليس عنده فاعتزلهن 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:

1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْسِكُوهُمْ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ وقوله ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِحِي بِإِحْسَنِ﴾. وأن البقاء مع عدم الإنفاق ضرار وإمساك بغير معروف وكان حقا على الزوج أن يطلق زوجته ولما لم يقم بذل وتعين عليه قام القاضي مقامه.

2- 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.

3- 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.

4- 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 25 لسنة 1920.

شروط التطليق لعدم الإنفاق

يشترط للقضاء بتطليق الزوجة على زوجها لعدم الإنفاق إذا طلبت ذلك، سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا غيبة قريبة أو غيبة بعيدة، توافر الشرطين الآتيين:

3- 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 بيانا كافيا، غير أنه يؤخذ من الإطلاق الوارد فى المادتين (4، 5) فى الإنفاق والنفقة، أن المراد النفقة الواجبة أى العادية، لا الضرورية، الحاضرة لا الماضية⁽³⁾.

فالنفقة الماضية دين كسائر الديون تستوفىها الزوجة بالطرق المقررة.

وقد قضت محكمة دمنهور الابتدائية بتاريخ 1957/10/29 فى الدعوى

رقم 47 لسنة 1957 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 موسرا فأعسر، فلا حق لها فى طلب الفرقة.

(3) ومذهب مالك يترتب التطليق على عدم الوفاء بالنفقة الضرورية لا الواجبة (حاشية الدسوقي جـ 2 ص 519).

وإذا قدم لها الكفيل ما تتفق منه لم يكن لها حق التطلق⁽⁴⁾.
ويؤخذ من الإطلاق الوارد بالمادتين (4، 5) أنه لا يشترط أن تكون الزوجة مدخولا بها أو دعاها الزوج إلى الدخول، كما هو مقرر في الفقه المالكي⁽⁵⁾.
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 فتترك سؤال الناس على خلاف عادته، فإن لها الحق في طلب التطلق.

4- الشرط الثاني: ألا يكون للزوج مال ظاهر:

والمال الظاهر هو ما يمكن التنفيذ عليه بالطرق المعتادة⁽⁶⁾. أى الحجز والبيع. ذلك أن غاية القانون رقم 25 لسنة 1920 من التطلق 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 التطلق لعدم الإنفاق.

غير أن كيفية وإجراءات القضاء بتطبيق 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:

5- (أ) ما يتبع في تطبيق الزوجة على زوجها الحاضر:

1- 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 طلقته منه».

(4) وفى الفقه المالكي إذا تطوع شخص آخر بالإنفاق على الزوجة حتى يوسر الزوج قريبا للزوج أو أجنيا عنه سقط حقها فى طلب التطلق لاندفاع حاجتها بذلك (الدكتور محمد مصطفى شلبى ص586).

(5) راجع فى هذا الفقه: حاشية الدسوقي جـ 2 ص519.

(6) عمر عبد الله ص514 - دمنهور الابتدائية بتاريخ 1957/12/29 الدعوى رقم 58 لسنة 1955.

2- 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.

3- إذا لم يحضر الزوج أمام القاضي لا بنفسه ولا بوكيل عنه، فترى 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 فى الحال⁽⁷⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «التطبيق لعدم الإنفاق. م4 من المرسوم ق 25 لسنة 1929. مناطه انتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة وعدم ادعاء الزوج العسر أو اليسر وإصراره على عدم الإنفاق على زوجته. أثره. تطبيق الزوجة استظهار ذلك من مسائل الواقع. من سلطة قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة».

(طعن رقم 129 لسنة 60ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/1/18)

(7) جاء فى تعليمات وزارة العدل الخاصة بالمادة الرابعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 ما نصه:

«تضمنت هذه المادة بيان الأحوال التى يطلق فيها القاضى على الزوج الحاضر، الذى ليس له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه، وهى:

1- إذا تصادق الطرفان على الإعسار، أو أنكرته الزوجة وأثبتته الزوج، فى هذه الحالة يمهل مدة لا تزيد على شهر، فإن انفق فلا تطليق، وإلا طلق عليه القاضى بقوله: فسخت نكاحك منه، أو طلقكك عليه.

2- إذا ادعى الإعسار ولم يثبت لا بمصادقة ولا ببينة.

3- 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 القاضى بدون إمهال بإحدى الصيغتين السابق ذكرهما، وفى كل الأحوال لابد من طلب الزوجة التطليق».

2- «التفريق لعدم الإنفاق. م4 من م بق 25 لسنة 1920. مناطه. التزام المحكمة بإمهال الزوج لأداء النفقة. شرطه. ادعاء الإعسار وإثباته. علة ذلك. استظهار وجود مال ظاهر للزوج. واقع. استقلال قاضى الموضوع بتقديره». (طعن رقم 84 لسنة 64ق - «أحوال شخصية» جلسة 1998/3/30)

6- (ب) ما يتبع فى تطبيق الزوجة على زوجها الغائب غيبة قريبة :

يكون الزوج غائبا غيبة قريبة، إذا كان بمكان بسيط وصول قرار المحكمة بإعذاره إليه فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام.

ويكون تطبيق الزوجة على النحو الآتى :

1- 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 القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، وتقرر المحكمة تكليف قلم الكتاب بإعلانه بصورة الإعذار، ويبين له القاضى فى الإعذار أنه سيطلق امرأته إذا لم تصلها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه، فإن لم يحضر للإنفاق عليها ولم يرسل إليها ما تنفق منه، وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل.

2- إذا تعذر الإعذار إلى الزوج بسبب مغادرته الوطن المبين بالإعذار وعدم الاستدلال على موطن آخر له حكم القاضى بالتطبيق دون إعذار لأن المادة الخامسة لا تتطلب الإعذار عند التفريق فى الغيبة البعيدة، وتعذر الإعذار فى الغيبة القريبة يوجب إلحاق الغيبة القريبة بالغيبة البعيدة فى الحكم لاتحاد العلة فيهما.

وفى هذا قضت محكمة المحلة الكبرى الشرعية الجزئية بتاريخ 1934/5/26 فى الدعوى رقم 576 لسنة 1933 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 25 لسنة 1920» 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)

7- 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⁽⁸⁾.

(8) أسيوط الابتدائية الشرعية بتاريخ 1936/11/8 فى الدعوى رقم 322 لسنة 1925 كلى مستأنف.

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 تتفق منه على نفسها، بحيث إذا فعل ذلك بعد انقضاء المهلة أو فى أى مرحلة من مراحل الدعوى انتفى موجب التطلق وهذا ما قضت به محكمة النقض - بصدد الإعذار المنصوص عليه بالمادة 12 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 - بتاريخ 20 يناير سنة 1981 فى الطعن رقم 13 لسنة 48ق - أحوال شخصية - منشور ببند (94).

8- (ج) - ما يتبع فى تطلق 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⁽⁹⁾.

ولكى يقضى للزوجة بالتطلق، 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.

9- 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.

(9) راجع فى المفقود الكتاب الثالث من الموسوعة موضوع رقم (21).

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.

10- 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 (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية - ومن قبلها المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحال إليها القانون رقم 462 لسنة 1955 (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 التطلق للضرر طبقاً للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 والمستمدة أيضاً من مذهب الإمام مالك، وذلك فى قضائها الصادر من دائرة الأحوال الشخصية بتاريخ 1974/6/5 فى الطعن 16 لسنة 38ق، وبتاريخ 1980/4/2 فى الطعن 15 لسنة 47ق، وبتاريخ 1985/4/16 فى الطعن رقم 1 لسنة 54ق، وبتاريخ 1986/12/23 فى الطعن رقم 69 لسنة 55ق (منشور جميعاً ببند 166)⁽¹⁰⁾.

ولما كانت دعوى التطلق لعدم الإنفاق تختلف عن دعوى النفقة فإن المادة (179) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - قبل الغائها - التى تجيز شهادة الاستكشاف فى القضاء بالنفقات لا تطبق على دعوى التطلق لعدم الإنفاق.

11 - الدفع بنشوز الزوجة أثناء نظر دعوى التطلق لعدم الإنفاق:

لما كانت النفقة تستحق للزوجة نظير احتباسها لمصلحة زوجها، فقد يدفع الزوج أثناء نظر دعوى التطلق لعدم الإنفاق بنشوز زوجته، توصلًا إلى رفض دعاها لفوات الاحتباس.

(10) وهذا القضاء عدل عن قضاء سابق لها رفضت فيه تطبيق قواعد الإثبات فى المذهب الحنفى فى دعوى تطلق لعدم الإنفاق.

إذ ذهب بتاريخ 1960/2/18 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 تطلق لعدم الإنفاق تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية والرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة تطبيقاً للمادة 6 من القانون رقم 452 سنة 1955 ومن قبلها المادة 280 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 التطلق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم أصلاً على رأى فى مذهب أبى حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطلق لأى من هذين السببين وإنما يقوم هذا التطلق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز القانون رقم 25 لسنة 1920 التطلق 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 (11 مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985، 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 من الموسوعة موضوع رقم 2).

12- الامتناع عن الإنفاق لا يجيز طلب التطبيق للضرر:

امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته وعدم وجود مال ظاهر له يمكنها التنفيذ عليه بنفقتها، لا يجيز لها طلب التطبيق منه بآئنا للضرر عملا بالمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل)، لأن هذه الحالة وضعت لها نصوص خاصة فى القانون رقم 25 لسنة 1920 المواد (4، 5، 6) وحكم الطلاق الذى يترتب على هذه الحالة أنه طلاق رجعى (م6)، هذا ولا يتصور أن الامتناع عن الإنفاق ضرر لا يستطيع معه العشرة بين الزوجية بدرجة توجب التطبيق البائن.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1974/6/5 على الطعن رقم 16 لسنة

38ق «أحوال شخصية» بأن:

«لما كانت الطاعة قد أقامت دعواها ضد المطعون عليه بطلب تطبيقها منه طلبة بائنة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، وكان ما أضافته الطاعة أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه

أمتنع 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 4، 5، 6 من القانون رقم 25 لسنة 1920 وبالتالى فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف عملا بما تقضى به المادة 321 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية - وهى المواد التى أبقى عليها القانون رقم 462 لسنة 1955 - لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يرد على طلب التطلق لعدم الإنفاق يكون غير منتج».

13- التطبيق لعدم الإنفاق رجعي:

نصت المادة السادسة من القانون على أن تطبيق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعيا.

ويكون الطلاق كذلك إذا كان بعد الدخول ولم يكن مكملا للثلاث أما إذا كان قبل الدخول فإنه يكون بائنا ببيونة صغرى، وإذا كان مكملا للثلاث فإنه يكون بائنا ببيونة كبرى (م5 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل)⁽¹⁾.

14- مراجعة الزوج لزوجته:

نصت المادة السادسة من القانون على أن للزوج بعد تطبيق زوجته رجعيا لعدم الإنفاق أن يراجعها إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة فإن لم

(1) ووقوع التطلق رجعيا 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 ص353).

يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة. وعلى ذلك لا تصح الرجعة في هذه الحالة بالقول أو الفعل كالشأن في أى رجعة أخرى، وإنما يجب توافر شرطين.

- 1- ثبوت إيساره بحيث يظن قدرته على إدامة الإنفاق. ويشترط في اليسار أن يكون كاملاً، بأن يكون قادراً على أداء ما يجب من نفقة لمثلها على مثله. وقد اختلف في قدر الزمن الذى إذا أيسر بنفقته كان له الرجعة ف قيل 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.
- 2- 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 الإطكندرية الابتدائية الشريعة فى الطدعوى رقم 319 لسنة 1938 شرعى كلى مسطأنف بقتارىخ 1939/4/25 بأن:

«اليسار لا يثبت بمجرد عرض نفقة شهر بعد الامتناع أشهر، وبعد خصومة وقضاء ودفع 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 كافيا لإثبات يساره أو غير كاف وما إذا كان مستعدا حقيقة للإنفاق أو غير مستعد».

وقضت محكمة النقض بأن :

التطليق لعدم الإنفاق. وقوعه رجعيا. للزوج مراجعة زوجته. شرطه. ثبوت يساره واستعداده للإنفاق في أثناء العدة. مخالفة ذلك. أثره. عدم صحة الرجعة. م 6 ق 25 لسنة 1920.

(طعن رقم 793 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» - جلسة 2007/5/26)

15- وجوب بذل المحكطة جهدا قلى محاوطة المصلح بين الطزوجين طبقا

للفقرة الثانية من المادة (18) من القانون رقم (1) لسنة 2000 :

(راجع الجزء الثانى من الموسوعة بند 65)



(ثانياً)

السبب الثانى من أسباب التطليق

التطليق للعيب

16- 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 جارياً بمصر قبل العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1920 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 25 لسنة 1920 نص فى مادته التاسعة 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» - ومن ثم فقد ظل العمل باقياً فى التطليق بعيوب الجب والخصاء والعنة طبقاً 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 (11) من القانون رقم 25 لسنة 1920 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 :

1- «.... 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)

2- «.... 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 14/12/1977)

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 بزوجها 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 التطبيق لأحد هذه العيوب محمد بن الحسن من الحنفية⁽¹⁾، والمذاهب الثلاثة الأخرى.

والجب (بفتح الجيم) هو استئصال عضو التئاسل ويسمى الرجل محبوباً. ويلحق بالمحبوب من كان ذكره صغيراً جداً كالزُر لا من كانت آلتة 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⁽²⁾. 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.

(1) أما محمد بن الحسن فقد زاد ثلاثة عيوب أخرى هي الجنون والجدام والبرص وقد وافقه الأئمة الثلاثة على ذلك - كما سنرى - وزادوا غيرها - وليس في الكتاب ولا في السنة نص في الفرقة بالعيب 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 عني إلا كما تغنى هذه الشعرة، ففرق بيني 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 بتطبيق امرأته.

(2) المعجم الوجيز الطبعة الأولى سنة 1980 ص 438.

وإذا أُلج الحشفة (الختان) فقط فليس بعنين، وإن كان مقطوعها فلا بد من إيلاج بقية الذكر، فيكفى الإيلاج بقدر الحشفة من مقطوعها⁽³⁾.

ونعرض فيما يلي لشروط التطلق للجب والخصاء والعنة⁽⁴⁾.

17- شروط التطلق للجب والخصاء والعنة:

يشترط للقضاء بتطلق المرأة بسبب أحد العيوب التناسلية الثلاثة: الجب والخصاء والعنة توافر الشروط الآتية:

1- أن يكون العيب موجودا عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول.

(3) حاشية ابن عابدين ج3 ص494 وما بعدها - البحر الرائق ج4 ص122.

(4) 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 بالإبلاء 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 حقا» دون أن يسألها قرياه 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 بالغيبة خيفة الفتنة وخشية الوقوع في الزنا من غير تقيد بعدم دخول سابق، وقد جاء المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 مقررًا ذلك صراحة فأجازت المادة (12) منه للزوجة إذا غاب زوجها سنة فأكثر بلا عذر مقبول أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا 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 ص595 وما بعدها - الدكتور أحمد الغندور ص133 - الدكتور محمد بلتاجي في أحكام الأسرة - الجزء الأول 1985 ص544).

أما إذا حدث العيب بعد الدخول فلا يثبت لها الحق فى طلب التطلاق لأن الزوج بالوصول إلى المرأة مرة قد أوفأها حقها قضاء فليس لها أن تطالبه بعدها وإن كان عليها أن يعفها ليحصنها ديانة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1975/11/19 فى الطعن رقم 8 لسنة 43 ق «أحوال شخصية» بأن:

«إذ كانت المذكرة الإيضاحية - للقانون رقم 25 لسنة 1920 - قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسما. قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقهه، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر، وكان المقرر فى مذهب الحنفية أن من شرائط إباحة حق التطلاق للزوجة بسبب العنة ألا يكون زوجها قد وصل إليها فى النكاح، فإن كان قد وصل إليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق، لأن حقها إنما هو فى 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 ثيبا أو كانت ثيبا من الأصل قاصر عندهم على العيب الذى 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 25 لسنة 1920 التطلاق للعيب الحادث بعد الدخول دون أن توجب يمينا على الزوج، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وأن الضعف الجنسى طرأ بعد الدخول، فإن تحليفه اليمين يكون فى غير موضعه»⁽⁵⁾.

(5) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1981/7/26 فى 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 فى =

= رفع أمرها إلى القاضى طالبة التفريق بينها وبين زوجها المعيب - والفقهاء وإن اختلفوا فى 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. والعنين فى اللغة من لا يقرر على الجماع، وشرعا من تعجز آلتة عن الدخول فى قبل زوجته وموضع الحرث منها. أكثر (1) 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 والشافعى وأحمد بن حنبل وعطاء وطاوس والأوزاعى والليث بن سعد والحسن بن يحيى وشريح وعمرو بن دينار وأبو عبيد. ومقتضى هذا أن الزوج إذا وصل إلى زوجته وقاعا فى 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 أبى 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 (2) «... ولو تزوج ووصل إليها ثم عجز عن الوطء بعد ذلك، وصار عنيئا، لم يكن لها حق الخصومة...» وعلى أنه (3) «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 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 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 الإذعان بالعنة حكم المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1929 كما نبهت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية على الوجه السابق...الخ».

هامش الفتوى:

1- المغنى لابن قدامة الحنبلى مع الشرح الكبير ج7 ص610 والمحلى لابن حزم ج1 ص269، 270، 271، 272.

2- الفتاوى الخانية المطبوعة على هامش الفتاوى الهندية ج1 ص412 طبعة ثانية بولاق. الأميرية 1310هـ.

- 2- أن تكون غير عالمة بالعييب قبل الزواج، فلو تزوجته وهى تعلم بالعييب كانت راضية بالبقاء معه، فلا يكون لها حق طلب التطليق.
- 3- ألا يوجد منها ما يفيد رضاها بالعييب بعد العقد إذا لم تكن عالمة به قبل العقد. فإن رضيت بالعييب صراحة أو دلالة لم يثبت لها الحق فى التطليق. ومثال الرضا دلالة أن تطالب زوجها بالنفقة.
- والسكوت لا يعد رضا بالعييب، فلو مكثت مع زوجها زمنا ولم يظهر رضاها بالعييب، فلا يكون سكوتها مسقطا لحقها فى طلب التطليق، لأن السكوت قد يكون للتجربة وترجى الوصول إلى الرضا به فلا يبطل حقها بالشك⁽⁶⁾.
- 4- ألا يكون بها عيب يمنع من المخالطة، فإذا كان بها شيء من ذلك كالرتق⁽⁷⁾ والقرن⁽⁸⁾ والعفل⁽⁹⁾، فلا يكون لها حق المطالبة بالتطليق لأن مانعا قد وجد من جانبها أيضا فلا يكون الرجل ظالما بإمساكها حتى يؤمر برفع الظلم عنها بالطلاق.
- 5- 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⁽¹⁰⁾.
- 6- 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 المجبوب.

= 3- الدر المختار للحصفي شرح تنوير الأبصار للعلائي وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج2 ص917، 918 والبحر الرائق لابن نجيم المصرى الحنفى ج4 ص135.

(6) حاشية ابن عابدين ج3 ص499.

(7) الرتق: انسداد موضع الاتصال الجنسى سواء كان الانسداد بعظم أو غدة لحم.

(8) القرن: شيء يبرز فى موضع الاتصال الجنسى كقرن الشاة يمنع من الاستعمال.

(9) العفل: لحم برز من موضع الاتصال الجنسى.

(10) حاشية ابن عابدين ج3 ص495.

18- ما يتبع فى طلب التطلق للجب :

إذا ادعت الزوجة أن زوجها مجبوا 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 التطلق للخصاء والعنة كما سنرى - لعدم الفائدة من الإمهال فى هذه الحالة.

ولما صدر القانون رقم 25 لسنة 1920 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 الراجح من المذهب الحنفى وهى: الجب والخصاء والعنة⁽¹¹⁾، وعلى ذلك يجوز للمحكمة الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء لبيان ما إذا كان الزوج مجبوا من عدمه. وقد جرى العمل بالمحاكم على نذب الطبيب الشرعى لتوقيع الكشف الطبى على الزوج للوقوف على هذا العيب.

19- ما يتبع فى طلب التطلق للعنة والخصاء :

إذا طلبت المرأة التطلق 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

(11) فى هذا المعنى نقض: طعن رقم 20 لسنة 46 ق «أحوال شخصية» - جلسة 1977/12/14 (منشور بالبند التالي) - الدكتور محمد بلتاى فى أحكام الأسرة الجزء الأول ص 543.

طلب التطليق لأنه لم يصل إليها في خلال السنة أمر القاضي الزوج بأن يطلقها، فإن لم يفعل طلقها عليه.

وإن أنكر الزوج دعواها، فإذا كانت الزوجة وقت العقد ثيباً فالقول قوله بيمينه، لأنه ينكر استحقاقها الفرقة، وإن كان مدعي 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 مصدقاً لها وأجل القاضي سنة كما في حالة ما إذا اعترف بدعواها وأقر بأنه لم يصل إليها⁽¹²⁾.

وإذا كانت الزوجة بكراً وقت العقد عليها، عين القاضي امرأتين⁽¹³⁾ من الموثوق بهن للكشف عليها، فإن وجدتاها ثيباً 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 مصدقاً لها، فإذا صممت على الفرقة وأبى الزوج أن يطلقها طلقها عليه القاضي نيابة عنه.

وإذا وجدتاها بكراً، أجل القاضي سنة، فإذا عادت بعد انتهاء السنة أعيد الكشف عليها مرة ثانية، فإن تبين بعد الكشف عليها أنها لا تزال بكراً وأصرت على الفرقة أمر القاضي زوجها بأن يطلقها فإن لم يفعل طلقها القاضي طلاقاً بئنة⁽¹⁴⁾.

(12) الدكتور محمد مصطفى شلبي ص 592 - عمر عبد الله ص 530.

(13) وذلك للاحتياط، وامرأة واحدة تكفي. وإن اختلفت المرأتان عين القاضي غيرهما (البحر الرائق ج 4 ص 125).

(14) وجاء بحاشية ابن عابدين ج 3 ص 499 عن طريق معرفة البكارة والثبوبة ما يأتي: «قال في الفتح وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع يعني 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 بقل مشير إلى ضعفه، ولذا قال القهستاني وفيه تردد، فإن موضع البكارة غير المبال». «

ولما صدر القانون رقم 25 لسنة 1920 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 التطلق 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 ندب الطبيب الشرعى لأداء هذه المهمة.

ولا جدل فى أن التزام القاضى بتأجيل العنين سنة، مازال باقيا بعد العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1920، 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 (1) لسنة 2000 ومن قبلها المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة)، وهذا المذهب يوجب تأجيل القاضى سنة بالتفصيل المتقدم.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«تطبيق 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 1977/12/14 منشور بهذا البند)

ونص المذهب الحنفى على التأجيل سنة لأن الحق ثابت للزوجة فى الوطاء 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 وإبلاء 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⁽¹⁵⁾.

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⁽¹⁶⁾، ولم ينص التشريع المصرى على احتساب هذه المدة بالسنة الشمسية كما فعل فى بعض المسائل (م23 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929).

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⁽¹⁷⁾.

(15) الهداية ج2 ص26 - شرح فتح القدير ج4 ص298.

(16) حاشية ابن عابدين ج3 ابن عابدين ص497.

(17) البحر الرائق ج4 ص124- التنوير وشرحه الدر المختار مطبوع مع حاشية ابن

عابدين ج3 ص497 - ويقول ابن عابدين أن السنة القمرية بالأيام 354 يوما، 8 ساعات، 48 دقيقة. وهى تزيد على السنة الشمسية (الميلادية) 11 يوما، 5 ساعات، 55 دقيقة أو 49 دقيقة.

وتبدأ السنة من يوم خصومة الزوجة لزوجها، إلا إذا كان الزوج صغيراً أو مريضاً أو فى حالة إحرام، فإن ابتداء السنة يكون من وقت البلوغ والشفاء من المرض والانتفاء من الإحرام.

والعبرة بتأجيل القاضى، فلا عبرة بتأجيل المرأة السابق على الخصومة أو غيرها⁽¹⁾.

وإذا كان الفقه قد اشترط أن تكون السنة من تاريخ الخصومة، وكان المعروف أن الخصومة فى الماضى كانت تنعقد بحضور الطرفين وتنتهى فى أجل قصير، أما الآن وقد أصبح للتقاضى إجراءات مطولة، فإننا نرى أن مدة السنة تحسب من تاريخ صدور القرار بالتأجيل لا من تاريخ المخاصمة أى رفع الدعوى بإيداع صحيفة قلم الكتاب⁽²⁾.

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 شؤنه أو للحج فلا يعتبر ذلك عذراً بل تحسب أيامه من السنة⁽³⁾.

وتحسب من السنة أيام شهر رمضان وأيام حيضها⁽⁴⁾.

(1) وقد جاء بحاشية الرملى على البحر الرائق جـ 4 ص 124 ما يأتى: «ولا يكون إلا عند عند القاضى لأن هذا مقدمة أمر لا يكون إلا عند القاضى وهو الفرقة فكذا مقدمته».

(2) فى هذا المعنى نقض 1977/12/14 منشور بهذا البند - استئناف قنا بتاريخ 1988/4/23 منشور بالبند التالى.

