

الباب الثالث

بحوث ومبادئ قانونية متنوعة ومرتبطة

[١] إذا تخلف المدعى والمدعى عليه عن الحضور في دعوى طلاق وجب القضاء بشطبها ولو كانت صالحة للحكم في موضوعها .

[٢] إذا تزوجت امرأة رجلاً لكنه عند العقد عليها تسمى بغير اسمه الحقيقي ورغبت في إنهاء علاقة الزوجية متى ترفع دعوى طلاق ومتى ترفع دعوى فسخ ؟

[٣] وفاة أحد الزوجين أثناء نظر دعوى الطلاق أو بعد صدور حكم به وقبل صيرورته نهائياً أو بعده وأثره .

[٤] عرض الصلح من المحكمة على زوجين مسلمين في دعوى طلاق للضرر وسوء العشرة على أساس استمرار الزوجية ورفضه من جانب كل منهما يكفى للحكم بالتطليق دون حاجة إلى أى إثبات آخر .

[٥] المطلقة بحكم قضائي هل تعتبر مطلقة من تاريخ حكم أول درجة أو حكم الدرجة الثانية والأثار المترتبة في كل حالة .

[٦] دعوى الزوج فسخ عقد زواجه لعيب في زوجته سابقاً على الزواج أو طارئاً عليه دعوى غير مسموعة شرعاً فهي واجبة الرفض وتكفى لطلاق الزوجة للضرر وسوء العشرة لو طلبته .

[٧] صورة حكم الطلاق الصادر في الدعوى رقم ٤٩٥ سنة ١٩٩٢ ك نفس المنصورة بلا شهود وقد تضمن مبادئ قانونية هامة .

[٨] الزوجة غير مسؤولة جنائياً عما يرد في صحيفة دعوى الطلاق من وقائع وأسباب داعية للطلاق ولو عجزت عن إثباتها .

[٩] دعوى منع التعرض في أمور الزوجية .

[١٠] حجية الأحكام الشرعية في قضاء النقض .

[١١] شروط وضوابط الأدلة الشرعية في قضاء النقض والمحاكم الشرعية .

[١٢] الأحكام الأجنبية في منازعات الأحوال الشخصية متى يجوز الأمر بوضع الصيغة

التفينية عليها ومتى يجب رفض الأمر بذلك .

[١٣] يجوز للمرأة التي تنكر زوجيتها من آخر أن تطلب الحكم لها عليه بمنع تعرضه لها في أمور الزوجية ولو كان بيد الرجل عقد زواج عرفي غير موثق رسمياً .

[حكم محكمة استئناف المنصورة في الاستئناف رقم ١٤٨ لسنة ١٩٩٢ أحوال / نفس].

[١٤] يجوز الحكم بالطلاق للضرر عملاً بنص المادة / ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالأوراق ولو لم تقدم الزوجة شهوداً .

[حكم محكمة استئناف المنصورة في الاستئناف رقم ٨٤ لسنة ١٩٩٤ أحوال / نفس].

[١٥] يجوز رفع دعوى طلاق ولو كانت الزوجية غير ثابتة رسمياً ولم يكن بيد الزوجة أى كتابة تفيد الزوجية .

[حكم محكمة استئناف المنصورة في الاستئناف المنصورة في الاستئناف رقم ١٧٧ لسنة ١٩٩٢ أحوال / نفس].

[١٦] إعلان الدعوى للمدعى عليه في مواجهة النيابة العامة رغم علم المدعى بمحل إقامة المدعى عليه في مصر أو في الخارج يترتب عليه بطلان هذه الصحيفة وما يترتب عليها من إجراءات وإذا حكمت محكمة الدرجة الثانية ببطلانها وقفت عن هذا الحد دون أن يكون لها حق التصدي للفصل في الموضوع .

[حكم محكمة استئناف المنصورة في الاستئناف رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ أحوال / نفس].

[١٧] الزواج في الشريعة والقانون .

[١٨] المهر في الشريعة والقانون .

[١٩] مرض الموت في الشريعة والقانون . بحث في طلاق الفار من إرث زوجته .

الباب الثالث

بحوث ومبادئ قانونية متنوعة ومرتبطة

المبدأ:

إذا تخلف المدعى والمدعى عليه عن الحضور فى دعوى شرعية وجب القضاء بشطبها ولو كانت صالحة للحكم فى موضوعها.

التعليق:

* تنص المادة ٨٢/ فقرة أولى من قانون المرافعات المدنية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أنه:

* إذا لم يحضر المدعى أو المدعى عليه حكمت المحكمة فى الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها والا قررت شطبها، فإذا انقضى سنون يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها أولم يحضر الطرفان اعتبرت كأن لم يكن.

* وأساس ذلك أنه إذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه وجب القضاء بشطب الدعوى الشرعية ولا يجوز للمحكمة أن تفصل فى موضوعها أخذاً بنص المادة ٨٢ سالفة الذكر ولو كانت صالحة للحكم فيها، فإن المنصوص عليه شرعاً أن المدعى من إذا ترك الخصومة لا يُجبر عليها والقول بغير ذلك يؤدى إلى نتائج غير مقبولة فقد يحكم بتطليق زوجين بدون علمهما بينما هما ينعمان بالحياة الزوجية المستقرة بعد أن تحلت الزوجة عن دعواها التتطليق لتستأنف المعيشة مع زوجها^(١).

سؤال وجواب:

إذا تزوجت امرأة رجلاً لكنه عند العقد تسمى بغير أسمه الحقيقى ورغبت فى إنهاء علاقة الزوجية فهل ترفع دعوى طلاق أو ترفع دعوى فسخ؟

تهديد:

نصت المادة الخامسة من الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للمرحوم المستشار محمد باشا قدرى على أنه:

ينعقد النكاح بإيجاب من أحد الزوجين وقبول من الآخر ولا فرق بين أن يكون الموجب هو الزوج أو وكيلة والقابل هو الزوجة أو وليها أو وكيلها أن كانت مكلفة أو

(١) اراجع كتابنا: تشريعات الأحوال الشخصية فى مصر طبعة سنة ١٩٧٦ ص ٦٠.

العكس ومؤدى هذا أن عقد الزواج فى التشريع الإسلامى هو عقد رضائى لا يحتاح إلى رسمية أو طقوس دينية أو غير ذلك بل ينعقد صحيحا إذا تم بإيجاب وقبول صحيحين ولو كانا شفهيين غير مكتوبين شريطة أن يشهد عليه شاهدان.

والإجابة على التساؤل الموضع أعلاه نقول:

أولا: إذا كانت تسمية الزوج بغير أسمى الحقيقى لكنته لشخص غير معروف للزوجة ولم يدخل فى اعتبارها عند العقد فإن مؤدى هذا أنها كانت ترغب فى الزواج من هذا الرجل الذى تزوجته فعلا أيا كان أسمى ويكون الإيجاب والقبول صحيحين ومن ثم انعقد الزواج صحيحا وبالتالي تكون الدعوى الواجبة فى انتهاء علاقة الزوجية هى دعوى الطلاق لا الفسخ.

ثانيا: إذا كانت تسمية الزوج باسم غير أسمى الحقيقى لكنه لشخص معروف لدى الزوجة التى ترغب الزواج منه وكانت تعتقد أنه الرجل الذى تزوجته فعلا فإن الدعوى فى هذه الحالة تكون فسخا لأن الإيجاب والقبول بينها وبين من تزوج بها لم يكن صحيحا فلم ينعقد الزواج الصحيح بينهما وجاء العقد فى هذه الحالة باطلا ومن ثم تكون دعوى الزوجة فى هذه الحالة هى الفسخ لا الطلاق.

ثالثا: عند رفع الدعوى سواء كانت طلاقا أو فسخا يراعى أن يكتب فى الصحيفة الأسم الحقيقى للزوج لا الاسم الوارد فى وثيقة الزواج على خلاف الحقيقة وفى هذه الحالة يجب تقديم ما يدل على أن الزوج قد تسمى بغير اسمه الحقيقى، سواء كان الدليل على ذلك شهوداً أو أوراقاً.

وفاة أحد الزوجين أثناء نظر دعوى الطلاق أو بعد صدور حكم به وقبل صيرورته نهائياً أو بعده وأثره

المبادئ:

(١) إذا توفي أحد الزوجين أثناء نظر دعوى الطلاق المرفوعة من الزوجة وقبل صدور حكم نهائى بالطلاق اعتبرت الدعوى أو الحكم الصادر فيها كأن لم يكن ويرث كل من الزوجين الآخر، ولا يجوز تحريك الدعوى قبل ورثة الزوج المتوفى لأن الطلاق حق شخصى لا يورث وقد زال بوفاة الزوجة طالبة الطلاق قبل صدور حكم الطلاق الصادر فى الدعوى نهائياً، والأمر كذلك لو كان المتوفى هو الزوج.

(٢) إذا كانت وفاة أحد الزوجين بعد صدور حكم نهائى بالطلاق وبعد إقامة طعن عليه بطريق النقض من المحكوم عليه فانه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض يحق لورثة الطاعن المتوفى الحلول محله فى هذا الطعن لان الحكم بالطلاق يترتب عليه آثار مالية وبه تتوافر مصلحة هؤلاء الورثة فى الاستمرار فى هذا الطعن.

(٣) إذا كان الزوجان غير مسلمين ويدينان معا بوقوع الطلاق أو كان الزوج وحده مسلماً وتوفى أحدهما أثناء نظر دعوى اثبات الطلاق الذى أوقعه الزوج فعلا بارداته المستفردة على يد شهود - يجوز تحريك الدعوى قبل ورثة الزوج المتوفى لأن الطلاق متى أوقعه الزوج ترتب عليه أثره فور وقوعه وهو حق من حقوق الله فلا يجوز اهداره.

(٤) إذا لم تقم بينة على إيقاع الطلاق فى التاريخ الماضى - فإن الطلاق - وعلى ما جرى به قضاء النقض - يقع فى هذه الحالة من تاريخ الاقرار به لا من تاريخ سابق عليه.

(٥) مجرد انصاف الزوجين على أن يتم الطلاق على الإبراء من كافة حقوق الزوجية بدون حصول الإيجاب والقبول على الصورة الشرعية لا يعتبر طلاقاً ولا يترتب عليه أى آثار شرعية.

أحكام نقض،

- (١) الطلاق شرعاً هو حل رابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح أو بعبارة تقوم مقامه تصدر عن يملكة وهو الزوج أو نائبة.
(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٥٤ ق أحوال شخصية جلسة ٢٦ / ٣ / ١٩٨٥).
- (٢) إذا لم تقم بيّنه على ابقاع الزوج الطلاق في الزمان الذي اسنده إليه فإن عدة المطلقة تبدأ من وقت اخبار الزوج أو اقراره بالطلاق لا من وقت الاسناد.
(الطعن رقم ٢٩ سنة ٥٥ ق أحوال شخصية السنة ٢٨ ص ٢٨٨).
- (٣) المطعون عليه وأن أشار في صحيفة دعواه إلى أنه من حقة عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية أن يوقع طلاق زوجته الطاعنة بارادته المنفردة إلا أنه لم يورد فيها أنه قد وقع الطلاق عليها في تاريخ معين بلفظه الصريح أو بلفظ آخر يفيد وهو ما خلت منه كذلك سائر الأوراق فإن الحكم المطعون فيه اذ قضى رغم ذلك باثباته طلاق المطعون عليه للطاعنة يكون قد أقام قضاءه على واقعة لا أصل لها في الأوراق الأمر الذي ادى به إلى الخطأ في تطبيق القانون مما يبطله ويوجب نقضه.
(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٥٤ ق أحوال شخصية جلسة ٢٦ / ٣ / ١٩٨٥).
- (٤) لئن كانت دعوى الطلاق من مسائل الاحوال الشخصية، إلا أنه يترتب عليها آثار مالية قد تختلف باختلاف الابقاء على عروة الزوجية أو فصمها بالطلاق - ومن المستقر عليه في قضاء محكمة النقض أن العبرة في قيام المصلحة في الطعن بطريق النقض هي بوجودها وقت صدور الحكم المطعون فيه ولا يعتمد بانعدامها بعد ذلك.
ولما كان لطالب الحلول - محل الطاعنة المتوفاة - مصلحة محتملة في الاستمرار في الطعن المعروض تتمثل في كونه أحد ورثة الطاعنة وكانت هذه المصلحة متحققة يوم صدور الحكم المطعون فيه لوجود الطاعنة على قيد الحياة حينذاك - فإن وفاتها بعد ذلك لا تأثير له على تحقيق هذه المصلحة وتوافرها في هذا الطعن - لما كان ذلك فإن طلب الحلول يكون في محلة.
- (نقض جلسة ٢٧ / ٦ / ١٩٧٣ الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٧ ق أحوال شخصية السنة ٢٣ ص ٩٨٢).

المبدأ: عرض الصلح من المحكمة على الزوجين في دعوى طلاق للضرر وسؤ
العشرة على أساس استمرار الزوجية ورفضه من جانب كل منهما يكفى للحكم
بالتطليق دون حاجة لاي أثبات آخر.

التعليق،

إذا عرضت المحكمة في دعوى طلاق للضرر وسؤ العشرة الصلح على الزوجين
على أساس استمرار الزوجية فرفضه كل منهما، فإن ذلك يكون كافياً للحكم
بالتطليق دون حاجة إلى أى تحقيق، فإن رفض الزوج الصلح هو فى الواقع اقرار منه
باستحالة العشرة بينهما وبه يتوافر شرط الحكم بالطلاق فى حكم المادة السادسة من
المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فإن المراد من من التحقيق هو الوصول إلى نتيجة
واحدة هى هل ما نسبته الزوجة إلى زوجها من أضرار على فرض ثبوته يؤدى إلى
استحالة العشرة بين أمثالهما أم لا. ورفض الزوج الصلح - فضلاً عن الزوجة - اقرار
منهما بالنتيجة المطلوبة وهى استحالة العشرة بينهما باقرارهما ومن ثم يجب الحكم
للزوجة بالطلاق فى هذه الحالة بغير تحقيق معاملة للزوج باقراره^(١).

* وجدير بالذكر أنه لا يجوز بأى حال القضاء برفض الدعوى فى هذه الحالة
بدعوى عدم تقديم المدعية الإثبات، فإن مؤدى ذلك تعليق المرأة هكذا لا هى زوجة
ولا مطلقة ومقامها على هذا الحال مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله
الطبيعة فى الأعم الأغلب - والله تعالى يقول: بسم الله الرحمن الرحيم: «ولا
تكرهوا فتياتكم على البغاء أن أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرهن فإن
الله من بعد أكرههن غفور رحيم». صدق الله العظيم.

(١) يراجع كتابنا: مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس طبعة سنة ١٩٨٧ ص ١٥٨.

المطلقة بحكم قضائي هل تعتبر مطلقة من تاريخ حكم أول درجة أو حكم الدرجة الثانية والأثار المترتبة في كل حالة

للإجابة على هذا التساؤل نفرق بين الصور الآتية:

أولاً: إذا حكمت محكمة أول درجة بالطلاق ولو غيابياً ثم رفضت المعارضة فيه وبعده رفض استئناف المحكوم عليه اعتبرت الزوجة مطلقة من تاريخ حكم أول درجة وتبدأ العدة من هذا التاريخ^(١).

ثانياً: إذا حكمت محكمة أول درجة بالطلاق حضورياً أو غيابياً وقد أعلن الحكم للمحكوم عليه فلم يطعن فيه حتى صار نهائياً اعتبرت الزوجة مطلقة من تاريخ حكم أول درجة وتبدأ العدة من هذا التاريخ.

ثالثاً: إذا رفضت محكمة أول درجة دعوى الطلاق ومحكمة الدرجة الثانية الفت هذا الحكم وحكمت بالطلاق اعتبرت الزوجة مطلقة من تاريخ حكم محكمة الدرجة الثانية وتبدأ العدة من تاريخ الحكم بالطلاق الاستئنافي.

رابعاً: إذا حكمت أول درجة بالطلاق ومحكمة الاستئناف الفت هذا الحكم لبطلان في الإجراءات لم يصل إلى حد الطعن في صحيفة افتتاح الدعوى وبالتالي تصدت للفصل في موضوعها وحكمت بالطلاق اعتبرت الزوجة مطلقة من تاريخ حكم محكمة الدرجة الثانية ومن هذا التاريخ تبدأ العدة.

خامساً: إذا كان الحكم الصادر بالطلاق لعدم الانفاق رجعياً ولم يطعن فيه المحكوم عليه حتى صار نهائياً ولم يمض ستون يوماً على تاريخ الحكم جاز للمحكوم عليه أن يراجع زوجته في هذه الحالة ولا تصح الرجعة إلا إذا أثبت الزوج يساره واستعداده للاتفاق عليها نفقه مثلها في دعوى يرفعها عليها بصحة الرجعة أمام المحكمة الجزئية للأحوال الشخصية للولاية على النفس ويختص المأذون باثبات هذه الرجعة وليس له أن يمتنع عن إثباتها ولو كان قد مضى على الطلاق أكثر من ستين يوماً وللمحكوم لها بالطلاق أن تنازع في صحة هذه الرجعة إذا وجد المبرر لذلك في دعوى بطلان هذه الرجعة وتختص بها المحكمة الجزئية كذلك.

سادساً: إذا كان الحكم الصادر بالطلاق لعدم الانفاق رجعياً ومحكمة الدرجة

(١) راجع كتابنا «تشريعات الأحوال الشخصية في مصر» طبعة سنة ١٩٧٦ ص ١٥٩

الثانية أيدت هذا الحكم بعد أكثر من ستين يوما على تاريخ حكم أول درجة يجوز للمرأة المدخول بها أن تدعى انقضاء عدتها بعد مضي ستين يوما على تاريخ حكم أول درجة إذا كانت من زوات الحيض وبالتالي لها أن تتزوج من آخر في هذه الحالة ومن ثم لا يستطيع المحكوم عليه أن يراجعها لانقضاء عدتها في تاريخ سابق.

سابعاً: إن الحكم الصادر بالطلاق لعدم الانفاق رجعيًا غايياً أو حضورياً وقابلاً للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف - جاز للمحكوم عليه أن يراجع زوجته فور صدوره ولو لم يعلن بهذا الحكم - وتعتبر هذه المراجعة رضاء بالحكم مانع من الطعن فيه بعد ذلك.

* فإن المقرر فقها أن الرضاء بالحكم صراحة أو دلالة مانع من الطعن فيه. ويشترط في القبول المانع من الطعن في الحكم - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض^(١) - أن يكون قاطع الدلالة على رضاء المحكوم عليه بما لا يحتمل شكاً أو تاويلاً.

* وعندنا أن مراجعة المحكوم عليه بالطلاق الرجعي لزوجته فور صدور الحكم وقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة رضاء صريح بالحكم بالطلاق مانع من الطعن فيه بعد ذلك.

دهوى الزوج فسخ عقد زواجه لميب في زوجته سابقاً على الزواج أو طارئاً عليه دهوى غير مسموعة شرها ومن ثم فهي واجبة الرفض وتكفي لطلاق الزوجة للضرر وسوء العشرة لو طلبته.
تهليل:

نصت المادة / ١٦ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبى حنيفة النعمان للمرحوم المستشار محمد باشا قدرى على أنه:

لا يثبت في النكاح خيار رؤية ولا خيار شرط ولا خيار عيب سواء جعل الخيار للزوج أو الزوجة - فإذا اشترط الزوج في العقد شفاهاً أو كتابة جمال المرأة أو بكارتها أو سلامتها من العيوب أو اشترطت المرأة سلامته من الأمراض والعاهات فالعقد صحيح والشرط باطل حتى إذا وجد أحدهما صاحبة بخلاف ما اشترط فليس له

(١) حكم محكمة النقض جلسة ٣٠/٣ ١٩٦١ السنة ١٢ العدد الأول ص ٣٠٠.

