(سادسا)

السبب السادس من أسباب التطليق

التطليق لحبس الزوج

97- النص القانوني:

المادة (14) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل):

«لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه».

98- آراء المذاهب الفقهية فى التطليق للحبس والمصدر التشريعى للمادة:

يذهب الأحناف والشافعية إلى أنه لا يجوز تطليق الزوجة لحبس زوجها مهما طالت مدة الحبس.

والمالكية والحنابلة الذين يرون التفريق لغيبة الزوج لم يصرحوا بالتفريق لحبس الزوج.

ولم يصرح بذلك إلا ابن تيمية من الحنابلة فى فتاويه حيث يقول فى باب عشرة النساء «القول فى امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول فى امرأة المفقود».

ولكن المذهب المالكى صرح بأن لزوجة الأسير الحق فى طلب التفريق لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان باختياره أو قهرا عنه كما فى الأسير لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد، وهذا المعنى متحقق فى زوجة المحبوس.

وقد صرحت المذكرة الإيضاحية للقانون بأن مذهب مالك هو المصدر التشريعى لحكم المادة إذ جاء بها ما يأتي:

«وقد يقترف الزوج من الجرائم ما يستحق عقوبة السجن الطويل فتقع الزوجة فى مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما تعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب اجتماعى محتم. ومذهب الإمام مالك يجيز

التطليق على الغائب الذى يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها..... والزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنوات فأكثر يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الأسير فى ذلك فيجوز لزوجته طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها».

99- شروط التطليق لحبس الزوج:

يشترط للقضاء بتطليق الزوجة لحبس الزوج توافر الشروط الآتية:

1- الحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر:

والعقوبة السالبة للحرية تكون إما السجن المؤبد أو السجن المشدد (عقوبة جناية) أو الحبس (عقوبة جنحة).

ويجب ألا تقل العقوبة عن مدة ثلاث سنوات ويستوى أن يصدر الحكم من محكمة عادية أو محكمة عسكرية أو محكمة استثنائية.

ولم تبين المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الحكمة فى تحديده أدنى مدة الحبس بثلاث سنوات، وربما يقال فى هذه الحكمة أن مدة ثلاث سنوات مدة طويلة لا تطيق الزوجة مع محافظتها على العفة والشرف – فى الأعم الأغلب – انتظار كل هذه المدة وهى تترقب عودة زوجها بعد انقضائها.

أما تنفيذ حكم الغرامة بطريق الإكراه البدنى طبقا لنص المادة (507) من قانون الإجراءات الجنائية فلا يتوافر معه هذا الشرط.

2- أن يكون الحكم الصادر ضد الزوج نهائيا:

والمقصود بالحكم النهائى الحكم البات، والحكم البات هو الذى لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف) وبالنقض، وذلك إما لفوات ميعاد الطعن أو باستنفاده[1].

---

(1) الدكتور مأمون سلامة قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض الطبعة الأولى 1980 ص1216 – نقض مدنى طعن 56 س46ق جلسة 1970/4/21 =

إلا أن محكمة النقض ذهبت فى حكم حديث لها إلى أنه يكفى أن يكون الحكم نهائيا – وليس باتا – إذ قضت بتاريخ 1998/12/28 فى الطعن رقم 480 لسنة 64ق – أحوال شخصية – بأن:

«النص فى المادة 14 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه: «.....» يدل على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – على أن الزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يتساوى مع الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته فيجوز لها طلب التطليق عليه بعد مضى سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة، ويشترط لقبول الدعوى مضى سنة من تاريخ البدء فى تنفيذ الزوج للعقوبة المقيدة للحرية سواء كانت هذه العقوبة صادرة فى جناية أو جنحة إذ أن اختلاف الوصف القانونى للجريمة التى اقترفها لا يترتب عليه اختلاف الضرر الناجم عن تقييد حريته وحرمان الزوجة من حقوقها الشرعية وتضررها من بعده عنها، ولم يتطلب النص المذكور أن يكون الحكم الجنائى باتا باستنفاد طرق الطعن غير العادية أو بفوات مواعيدها، مكتفيا بصيرورته نهائيا لا يقبل الطعن بالطرق العادية، إذ أن الأصل فى الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية أنها واجبة التنفيذ متى صارت نهائية عملا بالمادة 460 من قانون الإجراءات الجنائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك فينفذ الحكم الجنائى متى صار نهائيا بألا يكون قابلا للمعارضة أو الاستئناف ولو كان قابلا للطعن بالنقض أو طعن فيه بالنقض بالفعل».