(3) عبد الرحمن تاج ص 269.

(4) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1979/4/24 فى الطلب رقم 1979/112 بأن: بأن: «تقضى المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1931 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 إذا أقر الزوج بعدم الوصول إليها

والتأجيل إما أن يكون في غرة الشهر الهجرى أو في خلاله، فإن كان الأول احتسب السنة بالأهلة أى بالأشهر القمرية فتكون السنة اثني 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

بالرغم من تمكينها إياه أهله القاضى مدة سنة قمرية تبدأ برفع الدعوى إلى القضاء، ذلك لأن السنة=

= فصول أربعة مختلفة الأجواء، وعساه أن تزول علتة باختلاف الفصول، فإن ذهبت وجامعها فعلا خلال السنة ولو مرة رفض القاضى طلب الفرقة بسبب العنة. وإن لم يصل إليها فرق القاضى بينهما بطلقة بآئنة 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 التقريق 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 الصاحبين أما الإمام أبو حنيفة فيعتبر فى احتساب المدة الأيام، ويعتبر السنة عددية، كل شهر ثلاثون يوما فتكون السنة 360 يوما (راجع فى الرأيين: حاشية ابن عابدين ج3 ص497 وما بعدها) ونرجح مع البعض رأى الصاحبين، لأن السنة شمسية أو قمرية.

والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما، والشمسية تزيد عليها بأحد عشر يوما، فلا القمرية 360، ولا الشمسية 360 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 الصاحبين. 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 ص356 وما بعدها).

لأهل الخبرة من الأطباء فى هذا العيب رأى قاطع وقد يعجز الرجل عن معايشة امرأة دون أخرى أو فى حين دون آخر⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- «وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن النص فى المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 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 مخلولا 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

(1) القاهرة الابتدائية فى 1956/12/16 - الدعوى رقم 783 لسنة 1956 كلى.

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 التطبيق أو لا، وكان القانون رقم 25 لسنة 1920 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 طبقا للمادة 280 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 بكرا، 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 مريضا 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 مرضا لا يستطيع 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 بكرا 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 ناتجا 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 - التزاما منها بأداء مهمتها رقابة التطبيق القانون الصحيح - إلى وجوب الاعتداد بفترة الإمهال أخذا بالراجح فى مذهب أبى حنيفة تطبيقا للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أبقى عليها القانون رقم 462 لسنة 1955، إلا أنه استكمالا لأداء رسالتها لا يسعها إلا أن تعاود الإشارة إلى أن الإمهال لا موجب له فى خصوص العنة طبقا 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 متفيدة 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»⁽¹⁾.

(طعن رقم 20 لسنة 46 ق جلسة 1977/12/14)

2- «كان القانون رقم 25 لسنة 1920 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

(1) ولذلك أخطأت محكمة شبين الكوم فى حكمها الصادر بتاريخ 1986/12/29 فى الدعوى رقم 1984/233 كلى أحوال نفس لقضائها بالتطليق قبل إمهال الزوج لمدة سنة فقد جاء به:

«وحيث إنه متى كان ما تقدم وأخذا 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 أضحى مستحكما لا يمكن البرء منه ومن ثم فإن الدعوى على هذا النحو تكون قد صادفت صحيح الواقع وأصابته أحكام القانون».

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 بكرا، وأنه لم يصل إليها فيؤجله القاضى 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 مريضا 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 مرضا 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 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 ناتجا عن عوامل نفسية وعندئذ تكون عنته مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهّد 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 القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها.

(طعن رقم 172 لسنة 74 «أحوال شخصية» جلسة 2006/2/11)

20- كيفية إصدار القاضى 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 ثيبا أو بكرا.

وإذ لم يجر العمل في المحاكم على تأجيل الدعاوى إلى مدد طويلة كمدة السنة. فضلا عما ينشأ من صعوبات في تحديد الجلسة التي تؤجل إليها الدعوى في بعض الأحوال كما أن الفقه الحنفى المعمول به في هذا الشأن يذهب إلى أنه إذا أجل القاضى الزوج سنة ولم تعد المرأة إلى القضاء سكت عن القضية إذ ليس من وظيفته أن يثير الخصومة بين الناس⁽¹⁾، 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 دعاها لينظر القاضى في طلبها.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف قضا بطارخ 1988/4/23 فى الاستئناف رقم 145 لسنة 6 ق أحوال شخصية بأن:

«... لما كان ذلك وكان البين من تقرير الطبيب الشرعى أن المستأنف ضدها مازالت بكرًا 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.»

«أيضا: قنا الابتدائية بتاريخ 1971/3/22 فى الدعوى رقم 75 لسنة 1970

(1) حاشية ابن عابدين جـ 3 ص 500.

أحوال كلى نفس - وقد حكمت بوقف الدعوى لمدة سنة قمرية».



القسم الثاني

التطلق بسبب العيب المستحكم

21- النص القانوني:

المادة (9) من القانون رقم 25 لسنة 1920 (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».

22- 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 التطلق 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 يعدها 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⁽¹⁾.

23- شروط التطلاق للعيب المستحكم:

يشترط للتطلاق بسبب العيب المستحكم توافر الشروط الآتية:

1- 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 مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولكن يمكن الزوجة المقام مع وجوده بدون ضرر فإن العيب لا يبرر التطلاق⁽¹⁾.

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 (11) 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 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.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«طلب الزوجة التطلاق من زوجها للعيب. شرطه. م9، 11 من قانون 25 لسنة 1920. 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 ج2 ص279».

ولا شك أن معنى العيب المستحكم يتغير بتقدم وسائل التشخيص والعلاج. ولذلك فما يعتبر عيباً مستحكماً بالأوصاف المتقدمة اليوم قد لا يعتبر كذلك فى 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 :

1- «النص فى المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 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 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 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)

2- «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 الجنى بالمطعون عليها - هى عيب يبيح للزوج طلب

التطليق - وأسند فى ذلك إلى أسباب سائغة، وما أثاره الطاعن لا يعدو أن يكون مجادلة فى تقدير موضوعى لا يقبل أمام محكمة النقض ويكون النعى على الحكم بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال على غير أساس».

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق «أحوال شخصية» - جلسة 19/11/1975)⁽¹⁾

3- «مفاد نص المادتين 9، 11 من القانون رقم 25 لسنة 1920 بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يدل على أن المشرع توسع فى العيوب التى تبيح للزوجة الفرقة فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية وهى 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 فى 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 فى اعتباره العنة الطارئة على الزوج بعد الدخول بالزوجة وفض بكارتها عيباً مستحكماً يبرر التطليق طبقاً للمادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 (فقد جاء بأسباب الحكم أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وأن الضعف الجنسى طراً بعد الدخول) لأن التطليق للعنة يعمل فيه بالراجع من أحكام المذهب الحنفى - وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون وأشارت إليه المحكمة فى هذا الحكم وبقضاء آخر لها (راجع الحكم فى هذه الخصومة بند 141 وراجع نقض 14/12/1977 منشور ببند 114) - والمنصوص عليه فى 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 فى التطليق لأن الزوج يلتزم قضاء بالوصول إليها مرة، أما المادة التاسعة المذكورة فمجال تطبيقها العيوب الأخرى التى لا يعمل فيها بالراجع من المذهب الحنفى، وتطبيق هذه المادة على عيب العنة من شأنه إهدار القواعد التى أوردها الفقه الحنفى بصده وهى ما لم يقصده المشرع.

4- «حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب فى الرجل. م9، 11ق لسنة 25 لسنة 1920. شرطه. جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عنه».

(طعن رقم 30 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/1/19 - لم ينشر)
(راجع أيضا: نقض 1977/12/14 طعن رقم 20 لسنة 46ق
«أحوال شخصية» منشور بيند 141)

5- «النص فى المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1920 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 مستحكما ولم ترض به رضاء صحيحا نابعا عن علم يقينى به، واستمرت فى المقام معه زمنا للتجربة أو إعطاء الفرصة لاحتمال زوال هذا العيب طبيا 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 67ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/1/7)

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 الذى يبرر لها التطلق.

إذ قضت بتاريخ 1981/6/23 على الطعن رقم 13 لسنة 50 ق «أحلول شخصية» - (غير منشور) بأن :

«إذا كانت العملية الجراحية التى أجريت للطاعن وإن أصبح معها قادراً على إتيان زوجته بما ينفى 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 الجراحى استقرار حالة العيب لدى الطاعن بما يجعله عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه وينتقى موجب التأجيل الذى اشترطه لحنفية للحكم بالتطلق لعيب العنة».

وقد قضت محكمة إمبابة الشرعية الجزئية بأن العته لا يدخل فى العيوب المنصوص عليها بالمادة التاسعة والتى تجيز للزوجة طلب التطلق إذ ذهبت فى حكمها الصادر بتاريخ 1925/1/1 فى الدعوى رقم 41 لسنة 1934 إلى أن :

«نصت المادة التاسعة من القانون 25 لسنة 1920 على أنه يشترط فى العيب الذى 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».

2- ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب إذا كان موجوداً قبل الزواج فإن تزوجته عالمة بعيبه لم يكن لها طلب التفريق.

3- 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.

وترتيبا على ذلك قضت محكمة مغاظة الشريعة الجزئية بقايرخ 1933/2/25 فى الدعوى رقم 65 لسنة 1932 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 بزوها قد علمت ورضيت بذلك العيب رضاء جعلها تطلب بلسان وكيلها تعيينها قيمة عليه بصفتها زوجة له وأيد ذلك الرضاء، 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 25 لسنة 1920 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 قررت 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 1958/1/4 فى الدعوى رقم 256 لسنة 1957 كلى بأن:

«قعود المدعية عن رفع دعوى التطلق لإصابة الزوج بالجنون مدة عامين

لا يعتبر رضاء منها بالعيب 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».

24- هل يعتبر عقم الرجل عيبا يبرر طلب التلطيق؟

رأينا فيما سلف أن التلطيق للعيب كان يحكمه قبل العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1920 رأى الراجح من المذهب الحنفى وهو رأى الشيخين، والذى يعطى الزوجة الحق فى طلب التلطيق 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 التلطيق، وأنه لما صدر القانون رقم 25 لسنة 1920 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 بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التلطيق، ومن ثم فقد ظل العمل باقيا فى التلطيق بعيوب الجب والخصاء والعنة طبقا للرأى الراجح من المذهب الحنفى الذى كان معمولا به قبل العمل بالقانون المذكور، وأضاف هذا القانون حالات أخرى للتطيق للعيب يطبق فيها حكم القانون، وعلى ذلك يضحى جليا أن الطلاق للعيوب التناسلية يظل محكوما بالرأى الراجح فى المذهب الحنفى بينما يحكم الطلاق للعيوب الأخرى نص المادة التاسعة سالف الذكر، وقد قصر رأى الراجح فى المذهب الحنفى على ما سلف العيوب التى تمنع الرجل من قربان أهله والتى تجيز طلب التلطيق على الجب والخصاء والعنة، ولم يضيف إليها عقم الزوج، وعدم اعتبار عقم الرجل سببا للتطيق يبرره أن الولد

هبة من الخالق يمنحها أو يمنعها وفق مشيئته مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا﴾، كما أن النسل وإن كان من أسمى غايات الزواج إلا أنه ليس كل غاياته، فمنها سكن كل من الزوجين إلى الآخر وتآزرهما 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 الطعن بهذا الطرأى على حكمه حديث لها صادر بتاريخ 1997/12/29 على الطعن رقم 357 لسنة 63 ق - 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 25 لسنة 1920 فإن التفريق للعيب في الرجل قسما: 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 ساقفة 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 1992/12/28 فى الاستئناف رقم 72 لسنة 1992 شرعى.

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 خَلْقُ مَا يَشَاءُ يَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِشَاءً وَيَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿١١﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنِشَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ

عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴿١٢﴾﴾ الآيتان 49، 50 من سورة الشورى فلا يعد عدم الرزق بالأولاد فى ذاته عيبا فلا يجوز أن يتخذ سببا للتطلق إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر بقضائه بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن على سند من أنه عقيم، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه».

25- التفريق للعيب طلاق بائن:

نصت المادة العاشرة من القانون رقم 25 لسنة 1920 على أن: «الفرقة بالعيب طلاق بائن» - وهذا الحكم ينصرف إلى الفرقة التى يحكم بها القاضى، فنكون 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 25 لسنة 1929 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 25 لسنة 1920.

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⁽¹⁾.

(1) 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⁾.

26- بذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين: (راجع الكتاب الثانى من الموسوعة 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 المجهول لأنه يقينا لا يستطيع الوصول إليها، ومرضه يمنع صحة الخلوة فكونه مجبواً أولى.

(ثالثا)

السبب الثالث من أسباب التطلق التطبيق للضرر

27- النصوص القانونية :

(أ) المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل بالقانون رقم (1) لسنة 2000).

مادة (6) :

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 فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكماً على الوجه المبين بالمادة 19 من القانون رقم (1) لسنة 2000.

(ب) القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بطض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :
مادة (19) :

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

وعلى الحكمن المثل أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معاً، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما

تستقيه من أوراق الدعوى⁽¹⁾.

(1) وقد حلت هذه المادة محل المواد 7، 8، 9، 10، 11 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985.
= 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 اعتبرتتهما غير متفقين.

مادة (9):

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

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

مادة (10):

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

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

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

3- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التخليق دون بدل أو ببديل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- 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 (8).

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. والنصوص المذكورة قد سبق استبدالها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ونصها الآتى:

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):

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

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

مادة (9):

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

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

مادة (10):

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

- 1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.
- 2- إذ كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة.

3- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو يبدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تفريقا دون بدل.

مادة (11):

28- 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 شرعا، 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 (8).

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 بالتطبيق 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 25 لسنة 1929 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 يقررانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه.

وبينها عن إيدائها فإن عاد مسيئاً لها عزره القاضى بما يراه رادعاً له ولكنه لا يحبس إذا كانت الشكوى من الجور فى القسم، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضى حكمين ليقوما بالإصلاح بينهما عملاً بقوله تعالى:

﴿وإن خِفْتُم شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (1).

وقالوا إن هذه الآية تكاد تكون صريحة فى أن عمل الحكمين 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 والأوزاعى والشافعى فى قوله الآخر وأحمد فى الرواية الأخرى إلى أن للزوجة الحق فى طلب التطلق، وليس فى الآية ما يمنع ذلك، بل من يمعن النظر فيها يجدها جعلت لهما هذا الحق لأن الله سماهما حكمين وجعل حق بعثهما لغير الزوجين فليس مجرد وكيلين إذ لو أراد ذلك لقال «فابعثوا وكيلاً عنه ووكيلاً عنها» ولما قصرهما على أهله وأهلها، لأن الموكل له أن يوكل عنه من يشاء، وإذا كانا حكمين فهما بمعنى الحاكمين فيثبت لهما حق الحكم ولا حكم هنا إلا بالتفريق إذا تعذر الإصلاح وقد ثبت أن عثمان أرسل حكمين وقال لهما: إن رأيتما أن تفرقا ففرقا.

وكذلك روى عن على أنه بعث حكمين بين زوجين وقال لهما: عليكما إن رأيتما أن تجمعا فاجمعا وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا.

وروى عن ابن عباس أنه قال فى الحكمين: فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز (2).

وقد أجاز المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التطلق للضرر واستمد

(1) سورة النساء - الآية (35).

(2) الدكتور محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الإسلام ص 601 وما بعدها كما كان قد استمد أحكام المواد (7 - 11) الملغاة من هذا المذهب.

أحكام التطلاق للضرر المنصوص عليها فى المادة السادسة منه من مذهب مالك ولذا يعتبر مذهب مالك هو المصدر التشريعى لأحكام التطلاق 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 ويطلب 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 يؤدي 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 فسم عرى الزوجية بلا مبرر «المواد من 6 إلى 11».

29- شروط التطلاق للضرر:

يبين من نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل) أنها اشترطت للقضاء بتطلاق الزوجة للضرر توافر الشروط الآتية:

- (1) وقوع ضرر من الزوج.
- (2) أن يكون الضرر مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين.
- (3) أن يعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين.
- (4) أن تطلب الزوجة من القاضى التطلاق.

ونعرض للشروط الثلاثة الأولى بالتفصيل على النحو الآتى:

الشرط لأول وقوع ضرر من الزوج

30- المقصود بالضرر:

لم يعرف المشرع المقصود بالإضرار المنصوص عليه بالمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الذى 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 فى التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه، ولما كان مذهب المالكية هو المصدر التشريعى لهذا النص تعين الرجوع على هذا المذهب فى بيان الضرر.

والمنصوص عليه فى المذهب المالكى أن مضارة الزوجة تتمثل فى كل إيذاء بالقول أو الفعل حيث تعد معاملة الرجل فى العرف معاملة شاذة تشكو معها المرأة أو لا تطيق الصبر عليها، فهى بهذه المثابة كثيرة الأسباب متعددة المناحى متروك تقديرها لقاضى 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 فى الفراش، أو قطع الكلام عنها أو إثارة امرأة أخرى عليها.

ومعنى ذلك أن الضرر قد يكون إيجابياً كالتعدى بالقول أو الفعل وقد يكون سلبياً بهجر الزوج لزوجته ومنع الكلام عنها.

وتوافر الضرر مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق⁽¹⁾.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

«زجر القاضى الزوج. شرطه. أن تثبت الزوجة تعديه عليها وأن تختار البقاء معه. كم
بق 25 لسنة 1929».

(طعن رقم 79 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/11/13)

وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن :

1- «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 25 لسنة 1929 التى تنص على أن الطلاق مع إضرار الزوج بزوجته يكون بطلقة بائنة».

(طعن رقم 4 لسنة 32 ق - أحوال شخصية - جلسة 1963/1/10)

2- «التطبيق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 المناحي متروك تقديرها لقاضى الموضوع، مناطها أن تبلغ المضارة حدا يحمل المرأة على طلب الفرقة».

(طعن رقم 19 لسنة 48 ق - أحوال شخصية - جلسة 1979/2/21)

3- «لما كان النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 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 طلقة 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 التطلق 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)

4- «وحيث إن النعى مردود ذلك أنه لما كان الضرر الموجب للتفريق وفقا لنص المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 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 بالطلاق 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» ضررا 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 4730 لسنة 1983 جنح العجوزة قضى عليها فيه بحبسها شهرا مع الشغل وقد ألغى هذا الحكم استئنافيا 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 للطلاق وهى دعامة تكفى وحدها لحمل قضائه فإن تعييبه فى الدعامة الأخرى المستمدة من أقوال شاهدهى المطعون عليها - وأيا كان وجه الرأى فيه - يكون غير منتج».

(طعن رقم 23 لسنة 57ق «أحوال شخصية» جلسة 1988/6/28)

5- «المعول عليه فى مذهب المالكية وهو المصدر التشريعى لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية، أنه يجوز للزوجة أن تطلب التفريق إذا أضرارها الزوج بأى نوع من

أنواع الإيذاء المتعمد سواء كان إيجابيا كالتعدى بالقول أو الفعل، أو سلبيا كهجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية، وإذ يقصد بالضرر في هذا المجال إيذاء الزوج وزوجته إيذاء لا يليق بمثلها، فإن ما تسوقه الزوجة في صحيفة دعواها 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 بتعديدها بل إنها تندرج في ركن الضرر الذي هو الأساس في إقامتها».

(طعن رقم 82 لسنة 63 ق جلسة 1997/1/28)

6- «الإضرار. م 8 من ق 25 لسنة 1929. وجوب أن يكون مقصودا من الزوج سواء كان إيجابيا أو سلبيا. تقدير الدليل بشأنه من إطلاقات قاضى الموضوع».

(طعن رقم 78 لسنة 63 ق جلسة 1997/1/28)

7- «الضرر في مجال التطليق. م 6 مرسوم بقانون 25 لسنة 1929 مقصوده إيذاء الزوج وزوجته بالقول أو الفعل أو الهجر إيذاء لا يليق بمثلها ولا تطبيق الصبر عليه».

(طعن رقم 432 لسنة 64 ق جلسة 1998/9/29)

8- «الضرر الموجب للتطليق. م 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929. 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)

9- «الضرر الموجب للتفريق. م 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929. 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 321 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. علة ذلك».

(طعن رقم 490 لسنة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/7/14)

10- «الضرر فى مجال التطلق. م6 ق25 لسنة 1929 المعدل بق100 لسنة 1985. مقصوده. عدم تحديد وسيلة إضرار الزوج بزوجته. مؤداه. للزوجة أن تستند فى التدليل على حصول المضارة إلى كل أو بعض صور المعاملة التى تتلقاها منه».

(طعن رقم 427 لسنة 71 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/1/5)

11- «الضرر الموجب للتفريق. م6 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929. ماهيته. إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بمعاملتها معاملة تعد فى العرف شاذة تشكو منها ولا ترى الصبر عليها. عدم تحديد النص وسيلة إضرار الزوج بزوجته. مؤداه. حقها فى طلبها التطلق الاستناد فى التدليل على وقوع الضرر إلى كل أو بعض صور المعاملة التى 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 يتمتع قبوله طبقا للمادة 321 من لائحة ترتيب المحاكم. علة ذلك».

(طعن رقم 800 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/7/3)

12- «لما كان التطلق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 مستقى من مذهب المالكية، ولم يعرف المشرع المقصود بالأضرار المشار إليها.....، واقتصر على وصفه بأنه مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، المقرر أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه، وكانت مضارة الزوج 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، وهى بهذه المثابة كثيرة الأسباب متعددة المناحى 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)

13- «لما كان النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار

الزوج بها بما لا يستطيع 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 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 يستطيع 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)

14- «نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 لم يحدد وسيلة إضرار الزوج بزوجته 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)

15- «التطليق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 مستقى من مذهب المالكية، ولم يُعرف المشرع المقصود بالأضرار المشار إليها فيها، واقتصر على وصفه بأنه مما لا يستطيع 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)

31- أمثلة للضرر الذى يجيز التطلاق :

1- 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⁽¹⁾. 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 التطلاق.

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 التطلاق 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 الثاني من الموسوعة بنود 14 وما بعده)⁽¹⁾.

2- الهجر:

المقصود بالهجر هنا الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد، فهو هجر قصد به الأذى.

أما غيبة الزوج عنها بالإقامة في بلد آخر غير البلد الذي يقيم فيه مع الزوجة، فتخضع للمادة 12 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التي تشترط للتطليق غياب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول إذا تضررت الزوجة من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور:

«وواضح أن المراد بغيبة الزوج هنا غيبته عنها بالإقامة في بلد آخر أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد فهي من الأحوال التي يتناولها التطليق للضرر».

والهجر من أشد أنواع الضرر، لأنه يترك زوجته بلا عيشير يؤنسها، تنن من الوحدة وتفزع من الوحشة، معلقة لا هي ذات بعل ولا هي مطلقة، الأمر الذي يعرضها للفتنة.

وهذا ما سارت عليه محكمة النقض في قضائها.

(1) وقد قضى بأن:

(أ) - «إقامة الطاعة دعواها بطلب التطليق على المطعون ضده لاعتدائه عليها بالضرب والسب وتبديد منقولاتها وإصابتها بمرض مستحكم. إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه برفض الدعوى على سند من أن المطعون ضده غير مصاب بالمرض الذي ادعته الطاعة دون أن يعرض لما ادعته من صور الإضرار الأخرى وما قدمته من مستندات. قصور».

(نقض طعن رقم 116 لسنة 56 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/5/19)

(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 في دعامات أخرى - أيا كان وجه الرأي فيها غير منتج».

(نقض طعن رقم 219 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/6/23)

إذ قضت بأن:

«الهجر المحقق للضرر الموجب للتفريق. م 6 ق 25 لسنة 1929. ماهيته. الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد. اختلافه عن التطلق للغيبة بشرائطها. م 12 من ق 25 لسنة 1929.

(طعن رقم 103 لسنة 63 ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/1/27)
(أنظر نقض 1983/5/17 المنشور بهذا البند، والأحكام العديدة المنشورة
في بند رقم 91)

ولم يحدد النص مدة للهجر يجوز بعد انقضائها رفع دعوى التطلق، كما لم يرد هذا التحديد بالمذهب المالكي المصدر التشريعي للنص.

ولما كان الضرر الذي يجيز التطلق هو الضرر الذي لا يستطيع 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 12 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 وهى سنة لأن الهجر هنا مع الإقامة بذات البلد الذى تقيم به الزوجة قصد به الأذى⁽¹⁾.

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

(أ) - «إن المادة السادسة من القانون رقم 5 لسنة 1929 بشأن أحكام الأحوال الشخصية تجيز للزوجة طلب التطلق إذا أضر بها الزوج بما لا يستطيع معه

(1) وهناك رأى يذهب إلى أن أقل مدة للهجر يجوز بعدها للزوجة طلب التطلق لهذا السبب

هى ستة أشهر هجرية سابقة على رفع الدعوى استنادا إلى ما استنته

عمر بن الخطاب رضى الله عنه من إرساله للجند 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 127).

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 يستطاع 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 استطالة 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 بزوجته والإساءة إليها فلا أساس للقول باتحاد العلة في كلتي الحاليتين وسريان قيد الزمن المقرر في أولهما 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 يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بالتطليق على سند مما شهد به شاهدوا 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 سائق 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 التى يدعيها فى شهادة شاهدهى المطعون عليها فإن نعيه فى هذا الخصوص يكون مجهلا غير مقبول».

