

الباب الخامس

الطلاق بحكم القاضى (التطبيق)

كما سبق أن ذكرنا ، أن الله سبحانه وتعالى جعل الطلاق بيد الرجل ، وحق له وحده ، ويمكنه توكيل أو تفويض غيره فى طلاق زوجته ، كما يمكن للزوجة أن تفتدى نفسها بالمال وتطلب من زوجها الطلاق ، وهذا كله لا يجوز دون اعتبار أن الطلاق بيد الرجل ، لأن له القول الفصل بشأن إيقاع الطلاق أو الامتناع عنه . ولكن ليس معنى ذلك أن الشرع الحنيف قد أهمل جانب المرأة كلية ، أو أنه حرّمها من الطلاق إذا ما أهينت أو هضمت حقوقها ، وإنما أعطاهما الحق فى الالتجاء إلى القاضى ليخلصها من زوجها إذا غاب عنها ، أو أساء عشرتها ، أو آذاها بالقول أو الفعل . ليرفع عنها هذا الضرر ، ولم تترك الشريعة السمحاء هذا الحق مطلقا للمرأة ، بل قيده وحصره فى حالات معينة ، وبشروط محددة ، وقد سار على دربه القانون الوضعى والمحاكم فى مصر وهو ما سنتناوله بالتفصيل فى ستة فصول

الفصل الأول : الطلاق لعدم الإنفاق .

الفصل الثانى : الطلاق للضرر .

الفصل الثالث : الطلاق للغياب .

الفصل الرابع : الطلاق للميب .

الفصل الخامس : الطلاق للحبس .

الفصل السادس : الطلاق للزواج بأخرى .

الفصل الأول

الطلاق لعدم الإنفاق

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فهل يجوز لها الالتجاء إلى القاضى بطلب تطلبتها منه رغما عنه؟ .

المذهب الحنفى يرى ، أنه لا يجوز للمرأة طلب التطلاق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها سواء أكان ذلك راجعا إلى إعساره . أو تعنت منه ، واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١ - قال الله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ (١) . ويقول سبحانه : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (٢) . وهذا يدل على أن الزوج المعسر غير مقصر ، ولا ظالم . حتى تطلق عليه زوجته جبرا عنه .

٢ - أن بعض الصحابة كان فقيرا معسرا ، ولم تطلق نسايتهم منهم .

٣ - إن عدم الإنفاق ، إن كان بسبب الفقر ، أو العجز عن الكسب ، فالزوج معذور ، ويجب على زوجته انتظار ميسرته ، وإذا كان بسبب تعنت الزوج أجبره القاضى على الإنفاق ، ويحكم بحجسه حتى يؤدي ما عليه من نفقة لزوجته ، ومن ثم فلا يكون الطلاق هو وسيلة العلاج .

بينما ذهب جمهور الفقهاء - الشافعية والمالكية والأحناف - إلى أن للزوجة الحق فى طلب

التطلاق لعدم الإنفاق عليها بسبب الإعسار أو التعنت . واستندوا فى ذلك إلى ما يأتى :

أولا - أن جميع الآيات القرآنية أوجبت على الرجل ، إما الإمساك بالمعروف ، أو التسريح بإحسان ، وليس من المعروف عدم الإنفاق على الزوجة ، فوجب التسريح بإحسان . وإذا لم يفعل الزوج ذلك باختياره طلق عليه القاضى .

(١) سورة الطلاق ، الآية رقم ٧ .

(٢) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٠ .

ثانيا - أن رسول الله ﷺ قال : " لا ضرر ولا ضرار " . وإمساك الزوجة دون إنفاق عليها ، فيه ضرر وإضرار بها ، يجب على القاضى رفعه عنها . ولا يتحقق ذلك إلا بتطليقها على زوجها ، إن هي طلبت الطلاق .

وقد أخذ القانون برأى جمهور الفقهاء فنظمت ذلك المادة ٤ ، ٥ ، ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . فتصت المادة الرابعة على أنه :

" إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق ، طلق عليه القاضى في الحال ، وإن ادعى العجز ، فإن لم يبته ، طلق عليه حالا ، فإن أثبت أمهله مدة لا تزيد على شهر ، فإن لم يتفق طلق عليه بعد ذلك " .

كما نصت المادة الخامسة من ذات القانون على أنه :

" إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر ، أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضي الأجل . فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل وصول الرسائل إليه أو كان مجهول الخل ، أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى ، وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة " .

وقضت المادة السادسة من القانون المذكور على أنه :

" تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعيا ، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره ، واستعد للإنفاق في أثناء العدة ، فإن لم يثبت يساره ، ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة " .

ويستفاد من هذه النصوص أن القانون اشترط عدة شروط للتطليق على الزوج الحاضر لعدم الإنفاق هي :

١ - ألا يكون للزوج مال ظاهر . فإن كان له مال ظاهر ، وطلبت الزوجة التطليق لعدم الإنفاق ، يحكم لها القاضى بالنفقة ويأمرها بتنفيذ الحكم على مال زوجها الظاهر . ويقف القاضى عند هذا الحد ، ولا يحكم بالتطليق لعدم الإنفاق . وليس في ذلك قضاء بما لم تطلبه الزوجة ذلك أن القانون أعطى للقاضى الحق في تتبع يسار الزوج ، ومن المتابعة تقدير النفقة والأمر بالتنفيذ

خلال مدة يقدرها القاضى عند ظهور اليسار ، فيكون من باب أولى إذا كان الزوج موسرا فيأمره القاضى بالإتفاق ويأمر أيضا بالتنفيذ قبل أن يحكم بالطلاق .

٢ - إذا لم يكن للزوج مال ظاهر فيجب التفرة بين أمرين :

أولهما : ألا يدعى الزوج اليسار أو الإعسار ويصر على عدم الإتفاق ، واستظهار ذلك من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائفة^(١) .
وفى هذه الحالة يُطلق عليه القاضى فى الحال .

ثانيهما : أن يدعى الزوج العجز عن الإتفاق فيجب التفرة بين وضعين :

(أ) إذا لم يثبت الزوج عجزه عن الإتفاق طلق عليه القاضى .

(ب) إذا أثبت الزوج العجز عن الإتفاق على زوجته ، يمهله القاضى مدة لا تزيد عن شهر فإن لم ينفق خلال هذه المدة طلق عليه القاضى دون إعطائه أى آخر .

أما بالنسبة للزوج الغائب ، فقد اشترط القانون أيضا عدة شروط تبعا لنوع الغياب وذلك على التفصيل التالى .

الأول - إذا كانت الغيبة قريبة ، ويسهل وصول الرسائل إلى الزوج ، وكان له مال ظاهر .
فوجب على القاضى أن يقدر للزوجة نفقة ويأمرها بتنفيذ الحكم من مال الزوج الظاهر ، ولا يشترط إعدار الزوج أو منحه مدة ، كما لا يحكم بالطلاق فى هذه الحالة .

الثانى - إذا كانت الغيبة قريبة ، ويسهل وصول الرسائل إلى الزوج ، ولكن ليس له مال ظاهر ،
ففى هذه الحالة يجب على القاضى إعدار الزوج ، بأن يحدد له أجلا مناسباً للإتفاق على زوجته .
فإن أرسل النفقة أو حضر للإتفاق عليها ، فلا يطلق عليه القاضى لزوال سبب الطلاق ، أما إذا لم يرسل النفقة لزوجه ولم يحضر للإتفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مرور المدة التى سبق أن حددها للزوج .

الثالث - أما إذا كانت الغيبة بعيدة ، أى لا يمكن وصول الرسائل إلى الزوج ، أو لا يعلم له مكان ، فإذا كان قد ترك لزوجه مالا تنفق منه على نفسها فلا يطلق عليه القاضى . أما إذا لم يترك

(١) نقض جلسة ١٨/١/١٩٩٤ ، الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٥ ص ١٩٦ ،
ونقض جلسة ٣٠/٣/١٩٩٨ ، الطعن رقم ٨٤ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

لها مال طلق عليه القاضى ولا حاجة لإعذار الزوج لأنه لا مبرر لهذا الإجراء طالما لا تصل إليه الرسائل .

ويلاحظ أن التطلق لعدم الإنفاق يقع رجعيا . ويشترط للرجعة بعده ما يأتى :

١ - أن يثبت يسار الزوج ثبوتا حقيقيا .

٢ - أن ينفق فى أثناء العدة .

فإذا لم يتحقق هذان الشرطان فلا تصح الرجعة .

مبادئ محكمة النقض

١ - التطلق لعدم الإنفاق عملا بالمادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مناطه ، التزام المحكمة بإمهال الزوج لأداء النفقة ، شرطه ، ادعائه الإعسار وإثباته . علة ذلك ، إستظهار وجود مال ظاهر للزوج واقع ، استقلال قاضى الموضوع بتقديره .

* نقض جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠ ، الطعن رقم ٨٤ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٤/١/١٨ ، الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى

السنة ٤٥ ص ١٩٦ .

الفصل الثاني

الطلاق للضرر

الضرر ، هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل بما لا يليق بمثلها . مثل ضربها ضربا مبرحا ، أو شتمها وسبها بألفاظ نابية ، أو حملها على فعل الحرام كشرب الخمر ومجالسة الغرباء ، أو هجرها في الفراش دون مسوغ شرعى ، وغير ذلك من ضروب الإيذاء التى لا تقع تحت حصر ، والتى لا يستطيع معها دوام العشرة بين الزوجين .

وقد اختلف الفقهاء فى جواز التطلق للضرر على التفصيل الآتى :

يرى الأحناف والشافعية والحنابلة ، عدم جواز التطلق على الزوج بسبب الضرر . وعلى الزوجة الالتجاء إلى القاضى الذى يجب عليه أن يأمر الزوج بحسن معاشرة زوجته ، وعدم إيذائها ، فإن لم يمثل ، أدبه القاضى بما يراه مناسبا ولو بالحيلولة بين الزوج وزوجه حتى يرجع عن ظلمه ، ولكن لا يجوز له تطليقها رغما عن الزوج .

وفى رواية أخرى للحنابلة ، أنه يجوز للقاضى محاولة الإصلاح بين الزوجين ببعث حكمين ، ولهما أن يفعلا ما يريانه من استمرار الزوجية أو التفريق بين الزوجين بعوض أو بغير عوض دون حاجة إلى رضائهما .

