وزارة العدل
معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية
KUWAIT INSTITUTE FOR JUDICIAL & LEGAL STUDIES

فرق الزواج

في القانون والقضاء الكويتي

2012 - 2011

الأحكام العامة في التفريق بين الزوجين

١. **لم يشرع الإسلام الطلاق على الإباحة بل قيده بقيود يتعين مراعاتها . ووردت هذه القيود في القرآن والسنة النبوية المطهرة .**

فالطلاق لا يقع من الرجل إلا لضرورة لقول الحق تبارك وتعالى ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ ولقوله سبحانه ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبغض الحلال إلى الله الطلاق، وبين كيفية الطلاق الذي يوقعه الرجل، فقيد بذلك حق الرجل في إيقاع الطلاق، كما أن للمرأة أن تطلب من القاضي التطليق إن تضررت من بقائها مع الزوج، ولم يتحقق من الحياة الزوجية مقصود الشارع من النكاح عملاً بقول الحق تبارك وتعالى ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ .

٢. **والطلاق على ثلاث مرات، وأباح الإسلام الرجعة في المرتين الأولى والثانية، ثم تبين المرأة بالكلية بعد الثالثة ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ البقرة آية ٢٢٩ .**

٣. **الأصل في الطلاق أنه ملك للزوج وحده، وقد أجيز له شرعاً تفويض زوجته في تطليق نفسها .**

٤. **الأصل أن يقع طلاق الرجل لزوجته رجعياً إلا ما استثنى بنص خالص في القانون، ومن ثم لا يملك الزوج تفويض زوجته في إيقاع الطلاق على نفسها إلا في هذه النطاق .**

٥. **وليس لغير الزوج من ولي أو وصي أن يوقع الطلاق، ولو كان ولياً على النفس، فلا يقع طلاقه على موليه، ولا يمكن أن يقوم مكانه .**

(المذكرة الإيضاحية على المادة ٩٧ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية).

٦. **الأسباب التي ينحل بها عقد الزواج فينقطع بها ما بين الزوجين من رباط، وتترتب عليها الفرقة حالاً أو مآلاً هي الطلاق والفسخ والوفاة وسنقصر الحديث عن السببين الأول والثاني.**

أولاً - الطلاق :

تنص المادة ٩٨ على أن

أ. الطلاق نوعان : رجعي وبائن .

ب الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية قبل مضي العدة .

ج والطلاق البائن يزيل الزوجية في الحال .

التعليق: يبين من هذا النص أن الطلاق نوعان : رجعي وبائن .

الطلاق الرجعي : لايزيل الزوجية إلا بعد انقضاء العدة فلا يزيل شيئاً من آثار الزوجية حال وقوعه، ويملك الزوج بعده إعادة مطلقته من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت العدة قائمة، رضيت أم لم ترض. يستمر حل الاستمتاع بين الزوجين وإن مات أحدهما أثناء العدة ورثة الآخر . وبالمراجعة تنقطع العدة، ولا يبقى للطلاق من تأثير سوى نقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته، ولا يقع الطلاق الرجعي إلا على الزوجة المدخول بها، أما الطلاق قبل الدخول فهو بائن سواء كانت هناك خلوة أم لا .

فـــرق الـــزواج
في القانون والقضاء الكويتي

الطلاق البائن :

ينهي حل المتعة في الحال، فلا تعود إلا بعقد ومهر جديدين بعد الطلقة الأولى أوالثانية، ويحل به مؤجل الصداق . ويمنع التوارث ولو مات أحدهما في العدة مع مراعاة أحكام طلاق المريض مرض الموت .

وينقسم الطلاق البائن إلى نوعين:

أ البائن بينونة صغرى .

ب البائن بينونة كبرى .

الطلاق البائن بينونة صغرى . هو الطلاق الذي لا يكمل الثلاث، وصوره :

الطلاق قبل الدخول : حيث لا تجب فيه عدة لقول الله تعالى في سورة الأحزاب ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ الأية ٤٩ .

الطلاق بعد الخلوة الصحيحة . لأن المرأة وإن كانت تجب عليها العدة من هذه الطلاق، إلا أن العدة هنا وجبت للاحتياط لثبوت النسب . والحكم بصحة الرجعة ليس فيه احتياط، بل الاحتياط يقتضي الحكم بعدم صحة الرجعية .

الطلاق على مال : لأن المال في هذه الحالة يمثل عوضاً يأخذه الزوج بقصد أن تملك الزوجة أمرها، ويمتنع الزوج عن مراجعتها دون رضاها .

الطلاق الذي يوقعه القاضي عدا التطليق لعدم الإنفاق والتطليق للإيلاء على النحو الذي سيرد تفصيلاً فيما بعد .

الطلاق الرجعي بعد انقضاء العدة .

الطلاق البائن بينونة كبرى :

هو الطلاق المكمل للثلاث . ويقال له الطلاق البت أي القطع، لأنه يزيل في الحال الملك والحل . فلا يجوز للمطلق أن يتزوج مطلقته إلا من بعد أن تتزوج من آخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ثم تنتهي الزوجية بطلاق أو وفاة وتنقضي العدة .

وجوب تدخل النيابة العامة في الدعاوي التي تقام بطلب اثبات الطلاق البائن وإبداء الرأي فيها عملاً بالمادتين ٣٣٧ ،٣٣٨/ب من قانون الأحوال الشخصية سواء أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة الاستئناف، ويترتب على إغفال إبداء النيابة لرأيها في تلك الدعاوي بطلان الحكم بطلاناً متعلقاً بالنظام العام .

أحكام محكمة التمييز:

من المقرر في قضاء محكمة التمييز أن مؤدي نص المادتين ٣٣٧ و٣٣٨ من القانون رقم ٥١ لسن ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية أن المشرع أوجب تدخل النيابة العامة في مسائل الأحوال الشخصية التي تعتبر من النظام العام والواردة على سبيل الحصر بالمادة ٣٣٨ سالفة الذكر ومن بينها «إثبات الطلاق

البائن» وهو إجراء وجوبي مقرر بقاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام، ويترتب على إغفاله بطلان الحكم بطلاناً مطلقاً . لما كان ذلك وكان من بين طلبات المستأنفة طلب إثبات مراجعة المستأنف عليه الأول لها مراجعة قوليه وفعلية بتاريخ ٢٠٠٧/٨/١٨ إبان عدتها الشرعية من طلاقه الثاني لها الحاصل في ٢٠٠٧/٥/٢٧ فإن هذا الطلب يتضمن بالضرورة في حالة ثبوت عدم صحته إثبات بينونه هذا الطلاق بينونة صغرى ... وبالتالي يكون نفي أو إثبات بينونة الطلاق مسألة أساسية لازمة للفصل في طلب المستأنفة المشار إليه، ومن ثم فإن الدعوى على هذا النحو تتضمن بالضرورة في حالة عدم ثبوت صحتها قضاء ضمنياً بإثبات بينونة الطلاق، وهي من بين المسائل التي أوجب المشرع تدخل النيابة العامة فيها عملاً بنص الفقرة «ب» من المادة ٣٣٨ المشار إليها».

(الطعن رقم ٥٧٠ لسنة ٢٠٠٨ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٩/١٢/٢٤)

ومن هذا المعنى (الطعن رقم ٩٠ لسنة ٢٠٠٨ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/١١/٢٠) .

تعليق :

يبين من هذا الحكم أن المقصود بالطلاق البائن الذي يوجب القانون على النيابة العامة التدخل فيها وإبداء الرأي هو الطلاق البائن ابتداءً أو مآلاً أي يستوي أن يكون الطلاق قد وقع بائناً أو كان رجعياً ثم صار بائناً، ففي الحالين يتعين على النيابة التدخل في الدعوى .

ثانياً - الفسخ :

تنص المادة ٩٩ من القانون رقم ٥١ لسنة ٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على أن « فسخ الزواج هو نقض عقده عند عدم لزومه أو حيث يمتنع بقاؤه شرعاً ،و هو لا ينقص عدد الطلقات ».

المذكرة الإيضاحية :

نص المشرع في كثير من حالات فرق الزواج على أنها تعتبر طلاقاً، ونص في كثير من الحالات الأخرى على أنها تعتبر فسخاً. فوجب أن تبين الفوارق بين الطلاق والفسخ في صلب القانون، وفي هذا الباب المعقود للأحكام العامة كي تكون محددة تحديداً تشريعياً، فلا تترك للمذكرة الإيضاحية، ولا لاجتهاد القضاء واختلاف أنظارهم في استنتاجها من عبارات فقهاء المذهب .

وفسخ الزواج يرفع عقده، فيقطع ما بين الرجل والمرأة من صلة الزوجية في الحال دون استناد إلى الماضي، وهو لا يأتي إلا في زواج صحيح . أما غير الصحيح فهو غير منعقد وإن ترتبت على بعض صوره بعض آثار الصحيح كالمهر والعدة .

والفسخ يكون عند عدم لزوم العقد من الأصل، كما في حالة خيار الولي إذا تزوجت المرأة بغير كفء. وقد يكون بسبب طارئ على العقد جعله الشارع مانعاً من استمرار الزواج مثل : أن يرتد الزوج المسلم، أو يأبى الزوج أن يسلم بعد إسلام زوجته، أو تأبى الزوجة غير الكتابية أن تسلم أو تعتنق ديناً سماوياً بعد إسلام زوجها. وفرقة الفسخ لا تنقص الطلقات التي يملكها الزوج، ولو كان الفسخ بسبب من جانبة، بخلاف فرقة الطلاق رجعياً كان أو بائناً، فإنه يترتب عليها نقص هذه الطلقات .

التعليق :

١- عرف القانون الطلاق في المادتين ٩٧، ٩٨ وعرف الفسخ في المواد ٩٩، ١٠٠، ١٠١ حتى تكون الفوارق

بين النوعين محددة تحديداً تشريعياً فلا تترك للمذكرة الإيضاحية ولاجتهاد القضاء .

٢- وعرفت المادة الفسخ في الزواج بأنه نقض عقده بما يترتب على ذلك من زوال أحكامه فينقطع به ما بين الرجل والمرأة من الصلة الزوجية في الحال .

٣- يكون الفسخ على ضوء النص في حالتين : الأولى تتوافر عند عدم لزوم العقد من الأصل ،كما في حالة خيار الولي إذا تزوجت المرأة بغير كفء .

وأما الحالة الثانية فيستجد فيها سبب طارئ يمنع استمرار الزوجية كما في حالة ارتداد الزوج المسلم، أو إباء الزوج اعتناق الإسلام بعد إسلام زوجته، أو امتناع الزوجة غير الكتابية عن الدخول في أحد الأديان السماوية بعد إسلام زوجها .

٤- وفسخ الزواج وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لا يكون إلا في زواج صحيح، لأن الزواج غير الصحيح يكون غير منعقد فلا يرد عليه الفسخ وإن كان انحلال الزواج لا يكون إلا عن طريق الطلاق أو الفسخ كأثر مترتب على بطلانه .

٥- الفرق بين الفسخ والطلاق:

أ. ما يعد طلاقاً يتنوع إلى بائن ينحل به عقد النكاح في الحال، ورجعي يستبقي معه بعض أحكام النكاح .

ب ما يعد طلاقاً ينقص به عدد ما يملكه الزوج من الطلقات، وما يعد فسخاً لا تنتقص به عدد الطلقات، فيبقى للزوج على زوجته ما ملكه الشارع منها .

٦- الحالات التي أوردها القانون لا تعد حصراً للحالات التي يترتب الفسخ على توافرها، ففقه الأمام مالك يرتب الفسخ على حالات أخرى منها نكاح المتعة والفرقة بسبب الرضاع أو بسبب اللعان .

المادة ١٠٠ :

أ يتوقف الفسخ في جميع الأحوال على قضاء القاضي، ولا يثبت له حكم قبل القضاء .

ب ولكن إذا كان سبب الفسخ يجعل المرأة محرمة على الرجل، وجبت الحيلولة بين الزوجين من وقت وجود موجب الفسخ حتى حكم القاضي .

التعليق :

١- راعى المشرع أن أسباب الفسخ تحتاج إلى تمحيص قضائي، فقرر أن فسخ الزواج يتوقف على القضاء به .

٢- لا يثبت الفسخ قبل حكم القضاء به، وهو ما يعني أن الحكم الصادر بالفسخ منشئ وليس كاشفاً، فلا يرتد أثره إلى وقت نشأة السبب الموجب للفسخ، وإنما تترتب آثاره من تاريخ صدور الحكم النهائي به .

٣- إذا كان الفسخ بسبب حرمة المرأة على الرجل، كما في حالة ثبوت زواج المرأة برجل حال كونها لازالت في عصمة رجل آخر، أو زواج الرجل من أحد محارمه، فإنه يجب الحيلولة بين الزوجين من وقت وجود موجب الفسخ وحتى صدور الحكم به، ويمكن أن يتحقق ذلك بإصدار القاضي حكماً له صفة الاستعجال وقبل الفصل في الموضوع .

٤- يصدر القاضي حكماً بالفسخ بناء على طلب يقدمه أي مسلم « دعوى الحسبة» إلى النيابة التي تقوم بدورها برفع الدعوى، ويجوز للنيابة العامة أن تتقدم بطلب على عريضة إلى قاضي الأحوال الشخصية لإصدار أمراً بالتفريق مؤقتاً بين الزوجين لحين إقامة الدعوى الموضوعية بالفسخ .

٥- ولكل ذي صفة أيضاً أن يقيم الدعوى مباشرة أمام القضاء، ويجب في هذه الحالة تتدخل النيابة

العامة فيها وإبداء الرأي على النحو المنصوص عليه في المواد من ٣٣٧ حتى ٣٤١ .

٦- في فقه المذهب الجعفري يكون الحكم بالفسخ حكماً كاشفاً وليس منشأ حيث يتحقق الفسخ بمجرد تحقق موجبه .

المادة ١٠١ :

أ فسخ الزواج بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة يوجب للمرأة من المهر المسمى أو من مهر المثل عند عدم التسمية مقداراً مناسباً بحسب بكارة المرأة أو ثيوبتها والمدة التي قضتها مع الزوج قبل الفسخ .

ب إذا كان الفسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام استحقت الزوجة جميع المهر .

التعليق :

١- الفسخ قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة يسقط جميع المهر .

٢- أما إذا تم الفسخ بعد الدخول الحقيقي أو الخلوة الشرعية فإنه يجب للمرأة قدر من المهر المسمى في العقد جميعه آجله وعاجله . فإن لم يكن قد سمى مهر للمرأة استحقت قدراً من مهر المثل . هذا القدر يقوم القاضي بتحديده عند رفع الأمر إليه . أما الخلوة الفاسدة فلا يستحق بثبوتها شيء من الصداق .

٣- يراعي القاضي في تحديد القدر المستحق من الصداق اعتبارين:

الأول : حال المرأة من حيث البكارة أو الثيوبة

والثاني : مدة الزوجية فكلما استطالت مدة الحياة الزوجية زاد المستحق من المهر للمرأة بما يتناسب وتلك المدة .

٤- إذ كان سبب فسخ الزواج بعد الدخول أو الخلوة هو ارتداد الزوج عن الإسلام تستحق الزوجة جميع الصداق آجله وعاجله، حتى لا تتخذ الردة ذريعة لإسقاط المهر .

٥- ارتداد الزوجة لا يفسخ الزواج ومن ثم لا تستحق شيئاً من الصداق بارتدادها عملاً بالمادة ١٤٥/ب من القانون .

٦- فسخ الزواج بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة في الفقه الجعفري يوجب للمرأة الصداق المسمى في العقد، أو مهر المثل في حالة عدم تسمية المهر أو فساد التسمية. فإذا كان الفسخ بعد الدخول الحقيقي بسبب ردة أحد الزوجين فللمرأة كامل مهرها .

أحكام محكمة التمييز :

« من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادتين ٣٣٧ و٣٣٨ من القانون رقم ٥١ لسنة ٨٤ في شأن الأحوال الشخصية أنه يجب تدخل النيابة في المسائل التي تعتبر من النظام العام، ومنها دعاوى فسخ الزواج، وهو إجراء وجوبي مقرر بقاعدة آمره تتعلق بالنظام العام يترتب على مخالفتها البطلان المطلق الذي يتمسك به ذوو الشأن في أية مرحلة تكون عليها الدعوى».

(الطعن رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٩ أحوال شخصية جلسة ٢٠١٠/٣/٣)

الفرقة بالإرادة

أولاً- الطلاق :

مادة ١٠٢ :

يقع طلاق كل زوج عاقل، بالغ، مختار، واع لما يقول، فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره والمخطئ والسكران والمدهوش والغضبان إذا غلب عليه الخلل في أقواله وأفعاله .

١- **الجنون** : آفة تصيب العقل وتؤدي إلى فقدانه أو اختلاله . وهو نوعان: جنون مطبق وجنون متقطع. إلا أن المشرع لم يفرق في الأثر المترتب على كل منهما من حيث عدم نفاذ الطلاق الصادر عنه .

٢- **العته**: نقصان أو إختلال في العقل يؤدي إلى قلة الفهم واختلال الكلام وفساد التدبير، فهو لا يزيل العقل بالكلية كالجنون .

٣- **الإكراه** : يفسد الاختيار ويعدم الرضا، ويتحقق بتهديد المكره بخطر جسيم يحدث بنفسه أو ماله . لايقع طلاق المكره لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

٤- المراد بالمخطئ في هذا الصدد من أراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق دون أن يقصد أو يريد معناه وهو لا يقع طلاقه .

