

(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 القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً. ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي 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 التشريعي للمادة من أحكام الفقه الإسلامي:

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

1- ما هو مقرر في 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 القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي 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 في 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 في نطاق القاعدة العامة - للتطبيق للضرر - فإذا لحق الزوجة الأولى ضرر من الزواج عليها بأخرى، كان عليها حق طلب التطلاق للضرر مادياً أو أدبياً أو نفسياً، ومستند هذا الحكم مذهب الإمام مالك وما توجبه القاعدة الشرعية في

= ويسقط حق الزوجة في 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 نفعاً لأطرافه، فإنه قد يترتب عليه ضرر للزوجة الأخرى، وعلى ذلك فالمرجع لا يقيد الرجل بمنع الزواج من أخرى، وإنما يبعد الضرر الواقع على الأخرى، إعمالاً للمبدأ: «دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة» وليس الزواج بأخرى في التشريع ضرراً في ذاته، وإنما هو يشتمل على مظنة الضرر اعتماداً 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 آثر 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 في 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 يترد 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 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».

ومثال الضرر المادى أن يكون دخل الزوج محدودا مما يترتب على زواجه من أخرى انخفاض المستوى المعيشى للزوجة المتضررة.

ومثال الضرر المعنوى، إثارة 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 (مأمورة 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 إثارة 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 وَثُلَاثَ 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 تبدل 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. 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 منهيها عنه شرعا أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لا متوهما، واقعا لا متصورا، ثابتا وليس مفترضا، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في حد ذاتها وليس مترتبا عليها، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعا منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل 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 منهيها عنه شرعا أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها

على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لا متوهما، واقعا لا متصورا، ثابتا وليس مفترضا، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في حد ذاتها وليس مترتبا عليها، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعا منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها ويعد إساءة دون وجه حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هي باعثها..... وعلى ذلك يكون المشرع قد استبعد الأضرار التي تعود إلى المشاعر الإنسانية التي تعتمل في صدر المرأة تجاه ضررتها التي مرجعها الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد وهذا أمر لا يمكن تنقية النفوس البشرية منه ولم يقصد النص المذكور إلى إزالته».

(طعن رقم 368 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/4/28)

14- «.... وكان الثابت من شهادة 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 بالاقترار 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 يعطي الحق للزوجة أن تطلب الطلاق لمجرد زواج زوجها بأخرى لاقت المرأة الأمرين عند التنفيذ، وأعلم أن هناك نساء منذ عدة سنوات منذ صدور القرار بقانون رقم 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 يتبينه أحد، ولذلك فعند الكلام عن كلا الضررين المادي والمعنوي تجعل كلا من المرأة والرجل يجرح كل منهما الآخر أمام القاضي والمجتمع ويبدأ بعض السادة القضاة يستمتع مرة ومرتين وعشرات المرات حتى يتبين، وبالتالي فإذا ذكرنا بنص الفقرة الحالية الضرر ونضيف إليه =

وهذا التعديل لا يغير من الأمر شيئاً لأن مفهوم الضرر 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 نضف هذا التخصيص.

ثانياً: إن الشريعة الإسلامية كأى منطق قانونى آخر، تعرف أنواع الضرر، الضرر المادى والضرر المعنوى، وحينما عزم على بن أبى طالب رضى الله عنه أن يتزوج بأخرى على بنت الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنكر عليه الرسول ذلك وكان ذلك دفعاً لمظنة ضرر معنوى، فالإسلام كغيره من المناهج العقلية يعرف الضرر المادى والمعنوى،=

غير أنه لا يدخل 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 وَلَنْ أَتَّبَعْتُ 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 قسمى فيما أملك فلا تلمنى 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 ينتثبت 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 ﴿١﴾، وقال عز وجل: ﴿فَلِذَلِكَ فَادَّعُ ط وَأَسْتَقِمَّ كَمَا أَمَرْتُ ط وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ط وَقُلْ ءَامَنْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ ط وَأَمَرْتُ لَأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ﴾ (٢)، 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 والحرَج 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 التطليق 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: «...»

