

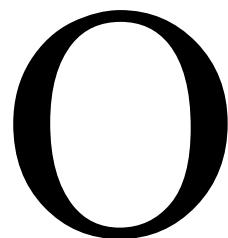
نقابة المحامين بالجيزة
لجنة الفكر

موسوعة

الأحوال الشخصية

المستشار / أشرف مصطفى كمال

مشروع مكتبة المحامي



طبعة خاصة بنقابة المحامين بالجيزة

Π

إنه لمن الواضح الجليّ لكل من له صلة بالمنازل عات القضائية سواء من القضاة أو أعضاء النيابة العامة والمحامين أو حتى المتقاضين أنفسهم أن هناك أزمة استعانت على كل من حاول الاقتراب منها لحلها وهذه الأزمة تمثل في التراكم الهائل للقضايا بالمحاكم والتي قد تصيب في المستقبل إلى كارثة.

وكان السبب الأساسي والمباشر في هذه الأزمة هو قلة عدد القضاة بمختلف درجاتهم بالنسبة لعدد القضايا والمتقاضين وهذا يرجع إلى العدد الضئيل الذي يتم تعينه في مجال القضاء والوقف عند مصادر معينة دون غيرها من الجهات التي يمكن تعين أعضائها في هذا المجال.

ونحن في هذا المقام.. ننوه إلى أن المشرع والسلطة التشريعية قد أعيادها التفكير في محاولة التوصل إلى حل لهذه الأزمة في الوقت الذي يبدو فيه الحل واضحاً جلياً في نصوص قانون السلطة القضائية الحالي حيث نصت المادة 39 من القانون رقم 46 لسنة 1972 بشأن السلطة القضائية على أنه:

((يعين قضاة الفئة (ب) بالمحاكم الابتدائية من الجهات الآتية: فقرة هـ - المحامين الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف أربع سنوات متتالية بشرط أن يكونوا مارسوا فعلاً لمدة تسع سنوات المحاماة أو أي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام يصدر من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي)) .

كما نصت المادة 41 من القانون نفسه على أنه: ((متى توافرت الشروط الأخرى المبينة في هذا القانون جاز أن يعين ..

أولاً: في وظائف قضاة من الفئة (أ) فقرة ج – المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة تسع سنوات متتالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي مدة أربع عشرة سنة....

ثانياً: في وظائف رؤساء فئة ب بالمحاكم الابتدائية فقرة ج – المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة اثنى عشر سنة متتالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي مدة سبع عشر سنة.

ثالثاً: في وظائف رؤساء فئة (أ) بالمحاكم الابتدائية فقرة ج - المحامون الذين اشتغلوا أمام محكمه النقض خمس عشرة سنة متالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي مدة عشرين سنة.

رابعاً: في وظائف المستشارين بمحكمة الاستئناف فقرة ج المحامون الذين اشتغلوا أمام محكمه النقض خمس سنوات متالية . وكذلك نصت المادة 43 من ذات القانون على أن يتشرط فيمن يعين مستشاراً بمحكمة النقض أن يتتوفر فيه أحد الشروط الآتية فقرة ج- أن يكون من المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض مدة ثمانية سنوات متالية.

ومن ثم ... ومن جماع نصوص المواد سالفة الذكر يتضح وبجلاء أن الحل لهذه الأزمة سهلاً ويسيراً ومنصوص عليه فعلاً بالقانون.... إذ أن في تعيين المحامين في منصب للقضاء سيكون له أبلغ الأثر الإيجابي في حل هذه المشكلة حيث أن لديهم من الخبرة العلمية والعملية ما يؤهلهم لتقديم هذه المناصب.

فضلاً عن ذلك.... فإن ما تقدم سوف يمنح القضاة قسطاً من الراحة دونما تأثير على حسن سير العدالة.. مما يستوجب تطبيق النصوص المشار إليها سلفاً لا سيما وأنها كانت مطبقة بالفعل من ذي قبل وكانت تؤتي ثمارها..

بل على العكس.. فإن في عدم تطبيق هذه المواد المشار إليها سلفاً لمخالفة جسيمة للقانون حيث نصت المادة 47 من قانون السلطة القضائية على أن.. لا يجوز عند التعيين في وظيفة قاض بالمحاكم الابتدائية أن تقل نسبة التعيين من المحامين المشتغلين بمهنة المحاماة عن الرابع... ولا يجوز عند التعيين في وظيفة رئيس بالمحكمة الابتدائية أو مستشار بمحاكم الاستئناف أن تقل نسبة التعيين من المحامين المشتغلين بمهنة المحاماة عن العشرين... وتحسب هذه النسبة لكل فئة على أساس الوظائف الخالية خلال سنة مالية كاملة..

لما كان ذلك.. ومن جماع ما تقدم بات واضحاً وبحق أنه يجب الاستعانة بالمحامين للتعيين في القضاء لما في ذلك من ضرورة عملية وقانونية...

حمدي خليفة

نقيب المحامين

بالجيزة

Π

أساتذتي.... زملائي وزميلاتي...

لطالما كنا نحلم أن نكون بين أيديكم نسعى إليكم نعلو بكم ومعكم إلى المعالي حتى نحيي رسالتنا العظيمة لتعود إلى شموخها ومجدها.

فالمحاماة رسالة قبل أن تكون مهنة... رسالة الدفاع عن الحق وإظهار العدل. وحتى يمكن المحامي من ذلك لابد أن يمتلك الأدوات التي تعينه في أداء رسالته.

والمحامون هم شريحة من شرائح المجتمع يعانون مما يعني منه ويتاثرون بكل ما يحيط به فمع ضعف الموارد - وخاصة الشباب - وارتفاع سعر الكتاب بشكل مبالغ فيه فقد كان الشغل الشاغل للجنة الفكر بالجيزة (والتي أشرف بكوني مقررا لها) مع مجموعة من محامي الجيزة وهبوا وقتهم وجهدهم لخدمة زملائهم يعملون دون أن يعرفهم أحد منهم أصحاب هذا الفضل بعد الله تعالى.

لذا كان شغلنا الشاغل جميئاً أن نبحث عن حل لهذه المعادلة الصعبة وهي توفير الكتاب القانوني الجيد بسعر يتاسب ودخل المحامي فكان توفيق المولى عز وجل أن هداناً لهذه الفكرة (مشروع مكتبة المحامي) وهي محاولة لإنشاء مكتبة متكاملة على مراحل بأسعار رمزية بدأناها بإصدار سلسلة التشريعات القانونية والتي تصدر شهرياً ثم كانت المرحلة الثانية وهي طباعة أهمات الكتب القانونية

(الموسوعات) والتي تتم بفلسفة جديدة. حيث يتم بسعر رمزي في متداول الجميع حتى يعم الخير وتكتمل الإفادة ولا يسعنا في هذا المقام إلا أن نتوجه بعظيم الشكر والإجلال للسيد المستشار / أشرف مصطفى كمال على مشاركته الإيجابية معنا وتفضله بمنحنا هذا الشرف كما نتقدم بعظيم الشكر لكل من ساهم في إخراج هذا العمل إلى النور يقدمهم مجلس نقابة المحامين بالجيزة نقيباً وأعضاء الذين لم يتوانوا جمياً في تقديم العون للجنة الفكر لاستكمال هذا المشروع العملاق.

وكذلك نتقدم بالشكر للأساتذة موظفي نقابة الجيزة الذين لم يدخرروا جهداً في حسن
تسهيل هذا العمل....

لكل هؤلاء نقدم الشكر والعرفان. والله نسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه.

والله تعالى من وراء القصد وهو يهدى السبيل

أمين الصندوق بنقابة

المحامين بالجيزة

و مقرر لجنة الفكر

هشام حمدي الكومي

م

الحمد لله الذى يوفق من يشاء إلى صراط مستقيم وصلاة وسلام على سيدنا محمد سيد المصلحين وإمام الأئمة الراشدين الذى بعثه الله بالحق رحمة للعالمين ومحجة للسالكين وأنزل عليه الذكر الحكيم ليبين للناس ما فيه سعادتهم وخيرهم الصميم ، وعلى الله وصحبه الذين نهجوا نهجه وساروا على سنته ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

فقد أصدر نادى القضاء الطبعة الأولى الموجزة من هذا المؤلف ضمن سلسلة كتب مكتبة رجال القضاء فى غضون عام (1990) أى منذ ما يزيد على خمسة عشر عاما مضت، كما تولت فى العام التالى (1991) لجنة المكتبة والفكر القانونى بالنقابة العامة للمحامين إصداره للسادة المحامين ضمن سلسلة الكتب التى تتولى إصدارها ، وذلك رغم سبق طرح موسوعته بالأسواق بعنوان "المشكلات العملية فى قانون الأحوال الشخصية" على مدار عدة سنوات سابقة.

ولما كان قد مضى زمن طويل على الإصدار الأول لهذا المؤلف - باعتباره "وجيز" الموسوعة المشار إليها - تضاعفت خلالها مدة اشتغالنا بقضاء الأحوال الشخصية سواء بالقضاء المصرى أو بقضاء دولة الكويت الحبيب من خلال أعارتنا إليها فى سبتمبر 1995 كرئيس بنيابة الأحوال الشخصية بها وحتى أكتوبر من عام 2001 من الميلاد وبعد بلوغنا غاية السلم القضائى بولايتنا لدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف العالى رأينا إصدار الطبعة المثالثة بين أيدينا اليوم أملين أن تكون عونا للمشتغلين بقوانين الأحوال الشخصية فى مصر سواء من القضاة الواقف أو القضاة الجالس.

وإذا كانت الأحوال الشخصية هى كما- يجرى بها الاصطلاح الشرعى وفق ما قضت به محكمة النقض فى الطعن رقم 40 لسنة 3 قضائية بجلسة 1934/6/21 "هى مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ككونه إنساناً ذكرأ أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملأ أو مطلقاً أو أباً أو أباً شرعاً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر فى السن

أو عته أو جنون وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية" ، وكانت المراسيم بقوانين أرقام 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 والقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 والقانون رقم 100 لسنة 1985 ورقم 4 لسنة 2005 والقانون رقم 2 لسنة 2006 هى ما يحكم القواعد الموضوعية لأنزعة_الأحوال الشخصية فى مصر والمتعلقة بالولاية على النفس بمعناها الواسع من صداق ونفقات وطاعة وطلاق وحقوق للزوجين والأولاد والمفقودين وغيرها كان هذا المؤلف فى تناول نصوص تلك القوانين بالشرح والتعليق مع ما ورد من أحكام موضوعية ضمن نصوص القانون رقم 1 لسنة 2000 الصادر بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والقانونين رقما 10 ، 11 لسنة 2004 ، مولين الجانب العملى والمشكلات العملية فيها عنية خاصة ، وتحقيقاً لهذا الهدف فقد التزمت خطة مؤداها إيراد النص القانونى بذات صياغته الواردة بالقوانين واجبة التطبيق وبيان ما إذا كان يعد نصاً مستحدثاً أو مطابقاً لما كان منصوصاً عليه فى القوانين السابقة عليها أتبعتها بالمذكرة الإيضاحية للنص ثم السند الشرعى له ، من نصوص القرآن أو الحديث ثم أتبعنا ذلك بالتعليق على النص والذى حرصنا على أن يتضمن آراء الفقه الشرعى الحديث على وجه الخصوص مع الإشارة إلى الأحكام القضائية الصادرة عن مختلف درجات المحاكم باعتبارها تمثل السوابق القضائية التى تعد دورها أحد مصادر القانون وذلك سواء كانت أحكاماً جزئية أو كلية أو استثنافية وكذا أحكام المحكمة الدستورية والإدارية العليا وفتاوي مجلس الدولة منذ تاريخ إنشاء تلك المحاكم وحتى الآن ، كما طرحنا فى التعليق ما أسفر عنه التطبيق العملى للنص من مشكلات عملية والحلول التى انتهت نيابات ومحاكم الأحوال الشخصية إليها فى خصوصها فضلاً عن إيراد ملاحظات وتوجيهات التفتيش القضائى بشأنها ، كما حرصت عند خلو الأمر المطروح من حكم قانونى ينتظمها إيراد القول الرابع فى المذهب الحنفى باعتبار أنه يضفى الواجب التطبيق - فى هذه الحالة - دون غيره إعمالاً لحكم المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الجديد وحتى أجنب القارئ متاهة الدخول فى الاختلافات الفقهية بين المذاهب المختلفة والتى لن يكون فى حاجة إلى الاستعانة بها لعدم جواز تطبيقها أو إزالت حكمها على المسألة المطروحة إلا إذا كان مصدر المادة محل التطبيق فقه آخر غيره مما يستلزم إيراد حكمه باعتباره مأخذ النص المعنى ومصدره ،

فإذا ما رغب القارئ - على خلاف ذلك - في الاستزادة والمعرفة النظرية فعليه الاتجاه إلى المراجع الفقهية العديدة للمذاهب الشرعية المختلفة والتي تقدم بحوث متعمقة في الفقه الشرعي المقارن والتي تزخر بها المكتبات العامة والخاصة في كل حدب وصوب .

ويهمني التنويه إلى إننى قد حرصت على إيراد نصوص بعض الأحكام الصادرة عن مختلف المحاكم بمختلف درجاتها طالما كان الحكم يتميز بدقة الصياغة أو التسبيب أو المضمون حتى يكون عونا للأخوة الزملاء حديثى العهد بالعمل القانونى فى تلمس طرائق صياغة الأحكام والوقوف على بنائها التركيبى ولاقتباس منها ما يعينهم - فى بدء حياتهم العملية - على صياغة مما يصدر عنهم من كتابات وفىما يعرض عليهم من أقضيه .

كما يهمنى الإشارة إلى إننى قد حرصت فى هذا المؤلف أيضاً - بوجه عام- على تناول موضوعاته بقدر كبير من التبسيط والتيسير وحتى لا يقتصر خطابي فيه على فئة بعينها من فئات المجتمع أو المتخصصين وإنما يتسع ليشمل القارئ العادى وحتى يمكن أن يساهم فى تكوين ثقافة قانونية لأفراد الأسرة بوجه عام .

ولما كان المشرع قد أصدر القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية متضمنا عدداً من النصوص الموضوعية المرتبطة بالقانونين رقمى 25 لسنة 1920 أو 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985 فقد أصبحت لزاماً تناولها بالتعليق .

واستكمالاً لفائدة المرجوة فقد أعقبنا التعليق على كل مادة بإيراد المبادئ القانونية التى استخلصها المكتب الفنى لمحكمة النقض للأحكام الصادرة عن تلك المحكمة ومنذ تاريخ إنشائها وحتى تاريخ مثول الكتاب للطبع .

كما أرفقنا بالمؤلف ملحق يتناول مختصر لأهم مناقشات أعضاء مجلس الشعب لنصوص القانون المطروح وتقرير اللجنة المختصة بإعداد مشروعه حتى يتواافق للفارئ تصور كامل لكافة معطيات النص الذى يعنيه ولما للأعمال التحضيرية لقوانين من فائدة علمية لا تتكرر ، كما حرصنا على أن يتضمن الملحق قرار وزير العدل رقم 3269 لسنة 1985 فى شأن الإجراءات التنظيمية لإعلان وتسليم إشهادات

الطلاق نفاذًا لحكم المادة الخامسة مكرر من القانون باعتبار أن القرار المذكور وثيق الارتباط بالمادة المذكورة ويندرج في عموم مفهومها ، كما حرصنا على أن يتضمن ملحق الكتاب كافة القرارات الوزارية والمنشورات الصادرة عن مكتب النائب العام وجهات الاختصاص المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، كما حرصنا على إدراج نصوص القانون رقم 11 لسنة 2004 بإنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة ومذكرته الإيضاحية وكافة أعماله التحضيرية وما صدر بشأنه من قرارات وزارية وكتب دورية بحكم أنه ينطوي على القواعد التنفيذية للأحكام الصادرة بالنفقات إعمالاً لنصوص مواد القانونين رقمي 25 لسنة 1920 ، 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985، فضلاً عن إيراد القول الراجح في المذهب الحنفي عن مؤلف "مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان" للمرحوم محمد قدرى باشا حتى نرفع عن القارئ مشقة البحث عنه في أمهات الكتب الشرعية في حالة لزوم الرجوع إليها لوجوب تطبيقها استجابة لنص المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 واجبه الإعمال في هذا الخصوص .

ولما كان أسلوب التعليق على النصوص "الشرح على المتون" يفتقر بطبعاته إلى عنونة ما يتضمنه التعليق من موضوعات فقد حرصنا على تزويد فهرست الكتاب بعدد كبير لما اقتبسناه من عناوين لما ورد بالشرح من أفكار حتى يسهل على القارئ الاستدلال على مواضع البحث التي تهمه وتعنيه .

ولا يفوتنا في هذا المقام توجيه الشكر والعرفان إلى كل من قدم لنا يد العون حتى يخرج هذا المؤلف على النحو الذي صدر به ونخص بالشكر الزميلان الفاضلان اللذان كلفهما نادى القضاء بمراجعةه وتحقيقه وهما السيد المستشار / واصل علاء الدين أحمد إبراهيم نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا الأسبق والسيد المستشار / عبد الحكيم عطيه سباله المستشار الفنى لرئيس مجلس القضاء الأعلى ورئيس محكمة النقض الأسبق وكذا الزملاء الأجلاء أعضاء المكتب الفنى لمحكمة النقض وكل من ساهم بمحاضراته أو نفذه أو مشورته.

وبعد .. فحمدًا لله الذى هدانا لهذا ، وما كنا لننهى لو لا أن هدانا الله، ولست أزعم أن ما دونته صواب كله ، بل إنما أنا بشر أخطى وأصيب، وحسبى تؤدينى لما اطمأن إليه قلبي ووسعه إجتهادى المتواضع وسبقنى إليه مفكرين أجلاء ، وبعد أن تحررت

مقدمة

الحق والصواب فيما كتبوا وأكتب مستنهمًا قول الإمام الشافعى "رأى صواب يتحمل الخطأ .. ورأى غيرى خطأ يتحمل الصواب" ، والله العصمة ، ومنه التوفيق .

فهذا عمل متواضع ... واجتهد بقدر الطاقة ، أقدمه تحية إعزاز وتقدير ... إلى كل القائمين على تطبيق القانون وإرساء العدالة ... سواء من القضاء الجالس أو القضاء الواقف .. ولكل المهتمين بهذا الفرع العظيم من فروع القانون لعله يسهم بقدر أو باخر فى تذليل بعض ما يكتنف هذا المضمار من صعاب .. والله من قبل ومن بعد وراء القصد ...

المؤلف

المستشار

أشرف مصطفى كمال

رئيس محكمة إستئناف شئون الأسرة

تمهيد

- تعد مسألة تحديد الشريعة واجبة التطبيق أو القانون واجب التطبيق فيما يتعلق بمنازعات الأحوال الشخصية من أهم المشكلات العملية التي تواجه رجال القضاء المشغليين بهذا الفرع من فروع القانون سواء منهم القضاة الواقف (المحامين) أو القضاة الجالس (القضاة وأعضاء النيابة العامة) ويرجع ذلك إلى تعدد وتشعب القوانين التي صدرت بهذا الخصوص الأمر الذي رأينا معه وجوب التمهيد لهذه الدراسة بمحاولة إلقاء الضوء على مجموعة القوانين التي تحكم منازعات الأحوال الشخصية على اختلاف أنواعها المتعددة باعتبار أن تحديد القانون واجب التطبيق موضوعياً كان أو إجرائياً بعد الخطوة الأولى في سلامة التطبيق القانوني ومن ثم - في الحصول على حكم قضائي صحيح يعنون الحقيقة القانونية التي يكون قد أرساها .
- من هذا المنطلق يمكن القول أن ما يحكم قضايا الأحوال الشخصية للولاية على النفس للمصريين المسلمين - فيما يتعلق بمنازعات بين الزوجين أو بخصوص الأولاد - من الناحية الموضوعية هي نصوص القوانين رقم 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والقانون رقم 4 لسنة 2005 ، فإذا ما خلت نصوص تلك القوانين من حكم موضوعي وجب تطبيق أرجح الأقوال من المذهب الحنفي¹ وهي مدونة في مؤلف قام على إعداده المرحوم محمد قدرى باشا تحت اسم "مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان" وتحكم تلك المنازعات من الناحية الإجرائية نصوص قانونمحاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 والقانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال وما لم يرد بشأنه نص من نصوص ذلك القانون يطبق في شأنه نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 ونصوص قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الموضوعية منها والإجرائية إعمالاً للمادة 13 من قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004².

¹ إعمالاً لحكم المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية
² ينتمي المذهب الحنفي إلى أبو حنيفة النعمان بن ثابت المولود بالكوفة بالعراق في العام الثمانين من الهجرة والمتوفى سنة 150 هجرية .

• وتحكم قضايا الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين من الناحية الموضوعية أحكام شريعتهما الخاصة المقنة (اللائحة التي أصدرها المجلس الملي العام للأقباط الأرثوذكس عام 1938 - الإرادة الرسولية للأقباط الكاثوليك - الأحوال الشخصية للأرمن الأرثوذكس - قواعد الأحوال الشخصية للإنجيليين بمصر- قواعد الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق للروم والسريان الأرثوذكس وهكذا وذلك في حالة اتحاد طرف في المنازعة في الملة والطائفة كلاهما ، أما في حالة اختلافهما ملة أو طائفة طبقت أحكام القانونين رقما 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 المعدين بالقانون رقم 100 لسنة 1985 و 4 لسنة 2005 ، وذلك إعمالاً لحكم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 ، أما من الناحية الإجرائية فتطبق نصوص قانونمحاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 والقانون رقم 1 لسنة 2000 ونصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 لما لم يرد بشأن نص فى القانون رقم 1 لسنة 2000 ونصوص قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية رقم 25 لسنة 1968 المعدل بالقانونين رقمى 54 لسنة 1974 و 23 لسنة 1992 عملاً بالمادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 سواء كانت نصوص موضوعية أو إجرائية¹.

أما فيما يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية - على اختلاف أنواعها سواء كانت من منازعات الولاية على النفس² أو الولاية على المال - التي يكون أحد طرفيها من غير المصريين وهو ما يطلق عليه (منازعات الأجانب) فيطبق في شأنها من الناحية

¹ إلى ما قبل صدور قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 كان يتعين التفرقة في شأن تطبيق نصوص قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية بوجه عام بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية فيقتصر تطبيق نصوص قانون الإثبات على القواعد الإجرائية فقط لمنازعات الأحوال الشخصية مثل وجوب حضور كاتب = بجلسة سماع الشهود واصدار حكم تمهيدي بإحالة الدعوى إلى التحقيق... الخ، أما القواعد الموضوعية للإثبات (كتنصاب الشهادة أو أحوال البرجوع عن الإقرار.... الخ) فتطبق... بشأنها أحكام القول الرابع في المذهب الحنفي وحده دون غيرها فيما يتعلق بمنازعات المسلمين أما غير المسلمين فتطبق نصوص قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 المعدل الموضوعية منها والإجرائية عليهم اتحدوا ملة وطائفة أو اختلفوا، إلا أنه بصدور القانون رقم 10 لسنة 2004 أصبحت نصوص قانون الإثبات الموضوعية منها والإجرائية واجبة التطبيق سواء على منازعات المسلمين أو غير المسلمين (راجع المادة 13 من القانون رقم 10 لسنة 2004 والمذكورة الإيضاحية له).

² وفقاً لمفهوم الفقي الضيق لمصطلحات فقه الأحوال الشخصية فإن منازعات الولاية على النفس تشمل الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام القانون رقم 118 لسنة 1955 بشأن الولاية على النفس كدعوى سلب الولاية على النفس أو الحد منها وهكذا إلا أن المفهوم القانوني الواسع لاصطلاح منازعات الولاية على النفس وفقاً لغرض الشارع يتسع ليشمل الدعاوى التي تدخل في سلطة ولئنفس أو التربية وهي دعاوى التزويج والتعليم والتربية والحضانة من حيث إثباتها وإسقاطها والحفظ والضم والرؤيه والانتقال بالصغر وطلب النفقة له وطلب زيادتها أو إنفاسها والاستقلال بمسكن الحضانة واسترداده ودعوى الطلاق والفسخ والخلع بأنواعها وكذا دعاوى المطالبة بأجور الحضانة أو الرضاع أو المطالبة بالمتعة وهكذا.

الإجرائية نصوص القانون رقم 10 لسنة 2004 ونصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد بشأنه نص في القانون الأخير إعمالاً لحكم المادة الأولى من مواد إصدار القانون المذكور.

- وتحكم تلك القضايا (ذات العنصر الأجنبي) من الناحية الموضوعية نصوص المواد من 10 إلى 28 من القانون المدني المصري وما قد تحيل إليه من قوانين أجنبية وفقاً لقواعد الإسناد وأحكام القانون الدولي الخاص مما لا يجوز معه تطبيق نصوص القانونين رقمي 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985 إلا حالة النص على الإحالة عليهما مثال ما هو منصوص عليه في المادة 14 من القانون المدني .

- وتحكم قضايا سلب الولاية على النفس بمفهومها الضيق من الناحية الموضوعية نصوص القانون رقم 118 لسنة 1955 كما تحكم قضايا الولاية على المال من الناحية الموضوعية أيضاً نصوص القانون رقم 119 لسنة 1955 ، أما من الناحية الإجرائية فتطبق في شأنها جميعاً نصوص القانون رقم 1 لسنة 2000 ونصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية لما لم يرد بشأنه نص في القانون الأول إعمالاً لحكم المادة الأولى من مواد إصداره .

- ويقتصر هذا المؤلف على تناول النصوص الموضوعية للولاية على النفس لمنازعات الأسرة للمصريين المسلمين التي تنتظمها أحكام نصوص القانونين رقمان 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 المعدلين بالقانون رقم 100 لسنة 1985 و 4 لسنة 2005 والقانون رقم 1 و 91 لسنة 2000، ونحيل فيما يتعلق بباقي موضوعات الأحوال الشخصية طبقاً للعرض المتقدم إلى مؤلفاتنا الأخرى في هذا الخصوص .

- إلا أنه يتبع التبيه - في عجلة مختصرة - إلى أن قانون تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000 قد استحدث مجموعة من المواد انطوت على قواعد عامة يتبعين مراعاتها قبل الفصل بوجه خاص في دعاوى الولاية على النفس ودعوى التطليق وهي وجوب عرض الصلح في كافة قضايا الولاية على النفس (مثل الحضانة - الرؤية - الطاعة - الطلاق - المتعة¹) وعلى أن

¹ راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم 760 لسنة 73 ق - جلسه 2005/5/12 حيث ذهب إلى عدم وجوب عرض الصلح في قضايا المتعة لعدم جدواه ، وهو قضاء غير سديد حيث يجوز الصلح على مبلغ المتعة وكذا على توافر شرطى استحقاقها .

يكون ذلك لمرتين في قضايا التطبيق للضرر - للغياب - للسجن ... الخ إذا كان للمتخاصمين أبناء (المادة 18).

• إجازة انتداب أخصائيين اجتماعيين لتقديم تقرير عن الحالات التي تكلفهم بها المحكمة (المادة 4).

• إجازة تضمين وثيقة عقد الزواج اشتراط الزوجة الحق في تطبيق نفسها (المادة 21).

• جواز إصدار النيابة العامة قراراً مسبباً بتسليم الصغير لمن يتوجه مصلحته معه (مادة 70).

• إجازة انعقاد جلسات نظر قضايا الأحوال الشخصية في غرفة المشورة بما لم يعد معه الأمر وجوبياً كما كان عليه الحال قبل صدور القانون 1 لسنة 2000 (مادة 15).

• إسناد أمر التحري عن يسار المحكوم ضده باللفقة في حالة المنازعات الجدية في دعوى الحبس للنيابة العامة وحدها بضوابط واردة بنص المادة 23 من القانون المذكور.

• جواز إضافة طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف ولم تكن مطروحة أمام محكمة أول درجة بالمخالفة لحكم المادة 176 مرفاعات دون أن يعد ذلك تقويتاً لدرجات التقاضي (المادة 58).

• جواز قيام المحكمة بتبصير الخصوم بما يتطلبه حسن سير الدعوى مع مراعاة إلا يلتبس ذلك مع ما هو محظور على المحكمة من عدم جواز توجيه الخصم إلى مقتضيات دفاعه (المادة 4).

رموز

• (نقض أحوال الطعن رقم لسنة ق - جلة // ص - س .).

أى الحكم الصادر عن محكمة النقض	معناها : نقض
أى فى قضية الأحوال الشخصية	أحوال
أى الصادر فى الطعن بالنقض رقم . . .	الطعن رقم
أى لسنة قضائية	لسنة ق
تدل على رقم الصفحة المنشور فيها الطعن بمجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية الصادرة عن المكتب الفنى للمحكمة تدل على رقم السنة القضائية الصادر فيها الحكم والمتتابعة منذ إنشاء محكمة النقض المصرية	ص س

**أولاً : القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل
بالقانون رقم 100 لسنة 1985**

مادة (١)

تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين .
ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع .

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختاراً عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج ، أو خرجت دون إذن زوجها .

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية دون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق ، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه.

وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى².

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية .

ويكون الدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ، ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

¹ مستبدله بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

² قضت المحكمة الدستورية بالطعن 18 لسنة 14 ق "دستورية" بجلسة 1997/5/3 بدعوى الفقرة الخامسة من المادة المطروحة - الجريدة الرسمية - العدد 20 في 1997/5/15.

القانون رقم 44 لسنة 1979 (ملغاة)

مادة 2 - تجب النفقة للزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً ، موسرة كانت أو مختلفة معه في الدين .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة .

وتشمل النفقة الغذاء و الكسوة و المسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف .

و لا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطررت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج .

ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - بدون إذن زوجها- في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجري بها العرف أو عند الضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروع مشوب بإساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ،
ولا تسقط إلا بالاء أو الإبراء .

ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ، ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى .

القانون رقم 25 لسنة 1920

تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً دينا في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراضي منهما ولا يسقط دينها إلا بالاء أو الإبراء .

المذكرة الإيضاحية

كانت تعليمات وزارة الحقانية للقانون رقم 25 لسنة 1920 تتضمن النص على أن المادتين الأولى والثانية من هذا القانون اشتملت على حكمين مخالفين لما كان العمل جاريا عليه قبل صدور هذا القانون وهما .

(1) أن نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشترط في اعتبارها دينا في ذمة الزوج القضاء أو الرضا بل تعتبر دينا من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبه.

(2) أن دين النفقة من الديون الصحيحة وهي التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ويتربى على هذين الحكمين ما يأتي :

-1 - أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ولو كانت أكثر من شهر إذا أدعت أن الزوج تركها من غير نفقة مع وجوب الإنفاق عليها في هذه المدة طالت أو قصرت ومتى ثبت ذلك بطريق من طرق الإثبات ولو كان بشهادة الاستكشاف المنصوص عليها في المادة (179) من اللائحة ، حكم لها بما طلبت .

-2 - أن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق ولو خلا فللمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حاله قيام الزوجية ما لم يكن عوضاً عن الطلاق أو الخلع .

-3 - أن النشوذ الطارئ لا يُسقط متجمد النفقة وإنما يمنع النشوذ مطلقاً من وجوبيها ما دامت الزوجة أو المعندة ناشزة .

وظاهر أن هذين الحكمين هما المنصوص عليهما في هاتين المادتين وأما ما عداها من أحكام النفقة فالمرجع فيه إلى الأرجح من مذهب أبي حنيفة طبقاً للفقرة الأولى من المادة 280 وعلى ذلك يكون المرجع فيمن تجب لها النفقة ومن لا تجب هو مذهب أبي حنيفة .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 بخصوص المادتين الأولى والثانية ما يلي :

"قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية بأن تجب نفقة الزوجة على زوجها من مبدأ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً موسرة كانت أو مختلفة معه في

الدين وهذا هو ما قضى به القانون القائم في المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 ثم جاءت الفقرة الثانية من النص بأنه لا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به العرف".

ولقد جاء هذا النص في فقرته الأخيرة بما ذهب إليه مذهب الظبية وتقتضيه نصوص فقه الإمام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة وعدل المشرع بهذا عن مذهب الحنفية في هذا الموضوع .

ومن المقرر لدى جميع الفقهاء أن الزوجة المريضة إذا لم تُزف إلى زوجها لا تستحق نفقة قبله في حالة عجزها عن الانتقال إلى منزل الزوجية.

ثم أبان المشرع في الفقرة الرابعة من هذه المادة أحوال سقوط نفقة الزوجة في حالة ارتدادها عن الإسلام أو امتناعها مختاراً عن تسليم نفسها لزوجها بدون حق أو اضطرارها إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كما إذا حُبست ولو بغير حكم أو اعتقلت أو منعها أولياؤها من القرار في بيت زوجها .

كما أفصح المشرع عن الأحوال التي لا يعتبر فيها خروج الزوجة بدون إذن زوجها سبباً مسقطاً لنفقتها عليه فقال أنها الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع خروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته وإلى القاضي لطلب حقها ، كذلك خروجها لقضاء حوائجها التي يقضى بها العرف كما إذا خرجت لزيارة محرم مريض ، أو للقاضي أو ما تقضى به الضرورة كإشراف المنزل على الانهدام أو الحرائق أو إذا أسر بنفقتها ، ومن ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالماً بعملها . وذلك ما لم يظهر أن عملها مناف لمصلحة الأسرة أو مشوب بإساءة الحق وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وغني عن البيان أن الفصل عند الخلاف في كل ذلك للقاضي ، ثم في الفقرة السادسة نص المشرع على أن نفقة الزوجة تعتبر ديناً على الزوج من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء وهذا هو الحكم القائم وهو مأخوذ من فقه المذهب الشافعى .

النفقة المتجمدة

أخذ الاقتراح بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على إلا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى.

ذلك لأن في إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التي كانت مقررة في المادة 99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة المحاكم الشرعية وهي ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا المشروع الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى ولا يضار صاحب الحق بهذا الحكم إذ يمكنه من المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضي عليه سنة فأكثر.

وظاهر أن هذا الحكم خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق .

ولما كانت المقاصلة جائزة بين أرباب الديون وقد تكون الزوجة مدينة لزوجها فإنه حماية لحقها في الحصول على ما يفي بحاجتها وقيام حياتها نص المشرع على إلا يقبل من الزوج التمسك بالمقاضاة بين نفقة الزوجة وبين دين للزوج عليها إلا فيما يزيد على ما يكفيها ويقيم أود حياتها ، كما أن امتياز دين نفقة الزوجة عند تزاحم الديون على الزوج وضيق ماله عن الوفاء بالجميع أمر تقره قواعد فقه المذهب الحنفي وهذا ما قررته الفقرة الأخيرة في هذه المادة .

التعليق

- يستند استحقاق الزوجة للنفقة على الزوج إلى قوله تعالى "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُو هُنَّ لِتُضَيِّقُو عَلَيْهِنَّ".¹

كما يستند إلى قول رسول الله ﷺ "اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانات الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، .. ولهم عليكم رزقهن وكسوتهم بالمعروف".

¹ الآية رقم 6 من سورة الطلاق

كما توجبه قواعد القياس الصحيح باعتبار أن القياس يعد المصدر الرابع من مصادر الفقه الإسلامي حيث تجرى القاعدة الشرعية على القول بأن "أن من حبس لحق غيره تلزمه نفقته".

• للفظ النفقة عند الشرعيين معنيان أحدهما خاص والآخر عام ، فاما المعنى الخاص فيراد به الطعام فقط ، وأما المعنى العام فيشمل الطعام والكسوة والسكنى¹ باعتبار أن العام يتناول جميع أفراد مفهومه دفعه واحدة في حدود ما توافق عليه العرف وحدنته العادة وجرى به الاستعمال ، وهو ما كان يجري به المعنى في ظل أحكام القانون رقم 25 لسنة 1920 ومن ثم فلم يكن لفظ النفقة في ظل ذلك القانون يتناول بدل الفرش والغطاء أو الأجر المستحقة للزوجة إلا أن المعنى العام أصبح يشمل أيضاً – بمقتضى حكم الفقرة الثالثة من المادة الأولى المطروحة مصاريف العلاج – كأجر الطبيب وثمن الأدوية – كما أصبح يشمل أيضاً غير ما ذكر ما يقضى به الشرع كبدل الفرش والغطاء ومصاريف المواصلات وأجر الخادم – دون الأجر – وعلى ذلك فإذا ما طلبت الزوجة الحكم لها بنفقة شاملة وقضى لها بهذا اللفظ امتنع عليها العودة للمطالبة بأي مما يدخل في مشتملات النفقة كبدل الفرش والغطاء أو مصاريف العلاج وغير ذلك إلا ما يكون قد استجد بعد صدور الحكم الأول ، وعلى ذلك أيضاً فإنه مما يتبع على الخصوم مراعاته - وكذا المحكمة - في ظل هذا النظر تفصيل ما يطلب أو يقضى به من عناصر النفقة على النحو السالف تفادياً لتبين تفسير مقصود المدعية من طلباتها وما تقضى به المحاكم في هذا الخصوص .

• كما يكون للزوجة أن تطلب فرض مستقل لكل نوع فيقضي لها به إذا ما ثبت استحقاقها له .

• ويخرج عن معنى النفقة في ظل أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 – وفي إطار المعنى العام لها – الأجر بأنواعها كأجرى الرضاعة والحضانة لأنها أمور وإن كانت تتطلب بالنفقة إلا أنها تخرج عن مدلولها .

• وتجب النفقة على الزوج لاستحقاقه الحبس الثابت له على الزوجة وباعتبارها حكما من أحكام عقد الزواج الصحيح² فشرط وجوبها ليس مجرد انعقاد عقد الزواج

¹ عبد الرحمن تاج في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - ط 1955 ص 206 وراجع ابن عابدين - ط 1322 - ج 2.

² محمد بلتاجي في دراسات في الأحوال الشخصية - ط 1980 - ص 320 - ونقض الطعن رقم 48 لسنة 66 ق - جلسة 13 / 3 / 2004.

في ذاته وإنما هو تحقق الاحتباس أو الاستعداد للاحتباس وان لم يتحقق بسبب ليس من قبل الزوجة¹.

• ويتحقق احتباس الزوج للزوجة إعمالاً للقول الراجح وفي المذهب الحنفي وجوب التطبيق بمجرد العقد عليها بصرف النظر عن تحقق الدخول بها من عدمه، وعلى ذلك يثبت للزوجة المعقود عليها الحق في النفقة على الزوج سواء دخل بها أو لم يدخل بكرأً كانت أم عقد عليها ثبيباً، سواء اختلى بها أو لم يختلى طالما أنها لم تمنع عنه حقه في احتباسها².

• فإذا كان تقويت الاحتباس لسبب يرجع إلى الزوجة لم تستحق النفقة على الزوج رغم انعقاد العقد.

• كما يشترط لاستحقاق الزوجة للنفقة أن تسلم نفسها للزوج أو استعدادها لذلك فعلاً أو حكماً بعدم ممانعتها من الانتقال لمسكن الزوجية فإذا امتنعت لسبب يرجع إلى الزوج كعدم إيفائة لعاجل صداقها أو لعدم إعداده مسكنًا للزوجية – استحقت النفقة لها رغم امتناعها³ لأن تقويت الاحتباس هنا لسبب يرجع إليه هو أو لسبب ليس من جهتها .

• وتستحق الزوجة الصغيرة النفقة شرعاً طالما يمكن الدخول بها⁴ وبصرف النظر عن كونها دون السن الذي حدده القانون في المادة 17/1 من القانون

رقم 1 لسنة 2000 لجواز قبول دعوى الزوجية⁵.

• إلا أنه يشترط لاستحقاق الزوجة للنفقة على الزوج أن يكون عقد الزواج صحيحاً وعلى ذلك فإن العقد الفاسد لا ينشأ للزوجة معه الحق في النفقة⁶ ، ومن أمثلة العقد الفاسد أن يعقد الرجل على امرأة يتبين أنها أخته في الرضاعة مثلاً، وحكم النفقة في ظل العقد الفاسد أن يكون للزوج استرداد ما يكون قد أنفقه على الزوجة بحكم قضائي استصدرته ضده بدعوى تسمى في العمل "دعوى استرداد ما دفع بغير حق"

¹ الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية – زكي الدين شعبان – ط 1964 – ص 289 وما بعدها

² نقض الطعن رقم 7545 لسنة 63 ق – جلسة 24 / 3 / 2002

³ زكريا البري في أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية – ص 152 و 177 .

⁴ أبو زهرة في محاضرات في عقد الزوج وأثاره – ص 298 .

⁵ تنص المادة المذكورة على أنه لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كان سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية أو كان سن الزوج يقل عن ثمانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى .

⁶ عبد الرحمن تاج في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – ط 1959 – ص 207 .

أما إذا كان ما أنفق رضاء منه وبغير مخاصمة قضائية من الزوجة فلا حق له في استرداده إذ يعتبر ما أنفقه تبرعاً منه لها¹.

- وامتناع الزوجة عن إتيان الزوج في فراشه لا يعتبر سبباً مسقطاً لنفقتها عليه لأن له استيفاء حقه بحكته وواسع حيلته كما لو نصحتها وزجرها وضربها إعمالاً لقوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن.."².

- ولا يجوز- في رأينا - إثبات أن تفويت حق الزوج في الاحتباس يرجع إلى الزوجة في ظل أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 إلا بقيام الزوج بتوجيه إنذار للزوجة بالدخول في طاعته على النحو الوارد (بالمادة 11 مكرر ثانياً) وتقديم ما يدل على تخلف الزوجة عن الاعتراض على هذا الإنذار (شهادة من قلم كتاب المحكمة) خلال الموعد القانوني أو رفض اعتراضها أن كان³

- وتجب نفقة الزوجة على الزوج ولو كانت على درجة من اليسار تزيد على يسار الزوج لأن المعتبر هو يسار الزوج وحده⁴.

- كما تستحق النفقة للزوجة على الزوج المسلم ولو كانت تختلف معه في الدين أما الزوجة الملحدة التي لا دين لها فلا يتصور استحقاقها للنفقة .

- إلا أن الزوجة المسلمة لا تستحق النفقة على الزوج غير المسلم "زواج المسلمة بغير المسلم زواج باطل"⁵.

- وإذا مرضت الزوجة بعد العقد وقبل الدخول ورفضت الانتقال إلى منزل الزوجية فلا نفقة لها ، أما إذا تم الدخول والانتقال إلى منزل الزوجية رغم المرض استحقت النفقة لها على الزوج ولو كان المرض مزمناً وكذا إذا مرضت في منزل الزوجية وانتقلت بسبب وطأة المرض إلى منزل أهلها وامتنعت عن العودة إلى مسكن الزوجية بسبب المرض ، وكل ذلك إذا لم تكن في الأصل ناشزاً ، فإذا كانت ناشزاً

¹ الحكم رقم 111 لسنة 1939 - جرجا - جلسة 18/9/1940 وانظر مثال لدعوى استرداد ما دفع بغير حق - الحكم الصادر في الدعوات رقم 1510 لسنة 1983 جزئي شبرا - جلسة 22/1/1985 والحكم الصادر في الدعوى رقم 431 لسنة 1990 جزئي مصر الجديدة.

² نظام النفقات في الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد إبراهيم - ط 1349 هجرية - ص 11 .

³ راجع التعليق على المادة 11 مكرر ثانياً .

⁴ هناك من المذاهب الفقهية ما يوجب أن يدخل في الاعتبار عند تقدير نفقة الزوجة حالتها المالية ومقدار يسارها . انظر في ذلك مراجع المذهب الحنفي "الخصاف" وصاحب الهدایة وانظر كذلك مراجع المذهب المالكي .

⁵ محمد زكريا البرديسي في الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية - ط 1967 - ص 286

⁶ المذكرة الإيضاحية القانون رقم 100 لسنة 1985 .

ومرastت و هي ناشز سقطت نفقتها بسبب نشوزها بما فيها أجرة الطبيب ومصروفات العلاج.¹

• ويلتزم الزوج بمصروفات علاج زوجته عملاً بحكم الفقرة الثالثة من المادة² وتشمل مصروفات العلاج أجرة الطبيب أو المستشفى وثمن الأدوية وغير ذلك مما يجري به العرف وذلك في حدود يسار الزوج وقدرته المالية وبصرف النظر عما تكون الزوجة قد تكبدته بالفعل من مصروفات للعلاج باعتبار أن مصروفات العلاج هي أحد عناصر نفقة الزوجة والتي تقدر عملاً بالمادة 16 من القانون بحسب حالة الزوج المالية يسراً أو عسراً على أن الأمر وهو

مسألة موضوعية يخضع لتقدير قاضي الموضوع طبقاً لكل حالة على حدة³.

• ولا يمنع عجز الزوج عن الإنفاق أو فقره من وجوب نفقة الزوجة عليه وكذلك حبسه أو اعتقاله⁴ ولا أن يكون معدماً فينتقل واجب النفقة إلى من يليه وهو من كانت تجب نفقتها عليه لو لم تكن متزوجة ، أما في الحالة الأولى وهي عجزه عن الإنفاق فيلزم بالنفقة ويؤمر من يليه بالأداء⁵ بطريق التصریح لها بالاستدابة عليه من الأخير⁶ على تفصیل سیرد في موضعه .

• ولقد استقر القضاء الشرعي في هذا المجال على أن زوجة الابن لا حق لها في مطالبة أبيه بنفقتها بصفتها زوجة لابنه⁷ .

• وأما عن أجر الخادم فإن فرضه يتوقف على ما يثبت أمام المحكمة مما إذا كان المدعى عليه على درجة من اليسار تسمح للقول بقدرته على استحضار من يخدم زوجته ، وفرضه يرتبط بمنزلة الزوجة بالنظر إلى حسبها وأنها من تخدم عادة أما من لم تكن من يخدم فلا حق لها في المطالبة بأجر خادم حتى مع ثبوت يسار الزوج

¹ مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان – قدرى باشا – طبعة 1932 – مادة (163).

² حكم محكمة شبرا الجزئية – في الدعوى رقم 263 لسنة 1981 – جلسة 1983/5/30.

³ انظر الحكم الصادر في الدعوى رقم 639 لسنة 1989 شرعى مصر الجديدة – جلسة 1982/5/13 وكذلك الحكم الصادر في الدعوى رقم 525 لسنة 1981 شبرا الجزئية جلسة 1982/5/30 وفيه قضت المحكمة بإلزام الزوج بدفع مبلغ 800 مليم و 95 جنيهًا مصروفات علاج رغم أن الزوجة قدمت المستندات الدالة على صرف مبلغ 798 مليم و 122 جنيه.

⁴ يدران أبو العينين في الزواج والطلاق في الإسلام – طبعة 1957 – ص 156.

⁵ صالح حنفى في المرجع في قضاء الأحوال الشخصية – ط 1958 – ص 253.

⁶ مرشد الحيران – قدرى باشا – ص 57 – مادة 177.

⁷ حكم محكمة مصر الشرعية في القضية رقم 740 لسنة 1924 – جلسة 1925/7/8 – منشور بمجلة المحاماة الشرعية – العدد 2 – ص 454.

، ويجوز القضاء بأجر أكثر من خادم واحد إذا ثبت الالتحياج لذلك وإذا اتجهت المحكمة إلى فرض أجر خادم فإنه يتبع أن تكون الزوجة قد أقامت الدليل على تواجد الخادم بالفعل في خدمتها وقت الفرض فلا يكفي القول بأنها سوف تستقدم خادماً بعد صدور الحكم ، وللزوج بعد الحكم بفرض أجر خادم عليه إذا ما علم أن الزوجة قامت بتسریح الخادم بعد الحصول على الفرض المقرر له أو أنه لا يقوم بالخدمة على الوجه المطلوب أن يقيم ضد الزوجة الدعوى بإسقاط أجر الخادم شريطة أن يقيم أمام المحكمة الدليل على قيام الزوجة بتسریحه .

• وأجر الخادم وإن كان لا يعد من عناصر نفقة الزوجة بمعناها الخاص وإنما يأخذ مسمى الأجور إلا أنه لا يُستوى في الحكم مع أجر الرضاعة أو أجر الحضانة من حيث عدم جواز القضاء به في حالة استحقاق الزوجة للفقة على الزوج وإنما للزوجة المطالبة به في حالة توفر شروطه رغم استحقاقها للفقة باعتباره عنصراً مستقلاً ويدخل في مفهوم ما يقضى به الشرع للزوجة في ضوء التعديل الذي أدخل على النص بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 100 لسنة 1985 .

• ويقدر أجر الخادم بحسب أوان كل زمان ومكان .

• ونحن نرى أنه إذا أقامت الزوجة الدعوى بطلب نفقة زوجية لها ونفقة لأولادها من الزوج وطلبت فرض أجر خادم لها وللأولاد وتوافرت أمام المحكمة أدلة الاستحقاق حكمت بأجر خادم واحد حيث لا يجب فرض أجر خادم للزوجة وأخر للأولاد إلا إذا كان يسار الملزوم بالنفقة يسمح بذلك.

• والحكم للأولاد بأجر خادم لا يسقط حق الحاضنة في الحصول على أجر حضانتها للأولاد بدعوى أن الخادم يقوم على خدمتهم عوضاً عن خدمة الحاضنة لاختلاف طبيعة كل من الفرضين .

• وأما عن المسكن فإن سكنى الزوجة واجبة على الزوج شرعاً بحيث أنه إذا لم يسكنها معه وجبت لها عليه أجرة سكن من أمواله وضمن عناصر نفقتها عليه فإذا كانت الزوجة أو المعتدة تسكن الزوج فلا أجر لمسكن لها عليه وإنما استحققت فقط بقية عناصر النفقة إذا ما امتنع عن القيام بها .

• وفرض أجر مسكن للزوجة لا يختلط بأجر مسكن حضانة الصغار والمطلقة في حالة اختيار الحاضنة للبدل النقدي (أجر السكن) المنصوص عليه في المادة 18 مكرر ثالثاً من القانون إذ أن أجر المسكن هنا يعد من عناصر نفقة الزوجية ويستحق

للزوجة في حالة تخلف الزوج عن إسكان زوجته حال قيام الزوجية ومن أموال الزوج شخصياً أما أجر مسكن الحضانة فيعتبر من عناصر نفقة الصغير على أبيه ويستحق في أموال الصغير بحسب الأصل أن كانت له أموال ويلتزم به الأب استثناء في حال فقر الصغير¹.

• ولا يعني حصول الزوجة على أجر مسكن ضمن عناصر نفقتها على الزوج سقوط التزام الزوج بتهيئة مسكن الزوجية فإذا أعد الزوج مسكن زوجية مستوى لأركانه الشرعية كان على الزوجة القرار فيه حيث يسقط من ثم أجر المسكن من عناصر نفقتها الأخرى عليه.

• وإذا طلبت النفقة كعناصر محددة (مأكل وملبس ومسكن) كان على المحكمة أن تقضى بفرض مستقل لكل عنصر وطبقاً للمطلوب ، إلا أنها لا يجوز لها أن تقضى بنفقة شاملة لأن قضائهما بذلك إنما يعني أنها قضت بما لم يطلبه الخصوم وخاصة وأن لفظ النفقة الشاملة أصبح يعني كما تقدم القول غير مفهوم المأكل والملابس والمسكن فحسب وفي ذلك تقول محكمة شبرا الجزئية للأحوال الشخصية "وحيث أن مصاريف العلاج يلزم بها الزوج طبقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم 44 لسنة 1979 وقد انصب دفاع المدعي عليه على أن الحكم في الدعوى 263 لسنة 1981 أحوال شبرا يشمل مصاريف العلاج وهذا غير صحيح حيث أن هذا الحكم لم يتضمن فرض نفقة علاج ولا تدخل هذه النفقة ضمن ما يحكم به من نفقة مأكل وملبس".

• ويعتبر إقامة الزوجة الدعوى للمطالبة بالنفقة فرينة بسيطة على امتناع الزوج - عموماً - عن الإنفاق ولكن لكونها قرينة بسيطة فيجوز للزوج دحضها بإثبات قيامه بالإنفاق على الزوجة ، كما يثبت تاريخ الامتناع عن الإنفاق - تحديداً - بكافة طرق الإثبات ومنها البينة الشرعية.

• وقد جرت المحاكم على الاكتفاء في إثبات الحالة المالية للزوج بما يسمى "بيان مفردات المرتب" إذا كان الزوج موظفاً وهو ما يعرف شرعاً "شهادة الاستكشاف" أو بالتحريات الإدارية إذا كان من أرباب المهن الأخرى ، إلا أنه يجوز إثبات الحالة المالية بكافة طرق الإثبات الأخرى ومنها البينة الشرعية خاصة إذا ادعت الزوجة أن للزوج مصادر دخل بخلاف راتبه الثابت .

¹ راجع التعليق على المادة 18 مكرر ثالثاً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

• ويجوز للملتزم بالنفقة إثبات وفاؤه بها بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود دون تقييد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يجاوز 500 جنيه إلا بالكتابة¹ لما هو مقرر من أن المشرع قد فرق في الإثبات في نطاق الأحوال الشخصية بين الدليل وإجراءات الدليل² مما مؤداه خضوع إثبات الوفاء بالنفقة للقول الراجح بالمذهب الحنفي وهو جواز الإثبات بالبنية أيًاً ما كانت قيمة التصرف.

• وقد استقر الفقه والقضاء الشرعي منذ زمن بعيد على قاعدة مؤداها أن ثبوت قبض (الزوجة أو المطلقة أو المستحقة) لنفقة شهر قرينه قاطعة على قبض المتجمد عن الشهر السابق عليه³.

• كما يجوز دفع طلب الزوجة للنفقة بقيام الزوج بالإتفاق عليها ويجوز للزوج - كما تقدم - إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ومنها البنية الشرعية وفي هذه الحالة لا يجوز القضاء ضده بإلزامه بالنفقة⁴.

• وتدخل كافة موارد الزوج المالية في تقدير يساره - ومن ثم - في تحديد مقدار النفقة المستحقة عليه ، من ذلك أرصدته النقدية بالبنوك ومقدار الريع المستحق له كعائد ودائع أو سندات بنكية (شهادات الاستثمار والأدخار وما شابه)⁵ وقيمة إيجار الأراضي الزراعية وغيرها من العقارات المملوكة .

¹ والمنصوص عليها في المواد 60 و 61 من قانون الإثبات 25 لسنة 1968 المعدل .

² نقض أحوال جلسة 28/6/1988 - الطعن رقم 23 لسنة 57 ق .

³ راجع في ذلك أحمد نصر الجندي في مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية - طبعة نادي القضاة - 1986 - ص 1154 وراجع حكم محكمة السنبلاويين الشرعية في القضية رقم 513 لسنة 1937 - جلسة 19/1/1938 - منشور بمجلة المحاماة الشرعية - ط 9 - ص 640 .

⁴ مبادئ القضاء الشرعي - نصر الجندي - ط 1986 - ص 123 .

⁵ راجع قانون سرية حسابات البنوك رقم 205 لسنة 1990 المعدل بالقانون رقم 97 لسنة 1992 وقد نص في المادة الأولى منه على أن تكون جميع حسابات العملاء بالبنوك وودائعهم ومعاملات المتعلقة بها سرية ، وأنه لا يجوز الإطلاع أو إعطاء أية بيانات عنها إلا باذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة إلا بناء على حكم قضائي بذلك . وتضمنت الفقرة الثانية من المادة أن الحظر المنصوص عليه في الفقرة الأولى يسري على جميع الأشخاص والجهات بما في ذلك الجهات التي خولها القانون - بحسب الأصل - سلطة الإطلاع أو الحصول على البيانات المحظورة إفشاؤها ثم انتط المشرع بجهة أوردها تحديدًا في المادة الثالثة من القانون سلطة إعطاء الإذن بالإطلاع على تلك الحسابات السرية أو إعطاء بيانات بها فنص على أن النائب العام وحده أو لمن يفوضه من المحامين العامين الأول دون غيرهم أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة وحدتها الامر بالإطلاع أو الحصول على بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون وذلك في حالتين . الأولى : أن يكون الإذن بمناسبة جنائية أو جنحة ارتكبت ويقتضي كشف الحقيقة فيها الإطلاع على تلك الحسابات أو الودائع .. وبشرط أن تتوافق دلائل جدية على وقوع تلك الجنائية أو الجنحة . والحالـة الثانية : هو أن يكون الإذن بمناسبة التقرير بما في الذمة بمناسبة حجز موقف لدى أحد البنوك . ثم حدد القانون كيفية إصدار الإذن من المحكمة المذكورة فنص على أن تفصل المحكمة في طلب الإذن منعقدة في غرفة مشهورة خلال ثلاثة أيام من تقديمها وبعد سماع = = رأى النيابة العامة والأمر الواضح أن المشرع حظر على أية جهة قضائية - المحاكم أو النيابة - وهي التي كانت مخولة بحسب الأصل ولها سلطة الإطلاع والحصول = = على بيانات عن حسابات الأشخاص لدى البنوك الحصول على معلومات أو

• ونحن نرى أنه لا يعد امتلاك الزوج لسيارة خاصة دليلاً على اليسار وإنما يعد ، وكذا زواجه من أخرى أعباء مالية تستنزل من موارده عند تقدير النفقة المستحقة عليه .

• يبين من استعراض نص المادة محل التعليق أن المشرع قرن ما تتفق عليه المذاهب الفقهية المختلفة من وجوب نفقة الزوجة على زوجها باعتبار أن ذلك الوجوب وردت بشأنه نصوص قطعية الثبوت والدلالة من القرآن الكريم .

• وقد اختلف الفقه الشرعي حول سبب استحقاق نفقة الزوجة بين قول بوجوبها بمجرد العقد دون توقف على شئ آخر وقول يشترط لوجوبها توافر الاحتباس أو الاستعداد له وثالث يذهب إلى عدم وجوبها قبل أن تزف الزوجة إلى الزوج .

وقد حسم المشرع ذلك الخلاف واعتمد في الفقرة الأولى من المادة الرأي الذي يشترط لوجوب نفقة الزوجة توافر الاحتباس أو الاستعداد له فكان نص الفقرة الأولى من المادة الأولى وقد صدرها بالقول "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً".

بيانات عن تلك الحسابات وقصر سلطة إصدار الأمر بذلك على محكمة استئناف القاهرة وحدتها بالضوابط والقيود المنصوص عليها في المادة = الثالثة كما حدد الأشخاص الذين يقتصر عليهم الحق في عرض الأمر على تلك المحكمة. وقد جرى العمل بمحاكم الأحوال الشخصية على الأذن للمدعى - بقرار غير مسبب يصدره القاضي - ليست له صفة الحكم القضائي بالتصريح للمدعى بالتحري لدى مختلف البنوك واستصدار شهادات تتضمن ما عسى أن يكون للمدعى عليه من أموال أو ودائع لديها حيث تقوم محاكم الأحوال الشخصية بتقدير النفقة المستحقة على المدعى عليه على ضوء ما يثبت من يسار المدعى عليه ومقدار أمواله وودائعه بالبنوك . وإذا كان النص الوارد بقانون سرية حسابات البنوك - وقد حظر إعطاء أية بيانات عن أرصدة أو ودائع الأشخاص لدى البنوك إلا بناء على حكم قضائي أو بناء على طلب النائب العام فإن ذلك سيترتب عليه في حالة استلزم الأمر التعرف على أرصدة حسابات المدعى عليه أو ودائعه لدى البنوك تعطيل نظر تلك القضائية ذلك أنه بعد أن كان للقاضي الشرعي أن يصدر قرار غير مسبب لا يتطلب سوى تدوينه بمحضر الجلسة ليتحصل المدعى على صورة رسمية منه حتى يتثنى له الحصول على معلومات ومقدار أرصدة المدعى عليه لدى مختلف البنوك فإن الأمر أصبح يستلزم أن يصدر القاضي حكماً قطعياً يكون للمدعى عليه الحق في الطعن عليه بالاستئناف ولا يخفي ما في ذلك - كما قدمنا - من إرهاق للقاضي والمتقاضي وتعطيل للدعوى وإطالة أمد نظرها أمام المحاكم.

والحل في رأينا لا يكون إلا بالأخذ بظاهر النص وتفسير نص المادة الأولى من قانون سرية حسابات البنوك باعتبار ظاهرة والقول بأن المشرع لم يتطلب للاطلاع على حسابات الأشخاص لدى البنوك إلا صدور حكم قضائي تمهدى أو تحضيرى مسقطاً جواز ذلك بقرار يصدر من القاضى بصفته القضائية أو الولاية وأنه لو أراد المشرع أن يكون الحكم القضائى الوارد بالنص نهائياً لنصل على ذلك صراحة إعمالاً لقاعدة أنه لا وجه في حالة صراحة النص لتداوileه واعتبار الحكم الذى يصدر فى مثل تلك الحالات حكماً تمهدى لا يجوز للخصوم الطعن عليه إلا مع الطعن على الحكم المنهى للخصوصة برمتها وما على المحاكم - فى نظرنا - فى حالة استلزم الاطلاع على ما لدى البنوك من حسابات للمدعى عليه أو ودائعه سوى إصدار حكم تمهدى بذلك بعد أن أصبح محظوراً عليها الوصول إلى ذلك بقرار يثبته القاضى فى محضر الجلسة - وانظر أيضاً المادة (23) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

ثم تناول المشرع في الفقرة الرابعة من المادة أحوال عدم وجوب النفقة على الزوج وعدها في ثلاثة حالات .

الأولى : إذا ارتدت (أى ارتدت عن الإسلام) .

والثانية: إذا امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كاضطرارها للبقاء بمسكن أسرتها لرعايتها أحد مرضاهما

والثالثة : إذا خرجت دون إذن زوجها¹ .

ثم تناول في الفقرة الخامسة بيان حالات عدم سقوط النفقة رغم خروج الزوجة من مسكن الزوجية على خلاف الفاعدة المنصوص عليها بعجز الفقرة الرابعة وحصرها في استثنائين هما الخروج بحكم الشرع والخروج للعمل .

أما الاستثناء الأول: الأحوال التي يباح فيها للزوجة الخروج بوجه عام

تضمنت الفقرة الخامسة من المادة محل التعليق – النص على أنه لا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية – دون إذن زوجها – في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع ، ثم أردفت تبياناً ل نطاق اصطلاح "حكم الشرع" بقولها "مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قبضت به ضرورة" الأمر الذي يبين منه مقصود المشرع في إجازة خروج الزوجة من مسكن الزوجية دون إذن زوجها في الأحوال التي ورد بإياها نص شرعى أو عرف شرعى أو جرت بها ضرورة شرعية² .

¹ تناول المشرع في المادة 11 مكرر ثانياً من القانون تحديد تاريخ وقف نفقة الزوجة في حالة امتناعها عن طاعة الزوج أي حال توافر أي من الحالات التي أوردتها الفقرة الرابعة من المادة الأولى ، ونظم كيفية تداعي الزوجين في مثل تلك الحالة فنص على أنه " إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع ، وتتعذر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إليها للعودة يعلن على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن " ثم أضاف في الفقرة الثالثة النص على أنه " ويعد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تقدم به في الميعاد " . وقد ورد في المذكورة الإيضاحية للنص المذكور أنه " لما كانت الشريعة الإسلامية قد جعلت الحقوق الزوجية وواجباتها مقابلة فحين ألمت الزوج بالإنفاق على زوجته في حدود استطاعته أو جبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة أن تستقر الزوجة في مسكن الزوجية الذي هيأ لها الزوج امثلاً لقوله تعالى " أسكنوه من حيث سكنت من وجدكم ولا تضاروهم لتضيقوا عليهم ... " من الآية 6 من سورة الطلاق ، ومن هنا قرار الفقهاء أن الأصل في الزوجة الطاعة وأنه إذا امتنعت عن طاعة = الزوج فإنها تكون ناشزة وتسقط نفقتها من تاريخ هذا الامتناع ، وتنظيمها لهذا جاءت المادة (11) مكرر ثانياً) حيث قضت بأن امتناع الزوجة عن طاعة الزوج دون حق يتربّ عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع ... " .

² كان النص في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 يجري بجواز خروج الزوجة في الحالات التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجري بها عرف أو عند الضرورة ، وبذلك استبعد النص الحالى الحالات التي قد يجيز فيها العرف خروج الزوجة على خلاف أحكام الشرع .

وإذا كان مفهوم حكم الشرع في اصطلاح الأصوليين هو خطاب الشارع (المولى عز وجل) المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تخيراً أو وضعاً ، وأنه في اصطلاح الفقهاء الآخر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل كالوجوب والحرمة والإباحة مما تعدد معه سائر الأدلة الشرعية التي دل القرآن على اعتبارها والاحتجاج بها من إجماع أو قياس وغيرها في حقيقتها خطاب من الشارع ولكنه غير مباشر وهو ما يعني أن كل دليل شرعي تعلق بفعل من أفعال المكلفين طلباً أو تخيراً أو وضع هو حكم شرعي¹، فإن مؤدي ذلك أن للزوجة الحق في الخروج من مسكن الزوجية دون إذن الزوج في الأحوال التي يقوم عليها دليل من الأدلة الشرعية وسواء كان النص هو حكم من كتاب الله أو سنة نبوية ، وسواء كان مصدر الحكم الشرعي إجماع الأمة أو القياس أو العرف أو المصلحة المتمثلة في ضرورة تقتضي الفعل أو ترفع عنه الحظر أن كان .

وأما الاستثناء الثاني : خروج الزوجة للعمل وضوابطه

يقول الله تعالى في محكم التنزيل "وَلَمَّا وَرَدَ مَاءَ مَدْيَنَ وَجَدَ عَلَيْهِ أُمَّةً مِنَ النَّاسِ يَسْقُونَ وَوَجَدَ مِنْ دُونِهِمْ امْرَأَتَيْنِ تَدْوَدَانِ قَالَ مَا خَطْبُكُمَا قَالَا تَنْسِيَ حَتَّى يُصْدِرَ الرِّعَاءُ وَأَبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ، فَسَقَى لَهُمَا ثُمَّ تَوَلَّ إِلَى الظَّلَلِ فَقَالَ رَبِّ إِنِّي لِمَا أَنْزَلْتَ إِلَيَّ مِنْ خَيْرٍ فَقِيرٌ"² ويستدل من الآيتين المذكورتين على أن من حق المرأة العمل بل أن من واجبها العمل عند الضرورة³.

ويبيّن من استعراض نص الفقرة الخامسة من المادة محل التعليق أن المشرع قد أجاز للمرأة الخروج من مسكن الزوجية لغرض العمل باعتبار أنه إذا كان قد اكتفى فيما يتعلق بحق المرأة في الخروج من مسكن الزوجية بوجه عام اشتراط إجازة الشرع ذلك الخروج وذلك بأن يكون خروجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع إلا أنه فيما يتعلق بإجازته خروجها لاحتراف اشترط توافر شرطان أولهما أن يكون العمل الذي تخرج لأجله مشروعًا وثانيهما أن يأذن لها الزوج في العمل .

ونتناول كل من الشرطين بشيء من التفصيل .

¹ عبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه - طبعة 1970 - وما بعدها والشيخ زكريا البرى في أصول الفقه الإسلامي - طبعة 1982 - ص 265 وما بعدها .

² الآية رقم 23 و 24 من سورة القصص .

³ يراجع في دلالة الآيتين المذكورتين كتيب للشيخ محمد متولي الشعراوى باسم "المرأة في القرآن الكريم" ضمن سلسلة مكتبة الشعراوى الإسلامية - إصدار دار أخبار اليوم - طبعة 1990 - ص 99 وما بعدها .

• تناول الجزء الثاني من الفقرة الخامسة من المادة محل التعليق – كما تقدم القول – النص على أن خروج الزوجة للعمل لا يعتبر سبباً مسقطاً لنفقتها على الزوج ، ويبين من استعراض النص المذكور أن المشرع قد اشترط في العمل الذي تزاوله المرأة أن يكون عملاً مشروعاً .

• وفي مجال تحديد مفهوم المشروعية في هذا النطاق تعددت الآراء وتبينت فذهب قول إلى اعتماد القانون كضابط لها ، فالعمل المشروع هو العمل المطابق للقانون بينما العمل غير المشروع هو العمل المخالف للقانون¹ بينما يذهب اتجاه آخر إلى القول بأن العمل المشروع هو العمل الجائز شرعاً أى وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية² ونحن نرجح الأخذ بالنظر الأخير ذلك أنه وإن كانت عبارة "المشروع" وإن كان يمكن استخدامها بحكم اشتراطها كتعبير عن مطابقة القانون وأيضاً مطابقة الشريعة الإسلامية فإنه في مجال قوانين الأحوال الشخصية وهي تطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية يكون الراجح هو قصد أحكام الشريعة الإسلامية ، يضاف إلى ذلك أنه إذا كان المشرع قد أجاز خروج الزوجة من منزل الزوجية دون إذن من الزوج في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع أى – على ما تقدم القول – في الأحوال التي يقوم عليها دليل شرعى فإن إيراده مثلاً لتلك الحالات بالنص على خروجها للعمل المشروع كمثال لها وهو ما يستفاد مما ورد بالذكر الإيضاحية للنص إنما يوجب القول بخضوع العمل الذي يباح للزوجة الخروج لممارسته لذات الضابط الذي يبيح لها الخروج من مسكن الزوجية بوجه عام بغير إذن الزوج وهو حكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة³ وهو ما يستتبع القول بأن العمل يعد مشروعأً طالما أنه لم يرد بتحريم نص شرعى أو كان يجيزه العرف الصحيح أو تقضى به ضرورة شرعية كمن تعول لتعول نفسها⁴.

¹ السنهورى فى الوسيط فى شرح القانونى المدنى – المحىى الثانى – نظرية الالتزام طبعة نادى القضاة – 1981 – ص 1080 و 1081 حيث يذهب إلى القول فى تحديد فكرة الخطأ "فرائى شائع بين الفقهاء يقول أن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أى العمل الضار المخالف للقانون" .

² عبد الناصر العطار فى مؤلف الأسرة وقانون الأحوال الشخصية – ط 1985 – ص 50 حيث يقول "والنص السالف الذكر أعطى الزوجة حقها فى ان تعمل خارج بيتها عملاً مشروعأً عملاً جائزأً شرعاً فى حدود الآداب الإسلامية".

³ تقول المذكورة الإيضاحية للفقرة الخامسة من المادة المطروحة "كما أفصحت المشرع عن الأحوال التي لا يعتبر فيها خروج الزوجة بدون إذن زوجها سبباً مسقطاً لنفقتها عليه فقال أنها الأحوال التي يباح ذلك بحكم الشرع كخروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته وإلى القاضى لطلب حقها وكذلك ومن ذلك الخروج للعمل المشروع".

⁴ ومثلاً لها ما ورد عن قصة سيدنا موسى (الآيات 23، 24 من سورة القصص) .

• أورد النص في الجزء الثالث من الفقرة الخامسة حكم حالة خروج الزوجة للعمل وقيد ذلك بشرطين أوجب توافرهما حتى لا يكون ذلك سبباً مسقطاً لنفقتها على الزوج والقيد الأول يتمثل في وجوب أن يكون العمل مشروعًا – وهو ما تناولناه قبلاً – وأما الشرط الثاني فهو موافقة الزوج على العمل حقيقة أو حكماً ودليل ذلك أن المذكرة الإيضاحية للنص قد ضربت الأمثلة للحالات التي يجوز فيها للزوجة الخروج للعمل ويستدل منها على صدور موافقة الزوج الحقيقة أو الحكمية فجرى نصها على أن "..... ومن ذلك الخروج للعمل المشروع إذا أذنها الزوج للعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالماً بعملها". وجميع الحالات التي جرى بها نص المذكرة الإيضاحية وهي :

أولاً : إذا كانت قد تزوجت غير محترفة ثم أرادت الاحتراف بعد الزواج وأنذن لها زوجها صراحة بذلك .

ثانياً : إذا كانت قد تزوجت غير محترفة ثم أرادت الاحتراف بعد الزواج ولم تستأنن الزوج في ذلك واحترفت بالفعل دون أن يصدر عن الزوج ثمة اعتراض وهو ما يعد إذن ضمني بالعمل .

ثالثاً : أن تكون الزوجة محترفة من قبل الزوج ثم تقرن بالزوج وهو يعلم باحترافها وهو ما يعد إذن مسبق منه بالعمل وشرطًاً بالعقد¹.

هذه الحالات ترتد إلى صدور موافقة الزوج على عمل الزوجة وإن ذهابها به سواء كان ذلك بإذن مسبق كما في الفرض الثالث أو بإذن صريح كما في الفرض الأول أو بإذن ضمني كما في الفرض الثاني ، مما يقتضاه أنه ليس لمن تزوجت مخدرة² أن تتحرف بعد الزواج إلا بإذن من الزوج وموافقته فإن هي فعلت عدت ناشزة وسقطت نفقتها عليه ، وأن من احترفت بعد الزواج دون اعتراض أو تزوجت وهي محترفة فليس للزوج منعها من العمل إعمالاً لحكم النص محل التعليق لرضائه الضمني ويؤكد ذلك - أى أن موافقة الزوج شرط لازم لخروج الزوجة للعمل - أن الخروج للعمل وقد اشترط النص أن يكون مشروعًا مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية

¹ ويعتبر فقهاء الحنفية هذا الشرط ما لم تطرأ أسباب جديدة تجعل تنفيذ هذا الشرط متنافيًا ومصلحة الأسرة جميعها لأنه في هذه الحالة تكون مصلحة الأسرة مقدمة على مصلحة الزوجة في العمل (راجع في ذلك محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - طبعة 1975 - ص 146 وما بعدها) ² المخدرة عكس البرزة وهي من تخرج لحرفه ، أما المخدرة فهي من تكون في خدرها أى في منزلتها بغير حرفة .

و هذه المطابقة تستوجب توافر كافة الشرائط الشرعية في خروج الزوجة للعمل وفقاً لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة ومن بين هذه الشرائط - كما تقدم القول - سبق الحصول على إذن الزوج بذلك ، يضاف إلى ذلك أن الجزء الثاني من الفقرة الخامسة قد اشترطت ضمن ما اشترطت في مجال تحديد حق الزوجة في العمل إلا يطلب منها زوجها الامتناع عنه - وذلك على التفصيل الذي نورده فيما يلى - مقتضى ذلك أنه في حالة إباحة خروج الزوجة للعمل تكون شروط منعها عنه ومن بينها طلب الزوج الامتناع عن الخروج للعمل غير متوفرة بما معناه أن الزوج إما قد رضى بهذا الخروج صراحة أو قد أقره ضمناً .

- بعد أن تناول المشرع في الجزء الثاني من الفقرة الخامسة تقرير حق الزوجة في الخروج من مسكن الزوجية للعمل وأبان شرطى استخدامها لذلك الحق وهما وجوب توافر المشروعية في العمل وموافقة الزوج الحقيقة أو الحكمية على ذلك أى على الخروج وعلى العمل أعطى للزوج الحق في منع الزوجة من العمل أو من الاستمرار فيه وذلك حالة إذا ما ظهر أن استعمالها لهذا الحق مشوب بإساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب الزوج منها الامتناع عنه .

- وصياغة عبارة الجملة الأخيرة من ذلك الجزء في الفقرة الخامسة تدل على أن قصد المشرع من عبارة الحق المشروط إنما ينصرف إلى الحق في العمل وليس إلى الحق في الخروج من مسكن الزوجية ، يؤكد هذا التفسير ما ورد بالذكر الإيضاحية للنص في قوله ".... وذلك ما لم يظهر أن عملها مناف لمصلحة الأسرة أو مشوب بإساءة الحق" فضلاً على أن حق الزوجة في مطلق الخروج - سبق أن تناوله المشرع في الجزء الأول من الفقرة محل التعليق .

فإذا ما تعارض عمل الزوجة مع صالح الأسرة أو أساءت استخدامها ذلك الحق كان للزوج منعها منه رغم سبق إذنه بالخروج للعمل ورغم اتفاق ذلك العمل وأحكام الشريعة الإسلامية مراعاة من المشرع لصالح الأسرة وتقديما له على حق الزوجة في العمل¹ ولأنه في الحالة الثانية يتبع منع الزوجة من استخدام ذلك الحق جزاءً لتعسفها في استخدامه² .

¹ محمد سالم مذكور في مرجع أحكام الأسرة في الإسلام - ط 1975 - ص 146

² تنص المادة الرابعة من القانون المدني على أن "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك الحق من ضرر"

كما تنص المادة الخامسة منه على أن "يكون استعمال الحق المشروع في الأحوال الآتية (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببيها (ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير =

• يبين من الاستعراض المتقدم أن المشرع الوضعي قد تناول أمر خروج الزوجة من مسكن الزوجية فيما يتعلق بأثر ذلك الخروج على حقها في الفقرين الرابعة والخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بال المادة الثانية من القانون رقم 100 لسنة 1985 وأنه قد أورد القاعدة العامة في ذلك بعجز الفقرة الرابعة بالنص على اعتبار أن خروج الزوجة دون إذن زوجها سبباً لعدم وجوب نفقتها عليه ثم تناول في الفقرة الخامسة حالتين يتحقق فيها خروج الزوجة دون أن يعد ذلك الخروج سبباً مسقطاً لنفقتها على الزوج أما الحالة الأولى فهي خروجها من مسكن الزوجية بوجه عام لغير العمل وأما الحالة الثانية فهي خروجها بسبب احترافها .

وفي الحال الأولى فقد قيد المشرع حق الزوجة في الخروج من مسكن الزوجية بغير إذن الزوج بشرط مشروعيته بأن يكون خروجاً ثبيزاً وتأذن به أحكام الشريعة الإسلامية بأن يقوم عليه دليل من الأدلة الشرعية سواء من نصوص القرآن والسنة أو أجازه العرف الصحيح للبلاد أو تقضي به ضرورة ترفع الحظر في خصوصه .

وفي الحال الثانية فقد قيد المشرع خروج الزوجة للعمل بشرطين إستلزم توافرها معاً وإلا سقط حق الزوجة فيه أولهما إشتراط مشروعية العمل في ذاته من حيث وجوب اتفاقه وأحكام الشريعة الإسلامية بـألا يكون قد ورد بتحريم نص شرعاً أو يجيء عرف صحيح للبلاد وهكذا ، وثانيهما وجوب موافقة الزوج الصريحة أو الضمنية على الخروج لمزاولته وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للفقرة الخامسة سواء اتخذت تلك الموافقة صورة اشتراط مسبق مثبت في عقد الزواج أو زواجه منها وهي محترفة بالفعل أو موافقته صراحة على احترافها بعد الزواج دون سبق احترافها أو علمه بعد الزواج باحترافها وسكته عن منعها عنه ، ومؤدى المفهوم المتقدم أن للزوج أن يمنع زوجته عن العمل المشروع طالما أنه تزوجها وهي لا تعمل ولم يأذن لها بالعمل لتختلف شرط الإذن كما أن إذنه – فرضياً – لها باحتراف عملاً غير مشروع يسقط حقها في النفقة عليه إذا امتنع عن الإنفاق عليها لتختلف شرط المشروعية في العمل .

"مشروعه" - يراجع في ذلك أصول القانون للدكتور / عبد المنعم فرج الصدف - نظرية التعسف في استعمال الحق - طبعة 1971 - ص 658 وما بعدها وفيه يحدد نظرية التعسف في استعمال الحق بأنه "التزام الشخص للحدود الموضوعية لحقه مع الانحراف في استعماله عن الغرض الاجتماعي للحق" .

وتغليباً من المشرع لصالح الأسرة باعتبارها الخلية الأولى للمجتمع أعطى المشرع للزوج الحق في منع الزوجة أو معاودة منعها من العمل أو الاستمرار فيه رغم سبق موافقته عليه إذا ما تبين أن خروجها له أصبح يهدد مصلحة الأسرة أو إذا ما تبين أن الزوجة تستخدم حقها فيه على نحو يدل على تعسفها في استخدامه¹.

- لما كان ذلك وكان البين من الاستعراض المتقدم أن أمر خروج الزوجة من مسكن الزوجية على النحو المنصوص عليه في الفقرة الخامسة من المادة الأولى محل التعليق لم يرد فيه حكماً شرعاً قطعى الثبوت والدلالة وهو الأمر الذي أدى بفقهاء المذاهب المختلفة إلى الاجتهد فيه والاختلاف حول أحکامه لخلو الأمر أمامهم عن حكم قطعى الثبوت والدلالة يحسم الأمر بينهم ويقضى على أسباب الاختلاف حوله.

- وإذا كان الثابت من استقراء الأحكام الشرعية أن المقصود العام من تشريع الأحكام هو تحقيق مصالح المجتمع أي جلب نفع لهم أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم وهو ما تقوم عليه في ذات الوقت السياسة التشريعية في القوانين الوضعية²، وكانت مصالح الناس تختلف باختلاف أحوالهم وأزمانهم وبيئاتهم وهو ما يؤدي إلى اختلاف أعرافهم وعاداتهم وتقاليدتهم لتشبع ضرورياتهم وتواجه مصالحهم ، وكان من المقرر أن العرف معتبراً إذا عارض نصاً مذهبياً منقولاً عن صاحب المذهب باعتبار أن الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف فيه تضييع حقوق كثيرة دون أن يكون في ذلك مخالفة للمذهب³، وإذا كان العرف الصحيح الذي لا يخالف نصاً قطعياً في الكتاب أو السنة يعد من أصول الفقه الإسلامي إعمالاً لقول رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم "ما رأاه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن" وأن مخالفته تُوقع الناس في الحرج والضيق وهو ما لا يجوز لقوله تعالى "ما جعل عليكم في الدين من حرج" مما مؤده أن الأخذ بالعرف الصحيح يعد إرتكاناً إلى أصل من أصول التشريع إعمالاً لقاعدة "أن الثابت بالعرف، ثابت بدليل شرعاً وإن "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"⁴ ولهذا قال الفقهاء في شرط الاجتهد ضرورة معرفة عادات الناس إذ تختلف كثير من الأحكام باختلاف الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه لأوقع الناس المشقة والضرر

¹ وقد ذهبت المحكمة التأديبية للطعيم بالقاهرة في الدعوى رقم 483 لسنة 34 ق إلى أن منع الزوج لزوجته من الخروج للعمل يعد إكراهاً أدبياً لها يفرضه واجبها في طاعته بما لا يعد معه انقطاعها خطأ تأديبياً محل مواهده باعتبار أن واجبها في طاعته مقدم على حقها في العمل.

² عبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه - ط 1971 - ص 198 وما بعدها

³ براجع نقض أحوال شخصية جلسة 1973/2/14 - ص 251 - س 24 - الطعن رقم 7 لسنة 39 ق .

⁴ أصول الفقه الإسلامي للدكتور زكريا البرى - ط 1982 - ص 150 وما بعدها وعبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه - ط 1970 - ص 197 .

ولخالف القواعد العامة للشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر ، يؤكـد ذلك مخالفة مشايخ المذاهب لما أورده المجتهدون في مواضع كثيرة بنوها على ما كان في زمن الآخرين.

• وإذا كان أمر خروج الزوجة من مسكن الزوجية دون إذن الزوج قد تعددت فيه الاجتهادات لدى المذاهب الفقهية المختلفة على ما سبق الإشارة إليه ومن فقهاء المذاهب من أفتى بأن خروج الزوجة بغير إذن الزوج من مسكن الزوجية لا يسقط نفقتها عليه¹.

• وإن وجد في عهود الإسلام الأولى من الفقهاء المجتهدين من أجاز خروج الزوجة بغير إذن الزوج على ما تقدم القول فإن مخالفاتهم لو وجدوا في هذه الحقبة من القرن العشرين لعدلوا عن كثير من آرائهم لتغيير مصالح الناس و حاجاتهم وأعرافهم مما كانت في أزمنتهم² يؤكـد ذلك أن الإمام الشافعـي لما هبط مصر غير بعض الأحكـام التي كان أفتى بها في العراق لتغيير العرف وهو ما أدى بأن أصبح له مذهبان مذهب قديم ومذهب حديث، وفضلاً عن ذلك فإن أي من أئمة المذاهب الأربعـة لم يفتـى بإلزام أحـدا بـاتبـاع مذهبـه دون غيرـه من المذاهب لحرصـهم على أن يتـركوا بـاب الـاجـهـاد مفتوـحاً لـالمـسـلـمـين فيما جاءـ في القرآن والـسـنـة من أصولـ عـامـة صالحـة لـلـبـنـاء عـلـيـهاـ ، وـاستـخلـاصـ أـحـكـامـهاـ فيـ المسـائلـ الـظـنـيـةـ فيـ ثـبـوتـهاـ أوـ دـلـالـتـهاـ أوـ فـيهـماـ مـعـاـ (ـالـمسـائلـ الـطـبـيـقـيـةـ وـالـتـقـصـيـلـيـةـ)ـ بماـ يـحـقـقـ لـلنـاسـ مـصـالـحـهـمـ فيـ كـلـ زـمـانـ وـمـكـانـ ماـ دـامـ لاـ يـتـعـارـضـ معـ نـصـ قـطـعـيـ فيـ الـكـتـابـ أوـ السـنـةـ³ـ وـقدـ روـيـ عنـ الإـمـامـ الـأـعـظـمـ أـبـيـ حـنـيفـةـ النـعـمـانـ قولـهـ "ـعـلـمـنـاـ هـذـاـ الرـأـيـ وـهـوـ أـحـسـنـ مـاـ قـدـرـنـاـ عـلـيـهـ ،ـ فـمـ جـاءـ بـخـيـرـ مـنـهـ قـبـلـنـاهـ"ـ.

• إذا كان ما تقدم وكان نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 قيد خروج الزوجة من مسكن الزوجية بغير إذن الزوج بقيـدـ المـشـروـعـيـةـ أـيـ فيـ الـأـحـوالـ الـتـيـ يـبـيـحـ لهاـ فيـهاـ الـشـرـعـ ذـلـكـ الخـرـوجـ عـلـىـ النـحـوـ السـابـقـ تـناـولـهـ ،ـ كـمـ قـيـدـ خـرـوجـهـ لـلـعـلـمـ وـاحـتـراـفـهـ بـشـرـطـ موـافـقـةـ الزـوـجـ الصـرـيـحـ أـوـ الضـمـنـيـةـ عـلـيـهـ يـكـونـ قـدـ شـرـعـ مـاـ يـرـاعـيـ مـصـالـحـ النـاسـ فـيـ هـذـاـ الزـمـانـ .ـ

¹ المقى لابن قدامة - فقه حنبلي - ط 1969 - ج 8 - ص 236 - بند 1537 - والمحلى لابن حزم - ظاهري - ج 11 - ص 321 وما بعدها - ط 1970 .

² زكريا البرى في المرجع السابق - ص 157 .

³ يراجع في المصالح المرسلة والعرف مراجع أصول الفقه الإسلامي للشيخ زكريا البرى - طبعة 1976 من ص 137 إلى ص 141 ومن ص 245 إلى ص 355 وعلم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف - طبعة 1970 - من ص 84 إلى ص 89 .

• وإذا كانت المرأة المصرية في العقد الحالى قد دخلت المدارس والجامعات وشاركت في الحياة العامة وأسهمت بقدر كبير في الإنتاج والخدمات وتبؤت المناصب القيادية والوظائف العالية ووقفت إلى جانب الرجل سواء بسواء وتفوقت عليه في عدد من المجالات الأمر الذي أضحت معه عرف البلاد يقر حقها في التنقل والخروج والإياب بل والسفر والترحال فإن ذلك وإن كان لا يسقط عنها واجب استئذان زوجها قبل الخروج من منزل الزوجية جلباً لمرضها الله ورسوله عليها إلا أن خروجها دون استئذان لعدم التمكن لسبب أو لآخر أو لعنت من الزوج وعسف من جانبه لا يوصفها بالنشوز والخروج على الطاعة طالما كان خروجها في إطار من حكم الشرع الحنيف سواء ما كان منه موضع نص أو جرى به عرف شرعى أو قبضت به ضرورة شرعية .

• وإذا كان عمل المرأة ومشاركتها في الإنتاج والخدمات قد أضحت من لوازם المجتمع المصرى وضرورياته سيما في هذا العصر الذى تسعى فيه البلاد إلى بلوغ غايات الرقى والتقدم مما يحتاج إلى جهد مختلف الأفراد رجالاً ونساءً على السواء بما أضحت معه خروج المرأة إلى العمل أمراً ضرورياً لإمكان مسايرة ركب الحياة خاصة وأن الدولة تكفل للمرأة التوفيق بين واجباتها نحو الأسرة وعملها في المجتمع .

• وإذا كان جل شأنه قد خاطبنا في محكم التنزيل بقوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج" وقوله تعالى "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" كما يخاطبنا نبينا محمد م بقوله "إن الله يحب أن تؤتى رخصه ، كما يحب أن تؤتى عزائمه" ، وكان النص في الفقرة الخامسة من المادة الأولى على أن خروج الزوجة للعمل لا يعد سبباً مسقطاً لنفقتها على الزوج ، لم يترك أمر العمل الذي تحرفه المرأة مطلقاً وإنما اشترط لذلك أن يكون عملاً مشروعاً وأن يكون ذلك بإذن من الزوج صراحة أو ضمناً ولا غرو في أن تحديد مدى مشروعية العمل إنما ينظر إليه بمنظور يتحقق وتقليل أهل البلاد وأعرافهم الجارية في هذا الزمان وهو أمر يقدره عند الخلاف قاضي الموضوع في إطار من أحكام الشرع ، فإذا انتفى عن العمل وصف المشروعية سقط عن الزوجة حق استخدام تلك الرخصة .