٥- **السكران** : هو من تناول مسكراً إلى الحد الذي لا يعي معه ما يقول ولا يقصده لزوال عقله . وعلى ذلك فإنه يشترط لكي لا يقع طلاق السكران في هذه الحالة أن يصل به السكر إلى حالة لا يعي معها بعد إفاقته ما كان منه حال السكر، فإن لم يصل السكر إلى هذا الحد وقع الطلاق . والعلة في عدم وقوع طلاق السكران أن عقله زائل حال سكره والعقل شرط من شرائط الأهلية للتصرف، والطلاق إنما شرع للحاجة إليه والسكران ليس عنده من الوعي ما يقدر به الحاجة التي تدعوه إلى الخلاص . والسكران لا يقع طلاقه سواء كان السكر مجرم أو بغير مجرم، لأن الشارع حدد عقوبة السكر، والجريمة الواحدة لا يجوز أن تكون لها عقوبتان، وأيضاً يجب ألا تصيب العقوبة غير الجاني، وتصرفات السكران لو جعلناها صحيحة لتعدت آثارها لغيره بالضرر إلى حد كبير .

٦- **أما المدهوش** : فهو من غاب عقله وذهب وعيه نتيجة مفاجأته بحادث مذهل أو لسماع خبر مؤلم أو سار، فيلحق بالمجنون طالما ظل مدهوشاً .

٧- **الغضبان** : هو من أشتد عليه الغضب إلى درجة أغلقت عليه باب القصد أي إلى حد التأثير على تفكيره وقصده.

وينقسم الغضب من حيث أثره في إيقاع الطلاق إلى ثلاثة أقسام .

أ غضب يزيل العقل فلا يشعر صاحبة بما قال . وهذا لا يقع طلاقه لقول رسول الله صلى الله

عليه وسلم « لا طلاق في إغلاق».

ب الغضب في أوله بحيث لا يمنع صاحبه من تعقل ما يقول ويقصد . وهذا يقع طلاقه.

ج الغضب الذي وإن اشتد بصاحبه إلا أنه لا يبلغ معه مبلغ زوال العقل، وإنما يمنعه فقط من التثبت والتروي ويخرجه عن حال اعتداله، وهذا لا يقع طلاقه قياساً .

٨- التقدير بتوافر حالة الغضب من عدمه متروك لمحكمة الموضوع، ومن ثم فإن اتفاق الزوجية وتقديرهما أمام المحكمة أن الزوج كان في حالة غضب عند إيقاعه الطلاق لا يلزم المحكمة التي تستقل ببحث توافر حالة الغضب دون اعتبار لما أقر به الزوجان.

٩- تطبق القواعد المتقدمة وفقاً لأحكام المذهب الجعفري .

١٠- يقع طلاق الهازل، وهو من يتلفظ بالطلاق لهواً ولا يقصده لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد الزواج والطلاق والعتاق».

١١- يثبت الجنون والعته والسكر بمعرفة المختصين الثقاة العدول المسلمين . كما يثبت الإكراه والغضب والخطأ بكافة طرق الإثبات الشرعية ومنها البينة. وهي رجلان لا امرأة بينهما لأن هذه المسائل لا تتعلق بمال .

١٢- إذا كان الزوج صغيراً دون البلوغ، فلا يقع طلاقه ولو كان عاقلاً مميزاً، لأن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق المطلق . والصبي لا تنفذ تصرفاته إلا إذا كانت نافعة نفعاً محضاً . والبلوغ يعرف بالعلامات الطبيعية، فإن غم الحال اعتبر بلوغ الزوج الخامسة عشر من عمره بلوغاً يجيز إيقاع الطلاق ولو لم تظهر علاماته .

١٣- يشترط الفقه الجعفري في المطلق البلوغ والعقل والاختيار والقصد فلا يصح عندهم طلاق الصبي ولا المجنون، وإذا كان الجنون متقطعاً فلا يصح الطلاق خلال فترات الجنون، كما لا يصح عندهم طلاق المكره وإن رضى به بعد زوال الإكراه، وكذا طلاق السكران ونحوه، ولا يجوز لولي الصبي أو السكران أن يطلق عنهما . إلا أن لولي المجنون أن يطلق عنه إذا ما أقام الدليل على توافر مصلحة المجنون في الطلاق .

أحكام محكمة التمييز :

١- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطلاق يرتب شرعاً حقوقاً وحرمات أوجب الله رعايتها، ومن ثم لا يصدق أحد الزوجين في نفيه بعد حصوله، وأن الإقرار بالطلاق ولو كان كاذباً يقع قضاءً لأديانه، إذ أن الإقرار حجه على المقر ولا يجوز الرجوع فيه، فلا إنكار بعد الإقرار . ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أيضاً أنه متى أوقع الزوج الطلاق لفظاً صريحاً منجزاً جرى حكمه دون بحث في أسبابه ودواعيه، ويشترط لإيقاعه بالإرادة المنفردة للزوج وفقاً للمادة ١٠٢ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية أن يكون سليماً من الآفات ومن بينها الغضب . والغضب لا أثر له في صحة تصرفات الإنسان القولية ومنها الطلاق، إلا إذا حال الغضب بين صاحبة وبين كمال قصده، فإذا وصل إلى هذا الحد فلا يقع الطلاق لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا طلاق في إغلاق» ولمحكمة الموضوع سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة . والأخذ بما تطمئن إليه منها وإطراح ما عداه ولو كان محتملاً، ومدى توافر حالة الغضب عند الطلاق، واستنباط ما تراه من القرائن مؤدياً عقلاً إلى النتيجة التي انتهت إليها.

(الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٤/٣)

٢- «من المقرر شرعاً أن الطلاق يرتب حقوقاً وحرمات أوجب الله رعايتها، فمن ثم لا يصدق أحد الزوجين في نفيه بعد حصوله، وأن الإقرار بالطلاق ولو كان كاذباً يقع قضاءً لا ديانه، إذ الإقرار حجة قاطعة على المقر، ولا يجوز الرجوع فيه، فلا إنكار بعد الإقرار».

(الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٦/١٠/٨)

٣- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العته خلل في العقل لا يعدم الإنسان إدراكه وإنما ينقصه فحسب، وأن المرجع في ثبوته هو خبرة الأطباء المختصين وشواهد الحال التي تتبينها المحكمة من واقع الدعوى وظروفها».

(الطعن رقم ٣٤٣ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٦/١٠/٨)

المادة ١٠٣ :

لايقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح وغير معتدة .

التعليق :

يشترط لصحة الطلاق وفقاً لهذا النص شرطان :

الأول : أن تكون هناك زوجية صحيحة، لأن غير الصحيح لا يحتاج إلى حل . الثاني: ألا تكون الزوجة في عدة من طلاق سابق، فلا يجوز إرداف الطلاق على المعتدة .

المادة ١٠٤ :

أ- يقع الطلاق باللفظ الصريح فيه عرفاً، ولا يقع بلفظ الكناية إلا بالنيّة .

ب- ويقع بالكتابة عند العجز عن النطق به .

ج- ويقع بالإشارة المفهمة عند العجز عند النطق والكتابة .

التعليق :

١- حددت المادة طرق التعبير عن الطلاق وأولها هي اللفظ الصريح الذي عرفه الناس أكان باللغة العربية أم بغيرها، ولا يحتاج هذا اللفظ إلى نية أو قرينة، فهو لا يعرف منه في لغة التخاطب إلا معنى الطلاق .

٢- كنايات الطلاق وهي ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنيّة، ولا يمكن إثبات النيّة إلا بتصريح من المتكلم نفسه أنه قد نوى الطلاق . ولا عبرة بدلالة الحال أو القرائن ما لم ينو المتلفظ إيقاع الطلاق بلفظ الكناية .

٣- إذا كان راغب التطليق عاجزاً عن الكلام تقبل منه الكتابة في التعبير عن إرادته، ولا تقبل الكتابة من غير العاجز عن الكلام . وإذا كان مريد التطليق عاجزاً عن الكتابة أيضاً، إما لجهله بها أو لعلة مانعة يؤخذ بإشارته المفهمة .

٤- هل يجوز التطليق عبر الهاتف النقّال.

قررت محكمة التمييز في هذا الشأن « أنه بشأن الطلقة الثالثة فقد أقر المطعون ضده أمام محكمة

أول درجة بجلسة ٢٠٠٥/٣/٢٧ بأنه طلق الطاعنة عبر الهاتف النقال بلفظ « طالق » ثم أرسل إليها رسالة مكتوبة عبر ذلك الهاتف بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٣٠ بأنها طالق، وكان البين بمحضر الجلسة المشار إليها أن الطاعنة صادقته على ذلك وأقرت بوصول الرسالة المشار إليها في ذلك التاريخ مدوناً بها عبارة « أنت طالق »، كما أقر هو بمحضر جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٦ أمام محكمة أول درجة أيضاً بأنه حين أرسل إليها تلك الرسالة كان يقصد طلاقها فعلاً» وانتهى الحكم إلى تأييد الحكم المطعون فيه فيما انتهى إليه من إثبات هذه الطلقة الثالثة التي تمت عن طريق الهاتف النقال وتأكدت بالرسالة المرسلة إليها عبر ذلك الهاتف، وصّرح الرجل بمحضر الجلسة أنه كان ينوي الطلاق فعلاً .

(الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٤/٣)

المادة : ١٠٥ :

يشترط في الطلاق أن يكون منجزاً .

التعليق :

١- الطلاق المنجز هو الطلاق الذي يقصد موقعه تحقيق معناه وترتيب آثاره عليه من وقت التلفظ به .

٢- أما الطلاق المضاف إلى زمن المستقبل والطلاق المعلق على شرط، والحلف بالطلاق أو اليمين بالطلاق لا يقع طلاقاً .

أحكام محكمة التمييز :

«النص في المادة ١٠٥ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على أن « يشترط في الطلاق أن يكون منجزاً » يدل على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون على أن الطلاق لا يقع إلا منجزاً بأن يقصد موقعه تحقيق معناه وترتب آثاره عليه من وقت التلفظ به، وقد يعلق تعليقاً صورياً بأن يعلق وقوع الطلاق فيه على أمر متحقق وموجود بالفعل وقت التلفظ بالطلاق، أما الطلاق المعلق على شرط فهو ما جعل وقوع الطلاق فيه متوقفاً على تحقيق شيء آخر بأداة من أدوات الشرط بيان كان التعليق يراد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه، أو كان في معنى اليمين، وحكمه قانوناً أنه لايقع به الطلاق عملاً بمفهوم المخالفة للمادة ١٠٥ سالفة البيان ».

(الطعن رقم ٧١ لسنة ٩٥ أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٤/١٣ مجموعة القواعد القانونية في المواد المدنية والتجارية عن المدة من ٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ القسم الثالث المجلد الأول ص ٣٦٠)

المادة ١٠٦ :

للزوج أن يوكل غيره بالطلاق، وليس للوكيل أنه يوكل غيره إلا بإذن الزوج وتنتهي الوكالة بالعزل بشرط علم الوكيل .

التعليق :

١- لما كان الزوج هو صاحب الحق الأصيل في إيقاع الطلاق، فإن هذا الحق يبيح له تفويض غيره فيه ولو كانت الزوجة نفسها، حيث يجوز للزوج تفويضها في إيقاع الطلاق بنفسها .

٢- ويشترط في الوكالة في الطلاق أن تكون وكالة خالصة بذلك أو ينص على ذلك ضمن عبارات وكالة عامة.

٣- تكليف الزوج لآخر بإبلاغ زوجته أنه طلقها لا يعد توكيلاً له بإيقاع الطلاق .

٤- لا يجوز للوكيل أنه يوكل غيره فيما أوكله الزوج فيه إلا بإذن صريح من الزوج .

٥- تستمر وكالة الوكيل في إيقاع الطلاق حتى لو قام الزوج الموكل بعزله من الوكالة وذلك حتى يتصل علم الوكيل بأمر عزله صيانة لحقوق الزوجة ودفعاً للضرر عن الوكيل في مسئوليته عن التصرف .

٦- الفقه الجعفري يجيز التوكيل في الطلاق من الحاضر والغائب للحاضر والغائب أيضاً .

أحكام محكمة التمييز :

١- « ولئن كان للزوج أن يوكل غيره بالطلاق عملاً بنص المادة ١٠٦ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية، إلا أن التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشمله من تصرفات خول الموكل الوكيل في إبرامها يعتبر تفسيراً لمضمونها . وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن ذلك من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، طالما لم تخرج في تفسيرها للتوكيل عن المعنى الظاهر لعباراته بحالها من سلطة في تفسير المستندات والعقود، بما تراه أوفى بمقصود الموكل من الوكالة متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما أورده بأسبابه من أن التوكيل الصادر من مورث الخصوم لمحامية المطعون ضده الأخير ينصرف وفقاً لعباراته إلى طلب التفريق، وذلك لايكون إلا بإقامة دعوى أمام القضاء، لأن التفريق يكون حينئذ بحكم القاضي، ولايتضمن منح الوكيل الحق في إيقاع الطلاق نيابة عن الموكل . وإذ طلق الوكيل المطعون ضدها الأولى من زوجها فإنه يكون قد خرج عن نطاق الوكالة الصادر له».

(الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٢٠٠٤ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٢)

٢- من المقرر في فقه المذهب الجعفري أنه يجوز للزوج أن يوكل غيره في تطليق زوجته سواء كان حاضراً أو غائباً، بل له كذلك أن يوكل الزوجة في تطليق نفسها بنفسها ... ولا يغير من ذلك أن يكون الشرط قيداً على الموكل، بل يجوز أن يكون تعليقاً لأصل الوكالة دون الطلاق لعدم اعتبار التنجيز فيها شرطاً إذ أنه لا يعتبر التنجيز في الوكالة فيجوز تعليقها على شيء ما . لكن الطلاق يتعين أن يكون منجزاً .. وإذ تبين للوكيل تعذر الإصلاح بين الزوجين وأن الشقاق بينهما قائم فقام بتطليق الطاعنة وأشهد على ذلك جمع من المصلين في المسجد، ومن ثم فقد وقع الطلاق صحيحاً «

(الطعن رقم ٢٢٨ لسنة ٢٠٠٢ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٣/٥/١٨)

مادة ١٠٧ :

يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات .

التعليق :

١- تحديد عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته مرجعه إلى النص القرآني الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة وهو قول الحق تبارك وتعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ .

٢- إثبات الطلاق :

لم يتناول قانون الأحوال الشخصية أمر إثبات وقوع الطلاق الصادر عن الزوج، بما يتعين معه الرجوع

بشأن القواعد الموضوعية للإثبات فيه إلى المشهود من مذهب الأمام مالك عملاً بالمادة ٣٤٣ من القانون المذكور . أما قواعد الإثبات الإجرائية فيرجع بشأنها إلى قانون الإثبات رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠.

٣- ويثبت الطلاق في المذهب المالكي بإقرار الزوج ،كما يثبت بكافة طرق الإثبات الأخرى ومعها البينة الشرعية . فإذا أقر الزوج بصدور الطلاق أخذ بإقراره، ولا يجوز الرجوع فيه .

(يراجع حكم التمييز المشار إليه رقم ٣٧٦ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٦/١٠/٨ والحكم في الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٤/٣)

أما إذا أنكر الزوج الطلاق كان للزوجة إثبات الطلاق بشهادة رجلين لا امرأة بينهما . ولا تقبل الشهادة السماعية بوجه عام في إثبات الطلاق ما لم تكن الشهادة مصدرها الزوج شخصياً، أي تلك التي يشهد فيها الشاهد أنه سمع من الزوج شخصياً أنه طلق زوجته، فهي شهادة مقبولة .

المادة ١٠٨ :

إذا تزوجت المطلقة بآخر انهدم بالدخول طلقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث، فإذا عادت إليه ملك عليها ثلاثاً جديدة .

المادة ١٠٩ :

الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابةً لا يقع إلا مرة واحدة .

التعليق :

١- المقصود بالطلاق المقترن بعدد هو ما تذكر فيه كلمة الطلاق مرة واحدة أو مرات مقترنة بعدد مثل « أنت طالق بالثلاث أو باثنتين، ومثل ما إذا قال الزوج لزوجته « أنت طالق « مكرراً العبارة ثلاث مرات . فهذا الطلاق لا يقع إلا طلقة واحدة .

٢- ويستوي أن يكون الطلاق المقترن بالعدد طلاقاً رجعياً أو بائناً كالطلاق قبل الدخول أو الخلوة أو كالطلاق على مال، فلا يقع به إلا طلقة واحدة مهما كانت صفة تعدده، لأنه بإيقاعه للطلاق في تلك الحالات تبين معه الزوجة، فلا تعود إليه ليوقع عليها الثانية أو الثالثة إلا بعقد ومهر جديدين.

٣- الطلاق المتتابع في مجلس واحد لا يقع إلا واحدة إعمالاً للمادة ١٠٣ من قانون الأحوال الشخصية، لأن قول الزوج للزوجة «أنت طالق» تقع به طلقه وقبل نطقه لذات العبارة ثانية تكون عدتها من الطلقة الأولى قد بدأت فور نطقه بالطلقة الأولى .

أحكام محكمة التمييز:

المادة ١١٠ :

كل طلاق يقع رجعياً إلا الطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، والطلاق المكمل للثلاث، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون .

- الحالات التي نص القانون على وقوع الطلاق منها بائناً:
  ١- الخلع (مادة ١١١).
  ٢- الطلاق لعدم الإنفاق عند تكرار الدعوى أكثر من مرتين (مادة ١٢٢) .
  ٣- التطليق للضرر(مادة ١٣٠).
  ٤- التطليق للغياب (مادة ١٣٦).
  ٥- التطليق للحبس (مادة ١٣٨).
  ٦- التطليق للعيب (مادة ١٣٩).
- للزوج أن يراجع مطلقته بالقول أو بالفعل بمحض إرادته خلال فترة العدة .
- ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط . لأنه يتضمن تغيير شرع الله .
- المراجعة بالقول منها الصريح بلا نية ومنها الكنايات التي تتوقف على النية . ويشترط فيها أن تكون منجزة بحضرة شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين . أو بإشهاد رسمي وأن تعلم به الزوجة.
- الرجعة بالكتابة من الرجعة القولية .
- الأصل عدم الرجعة . ويقع عبء الإثبات على من يدعي خلال الأصل أو الظاهر أو المفروض .

أحكام محكمة التمييز:

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة ١٤٩ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ بشأن الأحوال الشخصية على أن «للزوج أن يراجع مطلقته رجعياً مادامت في العدة بالقول أو الفعل، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط» وفي المادة ٢/١٥٠ من ذات القانون على أن «تعتبر الكتابة من الرجعة بالقول» مفاده وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون أن للزوج الحق في أن يراجع زوجته في عدتها بمحض إرادته سواء رضيت أو أبت، ولا يسقط حقه هذا بالإسقاط لأن في ذلك تغييراً لشرع الله . والمراجعة بالقول تكون بكل قول يصدر من المطلق دالاً على معناها، ومنها الصريح الذي يصير مراجعاً بلا نية، ومنها الكنايات التي تتوقف على النية، ويشترط في الرجعة القولية أن تكون منجزة بحضرة شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين أو بإشهاد رسمي وأن تعلم به الزوجة، وروعي أن الرجعة بالكتابة من الرجعة القولية والأصل هو عدم الرجعة، وأن من يتمسك بالثابت أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً لا يقع عليه عبء الاثبات وإنما يقع على من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض».

(الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٧)

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ١٦١ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية أنه يجب على المعتدة من طلاق رجعي أن تقضي عدتها في بيت الزوجية إلا عند الضرورة، فتنتقل إلى البيت الذي يعينه القاضي، وتعتبر ناشزاً إذا خرجت من البيت بغير مسوغ، وتقدير المسوغ الذي يبيح للمعتدة من طلاق رجعي الخروج من بيت الزوجية من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع .

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٢٠٠٤ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٦/٢/٥)
(الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٣/١/١٩)
(الطعن رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/١١/١٥)

ثانياً - الخلع :

المادة ١١١ :

أ- الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه، بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة، أو ما في معناها .

ب- ولا يملك الخلع غير الزوجين أو من يوكلانه .

التعليق :

١- الخلع : هو طلاق بالتراضي مقابل عوض تدفعه الزوجة . وهو طلاق بائن .

٢- والخلع كما يصح أن يكون شفوياً يجوز أن يكون كتابةً في شكل عقد اتفاق يتضمن المقابل المدفوع للزوج وطلاق الزوج زوجته نظير هذا المقابل .

٣- لمحكمة الموضوع سلطة تفسير عقد الاتفاق بالخلع عند الخلاف وفقاً لظروف الدعوى ومقصود محرراه .

٤- لا يشترط في الخلع استخدام لفظ بعينه فيصح أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ الطلاق أو المبارأة أو باستخدام أي لفظ يؤدي على حل رابطة النكاح .

٥- إذا ثبت أن الزوج قد دفع للزوجة مقدماً مؤخر صداقها ونفقتها بأنواعها المختلفة ثم طلقها بعد ذلك، فإن هذا الطلاق لا يكون خلعياً وفقاً لما انتهى إليه قضاء محكمة التمييز، لأن بذل المال يكون من الزوجة إلى الزوج .

٦- لما كان الخلع طلاقاً تعاقدياً لا يتحقق إلا باتفاق الزوجين وتراضيهما عليه، فإن إقامة الزوجة دعوى أمام القضاء بطلب تطليقها من الزوج نظير تنازلها له عن حق من حقوقها أو تقديمها له عوضاً ترضاه لا يعد خلعاً . (انظر المذكرة الإيضاحية للنص) .

٧- حددت الفقرة (ب) من المادة أصحاب الحق في الخلع، فقررت أن الخلع لا يملكه غير الزوجين، ومن ثم فلا يجوز أن يوقع القاضي الطلاق خلعاً، ويجوز الوكالة في الخلع، إلا أنه يشترط أن تكون وكالة خاصة تجيز المخالعة .

٨- المقرر في الفقه الجعفري أيضاً أن الخلع يشبه العقود في الاحتياج إلى طرفين وإنشاءين: بذل شيء من طرف الزوجة ليطلقها الزوج، وإنشاء الطلاق من طرف الزوج بما بذلت .

(مسألة ٦٢٣ منهاج الصالحين للسيد علي الحسيني السيستاني الجزء الثالث ص ١٩٦) كما يصح عندهم التوكيل في الخلع .

٩- طلاق الخلع بائن في المذهب لا يقع فيه الرجوع ما لم ترجع المرأة فيما بذلت . ولها الرجوع ما دامت في العدة، فإذا أرجعت كان للزوج الرجوع إليها .

(مسألة ٦٢٩ منهاج الصالحين المرجع السابق ص ١٩٧)

١٠- يفرق فقه المذهب الجعفري بين الخلع والمبارأة، فيشترط في المبارأة ألا يكون الفداء أكثر من المهر

بخلاف الخلع فيتم نظير المبلغ الذي تراضى عليه الطرفان سواء كان مساوياً للمهر أم زاد عليه أم نقص عنه .

(المسألة ٦٣٢ المرجع السابق ص ١٩٨)

أحكام محكمة التمييز :

الطلاق على مال يقوم على افتداء الزوجة لنفسها من عصمة زوجها بعوض تبذله له . ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده (الزوج) دفع للطاعنه .. مؤخر صداقها ونفقتها بأنواعها المختلفة ثم قام بطلاقها بعد ذلك .... فإن الطلاق الذي وقع لا يعد طلاقاً على مال .

(الطعن رقم ٣٠ لسنة ٨٥ جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٣)

لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود والمحررات للتعرف على مقصود ذوي الشأن فيها، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز متى كان تفسيرها مما تحتمله عبارات تلك العقود أو المحررات ولا خروج فيه عن المعنى الظاهر في جملتها . لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه بعد أن أشار إلى ما تضمنه إشهاد المخالعة من تنازل المطعون ضدها عن حقوقها الشرعية قد عرض لما قام عليه دفاع الطاعن من أنه لا حق لها إزاء هذا التنازل في المطالبة بأجرة مسكن حضانة وأجر خادم للصغيرين وأطرحه استناداً إلى أن المطعون ضدها تنازلت عن حقوقها الشرعية، وأن أجرة مسكن حضانه الصغيرين وأجرة خادمهما لا تدخلان في عداد الحقوق المقررة لها، وإنما هما حق للصغيرين، وبالتالي فلا يشملهما التنازل، وكان هذا التفسير هو مما تحتمله عبارات إشهاد المخالعة، ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها، وكان ما انتهى إليه الحكم في هذا الخصوص كافياً لحمل قضاءه ...»

(الطعن رقم ١٩ لسنة ١٩٩٣ جلسة ١٩٩٣/١٢/١١)

المادة ١١٢ :

يشترط لصحة المخالعة أهلية الزوجين لايقاع الطلاق وفق هذا القانون .

التعليق :

١- فيشترط للمخالعة العقل، والبلوغ، والاختيار أي خلو التعاقد من الإكراه، والوعي فلا يقع الخلع من السكران والمدهوش، كما يشترط أن تكون الزوجة محلاً لايقاع الطلاق عليها، بأن تكون الزوجية قائمة حقيقة، فلو كانت الزوجة معتدة من طلاق فلا يصح الخلع إعمالاً للمادة ١٠٣ من ذات القانون.

٢- ويشترط لصحة الخلع في المذهب الجعفري: البلوغ والعقل والاختيار والقصد، وأن تكون الزوجية قائمة، كما يشترط لصحة المخالعة حضور شاهدين، ولا يشترط في الزوجة المختلعة البلوغ والعقل فيصح خلعها ويتولى الولي البذل.

المادة ١١٣ : لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر .

التعليق :

١- يجوز للزوج العدول عن إيجابه بالخلع ما لم يلحقه قبول من الزوجة، كما يجوز للزوجة أيضاً الرجوع

عن إيجابها بالخلع قبل صدور قبول عند الزوج به .

٢- في الفقه الجعفري للزوجة الرجوع عن إيجابها بالخلع قبل قبول الزوج له . أما الزوج فإنه لا يجوز رجوعه عن إيجابه بالخلع ويقع به طلاق إلا إذا رفضته الزوجة أو غادرت مجلسه .

المادة ١١٤ : كل ما صح إلتزامه شرعاً صلح أن يكون عوضاً في الخلع .

١- يصح بدل الخلع من كل ما جاز أن يكون مهراً، وهو ما صح التزامه شرعاً، وليس له حد أدنى ولا حد أعلى، دون التقيد بما يكون قد سبق للزوج إعطاءه للزوجة أو اتفقت معه عليه، أو يستحق لها من صداق أو متعة أو نفقة، فيصح الافتداء بأكثر مما أعطاه الزوج .

٢- لا يجوز أن يكون العوض في الخلع شيئاً محرماً شرعاً، وفقاً للقاعدة العامة في الشرائط التي يجب توافرها في محل العقد .

٣- كل موضوع يبطل فيه بدل الخلع يكون الطلاق رجعياً .

المادة ١١٥ :

يجب العوض المتفق عليه في الخلع، ولا يسقط به شيء لم يجعل عوضاً عنه .

التعليق :

١- إذا تخالع الزوجان على عوض حدداه سقط العوض المتفق عليه دون غيره، فالخلع لا يسقط إلا ما اتفق الزوجان على إسقاطه . فإذا اتفق الزوجان على أن تخالع الزوجة زوجها نظير طلاقها عن صداقها دون تحديد عاجله أو آجله سقط عن الزوج كامل الصداق .

٢- تفسير عقد المخالعة وتحري اتجهت إليه إرادة الزوجين في شأن ما تخالعا عليه هو مما يخضع لتقرير محكمة الموضوع .

٣- تسري ذات القاعدة بالفقه الجعفري.

أحكام محكمة التمييز:

النص في المادة ١١٥ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على أن « يجب العوض المتفق عليه في الخلع، ولا يسقط به شيء لم يجعل عوضاً عنه « مفاده وعلى ما أوضحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن الخلع يسقط ما اتفق عليه، سواء كان بلفظ المخالعة أم المبارأة مثل الطلاق على مال، لأن أثر المعاوضة ليس إلا في وجوب المسمى لا في إسقاط غيره . ولئن ثبتت الحقوق المالية بالزواج الصحيح، فإنها تسقط بألفاظ تحتمل الإسقاط كالخلع باعتباره من عقود المعاوضة .

(الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٢٠٠٧ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٥/١)

المادة ١١٦ :

يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع عليه أن يكون خلع الزوجة اختياراً منها، دون إكراه أو ضرر .

التعليق :

١- يعالج النص الحالة التي تدعي فيها الزوجة أن مخالعتها للزوج لم تكن إلا نتيجة لإكراهها على

المخالعة، أو للخلاص من ضرر أنزله بها الزوج اضطرها إلى افتداء نفسها .

٢- فيجوز للمختلعة رفع أمرها إلى القضاء بطلب إسقاط ما التزمت به في عقد الخلع ورد ما تقاضاه الزوج فيها في حالتين :

أ- أن موافقتها على البدل لم يكن إلا وليد إكراه وكان هذا الإكراه هو الدافع إلى التعاقد .

ب- إذا أدعت الزوجة أن دافعها لمخالعة زوجها هو إضراره بها على نحو ألجأها إلى افتداء نفسها. ويشترط في هذا الضرر ما يشترط للضرر الذي يعطي الزوجة الحق في طلب التطليق طبقاً للمادة ١٢٦ من القانون .

٣- فإذا ثبت الإكراه أو الضرر وقع بالخلع طلاق بائن وسقط البدل والتزم الزوج برده .

٤- يذهب الفقه الجعفري إلى إسقاط البدل عن الزوجة في حالة ثبوت الإكراه أو الضرر، ويلتزم برده. ويقع الطلاق في هذه الحالة رجعياً .

المادة ١١٧ :

أ- إذا اشترط في المخالعة أن تقوم الأم بإرضاع الولد أو حضانته دون أجر، أو بالإنفاق عليه مدة معينه، فلم تقم بما التزمت به كان للأب أن يرجع بما يعادل نفقه الولد، أو أجره رضاعة، أو حضانته .

ب- وإذا كانت الأم معسرة يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً عليه .

مادة ١١٨:

إذا اشترط الأب في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة، صح الخلع وبطل الشرط، وكان للحاضنة أخذ الولد ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته .

المادة ١١٩ :

يصح خلع المريض مرض الموت، ويعتبر العوض من ثلث مالها عند إجازة الورثة .

فإن ماتت وهي في العدة فللمخالع الأقل في ميراثها، ومن العوض، ومن ثلث المال .

وإن ماتت بعد العدة أو قبل الدخول، فله الأقل من العوض ومن ثلث المال .

التعليق :

١- إذا ماتت الزوجة المخالعة وهي في العدة استحق الزوج المقدار الأقل من بين ثلاثة أشياء : الميراث، أوالعوض، أو ثلث التركة .

٢- إذا ماتت الزوجة المختلعة بعد العدة أو قبول الدخول حيث لا عدة استحق الزوج الأقل من بدل الخلع أو ثلث التركة . أيهما أقل يكون للزوج . فإذا كان بدل الخلع ألفا دينار وثلث التركة أربعة آلاف دينار استحق الزوج ألفين من الدنانير، وإذا كان ثلث التركة ثلاثة آلاف دينار . وبدل الخلع خمسة آلاف دينار استحق الزوج ثلاثة آلاف دينار .

الفصل الثالث

الفرقة بالقضاء

المبحث الأول : التطليق لعدم الإنفاق

المادة ١٢٠:

أ- إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، وليس له مال ظاهر، ولم يثبت إعساره، فلزوجته طلب التطليق، ويطلق القاضي عليه في الحال، وله أن يتوقى التطليق بدفع نفقتها الواجبة من تاريخ رفع الدعوى .

ب- إذا أثبت الزوج إعساره، أو كان غائباً في مكان معلوم أو محبوساً وليس له مال ظاهر، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ولا تجاوز ثلاثة أشهر ، مضافاً إليها المواعيد المقررة للمسافة، ليؤدي النفقة المذكورة، فإن لم ينفق طلقها عليه .

ج- إذا كان الزوج غائباً في مكان مجهول، أو مفقوداً، وليس له مال ظاهر، طلق عليه القاضي بلا إمهال.

التعليق :

١- وضع المشرع معياراً محدداً لطلب التطليق في هذه الحالة هو عدم وجود مال ظاهر للزوج، فإذا ثبت أن للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقه قضى برفض دعوى التطليق لعدم الانفاق .

٢- يكفي أن يكون للزوج عمل يتقاضى منه أجراً ،فثبوت وجود مال ظاهر للزوج ولو في صورة عمل يستحق عنه أجراً يوجب رفض دعوى التطليق لعدم الإنفاق .

٣- لا يشترط لقبول الدعوى سبق حصول الزوجة على حكم قضائي نهائي واجب التنفيذ بالنفقة على الزوج. وإنما يجوز للزوجة أن تقيم الدعوى وعليها أن تثبت امتناع الزوج عن الإنفاق، ولا يعد حصول الزوجة على حكم سابق بالنفقة وعجزها عن تنفيذه – وحده – سنداً للحكم لها بالتطليق. فقد يثبت الزوج الحاضر إعساره. وقد يكون الزوج غائباً في مكان معلوم أو محبوسا مما يوجب على المحكمة إمهاله للإنفاق قبل التطليق. لاسيما وأنه لا يجوز التفريق بسبب العجز عن النفقة الماضية لأنها تكون ديناً كسائر الديون يستوفي بالطرق المقررة قانوناً . فالعجز عن أداء النفقة الحاضرة هو الموجب للتفريق.

٤- إذا لم يكن للزوج مال ظاهر فإنه يتعين التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الزوج حاضراً: ويكفي في هذه الحالة إعلانه بالدعوى إعلاناً قانونياً صحيحاً. وهنا حالتان أيضا:

أ- أن يثبت الزوج إعساره: يجب هنا على القاضي إمهاله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ثلاثة

أشهر لتستوفي الزوجة نفقتها المحددة بحكم سابق أو بما تقدره المحكمة المرفوع إليها دعوى التطليق من نفقة ضمن قرارها بالإمهال. ويتعين أن يقتصر الحكم أو القرار الصادر بالإمهال على إلزام المدعي عليه بالنفقة اعتباراً من تاريخ رفع دعوى التطليق. أما النفقة المستحقة عن مدة سابقة فإنها تكون ديناً في ذمة الزوج تستوفي بالطرق المقررة قانوناً.

- فإذا حضر الزوج بالجلسة المحددة بعد الإمهال وقدم ما يدل على الإنفاق كإقرار الزوجة بالإنفاق، أو إنذار عرض وإيداع أو شهادة شهود مثلا قضت المحكمة برفض الدعوى.