لأنك أن هذا الأمر دقيق، يحتاج منا إلى هدوء الأعصاب وروية في الفهم، وخاصة أننا نناقش مادة تعتبر من أهم المواد المعروضة علينا في هذا الاقتراح بمشروع قانون، ولقد أفاضت لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية عند مناقشة هذه المادة كما عرض على اللجنة رأى مجمع البحوث الإسلامية، وآراء المفكرين المجتهدين لكبار رجال الدين في مصر وانتهينا إلى الآتي:

أولاً: ليس هناك حرج على الزوج في الزواج بأخرى، وأن الأمر مباح ولكنه مقيد بما ورد في كتاب الله وسنة رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم.

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

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 ومحافضة والزوج فى مركز أدبى محترم، وشكرا».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 97 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص 15)

(وما بعدها)

ويثبت الحق في طلب التطلق 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 بالتطلق 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 بالتطلق. 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 التطلق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى. وعلى ذلك يشترط للقضاء بالتطلق 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 بالتطليق 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 9ق «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 طلاقه 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 ضمنا» 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 ضمنا وأن تقيم دعوها 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 صلحا، 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...» وإلى 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...» وأنى مستعد للتنازل عن الاقتراح المقدم منى بالتعديل، إذا سجل بالمضبطة بأن القواعد العامة تغنى 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 هذا الاستيضاح، ولذلك فإنني متنازل عن الاقتراح بالتعديل المقدم منى. (تصفيق).

رئيس المجلس:

وإنى 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 بالتطليق...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 قى - 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 قى - جلسة 1985/4/9 - طعن رقم 38 لسنة 54 قى -

=

(جلسة 1985/4/9)

ويقع على الزوجة إثبات وقوع الضرر المادى أو المعنوى عليها، ولها إثبات ذلك بكافة طرق الثبوت الشرعية.

ونصاب البيئة هنا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، 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».

(طعن 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».

(طعن 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».

(طعن 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 غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة».

ويسرى حكم هذا النص على الدعاوى التى يقيمها أحد الزوجين على الآخر، وعلى الدعاوى التى يقيمها ورثة أيهما على الآخر أو على ورثته، وكذلك على الدعاوى التى يقيمها الغير أو النيابة العامة فى الأحوال التى تباشر فيها الدعاوى كطرف أصيل قبل أيهما أو ورثته.

وهذا الحكم يتعلق بالنظام العام ويتعين على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به من الخصم⁽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 دعوها 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 دعوها 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 التطلاق :

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

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«التطلاق للزواج بأخرى. شرطه. وقوع ضرر بالزوجة لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما. حق الزوجة فى التطلاق 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 التطلاق 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 فى 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 مادى أو معنوى 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 مادى أو معنوى 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 طن 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».

(طنع رقم 30 لسنة 52ق - جلسة 1983/5/24)

وهناك قضاء لمحكمة النقض فى مسائل الإيجارات بأن إزالة الضرر لا يرفع المخالفة. فقد قضت بأن: «لا وجه لتحدى الطاعن - المستأجر - بمسارعتة 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».

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

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 الزوج 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، ومياها 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 59ق 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 59ق - 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 ص216.

(2) مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 98 بتاريخ أول يولية سنة 1985 ص18 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 للائحة 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 جويرية بنت الحارث لما قدمت على النبی عليه السلام تستعينه حيث كانت مكاتبة، 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 التخيير 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 في 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 طلاقه بائنة. 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 خطرهما. بيد أن ذلك لا يعنى الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها، بل يتعين أن تكون هذه الرقابة ولضمان فاعليتها محددة طرائقها ومداخلها، 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 يمسه 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 ان 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 وامتنالا 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 عن 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 مترتا 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 عصمته، وهو ما لن ترضاه. **ثانيهما:** أن يدعو زوجها إلى مفارقة زوجته الجديدة بالتخلّى عنها ولو كان راغبا فى بقاء علاقة الزوجية معها لمصلحة يقدرها. وليس ذلك بحال طريق الوسطية بين مطلبين، ولا رأبا للصدع بين موقفين.