بينما يرى المالكية ، أن للزوجة أن تطلب من القاضى تطليقها على زوجها للضرر ، إذا خشيت على نفسها المقام معه ، ويجب على القاضى التفريق بينهما إذا ثبت الضرر ، فإذا لم تتمكن الزوجة من إثبات الضرر ، وتكررت الشكوى فإن القاضى يأمر الزوج بإسكان زوجته بين قوم صالحين ، ويكلفهم بتبعية أسباب ضررها . فإن أبلغوه بوقوع الضرر طلقها على زوجها رغما عنه ، وإذا أخبروه بأنه لا ضرر ، رفض دعوى الزوجة ، وأجرها على مساكنة زوجها ، والكف عن الشكاية .

ويشترط في الضرر ما يأتي :

١ - أن يكون الضرر واقعا من جهة الزوج دون غيره . أما إذا كان الضرر واقعا من والدي الزوج أو أحد أقاربه أو آخرين دون اشتراك من الزوج بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة فلا يجوز للزوجة طلب الطلاق .

٢ - أن يكون الضرر واقعا على الزوجة . أما الضرر الواقع من الزوج على والدي الزوجة أو أحد أقاربها فلا يجوز للزوجة طلب الطلاق . ومعيار الضرر شخصي لا مادي^(١) . ويختلف باختلاف بيئة الزوجة ودرجة ثقافتها والوسط الاجتماعي الذي بينهما ، فما يعد ضررا في بيئة أو وسط اجتماعي معين قد لا يعد كذلك في بيئة أو وسط اجتماعي آخر ، وتقدير ذلك من سلطة قاضي الموضوع ، ولا رقابة عليه من محكمة النقض طالما كان استخلاصه سائغا^(٢) .

٣ - أن يكون الضرر متعمدا من الزوج . أما اخطأ من الزوج بكافة صورته ولو ترتب عليه إذاء الزوجة فلا يبررها طلب الطلاق .

٤ - ألا يستطاع دوام العشرة بين الزوجين بسبب هذا الضرر .

٥ - أن تلجأ الزوجة إلى المحكمة بطلب الطلاق بسبب هذا الضرر .

ومن الأمور التي لا تشترط في الضرر الذي يبيح للزوجة طلب الطلاق ما يأتي :

١ - الدخول بالزوجة . فيستوى أن يكون الضرر قبل الدخول بالزوجة أو بعده .

٢ - تكرار الضرر . فيكفي لطلب التطلق للضرر أن يقع فعل الإيذاء من الزوج على زوجته ولو مرة واحدة .

٣ - بقاء الضرر على حاله . فإذا زال الضرر بعد وقوعه لا يحول دون طلب الزوجة للطلاق .

٤ - أن يقع الضرر قبل رفع الدعوى .

(١) نقض جلسة ١٩/١١/١٩٧٥ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٣ ق ، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦

ص ١٤٣٥ . ونقض جلسة ٢٩/٩/١٩٩٨ ، الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٦ ق ، لم ينشر بعد .

(٢) نقض جلسة ١/١١/١٩٧٨ ، الطعن رقم ٢ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ص ١٦٧٤ .

ونقض جلسة ١٧/٣/١٩٩٧ ، الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد . ونقض جلسة

٢٨/١٠/١٩٩٦ ، الطعن رقم ١٠ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

ومن المقرر في الفقه الحنفي ، أن دعوى التطلق للضرر لا تقبل فيها الشهادة بالتسامع (١) كما أن دعوى الطاعة تختلف موضوعا وسببا عن دعوى التطلق ، والحكم في الطاعة لا يمنع من نظر التطلق ، لاختلاف المناط في كل منهما ، إذ تقوم الأولى على إخلال الزوجة بواجب الإقامة والقرار في منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة الإضرار بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما (٢) .

ويلاحظ أيضا أن إقامة الزوج دعوى الطاعة ، لا يعد بذاته ضررا يبيح للزوجة طلب التطلق (٣) .

وقد كان العمل باخاكم يسير على رأى الأحناف حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأخذ برأى المالكية في جواز التطلق للضرر ، وقد نصت المادة السادسة من هذا القانون على أنه :

" إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ، ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكيمين على الوجه المبين بالمواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ " .

وقد اشترطت المادة سالفه البيان لكى يحكم القاضى بالطلاق طبقا لها ، أن تثبت الزوجة الضرر ، وأن يكون هذا الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، وتعجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين . والطلاق في هذه الحالة طلاق بائن ، حتى يمكن بموجبه رفع الضرر عن الزوجة .

(١) قض جلسة ١٩٧٩/١/١٠ ، الطعن رقم ٨ لسنة ٤٦ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ١٧٦ .
ونقض جلسة ١٩٩٧/٢/٢٤ ، الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد . ونقض جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ ،
الطعن رقم ٥٤٧ لسنة ٦٥ ق ، لم ينشر بعد . ونقض جلسة ١٩٩٧/٤/١٤ ، الطعن رقم ٣٩١ لسنة ٦٤ ق ،
لم ينشر بعد .

(٢) نقض جلسة ١٩٩١/٦/١١ ، الطعن رقم ٢٩ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ١٣٤٨ .
ونقض جلسة ١٩٧٩/٣/١٤ ، الطعن رقم ٥ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ٧٩٨ .

(٣) نقض جلسة ١٩٨٣/٣/٢٢ ، الطعن رقم ٤٨ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٤ ص ٧١٤ ،
الجزء الأول .

ولم يحدد المشرع المقصود بالضرر فى المادة المذكورة ، وإنما اكتفى بوصفه بأن لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما . لكى يترك للمحكمة سلطة تقدير الضرر طبقا لظروف كل حالة على حدة .

ومن أمثلة الضرر ، جميع أنواع الإيذاء المتعمد ، سواء كان إيجابيا ، كالتعدى على الزوجة بالقول أو الفعل بالضرب أو السب ، أو إذاءً سلبيا كهجر الزوج لزوجته ، ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية . كما أن التراخى فى إتمام الزوجية بسبب من قبل الزوج ، وقعوده عن معاشرتها ، درب من دروب الهجر ، لأن استطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة ، فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة ، وإتيان الزوج زوجته فى غير موضع الحرث ، ضرر لا تستقيم به الحياة الزوجية ، وجوب التفريق عند ثبوته . والشهير بارتكاب الجرائم ، وتعدد الخصومات القضائية بينهما ، وإدعاء الزوج فى دفاعه فى دعوى التطلق ، بأن زوجته كانت على علاقة غير شرعية به قبل الزواج ، وحملت منه سفاحا ، أمر لا يقتضيه واجب الدفاع ، ويتحقق به الضرر فى مفهوم المادة السادسة سالفه البيان وكذا ضبط الزوج فى شقة خاصة أو فى منزل الزوجية مرتكبا فعلا فاضحا يعد ضرا معنويا يتعدى أثره إلى زوجته فيبرر لها طلب التطلق .

والزواج بأخرى نوع من أنواع الضرر وقد نظمته المادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . وهو فى حد ذاته لا يعد ضرا مفترضا يجيز للزوجة طلب التطلق . وعلى الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منهى عنه شرعا حقيقيا مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مرتبا عليها منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما . إستبعاد المشرع الأضرار التى مرجعها المشاعر الإنسانية فى المرأة تجاه ضررتها للتزاحم بين امرأتين على رجل واحد^(١) . وسيرد تفصيل ذلك فيما بعد عند الحديث عن الطلاق للزواج بأخرى

ولا يلزم مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة فى دعوى التطلق للضرر لعرض الصلح عليهما ، ويكفى حضور وكيليهما المفوضين منهما بالصلح مع رفض أحدهما للصلح الذى

(١) نقض جلسة ١٩٩٦/١/٨ ، الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٦١ ق ، مجموعة الكتب الفنى السنة ٤٧ ص ١٤ ، العدد الأول .

تعرضه المحكمة^(١)، لا يلزم عرض الصلح على الزوجين في كل مرحلة من مراحل الدعوى، فإن عرضه أمام محكمة أول درجة، يغني عن عرضه أمام المحكمة الاستئنافية^(٢)، وإن عرضه فيعتبر ذلك تزييدا منها لا يبطل الحكم.

وإذا رفضت دعوى الزوجة بالتطليق على زوجها للضرر، لعجزها عن إثباته، فيحق لها رفع دعوى جديدة بطلب التطليق لذات السبب وهو الضرر، ولكن يشترط أن تستند إلى وقائع مغايرة لتلك التي رفعت بها الدعوى الأولى^(٣).

وإذا رفضت الدعوى الأولى، وتكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكمين عدلين رشيدين من أهل الزوجين، أو من يصلح من أقاربهما إن أمكن، فإن لم يوجد عينت المحكمة أجنبيين عن الزوجين ممن لهم خبرة بما لهما وقدرة على الإصلاح بينهما^(٤). تكون مهمتهما التعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين، وبذل جهدهما في الإصلاح بينهما، فإذا عجز الحكمان، وكانت الإساءة من جانب الزوج، أو من الزوجين معا، أو جهل سبب الشقاق، قرر الحكمان التفريق بين الزوجين بطلقة بائنة، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضى ما انتهى إليه الحكمان دون تعقيب^(٥). ويشترط في الحكمين أن يكونا من الذكور حتى يكون لهما ولاية في دعوى التطليق للضرر. بعث المحكمة حكاما من بينهم امرأة، أثره بطلان التقرير المقدم منهم. إستناد الحكم إلى هذا التقرير في قضائه. مؤداه، بطلان الحكم^(٦).

والطلاق مع إضرار الزوج بزوجه يكون بطلقة بائنة^(٧).