3- أن تمضى سنة على تنفيذ الحكم:

يجب أن يكون الحكم قد نفذ على الزوج، أما إذا كان الحكم لم ينفذ عليه بعد كما لو كان هاربا، فلا يجوز للزوجة طلب التطليق.

ويجب أن يمضى على بدء تنفيذ الحكم مدة سنة على الأقل.

= طعن 485 لسنة 54ق جلسة 1984/12/20 – طعن 1940 لسنة 50ق جلسة 1986/1/30 – نقض جنائى طعن 389 لسنة 43ق جلسة 1973/5/27.

واشترط النص مضى سنة على الأقل من تاريخ بدء تنفيذ حكم الحبس حتى تكون الزوجة قد لحقها شيء من الضرر الفعلى الذى بنى عليه التطليق.

وإذا رفعت الدعوى قبل انقضاء مدة سنة على البدء فى تنفيذ الحكم، كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها قبل الأوان[1].

وتحسب مدة السنة طبقا للتقويم الميلادى أى باعتبار السنة 365 يوما عملا بالمادة 23 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التى تجرى على أن «المراد بالسنة فى المواد من 12 إلى 18 هى السنة التى عدد أيامها 365 يوما».

ويحكم القاضى بالتطليق ولو كان الزوج قد ترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه لأن التطليق فى هذه الحالة للضرر وليس لعدم الإنفاق.

100- الإفراج عن الزوج المحبوس قبل الحكم فى الدعوى:

إذا أفرج عن الزوج أثناء نظر دعوى التطليق قبل انقضاء مدة ثلاث السنوات المحكوم بها عليه، فإن الدعوى تكون قد فقدت أحد شروطها، لأن مجرد الحكم عليه بمدة ثلاث سنوات على الأقل ليس مقصودا بذاته ولأنه لا يتحقق به وحده الضرر بالزوجة، وإنما يتحقق الضرر بتنفيذ الزوج العقوبة السالبة للحرية طوال هذه المدة، لأن انتظار الزوجة طوال هذه الفترة وهى تترقب عودة زوجها بعد انقضاء تنفيذ العقوبة مع محافظتها على العفة والشرف يفوق طاقتها البشرية فى الأعم الأغلب.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون أن:

«والزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر الزوجة من بعده عنها». أما انقضاء مدة سنة على تنفيذ الحكم فهو شرط لقبول الدعوى، ورفع الدعوى ليس قرينة على تحقق الضرر المقصود من النص.

---

(1) الإسكندرية الابتدائية فى 1958/2/9 – الدعوى رقم 168 لسنة 1957.

ومن ثم يتعين على المحكمة فى هذه الحالة أن تقضى برفض دعوى التطليق[1].

101- اعتقال الزوج ومدى حق الزوجة فى طلب التطليق:

ثار التساؤل عن مدى انطباق نص المادة 14 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على الزوج الذى يعتقل بناء على أمر من سلطات الطوارئ وهل يقاس الاعتقال على الحبس تنفيذا لعقوبة محكوم بها؟.

فقد قضت بعض المحاكم بتطليق زوجة المعتقل الذى زادت مدة اعتقاله على ثلاث سنين استنادا إلى العلة التى دعت الشارع إلى طلاق زوجة الغائب أو زوجة المحبوس وهى حماية الزوجة من الضرر وذلك بالنسبة للزوجة التى بعد عنها زوجها مدة طويلة تزيد على سنة أيا كان السبب الذى أدى إلى بعده وجعل من هذا البعد قرينة على تحقق الضرر ووقوعه، وهى قرينة غير قابلة لإثبات العكس، وطبقت المحاكم المادتين 12، 14 من القانون رقم 25 لسنة 1929[2].