وحيث إن النص المطعون فيه - بالأحكام السابق بيانها - يكون قد أقام الحياة الزوجية على أسس لا تصلح إلا بها، جاعلا معيار الضرر الذى يولد الحق فى التفريق موضوعيا لا ذاتيا، حائلا دون وقوع علاقة - تتعدد الزوجات فيها مع الأمن من الجور - فى الضيق والحرّج اللذين تحرص الشريعة الغراء على دفعهما ما وسعها الجهد إلى ذلك إعمالا لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ

فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، مستبعدا من مجال تطبيقه تلك الأضرار التى تعود إلى المشاعر النفسية التى تعتمل فى صدر المرأة تجاه ضررتها باعتبار أن ما قد يقع بينهما من تباغض، وما تحمّلانه لبعضهما من ضغائن تمتد إلى أولادهما، مرجعها تلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد، ولا يخلص هو لإحداهن، وهى بعد غيرة لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها، ولم يقصد النص المطعون فيه إلى إزالتها، ولا يجوز أن تخل بمقاصد التعدد التى تربو عليها والتى يقتضيها صون عرض المرأة ونسلها حتى لا تتعرض لهوان أو ضياع أو ابتذال بما يناقض آدميتها أو يمس عفتها ويؤول - بحرمانها من زوج 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 بألا 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 معروفا، وهو بعد ضرر لا يليق بأمثالهما، وليس مترتبا 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 إعمالا من جانبها لشرطها بعدم التزوج عليها - بفرض وجوده في عقدتها - يكون غير متصور في تطبيق أحكام النص المطعون فيه ومردود ثانيا: 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 شرعى على غير ذلك. وهم يفرعون هذه القاعدة على مبدأ حرية التعاقد، وأن الناس على شروطهم لا يتحولون عنها إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما. وقد أجازوا - وعلى ضوء نظرتهن 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 حلالا، ذلك أن فائدة هذا الشرط تعود إليها ومنفعتا فيه، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقدته، وهو بعد شرط لا يخل بمقاصد النكاح التي قام الدليل الشرعى على طلبها. وإذا كان إنفاذ العهد مسئولا، وكان من المقرر أن مقاطع الحقوق عند الشروط، فإن نكول زوجها عن تعهده بعدم الزواج عليها يكون مخالفا لقاعدتهن في إطلاق الشروط وعدم تقييدها استصحابا لأصل إباحتها، وهى 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 بالتالى على أن رضاها - وقد كان قواما لعقد زواجها - قد اختلف، الخيار بين إبقاء علاقتهما 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، هى دائرة المضار الفعلية إذا كان مرجعها فعل أو امتناع أتاه زوجها قبلها مرتبطا

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 فى نفسها قبل زوجها بغضاً أو ازدراءً أو نفوراً، وإنما مرد الأمر دوماً إلى ما تقرر الشريعة الغراء اعتباره ضرراً، وكانت هذه القاعدة التى فصلها المالكية هى الأصل العام فى 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 فى المادة 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أو يعارضها، وإنما يتقيد بإطارها العام الذى يخول كل زوجة حق التفريق بينها وبين زوجها إذا لم يعد مستطاعاً - على ضوء الأضرار التى ألحقها بها - دوام العشرة بين أمثالهما، ولا منافاة فى ذلك كله لمبادئ الشريعة الإسلامية القطعية فى ورودها ودلالاتها، بل هو التزام أمين بها، ذلك أن ما يصدر عن الزوج - إيذاء وإعناتاً وقهراً - يعتبر تعدياً عليها يحملها ما لا تطبيق، ويخرج بالتالى عن نطاق الحماية الشرعية. وما النص المطعون فيه - فى 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 فى ذلك تلك التى عينها النص المطعون فيه، لا يعنى - وبفرض صحته - أن التنظيم الخاص الذى أفردته ذلك النص لصور بذاتها من الأضرار تكون الزيجة التالية هى مناسبة إحداثها ويجوز التفريق بين الزوجين بموجبها - قد صار مخالفاً للدستور، ذلك أن إدراج نص تشريعى معين فى المفهوم العام لنص آخر، وإمكان الاستغناء بالتالى عن الفرع لعموم الأصل، أو ثقت اتصالاً بالوسائل الفنية لصياغة النصوص التشريعية، ولا ينحل من هذه الناحية وحدها - بالتالى - إلى مخالفة دستورية.

وحيث إن من المقرر أنه إذا حددت المحكمة الدستورية العليا - بطرق الدلالة المختلفة - معنى معيناً لمضمون نص تشريعى، منتهية من ذلك إلى الحكم برفض المطاعن الدستورية الموجهة إليه، فإن هذا المعنى يكون هو الدعامة التى قام عليها هذا الحكم، لتمد إليه مع المنطوق الحجية المطلقة والكاملة التى أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها فى 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