(طعن رقم 36 لسنة 52ق - جلسة 1983/5/17 - غير منشور)

(ب) - «وحيث إن النعى فى غير محله ذلك أنه لما كانت المطعون عليها قد أقامت دعواها بطلب تطليقها على الطاعن وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 لهجره لها بعد زواجه بأخرى ولصور الأضرار الأخرى التى عدتها بصحيفة تلك الدعوى وكان الحكم الابتدائى إذ قضى بالتطليق قد استند إلى هذه المادة وأورد بأسبابه فى 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 يأتنس زوجها بكنف 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 25 لسنة 1929 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 12 و 13 من ذلك المرسوم بقانون اللتين يقتصر تطبيقهما على حالات التطليق للغيبة».

(طعن رقم 23 لسنة 57ق 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 25 لسنة 1929 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 63ق - 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.

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

(أ-) «وحيث إن النعى مرود، ذلك أنه لما 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 في حياة زوجية، بما ترتب عليه ضرر محقق بها، وأنه غير سائق تعطل الزوج بعدم العثور على مسكن مناسب طيلة هذه السنين، إذ هو أمر لا دخل لها فيه، ومن واجبه توفير المسكن الشرعي، 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 14 لسنة 47ق - 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 52ق - جلسة 1984/6/26)

(ج-) «تراخى الزوج عمدا فى الدخول بزوجته وقعوده عن معاشرتها يعد ضربا من ضروب الهجر الذى يتحقق به الضرر الموجب للتفريق طبقا لحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929».

(طعن رقم 45 لسنة 54 ق - جلسة 1985/3/12)

(د-) «التراخى فى إتمام الزوجية بسبب من الزوج. درب من دروب الهجر. النعى على الحكم بعدم اتخاذ إجراءات التحكيم أو عدم تطبيق المادتين 12، 13 من القانون 25 لسنة 1929 فى شأن التطلاق لغياب الزوج لا أساس له. علة ذلك».

(طعن رقم 92 لسنة 58 ق جلسة «أحوال شخصية» جلسة 1990/12/18)

(هـ-) «التراخى فى إتمام الزوجية بسبب من الزوج. ضرب من ضروب الهجر يتحقق به الضرر الموجب للتفريق طبقا لحكم المادة 6 من المرسوم بق 25 لسنة 1929. النعى على الحكم بعدم تطبيق المادتين 12، 13 من القانون ذاته فى شأن التطلاق لغياب الزوج. لا محل له. علة ذلك».

(طعن رقم 85 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/5/25)

(و-) «تعمد الزوج عدم الدخول بزوجته وقعوده عن معاشرتها ضرب من ضروب الهجر. يتحقق به الضرر الموجب للتفريق طبقا لحكم المادة 6 من المرسوم بق 25 لسنة 1929 تقدير عناصر الضرر الموجب للحكم بالتطلاق 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 بأى نوع من أنواع الإيذاء المتعمد. هجر الزوج زوجته ومنها ما تدعو إليه الحاجة الجنسية كفايته وحد للتطلاق».

(طعن رقم 163 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/5/19)

(ح-) «قضاء الحكم المطعون فيه بالتطلاق للضرر للتراخى فى الدخول. ثبوت أن الطاعن لم يعتمد 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 للتطليق».

(طعن رقم 777 لسنة 71 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/10/25)

3- «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 التطليق للضرر⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة الطعن - دائرة الأحوال الشخصية - بقطارخ

1976/11/3 فى الطعن رقم 19 لسنة 45 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 25 لسنة 1929، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أورد أن الطاعن كان يأتى المطعون عليها خلال فترة الزوجية من دبر دون رضاها ورغم اعتراضها وأن ذلك تأيد بتقرير

(1) راجع فتوى دار الإفتاء المصرية 1964/5/10 المنشورة بالكتاب الثانى من الموسوعة

هامش بند (9).

الطبيب الشرعى الذى أسفر الكشف الطبى عليها عن وجود ارتشاء واضح 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 فى تقدير القوة التدليلية لتقارير الخبراء المقدمة فى الدعوى والجزم بما لم يقطع به الخبير فى تقريره متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك وأكدت لديها وتستطيع نفسها أن تشق طريقها لإبداء رأى فيها طالما أن المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحث، فإن الحكم المطعون فيه يكون فى مطلق حقه إذا هو أدخل زمان تكرار الاستعمال ضمن الفترة التى استغرقتها الحياة الزوجية.... الخ».

4- تحريض الزوجة على ارتكاب المحرمات:

يعتبر إضراراً بالمرأة تحريضها على ارتكاب المحرمات. مثل تحريضها على ممارسة الدعارة⁽¹⁾، أو مجالسة الرجال الأجانب أو احتساء الخمر.

5- التشهير على الزوجة بارتكاب إحدى الجرائم:

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

(أ) - «وحيث إن النعى فى 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 كفى ل 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 25 لسنة 1929 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 فى ذلك التشهير بارتكاب إحدى الجرائم، وكانت محكمة الموضوع تستقل

(1) السيدة زينب الجزئية الشرعية بتاريخ 1937/10/7 - الدعوى 1648 لسنة 1936.

بتقدير عناصر الضرر دون رقابة من محكمة النقض مادامت قد استندت على 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 للنتزع 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 قى - 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 25 لسنة 1929 - 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 نظرهما، 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 ثانوى، 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 فى 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 للتطبيق. ماهيته. استتقال محكمة الموضوع بتقديره. م6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929. دخول التشهير بارتكاب الجرائم فى ذلك».

(طعن رقم 22 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/11/20)

(د-) «إباحة حق التبليغ عن الجرائم. لا يتتافى 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 60ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/11/19).

(و-) «إباحة حق التبليغ عن الجرائم . لا يتتافى مع ما ينجم عنه من استحالة دوام العشرة بين الزوجين. علة ذلك».

(طعن رقم 10 لسنة 63ق - جلسة 1996/10/28).

(ز-) «الضرر الموجب للتطبيق. م6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929. 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».

(الطعن رقم 647 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/4/24)

«المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الضرر الموجب للتطليق هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ويدخل فى ذلك الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما».

(طعن رقم 308 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/3/19)

6- ادعاء الزوج أن زوجته كانت على علاقة غير شرعية به قبل الزواج وحملت منه.

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

«وحيث إن هذا النعى فى محله؛ ذلك أنه لما كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليه قدم بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تقريراً من مستشفى بفينا علق عليه بأن الطاعة كانت حاملاً منه قبل أن يعقد عليها وأنه أحبها ووقف منها موقف الرجولة لأنه كان فى استطاعته ألا يتزوجها، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنمسا بأن الطاعة كانت تقيم معه قبل الزواج فى مسكن واحد منذ 4 من ديسمبر سنة 1963 وذلك رداً على ادعائها بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسة الكافية قبل الزواج، وقد تمسكت الطاعة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القذف الشائن من المطعون عليه فى حقها كان تنفيذاً لوعيده أمام السفير المصرى بالنمسا بأنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت عليه دعوى بالطلاق وأن هذا يكفى لإثبات الضرر بما لا يمكن معه استدامة العشرة، ولما كانت العبارات التى أوردها المطعون عليه على النحو سالف البيان لا يستلزمها الدفاع فى القضية التى رفعتها الطاعة بطلب تطليقها منه للضرر ذلك أن مجرد قول الطاعة بأن فترة الخطبة كانت من القصر بحيث لا تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه، كما أن رغبته فى التدليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجولة، لم يكن يستلزم أن يتهمها فى خلقها وعفتها مدعياً بأنها كانت على علاقة غير شرعية به وحملت منه قبل الزواج، لما كان ذلك وكان الحكم

المطعون 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)

7- 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 التلطيق للضرر⁽¹⁾.

8- 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⁾.

9- 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 1931/12/5 في الدعوى رقم 3358 لسنة 1930 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 وَأَخَذْنَ 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 664.

(2) المستشار أنور العمروسي ص 664.

10- تبديد الزوج أعيان جهاز زوجته أو أموالها، أو سرقة أموالها، أو محاولته ابتزازها.

11- 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 أقامت طالبة التطلاق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929. 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 بمعجل 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 حقاً لبادر بدفع الصداق المستحق لها، وكان هجر الزوج لزوجته من أشد ضروب الضرر الذى ينال منها سواء كان ناجماً عن فعل إيجابى منه أو بفعل سلبى بالامتناع عن الوفاء بالتزاماته نحوها، فىكون واقعا بسبب منه لا منها وكان لا مجال بهذه المثابة للقول فى هذا النطاق بالتطلاق لعدم الإنفاق، وكان التطلاق للضرر طبقاً 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 مساع لما يذهب إليه الطاعن من إيداء استعداده أمام محكمة الموضوع لدفع معجل صداق جديد رغم إدعائه بسداده الحال منه المثبت فى وثيقة الزواج خلافاً لما انتهى إليه الحكم، لأن المناط فى التطلاق بسبب الضرر هو تحقق وقوعه، ولا يمنع منه توقع زواله أو محاولة محوه طالما قد وقع فعلاً، ويكون النعى بالفساد فى الاستدلال على غير أساس».

(طعن رقم 19 لسنة 48ق - جلسة 1979/2/21)

12- تعدد الخلافات والخصومات بين الزوجين:

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

(أ) - «وكان الحكم المطعون فيه بعد أن عرض فى أسبابه لأقوال أربعة من شهود الإثبات الذين سمعت أقوالهم فى الاستئناف وهم مصطفى محمد عز الدين وعطا فرج فرج وسعاد وزينب محمد عز الدين، قد خلص مما اتفقت عليه رواية الشاهدين الأولين فى محضر التحقيق من كثرة الخلافات بين الزوجين واعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالسب بألفاظ نابية وردت فى المحضر والحكم إلى ثبوت الضرر بما يستحيل معه استدامة العشرة بينهما، وهو من الحكم استخلاص سائغ له مأخذه من الأوراق وعلى سند من بينه موافقة للدعوى واكتمل نصابها الشرعى بما يكفى لحمل قضائه بالتطبيق، فإن النعى يكون على غير أساس».

(طعن رقم 96 لسنة 55ق - جلسة 986/12/23 - غير منشور).

(ب) - «وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط للحكم بالتطبيق - وفق المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 - توافر الضرر من جانب الزوج دون زوجته، وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالها، وكان الضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل، ويدخل فى ذلك تعدد الخصومات القضائية بينهما، وكان الثابت أمام محكمة الاستئناف من التحقيقات التى كانت تحت نظرها، والتى أشارت إليها فى 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 التى تزوجها وهو على علم به وقام باستصدار أمر وقضى بالمنع، وقضى بإلغائه فى الاستئناف، وهو ما توافرت الأدلة على ثبوته من بينة الطاعنة التى سمعتها محكمة أول درجة ومن المستندات التى طرحتها على محكمة الاستئناف، وكان الحكم المطعون فيه إذ أهدر دلالة هذه المستندات، وبينة 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 انتقاء 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 التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 7 لسنة 57ق - جلسة 1988/5/24 - غير منشور).

(ج) - «الضرر الموجب للتطبيق م.6 ق 25 لسنة 1929. 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 (31)

(د) «الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية. يعد من صور الضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة».

(طعن رقم 128 لسنة 60ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/7/27)

(هـ) «المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الضرر الموجب للتطبيق وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 للتطبيق في نطاق هذا النص وليس مطلقا أن يصل الضرر إلى حد استحالة العشرة».

(طعن رقم 106 لسنة 64ق - جلسة 1998/2/17)

32- أمثلة لما لا يعد ضررا يجيز التطبيق:

1- تعاطى الزوج المخدرات، ما لم يكن من شأنه التأثير على أخلاقه ومعاملته لزوجته، بأن كان دائم الغلظة والانفعال معها تبدر منه ألفاظ غير كرمية مما تتأذى به الزوجة.

2- 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)

3- ممارسة الزوج لأعمال الشعوذة إذا كان يمارسها فى غير مسكن الزوجية وبعيدا عن زوجته.

4- إسكان الزوج زوجة أخرى له بمسكن الزوجية بعد مغادرة زوجته له إثر خلاف بينهما.

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

«مفاد المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أنه كى يحكم القاضى 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 1979/3/14)

5- هروب الزوج من الخدمة العسكرية.

(استئناف الإسكندرية بتاريخ 1965/6/21 - استئناف رقم 8

لسنة 1965 أحوال شخصية)

6- مرض الزوج، ما لم يكن مريضا بأحد الأمراض التناسلية التى تناولناها فيما تقدم، أو الأمراض التى يتوافر بها العيب المستحكم الذى لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر بالتفصيل الذى أوردناه فى موضعه.

7- قصر الزوج عن درجة البلوغ الشرعى وعدم إمكانه إتيان الزوجة.

ذلك إن الضرر الموجب للتفريق خاص بالضرر الناشئ عن الشقاق والتنافر بين الزوجين الذى فى قدرة الزوج إنزاله ومنعه، وليس منه قصر الزوج عن درجة البلوغ الشرعى وعدم إمكان إتيان الزوجة لأن القصر لا يلبث أن يزول متى صار الزوج مكلفا، وعدم إتيان القاصر امرأته ليس بفعل إرادى من القاصر⁽¹⁾.

(1) العياط الشرعية الجزئية فى 1930/1/6 - الدعوى رقم 988 لسنة 1929.

أحكام خاصة بالضرر

33- (1) 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 التطلق.

فإذا هجرت الزوجة زوجها مثلاً فليس لها أن ترفع دعوى بالتطلق لأنها هى المتسببة فى الضرر.

وفى هذا جاء بالملكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أنه: «... تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جلية مما تقدم إليها من الشكايات فأرت 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:

1- «مؤدى نص المادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطلق أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة».

(طعن رقم 5 لسنة 46 ق - جلسة 1977/11/9)

2- «مفاد المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أنه كى يحكم القاضى بالتطلق يتعين أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة، ويتعين للقول بأن استمرار الشقاق مجلبة للضرر تبيح للزوجة طلب التطلق أن تبحث دواعيه ومعرفة المتسبب فيه... الخ».

(طعن رقم 5 لسنة 47 ق - جلسة 1979/3/14)

3- «وحيث إن هذا النعى فى 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 التى ساققتها الزوجة فى صحيفة دعاوها، إلا أنه يشترط لكى يحكم القاضى بالتطليق للضرر طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة مما يتعين معه على المحكمة إذا رأت فى استمرار الشقاق بين الزوجين مجلبة للضرر يبيح للزوجة طلب التطليق أن تبحث دواعيه، ومعرفة المتسبب فيه وإلا كان حكمها قاصر التسبب. 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 فى 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. م6 من ق25 لسنة 1929. شرطه ثبوت إضرار الزوج بزوجه بما لا يستطاع 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)

34- (2) يجب أن يكون الضرر واقعا على الزوجة؛

قدما أن المادة السادسة تجيز الطلاق بسبب الشقاق الذى ينشأ بين الزوجين نفسيهما، ولذلك فإن الضرر الذى يجيز التطليق هو الذى يقع من الزوج على زوجته.

أما الضرر الذى يقع من الزوج على والدى الزوجة أو باقى أقاربها فلا يجيز التطليق.

35- (3) يجب أن يكون الضرر متعمدا؛

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

(أ) - «الإضرار التى تعنيه المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعمده سواء كان ضررا إيجابيا من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل، أو ضررا سلبيا يتمثل فى هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية على أن يكون ذلك باختياره لا قهرا عنه، يؤيد ذلك أن المشرع استعمل لفظ «الإضرار» لا الضرر، كما يؤيده أن مذهب الملكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء التى تتمخض كلها فى أن للزوج مدخلا فيها وإرادة محكمة 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 رغما عنه وبغير إرادته».

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق - جلسة 1975/11/9)

(ب) - «القضاء بالتطليق للضرر. شرطه أن يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج على زوجته وأن تصبح العشرة بينهما مستحيلة. الضرر مقصوده. م 6 ق 25 لسنة 1929».

(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.

36- (4) 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⁽¹⁾. 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 يرهاها الزوجان بما يقع من شقاق ونفور دائم ويتردى الزوجان فى زواج غير موفق⁽²⁾.

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 5 لسنة 1929 مستقى 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 90 لسنة 54 ق - جلسة 1985/4/49)

(ب) - «التطلق للضرر طبقا للمادة 6 ق 25 لسنة 1929. مناطه. تحقيق

(1) فقد جاء بالمدونة الكبرى جـ 5 ص 52 «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 فيتنازعان».

(2) استئناف طنطا فى 1963/6/12 - الاستئناف رقم 5 لسنة 13 ق (أحوال شخصية).

وقوع الضرر. التفرقة بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها. لا محل له.

(طعن رقم 79 لسنة 58ق «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 58ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/12/18)

37- (5) 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 مثلا كان ذلك كافيا للتطليق⁽¹⁾.

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 إيقاع الأذى بها بل يكفى لذلك أن يثبت أن زوجها أتى معها مما تتضرر منه ولو لمرة واحدة... الخ».

(طعن رقم 27 لسنة 50ق - 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 إيقاع الأذى بها بل يكفى لذلك أن يثبت أن

(1) فقد جاء بحاشية الدسوقي ج2 ص345 «وقوله ولو لم تشهد البينة بتكرره بل شهدت بأنه حصل لها مرة واحدة فلها التطليق على المشهور» - راجع أيضا حاشية الخرشى - الجزء الثالث الطبعة الأولى سنة 1308 هـ ص149.

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 الطلاق 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 25 لسنة 1929 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 تطلب من القاضى التفريق بينهما وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما قد خلت من تحديد وسيلة إضرار الزوج بزوجته والذى يخولها الحق فى طلب الطلاق، 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 الطلاق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو الفعل الذى لا يكون عادة بين

أمثالهما، ولا يستطاع 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 1985/780 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 الذى يجوز للزوجة طلب التطليق 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.

ولما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وكان الثابت من الأوراق أن ما وقع من المستأنف عليه للمستأنفة ينطوى على ضرر لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، وكان الحكم المستأنف صحيحا لأسبابه مما يتعين معه القضاء بتأييده».

(طعن رقم 99 لسنة 57ق - جلسة 1989/3/28 - غير منشور)

(هـ-) «التطليق للضرر. شرطه. المقصود بالضرر إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها ولا يستطاع 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 63ق جلسة 1997/1/28)

(و-) «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للزوجة طلب التطليق وفقا للمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو بالفعل الذى لا يكون عادة بين أمثالهما ولا يستطاع 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 أيضا أن لمحكمة الموضوع سلطة فهم الواقع في الدعوى والترجيح بين البيانات وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود والمستندات ولا رقيب عليها في ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بلا سند وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتتعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله. وأن المقرر في المذهب الحنفى 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 قضاؤه ومن ثم فلا يعيبه التفاته عما لمستندات الطاعن من دلالة مخالفة وإذ يدور النعى عليه حول تعييب هذا الاستخلاص فإنه لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تقدير أدلة الدعوى لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض. وإذ خلت شهادة شاهدى 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)

38- (6) المناط في الضرر تحققه ولا عبرة بإزالته :

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

«إذا كان البين من تقارير 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 فى حياة زوجية، بما ترتب عليه ضرر محقق بها، وأنه غير سائق 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 المناخ فى التطليق بسبب الضرر هو وقوعه فعلاً، ولا يمنع من التطليق توقع زواله أو محاولة رأبه طالما قد صادف الضرر محله وحقاً بالزوجة معقباته، وكان الثابت من الأوراق أن زواج الطاعن بالمتطوع عليها أبرم فى 1972/9/31 وأنها أقامت دعواها فى 1975/1/18 فإنه لا يغنى الطاعن التذرع باستتجاره شقة بتاريخ 1976/2/1 أى فى تاريخ لاحق لتحقيق الإضرار وشكوى الزوجة منه».

(طعن رقم 14 لسنة 47 ق - جلسة 1979/3/31)

39- (7) 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 استجبت بعدها لإثبات التطليق 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؛

40- إثبات الضرر وفقاً للمذهب الحنفى؛

استمد الشارع أحكام التطليق 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 فى هذا الشأن إلى رأى الراجح فى المذهب الحنفى عملاً بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحال إليها القانون رقم 462 لسنة 1955 والتى تجرى على أن «تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة وأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد».

والمنصوص عليه فى المذهب الحنفى أن نصاب البينة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

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

1- «تقضى المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955، بأن تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة فيما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فتصدر الأحكام طبقاً لها. وإذ كان المشرع بعد أن نقل حكم التطلق للضرر من مذهب مالك، لم يحل فى إثباته إلى هذا المذهب، كما لم ينص على قواعد خاصة فى هذا الشأن، فيتعين الرجوع فى قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل على أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة عملاً بما تنص عليه المادة 280 سالفة الذكر، فتكون البينة من رجلين أو من رجل وامرأتين فى خصوص التطلق للضرر».

(طعن رقم 16 لسنة 38 ق جلسة 1974/6/5)

2- «المقرر فى قضاء محكمة النقض أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية وإن استمدت أحكامها فيما يتعلق بدعوى التطلق للضرر من مذهب الإمام مالك إلا أنها إذ لم تتضمن قواعد خاصة بطرق إثبات عناصرها فيتعين الرجوع فى شأنها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة عملاً بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية ومن ثم يتعين لثبوت الضرر الموجب للتطلق

قيام البينة عليه من رجلين أو رجل وامرأتين».

(طعن رقم 15 لسنة 47ق - جلسة 1980/4/2)

3- «المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 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 280 السالفة الذكر».

(طعن رقم 1 لسنة 54ق - جلسة 1985/4/16)

4- «مناط الحكم بالتطبيق في الدعوى التي ترفع طبقاً للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 199 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)

5- «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)

6- «... 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 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية....الخ».

(طعن رقم 84 لسنة 57ق «أحوال شخصية» - جلسة 1989/2/28 غير منشور)

7- «نصاب الشهادة في المذهب الحنفي. شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول».

(طعن رقم 300 لسنة 63ق 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 أضرارا يتعذر معها دوام العشرة بينهما واستشهدت بشاهدين أمام محكمة أول درجة أحدهما مسيحي الديانة ثم طلبت أمام محكمة الاستئناف أصليا تأييد الحكم الابتدائي القاضي لها بالتطلق، واحتياطيا 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 دفاع أو طلب الطاعنة المشار إليه ولا يتضمن ما يسوغ رفضه والالتفات عنه، ورغم أن استشهاد 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 فضلا عن الإخلال بحق الدفاع».

(طعن رقم 242 لسنة 70ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/10/26)

41- كيفية سماع شهادة المرأتين :

أوضحت ذلك محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - على حكمها الصادر

بتاريخ 1986/2/11 في الطعن رقم 5 لسنة 55 ق إذ ذهبت فيه إلى أن :

«كان اشتراط بعض فقهاء الحنفية عدم التفريق بين المرأتين لدى إدلائهما بالشهادة سندده قوله تعالى في سورة البقرة ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمُ 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 في جعل شهادة المرأتين مساوية لشهادة رجل واحد. وهي 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 منتفيا».

42- 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 استحسانا فى بعض المسائل وذلك دفعا للحرص، إلا أنه ليس من بين هذه المسائل وقائع الإضرار التى تبيح تطليق الزوجة على زوجها.

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

1- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عينا أو سماعا 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 للتطبيق».

(طعن رقم 5 لسنة 47ق - جلسة 1979/3/14)

2- «الراجع في فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه في نطاق الدعوى عملا بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شهادة التسامع لا تقبل إلا في بعض الأحوال وليس منها التطبيق للضرر، ومن ثم تكون البينة فيه بشهادة أصلية لرجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدلين».

(طعن رقم 11 لسنة 47ق - جلسة 1979/4/25)

3- «الراجع في فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه في نطاق الدعوى عملا بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شهادة التسامع لا تقبل إلا في بعض الأحوال وليس منها التطبيق للضرر».

(طعن رقم 6 لسنة 53ق - جلسة 1984/3/13)

4- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشهادة بالتسامع لا تقبل شرعا في إثبات أو نفى وقائع الإضرار المبيحة لتطبيق الزوجة على زوجها».

(طعن رقم 47 لسنة 52ق - جلسة 1984/3/13)

5- «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الشهادة وجوب معاينه الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عينا أو سماعا في غير الأحوال التي تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها الشهادة على التطبيق للضرر. لما كان ذلك وكان الثابت من أقوال الشاهد الثاني من شاهدي المطعون ضدها أنه لم يشاهد تعدى الطاعن عليها ضربا أو سبا ومن ثم لا يكتمل به نصاب الشهادة على الضرر المبرر للتطبيق، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد قضاء محكمة أول درجة بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن على ما أطمأن إليه من أقوال شاهديها،

فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه.

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

6- «الشهادة على التطلاق للضرر. لا تصح بالتسامع. وجوب معاينة الشاهد بنفسه عينا أو سماعا مشاهدة الشاهد آثار الضرب على وجه الطاعنة وعدم مشاهدته المطعون ضده يضربها أو سمعه يسبها. أثره عدم اكتمال نصاب الشهادة».