الخيار فى فسخ النكاح وانما يكون الخيار بشروطه للمرأة إذا وجدت زوجها عنيها أو نحوه.

ويجب العمل بحكم المادة/ ١٦ سالفه الذكر نزولا على حكم المادة/ ٢٨٠ من اللائحة الشرعية والمادة/ ٦ فقرة أولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية ويترتب على ذلك أن دعوى الزوج فسخ عقد زواجه لعيب فى زوجته هى دعوى غير مسموعة شرعا^(١) ومؤدى هذا أنه متى انعقد الزواج صحيحا مستوفيا شروطه الشرعية ترتب عليه آثاره الشرعية - فيترتب للزوجة المهر بالعقد ويترتب حل استمتاع كل منهما بالآخر ويثبت للزوج حق التأديب ويجب عليها طاعته فيما هو مباح شرعا ويترتب عليه حرمة المصاهرة ويترتب عليه ثبوت حق إرث كل منهما للآخر عند موته^(٢).

وإذا رفعت الزوجة دعوى طلاق للضرر وسؤ العشرة فرد عليها زوجها بطلب الحكم بفسخ زواجهما لعيب فيها أو لأى سبب آخر سواء كان هذا الطلب فى صورة دفع أو فى صورة دعوى مبتدأة وسواء رفعت دعوى الطلاق قبل رفع دعوى الفسخ أو بعدها - وجب الحكم للزوجة بالطلاق البائن فى هذه الحالة شريطة أن تعرض المحكمة الصلح على الزوجة فترفضه ولو لم تعرض الصلح على الزوج المدعى عليه، ودون حاجة إلى أى أدله أخرى، وذلك بداهة مع الحكم بعدم سماع دعوى الفسخ من الزوج أو الحكم برفضها.

وأساس ذلك أن طلب فسخ الزواج من الزوج يعد ضرراً وإهانة كبيرة لحقت بالزوجة ولا يستطيع معها دوام العشرة بين الزوجين ومن ثم يكفى ذلك للحكم للزوجة بالصلاق البائن نزولا على حكم المادة/ ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

وجدير بالذكر أنه لا يلزم فى هذه الحالة سماع شهود من الزوجة على دعواها فإن

(١) يراجع حكم محكمة المنصورة الابتدائية للأحوال الشخصية/ نفس فى الدعوى رقم ١٤٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمحكوم فيها برفض دعوى الزوج الفسخ للعب بجلسة ٣٠/ ١/ ١٩٩٩.

(٢) يراجع كتاب شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للمرحوم محمد زيد الأياني الطبعة الأولى سنة ١٣٢٦ هـ ص ٢٢ وما بعدها.

المقرر فى قضاء محكمة النقض بان كتب الحنفية محلولة بإعتبار القرائن فى مواضع كثيرة اعتباراً بأن القضاء «فهم» ومن القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذا فيها ما هو أقوى من البينة أو الاقرار وهما خبران يتطرق اليهما الصدق والكذب^(١).

وطلب الزوج فسخ عقد زواجه من زوجته لاي سبب كان قرينة قاطعة على رغبته فى عدم استئناف معاشرته لها فضلاً عن اهانتة إياها وتشهيره بها وهذا كله ضرر بها لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما ومن ثم يكفى للحكم للزوجة بالطلاق البائن متى طلبته.

(١) نقض جلسة ١٨ / ٥ / ١٩٨٢ الطعن رقم ٤٧ لسنة ٥١ ق أحوال شخصية، والمنشور بكتابنا مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس طبعة سنة ١٩٨٧ ص ٦٢.

صورة حكم ابتدائي تضمن المبدأ

التالي يجوز الحكم بالطلاق للضرر

بالقرائن التي تنبسطها المحكمة ولو لم تقدم المدعية شهوداً عملاً
بنص المادة ٦ / من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وما عليه قضاء
النقض.

نص الحكم

بسم الله الرحمن الرحيم

حكم

باسم الشعب

محكمة المنصورة الكلية للأحوال الشخصية للولاية على النفس.

بالجلسة المنعقدة علناً بسرأى المحكمة في يوم الثلاثاء الموافق ٣٠ / ٣ / ١٩٩٣.

برئاسة السيد الأستاذ/ عبدالسلام عيد تماراز رئيس المحكمة.

والاستاذين/ منصور عبدالجواد العشرى رئيس المحكمة وعادل محمد أبو هيكمل

القاضي والأستاذ/ محمد مصطفى وكيل النيابة والسيد/ طلعت أحمد أمين السر

صدر الحكم الآتى فى القضية رقم ٤٩٥ سنة ١٩٩٢ ك بشأن طلاق للضرر.

المرفوعة من السيدة/... من المنصورة ومحلها المختار مكتب الاستاذ/ كمال

صالح البنا المحامى بالمنصورة.

ضد

السيد/... - سعودى الجنسية والمقيم بالمملكة السعودية - جده.

- الأسباب -

بعد الاطلاع الاوراق وسماع المرافعة ورأى النيابة العامة والمداولة قانوناً.

حيث أن وقائع الدعوى تخلص فى أن المدعية عقدت الخصومة فيها بصحيفة

موقعة من محام أودعت قلم كتاب المحكمة فى ١١ / ٥ / ١٩٩٢ واعلنت قانوناً

للمدعى عليه ابتغاء الحكم بتطليقها منه طلاقاً بائنه للضرر وسوء العشرة وأمره بعدم

التعرض لها فى أمور الزوجية مع الزامة بالمصاريف والاعتاب على سند من القول أن

المدعية تزوجت المدعى عليه بالعقد الصحيح الشرعى فى ٢٨ / ١١ / ١٩٩١ وسافر بها

إلى السعودية ودخل بها وعاشرها أسوأ معاشرة ولا تزال على عصمته إلى الآن وقد نساء المدعى عليه إلى المدعية إساءات لا يمكن معها دوام العشرة بين أمثالهما الأمر الذى اضطرها لإقامة دعوهاا للقضاء لها بطلباتها سالفه البيان وحيث قدمت المدعية تأييدا لدعوهاا حافظتى مستندات طويت الأولى على صورة ضوئية لعقد زواجها بالمدعى عليه مؤرخة ٢٨ / ١١ / ١٩٩١ وطويت الثانية على صورة رسمية من الشكوى الادارى رقم ٢٥٨٧ سنة ١٩٩٢ أول - المنصورة بمطالعتها تبين أنها محررة بناء على شكوى المدعى عليه ضد المدعية ووالدها وبسؤال المدعى عليه بها قرر أن قصده من شكواه عودة زوجته معه للإقامة معه بالسعودية وفى حالة رفضها استرداد مستحقاته لديها. كما قرر بالصفحة الثالثة من تلك الشكوى أنه تعدى على المدعية بالضرب بالقلم مره واحده وصورة رسمية من المحضر رقم ٢٨٥٦ سنة ١٩٩٢ ادارى أول المنصورة محرره بناء على شكوى المدعى عليه أيضا ضد المدعية بأنها كانت حاملا منذ ثلاثة شهور ثم أثناء تواجده بالقاهرة أبلغه أحد اصدقائه بأن أسرة زوجته توجهوها إلى أحد الاطباء وأجرو لها عملية اجهاض للجنين.

وأضاف بأنه عرف أن الدكتور / صلاح الرفاعى هو الذى أجرى تلك العملية وبسؤال المدعية نفت تلك الواقعة وقررت أنها كانت حامل لمدة خمسة أسابيع ثم فوجئت بنزول دم كثير وقدمت بطاقة متابعة صادرة من مستشفى الدكتور زكريا العيسوى وبسؤال الدكتور صلاح الرفاعى نفى ما نسب اليه وتم حفظ الشكوى بتاريخ ٢ / ٦ / ١٩٩٢ حضرت المدعية بوكيل عنها وقدم مذكره بدفاعه التمس فى صدرها وأسبابها الحكم أصليا بتطبيق المدعية من زوجها المدعى عليه طلاقه بآئنه للضرر وسؤ العشرة وأمره بعدم التعرض لها فى أمور الزوجية بينهما واحتياطيا وقبل الفصل فى الموضوع احالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية الاضرار التى ألحقها بها المدعى عليه ثم فى الموضوع الحكم لها بطلباتها الأصلية مع الزام المدعى عليه بالمصاريف والانتعاب فى الحاليتين والمحكمة عرضت عليه الصلح فرفضه والنيابة فوّضت الرأى للمحكمة.

وبجلسة ٢٦ / ١ / ١٩٩٣ حضر وكيل المدعية وطلب إعادة الدعوى للمرافعة فقررت المحكمة إعادة الدعوى للمرافعة لجلسة ٢٣ / ٢ / ١٩٩٣ وبها حضر وكيل المدعية وقدم مذكره بدفاعه التمس فى صدرها وأسبابها الحكم لها على زوجها

المدعى عليه بتطبيقها منه طلبة بانه للضرر الذى الحق بها وأمره بعدم التعرض لها فى أمور الزوجية بينهما مع الزامة بالمصاريف والانتعاب فقررت المحكمة حجز الدعوى ليصدر فيها الحكم بجلسة ١٦/٣/١٩٩٣ ثم مد أجل الحكم لجلسة اليوم لاتمام الاطلاع والمداوله.

وحيث أن المقرر أن النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الاحوال الشخصية على أنه إذا أدعت الزوجة أضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب التفريق وحيث أن يطلقها القاضى طلبة بانه إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما - يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المقصود بالضرر فى هذا النص هو اىذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل اىذاء لا يليق بمثلها (نقض جلسة ١٦/٦/١٩٨١ طعن رقم ١٩ لسنة ٥٠ ق أحوال شخصية) والمقرر فى فقه المالكية أن للزوجة طلب التطلاق إذا أوقع الزوج بها أى نوع من أنواع الايذاء بالقول أو بالفعل الذى لا يكون عادياً بين أمثالهما ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما وأنه يشترط لاجابتها إلى طلبها أن يثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو مره واحده وكان تقدير عناصر الضرر مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضائها على أسباب سائغه (نقض ٣١/٣/١٩٨١ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٥٠ ق) كما قضت محكمة النقض بأن اتهام الزوج لزوجته بارتكاب الجرائم يعد أضراراً بها يستحيل معه دوامالعشرة بينهما ويكفى للحكم بتطبيقها ولا بغير من ذلك أن التبليغ من الحقوق العامة للأفراد الطعن رقم ٤٤ لسنة ٥٧ ق أحوال شخصية جلسة ٢٢/١١/١٩٨٨ وأنه يشترط للحكم بالتطبيق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ توافر وقوع الاذى من الزوج دون الزوجة وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالهما، ولما كان الضرر هو اىذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل ويدخل فى ذلك التبليغ بارتكاب إحدى الجرائم وكان البين أن محكمة الموضوع ذهبت إلى أن - الطاعن شرع فى التبليغ ضد المظنون عليها بمقارفة جريمة الاجهاض وأنه لم يثبت من التحقيقات التى أجريت أنها كانت حاملاً وتخلصت من حملها وأن تقرير تفتيش الصحة لا يفيد الجرم بحدوث اجهاض لما قرره من أن الظواهر التى أسفر الكشف عنها توجد فى

سائر السيدات اللاتي سبق لهن الولادة من ذلك أن الطاعن كان يستهدف الإضرار بالمطعون عليها بحيث لا تدوم العشرة بينهما وكان لهذا القول مأخذه من الأوراق فإن هذا الاستخلاص يقوم على أسباب سائغة ويكون النعى فى الحكم على غير أساس «نقض ٢٤/١١/١٨٧٦ ص ١٦٣٦».

وحيث أن المقرر أيضا أن لمحكمه الموضوع أن تستند إلى وقائع سبقت رفع الدعوى أو استجذبت بعدها لاثبات التطبيق لما ينم عنه من استمرار الخلاف الزوجي واتساع هوته بما لا يستطيع معه الابقاء على الحياة الزوجية ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من أن الحكم أقام قضاءه على سند من وقائع لاحقه لرفع الدعوى يكون على غير أساس «نقض ١/١١/١٩٧٨ ص ١٦٧٤».

لما كان ذلك وكان المقرر أن محاضر جميع الاستدلالات التى تقدم صورها الرسمية فى الدعوى المدنية لا تعدو أن تكون مستنداً من مستندات الدعوى من حق المحكمة أن تستخلص مما تضمنته من استجابات ومعاينات مجرد قرينة تستهدى بها للتوصل إلى وجه الحق فى الدعوى المعروضة عليها «الطعن رقم ١٠٢٠ سنة ٢٦٦ ق جلسة ٨/١١/١٩٧٨ السنة ٢٩ ص ١٦٩٩ وأن من القرائن ما نص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهد وكتب الحنيفة مملوءة باعتبار القرائن فى مواضع كثيرة اعتباراً بأن القضاء (فهم) ومن القرائن القاطعة ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذا فيها ما هو أقوى من البيّنة والاقرار وهما خبران يتطرق اليهما الكذب والصدق إلا أنه لما كانت القرينة وهى ما يستخلصه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل شكاً أو احتمالاً وهى بهذه المثابة تغنى عن الشهادة «نقض الطعن رقم ٤٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٨/١/١٩٩٢ نقض ١٠/٥/١٩٧٨ ص ١٢١٧».

وحيث أنه متى كان ما تقدم وعلى هدية ولما كان الثابت من أوراق الشكوى رقم ٢٥٨٧ سنة ١٩٩٢ ادارى أول المنصورة أن المدعى عليه أقر بها بتعديه بالضرب على المدعية ولم يكتف بذلك بل حرر الشكوى رقم ٢٨٥٦ سنة ١٩٩٢ ادارى قسم أول المنصورة متهما المدعية باجهاض نفسها والتي قامت النيابة العامة بحفظها بعد أن ثبت

لها عدم صحتها الأمر الذي ترى معه المحكمة من تصرفات المدعى عليه هذا النحو ما فيه الكفاية لوقوع أشد أنواع الإيذاء بالمدعية وأنه يستهدف لذلك الإضرار بها بحيث لا تدوم العشرة بينهما. ولما كانت المحكمة قد عرضت الصلح على المدعية مراراً وأبت ومن ثم فإنها تجيها إلى دعواها على النحو الذي يأتي بالمنطوق.

وحيث أنه عن المصاريف فالمحكمة تلزم المدعى عليه بها عملاً بنص المادة / ٢٨١ من اللائحة الشرعية.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة غايباً بتطليق المدعية على زوجها المدعى عليه طلقه بائن وأمره بعدم التعرض لها في أمور الزوجية وألزم المدعى عليه بالمصاريف ومبلغ عشرة جنيهات مقابل أتعاب المحاماة.

هذا الحكم صار نهائياً بعدم الطعن عليه من المحكوم عليه بعد أن تم إعلانه به.

إنعدام مسئولية الزوجة جنائيا بسبب ذكر الوقائع والأسباب الداعية للطلاق فى صحيفة الدعوى

أن ذكر الوقائع والأسباب الداعية للطلاق فى صحيفة الدعوى التى ترفعها الزوجة طالبة الطلاق لا يعتبر قذفا فى حق الزوج ومن ثم لا يترتب عليه مسئولية الزوجة جنائيا للأسباب الآتية:

أولا: لا بد من ذكر الوقائع والأسباب التى أدت إلى طلب الطلاق فى صحيفة دعوى الطلاق.

وشرحا لهذا السبب نقول:

أن دعاوى الطلاق فى تشريعات الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين وغير المسلمين تتعدد بتعدد أسبابها فلا بد لطالبة الطلاق أن توضح فى دعواها السبب الذى تركزن اليه فى طلب الطلاق ولا مانع قانونا من أن تسند إلى سبب واحد أو أكثر من سبب فإذا لم تذكر المدعية سبب الطلاق كانت دعواها مجهلة وجاز الحكم بىطالن الصحيفة للتجهيل.

ثانيا: أوجبت المادة/ ٦٣ فقرة ٦ من قانون المرافعات المدنية أن تشمل صحيفة الدعوى على بيان وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها. ولما كانت دعاوى الطلاق تختلف باختلاف أسبابها ووقائعها فإن واجب المدعى رافع الدعوى هذا الواجب الذى فرضه القانون فى المادة / ٦٣ فقرة ٦ هو أن يذكر الوقائع والسبب أو الأسباب التى يستند إليها ويدعوه إلى طلب الطلاق حتى لا توصف دعواه بالتجهيل.

ثالثا: أن ذكر الأسباب الداعية للطلاق والأحداث التى وقعت فضلا عن أنه واجب فرضه القانون ولا بد من ذكره لتعدد أسباب الطلاق وتعدد الوقائع تبعا لذلك هو دفاع ضرورى وجوهري ولا تستقيم الدعوى الا بذكره وبالتالي لا يجوز مساءلة الزوجة طالبة الطلاق جنائيا عملا بنص المادة/ ٣٠٩ من قانون العقوبات ولو عجزت عن أثبات دعواها وحكم برفضها.

دعوى منع التعرض فى أمور الزوجية

أن دعوى منع التعرض فى أمور الزوجية تسمع دائما ولو لم يكن هناك مسوغاً لسماعها، أو بعبارة أخرى ولو لم توجد أى أوراق فى الدعوى، فاذا ادعت امرأة على

رجل أنه لا توجد بينهما زوجية وطلبت منع تعرضه لها في أمور الزوجية وجب الحكم لها بذلك مالم يدفع المدعى عليه بوجود علاقة زوجية قائمة بينهما وقد قدم وثيقه رسميه دالة على الزوجية - فاذا لم يقدم هذا الدليل الرسمي وجب الحكم لها عليه بمنع تعرضه لها في أمور الزوجية (١).

وقياساً على ذلك إذا كانت المدعية رافعة الدعوى زوجها للمدعى عليه وطلقت منه وانقضت عدتها بعد هذا الطلاق في مدة تحمله وطلبت منع تعرضه لها في أمور الزوجية لأنها أصبحت أجنبية عنه وجب الحكم بها بذلك مالم يقدم دليلاً رسمياً على قيام الزوجية بينهما بعد هذا الطلاق المبين بالدعوى.

وكذلك إذا تزوجت سيدة من رجل بعقد زواج شرعى غير موثق رسمياً ثم طلقت منه بأشهاد عرفي غير موثق رسمياً كذلك ثم انقضت عدتها منه كان لها الحق (١) بإرجاع حكم محكمة استئناف عالى المنصورة في الاستئناف رقم ١٤٨ لسنة ١٩٩٢ أحوال/ نفس جلسة ١٩٩٣/١٢/٢١ المقدم من المؤلف وقد جاء به ما نصه:

وحيث أنه عن موضوع الاستئناف فإن المحكمة تنوه إلى أنه ليس هناك عقد زواج رسمى موثق بين المستأنف والمستأنف عليه وأنه لا نزاع بين طرفي الدعوى على هذا، كما أن المحكمة تستخلص من أوراق الدعوى ومستنداتها أن المستأنف عليه لم يدع على المدعية زواجه منها وأن ادعاءه فإن دعواه تكون غير مسموعة شرعاً وقانوناً لعدم أثبات الزواج رسمياً طبقاً لنص المادة ٩٩/٤ من اللائحة الشرعية. وأنه وإن ادعى المستأنف ضده على المستأنف الزواج العرفي وأن طلب أمام محكمة أول درجة بجلسته ٥/٥/١٩٩٢ بأن تحلف المدعية اليمين الحاسمة بما إذا كان هناك علاقة زوجية من عدمه، فإن هذا الادعاء بالزواج يكون غير مسموع لأنه لم يثبت بوثيقة رسمية ما دامت المدعية تنكر الزوجية ولا تقر بها وتطلب منع تعرضه لها في ذلك.