وذهب رأى بأن القضاء السابق خاطئ ومخالف للقانون، إذ أقيم على دعامتين هما غيبة الزوج (مادة 12) وحبسه (مادة 14). وهما دعامتان غير سليمتين إذ المعتقل لم يغب عن زوجته – وإنما أبعد عنها، ولا حيلة له فى هذا الإبعاد، لأنه أمر خارج عن إرادته، ولا دخل له فيه، فغيابه كان بعذر مقبول – مما يمنع تطبيق المادة (12)– والاعتقال ليس غيابا فى حكم هذه المادة بدليل ما ورد

---

(1) من هذا الرأي: المستشار أنور العمروسى ص673 – المستشار أحمد نصر الجندى ص267 – وعكس ذلك: الأستاذ أشرف كمال ص264 – الأستاذ كمال البنا ص163، وقد ذهب الرأى الأخير إلى أن الإفراج عن الزوج المحبوس أثناء نظر الدعوى لا ينال من دعوى التطليق ولا يوجب القضاء برفض الدعوى، لأن حق الزوجة فى الطلاق تأكد باستيفاء الشروط وأن الضرر وقد وقع بها فعلا فلا يجبه الإفراج عن الزوج وإطلاق سراحه قبل استيفاء مدة ثلاث السنوات المحكوم بها ضده، خاصة وأن المشرع قد افترض تحقق الضرر من حبس الزوج مدة أقصاها ثلاث سنوات، فالمشرع اعتبر الحبس قرينة على الضرر مما يتعين معه الاستمرار فى نظر الدعوى والحكم فيها طبقا لما تقدمه المدعية من أسانيد للإثبات.

(2) راجع المستشار احمد نصر الجندى ص268.

فى المادة 13 من أنه إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأن يطلقها إن لم يحضر للإقامة مع زوجته، كما لم يكن فى مكنته أن ينقلها معه وهو معتقل، وتلازمهما يفيد عدم اعتبار المعتقل غائبا والمادة 14 جاءت مقيدة بقيود يجب مراعاتها والتمسك بها ولا يجوز القياس عليها والتزيد فى تطبيقها سيما إذا روعى أن مذهب الحنفية ليس به نص على طلاق زوجة الغائب وقد أخذ حكم المادة 14 من مذهب المالكية، ولكن ليس معنى هذا أن يباح تطبيق مذهب مالك بكل ما فيه، وجميع ما جاء به وإنما يقتصر على مورد النص، وكما جاء به الحكم الموضوعى، والمعتقل لم يحكم عليه (طبقا المادة 14) كما أن أمر الاعتقال لم يحدد فيه مدة ما. فيكون من الممكن الإفراج عن الزوج فى أى وقت، والمشرع أعطى لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة سالبة للحرية ثلاث سنين فأكثر الحق فى طلب التطليق عليه لأنه يكون أمام عينها، وفى موضوع تقديرها أن زوجها لن يعود إليها قبل مضى ثلاث سنين، وأعطى الحق فى طلب التفريق بعد مضى سنة على حبسه حتى يتحقق الانسجام بين المادتين 12، 14 من القانون ولهذا كله لا يمكن أن تنطوى حالة اعتقال الزوج بأمر السلطات الإدارية تحت حكم المادة 14، والقول بأن الحكمة التى أجيز التطليق من أجلها فى المادتين 12، 14 متحققة فى حالة زوجة المعتقل – ومن القواعد الأصولية أنه لا اجتهاد مع النص سيما إذا كان النص واضحا – لأن المناط هو الضرر، وقد تحقق الضرر – هذا القول اجتهاد فى مقابلة النص، والنص صريح لا يحتمل التأويل[1].