(طعن رقم 36 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/11)

7- «الأصل في الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه الشهادة بالتسامع في التطلاق. 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)

8- «الأصل في الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع على التطلاق للضرر. غير جائزة».

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

9- «الراجح في المذهب الحنفي. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع على التطلاق للضرر. غير جائزة».

(طعن رقم 301 لسنة 64ق جلسة 1998/5/25)

10- «الأصل في الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع على التطلاق للضرر. غير جائزة. اتخاذ الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه منها أساسا لقضائه بالتطلاق مخالفة للقانون».

(طعن رقم 328 لسنة 64ق جلسة 1998/6/22)

11- «وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن للزوجة طلب التطلاق وفقا للمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 - 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 التظليق 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 بتظليق 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)

12- «الشهادة. الأصل فيها وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع فى إثبات أو نفي الضرر الموجب للتظليق. 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 بالتظليق استنادا على اطمئنانه إلى أقوال شاهدى المطعون ضدها رغم أن أحدهما شهادته

سماعية. خطأ . أثره . التزام محكمة النقض بالفصل فى الموضوع. مادة 3/63 من القانون (1) لسنة 2000».

(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)

13- «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:

1- «وجوب أن يثبت بمحضر التحقيق نص الأقوال والإجراءات التى يدلى بها الشاهد أمام المحكمة دون التصرف فيه بالتلخيص أو بالاختصار المادتان 91، 92 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)

2- «سماع القاضى المحقق بينة 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 البينة الشرعية. علة ذلك. البينة فى خصوص التطبيق للضرر وجوب أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين اعتداد الحكم المطعون فيه بهذه الشهادة فى قضائه بالتطبيق. خطأ».

(طعن رقم 124 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/2/16)

3- «الأصل فى الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع فى إثبات أو نفي مضارة الزوج لزوجته. غير جائزة. البينة فيها - وفقا للراجح فى فقه الأحناف - شهادة أصلية من رجلين أو رجل وامرأتين عدول. م3

من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000. اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة السماعية فى إثبات مضارة الطاعن بالمطعون ضده. مخالفة للقانون وخطأ».

(طعن رقم 800 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/7/3)

4- «إنه من الأصول المقررة فى المذهب الحنفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تحقق عدالة الشاهد، ما لم يقد الدليل على غير ذلك، وأن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضى 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:

«النعى على الشهادة بأنها سماعية. دفاع قانونى يخالطه واقع. عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 13 لسنة 63 ق جلسة 1997/3/17)

وقضت محكمة النقض بصدد نفى صفة التسماع عن الشهادة بأن:

«وكان الثابت من التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة وأقام عليه الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قضاءه بثبوت الضرر الموجب للتفريق أن شاهدى المطعون ضدها قد شهدا بأن الطاعن هجرها إلى زوجة أخرى منذ سنة 1973 ولم يعد يتردد عليها وأنهما عرفا ذلك بحكم علاقتهما بها وترددهما 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 فى إثبات دعوى المطعون ضدها لا يكون قد خالف المنهج الشرعى السليم ويكون النعى بهذا الوجه على غير أساس».

(طعن رقم 64 لسنة 5 ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/3/28 -

غير منشور).

43- عدم قبول شهادة الأصول للفروع وشهادة الفروع للأصول :

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

1- «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 قى - جلسة 1981/12/29)

2- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ولا شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا».

(طعن رقم 62 لسنة 54 قى - جلسة 1986/4/22)

3- «إذ المقرر فى المذهب الحنفى قبول شهادة سائر القربات بعضهم لبعض عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه مما تقبل معه شهادة الشخص لشقيق زوجته».

(طعن رقم 117 لسنة 57 قى - جلسة 1989/6/20)

4- «شهادة القربات 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 60 قى «أحوال شخصية» جلسة 1992/4/27)

5- «شهادة القربات. 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 60 قى «أحوال شخصية» جلسة 1993/5/25)

(طعن رقم 86 لسنة 60 قى «أحوال شخصية» جلسة 1993/6/15)

6- «شهادة سائر القربات بعضهم لبعض مقبولة. الاستثناء. شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله أو أحد الزوجين لصاحبه».

(طعن رقم 78 لسنة 63 قى جلسة 1997/1/28)

7- «شهادة سائر القربات بعضهم لبعض مقبولة. الاستثناء. شهادة الفرع لأصله والأصل لفرعه».

(طعن رقم 406 لسنة 63 ق جلسة 1997/12/23)

8- «شهادة القربات بعضها لبعض مقبولة فيما عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه وأحد الزوجين لصاحبه».

(طعن رقم 563 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/5/26)

44- 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).

45- اشتراط موافقة الشهادة للدعوى:

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

1- «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 باعته عليه 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 بالقائها 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)

2- «المتفق عليه عند فقهاء الحنفية أنه يشترط في الشهادة أن تكون موافقة للدعوى فيما تشترط فيه الدعوى، فإن خالفها 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)

3- «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 بالبيئة من المدعى به، لما كان ذلك وكان البين من صحيفة الدعوى أن المطعون عليها استندت في طلب التطبيق إلى مضارة الطاعن لها بضروب من الإيذاء منها إهانته 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 بالتطبيق فإنه لا يكون قد خالف القانون».

(طعن رقم 2 لسنة 53 ق - جلسة 1983/12/20)

4- «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)

5- «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 بالبينه 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 التطلق 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)

6- «التطبيق 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 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/2/22)

7- «اتفاق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه معين تتضرر منه. كاف لاكتمال نصاب الشهادة في دعوى التطلق 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).

8- «دعوى التطلق 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).

9- «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 406 لسنة 63 ق - جلسة 1997/12/23)

10- «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)

11- «المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان الأساس الذي تقوم عليه دعوى التطلق للضرر هو إضرار الزوج بزوجته وإساءة معاملتها، بما لا يستطاع 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)

46- اشتراط مطابقة الشهادة للوقائع المادية :

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

«شرط قبول الشهادة كطريقة من طرق الثبوت فى 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 القطعى، لما كان ذلك، وكان ما ساقه الطاعن بوجه النعى لا يؤدى إلى القول بأنه بينة الإثبات قد جاءت على خلاف أمر محسوس ذلك أن عمل زوج شقيقة المطعون عليها فى الخارج لا يقطع بكذب تلك البينة ومن ثم فلا على الحكم المطعون فيه وقد اعتمدها أن يرد استقلالاً على بينة النفي. ويكون النعى فى هذا الخصوص على غير أساس».

(طعن رقم 2 لسنة 53 ق - جلسة 1983/12/20)

47- إثبات الضرر بالقرائن :

القرائن من طرق الإثبات الشرعية. ويجوز الاعتماد عليها فى الإثبات كالبينة⁽¹⁾. ولا يشترط تعدد القرائن فقد تكفى واحدة منها فى الإثبات. وعلى ذلك يجوز إثبات وقوع الضرر على الزوجة بالقرائن.

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

1- «من القرائن ما نص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهد وكتب المذهب مملوءة باعتبار القرائن فى مواضع كثيرة، وبالرجوع إلى اللائحة الشرعية قبل إلغاء ما ألغى من نصوصها بالقانون رقم 462 لسنة 1955 يبين أنها كانت تنص فى المادة 123 منها على أن: «الأدلة الشرعية هى ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة» وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذه

(1) المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم فى طرق الإثبات الشرعية طبعة 1985 ص 446 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 ق - جلسة 1966/3/23)

2- «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 تفيد 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 تورّد الدليل السائغ 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 ق - جلسة 1978/5/10)

3- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن المشرع إذ نقل حكم التطبيق للضرر من مذهب مالك لم يحل فى إثباته إلى هذا المذهب كما لم ينص على قواعد خاصة فى هذا الشأن ومن ثم فإنه يتعين الرجوع فى قواعد الإثبات المتعلقة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة عملاً بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأن من القرائن ما نص عليه الشارع واستنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهد وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن فى 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)

4- «القرائن. ماهيتها. للقاضى استنباطها من دلائل الحال وشواهد».

(طعن رقم 645 لسنة 69ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/12/13)

48- حجية الحكم الجنائى فى إثباتات الضرر أمام المحكمة القلى تنظر دعوى التطبيق :

تنص المادة 456 من قانون الإجراءات الجنائية على أن:

«يكون للحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية فى الدعاوى التى لم يكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانونى 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 102 من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية على أن:
«لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً».

ويبين من هذين النصين أنه يشترط لى يحوز الحكم الجنائى حجية أمام المحاكم المدنية (والتي تشمل دوائر الأحوال الشخصية) توافر الشروط الآتية:

1- 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.

2- أن يكون الحكم الذى يتمسك بحجيته صادرا من محكمة جنائية، لا فرق فى ذلك بين محكمة عادية كمحكمة الجنح أو محكمة عسكرية.

3- أن يكون الحكم الجنائى سابقا على الحكم المدني.

4- أن يكون الحكم الجنائى باتا⁽¹⁾ 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.

5- 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⁽²⁾.

وبالترتيب على ذلك إذا أقامت الزوجة دعوى التظليق للضرر استنادا إلى اعتداء زوجها عليها بالضرب أو السب مثلا وصدر حكم جنائى بات بإدانته فى

(1) نقض مدني: طعن رقم 56 لسنة 36 ق - جلسة 1970/4/21 - طعن رقم 485 لسنة

54 ق - جلسة 1984/12/20 - طعن رقم 1940 - طعن رقم 1940 لسنة 50 جلسة

1986/1/30 (غير منشور) - نقض جنائى طعن 389 لسنة 43 جلسة 1973/5/27.

(2) نقض مدني طعن 49 لسنة 9 ق - جلسة 1940/5/9.

هذا الفعل، فإن هذا الحكم يكون له حجبيته أمام المحكمة التى تنظر دعوى التطلق 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 بالتطبيق على أساسه، أما إذا لم يكن كافيا لتوافره كان لها الاستناد إلى أدلة أخرى لتكوين عقيدتها بشأنه.

وغنى عن البيان أن الحجية مما يتعلق بالنظام العام وتعملها المحكمة من تلقاء نفسها.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

1- «... 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 حصلته من البيئة 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).

2- «... لما كان ذلك وكان الثابت من الشهادة الرسمية المقدمة من الطاعنة أمام محكمة الموضوع أن المطعون ضده قدم للمحاكمة بالجنحة رقم 780 لسنة 1985 السويس لأنه أحدث عمداً 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 التطلق 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.

**وفى هذا قضت محكمة الطعن - قلى حكم حديث لها - صنادير بقاريخ
1989/6/20 فى الطعن رقم 123 لسنة 58 ق أحوال شخضية (غير**

منشور) بأن :

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كان تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع ولا سلطان لأحد عليها فى ذلك طالما لم تخرج بتلك الأقوال عن مدلولها. وكان لمحكمة الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - السلطة التامة فى تقدير الأدلة الجنائية والأخذ بها فى 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 فى ثبوت واقعة تعدى الطاعن على زوجته المطعون عليها بالسب فى مكان عام إلى إلزامه بحجية الحكم الجنائي غير النهائي المقدم فى الدعوى إنما أقام قضاؤه بثبوت هذه الواقعة على ما استخلصه من أقوال شهود الإثبات ومن واقع صور الأحكام الرسمية المقدمة من المطعون عليها ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت بالأوراق. ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بهذه الأسباب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى 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

49- المقصود بهذا الشرط :

وصفت المادة السادسة الضرر الذى يجيز الطلاق 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 الطلاق، ولم يجعل الشارع أى إضرار بالزوجة كاف لطلب الطلاق، 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 الطلاق فى المادة السادسة عن وصف الضرر الذى يجيز الطلاق فى المادة (11 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 الطلاق 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 :

- 1- «يشترط للحكم بالطلاق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 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)

2- «مؤدى نص المادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 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 46ق - جلسة 1977/11/9)

3- «مفاد المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 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 52ق - جلسة 1983/6/28)

4- «المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر فى معنى المادة السادسة.... بما يجعل دوام العشرة مستحيلا أمر موضوعي».

(طعن رقم 44 لسنة 57ق - جلسة 1988/11/22 - غير منشور).

50- 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 1932/7/7 فى الدعوى رقم 248 لسنة 1931 مستأنف كلى بأنه إذا كان الزوجان من بيئة واحدة ومتشابهان منشأ وعادة وتربية ويمت أحدهما إلى الآخر بسبب هو تدهور الأخلاق والتشبع 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 فى 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⁽¹⁾.

وتقدير ما إذا كان الضرر من شأنه استحالة دوام العشرة بين أمثال الزوجين من الأمور الموضوعية التى 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:

1- «النص فى المادة 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق» يدل على أن معيار الضرر الذى لا يستطيع معه دوام العشرة ويجيز التطلق هو معيار شخصى لا مادى».

(طعن رقم 19 لسنة 35 ق - جلسة 1967/3/29).

2- «وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العشرة لا يمكن أن تدوم بين الزوجين المتنازعين بعد أن وصل الأمر إلى حد اتهامها وأهلها بالسرقه 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 الانتقال 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 تأثيراتهما على العلاقة بين الزوجين... الخ».

(طعن رقم 2 لسنة 47 ق - جلسة أول نوفمبر 1978)

(1) حاشية الدسوقي جـ 2 ص 345 - حاشية الخرشى جـ 3 ص 149 - استئناف طنطا فى 1962/3/1 الاستئناف رقم 6 لسنة 11 ق أحوال شخصية.

3- «الضرر. م6 م بق 25 لسنة 1929. معياره. شخصي. تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا. موضوعي. من سلطة قاضى الموضوع. اختلافه باختلاف بيئة الزوجين».

(طنن رقم 99 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/2/5)

4- «الضرر. معياره شخصي. تقديره موضوعي. اختلافه باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهم والوسط الاجتماعى الذى يحيطهما م6 ق 25 لسنة 1929. تعدد الخصومات القضائية. دخولها فيه».

(طنن رقم واحد لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/4/2)

(طنن رقم 29 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/21)

5- «الضرر الموجب للتطليق. م6 ق 25 لسنة 1929. ماهيته. معياره شخصي. تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا. موضوعي».

(طنن رقم 32 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/4)

6- «الضرر الذى يجعل دوام العشرة مستحيلا بين الزوجين. أمر موضوعى يقدره قاضى الموضوع».

(طنن رقم 186 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/11/19)

7- «تقدير دواعى الفرقة بين الزوجين وبحث دلالتها والموازنة بينها. من سلطة قاضى الموضوع. طالما أقام حكمه على أسباب سائغة تؤدى إلى ما خلص إليه».

(طنن رقم 22 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/11/20)

8- «عناصر الضرر المجيز للحكم بالتطليق. استتقال محكمة الموضوع بتقديرها. شرطه. إقامة قضاءها على أسباب سائغة. لها أصلها الثابت من الأوراق».

(طنن رقم 149 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/3/26)

9- «التطليق للضرر. م6 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 مناطه. ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة. تقدير الضرر. من سلطة محكمة الموضوع».

(طنن رقم 81 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» 1994/1/25)

10- «القضاء بالتطليق للضرر. م6 من المرسوم بعد 25 لسنة 1929 ماهيته. استقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر الموجب للحكم بالتطليق. شرطه. إقامة قضاءها على أسباب سائغة».

(طعن رقم 211 لسنة 60 «أحوال شخصية» جلسة 1994/5/31)

11- «معيار الضرر. م6 م بق 25 لسنة 1929. شخصى لا مادي. تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا. موضوعي. من سلطة قاضى الموضوع».

(طعن رقم 10 لسنة 63 ق جلسة 1996/10/28)

12- «الحكم بالتطليق. م6 م بق 25 لسنة 1929. 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 ق - جلسة 1997/3/17)

13- «الضرر الموجب للتفريق وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة، ولا ترى الصبر عليها، ومعيار هذا الضرر شخصى لا مادي يختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهم، والوسط الاجتماعي الذي يحيط بهما وتقدير ما إذا كان أحد الزوجين هو المتسبب في الضرر دون الآخر من مسائل الواقع التي يستقل قاضى الموضوع بتقديرها».

(طعن رقم 360 لسنة 64 ق جلسة 1998/12/28)

14- «الضرر. م6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929. معياره. شخصى لا مادي. اختلافه باختلاف البيئة ومكانة المضرور في المجتمع والظروف المحيطة به استقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصره. شرطه».

(طعن رقم 79 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/1/20)

15- «إباحة التبليغ عن الجرائم. عدم تنافره مع كونه يجعل دوام العشرة

بين الزوجين مستحيلا».

(طعن رقم 490 لسنة 67ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/7/14)

16- «معيار الضرر الموجب للتفريق. م6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 شخصى لا مادي. تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا. موضوعي. من سلطة قاضى الموضوع».

(طعن رقم 416 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/3/17)

17- «الضرر. م6 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929. معياره. شخصى تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا. موضوعي. من سلطة قاضى الموضوعي. اختلافه باختلاف بيئة الزوجين».

(طعن رقم 505 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/5/19)

(راجع أيضا نقض 1983/5/17 منشور ببند 157)

وإذا خلص الحكم إلى أن الزوج أضر بزوجته 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.

وقضى هذا قضاة محكمة النقض - قلى حكلم لهذا - صنادير بقتاربخ

1989/7/25 فى الطعن رقم 145 لسنة 57ق أحوال شخصية « غير

منشور، بأن:

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كان الضرر الموجب للتفريق وفقا لنص المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 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 قضاءه 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 قضائه 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

51- مضمون هذا الشرط:

اشتترطت 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 25 لسنة 1929 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 طلاقاً بئنة 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 جوهري 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 قى - جلسة 1984/3/27)

= (ب) - النص فى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 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 طلقاء بائنة 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 بالطلاق للضرر بغرض إزالة أسباب الشقاق بينهما فإن هي قضت بالطلاق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلا اعتبارا 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 بالطلاق لثبوت الضرر في جانب الزوج، فلا يكون هذا الإجراء لازما 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 18 من القانون 1 لسنة 2000 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 التطلق، فإن قضت بالطلاق دون أن تعرض عليهما الصلح على هذا النحو كان قضاؤها مخالفا للقانون باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام، فإن كانت عناصره التي تمكن من الإلمام 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 بطلاق المطعون ضدها على الطاعن دون أن تتدخل بعرض الصلح عليهما طبقا لنص المادة 18 المشار إليها، كما أن محكمة الاستئناف لم تعرضه إلا مرة واحدة بجلسته 2001/4/17 رغم وجود أبناء، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا 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
التطليق ولا يمتد إلى دعوى الفسخ.
راجع فى الأحكام التفصيلية لهذه المسألة وأحكام القضاء الصادرة بشأنها
(الكتاب الثانى بنود 39 وما بعده).

52- بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين طبقا للمادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000 :

تنص المادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000 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 والتطليق 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 الكتاب الثانى من الموسوعة بند 39).

وقد قضت محكمة النقض أن هذا الحكم لا يسرى إلا على الدعاوى المرفوعة بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000، إذ ذهبت إلى أن:

1- «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 مستتدة 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 الأمرة سواء بالإلغاء أو بالتغيير بإضافة أو حذف، فإن هذا التعديل يأخذ حكم القاعدة الأمرة من حيث سريانه بأثر فوري على تلك المراكز والوقائع، وأما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط إعمال القاعدة الأمرة 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 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 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 الأمرة التى تضمنتها المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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

مقررا فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 صحيفتها قلم كتاب محكمة جنوب القاهرة بتاريخ 1999/7/26 قبل 2000/3/1 تاريخ العمل بالقانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى 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 يكفى - 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)

2- «النص فى المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية»... وفى 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 فى 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 التى يقوم عليها نظام الطلاق أو التطليق، وكان من المقرر أن ما تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك وإذ لم ينص فى القانون رقم 1 لسنة 2000 على تطبيقه بأثر رجعى بل نص فى المادة السادسة منه العمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره فى الجريدة

الرسمية والتي نشر بها فى 2000/1/29 ومن ثم فإن هذه القواعد لا تسرى على الدعاوى التى نظرت وصدرت فيها أحكام قبل نفاذه ولا يمتد أثرها - من بعد - إلى مرحلة الطعن فى هذه الأحكام».

(طعن رقم 555 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/10/26)

53- قضاء المحكمة فى دعوى التتطبيق :

إذا أخفقت الزوجة فى إثبات وقوع ضرر عليها من زوجها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، قضت المحكمة برفض دعاوها.

ولا يعيب حكمها ألا تكون قد بذلت جهداً لإنهاء النزاع صلحاً بين الزوجين، لأن المادة السادسة أوجبت ذلك قبل القضاء بالتطبيق، وهو ما يتمشى مع صريح نص المادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000 أيضاً.

أما إذا أثبتت الزوجة دعاوها، وعجزت المحكمة عن الإصلاح بينها وبين زوجها، وقضت المحكمة بتطبيقها على زوجها طلاقاً بئنة ذلك أن المشرع لم يشترط فى حالة إخفاقها فى الصلح السبر فى إجراءات التحكيم المنصوص عليها فى الماد 19 من القانون رقم (1) لسنة 2000.

والمحكمة غير ملزمة بأن تورد فى حكمها من أقوال الشهود إلا ما تقيم عليه قضاءها.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بتاريخ 1991/11/19 فى الطعن

رقم 45 لسنة 57 ق بأن:

«عدم التزام المحكمة بأن تورد فى حكمها من أقوال الشهود إلا ما تقيم عليه قضاءها. كفاية بيان صور المعاملة التى تلقاها الزوجة من زوجها لبيان عناصر الضرر الموجب للتطبيق».

والتطبيق هنا بائن لأنه لرفع الضرر عن الزوجة، لأنه لو كان رجعيًا

لاستطاع الزوج مراجعة زوجته فى العدة، فلا يكون الضرر قد رفع عنها.

والقاضى يوقع الطلاق نيابة عن الزوج لأن الحنفية يرون أن قضاء القاضى بالتطبيق يضاف إلى الزوج فإن الزوج هو الذى أوقع الطلاق بنفسه، لأن لجوء الزوجة إلى القاضى لتطبيقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه

المضارة فيه إكراه لها على طلب التطلاق لترفع الضرر عنها.
ويصدق ذلك في كافة حالات التطلاق التي يرفع فيها القاضى الضرر عن
الزوجة.

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة الطنقز - (دائرة الأحوال الشخصية) بتاريخ 1987/5/26 فى الطعن رقم 40 لسنة 54 ق بأن⁽¹⁾.

«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 بتطلاق 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 18 مكررا من القانون رقم 25 لسنة 1929 باستحقاق
الزوجة للمتعة من عبارة «إذا طلقها زوجها» لأن هذه العبارة مقررة للوضع
الشرعى من أن الطلاق ملك للزوج وحده دون سواه 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 التطلاق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به
الرضا بالطلاق وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر واستخلص سائغا
من الحكم بتطلاق المطعون ضدها على الطاعن أن طلاقها وقع دون رضاها
وليس بسبب من قبلها فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون».

54- 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 (19) من القانون

(1) صادر بصدد استحقاق متعة الطلاق المدخول بها.

رقم (1) لسنة 2000.

وعدم ثبوت الضرر يشمل ما إذا كان ليس هناك ضرر في الواقع أو هناك ضرر في الواقع وعجزت الزوجة عن إثباته، وعلى ذلك فتتلقى دعوى التطلق الثانية لا يمنع المحكمة من السير في إجراءات التحكيم⁽¹⁾.

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 للزوج 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 1/101 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 الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً⁽²⁾.

(1) مصر الكلية الشرعية بتاريخ 1932/4/6 - الدعوى 2164 لسنة 1930.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - «إن النص في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 29 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على 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 بآئنة 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 التطلق 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 1530، 1777 لسنة 1979 كلى أحوال شخصية شمال القاهرة يختلف عنه فى الدعوى رقم 1015 سنة 1984 كلى أحوال شخصية شمال القاهرة الصادر فيها الحكم المطعون فيه فالدعويان أنفتا البيان أقيمتا عما تقدمهما من وقائع بينما أقيمت الدعوى الماثلة رقم 1015 سنة 1984 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 بالتطبيق 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 ق 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 بالتطبيق للضرر الحق فى أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطبيق 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 بتطبيقها عليه للضرر لسابقة الفصل فيها بالحكم الصادر فى الدعوى رقم 888 لسنة 1984 كلى أحوال شخصية الإسكندرية واستئنافه رقم 106 لسنة 1985 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 التطبيق 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 التغاير فيها وما استجد منها بعد صدور الحكم فى الدعوى الأولى حتى يقوم الدليل المسوغ للنتيجة التى انتهى إليها وهو ما يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

(طعن رقم 53 لسنة 53 ق - أحوال شخصية - جلسة 1989/3/28 - غير منشور) =

(ج)- «وحيث إن النعى بهذا الوجه مردود ذلك أن النص فى المادة السادسة من

المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها طلاقاً بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين على الوجه المبين بالمواد 7، 8، 9، 10، 11 مفاده - على 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 تنتضر منه، لما كان الثابت في الأوراق أن دعوى المطعون ضدها بتطليقها على الطاعن طبقاً لنص المادة السادسة المشار إليها هي دعوها 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 دعوها بالتطليق لعجزها عن إثبات الضرر. حقها في رفع دعوى جديد بطلب الطلاق لذات السبب. شرطه. أن تستند إلى وقائع مغايرة لتلك التي رفعت الدعوى الأولى على أساسها».