وهذه الأحكام نصت عليها المواد ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ من القانون المذكور. ثم جاء القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وعدل في بعض أحكام هذه المواد بالنسبة لإجراءات

- (١) نقض جلسة ١٢/٢/١٩٧٥، الطعن رقم ١٨ لسنة ٤١ ق، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦ ص ٣٧٨.
- (٢) نقض جلسة ٢٨/٣/١٩٨٩، الطعن رقم ٧ لسنة ٥٣ ق، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٠ ص ٨٨٥.
- (٣) نقض جلسة ٢١/٢/١٩٨٩، الطعن رقم ٤ لسنة ٥٨ ق، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٠ ص ٥١٧.
- (٤) نقض جلسة ٢١/٢/١٩٨٩، الطعن رقم ٤ لسنة ٥٨ ق، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٠ ص ٥١٧.
- (٥) نقض جلسة ٢٩/١١/١٩٨٨، الطعن رقم ٧٧ لسنة ٥٦ ق، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٩ ص ١٢٦٠. ونقض جلسة ٢٦/٦/١٩٩٠، الطعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ ق، مجموعة المكتب الفني السنة ٤١ ص ٣٥٢.
- (٦) نقض جلسة ٢٧/٣/١٩٩٣، الطعن رقم ٩٨ لسنة ٦٠ ق. مجموعة المكتب الفني السنة ٤٤ ص ٨٧٨.

الجزء الثاني.

- (٧) نقض جلسة ١٠/٤/١٩٦٣، الطعن رقم ٤ لسنة ٣٢ ق، غير منشور.

التحكيم ومدته وأضاف أحقية الحكّمين في اقتراح البدل المناسب الذي تلتزم به الزوجة ، أو عدم التزامها ببدل ، طبقا لما ينتهيان إليه من أن الإساءة من جانب الزوجة ، أو من جانب الزوج ، أو منهما معا . فمناطق اتخاذ التحكيم في دعوى الطلاق ، أن توجد دعوى ثانية سبقتها دعوى أولى ، بطلب التطلق للضرر ، ولم يثبت للمحكمة في الدعويين الضرر المدعى به (١) .

حجية الحكم الجنائي في دعوى التطلق للضرر

مفاد نص المادتين ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية ، ١٠٢ من قانون الإثبات ، أن الحكم الصادر في المواد الجنائية يكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلا لازما في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين المدنية والجنائية ، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله . فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور فإنه يمتنع على المحكمة المدنية أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تعدد بها وتلتزمها في بحث الحقوق المدنية المتصلة بها كى لا يكون حكمها مخالفا للحكم الجنائي السابق له (٢) .

وبناء على ما تقدم يكون الحكم الجنائي الصادر بإدانة الزوج لاعتدائه بالضرب على زوجته أو تبديده منقولاتها أو غير ذلك من الأمور المتعلقة بها ، واستتدت إليه الزوجة في طلبها التطلق من محكمة الأحوال الشخصية فيجب على هذه المحكمة الأخيرة أن تلتزم بما انتهى إليه الحكم الجنائي بشأن وقوع الضرر بالزوجة من جانب الزوج ولا يجوز لها أن تبحث هذا العنصر مرة أخرى ، لأنه قد ثبت يقينا أمامها بالحكم الجنائي . إلا أن هذا لا يحول دون إحالة دعوى التطلق إلى التحقيق لإثبات باقى العناصر الأخرى غير الضرر ومنها تضرر الزوجة ، واستحالة العشرة بينها وبين زوجها . وبالتالي فلا يجوز لمحكمة الأحوال الشخصية أن تقضى بالتطلق استنادا إلى الحكم الجنائي وحده .

- (١) نقض جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٢ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ص ١١٠٨ .
(٢) نقض جلسة ١٩٨٤/٣/٢٩ ، الطعن رقم ٨٢٥ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٥ ص ٨٧٨ .
ونقض جلسة ١٩٩٦/١/٢١ ، الطعن رقم ٢٦٥٩ لسنة ٦١ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ١٩٩ ، العدد الأول . ونقض جلسة ١٩٩٦/١٢/١٢ ، الطعن رقم ٢٩٤٠ لسنة ٥٧ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ١٥٠٥ ، العدد الثانى .

١- الطلاق مع إضرار الزوج بزوجه يكون بطلقة بائنة عملاً بالمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

* نقض جلسة ١٠/٤/١٩٦٣ ، الطعن رقم ٤ لسنة ٣٢ ق ، غير منشور

٢- التطبيق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إستقاه المشرع من مذهب الإمام مالك ، وهو لا يفرق بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها فى طلب التطبيق للضرر ، فسمع الدعوى من كليهما ، والناتج فى التطبيق لهذا السبب هو تحقق وقوع الضرر فعلاً .

* نقض جلسة ١٣/١١/١٩٩٠ ، الطعن رقم ٧٩ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص ٦٥٣ . الجزء الثانى .

* نقض جلسة ٣٠/٧/١٩٩١ ، الطعن رقم ٦٣ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ١٥٠١ ، الجزء الأول .

٣- التطبيق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مستقى من مذهب المالكية ، وإذا كان المشرع لم يعرف المقصود بالضرر المشار إليه فيها ، واقتصر على وصفه بأنه مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، وكان المقرر أنه إذا أُطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى مصدره ومأخذه ، وكانت مضارة الزوج وفق هذا المذهب تمثل فى كل إيذاء للزوجة بالقول أو الفعل ، بحيث تعد معاملة الرجل فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ، أو لا تطبق الصبر عليها ، وهى بهذه المثابة ، كثيرة الأسباب متعددة المناحى ، متزوك تقديرها لقاضى الموضوع ، مناطها أن تبلغ المضارة حداً يحتمل المرأة على طلب التفريق بينها وبين زوجها .

* نقض جلسة ٢١/٢/١٩٧٩ ، الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ٥٨٨ ، العدد الأول .

٤- الحكم بالتطبيق للضرر عملاً بالمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يشترط فيه ، ثبوت إضرار الزوج بالزوجة بما لا يستطيع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما . القضاء بالتطبيق دون محاولة التوفيق بين الزوجين ، أثره بطلان الحكم .

* نقض جلسة ١٩٩٧/٢/٢٤ ، الطعن رقم ٦٢ ، ١٠٩ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

٥- الزواج بأخرى فى حد ذاته لا يعد ضررا مفترضا يميز للزوجة طلب التطلق . وعلى الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منهى عنه شرعا حقيقيا مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مرتبا عليها منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما . أستبعاد المشرع الأضرار التى مرجعها المشاعر الإنسانية فى المرأة تجاه زوجها للتزاحم بين امرأتين على رجل واحد .

* نقض جلسة ١٩٩٦/١/٨ ، الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٦١ ق ، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٤٧ ص ١٤ ، العدد الأول .

٦- إقامة الزوج دعوى الطاعة ، لا تمنع من نظر دعوى التطلق للضرر ، لاختلافهما موضوعا وسببا .

* نقض جلسة ١٩٧٩/٣/١٤ ، الطعن رقم ٥ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ٧٩٨ ، العدد الأول .

٧- المعول عليه فى المذهب المالكي ، وهو المصدر التشريعى لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، أنه يجوز للزوجة أن تطلب التفريق إذا أضر بها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء المتعمد ، سواء كان إيجابيا ، كالتعدى بالقول أو الفعل ، أو سلبيا كهجر الزوج لزوجه ، ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية .

٨- عودة الزوجة إلى مسكن الزوجية بعد وقوع الضرر ، لا يسقط حقها فى طلب التطلق .

* نقض جلسة ١٩٩٧/١/٢٨ ، الطعن رقم ٨٢ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

٩- من المقرر أن المشرع إذ نقل التطلق للضرر من مذهب الإمام مالك ، إلا أنه لم يحل فى إنباته إلى هذا المذهب ، كما لم ينص على قواعد خاصة فى هذا الشأن ، ومن ثم فإنه يتعين الرجوع فى قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ، عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) . فيثبت الضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

* نقض جلسة ١٩٨٢/٥/١٨ ، الطعن رقم ٤٧ لسنة ٥١ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٣ ص ٥٣٤ ، الجزء الأول .

* نقض جلسة ٢/٤/١٩٨٠ ، الطعن رقم ١٥ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣١ ص ١٠٠٩ ، الجزء الأول .

١٠- أنه إذا تعدى الزوج على زوجته ورفعت أمرها إلى القاضى وأثبتت تعديه عليها ولكنها تختار البقاء معه كان لها أن تطلب من القاضى تأديبه وزجره ليكف عن إيذانه لها ، مما مفاده أن زجر القاضى للزوج مشروط بأن تثبت الزوجة تعديه عليها أمام القاضى ، وأن تختار البقاء مع زوجها .

* نقض جلسة ١٣/١١/١٩٩٠ ، الطعن رقم ٧٩ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص ٦٥٣ ، الجزء الثانى .

١١- التراخى فى إتمام الزوجية بسبب من الزوج ، وقعوده عن معاشرتها ، درب من دروب المهجر ، لأن استطالته تال من الزوجة وتضيها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة ، فلا هى ذات بعلى ولا هى مطلقة . ويطبق عليه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا يلزم فيه اتخاذ إجراءات التحكيم ، أو تطبيق المادتين ١٢ ، ١٣ من القانون سالف البيان فى شأن التطلاق للغياب .

* نقض جلسة ١٨/١٢/١٩٩٠ ، الطعن رقم ٩٢ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص ٩٤٣ ، الجزء الثانى .

* نقض جلسة ١٢/٣/١٩٨٥ ، الطعن رقم ٤٥ لسنة ٥٤ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٦ ص ٣٩٨ ، الجزء الأول .

* نقض جلسة ٢١/٣/١٩٧٩ ، الطعن رقم ١٤ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ٩٠٦ ، العدد الأول .

١٢- الضرر المبرر للتطلاق وفق المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو إيذاء الزوج لزوجته والإساءة إليها بالقول أو الفعل ، مما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، ويدخل فى ذلك التشهير بارتكاب الجرائم ، وتعدد الخصومات القضائية بينهما ، وهذا هو القدر المطلوب من الضرر الموجب للتطلاق فى نطاق هذا النص وليس مطلوباً أن يصل الضرر إلى حد استحالة العشرة ، وهو ما تستقل بتقديره محكمة الموضوع .

* نقض جلسة ١٧/٢/١٩٩٨ ، الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١١/٢٠/ ١٩٩٠ ، الطعن رقم ٢٢ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفني
السنة ٤١ ص ٧٠٧ . الجزء الثاني .

* نقض جلسة ٦/٢٨/ ١٩٨٨ ، الطعن رقم ٢٣ لسنة ٥٧ ق ، مجموعة المكتب الفني
السنة ٣٩ ص ١٠٧٧ .