- فإن لم يحضر المدعي عليه أو عجز عن إثبات الإنفاق قضت المحكمة بالتطليق.

ب- أن يحضر الزوج ويسكت أو يخفق في إثبات إعساره وفي هذه الحالة يطلق عليه القاضي في الحال ودون إمهال.

الحالة الثانية: إذا كان الزوج غائباً:

وهنا يجب التفرقة بين حالتين:

أ- إذا كان الزوج مفقوداً أو كان غيابه في مكان مجهول: يطلق القاضي في الحال لأنه يتعذر إعذاره أو إمهاله.

ب- إذا كان غياب الزوج في مكان معلوم أو محبوساً: طبقت في شأنه إجراءات الإمهال على النحو السابق بيانه في حالة حضور الزوج وإقامته الدليل على إعساره.

٥- تقدير وجود مال ظاهر للزوج من عدمه، وإمتناعه عن الإنفاق بعد إلزامه من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع.

٦- إثبات امتناع الزوج عن الإنفاق يخضع لمذهب الإمام مالك بشهادة رجلين لا امرأة بينهما.

٧- المقرر في فقه المذهب الجعفري أنه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته مع استحقاقها للنفقة عليه ورفعت أمرها إلى الحاكم أمره بالإنفاق أو الطلاق، فإن امتنع عن كليهما طلقها القاضي عليه طلقة بائنة.

أحكام محكمة التمييز:

النص في المادة ١٢٠ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على أنه: " أ- إذا أمتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، وليس له مال ظاهر، ولم يثبت إعساره، فلزوجته طلب التطليق، ويطلق القاضي عليه في الحال، وله ان يتوقى التطليق بدفع نفقتها الواجبة من تاريخ رفع الدعوى.."

مفاده - وعلى أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أن الزوج الممتنع عن الإنفاق بغير حق إذا كان له مال ظاهر يمكن تنفيذ النفقة فيه، لم يجز لزوجته أن تطلب تطليقها عليه، سواء أكان حاضراً أو غائباً، لأن حصولها على نفقتها ممكن، وبالتنفيذ يندفع ما وقع عليها من ظلم.

(الطعن رقم ٥ لسنه ١٩٩٤ أحوال - جلسة ١٩٩٤/١١/١٢)

(الطعن رقم ٥٧ لسنه ١٩٩٤ أحوال - جلسة ١٩٩٤/١١/١٢)

من المقرر في المذهب الجعفري الواجب التطبيق على الدعوى أنه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق جاز للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي فيلزمه بأحد أمرين إما الإنفاق أو الطلاق، فإن امتنع عن الأمرين ولم ينفق عليها من ماله جاز للقاضي أن يطلقها عليه.

(الطعن رقم ٣٦ لسنه ١٩٩٣ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٣/١١/٢٧)

(الطعن رقم ١١٠ لسنه ١٩٩٦ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٧/٦/١٤)

تقدير امتناع الزوج عن الإنفاق بعد أن يلزمه القاضي به هو من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(الطعن السابق رقم ٣٦ لسنه ١٩٩٣ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٣/١١/٢٧)

المادة رقم ١٢١:

تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً.

وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا اثبت للمحكمة يساره بحيث يقدر على مداومة نفقتها، واستعد للإنفاق.

التعليق:

١- التطليق لعدم الإنفاق يقع رجعياً ما لم يكن قبل الدخول أو المكمل لثلاث.

٢- ومؤدى أن التطليق لعدم الإنفاق يقع رجعياً أنه يجوز للزوج مراجعة المطلقة خلال فترة العدة، فإذا انقضت العدة تحول الطلاق إلى طلاق بائن، فلا يجوز للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين إذا كانت الطلقة الأولى أو الثانية.

٣- يستفاد من النص أن الرجعة لا تتم إلا عن طريق دعوى يرفعها الزوج إلى المحكمة، ويجب أن يقيم الزوج الدليل على يساره وقدرته على مداومة الإنفاق وتعهده بالإنفاق، وتقدير يسار الزوج من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع. فإذا عجز الزوج عن إثبات اليسار قضت المحكمة برفض دعوى المراجعة.

٤- ونرى أنه تصح الرجعة دون رفع الأمر إلى القضاء لو رضيت المطلقة بهذه الرجعة.

٥- وللمطلقة لعدم الإنفاق نفقتها في العدة إذا وجد الزوج يساراً وإن لم يرتجع لأنها كالزوجة.

٦- إذا رفعت دعوى الرجعة أثناء العدة، فلا يمنع القاضي من الحكم بالرجعة استطالة أمر الدعوى إلى ما بعد انتهاء فترة العدة متى توافرت شروط الرجعة.

المادة رقم ١٢٢:

إذا تكرر رفع الدعوى لعدم الإنفاق أكثر من مرتين وطلبت الزوجة التطليق لضرر طلقها القاضي عليه بائناً.

التعليق:

١- يتناول النص حالة إقامة الزوجة دعوى تطليق لعدم الإنفاق فيتوقى الزوج الحكم لسداد النفقة،

ثم تقيم الزوجة دعوى ثانية للتطليق لعدم الإنفاق فيتوقاها الزوج أيضا بسداد النفقة، وفي هاتين الحالتين يصدر الحكم برفض دعوى التطليق بسبب إنفاق الزوج في الحالتين، وكذا الحال فإذا امتنع الزوج عن الإنفاق للمرة الثالثة، وأقامت الزوجة الدعوى الثالثة وتوقاها الزوج لعدم الإنفاق وتوقاها الزوج، ثم رفعت دعوى رابعة فقد اعتبر المشرع ذلك نوعاً من الضرر ففي هذه الحالة تفرق المحكمة بينهما بطلقة بائنة.

٢- يشترط لقبول دعوى التطليق للضرر المتمثل في عدم الإنفاق أن تثبت الزوجة سبق إقامتها لدعوى التطليق لعدم الإنفاق ثلاث مرات.

المبحث الثاني : التطليق للإيلاء

مادة ١٢٣ :

إذا حلف الزوج على ما يفيد ترك مسيس زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر، أو دون تحديد مدة، واستمر على يمينه حتى مضت أربعة أشهر، طلقها القاضي طلقة رجعية بطلبها.

مادة ١٢٤ :

إذا استعد الزوج للفئ قبل التطليق، أجله القاضي مدة مناسبة، فان لم يفئ طلق عليه.

مادة ١٢٥ :

يشترط لصحة الرجعية في التطليق للإيلاء أن تكون بالفئ فعلاً في أثناء العدة، إلا أن يوجد عذر فتصح بالقول.

التعليق:

١- الإيلاء هو أن يحلف الزوج ألا يعاشر زوجته معاشرة الازواج مدة أربعة أشهر أو أكثر أو مدة غير محددة، فإن كانت المدة أقل فعلى الزوجة أن تصبر وليس لها مطالبة بالفيئة أو التطليق.

٢- لا يعد إيلاء أن يصدر الزوج قولاً دون حلف، وكذلك إذا امتنع الزوج عن مجامعة زوجته دون أن يصرح ودون أن يحلف، لكن للزوجة في هذه الحالة أن ترفع إلى القضاء بطلب التطليق للهجر وهو ضرب من ضرور الضرر يكون التطليق معه بائناً، والأصل في الإيلاء قول الحق تبارك وتعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (٢٢٦) وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٢٢٧)﴾» سورة البقرة.

٣- لا يشترط صيغة معينة للحلف، ولا يكون الحلف إلا بالله أو صفه من صفاته عز وجل.

٤- يجب ألا تقل مدة الحلف بترك مجامعة الزوجة عن أربعة أشهر قمرية، وإذا كانت المدة غير محددة اعتبرت أكثر من أربعة أشهر.

٥- إذا أصر الزوج على يمينه ولم يعاشر زوجته مدة أربعة أشهر سواء كان الحلف لهذه المدة أو مدة أطول أو مدة غير محددة كان للزوجة أن تطلب التطليق من المحكمة.

٦- أوجبت المادة ١٢٤ على القاضي أن يمهل الزوج قبل الحكم بالتطليق المدة التي تراها المحكمة لمعاشرة زوجته، فإن انقضت المدة وأصرت الزوجة على التطليق طلقها القاضي.

٧- يثبت حلف الزوج بالإيلاء بشهادة رجلين لا امرأة بينهما.

٨- الطلاق الذي يوقعه القاضي للإيلاء طلاق رجعي.

٩- للزوج أن يراجع مطلقته بشرطين: الأول: أن يفئ الزوج إلى زوجته أي يرجع عن حلفه ويعاشرها. الثاني: أن تتم المعاشرة أثناء العدة.

١٠- إذا كان للزوج عذر يمنعه من معاشرة زوجته كمرض أو حبس صحت رجعته بالقول على أن يتم ذلك خلال العدة.

١١- يشترط في الزوج المولي أن يكون بإلغاء عاقلاً قادراً على المعاشرة الجنسية، وأن تكون الزوجة محلاً للإيلاء بأن تكون زوجة حقيقة أو حكماً فان تكون في عدة من طلاق رجعي.

١٢- ويجوز أن يكون طلب التطليق للإيلاء من الزوجة قبل الدخول.

١٣- في حين أن المقرر في أحكام المذهب الجعفري لا يصح الإيلاء من الزوجة قبل الدخول، حيث يشترط أن تكون الزوجة مدخولاً بها في عقد زواج دائم. ويشترط في المولى أن يكون بالغا عاقلاً مختاراً قاصداً، قادراً على الإيلاج، ومدة إمهال الزوج عندهم أربعة أشهر. فإن رجع وواقعها في هذه المدة أمتنع التطليق، وإلا ألزمه الحاكم بالرجوع أو الطلاق.

المبحث الثالث: التطليق للضرر

مادة ١٢٦ :

لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده، أن يطلب التفريق بسبب إضرار الآخر به قولا أو فعلا، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما.

الشرح:

١- أعطى النص لكل من الزوجين الحق في طلب التطليق للضرر، ولم يقصر هذا الحق على الزوجة فقط، والحكمة من إعطاء الزوج هذا الحق رغم أن بيده حل عقدة النكاح بإرادته المنفردة هو ألا تجبره الزوجة بإساءتها له على طلاقها دون مقابل فيتحمل وحده كافه الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق رغم أنها هي المتسببة في الضرر.

٢- أجاز النص لأي من الزوجين طلب التطليق للضرر سواء قبل الدخول أو الخلوة أو بعدهما.

٣- والضرر في مفهوم النص هو إيذاء أي من الزوجين للآخر بالقول أو بالفعل إيذاءً لا يليق بمثله، ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما، ويجب أن يكون الضرر مقصوداً من الزوج.

٤- والضرر هنا معياره شخصي لا مادي، ويختلف باختلاف الزوجين بيئة وثقافة ووسطا، وتقديره موضوعي متروك لمحكمة الموضوع.

٥- ولا يشترط أن تكون كل وقائع الضرر قد وقعت قبل رفع الدعوى، بل يصح لأي من الزوجين أن يستند في إثبات الضرر إلى ما وقع قبل رفع الدعوى وما استجد بعد رفعها.

٦- ويلاحظ أنه إذا ثبت للقاضي أن ضرراً قد وقع إلا أنه يمكن معه دوام العشرة تعين رفض دعوى التطليق إذا كانت مرفوعة من الزوج، لأن الحياة الزوجية قلما تخلو من الهفوات التي قد تعتبر ضرراً.

٧- يكفي أن يثبت الطرف المتضرر أن الطرف الآخر قد أتى معه ما يتضرر منه ولو مرة واحدة حتى يقضي بالتطليق.

٨- يشترط أن يكون الضرر راجعاً إلى فعل أحد الزوجين قبل الآخر، ولذلك لا يطلق القاضي إذا كان الضرر الواقع على أيهما آتيا من غير الزوج الآخر. كأن يكون الضرر الذي أصاب الزوجة مثلاً واقعاً من أهل الزوج وليس من الزوج نفسه.

٩- على القاضي أن يدون في أسبابه أن الضرر لا يستطاع معه دوام العشرة، فلا بد أن يوصف الضرر الموجب للتطليق بهذا الوصف. فليس كل ضرر موجباً للتطليق كما سبق القول.

١٠- إذا تضمنت صحيفة الدعوى صوراً عديدة من الضرر، فإن صورة واحدة من صور هذا الضرر تكفي - إذا ثبتت - للحكم بالتطليق.

١١- المناط في التطليق للضرر هو تحقق وقوعه فعلاً، فلا يمنع منه زواله أو محاولة محوه.

١٢- حصول الزوج على حكم بنشوز زوجته لا يحول بينها وبين طلب التطليق للضرر والحكم بذلك إذا ثبت الضرر، لاختلاف دعوى النشوز أو الطاعة عن دعوى التطليق للضرر سبباً وموضوعاً.

١٣- هجر الزوج لزوجته في الفراش ضرب من ضروب الضرر يبيح التطليق.

١٤- قبول أحد الزوجين استمرار المعيشة مع الآخر بعد ثبوت وقائع الأضرار الذي يدعيه لا يسقط حقه في طلب التطليق استناداً إلى تلك الوقائع.

١٥- يجوز للزوج تأديب زوجته ولو بالضرب، على أن يكون ضرباً خفيفاً وغير مبرح، ولا يبيح لها ذلك طلب التطليق، فإن أساء الزوج استخدام هذا الحق وتجاوز حده جاز للزوجة أن تطلب التطليق وتجاب إليه إذا ثبت تلك الإساءة.

١٦- يثبت الضرر بكافه طرق الإثبات المقررة شرعاً فيثبت بالإقرار والبينة والقرائن ومنها القرائن القضائية. فللحكم النهائي الصادر بإدانة الزوج في جريمة ضرب لزوجته حجية أمام محكمة الأحوال الشخصية.

١٧- يجيز الفقه الجعفري للزوجة رفع أمرها إلى الحكم إذ كان الزوج يؤذيها ويشاكسها بغير وجه الشرعي يمنعه من الإيذاء والظلم ويلزمه بعشرتها بالمعروف، أو التسريح بإحسان، فإذا امتنع الزوج عن الأمرين معاً طلقها الحاكم الشرعي. والإيذاء والمشاكسة غير المشروعة تتضمن كافه صور الضرر التي يلحقها الزوج بزوجته كالضرب والسب والهجر وإساءة المعاشرة بكافه صورها، مع ملاحظة أن ولاية القاضي في التطليق هنا لا تقوم - في هذا المذهب- إلا في حالة عصيان الزوج وامتناعه عن تنفيذ الأمرين معاً وهما من العشرة والعدول عن الإيذاء أو المشاكسة أو الهجرة أو التسريح بإحسان.

١٨- في الفقه الجعفري لا موجب لإلزام الزوج بحسن المعاشرة أو التسريح بإحسان إلا إذا ثبتت الإساءة أو الضرر من جانب الزوج.

أحكام محكمة التمييز:

- المناط في التطليق للضرر هو تحقق وقوعه، ولا يمنع من التطليق زوال الضرر أو محاولة محوه، ما دام قد ثبت وقوعه فعلاً.

(الطعن رقم ٣٦ لسنه ٨٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٦/١/٢٧)

- محكمة الموضوع هي صاحبة الحق في تقدير ما يقدم إليها في الدعوى من بينات واستخلاص الواقع منها، وكان إضرار الزوج بزوجته أمراً تقديرياً يصوره قاضي الموضوع بحسب ما يرى من ظروف الدعوى، متى كان استخلاصه سائغاً ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها.

(الطعن رقم ٢٤ لسنه ٨٨ أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٩/٤/٢٤)

يجوز إثبات الضرر الموجب للتطليق بالقرائن وشهادة الشهود، سواء كانت شهادة مباشرة يشهد فيها الشاهد بما عاينه بنفسه أو شهادة على الشهادة، أو شهادة سماع إذا كانت متواترة.

(الطعن رقم ٢٤ لسنه ٨٨ أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٩/٤/٢٤)

الضرر الموجب للتطليق يقوم على معيار شخصي لا مادي، وتقدير عناصر هذا الضرر من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب، مادامت تستند في ذلك إلى أدلة مقبولة.

(الطعن رقم ٧ لسنه ١٩٩٠ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩١/١١/١٠)
(الطعن رقم ٢٩٩ لسنه ٢٠٠١ أحوال شخصية - جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٣)

الضرر يثبت بالبينة الشرعية التي تتوافر بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول، كما يثبت أيضا بالقرائن، ومن القرائن ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهده.

(الطعن رقم ٧ لسنه ١٩٩٩ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩١/١١/١٠)

مفاد نصوص المواد ١٢٦ و ١٢٧ و ١٢٩ و ١٣٠ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية - وعلى ما هو مقرر في قضاة هذه المحكمة - أن التفريق للضرر يكون عندما يتضرر أحد الزوجين من البقاء على الزوجية سواء كان ذلك راجعاً إلى سبب مادي يمكن الاستدلال به على إيذاء الزوج الآخر له بالقول أو بالفعل متى ثبت هذا الأذى، أو كان راجعاً إلى غير ذلك من أسباب الشقاق بين الزوجين كالنفور أو البغض الشديد وإن لم يثبت الأذى من الزوج باعتبار أن الشقاق خلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة، متى كانت الزوجة هي طالبة التفريق.