• وإذا كان نص الفقرة الخامسة من المادة محل التعليق قد أعطى الزوج فضلاً عن ذلك الحق في منع زوجته من العمل إذا ما تبين له أن احترافها ينافي صالح الأسرة أو أنها قد أساءت استخدام ذلك الحق على نحو يوصف معه بالتعسف وهو ما

¹ المادة 11 من الدستور .

يكون معه المشرع الوضعي قد زاوج بين مصلحة المجتمع في الاستفادة من تلك الطاقة البشرية التي تشكل نصف قواه العاملة المتمثلة في المرأة ومصلحة الأسرة والتي رجح كفتها إذا ما تعارضت مصلحتها مع مصلحة المجتمع كمجموع لقناعته أن الأسرة هي أساس المجتمع وهو ما حرص على النص عليه في المادة التاسعة من الدستور وفي ذلك قدر من المرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحکامها الفرعية المستجيبة دوماً للتطور توخيًا لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتتجدة وأعرافهم المتغيرة التي لا تصادم حكمًا قطعياً وهي مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد جاوزتها، وتلك هي الشريعة في أصولها ومنابتها، شريعة مرنّة غير جامدة يتقيد الاجتهد فيها بما يقوم عليه من استقرار الجهد للوصول إلى حكم فيما لا نص عليه بضوابطها الكلية وبما لا يعطّل مقاصدها ، ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهد ولزومه لا يوازيها إلا خطره ودقته فإن من الصحيح كذلك أن لولي الأمر الاجتهد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقة التي يقوم ببرهانها من الأدلة الشرعية .

خلاصة الأمر

أن المشرع الوضعي في صياغته نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى لم يخرج على القاعدة في أن الأصل هو قرار الزوجة في مسكن الزوجية إيفاء لحق الزوج عليها في احتباسها وأن خروجها منه يعد استثناء على ذلك الأصل مقيد باعتبارات تبرره يقرّها شرع الله مما ورد به نص شرعي أو جرى به عرف شرعي أو قضت به ضرورة شرعية أو نفاذًا لشرط في العقد¹.

¹ راجع تقرير هيئة مفوضى المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 18 لسنة 14 دستورية إعداد المؤلف خلال فترة عمله كمفوض ب الهيئة مفوضى المحكمة المذكورة وقد صدر الحكم في الدعوى بدستورية الفقرة السادسة من المادة وذلك بجلسة 5/3/1997 في الطعن رقم 18 لسنة 14 قضائية دستورية ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 15/5/1997 – العدد رقم (20) ومما قالته المحكمة في هذا الخصوص "إن مفاد نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن الأصل هو لا تخرج المرأة من بيت زوجها إلا إذا أدن لها بذلك صريحاً كان هذا الإدن أم ضمنيا، ما لم يكن خروجها مبرراً بحكم الشّرع أو كان عذرها فيه عرفاً صحيحاً أو ضرورة ملحة بما موداه جواز لخروجها بغير إدن زوجها لتمرير أحد أبويهما، أو لطلب حقاً من القاضي، أو لقضاء حوائجها، أو لزيارة محرم مريض، أو لتهدم منزلها، أو إذا اعسر زوجها بتفقتها، ولا يكون خروجها للعمل المشروع إلا بإذن زوجها، فإذا أذن لها فلا يجوز أن يمنعها من العمل إلا إذا قام الدليل على أن مضيها فيه كان آنحرافاً منها عن الحدود المنطقية للحق في العمل أو مجافياً لمصلحة أسرتها، وإن الاحتباس حق للزوج فإذا نزل عنه صراحة أو ضمناً، ظل ملزماً بالإنفاق على زوجته باعتبار أن تقويتها الاحتباس كان من جهته ، وأنه يشترط في عمل المرأة خارج بيته أن يكون مناسباً لطبيعتها مواهها لفطرتها ، وألا يخل بمسؤوليتها كراعية لبيتها وزوجها ولولدها، وأن يكون استثمارها لوقتها موازناً بين واجباتها قبل أسرتها وبين دورها باعتبارها عنصراً منتجاً ومفيدةً في مجتمعها ، وإن المرأة وإن كانت سكناً

• ومن الأحكام التي صدرت في خصوص عمل الزوجة حكم محكمة شبرا للأحوال الشخصية في القضية رقم 571 لسنة 1984 ، بجلسة 1984/6/28 . وفيه قالت المحكمة تسبيباً لهذا القضاء "وحيث أنه لما كان المدعى يستند في طلبه إلى كون خروج زوجته المدعى عليها لعمل دون موافقته نشوزاً منها – وكان من المقرر قانوناً طبقاً لنص الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 ، المعدلة بالقانون رقم 44 لسنة 1979 ، أنه" ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية بدون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجري بها العرف أو عند الضرورة ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه" ، وقد استقر الفقه والقضاء على أن النشوز شرعاً هو خروج الزوجة من منزل زوجها ومنعها نفسها منه وهو معصية لا تقر عليها الناشر ، كما أنه أمر وجودى يمكن البرهان عليه بأى طريق من طرق الإثبات الشرعية فيما يلى إثباته بشهادة الشهود وبالوراق وباقرار الزوجة ، أما عن احتراف الزوجة فقد نص فى كتب الفقه (ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لها لنقص التسليم قال فى المجبى وبه عرف جواب واقعة فى زماننا أنه لو تزوج من المحترفات التى تكون بالنهار فى مصالحها والليل عنده فلا نفقة لها .. (رد المحترار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار للعلامة الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ص890، 891 ، 915) ، كما نص على أن (الزوجة المحترفة – التى تكون خارج البيت نهاراً وعند الزوج ليلاً إذا منعها من الخروج وعصيته وخرجت فلا نفقة لها إلا أنه بغیر وجه حق كما أن (الناشر وهى التى خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا إذنه بلا إذنه بغیر وجہ حق شرعی یسقط حقها فى النفقة مدة نشوزها) إلا أن هذا الحق فى منع الزوجة من العمل لم يعد فى ظل العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1929 ، المعدل على النحو سالف البيان – قائماً على إطلاقه بل صار من حق الزوجة الاحتراف فى أحوال معينة منها⁽¹⁾ إذا اشترطت فى عقد زواجها أن تعمل أو أن تبقى فى عملها الذى تباشره فعلاً وقت انعقاد زواجها .⁽²⁾ إذا تزوجها عالماً بعملها قبل الزواج .⁽³⁾ إذا عملت الزوجة بعد الزواج

للرجل إلا أنهما مكلمان معاً بأن يضريرا في الأرض وليس عملها مجالاً لتفاصل به على زوجها، ولا استمدداً لغبة تدعيمها ، فلا تزال القوامة لرجلها ياذن لها، ابتداء بالعمل أو يمنعها منه وفق ما يراه ضروريًا لمصلحة أسرتها. وأن المشرع قد أجاز للمرأة أن تعمل بذاته زوجها سواء كان هذا الإذن صريحاً أم ضمنياً، فإذا أذنتها بالعمل كان ذلك حقاً مكتفولاً لها ، لا يمنعها زوجها منه إلا أن يقدم الدليل بعد مباشرتها لهذا العمل على إساعتها استعمال الحق فيه انحرافاً عن الأغراض التي يبتغيها، أو كان أداؤها لعملها منافية لمصلحة أسرتها، إذ مصلحة الأسرة لها الغلبه ولا يجوز أن يعطى عمل المرأة أموالها ويباعد بينها وبين واجباتها قبل أسرتها ، فما النساء إلا شقائق الرجال ولا تقوم الحياة بينهما على التفاصل ، بل يكون التعاون ملائكة .

و قبل الدخول بها و رضى الزوج بذلك صراحة أو ضمناً .⁽⁴⁾ إذا خرجت الزوجة - مضطرة للعمل بحكم الظروف أو لحاجتها لمورد مالي للنفقة ، وألا يكون خروجها في الأحوال السالفة البيان في جملتها مقترباً بالتعسف في استعمال الحق أو يتعارض مع مصلحة الأسرة ، لما كان ما تقدم وكان الثابت للمحكمة من أوراق الدعوى أن المدعى قد تزوج المدعى عليها و ثبت بعد زواجهما أنها خالية من العمل و عاشرته معاشرة زوجية مستقرة في بيت زوجيتها إلى أن صدر لها تصريح عمل لدى هيئة أجنبية بالداخل و خرجت للعمل بعد ذلك على حين أن زوجها المدعى مريض بعلة في القلب أجرى على أثرها عمليات جراحية و صفتها التقارير الطبية الموجودة ضمن المستندات المقدمة في الدعوى ، ومن ثم فإنه يكون في أمس الحاجة إلى رعاية زوجته ومع التسليم بمشروعية العمل في ذاته فإن خروج المدعى عليها للعمل يكون متعارضاً مع مصلحة الزوج المدعى والذي يفوق حقه فرض الكفاية حسبما نص على ذلك الفقه الإسلامي وفقاً لما أسلفنا كما أنها لم تدعى حاجة أو ضرورة لخروجها إلى العمل وأقرت بأنها تعمل فعلاً حسبما ورد بمذكرة دفاعها في الدعوى ولا تجاج في ذلك برضى الزوج الضمني بخروجها للعمل لأن هذا الرضى الضمني تنفيه أوراق الدعوى بما يدل عليه اعترافه على مجرد خروجها من منزله إلى مسكن والدتها ثم إلى مدفن والدتها بالمنيا حسبما ورد وجرت عادة النساء في هذا الزمان ، رغم منافاته للشرع الإسلامي الحنيف كما دل على ذلك المحضر المحرر بقسم شرطة الزيتون وما ثبت به من أقوال ابنة آخر المدعى عليها و تستخلص المحكمة من ذلك أن المدعى لم يقبل خروج زوجته من مسكنها حتى لمجرد القيام بعاده مما استقر لدى نساء هذا الزمان ، وبالتالي فلا يمكن أن يقال بقبوله الدائم لزوجته للعمل ضمناً وإعلانها بصحيفة الدعوى والإذار المعلن إليها بتاريخ 24/3/1984 ، دليل على طلبه منها الامتناع عن هذا العمل ، وحيث أنه لما كان ما تقدم وكانت المدعية لم تبادر لترك عملها رغم عدم رضى زوجها بالتحاقها بهذا العمل واستمرارها فيه دون إذنه وعملاً بنص الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، المعدلة سالفة الذكر ولما رأته المحكمة من إضرار بمصلحة الأسرة لخروج المدعى عليها رغم مرض زوجها المدعى فإن المحكمة ترتب على ذلك قصائصها باعتبار الزوجة المدعى عليها ناشزاً اعتباراً من اليوم¹ .

¹ يؤخذ على الحكم المذكور قضائه في الدعوى رغم عدم اختصاصه نوعياً و اختصاص المحاكم الابتدائية بها - راجع التعليق على المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

• كما أنه إذا تبين أن الزوجة قد أساءت استخدام الحق في العمل المشروع لأن تعهدت مساعدة فترة عملها حتى تستغرق اليوم كله أو أغلبه أو نحو ذلك كان للزوج منعها عنه وإلا سقطت نفقتها عليه كذلك¹.

• إلا أنه إذا أراد الزوج دفع استحقاق الزوجة لنفقة لخروجها للعمل أو لخروجها من منزل الزوجية بغير إذنه فعليه حتى يقبل منه ذلك الدفع أن يوجه للزوج إنذار طاعة يتبناها عليها فيه بالامتناع عن العمل.

• فإذا لم تعترض الزوجة على الإنذار المذكور في الميعاد المنصوص عليه في المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 قدم الزوج المدعى عليه في دعوى النفقة إلى المحكمة إنذار الطاعة وشهادة تفيد عدم إقامة الزوجة لدعوى اعتراف فيكون لقاضي النفقة في هذه الحالة استناداً إلى تلك المستندات قبول الدفع المبدى من الزوج بسقوط حق الزوجة في النفقة والقضاء برفض دعوى النفقة وسقوط حق الزوجة في النفقة من تاريخ اليوم التالي لإنذار الطاعة² أما إذا قدمت الزوجة شهادة تفيد اعترافها على إنذار الطاعة قضاة المحكمة لها بالنفقة إذا ثبت لها استحقاقها من ثبوت الزوجية والبقاء في العصمة وعلى الطاعة باعتبارها الأصل³ ، فإذا ما نجح الزوج في أن يثبت أمام المحكمة المختصة بنظر دعوى اعتراف الطاعة عدم أحقيّة الزوجة في الخروج على طاعته وقضى المحكمة نهائياً برفض اعتراف الطاعة كان له بعد ذلك أن يرجع على الزوجة بدعوى رد ما تقاضته منه من نفقة بغير حق إنذاره إليها بالطاعة.

ومن الحالات التي اعتبر فيها الفقهاء عدم وجوب نفقة الزوجة على زوجها ما يلى:

- 1- إذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للرجال فلا نفقة لها إلا إذا أسكنها في بيته للاستئناس بها .
- 2- إذا سافرت الزوجة للحج دون إذنه ومصاحبة فلا نفقة لها مدة سفرها .
- 3- إذا حُبست أو اعتقلت ، إلا إذا كان هو الذي حبسها في دين له عليها.
- 4- المعقود عليها بعقد فاسد .

¹ الحكم الصادر في الدعوى رقم 883 لسنة 1979/3/5 - محكمة روضة الفرج للأحوال الشخصية .

² راجع التعليق على المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

³ نقض أحوال الطعن رقم 83 لسنة 60 ق - جلسة 1993/5/25 .

5- إذا منعت الزوج من دخول مسكن الزوجية وكان مملوكاً لها ولم تطلب نقلها إلى مسكنه .

• ويعين الإشارة إلى الفرق بين لفظى (سقوط النفقه) الوارد بصدر الفقرة الرابعة من هذه المادة ولفظ (وقف النفقه) الوارد بصدر المادة 11 مكرر ثانياً إذ يعني (سقوط النفقه) زوال الالتزام بها ورفعه عن الزوج أما (وقف النفقه) فهو توقيف مؤقت للالتزام الزوج بها ونتيجة نشوز الزوجة مما يعني عودة هذا الالتزام على الزوج إذا أفلعت عن معصية النشوز وعادت إلى طاعته وهو ما نتناوله في التعليق من المادة 11 مكرر ثانياً¹.

• والتداعى لا يعطى الزوجة الحق في النفقة ولا يقضى القاضى بها إلا من تاريخ الامتناع إذا قام الدليل على ثبوته بإقرار أو بشهادة الشهود أو بغير ذلك من وسائل الإثبات وإلا فمن تاريخ رفع الدعوى باعتبار أن التداعى قرينة على الامتناع عن الإنفاق .

• والتداعى لا يعطى الزوجة الحق في النفقة ولا يقضى القاضى بها إلا إذا ثبت مطل الزوج وامتناعه فإذا أثبت الزوج أنه قائم بالإنفاق عن فترة المطالبة -نفقة مثله - رفضت دعواها.

• والنفقة المفروضة بالتراضى كالمفروضة بقضاء القاضى² وتستحق من تاريخ التراضى أو من التاريخ الذى ينص عليه الاتفاق أن كان ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

• وللزوجة المطالبة بمتجدد النفقة من تاريخ الاتفاق بالطريق المعتمد دون أن تكلف بإقامة الدليل على عدم الوفاء فى الفترة السابقة على رفع الدعوى إلا إذا دفع الزوج بسبق الوفاء وأقام عليه الدليل .

• وإذا تبين للزوجة أن النفقة التى تراضيت عليها دون الحد المناسب فلها أن تلجا إلى القاضى لزيادتها وفي حالة إجابتها إلى طلبها تكون الزيادة من تاريخ الاتفاق وليس من تاريخ الحكم باعتبار أن تاريخ الاتفاق هو تاريخ الاستحقاق³.

¹ راجع التعليق على المادة 11 مكرر ثانياً خاصة فيما يتعلق باعتبار الفقهاء الأولين سقوط النفقه بسبب النشوز عن مدته.

² الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - قرر باشا - ط 1978 - مادة 199 .

³ راجع التعليق على المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

• وإذا تم الصلح على النفقة بعد فرضها بحكم بطل حكم النفقة وامتنع على الزوجة المطالبة بالمقرر به¹.

• وإذا كانت النفقة المفروضة للزوجة – رضاء أو قضاء – لأنواع الثلاثة فقط فإن للزوجة أن تطلب فرض بدل فرش وغطاء وأجرة خادم إذا كانت الزوجة ممن يخدمون وكان الزوج ممن تُخدم نساؤه وذلك ضمن عناصر النفقة الواجبة لها.

• ومتى كان الزوج قائماً بالإنفاق على الزوجة سواء كان الإنفاق تمويناً أو نقوداً يرسلها إليها فليس لها بعد أن تطالب بالفرق بين ما أنفق فعلاً وبين نفقة المثل في المدة السابقة على الخصومة والعلة من ذلك أن الزوج متى أنفق على زوجته بأى شكل وبأى مقدار ارتضته بدون منازعة ولا خصومة يعتبر أنه قام بما وجب عليه وليس لها أن تدعى أن ما أنفقه كان أقل مما يجب ولا أن تطالب بالفرق عن المدة السابقة على رفع الدعوى.

• والمقرر فقها وقضاء أن النفقة من الفروض التي يطرأ عليها التغيير والتبدل بتغير أحوال وظروف دواعيها فقد يطرأ على أحوال الزوج المالية زيادة أو نقصان كما تتغير الأسعار والقوة الشرائية للنقود وتزيد الحاجات والمطالب ، والنفقة قد تفرض اتفاقاً أو قضاءً ، والقاعدة أن المفروض اتفاقاً كالمفروض قضاءً ، وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن الأحكام الصادرة بالنفقات لا تحوز إلا حجية مؤقتة – إعمالاً للقاعدة المتقدمة – لأنها مما يقبل التغيير والتبدل ويرد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف².

• وقد ثار التساؤل حين ترفع الدعوى بطلب زيادة المفروض كنفقة حول التاريخ الذي يبدأ منه استحقاق طلبها هل من تاريخ رفع الدعوى أم من تاريخ استحقاقها وهو تاريخ توافر دواعيها؟ أم من تاريخ الحكم الذي يصدر بالزيادة والذي نراه في ظل أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 والذي نص في المادة 16 منه على وجوب نفقة الزوجة من تاريخ استحقاقها أن تاريخ فرض الزيادة يكون من تاريخ زيادة اليسار وأن تخفيض المفروض يكون من تاريخ الإعسار³.

¹ راجع محمد كمال عبد العزيز في تقيين المرافعات في ضوء القضاء والنفقة – ط 1995 – ص 1216 .

² نقض أحوال جلسه 24/5/1972 - ص 1003 - س 23 - الطعن رقم 4 لسنة 404.

³ انظر عبد الناصر العطار في الأسرة وقانون الأحوال الشخصية – ط 1985 – ص 44 وانظر أيضاً نصر الجندي في الأحوال الشخصية – طبعة 1987 – ص 63 حيث يرى فرض الزيادة من تاريخ رفع الدعوى . وانظر في أسباب رأينا التعليق على المادة 16 والمذكورة الإيضاحية للمادة المذكورة وانظر كمال البنا في مرافعات الأحوال الشخصية – ط 1987 – ص 13 حيث يرى فرض الزيادة من تاريخ الحكم .

• ونفس الأمر كان يمكن أن يقال في خصوص نفقة الأولاد في ظل أحكام القانون رقم 44 لسنة 1979 إذ حيث كانت هذه النفقة تستحق على الأب من تاريخ الحكم لأندفاع الحاجة قبله فإن الزيادة كانت تستحق أيضاً من هذا التاريخ لذات العلة أما الأن وفي ظل حكم المادة 18 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وحيث أصبح استحقاق النفقة للأولاد من تاريخ امتناع الأب عن الإنفاق فإن الأمر يأخذ حكم نفقة الزوجة مما يتبع معه العودة بتاريخ بدء الزيادة إلى تاريخ تغير الحالة المالية للملتزم بها (الزوج) .

• وتعتبر نفقة الزوجة دين قوى على الزوج لا يسقط إلا بالسداد أو الإبراء ، وهي تعتبر ديناً من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق وليس من وقت القضاء بها¹ .

• فإذا حدث أن أصبحت الزوجة ناشزاً فإن نشوؤها لا يسقط متجمدة نفقتها قبل تاريخ النشوء .

• ولا يجوز أن يتضمن قضاء الحكم بالنفقة أمر المدعى عليه بأداء ما فرضه الحكم عليه إلا أن يكون ذلك ضمن طلبات المدعية بالنفقة فإن لها أن تقيم الدعوى به استقلالاً² .

• ولا يخضع دين النفقة المستحقة رضاءً أو قضاةً لمدد تقادم الديون المعروفة خاصة بعد إلغاء المادة (375) من اللائحة الشرعية المتعلقة بعدم سماع الدعوى بالقيود الواردة فيها وذلك بإسقاطها من نصوص القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

• ولا تسقط النفقة عن الزوج إلا بوفائه بها، فلا يسقط هذا الدين بتطليق الزوج لزوجته حيث تستحق النفقة عن المدة التي امتنع خلالها عن الإنفاق عليها أبان فترة الزوجية، ولا يعد قيام الزوج بارسال شيكات مصرافية أو حوالات بريدية إلى الزوجة بمبالغ محددة بصفة دورية دليلاً على أن هذه الحالات تمثل نفقة الزوجة إذا ما جدت الزوجة حجية هذه الحالات وذلك إلا إذا أثبتت بها أن المبلغ المدون بها يمثل أقساط النفقة.

• ولا تسقط نفقة الزوجة المتجمدة والمستحقة في تركة الزوج بعد وفاته إلا إذا كانت قد استدانتها بإذن الزوج أو أمر القاضي حيث يكون للدائن الرجوع بما أده

¹ زكريا البرى في المرجع السابق - ص 190

² انظر الحكم رقم 383 لسنة 1989 - شرعى الزيتون - جلسة 28/3/1990 .

للزوجة على تركة الزوج¹ أما مجرد الحق في النفقة فلا يستحق في تركة الزوج اعتباراً من تاريخ الوفاة لانقطاع علاقة الزوجية بالوفاة حتى لو قام دليل على امتناعه عن الإنفاق قبل وفاته .

- أما إذا ماتت الزوجة فإن لورثتها – اقتضاء متجمد نفقتها من الزوج² .
- والإبراء المقصود بالنص الذي يسقط النفقة هو الإبراء عن النفقة الماضية لا النفقة المستقبلة لأن الإبراء لا يكون إلا ل الدين واجب الوفاء والنفقة المستقبلة لم تجب فلا تكون ديناً فلا تقبل الإبراء ، وأيضاً لو أبدأته عما يستقبل من النفقة لكان إسقاطاً لشيء قبل وجود سببه لأن السبب هو الاحتباـس المتـجدـ وـلـمـ يـوـجـ الـاحـبـاسـ الذـىـ أـوـجـ الـنـفـقـةـ الـمـسـتـقـلـةـ إـذـ أـنـ الـاحـبـاسـ يـتـجـدـ أـنـ بـعـدـ أـنـ ،ـ وـكـمـ لـاـ يـصـحـ الإـبـراءـ عـنـ الـنـفـقـةـ الـمـسـتـقـلـةـ لـاـ تـصـحـ هـبـتـهـ لـأـنـ هـبـةـ الـدـيـنـ إـبـرـاءـ³ إـلاـ أـنـ هـذـهـ الـقـاعـدـةـ يـرـدـ عـلـيـهـ اـسـتـثـنـاءـ هـوـ جـواـزـ الإـبـراءـ عـنـ نـفـقـةـ مـسـتـقـلـةـ فـىـ حـدـودـ شـهـرـ⁴ .
- ولا يدخل في مفهوم الإبراء عن النفقة المستقبلة إقرار الزوجة باستلامها النفقة المستحقة إلا إذا أقامت الدليل على أن هذا الإقرار كان ولد إكراه أو نحوه .
- وتأخذ نفقة المطلقة خلال فترة العدة ذات الأحكام المقررة لنفقة الزوجة لأن المطلقة خلال فترة العدة زوجة حكماً إلى أن تنتهي عدتها من الطلاق شرعاً فينشأ حقها في نفقة العدة من هذا التاريخ .
- كما يقتضى القول بأن مقتضى كون دين النفقة من الديون القوية التي لا تسقط إلا بالأداء كان يتعين معه القول أن قيام الزوجة بالمطالبة بالنفقة اعتباراً من تاريخ الدعوى لا يسقط حقها في العودة للمطالبة بما كان مستحقاً لها من نفقة عن أي مدة سابقة على رفع دعواها الأولى بدعوى جديدة إلا أن الفقرة السادسة من المادة المطروحة منعت سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية بأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع دعوى المطالبة بها بحيث يشكل تاريخ رفع الدعوى اليوم الأخير من السنة المطالبة بالنفقة عنها .

¹ راجع المذكرة الإيضاحية للنص .

² تنظيم الأسرة في الفقه الإسلامي للدكتور مصطفى الحسيني وأحمد الحصري - طبعة 1970 - ص 222

³ أبو زهرة في محاضرات في عقد الزواج وأثاره - ص 316 .

⁴ راجع التعليق من المادة الثانية من القانون .

• وأخذًا بقاعدة جواز تخصيص القضاء فقد نص في الفقرة السابعة من المادة على عدم سماع الدعوى بالنفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

• وعلى ذلك فإذا أودعت الزوجة صحفة دعواها للمطالبة بالنفقة في أول أكتوبر سنة 2000 على سبيل المثال وادعت امتناع الزوج عن الإنفاق عليها اعتباراً من أكتوبر سنة 1995 وأقامت الدليل على ذلك قضت لها المحكمة بنفقة زوجية عن مدة تبدأ من أكتوبر سنة 1999 وعدم سماع الدعوى عن المدة من أكتوبر سنة 1995 حتى سبتمبر سنة 1999.

• والحكم الصادر بعدم سماع الدعوى تكون حجيته قاصرة على المدعي وموقتة بخلوها من مسوغ السماع¹.

• والدفع بعدم سماع الدعوى من الدفوع الموضوعية وال المتعلقة بالنظام العام يتبع على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

• والسنة المقصودة هنا هي السنة الهجرية وليس السنة الميلادية لأن هذا النص لا ينصرف إليه حكم المادة 23 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل ولا نص المادة الأولى للقانون رقم 1 لسنة 2000 .

• ولقد ثار الخلاف بخصوص نص الفقرة السادسة من المادة الأولى – من حيث ما إذا كان ينصرف إلى النفقة المفروضة اتفاقاً أو قضاء أو تلك التي لم تفرض بعد فذهب البعض إلى أن النهي الوارد بالمادة يشمل الحالتين² بينما ذهب رأي آخر إلى أن النهي ينصب على تلك التي لم تفرض رضاء أو قضاء حيث أنه إذا كانت النفقة المتفق عليها ثابتة بورقة عرفية جاز المطالبة بها لمدة ماضية أكثر من سنة³.

• ونحن وإن كنا نتفق مع هذا الرأي الأخير فيما يتعلق بالنفقة المفروضة قضاءً مع تسليمنا بالقاعدة القائلة أن المفروض رضاءً كالمفروض قضاءً إلا أننا نختلف معه فيما يتعلق بالنفقة المفروضة رضاءً إذ لا يسوغ تمكين الزوجة من النكایة بالزوج بطريق إهمال المطالبة بالنفقة المتفق عليها رضاءً لعدد قد يطول من السنين ثم مباغنته بالمطالبة بالمتجمد دفعه واحدة إضراراً به وخاصة أن القاعدة الشرعية أن دفع الضرر أولى من جلب المنفعة وهو ما حدا بالمشروع إلى النص في المذكرة الإيضاحية على أن

¹ نقض أحوال جلسة 1959/3/5 – ص 119 – س 10 .

² محمد موسى – في أحكام الأحوال الشخصية – ج 2 – ص 300 .

³ كمال البنا في مراجعات الأحوال الشخصية – ط 1987 – ص 45 .

الحكمة من تقرير مبدأ عدم السماع أن صاحب الحق لن يضار بهذا الحكم خاصة أنه ليس هناك ما يمنعه من المبادرة إلى طلب حقه حتى لا تمضي عليه سنة فأكثر ولأن في إطلاق إجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال المطالبة بسنين عديدة وخاصة أن العمل قد أبان استخدام هذه الدعوى كسلاح لإرهاق الأزواج وإلحاق الضرر بهم وهو ما يتكرر حدوثه من تجزئة متجمدة النفقة في دعوى الحبس للحصول على تكراره ، وعلى ذلك فإننا مع الرأى القائل بأنه إذا كانت النفقة المطلوبة متقدمة عليها بورقة عرفية فلا يجوز المطالبة بالمتقدمة عليه لمدة تزيد على سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

• ويشترط المشرع أن تكون السنة المطالب بالنفقة عنها سابقة مباشرة على تاريخ رفع الدعوى ، وعلى ذلك فلا يجوز للزوجة المطالبة بالنفقة عن مدة سنة سابقة على رفع الدعوى طالما أنها لم ترفع دعواها في اليوم الأخير من تلك السنة التي تطالب بالنفقة عنها ومثال ذلك إذا أقامت الزوجة الدعوى في 1/5/2000 طالب ببنفقة زوجية عن المدة من 1/3/1995 حتى 29/2/1996 كانت هذه الدعوى غير مسموعة طالما أنها أقيمت بعد 29/2/1996 وهذا .

• وللزوج أن يقيم الدعوى بطلب إجراء المقاصلة بين ما حكم به عليه كنفقة زوجية وبين دين ثابت له قانوناً على الزوجة ، إلا أن المحكمة في قضائهما بالمقاصدة يتبعن إليها إلا تحكم بما يستغرق مبلغ النفقة المقضى به للزوجة كله أو أغلبه وإنما يكون ذلك في حدود ما يتبقى معه للزوجة من النفقة ما يفي بحاجتها الضرورية مثل المأكل والملابس والمسكن ، كما أن للزوج أيضاً أن يطلب بطريق الدفع في دعوى النفقة أو بدعوى جديدة إجراء هذه المقاصلة فيما بين ما تكون الزوجة قد حصلت عليه منه من نفقة بمقتضى حكم النفقة المؤقتة - أن كان - وما قضى به عليه كنفقة نهائية إذا كان القضاء الأخير قد جاء بأقل من القضاء الواقتى في المقدار بمراعاة إلا تزيد المقاصلة على ما يفي بحاجة الزوجة الضرورية أيضاً طبقاً للنص¹ .

• ويجوز للزوجة اقتراض النفقة المحكوم بها ضد الزوج من الغير ويكون للغير الحق في الرجوع بالدين على الزوج مباشرة طالما كانت المحكمة قد أذنت في الحكم للزوجة باستدامة النفقة، ولا يجوز التصريح بالاستدامة في الحكم إلا إذا طلبه الزوجة صراحة في الدعوى ، ومن فوائد التصريح بالاستدامة أنه إذا توفى الزوج

¹ راجع التعليق على المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل

أصبحت النفقة دينا للزوجة في تركة الزوج¹ ويشترط لإجابة طلب التصريح بالاستدامة أن يكون للزوجة مصلحة فيه.

• وكما تكون الاستدامة بقضاء القاضى فإنها تجوز باتفاق الطرفين وتسرى عليها ذات الأحكام .

• والحكم الصادر بنفقة الزوجة يكون مشمولاً بطبيعته بالنفاذ المعجل ولا يترتب على الطعن عليه بطرق الطعن إيقاف التنفيذ (المادة 65 من القانون رقم 1 لسنة 2000) .

• إلا أن المقرر شرعاً أن للمحكوم لها بالنفقة أن تتنازل عن الحكم الصادر لها بها حيث يسقط حقها فيما قضى لها به اعتباراً من تاريخ التنازل إلا أن هذا التنازل لا يحول دون المتنازلة ومعاودة المطالبة بالنفقة عن المدة التالية للتنازل².

• ورغم نفاذ أحكام النفقات نفاذًا فوريًا عقب صدورها واستيفاء إجراءات إعلانها أن كانت غيابية ، إلا أن ذلك لا يحول دون المحكوم ضده أو المحكوم له بغير جميع طلباته والطعن على الحكم بطرق الطعن المقررة ، فللمحكوم ضده أو بغير جميع طلباته الطعن على الحكم الصادر بالنفقة بطريق الاستئناف عملاً بالمادة 56 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وهذا الطريق الأخير هو آخر المطاف بالنسبة لحكم النفقة باعتباره حكماً لا يجوز الطعن عليه – كقاعدة عامة – بطريق النقض.

• ورغم أن القاعدة العامة المعمول بها في نطاق نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية تقضي وقف تنفيذ الحكم المستشكل في تنفيذه إذا تحققت شروط إعمال المواد المذكورة إلا أن المشرع خرج على تلك القواعد بمقتضى المادة 87 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بالنص على عدم جواز وقف إجراءات التنفيذ رغم الاستشكال في أحكام النفقات خروجاً على القاعدة العامة المقررة في إطار قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد 312 وما بعدها من حيث قدرة الإشكال الأول على وقف التنفيذ وعلى ذلك فإن قيام المحكوم ضده برفع استشكال في حكم صادر بنفقة زوجيه أو أولاد أو الدين أو أقارب ترتب عليه وقف تنفيذه كما هو متبع بالنسبة لأنثر الاستشكالات في مجال المنازعات المدنية.

¹ محمد قدرى ياشـا – الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية – ص 61.

² حكم محكمة السيدة زينب الشرعية في القضية رقم 206 لسنة 1931 - جلسـة 27/12/1931 منشور بمحلـة المحامـاة الشرعـية جـ 5 - ص 359 وحكم محكمة بنـى سـويف الشرعـية في القضـية رقم 343 لـسـنة 1936 - جلسـة 15/8/1937 - مجلـة المحـامـاة الشرـعـية العـدد 9 - ص 730 .

• وقد أعطى المشرع بمقتضى القانون رقم 91 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المحكوم له بالنفقة (نفقة زوجة أو عدة أو أقارب (الأجور وما في حكمها كمصاريف العلاج والتعليم... إلخ) الحق في أن يقيم الدعوى ضد الصادر ضده الحكم بطلب حبسه (وهو الزوج أو القريب في هذا المقام) لامتناعه عن الوفاء بما قضى به ضده من نفقة إذ تنص المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والمعدل بالقانون رقم 91 لسنة 2000 على أنه "إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر في دعوى النفقة والأجور وما في حكمها جاز للمحكوم له اللجوء إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو التي يجري التنفيذ بدارتها" ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به ولم يمثل حكمت المحكمة بحبسه مدة لا تزيد على 30 يوماً ، فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفياً قبله الصادر لمصلحته الحكم فلا تنفذ العقوبة وذلك دون إخلال بحق المحكوم له في التنفيذ بالطرق العادلة¹ ولا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها هذه المادة السير في الإجراءات

¹ وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة 1974/6/29 في الطعن رقم 1 لسنة 5 قضائية دستورية المادة 347 من اللائحة الشرعية والتي أعاد المشرع بإصدارها بمقتضى القانون رقم 91 لسنة 2000 مع تعديل يسير في الصياغة وفيه قالت المحكمة "..... هذا النص مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية التي توجب على المدين الوفاء بيديونه من تلقاه نفسه إبراء لذمه فإن امتنع عن ذلك رغم قدرته على الوفاء يكون ظالماً ويجوز زجره وردعه عن التمادي في ظلمه ، وقد شرعت لذلك وسائل تكفل للدائن الحفاظ على حقوقهم ولو بطريق الإكراه وذلك بالتضييق على المدين بالحبس أو بالملازمة أو بالحجز لمنعه عن التصرف في ماله وبيعه جبراً عليه لسداد ديونه ، ولا تبرأ ذمة المدين من الدين إلا بالوفاء أو ما يقوم مقامه . وفي خصوص شرعية الحبس كوسيلة = لإجبار المدين على الوفاء بالدين فالرأي المتفق عليه بين أئمة المسلمين هو جواز حبس المدين المؤسر الممتنع من أداء الحق إلى مستحقه حملاً له على أدائه ولهم في ذلك أدلة من السنة والإجماع إدجاء في الحديث الشريف "لى الواحد ظلم يحل عرضه وعقوبته" ولالي المطل والواحد الغنى وإخلال العرض هو إغلاق الفول للمدين وشكایته . وروى عن الخليفة عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وكثير من الصحابة والتابعين وقضاة المسلمين أنهم كانوا يحبسون المدينيين والمطاطلين وقد كانت هذه المبادئ معمولاً بها في مصر في الديون كافة قبل سن القوانين الحديثة فنص البند رقم 50 من لائحة 17 يونيو سنة 1880 وهي أول تشريع منظم للمحاكم الشرعية على ما يلي : "حيث أن الأحكام الشرعية تقتضي في بعض الأحيان سجن بعض أشخاص على حقوق شرعية بحسب ما تقتضيه الأصول المرعية شرعاً فلتلزم أنه إذا وجد رئيس المحكمة من يقتضي سجنه بحسب الكيفيات المعرومة شرعاً أن يجرى سجن من ذكر بسجنه المختص بها بموافقة الشرع وإن لم يتيسر ذلك فترسل من يقتضي سجنه إلى محل الإدارة القريب منها ليسجن بالسجن الموجود بشرط أن يكون سجنه واطلاقه تحت آذن الحاكم الشرعي الموجود بتلك المحكمة إجراء للأحكام الشرعية مجرها وإيصالاً للحقوق المستحقة في أوقاتها" . وقد ظل هذا النص معمولاً به حتى صدرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالقانون رقم 31 لسنة 1910 وقصرت الحبس على ديون النفقة وما في حكمها فنفت في المادة 343 على أنه "إذا امتنع المحكوم عليه عن = تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجراه الحضانة أو الرضاع أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي بدارتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وامرته ولم يمثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثة أيام أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفياً فإنه يخلي سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية " وقد ردت المادة 347 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون رقم 78 لسنة 1931 والتي تقدم ذكرها نص المادة 343 من اللائحة الصادرة بالقانون رقم 31 لسنة 1910 مع تعديل يسير لم يجاوز تخويل

المحكمة التي أصدرت الحكم ذات الاختصاص المخول للمحكمة الجنائية التي يقع بدارتها محل التنفيذ وهو الحكم بحبس المحكوم عليه الممتنع من تنفيذ الحكم رغم قدرته على ذلك . وحصل ما تقدم أن المشرع إنما قرن في النص المطعون فيه والنصوص السابقة عليه حكما من الأحكام المتفق عليها في الشريعة الإسلامية كما نص في أكثر مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها القانون العام المنظم لهذه المسائل وقد حرص الدستور على النص في مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع تقريرا للأمر الواقع الذي جرى عليه العمل حتى في عهد الدساتير السابقة التي أغفلت النص على ذلك ، وهكذا جاء النص المطعون فيه متفقا مع الدستور.

ومن حيث أن المشرع لم يقف في إقرار الإكراه البدني كوسيلة لاستيفاء الديون عند حد ديون النفقة وما في حكمها المبنية في النص المطعون فيه بل تجاوزها إلى غيرها من الديون التي تقضى طبيعتها وتبرر هذه الوسيلة فشخص المشرع في قانون الاجراءات الجنائية ببابا مستقلة للإكراه البدني (المواد من 511 إلى 523) وقد أجازت المادة 511 تحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضي بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة بطريق الإكراه البدني ويكون الإكراه بالحبس البسيط وتشتمل هذه المبالغ فضلا عن الغرامات ما يجب رده والتغويضات والمصروفات كما أجازت المادة 519 لمحكمة الجنح التي يقيم بدارتها المحكوم عليه بتعويضات لغير الحكومة إن تحكم عليه =بالإكراه البدني إذا امتنع عن تنفيذ الحكم رغم قدرته على ذلك ولا تزيد مدة عن ثلاثة أشهر ولا يخصم شيء من التعويض نظير الإكراه في هذه الحالة وفضلا عن ذلك فقد استحدث المشرع في قانون العقوبات نصا في المادة 293 يقضي بـ " كل من صدر عليه حكم قضائي وأجب النفاذ يدفع نفقة لزوجة أو أقاربها أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعه أو مسكن وامتنع عن الدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى أو يأخذى هاتين العقوبتين - ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن - وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة ف تكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة وفي جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجده في ذمه أو قدم = كفلا يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة " وقد جاء بالذكرية الإيضاحية لهذه المادة عند إضافتها إلى قانون العقوبات، أنها مادة جديدة أضيفت للعقوبة على جريمة هجر العائلة التي تعاقب عليها القوانين الحديثة ، وظاهر من هذا النص أن المشرع يستهدف حمل المحكوم عليه على الوفاء بما حكم به بحيث إذا قام بذلك أو قدم كفلا يقبله صاحب الشأن فـ لا تنفذ العقوبة .

ومن حيث أن المادة 41 من الدستور تنص على أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد وتفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر يستلزم ضرورة التتحقق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة وذلك وفقا لإحکام القانون وهذا النص لا يعني أن الحرية الشخصية حق مطلق لا ترد عليه القيد ذلك أن الإنسان لم يعرف هذه الحرية المطلقة إلا عندما كان يعيش فردا في العصور الأولى فلما اقتضت ضرورات الحياة أن ينتظم في سلك الجماعة أصبح كائنا اجتماعيا لا يستطيع العيش فردا وقد اقتضاه ذلك أن يلتزم في تصريفاته وافعاله وأقواله الأصول والقواعد التي تتواضع عليها الجماعة ومن شأن هذه القواعد وتلك الأصول أن تحد من حريته فتحول دون اعتماده على غيره من أعضاء المجتمع حتى يستطيع التمتع بمثل ما يتمتع به . والقانون هو الوسيلة الوحيدة لوضع هذه الحدود ، وقد قامت التشريعات العقاب على هذا الأساس لأنها توسم صورا من العدوان على الغير حفظا لأمن الجماعة ونظام المجتمع ولو أن الحرية أطلقت دون قيد لسادت الفوضى وأخلت الأمان والنظام وارتدى المجتمع إلى عهود الغاية . يؤيد هذا النظر أن المشرع الدستوري إذ يقر الضمانات التي يجب مراعاتها عند القبض على الأفراد وحبسهم وإذ يوجب إشراف القضاة والنيابة على إجراءات القبض والحبس وضرورة استصدار أمر القبض والحبس وغيرهما من الإجراءات المقيدة للحرية من القاضي المختص او النيابة العامة وفقا لأحكام القانون فإنه يقر تقييد حرية الأفراد إذا اقترفوا ما يقتضي ذلك من الجرائم ومخالفات القانون ، كما يقر بأن الحرية الشخصية التي أحاطتها بسياج من القدسية في صدر النص ليست حرية مطلقة تمنع على القيد والحدود إذا اقتضت مصلحة المجتمع فرض هذه الحدود والقيود .

ومن حيث أن السبب الثاني من أسباب الطعن المبني على أن النص المطعون فيه يخل بمبادأ المساواة المنصوص عليه في المادة 40 من الدستور مردود بـان المساواة إنما تتحقق بتوافر شرطى العموم والتجريد فى التشريعات فهي ليست مساواة حسابية، ذلك لأن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب أعمال المساواة بينهم لتماثل = ظروفهم ومراكزهم القانونية وإذا اختلفت هذه الظروف بـأن توافرت الشروط في البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم .

ومن حيث أنه أيا كان وجه الرأى فيما ساقه المدعى بشأن وقف تنفيذ أحكام الطاعة بطريق القهر تنفيذا لقرار صدر من وزير العدل على خلاف ما تقضى به المادة 345 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية

المنصوص عليها في المادة (293) من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد استنفذ

الصادرة بقانون وانحسار تطبيق النص المطعون فيه إذا كان أحد الطرفين المتنازعين أجنبياً وذلك تأييداً لوجهة نظره في إخلال النص المطعون فيه بمبدأ المساواة فإن النعي بذلك على النص المطعون فيه يكون غير سديد لاختلاف المراكز القانونية للمحكوم عليهم بديون النفقة وما في حكمها عنها بالنسبة إلى الزوجات المحكوم عليهن بالطاعة لزواجهن والأزواج الأجانب ومن حيث أنه بالنسبة إلى السبب الثالث من أسباب الطعن وهو مخالفة النص المطعون فيه للمادة 68 من الدستور فيما تقرره من حق كل مواطن في الالتجاء إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو المحكمة التي بدارتها محل التنفيذ اختصاص الحكم بحبس المحكوم عليه بالنفقة وما في حكمها إذا امتنع من تنفيذ الحكم رغم قدرته على ذلك فإنه يسنده إلى كليهما تيسيراً على المحكوم له، ذلك لأن إسناد هذا الاختصاص إلى المحكمة الأولى أعمال لقاعدة عامة تقضي باختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم بالإشراف على تنفيذه وبالفصل فيما ينشأ عنه من مشكلات هي أقرب على الفصل فيها من سواها لاحتاطها بموضوع المنازعات التي فصلت فيها كما أن جمع عناصر الخصومة أمام محكمة واحدة يؤدي إلى فسد في الوقت والإجراءات

أما المحكمة التي يتبعها محل التنفيذ فمرد اختصاصها إلى تجنب المحكوم له مشقة لانتقال إلى مقر المحكمة التي أصدرت الحكم إذا كان محل التنفيذ خارج دائرتها مما يكفل السرعة في تنفيذ الحكم. ولقد حرص المشرع على التيسير على مدعى النفقة منذ المرحلة الأولى للدعوى فجعل له الخيار في رفع الدعوى أما إلى المحكمة التي يقع بدارتها موطن المدعى عليه عملاً بالقاعدة العامة أو موطن المدعى وفقاً لما تقتضيه مصلحته (المادة 57).

ومن حيث أن الحكم بحبس المحكوم عليه بالنفقة وما في حكمها ليس عقوبة جنائية بمفهومها الفنى الدقيق بل هو وسيلة لإرغام وإكراه للمحكوم عليه كى يودى ما عليه متى كان قادرًا على ذلك وامتنع عنتها وظلماً وقد اسنده المشرع إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالنفقة وما في حكمها والمحكمة التي يقع بدارتها محل التنفيذ للاسباب الجدية المتقدم ذكرها فكتاباً قاض طبيعى لدعوى الحبس حملها للمحكوم عليه بدين النفقة وما في حكمها على الوفاء به.

ومن حيث أنه بالنسبة إلى السبب الرابع من أسباب الطعن المبني على مخالفة النص المطعون فيه لمبدأ التضامن الاجتماعي المقرر في المادة السابعة من الدستور = فضلاً عن إخلاله بتقليد الأسرة التي كفلتها المادة التاسعة من الدستور فإنه مردود بأن المشرع إذ شرع وسيلة الحبس لحمل المحكوم عليه بالنفقة وما في حكمها على الوفاء بها متى كان قادرًا على ذلك وامتنع عن ذلك ومتى وفى ديون ممتازة ذات طبع حيوى مقدمة على غيرها بل هي قوام الحياة فى كل أسرة يقوم بها أودها غداء وكساء وسكننا ومن ثم يكون التخلف عن أدائها ضاراً أبلغ الضرر بالأسرة موهناً روابط التضامن والمودة بين أعضائها ويكون إكراه المستنول عن النفقة وما في حكمها على الوفاء بها بوسيلة الحبس وضعاً للأمور في نصابها الصحيح برد المحكوم عليه المتعنت عن ظلمه = وعنته فيحل الويل والوقف بين أعضاء الأسرة محل الشقاق والبغضاء وعلى مقتضى ذلك يكون هدف النص المطعون فيه عكس ما ينعته عليه المدعى دعم التضامن الاجتماعي وتوثيق القيم والتقاليد الرشيدة وإرساء الأواصر بين أعضاء الأسرة على دعائم وطيدة من المودة والرحمة .

ومن حيث أنه بالنسبة إلى السبب الخامس من أسباب الطعن المبني على قيام ازدواج بين المادة 347 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة 293 من قانون العقوبات فإن هذا السبب أن صح فأنه يعيث التشريع ولكنه لا يصلح سبباً للطعن بعدم الدستورية ، ذلك أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تقوم على مخالفتهما أو اللائحة للدستور والمناطق في تقرير دستورية التشريع أو عدم دستورية هو باتفاقه أو مخالفته لأحكام الدستور . على أن المشرع لم يغفل هذا الأمر إذ عمل على التنسيق بين النص المطعون فيه والمادة 293 من قانون العقوبات عند التطبيق فأصدر في 11 من أكتوبر سنة 1937 المرسوم بقانون رقم 92 لسنة 1937 الخاص بالإجراءات التي تتخذ وفقاً للمادة 293 من قانون العقوبات ونص في المادة الأولى منه على أنه "لا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها المادة 347 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة 293 من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له بالنفقة أو باجر الحضانة أو الرضاعه أو المسكن قد استنفذ الإجراءات المشار إليها في المادة 347 المذكورة . كما نص في المادة الثانية على أنه " إذا نفذ الإكراه البدنى على شخص وفقاً لحكم = المادة 347 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ثم حكم عليه بسبب الواقعه نفسها بعقوبة الحبس تطبيقاً للمادة 293 من قانون العقوبات استنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم به فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش من كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق نفاده فيه .

الإجراءات المشار إليها في الفقرة الأولى ، وإذا نفذ بالإكراه البدني على شخص وفقاً لحكم هذه المادة ثم حكم عليه بسبب الواقعه ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة (293) من قانون العقوبات استنزلت مدة الإكراه البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم بها ، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق إنفاذه عليه".

• والسند الشرعي لهذا النص هو قوله (م) "إلى الواحد ظلم يحل عرضه وشكيته" أي أن إمساك وشح من بيده المال عن الإنفاق رغم يساره ظلم منه لمستحق النفقة يبيح زجره وعرض أمره على القاضي وشكيته له.

• ولا غرو في أن نطاق تطبيق نص المادة 76 مكرر سالف الذكر من حيث الأشخاص يقتصر على صدور الحكم بالفرض على الملتم به أي ضده وفي أمواله الخاصة حيث استخدم النص عبارة "إذا امتنع المحكوم عليه" وعلى ذلك فإنه لا يجوز صدور الحكم بالحبس ضد عديم الأهلية فإذا صدر الحكم بفرض نفقة أو ما شابه في أموال القاصر وامتنع ولى المال أو الوصى عليه أو القىيم عن أداء ما قضى به الحكم الصادر بالفرض - فإننا نرى - أنه لا يجوز الحكم ضد به بالحبس لامتناع عن تنفيذ الحكم الصادر بالفرض وذلك لكون الحكم المذكور لم يصدر ضد ولى المال شخصياً أي بعبارة النص فإن الحكم لا يعد قد صدر على المحكوم عليه بالفرض وإنما هو فقط صدر في مواجهته باعتباره أمين على أموال القاصر والمشرف عليه والمتولى فقط لإدارته ، حيث يكون لمحكمة الأسرة دائرة الولاية على المال إذا ما امتنع عن تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة عقابه بالأساليب المنصوص عليها في المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 كالعزل أو الوقف أو الحد من صلاحياته وهكذا دون جواز حبسه بالتطبيق لحكم المادة 76 مكرر سالفه الذكر ، وذلك إلا إذا ثبت لمحكمة الحبس أن تحت يد ولى المال أموال للخاضع للولاية يمكن دفع المطلوب منه فوراً في الحال بعد التحرى عن ذلك بكلفة الطرق .

• والمحكمة المختصة نوعياً بنظر دعوى الحبس هي محكمة الأسرة¹ إعمالاً لحكم المادة الثالثة من قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 .

• ويشترط للقضاء بالحبس وفق حكم المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 ستة شروط :

¹ راجع المادة 3 من قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 .

(1) أن يكون الفرض قد تقرر بحكم قضائي بالمعنى الاصطلاحي للحكم القضائي، أي أن يكون صادراً في منازعة حول الفرض تولى القاضي سلطة الفصل فيها بمقتضى وظيفته القضائية وليس بصفته الولائية أو الإدارية ، وعلى ذلك فلا يعد الحكم الصادر بإلحاق ما اتفق عليه الخصوم شفاهةً أو كتابةً بمحضر الجلسة واثبات محتواه فيه واعتباره في قوة السند التنفيذي حكماً قضائياً في مفهوم المادة 76 مكرر يتوافق به الشرط الأول من شروط الحكم بالحبس¹، كما لا يعد محضر الصلح التي أوجبت المادة الثامنة من قانونمحاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 إلهاقه بمحضر الجلسة المتضمن ما يتصالح عليه الخصوم به وجعله في قوة السند التنفيذي مما يتوافق به الشرط الأول من شروط الحكم بالحبس باعتبار أن النصوص الجزائية المقيدة للحربيات مما لا يجوز التوسيع في تفسيرها أو القياس عليها طبقاً للقواعد العامة².

(2) أن يكون الحكم صادر في مادة من مواد النفقات (نفقة الزوجية أو العدة أو نفقة الصغير أونفقة أقارب) أو بتقرير أجر حضانة أو رضاعة أو نفقات تعليم أو علاج أو أجر خادم وهكذا ، إلا أنه يخرج عن هذا المفهوم الأحكام الصادرة بالمتعة فلا يجوز حبس الممتنع عن سدادها.

(3) أن يكون الحكم الصادر نهائياً (أي استئنافياً أو انتهت مواعيد استئنافه ، بعد إعلانه إذا كان قد صدر في غيبة الخصم) أو سبق الطعن عليه بالاستئناف الذي تخلف المستأنف فيه (المدعى عليه في دعوة الحبس) عن الحضور إذ يعتبر الاستئناف في هذه الحالة كأن لم يكن بقوه القانون وتزول صحيفة الاستئناف ويضحي الحكم المستأنف الصادر بالفرض نهائياً وذلك كله اعملاً لتصريح نص المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 ، ويتبعن الإشارة إلى وجوب قيام المدعية بتقديم الصورة التنفيذية للحكم الصادر بالفرض إذ لا يعني عن ذلك تقديم صورة رسمية طبق الأصل³.

¹ حيث استخدمت المادة 76 مكرر عبارة "المحكوم عليه" وعبارة "الحكم النهائي الصادر في دعاوى" بما مؤداه وجوب أن يكون الملزم بالفرض مكتوماً عليه وليس مجرد متصالحاً أو متفقاً وأن يكون أنسنة في الحبس هو حكم نهائي صادر في دعوى

² راجع في طبيعة عمل القاضي والتفرقة بين العمل القضائي والولائي والإداري - أمينة النمر في قوانين المراقبات - ط 1989 - ج 1 - ص 373 وراجع أيضاً تقضي الطعن رقم 1694 لسنة 49 ق - جلسة 1985 / 4 / 28 - ص 668 و الطعن رقم 1233 لسنة 56 ق والطعن رقم 1810 لسنة 50 ق - جلسة 1984/5/9 والطعن رقم 337 لسنة 55 ق - جلسة 1991/2/28 .

³ الصورة التنفيذية للحكم هي التي تزيل بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 280 مراقبات وراجع أيضاً المادة 68 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وراجع أيضاً المواد 181 و 182 و 183 من قانون المراقبات

4) أن يمتنع المحكوم ضده عن تنفيذ الحكم ، ويعد امتئاع المحكوم ضده عن سداد المقصى به بعد ثبوت إعلانه بالحكم النهائي طبقاً لقواعد إعلان الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية¹ فرينه على الامتئاع عن التنفيذ .

5) أن تثبت المدعية أن المدعي عليه (المحكوم ضده) قادرًا على سداد ما حكم به عليه ، ولها أن تثبت ذلك بكلفة طرق الإثبات ويقبل في ذلك التحريات الإدارية والبينة الشرعية من رجالين أو رجل وامرأتين .

• كما يتبعن الإشارة إلى أنه يجب على المحكمة التي تنظر دعوى الحبس اتخاذ إجراءات مستقلة غير تلك التي اتخذت في دعوى النفقة لإثبات ونفي قدرة الزوج أو المحكوم ضده على وجه العموم عن الوفاء بالمحكوم به ، وذلك لاستقلال كل من الدعويين عن الأخرى وباعتبار أن يسار المحكوم ضده مما يتغير .

• وقد نصت المادة (23) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه "إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما في حكمها محل منازعة جدية ولم يكن في أوراق الدعوى ما يكفي لتحديد وجوب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذي يمكنها من بلوغ هذا التحديد ، وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق في هذا الشأن ،... ويجب على النيابة العامة أن تنهي التحقيق وترسله مشفوعاً بمذكرة موجزة بالنتائج التي خلصت إليها في موعد لا يجاوز ثلاثة أيام من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها ويتبعن الإشارة إلى أن تكليف المحكمة للنيابة العامة بإجراء تحقيق دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة رهن بتوافر شرطين :

الأول : إلا يكون في الأوراق ما يكفي لتحديد .

وثانيهما : أن يكون ما توافر بالأوراق من أدلة على دخل المطلوب الحكم عليه محل منازعة جدية .

فإذا تخلف أي من الشرطين أو كانت المنازعة غير جدية أرتفع عن المحكمة الالتزام بتكليف النيابة العامة بالتحقيق .

• وقد تضمن نص المادة (23) من القانون رقم 1 لسنة 2000 في الفقرة الرابعة منها النص على عدم جواز استخدام ما تسرف عنه تحقيقات النيابة بهذا

¹ تجري قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة (213) مرافعات على أن إعلان الحكم يجب أن يتم لشخص المعلن إليه أو في موطنه (راجع في ذلك محمد كمال عبد العزيز في التعليق على قانون المرافعات - ط 1995 - ص 1307 وراجع أيضا الفقرة التاسعة من المادة (13) مرافعات .

الخصوص فى دعوى أخرى غير التى أجريت التحقيق¹ بسببها¹. أما إذا توافر الشرط أن مجتمعن التزمت المحكمة بتكليف النيابة العامة بتحقيق دخل المطلوب الحكم عليه فإن هى لم تفعل أضحتى الحكم باطلًا لصراحة النص بتصدر صيغة الوجوب فيه .

• ويتبعين أن تباشر النيابة العامة بنفسها تحقيق دخل المطلوب الحكم عليه فلا يجوز لها تكليف جهة الإداره (المباحث أو شيخ الحرارة) بتحقيق ذلك الدخل إلا أن ذلك لا يحول دون النيابة والاستعانة بالمعلومات المتوافرة لدى جهة الإداره عن طريق سؤال المعنيين بذلك التحقيق الذى تجريه بهذا الخصوص ، وهذا هو ما يتفق وقصد المشرع من نقل مسؤولية التحرى عن دخل المطلوب الحكم عليه من جهة الإداره إلى النيابة العامة وفق ما كان يجرى عليه الحال إبان تطبيق نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية رقم 78 لسنة 1931 الملغاة بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث لوحظ أن النظام السابق كان ينطوى على ثغرات عديدة دعت المشرع إلى ضرورة تلافيها بإسناد هذه المهمة إلى النيابة العامة².

• ويجوز أن يتولى تحقيق دخل المطلوب الحكم عليه أى من أعضاء النيابة العامة فلا يشترط درجة وظيفية معينة فيمن يتولى ذلك التحقيق إلا أنه لا يجوز انتداب جاويش الاستيفاء لإجرائه وهو ما يرمز إليه بالحروف "ج.أ" باعتباره من يتبعون جهات الإداره (الشرطة) بصفة مباشرة .

• وقد أوجب نص المادة 23 سالفه الذكر على كافة الجهات الحكومية وغير الحكومية إفادة النيابة العامة التي لها الاستعلام من تلك الجهات – بما تحت يدها من معلومات عن دخل المطلوب الحكم عليه طالما كانت تلك المعلومات منتجه في تحديد دخل المدعى عليه ، وعلى ذلك فإن لم تكن تلك المعلومات مفيدة أو منتجة في ذلك التحديد كان للجهات المطلوب منها الامتناع عن إفادة النيابة العامة بها ، إلا أن المرجع في تحديد ما إذا كانت المعلومات المتوافرة لدى الجهات المعنية منتجه من عدمه هو النيابة العامة ذاتها المنوط بها إجراء التحقيق .

• وقد أوجب نص المادة 23 المطروحة على النيابة العامة أن تنهى تحقيق دخل المطلوب الحكم ضده بالنفقة خلال مدة حدها بما لا يجاوز ثلاثة يوماً تحتسب من

¹ راجع المادة 23 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية

² المذكورة الإيضاحية للقانون رقم 1 لسنة 2000 .

تاريخ وصول إخطار المحكمة للنيابة بذلك وليس من تاريخ صدور قرار المحكمة بتكليف النيابة بالتحرى عن دخل المدعي عليه ، وغنى عن البيان أن مدة الثلاثين يوماً رغم وجوبها إلا أنها تعد من المواعيد التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها سوى مؤاخذة عضو النيابة المنوط به التحقيق أن كان لذلك وجه.

• وقد حرص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 23 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على النص على مراعاة أحكام نصوص قانون سرية حسابات البنوك رقم 205 لسنة 1990 عند تحقيق دخل المطلوب الحكم ضده فأوجب في حالة الحاجة إلى الوقوف على أرصدة المطلوب الحكم ضده لدى البنوك اتباع أحكام ذلك القانون فلا يجوز للنيابة العامة الاستعلام عن أرصدة المحكوم ضده لدى البنوك ولا تدخل البنوك وبالتالي في مفهوم الجهات الحكومية أو الغير حكومية التي أوجبت عليها نص المادة 23 إفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات ولا يكون معه من ثم أمام المدعي في الدعوى سوى أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر دعوى الحبس سوى إصدار حكم قضائي بالاستعلام عن أرصدة البنوك على النحو السابق تناوله سلفاً.

6) أن تأمر المحكمة الزوج أو الملزم بالنفقة بالوفاء ويمتنع إذا كان حاضراً، وعليها إعلانه بالأمر بالسداد أن كان غائب على أن يتضمن الإعلان ثبوت قدرة المدعي عليه على الأداء وضرب أجل له للسداد هو الجلسة التالية وتكون صيغة الأمر بقرار يصدر من المحكمة وليس بحكم منها ويثبت في محضر الجلسة بالصيغة الآتية : "الثبوت قدرة المدعي عليه على دفع مبلغ مليم جنيه ، محل التداعى أمرته المحكمة بسداده والتأجيل لجلسة / / لإعلانه بأمر الدفع" وذلك إذا كان المدعي عليه غائباً ، أما إذا حضر بالجلسة صدر الأمر في مواجهته دون حاجة إلى إعلان.

• ولا يجوز أن يختلط مفهوم أمر الدفع في هذا المقام وأمر الأداء الوارد تنظيمه في المواد من 201 وما بعدها من قانون المرافعات المدنية والتجارية لاختلاف طبيعة كل منها عن الآخر والأحكام المتعلقة بها والأثر المترتب على كل منها .

• ولا يغنى عن الأمر بالأداء أن يكون حكم النفقة مأموراً فيه بالأداء كما لا يغنى عنه أن يكون المدعي عليه قد أقر بالدين .

• ومتى صدر الأمر بالدفع فلا يجوز للمحكمة العدول عنه أو المناقشة فيه.

• ولا يشترط أن يكون أمر الدفع مسبباً .

• فإذا توافرت الشروط والإجراءات السابقة حكمت المحكمة بحبس المحكوم ضده بالنفقة مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً¹ تحتسب من تاريخ إلقاء القبض عليه إلا أن المحكمة أن تحكم بأقل من تلك المدة وتقضى بالحبس لمدة أقصر².

• ويتعين الإشارة هنا إلى مشكلة عملية تطرح نفسها في العمل كثيراً وهي أن يعرض الملتم بـالنفقة سداد جزء من المستحق ويطلب إمهاله لسداد الباقي فقبل الزوجة ذلك ويتكرر من الزوج سداد أجزاء من المستحق فإذا تخلف عن سداد أحد الأقساط كان للمحكمة إمهاله ثم القضاء بحبسه نظير امتناعه عن سداد الباقي على أن يستنزل من منطق الحكم ما تم سداده بالفعل من المبلغ المحكوم به ، وقد ترفض الزوجة الاستمرار في قبول السداد على أقساط رغم سبق موافقتها وتقاضيها لبعض الأقساط وتطلب حبس الزوج في باقى المستحق لها ونحن نرى أنه في هذه الحالة يكون للمحكمة رفض دعوى الحبس وذلك لتخلف الشرط الثالث من شروطها حيث لا يكون الزوج قد امتنع عن الوفاء فضلاً عن أن في سداده ما يدل على عدم مطلة الأمر الذي لا يحل معه شكايته إلا أن ذلك أيضاً لا يُسقط حق المدعية في طلب حبس الزوج إذا ظهر للمحكمة مطله في سداد الباقي .

• كما يتعين الحكم برفض الدعوى أيضاً إذا قدم المدعى عليه إلى قاضى الحبس حكماً نهائياً بإثبات نشوز الزوجة المدعية ووقف نفقتها خلال المدة محل دعوى الحبس أى خلال المدة التي أقيمت دعوى الحبس بسبب امتناع المدعى عليه عن سداد المستحق عليه خلالها كنفقة للمدعية بما استوجب إقامتها للدعوى بطلب حبسه عنها وذلك لدلاله الحكم النهائي الصادر بإثبات النشوز على عدم مديونية المدعى عليه للمدعية بالمثل محل دعوى الحبس المطروحة حيث يعتبر الحكم الصادر بإثبات النشوز قد أزال الحجية المؤقتة للحكم الصادر بالنفقة بما تسقط معه موجبات تنفيذه .

• أما إذا دفع المحكوم عليه دعوى الحبس ببراءة ذمته من المبلغ المحكوم به وقدم دليلاً على ذلك ، أوراق رسمية أو عرفية كان على المحكمة تحقيق هذا الدفع باعتباره طلباً عارضاً والفصل فيه قبل الحكم في دعوى الحبس .

¹ الحكم رقم 59 لسنة 1984 الصادر من محكمة شبرا الجزئية للأحوال الشخصية بجلسة 1984/2/2 ، وفيه حكمت المحكمة بحبس المدعى عليه ثلاثة أيام من تاريخ إلقاء القبض عليه لامتناعه عن دفع مبلغ خمسة عشر جنيهاً للمدعية بحيث إذا دفعه إليها أو أحضر كفلاً ترضاه أو طلب الإفراج عنه يفرج عنه في الحال

² الحكم الصادر في القضية رقم 117 لسنة 1974 من محكمة شبرا الجزئية للأحوال الشخصية بجلسة 1974/10/28 . وفيه " حكمت المحكمة بحبس المدعى عليه خمسة عشر يوماً لامتناعه عن أداء مبلغ أربعة جنيهات للمدعية .

• والعقوبة في دعوى الحبس لا تتجزأ فإذا دفع المحكوم عليه بعض المبلغ المستحق فلا يترتب على ذلك إنفاس العقوبة بمقدار ما يقابلها من المدة المحكوم بها ، إلا أن ذلك لا يحول دون القاضى والحكم بالحبس لمدة تقل عن مدة الثلاثين يوماً المنصوص عليها باعتبار أن المدة الواردة بالنص تمثل الحد الأقصى للعقوبة دون حدتها الأدنى .

• وإذا أحضر المدعى عليه كفياً بالجلسة التزم بالسداد استكتبه المحكمة تعهداً كتابياً يثبت بمحضر الجلسة بأنه يتزمر مع المحكوم عليه بالتضامن في تنفيذ الحكم ودفع جميع المبالغ المحكوم بها وتقضى برفض الدعوى أو بانتهائها.

• أما إذا أثبت المحكوم ضده عدم قدرته على سداد المفروض حكمت المحكمة برفض دعوى الحبس¹.

• فإذا صدر الحكم بالحبس كان على المنوط بالتنفيذ عند القبض على المحكوم ضده أن يطلب منه أولاً دفع المبالغ المحكوم بها فإن دفعها أخلي سبيله وسلم المبالغ إلى الطالب بإيصال يعطى للمحكوم عليه ويوشّر بذلك على الحكم الصادر بالحبس ، وإن قدم كفياً واعتمده الطالب أخلي سبيله أيضاً بعد أن يأخذ على الكفيل تعهد كتابي على أن يضمن المحكوم عليه بالتضامن في الحكم الصادر عليه ودفع جميع المبالغ المحكوم بها ويصدق على الإمضاء بمعرفة المنوط بالتنفيذ ثم يسلم إلى المحكوم له .

• ويجوز الحبس حال الامتناع عن الوفاء بأى عنصر من عناصر النفقه سواء كان نفقه المأكل أو الملبس أو أى من الأجور أو المصاريفات وهكذا عدا المتعة فهى تخرج عن هذا النطاق لخلو النص وكخروجها عن مفهوم النفقات أو الأجور.

• ويجوز للمدعية أن تعدل طباتها بقصر المطالبة على مبلغ يقل عن المطلوب بصحيفة الدعوى في حالة عجز المدعى عليه عن السداد ويتبع في هذا الشأن القواعد الواردة بقانون المرافعات المدنية والتجارية فيما يتعلق بإعلان الطلبات المعدلة على أن يعاد أمر المدعى عليه بسداد المبلغ المعدل في مواجهته أو بإعلانه .

• والحكم الصادر بالحبس وتتفيد لا تبرأ به ذمة المحكوم ضده المدين فيظل المحكوم لها بالنفقه الحق في التنفيذ بالمبلغ المحكوم به بجميع الطرق المعتمدة¹.

¹ انظر الحكم الصادر في القضية رقم 311 لسنة 1972 ، جزئى شبرا . وفيه حكمت المحكمة برفض دعوى الحبس لما تبين للمحكمة من الأوراق عدم قدرة المدعى عليه على أداء المطلوب دفعة واحدة لأنه لا يجوز حبس غير قادر .

• ويتبع نظر دعوى الحبس على وجه السرعة وأن تكون المسافة الزمنية بين الجلسات قصيرة نظراً للطبيعة الخاصة لتلك القضايا .

• ولما كانت دعوى الحبس وفقاً لنموذجها المنصوص عليه في المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 - في رأينا - من دعوى التنفيذ الموضوعية الأمر الذي نرى معه وقد استحدث قانونمحاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 في المادة (15) منه نظام قاضي التنفيذ الشرعي - اعتبارها من الدعوى التي يختص بنظرها القاضي المذكور بما يترب عليه من تقرير جواز الطعن على الحكم الصادر فيها بالاستئناف .

• كما يجوز نظر دعوى الحبس في سرية "غرفة مشورة" أى في غير علانية² إعمالاً للقاعدة المتبعة في نظر دعوى الأحوال الشخصية³ .

• والحكم الوارد بالمادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 والمضافة بمقتضى القانون رقم 91 لسنة 2000 بخصوص الحبس في حالة الامتناع عن سداد المقضى به كنفقات أو أجور أو ما في حكمها يسرى على المسلمين وغير المسلمين المتحدى الطائفة أو الملة أو مختلفها باعتباره مادة إجرائية تسرى على الكافة .

• ويتم تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة بالنحو والكيفية المنصوص عليها في المواد من 71 وما بعدها من القانون رقم 1 لسنة 2000 تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وذلك إما عن طريق بنك ناصر الاجتماعي أو باتخاذ إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في القانون المذكور أو قانون المرافعات المدنية والتجارية .

• وقد أجازت المادة 76 من القانون رقم 1 لسنة 2000 جواز الحجز على الأجور أو المرتبات أو المعاشات وما في حكمها تنفيذاً للأحكام الصادرة بالنفقات أو الأجور على النسب التالية:

(أ) 25 % للزوجة أو المطلقة وتكون 40 % في حالة وجود أكثر من واحدة.

¹ ويجب أن يكون منطوق حكم الحبس على النحو التالي "حكمت المحكمة بحبس المدعى عليه... مدة... من تاريخ القبض عليه جراء امتناعه عن سداد مبلغ ... قيمة النفقة المقضى بها ضده في الدعوى رقم... لسنة... شرعاً - واستثنافها رقم ... لسنة مستأنف بحيث أنه إذا أداه إلى المدعى أو أحضر كفيلاً ترضاه أو طلبت هي الإفراج عنه إفرج عنه فوراً مع إلزام المدعى عليه المصاروفات و... جنيهات مقابل أتعاب المحاماة

^{2,3} راجع المادة الخامسة من القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث اعتبر أن الأصل هو نظر الدعوى في علانية إلا إذا رأت المحكمة انعقاد الجلسة في سرية وذلك على عكس ما كان مقرراً قبل صدور القانون المذكور من وجوب نظر دعوى الأحوال الشخصية ومنها دعوى الحبس في غرفة مشورة أى جلسة سرية .

- (د) 40 % للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما .
(ه) 50 % للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما .

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة التي يجوز الحجز عليها على 50 % تقسيم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم¹ .

• تنص المادة 293 من قانون العقوبات على أنه " كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجر حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو بإحدى هاتين العقوبتين ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن ، كما تنص المادة 293 عقوبات على أنه إذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة ف تكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة وفي جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما متجمد في ذمته أو قدم كفياً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة" .

• وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والمضايقة بمقتضى القانون رقم 91 لسنة 2000 على أنه " لا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها هذه المادة السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة 293 من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد استنفذ الإجراءات المشار إليها في الفقرة الأولى ، وإذا نفذ الإكراه البدني على شخص وفقاً لحكم هذه المادة ثم حكم عليه بسبب الواقعه ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة 293 من قانون العقوبات إستنزلت من الإكراه البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم بها ، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق إنفاذه عليه" .

• وعلى ذلك فإنه يجوز للصادر لصالحه الحكم بأحد الفروض المنصوص عليها في المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 اللجوء إلى القضاء الجنائي للحصول على حكم جنائي ضد المحكوم ضده بالفرض وذلك وفقاً للشروط والضوابط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر والمادة 293 من قانون العقوبات .

¹ تنص المادة 77 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أنه في حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الأولاد فنفقة الوالدين فنفقة الأقارب ثم الديون الأخرى ، وتنص المادة 87 من ذات القانون على أنه لا يترتب على الإشكال في تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها في المادة السابقة وقف إجراءات التنفيذ .

وعليه فإنه يشترط لجواز إقامة الدعوى الجنائية ضد المحكوم ضده بالفروض المنصوص عليها في المادة 76 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الآتى
أولاً : صدور حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجة (أو أولاد أو أجرور أو نفقة أقارب دون غيرها من المصاروفات) شريطة أن يكون حكماً منها للخصومة إعمالاً لحكم المادة (16) من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعديل أو بزيادة نفقة مفروضة بحكم سابق ، أما المصاروفات فلا تخضع للمادة 392 لعدم النص عليها فى المادة المذكورة باعتبار أنه نص جنائى لا يجوز القياس عليه أو التوسع فى تفسيره .

ثانياً : أن تقدم شكوى من المحكوم لصالحه إلى النيابة العامة لتتولى تحريك الدعوى الجنائية .

ثالثاً : أن يكون المشكو ضده قد تم تنفيذ الحكم الصادر ضده بالحبس وفقاً لحكم المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

رابعاً : أن يستمر المحكوم ضده فى الامتناع عن الوفاء بالمبالغ المحكوم بها عليه أو بالباقي منها مع قدرته على الدفع ، الذى يقع على عاتق الشاكى إثباتها أمام القاضى الجنائى¹ ، كما يجوز للمحكوم ضده نفى قدرته على السداد وفي هذه الحالة تقضى المحكمة بالبراءة .

خامساً : أن يظل المحكوم ضده ممتنعا عن السداد مدة ثلاثة شهور بعد قيام القاضى الجنائى بالتبية عليه بالدفع ، الذى يتبعين إجراءه فى مواجهته فى حالة حضوره أو ثبوت قيام المحكمة بإعلانه به فى حالة غيابه .

سادساً: أن يتوافر القصد الجنائى العام القائم على العلم والإرادة المنصرفين إلى ارتكاب الجريمة .

¹ تنص المادة 23 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم اجراءات التقاضى فى منازعات الأحوال الشخصية على أنه " إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية ، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديد وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة اجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذا التحديد ، وتبادر النيابة العامة بنفسها إجراء التحقيق فى هذا الشأن ، ومع عدم الإخلال بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 205 لسنة 1990 فى شأن سرية الحسابات بالبنوك ، تلتزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بفائدة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات تكون منتجة فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة ، ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه = هذه التحقيقات من معلومات فى غير المادة التى أجريت بشأنها ، ويجب على النيابة أن تنتهى التحقيق وترسله مشفوعا بمذكرة موصلة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لا يجاوز ثلاثة يومنا من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها" (ويراجع التعليق على القانون رقم 205 لسنة 1990 بشأن سرية حسابات البنوك هامش التعليق على المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعديل) .

• فإذا توافرت هذه الشروط يصدر الحكم من القاضى الجنائى ضده (السابق الحكم عليه بالحبس من المحكمة الشرعية) مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تتجاوز خمساً إثنين جنيه أو بإحدى العقوبتين ، فإذا ما رفعت بعد الحكم الجنائى على المحكوم ضده دعوى ثانية عن هذه الجريمة تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة إعمالاً لحكم المادة 293 عقوبات¹.

• فإذا كان المحكوم ضده بالحبس وفقاً لحكم المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 قد تم تنفيذ الحكم الصادر ضده بالحبس ثم حكم عليه بسبب الواقعه ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة 293 من قانون العقوبات - وجب عند التنفيذ- إستنزال عقوبة الحبس السابق تنفيذها من مدة عقوبة الحبس الجديدة المقضى بها وفقاً للمادة 293 عقوبات ، أما إذا كان الحكم الصادر في الدعوى الجنائية بالغرامة وليس بالحبس وجب - عند التنفيذ - بسداد الغرامة أن يخصم منها مبلغ خمسة جنيهات عن كل يوم ثم سجن المحكوم عليه بالفرض وفقاً للمادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 والمضافة بالقانون رقم 91 لسنة 2000 وعلى ذلك فإذا كان قد أمضى مدة الحبس ومقدارها ثلاثة أيام مثلاً وجب خصم مبلغ 150 جنيه من مقدار الغرامة التي يكون قد صدر بها الحكم الجنائي ضده وفقاً للمادة 293 عقوبات².

• وقد أعطى المشرع للمحكوم ضده جنائياً فرصة التخلص من العقوبة الجنائية حتى بعد أن يصبح الحكم الجنائي الصادر ضده نهائياً حيث نص في عجز المادة 293

¹ قضت المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 45 لسنة 17 قضائية دستورية بدعوى ضد المحكوم ضدتهم وفق حكم المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 والمادة 293 عقوبات وذلك على سند من القول بأن انطواء النص المطعون فيه على فرض أكثر من عقوبة عن جريمة واحدة مردود أولاً - بما هو مقرر من أن اللجوء لنص المادة 293 من قانون العقوبات يفترض استنفاد التدابير التي حدتها المادة (347) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (والتي حل محلها المادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000) لتحصيل النفقة المحكوم بها، وأن من يستحقونها قد تضرروا من استمرار امتياز المدين بالنفقة عن دفعها مدة ثلاثة أشهر بعد التبليغ= عليه بایقانها مما حملهم على أن يتقدمو ضده بشكواهم استئنافاً لنص المادة (239) المطعون عليها التي لا تربطها بالمادة (347) من اللائحة وافعة واحدة يقوم بها جراء الحبس ، بل يفترض اعمال النص المطعون فيه أن المدين بالنفقة لازال ماطلاً حتى بعد أن حبس وفقاً ل تلك اللائحة، وإن الامتناع عن دفعها لازال بالتأني ممتدًا من حيث الزمان بما موداه أن وقائع الامتناع مع تعددها لا تشكل مشروعًا إجراميًا واحدًا بل يكون لكل منها ذاتيتها باعتبارها وقائع منفصلة عن بعضها البعض وان كان هدفها واحدًا مثلاً في اتجاه إرادة المدين بالنفقة إلى النكول عن أدائها ، ومردود ثانياً بأن عدم جواز فرض أكثر من عقوبة على فعل واحد يفترض تتبعها واستيفاء كل منها بكماله ولا كذلك النص المطعون فيه ذلك أن مدة الإكراه البدنى التي يتم تنفيذها في حق المدين وفقاً لنص المادة (347) يجب استنزالها من مدة الحبس المحكوم بها وفقاً للنص المطعون فيه ، فإذا كان قد حكم عليه بغرامة جرى حفظها عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذي سبق إنفاذه فيه.

² راجع الكتاب الدوري رقم 4 لسنة 2000 الصادر عن مكتب النائب العام في 4/30/2000 وكذا الكتاب الدوري رقم 8 لسنة 2000 الصادر عن مكتب النائب العام في 5/13/2000 أو أيضاً الكتاب الدوري رقم 11 لسنة 2000 الصادر عن مكتب النائب العام في 6/27/2000 (منتشر بملحق الكتاب).

عقوبات على أنه إذا أدى المحكوم ضده ما تجده في ذمته أو قدم كفياً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة.

• ويعين الإشارة إلى أنه يجوز للمحكوم ضده بمقتضى الحكم الجنائي بالحبس الاستشكال في تنفيذه أمام القاضي الجنائي طبقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية.

• ونحن نرى أنه لا يجوز لورثة الزوجة المتوفاة عقب صدور حكم نهائي لها بالنفقة إقامة الدعوى بحبس الزوج في دين نفقة مورثتهم حيث يقتصر الحق في الحبس على صاحب الحق ذاته دون خلفه العام وذلك باعتبار أن الحبس لعدم أداء النفقة قد خصه المشرع بأحكام روعي فيها تعلق الأمر بضرورات الحياة ومقوماتها حتى يرغم المكلف بها على سرعة أدائها لمستحقيها فيقيم بذلك أوده وهو ما لا يتوافر في حق ورثة المستحق كذلك إذا توفي الزوج أصبح متجمد النفقة ديناً في تركته والتزم الورثة بأدائها فإن لم يكن له تركة امتنع حبس الورثة للامتناع عن التنفيذ.

• ويعين الإشارة إلى أن الحكم بحبس المحكوم عليه بالنفقة المستحقة عن مدة معينة لا يكون وسيلة لإجباره على التنفيذ بالنسبة للمبالغ التي تتعدد بعده لعدم وجوبها بحيث أنه كلما تجدت مبالغ أخرى على المحكوم بحبسه جاز حبسه عنها وهكذا كلما وجب في ذمته شيء من النفقة.

أحكام النقض

• الأصل في الأحكام الصادرة في دعاوى النفقة أنها ذات حجية مؤقتة مما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغير الظروف ، وكان الثابت من الأوراق أن الدعوى رقم 36 لسنة 1979 أحوال شخصية نفس الإسكندرية كانت قد رفعتها المطعون ضدها ضد الطاعن بطلب نفقة لها تأسيساً على أنه تركها منذ 15/4/1977 دون نفقة رغم يساره وبتاريخ 31/5/1980 قضى برفضها استناداً إلى أنها هجرت مسكن الزوجية أخذأ بأقوال شاهدى الطاعن بما يفيد أن الحكم كان بصفة بحث مدى أحقيه المطعون ضدها بالنفقة عن المدة اعتباراً من 15/4/1977 وكان النزاع في الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه إنما ثار حول مدى أحقيه المطعون ضدها في النفقة عن المدة اعتباراً من 19/3/1984 وهل تعد ناشزاً فيسقط حقها في النفقة وقد فصل الحكم المطعون فيه في هذا النزاع وقضى لها بالنفقة على سند من أنها غير ناشز معتبراً بأقوال شاهديها وهى عن مدة لاحقة استجدة بعد صدور الحكم رقم 63 لسنة 1979 ومؤدى ذلك اختلاف المدة في الدعويين وتغيير دواعي وظروف صدورهما بحسبانها غير ناشز خلال المدة الأخيرة ومن ثم فإن الحكم لا يكون قد فصل في النزاع خلافاً للحكم السابق وإذا كان صادراً من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية فإن الطعن فيه بطريق النقض يكون غير جائز .

(نقض الطعن رقم 20 لسنة 59 ق - جلسه 17/12/1991 - س 42)

• لما كان الثابت من الأوراق أن الدعوى رقم 792 لسنة 1986 أحوال شخصية نفس كلٍ كانت قد رفعتها المطعون ضدها ضد الطاعن بطلب تطليقها من خلال اعترافها على إعلان دعوتها للعودة لمنزل الزوجية وقد قضى الحكم الصادر في هذه الدعوى بتاريخ 17/11/1988 بتطليق المطعون ضدها على الطاعن طلقة بائنة وأمرت بإسقاط حقوقها المالية كلها ، فيكون هذا الحكم قد حسم في منطوقه وأسبابه ما تناضل فيه الخصوم وقضى بتطليق المطعون ضدها على الطاعن مع إسقاط حقوقها المالية كلها بما فيها نفقة الزوجية وقد حاز هذا الحكم قوة الأمر المقصري بتائيده فيما انتهى إليه بالاستئنافين رقمي 880، 884 لسنة 105 ق ، ومن ثم يعتبر هذا القضاء حائزاً لقوة الأمر المقصري في خصوص ما قضى به من إسقاط حقوق المطعون ضدها المالية كلها بما لا وجه معه لإعادة طرح نفقة المطعون ضدها في أي دعوى تالية له - وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتائييد الحكم الصادر

فى الدعوى رقم 135 لسنة 86 أحوال شخصية نفس كلى الجizada فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه جزئياً فى هذا الشأن.
(نقض الطعن رقم 93 لسنة 61 ق - جلسة 17/12/1991 - س 42) (الطعن رقم 15 لسنة 56 ق - س 39)

• الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة . وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنها ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما تقبل التغيير والتعديل، وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف ، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها.
(نقض جلسة 28/6/1988 - الطعن رقم 15 لسنة 56 ق - س 39)
(نقض جلسة 24/5/1972 - ص 1003 - الطعن رقم 4 لسنة 40 ق)

• الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقتة فيرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغير دواعيها. فإذا كان الثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الطاعن (الزوج) الإسلام لم يعد لحكم النفقة السابق صدوره قبله من المجلس المالي، وجود فيما جاوز مدة السنة بسبب إيقاع الطلاق وكان الثابت أيضاً أن المطعون عليها (الزوجة) قد استوفت حقها فى هذا الخصوص فإنه لا يكون لها بعد ذلك أن تتحدى بقيام حكم النفقة سالف الذكر كسبب لطلبتها التعويض عن طلاقها ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر أن إيقاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة وهى إسقاط حكم النفقة فإنه يكون قد خالف القانون.
(نقض جلسة 30/1/1963 - ص 189- س 14)

• نظر دعوى النفقة على وجهه الاستعجال لا يغير من طبيعتها من أنها من الدعاوى الموضوعية وليس من الدعاوى المستعجلة . علة ذلك. الحجية المؤقتة للأحكام الصادرة فيها، لا أثر لها. جواز الإدعاء بتزوير مستند احتاج به فى تلك الدعوى.
(الطعن رقم 342 لسنة 63 ق - جلسة 30/3/1998)

• إن مجرد صدور حكم بالنفقة للزوجة على زوجها لا يبرر امتناعها عن الدخول فى طاعته ، إلا إذا كان هذا الامتناع بحق ، لأنها أن كانت قد استوفت شروط وجوب النفقة وقت الحكم بها ، فإن هذه الشروط قد لا تتوافر فى وقت لاحق ، ذلك بأن الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقات – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنها

مادة (1)

ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما يقبل التغيير والتعديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف ، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها .
(الطعن رقم 76 لسنة 65 ق - جلسة 25/12/2000)

• المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 قد نظمت أحكام خروج الزوجة من مسكن الزوجية – دون إذن زوجها وموافقته – للعمل المشروع ، وقد استقر الفقه والقضاء على وجود عدد من الحالات ليس للزوج فيها منع زوجته من الخروج للعمل المشروع تقوم في مجموعها على فكرة ثبوت رضائه الصريح أو الضمنى بهذا العمل أو توافر حالة ضرورة ماسة للمال ، إلا أنه يشترط لذلك إلا يكون خروج الزوجة مناف لمصلحة الأسرة أو تنشئة الأولاد الصغار ورعايتهم أو تسئ الزوجة استعمال حقها في العمل حيث يعود للزوج في هذه الحالات الحق في منع الزوجة من الخروج للعمل رغم سبق رضائه الصريح أو الضمنى، وإذا ما خالفه الزوجة في ذلك تسقط نفقتها . وهى أحكام وإن قللها المشرع بمناسبة تنظيمه لأحكام النفقة الزوجية إلا أنها تعد تطبيقاً هاماً لمفهوم حق الزوج في منع زوجته من العمل المشروع وحدود هذا الحق وضوابطه ، بحيث يكون استعمال الزوج لحقه في منع زوجته من العمل استعمالاً مشروعاً إذا ما ادعى أن هذا العمل مناف لمصلحة الأسرة وتربية الأولاد وأثبت ذلك ، باعتبار أن الحرص على مصلحة الأسرة بوصفها اللبنة الأولى في المجتمع وتربية الأبناء – ورعايتهم والعناية بهم وتنشئتهم على تعاليم الدين وثوابته والخلق القوي وضوابطه وحمايتهم من مخاطر الانحراف والمجاذيف والبعد عن جادة الصواب خاصة في السنوات الأولى لحياتهم التي تؤثر في تكوين شخصياتهم ونظرتهم للأمور – مقدم على المصلحة الخاصة للزوجة في العمل داخل البلاد أو خارجها .

(نقض الطعن رقم 1302 لسنة 73 ق - جلسة 14/2/2004)

• المنازة في مدى استحقاق الطاعنة للنفقة بعد القضاء ببطلان زواجها بالمطعون ضده ثبت أن هذه المسالة لم تكن مطروحة عند الحكم بالنفقة ولم يعرض لها الحكم القاضي بها في منطوقه أو أسبابه. آثره. عدم اكتساب الحكم ثمة حجية في النزاع المطروح .