١٣- المقصود بالضرر إيداء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل إيداء لا يليق بمثلها ، ولا ترى
الضرر عليه ، معيار الضرر شخصي لا مادي ، إستقلال محكمة الموضوع بتقدير عناصره . دون
رقابة من محكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

* نقض جلسة ١/٢٤/ ١٩٨٩ ، الطعن رقم ٩٦ لسنة ٥٦ ق ، مجموعة المكتب الفني
السنة ٤٠ ص ٢٥٥ الجزء الأول .

* نقض جلسة ١١/ ١٩٩١/٦/ ، الطعن رقم ٢٩ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفني
السنة ٤٢ ص ١٣٤٨ ، الجزء الثاني .

* نقض جلسة ٩/٢٩/ ١٩٩٨ ، الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ٣/١٧/ ١٩٩٧ ، الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٠/٢٨/ ١٩٩٦ ، الطعن رقم ١٠ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

١٤- غيبة الزوج عن بيت الزوجية ، إعتباره هجرا محققا للضرر الموجب للتفريق عملا
بالمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . لا مجال لاستلزام غيبة الزوج إلى أمد
معين ، وفي بلد معين . للقاضي مطلق الحق في تقدير هذا الضرر ، ومدى احتمال الزوجة له .
إختلافه عن التطبيق للعياب بشرائطه المنصوص عليها في المادة رقم ١٢ من القانون المذكور .

* نقض جلسة ٩/٢٩/ ١٩٩٨ ، الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٢/٢٢/ ١٩٩٧ ، الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٦٧ ق ، لم ينشر بعد .

١٥- إتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث ، ضرر لا تستقيم به الحياة الزوجية ،
وجوب التفريق عند ثبوته .

* نقض جلسة ٣/١١/ ١٩٧٦ ، الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٥ ق ، مجموعة المكتب الفني
السنة ٢٧ ص ١٥١٦ ، المجلد الثاني

١٦- إيدعاء الزوج فى دفاعه فى دعوى الطلق ، بأن زوجته كانت على علاقة غير شرعية به قبل الزواج ، وحملت منه سفاحا ، أمر لا يقتضيه واجب الدفاع ، وجوب القضاء بالطلاق لانطواء ذلك الادعاء على مضارة لا يمكن معها استدامة العشرة الزوجية .

* نقض جلسة ١٩٧٤/٦/٥ ، الطعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٥ ص ٩٧٩ .

١٧- إقامة الزوج دعوى الطاعة ، وأخرى بإسقاط حقها فى النفقة لنشوزها ، لا يتحقق به الضرر ، لا يعد بذاته من دواعى الإضرار التى تبيح للزوجة طلب الطلاق ، لأنه استغل حقا حولته له الشريعة الإسلامية .

* نقض جلسة ١٩٨٣/٣/٢٢ ، الطعن رقم ٤٨ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٤ ص ٧١٤ ، الجزء الأول .

* نقض جلسة ١٩٧٩/٣/١٤ ، الطعن رقم ٥ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ٧٩٨ ، العدد الأول .

* نقض جلسة ١٩٩٨/٣/٣٠ ، الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

١٨- الحكم بالطلاق للضرر طبقا للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شرطه ، ثبوت إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطيع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما . وأن يكون الضرر أو الأذى من الزوج دون الزوجة .

* نقض جلسة ١٩٩٧/١/٢٧ ، الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٦٢ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٨٦/٤/١٥ ، الطعن رقم ٢١ لسنة ٥٥ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٧ ص ٤٣٥ . الجزء الأول .

* نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٦ ، الطعن رقم ٥١ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٣ ص ٢١١ ، الجزء الأول .

* نقض جلسة ١٩٩١/١٢/٣١ ، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ٢٠٢٨ ، الجزء الثانى .

١٩- أنه يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين ، أن تعرض محكمة أول درجة الصلح عليهما فيرفضه أحدهما ، دون حاجة إلى عرضه مرة أخرى أمام محكمة الاستئناف ما دام لم يستجد ما يدعو إليه .

* نقض جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨ ، الطعن رقم ٧ لسنة ٥٣ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٠ ص ٨٨٥ ، الجزء الأول .

* نقض جلسة ١٩٩٠/١١/١٣ ، الطعن رقم ٧٩ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص ٦٥٣ ، الجزء الثانى .

* نقض جلسة ١٩٨٣/١١/٢٢ ، الطعن رقم ٤٨ لسنة ٥٢ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٤ ص ١٦٥٦ ، الجزء الثانى .

* نقض جلسة ١٩٨٢/٥/١٨ ، الطعن رقم ٤٧ لسنة ٥١ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٣ ص ٥٣٤ ، الجزء الأول .

* نقض جلسة ١٩٩١/٢/٥ ، الطعن رقم ٩٩ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ٤٠٥ ، الجزء الأول .

٢٠- التخليق للضرر ، التفويض فى الصلح ، مفاده أيضا التفويض برفضه . رفض وكيل أحد الزوجين للصلح المفوض فيه ، كفاية ذلك لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

* نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٥ ، الطعن رقم ٤٧ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣١ ص ٧٥٢ ، الجزء الأول .

* نقض جلسة ١٩٧٩/٤/٢٥ ، الطعن رقم ١١ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ١٩٦ ، العدد الثانى .

٢١- إدعاء الزوجة على زوجها إضراره بها ، رفض دعواها بالتخليق لعجزها عن إثبات الضرر ، حقها فى رفع دعوى جديدة بطلب التخليق لذات السبب ، شرطه ، أن تستند إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت بها الدعوى الأولى .

* نقض جلسة ١٩٨٩/٢/٢١ ، الطعن رقم ٤ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٠ ص ٥١٧ ، الجزء الأول .

٢٢- طلب الزوجة التطليق من خلال اعراضها على الطاعة ، وجوب اتخاذ إجراءات التحكيم إذا بان للمحكمة أن الخلف مستحکم بين الزوجين عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة ١١ مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . وإذا اتفق الحكمان على استحکام الخلف ، راستحالة العشرة بين الزوجين ، وجوب القضاء بما قرراه دون معارضة أو مناقضة ، مخالفة ذلك خطأً فى تطبيق القانون .

* نقض جلسة ٢٩/١١/١٩٨٨ ، الطعن رقم ٧٧ لسنة ٥٦ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٩ ص ١٢٦٠ .

* نقض جلسة ٢٦/٦/١٩٩٠ ، الطعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص ٣٥٢ . الجزء الثانى .

٢٣- لما كانت قواعد التحكيم الواردة فى المواد من ٧ إلى ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد أخذت من مذهب الإمام مالك فإنه يجب الرجوع لهذا المذهب فى بيان الشروط الواجب توافرها فى الحكام فيما لم يرد به نص صريح فى المواد المشار إليها ، وإذا كان هذا المذهب يشترط الذكورة فى الحكام على اعتبار أن طريقهم هو الحكم ونسب الشهادة أو الوكالة . فيتعين الالتزام بهذا الشرط .

* نقض جلسة ١١/٣/١٩٨٦ ، الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٥ ق ، مجموعة المكتب الفنى ٣٧ السنة ص ٣١٦ ، الجزء الأول .

٢٤- اختيار الحكمين شرطه أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن . عدم وجود من يصلح من أقاربهما لهذه المهمة أثره ، للقاضى تعيين أجنيين ممن لهم خبرة بحافهما ، وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلف بينهما .

* نقض جلسة ٢١/٢/١٩٨٩ ، الطعن رقم ٤ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٠ ص ٥١٧ . الجزء الأول .

٢٥- الحكمان طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة . وأنهما إذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما ووجب على القاضى إمضاءه دون تعقيب .

* نقض جلسة ٢٦/٦/١٩٩٠ ، الطعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص ٣٥٢ . الجزء الثانى .

٢٦- من المقرر أن التحكيم في دعوى الطلاق للضرر لا يكون إلا عندما يتكرر من الزوجة طلب الطلاق لإضرار الزوج بها ، وعجزها عن إثبات ما تنزجر منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى بطلب الطلاق . أو طلبها الطلاق من خلال اعتراضها على دعوة زوجها لها للعودة لمنزل الزوجية ، وثبوت أن الخلف مستحکم بينهما عملاً بالمادتين ٦ ، ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

* نقض جلسة ١٣/١١/١٩٩٠ ، الطعن رقم ٧٩ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص ٦٥٣ . الجزء الثانى .

* نقض جلسة ١٣/١/١٩٩٧ ، الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٦٢ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ٢٧/١/١٩٩٧ ، الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٦٢ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٦/١٢/١٩٩٦ ، الطعن رقم ٢٩٩ لسنة ٦٢ ق ، لم ينشر بعد .

٢٧- اختيار الحكّمين شرطه أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن . عدم وجود من يصلح من أقاربهما لهذه المهمة أثره ، للقاضى تعيين أجنيين ممن هم خبرة بحالهما ، وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلف بينهما .

* نقض جلسة ٢٦/٦/١٩٩٠ ، الطعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص ٣٥٢ . الجزء الثانى

* نقض جلسة ٢١/٢/١٩٨٩ ، الطعن رقم ٤ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٠ ص ٥١٧ . الجزء الأول .

٢٨- ذكورة الأحكام فى دعوى الطلاق للضرر شرط لولايتهم . بعث المحكمة حكاما من بينهم امرأة ، أثره بطلان التقرير المقدم منهم . إستناد الحكم إلى هذا التقرير فى قضائه . مؤداه ، بطلان الحكم .

* نقض جلسة ٢٧/٣/١٩٩٣ الطعن رقم ٩٨ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٤ ص ٨٧٨ . الجزء الثانى .

٢٩- مفاد نص المادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن الطلاق فى الحالات التى يجب فيها بعث حكّمين ، لا يكون ببدل إلا إذا كانت الإساءة من جانب

الزوجة ، أو كانت الإساءة مشتركة بين الزوجين ، ولا محل لإلزام الزوج ببدل إذا كانت الإساءة كلها من جانبه ، إذ أن التطلق في هذه الحالة لا يمس حقوق الزوجة المترتبة على الزواج ، أو التطلق ، فلها أن تطالب بهذه الحقوق ومنها المنفعة بدعوى مستقلة .