(الطعن رقم ١٣ لسنه ١٩٩٠ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٢/١١/٢٨)
(الطعن رقم ١٣ لسنه ١٩٩٢ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٣/٦/٢٨)
(الطعن رقم ٦٣ لسنه ١٩٩٥ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٦/٢/٣)
(الطعن رقم ٧ لسنه ١٩٩٦ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٦/١٢/١٤)
(الطعن رقم ٢٩٩ لسنه ٢٠٠١ أحوال شخصية - جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٣)
(الطعن رقم ٢٨٩ لسنه ٢٠٠٢ أحوال شخصية - جلسة ٢٠٠٣/٣/٣٠)
(الطعن رقم ١٠٨ لسنه ٢٠٠٤ أحوال شخصية - جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٦)
(الطعن رقم ٤٢٨ لسنه ٢٠٠٧ أحوال شخصية - جلسة ٢٠٠٨/٥/٢٢)

- هجر الزوج لزوجته بما لا تتحمله بغير مسوغ شرعي يعد ضرباً من الأذى يندرج في أفعال الإضرار التي تبرر طلب التفريق وفقاً للمادة ١٢٦ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية.

(الطعن رقم ١٠ لسنه ١٩٩٢ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٢/١٢/٥)

- دعوى الطاعة تختلف موضوعاً وسبباً عن دعوى التطليق للضرر، إذ تقوم الأولى على إخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة والقرار في منزل الزوجية، بينما تقوم الثانية على إدعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة. ومن ثم فإن الحكم بدخول الزوجة في طاعة زوجها لنشوزها لا يكون بذاته حاسما في نفي ما تدعيه من مضارة في دعوى التطليق للضرر لاختلاف الموضوع في الدعوتين.

(الطعن رقم ٣١ لسنه ١٩٩٢ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٣/٣/١٣)
(الطعن رقم ٦٤ لسنه ١٩٩٤ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٥/٢/١٢)

- من المقرر أن لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تامة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة استخلاص عناصر الضرر الموجب للتطليق، ومنها تعدد الخصومات القضائية بين الزوجين، ومدى تأثيرها على رابطة الزوجية، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق.

(الطعن رقم ٢٧٥ لسنه ٢٠٠٢ أحوال شخصية - جلسة ٢٠٠٢/١١/١٧)

- المقصود بالتفريق للضرر إذا كان بسبب الزوجة هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - التفريق للضرر الذي لا يثبت إلا بحكم القاضي وهو ما نصت عليه المادة ١٢٦ من القانون رقم ٥١ لسنه ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية بقولها «لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده أن يطلب التفريق بسبب إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما». فقد أوردت المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن أن طلب التفريق غير مقصور على الزوجة، بل للزوج أيضا أن يطلبه وإن كان يملك الطلاق حتى لا تتخذ الزوجة المشاكسة إساءتها وسيلة إلى تطليقها من زوجها دون مقابل فتحمله خسارة كبيرة من نفقة العدة وباقي المهر والمتعة.. نفي فتح باب المحكمة أمامه لطلب التفريق عن طريقها إمكان إعفائه من هذه التبعات وتعويضه عن طلاق تضطره إليه إساءة الزوجة.

(الطعن رقم ١٦٧ لسنه ٢٠٠٢ أحوال شخصية - جلسة ٢٠٠٣/٤/٢٠)

- من المقرر في المذهب الجعفري الواجب التطبيق على واقعة الدعوى أنه إذا كان الزوج يؤذي زوجته ويشاكسها بغير وجه شرعي جاز لها رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي ليمنعه من الإيذاء أو الظلم، ويلزمه بعشرتها بالمعروف أو تسريحها بإحسان، فإن امتنع عن الأمرين معاً طلقها الحاكم الشرعي. مفاده أن ولاية القاضي في التطليق لا تقوم وفق أحكام هذا المذهب إلا في حالة عصيان الزوج وإمتناعه عن تنفيذ الأمرين معاً وهما العشرة بالمعروف أو التسريح بإحسان.

(الطعن رقم ١٥٢ لسنه ٢٠٠٥ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٦/٦/١١)
(الطعن رقم ٣٣٨ لسنه ٢٠٠٦ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٧/٥/٦)
(الطعن رقم ٦٦ لسنه ٢٠٠٦ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٨/١/٣)
(الطعن رقم ٥٤٠ لسنه ٢٠٠٦ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٨/٥/٢٢)
(الطعن رقم ٥١٨ لسنه ٢٠٠٧ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٨/٤/٢٤)

- من المقرر – في المذهب الجعفري الواجب التطبيق على واقعة الدعوى – أنه إذا هجر الرجل زوجته هجراً كلياً فصارت كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، جاز لها رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي، فيلزم الزوج بأحد الأمرين: إما العدول عن هجرها وجعلها كالمعلقة، أو تسريحها بإحسان لتتمكن من الزواج من رجل آخر، فإذا امتنع عنهما جميعاً جاز للحاكم أن يطلقها بطلبها ذلك. مفاد ذلك أن ولاية القاضي في التطليق لا تقوم – وفق أحكام المذهب الجعفري – إلا في حالة عصيان الزوج وامتناعه عن تنفيذ الأمرين معاً وهما حسن العشرة والعدول عن الهجر، أو التسريح بإحسان.

(الطعن رقم ٥٤٤ لسنه ٢٠٠٦ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٧/١١/٢٩)

- من المقرر في المذهب الجعفري أن النشوز قد يكون من الزوجة وقد يكون من الزوج، وأن نشوز الزوج يتحقق بمنع الزوجة من حقوقها الواجبة عليه كترك الإنفاق عليها، أو ترك المبيت عندها في ليلتها، أو هجرها بالمرة، أو إيذائها ومشاكستها دون مبرر شرعي، فإذا هجر الزوج زوجته هجراً كلياً، فصارت كالمعلقة، لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، أو كان يؤذيها ويشاكسها بغير وجه شرعي جاز لها رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي، فيلزم الزوج بأحد الأمرين العدول عن هجرها وجعلها كالمعلقة والامتناع عن الإيذاء والظلم وعشرتها بالمعروف أو تسريحها بإحسان لتتمكن من الزواج برجل أخر، فإن أمتنع الزوج عن الأمرين طلقها الحاكم الشرعي.

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنه ٢٠٠٥ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٧)
(الطعن رقم ٥٤٤ لسنه ٢٠٠٦ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٧/١١/٢٩)

- من المقرر في المذهب الجعفري الواجب التطبيق على واقعة الدعوى أنه إذا كان الرجل يؤذي زوجته ويشاكسها بغير وجه شرعي جاز لها رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي ليمنعه من الإيذاء والظلم، ويلزمه بالعشرة بالمعروف أو التسريح بإحسان، فإذا امتنع عن الأمرين طلقها الحاكم الشرعي، بما مفاده أن ولاية القاضي في التطليق لا تقوم – وفق أحكام هذا المذهب- إلا في حالة عصيان الزوج وامتناعه عن تنفيذ الأمرين معا، وهما العشرة بالمعروف أو التسريح بإحسان، أما إذا تحقق أحد هذين الأمرين فلا تكون للقاضي تلك الولاية، ومقتضي ذلك أن ولاية القاضي في الأمر بحسن العشرة أو التسريح بإحسان لا تقوم إلا إذا أثبتت الزوجة إيذاء الزوج ومشاكسته لها بغير وجه شرعي، فإن لم يثبت هذا الإيذاء أو تلك المشاكسة غير المشروعة فلا محل للقول بضرورة إلزام الزوج

بمعاشرة الزوجة بالمعروف أو تسريحها بإحسان طالما لم تثبت الإساءة من جانبه.

(الطعن رقم ٣٠٤ لسنه ٢٠٠٧ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٨/٦/٥)

- مفاد هذا الحكم أنه لا موجب لإلزام الزوج بحسن المعاشرة أو التسريح بإحسان إلا إذا ثبتت الإساءة والضرر أو الأذى من جانبه.
- من المقرر في فقه المذهب الجعفري أنه إذا كان الرجل يؤذي زوجته ويشاكسها بغير وجه شرعي جاز لها رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي ليمنعه من الإيذاء والظلم، ويلزمه بالعشرة بالمعروف أو التسريح بإحسان، فإن امتنع عن الأمرين طلقها الحاكم الشرعي.
- أما إذا وقع نشوز من الزوجين ومنافرة وشقاق بين الطرفين بعث الحاكم حكمين أحدهما من جانب الزوج والآخر من جانب الزوجة للإصلاح ورفع الشقاق بما رأياه صالحاً من الجمع أو الفراق، بما مفاده أن بعث الحكام لا يكون واجباً إلا في حالة طلب التفريق للنشوز من الزوجين والمنافرة والشقاق بينهما.

(الحكم في الطعن رقم ٣٠٤ لسنه ٢٠٠٧ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٨/٦/٥)

- مفاد هذا الحكم أن بعث الخكام لا يكون واجباً إلا في حالة التفريق للنشوز من الزوجين معاً والمنافرة والشقاق بينهما.

المادة ١٢٧ :

- على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر الإصلاح وثبت الضرر، حكمت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة، وإن لم يثبت الضرر عينت حكمين للتوفيق أو التفريق.

التعليق:

١- هذه المادة عدلت بالقانون رقم ٢٩ لسنه ٢٠٠٤، وكان النص قبل التعديل كالآتي: «على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عينت حكمين للتوفيق أو التفريق»، والغاية من التعديل وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية إتاحة الفرصة للمحكمة التي تنظر الدعوى أن تحكم بالتفريق متى ثبت لها بوجه قطعي تحقق حصول الضرر دون حاجة لوجوب إحالة النزاع إلى حكمين لما يترتب على ذلك من إطالة أمر النزاع دون طائل، بما يؤدي إلى تأخير الفصل في الدعوى رغم وضوح وجه الحق فيها، فإن لم يثبت للمحكمة وقوع الضرر، أو تعذر الوقوف عليه، وأصرت المدعية على طلب التفريق بعثت حكمين ليتوليا إبداء الرأي في الشقاق طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن إما برأب الصدع بين الزوجين أو التفريق حسبما يتبين لهما من ظروف الدعوى، بما مقتضاه أن ندب الحكام في الدعوى لا يكون إلا في حالة عدم ثبوت الضرر بطرق الإثبات الشرعية.

٢- فإذا أحيلت الدعوى إلى التحقيق، واستندت المحكمة إلى البينة التي استقتها مما أطمأنت إليه من أقوال الشهود بوقوع الضرر فإنه لا حاجة بها إلى بعث حكمين.

٣- على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين قبل التفريق. ولم يرسم المشرع طريقاً معيناً للإصلاح بينهما. ويكفي لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين أن تعرض محكمة أول

درجة الصلح فيرفضه أحدهما، دون حاجة لإعادة عرضة مرة أخرى أمام محكمة الاستئناف.

٤- فإذا أغفلت المحكمة هذا الإجراء - بذل الوسع للإصلاح بين الزوجين- كان حكمها مشوباً لخطأ في تطبيق القانون، باعتبار أن التطليق للضرر يستلزم وجود شرطين: ثبوت الضرر، والعجز عن الإصلاح بين الزوجين. وعرض الصلح إجراء متعلق بالنظام العام.

٥- لا يشترط حضور الزوجين شخصياً لعرض الصلح عليهما، فيكفي حضور وكيل عن كل منهما.

٦- يجب على المحكمة بذل وسعها أولاً للإصلاح بين الزوجين، ولا تحيل إلى التحكيم إلا إذا عجزت عن الإصلاح، فلا يغني الإجراء الثاني عن الأول.

٧- إذا لم يثبت الضرر وعجزت المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين ندبت المحكمة حكمين لتحري أسباب الشكوى ووضع الحل المناسب لها بالتوفيق بين الزوجين أو باقتراح التفريق بينهما. والأصل في ذلك قول الحق تبارك وتعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ الآية ٣٥ من سورة النساء.

٨- يجب على المحكمة اتخاذ إجراءات التحكيم في دعوى التطليق للضرر طالما لم يثبت الضرر وعجزت المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين، سواء كانت الدعوى قبل الدخول أو بعده.

٩- يجب على محكمة الاستئناف أن تندب حكمين إذا توافرت شروط ذلك إذا لم تتخذ محكمة أول درجة هذا الإجراء.

أحكام محكمة التمييز:

- النص في المادة ١٢٧ من القانون رقم ٥١ لسنه ١٩٨٤ بشأن الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنه ٢٠٠٤ على أنه «على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر الإصلاح وثبت الضرر حكمت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة، وإن لم يثبت الضرر عينت حكمين للتوفيق أو التفريق». يدل- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - أن الغاية من تعديل هذا النص إتاحة الفرصة للمحكمة التي تنظر الدعوى أن تحكم بالتفريق متى ثبت لها بوجه قطعي تحقق حصول هذا الضرر دون حاجة لوجوب إحالة النزاع إلى حكمين لما يترتب على ذلك من إطالة أمر الدعوى دون طائل بما يؤدي إلى تأخير الفصل فيها رغم وضوح وجه الحق فيها، فإن لم يثبت للمحكمة وقوع الضرر، أو تعذر عليها الوقوف عليه، وأصرت المدعية على طلب التفريق بعثت حكمين ليتوليا إبداء الرأي في الشقاق طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن. بما مقتضاه أن ندب الحكام في الدعوى لا يكون إلا في حالة عدم ثبوت الضرر بطرق الإثبات الشرعية، إذ أنه لا محل لسلوك هذا السبيل إذا كان وجه الحق ظاهراً في الدعوى، فإذا أحيلت إلى التحقيق واستندت المحكمة في ثبوت الضرر إلى البينة التي استقتها مما أطمأنت إليه من أقوال الشهود، فإنه لا حاجة لها إلى بعث حكمين للتعرف على أسباب الشقاق، وأنه ولئن كان النص سالف البيان قد أوجب على المحكمة في دعوى التطليق للضرر أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالتفريق، إلا أنه لم يرسم طريقاً معيناً للإصلاح بينهما، ويكفي لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين أن تعرض محكمة أول درجة الصلح فيرفضه أحدهما، دون حاجة لإعادة عرضه مرة أخرى أمام محكمة الاستئناف وتقدير الضرر الموجب للتطليق أو نفيه من مسائل الواقع

التي تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضائها على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ١٣٢ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية - جلسة ٢٠٠٧/١/١٤)

(الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية - جلسة ٢٠٠٦/٩/٢٤)

المادة ١٢٨:

يشترط في الحكمين، أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن يتوافر فيهم حسن التفهم، والقدرة على الإصلاح.

المادة ١٢٩:

على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق، ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة.

المادة ١٣٠:

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

أ- فان تبين أن الإساءة كلها من الزوج، وكانت الزوجة طالبة للتفريق اقترح الحكمان التفريق، وإلزامه جميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق. وان كان الزوج طالبا للتفريق، اقترح الحكمان رفض دعواه.

ب- وان كانت الإساءة كلها من الزوجة، اقترحا التفريق بين الزوجين، نظير رد ما قبضته من مهر، وسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق.

هـ- وان كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة.

ح- وان لم يعرف المسيء من الزوجين، فان كان طالب التفريق هو الزوج اقترحا رفض دعواه، وان كانت الزوجة هي الطالبة، أو كان كل منهما يطلب التفريق، اقترح الحكمان التفريق دون عوض.

هـ- التفريق للضرر يقع طلقة بائنة.

التعليق:

١- يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين. والعدالة فيهما أمر مفترض لأن الأصل في الإنسان الصلاح والعدل، وأن يكونا من أقارب الزوجين إن أمكن أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة لأنهما الأدرى بحال الزوجين، ويشترط فيهما أيضاً حسن الفهم والقدرة على الإصلاح ويشترط الذكورة في الحكمين.

٢- عدم وجود من يصلح من أقاربهما لهذه المهمة، أثره للقاضي تعيين أجنبي ممن لهم خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما.

٣- الجدل في صلاحية الحكم من عدمه من الأمور التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع.

٤- إذا أمتنع أحد الزوجين عن ترشيح حكم له وجب على المحكمة ندب حكم آخر من غير أهله.

٥- يجوز لأي من الزوجين حق الاعتراض على شخص الحكم الذي يرشحه الطرف الآخر، ولمحكمة

الموضوع تقدير جدية الاعتراض.

٦- أوجبت المادة ١٢٩ على الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين بسماع أقوالهما ومن يستشهدا به ومحض ما يقدم إليهما من مستندات، وعلى الحكمين أن يبذلا جهدهما في الإصلاح بأية طريقة يتفقان عليها.

٧- لا يؤثر في عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم ولا يشترط حضور الزوجين معاً مجلس التحكيم، ولكن حضور أحدهما شرط لصحته.

٨- إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين رفعا تقريرهما إلى المحكمة بما تم الاتفاق عليه، وتقضي بانتهاء الدعوى صلحاً.

٩- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح أعد كل منهما تقريرا بذلك متضمنا الرأي بالتفريق مع التصرف في الحقوق المالية بين الزوجين على النحو الذي بينته المادة ١٣٠.

- القواعد الواجب اتباعها بشأن الحقوق المالية في حالة التفريق للضرر. حدد المشرع القواعد الواجب اتباعها في شأن الحقوق المالية للزوجين في حالة طلب التفريق للضرر متخذاً من إساءة أي منهما للآخر أو الإساءة المشتركة أو تعذر معرفة المسيء منهما معياراً لتحديد تلك الحقوق.

أ- فإذا كانت الإساءة من الزوج يلزم بجميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق، ما لم يكن هو طالب التفريق فترفض دعواه.

ب-أما إذا كانت الإساءة كلها من الزوجة فتلزم برد ما قبضته من مهر، وتسقط جميع حقوقها المترتبة على الزواج والطلاق ومنها بالطبع مؤخر الصداق.