(الطعن رقم 215 لسنة 69 ق - جلسة 28/2/2000)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن دعوى النفقة تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق لفرقعة لاختلاف المناطق في كل منهما، فبينما تقوم الأولى على سند من احتجاس الزوج لزوجته وقصرها عليه لحقه ومنفعته بحيث لا يحق لها أن تتنزه عن طاعته إلا بحق ، إذ بالثانية تؤسس على إدعاء الإساءة واستحکام النفور والفرقة بين الزوجين، والنشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطليق والفصل فيها.

(نقض الطعن رقم 21 لسنة 56 ق - جلسة 1987/1/20 - س 38)

(نقض جلسة 1986/12/16 - الطعن رقم 50 لسنة 55 ق - س 37)

(نقض جلسة 1984/5/15 - الطعن رقم 24 لسنة 52 ق - س 35)

• أحكام النفقة. حجيتها مؤقتة. بقاء هذه الحجية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير. مؤداه. الحكم بفرض قدر محدد من النفقة. اعتباره مصاحبًا لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التي اقتضت فرضها.

(الطعن رقم 215 لسنة 69 ق - جلسة 2000/2/28)

(الطعن رقم 438 لسنة 65 ق - جلسة 2000/4/17)

(الطعن رقم 26 لسنة 65 ق - جلسة 2000/7/11)

• نفقة الزوجة تعد ديناً في ذمة زوجها . وجوبها من وقت الامتناع عن الإنفاق ولا تقبل الاسترداد ولا يرد عليها الإسقاط . سقوطها بالأداء أو الإبراء . الطلاق أو نشوز الزوجة اللاحق لا يسقطها إلا مدة النشوز فقط . علة ذلك .

(الطعن رقم 307 لسنة 65 ق - جلسة 2001/11/10)

• القضاء نهائياً بإثبات نشوز المطعون ضدها ووقف نفقتها لرفض اعترافها على إنذار الطاعة الموجة إليها من الطاعن . قضاء الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف بفرض نفقة للمطعون ضدها على الطاعن دون أن يورد بأسبابه امتثال المطعون ضدها للطاعة . مؤداه . مناقضة الحكم المطعون فيه للقضاء السابق الحائز لقوة الأمر الم قضى بين نفس الخصوم . أثره . جواز الطعن بالنقض .

(الطعن رقم 23 لسنة 69 ق - جلسة 2000/11/20)

• إذا كان البين من الأوراق أن الدعوى رقم 198 لسنة 1993 جزئى شرعى الواىلى هى دعوى حبس أقامتها المطعون ضدها على الطاعن لامتناعه عن أداء ما تجدى لها ولصغيرها من نفقة عن الفترة من 1/5/1989 حتى 29/2/1990 وغايتها إجباره على أداء نفقة استحقت فى ذمته فعلاً بحكم قضائى نهائى ، فهى وسيلة أقرها الشارع إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات وأجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن فى حين أن الدعوى الماثلة أقامتها الطاعن للحكم ببطلان المقرر للمطعون ضدها من النفقة بالحكم رقم 509 لسنة 1987 جزئى أحوال شخصية شبرا عن المدة من 1/7/1988 حتى تاريخ رفع الدعوى 22/11/1993 وبراءة ذمته من مبلغ ألفى جنيه أداه إليها فى دعوى الحبس رقم 5034 لسنة 1993 الواىلى . وكانت الدعويان مختلفان – على هذا النحو – موضوعاً وسبباً فإن الحكم المطعون فيه الصادر من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية إذ قضى برفض دعوى الطاعن لا يكون قد ناقض الحكم السابق صدوره فى دعوى الحبس رقم 198 لسنة 1993 جزئى الواىلى . ومن ثم فإن الطعن فيه بالنقض على سند من نص المادة 249 من قانون المرافعات يكون غير جائز .

(نقض الطعن رقم 66 لسنة 65 – جلسة 10/2/2001)

• إذا كانت النفقة تشمل الطعام والكسوة والسكنة بقدر حاجة الزوجة وبحسب يسار الزوج بما لازمه أن إعالة الزوجة إنما تجب على الزوج دون ولديها وب مجرد العقد سواء دخل بها أو لم يدخل طالما أنها فى طاعته ولم يثبت نشوزها ، إذ تصبح النفقة ديناً فى ذمة الزوج من تاريخ امتناعه عن الاتفاق عليها .

(نقض الطعن رقم 7545 لسنة 63 ق – جلسة 24 / 3 / 2002)

• إن النص فى المادة الأولى من القانون 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 على أنه "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح..." يدل على أن نفقة الزوجة واجبة شرعاً على زوجها بمجرد العقد جراء احتباسها فقيرة كانت أو غنية مادامت سلمت نفسها إليه حقيقة أو حكماً ولو كانت باقية لدى ولديها ولم تنقل إلى الزوج طالما لم يطلب نقلها إليه فامتنعت سواء دخل بها أو لم يدخل ، فمناط وجوب النفقة للزوجة على الزوج هو قيام الزوجية بعقد صحيح واحتباس الزوج إليها لاستيفاء المعقود عليه مادامت فى طاعته ولم يثبت نشوزها ولم يقم الدليل على وجود مانع لديها يتربى عليه فوات القصد من الزواج ودعاه .

(نقض الطعن رقم 7545 لسنة 63 ق – جلسة 24 / 3 / 2002)
(والطعن رقم 822 لسنة 72 ق – جلسة 21 / 3 / 2005)

مادة (2)

المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها ديناً كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق.

- لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

المذكورة الإيضاحية

تراجع المذكورة الإيضاحية للمادة الأولى من القانون.

التعليق

- العدة هي أيام إقراء المرأة وهي أجل ضرب لانقضاء ما بقى من آثار الزواج.
- وحكمتها التيقن من براءة الرحم وإعطاء المطلق فرصة مراجعة مطلقته .
- ونفقة العدة هي تمكين المطلقة أو تملיקها ما يقيم أود حياتها من مأكل وملبس ومسكن وغيره خلال فترة العدة .
- والقاعدة أن العدة تجب على جميع المطلقات عدا المطلقة قبل الدخول أو الخلوة فهي وحدها التي لا يتغير عليها الانتظار لانقضاء المدة الزمنية فيما بين الطلاق والزواج ، وعلى ذلك تجب العدة على المطلقة بعد الدخول الحقيقي سواء كان عقد الزواج صحيح أو فاسد ، كما تجب على المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة ، كما تجب العدة على المتوفى عنها زوجها سواء دخل بها أو لم يدخل اختلى بها أو لم يختلى .
- وعدة المطلقة رجعياً أو بائناً ثلاثة قروء لمن تحيسن أو ثلاثة أشهر عربية لمن لا ترى الحيسن لصغر السن أو إياس أما المطلقة الحامل فعدتها حتى تضع حملها ، ولو توفى عنها زوجها وهي خالية ثم تبين بعد الوفاة أنها حامل فإنها تعد عدة الحامل بوضع الحمل ولا تعتد عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام .

• وتبأ العدة دائمًا من تاريخ الطلاق أي من تاريخ إيقاعه مع مراعاة ضابط المادة الخامسة مكرر ثانيةً فيما يتعلق بالآثار المالية للطلاق ومنها نفقة العدة¹.

• وكل عده نهاية فعدة من لا ترى الحيض تنتهي بنهاية ثلاثة أشهر عربية وعدة الحامل تنتهي بوضع الحمل وعدة المتوفى عنها زوجها تنتهي بنهاية أربعة أشهر وعشرة أيام وعدة التي تحيض تنتهي برؤيتها الحيض ثلاث مرات فإذا ادعت أنها رأت الحيض مرة أو مرتين ثم انقطع امتدت عدتها إلى أن ترى الحيضة الثانية أو الثالثة حتى تبلغ سن اليأس فتعتبر من لا يحضر وتعتد بثلاثة أشهر ، فإذا كانت قد نسيت عادتها فتنتهي عادتها بنهاية سبعة أشهر عربية من وقت الطلاق .

• وأما عن نفقة العدة فتستحق المعندة دائمًا نفقة العدة بأنواعها سواء كانت حاملاً أو حائلاً سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً بينونة صغرى أو كبرى سواء كان الطلاق قد وقع بعد الدخول أو بعد الخلوة دون دخول إلا إذا كان المطلق قد توفي بعد طلاقه للزوجة مباشرة وحيث تسقط نفقة العدة لوفاة الملتزم بها².

• وعلى ذلك فلا تستحق نفقة العدة المطلقة من عقد فاسد أو وطء بشبهة سواء حدث دخول أو خلوة أو لم يحدث وكذا المتوفى عنها زوجها. كما تقدم القول - أو المطلقة قبل الدخول أو الخلوة لعدم وجوب العدة عليها أصلًا. كما تستحق المطلقة الحامل نفقة العدة حتى تضع حملها .

• ويصدر الحكم بفرض النفقه عموماً ومنها نفقة العدة وفقاً لطبيعة دخل الملتزم بها يومياً إذا كان عامل باليومية أو أسبوعياً أو سنويًا وهكذا ، إلا أن الغالب أن تفرض النفقة ومنها نفقة العدة شهرياً بما يتعين معه تضمين أسباب الحكم ومنطوقه النص على ذلك ، إلا أنه يجوز أن يفرض مبلغ إجمالي عن مدة العدة كلها إذا كانت معلومة ، وعليه يعتبر خلو الحكم من تحديد مدة النفقة وأنها عن كل شهر دليلاً على أن المقصود هو أن ما قضى بها إنما يشمل مدة العدة كلها³ .

• وتسقط نفقة العدة بنشوز الزوجة أو ارتدادها عن الإسلام وهي في العدة أو بوفاة المطلق بعد القضاء بها إلا أنها لا تسقط بمضي المدة .

¹ راجع التعليق على المادة 5 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929.

² أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - عبد الرحمن تاج ط 1955 - ص 383.

³ كما يجوز أمام غموض الحكم طلب تفسيره وفقاً لمقتضى المادة 192 مراقبات .

• وتستحق المطلقة النفقة لمدة لا تقل عن ستين يوماً وهى أقل مدة للعدة¹ ولا تزيد عن سنه ميلادية وهى أقصى مدة لتنفيذ حكم بنفقة عدة² وتشمل نفقة العدة شأن نفقة الزوجية المأكل والملابس والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به الشرع باعتبار أن المطلقة فى العدة هى زوجة حكماً فتستحق نفقة العدة بمستلزمات نفقة الزوجة .

• ولما كانت المطلقة تعتبر خلال فترة العدة زوجة حكماً فإن لفظ النفقة إنما يشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة³ وعلى ذلك فإذا أقامت الزوجة الدعوى بطلب الحكم لها بنفقة زوجية ثم قدم الزوج أثناء تداول الدعوى أمام المحكمة إشهاد طلاقه للمدعية طلاقاً رجعياً وجب على المحكمة فى هذه الحالة - بغير طلب من الزوجة - أن تضمن حكمها القضاء للزوجة بنفقة زوجية حتى تاريخ الطلاق واعتبار المفروض نفقة عدة من هذا التاريخ وحتى انقضاء عدتها شرعاً دون أن يعد ذلك من المحكمة قضاء بما لم يطلبه الخصوم باعتبار أن القضاء بنفقة العدة يعد من مستلزمات القضاء بنفقة الزوجية لزوماً وواقعاً. أما إذا كان الطلاق على الإبراء من نفقة العدة تعين على المحكمة فرض نفقة زوجية حتى تاريخ الطلاق والوقوف بالحكم عند هذا الحد دون تجاوزه .

• والمقرر أن المعتدة من الطلاق تستحق النفقة على المطلق طوال مدة العدة إذ تحتبس لحقه خلال تلك الفترة استبراء للرحم⁴ وتطبيقاً لذلك صدر الحكم فى القضية رقم 299 بجلسة 1985/4/21 عن محكمة شبرا الجزئية للأحوال الشخصية وفيه تقول المحكمة "وحيث أنه من المقرر أن نفقة المعتدة على مطلقها واجبة عليه وذلك لاحتباسها حكماً على ذمته طالما كانت فى العدة ولم تنقضى عدتها شرعاً منه ومن ثم وحيث أنه من المقرر أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعاً عملاً بنص المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعديل بالقانون رقم 44 لسنة 1979 ومن ثم فإنها وباعتبار أن الزوجية قائمة حكماً فإن المحكمة تقضى للمدعية بالنفقة المطالب بها على ضوء ما ورد بالتحري عن قدرة المدعى عليه المادية".

¹ نقض أحوال جلسة 31/2/1972 - ص 1054 - ط رقم 18 لسنة 38 ق .

² مادة 18 و 23 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 معدل .

³ نقض أحوال الطعن رقم 33 لسنة 52 ق - جلسة 1984/4/24 .

⁴ عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية - ص 34 .

• والأصل أن عدة المحيض ثلاث حيضات فتستحق النفقة عنها لثلاث مرات وعده من لا ترى الحيض لصغر فى السن أو لبلوغها سن اليأس ثلاثة شهور عربية فتستحق عنهم النفقة¹ إلا إذا ادعت المرأة التى تحيس - والقول فى ذلك قولها بيمينها- أنها لم ترى الحيض بعد فتستمر نفقة عدتها على المطلق حتى تراه أو لمدة لا تزيد على السنة الميلادية أيهما أقرب .

• ومؤدى ما يجرى به الفقه الحنفى على أنه إذا ما دفع الزوج بسقوط حق المطلقة فى النفقة لانقضاء ثلاثة قروء على الطلاق ، تحليف المطلقة اليمين عن عدد الحيضات التى مرت بها منذ الطلاق وتاريخ آخر حيسة وعلى نحو ما يستظره قاضى الموضوع يكون الحكم .

• وتحليف المطلقة اليمين إجراءاً وجوبياً يتربى على تخلفه بطلان الحكم للخطأ فى تطبيق القانون² باعتباره القول الراجح فى المذهب الحنفى والقانون واجب التطبيق فإذا لم تحضر المطلقة لحف اليمين بعد طلب الزوج وإعلانها من المحكمة وكانت المدة التى يطلب المطلق إسقاط نفقة مطلقته خلالها لا تتجاوز مدة ستين يوماً من تاريخ علم المطلقة بالطلاق حكم بإسقاط النفقة من ذلك التاريخ ، أما إذا كانت المدة تتجاوز أقل مدة للعدة وهى الستين يوماً نرى القضاء أيضاً بإسقاط النفقة للنكول عن حلف اليمين وتخلفها عن الحضور خاصة وأن حقها فى الطعن على الحكم يظل باقياً .

• كما يستطيع المطلق توقى سداد نفقة العدة لمدة أطول مما تستحق المطلقة وذلك برفع دعوى مبدأة أمام المحكمة الجزئية إذا كانت المطلقة قد حصلت على حكم بالنفقة بالفعل بطلب كف يدها عن تقاضى النفقة فيما زاد على ثلاثة قروء أو شهور ويعتمد دليلاً فى هذه الحالة يمين المرأة أو غير ذلك من وسائل الإثبات وتكون صيغة اليمين على النحو التالى:

(أحلف بالله العظيم إنني لم أرى دم الحيض ثلث مرات كوامل من المدة من تاريخ طلاقى الحال فى // وحتى اليوم).

¹ الطلاق فى الشريعة الإسلامية - احمد الغدور - ص 192

² ويدهب الراجح فى الفقہ الحنفى إلى أنه إذا أفرت المرأة أنها تشهد الحيض إلا أنها نسيت عادتها فإن عادتها تنقضى بعد مضى سبعة أشهر من وقت التطبيق .

• وللزوج أن شاء أن يعاود إقامة الدعوى لأكثر من مرة للوقوف على اكمال الحيضات الثلاث من عدمه خاصة إذا استطالت المدة للعام ولا يجوز دفع دعواه الثانية أو الثالثة بسبق الفصل فيها إذ أن اليمين الموجه إلى الزوجة تكون عن مدة تالية للعدة التي وجه إليها اليمين عنها في الدعوى السابقة ، كما يكون له توجيه اليمين إليها حال نظر الاستئناف .

• ويلاحظ أن احتساب بدء العدة إنما يكون من التاريخ الفعلى لوقوع الطلاق بصرف النظر عن تاريخ اتصال علم الزوجة به عملاً بالمادة 5 مكرر في فقرتها الأخيرة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل ، أما مبدأ العدة بالنسبة للمطلقة بحكم قضائي فيكون من تاريخ حكم الطلاق ابتدائياً كان أو نهائياً باعتبار أن الطلاق إنما يقع منذ تاريخ الحكم به فإذا صدر الحكم به ابتدائياً اعتدت المرأة منذ ذلك التاريخ الأخير عدة معلقة على شرط صيرورة هذا الحكم نهائياً أما إذا رفضت دعوى الطلاق ابتدائياً وقضى بالطلاق استئنافياً اعتبر واقعاً منذ ذلك التاريخ الأخير واحتسبت العدة منه¹.

• أما إذا كان الحكم هو حكم إثبات طلاق احتسبت العدة من التاريخ الذي ثبتته المرأة وليس من تاريخ الحكم بإثباتات الطلاق ، أما نفقة العدة فلا يبدأ استحقاقها واحتسابها على المطلقة إلا من تاريخ علم المطلقة بالطلاق بحضورها توثيقه أو بإعلانها بالطريق وعلى النحو الذي حدده المادة الخامسة مكرر ، وعلى ذلك فلا تعد نفقة العدة ديناً على المطلقة إلا من تاريخ المذكور ، وتلك القاعدة هي ما دعت البعض إلى القول بأن النص المستحدث من المادة الخامسة مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 قد أنشأ للمرأة المطلقة عدتين أحدهما عدة شرعية يبدأ احتسابها من تاريخ الطلاق الفعلى وعدة أخرى هي العدة المالية وهي التي لا يبدأ احتسابها إلا من تاريخ اتصال علم المطلقة بالطلاق ولو تراخي ذلك العلم إلى وقت لاحق وممتد عن تاريخ الطلاق الفعلى² .

• ويرى البعض أن للمطلقة أن تطلب احتساب نفقة عدتها من تاريخ إيقاع الطلاق وليس من وقت علمها به واعتبارها ديناً من هذا الوقت ومستند هذا البعض أن ترتب آثار الطلاق المالية من وقت علم المطلقة بالطلاق حكم مقرر لصالحها لها أن

¹ وهذا النظر يتفق مع فتوى الأزهر الشريف فى القضية رقم 589 لسنة 1985 مستأنف جنوب القاهرة وفيها اعتبرت المحكمة بدء العدة للمطلقة بحكم قضائي من تاريخ الحكم الابتدائى وليس من تاريخ الحكم النهائي .

² راجع التعليق على المادة (5 مكرر) من القانون رقم 25 لسنة 1929 وواصل علاء الدين فى أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية - طبعة نادى القضاة - ص 477 - ط 1994 .

تعديل عنه إلا أننا نرى عدم جواز ذلك لأن نص المادة الخامسة مكرر قنن حكماً واجب التطبيق لا يجوز الخروج عليه وتطبيق القول الراجح في المذهب الحنفي .

• وإذا كانت الزوجة قد أقامت ضد الزوج الدعوى بطلب نفقة زوجية ثم طلقها الزوج أثناء نظر الدعوى فلها أن تعدل طلباتها إلى طلب الحكم بنفقة عدة وإلى أن تنتقض عدتها شرعاً ، كما أن لها إذا كان الطلاق قد وقع بعد صدور الحكم بنفقة الزوجية أن تطلب أمام المحكمة الاستئنافية اعتبار المقضى به نفقة للطلبات أمام محكمة ثانية درجة¹ .

• وقد نصت المادة 17 من القانون على إلا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد عن سنة ميلادية من تاريخ الطلاق وهذا النص يعتبر من قبيل توحيد الحكم بين نفقة الزوجية ونفقة العدة من حيث المدة التي يجوز للزوجة المقاضاة خلالها وذلك لأن المستقر كان على أن النص الوارد بالفقرة السادسة من المادة 99 من اللائحة الشرعية رقم 31 لسنة 1987 الملغاة إنما ينصرف إلى نفقة الزوجية دون غيرها - وقد تعدل هذا الحكم بالمادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 فجاء المشرع بنص المادة 17 لتتوحد الحكم لذات العلة إلا أن النص يجب تفسيره في ضوء المادة الخامسة مكرر بحيث ينصرف عدم السماع لا إلى تاريخ إيقاع الطلاق وإنما إلى تاريخ علم المطلقة به² .

• وقد استقر رأى الفقه الشرعي على عدم جواز الإبراء من نفقة العدة قبل الطلاق أي قبل أن تعدد ديناً في الذمة إذ لا يمكن اعتبار ذلك من قبيل الاستيفاء حيث لابد من العوض ولا معاوضة هنا مادام الطلاق لم يقترن به ولا يمكن كذلك اعتبار ذلك من قبيل الإبراء لأن الإبراء يكون فاسداً على الحقوق الثابتة في الذمة في وقت حصوله ونفقة العدة لا تكون ديناً في الذمة قبل الطلاق فهو إذن من قبيل الإسقاط المحسض الذي لا يجوز أيضاً بالنسبة للشيء قبل وجوده³ إلا إذا كان الإبراء من النفقة مقابلأً للطلاق "الخلع".

• وقد تستمر المطلقة - أو الزوجة المحكوم بنشوذهما في ظل الحكم الوارد بالمادة 11 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل - في تحصيل ما قضى لها به من نفقة ضد المطلق (أو الزوج أو ما قضى به من نفقة للصغار) وفي هذه الحالة

¹ راجع المادة (58) من القانون رقم 1 لسنة 2000.

² تراجع مناقشات أعضاء مجلس الشعب للمادة الخامسة مكرر. مضبوطة الجلسات 97- ص 60 وما بعدها، وراجع أيضاً التعليق على المادة 17، وحكم النقض المشار إليه به ورأينا فيه.

³ ومن هذا الرأي أيضاً احمد الحصري في تنظيم الأسرة في الفقه الإسلامي - ص 222.

يكون للمطلق إقامة الدعوى ضد المطلقة بطلب إبطال أو إسقاط المفروض لها بموجب الحكم الذى تقوم بالتنفيذ ضده بمقتضاه ، وتقضى المحكمة بعد التحقق من توافر سبب إبطال المفروض كنفقة أو إسقاطه.

• ولا غرو فى أنه لا مجال لالتباس بين دعوى إبطال المفروض بموجب حكم قضائى فى هذا المجال والدعوى الأصلية بإبطال الحكم ذاته وبطلاه فى إطار مفهوم قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتبار أن الأخيرة لا تكون إلا حيث يتجرد الحكم القضائى نفسه من مقوماته الأساسية على النحو المعروف فى إطار أحكام القانون المذكور.

• وتقدر نفقة العدة وفقاً ليسار المطلق فى تاريخ الطلاق باعتبار أن الطلاق يعد الواقعية القانونية المنشئة للحق فى النفقة وباعتباره مبدأ لاستحقاقها وفقاً لمفهوم حكم المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 ولو تراخت المطلقة فى المطالبة بها حتى ازداد يسار المطلق فى تاريخ اقامتها للدعوى¹ ، أما إذا كانت الطلبات فى الدعوى هى بطلب نفقة زوجية واعتبار المفروض نفقة عدة من تاريخ الطلاق احتسبت النفقة وفقاً لما يثبت عن يسار المطلق فى تاريخ الامتناع عن سداد نفقة الزوجية وليس فى تاريخ الطلاق باعتبار أن الامتناع عن الانفاق خلال قيام الزوجية وليس الطلاق هو الواقعية المنشئة للحق فى المطالبة طالما أن المدعية جمعت فى دعوى واحدة بين الطلبين .

أحكام النقض

• لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لفظ النفقة - فى القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 44 لسنة 1979 ، والمرسوم بقانون 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد جاء عاماً مطلاً فيشمل نفقة الزوجية ونفقة العدة على السواء ولأن نفقة العدة هي فى حقيقتها نفقة زوجة على زوجها وكان الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائى بتطبيق المطعون عليها على زوجها الطاعن وعدله يجعل المرضى به نفقة زوجية نفقة عدة لها من تاريخ الحكم بـ التطبيق لحين انقضاء عدتها شرعاً يكون قد فصل فى طلب كان مطروحاً أمام محكمة أول درجة.

(نقض الطعن رقم 33 لسنة 52 ق - جلسة 1984/4/24 - ص 1077)

¹ راجع التعليق على المادة 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

• النفاس في عرف الشرع الإسلامي يطلق على الدم الخارج من الرحم عقب الولادة وهو شهادة على حصولها وليس هناك من حد لأفله ، وإن كان أقصى مدة له أربعون يوماً فإذا طافت المرأة بعد الولادة وأقرت بأنها نفست ثم ظهرت فإنها تصدق بقولها وتعتبر صالحة للمعاشرة الزوجية، والقول بعدم إمكان حمل المرأة في مدة النفاس لم يذهب إليه أحد من علماء الشريعة وفقهاها.

(نقض جلسة 1978/3/1 - ص 658 - س 29)

• الرجعة عند الحنفية هي استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حده بانتهاء العدة ، فهى ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد للزوجية القائمة، وتكون بالقول أو بالفعل ، ولا يشترط لصحتها الأشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها ، مما لا يلزم بسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية، وذلك تحقيقاً لأغراض اجتماعية استهدفتها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج ، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية 1.

(نقض جلسة 1972/5/31 - ص 1053- ط 18 لسنة 38 ق)

• المستقر عليه شرعاً أنه

• إذا أختلف الزوجان في صحة الرجعة فأدعي الزوج أنها صحيحة لأنها وقعت في العدة وأنكرت هي ذلك لأنها وقعت بعد انقضاء العدة ، فالقول للزوجة بيمينها أن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعى فيه انقضاء عدتها يتحمل ذلك ، وكانت العدة بالحيض ، لأن الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها وأقل مدة للعدة بالحيض في الراجح في مذهب أبي حنيفة ستون يوماً ، وإذا خلص الحكم المطعون فيه إلى أن الرجعة وقعت قبل انقضاء العدة ، واستدل على ذلك بما أثبته الزوج أسفلاً طلبات الحج الثلاث التي قدمتها الزوجة بعد الطلاق الرجعى من عبارات تتضمن أنها "زوجته" ويوافق على سفرها بهذه الصفة للأقطار الحجازية ، وأن الرجعة قد صادفت محلاً ، لأن الزوجة لم تنكر على الزوج صحتها وصادقت عليها بتقديم الطلبين الأولين للحج بعنوان منزل الزوجية الذى يقيمان فيه مما يفيد قيام المعاشرة الزوجية ، وبتقديمها هذه الطلبات الثلاثة فى فترات متفاوتة إلى الجهات

¹ راجع المادة 22 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الجديد .
- 78 -

المختصة لإتمام الإجراءات المطلوبة بشأنها بعد أن أثبت الزوج عليها العبارات التي تتضمن موافقته على سفرها بصفتها زوجته ، وأن هذا الإقرار من الزوجة بصحة الرجعة لا يقبل الرجوع فيه ، لأنه تعلق به حق الغير "الزوج" وهو موضوعي استند فيه الحكم إلى أسباب سائغة تكفى لحمله ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1972/5/31 - ص 1053 - س 23 - ط 18 لسنة 38 ق)

(الطعن 530 لسنة 66 ق ورقم 182 لسنة 65 ق - جلسة 2001/5/28)

• المقتى به في مذهب أبي حنيفة أن حد إيمان المرأة خمس وخمسون سنة - وقيل الفتوى على خمسين - وشرطه أن ينقطع الدم عنها لمدة طويلة ، وهي ستة أشهر في الأصح ، سواء كان الانقطاع قبل مدة الإيمان أو بعد مدته ، فإن هي بلغت الحد واستوفت الشرط حكم بائياسها واعتبرت بثلاثة أشهر ، فإن عاودها الدم على جاري عادتها قبل إتمام هذه المدة انقضت عدة الأشهر واستأنفت العدة بالإقراء ، وأن القول في انقضاء عدة المرأة هو قولها بانقضائها في مدة يحتمل الانقضاء في مثلها وهو ما اختارته لجنة الأحكام الشخصية حيث نصت في البند الثالث من الفقرة ج من المادة 165 من مشروع القانون على أن "من بلغت الخمسين فإنها تعتد بثلاثة أشهر أن كان الحيض قد انقطع عنها ستة أشهر قبل الخمسين أو بعدها".

(نقض جلسة 1972/1/6 - ص 23)

• الجدل في أن المطعون عليها من ذوات الحيض المنتظم هو جدل موضوعي لا يتسع له نطاق الطعن بطريق النقض.

(نقض جلسة 1967/3/29 - ص 692 - الطعن رقم 18 لسنة 35 ق)

• الرأي عند الحنفية أنه إذا ادعى المطلق بمضي عدة مطلقته وكذبته قبل قولها بخلافها إذ الحيض والظهور لا يعلم إلا من جهتها والقول فيه قولها بيمنها.

(نقض جلسة 1967/3/29 - ص 692 - الطعن رقم 18 لسنة 35 ق)

• المقرر في فقه الأحناف الواجب العمل به طبقاً لنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن انقضاء العدة بالقروء لا يعلم إلا من جهة الزوجة وقد

ائتمانها الشرع على الإخبار به بشرط أن تكون المدة بين الطلاق والوقت الذى تدعى عدم انقضاء العدة فيه يتحمل ذلك.

(نقض الطعن رقم 73 لسنة 1988/6/18 - جلسة 1092)

• إذا أقرت المرأة بصحة الرجعة وبأنها كانت ولازالت في العدة وقت حصولها ، لزمها هذا الإقرار ، إذ أنه إذا كان الإقرار صادراً من الخصم عن طواعية واختيار بقصد الاعتراف بالحق المدعي به لخصمه في صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين ، فلا يقبل الرجوع فيه ، لأن الإقرار اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده آثار قانونية أو شرعية ، بحيث تصبح في غير حاجة إلى الإثبات بدليل آخر وينحسم به النزاع فيما أقر به ، وعلى هذا ، فإنه ولئن كان إقرار المطلقة رجعياً بأن عدتها انقضت برؤيتها الحيض ثلاث مرات كواحد أو بأن عدتها لم تنقض بالحيض ، لا يكون نافذاً في حق المطلقة إلا إذا حلفت اليدين على ذلك ، إلا أن إقرارها على هذا النحو يلزمها هي حتى وإن لم تحلف اليدين ، إذ أنها ليست في حاجة ليمينها لتصدق نفسها في إقرارها ، فلا يجوز لها الرجوع في هذا الإقرار بحجة أنه لم يقتن بيمينها ، لأن مطلقتها هو وحده صاحب المصلحة في التمسك بذلك ، حتى يكون إقرارها في هذا الصدد حجة عليه .

(الطعن رقم 530 لسنة 66 ق – جلسة 2001/5/28)

مادة (4)¹

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال وإن ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالاً وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

• لم تتضمن المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 25 لسنة 1920 ما يتعلق بالطلاق لعدم الإنفاق.

• ويستند النص المذكور ضمن ما يستند إليه لكتاب عمر بن الخطاب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم فيه أن يأخذوهم أو ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعنفة ما مضى ، ومصدر النص تخرير على المذاهب الثلاثة عدا المذهب الحنفي .

التعليق

• المقرر أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها شرعاً ، والزوج إما أن يكون موسراً وإما أن يكون معسراً فإذا أثبتت الزوجة أنه امتنع عن الإنفاق عليها سواء بالبينة أو بحصولها على حكم بالنفقة تعين التفرقة بين حالتين : الأولى : إذا كان للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقة .

نفذت الزوجة حقها في النفقة منه حاضراً كان أم غائباً وليس لها - من ثم - طلب التفريق لتمكنها من الحصول على حقها في النفقة² .

واستظهار وجود مال ظاهر للزوج من عدمه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع .

¹ مادة 3 ألغيت بالقانون رقم 25 لسنة 1929 .

² صالح حنفى في المرجع السابق - ط 1938 - ص 211 .

والثانية : إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقة وهذا يتعدى التقرفة بين ثلات حالات .

1- أن يتصادق الطرفان على إعسار الزوج أو أن يثبت الزوج إعساره وفي هذه الحالة وجب على المحكمة إمهاله مدة شهر قمرى كى تتيح له فرصة الإنفاق على زوجته فإن انفق فيها وعندئذ يقضى برفض الدعوى وإن لم ينفق طلق عليه القاضى¹ .

والإملاك المذكور يكون بمقتضى قرار تصدره المحكمة إذا كانت النفقة سبق تقريرها بحكم قضائى أما إذا لم يكن قد صدر حكم بالنفقة أصدرت المحكمة بالإملاك حكماً قضائياً تحضيرياً تضمن أسبابه تقدير نفقة الزوجة وإمهال الزوج بالسداد.

2- أن يدعى الزوج بالإعسار دون أن يثبته طلق عليه القاضى فى الحال.

3- أن يسكت الزوج فلا يدعى يساراً أو إعساراً فإن انفق فيها وإن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال² .

- واستخلاص إصرار الزوج على عدم الإنفاق من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

- كما أن استظهار وجود مال ظاهر للزوج من أمور الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون معقب عليه فى ذلك³ .

- ويعد صدور أحكام قضائية بحبس الزوج قرينة على إصراره على عدم الإنفاق .

- فمناط التقرير وفقاً لهذا النص هو انتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة .

- والعبرة فى الطلاق لعدم الإنفاق هى لعدم الإنفاق وليس بمدى يسار أو إعسار الزوج⁴ .

- ولا يجوز التقرير بسبب العجز عن النفقة الماضية لأنها تكون ديناً لكل الديون تستوفيها المدعية بالتنفيذ بالطرق المقررة وإنما الذى يوجب التقرير هو العجز عن أداء النفقة الحاضرة¹ .

¹ انظر الحكم رقم 1385 لسنة 1985 - كلى جنوب القاهرة - جلسة 29/3/1986.

² الحكم رقم 2152 سنة 1985 كلى شمال القاهرة.

³ نقض الطعن رقم 84 لسنة 64 ق - جلسة 30/3/1998.

⁴ زكريا البرديسي فى الأحوال الشخصية - طبعة أولى - ص 459 .

- وتستحق النفقة على الزوج إذا طلت الزوجة التطليق لامتناع عنها بمجرد العقد دون اشتراط الدخول².
- ويقصد بأموال الزوج هنا كل ما يمتلكه سواء من عقارات ومنقولات أو أوراق نقد.
- والعبرة بكون المال ظاهراً هو بإمكان التنفيذ عليه لاستيفاء الزوجة لحقها في النفقة منه³.
- ويتعين الإشارة إلى أنه إذا طلت الزوجة التطليق لعدم الإنفاق ويقع به طلاق رجعى والتطليق للضرر ويقع به طلاق بائن يتعين إجابتها إلى أقصى طلبها وذلك بجعل الطلاق بائنًا.
- وقد استحدث القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نصاً هو نص المادة (18) منه بمقتضاه اشتراط الحكم بالتطليق - أيا كان سببه - ويدخل فيه التطليق لعدم الإنفاق - أن تبذل المحكمة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين أبناء التزمت المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً⁴.
- وصياغة النص بلفظ الوجوب يؤدى إلى التقرير ببطلان الحكم إذا ما أغفلت المحكمة القيام بإجراءات الصلح التي يجوز للقيام بها انتداب أخصائي اجتماعياً أو أكثر لتقديم تقرير عن الحالة المعروضة على أن يقدم التقرير خلال مدة لا تزيد على أسبوعين وذلك إعمالاً لمقتضى الفقرة الثانية من المادة (4) من القانون السالف⁵.
- ولا غرو في أن المواجه المنصوص عليها في المادة (18) من القانون رقم 1 لسنة 2000 من المواجه الإجرائية التي لا يترتب على مخالفتها ثمة بطلان⁶.
- والتطليق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم على رأى فى مذهب أبي حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطليق لأى من هذين السببين إنما يقوم هذا التطليق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز التطليق لعدم الإنفاق أو للغيبة فلا

¹ صالح حنفى في المرجع السابق - ص 219.

² عبد الوهاب خلاف في الأحوال الشخصية - طبعة 1938 - ص 132.

³ الفرقة بين الزوجين - على حسب الله - طبعة 1968 - ص 140.

⁴ مادة (18) من القانون رقم 1 لسنة 2000.

⁵ مادة (4) من القانون رقم 1 لسنة 2000.

⁶ راجع أحكام عرض الصلح التعليق على المادتين 6 و 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل.

يكون من المقبول التحدى في هذا المجال برأى أبي حنيفة في إثبات أمر لا يجوزه واشترط أن يكون نصاب الشهادة هنا رجلان أو رجل وامرأتان¹ وإنما يتبع أن تكون الشهادة عليه من رجلين لا امرأة فيهما إعمالاً بأحكام مذهب الإمام مالك باعتباره أبرز المذاهب التي أستقى الحكم منها².

¹ نقض أحوال جلسة 18/3/1960 - ص 181 - س 11 .
² راجع أيضاً المادة العاشرة من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

أحكام النقض

- طلب المطعون ضدتها التطبيق بائناً على الطاعن لغيابه لجهة غير معلومة وعدم إنفاقه عليها قضاء الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه بالتطبيق بائناً استناداً إلى الهجر وعدم الدخول ووجود منازعات قضائية بين الطرفين طبقاً للمادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 . قضاء على غير السبب الذي أُسست عليه الدعوى . وما ساقه الحكم بأسبابه من عدم الإنفاق على المطعون ضدتها . دعامة لا تكفي وحدها لحمل قضائه . عله ذلك . التطبيق لعدم الإنفاق يقع رجعاً .
(الطعن رقم 136 لسنة 67 ق - جلسة 22 / 12 / 1997)

- التطبيق لعدم الإنفاق . م 4 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 مناطة . انتقاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة وعدم ادعاء الزوج العسر أو اليسر وإصراره على عدم الإنفاق على زوجته . أثره . تطبيق الزوجة . استظهار ذلك من مسائل الواقع من سلطة قاضى الموضوع دون رقابه عليه من محكمة النقض طالما أقام قضائه علىأسباب سائحة .
(الطعن رقم 129 لسنة 60 ق - جلسة 18 / 1 / 1994 - س 45)

- النص في المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1920 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر ، نفذ الحكم عليه بالنفقة من ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال". يدل على أن مناط التقرير لعدم الإنفاق وفق نص المادة المذكورة هو انتقاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة، فإن كان له مال ظاهر فلا تطلق عليه زوجته إذ رفع الظلم عنها قد تعين سبيله فى التنفيذ على هذا المال فإذا لم يوجد هذا المال ولم يدع الزوج العسر أو اليسر وأصر على عدم الإنفاق على زوجته مما يعد ظلماً لها تعين على القاضى رفعه عنها بتطبيقها عليه فى الحال وكان استظهار وجود المال ظاهر من مسائل الواقع المنوطه بقاضى الموضوع ولا رقابه عليه فى ذلك من محكمة النقض طالما أقام قضائه علىأسباب سائحة . لما كان ما نقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتطبيق وفقاً لنص المادة الرابعة سالفه الذكر على سند من إصرار الطاعن على عدم إنفاقه على المطعون ضدها وذلك على ما استخلصه من استصدارها حكماً بنفقتها عليه وحكمين بحبسه لامتناعه عن تنفيذ حكم النفقة طواعية وهو من الحكم

استخلاص موضوعي سائع له مأخذه من الأوراق وإذا لم يقدم الطاعن أمام محكمة الموضوع الدليل على وجود مال ظاهر له يمكن التنفيذ عليه بالنفقة فإن النعى على الحكم المطعون فيه بما ورد بسببي الطعن لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم 129 لسنة 60 ق – جلسة 18 / 1 / 1994)

• التقرير لعدم الإنفاق . م 4 من م بق 25 لسنة 1920 . مناطه التزام المحكمة بإمهال الزوج لأداء النفقة . شرطه . إدعاء الإعسار وإثباته . عله ذلك . استظهار وجود مال ظاهر للزوج . واقع . استقلال القاضى الموضوع بتقديره .

(الطعن رقم 84 لسنة 64 ق – جلسة 30 / 3 / 1998)

مادة (5)

إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل وكان مفقوداً وتتبين أن لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

• هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

تعليمات وزارة الحقانية للقانون رقم 25 لسنة 1920 .

"تضمنت هذه المادة الأحكام الآتية :

1- إذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ورفعت أمرها للقضاء فإن كان لهذا الزوج مال ظاهر وهو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقة فيه .

2- إذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ولم يكن له مال ظاهر ورفعت المرأة أمرها للقضاء طالبة التطبيق عليه لعدم الإنفاق ففى هذه الحالة بعد أن يثبت لدى المحكمة غيبته وزوجيتها وتركها بغير نفقة وعدم وجود مال ظاهر له تضرب أجلاً لهذا الغائب بحسب ما تراه وتنص على أنه إذا لم يرسل فى تلك المدة لزوجته ما تنفق منه على نفسها النفقة الحاضرة الواجبة لها عليه أو لم يحضر للإنفاق عليها تطلق عليه وتقرر تكليف قلم الكتاب بإعلان الغائب بصورة من هذا القرار فإن مضى الأجل ولم يرسل لزوجته ما تنفق منه ولم يحضر للإنفاق عليها وتحقق المحكمة من وصول الإعلان إليه طلت بقولها فسخت نكاحك منه أو طلت منه .

3- إذا غاب الزوج غيبة بعيدة ولم يترك لزوجته نفقة ولم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه ففى هذه الحالة متى ثبت للمحكمة قيام الزوجية وغيبة الزوج

وعدم وجود مال له تطلق عليه بدون ضرب الأجل والأعذار المبين في الحالة الثانية.

4- إذا غاب الزوج ولم يدرك مكانه ولم يترك لزوجته نفقة ولم يكن له مال ظاهر ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة الفرقة لعدم الإنفاق ففي هذه الحالة متى أثبتت المدعية الزوجية والغيبة وعدم وجود المال وعدم العلم بالمكان طلقت المحكمة عليه في الحال بالصيغة المارة وبدون ضرب الأجل والأعذار المبينين قبل.

5- إذا كان الزوج مفقوداً ولم يترك نفقة ولم يكن له مال ظاهر ورفعت زوجته الأمر للقضاء طالبة الفرقة لعدم الإنفاق فمتى أثبتت الزوجية والفقد وعدم وجود المال طلقت المحكمة عليه كما في الحالة الثانية.

6- إذا كان الزوج مسجونة ولم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه ورفعت زوجته الأمر للقضاء طالبة الفرقة لإعساره وأثبتت ذلك طلقت المحكمة عليه بعد ضرب الأجل والأعذار المبينين في الحالة الثانية.

وغير خاف أن المراد من الإثبات في جميع هذه الأحوال هو الإثبات بالحج الشرعيه ولا تكفي شهادة الاستكشاف لأن الحكم الذي تصدره المحكمة حكم بالطلاق ، وظاهر أنه لابد قبل السير في الدعوى من الإعلان والأعذار بالطرق المنصوص عليها في اللائحة .

ملحوظة

يعتبر الزوج غائباً غيبة قريبة إذا كان بمكان يسهل وصول قرار المحكمة بضرب الأجل إليه في مدة لا تتجاوز التسعة أيام .

" ويعتبر غائباً غيبة بعيدة من ليس كذلك . "

التعليق

- هذه المادة مرتبطة بالمادتين رقمي 4 و 6 من القانون.

• يتناول المشرع في هذه المادة حكم القانون بالنسبة لعجز الزوج الغائب عن الإنفاق بعد أن تناول في المادة الرابعة الحكم بالنسبة لامتناع الزوج الحاضر عن الإنفاق.

• فرق المشرع في هذه المادة بين حالتين

الحالة الأولى : إذا كانت غيبة الزوج قريبة .

- والغيبة تكون قريبة إذا كان الزوج بمكان يمكن وصول الرسائل أو الإعلان إليه في مدة لا تتجاوز تسعة أيام 1 .

- وفي هذه الحالة يفرق المشرع بين فرضين

الأول : إذا كان للزوج مال ظاهر

نفذ الحكم الصادر للزوجة بالنفقة عليه ويرفض القاضي طلب التطبيق لعدم الإنفاق.

الثاني : إذا لم يكن للزوج مال ظاهر

وفي هذه الحالة يتبعن على المحكمة أن تضرب له أجلًا مناسباً تمهله خلاله وتنص في قرارها السابق على الفصل في الموضوع بأنه إذا لم يرسل خلال الأجل الذي حدته ما تتفق الزوجة منه أو لم يحضر للإنفاق عليها بنفسه ستطلق المحكمة عليه² .

• والأجل الذي تضربه المحكمة للزوج الغائب لا يصدر به حكماً قضائياً وإنما يصدر به قرار من المحكمة³ .

• ويتعين على المحكمة أن تقوم بتكليف قلم الكتاب بإعلان الغائب بصورة هذا القرار طبقاً للإجراءات المعتادة والواردة بقانون المرافعات بشأن إعلان الأوراق القضائية - وتحدد لنظر طلبات الزوجة جلسة مقبلة، فإذا حضر الزوج قبل انقضاء الأجل المحدد في الإعلان فيها ، أما إذا انقضى الأجل دون أن يرسل الزوج ما تتفق

¹ الفرقة بين الزوجين ، على حسب الله - طبعة 1968 - ص 140 .

² محمد سالم مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - المرجع السابق - ج 2 - ص 155 .

³ حكم محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم 81 لسنة 101 قضائية .

الزوجة منه أو لم يحضر هو للإنفاق عليها وتحقق المحكمة من وصول الإعلان إليه طلاقت عليه¹ وفي ذلك نقول محكمة جنوب القاهرة " وحيث أنه بجلسة 1981/3/22 قررت المحكمة أذار المدعى عليه بأن يؤدى للمدعي نفقة حاضرة قدرها خمسة عشر جنيهاً خلال شهرين من تاريخه وإلا ستطلاقها المحكمة عليه وحددت جلسة 1981/5/3 لنظر الدعوى وهذه الجلسة مثلت المدعية وقدمت إعلان المدعى عليه بهذا الأذار تبين منه أنه أعلن إليه قانوناً في 1981/4/1 وقالت أن المدعى عليه لم يؤدى إليها النفقه الحاضرة ، أما بشأن التفريق لعدم الإنفاق وكان حكم القانون متفقاً مع مذهب الإمام مالك فيكون هو المصدر التاريخي لهذا النص . ويتعين الرجوع إليه فى تفصيل مجمله وتقييد مطلقة وكان المقرر أن العجز عن الإنفاق يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وفقاً للراجح فى المذهب الحنفى عملاً بالمادة 280 من اللائحة الشرعية وكان تقدير أقوال الشهود مرهون باطمئنان قاض الموضوع وكانت المحكمة تطمئن إلى ما شهد به شاهدى المدعية من أن المدعى عليه تركها بلا نفقة أو منفق وليس له مال ظاهر يمكنها الإنفاق منه وكانت المدعية قد أثبتت بصحيفة دعواها أن المدعى عليه معسر وفقير وليس له مال ظاهر يمكنها الإنفاق منه أى أنها قررت بإعساره وكانت المحكمة بناء على إقرار المدعية بإعسار المدعى عليه أذرته بأن يدفع للمدعي نفقة حاضرة قدرها خمسة عشر جنيهاً خلال شهر وأعلن المدعى عليه بهذا الأذار في 1981/4/1 وقدمت المدعية هذا الأذار بجلسة 1981/5/3 وقالت أن المدعى عليه لم يؤدى هذه النفقه الحاضرة لها ومن ثم فإن دعوى المدعية تكون قائمة على أساس من الواقع والقانون إذ أن المدعى عليه لم ينفق خلال شهر من أذاره الإنفاق بعد أن ثبت إعساره ويتعين إجابة المدعية إلى طلبها بالتطبيق² .

• وجدير بالذكر أن إغفال المحكمة لإصدار القرار بأذار الزوج وضرب أجل لا يترتب عليه بطلان الحكم³ .

أما الحالة الثانية : إذا كانت غيبة الزوج بعيدة

¹ أنور العمروسي في أصول المرافعات الشرعية - ص 357 وانظر الحكم الصادر في الدعوى رقم 15 لسنة 1981 - جلسة 1981/5/31 ، كلي جنوب القاهرة .

² الحكم رقم 1585 شرعى كلي جنوب القاهرة - جلسة 1981/5/31 .

³ حكم محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم 81 لسنة 101 قضائية - بجلسة 1985/5/9 .

- والغيبة تكون بعيدة إذا تواجد الزوج بمكان لا يمكن وصول الرسائل إليه فيه أو مفقود لا تعلم حياته من مماته أو يمكن وصول الرسائل إليه بعد تسعه أيام أو أكثر.

وفي هذه الحالة يفرق المشرع بين فرضين أيضاً

الأول : إذا كان للزوج مال ظاهر

نفذ الحكم الصادر بالنفقة عليه ويرفض القاضى طلب التطليق لعدم الإنفاق.

الثانى : إذا لم يكن للزوج مال ظاهر

طلاق القاضى عليه بغير أذار¹.

• وقد ألح الحق المشرع المفقود الذى لا أمل له بالغائب غيبة بعيدة وليس له مال ظاهر وسوى بينهما فى الحكم من حيث تطبيق القاضى عليه فى الحال بغير أذار أو ضرب أجل².

• أما المسجون الممتنع عن الإنفاق فبحكم كونه معلوم الإقامة يمكن وصول الرسائل إليه فإنه يتساوى فى الحكم مع الغائب غيبة قريبة وليس له مال ظاهر من حيث وجوب أذاره قبل الحكم بالتطليق عليه³.

• وتطليق زوجة المسجون لعدم الإنفاق يختلف عن التطليق لمجرد سجن الزوج والذى تناوله المشرع فى المادة 14 من القانون رقم 25 لسنة 1929 إذ يقع بالأخير طلاقة بائنة حين أن الطلاق لعدم الإنفاق يقع به طلاقة رجعية كما أن الطلاق للسجن مجردأ لا أذار فيه بالإنفاق.

• ويجرد التتويه إلى أن نشوز الزوجة إنما يحول دون القضاء لها بالتطليق لعدم الإنفاق لتقابل حق الإنفاق والاحتباس وتوقف كلاهما على الآخر⁴.

¹ نصر الجندي فى مجلد الأحوال الشخصية - طبعة 1980 ، ص 38 .

² أنور العمروسى فى أصول المرافعات الشرعية - طبعة 1971 - ص 358 وج 2 ص 38.

³ على حسب الله فى الفرقة بين الزوجين - طبعة 1968 - ص 141 .

⁴ مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاماً - نصر الجندي - ص 189 .

- وإثبات يسار الزوج في هذه المادة لا تكفى فيه شهادة الاستكشاف إنما يتquin
الإثبات بالطرق الشرعية كشهادة الشهود وغيرها.

أحكام النقض

• النعى بمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون والخطأ في تطبيقه لأنه قبل الدعوى بشهادة شاهد واحد مع أنها دعوى تطبيق لعدم الإنفاق تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية والرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة تطبيقاً للمادة 6 من القانون رقم 462 لسنة 1955 ومن قبلها المادة 280 من اللائحة الشرعية وأن القول الوحيد فيه في مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق هو أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان وأنه لا يوجد في مذهب الأحناف من يقول بكافية شاهد واحد مردود ذلك أنه لما كان التطبيق للغيبة ولعدم الإنفاق لا يقوم أصلاً على رأي من مذهب أبي حنيفة إذ لا يقر الأحناف التطبيق لأى من هذين السببين إنما يقوم هذا التطبيق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز فى القانون رقم 25 لسنة 1920 التطبيق لعدم الإنفاق أو للغيبة فإنه لا يكون من غير المقبول التحدى برأى الإمام أبي حنيفة فى إثبات أمر لا يجيذه ومن ثم يكون هذا النعى فى غير محله متبعين الرفض.

(الطعن رقم 20 لسنة 27 ق - جلسة 18/2/1960- س 12- ص 181)

• التطبيق للزواج بأخرى . شرطه . اختلاف السبب فى هذه الدعوى عن السبب فى دعوى التطبيق لعدم الإنفاق . عله ذلك . إقامة الحكم المطعون فيه قضاة على أساس المواد 4 ، 5 ، 6 من قانون 25 لسنة 1920 فى حين أن السبب فى الدعوى استند إلى المادة 11 مكرر من قانون 25 لسنة 1929 المضافة بقانون 100 لسنة 1985 خطأ .

(الطعن رقم 112 لسنة 65 ق "أحوال شخصية" - جلسة 24/5/1999)

مادة (6)

تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعياً للزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة.

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

تعليمات وزارة الحقانية للقانون رقم 25 لسنة 1920 .

- 1- أن الطلاق الذى توقعه المحكمة لعدم الإنفاق طلاق رجعى يجوز للزوج أن يراجع فيه ما دامت الزوجة فى العدة.
- 2- أن جواز الرجعة مشروط بشرطين :
 - (أ) ثبوت يساره بحيث يظن قدرته على إدامة الإنفاق عليها نفقة مثلها .
 - (ب) استعداده للإنفاق عليها نفقة مثلها فإذا لم يتتوفر الشرطان لم تصح الرجعة .

التعليق

- هذه المادة مرتبطة بالمادتين 4 ، 5 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

• تضمنت المادة النص على أن التطليق الذى كان يوقعه القاضى على الزوج الممتنع عن الإنفاق إنما يقع طلقة رجعية طالما كان بعد الدخول وغير مسبوق بطلاقتين الأمر الذى يكون معه للزوج الحق فى مراجعة زوجته من بعده أما لو كان قبل الدخول أو كان قد سبقته طلاقتين فإنه يقع بائناً بحكم القانون.¹

- اشترط النص لصحة المراجعة التى تتم من جانب الزوج الذى طلاقت عليه زوجته بحكم قضائى لعدم الإنفاق توافر شرطين :
 - أولهما : أن يثبت للقاضى أنه قد أصبح موسرأً .

¹ على حسب الله فى الفرقة بين الزوجين - المرجع السابق - ص 141 .

وثنائيهما : أن يثبت استعداده للإنفاق خلال فترة العدة¹ وذلك لا يكون إلا بأن يسدد ما تراكم عليه من دين نفقة الزوجة أو أن يعرض مبلغ النفقة على المطلقة عرضاً حقيقياً وإيداعه إحدى خزائن المحاكم وعلى أن يصرف لها دون قيد أو شرط كما أن المراجعة الفعلية بال المباشرة الجنسية مما تصح به الرجعة أيضاً².

• وتخلف أى من الشرطين السابقين لا تجوز معه الرجعة إذا أجرأها الزوج رغم تخلف إدعاها .

• فإذا خرجت الزوجة من العدة بإقرارها لا يستطيع الزوج مراجعتها حتى لو توافر من جانبه الشرطان لأن العبرة بتوافرهما خلال فترة العدة التي يجوز فيها للزوج مراجعة زوجته المطلقة منه رجعياً خلالها ولا يبقى أمامه سوى مراجعتها بعقد ومهر جديدين وبموافقتها .

• ويجوز أن تتم مراجعة الزوج لزوجته أمام المحكمة التي تقضي بها³.

• ويجرد التقويه إلى أنه إذا اختلف الزوجين في صحة الرجعة فإن القول يكون للزوجة بيمينها فيما يتعلق ببقاء العدة أو انقضائها .

أحكام النقض

• اختلاف الزوجين في صحة الرجعة . القول لزوجة بيمينها . العدة بالحيض حدتها الأدنى ستون يوماً .

(الطعن رقم 182 لسنة 65 ق – جلسة 28/5/2001)

• إقرار المرأة بصحة الرجعة وبكونها في العدة وقت حصولها . التزامها بهذا الإقرار ولا يقبل الرجوع فيه وإن لم يقتنن بيمينها . علة ذلك . عدم نفاذ هذا الإقرار في حق المطلق إلا إذا حلفت اليمين على ذلك باعتباره صاحب المصلحة في التمسك بهذا .

(الطعن رقم 530 لسنة 66 ق – جلسة 28/5/2001)

¹ أحكام الأحوال الشخصية - محمد يوسف موسى - طبعة 1956 - ص 326 .
² المستشار محمد الدجوى فى الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين - ص 309 .
³ راجع فى حق وأحوال مراجعة الزوج لزوجته التعليق على المادة الخامسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

مادة (8)¹

إذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي فزوجته له ما لم يتمتع بها الثاني غير عالم بحياة الأول فإن تمتز بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول.

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .
المذكورة الإيضاحية

لم يرد بشأن النص تعليمات من وزارة الحقانية.

التعليق

• يعتبر هذا النص مرتبط بالمادتين 21 ، 22 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعديل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 رغم صدورها قبل صدور القانون الأخير حيث يتناول تنظيم موقف زوجة المفقود في حالة ظهوره حياً بعد فقده والحكم بموته وقيام زوجته بعد الحكم وانقضاء العدة بالزواج من آخر ، وقد تضمنت المادة فرضين لا يخرج عنهما أى حال .

الأول : إذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج بغيره بعد الحكم بموته فهي له في حالة ظهوره من غير حاجة إلى عقد جديد .

الثاني : إذا كانت قد تزوجت بغير المفقود وبعد الحكم بموته وانقضاء عدتها ففي هذه الحالة فروض أربعة :

1- إذا كان الثاني قد تزوجها ولم يدخل بها ، فهي للمفقود ويفرق بينها وبين الزوج الثاني .

2- إذا كان الثاني قد تزوجها ودخل بها فهي له بشرط إلا يكون عالماً أن المفقود حي فإذا ثبت علمه كانت للمفقود وفرق بينها وبين الثاني .

3- إذا كان الثاني عالماً بحياة المفقود ودخل بها أو لم يدخل فهي للزوج الأول دون الثاني .

4- إذا كان عقد الزواج الثاني في عدة وفاة الأول فهي للمفقود¹ .

• وجدير بالذكر أن الشهادة على فقد المفقود يكفي فيها أن تكون بالسماع أى بالشهرة العامة أو السمع المستفيض² .

¹ المادة السابعة ألغيت بالمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 .

¹ الفرقـة بين الزوجـين ، عـلـى حـسـب اللهـ طـعـة 1968 - ص 274 .

² محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - ج 2 - ص 264 .

مادة (9)

للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون أو الجذام أو البرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترضى به ، فإن تزوجته عالمه بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق.

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

الفرقة للعيب في الرجل قسمان قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبي حنيفه وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب العنة والجب والخصاء وباقى الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق بكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر.

- ويستند حق الزوجة في طلب التطليق للعيب إلى عموم القاعدة الشرعية الفائلة "لا ضرر ولا ضرار" وأن "الضرر يزال" .

التعليق

- أعطى النص الزوجة الحق في طلب التطليق من الزوج إذا وجدت به عيباً مستحكماً¹ .
- والعيب هو كل نقص بدنى أو عقلى في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية² .
- واستحکام العيب هو وصف له يدل على استدامته بالزوج .

¹ راجع الفقرة 4 من المادة 33 من لائحة المأذونين المعدلة بقرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 حيث أوجب على الزوجين الإقرار شفويًا أو كتابيًّا بخلوهما من الأمراض التي تجيز التفريق ومن أمثلتها العنة والجنون والجذام والبرص والإيدز.

² عبد الرحمن تاج في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - ص 347 .

• وتقدير وجود العيب المستحكم الذى لا يرجى زواله أمر موضوعي يقدره قاضى الموضوع¹.

• وقد وضع المشرع معياراً لاستحکام العيب فالعيب يكون مستحکماً إذا استحال البرء منه أو أمكن ذلك ولكن بعد زمن طويل² وتقدير هذا الزمن يعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضى الموضوع مستعيناً في ذلك بأهل الخبرة والتخصص³.

• والواضح أن المشرع لم يحصر العيوب التي يجوز التفريق من أجلها حيث تضمنت المادة قاعدة عامة وذكرت بعض العيوب على سبيل المثال⁴ وعلى ذلك فهي تتسع لكل العيوب التي تتوافر في أحد الزوجين⁵ عند العقد بحيث ينفر بسببها الزوج الآخر منه ولا يحصل معها مقصود النكاح من الرحمة والمودة⁶.

• ويشترط لطلب التطبيق للعيب أربعة شروط هي :

أولاً : أن تجد الزوجة بزوجها عيباً مستحکماً جسماني كمرض الجذام أو خلقي كمرض نفسي مستعصي أو جنسى كالعنه أو الجب أو الخصاء فإذا لم يكن العيب مستحکماً فلا طلاق .

ثانياً : إلا يكون من الممكن البرء من هذا العيب أو يمكن ذلك ولكن بعد مرور زمن طويل ، فإذا كان يمكن البرء منه بعد زمن يسير فلا طلاق .

• ويقدر استحکام العيب أهل الخبرة .

ثالثاً : أن تتضرر الزوجة بالعيب على نحو لا يمكنها المقام مع الزوج مع قيام العيب به ، ويستوي في الضرر أن يكون مادياً أو معنوياً ويقدر توافره قاضى الموضوع مستعيناً في ذلك بأهل الخبرة .

¹ نقض أحوال الطعن رقم 10 لسنة 51 ق - جلسه 18/5/1982.

² البرديسي في الأحوال الشخصية - ص 477.

³ الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون - احمد الغدور - ص 131.

⁴ أنور العمروسي في أصول المرافعات الشرعية - ص 362.

⁵ من العيوب الجنسية التي تصيب الزوجة البرق : وهو انسداد موضع الجماع سواء بعظم أو لحم ، والقرن : وهو مايشبه قرن الشاه يبرز في هذا الموضع يمنع الاستعمال ، والعفل : وهو لحم يبرز من موضع الجماع يشبه الادرة للرجل ، والاقضاء : وهو اختلاط المسلمين بالمرأة ، والبخر : وهو رائحة نتنة تصدر من الفرج .

⁶ على حسب الله في المرجع السابق - ص 122 ونقض أحوال الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - ص 432 - س 27.

رابعاً : إلا تعلم الزوجة بالسبب قبل العقد أو ترضى به بعده¹ . فإذا كانت تعلم أو رضيت به فلا طلاق² .

• وتخلف أحد هذه الشروط يتربّى عليه سقوط حق الزوجة في التطبيق لهذا السبب³ كما أن ظهور العيب بعد الزواج يعطيها ذات الحق في طلب التطبيق⁴ إلا أن الرضا بالحياة مع الزوج رغم وجود العيب الذي حدث بعد العقد يسقط حق الزوجة في طلب الطلاق للرضا دلالة ومن ذلك ما قضت به محكمة مغاغة الشرعية في القضية رقم 25 لسنة 1933 حيث قالت⁵ ."من حيث أنه تبين من قرار المجلس الحسبي أن زوجها المحجوز عليه قد حدث به عيب هو مرض الجنون المطبق وأن وكيلها إزاء ذلك طلب تعين المدعية قيماً عليه وحيث أن هذا يدل على أن المدعية وقد حدث عيب الجنون المطبق بزوجها قد علمت ورضيت بذلك العيب رضاء جعلها تطلب بلسان وكيلها تعينها قيمة عليه بصفتها زوجة له وأيد ذلك الرضي أنها مكثت نحو تسعه سنين لم تطلب التفريق بينها وبين زوجها لحدوث الجنون به وأيدت ذلك المدعية وأقرت به أمام المحكمة حيث أن سبب طلاقها أنها لا ترغب الطلاق لذات نفسه بل لأن المدعي عليه بصفته قيماً علي زوجها لم يؤد لها النفقه، الأداء الذي ترتاح إليه نفسها وقدرت أنه لو أرحاها في أداء النفقه لا تطلب الطلاق وحيث أن المادة التاسعة من ق 25/1920 نصت على أنه لا يجوز التفريق إذا حدث للزوج عيب كالجنون وعلمت الزوجة ثم رضيت به صراحة أو دلالة بعد العلم به وحيث أن رضاء المدعية بذات العيب فيه العلم وهو ثابت دلالة وصراحة بما تبين من قرار المجلس الحسبي وبما قررته المدعية نفسها أمام هذه المحكمة".

¹ الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية - عمر عبد الله - ط 1958 - ص 423.

² كان تطالبه بالنفقة مثلاً بعد حدوث العيب .

³ يدران أبو العينين في الزواج و الطلاق في الإسلام - ط 1957 - ص 288.

⁴ مجلة المحاماة الشرعية - س 1 ص 205 .

⁵ ونحن نرى أن المشرع قد أضاف شرطاً خامساً للحكم بالتطبيق للعيب بما نص عليه في المادة 2/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 من وجوب قيام المحكمة بعرض الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالتطبيق وبحيث أن كان لهما ولد وجب تكرار عرض الصلح عليهما مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثة أيام ولا تزيد على ستين يوماً ، وإجراء عرض الصلح اجراءاً وجوبياً يتربّى على مخالفته بطلان الحكم إلا أن المواعيد المنصوص عليها من قبل المواجه التنظيمية التي لا يتربّى على مخالفتها ثمة بطلان و نحن نرى أيضاً أنه ما كان هناك مجال لمحاولة الصلح بين زوجه تتضرر من عدم وقوعها وزوج عنين أو مجوب اللهم إلا في حالات العنة النفسية وما شابهها مما يتواتر معه احتلال للشفاء أو الاصلاح ، وعلى وجه العموم أجازت الفقرة الثانية من المادة (4) من القانون رقم (1) لسنة 2000 الاستعانتة باخصائيين اجتماعيين في إطار محاولة الصلح بين الزوجين على ان يقوموا تقريرهم خلال خمسة عشر يوماً لا تزيد ، وراجع في أحكام الصلح التعليق على المادتين 6 ، 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

كما قضت محكمة الأقصى الشرعية بجلسة 21/12/1933 بحكم قالت فيه "نست المادة التاسعة من القانون 25/1920 على أن يشترط في العيب الذي يجوز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها إلا ترضي به صراحة أو دلالة على أنه يشترط فيه إلا يمكنها المقام معه إلا بضرر ومن حيث أن العته لا يتحقق فيه ذلك إذ المعتوه شرعاً هو قليل الفهم مختلط الكلام لا يضر ولا يشتم ومثل هذا العيب لا تتضرر به الزوجة وقد قرر وكيلها أنها كانت قيمة عليه وهو بهذه الحالة وقبولها لأن تكون قيماً عليه فيه رضا دلالة بهذا العيب فليس لها بعد ذلك طلب التفريق".

- وتعد إصابة الزوج بأحد العيوب الجنسية كالعنة أو الجب أو الخماء من العيوب التي تجيز للزوجة طلب التطليق وفق الشروط المنصوص عليها بالمادة محل التعليق¹.

- والعين هو من لا يشتهي الجنس الآخر ، والخصي هو من سُلت خصيته أما المجبوب فهو من استؤصل عضوه التناسلي .

- وإثبات الزوج لزوجته ولو لمرة واحدة يسقط حقها في طلب التطليق للعيب للاستيفاء .

- ومن المشكلات التي تثور في العمل ويتعين التعرض لمناقشتها حق زوجة الرجل العقيم في التطليق عليه بسبب العقم ، ومن ثم هل يعد عقم الرجل من العيوب المستحكمة في مفهوم المادة محل التعليق والتي تعطي الزوجة الحق في طلب التطليق ونحن نرى أن العقم يدخل ضمن العيوب التي يجوز بسببها طلب التطليق للعيب لذات العلة وهي الإضرار بالزوجة الصالحة للإنجاب والقادرة عليه خاصة من حيث تقويت أهم مقاصد النكاح بالنسبة لها وهو التنااسل²، إلا أن قضاء حديث لمحكمة النقض ذهب مذهبها آخر مؤداته أن عدم قدرة الزوج على الإنجاب ليس مبرراً للتطليق إذ لا دخل للإنسان في ذلك³ إلا إذا اقترن ذلك بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر⁴

¹ لم يكن للزوجة قبل صدور القانون رقم 25 لسنة 1920 طلب التطليق للعيب إلا لأحد تلك الأسباب .
² وهي فتوى منسوبة لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - مصطفى شلبي في أحكام الأسرة في الإسلام -

ط 1977 - ص 568 .
³ نقض الطعن رقم 287 لسنة 62 ق - جلسة 1996/9/23 .
⁴ نقض الطعن رقم 357 لسنة 63 ق - جلسة 1997/12/29 .

• وفي خصوص العيوب الجنسية يتعين الإشارة إلى أنه إذا أقامت الزوجة الدعوى بطلب التطليق على الزوج لإصابته بأحد العيوب التي تتعلق بقربانها (العيوب الجنسية) كالعنه أو الخفاء وجب التفرقة بين فرضين .

الأول :- إذا كانت المدعية ثبباً عند رفع الدعوى وثبتت ثبوتها قبل الزواج - باتفاق الطرفين أو بطريق الطب الشرعى - أى تزوجها ثبباً ، وادعت الزوجة إصابة الزوج قبل الدخول فالقول فى هذه الحالة قول الزوج بيمينه لأن الظاهر وهو ثبوتها يشهد له ، أما إذا ادعت إصابته بعد الدخول بها وتحققت الشروط الأربع السابقة طلتقت عليه بغير يمين¹ .

الثاني :- إذا ثبتت بواسطة أهل الخبرة أو باتفاق الزوجين أن الزوجة بكرأ ، وادعت الزوجة أن بالزوج عيباً يتعلق بقربانها فإذا اقر به الزوج أو ثبت العيب بواسطة أهل الخبرة الذى تحيل المحكمة الزوج إليهم وجب على المحكمة إمهال الزوج مدة سنة² فإذا عادت الزوجة بعد انقضاءها بكرأ طلتقت فى الحال³ و أما إذا عادت بعدها ثبباً رفضت دعواها إلا إذا ادعت أنه فض بكارتها بغير وقوع ، فإن القول فى هذه الحالة يكون قول الزوج بيمينه⁴ .

• فإذا أفاد الطبيب أن الزوج لا يرجى شفائه إلا بعد زمن طويل طلتقت عليه الزوجة فى الحال ، أما إذا أفاد بإمكان شفائه وجب إمهال الزوج مدة السنة بفصولها الأربع .

• والسنة المقصودة هنا هي السنة الشمسية (الميلادية) وليس السنة الهجرية⁵.

• ويبدأ احتساب السنة المذكورة من تاريخ رفع الدعوى⁶ ويسقط منها فترات مرض الزوج أو الزوجة التى يتعدى معها ممارسة المعاشرة الزوجية¹ .

¹ راجع المذكورة الإيضاحية للنص .

² نقض الطعن رقم 38 لسنة 65 ق - جلسة 22/3/1993 .

³ راجع حكم محكمة شمال القاهرة فى القضية رقم 2357 لسنة 1984 - جلسة 29/6/1986 والطعن بالنقض رقم 13 لسنة 44 ق - جلسة 19/11/1975 - ص 1426 .

⁴ راجع حكم محكمة جنوب القاهرة فى القضية رقم 420 لسنة 1957 - جلسة 8/12/1957 .

⁵ قال بالسنة الشمسية أبي الحسن عن أبي حنيفة زيادة في الاحتياط للزوج بحسبان أن السنة الشمسية 365 يوماً وتزيد عن السنة الهجرية التي عدد أيامها 354 يوماً تقريباً وراجع في الخلاف حول مقصود السنة حاشية ابن عابدين - ج 2 - ص 611 ومن الفقه الحديث أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي - محمد يوسف موسى - طبعة 1956 - ص 330 - فقرة 441 وذكر الدين شعبان في الأحكام الشخصية للأحوال الشخصية ط 1964 - ص 438 وعبد الرحمن تاج الدين في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط 1955 - ص 349 وراجع نقض الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - جلسة 19/11/1975 - ص 432 - س 27 والطعن رقم 20 لسنة 46 ق - س 28 .

⁶ نقض الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - جلسة 11/2/1976 - ص 432 - س 27 .

- فإذا انقضت السنة فلا يؤجل له مرة أخرى إلا بموافقة الزوجة لأنه بمضي السنة يثبت للزوجة حق التفريق².

وفي شأن تطليق الزوجة لإصابة الزوج بالعجز الجنسي تقول محكمة جنوب القاهرة "وحيث أن المادة 9 من القانون 25 لسنة 1920 تجيز للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر . سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترضي به . وأضافت المادة أنه يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب الفسخ من أجلها والتفرق للعنة محل اتفاق بين الفقهاء وإثبات العنة والخصاء لابد من تأجيل الزوج فيها سنة يثبت فيها أنه لم يقرب زوجته مما مفاده أنه لا يجوز الحكم بالتفرق لهذا العيب قبل مرور سنة من تاريخ طلب الزوجة للطلاق ومتى كان ذلك وكانت الدعوى الماثلة قد أقيمت في 9/6/1983 وتراجلت لأكثر من سنة وأحالت المحكمة المدعى للطب الشرعي للكشف الطبي أربع مرات ولم يحضر وكان الثابت أن المدعية قد فض غشاء بكارتها جراحياً بمعرفة طبيب . فإن المحكمة تطمئن إذ تقضي بالتفرق بين المدعية وزوجها للعيب بطلاق بائن طبقاً للمادة 10 من القانون سالف الذكر"³.

كما تقول محكمة جنوب القاهرة في حكم آخر لها "ومن حيث أن المحكمة أصدرت حكماً قضى غيابياً وقبل الفصل في الموضوع بذنب مصلحة الطب الشرعي لتوقيع الكشف الطبي على المدعية والمدعى عليه لبيان ما إذا كانت المدعية قد أزيلت بكارتها بعض التناسل أم لا ، وما إذا كانت لديه قدرة على مباشرة النساء من عدمهالخ وإن باشرت مصلحة الطب الشرعي المأمورية المبينة بمنطق حكم المحكمة وقدمت تقريراً انتهت فيه إلى نتيجة مؤداها أنه من الكشف على (.....) تبين أن المنطقة التناسلية عادية وخارية من آية تشوهات خلقية أو إصابية والغشاء البكري خالي تماماً من أي اثر لتمزقات قديمة أو حديثة وفتحته ضيقة – أي أن المذكورة بكرة ، ولما كان ذلك وكان المقرر في هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عني وأنه لا يستطيع مباشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لا زالت بكرة ، أو أنه لم يصل إليها فيؤجله القاضي سنة يتبعن بمرور الفصول الأربع المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبده السنة من يوم

¹ نقض الطعن رقم 38 لسنة 65 ق - جلسه 22/3/1993.

² محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - ج 2 - ص 204.

³ الحكم رقم 8687 لسنة 1983 - جلسه 23/2/1985 - كل جنوب القاهرة .

الخصوصة، إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعى كالأحرام والمرض فتبدأ من حين زوال المانع ، ولا يستطيع معه الواقع ، فإن انقضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصراً على طلبها لأنه لم يصل إليها طلاقت ، لما كان ذلك وكان الثابت من تقرير الطب الشرعى أن المدعى ما زالت بكرأ تحفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث معاشرة ، وأن المدعى عليه لم يحضر بالطب الشرعى ، ومن ثم فلم تقف المحكمة على سبب العنة ، وما إذا كانت عضوية دائمة أم أن ما به من عيب ناتجاً من عوامل نفسية ، بما يفيد أنها عنده مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواطنها مما قد يمهد لإمكانية استرجاع المدعى عليه القدرة على الجماع ، ومن ثم تقضى المحكمة بإمهال المدعى سنة أربع فصول مختلفة .

• وفي شأن ثبوت إصابة الزوج بداء العنة على وجه الخصوص فإنه يجب التفرقة بين ما إذا كانت العنة التي يعاني منها الزوج هي من نوع العنة العضوية أم النفسية ففي الحالة الأولى وهي ما إذا ثبتت إصابة الزوج بالعندة العضوية فإذا أفاد الطبيب بأنه لا يرجى شفاء الزوج منها أبداً أو بعد زمن طويل طلاقت عليه الزوجة في الحال، أما إذا أفاد الطبيب بإمكان شفاء العنة العضوية وجب إمهال الزوج مدة السنة، أما في حالة ثبوت أن مرض الزوج هو العنة النفسية وجب إمهال الزوج مدة السنة سواء تضمنت إفادة الطبيب إمكانية الشفاء منها من عدمه إذ لا يجوز التطليق على الزوج المصاب بالعندة النفسية دون إمهاله¹ .

• ونحن نرى وجوب تطليق الزوجة دون إمهال في حالة ثبوت إصابة الزوج بالعندة النفسية² ذلك أن العمل قد كشف عن استحالة شفاء الزوج من العندة النفسية بعد وصول الخلاف بين الزوجين إلى ساحات المحاكم واتهام الزوجة صراحة للزوج في صحيفه الدعوى وأمام القضاء بعدم القدرة على إتيانها ومعاشرتها وهو ما يستحيل معه على الزوج - من الوجهة العملية - من بعد ذلك استعادة قدرته على معاشرة تلك الزوجة ، خاصة وقد لوحظ أن التقارير الطبية التي ترد للمحاكم منتهية إلى إصابة الزوج بالعندة النفسية تشرط ضرورة تعاون الزوجة الشاكية ومساعدتها للزوج للتغلب على مرضه وهو ما يستحيل عملاً بعد وصول الزوجين إلى ساحات القضاء على ما قدمنا .

¹ نقض الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - جلسة 11/2/1976 - ص 432 - س 27 والطعن رقم 8 لسنة 43 ق - جلسة 19/11/1975 - ص 1426 - س 26 والطعن رقم 20 لسنة 46 ق - س 28 .
² قارن نقض أحوال - ملى - الطعن رقم 51 لسنة 1982/12/21 - جلسة 1226 - ص 28 والطعن رقم 117 لسنة 40 ق - جلسة 20/3/1984 - ص 749 .

- وإذا كانت زوجة العينين بها هي الأخرى عيب يمنع من قربانها لا يفرق القاضى بينهما لوجود المانع من جهتها أيضاً ولا يؤجل للعنين إذ لا معنى له .
- وكما تعرف البكاره والثيوبه بأهل الخبره تعرف أيضاً بشهادة امرأتين¹ إلا أن العمل جرى على الاستعانة بأهل الخبره (الطب الشرعي) لبيان العيوب التي تصيب الرجل فإذا باشر الطبيب المنتدب مهمته وانتهى إلى سلامه الزوج عضوياً حكمت المحكمة برفض الدعوى² .
- ومن المباحث ذات الصلة بشكل أو بأخر³ بالعيوب التي تجيز فسخ الزواج التساؤل عن حدود حق الزوج فى طلب فسخ عقد الزواج إذا ما تكشف له بعد انعقاد العقد أن زوجته ثياباً غير عذراء رغم إقرارها فى وثيقة الزواج على خلاف الحقيقة إنها البكر الرشيد وهل هذا الوصف يعد عيباً يجيز للزوج فسخ العقد .
- ونحن نرى أن ثيوبه الزوجة ليست من قبيل العيوب المنصوص عليها فى المادة محل التعليق والتى اعد عقد الزواج لإثباتها و بالتالى فإن إقرار الزوجة بصلب وثيقة الزواج بأنها بكر حال كونها ثياباً لا يعد من قبيل التزوير المعاقب عليه قانوناً⁴ .
- والراجح بالفقه الحنفى واجب التطبيق عملاً بالمادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 أنه لا يثبت فى الزواج خيار العيب سواء جعل الخيار للزوج أو للزوجة ، فإذا اشترط الزوج فى العقد شفاهه أو كتابة جمال المرأة أو بكارتها أو سلامتها من العيوب أو اشترطت المرأة سلامتها من الأمراض أو العاهات فالعقد صحيح والشرط باطل حتى إذا وجد أحدهما صاحبه بخلاف ما اشترط فليس له الخيار فى فسخ العقد وإنما يكون الخيار بشروطه للمرأة إذا وجدت زوجها عذيناً أو نحوه على نحو ما هو منصوص عليه فى المادة التاسعة محل التعليق⁵ وعلى ذلك فإنه إذا تزوج الرجل من امرأة على أنها بكر ثم تبين له بعد الدخول أنها ثياباً فليس من حقه طلب فسخ الزواج لهذا السبب حيث ينحصر أثر ذلك فى خصوص المهر ، فيلزم المهر لأن المهر

¹ عمر عبد الله فى أحكام الأحوال الشخصية - ص 192.

² انظر الحكم رقم 1 لسنة 1985 - كلى شمال القاهرة - جلسه 1989/4/27.

³ تناول الفقه الشرعى هذا المبحث فى معرض تناول الشروط المقرنة بعقد الزواج ونظرًا لأن القانون 25 لسنة 1929 لم تتناول موادهما أحكام عقد الزواج إلا أن قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين وقد تناول فى مادته الأولى تعديل المادة (33) من لائحة المأذونين الصادرة عام 1955 على نحو يتناول تقرير حق الزوجين فى أن يشترطا فى عقد الزواج شروطًا أوردة أمثلة لها هو ما حدا بما إلى تناول الأمر فى هذا الموضوع .

⁴ انظر نقض جنائى الطعن رقم 460 لسنة 1959/4/28 - جلسه 1959/4/29 - ص 94.

⁵ مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان - قدرى باشا - ط 1978 - ص 13 . وراجع نقض أحوال الطعن 760 لسنة 67 ق - جلسه 9 / 2 / 2002 .

شرع لمجرد الاستماع دون البكارة وحملأً لأمرها على الصلاح بأن زالت بكارتها بوتبه أو حيض شديد ، فإن كان قد تزوجها بأزيد من مهر المثل على أنها بكرأً فإذا هي غير بكر لا تجب الزيادة لأنه قابل الزيادة بما هو مرغوب فيه ، وقد فات فلا يجب ما قوبل به ، ولا يثبت بخلاف شرط البكارة فسخ العقد¹ .

- وتنثبت بكوره المرأة أو ثبوتها بشهادة أهل الخبرة من الأطباء ، كما تنثبت شرعاً بشهادة امرأة ثقة ، والثقان أحوط وأوثق .

- وعلى ذلك ولما كانت طرق انحلال عقد الزواج أو حل رابطة الزوجية تتفرع إلى طريقتين أولهما هو الطلاق وثانيهما هو الفسخ وكان انحلال الزواج بالطلاق لا يرد إلا على عقد زواج استوفى شروط انعقاده و صحته أي لا يرد إلا على عقد زواج صحيح على حين أن فسخ الزواج إنما يكون أثراً لبطلانه لعيب شاب شروط انعقاده أو صحته ولما كان الفقه الحنفي في الراجح فيه - على ما تقدم القول - لا يبطل عقد الزواج لثبوت ثبوته الزوجة على خلاف الثابت بعد عقد الزواج من بيان متعلق بكونها بكرأً وغاية ما يعتمد في هذا الخصوص هو إنقاصل ما يعد زائداً عن مهر مثلها حال ثبوت ذلك دون أن يمتد اثر ثبوت الثبوة إلى صحة العقد ، ومؤدي ذلك أنه يتعمين على الزوج في هذه الحالة عدم المبادرة إلى تطليق الزوجة بإرادته المنفردة وإنما عليه إقامة الدعوى بطلب إنقاصل الصداق بعد ثبوت الثبوة ذلك أن مبادرته إلى تطليق الزوجة يجعل دعواه بإإنقاصل الصداق على غير محل إذ ستكون علاقة الزوجية قد انقضت بالطلاق الواقع منه .

- ولما كان قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل المؤرخ 1955/1/4 قد عدل المادة 33 من اللائحة القديمة على نحو أوجب معه على المأذون أن يُبصر الزوجين أو من ينوب عنهم بما يجوز لهما الاتفاق عليه في عقد الزواج من شروط خاصة أورد أمثلة لها² مثل جواز الاتفاق على عدم الاقتران بأخرى إلا بأذن كتابي من الزوجة أو الاتفاق على تفويض الزوجة في الطلاق³ ثم أوجب على المأذون أن يثبت ما تم الاتفاق عليه في المكان المعد لذلك بوثيقة الزواج سواء من أمثلة الاتفاقيات التي أوردها المشروع أو أى اتفاق آخر بينهما

¹ حاشية ابن عابدين - ج 2 - ص 346 و ج 4 - ص 48 .

² الزواج المقترن بالشرط هو ما يصدر فيه الإيجاب منفصل عن التعليق على شرط أو التقييد بوقت ولكنه مقترن بشرط ، فإذا أتي بالشرط يتحقق وقت التألف به والشرط المقترن به ليس جزءاً منه بل ذكر ليفيد أمراً زائداً عما تفيده الصيغة

³ انظر قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين - ملحق الكتاب .

طالما أنه لا يحل حراماً أو يحرم حلالاً فإن مؤدى ذلك أن المشرع يكون قد فتح الباب أمام الزوجين ليشترط كل منهما على الآخر ما يراه محققاً لمصالحه من الشروط وأن ضابط الاعتداد بالشرط الوارد بالوثيقة في هذه الحالة هو اتفاقه مع إحكام الشرع على نحو لا يحرم معه الشرط حلالاً أو يحل حراماً.

- وتكيف الشرط وتقدير مدى اتفاقه مع الشرع الإسلامي على نحو لا يحرم حلالاً أو يحل حراماً تعد في هذه الحالة مسألة قانونية تضطلع بها عند الخلاف - محكمة الموضوع وتختضع فيها لرقابة محكمة النقض .

- يتبع الإشارة إلى أن استحداث المشرع لهذا التنظيم إنما يستند إلى ما تجتمع عليه المذاهب الإسلامية الأربع من جواز اقتران عقد الزواج بالشروط إلا أن التساؤل يثور عن المذهب الفقهي الذي يتبع الرجوع إليه في حالة الخلاف حول شرط اشتراطه أحد الزوجين وخالقه الزوج الآخر وقد يرد على ذلك بأن المشرع قد أورد الضابط الذي يغنى عن الرجوع إلى مذهب فقهى بعينه لتحديد شرعية الشرط من عدمه وهو ما أورده بنص المادة من إجازة إضافة الزوجين لما يرياه من شروط لا تحل حراماً أو تحرم حلالاً¹ إلا أن السؤال يعود الظهور في حالة الخلاف حول تحديد ما إذا كان الشرط يحل حراماً أو يحرم حلالاً ولنضرب لذلك مثلاً في اتفاق الزوجين أو اشتراط الزوج على الزوجة إلا تعمل بعد انتهاء دراستها إلا أن الزوجة التحقت بالعمل محتاجة بأن عمل المرأة من الأمور المباحة شرعاً وإن عملها - من ثم - لا يحل حراماً وفقاً لما ورد بالمادة 33 من لائحة المأذونين الأمر الذي يكون معه اشتراط الزوج بـألا تعمل مما يحرم حلالاً بما يعطيها الحق في مخالفته وعدم الالتزام بالشروط .

- ونحن نرى أن مقتضى حكم المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 من حيث الرجوع إلى القول الراجح في المذهب الحنفي في كل حالة يخلو فيها قانون الأحوال الشخصية من نص منظم للمسألة وجوب الرجوع إلى القول الراجح في المذهب المذكور في خصوص الخلاف حول الشروط التي يشترطها الزوجان في وثيقة الزواج مما لم يورده المشرع بالوثيقة من حيث تحديد حليتها أو حرمتها .

- ويتعين الإشارة إلى أن الفقه الحنفي يرى أن الشروط الصحيحة والمعتبرة هي تلك التي يقتضيها العقد على نحو تعد معه جزءاً منه وتكون متفقة مع مقتضاه أو

¹ يروى عن النبي محمد ﷺ قوله "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً" ، وقد روى الترمذى أنه حديث من مرتبة الحسن لأنه روى من عدة طرق وفي بعضها ضعف .

ورد بها الشرع أو جرى بها عرف وعلى نحو تكون صحة الشرط عندهم هي التي تحتاج إلى دليل يثبت الالتزام كاشتراط الزوجة أن تطلق نفسها أو يكون والد الزوج كفياً بالمهر والنفقة أما الشرط غير الصحيح عندهم فهو كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكداً لمقتضاه ولم يقم دليلاً من الشارع على وجوب الوفاء به من نص أو أثر أو عُرف مشهور كشرط إلا يتزوج عليها أو إلا يخرجها من بلدها¹.

- وحكم مخالفة الشرط الصحيح عندهم هو حمل المخالف على تنفيذه دون أن يثبت للمشترط لصالحه حق طلب الفسخ.

- وحكم مخالفة الشرط غير الصحيح عندهم هو إلغاء الشرط مع صحة العقد².

- وعلى ذلك فإن الأصل عند الحنفية هو عدم الالتزام بالشرط حتى يوجد دليل شرعى من نص أو قياس أو عرف يثبت الالتزام أو يكون واضحًا بجلاء أنه يعد جزء من العقد ومن مقتضاه ، فالشرط الذى ليس له دليل خاص يثبت حجته يلغى³ وعلى ذلك فإن مخالفة الزوج لاشتراط الزوجة فى عقد الزواج إلا ينقلها الزوج من بلدها لا يعطى الزوجة الحق فى طلب فسخ العقد لمخالفة الزوج للشرط – وفق المذهب الحنفى – وإنما يكون الحكم فى هذه الحالة هو بطلان الشرط وصحة العقد باعتبار أن إقامة الزوجين فى معيشة مشتركة هى من مقتضيات عقد الزواج وطاعة الزوجة فى المسكن الذى يعده الزوج للسكن لم يرد دليل شرعى على جواز الخروج عليه⁴ بما يجعل ذلك الشرط من الشروط غير الصحيحة .