٣٠- التطلق دون بدل ، لا يدل بذاته على أن التطلق برضاء الزوجة ، أو بسبب من قبلها .

* نقض جلسة ٢٦ / ٥ / ١٩٩٧ ، الطعن رقم ٢٢٦ لسنة ٦٥ ق ، لم ينشر بعد .

٣١- إقامة الزوج دعوى الطاعة ، لا تمنع من نظر دعوى التطلق للضرر ، لاختلافهما موضوعا وسببا .

* نقض جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٧٩ ، الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٠ ص ٥٨٨ ، العدد الأول .

* نقض جلسة ١٤ / ٣ / ١٩٧٩ ، الطعن رقم ٥ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٠ ص ٧٩٨ ، العدد الأول .

٣٢- دعوى الطاعة ، إختلافها موضوعا وسببا عن دعوى التطلق ، الحكم في الأولى لا يمنع من نظر الثانية لاختلاف المناط في كل منهما . إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما .

* نقض جلسة ١١ / ٦ / ١٩٩١ ، الطعن رقم ٢٩ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٢ ص ١٣٤٨ ، الجزء الثاني .

٣٣- السبب في دعوى التطلق طبقا للمادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، إختلافه عن السبب في طلب الزوجة التطلق أثناء نظر إعراضها على دعوة زوجها للعودة إلى منزل الزوجية عملا بالمادة ١١ مكررا ثانيا من ذات المرسوم بقانون . القضاء برفض الدعوى الأولى ليس له حجة مانعة من نظر الدعوى الثانية ، واللجوء إلى التحكيم في الولي لا يحول دون اللجوء إليه في الثانية متى توافرت شروطه .

* نقض جلسة ٥ / ٣ / ١٩٩١ ، الطعن رقم ٢٠٥ ، ٢٠٧ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفني السنة ٤٢ ص ٦٤٤ ، الجزء الثاني .

٣٤- الأصل فى الشهادة ، وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه ، الشهادة بالتسامع فى التطبيق للضرر غير جائزة .

* نقض جلسة ١٩٩٧/٢/٢٤ ، الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .
* نقض جلسة ١٩٧٩/٤/٢٥ ، الطعن رقم ١١ لسنة ٤٧ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ١٩٦ ، العدد الأول .

٣٥- من المقرر فى الفقه الحنفى الواجب العمل به عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) ، أن دعوى التطبيق للضرر ، لا تقبل فيها الشهادة بالتسامع .

* نقض جلسة ١٩٩٧/٤/٧ ، الطعن رقم ١٩١ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .
* نقض جلسة ١٩٩٧/٣/١٠ ، الطعن رقم ٥٤٧ لسنة ٦٥ ق ، لم ينشر بعد .
* نقض جلسة ١٩٧٩/١/١٠ ، الطعن رقم ٨ لسنة ٤٦ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ١٧٦ ، العدد الأول .

٣٦- مفاد نص المادتين ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية ، ١٠٢ من قانون الإثبات ، أن الحكم الصادر فى المواد الجنائية يكون له حجية فى الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فضلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين المدنية والجنائية ، وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله . فإذا فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور فإنه يمتنع على المحكمة المدنية أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تعتد بها وتلتزمها فى بحث الحقوق المدنية المتصلة بها كى لا يكون حكمها مخالفا للحكم الجنائى السابق له .

* نقض جلسة ١٩٨٤/٣/٢٩ ، الطعن رقم ٨٢٥ لسنة ٥٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٥ ص ٨٧٨ .

* نقض جلسة ١٩٩٦/١/٢١ ، الطعن رقم ٢٦٥٩ لسنة ٦١ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ١٩٩ ، العدد الأول .

* نقض جلسة ١٩٩٦/١٢/١٢ ، الطعن رقم ٢٩٤٠ لسنة ٥٧ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ١٥٠٥ ، العدد الثانى .

الفصل الثالث

الطلاق للغياب

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة معينة ، وتضررت الزوجة من بعده عنها ، فقد ذهب الأحناف والشافعية ، إلى أنه لا يجوز لها طلب الطلاق ، وإن طالت مدة الغيبة .

بينما يرى المالكية والحنابلة ، إلى أنه يجوز للزوجة طلب الطلاق ، إذا غاب زوجها عنها مدة تتضرر فيها من بعده عنها ، ولكنهم اختلفوا في شأن الغيبة ، فأجاز المالكية الطلاق للغيبة مطلقا ، سواء أكانت بعذر ، أو بغير عذر ، أو إلى مكان معلوم أو غير معلوم . ومدة الغيبة الطويلة عندهم سنة . أما الحنابلة فقد أجازوا الطلاق للغياب إذا كان بدون عذر فقط ومدة الغيبة عندهم ستة أشهر . واستدلوا في ذلك على ما روى أن عمر بن الخطاب رضی الله عنه سأل ابنته السيدة حفصة أم المؤمنين عن المدة التي يمكن للمرأة أن تصبر عن زوجها فقالت : مثلك يسأل مثلي عن هذا ؟ فقال لها : لولا أنني أريد النظر في أمر المسلمين ما سألتك ، فقالت : " خمسة أشهر أو ستة " ، فأمر عمر رضی الله عنه ألا يبقى محارب في الغزو بعيدا عن أهله أكثر من ستة أشهر .

وقد نظم المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أحكام الطلاق للغياب في المادتين ١٢ ، ١٣ منه . فنصت المادة ١٢ منه على أنه :

" إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان لها مال تستطيع الإنفاق منه " .

كما نصت المادة ١٣ من ذات القانون على أنه :

" إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها .

فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضى بينهما بتطبيقه بائنة .

وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعدار أو ضرب أجل " .

وعملا بالمادتين سالفتي البيان يشترط لكى يحكم القاضى بالتطليق للغيبة توافر شرطين :

١ - أن تكون غيبة الزوج سنة فأكثر فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة ، ولا يغير من ذلك قصر المسافة بين البلدين^(١) . أما إذا كانا يقطنان بلدا واحدا وترك الزوج زوجته فيعتبر ذلك منه هجرا يميز التطليق وفق المادة السادسة من القانون المذكور^(٢) .

٢ - أن تكون غيبة الزوج بغير عذر ، وتقدير العذر من سلطة محكمة الموضوع طالما كان استخلاصها سائفا^(٣) .

والسنة المقصودة فى النص هى السنة الشمسية وعدد أيامها ٣٦٥ يوما عملا بالمادة رقم ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

وإذا أمكن وصول الرسائل إلى الزوج الغائب ، وجب على المحكمة إمهاله وإعداره للإقامة مع زوجته ، سواء بالحضور إليها أو بتقلها إليه ، فإن اختار الزوج أحدهما انتهى موجب التطليق^(٤) ، وإن لم يفعل طلقها القاضى على زوجها .

وليس للإعدار شكل خاص ، كفاية علم الزوج بما يقرره القاضى بشأن الإمهال والإعدار^(٥) . ولا يشترط القانون عرض الصلح على الزوجين قبل الحكم بالتطليق للغياب ، والطلاق للغياب طلاق بائن ، لأن سببها الضرر من الغياب ، ولا يتحقق رفع هذا الضرر إلا بالطلاق البائن .

(١) نقض جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٩٦ ، الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٦٢ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ٥٤٥ ، العدد الأول .

(٢) نقض جلسة ١٥ / ٤ / ١٩٨٦ ، الطعن رقم ١٨ لسنة ٥٥ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٧ ص ٤٣٢ .

ونقض جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٨٨ ، الطعن رقم ٩٧ لسنة ٥٤ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٩ ص ١٦٣ .

(٣) نقض جلسة ٢٥ / ١١ / ١٩٨٦ ، الطعن رقم ٧٨ لسنة ٥٣ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٧ ص ٨٧٢ .

ونقض جلسة ٢٣ / ٣ / ١٩٩٨ ، الطعن رقم ٩٣ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد ، ونقض جلسة ١٣ / ٦ / ١٩٧٩ ،

الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ٦٣٠ .

(٤) نقض جلسة ٣١ / ٣ / ١٩٨١ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ٢٤٧ ،

ونقض جلسة ١٦ / ١ / ١٩٩٠ ، الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص ١٥٢ .

(٥) نقض جلسة ٢٠ / ١ / ١٩٨١ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ٣٢ .

المفقود ، هو الذى يخرج من بيته ولا يعلم حياته من مماته . فإن كان يغلب عليه الهلاك أو يظن أنه ميت ، يحكم بموته بعد أربع سنوات من تاريخ فقدته ، أما إن كان لا يغلب عليه الهلاك فيترك تحديد المدة التى يحكم بعدها بموته لتقدير القاضى على ألا تقل عن أربع سنوات وذلك بعد التحرى عنه .

وقد نصت المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩^(١) المعدلة بالقانونين رقمى ١٠٣ لسنة ١٩٥٨^(٢) ، ١٣٣ لسنة ١٩٩٢^(٣) على أنه :

" يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدته .

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقدته ، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان فى طائرة سقطت أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية .

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا فى حكم الفقرة السابقة . ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود .

وأما فى الأحوال الأخرى ، يفوض تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى على ألا تقل عن أربع سنوات ، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا " .

تنص المادة ٢١ من المرسوم الثانوى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه :

(١) "يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقدته ، على أنه بالنسبة إلى المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية ، يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم موتى بعد أربع سنوات ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم ، وأما فى جميع الأحوال الأخرى ، فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى ، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا" .

كما تقضى المادة ٢٢ من ذات القانون على أنه:

" بعد الحكم بموت المفقود أو صدور قرار وزير الحربية باعتباره ميتا على الوجه المبين فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار " .

(٢) نشر فى الجريدة الرسمية العدد(٢١) فى ١٩٥٨/٧/٣١ .

(٣) نشر فى الجريدة الرسمية العدد(٢٢) مكرر(ب) فى ١٩٩٢/٦/١ .

كما تقضى المادة ٢٢ من ذات القانون على أنه :

" بعد الحكم بموت المفقود أو صدور قرار وزير الحربية باعتباره ميتا على الوجه المبين في المادة السابقة تعدد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار " .

مبادئ محكمة النقض

١ - التطلق للغيبة عملا بالمادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، يشترط فيه توافر عدة شروط ، أولها: أن تكون غيبة الزوج سنة فأكثر في بلدة غير البلد التي تقيم فيها الزوجة . والثاني: أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول ، والثالث: أن تتضرر الزوجة من هذا الغياب . وتقدير الضرر أمر مزوك لفاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا .

* نقض جلسة ١٩٨٨/١/٢٦ ، الطعن رقم ٩٧ لسنة ٥٤ ق ، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٣٩ ص ١٦٣ .

* نقض جلسة ١٩٨٦/٤/١٥ ، الطعن رقم ١٨ لسنة ٥٥ ق ، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٣٧ ص ٤٣٢ . الجزء الأول .

٢ - التطلق للغيبة ، وجوب قيام القاضى بضرب أجل للزوج الغائب إذا أمكن وصول الرسائل إليه . ويكتب له يعذره بأنه يطلق زوجته عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها عملا بالمادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٥ ، مقصوده حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه . إختيار الزوج أحد هذه الخيارات أثره . إنتفاء موجب التطلق .

* نقض جلسة ١٩٩٠/١/١٦ ، الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٤١ ص ١٥٢ ، الجزء الأول .

* نقض جلسة ١٩٨١/٣/٣١ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٣٢ ص ٢٤٧ ، الجزء الأول .

٣ - التطلق للغيبه عملا بالمادة رقم ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، شرطه غياب الزوج سنة فأكثر فى بلد غير البلد تقيم فيه الزوجة بغير عذر مقبول . تقدير العذر من سلطة قاضى الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا . عدم اشتراطها عرض الصلح على الطرفين .

* نقض جلسة ١٩٩٨/٣/٢٣ ، الطعن رقم ٩٣ لسنة ٩٤ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض ٧ جلسة ١٩٨٦/١١/٢٥ ، الطعن رقم ١٨ لسنة ٥٥ ق ، مجموعة لمكتب الفنى السنة ٣٧ ص ٨٧٢ . الجزء الثانى .

* نقض جلسة ١٩٧٩/٦/١٣ ، الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ٦٣٠ ، العدد الأول .

٤ - حق الزوجة فى إقامة دعوى التطلق للغيبه ، إذا كانت غيبه الزوج عنها المدة الموجبة للتطلق فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة ، ولا يغير من ذلك قصر المسافة بين البلدين .

* نقض جلسة ١٩٩٦/٣/٢٥ ، الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٦٢ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ٥٤٥ ، العدد الأول .

٥ - التطلق للغيبه ، إمكانية وصول الرسائل إلى الزوج ، وجوب إمهاله وإعداره للإقامة مع زوجته طبقا للمادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . مدة الإمهال ليست من مواعيد المرافعات التى يتعين مراعاتها عند القيام بالإجراء المطلوب ، وإنما هى مجرد مهلة يقصد بها حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته ، أو نقلها إليه بجهة إقامته ، بحيث إذا فعل ذلك بعد انقضاء المهلة أو فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ، انتهى موجب التطلق ، كما أنه ليس للإعذار شكل خاص ، فيكفى أن يصل إلى علم الزوج ما يقرره القاضى بشأن الإمهال والإعذار .

* نقض جلسة ١٩٨١/١/٢٠ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٨ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ٢٤٧ ، الجزء الأول .

الفصل الرابع

الطلاق للعيب

العيب ، هو كل ما يمنع أو يحول دون الاتصال الجنسي بين الرجل وزوجته . وهذه العيوب منها ما يصيب الرجل ، مثل الجب ، والخصاء ، والعتة ^(١) . ومنها ما يصيب المرأة ، مثل الرتق ، والقرن ^(٢) . ومن العيوب ما يصيب الزوجين مثل الجنون ، والجذام ، والبرص ^(٣) .

ويرى الأحناف أنه لا يحق للزوج أن يطلب فسخ الزواج ، إذا وجد في زوجته أحد العيوب يحول دون اتصاله بها جنسيا ، لأنه يملك تطليقها بنفسه .

بينما يرى مالك ، و الشافعي ، وابن حنبل : أن للزوج خيار الفسخ ، لأن عيبتها يمنع المقصود من عقد الزواج .

واتفق فقهاء المذاهب الأربعة ، على أن للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا من العيوب التناسلية مثل العنة ، والجب ، والخصاء . لأنها عيوب غير قابلة للشفاء ، ولا يتحقق مع وجودها مقصود الزواج مما تتضرر منه الزوجة لا محالة ويتعين رفع الضرر عنها ، فإذا طلبت الطلاق يجب إجابتها إلى طلبها متى ثبت العيب .

وهناك قول لدى الأحناف بشأن العنين عنة نفسية وليست عضوية ، هو أن يمهل سنة كاملة تتعاقب خلالها الفصول الأربعة وهي الشتاء ، والربيع ، والصيف ، والخريف ، على أن تمكنه

(١) الجب فهو مجبوب ، أى مقطوع الذكر . والخصاء فهو خصى ، أى مقطوع الخصية أو مسلوفا . والعتة فهو عتّين ، أى من يرتخى عضو تذكيره أو يصغر حجمه مما يؤدي إلى عدم قدرته على الاتصال الجنسي بالمرأة .

(٢) الرتق ، أى اندداد عضو الأنوثة في المرأة فهي رتقاء . والقرن . هو غدة أو عظم يوجد في فرج المرأة يمنع من جماعها ، فهي رتقاء .

(٣) الجنون ، هو فقدان العقل . والجزام ، هو مرض يسبب في تقطع وتساقط اللحم . والبرص ، هو بقع بيضاء تصيب الجسد وهو غير البهاق .

زوجته منها ، لأن مناط تحقق العنة النفسية المسوغ للطلاق عند الحنفية ، ليس مجرد ثبوت عجز الزوج من الوصول إلى زوجته ، بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التي يؤجل القاضى الدعوى إليها ^(١) ، فإذا انقضت السنة دون أن يتمكن الزوج من مباشرة زوجته ، طلق عليه القاضى دون إعطائه مهلة أخرى .

وإذا كان العيب بالزوج غير تناسلى مثل الجنون أو البرص أو الجذام ، فلا يكون لها حق طلب التظليق عند أبى حنيفة وأبى يوسف من الأحناف ، لأنه يمكن تحقيق مقاصد الزواج مع وجود هذه العيوب ، بينما يرى محمد بن الحسن من الأحناف والأئمة الثلاثة أن للزوجة طلب التظليق دفعا للضرر عنها .

وقد نظمت المواد ٩ ، ١٠ ، ١١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أحكام التفريق للعيب فقضت المادة ٩ منه على أنه :

" للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها البقاء معه إلا بضرر كالجنون أو الجذام أو البرص سواء كان هذا العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أو حدث بعد العقد ولم ترض به : فإن تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة : أو دلالة ، بعد علمها به فلا يجوز التفريق "

ونصت المادة ١٠ من ذات القانون على أنه :

" الفرقة بالعيب طلاق بائن . "

كما نصت المادة ١١ من نفس القانون على أنه :

" يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها . "

ومن هذه النصوص القانونية يبين أن المشرع قد توسع فى العيوب فلم يضعها تحت حصر ولكنه أورد أمثلة لها ، واشترط عدة شروط لكي يحكم القاضى بالفسخ للعيب هى :

١ - أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه ولكن بعد زمن طويل .
سواء أكان هذا العيب جسمانى أو خيلى ، ولم يحدد القانون مدة محددة للزمن الطويل للبرء

(١) نقض جلسة ١١/٢/١٩٧٦ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٤٤ ق ، مجموعة المکتب الفنى السنة ٢٧ ص ٤٣

من العيب ، بل ترك أمر تقدير ذلك لقاضى الموضوع بعد أخذ رأى أهل الخبرة ، وكان الأفضل أن يحدد المشرع تلك المدة بسنة مثلا ، حتى لا يترك أمرها للقضاة ، فقد يختلفون فى تقديرها فتصبح أمام أحكام مختلفة رغم اتحاد موضوعها .

٢ - أن تتضرر الزوجة من المقام مع زوجها وبه العيب .

٣ - ألا تعلم المرأة بالعيب قبل العقد ، أو بعده ولم ترض به ، أما إذا كانت عالمة بالعيب ورضيت به صراحة أو دلالة فلا تجاب إلى طلبها الطلاق .

وقد قرر المشرع فى المادة ١١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه ، يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها لبيان نوع العيب ومدى إمكانية البرء منه ، والضرر الناجم عنه (١) .

والتطبيق للعيب بالزوج طلاقا باننا عند الأحناف والمالكية ، بينما يرى الشافعية والحنابلة ، أنه فسخ لعقد الزواج لا طلاق .

وقرر المشرع صراحة فى المادة العاشرة سائلة البيان أن الطلاق للعيب طلاق بائن . لأنه لا يرفع الضرر عن الزوجة عند وجود العيب بالرجل إلا بالطلاق البائن . أما الطلاق الرجمى فلا يتحقق به الفرض من الطلاق ، لأنه يمكن للزوج مراجعة زوجته أثناء العدة .

وتقدير وجود العيب المستحكم بالزوج من سلطة محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض متى قام قضاؤها على أسباب سائفة (٢) .

ويجب على القاضى فى التطبيق للعيب الأخذ بأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة عملا بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ . فإذا ادعت الزوجة أن زوجها عينا ، وأنه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب ، وثبت أنها لا زالت بكرا ، وصادقها الزوج على أنه لم يصل إليها ، فيؤجله القاضى سنة ، ليتبين بمرور السنة وهى الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول ، أو لعيب مستحكم لا يمكن البرء منه .

(١) نقض جلسة ١٩/١١/١٩٩١ ، الطعن رقم ٣٠ لسنة ٥٩ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ١٦٤٦ .
ونقض جلسة ١٤/١٢/١٩٧٧ ، الطعن رقم ٢٠ لسنة ٤٦ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ ص ١٨٠٤ .
ونقض جلسة ٢٣/٦/١٩٨١ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٠ق ، غير منشور .

(٢) نقض جلسة ١٩/١١/١٩٧٥ ، الطعن رقم ٨ لسنة ٤٣ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ص ١٤٢٦ .