ج - وإن كانت الإساءة مشتركة فيفرق بينهما دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة.

د- وإن لم يعرف المسيء من الزوجين، وكان طالب التفريق هو الزوج رفضت دعواه. وإذا كانت الزوجة هي طالبة التفريق أجيبت إلى طلبها دون عوض.

- والمراد بالعوض في هذا النص - وعلى ما استقرت عليه أحكام محكمة التمييز- هو المتعة.

- وتقدير ما إذا كان التفريق يرجع إلى أن الإساءة كلها من جانب الزوج أو من جانب الزوجة أو أن الإساءة مشتركة بينهما أو دون معرفة المسيء منهما من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة، لها أصلها الثابت في الأوراق، وتكفي لحمله.

- مع ملاحظة أن الحقوق المالية الناشئة عن التفريق للضرر لا تعرض لها المحكمة من تلقاء نفسها، بل يجب أن تكون محل طلب من الطرفين أو من أحدهما كأن تطلبها الزوجة في دعواها الأصلية مع التفريق، أو يطلبها الزوج في دعوى فرعية أو يطلب إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج والطلاق عن الزوجة.

- طلب احتفاظ الزوج أو الزوجة بحقوقه المترتبة على الزواج والطلاق لا يعد طلباً جازماً بالإلزام بالحقوق المالية، فلا تعرض المحكمة للحقوق المالية، إذا اقتصر الطلب على الاحتفاظ بتلك الحقوق.

- وتدوين المحكمة في أسبابها أو في منطوقها عند التفريق بعبارة " مع الاحتفاظ بالحقوق المترتبة

على الزواج والطلاق" يعد تزييداً من المحكمة، ولا يعتبر فصلا في تلك الحقوق ولا إلزاماً بشيء منها.

- على أن المحكمة حين تعرض للتفريق عليها أن تحدد السبب في التفريق تحديداً واضحاً، فعليها أن تذكر أن الإساءة كلها من جانب الزوج أو أن الإساءة كلها من جانب الزوجة، أو أن الإساءة مشتركة بينهما، أو أنها – أي المحكمة – لم تعرف المسيء منهما، على المحكمة التمديد على هذا النحو ولو لم تكن الحقوق المالية مطروحة عليها في الدعوى. حتى تكون المحكمة التي سيرفع أمامها النزاع على تلك الحقوق على بّينه من الأمر.غني عن البيان أن طلب الفصل في الحقوق المالية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يعد طلباً جديداً يقضي المحكمة بعدم قبوله.

أحكام محكمة التمييز:

- مفاد المادة ١٣٠ من القانون رقم ٥١ لسنه ١٩٨٤ بشأن الأحوال الشخصية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع حدد القواعد الواجب إتباعها في شأن الحقوق المالية للزوجين في حالة طلب التفريق للضرر، متخذاً من إساءة أي منهما للآخر أو الإساءة المشتركة بينهما أو تعذر معرفة المسيء منهما معياراً لتحديد تلك الحقوق لكل منهما، فإذا كانت الإساءة من الزوج فيلزم بجميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق، ما لم يكن هو طالب التفريق فترفض دعواه.أما إذا كانت الإساءة كلها من الزوجة فتلزم برد ما قبضته من مهر، وتسقط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق، وإن كانت الإساءة مشتركة فيفرق بينهما دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة، وإن لم يعرف المسيء من الزوجين وكان طالب التفريق هو الزوج رفضت دعواه، وإذا كانت الزوجة هي طالبة التفريق أجيبت إلى طلبها دون عوض. والمراد بالعوض في هذا النص – وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – هو المتعة. وتقدير ما إذا كان التفريق يرجع إلى أن الإساءة كلها من جانب الزوج أو الزوجة أو أن الإساءة مشتركة بينهما أو دون معرفة المسيء منهما من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة، لها أصلها الثابت في الأوراق وتكفي لجمله.

(الطعن رقم ١٨٦ لسنه ٢٠٠٨ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٨/١١/٢٧)
(الطعن رقم ٣٧٢ لسنه ٢٠٠٩ أحوال شخصية – جلسة ٢٠١٠/٥/٢٧)
(الطعن رقم ٢٣٦ لسنه ٢٠٠٧ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٧/١٢/٢٧)
(الطعن رقم ٤٣٦ لسنه ٢٠٠٩ أحوال شخصية – جلسة ٢٠١٠/٤/١)

- من المقرر –في قضاء هذه المحكمة– أن المطالبة القضائية إجراء يوجه إلى المحكمة في مواجهة المدعي عليه، ويتحدد نطاق الدعوى بتلك المطالبة – أصلية كانت او عارضة– وتدور الخصومة حولها، وهذا التحديد يلزم الخصوم والقاضي، لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها أقامت دعواها بطلب الحكم بتطليقها على الطاعن طلقة بائنة للضرر، ولم تطلب إلزامه بالحقوق المالية المترتبة على الزواج والطلاق، كما وأن الطاعن لم يطلب من المحكمة في حالة تطليق المدعية أن يكون ذلك بلا عوض، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ ألغى ما قضت به محكمة الدرجة الأولى من جعل التطليق بلا عوض لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. ولا ينال من ذلك ما ذكرته الطعون ضدها بصحيفة الاستئناف من أنها تطلب التطليق مع احتفاظها بحقوقها المالية المترتبة على الزواج

والطلاق. إذ أن عبارة " الاحتفاظ" لا تتسع للقول بأنها طلبت الحكم بقضاء ما في تلك الحقوق.

(الطعن رقم ٦٩ لسنه ٢٠٠٣ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٣/١٢/٢٨)

(الطعن رقم ٦٣ لسنه ٢٠٠٥ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٦/٤/٣٠)

- من المقرر –في قضاء هذه المحكمة– أن المطالبة القضائية هي إجراء يوجه إلى المحكمة في مواجهة المدعي عليه، ويتحدد نطاق الدعوى بتلك المطالبة أصلية أم عارضة، وتدور الخصومة حولها، وهذا التحديد يلزم الخصوم والقاضي، وتلتزم المحكمة بالفصل فيها ولا تخرج عن نطاقها وأن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط، ولا تقبل الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف عملاً بالمادة ١٤٤ من قانون المرافعات.

لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن طلبات المطعون ضدها الختامية في دعواها الأصلية اقتصرت على طلب تطليقها على الطاعن طلقة بائنة للضرر، ولم تطلب إلزامه بشيء ما من حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق، كما أن الطاعن اقتصر في دعواه الفرعية على طلب إلزام المطعون ضدها بالدخول في طاعته، ولم يطلب في أيه مرحلة من مراحل الدعوى أمام محكمة أول درجة إسقاط تلك الحقوق المشار إليها. وإذ قضى ابتدائياً برفض الدعوى الأصلية وفي الدعوى الفرعية بإلزام المطعون ضدها بالدخول في الطاعة، فإن نطاق الدعوى أمام محكمة الاستئناف يكون قد تحدد بهذين الطلبين إثباتاً ونفياً.

(الطعن رقم ٢٠ لسنه ٢٠٠٨ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٨/١١/٢٠)

في هذا الحكم السابق، ألغت محكمة الاستئناف حكم أول درجة وقضت بالتطليق، وبرفض دعوى الطاعن على قاعدة أنه لا طاعة لمطلق على من طلقت عليه.

- إن المقرر – في قضاء هذه المحكمة– أن المطالبة القضائية هي إجراء يوجه إلى المحكمة في مواجهة المدعي عليه، ويتحدد نطاق الدعوى بتلك المطالبة أصلية كانت أم عارضة وتدور الخصومة حولها، وهذا التحديد يلزم الخصوم والقاضي، وتلتزم المحكمة بالفصل فيها ولا تخرج عن نطاقها، وأن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط عملاً بالمادة ١/١٤٤ من قانون المرافعات. وأن ما يستطرد الحكم إليه تأكيداً لوجهة نظره – أيا ما كان وجه الرأي فيه – يكون غير منتج متى كان قضاء الحكم يستقيم بدونه. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن طلبات المطعون ضدها أمام محكمة أول درجة هي طلب تطليقها على الطاعن طلقة ثانية بائنة للضرر، مع حفظ كافه حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق، فإن نطاق الدعوى يكون قد تحدد بطلب التطليق للضرر باعتباره طلباً صريحاً جازماً، وتدور الخصومة حوله، وتلتزم المحكمة بالفصل فيه ولا تخرج عن نطاقه.. وعبارة " مع حفظ حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق" لا تتسع لاعتبارها مطالبة قضائية أو بإلزام للطاعن بشيء ما من تلك الحقوق المذكورة. خاصة وأن الأوراق قد خلت من مطالبة الطاعن بإسقاط تلك الحقوق سواء بدعوى أصلية أو بطلب عارض.

(الطعن رقم ١٨ لسنه ٢٠٠٨ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٨/١١/١٣)

(الطعن رقم ٥٥٦ لسنه ٢٠٠٧ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٨/٤/١٧)

المادة ١٣١ :

أ- على الحكمين أن يرفعا إلى المحكمة تقريرهما مفصلا، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه، إذا كان موافقاً لأحكام المادة السابقة.

ب- وإذا اختلف الحكمان، ضمت المحكمة إليهما حكما ثالثاً مرجحاً من غير أهل الزوجين، قادراً على الإصلاح.

المادة ١٣٢ :

أ- يرفع المحكمون الثلاثة تقريرهم بالاتفاق، أو بالأكثرية إلى المحكمة، لتفصل في الدعوى، وفقاً للمادة (١٣٠).

ب- وإذا تفرقت آراؤهم، أو لم يقدموا تقريراً، سارت المحكمة في الدعوى بالإجراءات العادية.

التعليق:

١- يتعين على الحكمين أن يقدما تقريراً للمحكمة، يجوز أن يكون تقريراً واحداً للحكمين أو أن يقدم كل منهما تقريراً منفرداً وهذا ما جرى عليه العمل.

٢- يمكن أن يكون التقرير مكتوباً، ويمكن أن يقدم شفاهة إلى المحكمة، ويثبت في محضر الجلسة.

٣- يجب أن يتضمن التقرير الأسباب التي استند إليها الحكم فيما انتهى إليه. ويجب أن تكون تلك الأسباب كافية لحمل الرأي الذي خلص إليه الحكم. وتقدير كفاية تلك الأسباب مرجعه إلى محكمة الموضوع.

٤- إذا اتفق الحكمان على رأي واحد. كان هذا الرأي ملزماً للمحكمة بشرط أن تتفق النتيجة التي انتهى إليها الحكمان مع ما نصت عليه المادة ١٣٠ من أحكام حسب الإساءة (من جانب الزوج كلها، أو من جانب الزوجة كلها، أو مشتركة بينهما أو حالة عدم معرفة المسيء منهما) فإذا طبق الحكمان هذه البدائل تطبيقاً معيباً، كان للمحكمة أن تخالفهما وتعمل التطبيق الصحيح للنص.

٥- إذا اختلف الحكمان في الرأي ندبت المحكمة حكماً ثالثاً مرجحاً من غير أهل الزوجين لضمان الحياد في رأيه.

٦- إذا تفرقت آراء المحكمين الثلاثة قضت المحكمة بالتفريق على الوجه الذي تراه بشأن الحقوق المالية على أساس أنهم يعتبرون كشهود اطلعوا على تفاصيل الشقاق وأسبابه، فتستنير المحكمة بأقوالهم في تقدير ما تراه الأعدل.

٧- فإذا اتفق أكثرية الحكام (اثنين منهم) على رأي أخذت به المحكمة. فهذا هو رأي الأغلبية الذي تأخذ به المحكمة.

٨- تتفق حالة تفرق آراء المحكمين مع حالة عدم تقديم تقاريرهم فللمحكمة أن تسير في الدعوى بالإجراءات العادية حسبما يتوافر لها من أدلة أو قرائن، ولها أن تحيل الدعوى إلى التحقيق لسماع شهود، ثم تقضي حسبما يطمئن وجدانها لأقوال الشهود، وللمحكمة أن تأخذ هنا بحجية الحكم الجزائي الصادر ضد الزوج أو الزوجة.

أحكام محكمة التمييز:

- المشرع حين نص في المادة ١٣١/أ من قانون الأحوال الشخصية على أنه " على المحكمين أن يرفعا إلى المحكمة تقريرهما مفصلاً، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه" لم يشترط لهذا التقرير شكلاً خاصاً، مما مقتضاه أنه يصح للحكمين أن يرفعاه مكتوباً إلى المحكمة أو يدليا به شفاهة أمامها ويثبت بمحضر الجلسة.

(الطعن رقم ٣١ لسنه ١٩٨٧ أحوال شخصية – جلسة ١٩٨٨/٤/١١)

- اختيار الحكم المرجح، وتقدير ما يثار من اعتراضات حول مدى صلاحيته للقيام بمهمته من سلطة محكمة الموضوع.

(الطعن رقم ٢٤ لسنه ١٩٨٨ أحوال شخصية – جلسة ١٩٨٩/٤/٢٤)

- لئن كان تقدير كفاية أو عدم كفاية الأسباب التي بني عليها تقرير الحكم أو تقرير المحكمين مرجعه إلى محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن يكون قضاؤها في ذلك قائماً على أسباب سائغة تؤدي إلى ما انتهى إليه، ولها أصلها الثابت بالتقرير.

(الطعن رقم ٣٦ لسنه ١٩٨٩ أحوال شخصية – جلسة ١٩٩٠/٣/٢٣)

(الطعن رقم ٩٦ لسنه ١٩٩٨ أحوال شخصية – جلسة ١٩٩٩/١/٣٠)

- لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة، ومنها تقارير الحكام في دعوى التفريق للضرر، ومدى كفاية الأسباب التي بنيت عليها.

(الطعن رقم ٣١٨ لسنه ٢٠٠٦ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٧/١٢/٣١)

- مفاد نصوص المواد ١٢٧ و١٢٨ و١٢٩ و١٣٠ و١٣١ و١٣٢ و١٣٣ من القانون رقم ٥١ لسنه ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية أنه إذا تعذر على المحكمة في دعوى التطليق للضرر الإصلاح بين الزوجين بعثت حكمين من أهل الزوجين، فإذا اتفق الحكمان، فللمحكمة أن تحكم بمقتضي هذا الرأي إذا كان متسقاً مع الأحكام الواردة في المادة ١٣٠ من ذلك القانون، ومنها أنه إذا كانت الإساءة مشتركة بين الزوجين كان التطليق دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة، حسبما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة ١٣٠ من القانون المذكور، وإذا اختلف الحكمان ضمت إليهما حكماً مرجحاً من غير أهل الزوجين، وتقضي برأي الحكام الثلاثة أو برأي الأكثرية منهم، وإذا تفرقت آراؤهم سارت المحكمة في الدعوى بالإجراءات العادية ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة، ومنها تقارير الحكام في دعوى التطليق للضرر، ومدى كفاية الأسباب التي بنيت عليها، ولها أن تستنير في حال إحالة الدعوى إلى التحقيق بما ورد بتقاريرهم من وقائع متى تحققت من صحتها حتى ولو لم تأخذ بالنتيجة التي انتهوا إليها باعتبارهم شهوداً اطلعوا على تفاصيل الشقاق وأسبابه وأن تقضي في الآثار المالية على الوجه الذي تراه.

(الطعن رقم ١٩٩ لسنه ٢٠٠٣ أحوال شخصية – جلسة ٢٠٠٤/١٢/١٩)

لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده أن يطلب التفريق بسبب أضرار الآخر به قولاً أو فعلاً، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما، وعلى المحكمة أن تبذل وسعها في الإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر

ذلك عينت حكمين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا من غيرهما للتوفيق أو التفريق، فإذا اتفق الحكمان في رأيهما فللمحكمة أن تأخذ بمقتضي هذا الرأي، وإذا اختلفا عليه ضمت إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً من غير أهل الزوجين، وتقضي بما يتفق عليه الحكام الثلاثة أو برأي الأغلبية منهم، فإذا تفرقت آرائهم أو لم يقدموا ثمة تقارير في الدعوى سارت المحكمة في الدعوى بالإجراءات العادية.

(الطعن رقم ٣١٥ لسنة ٢٠٠٤ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٥/١١/٢٧).

(الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٢٠٠٧ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٣/٢٧).

.. ندب الحكام لا يكون إلا في حالة عدم ثبوت الضرر.

أحكام محكمة التمييز:

النص في المادة ١٢٧ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ على أنه " على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر الإصلاح وثبت الضرر. حكمت بالتفريق بينهما بطلقة بائنة، وإن لم يثبت الضرر عينت حكمين للتوفيق أو التفريق" وقد أمضت المذكرة الإيضاحية أن الغاية من تعديل هذا النص بمقتضى القانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ إتاحة الفرصة للمحكمة التي تنظر دعوى التطليق أن تحكم بالتفريق متى ثبت لها بوجه قطعي تحقق حصول هذا الضرر دون حاجة لوجوب إحالة النزاع إلى حكمين، لما يترتب على ذلك من إطالة أمد الدعوى دون طائل بما يؤدي إلى تأخير الفصل فيها، وذلك رغم وضوح وجه الحق فيها، فإن لم يثبت للمحكمة وقوع الضرر، أو تعذر عليها الوقوف عليه وأصرت المدعية على طلب التطليق بعثت حكمين لإبداء الرأي في الشقاق طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن، بما مقتضاه أن ندب الحكام لا يكون إلا في حالة عدم ثبوت الضرر بطرق الإثبات الشرعية.

(الطعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٦/٥/٧).

(الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٦/٩/٢٤).

(الطعن رقم ١٣٢ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/١/١٤).

المادة ١٣٣:

يثبت الضرر بشهادة رجلين و رجل وامرأتين.

المادة ١٣٤:

يكفي لإثبات الضرر الشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين، ولا تقبل هذه الشهادة على نفي الضرر.

المادة ١٣٥:

تقبل شهادة القريب، ومن له صلة بالمشهود له، متى كانوا أهلاً للشهادة.

التعليق:

١- يثبت الضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين. فإذا كان من بين الشهود امرأتان فتسمع شهادة كل منهما في حضور الأخرى حتى تذكر إحداهما الأخرى إذا نسيت.

٢- كما يجوز إثبات الضرر بالقرائن.

٣- ويعتبر الحكم الجزائي البات الصادر بإدانة أحد الزوجين في اعتدائه على الآخر سنداً كافياً لإثبات الضرر عملاً بحجية الحكم الجزائي.

٤- يجوز إثبات الضرر بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين من غير شخص معين، فتخرج بذلك شهادة النقل عن أحد الزوجين أو عن شخص بعينه.

٥- لكن لا يجوز إثبات نفي الضرر بالشهادة بالتسامع.

٦- يجب التفرقة بين الشهادة السماعية والشهادة بالتسامع، فالشهادة السماعية غير مقبولة وهي المنقولة من أحد الزوجين أو من شخص بعينه، أما الشهادة بالتسامع فهي الشهادة المتواترة التي يسمعها الشاهد من جماعة غير محدودة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، وما اشتهر واستفاض وتواترت به الأخبار عند الشاهد، ووقع في قلبه صدقها، لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء.

٧- مفاد التعديل الوارد بالمادة ١٢٧ من القانون ٥١ لسنة ١٩٨٤ والحاصل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ أن على المحكمة أن تسير في الدعوى الإجراءات العادية ومنها إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الضرر أولاً، ولها أن تحكم بمقتضى القرائن الثابتة بالأوراق، فإن خلت الأوراق من ثمة قرائن، ولم تطمئن المحكمة إلى أقوال الشهود ندبت حكمين، ثم ثالثاً مرجحاً إن اختلف الحكمان.

٨- يجوز قبول شهادة الأصول والفروع في التطليق للضرر.

٩- يجيز الفقه الجعفري شهادة الأصل لصالح فرعه أو الفرع لصالح أصله، لكن لا يجيز تلك الشهادة ضد الأصل أو الفرع.

أحكام محكمة التمييز:

إذا أذنت المحكمة لأخذ الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود كان للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق.

(الطعن رقم ١٧٠ لسنة ١٩٩٨ أحوال شخصية جلسة ١٩٩٩/١١/٢٣).

مذهب الإمام مالك يجيز إثبات الضرر الموجب للتطليق بالقرائن حتى ولو كانت قرينة واحدة، ومن المقرر أن لمحكمة الموضوع أن تستمد من وقائع الدعوى وأوراقها وظروفها ما تراه من القرائن القضائية واستخلاص الواقع منها.

(الطعن رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٥ أحوال شخصية جلسة ١٩٨٥/١٠/٢٨).

من المقرر في قضاء محكمة التمييز أنه يجوز القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات، فتقوم القرائن مقام المشاهدة، والقاضي لا يقف على ظواهر البينات، ولا يتقيد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق اعتباراً بأن القضاء فهم. ومن القرائن ما لا يسوغ تعطيل دلالته، إذ أن منها ما هو أقوى من البينة والإقرار، وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب. فإذا استندت المحكمة إلى جملة قرائن يكمل بعضها بعضاً، فإنه لا يسوغ مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها لحمل قضائها، متى كان استخلاصها سائغاً من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهي إليها.

(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٨ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٩/٣/٢٦).

لا عبرة إلا بالشهادة التي يدلي بها الشاهد أمام المحكمة بعد حلف اليمين، ولا قيمة لما يقدمه الشهود من إقرارات مكتوبة.

(الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٢/٣/١٠).

لمحكمة الموضوع سلطة تقدير أقوال الشهود، والأخذ بها أو تركها، وأن تستخلص منها ما تطمئن إليه، وأن الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو السماع بنفسه، ولمحكمة الاستئناف أن تذهب في تقدير أقوال الشهود ومذهباً مخالفاً لتقدير محكمة أول درجة، وتستخلص منها ما تطمئن إليه ولو كان مخالفا استخلصته محكمة أول درجة التي سمعتهم.

(الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٢/٥/١١).

لما كان قانون الأحوال الشخصية قد خلا من نص يحكم كيفية إثبات الشهادة أمام المحاكم، وكذا خلا من مذهب الإمام مالك من ذلك، ومن ثم يتعين التفرقة في الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل في مسائل الأحوال الشخصية، فالدليل المعتبر شرعاً وشروط صحته وأثره يخضع للقواعد الواردة في المذهب، أما إجراءات إثبات الدليل كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية وقد خلا القانون وكذلك المذهب من ذلك يحكمها قانون الإثبات رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠.

(الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٢/٦/١).

(الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٢٠٠٣ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٨).

من المقرر أن أقوال الشهود وترجيح ما يطمأن إليه منها هو ما تستقل به محكمة الموضوع دون رقابة عليها، ما دامت لم تخرج بتلك الأقوال عما يؤدى إليه مدلولها.

(الطعن رقم ١١٧ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٦/٢/١٩).

مفاد نصوص المواد ١٢٦، ١٢٧، ١٣٠، ١٣٢ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية أن التفريق للضرر يكون عندما يتضرر أحد الزوجين من البقاء على الزوجية، سواء كان راجعاً إلى سبب مادي يمكن الاستدلال منه على إيذاء الزوج الآخر له بالقول أو الفعل متى ثبت هذا الأذى أو كان راجعاً إلى غير ذلك من أسباب الشقاق بين الزوجين كالنفور أو البغض الشديد وإن لم يثبت الأذى من الزوج متى كانت الزوجة هي طالبة التفريق ما دام في الحالتين لا يستطاع دوام العشرة بين الزوجين، ولمحكمة الموضوع سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها ومنها شهادة الشهود، وتقدير إضرار أحد الزوجين بالآخر، ودواعي التفريق وقيام الشقاق بينهما، متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة، لها أصلها الثابت في الأوراق وتكفي لحمله، والنص في المادة ١٣٥ من قانون الأحوال الشخصية المذكور على أن " تقبل شهادة القريب ومن له صلة بالمشهود له، متى كانوا أهلاً للشهادة" مفاده أن درجة القرابة أو الصلة بين الشاهد والمشهود له أيا كانت، لا تمنع وحدها من قبول الشهادة على ثبوت الضرر الموجب للتفريق متى توافرت شروطها الأخرى دفعاً للعسر والجرح وصيانة الحقوق.

(الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٢٠٠٧ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٢/٢٨).

(الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٢٠٠٧ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٥/٢٢).

(الطعن رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٥ أحوال شخصية جلسة ١٩٨٦/١/٢٧).

(الطعنان رقمي ٧٩ و ٨٢ لسنة ١٩٩٨ أحوال شخصية جلسة ١٩٩٩/١٠/١٦).

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الشهادة أن تكون مباشرة أخذاً بأن الشهادة من المشاهدة، وأنه ولئن كانت الشهادة بالتسامع تقبل في إثبات إضرار الزوج بزوجته، وهي أن يشهد الشاهد بشيء وإن لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه، إلا أنه متواتر بأن يكون قد سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، واشتهر واستفاض وتواترت به الأخبار عنده، ووقع في قلبه صدقها، لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء.... والشهادة بالتسامع هي شهادة أصلية ومتميزة بضوابطها ودواعيها، ولها قوتها في الإثبات، وهي بذلك لا تدخل في باب الشهادة بالسماع أو السماعية وهي التي يكون مصدرها الخصم المشهود له نفسه، إذ لا يعتبر المنقول عن الشاهد في هذه الحالة شهادة بالتسامع بالمعنى الشرعي لها.

(الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢٠٠٧ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/١/٢٨).

(الطعن رقم ٤٠٤ لسنة ٢٠٠٩ أحوال شخصية جلسة ٢٠١٠/١/٢٨).

من المقرر. في المذهب الجعفري أنه إذا دب الشقاق بين الزوجين بعث القاضي حكمين ويشترط فيهما أولاً: أن يتفقا. ثانياً: أن يكونا مفوضين في التطليق، لأنهما مجرد وكيلين عن الزوجين، وقد ندبت المحكمة حكمين عدة مرات لعدم اتفاق الحكمين على رأي واحد.

وأخيراً لم ينفذ الطرفان ما أمرت به المحكمة من ترشيح حكمين، بعد أن تبين لها أن كل حكم التزم جانب صاحبه، دون أن يحاولا الإصلاح بين الزوجين أو مناقشتهما، ولم يبنيا الأسباب التي بنى عليها كل منهما تقديره، فإن الدعوى تكون بلا دليل يمكن الاعتماد عليه في التفريق وفقاً للمذهب الجعفري، ومن ثم فإن طلب المستأنفة التطليق للضرر يكون خليقا بالرفض.

(الطعن رقم ١١٥ لسنة ٢٠٠٣ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/٢/١١).

من المقرر في المذهب الجعفري أنه إذا دب الشقاق بين الزوجين حتى صارت الحياة الزوجية حرجة، تعين إرسال حكمين من أهلهما أو أجنبيين إن تعذر توافر الحكمين من الأهل وذلك لمحاولة الصلح بينهما، فإذا أختلف الحكمان بعث الحاكم حكمين آخرين حتى يتفقا على شيء.

(الطعن رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٣ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٥/١٠/٢٣).

(الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٤ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٦/٤/٣٠).

(الطعن رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/٣/١٨).

مفاد تلك الأحكام أنه لا يبعث حكم ثالث مرجع في أحكام المذهب الجعفري. فإذا اختلف الحكمان وجب تعيين حكمين آخرين فإن اختلفا يعين غيرهما حتى يتفق الحكمان على رأي واحد وهذا في حالة الشقاق بين الزوجين. أما النشوز أو الضرر بصوره المختلفة كالهجر أو الإيذاء الحسي أو النفسي أو عدم الإنفاق أو المشاكسة دون مبرر شرعي فيثبت بالبينة وبالقرائن.

من المقرر في المذهب الجعفري الواجب التطبيق على الدعوى بلا خلاف بين الطرفين أو النشوز قد يكون من الزوجة، وقد يكون من الزوج. وأن نشوز الزوج يتحقق بمنع الزوجة من حقوقها الواجبة عليه كترك الإنفاق عليها، أو ترك المبيت عندها في ليلتها، أو هجرها بالمرة، أو إيذائها ومشاكستها دون مبرر شرعي، فإذا هجر الزوج زوجته هجراً كلياً فصارت كالمعلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، أو كان يؤذيها ويشاكسها بغير وجه شرعي، جاز لها رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي، فيلزم الزوج بأحد الأمرين: العدول

عن هجرها وجعلها كالمعلقة والامتناع عن الإيذاء والظلم، وعشرتها بالمعروف أو تسريحها بإحسان لتتمكن من الزواج من رجل آخر، فإن امتنع الزوج عن الأمرين طلقها الحاكم الشرعي، لما كان ذلك .. وكانت المستأنفة أقامت البينة على دعواها وجاءت أقوال حكمها مصادقة لذلك... وقد أمرته المحكمة بحسن عشرتها أو تسريحها بإحسان.... وتبين أنه غير جاد في حسن عشرتها أو تسريحها بإحسان، بما يدل على تقاعسه وامتناعه عن تنفيذ الأمرين معاً لمدة تجاوز الثلاث سنوات، ومن ثم تكون دعوى المستأنفة قائمة على سند من الواقع والقانون.

(الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٧).

لما كان ذلك، وكان البين من محضري جلستي ٢٠٠٥/٦/٦ و٢٠٠٥/٧/٤ أمام محكمة الاستئناف أن المحكمة أمهلت الطاعن لمعاشرة المطعون ضدها بالمعروف، وتمسكت الأخيرة بطلب التطليق لعدم تحقق ذلك، وقرر الطاعن أنه يتمسك بزوجته ورفض الطلاق، بما مفاده امتناعه عن عشرتها بالمعروف أو تسريحها بإحسان، وتحقق بذلك شرط قيام ولاية المحاكم للتفريق بين الزوجين، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى تطليق المطعون ضدها من الطاعن بعد ثبوت إيذائه لها بالضرب والسب وامتناعه عن الإنفاق عليها أخذا ببينتها الشرعية الصحيحة وحجية الحكم الجزائي البات الصادر في القضية رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٤ الزهراء (١٦٦٣ لسنة ٢٠٠٤ كلي حولي جنايات)، وبعد تحقق شرط ولاية المحكمة على النحو سالف البيان، فإنه يكون قد انتهى إلى قضاء صحيح.

(الطعن رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/١/٣).

من المقرر في المذهب الجعفري ... أنه إذا كان الزوج يؤذي زوجته ويشاكسها بغير وجه شرعي، كان لها رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي ليطلقها عليه، وأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع سلطة فهم الواقع في الدعوى واستخلاص مدى توافر الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين متى كان استخلاصها سائغاً ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، وأقيم على الثابت بالأوراق، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطليق المطعون ضدها من الطاعن طلقة بائنة على سند مما تبين من أوراق الدعوى والمستندات المقدمة فيها أنه قد تعددت الاتهامات المتبادلة بين الطرفين والتي تمس الشرف والاعتبار، ولقيام الطاعن بمساندة أخرى للزج بالمطعون ضدها في غياهب الاتهام في القضية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ جنح القادسية ... واستخلص الحكم من ذلك دأب الطاعن على إيذاء المطعون ضدها ومشاكستها بغير وجه شرعي واستهانته بالحياة الزوجية بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما، وكان هذا استخلاصاً سائغاً له معينه من الأوراق ويكفي لحمل قضائه، ويؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ... ومن ثم يكون النعي في جملته على غير أساس.

(الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٢٠٠٧ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٤/٢٤).

من المقرر في المذهب الجعفري أنه إذا بذلت الزوجة مالاً ليقوم الزوج بالإمساك عن إيذائها أو ليطلقها فتخلص من يده، حرّم عليه ما بذلت وإن لم يكن قصده إلجاؤها إلى هذا البذل.

(الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٢٠٠٧ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٤/٢٤).

لمحكمة الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة لها تقديما صحيحاً، وتقدير قيمتها في الإثبات، والأخذ بما تكون قد اقتنعت به من الأدلة والقرائنواستخلاص ما تراه متفقاً مع

واقع الدعوى، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع في تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى، وهي غير ملزمة بإحالة الدعوى إلى التحقيق ما دامت قد وجدت بالأوراق ما يكفي لتكوين عقيدتها.

(الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٢٠٠٧ أحوال شخصية "جعفري" جلسة ٢٠٠٨/٤/٢٤).

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا أوردت المحكمة أسباباً لتبرير الدليل الذي أخذت به أو نفيه، فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة محكمة التمييز التي لها أن تقضي بتمييز الحكم إذا كان استخلاصه غير سائغ لابتنائه على أدلة أو قرائن ليس من شأنها أن تؤدي إليه عقلاً..، وأنه يكفي في قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين الآخر في المعنى، وإن اختلفت في الألفاظ.

(الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية" جعفري" جلسة ٢٠٠٨/٥/٢٢).

المبحث الرابع: " التفريق بالغيبة"

مادة ١٣٦:

إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول، جاز لزوجته أن تطلب تطليقها إذا تضررت من غيبته، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

مادة ١٣٧:

أ - إذ أمكن إعلان الغائب، ضرب له القاضي أجلاً، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه، أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً، فرق القاضي بتطليقة بائنة.

ب - وإن لم يمكن إعلان الغائب، فرق القاضي بلا أعذار ولا أجل.

التعليق:

١- المقصود بغياب الزوج هو ترك الزوج لزوجته والسفر إلى بلد آخر غير الذي تقيم فيه الزوجة، أما الغيبة عن منزل الزوجية مع الإقامة في بلد واحد فهو هجر وهو نوع من أنواع الضرر الذي تحكمه المادة ١٢٦ من القانون.

٢- شروط التفريق للغيبة:

أ- أن يغيب الزوج عن زوجته والسفر إلى بلد غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة، والبلد هنا: يقصد به دولة الكويت، أما الانتقال داخل الكويت من محافظة إلى أخرى لا يعد غيبه فيتعين أن تقيم الزوجة الدليل على إقامة الزوج خارج دولة الكويت.

ب- أن يمتد غياب الزوج لمدة سنة فأكثر، والسنة هنا هي السنة الهجرية عملاً بالمادة ٣٤٢ من القانون ٥١ لسنة ١٩٨٤.

مع ملاحظة أن تكتمل السنة قبل رفع الدعوى وليس قبل النطق بالحكم.

ج- أن تكون غيبة الزوج بلا عذر مقبول، والعذر المقبول هنا يدخل في تقدير قاضي الموضوع وليس الزوج أو الزوجة. مع ملاحظة أنه في حالة طلب التطليق للهجر لا يشترط أن يكون الهجر بغير عذر مقبول... وإن كان يشترط أن يكون الهجر والغياب مقصوداً من جانب الزوج.

د- أن تتضرر الزوجة من غياب الزوج عنها، والضرر هنا لا يعرف إلا من جهة الزوجة فتصدق في قولها ولا تكلف بإثباته رفع الدعوى قرينة على تضررها.