- وغنى عن البيان أن جواز الاشتراط فى عقد الزواج هو حكم مقرر لصالح كلاً من الزوجين فلا يقتصر على إحدهما دون الآخر وترتيباً على ما تقدم فإن وصف الزوجة فى عقد الزواج بالبكررة أو اشتراط الزوج فى العقد أن تكون بكرأ لا يعطى للزوج حق طلب فسخ العقد إذا ما ثبتت ثبوة الزوجة على خلاف ما ثبت فى الوثيقة من كونها بكرأ إذ يصح فى هذه الحالة العقد ويبطل الشرط⁵ ولا يزيد حق الزوج فى

¹ أبو زهرة في محاضرات في عقد الزواج وأثاره ط 1971 – ص 209 وما بعدها.

² مصطفى شلبي في أحكام الأسرة في الإسلام – ط 1977 – ص 153 وما بعدها .

³ المبسوط للسرخسى- ج 5 – ص 4 وما بعدها ، وفتح القدير على الهدایة – الکمال بن الهمام – ج 3 – ص 152 وما بعدها .

⁴ عمر عبد الله في أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية – ط 1961 – ص 76 وما بعدها .

⁵ ونحن نرى انه يجوز للزوج فى هذه الحالة إقامة الدعوى ضد الزوجة بطلب التعويض اذا تكاملت عناصر المسئولية التقصيرية وفقاً لما هو منصوص عليه بالمادة 163 من القانون المدني .

هذه الحالة عن المطالبة بإيقاص المهر إذا كانت البكورة محل اعتبار عند تقدير المهر على تفصيل فقهي يخرج عن هذا المقام¹.

- كما يتبع الإشارة إلى أنه إذا وجد المؤتمن أن الشرط يحل حراماً أو يحرم حلالاً فعليه الامتناع عن إثباته ويكون للمتضارر من الزوجين رفع الأمر إلى القضاء بدعوى إلزام المؤتمن بإضافة الشرط والذي يختص ببحث طبيعة الشرط والوقف على ما إذا كان يتفق مع الضابط الذي اعتمد القول الراجح في المذهب الحنفي وهو أن يكون من الشروط الصحيحة ، كما يكون لمن يرى من الزوجين أن الشرط المتفق عليه يحرم حلالاً أو يحل حراماً أن يقيم الدعوى مختصماً الطرف الآخر والمؤتمن بطلب الحكم بإبطال الشرط ومحوه من الوثيقة .

¹ انظر في تأثير تخلف شرط البكورة مؤلف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - عبد الرحمن ناج - ط 1955 - ص 154.

أحكام النقض

• مؤدى نص المادتين 9 و 10 من القانون رقم 25 لسنة 1920 بأحكام النفقه وبعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الرجل أن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلًا ، أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسعى للزوجة الإقامة مع زوجها إلا بضرر أما العيوب التى تجيز الفرقه فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده ، وتقدير ذلك بما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع متى كان قضاها يقوم على أسباب ساعنة ولا يعيىب الحكم إذا أصاب النتيجة وذكر مادة فى القانون غير منطقية . وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قضى بالتطليق بناء على ما أورده بمدوناته من تقرير الطب الشرعى من "أن الحاله التي يعاني منها الطاعن وإن كانت لا تعتبر من أسباب العنة العضوية الدائمه إلا أنها تؤدى إلى درجة من القصور الجنسي تتمثل فى سرعة القذف بالإضافة إلى أنه يعاني من حالة عنه نفسية وأن شفاء حالته أمر عسير المنال كما أن الاتصال الجنسي غير الكامل أو الاتصال المبitor بين الزوجين يسبب للزوجة توترًا عصبياً شديداً قد يتتطور إلى حدوث تغيرات عصبية وجسمانية وقد يعرض صحتها للخطر وأن هذه الحاله تصيب المطعون ضدها بضرر إذا حصل اتصال جنسى بينها وبين الطاعن" واستخلص من وجود عيب بالطاعن لا يرجى زواله ولا تعيش معه المطعون ضدها إلا بضرر شديد ولا يشترط معه الإمهال قبل التفريق وهو من الحكم استخلاص موضوعى ساعن له أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى إلى ما انتهى إليه ويكتفى لحمل قضائه ولا عليه بعد ذلك أن ذكر المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 الغير منطقية ويكون النعى برمهه على غير أساس .

(الطعن رقم 30 لسنة 59 ق -جلسة 19/11/1991)

• مفاد نص المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون رقم 25 لسنة 1920 بشأن أحكام النفقه وبعض مسائل الأحوال الشخصية يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج أن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل بحيث لا يتسعى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقه فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن

الإقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة إلا تكون الزوجة رضيت بالزواج مع علمها بعييه صراحة أو دلالة ، ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التقرير للعييب فى الرجل قسمان قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبي حنيفة وهو التقرير للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء . وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولاً به وهو التقرير لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان تقدير علم الزوجة عييب الزوج ورضاهما به صراحة أو دلالة من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع مما لا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض ما دام الحكم يقوم على أسباب مقبولة تكفى لحمله .

(نقض جلسة 18/5/1982 – الطعن رقم 10 لسنة 51 ق – س 27)

• حق الزوجة فى طلب التطليق بسبب العنة . وجوب الأخذ فيه بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . تحقق عيب العنة مسوغ للفرقه عند الحنفية .
(الطعن رقم 13 لسنة 44 ق – ص 432 – س 27)

• إذا كانت العملية الجراحية التى أجريت للطاعن وإن أصبح معها قادراً على إثبات زوجته بما ينفي عنه العنة إلا أنها أصابته عيوب آخر من شأنه أن يجعل الواقع شاداً لا يتحقق به أحد مقصدي النكاح ويلحق بالزوجة آلاماً عصبية ونفسية فضلاً عن أنه يعرضها للإصابة بأمراض عصبية وجنسية أبان عنها الخبر المتدبر وكان من شأن هذا التدخل الجراحي استقرار حالة العيوب لدى الطاعن مما يجعله عيناً مستحکماً لا يمكن البرء منه وينتهي بموجبة التأجيل الذى اشترطه الحنفية للحكم بالتطليق لعيوب العنة .

(نقض جلسة 23/6/1981 – الطعن رقم 13 لسنة 50 ق – س 32)

• إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحاً إلى ثبوت قيام العيوب المستحكم الموجب للتقرير فليس بضائرة بعد ذلك خطأه فى وصف هذا العيوب بالعنة .
(نقض جلسة 23/6/1981 – الطعن رقم 13 لسنة 50 ق – س 32)

• تقدير وجود العيوب المستحكم بالزوج الذى لا يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل بحيث لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر، ومدى علم الزوجة به ورضاهما بالزوج مع وجود العيوب به صراحة أو دلالة ، من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض متى كان قضاوتها يقوم على أسباب سائغة .

(نقض جلسة 1982/5/18 - الطعن رقم 10 لسنة 50 ق - س 33 والطعن رقم 8 لسنة 43 ق - ص 1426 والطعن رقم 25 لسنة 38 ق - ص 972 والطعن رقم 33 لسنة 39 ق - ص 1114 والطعن رقم 673 لسنة 67 ق - جلسة 2002/1/7)

• إذا كان القانون رقم 25 لسنة 1920 قد سكت عن التعرض للإجراءات الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة ، فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض أو يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقاً للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، لما كان ذلك وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع مباشرتها بسبب العيب وثبت أنها لا زالت بكرأً وأنه لم يصل إليها فيؤجله القاضى ليبين بمرور الفصول الأربع المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبعد السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام والمرض فتبدأ من حين زوال المانع ، ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيابها أو مرضه أن كان مريضاً لا يستطيع معه الواقع ، وإذا مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلاقت منه ، لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه تبين من تقرير الطب الشرعى أن المطعون عليها مازالت بكرأً تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينفى معها القول بحدوث مباشرة ، وأن المطعون وان خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن ما به من عيب قد يكون ناتجاً عن عوامل نفسية ، وعندئذ تكون عنته مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إمهال ، يكون قد خالف القانون . لا يشفع فى ذلك تقريره عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته واستمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها .

(نقض جلسة 1976/2/11 - ص 432 - الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - وجلسة 1975/11/19 - ص 1426 - س 26 - الطعن رقم 8 لسنة 43 ق - والطعن رقم 20 لسنة 46 ق - ص 1804 - س 28)

• إذ كانت المذكورة الإيضاحية للقانون - رقم 25 لسنة 1920 - قد أوضحت أن النفيق للعيب في الرجل قسمان . قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبي حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر . وكان ما نصت عليه المادة 11 من هذا القانون من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العلة قبل الحكم بالفرقة في الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة طبقاً للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، لما كان ذلك وكان المقرر في هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب وتبين أنها لا زالت بكرأً وصادقها الزوج على أنه لم يصل إليها فيؤجله القاضي ليبين بمرور الفصول الأربع المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعي كالإحرام أو المرض فتبدأ من حين زوال المانع ، ولا يحسب في هذه السنة أيام غيبتها أو مرضه أن كان مريضاً لا يستطيع معه الواقع ، وإذا مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضي مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه ، لما كان ما تقدم ، وكان البين من تقرير الطب الشرعى أن المطعون عليها مازالت بكرأً تحتفظ بظاهر العذرية التي ينتفى معها القول بحدوث مباشرة ، وإن الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أنها قد تنتج عن عوامل نفسية مؤقتة ويمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إمهال ، يكون قد خالف القانون . لا يشفع في ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى لأن مناط تحقيق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج من الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التي يؤجل القاضي الدعوى إليها وبالشروط السابقة إليها .

(نقض جلسة 1976/2/11 - ص 432 - الطعن رقم 13 لسنة 44 ق - وجلسة

1975/11/19 - ص 1426 - س 26 - الطعن رقم 8 لسنة 43 ق - والطعن رقم

20 لسنة 46 ق - ص 1804 - س 28)

• الزواج الصحيح . شرطه . أن تكون المرأة ملأً لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها وأن يحضر زواجها شاهدان – عقد قرانها على آخر أو عدم بكارتها وإن ثبت . لا أثر في محليتها لزوجها ولا يحرمهما عليه ولا يبطل عقد زواجهما . على ذلك . ليس للزوج خيار الفسخ إذا وجد في أمراته عيب لأنه يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق .

(الطعن رقم 760 لسنة 67 ق – جلسه 2002/2/9)

و(الطعن رقم 301 لسنة 72 ق – جلسه 5 / 1 / 2004)

• إذ كانت المذكورة الإيضاحية لقانون – رقم 25 لسنة 1920 – قد أوضحت أن التفريقي للعيب في الرجل قسمان . قسم كان معمولاً به بمذهب أبي حنيفة وهو التفريقي للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولاً به وهو التفريقي لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان المقرر في مذهب الحنفية أن من شرائط إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة إلا يكون زوجها قد وصل إليها في النكاح ، فإن كان وصل إليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق ، لأن حقها إنما هو في أن يباشرها مرة واحدة وقد استوفته ، وما زاد عن ذلك لا يؤمر به قضاء بل ديانة فإن ما قرره الأحناف من أن القول للزوج بيمينه إذا وجدت الزوجة ثبيتاً أو كانت ثبيتاً من الأصل قاصر عندهم على العيب الذي يتبع بالزوج قبل الدخول وقبل الوصول إلى زوجته دون العيب الحادث بعد الدخول لأن هذا النوع الأخير لا يثبت به خيار العيب عندهم ، وعلى خلاف هذا المذهب أجازت المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 التطليق للعيب الحادث بعد الدخول دون أن توجب بيميناً على الزوج ، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكرتها وأن الضعف الجنسي طرأ بعد الدخول ، فإن تحليفه اليمين يكون في غير موضعه .

(الطعن رقم 8 لسنة 43 ق – جلسه 19 / 11 / 1975 – ص 1426)

• تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج الذي لا يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر منه الزوجة هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاها يقوم على أسباب سائغة .

(الطعن رقم 8 لسنة 43 ق – جلسة 19 / 11 / 1975 – ص 1426)

(الطعن رقم 564 لسنة 67 ق – جلسة 22/12/2001)

• الإضرار الذي تعنيه المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعتمد سواء كان ضرراً إيجابياً من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل ، أو ضرراً سلبياً يتمثل في هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعوه إليه الحاجة الجنسية على أن يكون ذلك باختياره لا قهراً عنه ، يؤيد ذلك أن المشرع استعمل لفظ "الإضرار" لا الضرر ، كما يؤيد أنه مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء التي تتخذه كلها في أن للزوج دخلاً فيها وإرادة متحكمة في اتخاذها . والعنفة النفسية لا يمكن عدتها بهذه المثابة من قبيل الإضرار في معنى المادة السادسة سالفه الذكر لأن الحيلولة دون ممارسة الحياة الزوجية بسببها لا يد للزوج فيها بل هي تحصل رغمأ عنه وبغير إرادة.

(الطعن رقم 8 لسنة 43 ق – جلسة 19 / 11 / 1975 – ص 1426)

• إقامة الطاعنة دعواها بطلب التطليق على المطعون ضده لاعتدائها عليها بالضرب والسب وتبديد منقولاتها وإصابته بمرض مستحكم . إقامة الحكم المطعون فيه قضاهاه برفض الدعوى على سند من أن المطعون ضده غير مصاب بالمرض الذي ادعاه الطاعنة دون أن يعرض لها ادعاته من صور الأضرار الأخرى وما قدمه من مستندات . قصور .

(الطعن رقم 116 لسنة 59 ق – جلسة 19/5/1992 س 43)

• إن ما تمسكت به الطاعنة من عدم قدرة المطعون ضده على الإنجاب ليس مبرراً للتطليق إذ لا دخل للإنسان في ذلك .

(الطعن رقم 287 لسنة 62 ق – جلسة 23/9/1996)

• عدم اندراج العقم ضمن العيوب التنازلية التي تجيز طلب التطليق في المذهب الحنفي . على ذلك . عدم الرزق بالأولاد لا يعد في ذاته عيباً . أثره . عدم اتخاذه سبباً للتطليق إلا إذا اقترن بعيوب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر .

(الطعن رقم 357 لسنة 63 ق – جلسة 29/12/2002)

• حق الزوجة في طلب التفريق للعيب . م 9 ، 11 ق 25 – لسنة 1920 .
شرطه . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحکام المرض ومدى الضرر
الناتج عن الإقامة مع وجوده . تقدير ذلك من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت
قضائها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم 307 لسنة 68 ق – جلسة 9/2/2002)

• تطليق الزوجة البكر بسبب عنة الزوج – شرطه . وجوب إمهاله سنة تتبعاً
عليها الفصول الأربع تبدأ من يوم الخصومة . وجود مانع شرعاً أو طبيعي كالإحرام
أو المرض . أثره . بدء السنة من حين زوال المانع . عدم احتساب أيام غيبة الزوجة أو
مرضها أو مرضه أن كان لا يستطيع معه الواقع . عجز الزوج عن مباشرة زوجته مدة
أكثر من سنة قبل رفع الدعوى . لا أثر له .

(الطعن رقم 38 لسنة 65 ق)

• حق الزوجة في طلب التفريق من زوجها للعيب المستحکم . شرطه . المادتان
9، 11 م بق 25 لسنة 1920 . العيوب المبيحة للفرقة . عدم ورودها على سبيل
الحصر . تحقق العيب المستحکم وفقاً للمذهب الحنفي . مناطه . تأكيد العلم بقيام العيب
المستحکم بعد استظهاره بمعرفة أهل الخبرة وعدم رضاء الزوجة به صراحة أو دلالة
إقامة الزوجة مع زوجها زماناً للتجربة لاحتمال زوال العيب . لا يسقط حقها في طلب
التفريق ولو تراخت في رفع أمرها للقضاء .

(الطعن رقم 673 لسنة 67 ق – جلسة 7/1/2002)

• إقامة الحكم المطعون فيه قضاها بتطليق المطعون ضدها على الطاعن للعيب
على ما استخلصه سائغاً من تقرير الطبيب الشرعي دون انتظار لمنتهي سنة . كفايته
لتحمل قضاها وفيه الرد الضمني المسقط لكل حجة مخالفة . النعى على ذلك . جدل
موضوعى . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 307 لسنة 68 ق – جلسة 9/2/2002)

مادة (10)

الفرقة بالعيب طلاق بائن

- لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

التعليق

- نص المشرع على أن الفرقة التي تقع نتيجة ثبوت عيب مستحكم بالزوج على النحو السابق طرحته بالمادة التاسعة هي طلاق بائن لأن إرادة القاضى تحل محل إرادة الزوج فكان الزوج قد طلقها بنفسه ولأنها فرقة بعد زواج صحيح وأنه لما كان المقصود هو دفع الضرر عن الزوجة تعين أن تكون الطلاقة بائنة كى لا يتمكن من مراجعتها بإرادته المنفردة .
- والتفريق للعيب يقع به طلاق بائن سواء كان قبل الدخول أو بعده.

مادة (11)

يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها
هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكورة الإيضاحية

- لم يرد بشأن النص تعليمات من وزارة العدل .

التعليق

• أباح النص الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء وغيرهم لتحديد العيوب التي يتطلب فسخ الزواج بسببها ، ومعنى هذا أن يسأل الطبيب عن نوع المرض ومدى الضرر المتوقع منه وإمكان البرء منه من عدمه والمدة التي يستغرقها الشفاء إذ لو كان العيب قريب الزوال فلا تطبيق ، إلا أن النص أغفل الإشارة إلى ما يجب على القاضي القيام به بعد تقديم الطبيب تقريره وهل يحكم بالفرقة في الحال أو بعد التأجيل وكان حريأً به أن ينص على أن القاضي يؤجل الحكم سنة إذا قرر الطبيب إمكان البرء من المرض في أقل من سنة ويفرق في الحال إذا قرر غير ذلك .

• ولا يعني النص وجوب أن تقتصر المحكمة على الاستعانة بأهل الخبرة في هذه الحالات دون غيرهم فللمحكمة أن تستند إلى وسائل الإثبات الأخرى إذا انطوت الأوراق على ما يعد دليلاً معتبراً على ذلك .

• وتلجأ المحاكم عادة إلى مصلحة الطب الشرعي بوزارة العدل للقيام عن طريق أطباءها – بتحديد العيب وملابساته وظروفه – والتى تقوم بتقديم تقريراً بذلك إلى المحكمة ، إلا أن للمحكمة وباعتبارها الخبير الأعلى أن تطرح ما تضمنه تقرير الخبير وتحكم على غير مقتضاه طالما كان لقضائهما أسباب سائغة طبقاً للقواعد العامة .

• كما أن لذوي الشأن تقديم تقارير طبية استشارية حيث يكون للمحكمة اعتمادها أو عدم التعويم عليها .

أحكام النقض

- حق الزوجة في طلب التفريق للعيب من الرجل . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده.

(الطعن رقم 13 لسنة 44 ق – ص 432 – س 27)

- مفاد نص المادتين 9 ، 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن أحكام النفقه وبعض مسائل الأحوال الشخصية – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يدل على أن المشرع توسيع في العيوب التي تبيح للزوجة طلب الفرقه فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية وهى عيوب العنة والجب والخصاء وإنما أباح لها طلب التفريق أن ثبت بالزوج إى عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسعى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وإن ما ورد ذكره من عيوب في هذا النص كان على سبيل المثال لا الحصر وأنه رأى الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده .

(نقض جلسة 1981/6/23 – الطعن رقم 13 لسنة 50 ق – س 32)

- مؤدى نص المادتين 9 ، 11 من القانون رقم 25 لسنة 1920 بأحكام النفقه وبعض مسائل الأحوال الشخصية أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الرجل أن ثبت به عيب (مستحكم) لا يمكن البرء منه أصلاً أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسعى للزوجة الإقامة مع زوجها المعيب إلا بضرر شديد . وتوسيع القانون في العيوب المبيحة للفرقه فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده كل ذلك على شريطة إلا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة .

(الطعن رقم 8 لسنة 43 ق – جلسة 19 / 11 / 1975 – ص 1426)

• طلب الزوجة التفريق من زوجها للعيب . شرطه . م 9 ، م 11 من قانون 25 لسنة 1920 . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحکام المرض ومدى الضرر الناجم عنه . لمحكمة الموضوع تقدير ذلك متى أقامت قضاها على أسباب سائحة . النعى عليها في ذلك . جدل موضوعي . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 15 لسنة 64 ق – جلسة 1/5/1998)

¹(13) مادة

على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ، ويسرى العمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

التعليق

- صدر القانون في 12 / 7 / 1920 .
- نشر القانون في الوقائع المصرية بتاريخ 15/7/1920 الموافق 28 شوال من عام 1338 هجرية بالعدد رقم 61 لسنة 90 .

¹ مادة 12 ألغيت بالمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 .

ثانياً : القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل¹
بـالقانون رقم 100 لسنة 1985

مادة (1)

لا يقع طلاق السكران والمكره

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

المذكورة الإيضاحية

- طلاق السكران لا يقع بناء على قول راجع لأحمد وقول في المذاهب الثلاثة ورأى كثير من التابعين وأنه لا يعرف من الصحابة قول فيه بالوقوع ، وطلاق المكره لا يقع بناء على مذهب الشافعية والمالكية وأحمد وداود وكثير من الصحابة .
- ويستند عدم الآخذ بالطلاق الواقع من السكران أو المكره إلى قوله "م" رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكر هو ما عليه" .

التعليق

- السكران هو من تناول الخمر وما شابهها حتى صار يهذي ويخرف في الكلام .
- ويعين أن يصل الخمر بالإنسان إلى حالة لا يعي معها بعد إفاقته ما كان منه حال السكر فإذا ثبت عكس ذلك وبأن السكر لم يكن قد وصل به إلى تلك الحالة وقع الطلاق نافذاً².
- وسبب عدم وقوع طلاق السكران كونه لا يعي ما يقول ولا يقصده لزوال عقله ، والعقل شرط الأهلية للتصرف فتكون عبارته ملغاة لا قيمة لها ، والطلاق إنما شرع للحاجة إليه والسكران ليس على وعي يقدر به تلك الحاجة¹.

¹ القانون رقم 25 لسنة 1929 معدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

² راجع محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - ج 2 - ص 79 .

- ويثبت السكر بشهادة الشهود وتحليل الدم والفحوص الطبية ورأى أهل الخبرة وغيرها من الأدلة الشرعية .
- والإكراه هو فعل يفعله الإنسان لغيره يجعل ذلك الغير مدفوعا إلى العمل الذي طلب منه .
- والمكره هو من وقع تحت تأثير آخر هدده بإثبات فعل يوقع به الضرر بحيث لو لم يقع هذا التأثير ما فعل².
- والإكراه إما أن يكون كاملاً أو ناقصاً ومن الأول التهديد بالقتل ونحوه ومن الثاني التهديد بشيء أقل من القتل .
- والإكراه بوجه عام يعدم الرضا كما يفسد الاختيار³ ويتحقق بتهديد المكره بخطر جسيم يحذق بنفسه أو بماله⁴.
- ولا يقع طلاق المكره لأنعدام إرادته لوقوعه تحت تأثير الإكراه فهو غير راض بما تلفظ به و اختيار الطلاق كان أهون الشررين ونتيجة مؤثر خارجي فلا يكون صحيحاً⁵.
- ويعين على من يدعى وقوعه تحت تأثير الإكراه إثبات ما يدعيه وإلا وقع طلاقه صحيحاً .

• ويلحق بالمكره ، فيما يتعلق بعدم وقوع طلاقه ، الغضبان والمدهوش ، والأول هو من اشتد به الغضب إلى درجة أغفلت عليه باب القصد فلا يقع طلاقه شريطة أن يصل به غضبه إلى حد التأثير على تفكيره وقصده وذلك عملاً بقوله م "لا طلاق في إغلاق" ، والعبرة في تحديد ما إذا كان الغضب قد بلغ بالمطلق حداً أغلق عليه فكره المرجع فيه – في رأينا – إلى المطلق ذاته الذي يجب على القاضي الرجوع

¹ راجع الفرقة بين الزوجين – على حسب الله – طبعة 1968 – ص 68 .

² راجع الطلاق في الشريعة الإسلامية – أحمد الغدور – طبعة 1967 – ص 85 .

³ نقض أحوال جلسة 18/12/1981 – الطعن رقم 31 لسنة 50 ق .

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 1430 لسنة 56 ق – جلسة 19/5/1992 – س 43 .

⁵ عبد الوهاب خلاف في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – ص 135 .

مادة (1)

إليه باستجوابه فى هذا الخصوص فضلاً عما يتوافر فى الدعوى من قرائن أخرى وكذا المدهوش "المذهول" وهو من تلقى صدمة عصبية أدخلته لدرجة لا يعي معها ما يقول

أحكام النقض

• الأصل في فقه الشريعة الإسلامية أن طلاق الزوج يقع متى كان عاقلاً بالغاً ، لأن الأهلية تتحقق بالعقل المميز ، إلا أن جمهور الفقهاء استثنوا من ذلك طلاق السكران والمكره فذهبوا إلى أن طلاقهما لا يقع لانتفاء القصد الصحيح أو مظنته في الأول وفساد الاختيار لدى الثاني ، وقد أخذ المشرع المصري بهذا الحكم ، فنص عليه في المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

(نقض جلسة 1981/12/8 - الطعن رقم 31 لسنة 50 ق - س 32)

• مباشرة المجنون عقد زواجه بنفسه . أثره . عدم انعقاد العقد بعبارةه وما يترتب عليه من آثار الزواج – مؤدى ذلك – اعتبار طلاقه للطاعنة وارداً على غير محل .

(الطعن رقم 318 لسنة 69 ق – جلسة 2000/11/27)

(الطعن رقم 64 لسنة 54 ق – جلسة 1987/4/28 – س 38)

(الطعن رقم 2511 لسنة 52 ق – جلسة 1986/4/15 – س 37)

• الإكراه المبطل للرضا . تتحققه بتهديد المتعاقدين المكره بخطر جسيم يحذق بنفسه أو بماله . تقدير وسائله ومبلغ جسامتها وتأثيرها موضوعي . تستقل بالفصل فيه محكمة الموضوع .

(الطعن رقم 468 لسنة 65 ق – جلسة 2001/11/24 والطعن رقم 1430 لسنة 56 ق – جلسة 1992/5/19 – س 43 والطعن رقم 191 لسنة 68 ق – جلسة

(2002/1/12)

• إذا كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد استبعد إكراه الطاعن على الطلاق وأطرق طلبه بإحالة الدعوى إلى التحقيق، وعول على القرائن التي استخلصها من ظروف الحال في الدعوى وما قدم فيها من مستندات ، وكانت تقارير الحكم في هذا الشأن سائغة ولها سنداتها الثابت ، وكان إجماع الفقهاء على أن القاضى لا يقف عند ظواهر البينة ولا يتقييد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق إذا ثبت له من طريق آخر اعتباراً بأن "القضاء لهم" وأن من القرائن التي يستتبعها القاضى من دلائل ما لا يسوغ تعطيل شهادته ، إذ منها ما هو أقوى بكثير من البنية والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، فإن تعبيب الحكم بعدم إجابته

طلب الإحالة إلى التحقيق لاستناده إلى القرآن دون البينة في نفي الإكراه المدعى به فضلاً عن النعى على سلامة استدلاله يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1981/6/23 - الطعن رقم 28 لسنة 50 ق - س 32)

• المقرر في فقه الحنفية الواجب العمل به وفقاً لنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن طلاق الغضبان لا يقع إذا بلغ به الغضب مبلغاً لا يدرى معه ما يقول أو يفعل أو وصل به إلى حالة من الهذيان يغلب عليه فيها الاضطراب في أقواله أو أفعاله وذلك لفقدانه الإرادة والإدراك الصحيحين ، ولما كان تقدير توافر الأدلة على قيام حالة الغضب هذه هو مما يدخل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الدليل في الدعوى فلا تخضع بصدره لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغاً ، وكان لا يوجد معيار طبى أو غير طبى للمرة التي يستغرقها الغضب تتبعاً لتفاوت مدة ومدى التأثر به بالنسبة لكل حالة .

(نقض جلسة 1980/2/13 - ص 500 - الطعن رقم 28 لسنة 48 ق)

• لا يكفى لبطلان طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب بل يتشرط أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة لإيقاع الطلاق حتى تنتج على أثرها إرادة المطلق
(نقض جلسة 1980/2/13 - ص 500 - الطعن رقم 28 لسنة 48 ق)

• العته - ماهيتها - طلاق المعتوه باطل - عدم وقوعه إلا من القاضى .
(الطعن رقم 51 لسنة 61 ق - جلسة 15/11/1994)

• عدم وقوع طلاق المجنون أو المعتوه لزوجته ، ولا يملك أحد التطبيق عنه .
للقاضى تطبيقها إذا طلبت ذلك وتحقق ما يوجب الطلاق شرعاً .
(الطعن رقم 318 لسنة 69 ق - جلسة 27/11/2000)

مادة (2)

- لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير .
- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكورة الإيضاحية

- ينقسم الطلاق إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً والى مضاف (كانت طالق غداً) وإلى يمين نحو (على هذا الطلاق كذا) أو معلق (كأن فعلت كذا فأنت طالق) .

والمعلق إن كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق ، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن في معنى اليمين ، واليمين في الطلاق وما في معناه لاغ أما باقي الأقسام فيقع فيها الطلاق .

وقد أخذ في إلغاء اليمين في الطلاق برأي متقدمي الحنفية وبعض متاخر لهم وهذا موافق لرأي الإمام على وشريح وداود وأصحابه وطائفة من الشافعية والمالكية . وأخذ في إلغاء المعلق الذي في معنى اليمين برأي الأمام على وشريح وعطاء والحكم بن عتبة وداود وأصحابه وأبن حزم وقد وضعت المادة (2) من مشروع القانون متضمنة أحكام هذه الأقسام .

التعليق

- يستند النص المطروح لقوله (م) "من حلف على يمين فرأى غيرها خير منها فليأتى الذي هو خير وليكفر عن يمينه" .
- والطلاق إما أن يكون منجزاً أو غير منجز .

والطلاق المنجز هو ما قصد تحقيق معناه وترتيب آثاره عليه من وقت صدوره عن الزوج سواء كانت صيغة صدوره هي القول كقول الرجل لامراته أنت طالق أو

كانت هي الكتابة حيث يقع الطلاق لفظاً أو بالكتابة المرسومة المستبينة الصادر عن الزوج أو المرسلة إلى المرأة في كتاب منه إليها.¹

أما الطلاق غير المنجز فهو ما لا يقصد به إيقاع الطلاق في الحال ومنه ما كان مضافاً إلى زمن أو معلقاً على شرط والطلاق المضاف إلى زمن هو ما اقترن بظرف زمان جعل مبدأ لوقوع الطلاق وترتيب آثاره ويغلب أن يكون زمناً مستقبلاً كقول الرجل لأمرأته أنت طلاق غالباً وأما الطلاق المعلق على شرط فهو ما جعل الزوج فيه حصول الطلاق معلقاً على حصول شيء آخر مثل قول الزوج لزوجته أن خرجت بغرض إذن فأنت طلاق ، وهو ما تناولته المادة الثانية من القانون.²

• ويشترط لصحة تعليق ووقوع الطلاق به شرطان .

أولهما : أن يكون التعليق على أمر معروم حين التعليق ويمكن أن يوجد بعده فإن كان على أمر موجود فعلاً حين صدور الصيغة كان تتجيز الطلاق حقيقة وتعليقاً على أمر مستحيل تحقيقه كان لغوياً لا يقع الطلاق .

وثانيهما: أن تكون المرأة حين صدور الصيغة وحصول الأمر المعلق عليه ملأاً لطلاق بأن تكون في عصمة الزوج أو عدة طلاق سابق رجعى :

• اشتراط المشرع لوقع الطلاق المعلق أن يكون الزوج قد قصد بالفعل وقوعه إذا تحقق المعلق عليه معاملة للمطلق بقصده، أما إذا لم يكن الزوج لا يقصد من تعليق الطلاق سوى التخويف وحمل الزوجة على فعل شيء فقط وهو في الحقيقة يكره وقوع الطلاق ولا وطر له فيه فلا يقع به طلاق ولو تحقق المعلق عليه وسواء كان المعلق عليه من أفعال الزوج أو الزوجة أو الغير إذ يعتبر الطلاق في هذه الحالة في معنى اليمين بالطلاق فلا يقع به شيء لأن اليمين بالطلاق لا يقع به شيء³ .

• وإثبات قصد الزوج أمر يتعلق به ولا يعرف إلا من جهته فإذا لم تكن هناك قرائن على حقيقة قصده وتدل عليه وشجر الخلاف بين الزوجين هي تدعى وقوع الطلاق لتحقق الشرط وهو يقول أنه ما قصد سوى التخويف أو الحمل على الفعل أو المنع كان القول له بيمينه فإن حلف كسب الدعوى وإن نكل اعتبر مقرأً بالطلاق .

¹ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية – قدرى باشا – ط 1978 – ص 70 – مادة 222

² أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي – محمد يوسف موسى – طبعة 1956 – ص 272 .

³ زكي الدين شعبان – الزواج والطلاق في الإسلام – ص 108

- وأما الطلاق المضاف إلى زمن فالراجح في المذهب الحنفي أنه يقع به الطلاق حال دخول الزمان الذي حدده الزوج¹.
- أما اليمين بالطلاق أو القسم به أو الحلف بالطلاق فقد أبانت المذكرة الإيضاحية للنص أنه لاغ ولا يقع به طلاق استثناء لرأي متقدمي الحنفية ومتاخر لهم.

أحكام النقض

- مفاد نص المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع – أخذًا برأى بعض المتقدمين من الحنفية – ارتأى أن تعليق الطلاق أن أريد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه ، وفائه يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان في معنى اليمين ولا يقع به طلاق .
(نقض جلسة 1976/4/28 – ص 1024 – الطعن رقم 30 لسنة 44 ق)

¹ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – عبد الرحمن تاج – ط 1955 – ص 303 وما بعدها .
- 128 -

مادة (3)

الطلاق المقتن بعد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة

• هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

شرع الطلاق على أن يوقع على دفعات متعددة "الطلاق مرتان فامساك بمعرف أو تسرير بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتتكموهن شيئاً إلا أن يخافوا إلا يقيما حدود الله فإن خفتم إلا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تغدوها ومن يتغدو حدود الله فأولئك هم الظالمون (229) فإن طلقها فلا تحل لها من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا أن ظننا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبيّنها لقوم يعلمون (230)". سورة البقرة

فالآلية الكريمة تكاد تكون صريحة في أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرأة وجعلت دفعات الطلاق ثلاثة ليجرِب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ولتجرب المرأة نفسها أيضاً حتى إذا لم تقدر التجارب ووَقعت الطلاقة الثالثة علم أنه ليس في البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

والطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة وهو رأي محمد ابن إسحاق ونقل على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير ونقله عن مشايخ قرطبة ومنهم محمد بن نقى بن مخلد ومحمد بن عبد السلام ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمر بن دينار وقد أفتى به عكرمة وداود . وقال ابن القيم أنه رأى أكثر الصحابة ورأى بعض أصحاب أحمد (مادة 3 من المشروع) .

ويستند النص محل التعليق إلى قوله تعالى "الطلاق مرتان فامساك بمعرف أو تسرير بإحسان" ¹ وحديث مسلم "الطلاق ثلاث كان يجعل واحدة على عهد الرسول وأبى بكر وأثنين من خلافة عمر" .

¹ الآية 229 من سورة البقرة .

التعليق

• الطلاق المقترب بعد لفظاً أو إشارة هو الطلاق الثلاث بلفظ واحد أما بتكرار الطلاق الواحد ثلاث مرات كما إذا قال الرجل لامرأته أنت طلاق ، أنت طلاق ، أنت طلاق أو باقتران الطلاق بعد الثلاث ملفوظاً به أو مدلولاً عليه بالإشارة ، كما إذا قال لها أنت طلاق ثلاثة أو قال لها أنت طلاق هكذا وإشارة بأصابعه الثلاث مرفوعة¹.

• والأصل الراجح في المذهب الحنفي – واجب التطبيق – أن الطلاق المقترب بعد لفظاً أو إشارة يقع صحيحاً كما نطق أو أشار به الزوج.²

إلا أنه استثناء على هذا الأصل الراجح أورد المشرع نص المادة الثالثة وبمقتضاه يعتبر هذا الطلاق على أي من الصور التي ورد بها النص لا يقع به إلا طلاق واحدة ، وهذا الاستثناء قصد به التوسعة على الناس بعد أن ضجوا بالشكوى وتحايلوا على الشرعية بالارتكان إلى النية أو زواج التحليل المذموم والتماس الفتوى بفساد العقد من بعض الفقهاء لتحليل البائنة لمطلاقها ثلاثة وإنما لرواية حدثت في عهد الرسول (ص) حيث طلق أحد الصحابة (ركانه بن عبد يزيد) امرأته ثلاثة في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً فلما علم الرسول قال "إنما تلك واحدة فأرجعها أن شئت" ، وفي ذلك المفهوم تقول محكمة جنوب القاهرة . "حيث أنه قد جاء في المذكرة الإيضاحية لذلك النص أن الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة وهو رأى محمد بن اسحق ونقل عن على وابن مسعود والزبير ونقله المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاووس وعمر ابن دينار وقال ابن القيم أنه رأى أكثر الصحابة ومؤدي ذلك النص أن الطلاق المقترب بالعدد لفظاً كأن يقول طلقك اثنين أو ثلاثة لا يقع إلا واحدة ، وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان الثابت أن المدعى عليه طلق زوجته المدعية بقوله لها طلقك يا زوجتي طلاقاً بالثلاث بائناً لا رجعة فيه ومن ثم بالبناء على ما تقدم لا يقع ذلك الطلاق إلا واحدة ويتعين إجابة المدعية إلى طلبها واعتباره كذلك³.

• وقد ثار خلاف حول تطبيق النص فذهب البعض أن مقصود الطلاق المقترب بعدد هو الطلاق ثلاثة كقول الرجل لامرأته أنت طلاق بالثلاثة أو بالتدليل على ذلك بالإشارة وهذا هو الذي لا يقع إلا بطلاق واحدة أما الطلاق المتتابع أو المتعدد

¹ الأحوال الشخصية – فتحه قره – ص 166.

² محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام – ج 2 – ص 53.

³ انظر الحكم الصادر في الدعوى رقم 1971 لسنة 1984 كلى شمال القاهرة .

كقول الرجل لامرأته أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق فيقع به الطلاق ثلثاً وذلك لأنه هو الأصل الراجح في المذهب الحنفي وما نص القانون في المادة الثالثة إلا استثناء عليه فلا يجب التوسع في تفسيره والوقوف به عند حد الطلاق المقترن بعدد دون الطلاق المتتابع¹.

بينما ذهب رأي آخر إلى أن مضمون المادة الثالثة يشمل النوعين من الطلاق المقترن بعدد والمتتابع فلا يقع به إلا طلاقة واحدة في أي من الحالتين وذلك اتساقاً وروح التشريع والغاية التي وضع من أجلها النص مراعاة للصالح العام² بالإضافة إلى أن غرض القانون الواضح من مذكرته التفسيرية هو رغبته في القضاء على فكرة أن للزوج أن يطلق دفعة واحدة طلاقة أو اثنين أو أن يفصّم عرى الزوجية دفعة واحدة في مجلس واحد وإذا كان ذلك غرض القانون والعلة الباعثة عليه فإنه يكون من العبث أن يجعل الطلاق بلفظ الثلاث طلاقة واحدة ويجعل الطلاق المتتابع ثلاث طلاقات لأن المطلق يترك هذه إلى تلك ويفر من حكم القانون بأسهل طريق ، ولفظ القانون وإن كان ظاهرة في المقترن بالعدد الذي يوصف فيه الطلاق بالعدد فإنه يحمل شمول الطلاق المتتابع في مجلس واحد لأن مقترن بالعدد في المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد وفي ذلك تقول محكمة استئناف القاهرة "إن كان البادى من عبارة نص المادة الثالثة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن المقصود هو الطلاق المقترن بالعدد لفظاً وإشارة إلا أن المحكمة ترى انطباق هذا النص على الطلاق المتتابع توخياً لحكمة التشريع وإلا كان من العبث قصر النص على المقربون بالعدد إذ يستطيع المطلق أن يتركه إلى الطلاق المتتابع ولو في مجلس واحد حتى يتفادى حكم القانون . وظاهر النص وأن كان وارد بشأن الطلاق الذي يوصف بالعدد فإنه يتحمل الطلاق المتتابع في مجلس واحد لأن مقترن في معناه وإن لم يوصف بالعدد في ألفاظه وعبرت المذكرة التفسيرية للقانون عن الطلاق المقترن بالعدد بعبارة "الطلاق المتعدد" ولا شك في أن الطلاق المتتابع في مجلس واحد بعدد متعدداً ويوضح ذلك أيضاً المصدر التاريخي لهذه المادة من الفقهاء الذين قرروا أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع واحدة هم الذين قرروا أن الطلاق المتتابع في مجلس واحد لا يقع إلا واحدة ومن المنطق السليم الأخذ برأيهم كله في الموضوع الواحد³ .

¹ الأحكام الشرعية - زكي الدين شعبان - ص 412 .

² أبو زهرة في محاضرات في الزواج - ج 1 - ص 310 .

³ انظر حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 179 لسنة 79 ق - جلسة 16/3/1963 .

ونحن نميل إلى تأييد الرأى الأخير لذات الأسباب التى استند إليها فضلاً عن أن الطلاق المتتابع أو المتعدد فى المجلس الواحد لا يعدو أن يكون فى رأينا سوى تأكيدا للطلاق الأول فلا يقع إلا واحدة .

• ويشترط أن يكون المجلس الذى وقع فيه الطلاق واحدا فإذا اختلف المجلس وقع الطلاق بعد المجلس الذى أوقع فيها ، فإذا ما قال لامرأته فى منزل أهله أنت طلاق ثم انتقل بها إلى منزل الزوجية فى اليوم الثالث أعاد قوله لها أنت طلاق فلما ذهب إلى بيت أهلها لتحكيمهم بمدة أسبوع قال لها للمرة الثالثة أنت طلاق فإنه يكون قد طلقها ثلاثة .

• ولأى من الزوجين أن يقيم الدعوى بتعديل وصف الطلاق الواقع من الزوج سواء كان ذلك الطلاق شفوياً أو ثابت بأشهاد رسمي – سواء من واحد إلى ثلاثة – أى من رجعى إلى بائن والعكس ، إلا أنه إذا كان قد صدر حكماً قضائياً نهائياً بإثبات طلاق الزوج لزوجته طلقة واحدة أو طلاقان طلاقاً رجعياً أو بائناً فإنه لا يجوز إقامة الدعوى بطلب تعديل وصف الطلاق الثابت بالحكم احتراماً لحجيته التي تعلو اعتبارات النظام العام .

أحكام النقض

• الطلاق المقترب بالعدد لفظاً أو إشارة والطلاق المتتابع فى مجلس واحد لا يقع به إلا طلقة رجعية واحدة . عدم مراجعة الزوج زوجته حتى انقضاء عدتها . أثره صيرورة هذا الطلاق الرجعى بائناً بينونة صغرى .
(الطعن رقم 667 لسنة 67 ق – جلسه 22/12/2001)

(نقض جلسة 23 / 6 / 1960 - ص 471 - الطعن رقم 34 لسنة 28 ق)

• نص المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أن الطلاق المقتن بالعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة – يشمل الطلاق المتنابع في مجلس واحد – لأنه مقتن بالعدد في المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد يؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن الطلاق شرع على أن يوقع على دفعات متعددة وأن الآية الكريمة " الطلاق مرتان فإمساك بمعرف أو تسريح بإحسان " تكاد تكون صريحة في أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة وأن دفعات الطلاق جعلت ثلاثة ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ولتجرب المرأة نفسها أيضاً حتى إذا لم تف التجارب ووقدت الطلاقة الثالثة علم أنه ليس في البقاء خير وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

(نقض جلسة 1960/6/23 - ص 471 - الطعن رقم 34 لسنة 28 ق)

• إذ كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عبارة الطلاق المقتن بالعدد لفظاً أو إشارة بالتطبيق للمادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 يشمل الطلاق المتنابع في مجلس واحد لأنه مقتن بالعدد في المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن إقرار الطاعن بطلاق المطعون عليها كان مجرداً من العدد لفظاً أو إشارة ولم يكن طلاقاً على مال وليس مكملاً للثلاث وحصل بعد الدخول فإنه لا يقع به إلا واحدة ويكون طلاقاً رجعياً ، ولا عبرة بوصف الطلاق الذي يرد على لسان أحد الزوجين .

(نقض جلسة 1977/5/25 - ص 1288 - الطعن رقم 29 لسنة 45 ق)

• لما كان الطلاق المتنابع دفعه واحدة لا يقع إلا طلقة واحدة فإن استناد الحكم المطعون فيه إلى شهادة الشهود باستمرار الحياة الزوجية حتى وفاة الزوج، يكون مؤداه أن الحكم اتخذ من هذه الشهادة دليلاً على حصول مراجعة الزوج لزوجته بعد هذا الطلاق الذي يعتبر رجعياً ، وليس في ذلك ما يعتبر مخالفًا للقانون

(نقض جلسة 1960/6/23 - ص 471 - الطعن رقم 34 لسنة 28 ق)

• العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رباط الزوجية متى صدرت من زوج هو أهل لإيقاع الطلاق وصادفت محلأً ، يقع بها الطلاق فور صدورها ويكون طلاقاً

مستقلاً قائماً بذاته ولا يغير من ذلك ما اقرن بها من أنها تأييد لطلاق سابق إذ ليس من شأن هذه الإضافة أن تحول دون تحقيق الأثر الفوري المترتب عليها مباشرة .
(نقض جلسة 7 / 5 / 1960 – ص 751 – س 21)

• إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أن الحكم الصادر في الدعوى الأولى بالرفض – دعوى طلاق بين ذات الخصوم – المؤيد استئنافياً كان بشأن طلاق ادعت الطاعنة أن المطعون عليه أوقعه ثلاثة مرات الثلاثة منها في آخر سبتمبر 1962 في حين أن النزاع الحالى يدور حول طلاق ثابت في إقرار منسوب صدوره إلى المطعون عليه بتطبيقه للطاعنة ثلاثة طلقات أولاهما في آخر يوليو سنة 1962 والثانية في 14/9/1962 والثالثة في 9/9/1962 وإن اعتبر الحكم الطلقة المكملة للثلاث المحدد وقوعها في الدعوى الأولى بأخر سبتمبر 1962 هي بعينها الطلقة الثالثة المثبتة في الإقرار صدورها بتاريخ 9/9/1962 استناداً إلى أن كلاً من الطرفتين صدرت في أواخر ذلك الشهر مع أن هذين التاريفين مختلفان ورتب الحكم على ذلك عدم جواز نظر الدعوى الحالية لسبق الفصل فيها في الدعوى الأولى فإنه يكون فوق مخالفته للقانون قد شابه فساد الاستدلال .

(نقض جلسة 27/6/1973 – ص 982 – الطعن رقم 20 لسنة 37 ق)

مادة (4)

كنيات الطلاق وهو ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

كنيات الطلاق وهي ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع الطلاق إلا بالنية دون دلالة الحال كما هو مذهب الشافعى ومالك .

والمراد بالكنية هنا ما كان كنية فى مذهب أبى حنيفة (مادة 4 من المشروع) .

- ومستند النص من الفقه الشرعى هو قول رسول الله (ص) "إنما الأعمال بالنيات وكل امرئٍ ما نوى".

التعليق

- كنيات الطلاق هى اللفظ الذى لم يوضع بخصوص الطلاق بل وضع لمعنى يتصل بالطلاق أو لمعنى آخر .

وقد عرفها المشرع فى النص بأنها ما تحتمل الطلاق وغيره كقول الزوج لزوجته الحقى بأهلك أو أمرك بيديك أو نحو ذلك ، فهذه الألفاظ تفيد معنى الطلاق وغيره .

- وحكم كنيات الطلاق إنها لا يقع بها الطلاق إلا إذا كانت نية الزوج قد اتجهت وقت التلفظ بها إلى إيقاع الطلاق أما إذا لم يكن قصد عند تلفظه بها سوى المعنى الآخر الذى تحتمله فلا يقع بها طلاق .

- وأمر النية في المسائل الباطنية المتعلقة بالزوج فالقول عند الخلاف عليها قوله بيمنه فإذا قالت الزوجة أنه قصد الطلاق وأنكر الزوج حق حلف اليمين ، فإن نكل كسبت الزوجة دعواها ووقع الطلاق .
- وكنايات الطلاق لا يقع بها طالما لم تكن النية متوجهة إلى عدم إيقاعه وذلك حتى لو كانت القراءن تشهد أن المراد من التلفظ بالكناية هو إيقاع الطلاق فلا عبرة بدلالة الحال ما لم ينوى الزوج إيقاع الطلاق بلفظ الكناية¹.

¹ أحمد الحصري في الأحوال الشخصية - ص 421 .
-136-

أحكام النقض

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط فيما يقع به الطلاق أن يصدر من يملكه ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه حالاً بالطلاق البائن أو مالاً بالطلاق الرجعى إذا لم تعقبه الرجعة أثناء العدة ، على أن يصادف محلاً لوقوعه ، ويقع الطلاق بلفظه الصريح قضاء وديانة دون حاجة إلى نية الطلاق ، ومن ثم فإن لفظ الطلاق الصريح الصادر من الطاعن بالأشهاد – أمام المأذون – والذى ورد منجزاً غير معلق يقع به الطلاق طبقاً للنصوص الفقهية باعتباره منبت الصلة بما يسوقه الطاعن من أن نيته انصرفت إلى إثبات طلاق معلق على شرط وقر في ذهنه تتحققه .

(نقض جلسة 1976/4/28 - ص 1024 - الطعن رقم 30 لسنة 44 ق)

مادة (5)

كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل لثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم 25 لسنة 1920 .

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

أخذ بمذهب الإمام مالك والشافعي في أن كل طلاق يقع رجعياً إلا ما استثنى في (المادة الخامسة من المشروع).

ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو آباء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبي حنيفة.

ويستند النص المطروح في مشروعه إلى قوله تعالى "وبعلوتهن أحق في ذلك أن أرادوا إصلاحاً" ¹ وقوله (م) لامرأة ثابت بن قيس حين أتته طالبة تطليقها عليه رغم أنها لا تعيبه في دين أو خلق وكان قد أمهراها حديقة "ردى عليه حديقته" فقبلت طلاقها.

التعليق

- نص المادة على أن أي طلاق يوقعه الزوج إنما يكون طلقة رجعية.
- والطلاق الرجعى هو الذى لا يزيل الملك ولا الحل ويملك الزوج فيه مراجعة زوجته أثناء العدة - وفقاً للراجح في المذهب الحنفى - في أي وقت يشاء دون توقف على علمها أو موافقتها²، كما أنه لا يمنع التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما في العدة ولا يحل به مؤجل المهر.
- ولا يشترط حتى يقع الطلاق الصادر من الزوج صحيحاً منتجأً لأنثاره أن يتم بحضور شاهدين إلا إنه إذا ادعت الزوجة إيقاع الزوج للطلاق شفويًا عليها وأنكر

¹ الآية 228 من سورة البقرة .
² راجع المادة 22 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

الأخير ذلك كان عليها إقامة الدليل على ذلك بكافة طرق الإثبات وأهمها البينة الشرعية .

وقد استثنى المشرع من وصف الطلاق الرجعى أربعة حالات لا يعتبر الطلاق الواقع فى أى منها طلاقاً رجعياً¹.

الأولى – هي الطلاق المكمل للثلاث

فهذا الطلاق يقع بائنأً بينونة كبرى حيث يزيل الملك والحل معاً فلا تحل الزوجة من بعده للزوج إلا بعد أن تتنكح غيره ويدخل بها ويطلقها أو يموت عنها وتنتقضى عدتها منه ، ويحل به مؤخر الصداق ويمعن التوارث بين الزوجين وإن كان يوجب العدة على المطلقة .

الثانية – وهي الطلاق قبل الدخول

ويقع به طلاق بائن بينونة صغرى لا يستطيع من بعده الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين .

ويلحق بالطلاق قبل الدخول الطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة الصحيحة فيقع بعدها الطلاق بائنأً بينونة صغرى أيضاً .

الثالثة – وهي الطلاق على مال

أى الطلاق على الإبراء ويقع به طلاق بائن بينونة صغرى – ما لم يكن مكملاً للثلاث فيكون بائنأً بينونة كبرى لأن المال فى هذه الحالة يمثل عوضاً يأخذه الزوج من زوجته قاصداً به أن تملك الزوجة أمرها ويمتنع من مراجعتها بدون رضاها² ، ويقع بالطلاق على مال طلاق بائنأً كافياً كان العوض المقدم من الزوجة ، فلا يشترط أن يتم الإبراء من كافة الحقوق الشرعية وإنما يكفى الإبراء من أى من تلك الحقوق .

¹ أنور العمروسي فى أصول المراهنات الشرعية – ص 343 وما بعدها .

² نقض الطعن رقم 136 لسنة 62 ق – جلسة 29 / 5 / 2000 وراجع المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتعديل بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

الرابعة – وهى ما نص على وقوعه بائناً فى القانونين رقمى 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 .

- وما نص على كونه بائناً فى القانون رقم 25 لسنة 1920 هو الطلاق للعيب.
- أما ما نص على كونه بائناً فى القانون رقم 25 لسنة 1929 فهو .
 - 1- الطلاق للضرر المتمثل فى الإيذاء والهجر (المادة 6) .
 - 2- الطلاق للضرر للزواج من أخرى (المادة 11 مكرر) .
 - 3- الطلاق للغياب (المادة 12) .
 - 4- الطلاق للحبس (المادة 14) .

وهذه الأنواع إنما يقع بها طلاق بائن لأن الطلاق فى هذه الحالات قُصد به دفع الضرر عن الزوجة وحسم النزاع بين الزوجين ولا يمتنع هذا إلا بالطلاق البائن .

• وحكم الطلاق البائن أنه يزيل الملك بمجرد صدوره فى كل الأحوال فتنتقطع به حقوق الزوج على زوجته بمجرد وقوع الطلاق بائناً ولا يحق له عليها إلا البقاء فى منزل الزوجية فى مدة العدة وحق النفقة فى هذه المدة وليس للمطلق فيه مراجعة مطلقه ولا أن يستأنف معها حياة الزوجية أن كان الحل قائماً إلا بعقد ومهر جديدين ، كما أنه يحل به مؤخر الصداق إذا كان مؤجلاً لأقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة فضلاً عن أنه يُحتسب طلقة من الطلقات التى يملكها الرجل على زوجته إذا لم يكمل الثالث وإن كان مكملاً لها فإنه يزيل الحل أيضاً كما أنه يمنع التوارث بين الزوجين بمجرد الطلاق إلا إذا كان فى مرض الموت وقدر به الفرار من الإرث ، معاملة للزوج بنقيض مقصوده¹.

• وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية للنص الإشارة إلى أن هناك ثلاط حالات للطلاق يبقى الحكم فيها على المذهب الحنفى وهى الطلاق بسبب اللعان والطلاق بسبب الغنة والطلاق بسبب إباء الزوج الإسلام عند إسلام زوجته ، وتناول كل من الحالات الثلاث بإشارة موجزة .

1- الطلاق بسبب اللعان

(يراجع التعليق على المادة 15 من القانون رقم 25 لسنة 1929) .

¹ محمد يوسف موسى فى أحكام الأحوال الشخصية – ط 1956 – ص 282 .

2-الطلاق بسبب الغنة

(يراجع التعليق على المادة 9 من القانون رقم 25 لسنة 1929).

3-الطلاق بسبب إباء الزوج للإسلام

وهذا الطلاق تقع به طلقة بائنة ، وصورته أن تسلم الزوجة فيعرض الإسلام على الزوج فإن أسلم فبها ما لم يكن محظياً عليها وإن أبي الإسلام أو أسلم وهي محظمة عليه فرق القاضي بينهما في الحال هذا إذا كان الزوج أهلاً لعرض الإسلام عليه بأن يكون بالغاً ، عاقلاً أو صبياً مميزاً فإن لم يكن أهلاً لأن يعرض الإسلام عليه بأن يكون صبياً غير مميز أو معتوهاً أو ما في حكمه أو مجنوناً فإن كان الأول ينتظر تمييزه ليعرض عليه الإسلام إذا صار مميزاً وأما المجنون فلا ينتظر برأه بل يعرض الإسلام على أبيه (لا بطريق الإلزام) فإن أسلم أحدهما تبعه الولد في الإسلام فيبقى الزواج على حاله وإن أبا كلاهما فيفرق بين المجنون وزوجته بطلقة بائنة¹.

• وإذا كان الطلاق حق أثبتته الشارع للزوج كان له أن يتولاه بنفسه أو ينعيه غيره فيه سواء كان ذلك الغير هو الزوجة أو شخص آخر ، وهذه الإنابة قد تكون توكيلاً وقد تأخذ صورة التقويض ، والتوكيل بالطلاق لا يكون إلا لأجنبي أما التقويض في الطلاق فيجوز أن يكون للزوجة ولو بلفظ الوكالة كما يجوز أن يكون لغيرها بشرط أن يعلق الزوج تقويضه للغير على مشيئة الغير بقوله طلق امرأتي أن شئت .

ومن هنا يُعرف الحنفية تقويض الطلاق بأنه تملّك الزوج لزوجته حق تطليق نفسها أو تملّك غيرها هذا الحق بلفظ يفيد التملّك لأن يعلقه على مشيئة الغير .

• وصيغة التقويض إما أن تصدر مطلقة عن النقييد أو مقيدة بوقت معين ومن الأولى قوله طلقى نفسك متى شئت ومن الثانية قوله طلقى نفسك في مدة شهر من الأن .

• وتقويض الزوجة في إيقاع الطلاق يصح أن يتم قبل العقد أو مقارناً له شفاهه أو كتابة .

¹ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - الشيخ أحمد إبراهيم - ج 1 - طبعة 1925 - ص 163 .

- ويتعين لصحة التفويض المقارن للعقد أن يبدأ صدور الإيجاب من المرأة مشروطاً بتفويض الطلاق إليها ثم يعقبه قبول الزوج ، أما إذا بدأ الرجل الإيجاب مشروطاً بتفويض الطلاق إلى المرأة فإن العقد في هذه الحالة يصح إلا أن التفويض يبطل لأنه يكون بهذه الصورة قد فوض إليها الطلاق قبل أن يتم العقد فيكون قد ملكها طلاقاً لم يملكه بعد ، أما إذا كان التفويض قبل العقد وببدأ الإيجاب من الزوج بقوله أن تزوجتك فأمرك بيديك ثم تزوجها صحة التفويض وكان لها حق تطليق نفسها في حدود المدة أو العدد الذي أجازه الزوج.
- وتفويض الزوج للزوجة لا يسلب الزوج حقه في التطليق فله بعد أن يفوض الطلاق إلى غيره أن يطلق زوجته أيضاً.
- ولا يقع بالتفويض في ظل حكم المادة محل التعليق إلا طلاقة واحدة رجعية إعمالاً للنص على أن كل طلاق يقع رجعياً فلا تملك الزوجة إلا ما يملكه الزوج سواء نوى الزوج واحدة أو أكثر إلا إذا كان قبل الدخول أو في نظير عوض أو كان مكملأً للثلاث ، كما أنه لا يقع بالكتابية طلاق إلا مع النية إعمالاً لنص المادة الرابعة من هذا القانون .
- فإذا طلقت الزوجة نفسها طلاقة رجعية ثبت للزوج حق مراجعتها خلال العدة وفقاً للشروط والضوابط المنصوص عليها بالمادة 22 من القانون رقم 1 لسنة 2000 إلا أن الزوجة لا تملك هذا الحق².
- وقد تناولت الفقرة (هـ) من المادة 33 من لائحة المأذونين الصادرة في 1955/1/4 بعد تعديلها بقرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 تقرير حق الزوجين في الاتفاق على تفويض الزوجة في الطلاق واعتبرته من الشروط الجائز اقتران عقد الزواج بها .

ويتعين الإشارة إلى أن صياغة الفقرة المتعلقة بأمر التفويض إنما تقييد سبق الاتفاق عليه بما مفاده أنه قد تم الاتفاق عليه قبل العقد ولم يقع في مجلس العقد والإجبار مراقبة الصيغة في الحالة الأخيرة على النحو الذي يتعين معه صدور الإيجاب به من الزوجة والقبول من الزوج³.

¹ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - قدرى باشا - ط 1978 - ص 80 وما بعدها .

² مصطفى شلبي في أحكام الأسرة في الإسلام - ط 1977 - ص 521 وما بعدها .

³ قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين الصادرة بتاريخ 1955/1/4 - منشور بملحق الكتاب .

• ويثير الميراث بين الزوجين في حالة الطلاق بعض المشكلات العملية¹ من حيث جواز الإرث وأحقية الزوجين فيه ويتفرع البحث في هذا المجال إلى فرعين رئيسيين .

الأول : يتناول الحق في الميراث في حالات الطلاق الرجعي والبائن حال الصحة .
والثاني : يتناول الميراث في حالة الطلاق في مرض الموت .

والقول المعمول به طبقاً لأحكام قانون المواريث والقول الراجح في المذهب الحنفي على التفصيل التالي ..

• إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً ثم توفي أى من الزوجين خلال فترة العدة فإن كلاهما يرث الآخر طالما كانت العدة قائمة باعتبار أن الزوجية تظل قائمة حكماً حتى تنقضى فترة العدة .

• أما إذا كان الطلاق قد وقع بائناً فإنه لا توارث بين الزوجين بمجرد وقوع الطلاق حتى لو كانت العدة قائمة حيث يزيل هذا الطلاق الملك إذا كان بائناً بينونة صغرى كما يزيل الملك والحل إذا كان بائناً بينونةكبرى .

• إذا توفي المطلق فإن المطلقة ترثه إذا كانت لا تعلم بالطلاق إلا بعد وفاته وفقاً لما تنص عليه المادة (5 مكرر) من القانون من أن آثار الطلاق المالية من حيث الميراث لا تترتب إلا من وقت علم المطلقة² وبالتالي فهي تعتبر زوجة له وقت وفاته فترت منه سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً وسواء مات مطلقها أثناء عدتها أم بعد انقضاء العدة .

• وإذا ماتت المطلقة قبل علمها بالطلاق وكان موتها في عدة طلاق رجعى ورثها مطلقها باعتبار أنها لازالت زوجته أثناء العدة في الطلاق الرجعى ، أما إذا كان موتها بعد انقضاء العدة في طلاق بائناً فلا يرثها مطلقها على أساس أن ترتيب آثار الطلاق من وقت علم المطلقة به حكم قصد به رعاية مصلحة المطلقة التي أخفى عنها الطلاق دون المطلق .

• أما إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت فهناك تفصيل .

¹ راجع المادة 11 وما بعدها من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1947 .
² عبد الناصر العطار في الأسرة وقانون الأحوال الشخصية - ط 1985 - ص 120 .

- فإذا كان الطلاق رجعياً ثم توفي الزوج وكانت العدة لازالت قائمة استحقت المطلقة الميراث أما إذا كانت عدتها قد انقضت بعد الوفاة فلا ميراث لها سواء كان الطلاق برضاء الزوجة أو بغير رضاها .

أما إذا طلقها قبل الدخول ثم توفي فلا ميراث لها لأنه لا عدة لها .

- وإذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً برضاهما (الطلاق على مال وطلاق القاضي أو باتفاقهما) فلا ميراث لها حتى لو كانت العدة قائمة وقت الوفاة لتحقق الرضا بالطلاق من جانبها .

- أما إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقاً بائناً بارادته المنفردة ثم توفي فإنها ترثه طالما كانت العدة قائمة وقت الطلاق وهو ما يسمى شرعاً (طلاق الفار) معاملة للمطلق بنقيض مقصودة ، أما إذا كانت العدة قد انقضت وقت الوفاة فلا ميراث لها¹ وذلك شريطة أن تكون المطلقة من ذوات العدة (بالحيض أو بالأشهر) فإذا كانت آيسة أي دخلت في سن اليأس الشرعي وهو على المفتى به خمسة وخمسون عاماً فلا عدة لها وبالتالي لا ميراث لها أيضاً .

- ومرض الموت هو المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن معروفاً من الناس أنه من العلل المهلكة فضابط شنته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحة الحقيقة خارج البيت ، أما المرض الذي يستمر طويلاً ويلازم صاحبه حتى الموت لا يعتبر مرض موت إلا إذا كان يتزايد ويشتد دائماً على نحو يشعر معه المريض بدنو أجله وينتهي بوفاته .

- والمرض إذا استطال على سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتد في آخريات أيام المريض وازداد وانتهى بالوفاة² .

¹ انظر الحكم الصادر في الاستئناف رقم 279 لسنة 102 ق - جلسة 6/2/1986 - استئناف القاهرة .

² الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين - المستشار محمد الدجوى - ص 193 ونقض أحوال شخصية - جلسة 21/4/1955 - ص 255 - س 6 .

أحكام النقض

- كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل لثلاث أو قبل الدخول أو على مال أو كان بائناً بحكم من القاضى . م 5 ق 25 لسنة 1929 . طلاق الرجل لزوجته يقع رجعياً إلا ما استثنى بنص خاص .

(الطعن رقم 132 لسنة 68 ق – جلسة 2002/1/12)

(الطعن رقم 751 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

- الطلاق البائن والطلاق الرجعى ، اختلاف كل منهما من حيث الأثر المترتب على الطلاق . مثل .

(نقض الطعن رقم 24 لسنة 51 ق – جلسة 1983/3/22 – س 34)

- المقرر فى فقه الحنفية أن الطلاق الرجعى لا يغير شيئاً من أحكام الزوجية ، فهو لا يزيل الملك ولا يرفع الحل وليس له من الأثر إلا نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ، ولا تزول حقوق الزوج إلا بانقضاء العدة ، والمطلق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يملك مراجعة زوجته بالقول أو بالفعل ما دامت فى العدة ، ولا يشترط لصحة الرجعة رضا الزوجة ولا علمها .

(نقض جلسة 1978/3/1 - ص 658 – الطعن رقم 30 لسنة 46 ق)

(الطعن رقم 31 لسنة 55 ق – جلسة 1991/12/12 – س 420)

- إذ يبين من الرجوع إلى الأوراق أن الطلاق الذى تم بين والدة الطاعن وموث المطعون عليهم بتاريخ 5/7/1944 كان طلاقاً نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة فيكون الطلاق بائناً طبقاً للمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، التى تنص على أن كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل لثلاث ، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال .

(نقض جلسة 29 / 1 / 1975 – ص 297 – الطعن رقم 1 لسنة 41 ق)

- مجرد عودة الزوجة إلى منزل الزوجية فى فترة العدة دون اعتراض من زوجها لا يعتبر رجعة – لأن حكم الطلاق الرجعى لا يؤثر على قيام الزوجية ما دامت الزوجة فى العدة فيحق لها البقاء فى البيت الذى تساقن فيه زوجها قبل الطلاق .

(نقض جلسة 1975/11/5 – ص 1376 – الطعن رقم 17 لسنة 43 ق)

(نقض جلسة 1962 / 5 / 23 – ص 662 – الطعن رقم 39 لسنة 29 ق)

• متى كان الثابت في الدعوى أن الطلاق الحاصل سنة 1944 نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة ، فيكون الطلاق بائناً طبقاً للمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، التي تنص على أن "كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال .." وإذا كان ذلك وكانت دعوى المطعون عليها تقوم على ما تدعى به من حصول زواج جديد بينها وبين الطاعن بعد الطلاق المذكور بعقد ومهر جديدين ولم تقدم وثيقة زواج رسمية أو عرفية تدل على ذلك ، وكانت إقراراتها بمحضر تحقيق النيابة وأمام محكمة أول درجة وإعلانات الدعاوى التي رفعتها على الطاعن تفيد عدم حصول هذا الزواج الجديد ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبت نسب الصغير (المولود سنة 1950) إلى الطاعن يكون فضلاً عن قصوره قد خالف القانون إذ تكون المطعون عليها قد أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق .

(نقض الطعن رقم 136 لسنة 62 ق – جلسة 2000/5/29)

(نقض جلسة 30 / 3 / 1963 – ص 331 – الطعن رقم 3 لسنة 32 ق)

(نقض الطعن رقم 796 لسنة 68 ق – جلسة 1999/6/28)

• الطلاق على مال هو يمين من جانب الزوج ومعاوضه من جانب الزوجة لا يتم إلا بإيجاب وقبول من الجانبيين ، وإذا كانت عبارة الإقرار الصادر من الزوجة إنما تتضمن إبرائتها لزوجها من مؤخر صداقها ونفقتها وجميع الحقوق الزوجية المترتبة لها بموجب عقد الزواج مقابل حصولها على الطلاق ، فإن هذه العبارة بمجردها لا تundo أن تكون مجرد إيجاب من الزوجة بعرض العوض على الزوج مقابل حصولها على الطلاق لم يصادفه قبول منه بإيقاع الطلاق فعلاً ، ومن ثم فلا يتحقق فيها وصف الطلاق على مال وشروطه وبالتالي لا يتربى عليها أثره المقرر شرعاً .

(نقض جلسة 1963/11/13 – ص 1045 – الطعن رقم 9 لسنة 31 ق)

• متى كان الحكم قد استند إلى شهادة الشهود باستمرار الحياة الزوجية بعد الطلاق الرجعي – حتى وفاة الزوج فإنه يكون قد اتخذ من الشهادة دليلاً على حصول

مراجعة الزوج لزوجته وليس في ذلك ما يعتبر مخالفة للقانون طالما أن الرجعة تكون إما بالقول أو بالفعل ، ومن ثم يكون الحكم قد استند في إثبات الزوجية إلى دليل مقبول

(نقض جلسة 1960/6/23 – ص 471- الطعن رقم 34 لسنة 28 ق)

• أن ركن الطلاق على مال (الذى هو عقد على الطلاق بعوض) هو الإيجاب والقبول بلفظ الطلاق معلقاً على المال المسمى بين الزوجين ولذلك كان مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله في مجلس واحد بدون حصول الإيجاب والقبول على الصورة الشرعية المتقدمة الذكر لا يعتبر طلاقاً مستوجباً لزوم المال على الزوجة فالحكم الذي يعتبر أن الإيجاب والقبول الشرعيين لوقوع الفرقة بين الزوجين واستحقاق الزوج للعوض قد حصلا على أساس ما تم بينهما على ما ينبغي أن تبذل الزوجة من المال لزوجها ليطلقها عليه وتنفيذه هذا الاتفاق بإيفائها بعض المال المتفق عليه وتسليمه بباقيه سندات أذنيه ... الخ ، لا على أساس ما دون في وثيقة الطلاق من أن الخلع قد وقع على الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة هو حكم مخالف للقواعد الشرعية الواجب الأخذ بها في هذا الموطن ويتعين نقضه .

(نقض جلسة 1937/10/28 – الطعن رقم 81 لسنة 6 ق – ص 119)

• المباراة والخلع أو الطلاق على مال ليس من المعاوضات المالية التي تطبق في شأنها أحكام القانون المدني بل هي من التصرفات التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها وحدها لتقرير ما يجب أن يقدم به رضاء الزوجين وكيف يفصح عنه كل منهما فيما يصدر عنه من إيجاب وقبول ، وكيف يكون الإيجاب والقبول معتبرين شرعاً حتى تقع الفرقة ويستحق المال

(نقض جلسة 1937/10/28 – الطعن رقم 81 لسنة 6 ق – ص 119)

• تعديل وصف الطلاق من طلاق قبل الدخول إلى طلاق بعد الدخول، يتعين أن يقوم عليه دليل – إذا كان البينة فيجب أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين .
(نقض جلسة 23 / 12 / 1986 – الطعن رقم 8 لسنة 55 ق – س 37)

- جواز إثبات حصول الطلاق طبقاً للشريعة الإسلامية بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة .

(الطعن رقم 751 لسنة 68 ق – جلسة 9/3/2002)

(الطعن رقم 93 لسنة 55 ق – جلسة 19/1/1988 – س 39 – ص 114)

- وإن كان المقرر في فقه الإمام أبي حنيفة أن المراجعة هي استدامة مالك النكاح وليس إنشاء لعقد جديد بل هي امتداد لزوجية قائمة إلا أنه لما كان الطلاق الرجعي يرفع قيد الزواج في المال ويترتب عليه نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تجدها الأثر ، وتحديد لرابطة الزوجية بانتهاء العدة ومن ثم رفع قيد النكاح وانفصام عرى الزوجية بالطلاق – هي من الأمور المطروحة في الدعوى ويثور النزاع بشأنها بين طرفى التداعى وإذا كان ذلك وكان المشرع بما نص عليه في المادة الثامنة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمدنية قد ناط بالمحاكم الابتدائية نظر دعوى الطلاق والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها مما ينعقد معه الاختصاص بنظر الدعوى للمحكمة الابتدائية المختصة لما يثار فيها من إيقاع الفرقة بين الزوجين .

(الطعن رقم 65 لسنة 60 ق – جلسة 28/2/1993 – س 44)

- الطلاق الرجعي . أثره . انقصاص عدد الطلقات التي يملكها الزوج . عدم زوال حقوق الزوج على الزوجة إلا بانقضاض العدة . الرجعة . ماهيتها . امتداد لزوجية القائمة . عدم اشتراط الأشهاد عليها ولا رضاء الزوجة أو علمها . إعلان الزوج زوجته للدخول في طاعته وتطليقه لها ثم مراجعتها قبل انتهاء العدة . عدم امتنالها للإنذار . أثره . اعتبارها ناشزاً دون حاجة لتوبيخه إنذار آخر . علة ذلك .

(الطعن رقم 751 لسنة 68 ق – جلسة 9/3/2002)

(الطعن رقم 326 لسنة 63 ق – جلسة 30/3/1998)

- كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل لثلاث أو قبل الدخول أو على مال وما نص عليه كونه بائناً . مفاده . التطليق للضرر . وقوعه بائناً بقوة القانون . م 5 ، 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

(الطعن رقم 542 لسنة 68 ق – جلسة 9/3/2002)

• أشهاد الطلاق من المحررات الرسمية له الحجية فيما تضمنه من وصف الطلاق . عدم استجابة محكمة الاستئناف لطلب الإحالة للتحقيق التزاماً بحجية الأشهاد وعدم سلوك الطاعنين سبيل الطعن بالتزوير عليه . لا عيب .
(الطعن رقم 136 لسنة 62 ق – جلسة 29 / 5 / 2000)

• المحررات الرسمية . حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبيّن تزويدها بالطرق المقررة قانوناً . م 11 إثبات .
(الطعن رقم 275 لسنة 64 ق – جلسة 24 / 5 / 1999)

• أشهاد الطلاق من المحررات الرسمية . إثبات الموثق به أن طلاق المطعون ضده للطاعنة بائناً لوقوعه على مال – الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة . قضاء الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه بتعديل وصف الطلاق من بائناً إلى رجعى رغم عدم لجوء المطعون ضده إلى الطعن بالتزوير . مخالفة للقانون .
(الطعن رقم 796 لسنة 68 ق – جلسة 28 / 6 / 1999)

• اشتراط الزوجة في التفويض الصادر لها أن تطلق نفسها "متى شاءت وكيف شاءت " . مؤداه . لها تطليق نفسها مرة واحدة طلقة رجعية دون تكرار الطلاق . علة ذلك . اشتراط تطليق نفسها " كلما شاءت " . مؤداه . أن لها التطليق مرة بعد أخرى حتى تستكمل الثلاث دون أن تجمع الطلاقات الثلاث في مرة واحدة . علة ذلك .
(الطعن رقم 132 لسنة 68 ق – جلسة 12/1/2002)

• طلاق الرجل لزوجته الأصل وقوته رجعياً إلا ما استثنى بنص خاص في القانون . مؤدى ذلك . ليس للزوج تفويض زوجته في إيقاع الطلاق على نفسها إلا في هذا النطاق .
(الطعن رقم 132 لسنة 68 ق – جلسة 12/1/2002)

أحكام محكمة النقض في طلاق المريض مرض الموت

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير الدعوى طالما أقامت حكمها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق وتوئي

إلى ما خلص إليه وكان الحكم المطعون فيه وقد أقام قضاةه بثبوت مراجعة المرحوم لزوجته المطعون ضدها الأولى على ما استخلصه سائغاً من بينتها الشرعية من استمرار معاشرة الزوج لها وبقائها في عصمته حتى وفاته . وهو من الحكم استخلاص موضوعي سائغاً مما له معينه في الأوراق ويؤدي إلى ما انتهى إليه فإن النعي عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تقدير أدلة الدعوى مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض ويكون النعي على غير أساس .

(الطعن رقم 65 لسنة 60 ق - جلسة 1993/12/28 - س 44)

• المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس إنه من العلل المهلكة ، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحة الحقيقة خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهالك واتصال الموت به .

(نقض جلسة 1/7/1976 - ص 27 - الطعن رقم 15 لسنة 40 ق)

• متى كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاةه بثبوت مرض الموت لدى المورث على ما حصله من البينة الشرعية التي لا مطعن عليها بأنه كان مريضاً بالربو والتهاب الكلى المزمنين ، وأن هذين المرضين وإن كانوا قد لازماه زمناً فقد اشتدت به علتهما قبل الوفاة بثلاثة أشهر حتى أجزته عن القيام بمصالحة خارج بيته وداخله فلزم دار زوجته - الطاعنة الأولى - حتى نقل إلى المستشفى حيث وافاه الأجل ، وساق تأكيد لذلك أن ما جاء بشهادة الوفاة من أن هذين المرضين أديا إلى هبوط القلب فالوفاة ، مطابق لأوراق علاج المتوفى بالمستشفى، فإنه لا يمكن النعي على الحكم بأنه قضى في المسائل الفنية بعلمه طالما أوضح عن المصدر الذي استقى منه ما بنى عليه قضاةه . وإذا كان الحكم قد عرف مرض الموت وشروطه على وجهه الصحيح ، وكان حصول مرض الموت متوافرة فيه شروطه واقعاً تستخلصه محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض ، وكان استدلال الحكم سائغاً على ما سبق تفصيله ، فإن النعي يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1/7/1976 - ص 27 - الطعن رقم 15 لسنة 40 ق)

• المريض مرض الموت إذا طلق زوجته ثم مات ومطلقته في العدة يعتبر متى توافرت الشروط - بطلاقه فاراً من الميراث ، وتقوم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت قاصداً حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به بمعنى أن الطلاق البائن ينبع بذاته من غير دليل آخر على هذا القصد فرد المشرع عليه قصده بذلك دون ما حاجة للبحث عن خبايا نفس المرض واستثناء ما بمرضه .

(نقض جلسة 7 / 1 / 1976 - ص 146 - الطعن رقم 15 لسنة 40 ق)

• مؤدى نص المادة 2/71 من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1947 أن المشرع الوضعي قرر أخذًا بالمذهب الحنفي ، أن من كان مريضاً مرض موت وطلق امرأته بائناً بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجة لا تزال في العدة ، فإن الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره لأنه أهل لإيقاعه إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانتها إلى وقت موته رغم أن المطلقة بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه اعتبر احتياطيًا فاراً وهارباً فيرد عليه قصده لها ويثبت لها الإرث .

(نقض جلسة 7/1/1976 - ص 146 - الطعن رقم 15 لسنة 40 ق)

• اختلف فقهاء الحنفية في "الإياس" عند الجمهور خمسة وخمسون سنة وعليه الفتوى قيل الفتوى على خمسين - وفي ظاهر الرواية والمماثلة في تركيب البدن والسن والهزال . ونبهوا هل يأخذ بقولها أنها بلغت سن اليأس كما يقبل قولها بالبلوغ بعد الصغر أم لابد من بينة وينبغى الأول على رواية التقدير، أما رواية عدمه فالمعتبر اجتهاد الرأى ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه بأنه أغفل شروط العدة إذ هي مما تنفرد به الزوجة ولا يعرفه أحد سواها . وما لا يقع تحت حس الزوج (الطاعن) أو شهوده وهو لا يستطيع أن يطلب يمين الزوجة - المتوفاة أو يمين المطعون عليها (الوارثة لها) لأن انقطاع الدم لم يكن قائماً بها .

(نقض جلسة 1962/5/23 - ص 662 - الطعن رقم 39 لسنة 29 ق)

(نقض جلسة 1966/3/30 - ص 772 - الطعن رقم 16 لسنة 34 ق)

• لما كان الحكم المطعون فيه قضى بانصراف معنى الحقوق الشرعية الواردة بمنطق الحكم المطلوب تفسيره إلى تلك المترتبة على الطلاق دون تلك المترتبة على

الزواج فإنه يكون قد مس ذاتية الحكم المفسر وكأنه نال من حبيته ويكون قد خالف القانون .

(نقض الطعن رقم 273 لسنة 71 ق – جلسة 8/3/2003)

مادة 5 مكرر (مضافة)

على المطلق أن يوثق أشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثة أيام من إيقاع الطلاق .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه . فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر ، وعلى الموثق تسليم نسخة أشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها ، وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة ، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به¹ .

القانون رقم 44 لسنة 1979

مادة 5 مكرر – يجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق أشهاد طلاقه لدى الموثق المختص . وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم تحضره كان على المطلق إعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو محل إقامتها الذي يرشد عنه المطلق وعلى الموثق تسليم نسخة من إشهار الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وذلك كله وفق الأوضاع والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

القانون رقم 25 لسنة 1929 لا نظير لها

المذكورة الإيضاحية

التعزيز عقوبة مفروضة إلى رأى الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفي ويختلف باختلاف الجريمة وأجاز الفقهاء التعزيز بالحبس ويجوز أن يكون العقوبة الوحيدة وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالغريم وهذه العقوبة الأخيرة أجازها الإمام أبو يوسف وأجازها بعض فقهاء الشافعية وأجازت في موضع مذهب الإمام أحمد .

¹ يذهب قضاء محكمة النقض إلى أن "مخالفة الحكم نصاً في القرآن أو السنة أو الإجماع يوجب الحكم ببطلانه وإهار ماله من حجية (نقض جلسة 1982/3/23 - الطعن رقم 46 لسنة 51 ق)

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة . وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وإعلان المطلقة بوقوعه ووصول سنته إليها من المصالح العامة فإن تجريم المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به في المادة الخامسة مكرر من هذا المشروع يكون أمر ذا سند صحيح شرعاً وكذلك الحال بالنسبة للواجبات المبينة في المادة السادسة مكرر .

كما يعاقب المؤوثق أيضاً إذا أخل بالتزاماته التي فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالمادة 2/23 مكرر إذ لا يكفي في الأمور التنظيمية تقريرها بل لابد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتي ثماره .

التعليق

- أوجبت المادة على المطلق أن يقوم بتوثيق أشهاد طلاقه لزوجته لدى المؤوثق المختص بذلك خلال ثلاثة أيام من إيقاع الطلاق.¹

- ويلزم المطلق بالتوثيق إذا كان الطلاق قد صدر منه شخصياً وكذا إذا أوكل المطلق شخصاً غيره في إيقاع الطلاق فأوقع الوكيل الطلاق التزم الزوج بتوثيقه

¹ استحدث قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 بتعديل لائحة المأذونين الصادرة في 1/4/1955 تنظيماً للطلاق الذي يقع أمام المأذون وذلك في المادة 40 مكرر من اللائحة المذكورة بمقتضاه أوجب المشرع على المأذون إذا حضر الزوج أو الزوجة المفوضة في الطلاق أو الزوجين معاً وقراراً أن الطلاق قد وقع أو لم يقع ولكن يصر عليه وجوب على المأذون توثيق الطلاق في الحال بعد الإشهاد عليه ، أما إذا حضر الزوجان أو أحدهما وقرر أن الطلاق لم يقع بعد وإنما أبدى رغبته في إيقاعه وجوب على المأذون التبصير بمخاطر الطلاق وبكلف الحاضر من الزوجين أو كلاهما في حالة حضورهما سوية لأن يختار كلاً منها محكم من أهله للتوفيق بينهما خلال أجل يتفقان عليه على أن يثبت ذلك على النموذج الخاص المعده لهذا الغرض والذي يدون فيه اسم الحممين المختارين والميعاد الذي اتفقا عليه الزوجان لإجراء التوفيق مع تكليف الزوجان بأخذار المحكمين بمعرفتهما فإذا كان أحد الزوجين هو المتقدم للمأذون بطلب توثيق الطلاق أوجب النص على المأذون إخطار الزوج الغائب لشخصه وعلى يد محضر بورقة من أوراق المحضررين يتم إعلانها إليه وفق قواعد وأحكام الإعلانات المنصوص عليها بالمواد 10 وما بعدها من قانون المراسفات بعمز الزوج الحاضر على الطلاق على أن يتضمن الإعلان اسم المحكم الذي اختاره الزوج الحاضر كما يتضمن الإعلان دعوة الطرف المعلن إليه إلى اختيار محكم من أهله ، كما أوجب النص على المأذون أن يوجه الإعلان على العنوان الثابت بوثيقه الزواج فإذا خلت الوثيقة من عنوان لجأ المأذون إلى الاستعانة برجال الإدارية للتحري عن العنوان كما أجاز للزوجين أو طالب إيقاع الطلاق من الزوجين تحديد ميعاد إجراء التوفيق لأجل أو آجال أخرى . =
وحظرت المادة على المؤوثق توثيق الطلاق في هذه الحاله إلا إذا عجز الحكمان عن التوفيق أو طلب الزوج أو الزوجين توثيق الطلاق في الحال أو أخبر المؤوثق أنه أوقع الطلاق بالفعل والذي يجب أن يثبت بيان به بإشهاد الطلاق .
ويتعين الإشارة إلى أن تخلف المأذون عن مراعاة الإجراءات أو الخطوات المتقدمة لا يترتب عليه بطلان الطلاق الذي قام بتوثيقه وإنما هي محض مخالفات لواجباته يوقع عليه بسببها الجزاء الإداري المنصوص عليه قانوناً .

باعتبار أن آثار طلاق الوكيل تتصرف إلى الموكيل فيلزم المطلق بتوثيق طلاقه الذي أوقعه وكيله في حدود وكتالته¹.

• وتلزم الزوجة التي احتفظت بالعصمة في يدها بتوثيق الطلاق إذا أوقعته هي بمقتضى التفويض الممنوح لها ، وذلك باعتبار أن لفظ المطلق الوارد بالنص قد ورد بمعنى مطلق فينصرف إلى الزوج والزوجة وكل من أوقع الطلاق.²

• ولا يلزم المطلق بتوثيق الطلاق الذي يوقعه القاضي رغم كون القاضي يحل في ذلك محل الزوج ويوقع الطلاق نيابة عنه وذلك لأن النص يتحدث عن إيقاع الطلاق وليس عن وقوعه .

• ويلزم المطلق بتوثيق سواء كان الطلاق الواقع منه رجعياً أم بائناً إلا أن الزوج لا يلزم بتوثيق ما يقع من أسباب الفرقة غير الطلاق ولو صدر منه كاللعان والفسخ .

• ورغم النص على وجوب توثيق الطلاق لدى الموثق المختص إلا أنه لو قام الزوج بتوثيق الطلاق لدى موثق غير مختص فإننا نرى رفع العقاب عنه إذا ما تحققت الغاية من الإجراء بأن تم إعلان الزوجة به واتصال علمها بوقوعه وكذا إذا ما منعه عن ذلك قوة قاهرة أو عذر طارئ.

• والالتزام بتوثيق يجري على المصري المسلم الذي يوقع الطلاق داخل إقليم مصر وكذا على الأجنبي المسلم المتزوج من مصرية وطلاقها وهو داخل إقليم مصر إعمالاً لمبادئ سريان القانون المصري من حيث الأشخاص والمكان، وعلى ذلك إذا أوقع الزوج الطلاق وهو خارج إقليم مصر سواء كانت زوجته في الخارج أم كانت داخل إقليم مصر ومضت ثلاثة أيام من إيقاع الطلاق مسافةً إليها ميعاد المسافة المنصوص عليه في المادتين 16 و 17 مرافات ، والمطلق بالخارج لا عقاب عليه إذا لم يوثق أشهاد الطلاق خلال الأجل المنصوص عليه³ .

• وقد حدد النص وسليتين لعلم الزوجة بالطلاق الذي يوقعه الزوج عليها.

¹ راجع عكس ذلك عبد الناصر العطار في الموضع السابق – ص 103 حيث يرى أن الأمر لا ينصرف إلا إلى الزوج المطلق وحده باعتبار أن النص جنائي يفسر تفسيراً ضيقاً.

² راجع المادة 2/21 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية

³ أنشئت المادة 96 وما بعدها من قانون السلك الدبلوماسي والقضائي رقم 45 لسنة 1982 بأعضاء السلك المذكورين أبرام عقود الزواج والتصادق وآيات الطلاق متى كان أحد الزوجين أو كلاهما مصرى الجنسية.

الأولى : هي أن يكون الطلاق قد وقع بحضورها وهنا يتحقق بحضورها علمها الفعلى به .

الثانية : هي قيام المؤوثق بإعلان الزوجة إيقاع الطلاق ويتحقق به حضورها الحكيم .

• واللتزام بالإعلان هنا يقع على عاتق المؤوثق وليس على عاتق الزوج كما كان منصوصاً عليه في القانون رقم 44 لسنة 1979، كما حدد المشرع وسيلة هذا الإعلان وهي أن يتم بإعلان على يد محضر فأسقط بذلك جواز إعلام المطلقة بأي طريق آخر كتاب بعلم الوصول مثلاً .