وحيث أنه بالبناء على ما تقدم وكانت المدعية تنفى وتكرر وجود علاقة زوجية بينها وبين المستأنف ضده بل تطلب في دعواها الحكم بعدم تعرضه لها في ذلك ومن ثم تكون دعواها على أساس من القانون ويتعين القضاء لها بعدم تعرض المستأنف ضده لها في ذلك والغاء الحكم المستأنف وهو ما تقضى به المحكمة على النحو الوارد بالمنطوق.

وحيث أنه عن المصروفات فإن المحكمة تلزم بها المستأنف ضده عن الدرجتين شاملة أتعاب المحاماة.

حكمت المحكمة حضورياً: أولاً: بقبول الاستئناف شكلاً.

ثانياً: وفي الموضوع بالغاء الحكم المستأنف وبإلزام المستأنف ضده بعدم التعرض للمستأنف في أمور الزوجية والزمنه بالمصروفات عن الدرجتين.

فى رفع دعواها عليه بطلب منع تعرضه لها فى أمور الزوجية بينهما لأنها أصبحت أجنبيه عنه ويجب الحكم بذلك ما لم يقدم المدعى عليه وثيقه رسمية دالة على قيام الزوجية بينهما بعد تاريخ الطلاق المبين بالدعوى.

وكما ترفع دعوى منع التعرض من المرأة فإنها قد ترفع من الرجل على المرأة التى ينكر وجود علاقة زوجية بينهما سواء كان زوجها لها ثم طلقها، وانقضت عدتها أو لم يكن بينهما أى علاقة زوجية.

حجية الأحكام الشرعية في قضاء النقض

١- أن الحكم الشرعى القاضى بمنع التعرض فى بعض التركة إذا كان مؤسسا على ما قضى به من ثبوت الارث المبني على النسب فإنه يعتبر حكما موضوعيا بالوراثة. (نقض جلسة ٢١ / ٥ / ١٩٣٦ بمجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة الجزء الثالث ص ١٠٠٠ بند ١٤).

٢- قضت محكمة النقض بأنه إذا جاء الحكم فى دعوى مواريث مخالفا نصا من القرآن أو السنة أو الاجماع فإنه يبطل وإذا عرض على من أصدره أبطله وإذا عرض على غيره أهדרه ولم يعمل له لأنه لا يحوز فى هذه الحالة قوة الأمر المقضى الا فى أمر اتصل به قضاء فى محل اجتهاد.

(حكم محكمة النقض جلسة ٢٣ / ٦ / ١٩٧٥ فى الطعن رقم ٢٥٨ سنة ٤٠ ق أحوال شخصية السنة ٢٦ ص ١٢٤١).

٣- الأحكام الصادرة فى دعاوى الحضانة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ذات حجية مؤقتة بقاؤها طالما أن دواعى الحضانة وظروف الحكم بها لم تتغير. (حكم محكمة النقض جلسة ٣٠ / ٤ / ١٩٨٠ الطن رقم ٦٩ لسنة ٤٩ ق أحوال ش خصية السنة ٣١ ص ١٢٦٩).

٤- أن الحكم الصادر فى النزاع القائم على النفقة هو بطبيعته حكم مؤقت يزول أثره متى زالت دواعية لأن النفقة تقدر بحسب الحاجة ولها مقوماتها القانونية فإذا زالت هذه المقومات سقط الحق فيها. اذن فمضى صدر حكم بالنفقة على أساس قيام الزوجية بين طرفى النزاع. فانه يصح القضاء عندئذ بالكف عن المطالبة بها متى انحلت عقدتها، وانقضت سنة من تاريخ هذا الطلاق.

(حكم محكمة النقض جلسة ٢٥ / ٢ / ١٩٥٦ الطلـب رقم ٤ سنة ٢٥ ق تنازع الاختصاص السنة ٧ ص ٣٠).

٥ - الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الأسقاط بسبب تغير دواعيها.

(حكم محكمة النقض جلسة ٢٧ / ١٠ / ١٩٦٠ الطعن رقم ٢١ سنة ٢٨ ق أحوال شخصية السنة الحادية عشر ص ٥٤٠).

٦- النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يبدل على أن من حق الزوجة أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لذات السبب وهو الضرر على أن تستند إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الدعوى الأولى على أساسها.

(حكم محكمة النقض جلسة ٢٠/٢/١٩٧٤ الطعن رقم ٤٦ السنة ٤٠ ق أحوال شخصية السنة ٢٥ ص ٣٧٩).

٧- متى كان الحكم الصادر بالتطليق من المجلس الملى الابتدائى لطائفة الأرثوذكس قد قضى بعدم قبول استئناف شكلا - فإنه يصبح حكما نهائيا ولا يغير من ذلك القول بأنه لم يشهر ولم يصدق عليه الرئيس الدينى لطائفة الأرمن الأرثوذكس، اذ لا يشترط لتنفيذ حكم الطلاق تصديق الرئيس الدينى عليه بل يكتفى بالتأشير به فى سجل الزواج بعد صدوره.

(الطعن رقم ١ سنة ٢٥ تنازع اختصاص جلسة ٢٦/٦/١٩٥٦ السنة ٧ ص ٤٧٧).

٨- المقرر فى قضاء محكمة النقض أن دعوى الطاعة تختلف عن دعوى التطليق للضرر اذ تقوم الأولى على الهجر واخلال الزوجة بواجب الاقامة المشتركة فى منزل الزوجية، بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ومن ثم فإن الحكم الصادر فى دعوى الطاعة لا يمنع من نظر دعوى التطليق. لا اختلاف الموضوع فى كل منهما، ولا يسوغ القول بأن الحكم بدخول المطعون عليها فى طاعة زوجها حاسم فى نفي ما تدعيه من مضارة حتى ولو كانت قد ساقط بعضها فى دعوى التطليق تبعا لتغاير الموضوع فى كل من الدعويتين على ما سلف بيانه.

(الطعن رقم ٥ سنة ٤٧ ق أحوال شخصية جلسة ١٤/٣/١٩٧٩ السنة ٣٠ ص ٧٩٨).

٩- علة وجوب النفقة بالقرابة هو سد حاجة القريب ومنعه من السؤال صلة لرحمة والسبب فيها هو قرابة الرحم المحرمة مع الأهلية للميراث ومن ثم فإن موضوع النسب يكون قائما فى الدعوى بطلب نفقة القريب باعتباره سبب الالتزام بها لا تتجه إلى المدعى عليه الا به، فيكون ماثلا فيها وملازما لها وتتبعه وجودا وعدما. لما

كان ذلك وكان حكم النفقة الذى استصدرته والدته المطعون عليه لصالحه فى الدعوى رقم... صدر ضد والد المورث تأسيسا على أنه عم شقيق للمطعون عليه، فلا على الحكم المطعون فيه أن هو استدل بما اشتمل عليه حكم النفقة من قضاء على ثبوت صلة قرابة المطعون عليه بالمورث وأنه ابن عم شقيق له باعتبارها سبب الالتزام بالنفقة.

(الطعن رقم ٢٩ سنة ٤٦ ق أحوال شخصية جلسة ٧/٣/٣/ ١٩٧٩ السنة ٣٠ ص ٧٥٣).

١٠- لئن كان الأصل فى الدعوى بطلب نفقة للصغير أن يكون موضوع النسب قائما وملازما لها وتتبعه وجودا وعدما أخذا بأن سبب وجوب نفقة الأولاد هى الجزئية التابعة من كون الفرع من صلب الأصل، الا أنه يتعين للقول بحجية حكم النفقة فى موضوع النسب أن يعرض لهذه المسألة الأساسية ويمحصها باعتبارها سبب الالتزام بها ولما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على حكم النفقة أنه صدر فى غيبة المدعى عليه - المطعون عليه الأول - وبنى قضاءه بنفقة للصغير على أساس القدرة المالية للمدعى عليه فيها مبينا القاعدة العامة وشرائطها فى نفقة الفروع على الأصول وفقا ومدى ثبوت نسب الصغيرة بالفراش، وكان لا حجية لحكم قضى بالنفقة دون أن يناقش فعلا واقعا - وليس ضمنا أو قانونا - قرابة المحكوم عليه للمحكوم له فى صدد القرابة والنسب، فإن الدفع بسبق الفصل فى صورة الدعوى المعروضة دعوى انكار النسب - يقع على غير محل.

(الطعن رقم ٢٩ سنة ق أحوال شخصية جلسة ٢٦/٢/ ١٩٧٥ السنة ٢٦ ص ٤٨٣).

١١- الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية إذا كانت مقرررة لحالة مدنية لا تكون لها الاحجية نسبية.

(الطعن رقم ٦ سنة ٣٥ ق أحوال شخصية جلسة ٧/٢/ ١٩٦٨ السنة ١٩ ص ٢١٤).

(والطعن رقم ٣ سنة ٤٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٠/٣/ ١٩٧٦ السنة ٢٧ ص ٦٠٢).

١٢- متى كان المطعون عليه (الزوج) ليس طرفا فى الدعوى السابقة التى أقامتها الطاعنة ضد زوج آخر للحكم بتطبيقها منه، فلا يحتاج المطعون عليه بأن الحكم صدر فى تلك الدعوى على أساس أن الطاعنة تنتمى إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس. ولما كان المطعون عليه لم يسلم للطاعنة فى الدعوى الحالية اتحادها معه فى الطائفة بل أنه أسس دعواه ابتداء على اختلافهما فى ذلك، فإن النعى على الحكم يكون فى غير محله.

(الطعن رقم ٧ سنة ٤١ ق أحوال شخصية جلسة ١٨/٤/١٩٧٣ السنة ٢٤ ص ٦٣٠).

١٣- إذا كان الحكم قد صدر من القضاء الشرعى بدرجته فى الدعوى هو مجرد عدم سماعها تأسيسا على عدم وجود المسوغ المقرر قانونا لسماع الدعوى - إلا أنه لا يتضمن قضاء فى موضوع النزاع فليس له بهذه المثابة غير حجية قاصرة على المدعى وموقوفة بخلوها من مسوغ السماع^(١).

(الطعن رقم ٧٩ سنة ٣٤ ق أحوال شخصية جلسة ٥/٢/١٩٥٩ السنة ١٠ ص ١١٩).

١٤- مؤدى نص المادة ٣٦١ من اللائحة الشرعية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المشرع أراد أن يضيف على اشهاد الوفاة والوراثه حجية ما لم يصدر حكم على خلافة ومن ثم أجاز لذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن على الاشهاد أن يطلبوا بطلانه سواء كان ذلك فى صورة دعوى مبتدأة أو فى صورة دفع.

(نقض جلسة ١٩/٦/١٩٥٨ السنة ٩ العدد الثانى ص ٦٠٣، ونقض جلسة ١١/٣/١٩٦٤ السنة ١٥ العدد الأول ص ٣٤، ونقض جلسة ٢٩/٦/١٩٦٦ السنة ١٧ العدد الثانى ص ١٤٨٠).

١٥- من المقرر فى قضاء محكمة النقض أن المنع من اعادة طرح النزاع فى المسألة

(١) من المقرر فقها أن الحكم الشرعى القاضى بنورث من لا يستحق الارث شرعا هو حكم ليس له قوة الأمر المقضى ولو صار نهائيا فهو معدوم الحجية.

(يراجع كتابنا مرافعات. الأحوال الشخصية للولاية على النفس طبعة ١٩٧٨ ص ٩٥ وما بعدها).

المقضى فيها يشترط فيه أن تكون المسألة واحدة في الدعوتين ولا تتوافر هذه الوحدة إلا أن تكون المسألة أساسية لا تتغير وأن يكون الطرفان قد تناقشا فيها في الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقرارا جامعا مانعا وأن تكون هي بذاتها الأساس فيما يدعى به بالدعوى الثانية.

(نقض جلسة ١٢/٣١/١٩٧٥ الطعن رقم ٧ لسنة ٤٤ ق أحوال شخصية السنة

٢٦ ص ١٧٨٦).

شروط وضوابط الأدلة في دعاوى الأحوال الشخصية في قضاء النقص والمحاكم الشرعية

أولاً: في قضاء النقص:

١- أن قواعد الأنابات المتعلقة بذات الدليل الشرعى كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى - لا تزال خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية عملاً بالمواد ٦٥، ٦٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والمادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية.

(حكم محكمة النقص جلسة ١٩٦٣/١/٢ الطعن رقم ٤٨ لسنة ٣٠ ق أحوال شخصية السنة ١٤ العدد الأول ص ٣٢ ونقض جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣ الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٤٠ ق أحوال شخصية السنة ٢٦ ص ١٢٤١).

٢- لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها - عملاً بنص المادة ٩٩ فقرة ٤ من اللائحة الشرعية - إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١.

والإقرار المعول عليه فى هذا الشأن - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقص - هو الإقرار الذى يحصل فى مجلس القضاء أما الإقرار بالزوجية خارج مجلس القضاء أُر فى ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقد الزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه.

(نقض جلسة ١٩٦٧/٥/٣١ السنة ١٨ العدد الثالث ص ١١٩٣ ونقض جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٥٠ ق أحوال شخصية السنة ٣٠ ص ٢١٨٩).

٣ - قصد الشارع من نص المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - على ما يبين من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الخاص بأحكام الوقف - أن يحدد الدليل الذى يقبل كمنسوخ لسماع الدعاوى المنصوص عليها فى تلك المادة فقصر - عند الإنكار - على الأشهاد الرسمية دون غيره من الأدلة، ومن ثم فليس لدى هذه المادة عزل المحاكم عن نظر تلك الدعاوى عند الإنكار ما لم يقدم الأشهاد الرسمية إذ أن القول بذلك يتجافى مع ما قصده الشارع. والإنكار المعنى بالمادة ١٣٧

سאלفة الذكر هو الانكار القاطع المضطرد، فإذا كان هناك ثمة اقرار يحاج به الخصم المنكر ولو فى الخصومة المدفوعة بالانكار فإن الانكار لا يعتد به.

(حكم محكمة النقض جلسة ١٢ / ٤ / ١٩٦٣ السنة ١٣ العدد الثانى ص ٤٦٣).

٤- نصت المادة ٩٨ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - اللائحة الشرعية على أنه: لا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الايضاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الاقرار بواحد منها وكذلك الاقرار بالنسب أو الشهادة على الاقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنكية الا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. أما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث الا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاءه كذلك تدل على ما ذكر.

ونصت المادة ٢ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على ما يأتى: تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزاً انعقدت الوصية بإشارته المفهمة. ولا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنكية الا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى الا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاءه كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها.

ومؤدى نص المادة ٩٨ من اللائحة الشرعية والمادة الثانية فقرة ٢ من قانون الوصية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن الوصية إذا كانت غير منكورة سمعت الدعوى بها والانكار الذى عناه الشارع هو الانكار المطلق فى مجلس القضاء أو قبل الخصومة، فإذا أقر المدعى عليه بالوصية بكتابة عليها امضاءه أو أمام قاض فى مجلس قضاء قبل رفع الدعوى انتفى الانكار وتعين سماعها.

(حكم محكمة النقض جلسة ٨ / ١ / ١٩٧٠ السنة ٢١ ص ٥٤).

٥ - من المتفق عليه عند فقهاء الحنفية أنه يشترط في الشهادة أن تكون موافقة للدعوى فإن خالفها لا تقبل إلا إذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند إمكان التوفيق، إلا أن هذا الشرط وعند الحنفية كذلك لا يجد محلا يرد عليه إذا كان تكذيب المدعى لشهوده في شيء زائد عن موضوع الدعوى.

(حكم المحكمة النقض جلسة ١١/٢/ ١٩٨٠ الطعن رقم ٤ لسنة ٣٦ ق أحوال شخصية السنة ٢١ ص ٢٩٠).

٦ - نصاب الشهادة الشرعية الواجبة رجلان أو رجل وامرأتان.
(حكم محكمة النقض جلسة ٢٦/١١/ ١٩٧٧ الطعن رقم ١ لسنة ٤٦ ق أحوال شخصية السنة ٢٨ ص ١٥٣).

٧ - الراجح في مذهب الحنفية وهو قول صاحبين أنه يكفي لاثبات الولادة من المعتدة من طلاق بائن إذا أنكرها الزوج بشهادة القابلة أو أى امرأة مسلمة عدلة والشهادة هنا لا تنصب على ثبوت النسب طالما أنت المعتدة بالولد في مدة تحتمل أن يكون من مطلقها فهي شهادة على مجرد واقعة الولادة وثبوت النسب انما يجئ تبعاً لا قصداً، ويكون استلزام الشهادة الكاملة في هذه الحالة على غير أساس.

(حكم محكمة النقض جلسة ٧/١/ ١٩٧٦ الطعن رقم ٦ لسنة ٣٤ ق أحوال شخصية السنة ٢٧ ص ١٥٧).

٨ - (أ) البينة في دعوى التطلاق للضرر تكون من رجلين أو رجل وامرأتين.
(ب) لا تقبل الشهادة بالتسامع في دعوى الطلاق.

(حكم محكمة النقض جلسة ٥/ ١٩٧٤ الطعن رقم ١٦ سنة ٣٨ ق أحوال شخصية السنة ٢٥ ص ٩٧٩).

٩ - قضت محكمة النقض في دعوى طلاق للضرر بأن القرائن ما نص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهد وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة اعتباراً بأن القضاء «فهم» ومن القرائن ما يسوغ شهادته إذا فيها ما هو أقوى من البينة أو الاقرار وهما خبران يتطرق اليهما الصدق والكذب.

(نقض جلسة ١٨/ ٥/ ١٩٨٢ الطعن رقم ٤٧ سنة ٥١ أحوال شخصية والمنشور

بكتابنا مرافعات الأحوال الشخصية طبعة سنة ١٩٨٧ ص ٦٢، ٦٣ وكانت محكمة الموضوع قد اكتفت بالقرائن ولم نر حاجة إلى إحالة الدعوى إلى التحقيق).

١٠- يشترط في الشاهد الإسلام إذا كان المشهود عليه مسلما وعلل الفقهاء ذلك بأن الشهادة فرع من الولاية لما فيها من الالتزام بالحكم ولا ولاية لغير المسلم على المسلم شرعا.

(نقض جلسة ١٩٧٤/٦/٥ الطعن رقم ١٦ سنة ٣٨ ق أحوال شخصية السنة ٢٥ ص ٩٧٩).

١١- شهادة المستأجر للأجير على عكس شهادة الأجير للمستأجر مقبولة شرعا لأنها لا تجر للشاهد مغنما ولا تدفع عنه مغرما.

(نقض جلسة ١٩٧٠/٢/٢٥ السنة ٢١ ص ١١٦١).

١٢- لئن كان البلوغ من الشروط العامة في الشاهد إلا أنه شرط للأداء وليس شرطا للتحمل، وبعبارة أخرى فإن البلوغ شرط عند الأداء بالشهادة فحسب وليس شرط عند حدوث الواقعة المشهود عليها لأنه يكفي لامكان علم الشاهد بالحادثة وفهمها وقت حصولها وتحمله الشهادة عنها أن يكون عاقلا ولو كان صبيا ما دام مميزا.

(نقض جلسة ١٩٧٦/١/٧ السنة ٢٧ ص ١٥٧).

١٣- الشهادة كطريق من طرق الاثبات في فقه الحنفية تعد تعبيراً عن الواقع وتأكيداً لثبوته دون أن تقلب الحق باطلا أو يجعل الباطل حقا، فإن شرطها أن تكون مطابقة للوقائع المادية فلا تكذيبها الأمور الحسية أو تخرج عن تلك الحقائق الثابتة فإن كذبها الحس فلا تقبل ولا يجوز أن يبنى عليها قضاء اعتبارا بأن الحس يفيد علما قطعيا والشهادة تفيد خبرا ظنيا والظني لا يعارض القطعي.