(طعن رقم 143 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/12/15)

(هـ) - «للزوجة حق رفع دعوى جديدة بالتطليق للضرر. شرطه. استنادها إلى وقائع استحدثت بعد صدور الحكم الأول برفض دعوها بالتطليق. القضاء برفض الدفع بعدم جواز نظر دعوها الثانية بالتطليق لسابقة الفصل فيها دون بيان الأسباب التي استند إليها في ذلك. خطأ».

(طعن رقم 143 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 الطلاق في الدعوى رقم 1454 لسنة 1986 كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة لزواج الطاعن بأخرى، واعتدائه عليها بالضرب والسب، كما أنه وإن اتحد سبب الطلاق في الدعوى المطروحة والدعوى رقم 3228 لسنة 1991 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 دعوها بطلب الطلاق للضرر. حقها في أن ترفع دعوى

وهذه الحجية مما يتعلق بالنظام العام، وتتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يدفع بها أمامها (م 101/2 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⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

1- «مفاد المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن التحكيم فى دعوى التطلق للضرر لا يكون إلا عندما تكرر الزوجة شكواها طالبة التطلق ولم تثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى بطلب التفريق».

(طعن رقم 3 لسنة 53 ق - جلسة 1984/5/29)

2- «التحكيم فى دعوى التطلق للضرر. رفض دعوى الزوجة بطلب التفريق ثم تكرار شكواها. عدم إثبات ما تشكو منه».

(طعن رقم 90 لسنة 54 ق - جلسة 1985/4/9)

3- «لما كان نص المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 فى شأن

جديدة تطلب فيها التطلق 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 138.

التطبيق 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 التطبيق للضرر استنادا إلى نص تلك المادة فإنه لا يلزم اتخاذ إجراءات التحكيم فى الدعوى».

(طعن رقم 33 لسنة 54ق - جلسة 11/3/1986 - غير منشور).

4- «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد، 8، 9، 10، 11 مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التحكيم فى دعوى التطلق 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 طبقاً لنص المادة السادسة المشار إليها هى دعواها الأولى قبله فإن تعيب الحكم لعدم اتخاذه الإجراءات الخاصة بالتحكيم بين الزوجين قبل القضاء بالتفريق بينهما يكون على غير أساس».

(طعن رقم 44 لسنة 57ق - جلسة 22/11/1988 - غير منشور)

5- «النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقاً بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين

على الوجه المبين بالمواد 7، 8، 9، 10، 11 مفاده وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن التحكيم فى دعوى التطلاق 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 56ق - جلسة 1988/12/20 - غير منشور).

6- «وحيث إن هذا النعى مرود ذلك أن النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1985 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 طلاقه بآئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمن على الوجه المبين بالمواد 7، 8، 9، 10، 11 مفاده وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن التحكيم فى دعوى التطلاق 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 الطاعة بطلب تطبيقها على المطعون ضده طبقا لنص المادة السادسة المشار إليها هى دعاوها الأولى قبله وأن محكمة أول درجة عرضت الصلح على الطرفين بجلسة 1985/12/23 ورفضته الطاعة وهو ما يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما فإن النعى بعدم التزام الحكم ما تقضى به المادة 11 وهى من بين مواد إجراءات التحكيم السالفة البيان وبأنه لم يعرض الصلح على الزوجين يكون على غير أساس. ولا يعيبه أنه استند فى قضائه إلى أحكام القانون رقم 44 لسنة 1979 المحكوم بعدم دستوريته طالما انتهى إلى النتيجة الصحيحة فى القانون».

(طعن رقم 58 لسنة 57ق - جلسة 1989/2/21 - غير منشور)

7- «وجوب الالتجاء إلى التحكيم فى دعوى التطلاق للضرر. شرطه. أن

يتكرر من الزوجة طلب التطلق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه. م 6 ق 25 لسنة 1929».

(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 143 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/12/15)

(طعن رقم 86 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/6/15)

8- «إلتزام المحكمة بسلوك إجراءات التحكيم فى 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)

9- «المحكمة لا تكون ملزمة باتخاذ إجراءات التحكيم فى دعوى التطلق للضرر طبقا للمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929، إلا عندما تكرر الزوجة شكاوها فى طلب التطلق، ولم يثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى، وإلا فإن المحكمة لا تكون ملزمة باتخاذ هذه الإجراءات، وإن هى فعلت، فإن تقرير الحكّمين لا يقيدّها فى الحكم بمقتضاه، وإنما يعتبر ورقة من أوراق الدعوى، التى تخضع لتقدير المحكمة فى مجال الإثبات»..

(طعن رقم 794 لسنة 74 ق «أحوال شخصية»

جلسة 2006/12/18)

أنظر أيضا نقض 1974/2/20 المنشور بالبند التالي.

55- لا يشترط لرفع دعوى الطلاق الثانية واتخاذ إجراءات التحكيم فيها

التقاء الزوجين بعد رفض الدعوى الأولى :

لا يشترط فى دعوى الطلاق الثانية التى ترفعها الزوجة والتى 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⁽¹⁾.

وقد أخذت بهذا الظراً محكمة المنقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ 1974/2/20 فى الدعوى رقم 46 لسنة 40 ق إذ قضت بأن :

«النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 دعاوها بالتطبيق 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)

2- «النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 دعاوها بالتطبيق 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 حقيقة

(1) عكس ذلك المستشار أحمد نصر الجندى ص 209 وما بعدها.

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 تطلقت 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 الحكمين من إجراءات التقاضى المتعلقة بالنظام العام وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى قضائه إلى عدم جواز بعث الحكمين فى حالة رفع دعوى الطلاق الثانية بعد رفض الأولى وحدث وقائع ضرر جديدة إلا إذا قدمت الزوجة دليلا على تلاقىها مع زوجها حقيقة أو حكما بما يخالف ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة السالف الإشارة إليه - وهو ما يعيبه بالقصور فى التسبب الذى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون».

(طعن رقم 115 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/10/26)

56- إجراءات التحكيم والقضاء فى طلب الطلاق:

النص القانونى:

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

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

وعلى الحكمين المثل أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معا، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما

تستقيه من أوراق الدعوى».

57-الأصل الشرعى للتحكيم:

الأصل فى التحكيم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽¹⁾ وقد جاء هذا عقب قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالْصَّالِحَاتُ قَنِيَتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْزُوهُنَّ ۚ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽²⁾ فقد تضمنت الآيتان فى مجموعهما معالجة حالات النشوز من الزوجة، فإذا وقع الشقاق بين الزوجين واستحكم التجأ ولى الأمر إلى التحكيم لأن جمهور الفقهاء على أن المخاطب بقوله ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ﴾ هم الحكام والأمراء⁽³⁾ وإجراءات التحكيم المبينة فى المادة 19 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تسرى أيضا عند طلب الزوجة التطليق للضرر إذا رفعت الدعوى ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر (م6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929)⁽⁴⁾.

(1) الآية 35 من سورة النساء.

(2) الآية 34 من سورة النساء.

(3) الدكتور محمد بلتاچى دراسات فى الأحوال الشخصية ص136 وما بعدها.

(4) وتنص هذه المادة على أنه: «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقه بئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت =

58- شروط الحكمين:

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

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

والحكمة من اختيار الحكمين من أهل الزوجين إن أمكن، أن ما ينشأ من خلاف بين الزوجين ينذر بالفرقة يكون معلوماً لدى أهل الزوجين، فلا يستطيع الزوجان التمويه على الحكمين إذا كانا من أهلها فى وقائع النزاع وأسبابه، كما أنهما بهذه الصفة يكونان أقرب إلى نفسيهما وأدعى إلى إفصائهما لهما بما فى ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الفرقة أو الصلحة وستر لهما على ما ينسب كل منهما للآخر من وقائع أدت إلى الخلاف تمس الزوجين وقد تمتد إلى سمعة الأولاد مما يجب حجبها عن الأجانب.

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

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

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

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

« وحيث إن النعى مردود فى وجهه الأول بأن النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أن «يشترط فى الحكمين أن يكونا

= الشكوى بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد (7، 8، 9، 10، 11) - وقد رأينا أن المادة 19 من القانون (1) لسنة 2000 حلت محل المواد الأخيرة.

رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما» يدل على أنه يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين إن أمكن، فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى حكمين أجنيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلف بينهما، ولما كان من الأصول الفقهية المتواضع عليها أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه، وكان المعول عليه فى مذهب المالكية المستمد منه هذا النص أنه إذا لم يكن فى الأهل أحد يوصف بما يستحق به التحكيم أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما فيختار من هو عدل من غيرهما من المسلمين، مما مؤداه أنه لا يشترط أن يكون للحكمين المنتدبين من دائرة الأقارب اتصال شخصى بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما ويكفى أن يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين، لما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على الأوراق أن محكمة أول درجة عينت فى البداية حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما، غير أن حكم الزوج تعتمد عدم القيام بالمهمة، فقضت المحكمة بنذب آخرين أجنيين، وكان لم يوجه أى مطعن إلى عدالتهما، فإن الحكم لا يكون قد خالف قواعد الشرع الإسلامى».

ولا ينبغى الرجوع إلى مذهب الإمام مالك فى بيان شروط الحكمين - كما كان الحال قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000، لأن القانون الأخير لم يستمد قواعد التحكيم من هذا المذهب المذكور كما سنرى. ومن ثم تعين الرجوع فى هذه الشروط إلى الراجح فى المذهب الحنفى عملاً بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 التى تقضى بأن تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة. والأحناف يشترطون فى الحكم - كالشاهد والقاضى - العدالة.

فلا يكون الفاسق حكماً، أو الصبى والمجنون (والعبد) والسفيه⁽¹⁾ وكانت المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (الملغاة) تنص على هذا الشرط صراحة.

وقد قضت محكمة النقض فى ظل هذا النص بأن :

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

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

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

سنرى أن المادة 19 من القانون رقم (1) لسنة 2000 لم تستمد من المذهب المالكى وحده، كما كان الحال فى مواد التحكيم المنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 والمستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. ومن ثم فإنه لا يجوز الرجوع إلى هذا المذهب فى جواز تعيين الحكمين أو أحدهما من النساء، وإنما يرجع فى هذا الشأن إلى الراجح من المذهب الحنفى عملاً بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000. والمقرر فى المذهب الحنفى أنه يشترط فى الحكم صلاحيته للقضاء، والمرأة عندهم تصلح للقضاء فى كل شيء إلا فى الحدود والقصاص، اعتباراً بشهادتها، فشهادتها جائزة فى غير الحدود والقصاص، ولذلك أجازوا أن تكون المرأة حكماً. وعلى ذلك يجوز أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء.

وقد جاء فى كتاب آداب القاضى ببدايع الصنائع ج7 سنة 1982 ص3:

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

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

60- كيفية اختيار الحكمين :

تكلف المحكمة كل من الزوجين باختيار حكم من أهله، أو من غير أهله أى أجنبى إذا تعذر ذلك وعلى الطرفين تسمية هذا الحكم، وعلى المحكمة إثبات اسمه بمحضر الجلسة. ولا يشترط اختيار الزوج أو الزوجة الحكم بنفسيهما، وإنما يجوز الاختيار من وكيليهما بشرط وجود وكالة خاصة (م76 مرافعات).

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

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

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«النص فى الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أنه: «فى دعاوى التطليق التى يوجب فيها القانون ندب حكمين، يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله. قدر الإمكان - فى الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه، أو تخلف عن حضور هذه الجلسة، عينت المحكمة حكما عنه»، مفاده. أن المشرع رسم طريقا معيناً لندب الحكمين فى الدعاوى التى يوجب فيها القانون اتخاذ هذا الإجراء وهو أن تكلف المحكمة كل من الزوجين بتسمية حكم من أهله - إن أمكن - وإلا فمن غيرهم، وذلك فى الجلسة التالية على الأكثر، فإن قام أى منهما بتسمية حكمه، عينته المحكمة، فإن تقاعس ولم يسم حكمه، أو تخلف عن حضور الجلسة المحددة لإبداء رغبته فى ذلك، فإنه يعد نزولا ضمنيا منه عن حقه فى التسمية،

وعندئذ تعين المحكمة حكما عنه، باعتبار أن ذلك من قبيل إجراءات الإثبات التنظيمية، والتي لم يضع المشرع ثمة جزاء معيناً على مخالفتها، وهى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليست متعلقة بالنظام العام، مما تجوز مخالفتها صراحة، أو ضمناً بعدم الاعتراض عليها».

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

61- تعيين المحكمة للحكمين وبعثها لأداء مأموريتهما :

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

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

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

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

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

62- مباشرة الحكمين للمأمورية :

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

والملاحظ أن النص لم يفيد الحكمين بثمة إجراءات يتخذانها قبل مباشرة

المأمورية أو أثناء مباشرتها، ويبدو أن المشرع قصد من ذلك تمكينهما من إنجاز مأموريتهما بأسرع وقت ممكن.

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

ولم يتطلب النص من الحكمين إثبات الإجراءات التى قاما بها فى محضر، أو تقديم تقرير كتابى بما خلاصا إليه من أداء مأموريتهما.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

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

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

63-مثول الحكمين أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما :

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

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

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

والصواب أن يسأل كل منهما على انفراد وبعد حلفه اليمين. فليس هناك مبرر للترقية في حلف اليمين بين حالة اتفاقهما وحاله اختلافهما، التي أوجبت فيها الفقرة المذكورة تحليفهما اليمين. وكان من الأوفق أيضا تحليفهما اليمين قبل مباشرتهما للمأمورية التي بعثا من أجلها، كما كان الحال في ظل القانون رقم 100 لسنة 1985 ذلك أن حلفهما اليمين يؤدي إلى إخلاصهما في أداء مأموريتهما فينتج التحكيم آثاره في الإصلاح بين الزوجين، كما أنه ضروري لأطمئنان المحكمة إلى ما يقررانه أمام المحكمة فيما خلاصا إليه في مأموريتهما.

64- رأي الحكمين استشاري للمحكمة :

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

وقد قضت محكمة النقض بأن :

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

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

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون.

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

ذلك أن قواعد التّحكيم فى ظل ذلك المرسوم بقانون كانت مستمدة من مذهب الإمام مالك - والمقرر فى هذا المذهب أنه إذا اتفق الحكمان على رأى نفذ حكمهما ووجب على القاضى إمضاؤه دون تعقيب ولو كان مخالفا لمذهبه لأن الحكّمين طريقهما الحكم لا الشهادة أو الوكالة.

65-رد الحكّمين :

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

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«النص فى الفقرة الأولى من المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أنه «يشترط فى الحكّمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما» يدل على أنه يشترط فى الحكّمين أن يكونا عدلين رشّدين من أهل الزوجين إن أمكن فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضى حكّمين أجانبين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح. لما كان ذلك وكان المقرر وفقا لنص المادة الخامسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والملية فى الأحوال التى لم يرد بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يتعين اتباع الأحكام المقررة فى قانون المرافعات. وإذا كانت تلك القواعد لم تتضمن القواعد الخاصة بعدم صلاحية المحكمين فإنه يتعين

إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات فى هذا الشأن وكان نص المادة 503 من قانون المرافعات قد جرى على أن «يرد المحكمين لذات الأسباب التى يرد بها القاضى أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم، يرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى فى ميعاد خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم» وكان الثابت أن وكيل الطاعن طلب ترشيح الحكمين من مكتب توجيه الأسرة ولم يعترض الطاعن على تعيين حكم المطعون ضدهما - شاهدها فى النزاع موضوع التحكيم - بل مثل أمامه وأبدى دفاعه كاملاً دون أن يتخذ الإجراءات التى نص عليها القانون فى رد المحكمين فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالبطلان لاتخاذ من تقرير الحكمين الباطل سنداً لقضائه يكون على غير أساس».

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

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

وتقضى المادة 18 بأنه لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حدية حول حيده أو استقلاله.

ولا يجوز لأى من طرفى التحكيم رد المحكم الذى عينه أو اشترك فى تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين.

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

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

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

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

بعض الأحكام الخاصة بدعوى التتطبيق للضرر:

66- (أ) - إسقاط الحق فى طلب التتطبيق :

طلب التتطبيق 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 دعاوها بالتتطبيق إسقاطا لحقها فى طلب التتطبيق.

غير أن إسقاطها لطلب التتطبيق مرة، لا يحول بينها وبين طلبه من جديد إذا استجدت وقائع أخرى غير الوقائع التى تناولها الطلب الأول.

67- (2) طرح وقائع جديدة للضرر أمام محكمة الاستئناف :

يجوز للزوجة أن تستند أمام محكمة الاستئناف إلى وقائع جديدة للضرر لم ترد بصحيفة دعاوها 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 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقا 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 في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها. وكان النص لم يحدد وسيلة إضرار الزوج بزوجته والذي يخولها الحق في طلب التطلاق فإن لها أن تستند في التدليل على حصول المضارة إلى كل أو بعض سوء المعاملة التي تلقاها منه من قبيل الضرب والسب والهجر وأن تضيف منها في مرحلة الاستئناف ما لم تطرحه أمام محكمة الدرجة الأولى دون أن يعتبر ذلك طلبا جديدا مما يمتنع قبوله طبقا لحكم المادة 321 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 في طلب تطليقها من الطاعن إلى نص المادة السادسة سالفه 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 فى قضائه بثبوت الضرر الحاصل من السب، ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 96 لسنة 55 قى - جلسة 1986/12/23 - غير منشور).

(ب) - «الضرر الموجب للتفريق وفقا لنص المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929. ماهيته. عدم تحديد النص وسيلة إضرار الزوج بزوجته. مؤداه إضافة الزوجة في مرحلة الاستئناف مالم تطرحه من صور المعاملة أمام محكمة الدرجة الأولى. عدم اعتباره طلبا جديدا يمتنع قبوله طبقا للمادة 321 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. علة ذلك».

(طعن رقم 53 لسنة 60 - جلسة 1993/4/20)

(ج) - «النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 بئنة، 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 زوجته 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 إضرار الزوج بزوجته والذي يخول لها الحق في طلب التطليق، فإن لها أن تستند في التذليل 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 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 20/11/2006)

أما إذا أقامت المدعية دعوها للتطليق للضرر طبقا للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، ثم أضافت أمام محكمة الاستئناف أن المدعى عليه، امتنع عن الإنفاق عليها، فإن ما أضافته يعتبر طلبا جديدا لا يجوز قبوله أمام محكمة الاستئناف.

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

«لما كانت الطاعنة قد أقامت دعوها ضد المطعون عليه بطلب تطليقها منه طلبة بائنة للضرر عملا بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، 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 4 و 5 و 6 من القانون رقم 25 لسنة 1920، وبالتالي فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف، عملا بما تقضى به المادة 321 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا في الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية، إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية، وهي من المواد التي أبقى عليها القانون رقم 462 لسنة 1955. لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يرد على طلب التطليق لعدم الإنفاق يكون غير منتج».

(طعن رقم 16 لسنة 38 ق - جلسة 5/6/1974)

68- (3) جواز استناد المحكمة على وقوع الضرر إلى غير تطور الضرر التي استندت إليها المدعية :

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

(أ) - «إذا كان البين في صحيفة الدعوى الابتدائية أن المطعون عليها وإن ساقط فيها بعض صور سوء المعاملة التي تلقاها من الطاعن، وضربت على ذلك أمثلة من قبيل الهجر والامتناع عن الإنفاق إلا أنها في طلباتها الختامية اقتصرت على الحكم بتطبيقها بئنا 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 بالتطبيق للضرر على صور من الضرر تضمنتها وقائع الدعوى وتتحقق بها المضارة، غير تلك التي ساقطتها الزوجة في صحيفة دعواها إلا أنه يشترط لكي يحكم القاضي بالتطبيق للضرر طبقا للمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 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 التطلق 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 ساقطت الزوجة في طلب تطليقها على زوجها صوراً متعددة من صور الضرر فإن على المحكمة إذا انتهت إلى عدم ثبوت بعضها أن تعرض لباقيها وإلا كان حكمها معيباً بالقصور.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1989/3/28 على الطعن رقم 35 لسنة 58ق - أحوال شخصية - غير منشور - بأن :

«وحيث إن هذا النعى في محله. ذلك أنه إذا ساقطت الزوجة في طلب تطليقها على زوجها صوراً متعددة من ضروب الإضرار بها فإن على المحكمة إذا انتهت إلى عدم ثبوت بعضها أن تعرض لباقيها وإلا كان حكمها معيباً بالقصور. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنة طلبت التطليق للضرر وساقطت في صحيفة الدعوى الابتدائية وأمام محكمة الموضوع من صور الإضرار بها التي تلقاها من المطعون ضده تراخيه عمداً في الدخول بها وقعوده 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 معيباً بالقصور في التسبب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

69- (4) الحكم الصادر برفض دعوى النفقة للنشوز لا يمنع من جواز نظر دعوى التطليق للضرر:

(راجع في التفصيل: الكتاب الثانى من الموسوعة بند 27)

70- (5) الحكم الصادر فى دعوى الطاعنة لا يمتنع من جواز نظر دعوى التطليق للضرر:

(راجع فى التفصيل: الكتاب الثانى من الموسوعة بند 28).

71- تغاير الطلب على طلب التطليق للضرر وطلب التطليق لا يمتنع من الخلاف 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 تأسيساً على استحكام الخلاف بينهما عملاً بالفقرة الثانية من المادة 11 مكرراً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل)، فهو يستند إلى سبب آخر يختلف عن السبب في الطلب الأول، ومن ثم لا يمنع الحكم الصادر برفض دعوى الطلاق على أساس السبب الأول من إيداء طلب الطلاق على أساس السبب الثاني.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

«مؤدى نص المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الطلاق للضرر - مناطه ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين. لما كان ذلك، وكان النص في الفقرة الأخيرة من المادة 11 مكرراً ثانياً من ذات المرسوم بقانون والمضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه.... وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة فإذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة الطلاق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون مؤداه أن طلب الزوجة الطلاق على زوجها أثناء نظر اعتراضها على دعوتها للعودة لمنزل الزوجية - مناطه - استحكام 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 الطلاق في الدعوى رقم 1355 لسنة 1983 على سند من إضرار المطعون ضده بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما وقضى فيها بالرفض فإذا عادت بعد ذلك وطلبت الطلاق في الدعوى رقم 1441 لسنة 1983 لاستحكام الخلاف بينهما فإن سبب هذه الدعوى يكون مغايراً للسبب في الدعوى الأولى ولا يمنع الحكم الصادر فيها من نظر الدعوى رقم 1441 لسنة 1983 وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز نظر الدعوى الأخيرة لسابقة الفصل فيها بالحكم الصادر في الدعوى رقم 1355 لسنة 1983 يكون قد أخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم 17 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/11/16)

(رابعاً)

السبب الرابع من أسباب التطليق

التطليق للزواج من أخرى

72- النص القانوني :

المادة (11 مكرراً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة
بالقانون رقم 100 لسنة 1985 :

«على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجاً 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 القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً. ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا رضيت بذلك صراحة أو ضمناً 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»⁽¹⁾.

(1) وكان يقابل هذا النص في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 نص المادة (6 مكرراً) المضافة إلى المرسوم بالقانون ونصها الآتي:

على الزوج أن يقدم للموثق إقرار كتابياً يتضمن حالته الاجتماعية فإذا كان متزوجاً 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 إضراراً بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها.

73- المصدر التشريعى للمادة من أحكام الفقه الإسلامى :

أفصحت عن المصدر التشريعى للمادة، المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 وتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عنه، والمناقشات التى دارت بمجلس الشعب، وكذلك المذكرة الإيضاحية وتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 (المقضى بعدم دستوريته)، ويخلص ذلك فيما يأتى:

1- ما هو مقرر فى مذهب الإمامين مالك وأحمد بن حنبل من 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 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 فى عصمة رجل رغماً عنها⁽¹⁾.

2- 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 فى نطاق القاعدة العامة - للتطبيق للضرر - فإذا لحق الزوجة الأولى ضرر من الزواج عليها بأخرى، كان عليها حق طلب التطلق للضرر مادياً أو أدبياً أو نفسياً، ومستند هذا الحكم مذهب الإمام مالك وما توجبه القاعدة الشرعية فى

= ويسقط حق الزوجة فى طلب التفريق بمضى سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر، ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً.

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن الاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 - المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون - تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) والتخريج على مذهب الإمام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة⁽¹⁾.

3- 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 بقيدتين 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 للقيد، «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 فالمرجع 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 فَوَاحِدَةٌ ﴾ .

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن مشروع الاقتراح بقانون رقم 100 لسنة 1985 وعن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

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⁽¹⁾.

4- أن المذهب المالكي المأخوذ به في التطلق 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 في كل مجتمع، ومن بين هذه الأسباب إذا قطع الزوج كلامه عن الزوجة أو ضربها ضربا مؤلما أو أثر امرأة عليها، وهذا ما جاء بكتاب التاج في 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 مستنديين للحديث كقاعدة عامة (لا ضرر ولا ضرار).