بالسنة فى هذا المجال هى السنة الشمسية^(١) وعدد أيامها ٣٦٥ يوما . وهو رأى صاحبين ، أما الإمام أبى حنيفة ، فىرى حساب المدد بالأيام فتكون السنة ٣٦٠ يوما باعتبار أن كل شهر ثلاثون يوما . ويسير العمل فى المحاكم على رأى صاحبين باعتباره أرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة عملا بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ . وتفغذا لما جرى عليه نص المادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

وقد جرى العمل فى المحاكم على وقف الدعوى تعليقا لمدة سنة . فإذا انقضت السنة وكانت الزوجة مصممة على التطلاق كان لها تعجيل دعواها لينظر القاضى فى طلباتها . وسبب ذلك أنه يتعذر على المحكمة تحديد الجلسة القادمة لنظر هذه الدعوى بعد انتهاء مدة السنة ، لأنه قد تتعرض مواعيد الجلسات إلى التغيير فى السنة القضائية القادمة .

وحسب السنة من يوم الخصومة لا من يوم حصول الغيب أو ثبوته ، إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام أو المرض ، فتبدأ السنة من تاريخ زوال هذا المانع . ويدخل فى حساب السنة أيام شهر رمضان وكذا أيام حيضها . فإن مضت السنة ، وعادت الرجة إلى القاضى مصيرة على التطلاق لأن زوجها لم يصلها خلال تلك السنة ، طلقها القاضى طنسة بانته ، حتى يرفع عنها هذا الضرر^(٢) .

ولم يتعرض القانون لحالة ما إذا وجد الزوج عيبا بالزوجة ، ومن ثم فيرجع بشأنها إلى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى عملا بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ . وهو أنه لا يجوز لمرجل طلب الطلاق ، لأنه يملك إيقاعه بنفسه دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء ، وحسما فعل المشرع ، حتى لا يتم التشهير بالمرأة فى ساحات المحاكم دون مقتضى من الضرورة .

وقد تضمن قرار وزير العدل رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠ أنه يجب على المأذون قبل توثيق عقد الزواج أن يحصل على إقرار من الزوجين بخلوهما من الأمراض التى تميز التفريق بعد تبصرتهما بهذه الأمراض وخاصة العنة والجنون والجزام والبرص والإيدز . ونرى أنه لا فائدة حقيقية من هذا الإقرار ، وأنه مجرد تحصيل حاصل . إذ لا جزاء على من يقر من الزوجين خلافا للحقيقة بخلوه من هذه الأمراض ولا يعد ذلك تزويرا ، فضلا عن ذلك فقد يصاب أحد الزوجين بأى من هذه الأمراض بعد إبرام عقد الزواج والتوقيع على هذا الإقرار وبالتالي فإن وجود مثل

(١) السنة الشمسية عدد أيامها ٣٦٥ يوما ، وهى تزيد عن السنة القمرية ب ١١ يوما ، ٥ ساعات ، ٤٨ دقيقة ، فيكون عدد أيامها ٣٥٤ يوما تقريبا .

(٢) نفض جلسة ١٩٧٦/٢/١١ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٤ ق ، مجموعة المكتب الفن السنة ٢٧ ص ٤٣٢ .

هذا الإقرار سوف يفتح بابا للمنازعة بين الزوجين بشأن تاريخ الإصابة بهذا المرض خاصة عندما يتأخر الدخول لعدة سنوات بعد تاريخ عقد الزواج .

التطليق لعدم الإنجاب

من المقرر فى الفقه الحنفى ، أن العقم لا يندرج ضمن العيوب التناسلية التى تبيح للمرأة طلب التطليق ، ذلك أنه لا يؤثر على قربان الرجل لزوجته وإتيانها شرعا ، كما أن عدم الإنجاب لا يحول دون توافر السكن والسكينة بين الزوجين ، فيتحقق مقصود الزواج بدونه ، وإن كان يترتب عليه فى الجملة حفظ وبقاء النوع البشرى ، إلا أنه هبة من الله سبحانه وتعالى ، ومظهر من مظاهر قدرته الإلهية ، فهو سبحانه المانع العاطى الوهاب . ودليل ذلك قوله سبحانه وتعالى : ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَّا وَسِعَ كُلَّ شَيْءٍ عِلْمًا﴾ (١) . ومن ثم فلا يعد عدم الإنجاب بذاته سببا للتطليق إلا إذا اقترن به سبب آخر لا يمكن للزوجة البقاء مع زوجها إلا بضرر .

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية تعليقا على نص المادتين ٩ ، ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أنه : "باستقراء نصوص الشريعة الإسلامية الغراء يبين أن المقصود من الزواج ليس هو مجرد التناسل وإلا لما صحح زواج الآيسة ، وعدم وجود الذرية لا يمنع من أن يكون كل من الزوجين سكنا للآخر ، كما لا يحول دون قيام المودة والرحمة بينهما . وإن كان يترتب على الزواج كمنظام فى الجملة التناسل وحفظ وبقاء النوع البشرى ، إلا أن الرزق بالذرية هبة من الله تعالى ، ومظهر من مظاهر القدرة الإلهية فى المسح والمنع ، والعطاء والحرمات . فلا مانع لمن أعطى ، ولا معطى لما منع . مهما كانت السلامة الجسدية للزوجين أو سقامتها باعتبار أن الذرية من خلق الله تعالى الدالة على قدرته .

فلا يعد الرزق بالأولاد فى ذاته عيبا ، وبالتالي لا يجوز سببا للتطليق إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر^(٢) . فإذا طلبت الزوجة التطليق على زوجها لعدم قدرته على الإنجاب ، وجب على القاضى رفض دعواها ، لأن عدم الإنجاب ليس مبررا للتطليق إذ لا دخل للإنسان فى ذلك^(٣) .

(١) سورة الشورى ، الآيتان رقما ٤٩ ، ٥٠ .

(٢) نقض جلسة ٢٩ / ١٢ / ١٩٩٧ ، الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

(٣) نقض جلسة ٢٣ / ٩ / ١٩٩٦ ، الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٦٢ ق ، لم ينشر بعد .

مبادئ محكمة النقض

١ - حق الزوجة فى طلب التفريق للعب المستحكم فى الزوج ، عملا بالمادتين ٩ ، ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شرطه ، أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى للزوجة الإقامة معه إلا بضرر ، وألا تكون الزوجة عالمة بالعب قبل العقد ، أو علمت به بعد العقد ورضيت به صراحة أو ضمنا .

وقد توسع المشرع فى العيوب المبيحة للفارقة فلم يذكرها على سبيل الحصر وخول الاستعانة بأهل الخبرة لبيان استحكام المرض ومدى الضرر .

* نقض جلسة ١٤/١٢/١٩٧٧ ، الطعن رقم ٢٠ لسنة ٤٦ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ ص ١٨٠٤ ، الجزء الثانى .

* نقض جلسة ١٩/١١/١٩٩١ ، الطعن رقم ٣٠ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ١٦٤٦ ، الجزء الثانى .

* نقض جلسة ٢٣/٦/١٩٨١ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٠ ق ، غير منشور .

٢ - يجب على القاضى فى التطلاق للعب الأخذ بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة طبقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) . فإذا ادعت الزوجة أن زوجها عينا ، وأنه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب ، وثبت أنها لا زالت بكرًا ، وصادقها الزوج على أنه لم يصل إليها ، فيؤجله القاضى سنة ، ليتبين بمرور السنة وهى الفصول الأربعة المختلفة ، ما إذا عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول ، أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة ، إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام أو المرض ، فتبدأ السنة من حين زوال المانع ، فإن مضت السنة ، وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على التطلاق لأن زوجها لم يصلها خلال تلك السنة ، طلقها القاضى طلقه بانة ، حتى يرفع عنها هذا الضرر .

* نقض جلسة ١١/٢/١٩٧٦ ، الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٤ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ٤٣٢ ، المجلد الأول .

٣ - سلطة محكمة الموضوع في تقدير وجود العيب المستحكم بالزواج بلا رقابة من محكمة النقض متى قام قضاؤها على أسباب سائغة .

* نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١٩ ، الطعن رقم ٨ لسنة ٤٣ ق ، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٦ ص ، ١٤٢٦ . الجزء الثاني .

٤ - عدم اندراج العقم ضمن العيوب التناسلية التي تجيز طلب التطلق في المذهب الحنفي ، لأن عدم الرزق بالأولاد لا يعد في ذاته عيبا ، عدم اتخاذه سببا للتفريق إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر .

* نقض جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٩ ، الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٦/٩/٢٣ ، الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٦٢ ق ، لم ينشر بعد .

الإفْضَالُ الْخَامِسُ

الطلاق للحبس

اختلف الفقهاء بشأن الطلاق للحبس على النحو التالي :

إذ يرى الحنفية والشافعية : أنه لا تفريق بين الزوج وزوجته بسبب حبس الزوج مهما طال مدته . كما قال بذلك أيضا المالكية والحنابلة رغم ما يروونه في حق الزوجة في التفريق للغيرة .

بينما يرى ابن تيمية من الأحناف : أن امرأة المحبوس والأسير ونحوهما مثل امرأة المفقود . فإذا طلبت الفرقة بينها وبين زوجها ، تجاب إلى طلبها لتعذر انتفاعه بزوجها في هذه الحالات .

وقد أخذ المشرع برأى ابن تيمية ولكن بشروط حددتها المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تقضى بأنه :

" لسزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلاق عليه باتنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه " .

ويستفاد من هذا النص أن القانون اشترط للتطبيق بسبب الحبس توافر عدة شروط هي :

١ - صدور حكم نهائي على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية ، وهي الحبس أو السجن أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة . ولم يتطلب القانون أن يكون الحكم باتا ، مكتفيا بصيرورته نهائيا بالألا يكون قابلا للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف ، ولو كان قابلا للطعن فيه بالنقض أو طعن فيه بالنقض فعلا^(١) .

٢ - أن تكون مدة العقوبة ثلاث سنوات فأكثر . وصدور العقوبة في جناية أو جنحة ، لا أثر له ، إذ أن اختلاف الوصف القانوني للجريمة التي اقترفها لا يترتب عليه اختلاف : للضرر الناجم عن تقييد حريته وحرمان الزوجة من حقوقها الشرعية وتضررها من بعده عنها .