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١٩ الطعن رقم ١٣ سنة ٤٣ ق أحوال شخصية السنة ٢٦ ص ١٤٣٥، ونقض جلسة ١٩٧٨/١١/٢٩ الطعن رقم ٢٧ سنة ٤٧ ق أحوال شخصية السنة ٢٩ ص ١٨٢٩).

١٤- لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في الأخذ بما تظمن إليه من الأدلة واطراح ما عداه دون ما حاجة للرد استقلالا على ما لم تأخذ به طالما قام حكمها على أسباب

سائغة ولا يعيب الحكم عدم تعرضه لأقوال شهود النفي ومناقشتها أو الرد عليها
استقلالاً طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة ولها أصلها الثابت فى الأوراق.
(الطنن رقم ١٢ سنة ٤٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٢ / ١١ / ١٩٧٥ السنة ٢٦ ص
١٤٠٠).

١٥- يشترط لصحة الشهادة بالارث - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن
يوضح الشاهد سبب الوراثة الخاص الذى بمقتضاه ورث به المدعى الميت، بحيث
يذكر نسب الميت والوارث حتى يبلتقيا إلى أصل واحد، والحكمة من ذلك تعريف
الوارث تعريفا يميزه عن غيره ويبين للقاضى أنه وارث حقيقة ولتعرف نصيبه
الميراثى.

لما كان ذلك وكان الثابت فى محضر التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن
شاهدى المطعون عليهم وأن شهدا بأنهم من ورثة المرحوم محمد عبدالنواب، الا
أنهما لم يبينا فى شهادتهما نسب المشهود لهم والمتوفى المذكور والتقاءهم به عند
أصل واحد، فإن شهادتهما بذلك الارث تكون غير مقبولة.

(نقض جلسة ١٩ / ٢ / ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٥ سنة ٥٤ ق أحوال شخصية).

١٦- من المقرر فى الفقه الحنفى أنه إذا كان المشهود به قولاً محضاً فإن اختلاف
الشاهدين فى الزمان أو المكان لا يمنع من قبول الشهادة لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك.
(نقض جلسة ٩ / ١ / ١٩٧٤ الطعن رقم ٤٢ لسنة ٤٠ ق أحوال شخصية السنة ٢٥
ص ١٣٥).

١٧- المقرر فى قضاء محكمة النقض أن اختلاف الشاهدين فى اللفظ الذى لا
يوجب اختلاف المعنى ليس بضائر ولا يحول دون قبول شهادتهما كبينة على
الاضرار.

(نقض جلسة ٥ / ٣ / ١٩٨٠ السنة ٣١ ص ٧٥٢).

١٨- المقرر عند الحنفية أن الشهادة على النفى تقبل أن كانت فى المعنى شهادة على
أمر وجودى كالبنوة.

(نقض جلسة ٢٢ / ٥ / ١٩٦٨ الطعن رقم ١١ سنة ٣٦ ق أحوال شخصية السنة
١٩ ص ٩٧٥).

١٩- أنه وأن كان الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه بنفسه عيانا أو سماعا الا أن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل مواضع منها النكاح والنسب أجازوا فيها الشهادة بالتسامع استحسانا.

(نقض جلسة ٢٦ / ١٠ / ١٩٧٧ الطعن رقم ١ سنة ٤٦ ق أحوال شخصية السنة ٢٨ ص ١٥٨٣).

٢٠- يشترط لصحة الشهادة شرعا أن يكون الشاهد عدلا غير متهم فى شهادته فلا يجوز أن يكون فى الشهادة جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه. كما لا تقبل شهادته متى كان بينه وبين المشهود عليه عداوة دنيوية - الا أن العداوة الدنيوية ليست هى كل خصومة تقع بين شخص وآخر فى حق من الحقوق، فإن ابطال الشهادة مشروط بأن يشهد الشاهد على خصمة فى واقعة يخاصمة فيها ومثلوا لذلك بشهادة المقتدوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل والزوج على امرأته بالزنا إذا كان قذفها به أولا ولا يسوغ بداهة أن يخلق من يطعن على شهادة لهذا السبب خصومة مدعاه ليتخذ منها وسيلة لابطالها.

(نقض جلسة ١ / ١١ / ١٩٧٨ الطعن رقم ٢ سنة ٤٧ ق أحوال شخصية السنة ٢٨ ص ١٩٧٤).

٢١- الشهادة بالتسامع هى شهادة لا يشهد الشاهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتوافر به الأخبار ويقع فى قلبه صدقها أو أن يخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان يحصل له به نوع من العلم الميسر فى حق المشهود به وقد أوجبوا على الشاعد أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسر للقاضى أنه يشهد بناء على ما سمع من الناس وهذه الشهادة بالتسامع لا تدخل فى باب شهادة السماع ولا من باب الشهادة بالشهرة العامة فى فقه القانون الفرنسى ولا تجرى مجراها.

(الطعن رقم ١٣ سنة ٣٣ ق أحوال شخصية جلسة ٤ / ١ / ١٩٦٧ السنة ١٨ ص ٥٤).

٢٢- إذا كان المقرر فى فقه الحنفية أنه إذا أقام المدعى البينة على دعواه ثم طلب المدعى عليه بعد ذلك يمينه على أنه محق فى دعواه - فإن القاضى لا يجيبه إلى طلبه

لأن اليمين حق المدعى على المدعى عليه. لقول الرسول عليه الصلاة والسلام «لك يمينه» والبيئة على المدعى واليمين على من أنكر فقسم بين الخصمين وجعل البيئة على المدعى واليمين على من أنكر والقسمة تنافى الشركة فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائي فى عدم اجابة طلب الطاعن توجية اليمين للمطعون عليها يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة فى القانون ولا يعيبه ما أورده فى هذا الخصوص من قرارات قانونية خاطئة ذلك أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مثل هذه التقارير لا تفسد الحكم ولا تبطله ويكون النعى عليه على غير أساس. ولما تقدم يكون الطعن على غير أساس ويتعين رفضه.

(حكم محكمة النقض جلسة ٢٨/٦/١٩٨٨ فى الطعن رقم ٢٣ لسنة ٥٧ أحوال شخصية).

ثانياً: فى قضاء المحاكم الشرعية:

- ١- أن البيئة شرعت لاثبات خلاف الظاهر (١).
- ٢- المنصوص عليه شرعاً أن القول للمطلقة رجعياً أن زوجها مات وهى فى عدته، فلا تكلف أثبات أن مورثها مات وهى فى العدة بل يكفى شرعاً بقولها ذلك (٢).
- ٣- الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته إلا إذا مضى عليه زمن وهو نائب وأقله ستة أشهر (٣).

٤- المعروف بالكذب لا عدالة له فلا تقبل شهادته أبداً ولو تاب ومن ذلك الذى يرتكب تزويراً فى أوراق أو يختلس رسوماً أو يغير احقائق كتابة (٤).

٥ - المحدود فى قذف لا تقبل له شهادة أبداً لقوله تعالى: بسم الله الرحمن الرحيم «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً» صدق الله العظيم.

٦- حديث الرسول عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد

(١) حكم محكمة أسبوط الشرعية جلسة ١٨/٩/١٩٤٧ بالمحاماه الشرعية السنة ١٩ ص ١٩٠.

(٢) حكم محكمة المنصورة الابتدائية الشرعية فى ٢٢/٢/١٩٣١ بالمحاماه الشرعية السنة ٣ ص ٦٨.

(٣) حكم محكمة الفشن الجزئية الشرعية جلسة ٢٠/٥/١٩٣٧ بالمحاماه الشرعية السنة ١٢ العدد ١٢.

العدد الثانى ص ٧٥.

(٤) حكم محكمة أسبوط الابتدائية البرعية جلسة ٢٤/٣/١٩٤٢ بالمحاماه الشرعية السنة ١٥ ص

لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره - وكذلك لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين أى متهم" - لكن يجوز شهادة الأصل على فرعه (١).

٧- أن قاضى الأحوال الشخصية وهو بصدد ترجيح البيّنات لا يملك اهدار الضوابط التى نص عليها فقهاء الشريعة الإسلامية سواء كانت متعلقة بذات الشاهد أو بالشهادة أو بالمشهود به، فاذا حكم دون مراعاتها فلن حكمة المبنى عليها يكون حكما عاريا عن الدليل الشرعى، ولو قال عنها القاضى أنه اطمأن اليها (٢).

ثالثا، شهادة أحد الزوجين على الآخر ومتى يجوز الحكم استنادا عليها فى الشريعة والقانون،

يجب التفرقة بين أن يشهد زوج على زوجة وبين أن يشهد له أى لمصلحته والمقرر شرعا أنه لا تقبل شهادة المرأة لزوجها أو الزوج لامرأته، أما إذا كانت الشهادة على المدعى عليه منهما أى فى غير صالحة فلا مانع من قبولها والاعتداد بها شرعا. أما فى القانون فقد نصت المادة ٦٧ من قانون الإثبات على أنه:

لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالها الا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو اقامة دعوى على أحدهما بسبب جنابة أو جنحة وقعت منه على الآخر.

وحكمة تشريع هذا النص أن العلاقة الزوجية غالبا تحوى أسراراً تخص كلا من الزوجين ويحرص كل منهما على كتمانها وتؤدى اذا اعتها إلى الشقاق بينهما، وقد لا يقتصر أثر ذلك على الزوجين بل يتعداهما إلى غيرهما من الأهل والأقارب وقد يؤدى ذلك إلى جرائم وآثام لا تقف عند حد.

وقد منعت المادة ٦٧ المشار اليها كقاعدة عامة أن يفشى أحد الزوجين بغير رضاء الآخر ما أبلغه به إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالها واستثناء من ذلك يجوز لكل من الزوجين أن يفشى ما وصل إلى علمه من أسرار أبلغه بها الزوج الآخر إذا كان فى

(١) يراجع فى الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الدليل الشرعى بكتابتنا تشريعات الأحوال الشخصية فى مصر طبعة سنة ١٩٧٦ ص ٤٥ وما بعدها، ومرفعات الأحوال الشخصية طبعة سنة ١٩٧٨ ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) كتابنا تشريعات الأحوال الشخصية فى مصر طبعة سنة ١٩٧٦ ص ٥٢.

مجال الدفاع عن نفسه وكذلك إذا رفع أحدهما على الآخر دعوى بسبب جريمة هي جناية أو جنحة وقعت من أحدهما على الآخر أو إذا كان الافشاء برضاء صاحب السر منهما.

والمقصود بالحظر الوارد بالمادة ٦٧ - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو المعلومات التي أبلغ بها أحد الزوجين الآخر - أما الشهادة عن معلومات وقت تحت بصر الزوج واتصلت بسمعه فإن الشهادة عليها تكون مقبولة ويصح في القانون استناد الحكم عليها.

(نقض ج جلسة ٢/٢/ ١٩٦٠ السنة ١١ ص ١٢٨).

(نقض ج جلسة ٧/٣/ ١٩٦١ السنة ١٢ ص ٣٢٤).

اليمين من أدلة الاثبات فى الشريعة والقانون (بحث مقارن)

معنى اليمين: معنى اليمين القوة ثم أطلقت على الحلف فسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة قوتها على الأخرى وسمى الحلف بالله تعالى يمينا لانه تقوى به أحد طرفى الخبر وهو الصدق وقد كانت اليمين من مقاطع الحق عند العرب أى ما يقطع به الباطل وبقيت كذلك بعد مجيء الاسلام^(١).
أنواع اليمين؛ أولا. اليمين الحاسمة؛

اليمين الحاسمة هى وسيلة من وسائل الاثبات والأصل أنه يجوز للمدعى أن يحلف خصمه اليمين على نفى دعواه توصلا لتكوله عنها فيحكم له بالحق المدعى به إذا النكول عن اليمين من أدلة الاثبات فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. لكن لا يجوز الالتجاء اليها إلا عند الانكار فاذا أقر الخصم فلا يجوز توجيه اليمين إلى الخصم عن الواقعة التى أقر بها^(٢).

ويجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، لكن لا يجوز شرعا رد اليمين على المدعى الذى وجهها أول مرة اذ هى حق للمدعى على المدعى عليه. ولتوجيه اليمين الحاسمة شروط وأوضاع نص عليها قانونا الاثبات والتجارى حسب الأحوال، لذلك كان لا بد من النص على حق المحكمة أن تعدل صيغة اليمين التى يعرضها الخصم بحيث تصبح منطبقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها وأيضا فى حدود القواعد المنظمة لها فى القوانين المختلفة وهذه أمثلة:

١- لا يجوز توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها (مادة ١١٤ فقرة ١ من قانون الاثبات).

٢- لايجوز توجيه اليمين إلى الوارث ما لم تكن على عدم العلم (مادة ١١٤ فقرة ٢ من قانون الاثبات).

(١) يراجع كتاب طرق الاثبات الشرعية للمرحوم الامام الشيخ أحمد إبراهيم بك طبعة نادى القضاة سنة ١٩٨٥ ص ٣٧٠ وما بعدها.

(٢) الطعن رقم ٤٢٣ سنة ٢٦ ق جلسة ١٢/٤/ ١٩٦٢ بمجموعة القواعد فى خمسين عاما ص ٦١٦ قاعدة ١٦٧١.

٣- لا يجوز توجية اليمين فى واقعة مخالفة للنظام العام (مادة ١١٥ فقرة ١ من قانون الاثبات).

٤ - لا يجوز توجية اليمين ما لم تكن متعلقة بشخص من وجهة إليه فإن كانت غير شخصية له انصبت على مجرد علمه (مادة ١١٥ فقرة ٢ من قانون الاثبات).

٥ - لا يجوز توجية اليمين الحاسمة إلى من لا يملك الصلح (مادة ١١٥ فقرة ٣ من قانون الاثبات).

٦- لا يجوز تحليف القاضى المطلوب رده عند نظر طلب الرد (مادة ١٥٧ فقرة ٢ من قانون المرافعات المدنية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨).

٧ - اليمين التى يحلفها ورثة المدين بدين تجارى هى على أنهم معتقدون حقيقة أنه .
نم بيق شىء مستحق من الدين (مادة ١٩٤ من القانون التجارى).
ومن المقرر أنه (١):

١- يجوز توجية اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط إذا لم تقتنع المحكمة بالأدلة المقدمة فى الدعوى ولا يترتب على هذا الطلب اعتبار المدعى تاركاً ما عداها من أدلة الثبوت.

٢- يجوز توجية اليمين الحاسمة فى أى حال كانت عليها الدعوى ولكن لا يجوز توجية اليمين الحاسمة لأول مرة أمام محكمة النقض.

٣- لا يجوز توجية اليمين الحاسمة لمسألة من مسائل القانون بل فى مسألة واقع فقط، فإن استخلاص حكم القانون من شأن القاضى وحدة لا من شأن الخصوم.

٤ - يجب أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من توجة إليه اليمين فلا يجوز أن توجة لخصم عن وقائع لا تتعلق بشخصه الا إذا أريد تحليفة على عدم علمه بهذه الوقائع. وفى هذه الحالة يحلف على عدم العلم لا على البتات أى التفى المطلق لأنه يحلف على فعل غيره لا على فعل نفسه.

٥ - يجب أن تكون الواقعة المطلوب التحليف عنها حاسمة فى الدعوى وتنتهى بها الخصومة كلها.

٦- يجب أن تكون الواقعة التى يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب.

(١) الاثبات للدكتور عبدالرزاق أحمد السهورى طبعة سنة ١٩٥٦ ص ٥٣٤ وما بعدها.

٧- يصح توجية اليمين الحاسمة فى أى واقعة قانونية أيا كانت قيمتها حتى ولو جاوزت هذه القيمة نصاب البينة.

أحكام النقض الملغى:

١- إذا تمسك المدين بتقادم الدين عملا بنص المادة ١٩٤ من القانون التجارى وأبدى استعداده لحلف اليمين المنصوص عليها فى هذه المادة ولم يطلب الدائن توجية هذه اليمين إلى المدين وقضت المحكمة بسقوط الدين بالتقادم فلا وجه لتعيب الحكم فى هذا الخصوص.

(نقض جلسة ١٦/١١/١٩٦٤ لسنة ١٥ ص ١٠٨٢).

٢- اليمين المنصوص عليها فى المادة ١٩٤ من قانون التجارة هى يمين حاسمة. التقادم الخمسى للدين التجارى قائم على قرينة الوفاء.

(نقض جلسة ٧/٤/١٩٧٠ السنة ٢١ ص ٢٩٢).

٣- إذا وجهت اليمين الحاسمة بصيغة معينة فإن المحكمة لا تملك تغيير هذه الصيغة تغييرا يوتر فى مدلولها ومعناها، اذ الشأن فى ذلك هو لمن يوجه اليمين دون غيره.

(نقض جلسة ١/٦/١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة الجزء الأول ص ٨٢ قاعدة رقم ٤٠٣).

٤ - توجية اليمين الحاسمة إلى الورثة عن واقعة متعلقة بشخص مورثهم غير جائز وجوب أن تنصب اليمين على مجرد علم الورثة فقط بهذه الواقعة تعديل المحكمة لصيغة اليمين الموجهة إلى الورثة.

(الطعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١١/٥/١٩٧٨).

٥ - إذا نازع الخصم فى اليمين الموجهة إليه بأن الواقعة المنطبق عليها اليمين لا تتعلق بشخصه - أو لأى سبب آخر - فإنه يتعين على المحكمة أن تفصل فى منازعته وأن توجه اليمين إليه على مقتضى ما تنتهى إليه وأن تحدد له جلسة لحلفها أن رأت توجيهها إليه ولا يجوز اعتباره ناكلا قبل الفصل فى هذه المنازعة.

(نقض جلسة ٩/١١/١٩٦١ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٢ ص ٦٥٨).

أحكام النقض الشرعى:

١- المقرر فى قضاء محكمة النقض أن اليمين حق للمدعى على المدعى عليه ومن ثم لا يجوز للمدعى عليه أن يرد اليمين على المدعى شرعا.
(نقض جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٨٨ فى الطعن رقم ٢٣ لسنة ٥٧ أحوال شخصية).

ثانيا. يمين الاستظهار: (١)

لا وجود ليمين الاستظهار فى القانون المدنى أو قانون الاثبات أو غيره وإنما هى فقط يمين معروفة فى الفقه الإسلامى ومن ثم نراها دائما فى بعض دعاوى الأحوال الشخصية اعمالا لحكم المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية وتقابل المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

ويمين الاستظهار لا تكون الا إذا ادعى المدعى حقا فى التركة وأقام الدليل عليه ففى هذه الحالة يحلفه القاضى على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بأى وجه من الوجوه ولا أبراء ولا أحالة على غيره ولا استوفاه من أحد نيابة عن المتوفى وليس للميت فى مقابله رهن عند المدعى وهذه اليمين حق للتركة لا للوارث حتى لو أبى الوارث تحليف الدائن لا يجاب إلى طلبة، فالزوجة التى تطالب بمؤخر صداقها بعد وفاة زوجها يجب تحليفها يمين الاستظهار على الوجه المتقدم والا كان الحكم بلا يمين عاريا عن الدليل الشرعى ولكن لا تلزم الزوجة يمين الاستظهار عند طلب مؤخر الصداق من الكفيل لأن اليمين حق للتركة - عند وفاة الزوج - وهى لم تطلب شيئا منها.

فيمين الاستظهار تشابه اليمين المتممة الأصلية لكنها تختلف عنها فى بعض الوجوه، فإن توجية اليمين المتممة حق للقاضى له أن يقررها أو لا يقررها، أما يمين الاستظهار فهى حق للتركة فلا يملك القاضى الاعراض عنها.