5- أن فقهاء المذهب الحنبلي قالوا: «لو أن الزوجة اشترطت على زوجها عند العقد. ألا يتزوج عليها بأخرى فأخل بالشرط وتزوج عليها، لها أن تطلب التطلق ويفسخ العقد في 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⁽²⁾.

6- 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

(1) تصريح السيد رئيس مجلس الشعب أثناء المناقشة المبدئية لمشروع الاقتراح

بقانون رقم 100 لسنة 1985 - مضبطة المجلس - الجلسة 96 فى 1985/6/30.

(2) تصريح الدكتور محمد على محبوب مقرر اللجنة المشتركة أمام مجلس الشعب أثناء المناقشة المبدئية للاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 (مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 96 بتاريخ 1985/6/30 ص5).

ضرر معنوي، فالإسلام كغيره من المناهج العقلية يعرف الضرر المادي والمعنوي⁽¹⁾.

7- 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⁽²⁾.

8- أن المجتمع قد تطور الآن وأصبحت المرأة متعلمة ومتقنة ولذا فإن أوضاعها قد تغيرت بحيث يجب أن يضع تفسير النص القرآني الخاص بإباحة التعدد في اعتباره هذا التطور القائم، والشرعية 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⁽³⁾.

(1) الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة (مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يولية 1985 ص18).

(2) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم 4 لسنة 1979 - الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب والعضو أحمد مجاهد أثناء المناقشة المبدئية للاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 - مضبطة

المجلس - الجلسة 96 بتاريخ 1985/6/30 ص16 وما بعدها - العضو أحمد مجاهد أثناء مناقشة المادة بالمجلس - مضبطة المجلس - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص15 وما بعدها.

(3) السيد العضو أحمد مجاهد أثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ =

9- أن المبدأ الذى نصت عليه المادة هو ما أخذ به مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد الذى وافق عليه المؤتمر المشترك لمجلسى الشعب المصرى والسودانى الذى عقد فى الخرطوم فى الفترة من 20 - 25 يناير 1979 فى المادة (82/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 (129) 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 (133) منه⁽¹⁾.

74- شروط التطلق للزواج بأخرى:

يشترط لتطبيق الزوجة لزوجها بأخرى توافر الشروط الآتية⁽²⁾.

= أول يوليو سنة 1985 - مضبطة الجلسة المذكورة ص16 - وقد أيد المفتى الشيخ جاد الحق على جاد الحق النص المقابل فى القرار بقانون رقم 44 لسنة 1977 فى رد له حول الشبهات الواردة على قانون الأحوال الشخصية رقم 44 لسنة 1979 بتاريخ 1980/4/22.

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

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن:

«السبب فى دعوى التطلق طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929. اختلافه عن السبب فى دعوى التطلق للزواج بأخرى طبقاً للمادة 11 مكرر من ذات القانون المضافة بالقانون 100 لسنة 1985. علة ذلك.

(طعن رقم 557 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/4/10)

1- أن يتزوج الرجل من أخرى بعقد زواج صحيح. فلا يكفي مجرد خطبته لأخرى.

وإذا كان زواجه من أخرى باطلاً أو فاسداً، فإنه لا يبتر طلب التطلق، ولا يشترط أن يكون الرجل قد دخل أو اختلى بالزوجة الأخرى، بل يكفي مجرد عقده عليها، لأن النص جاء مطلقاً فلا يجوز تخصيصه بغير مخصص. ولا يمنع من طلب التطلق أن تكون الزوجة ناشزا، لأن العبرة بكونها زوجة، فضلاً عن أن دعوى الطاعة تختلف عن دعوى التطلق، وأن القضاء في إحداها بالرفض لا يمنع من القضاء في الأخرى بالطلبات.

2- أن يلحق بالزوجة ضرر مادي أو معنوي⁽¹⁾.

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 التي وقع الضرر مرتبطاً بها. فهو ضرر خاص يكفي معه تعذر دوام العشرة بين أمثال الزوجين ولا يشترط استحالة العشرة بين أمثالهما. فإذا لم يكن هذا الزواج هو المناسبة التي وقع الضرر مرتبطاً بها والباعث عليه فإن حق الزوجة في التطلق يرتد إلى القاعدة العامة في التطلق للضرر المنصوص عليها بالمادة السادسة.

(1) وقد جاء بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن هذا الضرر «ارتأت اللجنة أن يوضع الحكم الوارد في المادتين 6 مكرراً، 6 مكرراً ثانياً من الاقتراح بمشروع القانون تحت رقمي 11 مكرراً، 11 مكرراً ثانياً إبرازاً لذاتية الحكم الوارد في كل منهما، ذلك أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 تقرر مبدأً عاماً في التطلق للضرر بسبب الشقاق بين الزوجين، ثم وردت المواد 7، 8، 9، 10، 11 من ذات المرسوم بقانون منظمة لإجراءات التحكيم في هذه المنازعة في حين تعالج المادتان المقترحتان نوعاً خاصاً من الضرر الذي يلحق الزوجة من الزواج بأخرى».

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 14/8/1994 وفى القضية رقم 35 لسنة 9ق «دستورية» بأن:

«... وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضرا منها 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 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 (مأوريطة دمنهور) وفى الاستئناف رقم 44 لسنة 1994 أحوال شخضية بتاريخ 18/5/1994

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:

1- «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 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/3/5)

2- «لا يعد مجرد الزواج بأخرى فى حد ذاته ضررا مفترضا يجيز للزوجة طلب التطلق، إذ أن من حق الزوج أن ينكح من الزوجات مثنى وثلاث ورباع عملا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي آلِيَتَيْهِ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَتِلْثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ 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 فسخ 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

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، ويعد إساءة دون حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هي باعثها، فإن لم تكن هذه الزيجة هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطاً بها فإن من حق الزوجة طلب التفريق طبقاً للقاعدة العامة في الطلاق للضرر وفقاً لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، وإلا كان مجرد الجمع بين امرأتين قرينة قانونية يفترض به الإضرار بالزوجة الأولى ويكون التفريق معلقاً على إرادتها وليس في نص المادة 11 مكرراً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ما يتضمن تعليقاً 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)

3- الزواج بأخرى في حد ذاته. لا يعد ضرراً مفترضاً يجيز للزوجة طلب الطلاق. علة ذلك. على الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منهياً عنه شرعاً حقيقياً وثابتاً مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتباً عليها منافياً 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)

4- «الحكم بالطلاق. م 11 مكرراً من ق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985. 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)

5- «التطليق للزواج بأخرى. م 11 مكررا ق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985. 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)

6- «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)

7- «التطليق للزواج بأخرى. م 2/11 مكررا ق 25 لسنة 29 المضافة بق 100 لسنة 1985. 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)

8- «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)

9- «الحكم بالتطليق. م 11 مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. شرطه. ثبوت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة. عدم اشتراط استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طالبت أو قصرت».

(طعن رقم 22 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/1/27)

10- «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)

11- «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)

12- «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 منهيًا 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 بمقاماتها 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)

13- «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 منهيًا 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 شاهدي 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

1992/2/19 فى الدعوى رقم 107 لسنة 1991 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 التطلق 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 1991/7/1، فإنه ليس من بين الأضرار التي عنتها المادة 11 مكررا من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 وأن الطلاق لعدم الإنفاق قد أفرد له المشرع المادة 4 من القانون 25 لسنة 1920 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 بالاقترصار على لفظ (ضرر)، وأثناء مناقشة المادة بالمجلس اقترح أحد الأعضاء⁽¹⁾ تعديل الفقرة بإضافة عبارة (مادي أو معنوي) بعد كلمة (ضرر)، وقد وافق المجلس على التعديل.

(1) 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 44 لسنة 1979 الذي كان يعطى 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 44 لسنة 1979 وحتى اليوم لم يحكم لهن نهائيا بالطلاق، وعند القول «إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي» فالضرر المادي في ظل القرار بقانون رقم 44 كان من الصعب أن يتحقق القاضي منه. أما الضرر المعنوي فهو أفسى من الضرر المادي ولا يستطيع أن يبينه 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 يستمتع مرة ومرتين وعشرات المرات حتى يبتين، وبالتالي فإذا ذكرنا بنص الفقرة الحالية الضرر ونضيف إليه =

وهذا التعديل لا يغير من الأمر شيئاً لأن مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي 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 نفعل؟ من أين تحصل الزوجة على شهود للشهادة معها بالنسبة للمسألة النفسية؟ هذا الموضوع فى تقديرى لو ظلت الفقرة الثانية من المادة تقضى «باستحالة دوام العشرة بين أمثالهما» فإنها تعوق تنفيذ جوهر التعديل الذى نحن بصده،

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 ص 15)

(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 نصف 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 فى الضرر المعنوى الذى يبرر طلب التطبيق، 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 والمعنوي.

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 مادي وضرر معنوي 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 والمعنوي؟ إننى أريد أن أضع كل هذه الملاحظات أمام حضراتكم على الوجه الصحيح، فليست المسألة إثبات وجود الضرر المعنوي أم لا، فذلك أمر واضح والتسليم بوجوده فى جميع المناهج الفكرية فضلا عن الأديان السماوية والإسلام، فالضرر المعنوي قائم ولا أحد يرفضه، ولن يستطيع أحد رفض الطلاق للضرر المعنوي، وما يجب أن نركز عليه الآن هو موضوع الصياغة، فليس الأمر يتعلق بوجود أو عدم وجود الضرر المعنوي فهذا أمر مسلم به، والآن هل يذكر فى النص عبارة الضرر المادى أو المعنوي 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 والمعنوي وإلا صارت كارثة تشريعية وسيستأوى 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 والمعنوي والنفسى وما إلى ذلك.... الخ».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص22). =

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 أمراً، وهو كما سبق أن ذكرت لا بد أن ضرراً سيحصل، ولو كان معنوياً، فهذا حاصل دينا وطبيعة، لأن أية امرأة لا تحب مطلقاً 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 توفظك 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 وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾.

فالزواج الثانى فيه ضرر حتى ولو كان معنوياً ولذلك حتى أصبح فهم بعض المتكلمين والمتكلمات عندما قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ

حَرَصْتُمْ﴾

كما أن الضرر العاطفى 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﴾⁽¹⁾، وقال: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾⁽²⁾ وقال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ أَنْزَلْنَاهُ حُكْمًا عَرَبِيًّا وَلَئِنْ أَتَبَعْتَ أَهْوَاءَهُمْ بَعْدَ مَا جَاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ 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 مربوط 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: 71.

(2) سورة المائدة - الآية: 49.

مِنْ وَلِيِّ وَلَا وَاَقِبِ ﴿⁽¹⁾﴾، وقال عز وجل: ﴿فَلِذَلِكَ فَادَّعُ ط وَأَسْتَقِمَّ كَمَا أَمَرْتُ ط وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ط وَقُلْ ءَامَنْتُ بِمَا أُنْزِلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ ط وَأَمَرْتُ لَأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ﴾ ⁽²⁾، فضلا عن أن الضرر العاطفى مفترض عند الزواج بالأخرى بينما الضرر الذى يبرر التطليق 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 14/8/1994 على القضية رقم 35 لسنة 9ق «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 والحرص 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 تباعد، وما تحملاه لبعضهما من ضغائن تمتد إلى أولادهما، مرجعها تلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد، ولا يخلص

(1) سورة الرعد - الآية: 37.

(2) المستشار أحمد نصر الجندى ص 232 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 96 بتاريخ 30 يونية سنة 1985 ص 8 ومضبطة المجلس - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص 15 وما بعدها).

هو لإحداهن، وهو بعد غير لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها، ولم يقصد النص المطعون فيه إزالتها....الخ».

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«الزوجة التي تطلب الطلاق 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 للتراحم على رجل واحد. ليست منها».

(طعن رقم 119 لسنة 72 ق «أحوال شخصية»)

جلسة 25/10/2003

3- «أن يكون الضرر الذي لحق الزوجة يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وكان النص كما ورد بالاقترح 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:

أولا: 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.

ثانيا: إذا استشعرت الزوجة ضررا من زواج زوجها بأخرى فلها أن تلجأ إلى المحكمة، فإذا ثبت أن ضررا قد لحقها ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يحكم لها بالطلاق.

هذه أمور انتهينا إليها في لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بحضور كبار علماء الدين. والذي أود أن أضيفه هنا، ونحن في عام 1985 أى بعد أكثر من 1400 سنة من الهجرة، =

= يجب أن ننتبه 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 الْمَوْءُدَةُ 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 ومثقفة 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 «ويجوز 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 رابوية عطية والسيد العضو إبراهيم شكرى، وقد قالت السيدة العضو رابوية 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 25 لسنة 1929 لأن هذه المادة اشترطت فى الضرر الذى يجيز التطلق 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 ق دستورية جلسة 1994/8/4)

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:

1- «الحكم بالتطلاق وفق المادة 11 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون 100 لسنة 1985. 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 114 لسنة 59 «أحوال شخصية» 1992/3/24)

2- «الحكم بالتطلاق. م 11 مكررا من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون 100 لسنة 1985. 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 77)

4- أن ترفع الزوجة دعوها 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 دعوها خلال سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى.

والمقصود بالسنة هنا السنة الهجرية لأنها الأصل فى التقويم الشرعي. أما الاستثناء المنصوص عليه فى المادة (23) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 والذى بمقتضاه تعتبر السنة ميلادية أى عدد أيامها 365 يوما فهو قاصر على السنة المنصوص عليها فى المواد (من 12 - 18) من المرسوم بقانون المذكور وليس من بين هذه المواد، المادة (11 مكررا) المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

وميعاد السنة من المواعيد الناقصة التى يتعين أن يتم الإجراء أى رفع الدعوى خلالها، فإذا أقامت الزوجة دعواها بالطلاق بعد انقضاء مدة السنة قضت المحكمة بسقوط حقها فى 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 فأعطاهما المشرع هذه المهلة حتى تتروى فيها وتهدأ عاطفتها فقد يذهب غضبها فتستقر مع زوجها⁽¹⁾، وعدم ترك هذا الأمر معلقا فى يد الزوجة تستعمله حسبما تشاء وفى الوقت الذى تريد لكى لا يكون سلاحا مشهرا على الزوج يظل مهدها به على الدوام.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

«وهذا القيد الإجرائى «أيا كان وجه الرأى فى دستوريته» لا يتعلق إلا بالزوجة التى تزوج عليها زوجها، إذ هى التى 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 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

(1) المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

قرره النص المطعون فيه، قد تم بافتراض أن إرادتها قد اتجهت إليه، ومن ثم يتعلق آثاره بها وحدها».

(القضية رقم 35 لسنة 9 ق «دستورية» جلسة 14/2/1994)

5- 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 تجي فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «النص في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 11 مكرراً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بئنة ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج

(1) عكس ذلك الدكتور عبد الناصر العطار ص 231.

بأخرى إلا إذا كانت قد رضيت به صراحة أو ضمنا، يدل على أن حق الزوجة في طلب التطلق لزواج زوجها بأخرى لا يسقط إلا بأحد طريقين الأول هو مضى 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 1985/4/21 وعدم إقامتها دعوى التطلق إلا بتاريخ 1985/10/9 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 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/2/16)

2- «مفاد النص فى المادة 11 مكررا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - أن المشرع أعطى الزوجة التى يجمع الزوج بينها وبين أخرى فى عصمته الحق فى طلب التطلق 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 التطلق خلال سنة من تاريخ علمها بذلك الزواج سواء كان الزواج الثانى لاحقا لتاريخ زواجه بالزوجة طالبة التطلق 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 التطلق للضرر سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا أو نفسيا».

(طعن رقم 216 لسنة 62 ق «أحوال شخصية» جلسة 1996/5/3)

3- «المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن النص فى المادة 11 مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 بائنة...»، وأن النص فى المادة 11 مكرر/2 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 دعواها 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⁽¹⁾ وله إثبات ذلك بكافة طرق الثبوت الشرعية.

6- أن يعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين:

(أ) - الوضع قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000:

اشترطت المادة (11 مكررا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 197.

والنص لم يرسم للمحكمة طريقا معينا 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 لإنهاءه 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 ممثل الزوجين يشخصهما أمام المحكمة عند تدخلها لإنهاء النزاع صلحا ويكفى ممثل 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.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

«القضاء بالتطليق م 11 مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. 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 59ق - «أحوال شخصية» - جلسة 1992/11/24)

(راجع حكما لم تكتف فيه محكمة النقض بمجرد عرض الصلح الكتاب الثانى بنود 39 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 بالتطليق، وهو إجراء لصيق بالنظام العام، ومن ثم فإذا قضت المحكمة بالتطليق 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 (6 مكررا) من القرار بقانون 44 لسنة 1979 (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 (7 - 11) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل).

(1) راجع فى التفصيل الكتاب الثانى بنود 39 وما بعده.

(2) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن:

«الهدف من إلزام القاضى بالعمل على الإصلاح بين الزوجين قبل قضائه بالتفريق وفقا لنص المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 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 رضا 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 52ق - أحوال شخصية - جلسة 1983/5/24 -

ذات المبدأ طعن رقم 79 لسنة 54ق 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 65)

75- 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 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. 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)

76- تطليق الزوجة طلبة بئنة؛

إذا أثبتت الزوجة عناصر دعواها، وعجز القاضى عن الإصلاح بينها وبين زوجها، طلقها القاضى عليه طلبة بئنة.

والطلاق هنا بئان لأنه طلاق للضرر لا تتحقق الحكمة منه إلا إذا كان بئاناً.

77- إثباتات الضرر:

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن: «ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي... الخ».

فالمادة تشترط للتطبيق أن يلحق الزوجة ضرر مادي أو معنوي نتيجة زواج الرجل بأخرى، أي أن الضرر هنا واجب الإثبات وليس ضرراً مفترضاً⁽¹⁾.

(1) وقد دارت بهذا الشأن المناقشات الآتية بمجلس الشعب حال مناقشة القانون من حيث المبدأ.

السيد العضو ممتاز نصار:

(...) وأهم ما في هذا الأمر هو الزواج الثاني، وهل يفترض فيه الضرر: وهذا ما شكونا منه بالنسبة للقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979، وهنا ورد في الاقتراح بمشروع قانون النص الذي جاء من مجمع البحوث الإسلامية بأنه... «إذا ثبت الضرر...» وقد عدلت هذه العبارة في اللجنة لتكون... «إذا لحقها ضرر...» وإنني أعتقد أن العبارة اللفظية هنا لا تؤثر على الجوهر، ونريد إبعاد كل مظنة نحو هذا الذي نقول، ولقد طلبت تعديل العبارة لتكون...

«إذا ثبت إلحاق الضرر...» وأنني مستعد للتنازل عن الاقتراح المقدم مني بالتعديل، إذا سجل بالمضبطة بأن القواعد العامة تغني عنه...».

رئيس المجلس:

أود توضيح هذه النقطة وأتساءل: هل في جريمة القتل أو السرقة أو أية جريمة أخرى، يوجد في النص عبارة «إذا ثبت القتل أو إذا ثبتت السرقة»... لا. بل يتركها لمنطق الصياغة وبالتالي فعندما ينص على أنه «إذا لحقها الضرر»، فعلى القاضي أن يتأكد من أن الضرر قد وقع وهذا سيثبت في المضبطة.

السيد العضو ممتاز نصار:

أقول أنه يكفي في هذا الاستيضاح، ولذلك فإنني متنازل عن الاقتراح بالتعديل المقدم مني. (تصفيق).

رئيس المجلس:

وإنني أتوجه بالشكر للسيد العضو ممتاز نصار لعدوله عن الاقتراح المقدم منه بالتعديل، ضبطاً للصياغة القانونية، حتى لا يقال إن شيئاً ما كان في ذهن المشرع مخالفاً لقواعد الصياغة المنضبطة ثم عدل عنه وهذا الإيضاح سيثبت في 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 بتحيةة 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 8/30/1985 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 بالتطبيق...الخ».

السيد العضو على سلامة:

«...ولذلك أود أن أقول كما قالت السيدة العضو رابوية عطية إن مناقشة هذه المادة فى اللجنة قد أخذت نحو خمس عشرة ساعة كاملة واختلفت 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 اختلفت الآراء هناك اختلافا كبيرا، ثم انتهت الآراء باقتراح تقدمت به مع زميلى السيد الدكتور عبد الأحد جمال الدين بإطلاق كلمة الضرر ولا بنيتها 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 رأى 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 (6 مكررا) من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقابلة للنص الحالى إذ كانت تجعل الضرر مفترضا بمجرد اقتران الزوج بأخرى بغير رضاها إذ نصت على أن «ويعتبر إضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها..الخ»، ومن ثم فكان مجرد اقتران زوجها بأخرى كاف للقضاء بالتطليق بدون أن تكلف بإثبات وقوع ضرر عليها⁽¹⁾.

= 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 البيئة 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 لا بد 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:

1- «النص فى المادة 6 مكررا من القانون رقم 25 لسنة 1929 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 ق - جلسة 1983/5/24)

2- «النص فى الفقرة الثانية والثالثة من المادة 6 مكررا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 على أنه «ويعتبر إضرارا بالزوجة....» مفاده أن المشرع قد أقام بهذا النص قرينة قانونية لصالح الزوجة التى فى عصمة زوجها مؤداه أن اقترانه بأخرى بغير رضاها يعتبر إضرارا 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 بالبيئة».

(طعن رقم 42 لسنة 53 ق - جلسة 1985/4/9 - طعن رقم 38 لسنة 54 ق -

=

(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، طبقا للمذهب الحنفى الذى يعمل به فى الإثبات عملا بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت إليها المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 - قبل إلغائها - وعملا بالمادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 (الآن).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- «التطبيق وفقا لحكم المادة 11 مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. 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)

= 3- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 6 مكررا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 44 لسنة 1979 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 إضرارا بها ويعفيها من إثبات هذا الضرر متى طلب التفريق لأجله».

(طنع رقم 52 لسنة 55 قى - جلسة 1986/5/27 - غير منشور)

4- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة السادسة مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 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 إضرارا 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)

2- «الحكم بالتطبيق. م 11 مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. شرطه. إثبات الزوجة وقوع الضرر بها من اقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما. البينة فى ذلك نصابها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين طبقا للمذهب الحنفى. م 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. عدم اكتمال نصاب البينة باستبعاد شهادة المرأة الثانية. أثره».

(طعن رقم 84 لسنة 67ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/9/29)

3- «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 72ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/10/25)

4- «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 11/ مكررا القانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون 100 لسنة 1985».

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

(راجع فى التفصيل بند 166).

78- إثبات زواج الرجل بأخرى:

تنص الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم (1) لسنة 2000 (المقابلة للمادة 4/99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة) على أن «لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931 - ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها 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⁽¹⁾.

وعلى ذلك إذا أقامت الزوجة دعوى تطليق ضد زوجها لزوجته بأخرى، فأنكر الزوج زواجه بأخرى، تعين على الزوجة إثبات زواجه بأخرى بوثيقة زواج رسمية.

وإذا كان الزوج متزوجاً 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 ثابتاً بأية كتابة المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم (1) لسنة 2000 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 آنفاً. ومن ثم إذا كانت الزوجة طالبة التطليق على زوجها متزوجة بموجب عقد زواج عرفى فإن دعاوها تكون مقبولة⁽²⁾.

(1) راجع فى التفصيل الكتاب الأول من الموسوعة بند 77 وما بعده.

(2) وقد ذهبنا إلى هذا رأى أيضاً قبل صدور القانون رقم (1) لسنة 2000،

فذكرنا فى طبعة سابقة: «أما إذا كانت الزوجة طالبة التطليق متزوجة بموجب عقد زواج عرفى فإن دعاوها تكون مسموعة لأن الفقرة الرابعة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية اقتضت على النهى عن سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931 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.

79- تجدد حق الزوجة فى طلب التطلق :

نصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يتجدد حق الزوجة فى طلب التطلق كلما تزوج الزوج بأخرى. ومعنى ذلك أن رضا الزوجة بزواج الزوج من زوجة ثانية أو سقوط حقها فى رفع دعوى التطلق، أو رفض دعواها، لا يسقط حقها فى رفع دعوى تطلق عند زواجه بزوجة ثالثة أو رابعة إذا توافرت الشروط التى يتطلبها النص للقضاء بالتطلق، ولا يجوز للزوج أن يدفع دعواها بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«التطلق للزوج بأخرى. شرطه. وقوع ضرر بالزوجة لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما. حق الزوجة فى التطلق 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)

80- 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 التطلق 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:

- 1- أن يكون الزوج متزوجا بسوى الزوجة الجديدة وأخفى عنها هذا الزواج.
- 2- أن تثبت الزوجة أنه لحقها من هذا الزواج ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1994/1/18 فى الطعن رقم 126 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» بأن:

«التطليق للزوج بأخرى. م 11 مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. 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».

- 3- ألا تكون الزوجة قد رضيت بتعدد الزوجات صراحة أو ضمنا.
 - 4- ألا تمر سنة على علمها بأنه متزوج بسواها دون أن تطلب التطليق.
 - 5- 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.

81- تطليق الزوج الزوجة الأخرى أثناء دعوى التطليق:

لا يؤثر فى دعوى التطليق التى ترفعها الزوجة لزواج 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⁽¹⁾. وهذا الرأي من شأنه القضاء على تحايل الزوج بتطليق الزوجة الجديدة، إذا قامت الزوجة برفع دعوى تطليق حتى يتوصل إلى رفض دعواها.