• وقد كان نص المادة 5 مكرر من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ينص على أن على المطلقة إعلانها (الزوجة) بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو في محل إقامتها ، الأمر الذي كان يتحقق معه تمام إعلان الزوجة باستلامها للإعلان شخصياً أو بإعلانها في محل إقامتها بالطرق والكيفية المنصوص عليها في المواد من 10 إلى 14 من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وقد عمد المشرع عند إصدار القانون رقم 100 لسنة 1985، إلى تعديل النص المذكور بأن حذف العبارة الخاصة بإعلان الزوجة بالطلاق في محل إقامتها إذا لم يتيسر إعلانها شخصياً به حيث صاغ المادة على النحو التالي ".... على المؤوثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها (الزوجة) على يد محضر " .

• وفي رأينا أن التعديل الذي أدخله المشرع على نص المادة إنما يعني وجوب قيام المحضر بإعلان المطلقة بإيقاع الطلاق لها شخصياً وفقاً لحكم المادة العاشرة من قانون المرافعات بحيث أنه إذا لم يتيسر للمحضر القائم بالإعلان ذلك سواء لغياب المطلقة أو رفضها الاستلام أو لغير ذلك من الأسباب امتنع عليه القيام بتسلیم الإعلان إلى أي من عددتهم الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون المرافعات مما لا يصح معه تسلیم الإعلان إلى من يقرر للمحضر أنه وكيل المطلقة أو يعمل في خدمتها أو أنه من الساكنين معها¹ فإذا لم يتيسر للمحضر الإعلان لشخص المطلقة تعين عليه اتباع الطريق الذي حدته المادة 12 من قانون المرافعات من وجب قيام المحضر بتسلیم الإعلان في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع

¹ راجع عکس ذلك نصر الجندي في التعليق على نصوص قانون الأحوال الشخصية - طبعة 1987 - ص 184 حيث يرى اتباع مواد قانون المرافعات في إعلان المطلقة بالطلاق .

موطن المطلقة في دائنته حسب الأحوال على أن يقوم المحضر خلال أربع وعشرين ساعة بتوجيهه كتاباً مسجلاً إلى المطلقة في موطنها يخبرها فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة¹ ، أما إذا كانت المطلقة من يقمن بالخارج أو من أفراد القوات المسلحة بعد ما انتشر اشتغال المرأة بها أو من السجينات أو من عدتهم المادة 13 من قانون المرافعات تعين على المؤوثق إتباع الطريق الذي حددته المادة المذكورة للإعلان باعتبار أن الإعلان بالطلاق في مثل هذه الحالات يكون قد تم لشخص المطلقة حكماً لتوافق النيابة القانونية فيمن حددهم القانون في المادة المذكورة لتسليم الإعلانات إليهم وهذا الذي نراه هو ما تؤيده مناقشات المادة بمجلس الشعب وما تتصح عنه سنة المشرع حيث نراه عمداً إلى استخدام العبارة التي كان قد أوردها في المادة الخامسة مكرر من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ، عند صياغة المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 100 لسنة 1985 ، والخاصة باعتراض الطاعة حين قصد إمكانية إنذار الزوجة بالطاعة لشخصها أو من ينوب عنها وهو ما يؤكّد اتجاه المشرع إلى إبراز قصده في وجوب إعلان المطلقة لشخصها دون سواها .

• وقد نصت المادة الثانية من القرار رقم 3269 لسنة 1985 ، الصادر عن وزير العدل بشأن أوضاع وإجراءات إعلان وتسليم أشهاد الطلاق إلى المطلقة متضمنة في المادة الثانية وجوب قيام المؤوثق بهذا الإعلان خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق أشهاد الطلاق .

• كما أوجب النص على المؤوثق القيام بتسليم نسخة أشهاد الطلاق الخاصة بالمطلقة إليها أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل المشار إليه².

• وقد أوجب هذا القرار في مادته الخامسة على المؤوثق أن يستبقى أشهاد الطلاق لديه مدة ثلاثة أيام من تاريخ توثيق الطلاق لإتاحة الفرصة للمطلقة أو نائب عنها للتوجه إليه لاستلامه فإن لم يحدث تعين عليه تسلیم نسخة الزوجة من الأشهاد إلى المحكمة التابع لها محل إقامتها حيث تقوم المحكمة بإرسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل إذا كانت تقيم بمصر أو عن طريق وزارة الخارجية للمقيمة بالخارج ، ويتعين الإشارة إلى أنه خلافاً لحالة إعلان إيقاع الطلاق الذي اشترط النص أن يسلم إلى

¹ راجع الوسيط في قانون القضاء المدني - فتحى والى - طبعة 1980 - ص 428 و 429 و راجع التعليق على المادة 11 مكرر .

² القرار المذكور وارد بملحق الكتاب .

الزوجة دون غيرها فإنه يمكن للموثق تسلیم نسخة أشهاد الطلاق الخاصة بالمطلقة إليها شخصياً أو إلى من ينوب عنها إعمالاً لصريح النص وهو ما أوضحته مناقشات المادة بمجلس الشعب .

• وقد رتب النص آثار الطلاق وحدد بدء سريانها في حق الزوجة من تاريخ إيقاعه (سواء من حيث مبدأ سريان مدة العدة أو مبدأ استحقاق نفقة العدة أو الحق في الميراث الخ) إلا إذا تعمد الزوج إخفاءه عنها وهو ما تتکلف الزوجة بإثباته أن كان بكافة طرق الإثبات المقررة شرعاً، فإذا ما ثبتت تعمد الزوج إخفاء الطلاق عن الزوجة فلا تترتب آثار الطلاق المادية كالصداق والنفقة وما يتعلق بالميراث في حق الزوجة إلا من تاريخ علمها به ، وذلك باستثناء العدة حيث تحتسب من تاريخ إيقاع الطلاق سواء علمت الزوجة أو لم تعلم.²

• ونعمت الزوج إخفاء الطلاق لا يكون إلا حيث يوقع الزوج الطلاق شفويًا على الزوجة دون إخبارها به أو تواطؤه مع المأذون على عدم قيام الأخير بالالتزام الملقي على عاته بمقتضى الفقرة الثانية من المادة بإعلان الزوجة بالطلاق أو نحو ذلك ، كما لا تثور المشكلة في العمل غالباً إلا حيث تطالب الزوجة بنفقة زوجية فيدفع الزوج الدعوى بعدم السماع للمطالبة بأكثر من سنة فيرد على ذلك بإخفاء الطلاق ، وعلى ذلك فإن اتفاق الزوجين على تاريخ محدد لعلم الزوجة بالطلاق لا يكفي بذاته لترتيب الآثار المالية للطلاق اعتباراً من ذلك التاريخ وإنما يتبعين ثبوت إخفاء الزوج للطلاق والدفع بذلك في الدعوى باعتبار أن ترتيب آثار الطلاق المالية من تاريخ العلم يمثل استثناء على الأصل .

• ويجرد التتويه إلى أن الأحكام الواردة بالنص لا تحول دون إثبات إيقاع الطلاق بكافة طرق الإثبات المقررة سواء من جانب الزوج أو الزوجة³، فللزوجة أن تثبت عدم علمها بوقوع الطلاق بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود .

• ويثير التساؤل عن حكم الطلاق الذي يرجعه الزوج إلى سنة سابقة مثلاً هل ينتج أثره في حق الزوجة المطلقة من تاريخ هذا الإسناد أم أن الآثار المالية لهذا الطلاق لا تبدأ في السريان في حق الزوجة إلا من تاريخ علمها الفعلى به ، وما هو أثر

¹ راجع المادة 21 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية

² راجع مناقشات أعضاء مجلس الشعب حول النص - مضبطه الجلسه 97 - ص 51.

³ تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب - ص 8 .

هذا الطلاق بالنسبة للنسب وكذا الميراث إذا مات الزوج قبل علم الزوجة بالطلاق وأثبت ورثته أن هذا الطلاق كان قبل وفاته بمدة تنتهي فيها عدة الزوجة .

والإجابة على ذلك تستقى من صراحة نص الفقرة الأخيرة من المادة وهي ترتيب الطلاق لآثاره المالية من تاريخ إيقاعه الذي أسنده الزوج أو ورثته إليه إلا حالة أن تقيم الزوجة الدليل على تعمد الزوج إخفاءه عليها وارتداده إلى تاريخ مخالف للتاريخ الذي ادعاه الزوج أو ورثته فلا تترتب الآثار المالية للطلاق في هذه الحالة إلا من التاريخ الذي ثبتت الزوجة أنه مبدأ لعلمها به سواء كان ذلك التاريخ هو تاريخ إقامة الدعوى أو غيره .

• والأصل أن مسألة تعمد الزوج إخفاء الطلاق من عدمه مسألة موضوعية يلقى على عاتق الزوجة عبء إثباتها وتختضع لتقدير قاضي الموضوع ولا مجال لإثارتها إلا حيث لا تتسلم المطلقة إعلانها بالطلاق المرسل إليها من المأذون ، أما إذا لم تعلم الزوجة بأمر الطلاق دون عمد من الزوج لثبوت إدلاءه ببيان محل إقامتها الصحيح للمأذون عند توثيق الطلاق فإن آثار الطلاق تسرى بالطبع من تاريخ إيقاعه لا من تاريخ علم الزوجة به .

• وعلى ذلك فإذا لم يقم المطلق بتوثيق طلاقه على النحو المنصوص عليه بالمادة فإن ذلك لا يسقط حق الطرفين أو ورثتهم في إثبات الطلاق بكلفة طرق الإثبات القانونية .

• وقد استحدث القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بنص المادة 21 منه تنظيم أمر إثبات الطلاق في حالة إنكار وقوعه من أي من الزوجين فنصت على أنه (لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالأشهد والتوثيق وعند طلب الأشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصر الزوجين بمخاطر الطلاق ، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلهما للتوفيق بينهما ، فإن أصر الزوجان معاً على إيقاع الطلاق فوراً أو قررا معاً أن الطلاق قد وقع ، أو أقر الزوج أنه أوقع الطلاق وجب توثيق الطلاق بعد الأشهاد عليه ، وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج ، ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك ، ولا يعتد في إثبات

الطلاق في حق أي من الزوجين إلا إذا كان حاضرا إجراءات التوثيق بنفسه أو من ينوب عنه ، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية¹.

• ومؤدي ما تقدم أنه لا يتسع لأى من الزوجين أو غيرهما (كورثهما) في حالة إنكار الزوج الآخر للطلاق إثباته إلا بتوافر شرطين .

أولهما : توافر البينة الشرعية عليه بالنصاب المقرر في المذهب الحنفي وهو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

وثانيهما : أن يكون الطلاق المدعى به ثابت في وثيقة رسمية .

ويستوى في هذا الخصوص أن يكون الطلاق من الزوج أو الزوجة فلا يقتصر موجب إعمال النص على حالة إنكار الطلاق من جانب الزوج وحده وادعاء وقوعه من جانب الزوجة ، وعلى ذلك فإذا أدعى الزوج أنه قد طلق زوجته وأنكرت الزوجة إيقاعه لهذا الطلاق فلا يعتد بإقرار الزوج من الوجهة القانونية بتطليقه لزوجته إلا إذا أقام البينة الشرعية على إيقاعه لذلك الطلاق وقدم الوثيقة الرسمية الدالة على تطليقه لها والتي أوجبت المادة 5 مكرر من القانون عليه إفراج طلاقه لها فيها ، إلا إننا نرى أن مجرد إقرار الزوج بتطليقه لزوجته تقع به – شرعاً – طلاقه منه عليها باعتبار أنه صاحب الحق في إيقاع الطلاق والذي يملك بحسب الأصل حل عقدة النكاح شرعاً ، إلا في حالة ثبوت تقويض الزوجة بالطلاق² . وهو مادعا المحكمة الدستورية العليا في حكم حديث لها إلى القضاء بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة 21 من القانون رقم 1 لسنة 2000³ بما مؤداه جواز إثبات الزوجة للطلاق بكافة طرق الإثبات وان للزوج إثبات الطلاق بقوله ويمينه طبقاً للقواعد العامة .

• ولا يعني توافر أي من الشرطين المتقدمين عن وجوب توافر الآخر ، وعلى ذلك فيشترط لثبوت الطلاق المذكور توافر الشرطين المتقدمين مجتمعين .

• وعلى ذلك يتوجب عند توثيق الطلاق لدى المؤوث المختص الأشهاد عليه من رجلين أو رجل وامرأتين فإذا لم يتم الأشهاد عليه وجب على المؤوث المختص الامتناع عن إصدار وثيقة إثباته "أشهاد الطلاق".

¹ راجع نقض أحوال الطعن رقم 455 لسنة 70 ق - جلسة 8 / 3 / 2003 .

² راجع نقض أحوال الطعن رقم 455 لسنة 70 ق - جلسة 8 / 3 / 2003 .

³ الطعن رقم 113 لسنة 26 ق دستورية - بجسدة 2006/1/15 .

• إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ 15/1/2006 في الطعن رقم 113 لسنة 26 ق دستورية بعدم دستورية المادة 21 من القانون رقم 1 لسنة 2000 فيما يتعلق بالنص على اشتراط وجود أشهاد طلاق موثق كدليل على إيقاعه عند الإنكار ، على نحو أصبح معه لكل من الزوجين إقامة الدليل على وقوع الطلاق بكافة طرق الإثبات دون تقديم الأشهاد الموثق والبيئة الشرعية عليه .

• وقد عالج النص حالة قبول الزوجين بشخصيهما أو بوكيلين عنهم أمام الموثق للطلاق وفرق بين حالتين الأولى حالة عدم صدور الطلاق عن الزوج والثانية حالة الإقرار بالطلاق من الزوجين .

ففي الحال الأولى وهي عدم سبق صدور لفظ الطلاق من الزوج أو جب النص على الموثق تبصير الزوجين بمخاطر الطلاق من تشتت الأسرة وضياع للولد ثم يدعوهما إلى أن يختار كلاً منهما محكم من أهله لمحاولة التوفيق بينهما.

• ويتعين أن يتوافر في الحكمين الشروط الواجب توافرها في المحكمين والمنصوص عليها في المادة السابعة من القانون بأن يكون الحكمين عدلين إلا أنه يجب في الفرض المطروح أن يكون الحكمين من أهل الزوجين دون غيرهما مما لا يجوز معه أن يكون الحكمين أو أحدهما من غير أهل الزوجين كما لا يجوز أن يكون الحكمين أو أحدهما امرأة إعمالاً لقاعدة العامة في هذا الخصوص¹.

• كما يتتعين أن يثبت الموثق قيامه بهذين الأمرين في أشهاد الطلاق الذي يصدره فإذا أصر الزوجان معاً على إيقاع الطلاق وجب على الموثق توثيق الطلاق بعد الأشهاد عليه من رجلين أو امرأتين وكذلك إذا أصر الزوج على إيقاع الطلاق (أو الزوجة المفوضة فيه) أو أقر الزوج (أو الزوجة المفوضة في الطلاق) أن الطلاق قد وقع منه بالفعل .

• ويتعين أن يحضر كلاً من الزوجين مجلس إجراءات توثيق الطلاق على النحو المتقدم بنفسه أو من ينوب عنه بوكالة رسمية خاصة ذلك أن الطلاق يتتعين أن يصدر عن من يملك الحق في إيقاعه بشخصه فإن لم يكن وجب على من يفوض في إيقاعه أن يكون موكلًا من قبل صاحب الحق فيه وكالة خاصة ، فضلاً عن تجنب إنكار أي من الزوجين لصفة الحاضر عنه حال النظر في أمر سريان آثار الطلاق في حق أي من الزوجين وهو الغرض من النص على ما تنصح عنه الفقرة الأخيرة من

¹ راجع التعليق على المادة السابعة من القانون 25 لسنة 1929 .

المادة ويشترط في هذه الحالة أن يثبت الموثق حضور الوكيل عن الزوج بعد التحقق من شخصيته وإثبات بياناته واستوقياعه على الوثيقة بتلك الصفة.

• ولا يجوز أن يكون الوكيل عن أي من الزوجين شاهداً على الطلاق وإنما يتبع أن يستقل شخص الوكيل عن شخص الشاهد.

• فإذا لم يحضر أي من الزوجين أو أحدهما بشخصه ولا بمن ينوب عنه أو دفع أحدهما بانعدام صفة الحاضر عنه وثبت تخلف تلك الصفة فلا يعتد في إثبات الطلاق من حيث تاريخ وقوعه وبالتالي فيما يتعلق بالآثار المترتبة عليه إلا من تاريخ إعلان الموثق إياه بالطلاق بورقة رسمية على يد محضر إعمالاً لنص المادة الخامسة مكرر محل التعليق¹ ويسرى في شأن إعلانها القواعد المقررة في قانون المرافعات بالنسبة لإعلان أوراق المحضرات.

• وقد حرص المشرع على النص على أن كافة الأحكام السابقة تطبق أيضاً في حالة طلب الزوجة تطبيق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج².

• ويعد مما له صله بالبحث المتقدم ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (17) من القانون رقم 1 لسنة 2000 على إلا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الواقع اللاحق على أول أغسطس 1931 ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية ، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال – دون غيرها – إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة .

وعلى ذلك فإن الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج (نفقة – حضانة – طلاق ... الخ) تكون مقبولة ولو لم يكن هناك وثيقة رسمية مثبتة للزواج في الواقع السابقة أو اللاحقة على تاريخ 1931/8/1 طالما لم يكن هناك إنكار للزوجية من أي من طرفى التداعى ، أما بالنسبة لعقود الزواج غير الموثقة والمدعى إبرامها قبل 1931/8/1 فإن الدعاوى المترتبة عليها ومنها طلب الطلاق تكون مقبولة ولو عند الإنكار ، أما عقود الزواج المبرمة بعد تاريخ 1931/8/1 فإن الدعاوى الناشئة عنها لا تقبل – عند الإنكار – عدا دعوى الطلاق أو الفسخ دون غيرها فتكون مقبولة في حالة واحدة هي

¹ وهو الواجب الملقى على عاتق الموثق بالنسبة للزوجة حيث عممه المشرع واصبح ينصرف إلى كلا من الزوجين .

² راجع قرار وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 الصادر بلائحة المأذونين (منشور بملحق الكتاب) .

أن يكون الزواج المنكور ثابتاً بأية كتابة يستشف منها إقرار المنكر للزواج كعقد إيجار أو رسالة أو محضر شرطة أو بيانات دفاتر الفنادق وما شابه ، فإذا لم يكن الزواج ثابتاً بأى كتابة فلا تقبل دعوى إثبات الطلاق أو دعوى التطليق أو الفسخ المترتبة على أدلة الزوجية العرفية باتخاذ أى طريق آخر لإثبات تلك الزيجة سواء كانت بينه شرعية أو غيرها من طرق الإثبات .

• ويتبع الإشارة إلى أن الفقه والقضاء الشرعي قد استقر منذ أمد بعيد – وعلى نحو أضحتى من قواعده - على أن طلب إثبات الطلاق من تاريخ خاص يرجع إلى ما قبل الوفاة يتبع أن تتضمن الدعوى به المطالبة بحق مالى (كمؤخر الصداق أو الميراث) وإلا كانت الدعوى غير مسموعة شرعاً لأن الزوج المتوفى لا يمكن أن يكون خصماً في مثل هذه الدعوى¹ ذلك أن إثبات الطلاق الصادر عن الميت أو عليه يستدعي حكماً يصدر ضده والحكم على الميت كالحكم على الغائب لا يجوز إلا في مواجهة خصم حاضر ، وهذا الخصم إما أن يكون خصماً قصدياً وهو الوكيل عن الغائب أو خصماً حكمياً وهو من يعتبر حاضراً عن الميت وذلك في حالة ما يكون المدعى على الميت سبباً لما يدعى على الحاضر لا محالة أو شرطاً له ، وعلى ذلك فلا تقبل دعوى إثبات الطلاق في حالة ما إذا كان الزوج أو الزوجة متوفياً إلا ضمن دعوى بحق آخر لكون إثبات الطلاق بعد موت الزوج لا يكون مقصوداً لذاته بل لما يترتب عليه من حقوق تكون هي موضوع الخصومة الحقيقي ويثبت الطلاق ضمن إثبات الحق الذي يترتب عليه (النفقة أو الصداق)².

• وإذا ما خالف أى من المطلقاً أو المؤوثق أحكام المادة (5 مكرر) خضع للعقوبات الواردة بالمادة 23 من القانون سواء بخصوص امتناعه عن توثيق أشهاد الطلاق أو تراخيه عمداً في توثيق الطلاق خلال المدة المحددة بالنص بثلاثين يوماً خاصة وأنه ليس بلازم أن يتم توثيق الطلاق في ذات اليوم الذي أوقع فيه على الزوجة .

كما يعقوب المؤوثق بالعقوبات الواردة بالمادة 23 من القانون إذا أخل بأى من التزاماته الواردة بالنص ، أما إدلاء المطلق ببيانات غير صحيحة للموثق عن محل

¹ حكم محكمة مصر الكلية الشرعية في القضية رقم 244 لسنة 1939 - جلسه 1940/5/2 - منشور بمجلة المحاماة الشرعية بتاريخ 11/6/1963 ومبادئ القضاء الشرعي في الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندي - ط 1986 - ص 563 .
² راجع حكم محكمة النقض رقم 68 لسنة 58 ق - جلسه 23/2/1933 - س 44 .

إقامة مطلقه فلا عقاب عليه لاعتبارين أولهما أن المشرع استخدم لفظ الزوج ولم يستخدم لفظ المطلق في الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر في تقرير العقاب وثانيهما أن النص من النصوص الجنائية التي يتعين عدم التوسع في تفسيرها أو القياس عليها.

- والنص على عدم ترتيب الآثار المالية المترتبة على الطلاق بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ اتصال علمها به لا ينصرف إلى غيره من الآثار غير المالية وأهمها العدة حيث تحتسب العدة - كما سبق القول - من تاريخ الطلاق الفعلى أى من التاريخ الذى أوقعه فيه الزوج عليها بصرف النظر عن تاريخ إعلانها به أو علمها ، فلو طلق الرجل زوجته فأقامت الزوجة دعوى إثبات الطلاق وقدمت البينة وقضت المحكمة بإثبات الطلاق فإن العدة تبتدئ من الوقت الذى أُسند إليه تاريخ الطلاق لا من وقت الحكم.

- أما إذا كان الزوج هو الذى يخبر بوقوع الطلاق وأسنده إلى تاريخ سابق على تاريخ إخباره أو إقراره (وهو فى الغالب تاريخ إقامته أو المطلقة للدعوى بإثبات الطلاق) احتسبت العدة الشرعية للمطلقة فى هذه الحالة من التاريخ الذى يسند إليه الزوج إيقاعه للطلاق فيه سواء صادقه الزوجة على ذلك أم لا وذلك إلا إذا انطوت ماديات الدعوى على ما يدل على وقوع تواطؤ بين المطلق والمطلقة على إسناد الطلاق إلى التاريخ الذى يخبر به الزوج أو قدمت الزوجة ببينة شرعية على غير ما يخبر به الزوج ففى هذه الحالة احتسب الطلاق من التاريخ الذى أخبر به الزوج أما مدة العدة الشرعية للمطلقة فإنها تحتسب من التاريخ الذى يقر فيه الزوج بالطلاق (تاريخ إقامة الدعوى أو محضر الجلسة أو الإقرار المقدم منه بذلك) أى إلى تاريخ الإقرار وليس إلى تاريخ الإسناد¹.

- ويذهب البعض إلى القول بأن المادة الخامسة محل التعليق قد تضمنت - وبالحال كذلك - النص على عدتين أحدهما عدة شرعية تبدأ من تاريخ الطلاق دائماً علمت به الزوجة أو لم تعلم - عدا حالة ثبوت التواطؤ أو تقديم ببينة شرعية مخالفة - وأخرى قانونية أو اعتبارية خاصة بالميراث والحقوق المالية الأخرى² لا تبدأ إلا من التاريخ الذى يثبت فيها اتصال علم الزوجة بالطلاق سواء كان عن طريق إخطار المأذون لها به أو أى دليل آخر يقدم فى الدعوى .

¹ نقض الطعن رقم 29 لسنة 45 ق - جلسه 1977/5/25 - ص 1288.

² أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد إبراهيم والمستشار واصل علاء الدين - ط 1994 - ص 346.

ونحن نرى أنه وإن كانت العدة من الآثار المترتبة على الطلاق والنفقة المقررة للمعونة من الآثار المالية المترتبة على الطلاق إلا أن النص لم يتناول إلا التقرير بتراخي الآثار المالية المترتبة على الطلاق في حالة إخفاء الزوج له حتى مبدأ علم المطلقة به فما تتحصل عليه المطلقة من نفقة عدة مترتبة على الطلاق الذي لم يعلن إليها من ذلك التاريخ ما هو إلا أثر مالي عن مدة عدتها الشرعية والتي تحسب من تاريخ وقوع الطلاق ، فإذا تبين أن عدتها الشرعية ستة أشهر من تاريخ الطلاق الذي أوقع عليها في 1/1/2002 فهي وإن كانت تقاضى نفقة عدتها بعد علمها بالطلاق فهي لا تقاضى سوى النفقة المستحقة عن مدة الستة أشهر الفائتة بطريق آجل مما يتصور معه أن تقاضى المطلقة نفقة عدتها من مطلقها وهي مثلاً في عصمة زوج آخر وهذا .

• ولما كانت مسألة مراجعة المطلق لمطلقته التي طلقها رجعياً تعد من أخطر المشكلات العملية التي تجاهلها – ومن ثم – ينطوى عليها قانون الأحوال الشخصية وتتلخص المشكلة في أن يقوم الزوج بتطليق الزوجة طلقة رجعية أولى أو ثانية ويقوم المأذون نزولاً على حكم المادة 5 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985 بإعلان المطلقة بإيقاع الطلاق .

إلا أنه و عملاً بالقول الراجح من المذهب الحنفي والذي كان يجرى به العمل بالمحاكم والنيابات المختلفة إعمالاً لمقتضى حكم المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة عام 1931 الملغاة¹ فإن من حق المطلق أن يراجع زوجته من ذلك الطلاق الرجعي بغير رضاها أو حتى علمها بذلك دون أن يشترط لصحة تلك المراجعة أشهاد شهود بل وتصح أيضاً من الزوج المهازل أو السكران أو المكره أو المدهوش أو النائم وأنها تصح بالقول لأن يقول بينه وبين نفسه "لقد راجعت زوجتي" دون أن يسمعه أحداً وتصح أيضاً بكل فعل يفهم منه ذلك لأن يسافرا بعد الطلاق معاً في مهمة علمية أو فنية طالما كانت نيتها من تلك السفرة مراجعتها دون أي اعتبار لنيتها هي أو علمها .

وإذا كان العمل بسماحة المذهب الحنفي في هذا الخصوص تناسب أحوال الناس ونقاء ضمائرهم في تلك الحقبة من حقبات الازدهار إلا أن فساد الزرم وتراجع الوازع الديني لدى شريحة كبيرة من المجتمع في العصر الحالى أفرز العديد من

¹ بالقانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

المشكلات الجسمان التي تكتوى بنارها نساء فاضلات وتقف المحاكم عاجزة عن حلها لالتزامها بتطبيق نصوص لائحة مضى على صدورها أكثر من نصف قرن من الزمان .

ويعد من أبرز المشكلات الرائجة في هذا الخصوص قيام الزوج بمراجعة الزوجة دون علمها حال قيام الأخيرة بعد انتهاء عدتها بالزواج من آخر بما لازمه من الوجهة القانونية فسخ الزواج الثاني وإعادة الزوجة إلى عصمة الزوج الأول ، أو قيام المطلق بإخبار الزوجة شفوياً بمراجعةها ثم يتذكر لذلك بإشهار الطلاق الموثق بيده منكراً عليها حقوقها ، ويدخل الزوجان في دوامة من القضايا والمنازعة ، هو يسعى لإقامة الدليل على أنه قد راجعها وأن مراجعته لها كانت قبل انتهاء عدتها وتجاهد هي في إقامة الدليل على أنه لم يراجعها أو أن كان فإن مراجعته لها جاءت بعد انتهاء عدتها خاصة وأن الأمر قد يتطور إلى احتمال توجيه اتهام جنائي لها بالجمع بين أكثر من زوج إذا ما كان الزوج على درجة من الحنكة وتوافر لديه قصد الكيد لها والإضرار بها بما قد تضطر معه الزوجة لتلافي مغبة تلك الأضرار إلى مخالفة شرع الله والادعاء بانقضاء عدتها عند أقصر مدة زمنية قانونية لها .

والحل لتلك المعضلة يتواaffer في أحكام شريعتنا ذاتها والتي تقدم الدليل يوماً بعد يوم على أنها برحابتها تصلح لكل زمان ومكان وتصلح الدنيا كما تصلح الدين .

ذلك أنه إذا كان المشرع الوضعي قد اعتمد المذهب الحنفي فيما يتعلق بتلك المسألة خلال حقبة تاريخية معينة تمثيلاً مع مفاهيم كانت تحكم تلك الفترة فإنه وقد تغيرت تلك الحقبة واختلف الناس والزمان وتبدل العادات والقيم فإن المذهب الشافعى وابن حزم الظاهري يقدمان لنا الحل لتلك المشكلة فى إطار من أحكام شريعتنا الإسلامية باعتباره أحد المذاهب التى تمثل ركائز التشريع الإسلامي الوضعي والذى أخذ المشرع الوضعي بأحكامه فى كثير من المواريث القانونية ضمن نصوص قانون الأحوال الشخصية القائم¹ .

فالمذهب الشافعى وابن حزم الظاهري يشترطان لصحة المراجعة وتحققها وجوب إعلام الزوجة بها قبل انتهاء عدتها وهو في هذا يتفق مع الزيدية واستناداً إلى

¹ راجع التعليق على المادة 18 مكرر بحق المطلقة في المتعة حيث تضمنت المذكرة الإيضاحية التقرير بأن مأخذ هذه هو المذهب الشافعى .

ما روى عن عمر بن الخطاب ويلتقى مع ما يجمع عليه جمهور الفقهاء من استحسان ذلك ونذهب حتى لا تقع الزوجة في معصية الزواج من آخر.

ولا يبقى بعد ذلك سوى تقنيين ما جاء بذلك المذهب من أحكام في هذا الخصوص في نصوص وضعية ووضعها موضع التنفيذ وهو - من بعد - سيكون أقرب إلى النصوص الإجرائية منها إلى النصوص الموضوعية ويماثل - أن طلب القياس - النص الوارد في المادة 11 مكرر ثانياً من القانون رقم 100 لسنة 1985 والذي ينظم كيفية دعوة الزوج لزوجته للدخول في طاعته وكذا نص المادة الخامسة مكرر من ذات القانون الذي يتناول بالتنظيم كيفية إعلان الموثق بالطلاق الذي يوقعه الزوج عليها والمادة 11 مكرر المنظمة لكيفية إخطار الزوجة بزواج زوجها من أخرى وإعمالاً لاعتبارات المتقدمة فقد تقدمنا إلى لجنة التشريعات المنبثقة عن اللجنة القومية للمرأة وكذا لجنة تعديل قوانين الأحوال الشخصية بوزارة العدل والتي شاركنا بعضويتها في الفترة منذ عام 1992 بموجب قرارى وزير العدل رقم 6087 فى 1991/11/16 ورقم 2971 فى 1994/6/17 باقتراح بإضافة مادة إلى القانون رقم 100 لسنة 1985 أو ضمن نصوص الإجراءات الشرعية المزمع إصداره كان نصها كالتالى .

"على الزوج أن يوثق مراجعته للزوجة لدى الموثق المختص قبل انقضاء ستين يوماً من تاريخ طلاقه لها ، وتعتبر الزوجة عالمة بالمراجعة بحضورها توثيقها فإذا لم تحضره كان على الزوج والموثق إعلانها بصورة رسمية من وثيقة المراجعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التوثيق ، ويغنى ثبوت إعلان أحدهما للزوجة عن إعلان الآخر لها".

"ولا تسمع دعوى المراجعة أو أى حق من الحقوق المترتبة عليها ضد الزوجة أو ورثتها إلا إذا اتخذت الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة".

"ويعاقب كل من الزوج والموثق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز خسمائة جنيه أو أحدهما إذا خالف أى منهما أحكام هذه المادة أو إذا أدلى الزوج للموثق ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة زوجته ويجوز الحكم بعزل الموثق أو وقفه عن العمل لمدة لا تقل عن ستة أشهر".

إلا أن وزارة العدل عدلت النص إلى الصياغة الآتية التي تضمنتها المادة (22) من القانون رقم 1 لسنة 2000 "مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة

مطلقها لها بكافة طرق الإثبات ، لا يقبل عند الإنكار أدعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحبس وتسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها وذلك ما لم تكن حاملاً أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة".

• والمراجعة في الفقه الحنفي تكون بالقول (راجعتك أو لازالت زوجتي أو نحو ذلك) أو بالفعل (المعاشرة) ويشترط لصحة مراجعة المطلق لمطلقته أن تكون الرجعة من زواج صحيح بعد الدخول ومن طلاق رجعى (فلا تجوز المراجعة في الطلاق البائن) وأن تتم المراجعة في فترة العدة كما يشترط أن تكون المراجعة بصيغة منجزة إذا كانت بالقول ولا يشترط لصحة المراجعة اشتراط العقل في الزوج أو الشهادة عليها .

• وتجوز المراجعة بالحدود والضوابط المتقدمة سواء كان الطلاق شفوياً أو صدر بشأنه أشهاد رسمي فللرجل أن يراجع زوجته شفوياً حتى لو كان قد طلقها كتابياً بأشهاد رسمي وتكون هذه المراجعة صحيحة شرعاً وقانوناً .

• وثبتت مراجعة الزوج لزوجته بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها المصادقة والبينة الشرعية وقرارن الأحوال فإذا توافق الطرفان على حصول المراجعة فيها ، أما إذا ادعت الزوجة حصول المراجعة إلا أن الزوج أنكر يحق للزوجة في هذه الحالة إثبات حصول مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات¹ شريطة أن تكون المدة التي تدعى الزوجة مراجعة مطلقها لها خلالها تحتمل العدة² ، أما إذا أنكرت الزوجة أو أى ذى صفة غير الزوج (مثل ذى الصفة في طلب التفريق بمفهوم الحسبة) فلا يجوز إثبات مراجعة الزوج للزوجة إلا بسلوك الطريق الذي نصت عليه المادة 22 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

• فقد أوجب النص المذكور على المطلق إعلان مطلقته بمراجعة إياه بورقة رسمية (إعلان على يد محضر) وفقاً لنص المادة السادسة من قانون المرافعات وما

¹ مدة العدة في القول الراجح في الفقه الحنفي ثالث حيضات لمن تحبس وثلاثة أشهر هجرية لمن لم ترى الحيض لصغر في السن أو أياس وعدة الحامل حتى تضع حملها (راجع في العدة - أحوالها ومدتها وانقضائها التطبيق على المادة الثانية من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985).

² القاعدة المقررة في الفقه الحنفي أن انقضاء عدة المطلقة التي تحبس لا تعلم إلا من جهتها مع يمينها (راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم 18 لسنة 35 ق - جلسة 29/3/1967 - ص 692 والطعن رقم 73 لسنة 56 ق - جلسة 18/6/1988 - ص 1092).

بعدها ومن ثم فلا تاج الزوجة بالإعلان الذي يتم عن غير ذلك الطريق ، فلا تاج بإعلامها بالمراجعة عن طريق خطاب بالبريد ، كما لا يجوز للزوج إثبات مراجعته بشهادة الشهود أو غير ذلك من طرق الإثبات حيث قصر المشرع الحق في إثبات المراجعة بكافة طرق الإثبات على الزوجة وحدها كما تقدم القول .

• ويتحقق تسليم الزوجة إعلان الرجعة بإتباع الخطوات ووفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المواد 10 وما بعدها من قانون المرافعات المدنية والتجارية حيث يتحقق إعلانها بتسليمها إعلان المراجعة لشخصها أو لمن ينوب عنها أو بتسليمها إلى جهة الإدارة أو النيابة العامة وهذا كما تتبع الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 في شأن إعلان أشهاد المراجعة إذا كانت الزوجة من أفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم (م 5/13) أو من المسجونين (م 6/13) أو كانت تقيم بالخارج ولها موطن معلوم أو غير معلوم (م 9 و 10)¹ كما يتبع مراجعة احتساب مواقيع المسافة المنصوص عليها في المادة 16 من قانون المرافعات في حالة تحقق موجبها .

• ولا يشترط اتصال علم المطلقة بالمراجعة قبل انقضاء مدة ستين يوماً لمن تحبس أو تسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر ، ذلك أن المنصوص عليه بالمادة (22) من القانون رقم (1) لسنة 2000 هو وجوب القيام بالإعلان للزوجة قبل انقضاء المدد المنصوص عليها فيها دون اشتراط تمام الإعلان خلالها أى أن التزام الزوج بالإعلان هو التزام بتوجيه الإعلان خلال المدة دون اشتراط تمام الإعلان خلالها .

• وتحسب مدة الستين يوماً أو التسعين يوماً من تاريخ توثيق الطلاق لدى المؤتمن المختص وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة 5 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وليس من تاريخ إعلانها بالطلاق خلال المدة المنصوص عليها في المادة الثانية من قرار وزير العدل رقم 3269 لسنة 1985 المتضمن الإجراءات التنفيذية لنصوص القانون رقم 100 لسنة 1985 (وهي سبعة أيام تالية لتاريخ توثيق الطلاق) وذلك ما لم يكن الزوج قد أورد في الوثيقة أنه طلقها في تاريخ سابق على تاريخ التوثيق .

• وواجب إعلان الزوجة بالمراجعة يقع على عاتق الزوج وحده دون المؤتمن الذي لا يقع عليه سوى واجب إعلان المطلقة بالطلاق على النحو المنصوص عليه في

¹ راجع أحكام إعلان إنذار الطاعة في التعليق على المادة 11 مكرر ثانياً .

المادة 5 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985

• ومدة الستين يوماً والتسعين يوماً الواردة بالنص تعد في هذه الحالة من مدد السقوط التي يتعين أن يتم الإجراء (الإعلان) خلالها وعلى ذلك يكون الإعلان قد تم صحيحاً طالما تم تسليمه إلى مندوب الإعلان (المحضر) في اليوم الأخير منها حتى ولو تراخي في إعلان المطلقة إلى ما بعد انقضاء المدة سواء كانت ستين يوماً أو تسعين يوماً، وعليه فلا يشترط أن يتحقق اتصال علم المطلقة بالمراجعة خلال المدة¹.

• ولما كانت مدة الستين يوماً أو التسعين يوماً تعد - في هذا الخصوص - مدة للسقوط فإنها تعد في هذه الحالة من المدد والمواعيد الإجرائية فتحتسب بالتقويم الميلادي وليس بالتقويم الهجري إعمالاً لحكم المادة الأولى من القانون رقم 1 لسنة 2000.

• ويمتد الميعاد المضروب للزوج للمراجعة في حالة إيقاع الطلاق على الزوجة الحبل إلى تاريخ وضع حملها باعتبار أن عدة الحامل تنقضى بوضع الحمل.

• وقد تضمن عجز المادة محل التعليق معالجة الحالة التي يتحقق فيها إعلان المطلقة بعد انقضاء مدة الستين يوماً أو التسعين يوماً الواردة بالفرض الأول ويدعى الزوج مع ذلك عدم انقضاء عدة مطلقه حيث اعتمد النص بهذا الإعلان إذا أقرت الزوجة بعدم انقضاء عدتها رغم مضي المدة باعتبار أن القول الراجح في الفقه الحنفي يعتبر أن انقضاء عدة المطلقة الحال (غير الحامل) القول فيه لها وحدها مع يمينها باعتبار أن العدة لا تعلم إلا من جهتها ومثال ذلك حالات من تجرى عادتها على رؤية الحيض كل شهرين أو ثلث أو الحالات المعروفة من الفقه الشرعي بعدة المتغير².

أحكام النقض

• اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اشتراط الأشهاد على الطلاق ، فبينما أوجبه البعض ذهب الغالبية إلى أنه ليس شرط لوقوعه لأن الأمر في قوله تعالى "فإذا بلغن أجلهن فامسكون بهن بمعرفة أو فارقوهن بمعرفة وأشهدوا ذوى عدل منكم" هو

¹ راجع المادة 11 مكرر ثانياً فيما يتعلق بالمدة المحددة للاعتراض على إنذار الطاعة
² انظر التعليق على المادة الثانية من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985

للندب لا للوجوب ، غير أن أحداً منهم لم يستلزم لوقوع الطلاق أو ثبوته أن يكون موافقاً ، لما كان ذلك ، وكان ما نصت عليه المادة الخامسة مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، المضافة بالقانون رقم 44 لسنة 1979 ، من وجوب مبادرة المطلق إلى توثيق أشهاد طلاقه لدى الموثق المختص لم يهدف – وعلى ما أفصحت عنه المذكورة الإيضاحية – إلى وضع قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله تعالى للزوج أو على جواز إثباته قضاء بكافة الطرق ، وإنما هدفت إلى مجرد عدم سريان آثاره بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ علمها به فإنه لا على محكمة الموضوع إذا استمعت إثباتاً للطلاق المدعى به إلى غير الشهود الموقعين على الوثيقة المحررة عنه ، لما كان ما تقدم ، وكان للقاضي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – السلطة التامة في الترجيح بين البيانات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها والأخذ بما يطمئن إليه منها وإطراح ما عده ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتمد بما شهد به شاهداً المطعون عليها من أن زوجها الطاعن طلقها على الإبراء وأطرح ما ساقه الطاعن من بينة للنفي ورتب على ذلك قضاة بإثبات هذا الطلاق . فإن ما ينعيه الطاعن عليه في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير الدليل مما لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض جلسة 1982/11/23 - الطعن رقم 25 لسنة 51 ق - ص 1024)

• المقرر في فقه الحنفية أن إسناد الطلاق إلى زمن ماضٍ يقع من الزوج إذا كان أهلاً لإيقاعه وقت إنشائه متى كانت المرأة محلّاً له في ذلك الوقت الذي أضيف إليه ، ويعتبر إنشاءً للطلاق وليس إخباراً عنه لأن الزوج إذ لا يمكنه إنشاء الطلاق فقد أمكن اعتباره تتجيزاً في الحال .

(نقض جلسة 1977/5/25 - الطعن رقم 29 لسنة 45 ق)

• إذا كانت عدة المطلقة من وقت إخبار الزوج أو إقراره بالطلاق لا من وقت الإسناد ، وكان تعديل جعل المدة من وقت الإقرار هو خشية تهمة المواجهة فإنه ينبغي أن يتحرى محلها ويرجع إلى الناس الذين هم مظانها فإن كان واقع الحال يتلافى عن مظنه هذه التهمة أو قامت على صحة تاريخ الطلاق بينه شرعية وليس الإقرار إسناد منه ينبغي الاعتداد بتاريخ الإسناد واتخاذه بدءاً – للطلاق ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاة على أن بينة شرعية لم تقم على مظنة تهمة

المواضعة ، وكان واقع الحال في الدعوى لا ينفيها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون .

(نقض جلسة 1977/5/25 – ص 1288 – الطعن رقم 29 لسنة 45 ق)

• الفتوى أن الأصل في الطلاق المضاف إلى الماضي أن يكون من وقت الإقرار به من الزوج مطلقاً وسواء صدقته الزوجة فيه أو كذبته إذا ادعت جهلها به نفياً لتهمة المواضعة مخافة أن يكونا اتفقاً على الطلاق وانقضاء المدة توصلًا إلى تصحيح إقرار الزوج المريض لها بالدين ، أو ليحل له الزواج بأختها أو أربع سواها ولا تعدو مصادقة الزوجة زوجها المقر في إسناد طلاقها إلى تاريخ سابق إلا إسقاط لحقها في النفقه وما إليها دون أن يعمل بهذه المصادقة فيما هو من حقوق الله تعالى .

(نقض جلسة 1977/5/25 – ص 1288 – الطعن رقم 29 لسنة 45 ق)

• لا يشترط لإيقاع الطلاق حضور الزوجة لأن الشارع جعله حقاً للزوج يستقل بإيقاعه من غير توقف على رضاها .

(نقض جلسة 1976/4/28 – ص 1204 – الطعن رقم 30 لسنة 44 ق)

• المنصوص عليه شرعاً أن الإقرار بالطلاق كذباً يقع قضاءً لا ديانة وأن الرجل إذا سئل عن زوجته فقال أنا طلقها وعديت عنها والحال أنه لم يطلقها بل أخبر كذباً فإنه لا يصدق قضاء – في ادعاه أنه أخبر كذباً – ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ولما كان يبين من الإطلاع على الإقرارات الثلاثة المنسوبة للمتوفى والتي كانت تحت نظر محكمة الموضوع وهي الإقرارات المؤرخة 1957/3/28 و 1958/8/9 ، والثابت ورودها بالحكم الصادر بتاريخ 1959/12/29 ، في دعوى النفقه التي أقامتها الطاعنة وهي الزوجة الأخرى للمتوفى – أن ألفاظ الطلاق الصريح والإقرارات بالطلاق المنسوبة إلى المتوفى ، للمطعون عليها – الزوجة الأولى – بتاريخ 3 من أكتوبر 1934 ، المثبتة بأسفل أشهاد الطلاق المؤرخ 12 من سبتمبر 1934 ، وهذه الألفاظ والإقرارات منبهة الصلة بما تضمنه الإقراران المؤرخان 28 من مارس 1957 و 9 من أغسطس 1958 من عبارات أخرى تشير إلى الإخبار عن الطلاق الرسمي الصادر بتاريخ 13 من سبتمبر 1934 ، فلا محل من بعد لاستناد الحكم إلى أقوال شهود المطعون عليها – في إثبات قيام الزوجية حتى وفاة المورث – لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه على أن

الإقرارات المذكورة المنسوبة إلى المتوفى لا تعتبر إنشاء لطلاق ، بل هي إخبار عن الطلاق ، الذي أوقعه على المطعون عليها بالأشهاد الشرعى المؤرخ 12 من سبتمبر 1934 ، وأن الإخبار يحتمل التصديق والتکذيب وأن قوله فى الإقرارات الثلاثة بأنه لم يراجعها بعد هذا الطلاق بتاريخ 3 أكتوبر 1934 ، ورتب الحكم على ذلك أن المطعون عليها بقيت زوجة له حتى تاريخ وفاته وتترث فى تركته فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض جلسة 1974/3/20 - ص 526 - الطعن رقم 11 لسنة 40 ق)

• إذ كان البين من الحكم المطعون فيه أن الحكم الصادر فى الدعوى الأولى بالرفض - دعوى طلاق بين ذات الخصوم – المؤيد استئنافياً كان بشأن طلاق ادعت الطاعنة أن المطعون فيه أوقعه عليها ثلاث مرات الثالثة منها فى آخر سبتمبر 1962 فى حين أن النزاع الحالى يدور حول طلاق مثبت فى إقرار منسوب صدوره إلى المطعون عليه بتطليقه الطاعنة ثلاث طلقات أولاهما فى آخر يوليو 1962 والثانية فى 14 سبتمبر 1962 والثالثة فى 21 سبتمبر 1962 وإذا اعتبر الحكم الطلاقة المكملة للثلاث المحدد وقوعها فى الدعوى الأولى بآخر سبتمبر 1962 هى بعينها الطلاقة الثالثة المثبت فى الإقرار صدورها بتاريخ 21 سبتمبر مع أن هذين التاریخین مختلفان ورتب الحكم على ذلك عدم جواز نظر الدعوى الحالیة لسبق الفصل فيها فى الدعوى الأولى ، فإنه يكون فوق مخالفته للقانون قد شابه فساد فى الاستدلال .

(نقض جلسة 1973/6/27 - ص 982 - الطعن رقم 20 لسنة 37 ق)

• لئن كانت دعوى الطلاق من مسائل الأحوال الشخصية إلا أنه يتربّ عليه آثار مالية باختلاف الإبقاء على عروة الزوجية أو فصمها بالطلاق ومن المستقر في قضاء هذه المحكمة أن العبرة في قيام المصلحة في الطعن بطريق النقض هو بوجودها وقت صدور الحكم المطعون فيه ولا يعتد بانعدامها بعد ذلك ولما كان لطلب 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 لها على تحقيق هذه المصلحة وتوافرها في هذا الطعن ، لما كان ذلك فإن طلب الحلول يكون في محله .

(نقض جلسة 1973/6/27 - ص 982 - الطعن رقم 20 لسنة 37 ق)

- التناقض في موضوع الخفاء عفو. وإذا كان الطلاق مما يخفى على الزوجة فإن دعواها به تكون مقبولة رغم الإقرار بالزوجية .
(نقض جلسة 1962/5/23 - ص 662 - الطعن رقم 39 لسنة 29 ق)

- تصديق ورثة الزوج على الزوجية ودفع الميراث لها لا يمنع من سماع دعواهم استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه لقيام العذر لهم حيث استصحبوا الحال في الزوجية وخفيت عليهم البنونة في الطلاق .
(نقض جلسة 1962/5/23 - ص 662 - الطعن رقم 39 لسنة 29 ق)

- سريان آثار الطلاق في حق الزوجة من تاريخ إيقاعه تعمد الزوج إخفاءه عنها . أثره . عدم ترتيب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به . العدة . بدورها من تاريخ الطلاق علمت به الزوجة أو لم تعلم . علة ذلك .

(الطعن رقم 182 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/24)

- اختلاف الزوجين في صحة الرجعة . القول للزوجة بيمينها . العدة بالحيض حدتها الأدنى ستون يوماً .
(الطعن رقم 530 لسنة 66 ق - جلسة 2001/5/28 والطعن رقم 182 لسنة 65 ق - جلسة 2001/5/28)

- إذا أقرت المرأة بصحة الرجعة وبأنها كانت لازالت في العدة وقت حصولها ، لزماها هذا الإقرار إذ أنه إذا كان الإقرار صادراً من الخصم عن طواعية واختياره بقصد الاعتراف بالحق المدعى به لخصمه في صيغة تفيد ثبوت الحق المقرر به على سبيل الجزم واليقين ، فلا يقبل الرجوع فيه ، لأن الإقرار اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده آثار قانونية أو شرعية ، بحيث تصبح في غير حاجة إلى الإثبات بدليل آخر وينحسم به النزاع فيما أقر به ، وعلى هذا ، فإنه ولئن كان إقرار المطلقة رجعياً بأن عدتها انقضت برؤيتها الحيض ثلاث مرات كواحد أو بأن عدتها لم تنقض بالحيض ، لا يكون نافذاً في حق المطلق إلا إذا حلفت اليدين على ذلك ، إلا أن إقرارها على هذا النحو يلزمها هي حتى وإن لم تحلف اليدين ، إذ أنها ليست في حاجة ليمينها لتصدق نفسها في إقرارها ، فلا يجوز لها الرجوع في هذا الإقرار بحجة أنه لم يقتن

بيمينها ، لأن مطلقتها هو وحده صاحب المصلحة في التمسك بذلك ، حتى يكون إقرارها في هذا الصدد حجة عليه .

(الطعن رقم 530 لسنة 66 ق – جلسة 28/5/2001)

• تعديل المشرع بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بعدم الاعتداد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالأشهاد والتوثيق . م / 21 من ق 1 لسنة 2000 . مؤداه . الإبقاء على ذاتية القاعدة الآمرة التي تضمنتها المادتين 5 ، 6 من ق 462 لسنة 1955 و 280 من اللائحة الشرعية . أثره . عدم سريان حكم التعديل على الدعاوى التي رفعت قبل صدوره بما مفاده جواز إثبات حصول الطلاق في تلك الدعاوى بجميع طرق الإثبات الشرعية بما في ذلك البينة .

(نقض الطعن رقم 455 لسنة 70 ق – جلسة 8 / 3 / 2003)

(والطعن رقم 655 لسنة 72 ق – جلسة 11 / 1 / 2005)

(والطعن رقم 53 لسنة 74 ق – جلسة 28 / 1 / 2006)

مادة (6)

إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلاقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد 7 ، 8 ، 9 ، 10 ، 11 .

- هذه المادة لم يتم تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

المذكرة الإيضاحية

الشقاق بين الزوجين مجربة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة وليس فى أحكام مذهب أبي حنيفة ما يمكن للزوجة التخلص ولا ما يرجع الزوج عن غية فيحتال كلاً على إيهاد الآخر بقصد الانتقام .

وتطالب الزوجة بالنفقة ولا غرض لها إلا إحراج الزوج بتغريميه المال ويطلب الزوج بالطاعة ولا غرض له إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها وأن تناهيا يده فيتوقع بها ما شاء من ضروب العسف والجور . هذا فضلاً عما يتولد عن ذلك من إشكال فى تنفيذ حكم الطاعة والتنفيذ بالحبس لحكم النفقة وما يؤدى إليه استمرار الشقاق من ارتكاب الجرائم والآثام . تبيّن الوزارة هذه الآثار واضحة جلية مما تقدم إليها من الشكايات فرأى أن المصلحة داعية إلى الآخذ بمذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين عدا الحالة التى يتبيّن الحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة الشاكية على فصم عرى الزوجية بلا مبرر (المواضىء من 6 إلى 11) .

ومستند وجوب النص المطروح قوله (م) "لا ضرر ولا ضرار" وإعمال القاعدة الشرعية "الضرر يزال" وقاعدة "ارتكاب أخف الأضرار لاتقاء أشدتها".

التعليق

- من الحقوق المشتركة بين الزوجين أن يحسن كل منهما معاشرة الآخر ويحاول جهد طاقته دفع الضرر عنه ، لتهنأ الحياة بينهما لقوله تعالى (ولهم مثل الذين

عليهن بالمعروف) لأن قيام كل واحد منها بحقوق الآخر قياماً صحيحاً يؤدى إلى الدوام و البقاء ، وقد روى عن النبي (ص) أنه قال في حجة الوداع " أن لكم من نسائكم حقا ، وان لنسائكم عليكم حقا " .

• والمضاراة بين الزوجين متعددة النواحي ، كثيرة الأسباب التي تقضى على ما يجب أن يكون بين الزوجين من ألفة ومحبة ولا يقتصر أثارها عليهما بل يتعداها إلى ما بينهما من ذرية وكل من له علاقة قرابة أو مصاهرة بهما .

• وإذا كان للزوج ولایة تأديب زوجته بالمعروف شرعاً إذا نشرت لقوله تعالى : "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهم سبيلاً أن الله كان علياً كبيراً" إلا أنه لا يجوز للزوج أن يؤذى زوجته ولا أن يظلمها فإذا أساءها وظلمها كان لها أن تلتجأ إلى القاضى ليرفع الضرر عنها .

• ولما كان المذهب الحنفى لا يعرف - فى الراجح منه - التطليق بسبب الضرر بحسبان أنه يقرر زجر القاضى للزوج الذى يتعدى إيداء زوجته فقد نقل المشرع حكم التطليق من مذهب الإمام مالك¹ إلا أنه أحال فى إثباته إلى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى² لخلو التشريع من نص منظم لإثبات ذلك إعمالاً لحكم المادتين الأولى والثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وفيه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات من بينه ويمين وقرائن وغيرها³.

• ولما كان مذهب الإمام مالك يجيز التطليق للضرر فإنه يتبع الرجوع إلى هذا المذهب فى تحديد أنواع الضرر وحالاته .

• وقد توسع مذهب الإمام مالك فى مفهوم الضرر الذى يجيز للزوجة طلب التطليق حيث يعرف الضرر فى مفهوم ذلك المذهب والمادة المطروحة بأنه إيداء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل إيداء لا يليق ولا ترى الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها مثل الضرب والسب والهجر وغيرها⁴ بل ومجرد توليه وجهه عنها فى الفراش عمداً بقصد إيدائه .

¹ نقض أحوال الطعن رقم 300 لسنة 63 ق - جلسه 1998/1/20 - س 49.

² نقض أحوال الطعن رقم 361 لسنة 59 ق - جلسه 1991/6/11 - س 42.

³ نقض أحوال الطعن رقم 47 لسنة 51 ق - جلسه 1982/5/18 - ص 534.

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 83 لسنة 56 ق - جلسه 1992/1/21 - س 43.

• ومعيار الضرر الذى يجيز طلب التطليق معيار شخصي يختلف من بيئة لأخرى ومن شخص لآخر ، فهذا النوع من الضرر يختلف عن الضرر الذى قد يلحق الزوجة ويجيز لها طلب التفريق في حالات إعسار الزوج بالنفقة أو وجود عيب فيه أو سجنه أو غيابه ، ذلك أنه في تلك الحالات يجوز للزوجة طلب التطليق متى ثبتت الضرر فيها فيكون معياره عاماً وواحداً لجميع الزوجات لا يتغير بتغيير البيئة أو الثقافة أو الوسط الاجتماعي وليس له معيار شخصي فإذا ثبت الضرر أو لا ثبت فإن ثبت فإنه يعتد به بغير التفات إلى مدى ثقافة الزوجة أو وسطها الاجتماعي ، أما بالنسبة للشقاق بين الزوجين وإيذاء الزوج لزوجته فالمعيار فيه شخصي لا مادي يختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهم والوسط الاجتماعي الذى يحيط بهما¹.

• وقدير ما إذا كان أحد الزوجين هو المسبب في الضرر دون الآخر من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها².

• ويشترط في الضرر الذي يجيز للزوجة أن تطلب التطليق بسببه في هذا المجال أن يصل إلى درجة يستحيل معها دوام العشرة بين الزوج والزوجة أو أمثلها في البيئة والمكانة والثقافة وهكذا³.

• وقدير الضرر موضوعي أي يقدر قاضي الموضوع من ظروف الأحوال وملابسات الدعوى وحال الزوجين وما إذا كان ما يسببه الزوج لزوجته بأفعاله أو أقواله أو بامتناعه ما يصل إلى درجة يستحيل معه على الزوجة العيش معها بالنظر إلى أمثلها فيفرق بينهما ، أو إنها مجرد استخدام من الزوج لحقه الشرعي في تأديب الزوجة مثل أمثلها فترفض دعواها ، ولما كان تقدير الضرر مما يختص به قاضي الموضوع فلا يجوز – من ثم – إثارته أمام محكمة النقض⁴.

• ونحن نرى أنه لا يعيب الحكم – من ثم – أن هو أغفل الإشارة في مدوناته إلى بلوغ الضرر حداً لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجة طالما وقد انتهى في أسبابه إلى ثبوت إيقاع الأذى من الزوج على الزوجة إلى الحد الذي أضر بها مما

¹ نقض أحوال الطعن رقم 81 لسنة 60 ق. جلسة 1/25/1994- س 45 وأحمد إبراهيم وواصل علاء الدين في أحكام الأحوال الشخصية - ص 424 وحكم الاستئناف رقم 354 لسنة 102 ق جلسة 6/2/1986- القاهرة والطعن رقم 360 لسنة 64 ق- جلسة 28/12/1998.

² نقض أحوال الطعن رقم 81 لسنة 60 ق - جلسة 25/1/1994 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 45 لسنة 57 ق - جلسة 19/11/1991 - س 42 .

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 96 لسنة 56 ق - جلسة 24/1/1989 - س 40 .

مؤداه أن بلوغضررحداً لا يستطيع معه دوام العشرة يمكن استخلاصه من ماديات الدعوى دون اشتراط النص عليه ضمن عبارات الحكم¹.

- ويكتفى في مذهب الإمام مالك الذي استمد منه النص أن ثبت الزوجة أن الزوج قد أتى معها ما تتضرر منه ولو مرة واحدة حتى يقضي لها بالطلاق².

- والضرر الموجب للتفریق يجب أن يكون ضرراً خاصاً ناشئاً عن الشقاق بين الزوجين نفسيهما أما الضرر الواقع من الزوج على أقارب زوجته فلا أثر له³.

- كما يجب أن يكون الضرر لازماً غير قابل للزوال لا تستطيع معه الزوجة مداومة العشرة وأن يكون في قدرة الزوج إنزاله بها أو إزالته عنها إذا شاء ولم يمنع نفسه عن إيقاعه بالزوجة بل استمر دائماً على إنزاله والإقامه عليه.

- ولا يفرق بين المدخول بها وغير المدخل بها في طلب التطبيق للضرر فتشتم الدعوى من كليهما⁴.

- والضرر الذي يصدر من الزوج إما أن يكون إيجابياً وإما أن يكون سلبياً ، والضرر الإيجابي هو ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل يوجب تأذى الزوجة وتضررها ويحدث الشقاق بين الزوجين كأدبه الاعتداء عليها بالضرب والسب الذي لا تتيحه الشريعة والذي لا يدخل في نطاق التأديب الشرعي⁵.

- أما الضرر السلبي فيتمثل في هجر الزوج لزوجته ومنها ما تدعوا إليه الناحية الجنسية⁶ أو تراخيه عمداً في الدخول بها⁷ ومعنى ذلك أن الزوجة إذا ادعت أن زوجها يضربها أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها لا يستطيع معها دوام العشرة كان ذلك مما يشكل ضرراً إيجابياً يعطي الزوجة الحق في طلب التطبيق ولا يعد ضرراً سلبياً بالمفهوم المتقدم .

- وحق الزوج في تأديب الزوجة يستند إلى قوله تعالى في الآية رقم 34 من سورة النساء : "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع

¹ راجع مذكرة نيابة النقض المدني في الطعن رقم 445 لسنة 63 قضائية - أحوال شخصية إعداد المؤلف

² نقض أحوال الطعن رقم 44 لسنة 57 ق - جلسه 1988/11/22 - س 39 .

³ .

⁴ .

⁵ .

⁶ .

⁷ .

⁷ حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 101 لسنة 1985/5/9 .

⁶ حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 86 لسنة 1965/12/11 .

⁷ نقض أحوال جلسه 18/12/1990 - الطعن رقم 92 لسنة 58 ق.

واضربوهن ،فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .." قوله (م) "اضربوا النساء إذا عصينكم في معروف ضرباً غير مبرح".

- وقد قرنت محكمة النقض حق الزوج في تأديب الزوجة وحدوده التي إذا تجاوزها خرج عن نطاق حق التأديب وأضحى ضرراً موجباً للتطبيق في قولها "أن حق الزوج في تأديب زوجته يباح له فيه تأديب المرأة تأديباً خفيفاً علي كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر ولا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق ، وحد الضرب الفاحش هو الذي يؤثر في الجسم ويغير لون الجلد¹ فإذا ضرب الزوج زوجته فأحدث لها سحجين في ظاهر الخنصر وسحجاً آخر في الصدر فإن هذا القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجاً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجباً للعقاب عملاً بالمادة 242 من قانون العقوبات² ، وعلى ذلك فإذا أساء الزوج استعمال حقه فتجاوز حده وعرضت الزوجة الأمر على القاضي وثبت ما تدعيه من تجاوز الزوج حدود التوجيه والتأديب لها أن تطلب الطلاق³.

- ونحن نرى أن قبول الزوجة استمرار معايشة الزوج بعد ثبوت وقائع الإضرار التي تدعىها مما يكون دالاً علي أنه من المستطاع دوام العشرة بين أمثالها يسقط حقها في طلب التطبيق للضرر استناداً إلى تلك الواقعة ويكون علي المحكمة في هذه الحالة الحكم برفض الدعوى وذلك لتأخر شرط عدم استطاعة دوام العشرة⁴.

- إلا أن محكمة النقض ذهبت في حكم حديث لها إلى أن عودة الزوجة إلى مسكن الزوجية بعد وقوع الضرر لا يسقط حقها في طلب التطبيق⁵.
إلا أنه إذا عاود الزوج الأضرار بالزوجة يكون لها طلب الطلاق مجدداً بشرطين :

الأول : أن تكون وقائع الأضرار التي تستند إليها الزوجة في الدعوى الثانية غير تلك التي كانت تستند إليها في الدعوى الأولى والتي اعتبرتها المحكمة لا تصل إلى حد لا يستطيع معه دوام العشرة¹.

¹ محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - ط 1969- ج 1 - ص 246 .

² نقض جنائي في 1965/6/7 - س 16 - ص 552 - مجموعة قواعد المكتب الفني.

³ نجيب حسني في شرح قانون العقوبات - ص 179 ، وراجع مناطق حقوق التأديب نقض أحوال جلسة 1977/11/9 - ص 1644 - س 28 والطعن رقم 518 لسنة 66 ق - جلسة 2001/4/21 .

⁴ راجع حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 441 لسنة 102 ق - جلسة 6/3/1986 .

⁵ نقض جلسة 1997/1/28 - الطعن رقم 82 لسنة 63 ق .

والثاني : أن تكون وقائع الأضرار الجديدة قد حدثت بعد الحكم برفض الدعوى الأولى وإن كانت مما تشملها الدعوى الأولى².

أما إذا تخلف أي من الشرطين السابقين فإنه لا مناص من الحكم بعدم قبول الدعوى الثانية لسابقة الفصل فيها بمقتضى الحكم الصادر في الدعوى الأولى واحتراماً لحجيته³.

- ورغم أن الضرب وغياب الزوج هاجراً لزوجته يعدان من صور الإيذاء الذي يلحق بالزوجة إلا أنه لا يحق للزوجة أن تقيم دعواها بطلب التطليق للضرر المتمثل في الضرب وفقاً للمادة السادسة أمام محكمة أول درجة ثم تضيف أمام محكمة الاستئناف طلب التطليق للغيباب إعمالاً للمادة (12) حيث يعد ذلك منها طلباً جديداً لاختلاف سببه لا يجوز قبوله إعمالاً للمادة 235 من قانون المرافعات⁴ إلا أن قيام الزوجة برفع الدعوى بطلب الطلاق للضرر المتمثل في الضرب أو الشتم مثلاً دون تحديد لنوع هذا الضرر أو سببه ثم قيامها بتحديد نوع الضرر أو سببه أو إضافة صور أخرى لهـ. لأن تطلب أمام محكمة أول درجة التطليق للضرر المتمثل في الضرب ثم تضيف أمام محكمة الاستئناف صور أخرى كالسب أو الهجر - لا تخرج عن نطاق المادة السادسة أمام محكمة الاستئناف لا يعد منها طلباً جديداً في مفهوم المادة 235 سالفة الذكر⁵.

- وهجر الزوج لزوجته يعد من أشد ضروب الضرر الذي ينال من الزوجة ومشاعرها إذ تشعر حينئذ أنها ليست مع زوج تتمتع بعطافه وحنانه وعشته⁶ وكذا تراخيه في إتمام الزوجية بسبب يرجع إليه⁷.

- ويعتبر هذا الهجر ضرراً للزوجة حتى لو لم يقصد الزوج بذلك الهجر الإضرار طالما أن الهجر قد تحقق بالفعل وذلك على ما اعتمد بعض فقهاء المالكية الذى استمد منه القانون أحکام الطلاق للضرر استناداً إلى الحديث الشريف (لا ضرر

¹ نقض أحوال جلسة 20/2/1974 - ص 379 - س 25 - الطعن رقم 46 لسنة 40 ق.

² نقض أحوال جلسة 16/12/1986 - الطعن رقم 87 لسنة 55 ق - س 37 .

³ نقض الطعن رقم 17 لسنة 42 ق - جلسة 26/11/1975 - ص 1499 - س 26 .

⁴ نقض الطعن رقم 12 لسنة 53 ق - جلسة 26/6/1984 .

⁵ نقض الطعن رقم 251 لسنة 64 ق - جلسة 14/2/2000 وراجع أيضاً المادة (58) من القانون رقم 2000 لسنة 2000 .

⁶ الحكم رقم 1021 لسنة 1985 - كلى شمال القاهرة .

⁷ نقض أحوال جلسة 28/4/1987 - الطعن رقم 90 لسنة 55 - س 38 - الحكم رقم 1021 لسنة 1985 - كلى شمال القاهرة .

ولا ضرار) وبأن الوطء يتعلق به حق الزوجة وبهجره لفراشها يكون قد فوت عليها ذلك الحق ولا يكون إمساكا لها بالمعروف¹.

• ولم ينص في قوانين الأحوال الشخصية على مدة محددة يجوز للزوجة بانقضائها طلب الطلاق للهجر كما لم يرد بذلك قول متفق عليه في المذهب المالكي الذي استمد منه نص المادة السادسة إلا أن الوارد لدى الفقهاء بوجه عام وباعتبار أن الهجر درب من دروب الضرر لدى المالكية جواز طلب التطليق للهجر² وأن أقل مدة للهجر يجوز بعدها للزوجة طلب التطليق لهذا السبب هي ستة أشهر هجرية سابقة على رفع الدعوى استناداً على ما استته عمر بن الخطاب رضي الله عنه من إرساله للجند إلى ساحة القتال لمثل هذه المدة باعتبار أنها أقصى ما تستطيع المرأة الصبر عليه من غياب زوجها وقد استقى عمر في ذلك السيدة حفصة ، أما أنها أشهر هجرية فذلك باعتبارها التقويم المعتمد في الفقه الشرعي عملاً بمفهوم المخالفة لحكم المادة 23 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985³ وهذا هو ما يجرى به العمل بنيابات ومحاكم الأحوال الشخصية .

• ونحن نرى أنه يتبعن لطلب التطليق للهجر باعتباره إحدى صور الإيذاء الذي يلحق بالزوجة أن تكون الزوجة مدخلاً بها إذ أن افتراق الزوج عن زوجته قبل الدخول بها لا يعرضها لخشية الفتنة التي لا تتولد لدى المرأة إلا بالدخول وهو ما اعتبرت معه محكمة النقض أن تراخي الزوج في الدخول لمدة تسعة أشهر من تاريخ العقد بسبب صعوبة ظروفه المادية لا تعد كافية للقول بأستطاله الهجر إلى الحد الذي تتوافر معه المضاراة الموجبة للتطليق⁴ .

ومن أحكام المحاكم في التطليق للهجر ما جاء به حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية إذ جرى قضاها على القول "وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان الثابت من إطلاع المحكمة على الأوراق أن المدعية أقامت دعواها بطلب التطليق على زوجها المدعى عليه طلقة بائنة للضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها . فقد ثبت

¹ نقض أحوال جلسة 1979/2/21 - ص 558 - الطعن رقم 19 لسنة 48 ق - ونقض جلسة 1979/3/21 - ص 906 - س 30 - الطعن رقم 14 لسنة 47 ق .

² نقض أحوال - الطعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 1999/2/15 .

³ راجع في ذلك محمد زكريا البرديسي في الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية - ط 1967 - ص 331 حيث يقصر هذه المدة على أربعين شهر باعتبارها أقصى مدة حددتها العلماء للهجر في الموضع وراجع نقض أحوال جلسة 1983/5/17 - الطعن رقم 36 لسنة 52 ق - غير منشور .

⁴ نقض الطعن رقم 777 لسنة 71 ق - جلسة 2003 / 10 / 25 -

هذاضرر لدى المحكمة من أقوال شاهدي المدعية من أن الزوج لم يدخل بالزوجة منذ مدة تزيد عن الخمس سنوات ، وقد ذهب المالكيه وهم منأخذت المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 من مذهبهم أن من أسبابضرر قطع الزوج كلامه عن زوجته ، أو تولية وجهة عنها في الفراش ، وهجرها لغير تأديب مع إقامته معها في ذات البلد أو إيهاره امرأة أخرى عليها . وإذا كان ذلك وكانت المحكمة قد عجزت عن الإصلاح بين الزوجين لعدم حضور الزوج أي مرحلة من مراحل الدعوى رغم إعلانه ولرفض وكيلة المدعية المفوضة في الصلح الذي عرضته المحكمة ، الأمر الذي تتوافر معه شروط انتطبق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، وتكون دعوى المدعية قد قامت على أساس سليم من الشرع و القانون ، لذلك تقضى المحكمة بتطبيق المدعية على المدعى عليه طلقة بائنة للضرر" .

- ويعين الإشارة إلى قضاء محكمة النقض قد ذهب في هذا الصدد إلى أن سبق صدور حكم برفض دعوى الزوجة بطلب التطبيق للهجر لا يحول دون رفع دون رفع دعوى تطبيق أخرى استناداً إلى الهجر الذي استطال إلى ما بعد صدور الحكم الأول¹.

- ولا يعد إسلام الزوج في ذاته سبباً لطلب التطبيق للضرر وإنما إذا نتج عن ذلك شقاق بينهما نتيجة هذا الإسلام مما يجعل الحياة بينهما غير هادئة فإن لها أن تطلب التقرير لهذا الشقاق ، كما لها أن تتضرر إذا ثبتت أن زوجها يكرهها على الإسلام إذ لا إكراه في الدين .

- وطلب التطبيق بسبب هجر فراش الزوجية لا يتوقف على حالة الزوج من حيث قدرته على المعاشرة الزوجية أو عجزه عنها بسبب كبر السن أو صغرها لأن المهم هو تضرر الزوجة من الهجران ، ولا يعد الهجر ضرراً – كما قدمنا – إلا بعد الدخول لأن غير المدخول بها لا تتضرر من عدم الواقع ، إلا أن عدم الدخول بالزوجة لمدة طويلة بعد عقد القران بسبب لا يرجع إليها يعد من ضروب الهجر يعطيها الحق في طلب التطبيق² أما إذا ثبت أن الهجر كان بسبب يرجع إلى الزوجة كسفرها إلى خارج البلاد فلا يتحقق الهجر في جانب الزوج ويعين على المحكمة القضاء برفض الدعوى³.

¹ نقض أحوال – الطعن رقم 499 لسنة 64 ق – جلسه 64 ق – جلسه 15/2/1999.

² نقض أحوال الطعن رقم 92 لسنة 58 ق – جلسه 18/12/1990 ونقض أحوال جلسه 21/3/1979 –

ص 906 – س 30 – الطعن رقم 14 لسنة 47 ق .

³ الحكم رقم 864 لسنة 1984 – جلسه 5/4/1986 – كل جنوب القاهرة .

• ومن صور الضرر التي شهدتها ساحات المحاكم وكانت سبباً للتطليق لهذا السبب ادعاء الزوج أن زوجته على علاقة بغيره أو كانت¹ وتعاطي الزوج المخدرات وارتكاب الفحشاء²، وإفشاء الزوج لسر خاص به وزوجته³ وإثبات الزوجة في غير موضع الحرف⁴ وتحرير المحاضر ضدها ورفع الدعاوى الكيدية وابتزاز أموالها ومصاغها⁵ وتراخيه عمداً في الدخول بها⁶ وقيامه بالتدليس على الزوجة وإيهامها أنه ذا منصب مرموق ثم تبين أنه محتال⁷ وصدور العديد من الأحكام القضائية ضده في جرائم مخلة بالشرف⁸ وكذا طردها من مسكن الزوجية⁹ وتعدد الدعاوى المقدمة بينهما¹⁰.

• وإذا كان وقوع الأذى من الزوج على الزوجة لمرة واحدة كاف ليحق لها طلب التطليق للضرر¹¹ إلا أنه يتبع أن يكون الضرر قد وقع فعلاً فتوقع زواله أو محاولة رأبه غير مانع من التطليق¹².

• ولا يحول خروج الزوجة على طاعة الزوج وحصوله على الحكم بنشوزها بينها وبين طلبها التطليق للضرر والحكم لها بذلك لما هو مقرر من اختلاف دعوى النشوز عن دعوى التطليق موضوعاً وسبباً¹³.

• ومجرد تخلف الزوج عن إعداد مسكن الزوجية أو تهيئة مسكننا للطاعة لا يعد وحدة ضرباً من ضروب الضرر الذي يعطى الزوجة الحق في طلب التطليق وكذا حبسه في نفقتها¹⁴.

¹ الحكم رقم 1962 لسنة 1983 - جلسة 12/25/1983 - كلى جنوب القاهرة .
² حكم محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم 109 لسنة 102 قضائيه - جلسة 1985/6/6 وفسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجة ما لم يتعد إثره إليها كان يحضر صواحبه في منزل الزوجية أو يحرضها على الفسق والبغور .

³ نصر الجندي في مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما - ص 202, 201.

⁴ نقض أحوال - جلسة 1976/11/3 - ص 1516 - الطعن رقم 19 لسنة 45 ق.

⁵ محكمة استئناف القاهرة في الاستئناف رقم 448 لسنة 100 ق - جلسة 1985/4/26.

⁶ نقض أحوال - الطعن رقم 45 لسنة 54 ق - جلسة 1985/3/12 - س 36 .

⁷ الحكم رقم 24 لسنة 1985 - جلسة 1986/6/24 - كلى جنوب القاهرة .

⁸ الحكم رقم 871 لسنة 1985 - جلسة 1984/4/27 - س 35 .

⁹ حكم الاستئناف رقم 244 لسنة 46 ق - استئناف المنصورة - مأمورية الزقازيق جلسة 2004/2/25 .

¹⁰ نقض الطعن رقم 376 لسنة 67 ق - جلسة 11 / 5 / 2004 .

¹¹ نقض أحوال جلسة 1981/3/31 - ص 994 - الطعن رقم 33 لسنة 50 ق .

¹² نقض الطعن رقم 19 لسنة 48 ق - جلسة 1979/2/21 - ص 588 - س 30 .

¹³ نقض أحوال جلسة 1986/12/16 - الطعن رقم 50 لسنة 55 ق - س 37 .

¹⁴ مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما - نصر الجندي - ص 208 .

• ولا يشترط لتحقق الضرر وجوب إقامة الزوجين في معيشة مشتركة وقت الأذى فيتحقق الضرر حتى مع خروج الزوجة على طاعة الزوج وهجرها مسكن الزوجية والإقامة لدى ذويها¹.

• ويفترق هجر الزوج لزوجته (المادة 6) عن غياب عنها المحكوم بالمادة (12) من القانون إذ أنه يشترط في الأخير أن تستطيل مدة انقطاع الزوج عن الزوجة لمدة سنة ميلادية كاملة قبل رفع الدعوى فضلاً عن وجوب ثبوت إقامة الزوجين في بلد واحد حتى تتحقق صورة الهجر طبقاً للمادة السادسة وإلا اعتبر انقطاع الزوج غياباً يخضع لحكم المادة الثانية عشرة إذا ما ثبت أن الزوجين قد افترقا إلى بلدين مختلفين .

• وجدير بالذكر أن مفهوم البلد في هذا النطاق يتحدد بمحل إقامة الزوجين في مدينة واحدة حيث تعتبر القاهرة وبنها ببلدين مختلفين وكذا المنصورة والمحلة أو المدينة الواحدة والمركز أو القرى التابعة لها².

• وقد اشترط المشرع أن يبلغ الضرر حدأ لا يستطيع معه دوام العشرة حتى يحكم القاضي بالتلطيق ونحن نرى أنه يجب النظر إلى هذا المفهوم من خلال منظور أشمل يضم العبارة المشابهة المنصوص عليها في المادة 11 مكرر من القانون والتي جاءت على نحو "ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعدى معه دوام العشرة" إنما يكشف عن أن المشرع قد قصد التشديد في حل رابطة الزوجية في حالة الطلاق للضرر عنه في حالة الطلاق للزواج من أخرى ، إذ بينما يشترط أن يكون الضرر قد بلغ حدأ يستحيل معه دوام العشرة في حالة الطلاق للضرر على ما انتهت إليه محكمة النقض في تفسيرها لتلك العبارة³ طبقاً للمادة السادسة يكتفى أن يكون الزوج من أخرى قد أصاب الزوجة بضرر (يتعدى معه فقط) دوام تلك العشرة دون اشتراط أن يصل الضرر في الحالة الأخيرة إلى حد يستحيل معه دوام العشرة ، إلا أنه لا يشترط في ذات الوقت أن تكون الحالة ميوساً منها⁴ ويعزز ما نذهب إليه أن المشرع قد اشترط في حالة طلب الطلاق للضرر طبقاً للمادة السادسة في حالة تكرار الشكوى اتخاذ إجراءات التحكيم رغم

¹ نقض أحوال جلسة 1974/2/20 - ص 379 - الطعن رقم 46 لسنة 40 ق.

² انظر التعليق على المادة 12.

³ نقض أحوال جلسة 1983/6/28 - الطعن رقم 50 لسنة 52 ق - ص 1495.

⁴ نقض أحوال جلسة 1978/5/10 - ص 1217 - الطعن رقم 12 لسنة 46 ق.

تكرار الشكوى حين أنه لم يوجب اتخاذ هذه الإجراءات في حالة طلب الطلاق للزواج من أخرى وهذا النظر هو المستفاد من مناقشات المادة 11 مكرر بمجلس الشعب¹.

- وتقدير مدى الضرر وما إذا كان قد جعل دوام العشرة مستحيلاً من عدمه أمر متروك لقاضى الموضوع يعمل فيه سلطته التقديرية². إلا أن خلو الحكم من النص على أن الضرر قد جعل دوام العشرة مستحيلاً لا يعييه طالما أنه انتهى إلى ثبوت وقوع الأذى من الزوج ضد الزوجة وتضررها منه.

- والقانون رقم 25 لسنة 1929 قصر طلب الطلاق للضرر على الزوجة دون الزوج باعتبار أن الزوج يملك رفع الضرر الواقع عليه من الزوجة بطلاقه إليها بإرادته المنفردة.

- ويثبت الضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين³ باعتبار أن المشرع بعد أن نقل حكم التطليق للضرر من مذهب الإمام مالك لم يحل فى إثباته إلى هذا المذهب كما لم ينص على قواعد خاصة فى هذا الشأن مما يتبع معه الرجوع فيما يتعلق بقواعد الإثبات المتصلة بذلك الدليل إلى أرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبي حنيفة⁴ عملاً بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 فتكون البينة من رجلين أو من رجلين وامرأتين⁵ كما يثبت بكافة طرق الإثبات الأخرى كالقرائن ونحوها.

- وتجدر الإشارة إلى أن المقرر أنه إذا تساوت البينات فى هذا الخصوص تعين ترجيح بينة الإثبات على بينة النفي لأن البينات شرعت للإثبات لا النفي⁶ وباعتبار أن ذلك من سلطة محكمة الموضوع⁷.

¹ مضبوطة الجلسه 97 لمناقشات أعضاء مجلس الشعب للقانون رقم 100 لسنة 1985.

² نقض أحوال جلسه 19/5/1987 - الطعن 2 لسنة 55 ق - س 38.

³ نقض أحوال جلسه 2000/1/17 - الطعن رقم 345 لسنة 65 ق والأمر يختلف لدى الأقباط الأرثوذوكس حيث يجوز إثبات الفرقه بشاهد واحد براجح نقض - جلسه 1990/6/26 - الطعن رقم 90 لسنة 59 - س 41 ، كما يشترط الفقه المالكي الذى استقى منه النص الموضوعي لإثبات الضرر شاهدين ذكوراً لا امرأة فيهما.

⁴ يعرف علماء الأصول "القول الراجح" بأنه هو ما قوى دليله وذلك على خلاف "المشهور" فهو ما كثر قائليه وهما على خلاف المفتى به والذى قد يكون راجحاً أو مشهوراً أو كلامها مجتمعان - راجع فى تعريف المصطلحات الشرعية مؤلف البحث الفقهي - طبيعته وخصائصه - إسماعيل سالم عبد العال - ط 1993 - ص 180 وما بعدها.

⁵ نقض الطعن رقم 300 لسنة 63 ق - جلسه 1998/1/20.

⁶ نقض أحوال جلسه 1986/6/24 - الطعن رقم 116 لسنة 55 ق - س 37.

⁷ نقض أحوال جلسه 1987/5/19 - الطعن 56 لسنة 54 ق - س 38.

- والشهادة على وقائع الضرر يتعين إلا تكون سمعية¹ فعلى الشاهد أن يكون قد عاين المشهود عليه بالعين أو السماع بنفسه ذلك أن المقرر أن الشهادة السمعية لا تصلح لثبوت أو نفي الضرر المبيح للتطبيق².
- وكما لا يجوز إثبات مضاراة الزوج بشهادة سمعية فإنه لا يصح أيضاً نفيها بشهادة سمعية³.
- وقد ذهب البعض إلى اشتراط تكرار الشهادة على وقائع الضرر المتكررة كل على حدة بحيث إذا ادعت الزوجة أن الزوج اعتدى عليها في يوم كذا ثم عاود سبها في يوم آخر ثم أعاد ضربها في يوم ثالث تعين توافر نصاب الشهادة عن كل واقعة من الوقائع الثلاث على حدة⁴ إلا أن محكمة النقض انتهت إلى كفاية اتفاق أقوال الشهود على إضرار الزوج بزوجته على وجه معين دون اشتراط أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من وقائع الإضرار على حدة⁵ وعلى ذلك فإذا أقام الحكم قضاوه بالتطبيق على ما شهد به شاهدى الإثبات من دأب الزوج على سب الزوجة فلا ينال من صحة هذه الشهادة تفاوت أقوال الشاهدان حول بعض التفاصيل التي لا تمس جوهر الواقع المشهود بها⁶. كما لا ينال من صحة الشهادة فى مثل تلك الحالة (الشهادة على السب أو الشتم) اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان لكون المشهود به فى هذه الحالة قوله محسناً⁷.
- إلا أنه يشترط فى الشهادة أن تكون موافقة للدعوى فلا تقبل الشهادة إذا شهد الشهود بأكثر مما ادعاه المدعى أو بغيره لأنه بذلك يكون قد اكذب شهوده⁸.

¹ الشهادة السمعية تختلف عن الشهادة بالتسامع وأقوى منها والأولى تكون حين يشهد الشاهد أن ما يشهد به سمعه من شخص محدد وقد يكون المشهود له أو ضدء أما الشهادة بالتسامع تكون حين يشهد الشاهد أن ما يشهد به استقاء من الرأى الشائع الذى تداوله الناس عن الواقعة المراد إثباتها وكلاهما لا تصلح لثبوت الضرر.

² نقض أحوال جلسة 24/3/1987 الطعن رقم 104 لسنة 55 ق ، حين أن الشهادة السمعية جائزة للحكم بالتطبيق لدى الأقباط الأرثوذكس - انظر فى ذلك نقض الطعن رقم 138 لسنة 57 ق - جلسة 20/12/1988 - س 39 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 4 لسنة 55 ق - جلسة 25/3/1986 والطعن رقم 52 لسنة 52 ق - جلسة 25/2/1986 - س 37 .

⁴ محمد الدجوى فى شرح الأحوال الشخصية - ص 268 ، 272 - والحكم رقم 445 لسنة 102 ق - استئناف القاهرة - جلسة 6/3/1986 .

⁵ نقض أحوال الطعن رقم 33 لسنة 50 ق - جلسة 31/3/1981 - ص 994 والطعن رقم 116 لسنة 55 ق - جلسة 24/6/1986 و 17/1/1987 والطعن رقم 107 لسنة 55 ق - س 38 .

⁶ نقض أحوال جلسة 31/3/1987 - الطعن رقم 82 و 83 لسنة 54 ق - س 38 .

⁷ نقض أحوال الطعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 15/2/1999 .

⁸ نقض أحوال الطعن رقم 69 لسنة 64 ق - جلسة 30/11/1998 .

- ولا تقبل في هذا المجال شهادة الفروع للأصول أو شهادة الأصول للفروع¹ إلا أن شهادة القرابات لبعضهم البعض تعد مقبولة .
- ويثير التساؤل حول ما إذا كان الحكم الجنائي الصادر بإدانة الزوج في جنحة ضرب الزوجة يكفي للقضاء بتطليق الزوجة على الزوج للضرر دون حاجة إلى وسائل إثبات أخرى .
- فقد تستند الزوجة في إثبات وقائع اعتداء الزوج عليها ضرباً وسباً إلى سبق صدور حكم جنائي ضده لثبت اعتدائه عليها بالضرب فهل يكفي هذا الحكم لحمل القضاء لها بالتطليق على الزوج استناداً إلى هذا الدليل وحده .

والذى يثير هذا التساؤل أن إثبات وقائع الإضرار المتمثلة في اعتداء الزوج على الزوجة بالضرب إنما يتشرط ثبوتها بمشاهدة العين حيث لا يكفى إقامة الدليل عليها ببينة سمعية وأن يشاهد تلك الوقائع رجلان عدلان أو رجل وامرأتان حتى تذكر إدعاها الأخرى ، فى حين أن الحكم الجنائي الصادر بالإدانة ضد الزوج لاعتدائه عليها يستند غالباً إلى مجرد ما جاء بأقوال المجنى عليها وما ثبت بالقرير الطبى المحرر بعد توقيع الكشف الطبى عليها فهل يعد مثل هذا الحكم دالاً على نسبة الإصابات التى وجدت بالزوجة إلى الزوج لمجرد أنها ادعت باعتدائه عليها بالضرب ؟ وهل يمكن للكشف الطبى الموقعة عليها فى إطار الدعوى الجنائية الجزم بأن الإصابات التى شوهدت بالزوجة لا تكون إلا من فعل الزوج ؟ هذا لا يمكن القول به ومن هنا ظهرت مشكلة تعارض اختصاص الإثبات فى مسائل الأحوال الشخصية بقواعد خاصة وقاعدة حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدنى ومنه قضايا الأحوال الشخصية بطبيعة الحال، هل يعد مثل الحكم الجنائي الذى صدر بإدانة الزوج لمجرد أقوال الزوجة المجنى عليها وما ورد بالقرير الطبى حجة دالة على نسبة إحداث إصابات الزوجة إلى الزوج فى أمر يتشرط لإثباته شرعاً أن يشاهده شاهدان عدلان مشاهدة العين ؟ والإجابة على هذا التساؤل تتحصر فى القول بأن الحكم الجنائي البات يقيد القضاء المدنى فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم² وأن هذا المبدأ يشمل نطاقه الدعوى المدنية بالمعنى الواسع حيث يمتد إلى جميع الدعاوى المدنية مثل

¹ نقض أحوال جلسة 30/7/1991 - الطعن رقم 63 لسنة 59 ق.