ثالثا. يمين الاستيثاق: (٢)

نص القانون على ثلاثة أحوال توجة فيها هذه اليمين وهى:

(١) نصت المادة ٣٧٨ فقرة ٢ من القانون المدنى على أنه.

«يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنه أن يحلف اليمين على أنه أدى

(١) اراجع كتابنا: تشريعات الأحوال الشخصية فى مصر، طبعة سنة ١٩٧٦ ص ٢٥٤، ص ٢٥٥.

(٢) د . عبدالرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ٥٨٧ وما بعدها.

الدين فعلا وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم، أن كانوا قسرا، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء».

ومن هذا يبين أن يمين الاستيثاق تكون فى بعض الصور يمينا على واقعة شخصية وفى البعض الآخر يمينا على عدم العلم واليمين هنا حتمية ولا يملك القاضى العدول عنها.

(ب) نصت المادة ١٩٤ من القانون التجارى الصادر فى ١٣ / ١١ / ١٩٨٣ على أنه:

.... الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق فى اقامتها - أى الدعوى المتعلقة بها بمضى خمس سنوات اعتبارا من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة أن لم يكن صدر حكم أو لم يحصل اعتراف بالدين بسند منفرد وانما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلف اليمين، على أنه لم يكن فى ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يمينا على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين».

وهذا النص كالنص السابق يجعل بعض الحقوق التجارية تتقادم بمدة قصيرة هى خمس سنوات وقد جعل القانون من هذا التقادم قرينة على الوفاء ولكنه اعتبر هذه القرينة دليلا غير كامل فرأى أن يعرضها إذا طلب الدائن ذلك بيمين متممة يحلفها المدين على أنه ليس فى ذمته شيء من الدين أو يحلفها ورثته، وهنا يحلفون على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين.

وهذه اليمين المتممة والمسماة بيمين الاستيثاق ليست إجبارية فى حكم المادة ١٩٤ من القانون التجارى فإن طلبها موكول إلى الدائن لا إلى القاضى.

(ج) نصت المادة ١٤ من قانون الإثبات على أن:

«يعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة.

أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكفى أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق».

وهذه اليمين على عدم العلم لا تعد دليلا أصليا فى الإثبات بل هى تساعد الورثة على اتخاذ موقف المنكر للورقة العرفية فهى يمين متممة لكنها من نوع خاص إذ بها يستكمل من حلفها الشروط القانونية اللازمة لدفع حجية الورقة العرفية فى الإثبات.

رابعاً. اليمين المتممة:

١- اليمين المتممة هى يمين بوجهها القاضى من تلقاء نفسه لأى من الخصمين، عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلا غير كاف على دعواه، ليتم الدليل باليمين ومن ثم سميت باليمين المتممة (مادة ١١٩ من قانون الإثبات...).

واليمين المتممة تختلف اختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة، فإن الأولى بوجهها القاضى لا الخصم وهو لا يوجهها إذا كانت الدعوى خالية من أى دليل ولا يتحتم عليه أن يأخذ بما تؤدى إليه من حلف أو نكول فقد يرفض طلب من حلف اليمين ويجب طلب من نكل. ثم أن مهمة اليمين المتممة غير مهمة اليمين الحاسمة فإن هذه الأخيرة تقوم وحدها دليلا يلغى ما عداها من الأدلة ويستبعداها من السلطة التقديرية للمحكمة.

واليمين الحاسمة تصرف قانونى بارادة منفردة، أما توجية اليمين المتممة من القاضى فهو ليس الا واقعة مادية، يلجأ اليها القاضى لاستكمال الأدلة.

ويذهب العالمان الفرنسيان أو برى ورو إلى أنه كان الأولى بواضعى التقنين المدنى الفرنسى عدم الاحتفاظ باليمين المتممة ويقولان: قد يكون من الخطأ أن واضعى التقنين المدنى استبقوا اليمين المتممة، فإن فيها عيبا خطيرا اذ هى تجعل للقاضى سلطة فى أن ينقل من تلقاء نفسه وبارادته وحدة البت فى الدعوى من منطقة القانون إلى منطقة الضمير (١).

وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الدفاع عن استبقاء اليمين المتممة ما يأتى:

«نص التقنين الفرنسى (م ١٣٦٦) على اليمين المتممة وتبعه فى ذلك التقنين الايطالى (م ١٣٧٤) والتقنين الهولندى (م ١٩٧٧) والتقنين المصرى (م ٢٢٣/٢٨٨) والتقنين البرتغالى (م ٢٥٣٣). ثم أبقي واضعوا المشروع الفرنسى - الايطالى (م

(١) د. السهنورى، المرجع السابق، هامش ص ٥٧٣.

٣١٩) على هذه اليمين رغم ما وجه اليها من نقد وقد أشار بعض الفقهاء بوجوب حذف اليمين لأن المروءة متى توافرت فلا حاجة لليمين لصدد الخصم من المطالبة بغير المستحق، وهي إذا انتفت لا يشعر الخصم حرجا في الحث فيها. ثم أن القاضى لا يحتاج إلى اليمين لتمكين الأطمئنان من نفسه لأن من يخفق في أثبات دعواه ييؤ بالخسارة، ولا يستشعر القاضى حرجا في القضاء لخصمة عليه، لأنه ينزل في ذلك على حكم القانون - بيد أن هذا النظر يغفل خصائص اليمين بوصفها طريقا للإثبات وطبيعة هذه اليمين والغاية منها، لأن اليمين طريق اضطرارية، فمن المعقول أن يمكن القاضى من الالتجاء اليها في ظل الضمانات التى يقررها القانون، أى حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجردا من كل دليل وحيث يكون هذا الدليل غير كاف في ذاته. ويراعى أن اليمين نظام تفرضه العدالة فهى والحال هذه عامل يعين على سير العدالة فضلا عن أن القانون يترك للقاضى حرية التقدير بشأن ضرورة توجيهها وتعيين من توجه إليه من الخصوم.

هذه ويلاحظ من الناحية العملية أن القاضى لا يلجأ إلى اليمين المتممة الا فى كثير من الحيلة والاعتدال بعد تقدير هذه اليمين تقديرا يعتد فيه بشخصية الخصم. ازاء كل ذلك رؤى الابقاء على اليمين المتممة فى نصوص المشروع.

ويقول الدكتور عبدالرزاق السنهورى فى ذلك: لعل خير دفاع عن اليمين المتممة هى أنها وسيلة للتخفيف من حدة التنظيم القانونى للإثبات فهى توسع أمام القاضى بمرورها ما ضاق بسبب جمود هذا التنظيم.

٢- وفيما يلى الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة:

أ- اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضى، أما اليمين المتممة فيوجهها القاضى وحده.

ب- لا يجوز للخصم الرجوع فى اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم الآخر وللقاضى أن يرجع عن توجيه اليمين المتممة فى أى وقت.

ج- اليمين الحاسمة نتائجها حتمية: يكسب من يحلفها ويخسر من نكل عنها أما اليمين المتممة فليس لها نتائج حتمية ولا يتقيد القاضى بموجبها حلفها الخصم أو نكل عنها.

د- اليمين الحاسمة يجوز ردها على الخصم الآخر - فى المسائل المدينة ولا يجوز ذلك فى المواد الشرعية - أما اليمين المتممة فلا ترد.

واليمين المتممة أما أن تكون يمين متممة أصلية وأما أن تكون يمين استيثاق أو أن تكون يمين استظهار وقد سبق التعليق على كل هذه الأنواع الثلاثة:

٣. أحكام نقض ملى،

١- اليمين المتممة اجراء يتخذه القاضى من تلقاء نفسه رغبة منه فى تحرى الحقيقة ليستكمل به دليلا ناقصا فى الدعوى وهذه اليمين وأن كانت لا تحسم النزاع الا أن للقاضى بعد حلفها أن يقضى على أساسها باعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى القائمة فى الدعوى لىبنى حكمة فى موضوعها أو فى قيمة ما يحكم به.

(الظعن رقم ٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ لسنة ٢٤ ص ٣٤٢).

٢- توجية اليمين المتممة وأن كان اجراء يتخذه القاضى من تلقاء نفسه وقوفا على الحقيقة الا أن له السلطة التامة فى تقدير نتيجه، إذا اليمين المتممة دليل تكميلى ذو قوة محدودة ولأن العبرة أساسا هى بمدى اطمئنانه إلى صحة الواقعة محل النزاع فى مجموعها سواء حلف اليمين - الموجهة اليهم - أو بعضهم.

(الظعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٣/٢٢ لسنة ٢٤ ص ٤٦٣).

خامسا، يمين التقويم؛

هذه اليمين نوع آخر من اليمين المتممة وقد نص عليها قانون الإثبات فى المادة ١٢١ منه، وموضوعها تقدير قيمة شيء واجب الرد وتعذر رده فيقضى بقيمته مثل ذلك دعوى استرداد الشيء المسروق أو المودع عند عدم امكان العثور عليه ورده عينا فيقضى بقيمته إلى المودع أو المعير ولكن هذه القيمة استحالة تقديرها بأى طريق ولا بطريق الخبراء - وعلى هذا الأساس فهى توجه دائما إلى المدعى لا المدعى عليه ومع ذلك يجوز للقاضى أن يحكم بمبلغ أقل من المبلغ المحلوف عليه إذا رأى مبالغة فى التقدير من المدعى رافع الدعوى.

سادسا، ما لا يجوز الاستحلاف عليه شرعا؛

«لا يجرى الاستحلاف عند أبى حنيفة فى المسائل الآتية (١):

(١) يراجع كتاب طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد بك إبراهيم طبعة سنة ١٩٢٨ ص ١٤٤ وما بعدها.

١- **النكاح**: مثله أن يدعى رجل على امرأة أنها زوجته وهى تنكر ولا بينة له وطلب تحليفها على نفى دعواه، أو أن تدعى امرأة على رجل أنها زوجته وهو ينكر وطلبت تحليفه على نفى دعواها ففى هاتين الصورتين لا يحلف المنكر منهما.

٢- **الرجعة**: وذلك بأن تدعى المرأة بعد انقضاء عدتها أن زوجها راجعها فى العدة وهو ينكر ولا بينة لها وطلبت تحليفه، أو أن يدعى الرجل بعد انقضاء عدتها أنه راجعها فى العدة وهى تنكر ولا بينة له فانه لا يحلف المنكر فى الصورتين.

٣- **النسب**: ومثله أن يدعى رجل على آخر أنه أبوه وهو ينكر ولا بينة للمدعى وطلب تحليفه أو يدعى رجل على آخر أنه ابنه وهو ينكر ولا بينة له وطلب تحليفه لا يحلف المنكر منهما.

ولا يجوز توجيه اليمين شرعا الا حيث يصح الاقرار بالحق واذا كان من المقرر شسرا أن موت المفقود لا يثبت بإقرار الوكيل عنه وحده بل لابد من حكم القاضى باعتبار هذا المفقود ميتا فلا يجوز توجيه اليمين إلى الوكيل على عدم الفقد (١).

والمخصوص عليه شرعا أن القول للمرأة بيمينها فى رؤيتها دم الحيض وإنقضاء عدتها من عدمه ، ولا يعنى ذلك وجوب توجيه هذه اليمين دائما بل لابد أن يطلبها من يدعى عليها بإنقضاء هذه العدة أو عدم إنقضائها.

والأصل أن اليمين تحب على المدعى عليه لا المدعى، فلا يجوز توجيهها إلا بطلب المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» وقوله: لك يمينه. فإذا أقر المدعى عليه بالدعوى إمتنع توجيه اليمين إليه (٢).

سابعا. اليمين الحاسمة فى المواد الجنائية:

لايجوز توجيه اليمين الحاسمة للمتهم فى إحدى الجرائم المنصوص عليها بقانون العقوبات أو القوانين الأخرى المكملة له - على نفى ما نسب إليه من أفعال تعد جريمة فى نظر القانون .

وأساس ذلك أن محاكمة المجرمين والخارجين على اقاانون هى حق عام للدولة وليس حق شخصى للأفراد ويترتب على ذلك أنه لا عبرة بتنازل المجنى عليه عن

(١) حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية فى ٣١ / ١ / ١٩٣١ بالمحاماه الشرعية السنة الثانية ص ٨٤٨

(٢) اراجع كتابنا : تشريعات الأحوال الشخصية فى مصر طبعة سنة ١٩٧٦ ص ٥٤ وما بعدها .

شكواه ولا تأثير له على سير المحاكمة فهي حق متعلق بالنظام العام إلا في بعض الجرائم كالزنا والسرقة بين الأصول والفروع .

والنيابة العامة هي الملزمة بتقديم الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم . وإذا كان الصلح بين المجنى عليه وبين المتهم غير منتج وغير مانع من السير في إجراءات المحاكمة فإنه لا يصح قانونا توجيه اليمين الحاسمة فيما لا يصح الصلح فيه، وإن كان يصح الصلح على التعويض الناشئ عن جريمة كما أن المقرر قانونا أنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام (١).

أحكام النقض،

١- مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من قانون الإثبات على أنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام - مؤداه عدم جواز التحليف على واقعة تكون جريمة جنائية تأسيسا على أنه لا يصح أن يكون النكول علن اليمين دليلا على ارتكاب الجريمة ولا يجوز إحراج مركز الخصم وتحليفه مدنيا على ما لا يجوز التحليف عليه جنائيا، ولما كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض الادعاء بتزوير عقد التخرج على دعامة واحدة هي أن الطاعن وجه يمين حاسمة في واقعة اختلاس توقيعه على بياض فحلفتها المطعون ضدها، وكان اختلاس التوقيع على بياض جريمة مأخوذة بعقوبة التزوير في الأوراق العرفية وهي عقوبة الحبس مع الشغل طبقا للمادتين ٢١٥ ، ٣٤٠ عقوبات، لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فيها، فإن الحكم يكون قد أقام قضاءه على سند من إجراء باطل وقع على خلاف القانون بما يجوز الطعن عليه بالنقض ويوجب نقضه وإلغاء ما كان أساسا له من أحكام وأعمال لاحقة .

«نقض جلسة ١٢/٣/١٩٨٠ طعن رقم ٧٢١ لسنة ٤٧ ق» .

«ونقض جلسة ١٨/٢/١٩٩٠ طعن رقم ٢٧٠٧ لسنة ٥٩ ق» .

٢ - لا يوجد في القانون ما يحول دون سماع شهادة المتهم في جنحة مع تحليفه اليمين بعد أن قررت محكمة الجنايات فصلها عن الجنابة - ما دام هذا الشاهد لم يكن عند أدائه الشهادة أمام المحكمة مرفوعة عليه الدعوى الجنائية كمتهم في ذات الواقعة محل المحاكمة .

«الطعن رقم ١٣٥٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٤/١/١٩٥٧ السنة ٨ قاعدة ٩ ص ٣٣» .

(١) تراجع المادة ٥٥١ من القانون المدني والمادة ١١٥ فقرة ١ من قانون الإثبات .

الأحكام الأجنبية في منازعات الأحوال الشخصية ومتى يجوز الأمر بوضع الصيغة التنفيذية عليها

تمهيد:

الحكم الأجنبى هو الذى صدر فى دولة أجنبية ولا يكون له قوة تنفيذية فى البلاد المصرية إلا إذا منح تلك القوة من المحاكم المصرية وفقا للشروط والأوضاع الواردة فى القانون المصرى .

* إلا أنه إذا كانت هناك معاهدة بين مصر ودولة أجنبية أخرى خاصة بتنفيذ الأحكام فى الدولتين - فإن نصوص هذه المعاهدة تكون هى الواجبة التطبيق ولو جاءت مخالفة لما نص عليه قانون المرافعات المدنية .

* والمقرر فقها وقانونا أن المعاهدات الدولية جزء من القوانين الداخلية، ويترتب على ذلك أنه إذا أخطأ القاضى فى تطبيق مواد هذه المعاهدة كان الحكم قابلا للطعن فيه بطريق النقض شريطة أن يسبقه الطعن بالاستئناف .

* وينص القانون المصرى على أن الأحكام والأوامر الصادرة فى بلد أجنبى يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون تلك البلد الأجنبى لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه - وهو ما يعبر عنه بشرط التبادل، وهذا بداهة ولو لم توجد معاهدة تنفيذ أحكام بين مصر والدولة الأجنبية، إذ لو كانت هناك معاهدة لكانت بمثابة قانون واجب التنفيذ دون مناقشة أو تعقيب .

* وجدير بالذكر أنه على طالب التنفيذ إذا لم توجد معاهدة وكان قانون الدولة الأجنبية يبيح تنفيذ الأحكام المصرية بشروط معينة أن يقدم نسخة مترجمة ومعتمدة من القانون الأجنبى الذى يبيح الأمر بالتنفيذ بشرط التبادل - أما المعاهدة إن وجدت فلا حاجة إلى تقديم صورة منها لأنها بمثابة قانون يفترض علم الكافة به .

المبادئ القانونية فى موضوع البحث:

(١) إذا كان قانون البلد الأجنبى ينص على جواز تنفيذ الأحكام الاجنبية بشرط التبادل فيعتبر أنه يجيز تنفيذها دون مراجعة القضاء الوارد بها من الناحية الموضوعية

وعلى ذلك يؤمر بتنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم هذا البلد على النحو ذاته نزولا على حكم المادة / ٢٩٦ (١). من قانون المرافعات المدنية المصرى.
(نقض جلسة ٦ / ٥ / ١٩٦٩ السنة ٢٠ ص ٧١٧).

(٢) متى كان قد ثبت لمحكمة الموضوع أن المدعى عليه الإنجليزى الجنسية متوطن فى مصر قبل بدء النزاع مع زوجته بزم من طويل مما رتب عليه أن حكم المحكمة العليا الإنجليزى الصادر بالتطبيق إنما صدر من محكمة غير مختصة فلا تريب عليها أن هى لم تتحدث عن أسباب هذا الحكم الأجنبى أو التحقيقات الخاصة به .
(الطعن رقم ٤٠ سنة ٢٤ ق أحوال شخصية جلسة ١٦ / ١٢ / ١٩٥٤).
النصوص القانونية المرتبطة:

(١) تنص المادة / ٢٩ من قانون المرافعات المدنية على أنه :

«تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع فى الخارج» .
(ب) وتنص المادة / ٣٠ على أنه :

«تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فى الأحوال الآتية:
(١) إذا كان له فى الجمهورية موطن مختار .

(٢) إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها.

(٣) إذا كانت الدعوى معارضة فى عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق

مصرى .

(٤) إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطبيق أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج متى كان لها موطن فى الجمهورية، أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن فى الجمهورية على

(١) تنص المادة / ٢٩٦ من قانون المرافعات المدنية على أنه :

«الأحكام والأوامر الصادرة فى بلد أجنبى يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه» .

زوجها الذى كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه فى الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطلق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية. (٥) إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن فى

الجمهورية أو للصغير المقيم فيها.

(٦) إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها.

(٧) إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنيا أو كان أجنبيا له موطن فى الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى.

(٨) إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة فى الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب.

(٩) إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة فى الجمهورية.

(٣) أ: عدم اختصاص المحاكم الإنجليزية بتطبيق المدعى عليه المتوطن فى مصر من المدعية هو أمر متعلق بالنظام العام فلا يصححه قبول المدعى عليه هذا الحكم وعدم استئنافه فى بلده.

ب: الموطن فى إنجلترا هو الذى يبين الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية فالبريطانى المتوطن فى بلد أجنبى وإن كان يتمتع بجنسيته البريطانية إلا أنه خاضع فى أحواله الشخصية إلى اختصاص البلد الذى توطن فيه.