82- ظدب المحكمة أخطائي اجتطاعي أو أظطر لتطديمر تطرير ظن الحالة المعروضة عليها أو عن مسألة فيها :

(راجع الكتاب الثاني من الموسوعة بند 24).

التزامات الزوج والموثق :

حتى تكون الزوجة على علم باقتران زوجها بأخرى، ولكى يتسنى لها رفع دعوى التطليق إذا شاعت، فرضت الفقرة الأولى من المادة التزامات على الزوج وأخرى على الموثق، ونعرض لهذه الالتزامات فيما يلي:

83- 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 اللاتي فى عصمته ومحال إقامتهن.

(1) 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 اقتتران الزوج بأخرى دون رضا الزوجة الأولى يتحقق به الضرر بمجرد وقوعه فلا يزول أثره حتى ولو انتهت الزيجة الأولى بالطلاق... الخ».

(ظن رقم 30 لسنة 52ق - 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 52 لسنة 1969 بوقوع الضرر من جانب المستأجر ولو عمد إلى إزالته بعد ذلك».

(ظن رقم 633 لسنة 46ق جلسة 1980/5/17 - راجع أيضا ظن

رقم 509 لسنة 46ق جلسة 1979/2/7)

وإقرار الزوج يكون شفهيًا أمام الموثق ويقوم الموثق بإثبات هذا الإقرار في وثيقة الزواج، بعكس الحال في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 إذ كانت توجب المادة 6 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 بائنًا لأن الزوجية انقطعت بالطلاق البائن.

84 - جزاء إخلال الزوج بالتزاماته :

تنص المادة (23 مكرراً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 (5 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 (11 مكرراً)⁽¹⁾.

(1) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2000/6/3 في الدعوى رقم 145 لسنة 18 ق «دستورية» برفض الدعوى التي أقيمت بعدم دستورية هذه الفقرة (الجريدة الرسمية العدد 24 في 2000/6/17) ونشر الحكم فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 3 يونيو سنة 2000م الموافق 3 صفر سنة

= برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال رئيس المحكمة

و عضوية 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 الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 145 لسنة 18 قضائية
«دستورية»

المقاطعة سطن

السيد / سيد عبده حسنين عبد الصمد.

ضطلد

- 1 - السيد/ رئيس مجلس الوزراء.
- 2 - السيد/ رئيس مجلس الشعب.
- 3 - السيدة/ رقية سعيد عبد الحسيب.

الإجراءات

بتاريخ 17 ديسمبر سنة 1996 أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طالبا الحكم بعدم دستورية المادة (11) مكررا والفقرتين الثانية والثالثة من المادة 23 مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية. وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة للطعن بعدم دستورية نص المادة (11) مكررا والفقرة الثالثة من المادة (23) مكررا وبرفض ما عدا ذلك من طلبات.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرا 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 10790 لسنة 1996 قسم ثان أمام محكمة شبرا الخيمة الجزئية طالبة معاقبته بالمادة 23 مكررا من المرسوم =

= بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 (11) مكررا والفقرتين الثانية والثالثة من المادة (23) 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 (11) مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المشار إليه، فأصدرت بجلسة 14/8/1994 حكمها فى القضية رقم 35 لسنة 9 قضائية «دستورية»، برفض الدعوى وقد نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ 1/9/1994، وكان مقتضى نص المادتين (48 و 49) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979، أن يكون لقضاء هذه المحكمة فى الدعوى الدستورية حجية مطلقة فى مواجهة الكافة وبالنسبة للدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولا فصلا لا يقبل تأويلا ولا تعقيبا 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 (23) مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية معدلا بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 (5) 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 (11) 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 بالترضية 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 (23) مكررا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 لإقراره فى وثيقة زواجه الثانى أنه ليس فى عصمته زوجة أخرى بالمخالفة للحقيقة، فإن نطاق الدعوى الدستورية يتحدد بنص الفقرة الثانية من المادة (23) 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 22 مايو سنة 1980 - 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 اتخاذها 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 ضمانا لاستمرارها بعيدا عما يعكر صفوها ويعرقل جريان روافدها، متى =

فهذه المادة تعاقب الزوج بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتى 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⁽¹⁾.

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 للشريعة 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⁽¹⁾.

والمادة تعاقب على الإدلاء للموثق ببيانات غير صحيحة... ولكنها لا تعاقب على امتناع الزوج أصلاً عن الإدلاء بالبيانات التى تطلبها المادة 11 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 (11 مكرراً)، فعدلت المادة بمجلس الشعب على النحو الراهن⁽²⁾. 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 100 لسنة 1985 فلا تجوز مساءلته عنها.

وفى هذا قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بقاريخ 1991/3/28
فى الطعن رقم 2597 لسنة 59 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 100 لسنة 1985 - أثره. عدم مساءلته عنها».

(طعن رقم 2597 لسنة 59 ق - جلسة 1991/3/28)

85- 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

(1) الدكتور عبد الناصر العطار ص 216.

(2) مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 98 بتاريخ أول يولية سنة 1985 ص 18 وما بعدها.

بعلم الوصول. وعلى ذلك لا يجوز للموثق الإخطار بكتاب عادى 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 باقى زوجاته وأولاده⁽¹⁾.

وقد اصدر وزير العدل القرار رقم 3269 لسنة 1985 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 (11 مكررا) من القانون رقم 100 لسنة 1985 لم تفوض وزير العدل فى تنظيم توثيق الزواج فى حالة تعدد الزوجات بقرار منه،

(1) وأثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب دار النقاش الآتى:

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 381 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 12 من القانون رقم 68 لسنة 1947 (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 الداخلى لمكاتب التوثيق وسير العمل فيها. يؤيد هذا النظر أن قرار وزير العدل رقم 3269 لسنة 1985 أشار فى ديباجته إلى المادة 381 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وإلى القانون رقم 68 لسنة 1947 بشأن التوثيق ولائحته التنفيذية وإلى لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ 4 يناير سنة 1955.

ولذلك تعتبر المادتان سالفتا الذكر تعديلا لللائحة المأذونين واللائحة التنفيذية لقانون التوثيق.

86- جزاء إخلال الموثق بالتزاماته :

رصدت المادة عقوبة للموثق إذا أخل بأى من الالتزامات التي فرضها عليه القانون.

فيعاقب الموثق إذا لم يخطر الزوجة أو الزوجات اللاتي فى عصمة الزوج بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول.

أو إذا أخطرهن بكتاب عادى أو بكتاب مسجل غير مقرون بعلم الوصول. والعقوبة التي توقع على المأذون هى الحبس مدة لا تزيد على شهر وغرامة لا تجاوز خمسين جنيها. كما يجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز 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 3269 لسنة 1985 التي توجب عليه إجراء الإخطار السابق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق الزواج، لأن قرار وزير العدل المذكور لم يصدر بناء على تفويض من المادة 11 مكررا من القانون، فضلا عن أن

المادة 23 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 43 من لائحة المأذونين عليه وهي:

الإنذار والوقف عن العمل لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر والعزل.

87- مخالفة التطلق للزواج بأخرى لأحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

الرأى عندنا أن حكم المادة (11 مكررا) الذي يعطى الزوجة الحق فى التطلق لاقتران زوجها بأخرى إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى من الزواج الجديد، مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية للأسباب الآتية:

1- أن هذا الحكم وإن كان لا يحرم تعدد الزوجات ويفترض وجود أكثر من زوجة، ويرد على إنهاء الزواج لا إنشائه، إلا أنه فى 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 فى ذلك لمشيتها.

وقد أسلفنا أن مبدأ تعدد الزوجات ثابت للرجل بالقرآن والسنة والإجماع⁽²⁾.
2- أن تعطيل استعمال الحق فى تعدد الزوجات بتطلق الزوجة الأولى عند زواج الرجل بأخرى قد يؤدى إلى الوقوع فى 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 فى الحرام.

(1) قارن حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ 14 أغسطس 1994 المنشور بالبند التالي.

(2) راجع الكتاب الأول بند 121.

3- 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 الأمور 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﴾⁽¹⁾.

وبذلك يمكن القول أن الله سبحانه وتعالى شرع التعدد لأن نفعه يزيد على ضرره.

4- 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 جویریة بنت الحارث لما قدمت على النبی عليه السلام تستعينه حيث كانت مكاتبه، قالت عائشة عنها

(1) تصريح العضو الشيخ عطية صقر أثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب - مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص 20 وما بعدها.

«وكانت امرأة حلوة ملاحه فوالله ما هو إلا أن رأيتهما 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 وكذبني الناس، وواستني في مالها إذ حرمني الناس، ورزقني الله منها أولادا إذ حرمني أولاد النساء»⁽¹⁾.

5- أما كون النبي عليه السلام رفض الإذن لعلى بن أبى طالب بالزواج على ابنته فاطمة وقال لبنى هاشم بن المغيرة عندما استأذنه في ذلك: (ألا أن يريد ابن أبى طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم، فإنما فاطمة بضعة مني يربيني ما أرابها ويؤذيها 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 استتبط البخارى 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 جاءتته تشكو زوجها فقال لها (أتريدين عليه حديقته؟ قالت: نعم قال رسول الله عليه السلام لزوجها قيس: (إقبل الحديقة، وطلقها تطليقة).

6- 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)⁽¹⁾.

7- 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)⁽²⁾.

88- مدى دستورية المادة (11 مكرراً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 :

أوضحنا في البند السابق أن نص المادة (11 مكرراً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 قد خالفت أحكام

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى ملحق كتاب أحكام الأسرة فى الإسلام ص 45 وما بعدها.

(2) حاشية الدسوقي جـ 2 ص 345.

الشريعة الإسلامية، وإذ كانت المادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة 1971 المعدلة بقرار مجلس الشعب بتعديل الدستور بجلسته المعقودة في 1980/4/30 والمعمول بها بعد التعديل اعتباراً من 1980/5/22 (المعطل الآن) تنص على أن: «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع»⁽¹⁾، ومقتضى هذا النص أن تستمد كافة التشريعات التي تصدر في البلاد أيما 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 سائلة الذكر، وإذ خالف حكم المادة (11 مكرراً) أحكام الشريعة على النحو السالف البيان، فإنه يكون قد خالف نص المادة الثانية من الدستور، وأضحى نصاً غير دستوري⁽²⁾.

غير أن المحكمة الدستورية العليا خالفت هذا النظر وقضت برفض الدعوى رقم 35 لسنة 99 ق «دستورية» المرفوعة بعدم دستورية نص المادة 11 مكرراً سائلة الذكر. وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 14 أغسطس 1994 والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 35 في أول سبتمبر سنة 1994. وننشر فيما يلي الحكم المذكور.

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم الأحد 14 أغسطس 1994 الموافق 6 من ربيع الأول 1415هـ.

(1) وكانت هذه المادة قبل تعديلها تنص على أن: «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع».

(2) للمزيد راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية الجزء الثاني الطبعة الثانية عشرة 2000 بند (330).

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 35 لسنة 9
«دستورية».

المقاطعة مطن

السيد /عبد على أحمد عنتر

ضظظظ

- 1- السيد/ رئيس الجمهورية.
- 2- السيد/ رئيس مجلس الوزراء.
- 3- السيدة/ ناهد عبد القادر عبد القادر على.

الإجطراءات

بتاريخ 5 نوفمبر 1987 أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب
المحكمة طالبا الحكم بعدم دستورية نص المادة 11 مكررا من المرسوم بقانون
رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون
رقم 100 لسنة 1985 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 11 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.

المحكمة

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 370 سنة
1984 كلى نفس المنصورة ضد المدعى طالبة التطلق إعمالاً لنص المادة 11
مكرراً المضافة بالقانون رقم 100 سنة 1985، 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 11 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 باطلّة 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 دعاوها بالتطلق 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 11 مكررا من القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم 100 سنة 1985 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 بائناً. ويسقط حق الزوجة في طلب التطلاق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا. ويتجدد حقها في طلب التطلاق كلما تزوج بأخرى.

وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج، فلها أن تطلب التطلاق 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 لابتستها صعوبات لها وزنها أو قارنتها محاذير لها خطرها. 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، جليلة أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تصوغها الهيئة القضائية التي تتولاها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحدها 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 فى 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 فى واقعها إلى قيود ذاتية تفرضها على نفسها الهيئة القضائية التى عهد إليها الدستور أو المشرع برقابة الدستورية، وذلك تقديرا منها لخطورة هذه الرقابة ودقتها، ولأن المصالح التى تواجهها فريدة فى بابها بالنظر إلى تشابكها واتساعها وتعقدها، واتصالها المباشر بمراكز هؤلاء الذين يمسهم النص التشريعى المطعون فيه، ولو كانوا من غير أطراف المنازعة الدستورية.

وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية، لا يجوز أن تفصل الهيئة التى تتولاها فى دستورية نص تشريعى بغير خصومه تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أو أن يرسلها أو قاعدة دستورية تجاوز باتساعها أو مداها الحدود التى يستلزمها الفصل فى النزاع المعروض عليها. وليس لها كذلك الفصل فى المسائل الدستورية التى يثيرها النص التشريعى المطعون عليه، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايده أو كانت الأضرار التى رتبها لا تتصل بالمصالح التى يدعيها اتصالا شخسيا ومباشرا أو كان ممكنا حمل حكمها فى النزاع المطروح عليها على أساس آخر. وعليها دوما - وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الدستورية - أن تستوثق مما إذا كان ممكنا تأويل النص التشريعى المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته.

وحيث إن البين من النص المطعون فيه - المادة 11 مكررا من المرسوم بقانون رقم 52 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية - أنه خول الزوجة التى تزوج عليها زوجها - ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى 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 التطليق - وفقا لأحكام النص المطعون فيه - مقيد بزمان معين لا يتعداه، إذ يتعين على الزوجة الساعية إلى التفريق بينها وبين زوجها، أن تقيم دعواها خلال سنة من تاريخ علمها بأن زوجها تزوج غيرها. 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 التطليق منه. ولا يجوز بالتالى لغير زوجها المجادلة فى دستوريتهما، وإليهما 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 المعتمدة - على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها، بل يجب - وبوصفها رقابة

متوازنة لا يجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحة 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 مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ 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 يقدّم 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 تبدل 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 يستطبيها وتحل له شرعا - ولو لم تكن يتيمه يتخرج من أكل أموالها وظلمها، بل ولو لم يكن وليا عليها - غير مقيد في ذلك بما وراء الأمن من الجور بين من يضمهن 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 مقورا بنصوص قرآنية صريحة

لا يرتبط تطبيقها بمناسبة نزولها، ولكنها تعد تشريعا إلهيا لكل زمان ومكان، جوهره العدل، وهو ليس إلا قولا معروفا وامثالا لأوامر الله تعالى مع مجانية نواهيه. وكلما استقام التعدد على قاعدة العدل - وهى قيد على الحق فيه ولا تعد سببا لنشوءه - كان نافيا للجور والميل، واستحال أن يتمحض ظلما أو ينحل إلى إضرار بالزوجة التى تعارض اقتران زوجها بغيرها، ذلك أن ما يجوز شرعا لا يؤول إعناتا، ولا وجه للقول بأن الشريعة الغراء - وغايتها إصلاح شئون العباد وتقويمها - تتناقض فى تطبيقاتها العملية مصالحهم وتعارضها، ولأن ما ينهانا الله عنه يكون ضرره راجحا، وما يأمرنا به وجوبا أو على سبيل الإباحة إنما يكون نفعه غالبا، ولا يعتبر بالتالى قرينا لإيذاء أو مضارة أو سببا لأيهما، وإلا ابتعد عن مصالح العباد، وكان سعيها لما يناقضها، ومدخلا إلى مفسد مقطوع بها أو راجحا وقوعها بقدر الإثم الملابس لها أو المحيط بها، وهو ما ينزهه الله تعالى عنه حين أدن بالتعدد وجعل الحق فيه مع الأمن من الجور مكتملا ولو عارضته الزوجة التى 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 التى تعارض الزواج الجديد فى 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 فى ذاته إضرارا بها، وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضررا منها 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 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 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 القاضى فى تقييم الأضرار التى تدعى الزوجة إلحاقها بها، تحديدا من جهته لأسبابها، ونظرا منه فى بواعثها وملابساتها توطئة لتقرير حكمها على ضوء المقاييس الشرعية التى لا تتغير أو تتبدل. كذلك ليس فى النص المطعون فيه ما يتضمن تعليقا لآثار الزيجة التالية على إرادة الزوجة التى تعارض بقاءها، إذ لو كان لها ذلك، لجاز أن تنقض بيدها الآثار التى رتبها المشرع على عقد الزواج التالى، وأن تعطل بإرادتها سريانها فى حقها حال أن العقود - وإن كان تكوينها عائدا إلى إرادة أطرافها - إلا أن آثارها من عمل المشرع وحده. **ثانيهما:** أن القاضى لا يجيبها إلى طلبها التفريق بينها وبين زوجها بتطليقها منه طلاقة بائه، إلا إذا عجز عن الإصلاح بينهما. وعليه بالتالى قبل فض علاقة الزوجية أن يسعى بينهما معروفا، ناظرا فى أحوالهما، مستوضحا خفاياها، وأن يلتمس لذلك كل الوسائل التى تُساق إليها - توجبها وتبصيرا وتوفيقا - توطئة لرفع الضرر عنها قدر الإمكان. ويفترض هذا الجهد من القاضى، أن يكون الخلاف بين الزوجين مما يرجى إصلاحه بتهدة الخواطر بينهما، وإعانتها 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 فى ذاته وناشئا عنه وحده. وليس أمام القاضى فى 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 عصمتها، 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 رأيا 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 يربعاها - 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 بآلا يتزوج زوجها عليها، منشأ 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 المرأه 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 يقيم 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 نظرهم 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 فرعا 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 تُضَآرُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ وقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وحكمها 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 تدرج تحتها، وتعتبر تخريجا عليها، منها أن الضرر يدفع قدر الإمكان، وأن الضرر يزال، وأن الضرر لا يزال بمثله كى لا يتفاقم مده، 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 بغضاً أو ازدراءً أو نفوراً، 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 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 تطبيق، 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 وتنامى تطبيقاتها على اتساعها لكل صورته بما في ذلك تلك التي عينها النص المطعون فيه، لا يعني - وبفرض صحته - أن التنظيم الخاص الذي أفرد 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 ثق 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 بالمصروفات ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر



(خامسا)

السبب الخامس من أسباب التطلق
التطبيق للغيبة

89- النصوص القانونية :

المادتان 12، 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل :

مادة (12) :

إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بئنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

مادة (13) :

إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها. فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطبيقه بئنة.

وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذار أو ضرب أجل.

90- آراء المذاهب الفقهية فى التطبيق للغيبة والمصدر التشريعى لأحكام

المادتين 12 و 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 :

ذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يحق للزوجة طلب التطلق للغيبة لعدم وجود ما يصلح سببا 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 طالت غيبته، وتضررت منها المرأة بأن خشيت على نفسها من الزنا، ويقبل قولها فى ذلك بيمينها، لأنها تدعى أمرا 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 إعذار ولا إهمال. وإن كانت قريبة فلا يصح التفريق إلا بعد الإعذار 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 الحاليتين.

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⁽¹⁾.

وفي وصف الفرقة، فالفرقة للغياب عند المالكية طلاق بائن، لأن كل فرقة يوقعها القاضي - غير التطليق للإيلاء أو الإعسار بالنفقة - تكون طلاقا بائنا

(1) 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 فأقفله 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 بتقويض منه⁽¹⁾.

وكان العمل في مصر يجرى على مذهب الحنفية، إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 التطليق للغيبة على المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل) :

يشترط لتطليق الزوجة لغيبة زوجها طبقاً للمادتين 12، 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل) توافر الشروط الآتية:

91- 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 التطليق للضرر⁽²⁾ طبقاً للمادة السادسة من المرسوم بقانون لأنه يكون هجراً قصد به الأذى.

وقد حدا بالشارع إلى النص على التطليق 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

(1) على حسب الله ص 144 وما بعده.

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

تستطيع الإنفاق منه⁽¹⁾.

ولا يقصد بإقامة الزوج فى بلد آخر إقامته بدولة أخرى أى خارج جمهورية مصر، وإنما تكفى إقامته فى غير موطن الزوجة بإحدى مدن أو قرى أو عزب الجمهورية.

وتثبت إقامة الزوج خارج جمهورية مصر بشهادة الجهات الرسمية المختصة، وتثبت إقامته فى غير موطن الزوجة داخل الجمهورية بالبينّة أو التحريات التى 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 التطلاق للغياب، وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة إضفاء التكييف الصحيح على طلبات المدعية، وهى لا تكون فى هذه الحالة بطلب التطلاق للغياب بل تكون بطلب التطلاق للعنة لأن الضرب والغياب ليس إلا أثرا من آثار العنة وعلى سبيل النتيجة لتلك الحالة⁽²⁾.

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

(2) الأستاذ أشرف مصطفى كمال ص 252 - غير أنه إذا أقامت الزوجة دعواها بالتطلاق تأسيسا على الضرر للهجر طبقا للمادة (6) من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتطلاق على أساس الغيبة طبقا للمادتين 12، 13 إذا ثبت لها توافر شروطها.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - فى حكم لها صادر بتاريخ 1989/6/20 فى الطعن رقم 129 لسنة 56 ق بأن:

«وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن سبب الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو الواقعة 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 6، 11 مكرر من المرسوم

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- «النص فى المادة 12 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أن «إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه» وفى المادة 13 منه على أنه «إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأن يطلقها إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها. فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضى بينهما بتطبيقه بئنة. وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار وضرب أجل»، وفى المادة 23 منه على أن «المراد بالسنة فى المواد من 12 إلى 18 هى السنة التى عدد أيامها 365 يوما يدل على أن المشرع أجاز للزوجة إذا ادعت على زوجها غيابه عنها سنة عدتها 365 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 بئنة 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 أما إذا كانا يقطنان بلدا واحدا وترك الزوج زوجته فيعتبر ذلك منه هجرا لها يجيز التطليق وفق المادة السادسة من القانون. والثانى أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول، وتقدير العذر أمر متروك لقاضى

بقانون رقم 1929/25 ببعض أحكام الأحوال الشخصية وكان الحكم الابتدائى قد أقام قضاء بالتطليق على أساس الغيبة التى تحكمها المادتان 12، 13 من ذات القانون فيكون = من ثم قد غير من تلقاء نفسه سبب الدعوى إذ قضى الحكم المطعون فيه بتأييده فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن».

كما قضت محكمة النقض بأن :

«تقدير الغيبة والهجر المتعمد والعذر، يخضع لتقدير قاضى الموضوع، من أدلة الدعوى، ومنها أقوال الشهود، دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض، متى كان استخلاصه سائغا، له أصله الثابت بالأوراق».

(طعن رقم 583 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/9/30)

الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا...الخ».

(طعن رقم 34 لسنة 48ق - أحوال شخصية - جلسة 1979/6/13)

2- «إعمال نص المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية يختلف في مجاله عن نطاق إعمال المادة 12 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 التطلاق إذا استمرت الغيبة مدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول.....».

(طعن رقم 11 لسنة 52ق - أحوال شخصية - جلسة 1983/2/15)

3- «المقرر فى قضاء النقص أن المقصود بغيبه الزوج عن زوجته فى حكم المادة 12 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 تكون الغيبة لإقامة الزوج فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه زوجته أما الغيبة كسبب من أسباب الضرر الذى يبيح التطلاق طبقا للمادة السادسة من هذا القانون - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - هى غيبه 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)

4- «لما كان النص فى المادة 12 من القانون 25 لسنة 1929 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 غيبه 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 يجوز التطلاق وفق المادة السادسة من القانون، والثانى أن تكون غيبه الزوج بغير عذر مقبول، وتقدير العذر أمر

متروك لقاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا».

(طعن رقم 18 لسنة 55ق - أحوال شخصية - جلسة 1986/4/15)

4- «يدل نص المادة 12 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 بئنة 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، وتقدير العذر أمر متروك لقاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا».

(طعن رقم 78 لسنة 53ق - أحوال شخصية - جلسة 1986/11/25)

6- «وحيث إن هذا النعى فى غير محله ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن نص المادة 12 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 بئنة 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 1988/1/26)

7- «وحيث إن النعى فى وجهه الأول مردود ذلك أن محكمة الموضوع قد خلصت سائغا من بينة المطعون ضدها أن الطاعن غاب عنها إلى جهة غير معلومة وهو ما يجيز التطبيق عليه عملا بالمادتين 12، 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929».

(طعن رقم 84 لسنة 56ق - أحوال شخصية - جلسة 1988/12/27 -

غير منشور)

8- «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 12، 13 من القانون رقم 25 لسنة 1929، 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)

9- «إعمال نص المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية يختلف في مجاله عن نطاق إعمال المادة 12 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 13».

(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 365 يوما وفقا لنص المادة 23 من المرسوم بقانون التي تجرى على أن «المراد بالسنة في المواد من «12 إلى 18» هي السنة التي عدد أيامها 365 يوما»

(راجع نقض 1979/6/13 المنشور بهذا البند)

92- الشرط الثاني: أن يكون الغياب بلا عذر مقبول:

يشترط التطلق أن يكون غياب الزوج مدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول. وهذا الحكم أخذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، أما الإمام مالك فيجيز التطلق إذا غاب الزوج مطلقا سواء كان غيابه لعذر أو لغير عذر، لأن الضرر متحقق في الحالتين⁽¹⁾.