² نقض جنائى في 30/12/1972 ، منشور بمجلة المحاماة - العددان التاسع والعشر - السنة السادسة والخمسون - ص 61 .

دعوى الطلاق المترتبة على جريمة الزنا¹ وحقيقة الأمر في هذا المجال أن الضرر الواقع على الزوجة لا يقتصر أمر إثباته على البينة وحدها إذ هو يثبت بكلفة طرق الإثبات القانونية الشرعية فهو يثبت بإقرار الزوج به كما يثبت بالأوراق الرسمية والعرفية والقرائن فضلاً عن البينة أما إذا لجأ الزوجة إلى اختيار البينة وسياحتها لإثبات الضرر الموجب للتطبيق تعين عليها الالتزام بقيود البينة الشرعية على الضرر وهو شهادة رجل أو امرأة يشهدان برأييهما وقائع اعتداء الزوج على الزوجة مشاهدة العين كما سلف القول² وعلى ذلك فإن الزوجة تستطيع أن تلجاً في إثبات وقائع إضرار الزوج بها إلى غير البينة الشرعية ويدخل ضمن تلك الوسائل الأخرى ما عساه يكون قد صدر ضد الزوج من أحكام جنائية باتهامه لثبوت اعتداءه على الزوجة بالضرب مثلاً وذلك شريطة أن يكون الحكم الجنائي ضد الزوج بالإدانة هو لعقابه عن ذات وقائع الاعتداء التي تستند إليها الزوجة في دعواها بالتطبيق للضرر، أما إذا اختلفت واقعة اعتداء الزوج والتي صدر ضده الحكم الجنائي بشأنها عن تلك التي تستند إليها الزوجة في دعواها بالتطبيق انتقدت حجية الحكم الجنائي المذكور لاختلاف محل كل منها .

• وعلى ذلك فالحكم الصادر في الدعوى الجنائية – وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض – يجب أن تكون له حجية الشيء المحکوم فيه أمام المحكمة المدنية – ومنها محاكم الأحوال الشخصية وليس العلة في ذلك اتحاد الخصوص والموضوع والسبب في الدعويين وإنما هي في الواقع لتوافر الضمانات المختلفة التي قررها المشرع في الدعاوى الجنائية ابتعاد الوصول إلى الحقيقة فيها لارتباطها بالأرواح والحرمات بما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة الناس على الإطلاق وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام وهو ما يستلزم حتماً إلا تكون هذه الأحكام معرضة في أي وقت لإعادة النظر في الموضوع الذي صدرت فيه حتى لا يجر ذلك إلى تخطيتها من جانب أيّاً من جهات القضاء³ ذلك أنه ليس من المقبول في النظام الاجتماعي أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقعت منه ثم تأتي المحكمة المدنية فتفصل في بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه⁴ وتأكيداً لهذا الاتجاه ذهبت

¹ الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - أحمد فتحى سرور - طبعة 1980-ص1140.

² نقض أحوال الطعن رقم 84 لسنة 57 ق - جلسة 28/3/1989 والطعن رقم 126 لسنة 57 ق - جلسة 17/1/1989 - س 40.

³ نقض أحوال جلسة 9/5/1940 - الطعن رقم 49 لسنة 1 ق .

⁴ نقض أحوال جلسة 13/1/1944 - الطعن رقم 21 لسنة 5 ق .

محكمة النقض إلى أنه متى كانت الدعامة الأساسية – التي أقام عليها الحكم قضاهه بالتطبيق هي ما ثبتت للمحكمة من أن الطاعن قام بطرد زوجته – المطعون ضدها – من منزل الزوجية ودأب على سبها وهي تكفي وحدتها لحمل الحكم وكان يبين أن أحد الحكمين الجنائيين خاص باعتداء الطاعن على شخص لا صلة له بالدعوى وأن الثاني انتهى إلى تبرئة الطاعن من تهمة الاعتداء بالضرب على المطعون عليها وكان الحكم لم يؤسس قضاهه على هذه الواقعة فإن التذرع بالحجية يكون لا سند له¹.

- وحتى يكون الحكم الجنائي الصادر ضد الزوج من المحكمة الجنائية لاعتدائه على الزوجة له حجيته أمام القضاء الشرعي ، يتعين تكرار الإشارة هنا إلى وجوب أن تكون وقائع الاعتداء التي تستند إليها الزوجة في طلبها التطبيق هي ذاتها التي كانت تشكل موضوع الدعوى الجنائية وهو ما تعبّر عنه محكمة النقض بكون الفعل يشكل أساساً مشتركاً بين الدعويين الجنائية والمدنية² عملاً بالمادة 102 من قانون الإثبات ، أما إذا كانت وقائع الاعتداء التي تستند إليها الزوجة في دعوى الطلاق غير تلك التي حوكم الزوج عنها في الدعوى الجنائية بمقتضى الحكم الجنائي الذي تستند الزوجة إلى حجيته امتنع القول بالحجية مما يكون معه على الزوجة في هذه الحالة تقديم دليل آخر على وقائع الاعتداء المدعاة .

- ويعد من نافلة القول الإشارة إلى أن إعمال مبدأ الحجية على النحو السابق شرحه تتولاه المحكمة من تلقاء نفسها إذا ما انطوت الأوراق على حكم جنائي بات³ حيث يتعين على المحكمة الاستناد إليه والقضاء على أساسه لكتفيته وحده في هذه الحالة لحمل الحكم بالتطبيق ، أما إذا لم يصل الحكم الجنائي إلى هذه المرتبة جاز لمحكمة الأحوال الشخصية الاستناد إليه في إثبات إضرار الزوج بزوجته ولكن ك مجرد قرينة ضمن قرائن أخرى يتعين توافرها في الدعوى .

- وقد أوجب المشرع على المحكمة أن تعرض الصلح على طرفى الدعوى قبل إصدار الحكم فيها فإن هي أغفلت ذلك وقضت في الدعوى اعتبار حكماً معييناً بالخطأ في تطبيق القانون مما ينحدر به إلى مرتبة البطلان – باعتبار أن شرطى الحكم بالتطبيق للضرر هما ثبوت الضرر والعجز عن الإصلاح بين الزوجين⁴ .

¹ نقض أحوال جلسة 1976/1/22 - س 27 - ص 330 - الطعن رقم 580 لسنة 41 ق.

² نقض أحوال جلسة 1939/12/14 - الطعن رقم 60 لسنة 8 ق.

³ نقض أحوال الطعن رقم 40 لسنة 55 ق - جلسة 1986/6/24 - س 37 .

⁴ نقض أحوال جلسة 1984/2/21 - الطعن رقم 53 لسنة 52 ق - س 35 .

• إلا أن وجوب عرض الصلح والذى يترتب على عدم القيام به بطلان الحكم لا يشترط إلا فى حالة الحكم بالتلطيق ، أما إذا كانت المحكمة قد انتهت فى الدعوى إلى القضاء برفضها فإن ثبوت تخلفها عن عرض الصلح خلال نظرها لا يبطل الحكم الصادر بالرفض ذلك أن هدف المشرع من اتخاذ إجراء عرض الصلح هو الحيلولة دون فصم عرى الزوجية رغم ثبوت ما يدعوا إلى التفريق وهو ما لا يتحقق إذا رفضت الدعوى¹ .

• وقد أوجبت المادة (18) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية فى فقرتها الثانية على المحكمة تكرار عرض الصلح على طرفى التداعى فى حالة ما إذا ثبت أن لهما أبناء مرتين على الأقل ، على أن يفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثة يومناً ولا تزيد على ستين يوماً .

• وتكرار عرض الصلح فى حالة وجود أبناء للزوجين الهدف منه لا يخرج عن محاولة لإتاحة الفرصة للزوجين لمراجعة النفس قبل المضى فى نظر الدعوى .

• ويجوز للمحكمة أن تكرر عرض الصلح لأكثر من مرتين (ثلاث أو أربع وهكذا) فعرض الصلح مرتين يمثل الحد الأدنى لعدد مرات عرض الصلح إلا أن المدة التى يستغرقها عرض الصلح مهما تعددت يجب إلا تقل عن ثلاثة يومناً بين كل عرض وعلى إلا تتجاوز مدة عرض الصلح عن ستين يوماً مهما تعددت مرات عرضه .

• والمواعيد المنصوص عليها بالمادة 2/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 من المواعيد التنظيمية التى لا يترتب على مخالفتها ثمة بطلان .

• ولا يشترط حضور الزوجين لعرض الصلح عليهما شخصياً إذ يكفى حضور وكيل مفوض فى الصلح عن كل زوج² ويكون رفض الصلح من إدراهما كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين³ .

• وعلى ذلك فإذا ما أقامت الزوجة الدعوى بطلب الطلاق للضرر وجب على المحكمة عرض الصلح على الزوجين فإذا حالفها التوفيق فى الإصلاح بينهما فبها وإذا

¹ نقض الطعن رقم 101 لسنة 1998/12/28 ق - جلسة 64 .

² نقض أحوال جلسة 1980/12/23 - ص 2115 - س 31 - الطعن رقم 45 لسنة 48 ق .

³ نقض أحوال جلسة 1980/3/5 - ص 752 - الطعن رقم 47 لسنة 48 ق وجلسة 24 - 1987/3/24 - الطعن رقم 97 لسنة 55 ق - س 38 .

عجزت عن الإصلاح وجب على المحكمة اتخاذ الإجراءات التي تبيح للزوجة إثبات وقائع الإضرار بها وأهمها – على ما يجري عليه العمل – إصدار حكم تمهدى بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت الزوجة المدعية بشهادة الشهود عناصر دعواها ويتبعن أن يكون الشهود قد شاهدا وقائع الإضرار بأنفسهم حيث لا يجوز إثبات الضرر بالشهادة السمعانية¹ طبقاً للراجح بالمذهب الحنفي².

- وإذا كانت عبارة النص ترجح قيام المحكمة بعرض الصلح على الزوجين بعد إثبات الزوجة لدعواها إلا أننا نرى أنه يكفى ثبوت قيام المحكمة بعرض الصلح على طرفى الدعوى فى أى مرحلة من مراحلها أى سواء قبل إثباتها أو بعد الإثبات .

- وجدير بالذكر أنه يتبعن أن تتطوى محاضر الجلسات على ما يدل على قيام المحكمة بعرض الصلح على الطرفين فلا يكفى عرض الصلح على الزوجين شفاهة³ كما لا يكفى مجرد الإثبات بمحاضر الجلسة أن المحكمة عرضت الصلح وإنما يتبعن على المحكمة إثبات الدور الذى قامت به بمحاضر الجلسة وبأسباب الحكم وإنما الحكم باطلأ⁴.

- كما لا يشترط وحتى يمكن القول بقيام المحكمة بعرض الصلح على الطرفين أن يثبتت قيام المحكمة بذلك بطريق معين و إنما يكفى أن تتطوى محاضر الجلسات بذلك⁵ فيكفى للقول باتخاذ هذا الإجراء مجرد قيام المحكمة بتأجيل نظر الدعوى عدة مرات تمكنا للزوجين من إتمام الصلح بينهما⁶.

- ويجوز عرض الصلح أمام محكمة الاستئناف إذا كان قد فات على محكمة أول درجة عرضه على الطرفين حيث يتحقق بذلك تلافي العيب الذى يكون قد شاب حكم محكمة أول درجة⁷.

¹ نقض أحوال جلسة 13/3/1984 – الطعن رقم 6 لسنة 53 ق – س 35 .

² نقض أحوال الطعن رقم 1 لسنة 54 ق – جلسة 16/4/1985 – س 36 .

³ نقض أحوال الطعن رقم 21 لسنة 55 ق – جلسة 15/4/1986 – س 37 .

⁴ نقض أحوال الطعن رقم 377 لسنة 63 ق – جلسة 19/5/1998 .

⁵ ونحن نرى أن المشرع قد أوجب بمقتضى حكم المادة 18/2 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تكرار عرض الصلح من المحكمة على الخصوم مرتين على الأقل إذا ما كان لهما ولد على أن تفصل بين المرتدين مدة لا تقل عن ثلاثة يومنا ولا تزيد على ستين يوما ، وإطلاق القول الوارد بالنص إنما يعنى وجوب انطاقه بالنسبة لكافحة دعاوى التطليق أيا كان سببه ، إلا إننا نرى أن المواعيد المنصوص عليها من قبيل المواعيد التنظيمية التى لا يترتب على مخالفتها ثمة بطلان .

⁶ نقض أحوال الطعن رقم 23 لسنة 54 ق – جلسة 11/3/1986 – س 37 .

⁷ راجع نقض أحوال جلسة 28/6/1988 – الطعن رقم 33 لسنة 57 ق .

• ولا موجب لإعادة عرض الصلح أمام محكمة الاستئناف طالما انطوت محاضر جلسات محكمة أول درجة على قيام تلك المحكمة بعرضه وذلك إعمالاً لقاعدة أن الاستئناف ينقل الدعوة بالحالة التي كانت عليها أمام محكمة أول درجة والتي تنظمها المادة 232 من اتفاقات.

• وقد تناول النص مرحلة لاحقة لرفض دعوى الطلاق طبقاً للعرض المتقدم وهي حالة تكرار الشكوى وذلك بمعاودة الزوجة بعد رفض الدعوى الأولى إقامة دعوى جديدة بطلب التطليق على الزوج لإضراره بها ضرباً أو سبأ أو هجراً فإذا ثبتت المحكمة أن الزوجة استندت إلى ذات الواقع التي جعلتها سندًا لها في دعواها الأولى بالطلاق حكمت المحكمة بعدم جواز نظر الدعوى الثانية لسابقة الفصل فيها بمقتضى الحكم الصادر في الدعوى الأولى وذلك احتراماً لحجية هذا الحكم الأخير وإعمالاً للمادة 101 من قانون الإثبات والقول الراجح بالمذهب الحنفي .

وتجدر بالذكر أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي يتبعها المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض¹ .

أما إذا كانت الأسباب التي تستند إليها المدعية في دعواها الثانية بالتطليق تختلف عن تلك التي كانت قد اتخذت منها سندًا لدعواها الأولى وكانت هذه الواقع جديدة استجدة بعد صدور الحكم في الدعوى الأولى وإنما اعتبر ، وقد شملتها الدعوى الأولى – كان ذلك من المدعية ما يعد – في مفهوم المادة السادسة – تكرار لشكواها ، وفي هذه الحالة يتبعها المحكمة – طبقاً لما ورد بعجز المادة – أن تتخذ إجراءات إثبات الدعوى وأهمها أيضاً ، وكما أسلفنا القول إصدار حكم تمهدى يقضى بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية عناصر دعواها ووقائع الضرر فإذا نجحت المدعية في الإثبات فلا يكون للمحكمة هنا أن تقضى برفض الدعوى بل يتبعها أن تتخذ إجراءات التحكيم التي نص عليها في المواد من 7 إلى 11 من القانون² .

ويلاحظ أنه لا يجوز اتخاذ إجراءات التحكيم في هذه الحالة الأخيرة إلا بعد ثبوت فشل المدعية في إثبات الضرر³ ويتعين على المحكمة إثبات ذلك في مدونات

¹ نقض أحوال جلسة 1974/4/29 - ص 752 - الطعن رقم 85 لسنة 39 ق.

² نقض أحوال الطعن رقم 90 لسنة 54 ق - جلسة 1985/4/9 وجلسة 1986/12/16 - الطعن رقم 87 لسنة 55 ق - س 37 .

³ نقض أحوال جلسة 1987/3/31 - الطعن 82 و 83 لسنة 54 ق وجلسة 1988/12/20 الطعن رقم 38 لسنة 56 ق - س 39 .

حكمها باعتبار أنه من مسائل القانون التي تخضع فيها لرقابة محكمة النقض وإلا كان حكمها معيناً بعيب مخالف للقانون والخطأ في تطبيقه.

- والمقصود بتكرار الشكوى في هذا المقام وجوب سبق رفض الدعوى بالتطبيق مرتين فأكثر للعجز عن الإثبات وليس لسبب غيره.

- ومفهوم تكرار الشكوى هو سبق إقامة الدعوى بالاستناد إلى المادة السادسة ورفضها ثم معاودة إقامة الدعوى استناداً إلى الضرر المنصوص عليه بذات المادة – إيجاباً أو سلباً – بحيث لا يعد تكرار للشكوى سبق إقامة الدعوى بطلب التطبيق لضرر الغياب أو العيب أو عدم الإنفاق مثلاً والقضاء برفضها ثم معاودة رفع الدعوى بطلب الطلاق لضرر المادة السادسة.

- ولا يحول ظهور تأفيق دعوى التطليق – عند تكرار الشكوى – دون تعين الحكيمين فالعبرة بتكرار الشكوى دون غيره.

- فإذا اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم دخلت دعوى الطلاق مرحلة جديدة من أهم ما يميزها ثبوت عدم إضرار الزوج بالزوجة أو إخفاقةها – في القليل – في إثبات إضراره بها حيث يتم نظر الدعوى هنا من خلال منظور مؤاده محاولة التوفيق بين الزوجين وإزالة الخلافات التي قد تكون مشتركة أو من جانب الزوجة وحدها مما يمكن القول معه بتحول سبب الطلاق في هذه الحالة إلى (استحالة العشرة) أو (الشقاق بين الزوجين) وليس إلى الضرر بمفهوم المادة السادسة من ضرب أو سب أو هجر.

- واتخاذ إجراءات التحكيم يعد من الإجراءات الوجوبية بالنسبة للمحكمة وللخصوم فليس لأنها سلطة تقديرية في ذلك ، فإذا صدر من أى من الخصوم ما يعد رضاً لاتخاذ تلك الإجراءات تعين على المحكمة الالتفات عن ذلك والمضي قدماً فيها .

- ويقوم الحكمان – بتعرف أسباب الشقاق بين الزوجين طبقاً للمادة التاسعة في فقرتها الثانية إلى أن ينتهي الأمر بوضع التقرير النهائي الذي يتضمن ما انتهيا إليه من رأى على التفصيل الوارد في التعليق على المواد من 7 إلى 11 من القانون .

- ولقد كان المفهوم السائد قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية أن ما يتفق عليه الحكمان من رأى

يكون ملزماً للمحكمة¹ ويقتصر دور المحكمة على توثيقه ولا تملك بسط سلطتها القديرية عليه بإلغائه أو تعديله وذلك لما كان مقرر من أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة بحيث أنها إذا اتفقا نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه غير تعقيب ولو خالف مذهبه وإن اختلفا فطلاق أحدهم ولم يطلق الآخر سارت المحكمة في الإثبات.

• وإذا كان مؤدى أن الحكمان طريقهما الحكم لا الشهادة يلتزم القاضى بما ينتهيإليه إلا أن ذلك كان مشروط بانطباق ما ينتهيإليه ونصوص الشريعة والقانون وإلا تعين إهماله مثل ذلك وجوب أن يتضمن تقرير الحكمين إذا ما انتهيإلى التطبيق ما يفيد صدور الأذى من الزوج دون الزوجة حتى يقبل منها التقرير بعدم إسقاط حقوق الزوجة المالية.

• وجدير بالذكر أن الحكمان إما ينحجا في التوفيق بين الزوجين وإما أسباب الشناق بينهما أو أن ينتهيإلى التقرير على أساس أحد البدائل المنصوص عليها في المادة العاشرة ، فإذا نجحا في التوفيق اعتمدت المحكمة ما انتهيإليه ويكون عليها أن تصدر حكمها بإنهاء الدعوى صلحاً ، أما إذا انتهى الحكم إلى التقرير تعين على المحكمة أيضاً التصديق على ما انتهواإليه والحكم به .

• إلا أن القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية استحدث في المادة (19) قاعدة جديدة – استجابة لاقتراحنا من خلال اللجنة التي صاحت نصوصه والتي كان لنا فرصة عضويتها – مؤداها عدم وجوب تقيد المحكمة بما يتفق عليه الحكمان في الدعوى حيث أجاز لها بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أن تأخذ بما ينتهيإليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى² .

¹ نقض أحوال الطعن رقم 203 لسنة 60 ق - جلسة 28/3/1995 و نقض أحوال جلسة 20/2/1974 - ص 379 - س 25 - الطعن رقم 46 لسنة 40 ق .

² نقض المادة (19) من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أنه "في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكفل كلام من الزوجين تسمية حكم من أهله قدر الامكان في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تفاوض أيهما عن تعين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه ، وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معا ، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهمما بعد حلف اليمين ، وللمحكمة أن تأخذ بما ينتهيإليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى" .

• ويتبع على المحكمة أن تُضمن حكمها الفصل في أمر الحقوق المالية للزوجة من حيث إسقاطها كلياً أو بعضها أو عدم المساس بها وكذا ما تراه من بدل أن وجدت لذلك مقتضى وإلا كان حكمها معيناً بالقصور .

• إلا أنه يتشرط للفصل في أمر الحقوق المالية أن تكون محل مطالبة قضائية في الدعوى فإذا اقتصرت المدعية على طلب الحكم بتطليقها على الزوج واكتفى المدعي عليه رداً على الطلب بطلب رفضه دون أن يبدى طلباً عارضاً بإلزامها في حالة التفريح برد ما قبضته من المهر وسقوط حقوقها المالية فليس للمحكمة تعرض للفصل في أمر الحقوق المالية تقيداً منها بطلبات الخصوم ، وعلى ذلك فإذا ثار بين ذوى الشأن نزاع حول صحة العقد أو نفاده أو لزومه شرعاً كان لهم الحق في الالتجاء إلى القضاء قبل توثيقه طبقاً للقانون¹ .

• وإذا كان أحداً من الفقهاء لم يذهب إلى اشتراط توثيق عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية ليكون العقد صحيحًا إذ الكتابة أو التوثيق لا ينوقف صحة العقد عليهم لأنّه عقد رضائي يتم وينعقد صحيحًا بمجرد صدور الصيغة مستوفية لشروط الانعقاد والصحة وتحقق الإعلان والإشهار بين أسرتي الزوجين وغير ، ذلك أن طابع العقود في الفقه الإسلامي هو الرضائية وأن تميز عقد الزواج ببعض النواحي الشكلية التي منها اشتراط الأشهاد والإشهار² وعلى ذلك فإنّ المشرع لم يجعل توثيق عقد الزواج لدى الموثق المختص شرطاً لانعقاده أو صحته فعقد الزواج كما لا يزال حكمه أنه من العقود الرضائية التي تقوم بالتقاضي بالإيجاب والقبول وباستيفاء بقية شروط الانعقاد والصحة والنفاذ وللزوم عند من يعتمدون هذا التقسيم³ وغاية ما في الأمر أن المشرع ، وكما عبرت عن ذلك المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية – وحملًا للناس على تجنب ما يكتتف العقد العرفي من مشاكل أظهرها التطبيق العملي وإظهاراً لشرف هذا العقد بأن نصت على إلا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الواقع اللاحقة على أول أغسطس 1931 – عند الإنكار – ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية وذلك

¹ نقض أحوال جلسة 19/10/1998 - الطعن رقم 194 لسنة 64 ق

² نقض الطعن رقم 194 لسنة 64 ق - جلسة 19/10/1998 والطعن رقم 463 لسنة 73 ق - جلسة 2005/4/23

³ محمد سلام مذكور في أحكام الأسرة في الإسلام - ط 1969 - ج 1 - ص 11 .

سواء كانت الدعوى مجردة أو ضمن حق آخر¹ وعلى ذلك فإن المشرع لم يجعل توثيق عقد الزواج شرطاً لصحته وإنما كل الذي استطاع عمله - بمقتضى المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 - هو حرمان من لا يقوم بتوثيق عقد الزواج من المعونة القضائية فيما يترتب على العقد من آثار مع عدم المساس بصحة العقد ذاته وعلى ذلك جاء نص المادة 2/17 المشار إليها في فقرتها الثانية.

- وقد كان المقصود بعدم القبول هنا - في ظل المادة 99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 - عدم جواز إثبات الزوجية القائمة بعد التاريخ المنصوص عليه إلا إذا كانت واردة بوثيقة رسمية ، إلا أن محكمة النقض قصرت عدم الإثبات - في حكم صحيح لها - على الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج غير المؤوث (كدعوى النفقة أو الحضانة...الخ) دون الزواج ذاته التي أجازت إثبات وجوده أو صحته² عند الإنكار بكافة طرق الإثبات ، مما مؤدها - في رأينا - حق المتزوجة عرفياً في طلب الحقوق المترتبة على عقد الزواج العرفي من نفقة أو حضانة وغير ذلك شريطة أن تتضمن صحيفة الدعوى طلبين أولهما طلب إثبات صحة ونفاذ عقد الزواج العرفي وثانياًهما المطالبة بما يترتب على ثبوت ذلك العقد من حقوق تشكل جوهر طلبها الثاني من نفقة أو حضانة أو غير ذلك ، وإن كان ذلك يستلزم صيرورة الحكم الصادر في الطلب الأول بإثبات الزواج العرفي نهائياً حتى لا يحرم المدعي عليه فيه من التقاضي على درجتين باعتباره مما يتعلق بالنظام العام .

- والمنع المنصوص عليه في المادة ينصرف إلى كل من الزوجين أو ورثة أيهما أو الغير³ ، والدفع بعدم القبول من الدفوع الموضوعية التي تتعلق بالنظام العام يتبع على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها⁴ .

- وقد ذهب قضاء محكمة النقض - أيضاً - إلى أن تقدير إنكار الخصم للزوجية المدعاة من عدمه يعد من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض⁵ .

¹ انظر نقض الطعن رقم 136 لسنة 62 ق - جلسة 29/5/2000 والطعن رقم 497 لسنة 64 ق - جلسة 2000/4/10

² نقض أحوال الطعن رقم 463 لسنة 73 ق - جلسة 23 / 4 / 2005 .

³ أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية - زكيya البرى - ط 1970 - ج 1 - ص 51 .

⁴ راجع المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

⁵ نقض الطعن رقم 462 لسنة 64 ق - جلسة 15/2/2000 .

• وعلى ذلك فإن المنع يشمل عدم جواز إثبات أى حق من الحقوق التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها إلا إذا كانت الزوجية ذاتها ثابتة بوثيقة رسمية¹.

• فلا تقبل دعوى النفقة التى ترفعها المتزوجة عرفياً – إذا ما أنكر الزوج قيام الزوجية - لعدم ثبوت الزوجية فى وثيقة رسمية كما لا يعتد بإذن الطاعة الذى يرسله المتزوج عرفياً إلى زوجته – فى حالة الإنكار - لعدم ثبوت الزوجية فى وثيقة رسمية وهكذا . وعلى ذلك فإن الحقوق التى لا تكون الزوجية سبباً مباشراً لها فيجوز قبول الدعوى بها رغم الإنكار ورغم كون عقد الزواج عرفياً غير ثابت فى وثيقة رسمية مثل ذلك الدعوى التى يقيمهما الابن من الزواج العرفى بطلب نفقة له على الأب أو دعوى الحضانة والضم لغلبة حق الصغير فيها واتصالها بالنسبة أو دعوى إثبات نسب الأب من الزواج العرفى² أو دعوى الإرث بسبب الأخوة ودعوى صحة المراجعة فلا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون تلك المراجعة ثابتة فى وثيقة رسمية باعتبار أن الرجعة – كما تقول محكمة النقض – لا تنتهى زواجاً جديداً بل هي من قبيل استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حده بانتهاء العدة فهى ليست إذن إنشاء لعقد زواج جديد يتبع إفراغه فى وثيقة رسمية لجواز قبول الدعوى به بل امتداد لزوجية قائمة بالفعل³ وكذا دعوى الإرث بسبب البنوة باعتبار أن دعوى النسب – الذى هو سبب الإرث – باقية على حكمها المقرر حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة⁴ .

• أما دعوى إثبات الطلاق وصورته أن تقيم الزوجة الدعوى بمقدولة أنها تزوجت عرفياً بالمدعى عليه وأنه قد طلقها وترغب فى إثبات هذا الطلاق مع إنكار الزوج لواقعى الزواج والطلاق كلاهما ، وكذا دعوى الطلاق للضرب أو الهجر أو الغياب وهكذا⁵ فقد حسمت الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 فى شطريها الثاني والأمر بالنسبة لها إذ نصت على قبول دعوى التطليق أو الفسخ – عند إنكار الزواج إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة كرسالة خطية من الزوج أو إقرار منه فى محضر للشرطة أو عقد لإنيجار أو خلافه⁶ وهذا المبدأ الذى استحدثه القانون

¹ نقض أحوال جلسة 1960/5/5 - ص 383 - س 11 - الطعن رقم 2 لسنة 28 ق.

² نقض أحوال الطعن رقم 114 لسنة 64 ق - جلسة 1998/11/30 .

³ نقض أحوال جلسة 1972/5/31 - ص 1053 - الطعن رقم 18 لسنة 38 ق .

⁴ نقض أحوال جلسة 1960/5/5 - ص 383 - س 11 .

⁵ ويدخل فيها دعاوى فسخ الزواج للعب أو لاختلاف الدين وهكذا .

⁶ وقد حرص المشرع على النص فى المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أن يقتصر الاستثناء فى حالة إنكار الزواج وعدم ثبوته فى وثيقة رسمية على قبول الدعوى بالتطليق أو الفسخ فقط دون غيرهما من دعاوى المطالبة بالحقوق المترتبة على الطلاق كالمتعة أو نفقة العدة أو غير ذلك .

رقم 1 لسنة 2000 جاء كاستجابة من المشرع لما سبق أن نادينا به في هذا المؤلف في طبعاته السابقة¹ كما جاءت صياغة هذه المادة وإدراجها بالقانون رقم 1 لسنة 2000 كاقتراح تقدمنا به من خلال مشاركتنا في عضوية اللجنة التي شكلها وزير العدل المصري لإعداد القانون المذكور وذلك بمقتضى القرار الوزاري رقم 6087 لسنة 1991 ذلك أن القول بغير ذلك يضع الناس في حرج شديد ويفتح الباب أمام كثير من المفاسد حيث يمكن للمتزوجة بعد عرفى على سبيل المثال الزواج من آخر بعقد موثق مع إنكار الزواج العرفي طالما أن باب الطلاق شرعاً من تلك الزيجة العرفية كان مغلقاً أمامها ولا يخفى ما في ذلك من شبهة اختلاط الأنساب وغير ذلك من المفاسد الشرعية ، كما أن الحظر من القبول يترك المرأة معلقة لا هي ذات بعل - لإنكار الزوج للزوجية العرفية - ولا هي مطلقة وهو ما يتناهى والأحاديث الشريفة بـألا ضرر ولا ضرار وبأن الضرر مرفوع وخاصة أن الزواج العرفي هو زواج شرعى بغير جدال .

- ويتعين القول أيضاً في هذا المجال أنه إذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجة له مستنداً إلى عقد زواج عرفي ولم تصادقه المرأة على ذلك جاز لها أن تطلب من المحكمة الحكم عليه بمنع تعرضه لها في أمور الزوجية ويتعين القضاء لها بما طلبت² .

- ويعد مما له صلة بالبحث المتقدم تناول أمر تعديل أوصاف الطلاق الثابتة بوثائق الطلاق أو الأحكام القضائية الصادرة بإثباتات الطلاق ذلك أنه كثيراً ما يثور في العمل إقامة الدعوى بطلب تعديل وصف الطلاق الثابت بأشهاده من طلاق ثالث إلى ثانى أو إلى طلاق أول وهكذا استناداً إلى فتوى شرعية كأن يقتى للزوجين بأن ما صدر عن الزوج من طلاق ثالثة أو ثانية لا يعد طلاقاً ولا تحتسب به طلاقة لكونها وقعت في غصب أو معلقة أو ما إلى ذلك مما يلحق بالطلاق فيزيلاً وصفه فتقام الدعوى بطلب تعديل وصف الطلاق الثابت بأشهاده، وفي هذه الحالة وجب على المحكمة القضاء بتعديل الوصف إذا ما استقام أمامها الدليل الشرعي ، إلا أنه قد يطلب تعديل وصف الطلاق الوارد بحكم قضائي سابق صدوره بإثباتات طلاق الزوج لزوجته طلاقة ثالثة أو ثانية وهكذا ثم تقام الدعوى بطلب تعديل وصف الطلاق الصادر به الحكم

¹ انظر الطبعة الخامسة من هذا المؤلف - ص 189 وما بعدها ونقض الطعن رقم 25 لسنة 51 ق - جلسه 23/11/1982 - ص 1024 .

² انظر رأينا في حق المطلقة بحكم قضائي في المتعة - تعليق على المادة 18 .

الأول بجعل الطلاق الموصوف بذلك الحكم يكونه طلقة ثلاثة مثلاً إلى طلقة ثنائية وفي هذه الحالة يمتنع على المحاكم القضاء بتعديل الوصف الوارد بالحكم المذكور احتراماً لحجية ذلك الحكم طالما أنه قد أضحي نهائياً وحائزأ لقوة الأمر المقصى وذلك حتى ولو ثبت أن ذلك الحكم قد خالف - فيما قضى به - صحيح القانون لما هو مقرر من أن حجية الأمر المقصى تسمو على اعتبارات النظام العام مما يتعمّن على جميع المحاكم في أي نزاع يثور بين نفس الخصوم أن تتبع الحكم الأول ولا تقضى على خلافه وذلك طالما لم يثبت أن الحكم المطلوب تعديله قد خالف نصاً في القرآن أو السنة أو الإجماع¹.

- وإذا كان الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج ويتحقق ذلك بأن يطلق بنفسه فإن له أيضاً أن ينعي عنه في الطلاق غيره.

- ومن يجوز للزوج أن يفوضه في إيقاع الطلاق هو الزوجة ذاتها وتقويض الزوجة في الطلاق معناه أن يجعل لها زوجها أن تطلق نفسها متى شاءت أو إلى وقت معين مرة واحدة أو أن توقع الطلاق أكثر من مرة.

والأصل في مشروعية تقويض الزوجة في الطلاق قوله تعالى "يا أيها النبي قل لأزواجك أن كنتم تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جمباً ، وإن كنتم تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكم أجراً عظيماً" وقول السيدة عائشة خيرنا رسول الله (ص) فاخترنا الله ورسوله فلم يعد ذلك علينا شيئاً.

- والتقويض قد يكون مقيد بوقت وقد يكون غير مقيد . ومن الأخيرة قوله لها طلاق نفسك في أي وقت شئت ومن الأول قوله لها لك أن تطلق نفسك خلال هذا اليوم .

- وعلى ذلك فإذا اشترطت الزوجة عند العقد أن تكون عصمتها بيدها وقبل الرجل الزواج بها وفوض لها أمر طلاقها بصيغة خلت من التقييد بوقت معين ثبت لها الحق في أن تطلق نفسها متى شاءت وفي أي وقت ، أما إذا اقررن التقويض بوقت معين التزمت بذلك الوقت فقط و لا يجوز لها تطليق نفسها بعد فواته .

¹ راجع نقض مدنى الطعن رقم 46 لسنة 51 ق - جلسه 23/3/1982 .
-200-

- كذلك فإن للزوج أن يفوض الزوجة من الطلاق بعد معين لمرة أو مرتين أو أن يعطيها الحق بصورة مطلقة كلما شاءت وذلك في حدود نصوص القانون التي تعتبر أن الطلاق المتعدد لا يقع به إلا طلقة واحدة¹.
- وللزوج أن يفوض زوجته في تطليق نفسها سواء عند انعقاد العقد أو أثناء الحياة الزوجية.

فإذا اتفق الزوجان عند إبرام عقد الزواج على أن يكون للزوجة أن تطلق نفسها فيتعين لصحة التفويض - عند الحنفية وهو المذهب المعمول به في مصر - أن يكون الطلب من الزوجة والقبول من الرجل وليس العكس فعلى الزوجة أن تقول للزوج "زوجتك نفسى على صداق قدره كذا على أن تكون عصمتى بيدي أطلق نفسى متى شئت" فيرد الزوج بكلمة "قبلت" وهنا يثبت لها حق تطليق نفسها متى شاءت ، أما لو حدث العكس وقال لها الزوج زوجيني نفسك ولك طلاق نفسك وقتما تشاءين . فأجابـت بقبولها ذلك انعقد الزواج صحيحـاً ولكن مع بطـلان التفـويض لأنـه فـوضـها في الطـلاق قبل أن يـملـكه هو إذ عـقدـ الزـواـجـ لا يـتمـ بمـجرـدـ إـيجـابـهـ وإنـماـ بـعـدـ أنـ يتـصلـ بـهـ القـبـولـ وـحـينـ فـوضـ لـهـ الطـلاقـ لمـ يـكـنـ قدـ ثـبـتـ لـهـ بـعـدـ .

- وإذا فوض الرجل المرأة في أن تطلق نفسها لا يجوز له الرجوع في ذلك التفويض بأى طريق وهو قول الحنفية المعمول به طبقاً للقانون .

• والطلاق الذي توقعه الزوجة بنفسها يقع دائمـاً به طلقة رجـعـيةـ إذاـ كانـ التـفـويـضـ بـلـفـظـ تـفـويـضـ صـرـيحـ أـمـاـ إـذـاـ كـانـ التـفـويـضـ بـلـفـظـ غـيرـ صـرـيحـ كـأنـ يـكـونـ بـعـارـةـ "ـأـمـرـكـ بـيـدـكـ أـوـ اـخـتـارـيـ نـفـسـكـ"ـ فـفـيـ هـذـهـ حـالـةـ يـقـعـ بـهـ طـلـقـةـ بـائـنةـ وـالـسـبـبـ فـيـ كـوـنـ تـطـليـقـ الزـوـجـةـ لـنـفـسـهـاـ يـقـعـ بـهـ طـلـقـةـ رـجـعـيـةـ هـوـ الـقـيـدـ الـذـيـ وـضـعـهـ الـمـشـرـعـ فـيـ الـمـادـةـ 5ـ مـنـ الـقـانـونـ 25ـ لـسـنـةـ 1929ـ الـمـعـدـلـ مـنـ أـنـ كـلـ طـلـاقـ يـقـعـ رـجـعـيـاـ إـلـاـ مـاـ نـصـ عـلـىـ أـنـهـ بـائـنـ فـيـ الـقـانـونـ وـلـمـ يـدـرـجـ الـقـانـونـ التـفـويـضـ بـالـطـلاقـ أـنـ يـقـعـ بـهـ طـلـقـةـ بـائـنةـ ضـمـنـ الـحـالـاتـ إـلـىـ أـورـدـهـاـ وـيـقـعـ بـهـ طـلـاقـ بـائـنـ وـهـوـ الـطـلاقـ لـلـضـرـرـ وـالـسـجـنـ وـالـعـيـبـ وـالـغـيـابـ وـالـطـلاقـ عـلـىـ مـالـ .

- إلا أنه إذا كان التفويض بالطلاق بالصيغة الصريحة يقع به - كما تقدم القول - طلاق رجـعـيـ إلاـ أـنـهـ إـذـاـ أـوـقـعـتـهـ الـمـرـأـةـ قـبـلـ الدـخـولـ أـوـ كـانـ مـكـمـلاـ لـلـثـلـاثـ فـيـقـعـ بـهـ طـلـقـةـ بـائـنةـ طـبـقاـ لـقـوـاعـدـ الـعـامـةـ وـكـذـاـ إـذـاـ كـانـ عـلـىـ مـالـ¹ .

¹ راجع المادة 5 من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

• ولا جدال في أن الطلاق وإن كان مفوضاً للزوج وحقاً من حقوقه. إلا أنه كغيره من الحقوق ليس مطلقاً يستخدمه الزوج فيما شاء ويوقعه في أي وقت أراد وإنما هو حق مقيد بوجوب أن يكون لحاجة تدعوا إليه ، وقد اختلف الفقهاء الأوائل في ذلك القيد وفي الآثار التي تترتب عليه حيث يذهب بعضهم إلى أن حق الزوج في الطلاق حق مطلق لا يتقيد بالحاجة².

وقد ترتب على هذا الخلاف الفقهي اختلاف المحاكم في أمر تعويض المطلقة الذي يطلقها زوجها بدون سبب ظاهر يدعوا إليه فذهبت بعض الأحكام الابتدائية القديمة إلى تعويض المطلقة عن الأضرار المادية أو الأدبية التي تكون قد لحقت بها إذا أوقع عليها الزوج طلاقاً غير مبرراً يدل على إساءة استخدامه للحق في الطلاق³، إلا أن بعض الأحكام الأخرى رفضت الحكم بالتعويض جبراً للضرر الذي قد يلحق المطلقة من الطلاق⁴.

• ونحن نرى أن استحداث المشرع الوضعى لنص المادة 18 مكرر من القانون المتعلقة بالمتعلقة واعتبارها جبراً لخاطر المطلقة بغير سبب منها أو بدون رضاها إنما يعد تقنياً لحق المطلقة في التعويض عن تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق وإساعته استخدامه إلا أن ذلك يخرج في نفس الوقت عن مفهوم الخطأ التقصيرى المستوجب للتعويض فى إطار أحكام المادة 163 من القانون المدنى وباعتبار أن القانون واجب التطبيق فى حالة طلاق الزوج لزوجته هو أحكام القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وأرجح الأقوال من مذهب الأمام أبي حنيفة عملاً بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 وهذا الرأى هو ما يجرى به العمل بالمحاكم .

• ولا يجوز طلب التعويض عن الطلاق سواء كان قد أوقعه الزوج بإرادته المنفردة أو كان بحكم قضائى أو أخذأ برأى المحكمين فى الحالات التى يوجب فيها القانون ندبهم .

¹ انظر المادة 2/21 من القانون رقم 1 لسنة 2000.

² يراجع في هذا الخلاف - فتح القدير - ج 3 - ص 22 وابن عابدين في رد المختار على الدر المختار - ج 2 - ص 427.

³ حكم محكمة شبين الكوم الكلية في 10/12/1930 وحكم محكمة مصر الأهلية في 20/1/1926 و 1/2/1932 مشار إليهما بمجلة المحاماة الشرعية س 11 - ص 540 رقم 277 وس 28 - ص 107 -

⁴ رقم 65 و س 13 - ص 1133 رقم 564 . حكم محكمة مصر الابتدائية ب الهيئة استئنافية الصادر في 9/11/1931 مشار إليه بمجلة المحاماة الشرعية - س 15 - ص 256 - رقم 127 .

• ولما كان ولى الأمر (المشرع) جعل النظام القضائى على درجات واعتبر الحكم القضائى لا يصير نافذاً – كقاعدة عامة – إلا بعد صدوره نهائياً – باستثناء أحكام معينة ليس من بينها أحكام التطبيق – مما مؤداه أن حكم التطبيق الصادر من محكمة أول درجة تشير به الزوجة مطلقة منذ صدوره – إعمالاً لمبدأ حجية الحكم القضائى أياً كانت درجه – إلا أنه لا يعد نافذاً وإنما معلم على شرط صدوره نهائياً بتأييده من محكمة النقض أو فوات مواعيد الطعن عليه بذلك الطريق دون الطعن عليه ، فإذا أيدت محكمة الاستئناف ثم محكمة النقض حكم محكمة أول درجة بالتطبيق اعتبر السند التنفيذي فى هذه الحالة هو حكم محكمة أول درجة – طبقاً للقواعد العامة – وتحسب مدة العدة بدأً من تاريخ حكم محكمة أول درجة كما تستحق نفقة العدة – بمراعاة ضابط المادة 5 مكرر – منذ ذلك التاريخ وحتى انتهاء عدة المطلقة شرعاً ، إلا أن حكم محكمة أول درجة أو الحكم الإستئنافي المؤيد له لا يصلح بذاته وقبل تأييده من محكمة النقض سداً للمطلقة للزوج من آخر بعد انتهاء عدتها بحكم كونه لا يعد سداً تفيذياً وذلك إعمالاً للمادة المستحدثة برقم 63 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

• أما إذا ألغت محكمة النقض حكم التطبيق ظلت الزوجية قائمة وألغيت مدة العدة واستمر حق الزوجة في تقاضى ما عساه يكون قد قضى لها به من نفقة على الزوج أو إذا كانت قد توقفت عن تقاضيها بعد انتهاء عدتها وقبل الفصل في الطعن بالنقض عاد لها الحق في تقاضيها ويكون لها الرجوع على الزوج بما فاتها منها خلال فترة توقفها عن اقتضائها .

• أما إذا صدر حكم أول وثاني درجة برفض طلب التطبيق ثم قبضت محكمة النقض بالتطبيق اعتبار الحكم الأخير هو السند التنفيذي وتحسبت العدة من تاريخ صدوره وكذا نفقة العدة¹.

• وطبقاً للتعديل الذى استحدثه المشرع بمقتضى المادة 63 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بات محظوراً على الزوجة طالبة الطلاق الزواج من آخر إلا بعد صدور حكم بات بالتطبيق عن محكمة النقض وهو اتجاه محمود من المشرع استجابة بمقتضاه

¹ تنص المادة (63) من القانون رقم 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى الأحوال الشخصية على أن "لا تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلاقها أو بالطلاق أو التطبيق إلا بانتهاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض ، فإذا طعنعليها فى الميعاد القانونى استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن ، وعلى رئيس المحكمة أو من ينوبه تحديد جلسة الطعن مباشرة أمام المحكمة فى موعد لا يتجاوز ستين يوماً من تاريخ إيداع صحيفه الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه ، وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثة أيام على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن ، وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها ان تفصل فى الموضوع" .

لما طرحته من حل لمشكلة زواج المطلقة بحكم نهائى قبل الفصل فى النزاع بحكم بات يصدر عن محكمة النقض وهو ما حرصنا على تأكيده من خلال مشاركتنا فى عضوية اللجنة التى تولت صياغة القانون رقم 1 لسنة 2000¹.

أحكام النقض

الضرر .. ماهيته (تعريفه)

- الضرر فى مجال التطليق . مقصودة . إيداء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيداء لا يليق بمتلها بحيث تعتبر معاملته لها فى العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها . لمحكمة الموضوع الاستناد إلى جميع صور سوء المعاملة التى تتلقاها المطعون عليها من الطاعن ولو لم تكن قد عدتها فى صحيفة الدعوى .

(الطعن رقم 369 لسنة 68 ق – جلسه 9/3/2002)

(الطعن رقم 83 لسنة 56 ق – جلسه 21/1/1992 – س 43)

- الضرر الموجب للتفريق وفقاً للمادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 . ماهيته . إيداء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيداء لا ترى المرأة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثلها . استقلال محكمة الموضوع بتقديره .

(الطعن رقم 23 لسنة 57 ق – جلسه 28/6/1988 – س 39)

- التطليق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 مستقى من مذهب المالكية ، ولم يعرف المشرع المقصود بالإضرار المشار إليه فيها ، واقتصر على وصفه بأنه مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثلها ، وإذا كان المقرر أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجوب الرجوع إلى مأخذة وكانت مضاره الزوج وفق هذا المذهب تتمثل فى كل إيداء للزوجة بالقول أو بالفعل بحيث تعد معاملة الرجل فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا تطبق الصبر عليها ، فهى بهذه المثابة كثيرة الأسباب متعددة المناهى متروك تعددها لقاضى الموضوع ، مناطها أن تبلغ المضاراة حدا يحمل المرأة على طلب الفرقه .

(نقض جلسه 21/2/1979 – ص 30 – الطعن رقم 19 لسنة 48 ق)

¹ راجع رأينا المذكور فى الطبعة الخامسة من هذا المؤلف الصادر عام 1995 – ص 195 وما بعدها .

(ونقض الطعن رقم 652 لسنة 66 ق – جلسة 26/3/2005)

• الضرر الموجب للتطبيق . م 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ماهيته . إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمتلها بما تعتبر معه معاملته لها في العرف معاملة شاذة تشكو منها ولا ترى الصبر عليها. عدم تحديد النص وسيلة إضرار الزوج بزوجته .

(الطعن رقم 80 لسنة 66 ق – جلسة 9/12/2000)

(الطعن رقم 337 لسنة 67 ق – جلسة 13/10/2001)

• الضرر الموجب للتغريق . المادة 6 من م 25 لسنة 1929 . ماهيته . عدم تحديد النص وسيلة إضرار الزوج بزوجته . مؤداته . إضافة الزوجة في مرحلة الاستئناف ما لم تطرحه من صور سوء المعاملة أمام محكمة الدرجة الأولى . عدم اعتباره طلباً جديداً يمتنع قبوله طبقاً للمادة 321 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . علة ذلك . "مثال بشأن السب بحسبانه من صور الضرر".

(الطعن رقم 542 لسنة 68 ق – جلسة 9/3/2002)

(الطعن رقم 251 لسنة 64 ق – جلسة 14/2/2000)

(الطعن رقم 490 لسنة 67 ق – جلسة 14/7/2001)

• النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب التغريق وحينئذ يطلفها القاضى طلقه بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما .." يدل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أن المقصود بالضرر في هذا المجال هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمتلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة وإذا كانت الطاعنة قد أقامت دعواها بالتطبيق استناداً إلى أن الطاعن أضر بها مما مفاده أنها اتخذت من حكم المادة المشار إليها أساساً لدعواها وجعلت من الأضرار سبباً لطلب التغريق بينهما ، فيكون لها أن تستند إلى جميع صور سوء المعاملة التي تلقاها من الطاعن ولو لم تكن عدتها في صحيفة الدعوى، ومن ثم فإن شهادة شاهديها المتضمنة أن الطاعن قد اعتدى عليها بالضرب ، والذى لا

مراء في أنه أبلغ صور الضرر الموجب للتطليق تكون موافقة للدعوى ويكون النعي في هذا الصدد على غير أساس.

(نقض جلسة 1981/6/16 – الطعن رقم 19 لسنة 50 ق – س 32)

• النص في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثلها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ..." يدل على أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطليق أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج على زوجته وأن تصبح العشرة بينهما مستحيلة ويقصد بالضرر – فى هذا المجال – إيذاء الزوج زوجته بالقول والفعل إيذاء لا يليق بمنتها . لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاهه بالتطليق على سند من ثبوت اعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب والسب والقذف وهو ما يكفى وحده لحمل قضائه ويكون النعي عليه عدم التتحقق من أمكان استمرار الحياة الزوجية بينهما بعد زواجه عليهما من أخرى حتى يطبق نص المادة السادسة سالفة الذكر قائماً على غير أساس .

(الطعن رقم 131 لسنة 58 ق – جلسة 1991/5/7 – س 42)

• طلب الزوجة التطليق للضرر . شرطه . تعمد الزوج إيذاء زوجته إيذاء لا يليق بمنتها سواء بالتعدي عليها بالقول أو الفعل أو الهجر . بيان صور سوء المعاملة بصحيفة الدعوى كعناصر للضرر ليس من شأنه أن تتعدد الدعوى بتعددها . اندرجها في ركن الضرر الذي هو الأساس في إقامتها .

(الطعن رقم 323 لسنة 66 ق – جلسة 2001/3/10)

شرط الحكم بالتطليق

• الحكم بالتطليق . م 6 ق 25 لسنة 1929 . شرطه . أن يكون الضرر أو الأذى الواقع من الزوج على زوجته من شأنه أن يجعل العشرة بينهما مستحيلة .

(الطعن رقم 45 لسنة 57 ق – جلسة 1991/11/19 – س 42)

- القضاء بالتلطيق للضرر "شرطه" أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج على زوجته وأن تصبح العشرة بينهما مستحيلة . الضرر . مقصودة . م 6 ق 25 لسنة 1929 .

(الطعن رقم 131 لسنة 58 ق – جلسة 1991/5/7 – س 42)

معايير الضرر

- المستقر في قضاء هذه المحكمة – أن معيار الضرر في معنى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 شخصي لا مادي وتقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً أمر موضوعي متزوك لقاضي الموضوع ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتها والوسط الاجتماعي الذي يحيطهما .

(الطعن رقم 665 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

(نقض جلسة 1997/3/17 - الطعن رقم 135 لسنة 63 ق)

(الطعن رقم 21 لسنة 56 ق - جلسة 1991/11/19 – س 42)

(نقض جلسة 1989/1/24 - الطعن رقم 96 لسنة 56 ق – س 20)

(نقض جلسة 1988/11/21 - الطعن رقم 44 لسنة 57 ق – س 39)

(نقض جلسة 1981/3/31 - الطعن رقم 33 لسنة 50 ق - ص 994)

(الطعن رقم 505 لسنة 66 ق – جلسة 2001/5/19)

- معيار الضرر في معنى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 . شخصي . تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً . أمر موضوعي متزوك لقاضي الموضوع .

(الطعن رقم 81 لسنة 60 ق – جلسة 1994/11/25 – س 45)

(الطعن رقم 33 لسنة 57 ق – جلسة 1988/6/28 – س 39)

(والطعن رقم 1080 لسنة 51 ق – جلسة 1983/5/24 – ص 1292)

(نقض جلسة 1992/12/15 – الطعن رقم 240 لسنة 61 ق – س 43)

(والطعن رقم 10 لسنة 63 ق – جلسة 1996/10/28)

- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين في معنى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 معيار

شخصى وليس مادياً وإن كان الحكم المطعون فيه قد استخلص قيام حالة الشقاق بين الزوجين وأنه لا يرجى زوالها بأسباب مؤدية لها مأخذها . واستقاها من فارق السن بينهما ومن مركزها الاجتماعي دون تحقق الضرر بآذان الزوج بالقول بما لا يليق بأمثالها وهو ما تستقل به محكمة الموضوع طالما كان استخلاصها سائغاً ، فإن ما يسوقه الطاعن من استلزم أن تكون الحالة مبؤساً منها لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير الدليل غير مقبول.

(نقض جلسة 10/5/1978-ص 29- الطعن رقم 12 لسنة 46)

• المستقر في قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر في معنى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، شخصى لا مادى ، وتصويره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً أمر موضوعى متزوك لقاضى الموضوع ، ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعى الذى بينهما وإن كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العشرة لا يمكن أن تدوم بين الزوجين المتنازعين بعد أن وصل الأمر إلى حد اتهامها وأهلها بالسرقة وتعددت الخصومات القضائية بينهما ، فليس فيما خلص إليه الحكم ما يعاب .

(نقض جلسة 1/11/1978-ص 29- الطعن رقم 47 لسنة 47)

(نقض جلسة 29/3/1967-ص 697- الطعن رقم 19 لسنة 35 ق) (الطعن رقم 360 جلسة 28/12/1998 - 64 ق)

• إيراد الحكم المطعون فيه في معرض بيانه لمعيار الضرر اختلافه باختلاف الزوجين من حيث الثقافة والوسط الاجتماعي واستخلاصه ثبوت الضرر . النعى عليه بإقامة قضاياه بالتطبيق على سند من أن الطاعن ليس على مستوى المطعون ضدها من حيث الثقافة والوسط الاجتماعي رغم عدم ابتنائه على ذلك . نعى وارد على غير محل وغير مقبول .

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

تقدير الضرر

• عناصر الضرر المجيز للحكم بالتطبيق . استقلال محكمة الموضوع بتقديرها شرطه . إقامة قضاياها على أسباب سائحة لها أصلها الثابت من الأوراق

(الطعن رقم 240 لسنة 66 ق - جلسة 2001/1/21 والطعن رقم 312 لسنة 63 ق - جلسة 5/1/1998 والطعن رقم 149 لسنة 58 ق - جلسة 26/3/1991- س 42 والطعن رقم 233 لسنة 63 ق - جلسة 12/5/1997 والطعن رقم 64 لسنة 60 ق جلسة 27/4/1993- س 44 والطعن رقم 187 لسنة 65 ق - جلسة 22/6/1999)

• تقدير دواعي الفرقه بين الزوجين وبحث دلالتها والموازنة بينها . من سلطة قاضى الموضوع . طالما أقام حكمه على أسباب سائغة تؤدى إلى ما خلص إليه .

(الطعن رقم 733 لسنة 68 ق - جلسة 23/3/2002)

(الطعن رقم 263 لسنة 65 ق - جلسة 13/12/1999)

(الطعن رقم 104 لسنة 61 ق - جلسة 27/12/1994)

(الطعن رقم 22 لسنة 59 ق - جلسة 20/11/1990- س 41)

(الطعن رقم 144 لسنة 61 ق - جلسة 14/2/1995)

• الضرر . موضوع يقدر القاضى . الجدل فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير توافره . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 5 لسنة 59 ق - جلسة 2/4/1991- س 42)

• محكمة الموضوع . سلطتها فى تقدير الأدلة وعناصر الضرر الموجب للتطبيق دون رقابة عليها فى ذلك . شرطه . إلا تعتمد على واقعة بغير سند وبيان الحقيقة التى اقتنعت بها وإقامة قضاها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم 499 لسنة 64 ق "أحوال شخصية" جلسة 15/2/1999)

• محكمة الموضوع . استقلالها بتقدير عناصر الضرر الموجب للتطبيق وأقوال الشهود واستخلاص الواقع منها . شرطه . إلا تخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها وإقامة قضاها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم 303 لسنة 63 ق - جلسة 29/11/1999)

(الطعن رقم 480 لسنة 67 ق - جلسة 12/1/2002)

• الضرر الذى يجعل دوام العشرة مستحيلًا بين الزوجين . أمر موضوعى يقدره قاضى الموضوع .

(الطعن رقم 490 لسنة 64 ق - جلسة 1995/11/20 - س 46)

(الطعن رقم 186 لسنة 59 ق - جلسة 1991/11/19 - س 42)

(الطعن رقم 144 لسنة 61 ق - جلسة 1995/2/14)

• إذ كان المقرر في فقه الملكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أي نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو بالفعل لا يكون عادة بين أمثالها ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيقاع الأذى بها بل يكفي لذلك أن يثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو مرة واحدة ، وكان تقدير عناصر الضرر مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاها على أسباب سائغة ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بتطليق المطعون عليها من الطاعن قد أقام قضاها على ثبوت الضرر الحاصل من الإيذاء بالقول الفاحش ، وكانت هذه الدعامة قد استقامت وتكتفى لحمل الحكم ، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 6/28/1981-الطعن رقم 23 لسنة 57 ق - س 32)

(نقض الطعن رقم 691 لسنة 68 ق - جلسة 9/3/2002)

صور الضرر – وما لا يعد ضرراً

• الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد وإن استعماله لا يمكن أن يرتب مسؤولية طالما صدر معتبراً عن الواقع حتى ولو كان الانتقام هو ما حفز إلى التبليغ إلا أن إقامة هذا الحق لا يتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلاً لاختلاف المجال الذي يدور في فلكه مجرد إقامة الادعاء أو التبليغ ومدى تأثير أيهما على العلاقة بين الزوجين .

(نقض جلسة 2003/10/25 - طعن رقم 258 لسنة 72 ق)

(نقض جلسة 1991/11/19 - س 42 - الطعن رقم 2 لسنة 60ق)

وبتعدد الدعوى المقاومة بين الزوجين يكتشف عنه اختلاف بينهما للحد الذي يستحيل معه دوام العشرة ومؤداته توافر الضرر الواجب للتفريق

(طعن رقم 376 لسنة 67 ق - جلسة 11/5/2004)

• حق التبليغ . أمر مباح لا يرتب مسؤولية طالما استعمل فى الحدود التى رسمها القانون . جواز اعتباره من قبلضرر الذى يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلًا .

(الطعن رقم 647 لسنة 72 ق - جلسه 24/4/2004)

(الطعن رقم 447 لسنة 64 ق - جلسه 27/10/1999)

(الطعن رقم 128 لسنة 62 ق - جلسه 27/5/1996)

• إباحة حق التبليغ عن الجرائم . عدم تناقضه مع كونه يجعل الزوج غير أمين على زوجته على نحو يجعل دوام العشرة بينهما مستحيلة . علة ذلك استعداؤه للسلطة ضدّها يتّجاذب مع كونه الحماية والأمن والسكن لها .

(الطعن رقم 10 لسنة 63 ق - جلسه 28/10/1996)

(الطعن رقم 54 لسنة 67 ق - جلسه 14/7/2001)

(الطعن رقم 277 لسنة 65 ق - جلسه 4/8/1999)

• الضرر الموجب للتطبيق وفقاً للمادة 6 من ق 25 لسنة 1929 . ماهيته . إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل أو الهجر إيذاء لا يليق بمتلها ولا تطبيق الصبر عليه .

(الطعن رقم 78 لسنة 63 ق - جلسه 28/1/1997)

• مفاد المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطبيق أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة وأن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين أمثالهما فإذا يقصد بالضرر فى هذا المجال إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمتلها فإن ما تسوقه الزوجة فى دعواها من صور لسوء المعاملة التى تلقاها من زوجها لا تدعى أن تكون بياناً لعناصر الضرر الموجب للتطبيق وفقاً لحكم المادة المشار إليها فلا تتعدد الدعوى بتعددها بل أنها تدرج فى ركن الأضرار الذى هو الأساس فى إقامتها ولا على محكمة الموضوع أن هى اجتنأت بعض هذه الصور طالما وجدت فيها ما يكفى لتحقق الضرر الموجب للتطبيق ولا يحول ذلك دون وجوب إعادة النظر فى الصور الأخرى إذا طرح النزاع أمام محكمة الاستئناف ذلك أن الاستئناف وفقاً لنص المادة 317 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف .

(الطعن رقم 50 لسنة 52 ق - جلسة 1983/6/28 - ص 1495)

(الطعن رقم 62 لسنة 63 ق - جلسة 1997/2/24)

• الضرر الموجب للتفریق . ماهیته . عدم تحديد النص وسيلة إضرار الزوج بزوجته . تعدد الخصومات القضائية والتبلیغ عن الجرائم دخوله فيه . علة ذلك . للزوجة أن تستند في التدليل على حصول المضاراة إلى كل أو بعض صورة المعاملة التي تتلقاها من الزوج .

(الطعن رقم 40 لسنة 68 ق - جلسة 2002/3/18)

(الطعن رقم 683 لسنة 66 ق - جلسة 2001/5/12)

(الطعن رقم 18 لسنة 66 ق - جلسة 2000/12/23)

(الطعن رقم 427 لسنة 71 ق - جلسة 2004/1/5)

• للزوجة أن تطلب التفریق إذا ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء المعتمد . هجر الزوج زوجته ومنعها مما تدعى إليه الحاجة الجنسية . كفايتها وحده الحكم بالتطبيق .

(الطعن رقم 163 لسنة 59 ق - جلسة 1992/5/19-س43)

• إقامة المطعون ضدها دعوى التطبيق تأسيساً على تضررها من اعتداء الطاعن عليها بالضرب والسب وتعدد المنازعات القضائية بينهما . مفاده . أن طلب التطبيق وفقاً للمادة 6 من ق 25 لسنة 1929 . قضاء الحكم المطعون فيه بالتطبيق لعيب بالطاعن يمنعه من معاشرتها استناداً لنص المادتين 9 ، 10 من ق 25 لسنة 1929 دون بحث مدى ثبوت الضرر الموجب للتطبيق طبقاً للسبب الذي أقامت المطعون ضدها دعواها عليه والواقع التي ساقتها . خطأ وقصور . علة ذلك .

(الطعن رقم 154 لسنة 66 ق - جلسة 1997/4/21)

• عناصر الضرر المجيئ للحكم بالتطبيق مما تسقى به محكمة الموضوع ما دامت أقامت قضاها على أسباب سائعة لها أصلها الثابت من الأوراق . لما كان ذلك ، وكان شاهدى المطعون ضدها شهداً أمام محكمة أول درجة أن الطاعن لم يدخل بها مدة استطالت إلى سنتين ، وأنه شهر بها ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن قد أقام قضاها على ما استخلصه من أوراق الدعوى

ومستنداتها أن الطاعن قد أثبت بها صرراً وأن الخلاف قد استحكم بينهما ، الأمر الذى يستحيل معه المعيشة بينهما ، وكان هذا الاستخلاص سائغاً وله أصله الثابت فى الأوراق ، ويكتفى وحده لحمل قضائه ، فإن النعى عليه فى هذا الخصوص يكون جدلاً موضوعياً فى سلطة محكمة الموضوع فى استخلاص الواقع من أوراق الدعوى ومستنداتها لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة .

(الطعن رقم 149 لسنة 58 ق – جلسه 1991/3/26 – س42)

• لمحكمة الموضوع الاستناد إلى جميع صور سوء المعاملة التى تتلقاها الزوجة من زوجها . إقامة الحكم قضاها برفض الدعوى لعدم ثبوت بعضها دون أن يعرض ما ادعنته الزوجة من صور الإضرار الأخرى . قصور .

(الطعن رقم 223 لسنة 68 ق- جلسه 2002/1/26)

(والطعن رقم 652 لسنة 66 ق – جلسه 2005/3/26)

• المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر فى معنى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 شخصى لا مادى وتقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً أمر موضوعى متزوك لقضى الموضوع ويختلف باختلاف بيئه الزوجين ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن استدامة الحياة الزوجية بين الطاعن والمطعون ضدها غدت مستحيلة بعد أن وصل الأمر إلى حد اتهامها وأهلها وتعددت الخصومات القضائية بينهما فليس فيما خلص إليه الحكم ما يعب ولا يغير من ذلك أن الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد وأن استعماله لا يمكن أن يرتب مسؤولية طالما صدر معتبراً عن الواقع حتى ولو كان الانتقام هو ما حفز إلى التبليغ لأن إباحة هذا الحق لا يتناهى مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلاً لاختلاف المجال الذى يدور فى فلكه مجرد إقامة الادعاء أو التبليغ ومدى تأثيرها على العلاقة بين الزوجين .

(الطعن رقم 106 لسنة 64 ق – جلسه 1998/2/17)

(الطعن رقم 99 لسنة 59 ق – جلسه 1991/2/5 - س42)

• يشترط للحكم بالتلطيق – وفق المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 توافر وقوع الضرر من جانب الزوج دون زوجته ، وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالهما ، وكان الضرر هو إيداع الزوج زوجته بالقول أو الفعل ، ويدخل فى ذلك تعدد الخصومات القضائية بينهما ، وكان الثابت أمام محكمة الاستئناف من التحقيقات التى

كانت تحت نظرها ، والتى أشارت إليها فى حكمها المطعون فيه أن المطعون ضده اعتدى على الطاعنة وأحدث بها الإصابات الموصوفة بالتقدير الطبى ، واعتدى عليها أمام أولادها وصديقاتها ، وحاول منها منعها من السفر لعملها الذى تزوجها وهو على علم به وقام باستصدار أمر وقتى بالمنع من السفر ، وقضى بإلغائه فى الاستئناف ، وهو ما توافرت الأدلة على ثبوته من بينة الطاعنة التى سمعتها محكمة أول درجة ومن المستندات التى طرحتها على محكمة الاستئناف ، وكان الحكم المطعون فيه إذا أهدر دلالة هذه المستندات ، وبينة الطاعنة واعتبرها عاجزة عن الإثبات على سند من القول أن المطعون ضده ناشدتها العودة لمنزل الزوجية ، وقام بتسليمها طائعاً كل حاجياتها ، يكون قد استدل على انتفاء الضرر بما لم يستلزم القانون وليس من شأنه أن يؤدى بطريق اللزوم إلى النتيجة التى انتهى إليها ، وهو ما يعييه بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم 667 لسنة 67 ق- جلسه 2001/12/22)
 (الطعن رقم 7 لسنة 57 ق - جلسه 1988/5/24 - س 39)

• التطليق للضرر . شرطه . توافر وقوع الضرر من جانب الزوج دون زوجته وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثالها . ماهية هذا الضرر . دخول الاتهام بارتكاب الجرائم وتعدد الخصومات القضائية بينهما فى ذلك .

(الطعن رقم 667 لسنة 67 ق- جلسه 2002/12/22)
 (الطعن رقم 447 لسنة 64 ق – جلسه 1999/10/27)
 (الطعن رقم 22 لسنة 59 ق – جلسه 1990/11/20 - س 41)
 (الطعن رقم 25 لسنة 52 ق – جلسه 1988/2/23 - س 39)
 (نقض جلسه 1993/7/27 - الطعن رقم 128 لسنة 60 ق – س 44)

• زجر القاضى الزوج . شرطه . أن تثبت الزوجة تعديه عليها وأن تخثار البقاء معه . م 6 ق 25 لسنة 1929 .
 (الطعن رقم 79 لسنة 58ق- جلسه 1990/11/13 - س 41)

• تراخي الزوج عمداً فى الدخول بزوجته وقعوده عن معاشرتها بسبب راجع إليه ضرب من الهجر يتحقق به الضرر .

(الطعن رقم 583 لسنة 66 ق- جلسة 2001/5/5)
(الطعن رقم 80 لسنة 66 ق- جلسة 2000/12/9)
(الطعن رقم 487 لسنة 64 ق - جلسة 1996/1/8- س 47)
(نقض الطعن رقم 45 لسنة 54 ق – جلسة 1985/3/12- س 36) (الطعن رقم 92 لسنة 58 ق – جلسة 1990/12/18)

• التراخي فى إتمام الزوجية بسبب من الزوج . درب من دروب الهجر . النوى على الحكم بعدم اتخاذ إجراءات التحكيم أو عدم تطبيق المادتين 12 و 13 من القانون 25 لسنة 1929 فى شأن التطبيق لغيب الزوج . لا أساس له . علة ذلك .
(الطعن رقم 233 لسنة 61 ق – جلسة 1995/9/26)
(الطعن رقم 92 لسنة 58 ق – جلسة 1990/12/18- س 41)

• دعوى التطبيق للضرر . سماعها من الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها التفرقة بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها لا محل لها . المناط فى التطبيق . وقوع الضرر بالزوجة . م 6 ق 25 لسنة 1929.
(نقض الطعن رقم 90 لسنة 54 ق – جلسة 1985/4/9- س 36)
(نقض الطعن رقم 79 لسنة 58 ق – جلسة 1990/11/13- س 41)
(نقض الطعن رقم 53 لسنة 62 ق – جلسة 1995/11/27)

• إقامة الطاعنة دعوى تطبيق للضرر على سند من اتهام الطاعن لها بارتكاب عدة جرائم . إهار الحكم المطعون فيه بينة الإثبات واعتباره بينة النفي أمر ثانوى وعدم تعوييله عليها ورفضه الدعوى بثبوت أن ما استدل به الحكم على انتقاء الضرر لم يستلزم القانون وليس من شأنه أن يؤدى بطريق اللزوم إلى النتيجة التى انتهى إليها خطأ فى تطبيق القانون وفساد فى الاستدلال .
(الطعن رقم 25 لسنة 55 ق – جلسة 1988/2/23- س 39)

• لما كان النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحيثنى بطلاقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ... " يدل –

وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن المقصود بالضرر في هذا المجال هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمتلها بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته في العرف معاملة شاذة ضارة تشوّه منها المرأة ولا ترى الصبر عليها . وكان النص لم يحدد وسيلة إضرار الزوج بزوجته والذى يخولها الحق في طلب التطليق فلها أن تستند في التدليل على حصول المضاراة إلى كل أو بعض صور سوء المعاملة التي تلقاها منه من قبيل الضرب والسب والهجر وأن تضيف منها في مرحلة الاستئناف ما لم تطرحه أمام محكمة الدرجة الأولى دون أن يعتبر ذلك طلباً جديداً مما يمتنع قبوله عملاً بحكم المادة 321 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لأن الطلب الجديد المعنى بنص هذه المادة هو ما يتغير به موضوع الدعوى ، ولا يتغير طلب التفريق بين الزوجين بسبب الضرر طبقاً للمادة السادسة المشار إليها بتغيير ما صدر عن الزوج من فعل أو قول تضررت منه زوجته ، لما كان ذلك وكانت المطعون ضدها قد استندت في طلب تطليقها من الطاعن إلى نص المادة السادسة سالفه الذكر وضربت في صحيفة دعواها أمثلة من صور سوء معاملته لها ثم أضافت أمام محكمة الاستئناف دأبه على الاعتداء عليها بالسب فإنه لا على الحكم المطعون فيه أن هو اعتمد في قضائه بثبوت الضرر الحاصل من السب .

(الطعن رقم 667 لسنة 67 ق- جلسه 20/12/2001)

(الطعن رقم 40 لسنة 68 ق- جلسه 18/3/2002)

(الطعن رقم 251 لسنة 64 ق - جلسه 14/2/2000)

(نقض الطعن رقم 26 لسنة 55 ق - جلسه 23/12/1986- س 37) (نقض الطعن

رقم 800 لسنة 72 ق - جلسه 3/7/2004)

- يشترط للتطليق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمتلها بحيث تعتبر معاملته إياها في العرف معاملة "شاذة" ضارة تشوّه منها المرأة ولا ترى الصبر عليها ، وإن كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضائه بالتطليق على قوله " حيث أنه قد مضى على عقد زواجهما أكثر من خمس سنوات ولم يدخل بها ، بل دب الخلاف بينهما واستحكم عقب العقد مباشرة وامتد الخلاف المتشعب بينهما إلى ساحات المحاكم بدعاوى طاعة ونفقة وغيرها . ترى المحكمة . أن هذه الزيجة لن يكتب لها التوفيق على ما شرع الله الزواج من تواد ورحمة ومودة وأصبحت بذلك الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين وكان

هذا الذى خلص إليه الحكم لا يفيد إضرار الطاعن بزوجته المطعون عليها على النحو السالف البيان لأنه بإقامته دعوى الطاعة إنما يستعمل حقا خولته إياه الشريعة مما لا يعتبر بذاته من دواعى الإضرار .

(نقض جلسه 22/3/1983 - الطعن رقم 48 لسنة 48ق - س 34 - ص 714)

(نقض الطعن رقم 50 لسنة 28/6/1983 - جلسه 52 - س 1495 - ص 34)

• المعول عليه فى مذهب المالكية باعتباره مصدرأً تشريعياً لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية . أنه يجوز للزوجة أن تطلب التفريق إذا ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء المتعمد سواء كان إيجابياً كالتعدى بالقول أو بالفعل أو سلبياً بهجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعى إليه الحاجة الجنسية ، ومن ثم فإن ثبوت واقعة هجر الطاعن لزوجته المطعون ضدها فى الفراش تكفى وحدها للحكم بالتفريق .

(نقض جلسه 2/4/1980 - الطعن رقم 1009 - س 31 - ص 15 لسنة 47)

• إذا كان الثابت فى الدعوى أن المطعون عليه - الزوج - قدم بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تقريراً من مستشفى فيينا علق عليه بأن الطاعنة - زوجته - كانت حاملاً منه قبل أن يعقد عليها ، وأنه أحبها ووقف منها موقف الرجلة ، لأنه كان فى استطاعته إلا يتزوجها ، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنمسا بأن الطاعنة كانت تقيل معه قبل الزواج فى مسكن واحد ، وذلك رداً على ادعائهما بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسية الكافية قبل الزواج وقد تمكنت الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القذف الكائن من المطعون عليه فى حقها كان تنفيذاً لوعيده أمام السفير المصرى بالنمسا بأنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت دعوى بالطلاق ، وأن هذا يكفى لإثبات الضرر بما لا يمكن معه استدامة العشرة . ولما كانت العبارات التى أوردها المطعون عليه على النحو السالف البيان لا يستلزمها الدفاع فى القضية التى رفعتها عليه الطاعنة بطلب تطليقها منه للضرر وذلك أن مجرد قول الطاعنة بأن فترة الخطبة كانت من القصر بحيث لم تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه ، كما أن رغبته فى التدليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجلة ، لم يكن يستلزم أن يتهمها فى خلقها وعفتها مدعياً بأنها كانت على علاقة غير شرعية به ، وحملت منه قبل الزواج ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن تلك العبارات يقتضيها حق الدفاع فى الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه

. وإذا كان الموضوع صالح للفصل فيه وكان ما نسبه المطعون عليه إلى الطاعنة على الوجه المتقدم ينطوى على مضاراة لا يمكن مع وجودها استدامة العشرة بينهما ، فإنه يتquin القضاء بتطبيق الطاعنة من المطعون عليه طلقة بائنة للضرر عملاً بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 .

(نقض جلسة 1974/6/5 - ص 979- س 25- الطعن رقم 16 لسنة 38 ق)

- إذا كان البين من تقريرات الحكم المطعون فيه أنه استقى من أقوال شاهدى المطعون عليها ومن أقوال أحد شاهدى الطاعن نفسه ، أنه على الرغم من مرور زهاء أربع سنوات على إبرام الزواج ، إلا أن الطاعن لم يدخل بها ، أو يمكنها من الاستقرار فى حياة زوجية ، بما ترتب عليه ضرر محقق بها ، إذا هو أمر لا دخل لها فيه ، ومن واجبه توفير المسكن الشرعى ، وكان التراخي عمداً فى إتمام الزوجية بسبب من الزوج يعد ضربا من ضروب الهجر ، لأن استطالته تناول من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ، ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة وكان المناط فى التطبيق بسبب الضرر هو وقوعه فعلاً ، ولا يمنع من التطبيق توقيع زواله أو محاولة رأبه طالما قد صادف الضرر محله وحاق بالزوجة معقباته ، وكان الثابت من الأوراق أن زواج الطاعن بالمطعون عليها أبرم فى 1972/9/21 وأنها أقامت دعواها فى 18/1/1975 فإنه لا يغنى الطاعن التذرع باستئجاره شقة بتاريخ 21/6/1976 أى فى تاريخ لاحق لتحقق الإضرار وشكوى الزوجة منه .

(نقض جلسة 1979/3/21 - ص 906 - س 30 - الطعن رقم 14 لسنة 47 ق)

- إذا كان البين من صحيفة الدعوى الابتدائية أن المطعون عليها وإن ساقت فيها بعض صور المعاملة التى تلقاها من الطاعن وضربت على ذلك أمثلة من قبيل الهجر والامتناع عن الإنفاق والإهانة على مسمع من الزملاء إلا أنها فى طلباتها الختامية اقتصرت على الحكم بتطبيقها بائناً بالتطبيق لأحكام المادة السادسة أنفة الإشارة مما مفاده أنها جعلت من الإضرار سبباً للتقرير بينهما ، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع أن هى ضربت صفا عن الأمثلة التى عدتها المطعون عليها طالما وجدت من وقائع الدعوى عناصر تتحقق بها المضاراة وفق حكم المادة التى أقامت الدعوى بالاستناد إليها .

(نقض جلسة 1977/11/9 - ص 1644 - س 28)

• مؤدى نص المادة السادسة من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، أن الشارع أوجب كى يحكم القاضى بالتطليق أن يكونضرر أو الأذى واقعن من الزوج دون الزوجة ، وأن تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين أمثالهما ، ويقصد بالضرر فى هذا المجال إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمتلها بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها ، ومعيار الضرر الذى لا يستطيع معه دوام العشرة ، ويجيز التطليق – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو معيار شخصى لا مادى يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور فى المجتمع .
(نقض جلسة 1977/11/9 - ص 1644 - س 28)

• الاستئناف . أثره . إعادة الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف . م 317 لائحة شرعية – المنطبقة على الدعوى – إقامة الطاعنة دعوى التطليق للضرر مستندة إلى ثلاثة صور من الضرر هى تعدى المطعون ضده عليها بالقول وال فعل ، وهجره لها ، وعدم إنفاقه عليها – قضاء الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف القاضى بالطلبات ورفضه الدعوى لانتقاء الهجر دون بحث باقى صور الضرر التى لم تتحدث عنها الطاعنة صراحة أو ضمناً مع عدم ثبوت تنازل الطاعنة عنها صراحة أو ضمناً . قصور . نقض الحكم مع الإحالـة . عدم التزام محكمة الموضوع بالتصدى للموضوع - علة ذلك - عدم قضاء الحكم المطعون فيه بفسخ عقد الزواج أو بطلان الطلاق أو التطليق .

(الطعن رقم 248 لسنة 64 ق- جلسة 2001/12/25)

(الطعن رقم 482 لسنة 65 ق – جلسة 2000/6/26)

• حق التأديب الشرعى المعبر عنه بالضرائب فى الآية الكريمة " واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهم سبيلاً " ولا يلجا إلية إلا بعد سلوك سبيل الموعظة الحسنة – والهجر فى المضاجع باعتباره الوسيلة والأخيرة للإصلاح ، والرأى فيه أن يقتصر مجاله حالة انحراف البيئة وغلبة الأخلاق الفاسدة ، ولا يباح إلا إذا رأى الرجل أن رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه ، فهو منوط بالضرورة الأشد وأشبه بالحلال المكروه ، وتقديره بهذه المثابة متراوك لقاضى الموضوع ، وإذا انتهى الحكم إلى أن اعتقد الطاعن على المطعون عليها بالطريق العام وانفرط عقدها وتلوى ث ملابسها وتجمهر

المارة حولها فيه تجاوز لحق التأديب الشرعى بمراعاة البيئة التى ينتمى إليها الخصيمان المتدعىيان فإنه لا سلطان عليه فى ذلك طالما كان استخلاصه سائغا .

(الطعن رقم 518 لسنة 66 ق- جلسه 21/4/2001)

(نقض جلسه 1977/11/9 - ص 1644 - س 28)

• يشترط للحكم بالتطبيق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 توافر وقوع الضرر أو الأذى من جانب الزوج دون الزوجة ، وأن تصبح العشرة مستحيلة بين أمثلهما ، ولما كان الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل ويدخل فى ذلك النشمير بارتكاب إحدى الجرائم وكان البين أن محكمة الموضوع ذهبت إلى أن الطاعن شرع فى التبليغ ضد المطعون عليها بمقارفة جريمة الإجهاض وأنه لم يثبت من التحقيقأت التى أجريت أنها كانت حاملا وتخلصت من حملها ، وأن تقرير مفتش الصحة لا يفيد الجزم بحدوث إجهاض لما قرره من أن الظواهر التى أسفى الكشف عنها توجد فىسائر السيدات اللاتى سبق لهن الولادة ، وأنه لم ينتج عن هذا التبليغ أية معنيات واستخلص من ذلك أن الطاعن كان يستهدف الإضرار بالمطعون عليها بحيث لا تدوم العشرة بينهما وكان لهذا القول معينه من الأوراق فإن هذا الاستخلاص يقوم على أسباب سائغا ويكون النوى فى الحكم على غير أساس .

(نقض جلسه 1976/11/24 - ص 1636 - الطعن رقم 4 لسنة 45 ق)

• إثبات الزوج زوجته فى غير موضع الحرف . يشكل ضرراً لا تستقيم به الحياة الزوجية ويوجب التفريق عند ثبوته . فى معنى المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

(نقض جلسه 1976/11/3 - ص 1516 - الطعن رقم 19 لسنة 45 ق)

• متى كان الحكم المطعون فيه – الذى قضى بتطبيق المطعون عليها من الطاعن قد أقام قضاه على ثبوت الضرر الحالى من الضرب والإيذاء وكانت هذه الدعامة قد استقامت وتكفى وحدتها لحمل الحكم فإن النوعى على الحكم فيما أورده من أن شك الزوج فى زوجته لعلاقتها بابن عمها يعتبر ضرراً يجيز تطبيقها – هذا النوعى على فرض صحته يكون غير منتج .

(الطعن رقم 732 لسنة 68 ق- جلسه 9/3/2002 ونقض جلسه 17/11/1971 - ص 917 - س 22- الطعن رقم 26 لسنة 38 ق)

• إذا كان الثابت في الدعوى أن المطعون عليهما أقامتها طالبة التطليق للضرر وفق المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 ، وكان البين من مدونات الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه المؤيد له استئنافياً أنهما قد بنيا قضاهاهما لهذا السبب على سند مما لحقها من مضاراة مردتها إلى تعمد الطاعن عدم إيفائها معجل صداقها رغم أنه ثبت بالعقد بقاءه في ذمته ، ورغم الإدلاء بذلك عند استجوابه أمام محكمة أول درجة ثم في صفحة الاستئناف وأنه بذلك قد تركها معلقة رغم أنها شابة يخشى عليها من الفتنة ، وأنه لو كان يريدها حقاً ليادر بدفع الصداق المستحق لها ، وفاء من هذا الزوج لزوجته وهو ما يعد من أشد ضروب الضرر الذي ينال منها سواء كان ناجماً عن فعل إيجابي منه أو بفعل سلبي بالامتناع عن الوفاء بالتزاماته نحوها ، فيكون واقعاً بسبب منه لا منها ، وكان لا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من إبداء استعداده أمام محكمة الموضوع لدفع معجل صداق جديد رغم ادعائه لسداده الحال منه المثبت في وثيقة الزواج خلافاً لما انتهى إليه الحكم لأن المناط في التطليق بسبب الضرر هو تحقق وقوعه ، ولا يمنع منه زواله أو محاولة محوه طالما قد وقع فعلاً .
(نقض جلسه 21/2/1979 - ص 588 - س 30- الطعن رقم 19 لسنة 48 ق)

• عدم تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بأن الضرب الذي وقع منه على زوجته المطعون ضدها مما يدخل في حدود التأديب المباح شرعاً مؤداه . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . علة ذلك . كونه سبب قانوني يخالطه واقع .
(الطعن رقم 139 لسنة 68 ق- جلسه 2/9/2002)
(الطعن رقم 257 لسنة 62 ق - جلسه 7/8/1996)
(الطعن رقم 29 لسنة 59 ق - جلسه 11/6/1991 - س 42)

• الهجر المحقق للضرر الموجب للتفرق . م 6 ق . 25 لسنة 1929 . ماهيته . الغيبة عن بيت الزوجة مع الإقامة في بلد واحد . اختلافه عن التطليق للغيبة بشرطها . المادتان 12 و 13 ق 25 لسنة 1929 ، مثال .
(الطعن رقم 50 لسنة 52 ق - جلسه 28/6/1983 - س 34- ص 1495)
(الطعن رقم 103 لسنة 63 ق - جلسه 27/1/1997)

يتعين أن يكون الضرر مقصوداً .. ومن الزوج دون الزوجة

• الإضرار الذي تعنيه المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يشترط فيه أن يكون مقصوداً من الزوج ومتعمداً سواء كان الإضرار إيجابياً أو سلبياً.

(الطعن رقم 640 لسنة 66 ق- جلسة 11/6/2001)
(نقض جلسة 21/3/1979- ص 306- الطعن رقم 14 لسنة 47)

• الأضرار . م 6 ق 25 لسنة 29 . وجوب أن يكون مقصوداً من الزوج سواء كان إيجابياً أو سلبياً . تقدير الدليل بشأنه من اطلاقات قاضى الموضوع .
(الطعن رقم 78 لسنة 63 ق - جلسة 28/1/1997)

• الحكم بالتطليق للضرر . م 6 من ق 25 لسنة 1929 . شرطه . ثبوت إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطيع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما وأن يكون الضرر والأذى من الزوج دون زوجته .

(الطعن رقم 733 لسنة 68 ق- جلسة 23/3/2002)
(الطعن رقم 107 لسنة 62 ق - جلسة 27/1/1997)
(الطعن رقم 101 لسنة 64 ق - جلسة 28/12/1998)

• الحكم بالتطليق . م 6 من ق 25 لسنة 1929 . شرطه . أن يكون الضرر والأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة .
(الطعن رقم 479 لسنة 65 ق- جلسة 27/5/1996)

• مفاد المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أنه كى يحكم القاضى بالتطليق يتعين أن يكون الضرر أو الأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة ، ويتعين للقول بأن استمرار الشقاق مجلابة للضرر تبigh للزوجة طلب التطليق أن تبحث دواعيه ومعرفة المتسبب فيه ، وإذ أطلق الحكم القول واتخذ من استمرار الشقاق ومن إسكان الطاعن زوجته الأولى بمسكن الزوجية بعد مغادرة المطعون عليها له سبباً تحقق به الضرر الموجب للتطليق ، فإنه يكون قاصراً التسبب .

(نقض جلسة 14/3/1979- ص 798- الطعن رقم 5 لسنة 47)

• الحكم بالتطبيق للضرر . م 6 من م بق 25 لسنة 1929 . شرطه . أن يكون الضرر والأذى واقعاً من الزوج دون الزوجة . استناد المحكمة إلى تقرير الحكمين في غير الحالات التي يتعين فيها الحكم بمقتضاه رغم خلوه من الدليل على قيام هذا الشرط . خطأ وفساد وقصور.

(الطعن رقم 270 لسنة 62 ق – جلسة 13/1/1997)

• عودة الزوجة إلى مسكن الزوجية بعد وقوع الضرر . لا سقط حقها في طلب التطبيق .

(الطعن رقم 459 لسنة 66 ق- جلسة 14/4/2001)

(الطعن رقم 82 لسنة 63 ق – جلسة 28/1/1997)

يكفي ثبوت وقوع الضرر لمرة واحدة

• المقرر في فقه الملكية أن للزوجة طلب التطبيق إذا أوقع الزوج بها أي نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو الفعل الذي لا يكون عادة بين أمثالها ولا يستطيع معه دوام العشرة بينهما ، وأنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيقاع الأذى بها بل يكفي لذلك أن تثبت أن زوجها أتى معها ما تتضرر منه ولو لمرة واحدة . وكان تقدير عناصر الضرر مما تستقل به محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاها على أسباب سائغة ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن تعدى بالفعل والقول وقع من جانب الطاعن على زوجته المطعون ضدها على مرأى وسمع من شاهديها على النحو الثابت بأقوالها وأن ذلك مما يتوافق به ركن الضرر المبرر للتطبيق بالنظر إلى حالة المطعون ضدها وكونها زوجة عاملة على قدر من التعليم والثقافة وهي أسباب سائغة تكفي لحمله ، فإن النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال يكون على غير أساس .