وعندنا أن المادة 14 واجبة التطبيق على الزوج المعتقل الذى قضى فى معتقله مدة ثلاث سنوات على الأقل، وأن للزوجة رفع دعوى تطليق بعد انقضاء هذه المدة، لأن العلة التى دعت الشارع إلى تطليق زوجة المحبوس وهى حماية الزوجة من الضرر متوافرة فى حالات الاعتقال لأن مناط الضرر فى المادة 14 هو قضاء الزوج ثلاث سنوات محبوسا، فالمادة قد اشترطت لسريان حكمها

(1) الحكم الصادر فى الدعوى رقم 167 لسنة 1963 أحوال مستأنف القاهرة بتاريخ 1963/3/16.

الحكم على الزوج نهائيا بعقوبة سالبة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر، فهى تستهدف من ذلك أن يظل الزوج محبوسا لمدة ثلاث سنوات على الأقل، إذ بحبس الزوج هذه المدة يكون الضرر قد وقع على الزوجة، لما ذكرناه سلفا من أن انتظار الزوجة طوال هذه الفترة وهى تترقب عودة زوجها مع محافظتها على العفة والشرف يفوق طاقتها البشرية فى الأعم الأغلب.

وقد تحقق هذا الهدف بقضاء الزوج المعتقل هذه المدة فى معتقله، فلا يغير من الأمر شيئا أن يكون سلب حرية الزوج بموجب حكم نهائى أو أمر اعتقال صادر من سلطة الطوارئ طالما قضى الزوج هذه المدة مسلوب الحرية بالفعل، وهو مناط وقوع الضرر بالزوجة.

ولكون أمر الاعتقال لا تحدد فيه مدة الاعتقال، فقد رأينا أن ترفع دعوى التطليق بعد انقضاء مدة ثلاث سنوات على الأقل من تنفيذ الاعتقال، لا بعد مضى سنة على تنفيذه.

102- إثبات الدعوى:

يمكن للزوجة إثبات دعواها بالتطليق لحبس الزوج بتقديم المستندات الآتية:

1- الوثيقة الرسمية لعقد زواجها من المدعى عليه.

2- صورة رسمية من الحكم الصادر بمعاقبة الزوج بعقوبة سالبة للحرية مدتها ثلاث سنين على الأقل.

3- شهادة من جدول المحكمة تفيد صيرورة الحكم المذكور سلفا باتا (نهائيا طبقا لقضاء محكمة النقض- أو تقديم صورة رسمية من الأحكام الدالة على ذلك).

4- شهادة من السجن تفيد أن الزوج بدأ فى تنفيذ العقوبة المقضى بها نهائيا وتاريخ ذلك.

103- بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين:

تنص المادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000 على أن:

«تلتزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح - مع علمه بها - بغير عذر مقبول رافضا له.

وفى دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك ، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما»[1].

وواضح إن المشرع قد الزم المحكمة فى الفقرة الأولى من المادة بعرض الصلح على الخصوم فى كافة دعاوى الولاية على النفس . إلا أنه خص دعاوى الطلاق والتطليق بوجوب بذل الجهد فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز المحكمة عن ذلك. فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما.

والمقصود من إيجاب بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين، أن يكون للمحكمة دور إيجابى فى التدخل بالصلح، دون أن يقتصر دورها على عرض الصلح على الزوجين. فيجب عليها السعى للتعرف على أساب الشقاق بينهما ومحاولة رأب الصدع الذى أصاب العلاقة الزوجية.

والهدف من تحديد الفترة بين المرتين (على الأقل) التى تعرض فيهما المحكمة الصلح إذا كان للزوجين ولد، هو إتاحة الفرصة أمام الزوجين للتروى والتفكير فى استمرار العشرة الزوجية بينهما حرصا على مصلحة الولد.

ويؤخذ على صياغة الفقرة الثانية من المادة أنها بالرغم من نصها على أن «تبذل المحكمة جهدا فى محاوله الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، ولم تكتف بمجرد عرض الصلح، إذ بها تردف أنه «فإذا كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل.... الخ».

ولم توجب على المحكمة أن تبذل جهدا فى محاوله الصلح بين الزوجين مرتين على الأقل. ومع هذا نرى أن روح التشريع يوجب على القاضى فى الصورة السابقة أن يبذل جهدا فى محاولة الصلح، دون أن يكتفى بعرضه.