(نقض جلسة ١٦/١٢/١٩٥٤ فى الطعن رقم ٤ سنة ٢٤ ق أحوال شخصية السنة ٦ ص ٣٣٦).

(٤) من المبادئ المقررة دوليا وجوب تطبيق القوانين الأجنبية على رعايا الدولة الأجنبية^(١). فإن تطبيق القانون الأجنبى لا يقصد به مجرد المجاملة بل أيضا مراعاة شعور الأجانب وعدم الانتقاص من سلطانهم وسيادتهم على رعاياهم وهم خارج ديارهم. فإن الخروج على هذا المبدأ الدولى يقابل بالمثل من الدولة الأجنبية التى لم تراعى مشاعرهم.

(١) القانون الدولى الخاص المصرى للدكتور حامد زكى الطبعة الثانية سنة ١٩٤٠ ص ٤٢ - ٤٣

(٥) لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:

١- أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها .

٢- أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً .

٣- أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضى طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته .

٤ - أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية، ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة .
(تراجع المادة / ٢٩٨ من قانون المرافعات المدنية) .

أحكام نقض:

(١) المقرر في قضاء محكمة النقض أن شرط إعلان الخصوم على الوجه الصحيح يجب التحقق من توافره في الحكم الأجنبي قبل أن يصدر الأمر بتذييله بالصيغة التنفيذية لم يقيد القانون المحكمة بطريق معين للتحقق من صحة الإعلانات ومن ثم يصح الاعتماد بمدونات الحكم المطلوب تنفيذه والتي ليست محل نعي من الخصم .
(نقض جلسة ٢٨ / ١١ / ١٩٩٠ في الطعن رقم ١١٣٦ لسنة ٥٤ ق) .

(ب) عدم مراعاة محاكم السودان أحكام وفاق سنة ١٩٠٢ في إعلان الدعوى المطلوب من محاكم مصر إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الصادر فيها من شأنه ألا يجعل لهذا الحكم قوة ملزمة أمام المحاكم المصرية لأنه يكون مبنيًا على إجراءات تخالف القانون الواجب التطبيق في السودان في هذه الحالة ومن ثم يكون حكماً باطلاً ولا تسرى عليه قاعدة التبادل المسلّم بها في فقه القانون الدولي الخاص .

(نقض جلسة ٨ / ٣ / ١٩٥٦ في الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٢٢ ق السنة ٧ ص ٢٧٤) .

(٦) أ : المقرر في قضاء محكمة النقض أن صدور حكم من قاضي لا ولاية له في القضاء في موضوع الدعوى يترتب عليه البطلان بحيث يشوب الحكم عيب جوهري جسيم يصيب كيانه ويفقده صغته كحكم ويحول دون إعتباره موجوداً منذ صدوره - فلا يستنفذ القاضي سلطته ولا يرتب الحكم حجية الأمر المقضى ولا يرد عليه

التصحيح لأن المعلوم لا يمكن رأب صدعه ومن قبيح ذلك أيضا صدور حكم على خصم لم يعلن بصحيفة الدعوى .

(الطعن رقم ٥٠٩ سنة ٤٥ ق جلسة ٢/٣/١٩٨٢ والمنشور بمجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى خمسين اما الجزء الأول - المجلد الثالث سنة ١٩٨٦ ص (٢٩١٤).

ب: بطلان الحكم لصدورة من محكمة لا ولاية لها هو بطلان يتعلق بالنظام العام. (الطعن رقم ٥ سنة ٢٢ ق جلسة ٥/٣/١٩٥٣).

* ومؤدى هذا أن الأحكام الصادرة ضد أحد المصريين من محكمة أجنبية لا ولاية لها فى القضاء فى موضوع الدعوى - ولو كان مقيما بها - وليس بينها وبين مصر معاهدة تنفيذ أحكام هى أحكام باطلة ومعدومة ولا يجوز وضع الصيغة التنفيذية عليها .

(٧) الأشخاص الذين ثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه .

(مادة / ٢٥ فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى) .

أحكام نقض:

(١) إذا انضمت مصر والسعودية إلى اتفاقية تنفيذ الأحكام التى أصدرها مجلس جامعة الدول العربية وتم التصديق عليها من الدولتين فإن أحكام هذه الاتفاقية هى الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى .
(نقض جلسة ٢٨/١/١٦٦٩ سنة ٢٠ ص ١٧٦) .

ملحوظة:

١ - يراجع نصوص إتفاقية تنفيذ الأحكام بين الدول العربية الصادرة فى ١٩٥٢/٩/١ بكتابتنا: موسوعة كمال البنا فى الشريعة والقانون طبعة سنة ١٩٩٤ ص ٤٢٧ وما بعدها .

٢- يراجع كتابنا المشكلات العملية فى الدعاوى الشرعية طبعة ١٩٩٩ ص ٢٦٠ وما بعدها - حالات يجب فيها رفض طلب تنفيذ الحكم الأجنبى ضد المصرى الجنسية.

مبادئ هامة لحكمة إستئناف المنصورة فى دعوى أحوال شخصية للولاية على النفس

أولاً، المبادئ،

- (١) يجوز للمرأة التى تنكر زوجيتها من آخر أن تطلب الحكم لها عليه بمنع تعرضه لها فى أمور الزوجية ولو كان بيد الرجل عقد زواج عرفى غير موثق رسمياً.
- (٢) لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة عما إذا كان هناك علاقة زوجية من عدمه لأن اليمين من الأدلة الشرعية والدليل المعبر عند الإنكار هو وثيقة رسمية بالزواج .
- (٣) تسمع دعوى منع التعرض بدون حاجة إلى أى مسوغ من أوراق رسمية أو غير رسمية لأن أساس هذه الدعوى أنه لا توجد علاقة زوجية بين المدعية والمدعى عليه .
- (٤) المحكمة المختصة بنظر دعوى منع التعرض هى المحكمة الابتدائية للأحوال الشخصية وليست المحكمة الجزئية .

* [يراجع حكم محكمة إستئناف المنصورة فى الاستئناف المرفوع من المؤلف والمقيد برقم ١٤٨ سنة ١٩٩٢ أحوال شخصية المنصورة جلسة ٢١/١٢/١٩٩٣].

ثانياً، المبدأ،

* إذا ثبتت الزوجية غير الموثقة رسمياً ضمن دعوى ثبوت نسب صغير، فلا تعتبر الزوجية منكراً فى هذه الحالة ويحق للزوجة عندئذ أن تطلب الطلاق ولا يصح الدفع بعدم السماع لعدم وجود وثيقة رسمية بالزواج وعلى المحكمة أن تأمر الزوج أن يقول للزوجة : «إن كنت زوجتى فأنت طالق». فإن لم يفعل حكمت المحكمة بالطلاق.

* [يراجع حكم محكمة استئناف المنصور فى الاستئناف المرفوع من المؤلف والمقيد برقم ١٧٧ سنة ٩٢٢ أحوال شخصية/ نفس جلسة ٨٢٤/١٩٩٤].

ثالثاً، المبدأ،

* يجوز الحكم بالطلاق عملاً بنص المادة/ ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢/١٩٢٩ بالأوراق ولو لم تقدم الزوجة شهوداً.

* وقد جاء بحیثیات هذا الحكم ما نصه:

* وحيث أنه عن موضع الاستئناف فإن المحكمة تنوه تمهيداً لقضائها - من المقرر وإن كانت الشهادة بالتسامع لا تفيد في دعاوى الطلاق للضرر وإثبات الضرر الموجب له - إلا أنه إذا ثبت الضرر الموجب للتطليق بطريق آخر غير الشهادة فإنه يأخذ به ويحكم بالتطليق للضرر الذي ثبت بأدلة أخرى تدل عليه دلالة قاطعة. كما أنه من المقرر أن إتهام الزوج لزوجته بارتكاب الجرائم المعاقب عليه كالزنا والتشهير بها هو مما يعد من الضرر الذي يستحيل معه دوام العشرة بينها ويكفي للحكم بالتطليق ولا يقدح في ذلك أن حق التبليغ عن الجرائم من الحقوق العامة للأفراد .

* يراجع حكمة محكمة إستئناف المنصورة في الاستئناف المقدم من المؤلف
اوالمقيد برقم ٨٤ لسنة ١٩٩٤ أحوال شخصية/ نفس جلسة ٢٤/٨/ ١٩٩٤

صحيفة الاستئناف رقم ١٠ سنة ١٩٩٠ نفس المنصورة المقدم من
المؤلف والصادر فيها الحكم بجلسة ١٩/٨/ ١٩٩٢ بإلغاء الحكم
المستأنف وبطلان صحيفة الدعوى الأصلية وعدم ترتيب أى أثر عليها
مع إلزام المستأنف عليها المصروفات والأتعاب عن الدرجتين .
المبدأ:

(١) إعلان الدعوى للمدعى عليه في مواجهة النيابة العامة باعتباره مجهول الإقامة
رغم علم المدعى بمحل إقامته في مصر أو الخارج - يترتب عليه بطلان هذه الصحيفة
ويبطلان ما ترتب عليها من إجراءات. وإذا حكمت محكمة الدرجة الثانية ببطلانها
وقفت عند هذا الحد دون أن يكون لها حق التصدي للفصل في الموضوع .

الموضوع

الطالب زوج للمعلن إليها تزوجها بالعقد الصحيح الشرعى فى
٢/ ٤/ ١٩٨٧ ولم يدخل بها ولا تزال على عصمته إلى الآن وقد أوفأها عاجل
صداقها واتفق مع والدها على أن يرسل إليه المبالغ الكافية لإعداد مسكن
الزوجية من جهاز مفروشات وأدوات كهربائية وخلافه وأرسل إليه ما يزيد من
خمسة عشر ألف جنيه من مقر عمله بالسعودية وقام هذا الوالد باستلامها من
البنوك المحولة إليها هذه المبالغ بالمنصورة - كما كانت المعلن إليها شخصيا تقوم

بإرسال الخطابات الودية إليه بالسعودية وتطالب بالهدايا لها ولجميع أفراد الأسرة وكان الطالب يلبي طلباتها ويتبادلون الرسائل الودية والأشرطة المسجل عليها بعض الرسائل المتبادلة بينهما من مقر وجوده بالسعودية إلى مقر وجودها بالمنصورة وكان الطالب فى انتظار أن يرسل إليه والد المعلن إليها ما يفيد إنتهاء إعداد مسكن الزوجية للحضور لأخذ عروسه وإتمام الزواج بالسعودية.

* ولكن فوجئ بأن علم بطريق الصدفة أن المعلن إليها أقامت الدعوى رقم ٧٠١ سنة ١٩٨٨ أمام محكمة المنصورة الابتدائية للأحوال الشخصية / نفس ضد الطالب زاعمة أنه أضربها لكنها لم تعلنه بدعواها على عنوانه الذى تعرفه هى ووالدها وأسرتها بل وشاهدها أمام محكمة أول درجة وأنه قد صدر حكم بالطلاق بجلسة ١٩٨٩ / ٦ / ٢٨ بناء على إجراءات كلها باطلة وأدلة كلها قاصرة .

* وحيث أن هذا الحكم غير صحيح وقد بنى على إجراءات باطلة ويحق للطالب أن يطعن فيه بالاستئناف فهو يستأنفه للأسباب الآتية:

أولاً: من حيث الشكل: فإن الاستئناف عن حكم غيابى لم تعلن صحيفته أمام محكمة أول درجة ولم يعلن الحكم ذاته إعلاناً قانونياً صحيحاً إلى الآن كما استوفى هذا الاستئناف أوضاعه الشكلية فهو مقبول شكلاً .

ثانياً: من حيث الموضوع: فإن المستأنف يدفع ببطلان الحكم المستأنف لبطلان صحيفة الدعوى الأصلية وبطلان جميع الإجراءات التالية لعدم الإعلان بها إعلاناً قانونياً صحيحاً عملاً بالمادتين ١٣ فقرة ٩ / ١٠٨ من قانون المرافعات المدنية .

ثالثاً: أن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن إعلان الأوراق القضائية فى النيابة بدلاً من إعلانها لشخص المراد إعلانه إنما أجازه القانون على سبيل الاستثناء فلا يصح اللجوء إليه إلا إذا قام المعلن إليه بالتحريات الكافية عن محل إقامة المعلن إليه وإلا !نعتبر إعلانه باطلا (نقض جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٥٥) والمنشور بمجموعة القواعد فى ٢٥ سنة الجزء الثانى من ١١٠٩ سنة ١٩٥٠) .

* فإذا ثبت للمحكمة فى هذا الاستئناف أن المعلن إليها كانت على علم تام بمحل

إقامة المستأنف ورغم ذلك تجاهلته ولم تعلنه إعلانا صحيحا على محل إقامته بالسعودية حيث كانت تراسله ويراسلها ويرسل إلى والدها الأموال الطائلة لإعداد مسكن الزوجية - فإن هذا يكفى لثبوت عدم صحة إعلان المستأنف بصحيفة الدعوى الأصلية والإجراءات التالية بما فى ذلك إعلان الحكم المستأنف وبطلان صحيفة الدعوى الأصلية واعتبارها كأن لم يكن وعدم ترتيب أى أثر عليها - فإن من المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا قضت محكمة ثانى درجة ببطلان صحيفة إفتتاح الدعوى أو بطلان إعلانها إلى المدعى عليه وجب عليها أن تقف عند حد الحكم بالبطلان دون أن يكون لها حق التصدى للقضاء فى الموضوع (نقض جلسة ١٥/٥/١٩٧٣ السنة ٢٤ ص ٧٤٨).

فلهذه الأسباب

بيان أحكام النقض التى وردت بمذكرتنا المقدمة فى الاستئناف رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ أحوال نفس عالى المنصورة :

(١) أن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن الإعلان الذى لا يوجه إلى موطن المطلوب إعلانة يقع باطلا ولا يعتد به (نقض جلسة ٢٧/٣/١٩٧٩ السنة ٣٠ ص ١٩٤٨).

(٢) أن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن إعلان الأوراق القضائية فى النيابة بدلا من الإعلان لشخص أو محل إقامة المعلن إليه لا يصح اللجوء إليه إلا إذا قام المعلن بالتحريات الكافية الدقيقة التى تلتزم كل باحث مجد ونزيه عن محل إقامة المعلن إليه.

(نقض جلسة ٥/٤/١٩٥١ السنة ٢ ص ٦١٦ ونقض جلسة ٢٣/٤/١٩٥٣ السنة ٤ ص ٩٣٥).

(٣) أن المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا لم يقم طالب الإعلان بالتحريات

(*) قدمت النيابة العامة مذكرتين فى هذا الاستئناف دفعت فيهما بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد ، لكنها لم ترد على دفاع المستأنف فحكمت المحكمة برفض هذا الدفع وقبوله شكلا وفى الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وبطلان صحيفة الدعوى الأصلية واعتبارها كأن لم تكن وعدم ترتيب أى أثر عليها وألزمت المستأنف عليها المصروفات والأتعاب عن الدرجتين .

الكافية عن محل إقامة المعلن إليه إعتبر باطلا ولا يكفى أن ترد الورقة دون إعلان ليسلك المعلن هذا الطريق الاستثنائي وهو إعلان الأوراق القضائية فى النيابة .

(نقض جلسة ١٢ / ٥ / ١٩٥٥ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة الجزء الثانى ص ١١٠٩ بند ١٩٥).

٤ - أن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن القضاء ببطلان إعلان الحكم يجعل ميعاد الطعن مازال مفتوحا .

(نقض جلسة ٢ / ٤ / ١٩٧٧ الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٤٣ ق)

(٥) إذا قضت محكمة ثانى درجة ببطلان صحيفة إفتتاح الدعوى أو بطلان إعلانها إلى المدعى عليه وجب عليها أن تقف عند الحكم بالبطلان دون أن يكون لها حق التصدى للقضاء فى الموضوع .

(نقض جلسة ١٥ / ٥ / ١٩٧٣ السنة ٢٤ ص ٧٤٨).

الزواج في الشريعة والقانون

حكمة مشروعية الزواج:

قضت الفطرة التي فطر الله الناس عليها بضرورة إجتماع الذكور والإناث دفعا إلى بقاء النوع الإنساني ليعمر الأرض طوال المدة التي أراد الله تعالى أن تبقى هذه الأرض إليها ولولا ذلك لفنيت الأرض في أقصر زمان. ومن أجل هذا شرع الله تعالى على لسان أنبيائه الزواج ليكون هو السبيل الوحيد في إتصال الرجل بالمرأة وليكون هو السبب في إتزام كل واحد منهما القيام بما عليه من الحقوق قبل الآخر ولولا هذا النظام لما كان الزواج سببا في المودة والرحمة اللتين يشير إليهما القرآن الكريم في قوله سبحانه:

«ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة أن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون» صدق الله العظيم .

ترغيب الشريعة الإسلامية في الزواج والحكمة منه:

وردت في الشريعة الإسلامية نصوص كثيرة ترغب في الزواج وتهيب بالشباب أن يتزوجوا وتنهى عن الرهبانية - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
«من استطاع منكم الباءة ليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع منكم فعليه بالصوم فإنه له وجاء»^(١). وقال عليه الصلاة والسلام: «لا أخبركم بخير ما يكنز المرء، المرأة الصالحة، إذا نظر إليها سرته وإذا غاب عنها حفظته، وإذا أمرها أطاعته» .

وانما حضت الشريعة الإسلامية على الزواج لسببين هما:

السبب الأول: الرغبة في تحصين النفس الإنسانية والبعد عن إنتهاك الحرمات فيقضى الإنسان حاجته الجنسية من طريق حلال مباح، فليس أضر بالمجتمع أن ينتشر فيه الفسق ويشير إلى هذا المعنى قوله تعالى:
«وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين» .
صدق الله العظيم - من سورة النساء .

السبب الثاني: قصدت الشريعة الإسلامية كثرة النسل فإن الأمم تملو كلمتها بكثرة تعدادها وإلى هذا يشير قوله عليه الصلاة والسلام :

(١) معنى وجاء: أنه يكسر حدة الشهوة

«تناكحوا تكثروا، فإننى مباه بكم الأمم يوم القيامة» .

وقوله عليه السلام:

«تزوجوا الودود الولود فإننى مكاثر بكم الأمم» .

وقوله:

«سوداء ولود خير من حسناء عقيم» .



معنى الزواج: الزواج مرادف النكاح وهما فى الشريعة المحمدية العقد الذى يعطى لكل من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر على الوجه المشروع . وحل الاستمتاع فى هذه الحالة شرطه ألا يقوم بأحد الطرفين مانع شرعي، كما لو كان الرجل زوجا لأربعة نسوة فلا يجوز أن يعقد على خامسة قبل طلاق إحداهن وانقضاء عدتها، وكذلك العقد على المحارم كالأخت وعلى زوجة الغير أو معتدته، فلا يوصف العقد فى هذه الحالة بذلك ولا يفيد حق الاستمتاع ولا يعتبر عقدا شرعيا .

مقدمات الزواج: مقدمات عقد الزواج هى ما يسمى بالخطبة وهى طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها وإلى ذويها ومفاوضتهم فى أمر العقد، ومطالبه ومطالبهم بشأنه .

وإذا كان عقد الزواج هو أخطر عقد لطرفيه إذ هو عقد موضوعه الحياة الإنسانية ويعقد على أساس الدوام إلى نهاية الحياة بل أن آثاره تمتد إلى ما بعد الحياة ، فلهذا عنت الشريعة الإسلامية بمقدماته وجعلت لها أحكاما خاصة نوجزها فيما يلى .

١- أباح الشارع الإسلامى للرجل أن ينظر من يريد الزواج منها بل حيب ذلك وندب إليه روى عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال:

«إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» .

والقدر الذى يباح النظر إليه هو الوجه والكفان والقدمان ولا يتجاوز ذلك عند الحنفية .