(الطعن رقم 247 لسنة 67 ق- جلسة 29/9/2001 ونقض الطعن رقم 581 لسنة 66 ق- جلسة 22/12/2001 ونقض الطعن رقم 401 لسنة 64 ق – جلسة 30/11/1998 - ونقض جلسة 28/1/1997- الطعن رقم 82 لسنة 63 ق ونقض جلسة 22/11/1988- الطعن رقم 44 لسنة 57 ق – ونقض جلسة 31/3/1981-الطعن رقم 37 لسنة 50 ق - ص 1989)

إثباته

- التطبيق للضرر . وجوب إثباته طبقاً لأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة رغم أنه منقول من مذهب مالك . المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية البينية تكون من رجالين أو رجل وامرأتان .

(الطعن رقم 300 لسنة 63 ق – جلسة 1998/1/20)
 (الطعن رقم 36 لسنة 59 ق – جلسة 1991/6/11 – س 42)
 (الطعن رقم 62 لسنة 63 ق – جلسة 1997/2/24)
 (نقض الطعن رقم 1 لسنة 54 ق – جلسة 1985/4/16- س 36)
 (نقض الطعن رقم 73 لسنة 65 ق – جلسة 1989/1/17)
 (نقض الطعن رقم 118 لسنة 56 ق – جلسة 1989/1/17- س 40) (الطعن رقم 178 لسنة 62 ق – جلسة 1996/7/8)

- محكمة الموضوع لها السلطة في تقدير دواعي الفرقة وأدلة الدعوى والترجح بين البيانات والأخذ بأقوال شاهد دون الآخر . طالما لم تخرج بذلك الأقوال إلى غير ما يؤدى إليه مدلوها . حسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . النعي عليها في ذلك . جدل في سلطتها في تقدير الأدلة . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .
 (الطعن رقم 348 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/13)

- تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها . والترجح بين البيانات استظهار الواقع الحال ووجه الحق فيها وعناصر الضرر . من سلطة محكمة الموضوع . ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة . المنازعة في ذلك . جدل فيما لها من سلطة فهم الواقع وتقدير أدلة الدعوى . لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .
 (الطعن رقم 103 لسنة 63 ق – جلسة 1997/1/27)

- الشهادة بالتسامع . عدم قبولها في إثبات أو نفي مضاره أحد الزوجين من الآخر . البينة عنها شهادة أصلية من رجالين عدليين أو من رجل وامرأتين عدول .
 (الطعن رقم 415 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)
 (الطعن رقم 345 لسنة 65 ق – جلسة 2000/1/17)

(الطعن رقم 97 لسنة 58 ق – جلسة 1991/12/17 – س 42)

(الطعن رقم 391 لسنة 64 ق – جلسة 1997/4/14)

- الشهادة بالتسامع . لا تصح في التطبيق للضرر . مخالفة ذلك . خطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم 465 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/18)

(الطعن رقم 198 لسنة 64 ق – جلسة 1998/3/16)

(الطعن رقم 345 لسنة 65 ق – جلسة 2000/1/17)

(الطعن رقم 509 لسنة 65 ق – جلسة 2000/6/26)

(الطعن رقم 146 لسنة 60 ق – جلسة 1991/1/22 – س 41)

(الطعن رقم 391 لسنة 64 ق – جلسة 1997/4/14)

- النعي على الشهادة بأنها سمعية . دفاع قانون يخالفه واقع . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 135 لسنة 63 ق – جلسة 1997/3/17)

- الأصل في الشهادة معينة الشاهد محل الشهادة بنفسه عيناً أو سمعاً . التطبيق للضرر . لا تصح فيه الشهادة بالتسامع .

(الطعن رقم 542 لسنة 68 ق – جلسة 2002/3/9)

(الطعن رقم 73 لسنة 65 ق – جلسة 1999/6/28)

(الطعن رقم 63 لسنة 59 ق – جلسة 1991/7/30 – س 42)

(الطعن رقم 191 لسنة 63 ق – جلسة 1997/4/7)

- الشهادة على التطبيق للضرر . لا تصح بالتسامع . وجوب معينة الشاهد محل الشهادة بنفسه عيناً أو سمعاً . مشاهدة الشاهد آثار الضرب على وجه الطاعنة وعدم مشاهدته المطعون ضده بضربها أو سمعه يسبها .. أثره عدم اكمال نصاب الشهادة .

(الطعن رقم 411 لسنة 65 ق – جلسة 2000/3/27)

(الطعن رقم 36 لسنة 59 ق – جلسة 1991/6/11 – س 42)

• المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن الأصل في الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عيناً أو سماعاً في غير الأحوال التي تصح فيها الشهادة بالتسامع وليس من بينها الشهادة في التطليق . لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن شاهدى المطعون ضدها لم يشاهدا وقائع الضرر التي وردت بأقوالهما ، إذ قررا أنهما علموا بها منها ، ف تكون شهادتهما سماوية لا تقبل في دعوى التطليق ، وإذا عول الحكم المطعون فيه عليها في قضائه ، فإنه يكون معيباً بفساد في الاستدلال جره إلى الخطأ في تطبيق القانون ، بما يوجب نقضه ولما كان الحكم المطعون فيه صادراً بالتطليق ، فيتعين الفصل في الموضوع عملاً بالفقرة الثالثة من المادة 63 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

(الطعن رقم 509 لسنة 65 ق – جلسة 26/6/2000)

• لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشهادة بالتسامع لا تقبل شرعاً في إثبات أو نفي وقائع الإضرار المبيحة لتطليق الزوجة على زوجها وأن لقاضى الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له وفي موازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما يطمئن إليه منها واستخلاص ما يراه سائغاً مما له أصل ثابت في الأوراق ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاهه برفض الدعوى على قوله " إلا أن الشاهد الثانى لم يشهد واقعة اعتماد المستأنف على المستأنف ضدها وقتذاك وإنما جاءت شهادته سماوية نقلأً عنها عندما أوردت له وهى فى طريقها إلى رسم للإعلان اعتماد وقع عليها من المستأنف . ومن ثم فإن الشهادة التى تقدمت من جانب المستأنف ضدها تكون قاصرة لم تبلغ النصاب المقرر شرعاً . ومن ثم فإن المحكمة لا تعول على تلك البيبة الناقصة وتلتفت عنها . وتكون المستأنف ضدها عاجزة عن إثبات دعواها بهذا الطريق ، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المحكمة لاحظت فى المستندات التى قدمت أمام محكمة أول درجة وثبتت تفصيلياً بأسباب حكمها أن المستأنف قدم صورة صوتية لإذنار معلن للمستأنف ضدها فى 13/2/1980 يدعوها فيه للدخول فى طاعته بالمسكن المعد لها الغرض بناحية وراق الحضر مركز إمبابة . ولا شك أن الفترة من وقت العقد الحالى فى 11/11/1978 حتى الإنذار فى 13/2/1980 ليست بعيدة الأمد إنما تتفق وتعذر وجود المسكن وما يعاينه الأفراد من صعوبة فى هذا المضمون فضلاً عن أن المستأنف ضدها لم تعترض على هذا الإنذار" .. وكان يبين من هذا الذى أورده الحكم أنه واجه دفاع الطاعنة فأطرح ما قدمته من

بينة لعدم توافر نصابها الشرعى واستخلص بأسباب سائغة أن عدم دخول المطعون عليه بها فى الفترة التى استغرقها إعداد مسكن الزوجية كان له ما يبرره ورتب على ذلك قضاهه برفض الدعوى لانتقاء الضرر الموجب للتطبيق ، فإن المحكمة متى أقامت بذلك الحقيقة التى استخلصتها على ما يقيمه لا تكون بعد ملزمة بأن تتبع كل حجة وترد عليها استقلالاً لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها . لما كان ذلك فإن النعى على الحكم بالقصور يكون على غير أساس.

(نقض جلسة 13/3/1984- الطعن رقم 47 لسنة 52 ق - س 35)

(والطعن رقم 4 لسنة 55 ق - جلسة 25/3/1986 - س 37)

• وإن كان الراجح فى فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه فى نطاق الدعوى عملاً بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن شهادة التسامع لا تقبل إلا فى بعض الأحوال وليس منها التطبيق للضرر ، ولئن كان البين من الأوراق أن أقوال الشاهدين الثانى والثالث من شهود الإثبات جاءت سماعية فلا تكون مقبولة مما لا يتواافق به نصاب الشهادة المقرر شرعاً في خصوص الواقع المشهود عليها إلا أنه لما كانت المطعون عليها قد ساقت بالإضافة إلى هذه الواقع واقعة أخرى وهى تشهير الطاعن بها وطعنه فى عرضها واستدللت عليها بما قدمته من مستندات ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد اعتمد بهذه الواقعة على توافر الإضرار الموجب للتطبيق وأقام عليها قضاهه بقوله : "... فضلاً عن أن البين من الأوراق أن المدعى عليه (الطاعن) رمى المدعى عليها (المطعون عليها) واتهمها فى سلوكها وعرضها وعفتها بعد أن عين بالذات شخصاً قال أن المدعية على علاقة به .. وكل من الزوجين مستواهما الاجتماعى مرتفع وبيئتهما طيبة ويعتبر إساءة بالغة للمدعية بما لا يليق بأمثالها ويكون المدعى عليها قد أضر بالمدعية ضراراً يبيح لها شرعاً أن تطلب التطبيق .. وكان هذا الرأى الذى أورده الحكم له أصله الثابت فى الأوراق ويكتفى لحمل قضاهه بالتطبيق فإن تعبيه فى الدعامة الأخرى المستمدة من أقوال شهود المطعون عليها يكون غير منتج . وإذا استوفى الحكم بذلك الدليل على أن الإساءة كانت من جانب الطاعن وأقام قضاهه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة فيها الرد الضمنى المسقط لما ساقه الطاعن من دفاع وقدمه من مستندات فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 11/3/1984 - الطعن رقم 46 لسنة 53 ق ونقض جلسة 25/4/1979 -
ص 196 – ونقض جلسة 14/3/1979 - ص 798)

- شهادة القرابات بعضهم البعض في المذهب الحنفي . مقبولة . فيما عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه أو أحد الزوجين لصاحبه .

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

(الطعن رقم 78 لسنة 63 ق – جلسة 28/1/1997)

(الطعن رقم 154 لسنة 61 ق – جلسة 28/3/1995)

- إقامة المدعى البينة على دعواه . طلب المدعى عليه بعد ذلك يمين المدعى على أنه حق في دعواه . غير مقبول . عله ذلك .

(نقض الطعن رقم 42 لسنة 64 ق – جلسة 24 / 1 / 2004)

- إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطته التقديرية قصور ببينة الطاعن عن إثبات دعواه مما يكفي لقضاءه فإنه لا حاجة به إلى أن يعرض بعد ذلك لبينة النفي ويكون تعيب الطاعن لها – وأياً كان الرأي فيه – بررته على غير أساس .

(نقض الطعن رقم 57 لسنة 55 ق – جلسة 3/6/1986 - س 37)

- "من الأصول المقررة في المذهب الحنفي تتحقق عدالة الشاهد ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك وأن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضي وشعوره ، فلا يلزم إبداء أسباب اطمئنانه ، وأن الشهادة على ما ثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة ومن عاينه سمعاً أو مشاهدة متى وافقت الدعوى .

(الطعن رقم 822 لسنة 72 ق – جلسة 21 / 3 / 2005)

- المقرر في المذهب الحنفي أن الشهادة – على ما يثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة ومن عاينه سمعاً أو مشاهدة متى وافقت الدعوى ، وإذا كان بين من التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة أن أقوال شاهدى المطعون عليها اجتمعت على أن الطاعن ضربها وسبها على مرأى وسمع منها مما تكون معه شهادتها إذ

انصبت على وقائع حدثت في حضرتهم وعاينها سمعاً ومشاهدة قد استوفت شروط صحتها شرعاً.

(الطعن رقم 46 لسنة 52 ق - جلسة 1986/2/11 - س 37)

(الطعن رقم 11 لسنة 54 ق - جلسة 1986/2/25 - س 37)

• من الأصول المقررة في المذهب الحنفي تتحقق عدالة الشاهد، ما لم يقم الدليل على غير ذلك وأن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجдан القاضي وشعوره، فلا يلزم إبداء أسباب اطمئنانه، وإن الشهادة على ما ثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة من عاينه سمعاً أو مشاهدة متى وافقت الدعوى.

(الطعن رقم 822 لسنة 72 ق - جلسة 2005/3/21)

• من المقرر في الفقه الحنفي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان المشهود به قولاً محضاً فإن اختلاف الشاهدين في الزمان والمكان لا يمنع من قبول شهادتها.

(الطعن رقم 635 لسنة 67 ق - جلسة 2002/1/12)

(الطعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 1999/2/15)

• مناط الحكم بالتطبيق في الدعوى التي ترفع طبقاً للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1920 هو ثبوت الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة وعجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين وكانت البينة في هذه الدعوى وعلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة - يجب أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين وكانت محكمة الموضوع تستقل بتقدير عناصر الضرر وتصويره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً ما دامت استندت إلى أدلة مقبولة وكان الحكم المطعون فيه بعد أن عرض في أسبابه لأقوال أربعة من شهود الإثبات الذين سمعت أقوالهم في الاستئناف، قد خلصت مما اتفقت عليه رواية الشاهدين الأولين في محضر التحقيق من كثرة الخلافات بين الزوجين واعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالسب بألفاظ نابية وردت في المحضر والحكم إلى ثبوت الضرر بما يستحيل معه استدامة العشرة، وهو من الحكم استخلاص سائغ له مأخذة من الأوراق وعلى سند من بينة موافقة للدعوى واكتمل نصابها الشرعي بما يكفي لحمل قضاياه بالتطبيق.

(نقض الطعن رقم 26 لسنة 55 ق - جلسة 1986/12/23 - س 37)

• ثبت أن شهادة شاهدى الطاعنة قد توافق على إيقاع المطعون ضده الأذى بالطاعنة مما تضرر منه . مؤداه . توافر ركن الضرر المبigh للتطبيق . مخالفة ذلك وانتهاء الحكم المطعون فيه إلى انتفاء مضاراة الطاعنة على خلاف مدلوL بينتها الشرعية الصحيحة . خطأ . يوجب نقضه .

(الطعن رقم 691 لسنة 68 ق – جلسه 9/3/2002)

• يكفى فى ثبوت إضرار الزوج بزوجته إضرارا يدل على عدم أمانته على نفسها ومالها أن تتفق شهادة الشهود على إيداء الزوج زوجته على نحو معين تتضرر منه دون أن يشترط لذلك أن تتصب شهادتهم على كل واقعة من الواقع التى تشكل هذا الإيداء اعتباراً أنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هي تمثل فى مجموعها سلوكا تتضرر منه الزوجة .

(الطعن رقم 423 لسنة 67 ق – جلسه 25/12/2001 والطعن رقم 406 لسنة 63 ق

– جلسه 23/12/1997 والطعن رقم 325 لسنة 65 ق – جلسه 21/12/1999
والطعن رقم 24 لسنة 61 ق – جلسه 14/12/1995 والطعن رقم 45 لسنة 57 ق –
جلسه 19/11/1991 – س 42 والطعن رقم 116 لسنة 55 ق – جلسه 24/6/1986 -
س 37 والطعن رقم 733 لسنة 68 ق – جلسه 23/3/2002)

• الضرر الموجب للتطبيق ، استخلاص ثبوته من شاهدى بيان لا خطأ .

(الطعن رقم 63 لسنة 52 ق – جلسه 8/5/1984- س 35)

• لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه بعد أن أخذ بأسباب الحكم المستأنف فى ثبوت الضرر الموجب للتطبيق على سند من أقوال شاهدى المطعون عليها أضاف إليها قوله " ولا يقدح فى ذلك ما قدمه المستأنف فى حافظة مستنداته خاصة الصورة الفوتوغرافية لمحضر الجنحة رقم 3155 لسنة 1978 جنح عسكرية الإسكندرية (2003 سنة 78 جنح عسكرية العطارين) والتى قضى فيها ببراءة المستأنف من تهمة التعدى بالضرب على المستأنف عليها بالطريق العام فى وقت سابق على الواقعه التى حرر عنها المحضر سالف الذكر مما يتذرع معه دوام العشرة بينهما الأمر الذى يتحقق معه الضرر الذى حاق بالمستأنف عليها ويضحى الحكم المستأنف وقد قام على سند صحيح من الواقع والقانون ويتعيين القضاء برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف – وكان هذا الذى أورده الحكم كافيا لحمل قضاeه بتأييد الحكم المستأنف ويتضمن الرد

المسقط لما ساقه الطاعن من حجج أخرى للنفي ، فإنه لا على الحكم المطعون فيه بعد ذلك أن هو لم يتعقب كل حجة منها ويرد عليها استقلالاً ويكون النعي بالقصور . في هذا الخصوص على غير أساس .

(نقض جلسة 1984/3/2 - الطعن رقم 20 لسنة 53 ق - س 35)

• قبول الشهادة . شرطه . انتفاء التهمة عن الشاهد . إدانة أحد شاهدي المطعون ضدها وأخر بضرب الطاعن . مفاده . قيام عداوة دنيوية بينهما . أثره افتقد الشهادة لأحد شروط قبولها . قضاء الحكم المطعون فيه بالتطليق استناداً إليها . خطأ وفساد في الاستدلال .

(الطعن رقم 476 لسنة 65 ق - جلسة 2000/7/3)

• أنه من الأصول المقررة في المذهب الحنفي تحقق عدالة الشاهد ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك ، وإن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجдан القاضي وشعوره ، فلا يلزم إبداء أسباب اطمئنانه ، وإن الشهادة على ما يثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة من عاينه سمعاً أو مشاهدة متى وافقت الدعوى .

(الطعن رقم 822 لسنة 72 ق - جلسة 2005 / 3 / 21)

• شروط قبول الشهادة على حقوق العباد في المذهب الحنفي أن تكون موافقة للدعوى . المقصود بالموافقة التامة والموافقة الضمنية . كفاية الموافقة في المعنى سواء اتحدت الألفاظ أو تغيرت .

(الطعن رقم 318 لسنة 65 ق - جلسة 1999/12/21)

(الطعن رقم 24 لسنة 61 ق - 1995/2/14)

(الطعن رقم 691 لسنة 68 ق - جلسة 2002/3/9)

• موافقة الشهادة للشهادة . شرائط ذلك في المذهب الحنفي . كفاية تطابق اللفظين على إفادة المعنى سواء كان ذلك بعين اللفظ أو بمرا侈 له . مثال في دعوى طلاق .

(الطعن رقم 238 لسنة 61 ق - جلسة 1995/9/26)

• يتبع لصحة الشهادات فيما يشترط فيه التعدد أن تتفق مع بعضها لأنه باختلافهما لا يوجد إلا شطر الشهادة وهو غير كاف فيما يشترط فيه العدد ، وإذا كان نصاب الشهادة على التضرر الموجب للتطليق وفقاً للراجح في مذهب أبي حنيفة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ، وكان البين من الأوراق أن الشاهد الثاني من شاهدى المطعون عليها وإن شهد بأن الطاعن تهمج على المطعون عليها فى حضوره حال وجوده فى منزلهما إلا أنه لم يفصح عن كيفية حصول التهمج المشهود ، وما إذا كان قد تم بالقول أو الفعل حتى تقف المحكمة على حقيقة ما صدر عن الطاعن تجاه المطعون عليها وتقدر ما فيه من إساءة لها وتضرر أمثلها منه ، فإن شهادته لا يتواافق بها نصاب الشهادة على المضاراة التى شرع التقرير بين الزوجين بسببهما . وإذا أيد الحكم المطعون فيه رغم ذلك ما قضى به الحكم المستأنف من تطليق المطعون ضدها على زوجها الطاعن على سند مما شهد به شاهدها فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم 542 لسنة 68 ق - جلسه 9/3/2002)

(نقض جلسه 18/1/1983 - الطعن رقم 31 لسنة 51 ق - س 34)

(نقض جلسه 26/6/1984 - الطعن رقم 60 لسنة 52 ق - س 35)

• لئن كان المقرر فى قضاء محكمة النقض أن الشارع وإن استمد حكم التطبيق للضرر المنصوص عليه فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 من مذهب الإمام مالك إلا أنه لم يحل إليه بشأن التدليل على قيام الضرر ومن ثم وجوب الرجوع فى هذا الخصوص إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة عملاً بنص المادة 280 من لائحة المحاكم الشرعية ، وهى توجب أن تكون البينة من رجلين أو رجل وامرأتين ، وإذا كان الأساس الذى تقوم عليه دعوى التطليق للضرر هو إضرار الزوج بزوجته وإساءة معاملتها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثلها فإنه يكفى لاكتمال نصاب الشهادة فيها أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه تتضرر منه ولا ترى معه الصبر والإقامة معه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل من الواقع التى تشكل هذا الإيذاء باعتبار أنها ليست بذلك مقصود الدعوى بل هي تمثل فى مجموعها سلوكاً تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع .

(نقض جلسه 16/6/1981 - الطعن رقم 19 لسنة 50 ق - س 32)

(نقض جلسه 5/6/1974 - ص 979 - س 25)

• من الأصول المقررة في الإثبات أنه يشترط في الشهادة أن تكون موافقة للدعوى ، فلا تقبل إذا شهد الشهود بأكثر مما ادعاه المدعى أو غيره لأنه بذلك يكون قد أكذب شهوده .

(الطعن رقم 586 لسنة 66 ق – جلسة 2001/12/22)

(الطعن رقم 69 لسنة 64 ق – جلسة 1998/11/30)

• المقرر في قضاء محكمة النقض أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية وإن استمدت أحكامها فيما يتعلق بدعوى التطليق للضرر من مذهب الإمام مالك إلا أنها إذ لم تتضمن قواعد خاصة بطرق إثبات عناصرها فيتعين الرجوع في شأنها إلى أرجح القوال من مذهب أبي حنيفة عملاً بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمجالس المالية ومن ثم يتعين لثبت الضرر الموجب للتطبيق قيام البينة عليه من رجلين أو رجل وامرأتين .

(نقض جلسة 1980/4/2 – ص 1009- س 31)

(والطعن رقم 52 لسنة 52 ق – جلسة 1986/2/25 – س 37)

• من المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن من القرائن ما نص عليه الشارع أو استتبه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستتبه القاضي من دلائل الحال وشهاده وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرآن في مواضع كثيرة اعتباراً بأن القضاء "فهم" ومن القرائن القاطعة مالا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى من البينة والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الكذب والصدق ، إلا أنه لما كانت القرينة القاطعة وهي ما يستخلصه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول وهي إمارة ظاهرة تفيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل شكا أو احتمالا ، فهى بهذه المثابة تغنى عن المشاهدة .

(نقض جلسة 1978/5/10 – ص 1217- س 29)

(وجلسة 1982/1/18 - الطعن رقم 47 لسنة 51 ق – س 33)

• العرف يعتبر إذا عارض نصاً مذهبياً منقولاً على صاحب المذهب إذ الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف فيه تضييع حقوق كثيرة دون أن يكون في ذلك مخالفة للمذهب .

(نقض جلسة 1973/2/14 - ص 251 - س 24)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن المشرع إذ نقل حكم التطبيق للضرر من مذهب مالك لم يحل في إثباته إلى هذا المذهب كما لم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن ومن ثم فإنه يتبع الرجوع في قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة عملاً بنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأن من القرائن ما نص عليه الشارع واستتباطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستتباطه القاضي من دلائل الحال وشواهده وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة ، اعتباراً بأن القضاء "فهم" ، ومن القرائن القاطعة ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى من البينة والإقرار وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب .

(نقض جلسة 1988/12/20 - الطعن رقم 38 لسنة 56 ق - س 39)

• من القرائن ما نص عليه الشارع واستتباطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستتباطه القاضي من دلائل الحال وشواهده وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة ، وبالرجوع إلى اللائحة الشرعية قبل إلغاء ما ألغى من نصوصها بالقانون رقم 462 لسنة 1955 يبين أنها كانت تنص في المادة 123 منها على أن "الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونکول عن الحلف وقرينة قاطعة" . الواقع في ذلك أن القضاء "فهم" ومن القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى من البينة والإقرار وهما خبران يتطرق إليها الصدق والكذب .

(نقض جلسة 1996/3/23 - ص 666 - س 17)

• النص في المادة 456 من قانون الإجراءات الجنائية والمادة 102 من قانون الإثبات – مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الحكم الجنائي تكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية طالما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية ، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور يمتنع على المحكمة المدنية أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تعتد بها وتلتزمها في بحث الحقوق المدنية المتعلقة بها لكي لا يكون حكمها مخالفًا للحكم الجنائي السابق له ،

وكان الثابت من الحكم الصادر في قضية الجناة رقم لسنة ، مصر الجديدة أن المطعون ضدها إقامتها ضد الطاعن بطريق الادعاء المباشر ، لاتهامه لها بارتكاب جريمة الزنا وطلبت عقابه بعقوبة البلاغ الكاذب ، وقد حكمت محكمة الجناة ببراءته مما اسند إليه ، فإن مؤدى ذلك أن المحكمة الجنائية لم تفصل في الأساس المشترك بين الدعوى الجنائية ودعوى التطليق المطروحة ، لأن قوام الأولى ثبوت كذب الواقع المبلغ عنها وأن يكون الجانى عالماً بكذبها ومنتوياً السوء والإضرار بالمجني عليه، وقوام الثانية طبقاً للمادتين 9 ، 14 من شريعة الروم الأرثوذكس - التي ينتمي إليها طرفى الدعوى - هو التصدع الجسيم فى الحياة الزوجية الذى يستحيل معه استمرارها على طالب الطلاق ، والهجر من جانب أحد الزوجين عن قصد سيئ مدة ثلاثة سنوات ، مما لا حجية معه للحكم الجنائى فى هذا الخصوص .

(الطعن رقم 132 لسنة 65 ق و 435 لسنة 66 ق – جلسة 21/3/2000 والطعن رقم 109 لسنة 58 ق – جلسة 8/1/1991)

• حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية شرطه . أن يكون الحكم الجنائي قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله . ثبوت أن المحكمة الجنائية لم تفصل في الأساس المشترك بين الدعويين الجنائيين ودعوى التطليق . مؤداه . لا حجية للحكم الجنائي في هذا الخصوص.

(الطعن رقم 87 لسنة 61 ق – جلسة 20/12/1994)
(الطعن رقم 132 لسنة 65 ق و 435 لسنة 66 ق – جلسة 21/3/2000)

• الحكم الجنائي لا تكون له قوة الشئ المحكوم به أمام المحاكم المدنية إلا إذا كان باتاً ، أما لاستفاده طرق الطعن الجائز فيه أو لفوات مواعيدها .

(الطعن رقم 292 لسنة 63 ق – جلسة 14/7/1998 وجلسة 1/14/1978 – ص 176)
(الطعن رقم 411 لسنة 64 ق – جلسة 22/3/1999)

• متى كانت المحكمة قد عولت في قضاها وقضت بالتطليق للضرر على ما ثبت لديها من الحكم الجنائي الصادر ضد الزوج وأيدت اقتناعها بالأوراق الرسمية وبما حصلته من البينة الشرعية فذلك منها تقدير للأدلة مما يستقل به قاضى الموضوع .

(نقض جلسة 1963/4/1 - ص 515 - س 14)

- لا تثريب على المحكمة في تكوين عقidiتها من أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى أن هيأخذت بهذه القوال كقرينة وكان الإثبات في الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن .

(نقض جلسة 1984/4/29 - الطعن رقم 50 لسنة 17 ق)

- لما كانت الطاعنة قد أقامت دعواها ضد المطعون عليه بطلب تطليقها منه طلقة بائنة للضرر عملاً بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ، وكان ما أضافته الطاعنة أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه امتنع عن الإنفاق عليها بعد تزوجها ، يعد طلباً جديداً – يختلف في موضوعه عن الطلب الأول لأن الطلاق بسبب عدم الإنفاق يقع رجعياً ، وله أحکام مختلفة أوردتتها المواد 4 ، 5 ، 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 وبالتالي فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف ، عملاً بما تقضى به المادة 321 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا في الاستئناف طلبات بدعوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية وهي من المواد التي أبقي عليها القانون رقم 462 لسنة 1955 لما كان ذلك فإن النعي على الحكم المطعون فيه بأنه لم يرد على طلب التطليق لعدم الإنفاق يكون غير منتج .

(نقض جلسة 1984/6/26 - الطعن رقم 12 لسنة 53 ق)

(وجلسة 1974/6/5 - ص 1979 - س 35)

- إقامة الحكم المطعون فيه قضاة بتطليق المطعون ضدها على ما استخلصه من أقوال شاهديها من أن الطاعن يسيء معاملتها ويعتدى عليها بالضرب وأنه اضر بها وهو ما له أصله الثابت بالأوراق ويكتفى لحمل قضاة اطراحه أقوال شاهدي الطاعن والمستندات المقدمة منه . صحيح إذ حسبه أن يقيم قضاة على ما يصلح من الأدلة لحمله النعي عليه بالفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب . جدل موضوعي في تقدير الأدلة لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم 41 لسنة 64 ق - جلسة 1994/11/22)

- إقامة الحكم قضاهه بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن على سند مما استخلصه من شهادة شاهديها من تكرار تعدى الطاعن عليها بالسب والضرب المبرح كفاية هذه الدعامة وحدها لحمل قضاء الحكم . تعبيبه فى دعامات أخرى – أيا كان وجه الرأى فيها . غير منتج .

(الطعن رقم 219 لسنة 59 ق – جلسة 23/6/1992- س 43)

- متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت الضرر الحاصل من الضرب والإيذاء والهجر فإنه لا يكون قد خالف القانون في تطبيقه المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 التي تتنص على أن الطلاق مع إضرار الزوج بزوجته يكون طلقة بائنة .

(نقض جلسة 10/4/1963 – ص 715 – س 14)

(وجلسة 18/1/1982 – الطعن رقم 47 لسنة 51 ق – س 33)

- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع أن تستند إلى وقائع سبقت رفع الدعوى أو استجدت بعدها لإثبات التطبيق لما نتم عنه من استمرار الخلاف الزوجى واتساع هوته بما لا يستطيع معه الإبقاء على الحياة الزوجية ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من أن الحكم أقام قضاهه على سند من وقائع لاحقة لرفع الدعوى يكون على غير أساس .

(نقض جلسة 1/11/1978 – ص 1674 – س 29)

- قبول الشهادة شرعاً . شرطه . انتفاء التهمة عن الشاهد . إدانة أحد شاهدي المطعون ضدها وآخر بضرب الطاعن . مفاده قيام عداوة دنيوية بينهما . أثره افتقاد الشهادة لأحد شروط قبولها . قضاء الحكم المطعون فيه بـ التطبيق استناداً إليها . خطأ وفساد في الإسناد .

(الطعن رقم 476 لسنة 65 ق – جلسة 3/7/2000)

- قبول شهادة القرابات بعضهم البعض عدا شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله أو أحد الزوجين لصاحبها . شرطه . إلا توافر لها أسباب التهمة من جلب مغنم أو دفع مغرم .

(الطعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 15/2/1999)

(الطعن رقم 159 لسنة 64 ق - جلسه 1999/4/26)

(الطعن رقم 187 لسنة 65 ق - جلسه 1999/6/22)

- الأصل في المذهب الحنفي . عدالة الشاهد . انطواء الشهادة على النفع أو الدفع . أثره . اتهام الشاهد . العداوة الدنيوية المانعة من قبول الشهادة . المقصود بها . اختلاق الطاعن خصومه بينه وبين الشاهد . لا أثر له على قبول الشهادة . الاطمئنان إلى الشاهد مرده وجدان القاضى وشعوره دون التزام بإبداء الأسباب .
(الطعن رقم 325 لسنة 65 ق - جلسه 1999/12/21)

- متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن استعرض أقوال شهود الطرفين وقطع في اطمئنانه إلى أقوال شاهدى المطعون عليها دون أقوال شاهدى الطاعن وأبان أن معيار الضرر المنصوص عليه في المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 والذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين معيار شخصى وأن تقدير مدة يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، خلص مما أورده فى مقام التدليل على تحقيق هذا الضرر بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتائج التى انتهى إليها إلى تحقق الضرر المدعى به وعدم إمكان استمرار المعاشرة الزوجية بين الطرفين ، وكان ما أورده الحكم فى هذا الصدد يكفى لحمل قضاياه فإنه لا يعيبه استطراده تزايدا فى تقريره احتدام الخلف بين الزوجين بعد رفع دعوى الطلاق نتيجة تعدد نواحي الخصومة كما لا يعيبه عدم تعقبه ما أورده الطاعن من حجة مناهضة أخذ بها الحكم الابتدائي لأن قيام الحقيقة التي استخلصها فيه الرد الضمنى لكل حجة تخالفها .

(نقض جلسه 1976/3/24 - ص 770 - س 27)

- اشتراط أذار القاضى إلى الزوج طبقاً للمادتين 12 و 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 قبل تطبيق زوجته عليه يكون فى حالة التطبيق - لغيبه الزوج . لا محل لاتخاذه هذه الإجراءات فى حالة التطبيق للضرر .
(نقض الطعن رقم 54 ق - جلسه 1985/3/12 - س 36)

- قضاء الحكم برفض دعوى التطبيق . استناده إلى مستندات لم يورد مضمونها وإغفاله أخرى مقدمة ودون بحث دلالتها وما انطوت عليه من إثبات إضرار المطعون ضده بالطاعنة بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما . خطأ وقصور .

(الطعن رقم 106 لسنة 64 ق – جلسة 17/2/1998)

• إذا كان البين من صحيفة الدعوى الابتدائية أن المطعون عليها وأن ساقت فيها بعض صور سوء المعاملة التي تلقاها من الطاعن ، وضررت على ذلك أمتلة من قبل الهجر والامتناع عن الإنفاق والإهانة على مسمع من الزملاء إلا أنها في طلباتها الختامية اقتصرت على الحكم بتطبيقها بائناً بالتطبيق لأحكام المادة السادسة أتفة الإشارة ، مفاده أنها جعلت من الإضرار سبباً للتفريق بينهما ، ومن ثم فلا تشريف على محكمة الموضوع أن هي ضربت صفحاً عن الأمتلة التي عدتها المطعون عليها طالما وجدت من وقائع الدعوى عناصر تتحقق بها المضاراة وفق حكم المادة التي أقيمت الدعوى بالاستناد إليها .

(نقض جلسة 9/11/1977 - ص 1644 - س 28)

• فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة وعناصر الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين . من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند . ولها الترجيح بين البيانات دون التزام ببيان أسباب هذا الترجح ما دامت لم تخرج بأقوال الشهود عما يؤدى إليه مدلولها . حسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأقامت قضاها على أسباب سائغة تكفى لحمله . عدم التزامها بتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم والرد عليها استقلالاً . علة ذلك .

(الطعن رقم 301 لسنة 64 ق – جلسة 25/5/1998)

• إقامة الحكم المطعون فيه قضاها بإلغاء الحكم الابتدائي بتطبيق الطاعنة على المطعون ضده طلقة بائنة ورفض الدعوى على سند من أن أقوال شاهديها جاءت سمعاوية . استخلاص موضوعي سائغ . كفايتها لحمل قضائه وفيه الرد المسقط لكل حجة مخالفة . لا عليه أن لم يورد نص أقوال الشهود أو يوقف الدعوى تعليقاً . علة ذلك . خلو الأوراق مما يفيد مضاراة المطعون ضده للطاعنة . تعويله على الحكمين الصادرين ضدها في دعوى الطاعة وإبطال المقرر لا ينال من سلامة الحكم . شرطه . انتهاءه إلى نتيجة صحيحة .

(الطعن رقم 415 لسنة 68 ق – جلسة 9/3/2002)

- لقاضى الموضوع سلطة تقدير دواعى الفرقة بين الزوجين . وأدلة الدعوى وبحث دلالتها والموازنة بينهما وترجح ما يطمئن إليه ومنها أقوال الشهود . شرطه . إلا يخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها وإقامة قضايى على أساس سائغة لها سنداتها من الأوراق .

(الطعن رقم 72 لسنة 63 ق – جلسه 1997/10/20)

(الطعن رقم 24 لسنة 61 ق – جلسه 1995/2/14)

- الإسلام المشروط فى الشهادة . نطاقه . أن يكون المشهود عليه مسلماً . علة ذلك .

(الطعن رقم 300 لسنة 63 ق – جلسه 1998/1/20)

وجوب عرض المحكمة للصلح .. صوره .. حالاته

- إقامة الحكم قضائياً بالتطبيق على استخلاص موضوعى سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة . المنازعـة فى ذلك . جـلـمـوضـوعـىـفـيـمـاـلـمـحـكـمـةـمـوـضـوعـمـنـسـلـطـةـتقـدـيرـالـأـدـلـةـلاـيـجـوزـإـثـارـتـهـأـمـامـمـحـكـمـةـالـنـفـضـ.

(الطعن رقم 78 لسنة 63 ق – جلسه 1997/1/28)

- عرض الصلح من محكمة أول درجة ورفضه من الطرفين أو أحدهما كفایته لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما . دون حاجة لإعادة عرضه في الاستئناف ما دام لم يستجد جديد أمامها .

(الطعن رقم 665 لسنة 68 ق – جلسه 2002/3/9)

(الطعن رقم 385 لسنة 63 ق – جلسه 1997/11/18)

(الطعن رقم 124 لسنة 60 ق – جلسه 1993/12/28 - س 44)

(الطعن رقم 149 لسنة 58 ق – جلسه 1991/3/26 - س 42)

(الطعن رقم 128 لسنة 62 ق – جلسه 1996/5/27 - س 47)

(الطعن رقم 176 لسنة 65 ق – جلسه 1999/12/20)

- عرض الصلح من محكمة أول درجة . رفضه من وكيل المطعون ضدها وقبوله من وكيل الطاعن. كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح . لا حاجة لإعادة عرضه في الاستئناف طالما لم يستجد ما يدعوه إليه .
(الطعن رقم 185 لسنة 64 ق – جلسة 1998/3/16 والطعن رقم 266 لسنة 62 ق – جلسة 1996/7/8- س 47 والطعن رقم 4 و 5 لسنة 59 ق – جلسة 1991/4/2- س (41)

- القضاء بالتطبيق . م 6 من م بق 25 لسنة 1929. شرطه . إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما عرض المحكمة الصلح عليهما ورفضه من أحدهما كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .
(الطعن رقم 323 لسنة 66 ق – جلسة 2001/3/10 والطعن رقم 325 لسنة 65 ق – جلسة 1999/12/21 والطعن رقم 676 لسنة 72 ق – جلسة 2004/12/24)

- القضاء بالتطبيق . شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . م 6 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 . محاولة الإصلاح ليس لها طريقاً معيناً . عرض محكمة أول درجة الصلح على المطعون ضدها في الجلسة التي أعلنت لها الطاعن ورفضها ثم طلبها في جلسة لاحقة حجز الدعوى للحكم دون اعتراض منه . كاف لتحقيق عجز المحكمة عن الإصلاح . لا حاجة لإعادة عرضه في الاستئناف . طالما لم يستجد ما يدعوه إليه .
(الطعن رقم 156 لسنة 58 ق – جلسة 1991/4/2- س 41)
(الطعن رقم 149 لسنة 58 ق – جلسة 1991/3/26- س 41)

- الحكم بالتطبيق إعمالاً لأحكام المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 . شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . القانون لم يرسم طريقاً معيناً للإصلاح ولم يستوجب حضور الزوجين معأ أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الإجراء . عرض الصلح على أحد الزوجين ورفضه كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .
(الطعن رقم 125 لسنة 63 ق – جلسة 2000/2/14)
(الطعن رقم 83 لسنة 53 ق – جلسة 1985/3/2- س 36)

- (الطعن رقم 157 لسنة 61 ق - جلسة 1995/3/28)
(الطعن رقم 63 لسنة 9 ق - جلسة 1991/7/30 - س 42)
(الطعن رقم 82 لسنة 63 ق - جلسة 1997/1/28)

• التطليق للضرر . شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح . م 6 من م بق 1929/25 . لم تستوجب مثول الزوجين معاً عند اتخاذ هذا الإجراء . عرض الصلح من محكمة أول درجة على المطعون ضدها فى غيبة المطعون ضده - كاف لإثبات عجز القاضى عن الإصلاح . النوى عليه بالخطأ على غير أساس .
(الطعن رقم 139 لسنة 61 ق - جلسة 1995/2/14)

• لما كان البين من مدونات الحكم الابتدائى أن المحكمة بجلسة .. عرضت الصلح على الطرفين فقبله الزوج وأبنته الزوجة ، وفي هذا ما يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما على ما تشرطه المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 1929 لسنة 25 .

(نقض جلسة 15/6/1993- الطعن رقم 86 لسنة 60 ق - س 44)

(نقض جلسة 21/3/1979- ص 906 - س 30)

(نقض جلسة 24/1/1989 - الطعن رقم 3 لسنة 57 ق - س 40)

• التطليق إعمالاً لحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 شرطه عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ، لم يرسم القانون طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح ولم يستوجب حضور الزوجين أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الإجراء ، عرض الصلح على أحدهما ورفضه كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

(الطعن رقم 617 لسنة 68 ق - جلسة 2002/2/9)

(الطعن رقم 142 لسنة 61 ق - جلسة 1995/2/28)

(الطعن رقم 84 لسنة 55 ق - جلسة 1988/2/23 - س 39)

• المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التي تشترط للقضاء بالتطليق عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين جاءت خلوا من وجوب مثول الزوجين بشخصيهما أمام المحكمة عند محاولة الإصلاح بينهما وإذا كان البين من

صورة محضر الجلسة أمام محكمة الاستئناف أن المطعون عليها حضرت بشخصها ورفضت الصلح في حضور وكيل الطاعن ، فإن ذلك كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

(الطعن رقم 23 لسنة 57 ق - جلسة 1988/6/28 - س 39)

(والطعن رقم 11 لسنة 54 ق - جلسة 1986/2/25 - س 37)

• خلو محاضر جلسات محكمة أول وثاني درجة من إثبات بذل محاولات للإصلاح بين الزوجين وأنهما لم يستجيبا لها . إثبات الحكم الابتدائي بمدوناته عرض الصلح ورفض المطعون ضدها له . مخالفة للثابت بالأوراق وخطأ في تطبيق القانون . تأييد محكمة الاستئناف لذلك الحكم رغم ما اعتبره من بطلان دون إثبات عرضها الصلح على الزوجين . أثره . بطلان الحكم الاستئنافي .

(الطعن رقم 109 لسنة 63 ق - جلسة 1997/2/24)

• خلو محاضر جلسات محكمة أول درجة من إثبات أن محاولة للإصلاح بين الزوجين قد بذلت وأنهما أو وكلائهما المصرح لهما بالصلح لم يستجيبوا لهذه المحاولات مما يتحقق معه شرط عجز القاضي عن الإصلاح اللازم للحكم بالتطبيق للضرر . لا يكفي لإثباته قيام المطعون ضدها بإعلان الطاعن وتوكيله بالحضور أمام محكمة أول درجة لتقوم بالتوفيق بينهما وعدم حضوره هذه الجلسة ، تضمين الحكم المطعون فيه رغم ذلك عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما لا سند له من الأوراق قضاوه بالتطبيق رغم تخلف هذا الشرط مخالفة للقانون .

(الطعن رقم 109 لسنة 60 ق - جلسة 1994/1/18 - س 45)

• الحكم بالتطبيق . م 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 . شرطه . ثبوت إضرار الزوج بالزوجة بما لا يستطيع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما ، خلو محاضر جلسات محكمة أول وثاني درجة من إثبات أن محاولات للإصلاح بين الزوجين قد بذلت وأنهما أو وكلائهما المصرح لهم بالصلح لم يستجيبوا لهذه المحاولات تضمين الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه على الرغم من ذلك عرض الصلح فقبله وكيل الطاعن ورفضه وكيل المطعون ضدها دون سند من الأوراق وقضاوه بالتطبيق على الرغم من تخلف هذا الشرط . مخالفة للقانون .

- (الطعن رقم 62 لسنة 63 ق - جلسة 24/2/1997)
(الطعن رقم 21 لسنة 62 ق - جلسة 18/12/1995)
(الطعن رقم 101 لسنة 61 ق - جلسة 27/12/1994)

• التطبيق للضرر . م 6 من المرسوم بق 25 لسنة 1929 شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . لم يستلزم القانون اتباع طريق معين للإصلاح أو حضور الزوجين معاً أو بشخصيهما أمام المحكمة . عرض الصلح على وكيلى الطرفين ورفضه من وكيل المطعون ضدها كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح

- (الطعن رقم 274 لسنة 68 ق - جلسة 9/3/2002)
(الطعن رقم 258 لسنة 72 ق - جلسة 25/10/2003)

• الحكم بالتطبيق طبقاً للمادة السادسة من 25 لسنة 1929 – مناطه – أن يعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين مع توافر شروط الضرر . خلو صفحات جلسات محكمة أول وثانى درجة من إثبات أية محاولة للإصلاح بين الزوجين قد بذلت وأنهما أو وكلائهما المصرح لهما بالصلح لم يستجيبوا لهذه المحاولات . تضمين الحكم المطعون فيه رغم ذلك عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما لا سند له من الأوراق وقضاءه بالتطبيق رغم تخلف هذا الشرط مخالفة القانون .

(الطعن رقم 59 لسنة 57 ق - جلسة 24/5/1988- س 39)

• التطبيق إعمالاً لحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 . شرطه . عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين . لم يرسم القانون طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح ولم يستوجب حضور الزوجين أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الإجراء . عرض الصلح على وكيل المطعون عليها ورفضه كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

(الطعن رقم 23 لسنة 57 ق - جلسة 28/6/1988- س 39)

• لما كانت المادة السادسة إذ اشترطت للتطبيق للضرر عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين لم ترسم طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح بينهما وكان الثابت بالأوراق أن محكمة أول درجة أجلت الدعوى عدة مرات تمكيناً للطاعن من الصلح

مع المطعون عليها التي أصرت في النهاية على طلب التطليق كما طلب الطاعن حجز الدعوى للحكم وكان هذا كاف لتحقيق عجز المحكمة عن الإصلاح بين الطرفين فإن النعى يكون على غير أساس .

(نقض الطعن رقم 33 لسنة 54 ق – جلسة 11/2/1986 - س 37)

• المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التي تشرط للقضاء بالتطليق ثبوت الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة وعجز القاضي عن إصلاح بين الزوجين جاءت خلواً من وجوب مثول الزوجين بشخصهما أمام المحكمة ، وإن كان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسة أول أبريل سنة 1970 أمام محكمة أول درجة أن كلا من الطاعن والمطعون عليها قد أذاب عنه وكيلًا مفوضاً بالصلح وأن وكيل المطعون عليها رفضه على حين قبله الطاعن ، فإن ذلك يكفي لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

(الطعن رقم 52 لسنة 52 ق – جلسة 25/2/1986 - س 37)

(نقض جلسة 12/3/1975 - ص 378 - س 26)

• لما كان النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثلها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها طلاقة باشنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما يدل على أن الشارع اشترط للحكم بالتطليق في هذه الحالة أن يثبت إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطيع معه دوام العشرة وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما ، مما مقضاه وجوب تدخل المحكمة بغرض إزالة الشقاقي بين الزوجين المتناقضين فإن هي قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاها باطلًا باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن محكمة أول درجة حكمت بتطبيق المطعون عليها على الطاعن دون تدخل بعرض الصلح عليها رغم مثول الأولى أمامها بشخصها وحضور وكيل عن الطاعن، وهو ما يتربّ عليه بطlan حكمها، وكانت محكمة الاستئناف قد أيدت ذلك الحكم رغم ما اعتبره من بطلان. فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أيد حكمًا باطلًا بما يبطله هو الآخر ويوجب نقضه .

(نقض جلسة 27/3/1984 - الطعن رقم 21 لسنة 53 ق – س 35)

(والطعن رقم 109 لسنة 63 ق – جلسه 24/2/1997)

• مؤدى نص المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 يدل على أن الشارع وإن اشترط للحكم بالتفريق فى هذه الحالة شرطان أولهما أن يثبت الضر المدعاى به بما لا يستطيع معه دوام العشرة وثانيهما أن يعجز عن الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين إلا أنه لم يستلزم المبادرة بالقيام بهذا الإصلاح قبل نظر الدعوى وسماع الشهود فيها أو معاودة القيام به فى كل مرحلة من مراحل الدعوى لما كان ذلك وكان الإصلاح بين الزوجين يقتضى التعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما والظروف والملابسات المحيطة به وذلك حتى يتخير القاضى السبل الناجحة لإنهائه سلحا ، وكان الاستئناف وفقاً لنص المادة 317 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف ، فإنه لا على محكمة أول درجة إن هى أرجأت محاولة الإصلاح بين الزوجين إلى ما بعد سماعها للبيانات المقدمة فى الدعوى ولا على محكمة الاستئناف إذا لم تعاود عرض الصلح على الزوجين بعد أن رأت سلامة ما انتهى إليه الحكم المستأنف من قضاء.

(نقض الطعن رقم 487 لسنة 64 ق – جلسه 8/1/1996)

(نقض جلسه 16/6/1983 – الطعن 23 لسنة 51 ق – س 34)

• إذ كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه لا يشترط لإثبات عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين وفقاً لنص المادة 6 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 مثولهما بشخصيهما أمامه ، وإنما يكفى فيه حضور الوكيلين المفوضين بالصلح عنهم ورفض أحدهما الصلح ، وكان البين من الصورة الرسمية لمحضر جلسه 7/5/1977 أمام محكمة أول درجة أن وكيل المطعون عليها حضر بالجلسة ورفض الصلح فإن ما جاء بالحكم من عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين لا تكون فيه مخالفة للثابت بالأوراق ، ويكون النعى بهذا السبب فى غير محله .

(نقض جلسه 23/12/1980 - ص 2115 - جلسه 25/4/1979 - ص 31 - جلسه 25/4/1979 - ص 196 -

س 30 و جلسه 12/2/1975 - ص 378 - س 26)

• التقويض فى الصلح يستتبع التقويض بفرضه ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن وكيل المطعون عليها المفوض بالصلح قد رفضه ، فإن ذلك يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

(نقض جلسة 1985/3/5 - ص 752 - س 36)

• إذا كان المشرع قد اشترط للحكم بالتطبيق طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 أن تثبت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة ، وأن يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما ، وكان الثابت بمحضر جلسة 9/6/1979 أن محكمة أول درجة قد عرضت الصلح على الطرفين فرفضه الحاضر عن المطعون ضدها ووافق عليه الطاعن وهو ما يكفى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين ، دون ضرورة لإعادة عرض الصلح من جديد أمام محكمة الاستئناف ما دام لم يستجد ما يدعوه إليه . وكان لا يغير من ذلك رفض محكمة أول درجة القضاء بالتطبيق طالما أن الاستئناف وفق نص المادة 317 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يعيد الدعوى إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه ، بما لا يكون معه ثمة موجب لإعادة عرض الصلح من جديد أمام المحكمة الاستئنافية ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون يكون على غير أساس .

(الطعن رقم 135 لسنة 63 ق - جلسة 1997/3/17)

(نقض جلسة 1979/3/14 - ص 805 - س 30)

• إذا كان البين من الأوراق أن محكمة أول درجة قد أصدرت حكمها بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن طلقة بائنة – قبل العمل بأحكام القانون 1 لسنة 2000 – بعد أن عرضت الصلح عليهما ورفضته المطعون ضدها وهو ما يكفى لثبوت عجز المحكمة عن الإصلاح بينهما دون إعادة عرضه من محكمة الاستئناف وفقاً للتطبيق الصحيح للمادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 – الذى يحكم الواقعه فى هذا الخصوص – ومن ثم فلا إلزام على المحكمة فى مرحلة الطعن على هذا الحكم إعادة عرض الصلح مرتين على ما نص عليه القانون 1 لسنة 2000.

(نقض الطعن رقم 555 لسنة 70 ق - جلسة 2002/10/26)

• النص في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما .." يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الشارع اشترط للحكم بالتطليق في هذه الحالة ثبوت الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة وعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين ولما كان البين من الحكم المطعون فيه ومن محضر جلسة 10/2/1974 أمام محكمة أول درجة أن الطاعن استأجل الدعوى للصلح فأجابته المحكمة إلى طلبه وفي الجلسة التالية أنكرت المطعون عليها قوله وأصرت على طلب الطلاق ، ومضى الطاعن في دفاعه طالباً رفض الدعوى ، فإن هذا يكفي في ثبوت عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين.

(نقض جلسة 1976/11/3 - ص 1516 - س 27)

• النص في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما .." يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أوجب على المحكمة محاولة الإصلاح بين الزوجين قبل القضاء بالتطليق للضرر بغرض إزالة أسباب الشقاق بينهما ، فإن هى قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاها باطلأً اعتباراً أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام ولم يشترط النص المذكور قيام المحكمة بمحاولة الإصلاح بين الزوجين إلا فى حالة القضاء بالتطليق لثبوت الضرر فى جانب الزوج ، فلا يكون هذا الإجراء لازماً إذا قضت برفض الدعوى ، إذ أن هدف المشرع من ذلك الحيلولة دون فصم عرى الزوجية رغم ثبوت ما يدعى إلى التفرق ، وهو ما لا يتحقق إذا رفضت الدعوى وإذا قضى الحكم المطعون فيه برفض الدعوى ، فإنه لا يبطله عدم قيام المحكمة بمحاولة الإصلاح بين الزوجين ، ومن ثم فإن النهى يكون على غير أساس .

(الطعن رقم 101 لسنة 64 ق جلسة 1998/12/28)

• النص في المادة 18 من القانون 1 لسنة 2000 بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية "وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم

بها إلا بعد أن تبذل المحكمة على أنه إذا كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثة أيام ولا تزيد على ستين يوماً" مفاده أن ما استحدثته هذه المادة من وجوب عرض الصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة في حالة وجود أبناء قبل الحكم إنما ينصرف إلى شروط لصحة الحكم بالطلاق لم تكن مطلوبة من قبل لا صلة لها بذاتية القواعد التي يقوم عليها نظام التطبيق ، وكان من المقرر أن ما تم صحيحاً في ظل قانون معنوي به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك ، وإذا لم ينص القانون رقم 1 لسنة 2000 على تطبيقه بأثر رجعي ومن ثم فإن هذه القواعد لا تسري على الدعاوى التي نظرت وصدرت فيها أحكام قبل نفاذها ولا يمتد أثرها – من بعد – إلى مرحلة الطعن في هذه الأحكام .

(نقض الطعن رقم 555 لسنة 70 ق – جلسة 26 / 10 / 2002)

• الحكمان طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة . ثبوت فشل محاولتها التوفيق بين الزوجين لاستحکام النفور بينهما وإصرار الزوجة على عدم استمرار الحياة الزوجية . عدم تدخل المحكمة لعرض الصلح لا خطأ علة ذلك .

(الطعن رقم 670 لسنة 67 ق – جلسة 9/2/2002)

• استخلاص محكمة الموضوع استحکام الخلاف بين الطاعن والمطعون ضدها من إصرار الأخيرة على الطلاق وعجز المحكمة عن التوفيق بينهما . سائغ . كفايتها لحمل قضاها بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن . المجادلة في ذلك ، موضوعية تتحسر عنها رقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم 205 ، 207 لسنة 59 ق – جلسة 5/3/1991- س 42)

التحكيم

• بعث حكمين . شرطه . تكرار شكوى الزوجة بطلب التطبيق وعدم ثبوت الضرر في الدعوى الثانية . إقامة الحكم المطعون فيه قضاها بـ التطبيق على ما خلص إليه من هجر الطاعن للمطعون ضدها . النعى عليه بعدم اتخاذ إجراءات التحكيم . لا أساس له .

(الطعن رقم 85 لسنة 58 ق – جلسة 15/1/1991- س 42)

- التطليق للضرر . م 6 ق 25 لسنة 1929 . عدم بحث الحكم توافق الضرر الموجب للتطليق . استناده إلى تقرير الحكمين في غير الحالات خطأ وقصور .
(الطعن رقم 107 لسنة 62 ق – جلسة 27/1/1997)

• السبب في دعوى التطليق طبقاً للمادة 6 ق 25 لسنة 1929 . اختلافه عن السبب في طلب الزوجة التطليق أثناء نظر اعترافها على دعوة زوجها للعودة إلى منزل الزوجية . م 11 مكرر ثانياً من ذات القانون . مؤدي ذلك القضاء برفض الدعوى الأولى ليس له حجية مانعة من نظر الدعوى الثانية . اللجوء إلى التحكيم في الأولى لا يحول دون اللجوء إليه في الثانية متى توافرت شروطه .
(الطعنان رقمان 205 ، 207 لسنة 59 ق – جلسة 5/3/1991- س 42)

• اتخاذ إجراءات التحكيم في الدعوى إذا كررت الزوجة شكواها بطلب التطليق للضرر . شرطه . إخفاقها في إثبات الضرر . إقامة الحكم المطعون فيه قضاة بالتطليق استناداً إلى ثبوت إضرار زوجها بها . مؤداه عدم التزام الحكم باتخاذ إجراءات التحكيم .
(الطعن رقم 635 لسنة 67 ق – جلسة 12/2/2002)

• النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التقرير بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين على الوجه المبين بالمواد 7 ، 8 ، 9 ، 10 ، 11 مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن التحكيم في دعوى التطليق لا يكون إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التقرير لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تضرر منه حقيقة أو حكماً .
(الطعن رقم 128 لسنة 62 ق – جلسة 27/5/1996)

(الطعن رقم 143 لسنة 59 ق – جلسة 15/12/1992)
(الطعن رقم 63 لسنة 59 ق – جلسة 30/7/1991 – س 42)
(وجلسة 20/6/1989- الطعن رقم 117 لسنة 57 ق – س 40)

• مفاد نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أنه إذا كررت الزوجة شكواها طالبة التطليق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها بالتقريض ولم تثبت ما تشكو منه فإنه يتعين أن يبعث القاضى حكمين على النحو المبين بالمواد من 7 إلى 11 من القانون المذكور وهو حكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك في أحكام الشقاق بين الزوجين ، ولما كان الثابت أن المطعون عليها أقامت دعواها الحالية بنفس الطلبات وقضى برفضها نهائياً بالتطليق ولما كانت محكمة الاستئناف بعد أن ألغت حكم محكمة أول درجة بالتطليق لعدم الاطمئنان إلى أقوال شهود المطعون عليها – قد مضت في نظر الدعوى وقضت ببعث الحكمين تطبيقاً لما يوجبه القانون على النحو سالف البيان فإن النعى على الحكم يكون في غير محله.

(نقض جلسة 20/2/1974 - ص 379 - س 25 - الطعن رقم 46 لسنة 40 ق)

• التزام المحكمة باتخاذ إجراءات التحكيم في دعوى التطليق. حالاته . أن تكرر الزوجة طلب التطليق ولم يثبت ما تشكو منه بعد رفض دعواها الأولى أو إذا طلبت التطليق على زوجها من خلال اعترافها على دعوته لها للعودة لمنزل الزوجية وثبتت أن الخلف مستحكم بين الزوجين. المادتان 6 ، 11 مكرر ثانياً من م بق 25 لسنة 1929 المضافة بق 100 لسنة 1985 .

(الطعن رقم 617 لسنة 68 ق - جلسة 9/2/2002)

(الطعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 15/2/1999)

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

• لما كان نص المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 في شأن التطليق للضرر لا يوجب الالتجاء إلى التحكيم إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التقريض لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها مع عجزها عن إثبات ما تضرر منه ، وكان الواقع أن المطعون عليها قد أقامت الدعوى وهي الدعوى الأولى بطلب التطليق للضرر استناداً إلى نص تلك المادة فإنه لا يلزم اتخاذ إجراءات التحكيم في الدعوى .

(نقض الطعن رقم 33 لسنة 54 ق - جلسة 11/3/1986 - س 37)

• التحكيم في دعوى التطليق للضرر شرطه . رفض دعوى الزوجة بطلب التقريض ثم تكرار شكواها وعدم إثبات ما تشكو منه .

- (نقض الطعن رقم 79 لسنة 58 ق - جلسة 13/11/1990- س 41) (نقض الطعن رقم 90 لسنة 54 ق - جلسة 9/4/1985- س 36)
 (نقض الطعن رقم 94 لسنة 60 ق - جلسة 22/6/1993- س 44)
 (نقض الطعن رقم 331 لسنة 65 ق - جلسة 27/12/1999)

• النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحيثند يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبتت الضرر بعث القاضي حكمين على الوجه المبين بالمواد 7، 8، 9، 10، 11 مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن التحكيم في دعوى التطليق لا يكون إلا إذا تكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تضررت منه ، ولما كان الثابت من الأوراق أن دعوى المطعون ضدها بتطليقها على الطاعن طبقاً لنص المادة السادسة المشار إليها هي دعواها الأولى قبله فإن تعيب الحكم لعدم اتخاذه الإجراءات الخاصة بالتحكيم بين الزوجين قبل القضاء بالتفريق بينهما يكون على غير أساس .

- (نقض جلسة 22/11/1988- الطعن 44 لسنة 57 ق - س 39)
 (الطعن رقم 133 لسنة 64 ق - جلسة 13/4/1989)

• اتخاذ إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 11 من ق 25 لسنة 1929 . شرطه . أن ينكر من الزوجة طلب التطليق لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه م 6 ق 25 لسنة 1929 . بعث المحكمة حكاماً وثبتت أن دعوى المطعون ضدها بتطليقها على الطاعن طبقاً للمادة 6 سالفة الذكر هي دعواها الأولى قبله فإن تقارير الحكم لا تقيد المحكمة وإنما تعتبر من أوراق الدعوى التي تخضع لتقديرها . انتهاء الحكم الثالث في تقريره إلى تطليق المطعون ضدها على الطاعن . مخالفة الحكم لهذا التقرير . النعي عليه في غير محله .

- (الطعن رقم 185 لسنة 61 ق - جلسة 28/3/1995)

• لما كان البين من الأوراق أن المطعون ضدها كانت قد أقامت الدعوى رقم لسنة 1982 كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة بطلب التطليق للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من القانون آنف الذكر والتى قضى برفضها فى الاستئناف رقم لسنة 101 ق القاهرة ، ثم طلبت فى الدعوى الراهنة التطليق على الطاعن لذات السبب فى الدعوى السابقة ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه لم يبين الواقع الذى استجدىت بعد الحكم السابق برفض دعوى المطعون ضدها بالتطليق على الطاعن ، وما إذا كانت تلك الواقع هى ذات الواقع فى الدعوى السابقة أو مغايرة لها ولاحقة عليها وأنها وقعت أثناء الزوجية حقيقة أو حكماً ، وأن المطعون ضدها قد عجزت عن إثباتها بما يسوغ الالتجاء إلى التحكيم مما مؤدah أن الحكم جعل مناط التحكيم يتوقف على مجرد رفع دعوى أخرى بعد رفض دعواها السابقة دون أن يعن بيان الأسباب الذى أقام عليها قضاeه برفض الدفع بعد جواز نظر الدعوى وبيان اختلاف وقائع الضرر فى الدعويين ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبب بما يوجب نقضه .

(الطعن رقم 143 لسنة 59 ق - جلسة 15/12/1992- س 43 والطعن رقم 46

لسنة 40 ق - جلسة 20/2/1974- ص 379 - س 25)

إعادة رفع الدعوى بسببه

• مفاد المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أنه إذا ادعت الزوجة على الزوج إضراره بها . وأقامت دعوى بتطليقها منه ورفضت دعواها لعجزها عن إثبات الضرر ، فإن من حقها أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لذات السبب وهو الضرر على أن تستند فى ذلك إلى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت الأولى على أساسها وإذا كان الثابت من الأوراق أن سند المطعون ضدها فى طلب التطليق فى دعواها الأولى كان قائماً على أساس اعتداء الطاعن عليها بالضرب وعدم إنفاقه عليها وكان سندها فى دعواها المائلة هو تضررها من عدم دخوله بها منذ أن تزوجها وهى وقائع مغايرة لتلك التى رفعت بها الدعوى الأولى وامتدت عدة سنوات تالية للحكم فيها ، فإنه لا على الحكم المطعون فيه أن التفت عن الدفع بعد جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها ويكون النعى بهذا الوجه على غير أساس .

(الطعن رقم 369 لسنة 68 ق - جلسة 9/3/2002)

(الطعن رقم 331 لسنة 65 ق - جلسة 27/12/1999)

- (الطعن رقم 257 لسنة 62 ق - جلسة 1996/7/8 - س 47)
(الطعن رقم 143 لسنة 59 ق - جلسة 1992/12/15 - س 43)
(نقض الطعن رقم 87 لسنة 55 ق - جلسة 1986/12/16 - س 37)
(الطعن رقم 92 لسنة 57 ق - جلسة 1981/2/28 - س 40)
(الطعن رقم 583 لسنة 66 ق - جلسة 2001/5/5)

• لما كانت المطعون ضدها قد أقامت الدعوى الماثلة تأسيسا على هجر الطاعن لها وكانت قد طلبت التطليق في الدعوى رقم 1454 لسنة 1986 كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة لزواج الطاعن بأخرى ، واعتذاره عليها بالضرب والسب ، كما أنه وإن اتهد سبب التطليق في الدعوى المطروحة والدعوى رقم 3228 لسنة 1991 كلى أحوال شخصية شمال القاهرة إذ أستسست المطعون ضدها كل منهما على الهجر ، إلا أن الثابت من الأوراق أنها استندت في الدعوى الراهنة على الهجر الذى استطال إلى ما بعد صدور الحكم في الدعوى المذكورة ، ومن ثم فإن صدور الحكمين في الدعويين السابقتين لا يحول دون رفع الدعوى المطروحة ، إذ أقيمتا على وقائع مغایرة لتلك التى أستسست عليها الدعوى الماثلة ، وإذ انتهى الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى عدم قبول الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ، فإنه يكون قد خلص إلى قضاء صحيح ، ومن ثم فإن النوى يكون على غير أساس .
(الطعن رقم 499 لسنة 64 ق - جلسة 1999/2/15)

• الدفع بعدم جواز نظر دعوى تطليق للهجر لسابقه الفصل فيها بحكم في دعوى تطليق للضرر . النقاط المحكمة عنه . لا خطأ . طالما استندت الزوجة في دعواها الثانية إلى وقائع مغایرة لتلك التي رفعت الدعوى الأولى على أساسها .
(الطعن رقم 85 لسنة 58 ق - جلسة 1991/1/15 - س 42)

• النص في المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية يدل على أن من حق الزوجة أن ترفع دعوى جديدة تطلب فيها التطليق لذات السبب وهو الضرر ، على أن تستند في ذلك إلى وقائع مغایرة لتلك التي رفعت الدعوى الأولى على أساسها ، كما يحق لها أن ترفع دعواها بالتطليق عن هذه الواقعة الجديدة لتدفع عن نفسها الضرر الذي ادعت وقوعه أثناء قيام الحياة الزوجية دون أن يلزم لذلك أن تكون مقيمة مع زوجها . لما كان ذلك وكان الحكم

المطعون فيه قد أورد في أسبابه أن المراد بتكرار الشكوى المنصوص عليها في المادة السادسة أن تعود العلاقة الزوجية حقيقة أو حكماً بين الزوجين ويستأنفا معاً حياتهما من جديد وإذا كان ما تقدم وكانت المستأنف ضدتها لم تقدم دليلاً على أنها قد تلاقت مع المستأنف بعد الحكم في قضية الطلاق الأولى بما لا يكوننا معه قد تلقيا حقيقة أو حكماً ومن ثم لا يجوز بعث حكمين لرفض الدعوى ، لما كان ذلك وكان بعث الحكمين من إجراءات التقاضي المتعلقة بالنظام العام وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم جواز بعث الحكمين في حالة رفع دعوى التطليق الثانية بعد رفض الأولى وحدث وقائع ضرر جديدة إلا إذا قدمت الزوجة دليلاً على تلقيها مع زوجها حقيقة أو حكماً وهو ما يعييه بالقصور في التسبب الذي جره إلى الخطأ في تطبيق القانون.

(نقض الطعن رقم 115 لسنة 70 ق - جلسه 26/10/2002)

(الطعن رقم 116 لسنة 65 ق - جلسه 17/5/1999)

(الطعن رقم 405 لسنة 66 ق - جلسه 7/4/2001)

(الطعن رقم 130 لسنة 56 ق - جلسه 24/1/1989)

- رفض الدفع بعدم جواز نظر دعوى التطليق للضرر لسابقة الفصل فيها . لا خطأ . طالما استندت الزوجة في دعواها الثانية إلى وقائع مغایرة لتلك التي رفعت الدعوى الأولى على أساسها .

(الطعن رقم 162 لسنة 63 ق - جلسه 17/3/1997)

- لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المنع من إعادة النزاع في المسألة المقصى فيها يشترط أن تكون المسألة واحدة في الدعويين ، ولا تتوافق هذه الوحدة إلا أن تكون المسألة المقصى فيها نهائية أساسية لا تتغير وأن يكون الطرفان قد تناقشوا فيها في الدعوى الأولى واستقرت حققتها بينهما بالحكم الأول استقراراً جاماً مانعاً وأن تكون هي بذاتها الأساس فيما يدعى به في الدعوى الثانية ، وينبني على ذلك أن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم حائز قوة الأمر المقصى .

(الطعن رقم 84 لسنة 59 ق - جلسه 29/12/1992 - س 43)

دعوى الطلاق للضرر .. اختلافها عن دعوى الطاعة أو النشوز

- دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطليق للضرر . علة ذلك . الحكم برفض الاعتراض أو إسقاط نفقة الزوجة . لا يكون بذاته حاسماً في نفي ادعاء الزوجة من مضاراة في دعوى التطليق للضرر .
(الطعن رقم 116 لسنة 65 ق - جلسة 17/5/1999)

- الحكم برفض دعوى النفقة للنشوز لا يمنع من نظر دعوى التطليق والفصل فيها ولا يكون بذاته حاسماً في نفي ما تدعيه الزوجة من مضاراة موجبة للتقرير .
(نقض جلسة 22/3/1988 - الطعن رقم 99 لسنة 55 ق - س 32)
(نقض الطعن رقم 187 لسنة 65 ق - جلسة 22/6/1999)

- دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطليق للضرر . علة ذلك . الحكم بدخول الزوجة في طاعة زوجها ونشوزها . لا ينفي بذاته ادعاء الزوجة المضاراة في دعوى التطليق . لا تثريب على محكمة الموضوع إذا لم تعول على دلالة الحكم الصادر في دعوى الطاعة طالما انتهت بأسباب سائغة إلى توافر الضرر الموجب للتطليق .
(الطعن رقم 657 لسنة 66 ق - جلسة 11/6/2001 والطعن رقم 553 لسنة 65 ق - جلسة 20/11/2000 والطعن رقم 537 لسنة 66 ق - جلسة 26/5/1997 والطعن رقم 175 لسنة 64 ق - جلسة 21/4/1998)

- دعوى الطاعة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق إذ بينما تقوم الأولى على إخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية تقوم الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة ، وأن النشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطليق والفصل فيها ، ومن ثم لا تثريب على محكمة الموضوع إذا هي أبى التعويل على دلالة الحكم الصادر في دعوى الطاعة لاختلاف المناط بين الدعويين .
(الطعن رقم 393 لسنة 63 ق - جلسة 12/2/1998)
(نقض الطعن رقم 87 لسنة 55 ق - جلسة 16/12/1986 - س 37)

(والطعن رقم 299 لسنة 62 ق - جلسة 16/12/1996)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن دعوى الطاعة تختلف في موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر إذ تقوم الأولى على إخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية بينما تقوم الثانية على ادعاء إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما وأن النشوز ليس بمانع بفرض حصوله من نظر دعوى التطليق والفصل فيها لاختلاف المناطق في كل ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاياه بالتقريض على سند من أن الهجر كان من جانب الطاعن إضراراً بالمطعون عليها بتعده طردها من منزل الزوجية ، فإنه لا تثريب على محكمة الموضوع ما دامت قد اقتنعت بهذه الحقيقة وأوردت دليلاً عليها إذا هي أطرحت ما قد يكون لحكمي الطاعة والنشوز من دلالة مغایرة ، ويكون النعي على الحكم بالقصور في هذا الخصوص على غير أساس .

(نقض جلسة 1984/5/8 - الطعن رقم 63 لسنة 53 ق - س 35)

(نقض جلسة 1976/1/24 - ص 1636 - س 27)

• المقرر في قضاء المحكمة أن دعوى الطاعة تختلف عن دعوى التطليق للضرر إذ تقوم الأولى على الهجر وإخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة في منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة ، ومن ثم فإن الحكم الصادر في دعوى الطاعة لا يمنع من نظر دعوى التطليق ، لاختلاف الموضوع في كل منهما، ولا يسوغ القول بأن الحكم بدخول المطعون عليها في طاعة زوجها حاسم في نفي ما تدعيه من مضاراة حتى ولو كانت قد ساقت بعضها في دعوى التطليق تبعاً لتغيير الموضوع في كل من الدعويين على ما سلف بيانه .

(الطعن رقم 10 لسنة 63 ق - جلسة 28/10/1996 ونقض جلسة 14/3/1979)

ص 789 - وجلسة 21/2/1979 - ص 588 - س 30)

• دعوى الطاعة . اختلافها موضوعاً وسبباً عن دعوى التطليق للضرر. علة ذلك . الحكم برفض الاعتراض لا يكون بذلك حاسماً في نفي ادعاء الزوجة من مضاره في دعوى التطليق للضرر .

(الطعن رقم 395 لسنة 64 ق - جلسة 30/11/1998 - س 49)

• إن المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن أحكام الأحوال الشخصية تجيز للزوجة طلب التطليق إذا أضر بها الزوج بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها وإذا كانت غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع إقامتهما في بلد واحد – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون – تعتبر من أوجه الضرر التي تجيز للزوجة طلب التقريق بينها وبين زوجها بطلاقة بائنة وفقاً لنص المادة السادسة سالفة البيان وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين ويجيز التطليق هو معيار شخصي لا مادى يختلف باختلاف البيئة والثقافة ومكانة المضرور في المجتمع والظروف المحيطة به فإنه لا مجال لاستلزم غيبة الزوج إلى أمد معين وإنما يتراك تقدير الضرر من جرائها ومدى احتمال الزوجة المقام مع توافر الضرر بها للقاضى وذلك لما له من سلطة الواقع ، ولا يغير من ذلك أن يكون المشرع قد اشترط لإجابة الزوجة إلى طلبها التطليق لغيبة الزوج عنها بلا عذر مقبول وفقاً لنص المادة الثانية عشر من القانون السالف الإشارة أن تمتد الغيبة لمدة سنة على الأقل ذلك أن غيب الزوج في هذه الحالة على ما يبين من المذكرة الإيضاحية هو نتيجة لإقامته في بلد آخر غير بلد الزوجة وهو وضع يختلف عن هجره لمنزل الزوجية رغم إقامته بذات البلد بما يكشف عن رغبته في إيقاع الأذى بزوجته والإساءة إليها فلا أساس للقول باتحاد العلة في كلتا الحالتين وسريان قيد الزمن المقرر في أولهما على الثانية . لما كان ذلك ، وكان رفض الزوجة مساعي الصلح بينها وبين زوجها لا يؤثر على حقها في طلب التطليق طالما ثبت للقاضى إضراره بها ضرراً لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاهه بالتطليق على سند مما شهد به شاهداً المطعون عليها من أن الطاعن هجر منزل الزوجية رغم إقامته بذات البلد وهو ما يتحقق به ركن الضرر وما خلصت إليه المحكمة من عدم قدرة المطعون عليها على احتماله والصبر عليه لأنها شابة يخشى عليها من الفتنة وهو استخلاص موضوعي سائع له مأخذ من الأوراق ويفد إلى النتيجة التي انتهت إليها ولا يجوز الجدل فيه أمام محكمة النقض لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون ويكون قد برأ من عيب الفساد في الاستدلال . لما كان ما تقدم وكان الطاعن لم يبين أوجه التناقض التي يدعى بها في شهادة المطعون عليها فإن نعيه في هذا الخصوص يكون مجھلاً غير مقبول .

(نقض جلسه 17/5/1983 - الطعن رقم 36 لسنة 52 ق - س 34)

• الهجر المحقق للضرر الموجب للتفريق . م 6 ق 25 لسنة 1929 . ماهيته . الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد . اختلافه عن التطبيق للغيبة بشرطها . المادتان 12 ، 13 من ذات القانون .

(الطعن رقم 173 لسنة 65 ق - جلسة 1999/6/21 - س 50)

• غيبة الزوج عن بيت الزوجية . اعتبارها هجراً محققاً للضرر الموجب للتفريق . م 6 ق 25 لسنة 29 . لا مجال لاستلزم أن تكون إلى أحد معين وفي بلد معين للقاضى مطلق الحق فى تقدير هذا الضرر ومدى احتمال الزوجة له اختلافها عن التطبيق للغيبة . فى حكم المادة 12 من المرسوم بالقانون المشار إليه .

(الطعن رقم 78 لسنة 63 ق - جلسة 1997/1/28 - س 48)

(الطعن رقم 432 لسنة 64 ق - جلسة 1998/9/29 - س 49)

• دعوى الزوجية . عدم سماعها عند الإنكار إلا بوثيقة رسمية أو إقرار المدعى عليه بها بمجلس القضاء . م 4/99 من م بق 78 لسنة 1931 . لا عبرة بما إذا كانت الدعوى مجردة أو ضمن حق آخر . استثناء . دعوى النسب . سريان المنع سواء كانت الدعوى مرددة بين الزوجين أو ورثتها أو النيابة العامة قبل أيهما أو ورثته . علة ذلك إقامة الطاعنة دعواها بإثبات زواجها بالمطعون ضده فى ظل المادة سالفه الذكر المنطبقه على الدعوى المرفوعة قبل سريان القانون رقم 1 لسنة 2000 . قضايا الحكم المطعون فيه بثبوت الزوجية الواقعه بعد سنة 1931 رغم إنكار المطعون ضده لها وعدم ثبوتها بورقة رسمية . مخالفة للقانون وخطأ فى تطبيقه .

(الطعن رقم 453 لسنة 64 ق - جلسة 2000/1/31 - س 51)

(الطعن رقم 497 لسنة 64 ق - جلسة 2000/4/10 - س 51)

(الطعن رقم 136 لسنة 62 ق - جلسة 2000/5/29 - س 51)

• القيد المنصوص عليه في المادتين 99 من المرسوم بق 78 لسنة 1931 و 17 من القانون 1 لسنة 2000 بشأن تقديم وثيقة زواج رسمية قاصر على الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فلا يمتد إلى الدعاوى الناشئة عن النزاع في ذات الزواج أو في وجود الزوجية فيجوز للزوج أو الزوجة إثبات الزوجية عند الإنكار أو وجود نزاع فيها ولو لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية .

(الطعن رقم 643 لسنة 73 ق - جلسة 2005 / 4 / 23 - س 56)

- عقد الزواج . عقد رضائى قوامه الإيجاب والقبول وملزم للولى . تطلب القانون توثيقه لا ينفى عنه طبيعته الأصلية ولا يمس القواعد الشرعية المقررة . عدم التعارض بين الشروط الموضوعية لصحته والشروط الشكلية لتوثيقه . علة ذلك . بحث الشروط الموضوعية وجسم الخلاف حولها منوط بالقضاء دون جهة التوثيق .
(الطعن رقم 194 لسنة 64 ق - جلسة 19/10/1998 - س 59)

- محكمة الموضوع . لها السلطة التامة فى فهم الواقع وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود . شرطه . بيان الحقيقة التى اقتنعت بها وإقامة قضائتها على أسباب سائغة تكفى لحمله وفيها الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة . عدم ذكر الحكم ألفاظ سباب الطاعن للمطعون ضدها ونص أقوال الشهود التى أورد مضمونها . لا عيب .
(الطعن رقم 251 لسنة 64 ق - جلسة 14/2/2000 - س 51)

- دعوى التطليق للضرر . م 6 من ق 25 لسنة 1929 . اختلافها سبباً عن طلب الزوجة التطليق أثناء نظر اعترافها على دعوة زوجها للعودة إلى منزل الزوجية . م 11 مكرر ثانياً من ذات القانون - علة ذلك .
(الطعن رقم 229 لسنة 64 ق - جلسة 25/5/1998 - س 49)

- تقدير إنكار الخصم للزوجية المدعاة من عدمه من مسائل الواقع . استقلال محكمة الموضوع به . مؤداه . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .
(الطعن رقم 462 لسنة 64 ق - جلسة 15/2/2000 - س 51)

- دعوى الطلاق . ماهيتها . جواز رفعها بطلب إيقاع الطلاق أو إثبات وقوعه . عدم سماع الدعوى . م 6/99 لائحة شرعية سريانه فى الحالتين .
(الطعن رقم 573 لسنة 65 ق - جلسة 30/10/2000 - س 51)

- النص فى المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية مفاده وجوب عرض المحكمة الصلح مررتين على الأقل خلال مدة محددة على الزوجين فى حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق ، فإن قضت بالتطليق دون عرض الصلح على هذا النحو كان قضاها مخالفأً للقانون باعتبار أن سعيها للصلح قبل الحكم إجراء لصيق بالنظام العام ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن للزوجين أولاد وأن محكمة أول درجة حكمت بالتطليق

دون أن تعرض الصلح وفقاً لنص المادة 18 المشار إليها كما أن محكمة الاستئناف لم تعرضه إلا مرة واحدة فإن الحكم المطعون فيه يكون معيلاً بما يوجب نقضه .
(نقض الطعن رقم 518 لسنة 71 ق - جلسة 22 / 2 / 2003 - س 54)

• استشهاد الطاعنة بشاهد مسيحي أمام محكمة أول درجة لا يحول بينها وبين تمكينها من إثبات دفاعها على الوجه المتفق مع المنهج الشرعى أمام محكمة الاستئناف . قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدعوى لعدم اكتمال نصاب البينة الشرعية فى إثبات الضرر المبيح للتطبيق للزواج بأخرى لكون أحد الشاهدين مسيحي والتفات المحكمة عن الطلب الاحتياطي للطاعنة بإحالة الدعوى للتحقيق لإثبات دفاعها على الوجه الشرعى الصحيح لا يواجه دفاع الطاعنة أو طلبها ولا يتضمن ما يسوغ رفضه . أثره . قصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع .

(نقض الطعن رقم 242 لسنة 70 ق - جلسة 26 / 10 / 2002)

مادة (7) معدلة

يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم
ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما¹.

القانون رقم 44 لسنة 1979 (3م) مطابقة

القانون رقم 25 لسنة 1929 مغایرة

يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن
غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهم .

المذكورة الإيضاحية

الأصل في جواز التطبيق للضرر قوله تعالى (وَانْ خَفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا
حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهِمَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوفِّقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ...) (من الآية رقم
35 من سورة النساء) .

فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق في الإصلاح أو التفريق وأن على
القاضى أن يقضى بما يريانه ومن هؤلاء على بن أبي طالب وعبد الله ابن عباس ولم
يعرف لهما مخالف ، وهو يتفق مع المأثور من أحاديث الرسول (ص) إذ قال (لا ضرر
ولا ضرار) كما يتافق كذلك مع وصايا القرآن الكريم في مثل قوله تعالى (فإمساك
بالمعروف أو تسرير بإحسان) (من الآية رقم 229 من سورة البقرة) وإذا فات الإمساك
بالمعلوم تعين التسرير بالإحسان .

وعلى ذلك فإن النص المطروح يستند إلى قوله تعالى " وَإِنْ خَفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا
فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهِمَا " ².

التعليق

• تضمنت المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الصادر بتنظيم بعض
أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تعديلاً جوهرياً على مواد
التحكيم 7 و 8 و 9 و 10 و 11 الواردة فى القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل

¹ راجع المادة (9) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى الطعن رقم 12 لسنة 19 ق "دستورية" بجلسة 1999/1/2 بدسورية المادة المطروحة وقد نشر الحكم فى العدد رقم 2 من الجريدة الرسمية بتاريخ 1999/1/14 .
² الآية رقم 35 من سورة النساء .

بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ، حيث نصت المادة 19 سالفه الذكر على أنه "في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان - في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تفاسع أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه ، وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معاً فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهمما بعد حلف اليمين ، وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى" .

• ويمكن تحديد التعديل الذي ادخل على طريق التحكيم بمقتضى المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 في النقاط التالية .

أولاً : يشترط أن يكون الحكمين من أهل الزوجين أن أمكن وإلا عينت المحكمة غيرهما من لهما خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما (م 7 ق 25 / 1929) .

ثانياً : يجب أن يصدر قرار بندب الحكمين في الجلسة التالية لإخفاق الزوجة في إثبات الضرر في دعواها الثانية بالتطليق بعد رفض دعواها الأولى به إعمالاً لحكم الفقرة الأخيرة من المادة 6 من القانون ، أو بعد ثبوت استحکام الخلاف بين الزوجين وطلب الزوجة التطليق إعمالاً لحكم الفقرة الأخيرة من المادة 11 مكرر ثانياً .

ثالثاً : يجب على المحكمة تحليف كل من الحكمين اليمين القانونية - بعد أداء المأمورية - بأنه قد قام بمهنته بعدل وأمانة وصيغة اليمين كالتالي "أحلف بالله العظيم أنني قد أدت مهمة التحكيم بعدل وأمانة" ¹ .

رابعاً : لا يجوز للمحكمة أن تمنح الحكمين مهلة أخرى وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة ب من المادة 8 - ق 25 / 1929 ، وذلك تحقيقاً لغرض المشرع من التعديل المنصوص عليه في المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وهو الحيلولة دون إطالة أمد التقاضي في دعاوى الطلاق .

خامساً : لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره (م 9 / 1 - ق 29 / 1929) .

¹ نقض الطعن رقم 207 لسنة 73 ق - جلسة 16 / 5 / 2005 .

سادساً : على الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة (م 9 / 29 - ق 29/ 1929).

سابعاً : إذا اختلف الحكمان أو تخلف أحدهما عن الحضور فلا يجوز انتداب محكم ثالث على ما تنص عليه المادة 11 / ق 29 / 1929 حيث أضحت التحكيم في دعوى الطلاق يقتصر - بموجب المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على ندب حكمين أثنتين لمرة واحدة .

ثامناً : إذا اختلف الحكمين حول شخص المتسبب في تصدع الحياة الزوجية أو تخلف أحدهما عن الحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة وجب على المحكمة سماع أقوال الحاضر منهما (كشاهد في الدعوى) بعد تحليفه اليمين القانونية أن يشهد بالحق .

ولما كان المشرع قد عدل بموجب المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 عن اعتبار طريق المحكمين هو الحكم "أى القضاء" على ما هو مشهور بمذهب الإمام مالك¹ إلى اعتباره كشاهد² في الدعوى فإن شهادة المحكم يجوز أن تكفى لحمل الحكم في الدعوى سواء بمنفردها ودون حاجة لدليل أو قرينة أخرى تساندها إعمالاً لحكم المادة 13 من قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004³ أو إذا ساندتها قرائن أخرى انطوت عليها الأوراق .

تاسعاً : إذا اتفق الحكمان على استحالة استمرار العشرة بين الزوجين وجب عليهما اقتراح أحد البديل المنصوص عليها في المادة العاشرة من القانون إلا أنه ليس لزاماً على المحكمة أن تأخذ بما ينتهي إليه الحكمان من رأي ولا عليها أن هي طرحت ما أتفق عليه الحكمان أو أخذت بجزء منه دون غيره أو قضت وفق ما انتهيا إليه من رأي أو قضت بغير هذا أو ذاك مما تستفيه من أوراق الدعوى (الفقرة الأخيرة من المادة 19 / ق 1 لسنة 2000).

- يتضح مما تقدم أن المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 تكون قد نسخت المادة 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 نسخاً كلياً إعمالاً لعجز المادة الرابعة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 ، كما تعد قد نسخت المادة 8 / أ فيما يتعلق بما نص عليه فيها في شأن المدة الواجب على

¹ راجع نقض أحوال الطعن رقم 331 لسنة 65 ق - جلسة 27 / 12 / 1999 .

² راجع نقض أحوال الطعن رقم 142 لسنة 69 ق - جلسة 24 / 4 / 2000 .

³ راجع المذكرة الإيضاحية لقانون محاكم الأسرة حيث نصت على تطبيق قواعد قانون الأثبات رقم 13 لسنة 1968 الموضوعية منها والإجرائية والتي لا تشترط التعدد في الشهادة الصالحة لحمل الحكم .