---

(1) وكانت هذه المادة كما جاء بمشروع القانون المقدم من الحكومة وأقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب لا تزيد على ستين يوما إلا أنها عدلت أثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب على النحو الراهن.

والحكم الذى أتت به المادة – على ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون – يمثل أحد الأبعاد الاجتماعية التى تبناها القانون للحفاظ على كيان الأسرة.

ومفاد ما تقدم أنه يجب على المحكمة وهى تنظر طلب التطليق – رغم تدخلها لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحا باستمرار الزوجية وحسن العشرة، وذلك عند نظر الاعتراض على إنذار الطاعة وقبل إبداء طلب التطليق، عملا بالمادة 11 مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (المعدل) والفقرة الأولى من المادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000 – على نحو ما أوضحناه سلفا – فإنه يجب على المحكمة عملا بالفقرة الثانية من المادة 18 سالفة الذكر قبل أن تقضى بالتطليق أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين فلا تقضى بالتطليق إلا إذا أخفقت فى محاولة الصلح الذى بذلت جهدا فى السعى إليه. فإذا كان للزوجين ولد التزمت المحكمة أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين مرتين على الأقل تفصل بينهما المدة سالفة الذكر.

إلا أن محكمة النقض قضت فى حكم حديث لها صادر بتاريخ 2007/6/18 فى الطعن رقم 578 لسنة 75ق « أحوال شخصية» إلى أن القانون لم يرسم طريقا معينا لبذل الجهد فى محاولة الصلح، وأن فى عرض المحكمة الصلح على الطرفين وما يبديه كل منهما من قبوله أو رفضه ما يتضمن فى طياته بذلا لجهدها للحيلولة دون فصم عرى الزوجية. إذ ذهبت إلى أن «المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن المشرع قد أوجب فى المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على المحكمة فى دعاوى الطلاق أو التطليق، أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين، فإذا كان لهما ولد تلتزم بعرضه مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما إلا أنه لم يرسم طريقا معينا لبذل الجهد فى محاولة الصلح، وكان فى عرض المحكمة الصلح على الطرفين وما يبديه كل منهما من قبوله أو رفضه ما يتضمن فى طياته بذلا لجهدها للحيلولة دون فصم عرى الزوجية».

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

ويعتبر هذا الحكم متعلقا بالنظام العام. وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«التزام المحكمة بعرض الصلح مرتين فى حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطليق م18 ق1 لسنة 2000. مخالفة ذلك. مؤداه. مخالفة القانون علة ذلك. السعى للإصلاح إجراء جوهرى لصيق بالنظام العام، أثره لمحكمة النقض أن تعرض له من تلقاء نفسها ما دامت عناصره تحت نظر محكمة الموضوع . قضاء المحكمة الاستئنافية بالتطليق دون التدخل بعرض الصلح على الزوجين رغم وجود أبناء. خطأ».

(طعن رقم 497 لسنة 72ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/1/24)

ويجب على المحكمة أن تثبت بمحضر الجلسة ما بذلته من جهد فى محاولة الصلح بين الزوجين وعدد مراته إن كان للزوجين ولد .

وإذا قضت المحكمة بالتطليق دون أن تبذل جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك أو دون أن تبذله مرتين على الأقل خلال المدة السابقة إذا كان للزوجين ولد – وهو إجراء لصيق بالنظام العام – كان قضاؤها باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام.

وإذا لم تثبت المحكمة بمحضر الجلسة بذل هذا الجهد ثم قضت بالتطليق كان قضاؤها مخالفا للقانون، لأنه لا يجوز للمحكمة الاستناد فى حصول هذا الإجراء على ما يخاف أو يجاوز ما دون بمحاضر جلساتها.

(راجع نقض 1988/5/24 طعن 59 لسنة 57ق – أحوال شخصية)

كما يجب إثبات بذل هذا الجهد فى أسباب حكمها، وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور فى التسبيب مما يبطله.