وقد أجمع الفقهاء على أن رؤية الخاطب لمخطوبته لا تكون فى خلوة بين الرجل والمرأة، ولم يرد من الشارع من يبيحها لأجل الخطبة فبقى النهى العام قائما - قال عليه الصلاة والسلام: «لا يخلون رجل وامرأة إلا وكان الشيطان ثالثهما» .

والرؤية تكون عند الخطبة وفضل الشافعى رضى الله عنه أن تكون الرؤية قبل الخطبة عند العزم على الزواج من هذه المرأة، حتى إذا حازت قبولا لديه أقدم، وإن أنتجت أحجاما، لم يكن فى ذلك إيذاء لمشاعرها ولا جرح لعواطفها أو مساس بمشاعر أسرتها. والرؤية قبل الخطبة تكون برؤيتها خفية أو فجأة من غير أن تعلم أو يعلم ذويها بنية الزواج التى يخفيها ولذلك الاستحسان مكانه من اللياقة والخلق الكريم يرضاه ويؤيده .

شروط إباحة الخطبة : إشرط الفقهاء لإباحة الخطبة ألا تكون المرأة محرمة على الرجل حرمة مؤبدة ولا حرمة مؤقتة، فلا يجوز له أن يخطب ذات زوج بحال من الأحوال لأنها محرمة عليه ما دامت زوجة وفى خطبتها إعتداء على حق الزوج ترفضه الشريعة الإسلامية .

وتحرم خطبة المعتدة من طلاق رجعى لا تصريحها ولا تلميحا لأن المطلقة رجعىا زوجيتها قائمة وحقوق الزوج عليها ثابتة ما دامت فى العدة فله مراجعتها فهى كالزوجة سواء بسواء .

والمعتدة من وفاة تجوز خطبتها تعريضا لا تصريحها لقوله تعالى: «ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء» . وظاهر الآية أنها للمتوفى عنها زوجها لأنها جاءت عقب قوله تعالى:

«والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً» فكان التعريض جائز بهذا النص الكريم والتصريح على أصل المنع ولعدم إمكان العقد فى الحال ولأن التصريح قد يوغر صدور أولياء الميت فلا يجوز . أما المعتدة من طلاق بائن فلا يجوز خطبتها قبل إنتهاء العدة لا تصريحها ولا تلميحا أو تعريضا، لأن جواز التعريض جاء فى المتوفى عنها زوجها دون سواها فالباقي على أصل المنع .

آثار الخطبة: الخطبة ليست عقدا إلترم فيه طرفاه إلتزامات لها قوة إللزام فلكل من الخاطب والمخطوبة أن يرجع عن قوله وليس لأحد عليه من سبيل والمصلحة توجب أن يكون كلا الطرفين له الحرية التامة فى إتمام عقد الزواج أو عدم إبرامه لأنه تند الحياة، ومن المصلحة التروى حتى إذا تم كان ذلك برضاء صحيح واقتناع كامل .

هداية الخطبة: قد يصحب الخطبة أن يقدم الخاطب هدايا أو يعطيها جزءا من المهر، فإذا عدل عن الخطبة يكون له إسترداد ما قدم على أنه مهر لأن المهر حكم من أحكام الزواج ولم يتم الزواج فلا يستحق ويرد بذاته إن كان قائما وبمثله أو قيمته إن ملك أو استهلك .

أما ما قدم على سبيل الهدية من أى واحد من الطرفين فهو فى المذهب الحنفى يأخذ حكم الهبات ويجرى عليه حكم الرجوع فيها ويذهب الحنفية إلى أنه يجوز الرجوع فى الهبة إلا لما منع من موانع الرجوع ومنها الاستهلاك والهلاك وعلى ذلك إذا كانت الهدية قائمة فى ملك المهدى إليه بعينها ولم يتصرف فيها بما يخرجها من ملكه فله الرجوع فيها واستردادها وإن كانت هالكة أو تغيرت حالها بأن كانت ثيابا فخيطة أو تصرف فيها فليس له استردادها ولا طلب مثلها أو قيمتها (١).

العدول عن الخطبة فى قضاء محكمة النقض:

يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة عنه إستقلالاً تاماً ومنسوبة لأحد الطرفين، وأن ينتج عنه ضرر مادي وأدبى للطرف الآخر، فإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءً بالتعويض للمطعون عليها عن فسخ الخطبة بغير مبرر سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه أن يخص ابنته بنصيبها فى ماله حال حياته واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه ورتبت عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض، كان سبب العدول على هذا النحو لاصقا بالعدول ذاته ومجردا عن أى فعل خاطئ مستقل عنه فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض (٢).

هدايا الخطبة فى قضاء محكمة النقض:

الخطبة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض (٣) . - وإن كانت تمهيدا

(١) الأحوال الشخصية - قسم الزواج للمرحوم الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة طبعة سنة ١٩٥٧ ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) حكم محكمة النقض جلسة ٢٨/٤/ ١٩٦٠ الطعن رقم ٤٣٨ سنة ٣٥ فى سنة ١١ ص ٣٥٩ المنشور أيضا بمجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة الجزء ص ٦٩ بند ٤٨

(٣) حكم محكمة النقض جلسة ٢٤/ ١٠/ ١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٩٦٨.

ننزوج وهى من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التى يقدمها أحدا لآخر - ومنها الشبكة - إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا يتوقف عليها ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيدا عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق به ويخرج عن نطاق الأحوال الشخصية، وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات، ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدني، ويترتب على ذلك أن إتمام زواج الخاطب على مخطوبته يفوت عليه حقه فى الرجوع عليها بأى حق فى خصوص الهدايا التى قدمها لها أيا كان نوعها ومنها الشبكة ولو حصل الطلاق بعد ذلك إذ أن الزواج من موانع الرجوع فى الهبة^(١).

أركان الزواج: أركان الزواج إثنان هما الإيجاب والقبول. والإيجاب هو ما صدر أولا من كلام أحد العاقدين والقبول هو ما صدر ثانيا من كلام العاقد الآخر. والعاقدان إما أن يكونا الزوجين بأنفسهما وكان كل منهما عاقلا بالغاً أو وكيلهما إن كان كل من الزوجين متصفاً بالبلوغ والعقل، لأن الشخص ليس له أن يوكل غيره فى شئ لا يملكه، وقدما قالوا فاقد الشئ لا يعطيه، وقد يكون العاقدان هما وليهما إن كان كل منهما ليس أهلا للعقد أو أحد الزوجين مع ولي الآخر، أو وكيله أو ولي أحدهما مع وكيل الآخر ولا فرق بين كل هذه الصور - فإذا جرى العقد بين الزوجين وكان الموجب هو الرجل يقول لها: تزوجتك فتقول قبلت. وإذا كانت هى الموجبة قالت له: زوجتك نفسى فيقول لها رضيت أو قبلت أو أجزت.

ولابد أن يكون لفظ الإيجاب والقبول بصيغة الماضى كزوجت أو وهبت أو إحداهما للماضى والآخر للمستقبل فإنهما يؤديان إلى الثبوت دون الوعد بالزواج. ولا تشترط الشريعة الإسلامية أن يتولى عقد الزواج أحد من رجال الدين بل الأصل أن يتولاه الزوجان بأنفسهما أو بوكيلهما أو بتوكيل أحدهما وولى الآخر.

شروط صحة عقد الزواج:

تشترط الشريعة الإسلامية لصحة عقد الزواج شرطان:

(١) تراجع المادة ٥٠٣ فقرة د من القانون المدنى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

الأول: أن تكون المرأة محلاً لعقد الزواج أى غير محرمة على من يريد تزوجها .
الثانى: حضور شاهدين لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بشهود» .

المهر ليس شرطاً لصحة عقد الزواج؛

ينعقد النكاح صحيحاً بدون تسمية المهر ومع نفيه أصلاً وبالعقد يجب مهر مثل المرأة .

أحكام الزواج؛

أحكام الزواج هى الآثار المترتبة عليه عند حصوله . والمنصوص عليه شرعاً أنه متى إنعقد النكاح صحيحاً ثبتت الزوجية ولزم الزوج والزوجة أحكامه من حين العقد ولو لم يدخل بالمرأة فيجب عليه بمجرد العقد مهر مثلها إن لم يكن سمي لها مهرًا وتلزمه نفقتها بأنواعها ما لم تكن ناشزاً أو صغيرة لا تطبق الوطء ولا يستأنس بها فى بيته ويحل استمتاع كل منهما بالآخر ويثبت له ولاية التأديب عليها ونجب عليها طاعته فيما كان مباحاً شرعاً وتتقيد بملازمة بيته ولا تخرج بغير حق شرعى إلا بإذنه ولا تمنعه من الاستمتاع بها بلا عذر شرعى بعد إيفائها معجل مهرها وتثبت حرمة المصاهرة ويثبت الأثر من الجانبين إلى غير ذلك من أحكام النكاح^(١).

الخيارات فى عقد الزواج؛

المنصوص عليه شرعاً أنه لا يثبت فى النكاح خيار رؤية ولا خيار شرط ولا خيار عيب سواء جعل الخيار للزوج أو للزوجة فإذا اشترط الزوج فى العقد شفهاً أو بالكتابة جمال المرأة أو بكارتها أو سلامتها من العيوب أو إشرط المرأة سلامته من الأمراض والعاهات فالعقد صحيح والشرط باطل حتى إذا وجد أحدهما صاحبه بخلاف ما اشترط فليس له الخيار فى فسخ النكاح، وإنما يكون الخيار بشروطه للمرأة إذا وجدت زوجها عتيماً أو نحوه^(٢).

الولاية فى النكاح؛

الولاية عند الفقهاء هى حق تنفيذ القول على الغير رضى أو لم يرض والولاية نوعان عامة وخاصة . والخاصة قسمان: ولاية على النفس وولاية على المال . والولاية

(١) تراجع المادة ١٧ من الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للمرحوم محمد باشا قنبرى .

(٢) تراجع المادة ١٦ من الأحكام الشرعية .

على النفس قسمان: ولاية نذب أو استحباب وهى الولاية على البالغة العاقلة بكرأ كانت أو ثيبا. ثم ولاية اجبار وهى الولاية على الصغير والصغيرة بكرأ كانت أو ثيبا وما يلحق بهما من الكبار غير المكلفين. والولاية على النفس هى المقصودة فى هذا البحث .

والولى عند الفقهاء هو الحر البالغ العاقل، فمن لا ولاية له على نفسه أولى أن لا تكون له ولاية على غيره. ويشترط فى الولى الإسلام إذا كان من يراد تزويجه مسلما سواء كان مذكرا أو مؤنثا ومتى توافرت الشروط الأربعة السابقة فى الولى ثبتت له الولاية على غيره ولو كان فاسقا .

وليس كل عقد زواج تتوقف صحته على الولي، فالشخص الكبير العاقل إن كان حرا مذكرا يصح تزوجه وينفذ لازما بلا ولى ولا حق لأحد الأقارب فى الاعتراض عليه ولو كانت الزوجة أقل منه شرفا ودفع لها أكثر من مثلها ، وإن كانت أنثى حرة وبالغة وعاقلة يصح تزوجها وينفذ لازما إذا كان الزوج كفاً والمهر مهر المثل فإذا كان الزوج كفاً والمهر أقل من مهر المثل صح العقد نافذاً غير لازم فلولوى إذا كان عصبه حق الاعتراض حتى يتم مهر المثل أو يطلب فسخ العقد، وأن كان غير كفاً لا يصح العقد أصلا. والولاية هنا ولاية استحباب. وإذا كان الشخص صغيراً غير مميز أو كبيرا غير عاقل فلا يصح عقد الزواج إلا بالولى، والولاية هنا ولاية إجبار .

ترتيب الأولياء فى النكاح:

الولى فى النكاح العصبه بنفسه على ترتيب الإرث والحجب، فيكون الابن ثم ابن الابن وإن سفل ثم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم ولاء العتاقة فولى المجنونة ابنها وإن سفل دون أبيها عند الاجتماع .

وإذا لم يكن عصبه تنتقل ولاية النكاح للأم ثم لأم الأب ثم للبنات ثم لبنت الابن ثم لبنت البنت ثم لبنت ابن الابن، ثم بنت البنت وهكذا ثم الجد الفاسد ثم للأخت

الشقيقة ثم للأخت لأب ثم لولد الأم ثم لأولادهم ثم لباقي ذوى الأرحام العمات ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات العمات ثم أولادهم بهذا الترتيب^(١).
والسلطان ولى فى النكاح لمن لا ولى له ثم القاضى الذى عينه^(٢).
وليس للوصى أن يزوّج اليتيم واليتيمة مطلقا وإن أوصى له بذلك ما لم يكن قريبا لهما أوحاكما يملك التزويج ولم يكن ثمة من هو أدنى منه^(٣).

سن البلوغ الشرعى:

إن المنصوص عليه شرعا أن بلوغ الغلام بالاحتلام والإنزال والاحتيال وبلوغ البنت بالحيض والحبل والاحتلام مع الإنزال فإن لم تظهر هذه العلامات يحكم ببلوغهما إذا بلغا من السن خمس عشرة سنة هجرية^(٤).

وإذا بلغ الصبى والصبية رشدين تزول عنهما ولاية الولى أو الوصى ويكون لهما التصرف فى شئون أنفسهما ولا يجبران على النكاح إلا إذا كان بهما عته أو جنون ولا تزول عنهما ولاية الولى أو الوصى فى المال بمجرد البلوغ بل بظهور الرشد وحسن التصرف فى المال^(٥).

الزواج قبل بلوغ الزوجة السادسة عشر من عمرها أو الزوج الثامنة عشرة عمره بالتقويم الميلادى وأثره:

* تنص المادة / ١٧ فقرة ١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على أنه

* لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كان سن الزوجة تقل عن ستة عشر سنة ميلادية أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى.

* فقد رأى الشارع أن الزواج قبل السن المنوّه عنها بالفقره السابقة ينتج عنه مضار اجتماعية فمنع قبول دعاوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ١٦ سنة ميلادية أو سن الزوج تقل عن ١٨ سنة ميلادية وقت رفع الدعوى أما عقد الزواج فى ذاته فلا تأثير على صحته من توافرت شروطه الشرعية المقررة ومنها بلوغ الزوجين سن البلوغ الشرعى متى استقلا بإبرام عقد زواجهما دون ولى أى منهم .

(١) تراجع المادة ٣٥ من المرجع السابق .

(٢) تراجع المادة ٣٦ من المرجع السابق .

(٣) تراجع المادة ٣٧ من المرجع السابق .

(٤) تراجع المادة ٣٨ من المرجع السابق .

(٥) تراجع المادة ٤٩٥ من المرجع السابق .

الزواج في قضاء محكمة النقض:

١- أن العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعياً على قيام الزوجية والفراش وإنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وأن لم يعاينه متى اشتهر عنده ذلك بأحد نوعي الشهرة الحقيقية أو الحكمية فمن شهد رجلاً وامراً يسكنان في موضع وبينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته حل له أن يشهد بالنكاح وأن لم يحضر وقت العقد. وهذا عند الصاحبين أما عند الحنفية فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا أن اشتهر شهرة حقيقية وهي ما تكون بالتواتر^(١).

٢- لا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو مدعى النكاح نفسه أو بناء على أخبار منه أو وليد إستهاده. وإذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الشاهد الثاني شهد بتلقيه خبر الزوجية من المطعون عليها بنفسها وبناء على أخبارها فإن شهادته تكون غير مقبولة شرعاً^(٢).

الشروط الواجب توافرها في شهود عقود النكاح في مذهب أبي حنيفة:

المنصوص عليه شرعاً أنه لا يصح عقد النكاح إلا بحضور شاهدين حرين أو حر وحرتين عاقلين بالغين مسلمين لنكاح مسلم ومسلمة سامعين قول العاقلين معاً فاهمين أنه عقد نكاح ولو كانا أعميين أو فاسقين أو ابني الزوجين أو ابني أحدهما والأصم لا يصلح شاهداً في النكاح ولا النائم ولا السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يذكره فلا ينعقد النكاح صحيحاً بحضورهم^(٣).

التوكيل بالزواج:

الذي يملك مباشرة عقد زواجه بنفسه يملك أن يوكل غيره بمباشرة العقد بطريق النيابة عنه .

وإذا كان من يريدان الزواج حاضرين فقال وكيل الزوجة لو وكيل الزوج زوجت موكلتي فلاتة لموكلتك فلان فقال وكيل الزوج لو وكيل الزوجة قبلت زواج موكلتك

(١) تراجع المادة / ٤٩٩ من المرجع السابق.

(٢) محكمة النقض جلسة ٢٧/ ٣/ ١٩٩٨ الطعن رقم ١٢ ٣٦ ق أحوال شخصية السنة ١٩ حتى ٦١٤ .

(٣) حكم محكمة النقض جلسة ٢٦/ ١٠/ ١٩٧٧ الطعن رقم ١ سنة ٤٦ في أحوال شخصية السنة ٢٨ ص ١٥٨٣ .

افلانة لموكلى فلان تم العقد بذلك ونفذ ولزم إن لم يكن مانع من الموانع وفى هذه الحالة ينتقل كلام كل وكيل إلى موكله فيكون الموكلان هما العاقدان، وحيث يتعدى الوكيلان شاهدين فلو لم يوجد غيرهما وغير الموكلين بالمجلس كان العقد صحيحا . وقد يكون الوكيل عن الزوجين واحدا فيتولى طرفى العقد بإيجابه وحده إذ يكفى أن يقول زوجت موكلتى فلانة لموكلى فلان، فإن كان الموكلان حاضرين أحتيج إلى شاهد آخر مع الوكيل لصحة العقد .

أما إذا كان الموكلان غائبين عن مجلس العقد فلا بد من شاهدين غير الوكيلين إذ الوكيل فى هذه الحالة لا يعتبر شاهدا وكذا لو كان أحد الموكلين حاضرا والآخر غائبا أحتيج إلى شاهد واحد .

وقد يتولى الشخص الواحد - رجلا كان أو امرأة - طرفى العقد بطريق الإصالة عن نفسه والوكالة عن صاحبة، أو بطريق الولاية عن طرف والوكالة عن طرف آخر، كما يجوز ذلك بطريق الولاية على الطرفين.

وكل ما تقدم على مذهب أبى حنيفة وأصحابه الاثر بالنسبة لتولى الشخص الواحد طرفى العقد فإنه لا يجيزه.

والوكيل بالزواج سفير ومعبّر فقط فلا يرجع إليه شئ من حقوق العقد فلا يطالب بالمهر أن كان وكيل عن الزوج ولا بتسليم الزوجة أن كان وكيلاً عنها والتوكيل قد يكون مشافهة أو بالكتابة أو بالرسالة. ولا يشترط لصحته الاشهاد عليه بخلاف عقد الزواج نفسه بل يصح التوكيل شرعا بدون شهود كغيره من العقود عدا عقد النكاح غير أنه للاحتياط ينبغى الاشهاد عليه خشية الجحود وكذا سائر العقود.

ولو وكلت امرأة شخصا بأن يزوجهها بغير كفء لم يجز النكاح أصلا على الصحيح لأن المرأة تتعير هى وأولياؤها بغير الكفء، على خلاف الرجل فى ذلك وأن زوجها بكفء وبغبن فاحش فى المهر كان لها ولوليها فسخ العقد إذا لم يتم الزوج لها مهر المثل.

وإذا وكلته بأن يزوجه رجلا فزوجها نفسه لا ينفذ العقد وذلك لأن سياق الكلام يدل على أنها تريد غيره وكذا الحكم لو وكل امرأة بأن تزوجه بمن شاءت فليس لها أن تزوجه من نفسها. كذلك ليس للوكيل أن يزوجه موكله لمن هى فى ولايته ولا لمن لم تقبل شهادته لها منعا للتهمة. لذا يتوقف العقد على اجازة الموكل أو الموكلة (١).