(١) نقض جلسة ٢٨/١٠/١٩٩٨ ، الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

٣ - أن ترفع دعوى التطلق بعد مضي سنة على تنفيذ الزوج عقوبة الحبس . قياسا على زوجة الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر ، فقد اعتبر القانون مدة السنة سببا لطلب التطلق بالنسبة لزوجة الغائب . فتقاس عليها زوجة الخبوس ، لاتحادهما فى العلة ، وهى تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها .

فإذا توافرت هذه الشروط بأكملها ، وجب على القاضى الحكم بالتطبيق ولو كان للزوج الخبوس مال يمكن للزوجة الإنفاق منه .

وإذا انتفى أحد هذه الشروط ، فلا يحق للزوجة طلب التطلق من زوجها ، وإن لجأت إلى المحكمة رغم ذلك ، فإن مصير دعواها احتسى هو الرفض .

كما لا يلزم الإعذار إلى الخبوس ، لأنه ليس فى استطاعته الخروج على الحكم الذى يقوم بتنفيذه ، فلا فائدة ترجى من إعذاره .

والتطبيق للحبس طلاق بائن ، حتى لا يتمكن الزوج من مراجعة زوجته إضراراً بها .

مبادئ محكمة النقض

١ - أحقية زوجة المحكوم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر فى طلب التطلق عليه بعد مضى سنة من سجنه ، عملا بالمادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . صدور العقوبة فى جنابة أو جنحة ، لا أثر له ، 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 .

٢ - ولم يتطلب نص المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن يكون الحكم الجنائى باتا باستنفاد طرق الطعن غير العادية ، وهى النقض والتماس إعادة النظر ، أو بفوات مواعيدها ، مكتفيا بصيرورته نهائيا ، أى لا يقبل الطعن فيه بالطرق العادية ، وهى المعارضة أو الاستئناف ، ولو كان قابلا للطعن بالنقض ، أو طعن فيه بالنقض فعلا .

* نقض جلسة ٢٨/١٠/١٩٩٨ ، الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

الفصل السادس

الطلاق للزواج بأخرى

الطلاق لتضرر الزوجة من زواج زوجها بأخرى ، لم يكن منصوصا عليه فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وقد أضيف إليه بموجب القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، وبعد الحكم بعدم دستورية القرار بقانون سالف البيان ، تضمنه أيضا القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

فقد نصت المادة ١١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المضافة إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه :

" على الزوج أن يقر فى وثيقة الزواج حالته الاجتماعية ، فإذا كان متزوجا عليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن ، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول ، ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطالب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها ، فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طنقة بائة ، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطلق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا كانت قد رضيت به صراحة أو ضمنا ، ويتجدد حقها فى طلب التطلق كلما تزوج بأخرى ، وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوجة بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطالب الطلاق كذلك " .

وبدل هذا النص على أن المشرع اشترط للتطلق فى حالة زواج الرجل بأخرى ما يأتى :

١ - أن تطالب الزوجة الحكم لها بالطلاق ، لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بما لم يطلبه الخصوم . فضلا عن ذلك فإن

طلب الطلاق فى هذه الحالة حق جوازى للزوجة ، فلا بد أن تفصح عن رغبتها فى طلب الطلاق لقرآن زوجها بأخرى ، ولا يسقط هذا الحق إلا بأحد طريقين ، الأول هو مضى سنة من تاريخ علمها به ، والثانى هو رضائها به صراحة أو ضمناً^(١) . ويتحدد هذا الحق للزوجة كلما تزوج زوجها بأخرى .

٢ - أن تثبت الزوجة للمحكمة تضررها من الزواج عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما^(٢) ، سواء أكان الضرر مادياً أو معنوياً ، وسواء أكانت الزيجة الأخرى سابقة أو لاحقة على زواج الزوجة المتضررة^(٣) .

٣ - أن تعجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

والطلاق فى هذه الحالة طلاق بائن . حتى يمكن رفع الضرر عن الزوجة ، ولا يتمكن زوجها من إعادتها إلى عصمته رغم تضررها من اقترانه بأخرى .

وقد درجت أحكام النقض فى ظل العمل بأحكام القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ على أن اقتران الزوج بأخرى دون رضاء الزوجة الأولى يتحقق به الضرر بمجرد وقوعه ، أى أن الضرر مفترض بمحكم القانون ، وتعفى الزوجة من إثباته متى طلبت التفريق لأجله^(٤) .

ولكن بعد الحكم بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، وصدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ استقرت أحكام النقض ، على أن الزواج بأخرى فى حد ذاته ، لا يعد ضرراً مفترضاً يبيح للزوجة طلب التطلق ، إذ من حق الزوج أن ينحك من الزوجات مثنى وثلاث ورباع عملاً بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْبَيْتِ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ

(١) نقض جلسة ١٩٩٣/٢/١٦ ، الطعن رقم ٣٦ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٤ ص ٦٢١ .
(٢) نقض جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ ، الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد . ونقض جلسة ٣١/١٢/١٩٩١ ، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ٢٣٤ . ونقض جلسة ٢٩/١٩٩٨/٩ ، الطعن رقم ٤٢٢ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

(٣) نقض جلسة ١٩٩٤/١/١٨ ، الطعن رقم ١٢٦ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٥٥ ص ١٩٠ .
ونقض جلسة ١٩٩٨/١/٥ ، الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

(٤) نقض جلسة ١٩٨٨/١/٢٦ ، الطعن رقم ٧٩ لسنة ٥٤ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٩ ص ١٧٢ ، الجزء الأول ، ونقض جلسة ١٩٨٥/٤/٩ ، الطعن رقم ٤٢ لسنة ٥٣ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٦ ص ٥٧٣ ، ونقض جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ ، الطعن رقم ٣٠ لسنة ٥٢ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٤ ص ١٢٨٥ ، الجزء الثانى .

مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَذْنَى
أَلَّا تُعْوَلُوا^(١) . وعلى الزوجة أن تقيم الدليل على إصابتها بضرر منهي عنه شرعا حقيقيا
لا متوهما ، ثابتا وليس مفترضا ، مستقلا في عناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها ، وليس
مرتبا عليها ، ومنافيا لحسن العشرة بين أمثالهما . وقد استبعد المشرع الأضرار التي مرجعها
المشاعر الإنسانية في المرأة تجاه ضررتها للتزاحم بين امرأتين على رجل واحد^(٢) . وتستقل محكمة
الموضوع بتقدير عناصر الضرر الموجب للتطبيق بشرط أن تقيم قضاءها على أسباب سائفة .

وقد تضمن قرار وزير العدل رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠ أنه يجوز للزوجين الاتفاق في عقد
الزواج على عدم اقتزان الزوج بأخرى إلا بإذن كتابي من الزوجة .

مبادئ محكمة النقض

١ - التطبيق للزواج بأخرى عملا بالمادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة
١٩٢٩ شرطه ، أن يلحق بالزوجة التي تزوج عليها ضرر مادي أو معنوي مما يتعذر معه دوام
العشرة بين الزوجين ، وأن تعجز المحكمة عن الإصلاح بينهما .

* نقض جلسة ١٩٩٨/٩/٢٩ ، الطعن رقم ٤٢٢ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٨/٤/٢١ ، الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

٢ - مفاد نص المادة رقم ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة
بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، أن المشرع اشترط للحكم بالتطبيق وفقا لحكم هذا النص ، أن
تثبت الزوجة وقوع الضرر بها لاقتزان زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ،
وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما ، يستوى في ذلك أن تكون هذه الزيجة الأخرى سابقة

(١) سورة النساء ، الآية رقم ٣ .

(٢) نقض جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢ ، الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٥ ق ، لم ينشر بعد ، ونقض جلسة ١٩٩٨/٤/٢١ ،

الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد . ونقض جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٧ ، الطعن رقم ٣٤١ لسنة

٦٣ ق ، لم ينشر بعد . ونقض جلسة ١٩٩٧/٥/١٢ ، الطعن رقم ٢٣٣ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

ونقض جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ ، الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد . ونقض جلسة ١٩٩٦/١/٨ ،

الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٦١ ق ، لم ينشر بعد .

أو لاحقة على زواجها ، وإن كانت الزوجة الأخرى فى الزواج الجديد مطلقة من نفس الزوج ، كما يتجدد للزوجة الحق فى طلب التطلق كلما تزوج عليها زوجها بأخرى ، حتى ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى عقد زواجها ألا يتزوج عليها .

* نقض جلسة ١٩٩٨/١/٥ ، الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٤/١/١٨ ، الطعن رقم ١٢٦ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٥ ص ١٩٠ .

٣ - حق الزوجة فى طلب التطلق لزواج زوجها بأخرى عملا بالمادة ١١ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ لا يسقط إلا بأحد طريقين ، الأول هو مضى سنة من تاريخ علمها به ، والثانى هو رضائها به صراحة أو ضمنا .

* نقض جلسة ١٩٩٣/٢/١٦ ، الطعن رقم ٣٦ لسنة ٦٠ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٤ ص ٦٢١ .

* نقض جلسة ١٩٩١/١٢/٣١ ، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٥٩ ق ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ٢٣٤ .

٤ - الزواج بأخرى فى حد ذاته ، لا يعد ضررا مفرضا يجيز للزوجة طلب التطلق . وعلى الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منها عنه شرعا حقيقيا ، ثابتا مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق ، وليس مرتبا عليها ، منافيا لحسن العشرة بين أمثالهما . استبعاد المشرع الأضرار التى مرجعها المشاعر الإنسانية فى المرأة تجاه ضررتها للتزاحم بين امرأتين على رجل واحد .

* نقض جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢ ، الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٥ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٨/٤/٢١ ، الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٦٤ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٧/٥/١٢ ، الطعن رقم ٢٣٣ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٧ ، الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ ، الطعن رقم ٥٤ لسنة ٦٣ ق ، لم ينشر بعد .

* نقض جلسة ١٩٩٦/١/٨ ، الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٦١ ق ، لم ينشر بعد .

•••