وهذا الشرط يختلف عن التطلق للضرر المتمثل في الهجر أى ترك الزوج زوجته وإقامته في مسكن آخر بذات البلد، إذ في الحالة الأخيرة لا يشترط التطلق أن يكون هذا الهجر بلا عذر لأن العبرة بتحقيق الضرر فعلا، والضرر يتحقق في الصورتين.

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 نظرا 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 سائغا له أصله الثابت

(1) 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 مثلا ففهي من الفائدة

التي تعود على الحياة الزوجية المستقبلية فعلى المرأة أن تتحمل قسطا من أعباء تلك الحياة لبناء مستقبل الأسرة فاستحق بذلك زوجها الرحمة والرأفة فلا يسمح لزوجته بطلب التفريق ولا أدل على ذلك من أن المرسوم بقانون جعل لزوجبة 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 سببا في شقائها في المستقبل «محمد مصطفى شلبى ص 609 وما بعدها».

بالأوراق.

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

1- «... وإنه وإن ضربت المذكرة الإيضاحية للقانون الأمثال على العذر المقبول بأنه طلب العلم أو التجارة أو انقطاع المواصلات، إلا أن المناط في اعتباره كذلك هو ألا يقصد الزوج به الأذى، بحيث يتعين ثبوت أن الزوج لا يستطيع نظرا 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 سائغا له أصله الثابت من الأوراق».

(طعن رقم 34 لسنة 48 ق - جلسة 1979/6/13)

2- «النص فى المادة 12 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 اتخذ 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 اتخذ 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 سالفة الذكر».

(طعن رقم 86 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/2/9)

«من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مؤدى نصوص المواد 12، 13، 23 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أن المشرع أجاز للزوجة إذا غاب عنها زوجها سنة عدتها 365 يوما فأكثر وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدة الطويلة أن تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه والطفقة هنا بآنئة 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 المناطق 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 بند 209)

93- 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 دعواها 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:

1- «.... 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)

2- «... 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 لبعد زوجها عنها فتصدق فيما تقول».

(دمنهور الابتدائية بتاريخ 1990/11/6 فى الدعوى رقم 737

لسنة 1989)

94- 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 إعذار 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 والإعذار، 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 والإعذار إلى علمه.

ومدة الإهمال 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:

1- «.... وخول المشرع القاضى التطلق لهذا السبب من غير إعذار 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 1979/6/13)

2- «النص فى المادة 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 المناط 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 التطبيق، 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 48ق - أحوال شخصية - جلسة 20 يناير

سنة 1981)

3- «اشتراط إعدار القاضى إلى الزوج الغائب قبل تطبيق زوجته عليه. م13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929. حالته. طلب التطبيق لغيبة الزوج فى بلد آخر طبقا للمادة 12 من نفس المرسوم. طلب المطعون عليها تطبيقها على الطاعن لتضررها من هجره لها على سند من نص المادة 6 من المرسوم. عدم ادعاء الطاعن أمام محكمة الموضوع بأن من هذا الهجر غيبته عنها فى بلد آخر مؤداه. ما يثيره عن ذلك بسبب النعى. دفاع قائم على واقع لا تقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 99 لسنة 55ق - أحوال شخصية - جلسة 1988/3/22

لم ينشر

4- «النص في المادة 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 بتطبيقه براءة» 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 انتفى موجب التطلق - أى لا طلاق عليه من القاضي».

(طعن رقم 26 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/1/16)

4- «للزوجة طلب التطلق بانئنا 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 12، 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929».

(طعن رقم 86 لسنة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/7/7)

5- «من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مفاد المادة 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع وإن جعل المناط فى وجوب إمهال الزوج الغائب فترة من الزمن مع إعذاره هو إمكانية وصول الرسائل إليه، إلا أنه لم يحدد وسيلة إعلانه بما يقرره القاضي فى هذا الشأن، وإن 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

أى مرحلة من مراحل الدعوى انتفى موجب التطليق، فإنه يكفي 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)

95- وجوب بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين:

(راجع الكتاب الثانى من الموسوعة بند 65)⁽¹⁾.

96- التطليق للغيبة طلاق بائن:

نصت المادة (12) صراحة على أن تطليق القاضى للغيبة طلاق بائن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1988/12/27 فى الطعن رقم 84

لسنة 56 قى (أحوال شخصية) - لم ينشر بأن:

1- «مؤدى نص المادتين المادتين 12، 13 من المرسوم بقانون رقم 25

لسنة 1929 أن المشرع أجاز للزوجة إذا غاب عنها زوجها سنة عدتها 365

يوما فأكثر وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدة الطويلة، أن تطلب الطلاق

بسبب هذا للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، والطلقة هنا بائنة لأن

سببها الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضارة الزوج».

(ذات المبدأ طعن 97 لسنة 54 جلسة 1988/1/16 - لم ينشر -

طعن 78 لسنة 53 قى - جلسة 1986/11/25)

2- «من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مفاد المادة 12 من

(1) ولم يكن المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل) يوجب على القاضى بذل جهد

فى محاولة الصلح بين الزوجين قبل القضاء بالتطليق.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«إذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر برفض دعوى الطاعنة بطلب التطليق للغيبة طبقا

للمادة 12 من القانون رقم 25 لسنة 1929، 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)

المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع أجاز للزوجة إذ ادعت على زوجها غيابه عنها سنة فأكثر، وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدة الطويلة أن تطلب التطلق بسبب هذا الضرر، والطلقة هنا بائمة لأن سببها الضرر لغيابه عنها، ويشترط للتطلق للغيبة توافر أمرين الأول: أن تكون غيبة الزوج مدة سنة فأكثر في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة والثاني: أن تكون غيبته بغير عذر مقبول».

(طعن رقم 254 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/3/10)



(سادسا)

السبب السادس من أسباب التطليق

التطليق لحبس الزوج

97- النص القانوني:

المادة (14) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل):

«لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه».

98- 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 فرقه 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 اجتماعى محتّم. ومذهب الإمام مالك يجيز

التطلق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تتفق منه على نفسها.....
والزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنوات فأكثر يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده كما يساوى الأسير فى ذلك فيجوز لزوجته طلب التطلق 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 التطلق إذا تضررت من بعد زوجها عنها».

99- شروط التطلق لحبس الزوج:

يشترط للقضاء بتطلق الزوجة لحبس الزوج توافر الشروط الآتية:

1- 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 استئنائية.

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 (507) من قانون الإجراءات الجنائية فلا يتوافر معه هذا الشرط.

2- 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⁾.

(1) الدكتور مأمون سلامة قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض الطبعة الأولى 1980 ص 1216 - نقض مدنى طعن 56 س 46 ق جلسة 1970/4/21 =

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 64ق - أحوال شخصية - بأن:

«النص في المادة 14 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه: «.....» يدل على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - على أن الزوج الذي حكم عليه نهائياً بالسجن ثلاث سنين فأكثر يتساوى مع الغائب الذي طال غيبته سنة فأكثر في تضرر زوجته فيجوز لها طلب التطلق 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 جنابة 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 460 من قانون الإجراءات الجنائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك فينفذ الحكم الجنائي متى صار نهائياً بالألا يكون قابلاً للمعارضة أو الاستئناف ولو كان قابلاً للطعن بالنقض أو طعن فيه بالنقض بالفعل».

3- أن تمضي سنة على تنفيذ الحكم:

يجب أن يكون الحكم قد نفذ على الزوج، أما إذا كان الحكم لم ينفذ عليه بعد كما لو كان هارباً، فلا يجوز للزوجة طلب التطلق.
ويجب أن يمضي على بدء تنفيذ الحكم مدة سنة على الأقل.

= طعن 485 لسنة 54ق جلسة 1984/12/20 - طعن 1940 لسنة 50ق جلسة 1986/1/30 - نقض جنائي طعن 389 لسنة 43ق جلسة 1973/5/27.

واشترط النص مضي سنة على الأقل من تاريخ بدء تنفيذ حكم الحبس حتى تكون الزوجة قد لحقها شيء من الضرر الفعلى الذى بنى عليه التطلاق. وإذا رفعت الدعوى قبل انقضاء مدة سنة على البدء فى تنفيذ الحكم، كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها قبل الأوان⁽¹⁾.

وتحسب مدة السنة طبقا للتقويم الميلادى أى باعتبار السنة 365 يوما عملا بالمادة 23 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التى تجرى على أن «المراد بالسنة فى المواد من 12 إلى 18 هى السنة التى عدد أيامها 365 يوما».

ويحكم القاضى بالتطلاق ولو كان الزوج قد ترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه لأن التطلاق فى هذه الحالة للضرر وليس لعدم الإنفاق.

100- الإفراج عن الزوج المحبوس قبل الحكم فى الدعوى:

إذا أفرج عن الزوج أثناء نظر دعوى التطلاق 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 مقصودا 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 نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب الذى طالت 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.

(1) الإسكندرية الابتدائية فى 1958/2/9 - الدعوى رقم 168 لسنة 1957.

ومن ثم يتعين على المحكمة فى هذه الحالة أن تقضى برفض دعوى التطلق⁽¹⁾.

101- اعتقال الزوج ومدى حق الزوجة فى طلب التطلق :

ثار التساؤل عن مدى انطباق نص المادة 14 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 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 12، 14 من القانون رقم 25 لسنة 1929⁽²⁾.

وذهب رأى بأن القضاء السابق خاطئ ومخالف للقانون، إذ أقيم على دعامتين هما غيبة الزوج (مادة 12) وحبسه (مادة 14). وهما دعامتان غير سليمتين إذ المعتقل لم يرغب عن زوجته - وإنما أبعد عنها، ولا حيلة له فى هذا الإبعاد، لأنه أمر خارج عن إرادته، ولا دخل له فيه، فغيابه كان بعذر مقبول - مما يمنع تطبيق المادة (12) - والاعتقال ليس غيابا فى حكم هذه المادة بدليل ما ورد

(1) من هذا رأى: المستشار أنور العمروسي ص 673 - المستشار أحمد نصر الجندى ص 267 - وعكس ذلك: الأستاذ أشرف كمال ص 264 - الأستاذ كمال البنا ص 163، 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 السنوات 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.

(2) راجع المستشار احمد نصر الجندى ص 268.

فى المادة 13 من أنه إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأن يطلقها إن لم يحضر للإقامة مع زوجته، كما لم يكن فى مكنته أن ينقلها معه وهو معتقل، وتلازمهما يفيد عدم اعتبار المعتقل غائبا والمادة 14 جاءت مقيدة بقيود يجب مراعاتها والتمسك بها ولا يجوز القياس عليها والتزيد فى تطبيقها سيما إذا روى أن مذهب الحنفية ليس به نص على طلاق زوجة الغائب وقد أخذ حكم المادة 14 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 الموضوعى، والمعتقل لم يحكم عليه (طبقا المادة 14) كما أن أمر الاعتقال لم يحدد فيه مدة ما. فيكون من الممكن الإفراج عن الزوج فى أى وقت، والمشرع أعطى لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة سالبة للحرية ثلاث سنين فأكثر الحق فى طلب التطلق عليه لأنه يكون أمام عينها، وفى موضوع تقديرها أن زوجها لن يعود إليها قبل مضى ثلاث سنين، وأعطى الحق فى طلب التفريق بعد مضى سنة على حبسه حتى يتحقق الانسجام بين المادتين 12، 14 من القانون ولهذا كله لا يمكن أن تتطوى حالة اعتقال الزوج بأمر السلطات الإدارية تحت حكم المادة 14، والقول بأن الحكمة التى أجاز التطلق من أجلها فى المادتين 12، 14 متحققة فى حالة زوجة المعتقل - ومن القواعد الأصولية أنه لا اجتهاد مع النص سيما إذا كان النص واضحا - لأن المناط هو الضرر، وقد تحقق الضرر - هذا القول اجتهد فى مقابلة النص، والنص صريح لا يحتمل التأويل⁽¹⁾.

وعندنا أن المادة 14 واجبة التطبيق على الزوج المعتقل الذى قضى فى معتقله مدة ثلاث سنوات على الأقل، وأن للزوجة رفع دعوى تطلق بعد انقضاء هذه المدة، لأن العلة التى دعت الشارع إلى تطلق زوجة المحبوس وهى حماية الزوجة من الضرر متوافرة فى حالات الاعتقال لأن مناط الضرر فى المادة 14 هو قضاء الزوج ثلاث سنوات محبوسا، فالمادة قد اشترطت لسريان حكمها

(1) الحكم الصادر فى الدعوى رقم 167 لسنة 1963 أحوال مستأنف القاهرة بتاريخ 1963/3/16.

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 حبس الزوج هذه المدة يكون الضرر قد وقع على الزوجة، لما ذكرناه سلفاً من أن انتظار الزوجة طوال هذه الفترة وهي تتربص 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 نهائى 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 التطلاق بعد انقضاء مدة ثلاث سنوات على الأقل من تنفيذ الاعتقال، لا بعد مضي سنة على تنفيذه.

102- إثبات الدعوى:

يمكن للزوجة إثبات دعواها بالتطلاق لحبس الزوج بتقديم المستندات الآتية:

- 1- الوثيقة الرسمية لعقد زواجها من المدعى عليه.
- 2- صورة رسمية من الحكم الصادر بمعاقبة الزوج بعقوبة سالبة للحرية مدتها ثلاث سنين على الأقل.
- 3- شهادة من جدول المحكمة تفيد صيرورة الحكم المذكور سلفاً باتاً (نهائياً طبقاً لقضاء محكمة النقض - أو تقديم صورة رسمية من الأحكام الدالة على ذلك).
- 4- شهادة من السجن تفيد أن الزوج بدأ في تنفيذ العقوبة المقضى بها نهائياً وتاريخ ذلك.

103- بذل المحكمة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين:

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

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

وفى دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا 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 يوما ولا تزيد على ستين يوما⁽¹⁾.

وواضح إن المشرع قد الزم المحكمة فى الفقرة الأولى من المادة بعرض الصلح على الخصوم فى كافة دعاوى الولاية على النفس . إلا أنه خص دعاوى الطلاق والتطليق بوجوب بذل الجهد فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز المحكمة عن ذلك. فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما.

والمقصود من إيجاب بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين، أن يكون للمحكمة دور إيجابى فى التدخل بالصلح، دون أن يقتصر دورها على عرض الصلح على الزوجين. فيجب عليها السعى للتعرف على أسباب الشقاق بينهما ومحاولة رأب الصدع الذى أصاب العلاقة الزوجية.

والهدف من تحديد الفترة بين المرتين (على الأقل) التى تعرض فيهما المحكمة الصلح إذا كان للزوجين ولد، هو إتاحة الفرصة أمام الزوجين للتروى والتفكير فى استمرار العشرة الزوجية بينهما حرصا على مصلحة الولد.

ويؤخذ على صياغة الفقرة الثانية من المادة أنها بالرغم من نصها على أن «تبذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، ولم تكتف بمجرد عرض الصلح، إذ بها تردف أنه «فإذا كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل.... الخ».

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

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

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

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

إلا أن محكمة النقض قضت فى حكم حديث لها صادر بتاريخ 2007/6/18 فى الطعن رقم 578 لسنة 75 ق « أحوال شخصية » إلى أن القانون لم يرسم طريقا معينا لبذل الجهد فى محاولة الصلح، وأن فى عرض المحكمة الصلح على الطرفين وما يبيده كل منهما من قبوله أو رفضه ما يتضمن فى طياته بذلا لجهدا للحيلولة دون فسم عرى الزوجية. إذ ذهبت إلى أن «المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن المشرع قد أوجب فى المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على المحكمة فى دعاوى الطلاق أو التتطبيق، أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين، فإذا كان لهما ولد تلتزم بعرضه مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما إلا أنه لم يرسم طريقا معينا لبذل الجهد فى محاولة الصلح، وكان فى عرض المحكمة الصلح على الطرفين وما يبيده كل منهما من قبوله أو رفضه ما يتضمن فى طياته بذلا لجهدا للحيلولة دون فسم عرى الزوجية».

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

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

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

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

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

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

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



محتويات الكتاب

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	مقدمة.....	5
	(أولاً)	
	السبب الأول من أسباب التطلاق	
	التطلاق لعدم الإنفاق	7
-1	النصوص القانونية.....	7
-2	المصدر التشريعي للتطلاق لعدم الإنفاق.....	8
	شروط التطلاق لعدم الإنفاق	10
-3	الشرط الأول: أن يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته.....	10
-4	الشرط الثاني: ألا يكون للزوج مال ظاهر.....	11
-5	(أ) ما يتبع في تطلاق الزوجة على زوجها الحاضر...	11
-6	(ب) ما يتبع في تطلاق الزوجة على زوجها الغائب غيبة قريبة.....	13
-7	وفاء الزوج بالنفقة أمام محكمة ثاني درجة.....	14
-8	(ج) ما يتبع في تطلاق الزوجة على زوجها الغائب غيبة بعيدة.....	15
-9	سريان أحكام المادة الخامسة على المسجون الذى يعسر بالنفقة.....	15
-10	إثبات دعوى التطلاق لعدم الإنفاق.....	16
-11	الدفع بنشوز الزوجة أثناء نظر دعوى التطلاق لعدم الإنفاق.....	17

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-12	الامتناع عن الإنفاق لا يجيز طلب التطليق للضرر	18
-13	التطليق لعدم الإنفاق رجعى	19
-14	مراجعة الزوج لزوجته	19
-15	وجوب بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين طبقا للفقرة الثانية من المادة (18) من القانون رقم (1) لسنة 2000	21
	(ثانيا)	
	السبب الثانى من أسباب التتطبيق	
	التتطبيق للعب	
-16	أسباب التتطبيق للعب قسما	22
	القسم الأول	
	التتطبيق للجب والخصاء والعنة	
-17	شروط التتطبيق للجب والخصاء والعنة	23
-18	ما يتبع فى طلب التتطبيق للجب	25
-19	ما يتبع فى طلب التتطبيق للعنة والخصاء	29
-20	كيفية إصدار القاضى قراره بتأجيل الزوج لمدة سنة	29
	القسم الثانى	
	التتطبيق بسبب العيب المستحكم	
-21	النص القانونى	38
-22	المصدر التشريعى للنص	40
-23	شروط التتطبيق للعب المستحكم	40
		41

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-24	هل يعتبر عقم الرجل عيباً يبرر طلب التطلاق؟.....	48
-25	التفريق للعيب طلاق بائن.....	50
-26	بذل المحكمة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين.....	51
	(ثالثاً)	
	السبب الثالث من أسباب التطلاق	
	التطلاق للضرر	
-27	النصوص القانونية.....	52
-28	المصدر التشريعي للتطلاق للضرر.....	55
-29	شروط التطلاق للضرر.....	57
	الشرط الأول	
	وقوع ضرر من الزوج	
-30	المقصود بالضرر.....	58
-31	أمثلة للضرر الذي يجيز التطلاق.....	64
-32	أمثلة لما لا يعد ضرراً يجيز التطلاق.....	79
	أحكام خاصة بالضرر	
-33	(1) يجب أن يكون الضرر من جانب الزوج.....	81
-34	(2) يجب أن يكون الضرر واقعاً على الزوجة.....	83
-35	(3) يجب أن يكون الضرر متعمداً.....	83
-36	(4) لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول.....	84
-37	(5) عدم اشتراط تكرار الضرر.....	85
-38	(6) المناطق في الضرر تحققه ولا عبرة بإزالته.....	88
-39	(7) لا يشترط أن يكون الضرر سابقاً على رفع الدعوى.....	89

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	إثبات الضرر.....	89
-40	إثبات الضرر وفقاً للمذهب الحنفى.....	89
-41	كيفية سماع شهادة المرأتين.....	93
-42	عدم جواز إثبات الضرر بشهادة التسامع.....	93
-43	عدم قبول شهادة الأصول للفروع وشهادة الفروع للأصول.....	99
-44	جواز تدارك الشاهد ما يقع فى شهادته من خطأ.....	100
-45	اشتراط موافقة الشهادة الدعوى.....	100
-46	اشتراط مطابقة الشهادة للوقائع المادية.....	104
-47	إثبات الضرر بالقرائن.....	104
-48	حجية الحكم الجنائى فى إثبات الضرر أمام المحكمة التى تنظر دعوى التطليق.....	106
-	الشرط الثانى	
	أن يكون الضرر بما لا يستطاع معه دوام	
	العشرة بين أمثال الزوجين	110
-49	المقصود بهذا الشرط.....	110
-50	معيار الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين.....	111
	الشرط الثالث	
	أن يعجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين	116
-51	مضمون هذا الشرط.....	116
-52	بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الطرفين طبقا للمادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000.....	119

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-53	قضاء المحكمة في دعوى التطلق	122
-54	حالة تكرار الشكوى	123
-55	لا يشترط لرفع دعوى الطلاق الثانية واتخاذ إجراءات التحكيم فيها التقاء الزوجين بعد رفض الدعوى الأولى .	130
-56	إجراءات التحكيم والقضاء في طلب التطلق	132
-57	الأصل الشرعي للتحكيم	133
-58	شروط الحكمين	134
-59	هل يجوز أن يكون الحكمان أو أحدهما من النساء؟	136
-60	كيفية اختيار الحكمين	137
-61	تعيين المحكمة للحكمين وبعثها لأداء مأموريتهما	138
-62	مباشرة الحكمين للمأمورية	138
-63	مثول الحكمين أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما	139
-64	رأى الحكمين استشارى للمحكمة	140
-65	رد الحكمين	141
-	بعض الأحكام الخاصة بدعوى التطلق للضرر	143
-66	(1) إسقاط الحق في طلب التطلق	143
-67	(2) طرح وقائع جديدة للضرر أمام محكمة الاستئناف .	143
-68	(3) جواز استناد المحكمة في وقوع الضرر إلى غير صور الضرر التي استندت إليها المدعية	146
-69	(4) الحكم الصادر برفض دعوى النفقة للنشوز لا يمنع من جواز نظر دعوى التطلق للضرر	147
-70	(5) الحكم الصادر في دعوى الطاعة لا يمنع من جواز نظر دعوى التطلق للضرر	147

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-71	تغاير السبب في طلب التطلاق للضرر وطلب التطلاق لاستحكام الخلاف بين الزوجين	147
	(رابعاً)	
	السبب الرابع من أسباب التطلاق	
	التطلاق للزوج من أخرى	149
-72	النص القانونى.....	149
-73	المصدر التشريعى للمادة من أحكام الفقه الإسلامى	150
-74	شروط التطلاق للزوج بأخرى	154
-75	لا يشترط عدم مشروعية الغاية من الزواج الثانى	178
-76	تطلاق الزوجة طلقة بائة.....	178
-77	إثبات الضرر	179
-78	إثبات زواج الرجل بأخرى	183
-79	تجدد حق الزوجة فى طلب التطلاق	185
-80	عدم علم الزوجة الجديدة بزواج الزوج من سواها.....	185
-81	تطلاق الزوج الزوجة الأخرى أثناء دعوى التطلاق.....	186
-82	ندب المحكمة أخصائى اجتماعى أو أكثر لتقديم تقرير عن الحالة المعروضة عليها أو عن مسألة فيها.....	187
-	التزامات الزوج والموئق	187
-83	أولاً : التزامات الزوج	187
-84	جزاء إخلال الزوج بالتزاماته.....	188
-85	ثانياً : التزامات الموئق	193

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-86	جزاء إخلال الموثق بالتزاماته.....	195
-87	مخالفة التطلق للزواج بأخرى لأحكام الشريعة الإسلامية.....	196
-88	مدى دستورية المادة (11 مكررا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985.....	199
	(خامسا)	
	السبب الخامس من أسباب التطلق	
	التطبيق للغيبة	
-89	النصوص القانونية.....	214
-90	آراء المذاهب الفقهية فى التطلق للغيبة والمصدر التشريعى لأحكام المادتين 12، 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929.....	214
-	شروط التطلق للغيبة فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل).....	216
-91	الشرط الأول: غياب الزوج مدة سنة فأكثر.....	216
-92	الشرط الثانى: أن يكون الغياب بلا عذر مقبول.....	221
-93	الشرط الثالث: أن تتضرر الزوجة من غيبة الزوج عنها.....	224
-94	إجراءات القضاء بالتطلق.....	225
-95	وجوب بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين.....	229

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-96	التطليق للغيبة طلاق بائن	229
	(سادسا)	
	السبب السادس من أسباب التطليق	
	التطليق لحبس الزوج	
-97	النص القانوني.....	231
-98	آراء المذاهب الفقهية فى التطليق للحبس والمصدر	231
	التشريعى للمادة.....	231
-99	شروط التطليق لحبس الزوج.....	232
-100	الإفراج عن الزوج المحبوس قبل الحكم فى الدعوى	234
-101	اعتقال الزوج ومدى حق الزوجة فى طلب التطليق.....	101
-102	إثبات الدعوى	237
-103	بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين	237
-	محتويات الكتاب.....	241



نه بحمد الله وتوفيقه