(١) يراجع كتاب أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للأستاذ أحمد إبراهيم بك طبعة ٤٠ - ١٩٤١ ص ٢٠٨ وما بعدها.

المهر فى الشريعة والقانون

ماهية المهر:

المهر هو المال الذى يجب بالزواج فى مقابلة منافع البضع ويسمى أيضا الصداق والنحلة والأجر والفريضة والعقد يصح شرعا وأن لم يسم فيه مهر، وأقل مهر عشرة دراهم فضة لقوله عليه الصلاة والسلام «لا مهر أقل من عشرة دراهم».

ولا يشترط أن يكون المهر من الذهب أو الفضة بل ما كان مالا أو مقوما بمال يصح تسميته مهرا سواء كان من العقار كقطعة من الأرض أو بيت أو من العروض كقطعة من الحرير أو الصوف أو من المجوهرات كخاتم من الماس أو من الأنعام كجمل أو حصان ويصح أن يكون المهر دينا فلو تزوجها على عشرة دراهم دين له على آخر صحت التسمية لأن الدين مال.

وكل ما ليس بمال فى ذاته أو فى حق المسلم لا يصح تسميته مهرا، فإن سمي فلا تؤثر تسميته على عقد الزواج بل هو صحيح والتسمية فاسدة ويجب على الزوج مهر المثل. ويصح تعجيل المهر كله أو تأجيله كله.

الدليل على أن عقد الزواج يصح ولو لم يسم للزوجة مهرا:

يقول الله سبحانه وتعالى وهو أصدق القائلين: لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة» وبهذا حكم الله بصحة الطلاق مع عدم تسميته المهر ولا يكون الطلاق الا فى نكاح صحيح.

أحكام المهر فى المذهب الحنفى:

تنص المادة ٧٠ من الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للمرحوم محمد باشا قدرى على أنه:

«أقل المهر عشرة دراهم فضة وزن سبعة مثاقيل مضروبة أو غير مضروبة ولا حد لأكثره بل للزوج أن يسمي لزوجته مهرا أكثر من ذلك على حسب ميسرته».

وتنص المادة ٧١ على أنه:

«كل ما كان مقوما بمال من العقارات والعروض والمجوهرات والأنعام والكيلات والمودونات ومنافع الأعيان التى يستحق بمقابلتها المال يصلح تسميته مهرا».

وتنص المادة ٧٢ على أنه:

«كل ما ليس مقوماً بمال في ذاته أو في حق المسلم لا يصلح تسميته مهراً وأن سمي بالعقد صحيح والتسمية فاسدة».

وتنص المادة ٧٣ على أنه:

يصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله إلى أجل قريب أو بعيد وتعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر على حسب عرف أهل البلد.

وتنص المادة ٧٤ على أنه:

«يجب للزوجة المهر شرعاً بمجرد العقد الصحيح عليها سواء سمي الزوج أو الولي مهراً عند العقد أو لم يسم أو نفاه أصلاً».

وتنص المادة ٧٥ على أنه:

«إذا سمي الزوج عشرة دراهم أو دونها مهراً لامرأته وجبت لها العشرة بتمامها وأن سمي أكثر منها وجب لها ما سمي بالغاً قدره ما بلغ».

وتنص المادة ٧٦ على أنه:

«إذا لم يسم الزوج أو وليه مهراً وقت العقد وجب عليه مهر المثل وكذا لو سمي تسمية فاسدة أو حيواناً مجهول النوع أو مكيفاً أو موزوناً كذلك أو نفى المهر أصلاً ويجب أيضاً مهر المثل في الشغار وفي تعليم القرآن للامهار».

مهر المثل:

إذا لم يسم الزوج مهراً وقت العقد فالواجب بالعقد هو مهر المثل ويجب مهر المثل أيضاً إذا نفى الزوج المهر أصلاً بأن تزوجها بشرط أن لا مهر لها. ومهر المثل هو مهر امرأة تماثلها من قوم أبيها كأختها أو عمتها أو بنت عمها ولا تمثل بأبها أو خالتها إذا لم تكونا من قوم أبيها وتعتبر المماثلة وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً وصلاً وعفة وبكارة وثبوبة وعلماً وأدباً وعدم ولد ويعتبر أيضاً حال الزوج فإن لم يوجد من يماثلها من قبيلة أبيها في هذه الأوصاف كلها أو بعضها فمن قبيلة

أخرى تماثل قبيلة أبيها ويشترط فى ثبوت مهر المثل أخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ولفظ الشهادة فإن لم يوجد ذلك قال قول للزوج يمينه (١).

زيادة المهر بعد العقد:

يجوز للزوج الزيادة فى المهر بعد العقد وتلزمه الزيادة بشرط تحديدها وقبول الزوجة أو وليها فى المجلس وبقاء الزوجية (٢).

الحقوق المتعلقة بالمهر:

١- لا تملك المرأة أو أولياؤها جميعا اسقاط المهر جملة ولا يملكون جعله أقل من عشرة دراهم وزنها سبعة مثاقيل.

٢- لو زوج الولي المرأة بأقل من مهر مثلها فلها أن تطالب بتكملة المهر إلى مهر المثل أو فسخ الزواج.

٣- إذا زوجت المرأة نفسها وهى بالغة وعاقلة بمهر أقل من مهر المثل بدون رضا الولي العاصب فإن هذا العقد يكون موقوتا حتى يكمل الزوج مهر المثل أو يرضى الولي العاصب بالأقل.

٤- إذا ثبت المهر فى حق الزوج وكان هو مهر المثل أصبح للمرأة الحق فى ابرائه منه كله أو بعضه رضى الولي أو لم يرض.

استحقاق المهر أحواله وشروطه:

١- الطلاق الرجعى لا يوجب حلول مؤخر الصداق الا إذا انقضت العدة بأحد أسباب الانقضاء، أما الطلاق البائن فيحل به مؤخر الصداق فور وقوعه.

٢- الطلاق قبل الدخول والخلوة ينصف المهر جميعه عاجلة وآجلة بدليل قوله تعالى فى سورة البقرة: ﴿وَأَن طَلَقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفَرَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾.

(١) مادة ٧٧ من الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للمرحوم محمد باشا قدرى.

(٢) مادة ٧٩ من المرجع السابق.

٣- يتأكد المهر جميعه إذا حصل دخول أو خلوة شرعية قبل الطلاق وكذلك يتأكد إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول أو الخلوة (١).

٤ - لا يجوز الحكم للمتوفى عنها زوجها بمؤخر صداقها فى تركته الا إذا حلفت يمين الاستظهار (٢). ودعوى المطالبة بمؤخر الصداق تسمع ولو لم يكن فى يد الوارث شيء من التركة كما تسمع ولو كانت التركة قد وزعت على الورثة بالفعل (٣).

٥ - اقرار الزوج فى اشهاد الطلاق بأنه لم يدخل أو لم يختل بزوجه التى طلقها هو اقرار فردى لا يحتاج به على المطلقة ويجوز لها رغم ذلك أن تثبت خلافه بالبينة فى دعوى المطالبة بحقوقها الشرعية (٤).

٦- لا يسقط عن أحد الزوجين حق ثابت له قبل الآخر بمقتضى زوجية سابقة فلو تزوج رجل وامرأة على صداق مؤجلة لأقرب الاجلين ألف جنية ثم طلقها وانقضت عدتها، ثم تزوجها مرة ثانية بعقد ومهر جديدين ثم طلقها نظير الابراء من مؤخر صداقها الجديد ونفقة عدتها وجميع حقوقها الزوجية فلا ينصرف هذا الابراء إلى مؤخر الصداق الأول الثابت لها بسبب الزوجية السابقة (٥).

متى يجب على الزوج كل المهر المتفق عليه.

يجب على الزوج جميع المهر فى العقد الصحيح فى ثلاثة حالات.

الحالة الاولى: أن يدخل الزوج بزوجه دخولاً حقيقياً.

الحالة الثانية: أن يخلو الزوج بزوجه خلوة صحيحة شرعاً.

والخلوة تعتبر صحيحة شرعاً إذا اجتمع الزوجان فى مكان واحد وكانا أمنين فيه من أن يطلع أحد عليهما بغير اذنها ولم يكن بأحد ما يمنع من وطء الزوج زوجته.

(١) تراجع المادة ٨٣ من الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للمرحوم محمد باشا قدري.

(٢) يراجع للمؤلف كتاب مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس طبعة ١٩٨٧ ص ١٧٦.

(٣) يراجع كتاب مباحث المرافعات الشرعية للمرحوم محمد بك زيد الابياني طبعة ١٩٢٤ ص ٣٥.

(٤) حكم محكمة النقض جلسة ٢٨/٤/١٩٥٩ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة الجزء الثالث ص ٨٥٢ بند ٣٥.

(٥) يراجع كتاب الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية للمرحوم محمد محى الدين عبدالمجيد الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ ص ٣٣٨.

الحالة الثالثة: أن يموت أحد الزوجين قبل الدخول والحلوة الصحيحة.

تصرف الزوجة في مهرها؛

المهر يصبر بعد العقد الصحيح ملكاً خالصاً للزوجة وبالتالي يكون لها تمام الحرية في أن تتصرف فيه بكل أنواع التصرفات الجائز شرعاً، فلها أن تشتري به لنفسها ما تشاء ولها أن تهية إلى زوجها أو غيره دون اعتراض من أحد ما دامت بالغة عاقلة.

وإذا ثار نزاع بين الزوجين بشأن المهر فلا يكون للوكيل في قبض المهر أى صفة في هذه الحالة ولا يجوز للزوج مطالبتها بشئ منه.

الفرق بين المهر والمهرية

إذا أعطى الزوج زوجته شيئاً دون أن يبين لها أمن المهر هو أم هدية فإما أن يكون شيئاً يستنكر عرفاً أن يكون من المهر كالطعام المهيأ للأكل من سمك أو لحوم أو حلوى وأما أن يكون شيئاً يجوز عرفاً أن يكون من المهر كالتنقود أو الذهب.

فإن كان من النوع الأول فقالت الزوجة هو هدية وقال الزوج بل هو من المهر فالقول قول الزوجة بيمينها لأن الظاهر يشهد لها - وأن كان الذى قدمه الزوج من النوع الثانى ولم يبين وقت تقديمه أنه من المهر أو هدية ثم اختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هو هدية طوّل كل منهما باليسنة، فإن أقام أحدهما بينة تؤيد دعواه وقبلت بيته حكم له القاضى بما يدعيه، وإذا أقام كل منهما بينة تؤيد ما يدعيه فبيتهما مقدمة لأنها قامت على خلاف الظاهر وأن عجز كل منهما ينظر إلى العرف - فإن كان العرف جارياً بأن الذى قدمه الزوج يعتبر هدية فالقول قول الزوجة بيمينها - وأن كان العرف جارياً بأنه لا يكون هدية فالقول قول الزوج مع يمينه، ثم بعد ثبوت كون ما أرسله مهرأ سواء كان ثبوته بالبينة أو يمين الزوج حكم له بما يدعيه (١).

المهر في قانون الأحوال الشخصية؛

تنص المادة/ ١٩ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه:

(١) يراجع كتاب أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للأستاذ أحمد إبراهيم بك طبعة ٤٠ - ١٩٤١ ص ٢٠٨ وما بعدها.

إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه الا إذا ادعى مالا يصح أن يكون مهرأ مثلها فيحكم بمهر المثل .
وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما .
تحرير قائمة جهاز مقابل المهر وما يترتب عليه :

جرى العرف بين الناس على تحرير قائمة بجهاز يقر فيها الزوج بتعهده بتسليمه إلى زوجة التى تزوجها قبل أن يدفع المهر لها وعلى أن يكون هذا الجهاز مقابل المهر ثم يحصل نزاع بين الزوجين قبل الزفاف فإذا لجأت الزوجة إلى القضاء فإنه يحق لها أن تطالب بأعيان الجهاز أو قيمته باعتباره مهرأ لها وفى هذه الحالة يسرى فى شأنه الاحكام الخاصة بالمهر .

ولكن ليس للزوجة مطلقاً أن تدعى عليه بتبديد هذا الجهاز قبل أن يحضره الزوج فعلاً ، لأنه لم يتسلمه أصلاً منها على سبيل الوديعة بل أن تعهده بتسليمها أياء كان عوضاً عن المهر أو كان هو المهر بعنية وقد قبلت الزوجة أن يكون جهازاً بمواصفات معينة وبقيمة محددة وهذا جائز شرعاً .

مرض الموت فى الشريعة والقانون

ماهية مرض الموت لدى فقهاء الشريعة الإسلامية؛

مرض الموت هو المرض الذى يكون الغالب فيه موت المريض ويعجزه عن القيام بمصالحة خارج البيت سواء أقعده فى الفراش أو لا وفى حق المرأة هو المرض الذى يكون الغالب فيه موتها ويعجزها عن القيام بمصالحتها داخل البيت.

الشروط الشرعية لاعتبار المرض مرض الموت؛

يكون المرض مرض الموت إذا تحققت ثلاثة أمور:

- ١- أن يكون المرض قد أعجز من نزل به عن القيام بواجباته.
- ٢- أن يكون من الأمراض التى يغلب على من نزلت به أن يموت منها.
- ٣- أن يتصل به الموت فعلاً.

فإذا اختلف واحد من هذه الأمور الثلاثة بأن يكون من نزل به قادراً مع المرض على مباشرة أعماله والقيام بواجباته أو يكون الغالب على من نزل به هذا المرض أن يسلم منه أو يكون الغالب على من نزل به المرض أن يموت منه ولكن هذا بعينه قد برىء منه ولم يموت. فإذا اختلف واحد من هذه الشروط الثلاثة لم يعتبر المرض مرض موت، ويكون التصرف الذى تصرفه المريض فى أثناءه كتصرف الأصحاء (١).

والمخصوص عليه شرعاً فى مذهب أبى حنيفة وعليه عمل المحاكم أن المرض إذا تطاول سنة فأكثر تعتبر تصرفات المريض فى هذه الحالة بعد السنة كتصرفات الصحيح (٢).

(١) تراجع كتاب الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية للاستاذ محمد محى الدين عبد الحميد الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٦ ص ٢٩٦، ٢٩٧.

(٢) تراجع كتاب مختصر شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للمرحوم محمد بك زيد الأيبانى طبعة ١٣٢٦ هـ ص ٤٦٨ وما بعدها.

مرض الموت فى قضاء محكمة النقض:

المقرر فى قضاء محكمة النقض أن مرض الموت هو المرض الذى يغلب فيه الهلاك وينتهى فعلا بالموت، فإذا زاد عن سنة فهو لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا فى فترة الشدة الطارئة^(١).

الطلاق فى مرض الموت:

إذا طلق الرجل زوجته وهو مريض مرض الموت أو فى حالة تلحقه بالمريض مرض الموت كالمحكوم عليه بالاعدام ويبتظر الحكم وكان الطلاق بائنا بغير رضاها مع اختياره هو ثم مات وزوجته لاتزال فى عدتها منه، فإن الطلاق يقع على هذه الزوجة وتبين منه من وقت صدور الطلاق البائن ولكنها ترثه بشرط أن تكون أهلا لارثه من وقت طلاقها إلى وقت موته.

شروط استحقاق المطلقة بائنا الارث فى زوجها الذى مات بعد أن طلقها وهو فى مرض الموت:

يشترط لاستحقاق المطلقة الارث فى هذه الحالة الشروط الآتية:

الاول: أن يوقع الرجل الطلاق طائعا فلو كان مكرها فلا ترثه لأنه مضطر فى ايقاعه فليس له قصد سىء حتى يرد عليه.

الثانى: أن يكون الطلاق قد وقع بغير رضا الزوجة فإن كانت هى التى طلبته فلا ترث كالمطلقة على الابراء من جميع حقوقها.

الثالث: أن يموت الرجل فى هذا المرض.

الرابع: أن يموت الرجل والمرأة فى العدة فلو مات بعد انقضائها فلا ترث لأن سبب الارث يمكن اعتباره فى العدة لا بعدها.

الخامس: أن تكون المطلقة مستحقة للميراث وقت الطلاق فإن كانت غير

(١) حكم محكمة النقض جلسة ١٩٥٢/٥/٨ الطعن رقم ١٧٤ سنة ٢٠ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٣ والطعن رقم ٢٠٩ سنة ١٨ ق والمنشوران بمجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض فى ٢٥ سنة الجزء الثانى ص ٩٥٦، ٩٥٧.

مستحقة كما إذا كانت غير مسلمة ثم أسلمت قبل موته فلا ترث لعدم قصده الحرمان من الإرث.

السادس: أن تستمر أهليتها من وقت الابانة إلى الموت فلو وجدت الأهلية عند الابانة والموت ولكنها انقطعت أثناء الزمن الفاصل بينهما فلا ترث، فإذا أبانها وهي مسلمة، فارتدت وأسلمت ومات وهي في العدة فلا تستحق الميراث لأنها بردتها سقط حقها فلا يعود بالإسلام إذ الساقط لا يعود (١).

والطلاق في مرض الموت - وعلى ما يبين من نص المادة ١١ فقرة أخيرة من قانون الموارث - قرينة على أن المطلق قصد الفرار من ارث زوجته وهي قرينة قانونية قاطعة وغير قابلة لأبواب العكس ومن ثم لا يجوز الادعاء بأن المطلق في مرض الموت لم يقصد الفرار من أرث زوجته.

تصرفات تعتبر صحيحة ولو وقعت في مرض الموت:

- ١- الوصية في مرض الموت كالوصية في حال الصحة كلاهما صحيح شرعا (٢).
- ٢- إذا أقر رجل بينوة غلام مجهول النسب وكان في السن بحيث يولد مثله لثله وصدقة الغلام أن كان مميزا يعبر عن نفسه أو لم يصدقه يثبت نسبه منه ولو أقر بينوته في مرضه (٣).

مرض الموت في قضاء المحاكم الشرعية:

- ١- مرض الموت هو المرض الذي يعجز الرجل عن القيام بمصالحة خارج البيت ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت.

(١) الأيباني بك المرجع السابق ص ٢٤٩ وما بعدها.

(٢) يراجع كتابنا تشريعات الأحوال الشخصية في مصر طبعة سنة ١٩٧٦ ص ٢٥٩.

(٣) يراجع المادة ٣٥٠ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للمرحوم محمد باشا قدرى ونصها كالآتي:

«إذا أقر رجل بينوة غلام مجهول النسب وكان في السن بحيث يولد مثله لثله وصدقة الغلام أن كان مميزا يعبر عن نفسه أو لم يصدقه يثبت نسبه منه ولو أقر بينوته في مرضه وتلزمه نفقته وتربيته ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نسبه ويرث أيضا من أبي المقر وأن جحدته...

وإذا طلق المريض بمرض الموت امرأته ثم مات وهي في عدته فإنها ترثة لأنه يعتبر فاراً من ارثها فيرد عليه قصده وترثة أن مات وهي في العدة. وإذا تطاولت العدة سنة فأكثر ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير في أحوال المريض تعتبر تصرفاته بعد السنة كتصرفات الصحيح فإن طلق زوجته فلا يعد فاراً من ارثها فإذا مات وهي في العدة فلا ترثة.

٢- لا يعتبر المرض مرض الموت بثبوت مزاوله المريض لعمله خارج بيته بعد وقوع الطلاق المدعى حصوله في مرض الموت فاراً من الأثر (١).



(١) يـ د جـ حـ كـم محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ٢٧ ١٨ ١٩٣٤ المتصور بالمحكمة الشرعية السنة ٧ ص ١٣٩