الحكمين الانتهاء خلالها من أداء المأمورية الموكولة لهما وكذا ما ورد في الفقرة ب من ذات المادة فيما يتعلق بمهلة الثلاثة أشهر المنصوص عليها فيها والأثر المترتب على تقديم الحكمين لتقريرهما خلالها ، كما نسخ حق الحكمين في اقتراح التطبيق حال اتفاقهما على تصدع الحياة الزوجية والمنصوص عليه في المادة العاشرة من القانون 25 لسنة 1929 المعديل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

• وقد اشترط نص المادة السابعة من القانون 25 لسنة 1929 – محل التعليق - أن يكون الحكمان أحدهما من أهل الزوج والأخر من أهل الزوجة لإنهما أدرى من غيرهما ببواطن أمور الزوجين وعليهم أن يسعيا في إصلاح ذات بينهما وتتأليف قلبهما على حسن العشرة فإن لم يوجد أحد من أهلهما يصلح لهذه المهمة عين القاضي أجنبيين ويندب أن يكونا من غيرهما إلا أنه لا يجوز أن يكون أحد الحكمين من أهل أي من الزوجين والأخر أجنبى عنهم .

• ويشترط في الحكمين أن يكونا رشيدين عدلين ، عالمين بأحكام الشرع في المهمة التي اختيرا من أجلها ، إلا أن المحكمة على وجه العموم لا تتدبر إلا من تراه كفأ للإصلاح بين الزوجين وتحرى المصلحة .

• وقد ثار التساؤل في ظل هذا النص حول مدى جواز أن يكون الحكم امرأة ؟ والذي طرح هذا التساؤل المسلط الذي سلكه المشرع في صياغة المادة السابعة ذلك أن النص في القانون رقم 25 لسنة 1929 كان يتضمن اشتراط أن يكون الحكمين من الرجال حيث جاءت الصياغة على النحو التالي (يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين ..) وقد عمد المشرع عند تعديل النص في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 إلى إعادة ترديد النص بذات العبارات مع إسقاط كلمة رجلين من الصياغة حيث جاء النص بالقرار سالف الذكر على نحو (يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين ..) والذي دعانا إلى القول بأن المشرع قد عمد إلى إسقاط كلمة رجلين من الصياغة الواردة بالنص إنه عند إصدار القانون رقم 100 لسنة 1985 عاد المشرع إلى إعادة ترديد النص بذات الصياغة التي كان منصوصاً عليها في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 دون إضافة كلمة (رجلين) إليه كما أن مناقشات المادة قبل اعتمادها بمجلس الشعب تكشف بجلاء عن رغبة المشرع في عدم التقيد بأن يكون الحكمين رجلين فقط¹، إلا أن محكمة النقض ذهبت في حكم حديث لها إلى وجوب أن يكون الحكمين من الرجال وعدم جواز أن يكون الحكمين أو أحدهما امرأة² وذلك قوله منها بأن الحكم قد تم

¹ مناقشات مجلس الشعب للمادة – مضبطه جلسه 98/7/1 – ص 99 جلسه 98

² نقض أحوال الطعن رقم 13 لسنة 55 ق – جلسه 11/3/1979 وانتظر في هذا الاتجاه أيضاً محمد بتاجي في دراسات في الأحوال الشخصية – ص 38 ونقض جلسه 27/7/1993 – الطعن 8 لسنة 60 ق .

تخرجه على مذهب الأمام مالك مما يوجب الرجوع إلى هذا المذهب الذي استمد منه النص لتفسير ما غمض منه وأنه طالما أن مذهب الأمام مالك لا يجوز أن يكون الحكم امرأة فإنه يتغير اعتماداً لهذا المنطق والعمل به باعتباره أن الحكمين طريقهما الحكم وليس الشهادة ، إلا أننا نرى أنه في ظل المستحدث بالفقرة الأخيرة من المادة 19 القانون رقم 1 لسنة 2000 والتي تؤديها اعتبار طريق المحكم الشهادة وليس الحكم جواز أن يكون أحد الحكمين من النساء بشرط التعدد أي جواز أن يكون المحكمون رجل وامرأة وفقاً لنصاب الشهادة المعتمد بالراجح من المذهب الحنفي خاصة وأن القوائم التي تضم الأخصائيين الاجتماعيين التي استحدثها نصوص القانون رقم 1 لسنة 2000¹ يمكن أن تضم خبراء من الجنسين .

- ويجب أن تتم تسمية الحكمين في الجلسة التالية للجلسة التي يصدر فيها قرار ندب الحكمين قدر الإمكان وذلك إعمالاً لنص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000

- وإذا تقاус أو امتنع أحد الزوجين عن ترشيح حكماً عنه فإن النص يعطى للمحكمة في هذه الحالة الحق أن تخار حكماً آخر من له خبرة بأحوال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما إذ أن النص وإنما يستحسن فقط اختيار الحكمين من غير أهل الزوجين كلما أمكن ذلك – ويدخل تحتها امتناع الطرفين أو إدعاهم عن ترشيح حكماً – كان للمحكمة اختيارهما من غير أهل الزوجين ، باعتبار أنه لا يجوز أن يكون أحد الحكمين من أهل الزوجين والأخر أجنبي عندهما وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة بينهما وضماناً للحيدة .

- وكما يتم ترشيح الحكمين أمام محكمة أول درجة فإنه يجوز أن يتم بعثهما لأول مرة أمام محكمة الاستئناف كما إذا قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى فطعن المدعية على الحكم وثبت أمام محكمة الاستئناف تكرار الشكوى².

- ولأى من الخصمين الاعتراض على شخص الحكم الذي يرشحه الطرف الآخر ويكون تقدير جدية الاعتراضات خاصعاً لتقدير المحكمة التي لها أن تكلف الخصم بترشيح حكماً غيره أو تقوم المحكمة بذلك .

- إلا أنه إذا توافرت في حق الحكم أحد أسباب رد الشاهد المنصوص عليها في القول الراجح من المذهب الحنفي كوجود عداوة دنيوية بينه وبين أحد الزوجين جاز

¹ راجع المادة (4) من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

² نقض أحوال جلسة 1974/4/20 - ص 379 - س 25 .

للخصم أن يقدم إلى المحكمة التي تتولى نظر الدعوى طلباً باستبعاد الحكمين أو أحدهما وذلك لأن يثبت وجود خصومات قضائية بين الخصم ومحكم الخصم الآخر .

• وقد استخدمت نص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قاعدة أوردها في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة مؤداها اعتبار المحكم في قضايا التطبيق من قبيل الشاهد وليس القاضي ، ومقتضى ذلك النص¹ إعمال قاعدة عدم جواز شهادة الأصول للفروع وهو ما يستتبع القول بعدم جواز أن يكون الحكم هو والد الزوج أو الزوجة أو فرعاً لأيهما .

• وقد أثارت بعض قضايا الطلاق التي استلزم الأمر فيها قيام المحكمة باتخاذ طريق التحكيم مشكلة وجود خصومة شخصية أو قضائية بين أحد الحكم وأي من طرفي الدعوى خاصة إذا كان الحكم من أهلية أحد الخصميين والفرض يثور حين تكشف الخصومة بعد قيام الحكم بأداء المأمورية الموكولة إليه بعد انقضاء الميعاد المقرر لرده وفي هذه الحالة يكون للمحكمة وطبقاً للسلطة المخولة لها بمقتضى المادة السابعة أن تدب غيره من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ومن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما².

أحكام النقض

• لما كانت قواعد التحكيم الواردة في المواد من 7 إلى 11 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 – سواء قبل تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 أو بعد هذا التعديل – قد أخذت من مذهب الإمام مالك فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب في بيان الشروط الواجب توافرها في الحكم فيما لم يرد به نص صريح في المواد المشار إليها ، وإذا كان هذا المذهب يشترط الذكر في الحكم على اعتبار أن طريقهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط وإن لم يرد به نص صريح في المادة السابعة بعد تعديلها بالقرار بقانون المشار إليه . لما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم حكام في الدعوى بأن كان من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكم المطعون فيه إذا اتخذ من هذا التقرير سندأ لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلأ .

¹ راجع المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 2000 لسنة 1992/2/25 – الطعن رقم 50 لسنة 59 ق – ونقض مدني جلسه 1987/11/19 – الطعن رقم 1479 لسنة 53 ق.

² راجع فيما كان يجري عليه العمل قبل صدور القانون رقم 2000 لسنة 1980/5/28 نقض أحوال جلسه 1987/11/19 – ص 1108 – س 31 – وراجع نقض أحوال الطعن رقم 1479 لسنة 53 ق – جلسه 1987/11/19 .

(نقض الطعن رقم 13 لسنة 55 ق - جلسة 11/3/1986 - س 37)

(نقض جلسة 27/7/1993 - الطعن رقم 98 لسنة 60 ق - س 44)

- النعي بأن الحكمين من غير أهل الزوجين أو بأنهما لم يقوما بعملهما على الوجه الصحيح رغم مثول الطاعن أمامهما ولم يعترض على ذلك . دفاع يخالفه واقع التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض. غير مقبول .

(الطعن رقم 95 لسنة 63 ق - جلسة 22/11/1999 - س 50)

- اختيار الحكمين في دعوى التطليق للضرر . شرطه . أن يكونا عدلين رشيدان من أهل الزوجين أن أمكن – عدم وجود من يصلح من أقاربهما لهذه المهمة – أثره . للمحكمة أن تعين أجنبيين من لهم خبرة بحالتهما وقدرة على الإصلاح .

(الطعن رقم 95 لسنة 63 ق - جلسة 22/11/1999 - س 50)

(الطعن رقم 4 لسنة 58 ق - جلسة 21/2/1979 - س 40)

(الطعن رقم 203 لسنة 60 ق - جلسة 28/3/1995 - س 46)

- وجوب التجاء القاضي إلى التحكيم في النزاع بين الزوجين . شرطه . تكرار طلب التفريق من الزوجة لإضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه المواد من 7 إلى 11 مرسوم بقانون 25 لسنة 1929 .

(الطعن رقم 94 لسنة 57 ق - جلسة 4/6/1991 - س 42)

- النص في الفقرة الأولى من المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أنه (يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين أن أمكن وإلا فمن غيرهم من لهم خبرة بحالتهما وقدرة على الإصلاح بينهما) يدل على أنه يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين رشيدان من أهل الزوجين أن أمكن فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضي حكمين أجنبيين من لهم خبرة بحالتهما وقدرة على الإصلاح لما كان ذلك وكان المقرر وفقاً لنص المادة الخامسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمدنية أنه في الأحوال التي لم يرد بشأنهما قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يتبعن إتباع الأحكام المقرة في قانون المرافعات . وإذا كانت تلك القواعد لم تتضمن القواعد الخاصة بعدم صلاحية الحكمين فإنه يتبعن إعمال القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات في

هذا الشأن وكان نص المادة 503 من قانون المرافعات قد جرى على أن يرد الحكمين لذات الأسباب التي يرد بها القاضى أو يعد بسببها غير صالح للحكم ، ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلًا بنظر الدعوى في ميعاد خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم وكان الثابت أن وكيل الطاعن طلب ترشيح الحكمين من مكتب توجيهه الأسرة ولم يعترض الطاعن على تعين حكم المطعون ضدها شاهدها في النزاع موضوع التحكيم بل مثل أمامه وأبدى دفاعه كاملاً دون أن يتخذ الإجراءات التي نص عليها القانون في رد الحكمين فإن النعي على الحكم المطعون فيه بالبطلان لاتخاذه من تقرير الحكمين الباطل سندًا لقضائه يكون على غير أساس .

(الطعن رقم 50 لسنة 59ق - جلسة 25/2/1992 - س 43)

(الطعن رقم 203 لسنة 60ق - جلسة 28/3/1995)

• نص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 يدل على أنه يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين رشيدين من أهل الزوجين أن أمكن فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضي أجنبيين من لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلف بينهما – ولما كان من الأصول الفقهية المتواضع عليها أنه إذا أطلق النص في التشريع وجوب الرجوع إلى مأخذة وكان المعول عليه في مذهب المالكية المستمد منه هذا النص أنه إذا لم يكن في الأهل أحد يوصف بما يستحق به التحكيم أو كان الزوجان من لا أهل لهما فيختار من هو من غير هما من المسلمين ، مما مؤداه أنه لا يشترط أن يكون للحكمين المنتدبين من غير دائرة الأقارب اتصال شخصي بالزوجين قريبين منها مطلعين على أحوالهما ويكتفى أن يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين – ولما كان ذلك وكان البين من الإطلاع على الأوراق أن محكمة أول درجة عينت في البداية حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما غير أن حكم الزوج تعمد عدم القيام بالمهمة فقضت المحكمة بذنب آخرين أجنبيين ، وكان لم يوجه أي مطعن إلى عدالتهما فإن الحكم لا يكون قد خالف قواعد الشرع .

(نقض جلسة 28/5/1975 - ص 1108 - س 26)

مادة (8) معدلة

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهم على إلا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متوفقين¹ .

القانون رقم 1979/44(م) 3) مطابقة

القانون رقم 1929/25

على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذللا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن الاتفاق على طريقة معينة قرراها .

المذكرة الإيضاحية

تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة السابعة .

التعليق

• تضمن النص وجوب قيام المحكمة بإصدار قرار ببعث حكمين ، كما نص على وجوب اشتغال القرار الصادر بذلك على تاريخ بدء وانتهاء المأمورية التي ستتكلفهما بها المحكمة .

• وطبقاً للنص محل التعليق كان يتبع أن تنص المحكمة في قرارها على إعطاء مهلة للحكمين لمباشرة المأمورية الموكلة إليهما لا تزيد على ستة أشهر وإن كان للمحكمة أن تحدد مهلة أقل من ذلك حيث نص المشرع على الحد الأقصى وترك تحديد الحد الأدنى للمحكمة وطبقاً لتقديرها لكل واقعة على حدة .

• إلا أن المشرع استحدث بمقتضى المادة 19 من قانون تنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية تنظيمياً بمقتضاه استوجب أن يقدم الحكمان تقريرهما في الجلسة التالية للجلسة التي صدر فيها قرار بعثهما ، وإن كان ذلك لا يمنع

¹ راجع المواعيد والمدد المنصوص عليها في المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث تعد ناسخة للمدد المنصوص عليها .

من أن تكون تلك الجلسة التالية قد حدثت لها المحكمة تاريخ انعقاد بعد ستة أشهر وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة الثامنة .

• كما لم يستلزم نص المادة 19 من القانون المشار إليه أن يقدم الحكمان تقريراً مكتوباً وإنما يكفي أن يقررا شفاهة ما توصلوا إليه من نتيجة يثبت في محضر الجلسة .

• إلا أن نص المادة 19 يعد - بما نص عليه في الفقرة الثانية منه فيما يتعلق بالمدة التي تمنحها المحكمة للحكمان - قد نسخ ما تنص عليه الفقرة (ب) من المادة 8 محل التعليق من حيث جواز منح الحكمين مهلة أخرى ، إذ أصبح من غير الجائز من الحكمين سوى مهلة واحدة تتحصر في المدة الواقعة بين تاريخ الجلسة التي تصدر فيها المحكمة قرار بعثهما والجلسة التالية التي توجل إليها المحكمة الدعوى حتى يقدم الحكمان تقريرهما¹ .

• ويتعين على قلم كتاب المحكمة إعلان الحكمين والخصوم بقرار المحكمة .

• وتقوم المحكمة بتحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بهمته بعدل وأمانة ، ومسألة حلف اليمين الواردة بالمادة هي تطبيق لعموم الراجح في المذهب الحنفي من وجوب تحليف الشاهد اليمين بأن يشهد بالحق ، ويترتب على تخلف الحكم عن اليمين ما يترتب على تخلف الشاهد عن حلفه في القول الراجح من المذهب الحنفي وهو وجوب بطلان شهادته واستبعادها .

• وقد جرى العمل بالمحاكم على تقدير أتعاب الحكم – إذا كان من غير أهل الزوجين – في صورة أمانة على ذمة مصاريف انتقالاته تشبهها بما يجري في حالة الحكم بندب خبير مختص ، وذلك لمواجهة الرفض المضطرد من المحكمين الأجانب عن الزوجين القيام بمهمة التحكيم ، وتلزم المحكمة الزوجة بسداد أمانة الحكم باعتبار أنها صاحبة الدعوى² .

¹ تنص المادة (19) من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه في الدعاوى التي يوجب فيها القانون تدب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله – قدر الإمكان – في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاус أحدهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه ، وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معاً فان تخلف أحدهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهمما بعد حلف اليمين للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو يأقوال أحدهما ، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى .

² مثل لحكم فرض أمانة للمحكم الحكم الصادر في القضية رقم 3019 أحوال نفس كلى شمال القاهرة بجلسة 13/1/1985 .

• وقد جرى العمل بالمحاكم – في حالة عدم توافر حكمين من أهل الزوجين – ندب حكمين من إدارة الوعظ والإرشاد بالأزهر الشريف للقيام بالمهمة¹ ، إلا أن القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نص في المادة الرابعة منه على إعداد قوائم تضم أسماء الأخصائيين الاجتماعيين الذين يجوز الاستعانة بهم لتقديم تقارير عن الحالات التي تعرض عليهم أو عن أى مسألة فيما يتعلق بدعوى الأحوال الشخصية وهو ما يتواافق معه أمام المحاكم عدد غير يسير من يجوز لها الاستعانة بهم كمحكمين في دعوى التطليق² .

² مثل لحكم انتدب حكمين من الأزهر الشريف الحكم رقم 146 لسنة 1987 كلى جنوب القاهرة .
² راجع قرار وزير العدل رقم 1089 لسنة 2000 المشار إليه بملحق الكتاب .

أحكام النقض

• النص في المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والواجب تطبيقها – يدل على أن المشرع لم يوجب على المحكمة – كما كان عليه العمل – قبل صدور هذه المادة – تحليف الحكمين اليمين قبل أدائهم لأموريتهما بل قصد حلف اليمين فقط بعد انتهاءهما أو أحدهما من أداء المأمورية المنوط بهما .

(الطعن رقم 207 لسنة 73 ق – جلسة 16 / 5 / 2005 – س 56)

• النص في الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه "في دعوى التطبيق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين ، يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله قدر الامكان – في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تناقض أيهما عن تعيين حكمه ، أو تخلف عن حضور هذه الجلسة ، عينت المحكمة حكماً عنه" ، مفاده أن المشرع رسم طريقاً معيناً لنبذ الحكمين في الدعوى التي يوجب فيها القانون اتخاذ هذا الأجراء وهو أن تكلف المحكمة كل من الزوجين بتسمية حكم من أهله – أن أمكن – وإنما فمن غيرهم وذلك في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن قام أي منهما بتسمية حكمه عينته المحكمة ، فإن تناقض ولم يسم حكمه أو تخلف عن حضور الجلسة المحددة لإبداء رغبته في ذلك فإنه يعد نزولاً ضمنياً منه عن حقه في التسمية ، وعندئذ تعين المحكمة حكماً عنه ، باعتبار أن ذلك من قبيل إجراءات الإثبات التنظيمية والتي لم يضع المشرع ثمة جزاء معيناً على مخالفتها وهي – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – ليست متعلقة بالنظام العام مما تجوز مخالفتها صراحة أو ضمناً بعدم الاعتراض عليها .

(الطعن رقم 273 لسنة 73 ق – جلسة 16 / 5 / 2005 – س 56)

مادة (9) معدلة

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

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

القانون رقم 44 لسنة 1979 (م 3) مطابقة
القانون رقم 25 لسنة 1929 .

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قرار التفريق بطلقة بائنة .

المذكورة الإيضاحية

تراجع المذكورة الإيضاحية للمادة السابعة .

التعليق

• أوجب النص إخطار الزوجين بموعده ومكان مجلس التحكيم الذي يتلقى عليه ويحدده الحكمان ، ولم يحدد المشرع شكلًا خاصًا يتعين أن يتم به إخطار الزوجين¹ فيجوز أن يتم هذا الإخطار بأي طريق يستطيع الحكم أن يثبت قيامه باتباعه إلا أنه لا يشترط أن يشتمل تقرير الحكمين على قيامهما بهذا الإجراء ذلك أن الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت .

• ويعتبر أن يقوم الحكمان بعمل مجلس تحكيم يضم الزوجين لبسط أوجه الخلاف بين الطرفين ومحاولة الوصول إلى حل لها على أن يثبت كل حكم في تقريره أو يثبت الحكمان في تقريرهما إذا قدموا تقريراً موحداً للخطوات التي اتخذت والمحاولات التي بذلت بهدف الإصلاح بين الزوجين وما دار إجمالاً في مجالس التحكيم .

• ويجب أن يشترك الحكمين في محاولة إصلاح ذات بين الزوجين مما مفاده عدم جواز أن يستقل كل حكم منفرداً بتلك المحاولات لما هو ثابت من حرص المشرع على صياغة النص بلفظ المثنى دون لفظ المفرد ويكفي للتدليل على قيام

¹ نقض أحوال الطعن رقم 16 لسنة 65 ق - جلسة 1/25/1999 .

الحكمين بمهنتهما مجتمعان إشارة كلاً منها في تقريره إلى تقابله مع محكم الزوج الآخر¹.

• فإذا ما ثبت انفراد المحكم بعمله دون اشتراك مع المحكم الثاني ترتب على ذلك بطلان تقارير الحكم وعدم جواز التعویل عليها فيما تنتهي إليه المحكمة من قضاء².

• وتخلف الزوجين عن الحضور أو تخلف أحدهما وحضور الآخر لا يؤثر في سير عملهما فحضور الزوجين معاً مجلس التحكيم ليس شرطاً لصحة عمل الحكمين كما أن حضور أحدهما ليس شرطاً لصحته إعمالاً لمقتضى المادة 19 المستحدثة بالقانون رقم 1 لسنة 2000 وعلى ذلك فإن امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم لا يحول دون الحكمين والقيام بعملهما³ من سماع أقوال الزوجة ومعاينة لمسكن الزوجية وسماع أقوال أهلية الزوجين أن كان ذلك لازماً.

• ويعد في حكم الامتناع عن الحضور لمجلس التحكيم حضور أحد.

• الطرفين وامتناعه رغم حضوره عن التعاون مع الحكمين أو الإدلاء بأقواله⁴.

• وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين منهما أو من أي طريق آخر وأن يبذل جدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة يرتضيها الزوجين ويريانها مؤدية لإزالة أسباب الخلاف بينهما .

¹ نقض أحوال الطعن رقم 451 لسنة 65 ق - جلسة 29/5/2000.

² راجع نقض أحوال الطعن رقم 223 لسنة 65 ق - جلسة 31/1/2000 وراجع التعليق على المادة 11.

³ راجع نقض أحوال الطعن رقم 16 لسنة 65 ق - جلسة 25/1/1999 وقد صدر هذا القضاء قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000.

⁴ راجع مذكرة نيابة النقض المدني في الطعن رقم 206 لسنة 62 قضائية - أحوال شخصية - إعداد المؤلف.

أحكام النقض

• مؤدى نصوص المواد الثامنة والتاسعة والعشرة والحادية عشر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أن المشرع خول الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذل جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها وإذا عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو الزوجين معاً أو جهل الحال ولم يعرف من أى جانب الإساءة قررا التفريق بينهما بطلاقة بائنة وهذه الأحكام مستمدہ من فقه المالکیة ومن المنصوص عليه فيه أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوکالة ولو كان من جهة الزوجة لأن الحكم في اللغة هو الحكم فإن اتفقا الحكماننفذ حكمها ووجب على الحكم إمضاؤه من غير تعقيب ولو خالف مذهبہ وإن اختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر فلا يكون هناك اتفاق لأن لكل واحد منهما ما إلى صاحبه باجتماعهما عليه . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الحكمين اختلفا ولم يقررا بجهل الحال وإذا استنتاج الحكم جهل الحال من اختلاف الحكمين وقضى بتطليق المطعون عليها مع أن الشرع ترك للحكمين التقرير بجهل الحال وبالتفريق بين الزوجين تبعاً لذلك على أن يحكم القاضي بالتطليق حسبما قرراه لما كان ما تقدم فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(نقض جلسة 20/1974 - ص 379 - الطعن رقم 46 لسنة 40 ق)

• النص في الفقرة الأولى من المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعديل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه "لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخباره" يدل على أن المشرع أوجب على الحكمين إخبار الزوجين بموعد ومكان مجلس التحكيم ، دون أن يحدد شكلًا خاصاً يتعين على الحكمين التزامه في الإخبار ولم يشترط هذا النص لصحة عمل الحكمين حضور الزوجين معاً ، فإذا لم يحضر أحدهما عن عمد أو تراخ فلا يترتب على ذلك بطلان إجراءات التحكيم ، طالما تم إخباره بالموعد المحدد للتحكيم ، وعندئذ يجب على الحكمين أن يستمرا في المهمة المنوطة بهما ، إذ لا يؤثر في سير عملهما غياب أحد الزوجين.

(الطعن رقم 16 لسنة 65 ق - جلسة 25/1 - س 50)

(الطعن رقم 451 لسنة 65 ق - جلسة 2000/5/29 - س 51)

- إشارة حكم الزوجة في تقريره إلى تقابلها مع حكم الزوج وعرض محاولة التوفيق عليه مفاده عدم قيام كلاً من الحكمين بمهام التحكيم منفرداً.
(الطعن رقم 451 لسنة 65 ق - جلسة 2000/5/29 - س 51)

مادة (10) معدلة¹

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح .

- 1 فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلاقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.
- 2 وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقتراحا التطليق نظير بدل مناسب يقدر أنه تلزم به الزوجة .
- 3 وإن كانت الإساءة مشتركة اقتراحا التطليق دون بدل أو ببدل يتاسب مع نسبة الإساءة .
- 4 وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل.

القانون رقم 44 لسنة 1979 (م) مطابقة

القانون رقم 25 لسنة 1929

إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

المذكرة الإيضاحية

راجع المذكرة الإيضاحية للمادة السابعة .

التعليق

- يتناول نص المادة المائلة محل التعليق (المادة العاشرة) التعرض للحالة التي تكون معها نتيجة الحكمين هي اتفاقهم سواء من حيث تحديد شخص المسيء من أي من الزوجين أو من حيث الانتهاء إلى وجوب التفريق بينهما بالطلاق بينما يتناول نص

¹ قضت المحكمة الدستورية في الطعن رقم 121 لسنة 19 ق "دستورية" بجلسة 9/5/1998 بدستورية المادة المطروحة - الجريدة الرسمية - العدد 21 بتاريخ 21/5/1998 .

المادة التالية (الحادية عشر) أحوال اختلاف الحكمين سواء حول تحديد شخص المسوء أو حول إيقاع الطلاق من عدمه¹.

• وعلى ذلك فإنه بالنظر إلى هذا النص في ضوء مفهوم المادة 11 التالية يتعين أنه يفترض أن الحكمان بحثاً أسباب الشقاق وترعوا عليها وحاولا الإصلاح دون جدوى واتفقا على شخص المسوء أو درجة إساءة كل من الزوجين إلى الآخر ومدى مساهمته في استحكام الخلف بينهما وكذا اتفاقهما على التفريق بينهما بالطلاق ، وقد انطوى النص على أربعة فروض تغطى أيًّا من النتائج التي ينتهي الحكمان إليها .

1- فإذا اتفق الحكمان على أن الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان عدم إسقاط لأي من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج كالنفقة أو المترتبة على الطلاق كالmutation ومؤخر الصداق في حالة قضاء المحكمة بالتطليق .

2- أما إذا اتفق الحكمان على أن الإساءة كلها من جانب الزوجة اقتراحاً إلزاماً الزوجة بتعويض مناسب يقدر أنه في تقريرهما إلا أن هذا التقدير لا يلزم المحكمة حيث يكون لها سلطة مراقبته وإعادة تقييمه² .

3- وإذا اتفق الحكمان على أن كل من الزوجين يشترك بقدر من الإساءة اقتراحاً عدم إلزام أيهما ببدل أو تعويض يتنااسب ونسبة إساءة كل من الزوجين إلى الآخر .

4- أما إذا اتفقا على أنه لا يستطيع دوام العشرة بين الزوجين إلا أنهما لم يتمكنا من تحديد أيٍّ منهما هو المسوء اقتراحاً عدم إسقاط أيٍّ بدل إلا أن اختلاف الحكمين في تحديد شخص المسوء بأن يذهب أحدهما إلى أنه هو الزوج بينما يذهب الآخر إلى أنها الزوجة لا يعد إقراراً منهما بجهل الحال إذ يتعين في الحالة الأخيرة ذكر ذلك في التقرير صراحة³ .

¹ المادة 11 تعد قد نسخت بالمادة 4 ، 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000.

² راجع الحكم رقم 165 لسنة 1987 شرعى كلى بنى سويف المؤيد بالاستئناف رقم 12 لسنة 30 ق استئناف بنى سويف وفيه قضت المحكمة بتطبيق المدعى مع =إسقاط كافة حقوقها المترتبة على الزواج والطلاق والإذامها مبلغ 2000 جنيه تعويض مالى للزوج .

³ نقض أحوال جلسة 20/2/1974 - ص 279 - س 25 - مجموعة المكتب الفنى .

• ونحن نرى أنه إذا كانت القاعدة أن المحكمة مقيدة بطلبات الخصوم في الدعوى فإن اقتصار المدعية على طلب التطليق دون أن تقرنه بطلب احتفاظها بحقوقها المالية وكذا اكتفاء الزوج بالجواب على الدعوى بطلب رفضها دون أن يقرنه بطلب إلزامها برد ما قبضته من مهر أو إسقاط حقوقها المالية أو إلزامها ببدل مناسب فإن لازم ذلك أن تتقيد المحكمة في قضائهما بطلب التطليق وحدة التزاماً بقاعدة التقيد بطلبات الخصوم وحتى لا يشوبه عيب القضاء بما لم يطلبه الخصوم إعمالاً لعموم حكم المادة 176 مرفاعات¹.

• إلا أن القانون رقم 1 لسنة 2000 أجاز في الفقرة الثانية من المادة 2/58 منه للخصوم إضافة طلب الفصل في الحقوق المالية لأول مرة إمام محكمة الاستئناف باعتباره طلباً جديداً لم يسبق طرحه على محكمة أول درجة باعتبار أنه في هذه الحالة يعد من الطلبات المكملة للطلب الأصلي بالتطليق أو متربطة عليه أو متصلة به².

• أما إذا اختلف الحكمان أو تخلفاً أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين وذلك إعمالاً لحكم الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

¹ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض أن محكمة الموضوع مقيدة في تكيفها للدعوى بالواقع والطلبات المطروحة عليها فلا تملك التغيير في مضمون هذه الطلبات أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليها الخصوم (الطعون أرقام 1498 و 1474 و 1521 لسنة 35 ق - جلسه 1985/3/25 - ص 484 - الطعن رقم 2354 لسنة 52 ق - جلسه 1992/4/19) .
² راجع المادة 58 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

أحكام النقض

• التفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة أو مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية مجال إعماله هو دعوى التطبيق التى تتخذ فيها إجراءات التحكيم .
(نقض الطعن رقم 3 لسنة 53 ق - جلسة 1984/5/29 - ص 1480)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة وإن اتفقا على أي رأى نفذ حكمهما ووجب على الحكم إمضاؤه دون تعقيب

(الطعن رقم 172 لسنة 64 ق - جلسة 1998/11/30)
(الطعن رقم 50 لسنة 59 - جلسة 1992/2/18 ونقض جلسة 1985/5/28 -
ص 1108 - س 36 - والطعن رقم 203 لسنة 60 ق - جلسة 1995/3/28 والطعن
رقم 331 لسنة 65 ق - جلسة 1999/12/27)

• النص في الفقرة الرابعة من المادة العاشرة يدل على أن عمل الحكمين هو التوفيق بين الزوجين ما أمكن والسعى لإعادة الحياة بينهما وتحرى أسباب الخلاف والوقف على كل ما يشكو كل من الزوجين من صاحبه فإن جهل الحال وكان هناك ضرر بينهما ولم يعرف الحكمان من المسيطر من الزوجين اقتراحاً تطليقاً دون بدل ، لما كان ذلك وكان الثابت من تقرير الحكمين أنهما حاولا التوفيق بين الزوجين وأن الزوجة أصرت على عدم استمرار الحياة الزوجية بسبب عدم استطاعتتها العيش مع الطاعن لاختلافهما في الطبع والعادات وتنازلت له عن جميع حقوقها طرفه فاقتراح الحكمين التفريق بين الطرفين مع حberman المطعون ضدها من جميع حقوق الزوجية يكون قائماً علي سبب جهل الحال بين الزوجين .

(نقض الطعن رقم 4 لسنة 58 ق - جلسة 1989/2/21 - س 40)

• نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 يدل على أن المشرع رأى أن الزوجة إذا ادعت علي زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها ومن هم في طبقتها وطلبت من

القاضي تطليقها منه وثبتت الضرر الذي ادعته ولم يفلح القاضي في التوفيق بينهما طلقها منه ، وإن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر رفض مدعاهما فإذا جاءت مكررة شكاها طالبة التطليق للإضرار ولم يثبت للمرة الثانية ما تشكو منه كان على القاضي أن يعين الحكمين بمعنى أن مناط أتحاذ إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 11 من القانون 25 لسنة 1929 أن تكون الدعوى القائمة للتطليق هي دعوى ثانية سبقتها دعوى أولى بطلب التطليق للضرر ولم يثبت للمحكمة في الدعويين هذا الضرر المدعى.

(نقض جلسة 1980/12/24 - ص 2115 - س 31)

(نقض جلسة 1975/5/28 - ص 1108 - س 26)

• قضاء الحكم الابتدائي بتطبيق المطعون ضدها على الطاعن بائناً مع إسقاط حقوقها المالية المترتبة على الطلاق، استئناف الطاعن هذا الحكم وقضاء الحكم المطعون فيه بالتطليق بائناً مع استحقاق المطلقة نصف حقوقها الشرعية ومتجمد نفقتها . يعد إضراراً للمستأنف باستئنافه استفادت منه المطلقة التي لم تستأنف. استناد الحكم المطعون فيه إلى تقرير الحكمين في غير حالاته . خطأ.

(الطعن رقم 332 لسنة 65 ق - جلسة 1999/12/20 - س 50)

• في حالة الإساءة المشتركة بين الزوجين . ليس بلازم أن يكون التطليق ببدل . الأمر متزوك لاقتراح الحكمين .

(الطعن رقم 270 لسنة 62 ق - جلسة 1997/1/13)

• التزام الحكمين باقتراح التطليق دون بدل أو ببدل تلزم به الزوجة . شرطه . عجزهما الإصلاح بين الزوجين وأن تكون الإساءة مشتركة بينهما. عدم التزام الزوج بالبدل ولو كانت الإساءة كلها من جانبه . م 10 ق 25 لسنة 1929.

(الطعن رقم 398 لسنة 63 ق - جلسة 1998/1/27 - س 49)

- جهل الحال على الحكمين وعدم معرفة المساءء من الزوجين واستحكام الخلاف بينهما . اقتراح الحكمين التطبيق دون بدل . لا حاجة لتحرى أسباب الخلاف أو المسئول عنه .

(الطعن رقم 172 لسنة 64 ق - جلسة 1998/11/30)

- إلزام المطلقة بتعويض أو بدل وإسقاط حقوقها المالية كلها أو بعضها . شرطه مساحتها بفعلها في استحکام الخلاف أو استحالة العشرة . م 10 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 .

(الطعن رقم 139 لسنة 66 ق - جلسة 2001/2/26 - س 52)

- عجز الحكمين عن الإصلاح بين الزوجين وتوافر الإساءة كلها من جانب الزوج . أثره . وجوب اقتراحهما التطبيق دون مساس بحقوق الزوجة المترتبة على الزواج أو الطلاق . م 10 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بقانون 100 لسنة 1985 . ثبوت امتناع الزوج عن توفير مسكن واقتراح الحكمين التطبيق دون بدل أو إسقاط حقوق الطاعنة . مؤداته . قضاء الحكم بالتطبيق مع إسقاط حقوقها . خطأ .

(الطعن رقم 399 لسنة 67 ق - جلسة 2001/8/29 - س 52)

- النص في الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية مؤداه "أنه إذا لم ترى المحكمة الأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما تعين عليها أن تستقي الإساءة بين الزوجين أو إساءة أحدهما إلى الآخر من الأوراق المطروحة عليها وأن تبين المصدر الذي استقت منه تلك الإساءة .

(الطعن رقم 443 لسنة 73 ق - جلسة 16 / 5 / 2005 - س 56)

مادة (11) معدلة¹

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفه اليمين المبينة في المادة (8)، وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطبيق بينهما بطلاقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب أن كان لكل ذلك مقتضى.

القانون رقم 44 لسنة 1979 (م 3) مطابقة

القانون رقم 25 لسنة 1929

على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه.

المذكرة الإيضاحية

تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة.

• ومستند النص المطروح من القرآن الكريم قوله تعالى "وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاكُمْ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خُفِّظَ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ²" وقول رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) لزوجة ثابت بن قيس حينما أرادت الطلاق على زوجها رغم أنها لا تعيب عليه خلق أو دين ولكن لا تطيقه وتخشى الكفر في الإسلام (ردي عليه الحديقة ويطافك تطليقة).

التعليق

• يتناول النص المطروح كما قدمنا في التعليق على المادة العاشرة حالة اختلاف الحكمين سواء في تحديد شخص المسيطر من الزوجين أو في إيقاع الطلاق

¹ هذه المادة نسخت بمقتضى المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 والمادة الرابعة من مواد إصداره.
² الآية 229 من سورة البقرة

• كان النص يلزم الحكمين أن يقدموا تقريرهما إلى المحكمة متضمناً الأسباب التي بني عليها ولا يلزم في ضوء حكم المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 أن يقوم كل محاكم بتقديم تقرير واحد باعتبار أن المسألة ليست مما يتعلق بالنظام العام فضلاً عن أن الغاية تتحقق من الإجراء على نحو يصح به .

• وكما يجوز أن يكون تقرير الحكمان كتابياً يجوز أيضاً أن يقرأ ما انتهيا إليه شفويًا على أن يثبت بمحضر الجلسة .

• فإذا قدم الحكمان تقريرهما منتهيان إلى عدم اتفاقهما على تحديد شخص المسوئ أو على إيقاع الطلاق وجب على المحكمة سماع أقوالهما بعد تحليفهما بيمين الشهادة .

• والجدير بالذكر أن المشرع قد عدل نص المادة محل التعليق بما نص عليه من تنظيم لأمر التحكيم في دعاوى التطليق في المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 ، وأية ذلك عدوله عن أمر انتداب محاكم ثالث في هذه الدعاوى أيًّا ما كانت النتيجة التي ينتهي إليها الحكمان مما مفاده أن المشرع قد اكتفى في هذا الصدد بندب محاكمين اثنين فقط دون ثالث اختصاراً للإجراءات التي تمثل الغاية من إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000¹ .

• وقد أباح نص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 في فقرتها الأخيرة للمحكمة أن تقضي في الدعوى استناداً إلى ما اتفق عليه الحكمان أو بما انتهى إليه أحدهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى وما تتخذه فيها من إجراء للإثبات² .

• والإثبات المقصود لا يتحدد بشكل أو إجراء معين فللمحكمة أن تتخير وسيلة الإثبات التي ترى أنها مؤدية لإظهار الحقيقة ، إلا أن العمل قد جرى على قيد المحكمة بإصدار حكم تمهدى بإحالة الدعوى إلى التحقيق وسماع شهود الطرفين ، وأيًّا كانت النتيجة التي يسفر عنها التحقيق من حيث تحديد شخص المسوئ وهل هو

¹ تنص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه ”في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله قدر الإمكان - في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تناقض أحدهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عننت المحكمة حكماً عنه ، وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقرأ بما خلصا إليه معاً ، فإن اختلافاً أو تخلفاً أحدهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منها بعد حلف اليمين ، وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أحدهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى .

² راجع فيما كان يجري عليه العمل قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 - نقض جلسة 87/4/28 - طعن رقم 50 لسنة 54 ونقض جلسة 86/3/11 - الطعن رقم 33 لسنة 54

الزوج أو الزوجة فليس هناك ما يلزم المحكمة في ظل نص المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 - القيام بمحاولة أخرى للتوفيق بين الزوجين على ما هو وارد بالمادة 11 محل التعليق وأكتفاء بما أوجبه نص الفقرة الثالثة من المادة 18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 من قيام المحكمة ببذل الجهد لمحاولة الإصلاح بين الزوجين وتكرار ذلك إذا كان لهما ولد وذلك اختصاراً للإجراءات التي هي كما أسلفنا - الهدف والغاية من إصدار القانون 1 لسنة 2000 .

• فإذا انتهت المحكمة إلى القضاء بالتطبيق تعين عليها النظر في أمر الحقوق المالية للزوجة إذا كانت مهلاً للمطالبة ضمن الطلبات في الدعوى سواء من المدعى أو المدعى عليه فلها أن تحكم بالتطبيق مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو دون مساس بحقوق الزوجة أو مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها فإذا ما تبين للمحكمة أن خطأ الزوجة قد بلغ درجة عالية من الفحش ألمتها المحكمة فوق ذلك أيضاً بتعويض مناسب تدفعه للزوج ، وإذا تساوت البيانات رجحت بينة الإثبات على بينة النفي طبقاً للقواعد العامة¹ أما إذا ما ثبت للمحكمة أن الخطأ مشترك بين الزوجين أسقطت المحكمة حقوق الزوجة المالية كلها المترتبة على الزواج والطلاق أو بعض منها كنفقة الزوجية والصداق أو المتعة أو نفقة العدة وهكذا .

• والتطبيق للشقاق كالتطبيق للضرر ، تقع به دائماً طلقة بائنة .

• ولما كان مؤدي نصوص المواد من 7 إلى 11 وفقاً للقواعد العامة السابقة على صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 أن الحكمين طريقهما الحكم وليس الشهادة أو الوكالة استناداً إلى أحكام فقة الإمام مالك الذي أخذ عنه المشرع قواعد التحكيم المنصوص عليها في المواد المذكورة مما كان مؤداه أنه إذا اتفق الحكمان في الرأي وجب على المحكمة إمضاؤه والأخذ به دون مناقشة حتى ولو اختلف مع ما يثبت في عقيدة المحكمة من قناعة نتيجة فحص أوراق الدعوى ، فقد ينتهي الحكمان إلى أن الإساءة من الزوجة وأنها سبئه العشرة ولا هدف لها سوى هدم الأسرة إرضاء لرغبات أو أهداف خاصة لها قد تكون أيضاً غير مشروعة إلا أن نصوص المادتين 10 ، 11 تلزمهما والمحكمة بالتطبيق وإجابة طلب الزوجة مع أمكان النظر في إسقاط بعض أو كل الحقوق المالية لها² .

¹ نقض أحوال جلسة 1986/6/24 - الطعن رقم 116 لسنة 55ق - س 37 .

² وهو ما حدا بالمشروع إلى التدخل بتعديل نصوص تلك المواد بما استحدثه من أحكام مغایرة تضمنتها نصوص المادتين 18 ، 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على نحو ما سبق تناوله .

• وإذا كانت نصوص القانون القائم رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على ذلك النحو تقنن فكرة "الخلع" بطريق غير مباشر إلا أنه في رأينا أن ذلك قد تم على نحو مشوه وممسوخ فقد اقترحتا على اللجنة التشريعية بوزارة العدل والمشكلة بمقتضى قرار وزير العدل المصري رقم 6087 لسنة 1991 والتي قامت بتعديل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 - العدول عن مذهب الإمام مالك في خصوص تقدير القوة الإلزامية لتقارير الحكم في هذا الشأن واعتبار ما ينتهي إليه الحكمان من رأي في مرتبة تقارير الخبراء أو شهادة الشهود - تكون المحكمة معه بال الخيار بين الأخذ به أو طرحيه وعدم التعويل عليه إعمالاً لقاعدة أنها الخبر الأعلى في الدعوى والتي يستلزم صالح الدعوى وحسن السير فيه إطلاق حريتها في تقدير ما يقدمه إليها المحكمين من نتائج خاصة وأن التجربة العملية لتطبيق نصوص المواد من 7 إلى 11 بالمحاكم على مدى العشر سنوات الماضية أثبتت عدم جدوى عمل المحكمين في ردع الزوجة المشاكسة والحيلولة بينها وهدم الأسرة دون سبب خاصة وبعد زواج يكون قد استدام لسنوات طويلة وأثمر أبناء وحفدة، وقد استجابت اللجنة الموقرة لاقتراحنا وتضمنت المادة 19 من مشروع القانون المشار إليه النص على أنه "في دعاوى التقليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على كل زوج تسمية الحكم الذي اختاره في الجلسة التالية لقرار المحكمة بوجوب التحكيم ، فإن تقاус أيهما عن تعين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه ، وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما لتقديم رأيهما ، ويعتبر تخلف أيهما إخفاكاً لمهمتهما ، وتستمر المحكمة في نظر الدعوى طبقاً للأدلة المقدمة فيها ، وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو أحدهما من رأي أو بغير ذلك مما استقرت عليه من أوراق الدعوى"¹.

• وقد استندنا فيما تبيناه من هذا الرأي إلى أحكام مخرجة على مذهب الإمام أبي حنيفة عود إلى الأصل باعتباره المرجع في الحكم عند عدم وجود نص تشريعي وكذا مذهب الإمام الشافعي وما ذكره الفقيه الظاهري ابن حزم في هذا الخصوص يراجع

¹ وقد صدر القانون رقم 1 لسنة 2000 متضمناً في المادة (19) منه النص على أنه (في دعاوى التقليق التي يوجب القانون فيها ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بسمية حكم من أهله - قدر الإمكان - في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاус أيهما عن تعين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه ، وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقرر ما خلصا إليه معاً ، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهمما بعد حلف اليدين ، وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقر عليه من أوراق الدعوى).

كتاب "المحلى" - ج 10 - ص 87 وما بعدها - المسألة 1921 بأحكام الصلح بين الزوجين .

• وإذا كانت نصوص المواد من 6 إلى 11 قد تناولت تنظيم أحكام طلب الزوجة للطلاق على الزوج للضرر الواقع منه عليها فإنه يتبع التقرير في هذا المقام بحق أولياء الزوجة في طلب فسخ عقد الزواج إذا ما ثبت وقوع ضرر عليهم بسببه وذلك حال تزوج البالغة العاقلة بدون إذن ولديها من غير كفاء أو بكماء ولكن بأقل من صداق أمثالها ، وقد ذهبت محكمة النقض في حكم حديث لها إلى تصايل ذلك الحق وتنظير استخدامه وشرائطه وفي ذلك تقول في الطعن رقم 194 لسنة 64 ق جلسة 19/10/1998 " أن الراجح في المذهب الحنفي وفقاً لرأي أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إذا تزوجت المرأة البالغة بدون إذن ولديها فإن العقد يكون صحيحاً سواء كانت بكر أم ثيب ، ويكون نافذاً ولازماً متى تزوجت كفاء على صداق أمثالها أو أكثر ، رضي الولي أو لم يرضي ، وإذا تزوجت من غير كفاء بمهر المثل أو من كفاء على مهر أقل من مهر أمثالها ، ولم يكن ولديها قد رضي بذلك ، فالعقد غير لازم بالنسبة لولديها ، فله حق الاعتراض على الزواج وطلب فسخه أمام القضاء فإذا أثبتت أن زوجها غير كفاء لها فيما تعتبر فيه الكفاءة في الزواج من حيث النسب والدين والحرية والمال والحرفة ، أو أثبتت الولي أن مهرها ينقص عن مهر أمثالها بما لا يتغابن فيه الناس ، فإنه يقضى بفسخ العقد مراعاة لحق الولي العاشر إلا إذا رضي بالزواج لو لم يعترض عليه حتى ظهر الحمل على الزوجة أو ولدت بالفعل ، فعندئذ يسقط حقه في الاعتراض لأجل المحافظة على الولد حتى لا يضيع بالتفريق بين والديه ، ولا يكون له حق الاعتراض إذا أكمل الزوج الكفاء المهر إلى مهر المثل بعد العقد " .

• وما يتصل بما تتناوله المادة محل التعليق من إسقاط حقوق الزوجة مقابل تطليقها على الزوج بيان الحكم فيما يعرض على المحاكم من دعاوى تقيمها الزوجة بطلب تطليقها على الزوج في مقابل استعدادها رضاها في أداء عوض له نظير طلاقه لها ، أو الدعاوى التي يقيمها الزوج بإثباتات طلاقه لزوجته نظير عوض اتفقا عليه معها .

• ولما كان قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 لم يتناول بالتنظيم أمر تلك الحالات والدعوى ضمن نصوصه فإن القانون الواجب التطبيق عليها يصحى هو الراجح في المذهب الحنفي إعمالاً لمقتضى المادة 280 من المرسوم بقانون رقم 31 لسنة 1987 الملغاة

بالقانون 1 لسنة 2000 والذي تضمنت المادة (20) منه نصاً مستحدثاً يجيز للزوجة طلب الطلاق خلعاً على الزوج .

• وتنتقل في هذا المقام أولاً أحكام القول الراجح في المذهب الحنفي بشأن الطلاق خلعاً ثم نعقب بالتعليق على نص المادة (20) المشار إليها .

• ومقتضى القول الراجح في المذهب الحنفي في هذا الخصوص أن للزوجة أن تطلق على الزوج نظير بدل وأن هذا الحق مقرر لكلاً من الزوجين إلا أنه إذا استخدمت فيه كلمات المخالعة مثل (خالعتك - أبرأتك - افتديت) اعتبر الأمر مخالعة تتم بين الزوجين وذلك لأن تقول الزوجة (خالعتك على حقوقي الشرعية أو أبرأتك من مؤخر صدافي أو افتديت نفسي منك بكامل متعتي منك فيرد عليها الزوج من فوره بقوله "قبلت") أو يقول الزوج (خالعتك على كذا أو افتدي نفسك بهذا فقرد الزوجة بقولها "قبلت") أما إذا لم تستخدم ألفاظ الخلع السابقة أو ما في معناها وورد في الاتفاق لفظ الطلاق اعتبر الأمر طلاق على مال طالما استخدمت كلمة الطلاق في الإيجاب أو القبول .

• وسوف يقتصر الحديث على أحكام الطلاق على مال باعتبار أنه هو الحالة الشائعة بالعمل .

• ويقع بالطلاق على مال طلاق بائن ، إلا إذا ثبت بطلان البدل لأن كان المال غير متقوم¹ فيقع حينئذ طلاق رجعي².

• ولا يجيز القول الراجح في المذهب الحنفي للزوجة إجبار الزوج على تطليقها نظير بدل تقدمه ومن ثم فلا يجوز القضاء بالتطليق بناء على طلب الزوجة جبراً على الزوج لمجرد تقديمها لبدل عن ذلك الطلاق ، وعلى ذلك فلا يقع الطلاق في الفقه الحنفي نظير البدل إلا باتفاق الزوجين وتراضيهما عليه وفي هذه الحالة يكون قضاء المحكمة بإثبات طلاق الزوج للزوجة نظير ما انفق عليه من بدل .

• ويشترط لصحة الطلاق بالبدل أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وأن تكون المرأة محلاً له .

• وإذا صدر الإيجاب من المرأة بالبدل ابتداء بأن قالت للزوج افتديت نفسى منك بهذا فإن لها الرجوع عن ذلك الإيجاب طالما لم يصدر عن الزوج قبول له ،

¹ ومن ذلك أن يكون البدل دين قمار أو خمراً أو مما يحرم شرعاً.

² أما إذا استخدمت ألفاظ الخلع وقع في حالة بطلان البدل طلاق بائن شأن حال صحته

ويقتصر إيجابها على المجلس الذي صدر فيه فإذا غادرت المجلس قبل قبول الزوج سقط الإيجاب .

• أما إذا أوجب الزوج الافتداء ابتداء مقابل بدل تدفعه المرأة فلا يصح له الرجوع عنه خلال المجلس ، أما إذا انتهى المجلس قبل قبول المرأة أو رفضها سقط إيجابه ، فإذا أوجب الخلع بدون ذكر بدل وقع به طلاق دائم بدون بدل .

• ولا يسقط في الطلاق ببدل إلا ما اتفق عليه الطرفان بجعله مقابلًا للطلاق

دون غيره مما لم يتناوله الاتفاق¹ .

• ويصح أن يكون بدلًا كل ما صلح من المال أن يكون مهرًا ، فإذا افتدت نفسها بكل المهر ورضيت فإن كان مقبوضاً رجع بجميعه عليها وإن لم يكن مقبوضا سقط عنه سواء كان الاتفاق قبل الدخول أو بعده ، وإذا اتفقا على بعضه فإن كان الكل مقبوضاً والاتفاق بعد الدخول يرجع إليها بذلك البعض ويترك لها الباقي وإن كان قبل الدخول يرجع إليها بنصف البعض الذي وقع عليه الاتفاق وإن لم يكن المهر مقبوضا سقط عنه مطلقاً.

• ويصح أن يكون بدلًا لنفقة العدة وأجر المسكن ، كما يصح أن يكون بدلًا لأجر الرضاع الولد مدة سنتي الرضاع ، كما يصح أن يكون البدل هو اشتراط إتفاق الزوجة على الصغير بعد الفطام مدة يشترط أن تكون محددة ومعلومة ، فإن تزوجت الأم أو هربت وتركت له الولد أو ماتت هي قبل تمام مدة الرضاع أو قبل تمام مدة إمساكه فله أن يرجع إليها بقيمة أجره الرضاع إلى تمام مدته وبنفقته ما بقى من المدة التي قبلت الإنفاق على الولد خلالها ما لم يشترط عدم الرجوع إليها بشيء إذا ماتت هي أو الولد قبل تمام المدة ، وكذلك إذا اتفقا على الرضاع حملها سنتين وظهر أنه لم يكن في بطنهما ولد أو أُسقطت أو مات الولد قبل المدة فإنه يكون للزوج حق الرجوع إليها بقيمة الرضاع عن المدة كلها أو ما يكون باقياً منها .

• ويصح أن يكون البدل إمساك المرأة ابنتها الأنثى إلى البلوغ دون الذكر فإن تزوجت في أثناء المدة فللزوجأخذ الولد منها ولو اتفقا على تركه عندها وينظر إلى أجره مثل إمساكه في المدة الباقيه فيرجع بها عليها ولا يصح أن يكون البدل إمساك

¹ أما إذا استخدمت ألفاظ المخالعة وسقط بالخلع كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع بسبب الزوج الذي وقع فيه الخلع .

الزوج لولده عنده مدة حضانة النساء له فيبطل في هذه الحالة البدل ويصح الطلاق ويقع به طلاقه بائنة وفي هذه الحالة يكون لأمرأة أخذ الولد وإمساكه مدة الحضانة ما لم يسقط حقها بموجب ويلتزم أبيه بأجر حضانته ونفقته إن كان الولد فقيراً .

• ولا يصح أن يكون البدل دين على الزوج بنفقة ولده من زوجته ، فلا يسقط دين نفقة الولد بدين للمخالف على المرأة ، فإذا أبرأته من نفقة ولدتها وطالبتها بها وقع الطلاق البائن ويجب على أداء النفقه وتكون ديناً له في ذمتها يرجع به عليها .

• ويتبع الإشارة إلى جواز تعجيل البدل أو الطلاق كما يصح تأجيل أيهما إلى أجل قريب أو بعيد .

• هذه هي أحكام الخلع في القول الراجح من المذهب الحنفي ، إلا أن قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000 تضمن تنظيمًا خاصاً للخلع¹ حيث نصت المادة 20 من القانون المذكور على أن "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبها وافتقدت نفسها وحالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية ورددت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه ، ولا تحكم المحكمة بتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ونبهها حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (18) والفترتين الأولى والثانية من المادة (19) من هذا القانون وبعد أن تقرر الزوجة صراحة إنها تتغاض عن زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وخشيتها ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم ، ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن ، ويكون الحكم – في جميع الأحوال – غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن² .

• وعلى ذلك أصبح واجباً على المحاكم تطبيق النص السالف على ما يرفع إليها من دعاوى بهذا الخصوص على أن يقتصر تطبيق القول الراجح من المذهب الحنفي

¹ استجابة لاقتراحنا المشار إليه سلفاً راجع محاضر إثبات اجتماعات لجنة تعديل قوانين الأحوال الشخصية بإدارة التشريع بوزارة العدل – فبراير 1994

² قضت المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 201 لسنة 23 ق "دستورية" بجلسة 2002/12/15 بدعوى الدستورية المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وقد نشر الحكم في الجريدة الرسمية بالعدد 52 (تابع) بتاريخ 2002/12/26 .

على النحو السابق بسطه لما لم يتناوله حكم نص المادة 20 السالفة وذلك إعمالاً لحكم المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 .

• والأصل في تشريع الخلع قوله تعالى في الآية 229 من سورة البقرة (**الطلاقُ مَرْتَانٌ فِيمَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيْحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحْلُّ لَكُمْ أَنْ تَلْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خَفْتُمْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**) والخوف من عدم إقامة حدود الله تعالى بتطبيق شرع الله في المعاملة بين الزوجين هو التشريع الخاص بالخلع والذي طبقة رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما كرهت جميلة بنت أبي سلول زوجها ثابت بن قيس وطلبت من رسول الله صلى الله عليه وسلم تطليقها منه لأنها خافت إلا تقىم حدود الله فيه أي لا تطليقه وتقوم بواجباتها الزوجية نحوه رغم أنها لا تعيب عليه بشئ فى دينه ولا أخلاقه لكنها تكرهه لدمامته فقال لها الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم متسائلاً هل أمهرك شيئاً ، فقالت نعم أمهرنى حديقة فسألها الرسول صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ؟ فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم لزوجها أقبل الحديقة وطلقها تطليقه "أو ردى عليه حديقته ويطلاقك تطليقه" أو كما قال .

• ويتبع الإشارة إلى أنه لم يروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد سأله ثابت كما سئل جميلة وقال له هل تطلقها بل قال له أقبل وطلق لأن هذا أكرم له وأحسن لها ، كما لم يروى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد راجع الزوجة في طلبها خاصة وهى تتذرع بأسباب تحمل مراجعات كثيرة حيث تعيب عليه خلقته التى خلفها الله تعالى عليها فضلاً عن أنها كانت قد رأته قبل زواجه بها إذ تزوجته بعد وفاة زوجها السابق حنظلة بن أبي عامر في غزوة أحد حيث كان يبيح الرسول صلى الله عليه وسلم للخطيبان أن يرى كلًا منهما الآخر قبيل الزواج .

• والأصل أن تتم المخالعة بين الزوجين بالتراضى ولا يشترط أن يفرغ ذلك التراضى في عقد مكتوب وإنما يجوز الاتفاق عليه شفاهه واثبات ما اتفق عليه الطرفان في محضر جلسة القضية التي يكون لأى من الزوجين إقامتها لإثبات اتفاق المخالعة فإذا أقام الزوج الدعوى ولم تصادقه الزوجة على ما ادعاه كان للزوج - في رأينا - إثبات الاتفاق على المخالعة بكافة طرق الإثبات ومنها البينة الشرعية ، وتتضمن دعوى الزوج في هذه الحالة لأحكام القول الراجح من المذهب الحنفي متقدمة البيان لخلو نص المادة محل التعليق من تنظيم حكم هذه الحالة حيث اقتصرت على

تنظيم حكم حالتين أولهما حالة التراضى أو الاتفاق على الخلع وثانيهما حالة إقامة الزوجة الدعوى بطله .

• وقد أجاز نص المادة 20 محل التعليق للزوجة أن تقيم الدعوى بطلب مخالعة الزوج المدعى عليه والتطليق عليه بطلاقة بائنة ولو لم يتراضيا عليه¹.

• ولا يجوز تكليف الزوجة بإقامة الدليل على أنها تبغض الحياة مع زوجها إذ يكفى أن تقرر الزوجة ذلك صراحة بصحيفة الدعوى وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات شئ من ذلك .

• ويجوز أن تتضمن دعوى الزوجة بيان تفصيلي بالمقابل الذي تطلبه في مقابل حصولها على الطلاق خلعاً ، ولها أن تجمل ذلك مقابل في عبارة تفيد التنازل عن جميع الحقوق المالية الشرعية ورد صداقها الذي قبضته ، وعلى ذلك فيجوز أن يكون مقابل الخلع بعض الحقوق المالية الشرعية إذا كان ذلك بموافقة الزوج المدعى عليه وإلا وجب أن تقر الزوجة بتنازلها عن جميع الحقوق المالية الشرعية ورد الصداق المقبوض.

• كما يجوز للزوجة أن تضيف إلى تنازلها عن كافة حقوقها المالية الشرعية والصداق المدفوع ما ترغب في إضافته بالإضافة إلى ذلك فليس هناك ما يحول دون إضافة أي مقابل آخر إلى الحقوق الواردة بالنص (جميع الحقوق المالية الشرعية والصداق المقبوض) إذ قد يكون ما أضافته محل اتفاق بين الزوجين إلا أن ذلك مشروط بـألا تكون الزيادة مما يتناول ما حظر النص جعله عوضاً عن الطلاق كحضانة الصغار أو نفقتهم أو ما في حكمها كمصروفات الولادة أو التعليم المستحقة أو أي حق من حقوقهم إن وجدوا كالحق في التعليم أو السفر (صحبة الحاضنة بضوابطه) وألا تكون الزيادة مما لا يجوز أن يكون مقابلأً للخلع شرعاً وفقاً للقول الراجح بالذهب الحنفي (كموال محرمة شرعاً وهكذا)، كما لا يجوز أن يكون مقابل الخلع حقوقاً شرعية للزوجة على زوجها إلا أنها لا تتصف بصفة المال (كالحق في صيانة أسرار الحياة الزوجية وعدم إفشائها).

• وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 1 لسنة 2000 أن تنازل الزوجة يكون عن جميع حقوقها المالية الشرعية وتشمل مؤخر صداقها ونفقة العدة والمتعة الأمر الذي يفهم معه من ظاهر العبارة أن التنازل لا يشمل ما عساه يكون مستحقا

¹ الطعن رقم 485 لسنة 69 ق - جلسه 1 / 3 / 2005 .

للزوجة من نفقة زوجية ، ورغم أن هذا التفسير يتعارض مع الراجح في المذهب الحنفي الذي يسقط بالخلع نفقة الزوجية المستحقة حتى تاريخ الحكم بالخلع ويعطى المخالعة – على خلاف ما ورد بالمذكرة الإيضاحية – الحق في نفقة العدة وأجر المسكن خلال العدة¹ وهو ما يجب الأخذ به إعمالاً لقاعدة أنه "إذا أطلق النص في التشريع وجوب الرجوع إلى مأخذة" وذلك لعموم لفظ (جميع الحقوق المالية الشرعية) الوارد بنص المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وعدم بيان حكم ماعساه يكون مستحقاً للمخالعة من نفقة ماضية مما يوجب الرجوع إلى مأخذ النص وهو المذهب الحنفي للوقوف على حكم تلك النفقة الماضية ، وإذا كان هذا المذهب يسقط بالخلع كافة الحقوق الشرعية بما فيها النقطة الماضية ويعطى المخالعة – على خلاف ما ورد بالمذكرة الإيضاحية الحق في نفقة العدة وأجر المسكن خلال العدة – إلا أنه مع تقرير القاعدة الأصولية أن المذكرات الإيضاحية للخصوص القانونية لا يجوز أن تتطوى على ما يبعد تعديلاً للنص القانوني الذي وضع لتفسيره فإننا نرى أن عبارة "جميع الحقوق المالية الشرعية" – الواردة بنص المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 والصادرة في تاريخ لاحق للقانون 25 لسنة 1929 بما يعد معه نص المادة 20 منه ناسخة ومعدلة لما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة الأولى من القانون 25 لسنة 2929 إعمالاً للمادة الرابعة من مواد إصدار القانون 1 لسنة 2000² - لا يتسع تأويلها على نحو يخرج متجمد نفقة الزوجية عن المدة السابقة من عداد الحقوق الشرعية التي يشملها الخلع وهو ما يتبعين معه التقرير بأن صريح نص المادة 20 من القانون 1 لسنة 2000 قد قصد به المشرع الخروج على الراجح بالمذهب الحنفي في هذا الخصوص بمقتضى النص المذكور شأن خروجه على راجح ذلك المذهب في موضع عديدة وعلى نحو ينصرف معه مفهوم عبارة "جميع الحقوق المالية الشرعية" لتشمل نفقة الزوجية المستحقة في ذمة الزوج³ سواء ماعساه يكون مستحقاً للزوجة عن فترة سابقة على رفع الدعوى بالخلع أو عن مدة تداول الدعوى أمام المحكمة وحتى صدور الحكم فيها⁴ فضلاً عن نفقة العدة وكل حق ثابت للزوجة بالفعل .

¹ مصطفى شلبي في أحكام الأسرة في الإسلام - ط 1977 - ص 552 وراجع مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان - مادة (281).

² راجع المذكرة الإيضاحية للمادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

³ التعليمات العامة الصادرة عن النائب العام بشأن تطبيق أحكام تطبيق أحكام قانون إنشاء محاكم الأسرة - ط 2005 - ص 58.

⁴ الحكم رقم 528 لسنة 57 قضائية - استئناف الإسكندرية - جلسة 2002/5/22

• كما يشمل التنازل عن جميع الحقوق المالية الشرعية للمختلعة التنازل عن الحق في أجر الحضانة والرضاع عدا أجر مسكن الحضانة باعتباره مما يتعلق به حقوق الصغار إن وجدوا .

• وينصرف مفهوم الصداق الوارد بالنص إلى ما تسلمه الزوجة بهذا المفهوم سواء كان الصداق جميعه أو بعضه وهو مايعرف بعاجل الصداق المدفوع من الزوج أي (مقدم الصداق) حيث أفسح المشرع عن مراده بعبارة (الصادق الذي أعطاه لها) مما يعني أن ما لم تتسلمه الزوجة من الصداق (آجل الصداق) والذي جرى العرف على عدم استحقاق الزوجة له إلا في حالة الطلاق أو الوفاة فلا يدخل في مفهوم الصداق الذي يتعين على الزوجة رده وإنما يسقط باعتباره يدرج ضمن الحقوق الشرعية التي تسقط جميعها بالخلع أيضاً .

• ويستوى أن تكون الزوجة قد تسلمت الصداق بنفسها أو عن طريق وسيط أو أحد أهليتها ولا يتشرط أن يثبت أنها قد تسلمته بيدها شخصياً .

• فإذا لم يكن الصداق مسمى في العقد وثار الخلاف حول مقداره طبق حكم المادة 19 من القانون¹ والتي تنص على إنه إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهماً يكون لمنتها ففي هذه الحالة اعتبر صداقها صداقاً مثل وقامت المحكمة بتقديره باعتباره مسألة لازمة للفصل في الدعوى ، فإذا كان مهر المثل أقل مما تقول به الزوجة أو مساوياً لما تدعى به اعتبر وإن كان أكثر مما تدعى به اعتبر ما أدعنته لأن الظاهر يؤيدها في ذلك ولا يؤخذ بما قاله الزوج لأنه مستنكر في العرف والعادة².

• وإذا كان عاجل الصداق مسمى في العقد ولكن الزوج ادعى أنه دفع أكثر منه قضت المحكمة برد القدر المسمى في العقد وانفتح الطريق للزوج أن يطالب بما يدعى به دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة³، وهو ما نرى معه خطأ الرأي الذي يذهب إلى اتخاذ إجراءات تحقيق دفاع الزوج في هذا الخصوص قبل الحكم في الدعوى والذي يترتب عليه تعطيل الفصل فيها .

• وقد أوجب النص على المحكمة إجراء محاولة للصلح بين الزوجين قبل الحكم في الدعوى .

¹ راجع التعليق على المادة 19 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل.

² راجع عبد الوهاب خلاف في أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية - ط 1938 - ص 98 .

³ المنكرة الإيضاحية للقانون رقم 1 لسنة 2000 - منشور بمحلق الكتاب .

- ويجب تكرار محاولة الصلح مرتين إذا كان للزوجين ولد على أن تفصل بين المرتين مدة لا تقل عن ثلاثة أيام ولا تزيد على ستين يوماً¹.
- و يجب على المحكمة مراعاة ما استقر عليه الفقه والقضاء من قواعد تحكم محاولة الصلح بين الزوجين وفق حكم المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 مثل عدم اشتراط حضور الطرفين لعرض الصلح عليهم والاكتفاء بعرضه على الزوجة ورفضه منها ، ومثل وجوب إثبات المساعي التي قامت بها المحكمة في هذا الخصوص ... وهكذا² كفاية عرض الصلح أمام أى من محكمتى الموضوع (محكمة أول درجة أو محكمة الاستئناف).
- وتختلف المحكمة عن عرض الصلح يترتب عليه بطلان الحكم ، مع جواز تقادى البطلان المترتب على عدم عرض الصلح أمام محكمة أول درجة بعرضه أمام محكمة الاستئناف .
- وبعد استيفاء إجراء عرض الصلح على الطرفين وجب على المحكمة ندب حكمين لمواصلة مساعي الصلح بينهما وذلك وفق أحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000³ فيجب على المحكمة تكليف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله ، ويفرغ إجراء تكليف المحكمة للخصوم بتسمية محكميهما فى شكل قرار يصدر من المحكمة دون استلزم إفراغه فى حكم قضائى⁴.
- ويستحسن أن يكون محكم كل خصم من أهله قدر الإمكان ، إلا أن النص أجاز أن يكونا من غير أهل الزوجين .
- ولا يشترط أن يكون الحكمين من الرجال فيجوز أن يكون الحكم امرأة بشرط التعدد⁵.

- وقد أوجب النص على الخصميين تسمية محكمة في ذات الجلسة التي يصدر فيها القرار بالتحكيم ، إلا أنه أجاز تأجيل ذلك إلى الجلسة التالية للجلسة التي صدر بها قرار التحكيم ، فإذا تناقض أي من الخصميين عن تسمية محكمة في الجلسة التالية أو تخلف عن حضورها قامت المحكمة بتعيين حكماً عنه .

¹ المادة 2/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000.

² راجع التعليق على المادة السادسة وما بعدها من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل .

³ راجع التعليق على المادتين 7 و 8 من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

⁴ راجع التعليق على المادتين 7 و 8 من القانون رقم 25 لسنة 1929 .

⁵ راجع في ذلك التعليق على المادة السابعة .

• ويجوز أن يكون المحكم الذي تعينه المحكمة من الأخصائيين الاجتماعيين المسجلين بالقوائم الصادر بها قرار من وزير العدل بناء على ترشيح وزير التأمينات والشئون الاجتماعية¹ أو غيرهم من رجال الدين .

• ويتعين الإشارة إلى أن الأجل الذي منحه المشرع للمحكمة لتسمية الحكمين وهو الجلسة التالية للجلسة التي يصدر فيها قرار التحكيم هو من قبيل المواجهة التنظيمية التي لا يترتب على مخالفتها ثمة بطلان في الحكم ، إلا أن تحقيق الغاية من النص يتبع معه على المحكمة الالتزام بالميعاد المحدد بالنص.

• وقد أوجب نص المادة 19 على الحكمين المثول بشخصيهما أمام المحكمة بالجلسة التالية للجلسة التي صدر بها قرار تعينهما .

• كما أنطت الفقرة الثانية من نص المادة 19 بالحكمين إنجاز مهمتهما في محاولة الصلح بين الطرفين خلال المدة الزمنية الواقعة بين الجلسة التي مثلا فيها أمام المحكمة والجلسة التالية لها مباشرة والتي تقوم المحكمة بتأجيل نظر الدعوى إليها وحتى يقدم الحكمان تقريرهما .

• ولا يلزم أن يقدم الحكمان إلى المحكمة تقريراً كتابياً بما خلصا إليه وإنما يجوز أن يثبت كل منهما ما انتهى إليه بمحضر الجلسة .

• فإذا تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين التي يؤديها الشاهد وهي "أحلف بالله العظيم أن أقول الحق" باعتبار أن الحكمين أصبح طريقهما بتصريح نص المادة 19 الشهادة وليس الحكم وفق ما هو عليه تفسير مقتضى نص المادة السابعة من القانون رقم 25 لسنة 1929² وهو ما دعا إلى القول بجواز أن يكون المحكمون من النساء مع التعدد المعتمد في القول الراجح للمذهب الحنفي .

• ولا أثر لاتفاق الحكمين فيما ينتهيان إليه من نتيجة أو اختلافهما ففي أي من الحالتين فقد أعطى نص الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المحكمة سلطة الأخذ بما ينتهي إليه الحكمان من رأي أو الأخذ برأي أحدهما دون الآخر أو بطرح رأيهما والحكم بما تستقيه من أوراق الدعوى وحتى يكون للحكم سند منها .

¹ راجع المادة الرابعة من القانون رقم 1 لسنة 2000.

² راجع التعليق على المادة السابعة من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل وأحكام محكمة النقض الواردة بعجز ذلك التعليق .

• ويشترط للحكم بإجابة الزوجة طلبها بالطلاق خلعاً أن تقر الزوجة إقراراً صريحاً يثبت بمحضر الجلسة أو بذكرة مقدمة منها إنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبب لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وأنها تخشى إلا تقىم حدود الله بسبب هذا البغض ، ومن ثم فلا يجوز استنتاج الإقرار من إقامة الدعوى ، كما لا يجوز الإقرار الضمنى بأى صورة من صوره .

• ويستوى أن يصدر الإقرار الصريح بذلك من الزوجة قبل أو بعد إجراء الصلح أو التحكيم بين الزوجين .

• وعلى ذلك يمكن القول أنه يشترط للحكم بالطلاق خلعاً أربعة شروط : أولهما : أن يصدر إقرار صريح من الزوجة ببغضها الحياة مع الزوج وأنه لا سبب لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وأنها تخشى إلا تقىم حدود الله بسبب هذا البغض .

وثانيهما : أن تعرض المحكمة الصلح على الزوجين ويرفضه أيهما .

وثالثهما : أن تتخذ المحكمة إجراءات التحكيم بين الزوجين .

ورابعهما : أن يكون مقابل الطلاق تنازل الزوجة عن كافة حقوقها المالية الشرعية وعن عاجل الصداق الذى تسلمه .

• ويقتصر مقابل الطلاق خلعاً على الحقوق المالية الشرعية للزوجة على زوجها شخصياً كالنفقة أو الأجر أو المتعة إذ حظر نص الفقرة الثالثة من المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 أن يكون مقابل الخلع تنازل الزوجة عن أى حق من حقوق الصغار ، وقد أورد النص مثلاً لتلك الحقوق كالحق فى الحضانة أو الحق فى النفقة مما مفاده أن النص على تلك الحقوق قد ورد بالنص على سبيل المثال لا الحصر .

• ومفهوم الصغار إنما ينصرف إلى أولاد الزوجين من تملك الزوجة قانوناً المطالبة بحقوقهم التى تتنازل عنها ويملك اقتضائهما من أيهم سواء بسبب الصفة أو السن .

• وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 20 على أنه إذا ما استوفت الدعوى شروطها قضت المحكمة بتطبيق المدعى على المدعى عليه طلقة واحدة بائنة بينونة صغرى أو كبرى وفق ما إذا كانت قد سبقتها طلقات وقعت من الزوج على الزوجة¹.

• وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة على تحصين الحكم الصادر بالطلاق في هذه الحالة من جواز الطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن مما يعني أن يصير الحكم عقب صدوره حكماً باتاً غير قابل للطعن عليه سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية كالتعرض إعادة النظر أو النقض وذلك إعمالاً لصريح النص عملاً بالقاعدة المقررة بأنه لا اجتهاد مع صراحة النص.

• ويثير التساؤل عن حق المتزوجة بعد عرفى فى مخالعة الزوج وهل يجوز لمثل تلك الزوجة الشرعية إقامة الدعوى فى حالة إنكار الزوج للزواج بطلب مخالعة الزوج رغم كون عقد زواجهما لم يستوفى الشكل القانونى لعدم صدوره عن المأذون المختص بذلك ، والذى نراه فى هذا الخصوص أن المتزوجة بمقتضى عقد زواج عرفى شفوئى أو كتابى لا يحق لها استخدام م肯ه التطبيق خلعاً لعدم ثبوت زواجه إلا أنه إذا كانت الزوجية العرفية ثابتة بأى كتابة على النحو المنصوص عليه بعجز الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية² وأقامت الدليل على سبق قيام الزوجية بينها والمدعى عليه والذى يحق لها إثبات حصوله بكافة طرق الإثبات حيث ينفتح أمام الزوجة فى هذه الحالة إمكانية اللجوء إلى طلب التطبيق خلعاً ولا يقدح فى ذلك القول أن المشرع قد حصر حق المتزوجة عرفياً في المادة 2/17 فى طلب الطلاق دون غيره على سبيل الاستثناء تمكيناً لها من الخروج من ذلك المأزق المتمثل فى تحقق أسباب التطبيق لديها دون قدرة على طلبه قضائياً لعدم ثبوت الزواج فى وثيقة رسمية وذلك بالنظر إلى النتيجة التى تسفر عنها كلا من دعوى الخلع ودعوى التطبيق فى الزواج العرفى باعتبارها واحدة فى الحالتين وهى فصム عرى الزوجية دون حق فى المطالبة أو التداعى بأى حقوق من الحقوق المقررة للزوجة فضلاً عما هو مقرر فى قضاء محكمة النقض من أن القيد الوارد فى المادة 2/17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 ينحصر فى عدم قبول الدعوى المترتبة على عقد الزواج - عند إنكار الزوجية

¹ وذلك على النحو التالي " حكمت المحكمة بتطبيق المدعى - على زوجها المدعى عليه - طلقة أولى أو ثانية أو ثلاثة خلعية بائنة بينونة صغرى أو كبرى فى مقابل تنازلها له عن جميع حقوقها المالية الشرعية وأجل الصداق المسلم إليها " .

² راجع المادتين 17 و 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وراجع نقض الطعن رقم 463 لسنة 73 ق - جلسه 23 / 4 / 2005 .

– إلا إذا كانت الزوجية ثابتة في وثيقة رسمية ولا يمتد إلى الدعاوى الناشئة عن النزاع في ذات الزواج أو في وجود الزوجية ذاتها حيث يجوز لكل من الزوجين عند الإنكار إثباتها بكافة طرق الإثبات كما أنه إذا كان الهدف من تقرير حق المتزوجة عرفيًا في التطبيق على النحو المنصوص عليه في المادة 2/17 من القانون رقم 100 لسنة 1985 هو إخراجها من مأزرق عدم إمكانية حل رابطة الزوجية رغم توافر أسبابها بسبب عرفية العقد وهو ما حدا بالمشروع إلى حرمانها من إمكانية المطالبة بما يستحق لها من حقوق مترتبة على ذلك الزواج أو الطلاق فإن مخالعة المتزوجة رسمياً للزوج بما يشترط لقبولها من إسقاط الزوجة لكافة حقوقها الشرعية إنما يتوقف في الأثر المترتب على تطبيق المتزوجة عرفيًا والثابت زواجه بأى كتابة أو بأى طريق من طرق الإثبات حيث حرمتها المشروع من حق المطالبة بالحقوق الشرعية بما ينطوي على إسقاط لها شأنها شأن المخالعة بعقد رسمي ، كما لا يجوز الارتكان إلى اختلاف طبيعة الحكم الصادر في حالة التطبيق للمتزوجة عرفيًا باعتباره حكماً قابلاً للطعن عليه والحكم الصادر في طلب المخالعة باعتباره حكماً انتهائيًّا لا يجوز الطعن عليه عملاً بحكم الفقرة الأخيرة من المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 باعتبار أنه لا يجوز الاستثناء إلى طبيعة الحكم أو درجة كضابط للتفرقة بين الحقوق الموضوعية .

أحكام النقض

• النص في الفقرة الخامسة من المادة 11 مكرر ثانياً وفي الفقرة الأولى من المادة 11 من القانون 25 لسنة 1929 يدل على أنه إذا طلبت الزوجة التطبيق من خلال دعواها بالاعتراض على دعوة زوجها لها للعودة إلى منزل الزوجية تعين على المحكمة – بعد أن يتضح لها عند التدخل بين الزوجين لإنهاء النزاع صلحاً – أن الخلاف محتمد وأن تتخذ إجراءات التحكيم ، فإن اتفاق الحكمان على التطبيق ورفعا تقريرهما إليها قضاة بما قررها دون معارضة أو مناقضة ، لما كان ذلك ، وكان الثابت أن دعوى الطاعنة بالتطبيق جاءت من خلال اعتراضها على إنذاري دعوتها للعودة لمنزل الزوجية ، واتخذت المحكمة الاستئنافية – ومن قبلها محكمة أول درجة – إجراءات التحكيم فاتفق الحكمان على استحکام الخلاف واستحالة العشرة بين الزوجين بما لازمه أن تحكم المحكمة بما ارتياه من التفريقي بينهما ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلغاء الحكم المستأنف ورفض التطبيق على سند من أن الطاعنة عجزت عن إثبات الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما

مادة (11)

– عملاً بالمادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 – فإنه يكون معيناً بالخطأ في تطبيق القانون¹.

(نقض الطعن رقم 77 لسنة 56 ق – جلسة 1988/11/29 – س 39)

• انتهاء الحكمان إلى التفريق بين الطرفين لاستحکام الخلاف بينهما بما يستحيل معه دوام العشرة . مؤداه . نفاذ قرارهما في حق الزوجين وإن لم يرتضياه و التزام القاضي به . علة ذلك . إحالة الدعوى إلى التحقيق من بعد . غير جائز .

(الطعن رقم 178 لسنة 64 ق – جلسة 1999/5/24)

(الطعن رقم 459 لسنة 64 ق – جلسة 1999/5/24)

• طلب الزوجة التطبيق من خلال دعواها بالاعتراض على الطاعة . وجوب اتخاذ المحكمة إجراءات التحكيم إذا استبان لها أن الخلاف بين الزوجين مستحکم . اتفاق الحكمين على التطبيق . مؤداه . وجوب القضاء بما قرراه . علة ذلك².

(الطعن رقم 25 لسنة 62 ق – جلسة 1996/5/20)

(الطعن رقم 12 لسنة 63 ق – جلسة 1996/10/28)

• إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها . م 11 مرسم بقانون 25 لسنة 1929 . تقديره . لقاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض طالما أقام قضايه على أسباب سائغة .

(الطعن رقم 49 س 61 ق - جلسة 1995/4/18)

• التطبيق ببدل في الحالات التي يجب فيها بعث حكمين . شرطه أن تكون الإساءة من جانب الزوجة أو أن تكون الإساءة مشتركة بين الزوجين . م . 1 من قانون 25 لسنة 1929 . إلزم الزوج ببدل إذا كانت الإساءة كلها من جانبها . غير جائز . مؤدah . للزوجة المطالبة بحقوقها المترتبة على الزواج أو التطبيق بدعوى مستقلة .

(الطعنان رقمان 1 ، 2 لسنة 65 ق – جلسة 1997/5/26)

¹ الحكم المذكور صدر قبل صدور القانون 1 لسنة 2000 الذي عدل عن القاعدة المذكورة .
² أصبح ما يتفق عليه الحكم محل تقدير للمحكمة التي لها أن تقضى بخلافه عملاً بالمادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 .

- انطباق القواعد الموضوعية للشريعة الغراء مقتضاه حق الزوجة في الطلاق جبراً على الزوج إذا افتدت نفسها ورددت للزوج ما دفعه لها من صداق وتنازلت عن حقوقها الشرعية دون اشتراط التراضي بين الزوجين.
(الطعن رقم 485 لسنة 69 ق – جلسة 3/1/2005 – س 56)

- النص في المادة 11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه "على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها ، فإن لم يتتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (8) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات" مما مفاده أنه إذا لم يتتفق الحكمان في حالات التطليق التي يتعين فيها ندب حكمين ، فعلى المحكمة أن تبعث بثالث معهما من له خبرة بحال الزوجين والقدرة على التوفيق بينهما ، وعلى الحكم الثلاثة أن يباشروا مهمتهم مجتمعين تحقيقاً للهدف الذي بعثتهم المحكمة من أجله لمحاولة الإصلاح وإزالة أسباب الشقاق بين الزوجين وهو ما لم يتتوافق إذا قام الحكم بذلك وحده ، ذلك بأن النص لم يطلق ندب حكم ثالث دون قيد ، بل قرن هذا الندب بأنه (مع) الحكمين السابق بعثهما ، هذا فضلاً عن أن الحكم طريقهم الحكم لا الشهادة أو الوكالة – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ولا يصح التحكيم إذا لم يلتقي الحكم ، فإذا اختلف الحكم الثلاثة ، أو لم يقدموا تقريرهم للمحكمة ، أو قدم كل منهم تقريراً منفرداً ، أو شاب تقريرهم البطلان لخلوه من الأسباب التي بني عليها ، فعندئذ يجب على المحكمة أن تسير في الإثبات بتحقيق الدعوى وفقاً للمنهج الشرعي . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن الحكم الثالث قدم تقريراً منفرداً وتضمن هذا التقرير أنه لم يلتقي بحكم الزوج ، بما مؤده أن التحكيم لم يتم وفقاً للقانون ، فكان على المحكمة أن تسير في إجراءات الإثبات ، وإذا عول الحكم المطعون فيه قضائه على تقرير الحكم الثالث ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون¹.

(الطعن رقم 223 لسنة 65 ق – جلسة 31/1/2000)

- طلب الزوجة التطليق من خلال اعترافها على الطاعة وجوب التدخل لإنهاء النزاع صلحاً . استحکام الخلف بين الزوجين . أثره . اتخاذ إجراءات التحكيم . اتفاق الحكمين على التقرير . مؤداته . وجوب القضاء بما قرره . اختلافهما . وجوب

¹ راجع المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث عدلت القاعدة المذكورة .

مادة (11)

بعث حكم ثالث . مخالفة ذلك خطأ . المواد 8، 9، 10، 11، 11 مكرر ثانياً من م بق 25 لسنة 1929 المعدل بق 100 لسنة 1985 .

(الطعن رقم 98 لسنة 66 ق – جلسة 1996/12/30)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نصوص المواد 8، 9، 10، 11، 11 مكرر ثانياً من م بق 25 لسنة 1929 المعدل بق 100 لسنة 1985 . أنه إذا طلت الزوجة التطليق من خلال اعترافها على دعوة زوجها لها للدخول في طاعته تعين على المحكمة التدخل بين الزوجين لإنهاء النزاع صلحاً ، فإن استبان لها أن الخلاف بينهما مستحكم اتخذت إجراءات التحكيم ، فإذا اتفق الحكمان على التقرير فعلى المحكمة أن تقضى بما قرراه وإن اختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر ، فلا يكون هناك فرق ، بل يتبعن على المحكمة أن تبعث معهما بثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح دون أن تحلفه اليمين . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها طلبت التطليق من خلال دعواها بالاعتراض على إنذار الطاعة فندبت محكمة أول درجة حكمين لإنهاء الشقاق بين الزوجين فاختلافاً فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر ، فكان يتبعن على المحكمة أن تبعث معهما حكماً ثالثاً ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، بقضاءه بتأييد الحكم الابتدائي بالتطليق دون ندب حكم ثالث ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم 395 لسنة 65 ق – جلسة 2000/2/21)

• المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم طريقهم الحكم لا الشهادة، ولا الوكالة وإن اتفقوا على رأى نفذ حكمهم ، ووجب على القاضي إمضاؤه دون تعقيب ولئن كانت الفقرة الأخيرة من المادة 19 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قد نصت على أنه (و) للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى) مما مفاده أن المحكمة لا تلتزم برأي الحكمين فلها أن تأخذ به أو تطرحه اعتماداً على ما تستخلصه من الأدلة حسبما تطمئن إليه منها بما مؤداه أن رأى الحكمين لم يعد وجوبياً ، إلا أنه يسرى على الأدلة وقوتها القانون الذي كان معمولاً به في الوقت الذي حصل فيه الدليل أو الوقت الذي كان ينبغي أن يحصل فيه ، إذ تنص المادة التاسعة من القانون المدني على أنه (تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدمة النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده)، ولم يلغ قانون الإثبات القائم هذا النص ، وكانت الدعوى قد رفعت وحكم

الأحوال الشخصية

فيها بحكم نهائي من محكمة الاستئناف قبل صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 وسريانه ، فإنه لا ينطبق على الدعوى الماثلة . لما كان ذلك ، وكان الثابت من تقرير الحكم الثلاثة أنهم قد خلصوا إلى تطبيق المطعون ضدها على الطاعن مع تنازلها عن حقها في مؤخر الصداق والنفقة ، وإذا قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف الذي قضى بالتطبيق دون إسقاط حق المطعون ضدها في مؤخر الصداق والنفقة وفقاً لما انتهى إليه الحكم الثلاثة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم 142 لسنة 69 ق – جلسة 24/4/2000)

• القواعد المنصوص عليها في المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 هي
القواعد الواجبة التطبيق في شأن الخلع دون قواعد قانون المرافعات .

(نقض الطعن رقم 510 لسنة 72 ق – جلسة 22/11/2003)

• الأحكام الصادرة بالخلع لا يجوز الطعن عليها بأى طريق من طرق الطعن لا مجال لإعمال حكم المادة 221 مرافعات .

(نقض الطعن رقم 510 لسنة 72 ق – جلسة 22/11/2003)

• إقامة المدعى البينة على دعواه . طلب المدعى عليه بعد ذلك يمين المدعى على أنه محق في دعواه . غير مقبول . علة ذلك .

(نقض الطعن رقم 42 لسنة 64 ق – جلسة 24/1/2004)

الأحوال الشخصية