فإن توافرت هذه الشروط طلقت الزوجة، حتى وإن كان للزوج مال تستطيع الإنفاق منه رضاءً أو قضاءً.

٣- التطليق للغيبة يقع بائناً.

٤- الغائب نوعان:

أ- غيبة قريبة بحيث يمكن وصول الرسائل إلى الزوج.

في هذه الحالة يضرب له القاضي أجلاً، ويعذر إليه بأنه أي القاضي يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه في البلد الذي يقيم فيه أو يطلقها.

ب- غيبة بعيدة: وهي التي لا يمكن معها وصول الرسائل إلى الزوج. في هذه الحالة يطلق عليه القاضي بلا إعذار ولا ضرب أجل.

-٥ إذا أعذر القاضي الزوج الغائب غيبة قريبة، فإن الأمر لا يخلو من فرضين:

أ- يبدي الغائب عذراً مقبولا. في هذه الحالة لا يطلق عليه القاضي.

ب- أن ينقضي الأجل الذي ضربه القاضي ولم ينفذ الزوج ما أعذر من أجله، ولم يبد عذراً مقبولاً، في هذه الحالة يطلق عليه القاضي.

٦- التراخي في إتمام الزوجية كسبب من الزوج ضرب من ضروب الهجر، ولا يعد غيبة. معنى ذلك أن التطليق للغيبة يكون للزوجة المدخول بها.

٧- غيبة الزوج عن بيت الزوجية في ذات البلد يعتبر هجراً محققاً للضرر تحكمه المادة ١٢٦، ولا مجال لاستلزام أن تكون إلى أمد معين.

٨ - إذا طلبت الزوجة التطليق للهجر طبقاً للمادة ١٢٦ ثم ثبت بأن الزوج هجرها لأكثر من عام إلى بلد غير الذي تقيم فيه الزوجة تقضي المحكمة بالتطليق استناداً إلى الهجر الذي تحكمه المادة ١٢٦ باعتبار تحقق الضرر بثبوت الهجر. إذ يستوي أن يكون الهجر في ذات البلد الذي تقيم فيه الزوجة أو في بلد آخر.

٩ - مدة الإمهال التي تحددها المحكمة ليست من مواعيد المرافعات ولا تطبق عليه مواعيد المسافة.

١٠ - هل تستطيع زوجة الأسير رفع دعوى تطليق استناداً إلى أحكام الغيبة الواردة بالمادتين ١٣٦، ١٣٧ سالفتي الذكر؟ خلا القانون من نص على ذلك.. ومن ثم يتعين تطبيق الأرجح من المذهب المالكي. والمقرر في مذهب الإمام مالك أن لزوجة الأسير طلب التطليق إذا خشيت على نفسها الفتنة ولو

كانت نفقتها دائمة بشرط أن تثبت تمام أسره على نحو قطعي، وهو الذي توافق مع رأي المالكية الذين أجازوا التفريق للغيبة مطلقاً ولم يفرقوا بين الغيبة لعذر تطلب العلم والتجارب، والغيبة التي لا تكون بعذر.

١١ - المقرر في المذهب الجعفري أنه إذا كان الزوج غير قادر على العود إلى زوجته كما لو كان محكوماً عليه بالحبس مدة طويلة فصارت كالمعلقة بغير اختياره، وطلبت الزوجة الطلاق لعدم الصبر على هذا الحال فالأحوط الاستجابة إلى طلبها.

١٢ - من المقرر في هذا المذهب أيضاً أنه لا يحق لزوجة المفقود غير المعلوم حياته أن تطالب بالطلاق إلا مع عدم توافر مال للزوج تنفق منه وعدم إنفاق وليه عليها من مال نفسه، ولا يحق لها أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي مطالبة إياه بتأجيلها أربع سنوات والفحص (البحث) عن زوجها خلال ذلك، إلا بعد انقطاع الإنفاق عليها من مال الزوج أو من مال وليه.

أحكام محكمة التمييز:

- النص في المادة ١٣٦ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على أنه «إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب تطليقها، إذا تضررت من غيبته».

مفاده وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أنه إذا كان غياب الزوج بعذر مقبول فلا يجوز التفريق لعدم قصده الأذى بالغياب، لما كان ذلك، وكان الثابت من شهادة اللجنة الوطنية لشئون الأسرى والمفقودين رقم ١١٧٥٧ المؤرخة ١٩٩٩/٥/٢٩ أن المستأنف عليه مسجل في كشوف الأسرى والمفقودين وأودع ملف اللجنة الدولية للصليب الأحمر تحت رقم ٣٣٠٥٠١٤، الأمر الذي ينبئ عن أنه إما أسير لدولة العراق إبّان غزوها البلاد، وإما أن يكون من المفقودين في هذا الغزو. لما كان ذلك، وكان القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية قد خلا من نص خصوص طلب زوجة الأسير التطليق، ونصت المادة ٣٤٣ منه على أن " كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهود في مذهب الإمام مالك". وقد روى عن مالك في المدونة أن الأسير لا تتزوج امرأته إلا إن ينعى أو يموت، فإن مجرد اعتبار المستأنف عليه لا يبرر طلب المستأنفة تطليقها عليه.

(الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٢٠٠١ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٣/١/٢٦).

تعليق على هذا الحكم:

يرجع إلى ما ذكر آنفاً في البند ١٠ من التعليق على المادتين ١٣٦ ، ١٣٧ من أن المالكية أجازوا لزوجة الأسير أن تطلب التطليق إذا خشيت على نفسها الفتنة.

عدم مراعاة ميعاد المسافة بالنسبة للإنذار الموجه للطاعن من المحكمة بأن يعود للإقامة مع المطعون ضدها أو ينقلها إليه أو يطلقها وإلا طلقتها المحكمة عليه، لا يترتب عليه البطلان.

(نقض مصري رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦١ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٥/١/٣١).

التطليق للغيبة لا محل فيه لعرض الصلح على الطرفين.

(نقض مصري رقم ١٨٦ لسنة ١٩٦٢ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٣/٢٥).

لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن يقيم في بلد غير الذي تقيم به المطعون ضدها، فإن التطليق يكون للغيبة كما ذهب الحكم المطعون فيه ولا يغير من ذلك قصر المسافة بين البلدين، لأنه مهما قصرت بينهما لا تعتبر بلداً واحداً.

(نقض مصري رقم ١٨٦ لسنة ١٩٦٢ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٣/٢٥).

المبحث الخامس : التطليق لحبس الزوج

مادة ١٣٨:

إذا حبس الزوج تنفيذاً لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، جاز لزوجته أن تطلب التطليق عليه بائناً بعد مضي سنة من حبسه، ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه.

التعليق:

١- يشترط للتطليق وفقاً لهذا النص الشروط التالية:

أ- أن يكون الزوج قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية، فإذا حبس الزوج تنفيذاً للإكراه البدني فلا يحق للزوجة طلب التطليق.

ب - يشترط أن يكون الحكم نهائياً، لا يشترط أن يكون باتاً، أي استنفد طريق الطعن بالتمييز أو انقضت مواعيده.

ج - أن يكون الزوج قد بدأ تنفيذ العقوبة بالفعل.

د- أن تكون العقوبة ثلاث سنوات فأكثر، والسنة هنا قمرية عملاً بالمادة ٣٤٢ من القانون ويستوي أن تكون مدة الحبس بحكم واحد أو أحكام متعددة حسبما أفصحت المذكرة الإيضاحية للنص، ولا عبرة بما إذا كان الزوج المحبوس سيفرج عنه شرطياً إذا توافرت شروط الإفراج من عدمه.

هـ- أن ترفع الزوجة الدعوى بعد مضي سنة قمرية كاملة من تاريخ بدء التنفيذ بالعقوبة على الزوج، وشرط مرور السنة على حبس الزوج هو شرط لقبول الدعوى.

٢- التطليق للحبس يكون بطلقة بائنة، ولو كان للزوج المحبوس مال تستطيع الزوجة الإنفاق منه، لأن الحكمة من التطليق هنا هو تضرر الزوجة بعد الزوج عنها وخشية وقوعها في الفتنة.

٣- الإفراج عن الزوج أثناء نظر دعوى التطليق:

أ- يرى البعض أن الإفراج لا يمنع من السير في الدعوى والقضاء بالتطليق لتحقق الضرر هذا في حالة توافر شروط المادة ١٣٨،

ب- يرى البعض في حالة توافر الشروط السابقة أيضاً وأفرج عن الزوج ضرورة الحكم برفض الدعوى لانتفاء الضرر بعودة الزوج، والرأي الأول أولى قياساً على الهجر، فالتطليق للهجر تقضي به المحكمة ولو عاد الزوج لتحقق الضرر فعلاً بالهجر.

٤- النص لا يطبق على المعتقل لعدم توافر الضوابط التي استلزمها النص بالنسبة للمعتقل، كما أن أمر الاعتقال ليس به مدة محددة، ولا يقاس على الغيبة الموجبة للتطليق وهي الغيبة بلا عذر أي غيبة مقصودة للإضرار بالزوجة.

أما الاعتقال فهو عذر مقبول بغير إرادة الزوج.

٤- يجوز لزوجة المحكوم عليه بالإعدام طلب التطليق إعمالاً لروح النص.

أحكام محكمة التمييز:

لما كانت المادة ١٣٠ من قانون الأحوال الشخصية الأردني تنص على أنه « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب من القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطليق عليه بائناً، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه». بما مفاده أن صدور حكم نهائي على الزوج بالحبس مدة ثلاث سنوات فأكثر يجيز للزوجة طلب التطليق عليه، دون النظر إلى التاريخ الذي يحتمل فيه الإفراج عنه إفراجاً شرطياً. إذا ما توافرت شروطه طبقاً للمادة ٨٧ من قانون الجزاء الكويتي.

(الطعن رقم ٨ لسنة ١٩٨٨ أحوال شخصية جلسة ١٩٨٨/١٠/١٧).

النص في المادة ١٣٨ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على أنه «إذا حبس الزوج تنفيذاً لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، جاز لزوجته أن تطلب التطليق عليه بائناً بعد مضي سنة من حبسه، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه» يدل وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون أن المشرع أفرد نصاً لنوع خاص من الضرر الموجب للتطليق والذي إذا صدر حكم بحبس الزوج مدة ثلاث سنوات، وصار الحكم نهائياً، وبدأ الزوج تنفيذه بالفعل، في هذه الحالة يجوز للزوجة بعد مضي سنة من بدء تنفيذ الحكم عليه أن تطلب التطليق بينها وبين زوجها.

والمناط في ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها، ولا دخل لكون البُعد باختياره أو قهراً عنه، ويجيبها القاضي إلى طلبها، ويحكم بالتفريق بطلقة بائنة بدون كتابة إلى الزوج، أو انتظار كما يفعل مع الغائب الذي يمكن الكتابة إليه، لأن المحبوس لا يستطيع أن يخرج على تنفيذ الحكم، والضرر يستحكم إذا بقيت في عصمته إلى نهاية هذه المدة الطويلة.

(الطعن رقم ٤١٠ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/٥/٦).

المبحث السادس: الفسخ للعيب

مادة ١٣٩:

لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيباً مستحكماً من العيوب المنفرة أو المضرة، أو التي تحول دون الاستمتاع، وسواء أكان العيب موجوداً قبل العقد أم حدث بعده.

ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد أو رضي به صراحة بعده.

مادة ١٤٠:

استثناء من المادة السابقة لا يسقط حق الزوجة في طلب الفسخ بسبب عيوب الرجل التي تحول دون الاستمتاع، كالعنة، أصلية أو طارئة ولو رضيت بها صراحة.

مادة ١٤١ :

إذا كانت العيوب المذكورة غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج في الحال، وإن كان زوالها ممكناً تؤجل القضية مدة مناسبة، فإذا لم يزل العيب خلالها وأصر طالب الفسخ حكمت به المحكمة.

مادة ١٤٢:

يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في تحديد المدة المناسبة، وفي معرفة العيوب التي يطلب الفسخ بسببها.

التعليق:

١- أعطى النص لكل من الزوج والزوجة الحق في طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد بالآخر عيباً مستحكماً من العيوب المنفرة أو المضرة أو التي تحول دون استمتاع أحدهما بالآخر.

٢- وهذه العيوب غير محصورة على وجه التحديد، وإنما قسمها الفقه إلى عيوب جسمانية مثل الجذام والبرص أو الجنون أو العمى أو الخرس، وعيوب جنسية كالعنة والجب والخصاء في الرجال، وكالرتق والقرن في النساء.

٣- يشترط في العيب أن يكون مستحكماً أي لا يرجى البرء منه أو يمكن البرء منه على المدى الطويل والذي لا يطيق الزوج أو الزوجة الصبر عليه إلا بمشقة بالغة.

٤- يجوز طلب الفسخ للعيب سواء كان العيب قائماً قبل انعقاد العقد أو طرأ بعده، ويسقط حق الطرف المتضرر في الفسخ إذا كان عالماً بوجود العيب قبل انعقاد العقد، أو علم بالعيب بعد الزواج سواء كان العيب قائماً قبل الزواج أو طارئاً بعده، ورضي به صراحة.

٥- تقدير مدى العلم بالعيب أو الرضا به من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

٦- التفريق للعيب يعد فسخاً كما ورد بالنص.

٧- لا يسقط حق الزوجة وحدها في الفسخ إذا وجدت في الزوج عيباً من العيوب التي تحول دون الاستمتاع كالعنة والجب والخصاء، ولو كانت عالمه بالعيب أو رضيت به حتى ولو كانت العلة طارئة بعد الدخول. يقتصر هذا الاستثناء على العيوب الجنسية فقط في الرجل.

٨- قسمت المادة ١٤١ العيوب إلى: عيوب قابلة للزوال وعيوب غير قابلة للزوال، فإذا ثبت أن العيب غير قابل للزوال ويستعان في ذلك بتقارير أهل الخبرة قضت المحكمة بفسخ عقد الزواج دون إمهال للطرف المعيب.

٩- وإذا كان العيب قابلاً للزوال وجب على المحكمة إمهال الزوج للعلاج المدة التي تراها المحكمة مناسبة، وهذا لا يكون إلا بعد ثبوت قابلية العلة للزوال بمعرفة أهل الخبرة.

١٠- تقدير المدة متروك لتقدير المحكمة وممكن أن يكون سنة قمرية، ربما تكون العلة نفسية وتحتاج لفترة زمنية تتغير فيها فصول السنة المختلفة.

١١- إذا انقضت مدة الإمهال وجب عرض الطرف المصاب على أهل الخبرة لتحديد ما إذا كان العيب قد زال من عدمه، فإن قرروا بزواله حكمت المحكمة برفض الدعوى، وإن قرروا ببقاء العيب وأصر طالب الفسخ عليه قضت المحكمة بالفسخ.

١٢- للمحكمة الاستعانة بأهل الخبرة لتحديد العيب الذي أصاب الطرف المدعى عليه، وما إذا كان يحول دون الاستمتاع من عدمه، وما إذا كانت الإصابة قبل العقد أو بعده، وتحديد ما إذا كان العيب يرجى البرء منه أو غير قابل للزوال. ويستعان بهم أيضا لتحديد مدة الإمهال والمدة التي يبرأ فيها المصاب من العيب.

١٣- يراعى أن يكون الطبيب مسلماً لتوافر الثقات المسلمين ذوي الاختصاص.

١٤- رأي الخبراء يخضع لتقدير المحكمة باعتبارها الخبير الأعلى ويجوز لذوي الشأن تقديم تقارير استشارية.

١٥- في الفقه الجعفري يثبت للزوج خيار العيب إذا علم بعد العقد بوجود أحد العيوب التالية في زوجته: الجنون الجذام البرص العمى و لا عبرة بالعور ولا بالعشا العرج وإن لم يبلغ حد الإقعاد العفل : وهو لحم أو عظم يثبت في الرحم سواء منع من الحمل أو الوطء في القبل أم لا . ويفسخ العقد بهذه العيوب إذا تبين وجودها قبل العقد أي كانت قائمة قبل العقد . وأما ما يتجدد منها أي الطارئة بعد العقد فلا اعتبار به سواء كان قبل الوطء أو بعده.

١٦- ويثبت خيار العيب للزوجة في الفقه الجعفري لعيبين: الجب والعنن (العنة) ويثبت الخيار للزوجة في الجب سواء كان ناشئاً قبل العقد أو طارئاً بعده، ويثبت الخيار للزوجة في العنن المطلق أي فيما إذا كان الزوج عاجزاً عن وطئها وعن وطء غيرها من النساء، أما لو لم يقدر على وطئها وقدر على وطء غيرها فلا خيار لها، ولا فرق في ثبوت الخيار به بين السابق على العقد والمتجدد بعده قبل الوطء.

١٧- كما يثبت خيار العيب للزوجة فيما إذا كان بالزوج أحد العيوب التالية: الجنون سواء أكان سابقاً للعقد أو بعده أو بعد الوطء، الخصاء الوجاء : وهو رض الانثيين (الخصيتين) بحيث يبطل أثرهما الجذام البرص العمى والخمسة الأخيرة لا يثبت الخيار بها في المتجدد منها بعد العقد.

١٨- والعقم ليس من العيوب الموجبة للخيار.

١٩- تثبت هذه العيوب بالإقرار والبينة وبشهادة رجلين عدليين، وتثبت العيوب الباطنة بالنساء بشهادة أربع نسوة عادلات.

٢٠- الفسخ بالعيب ليس بطلاق بالفقه الجعفري.

٢١- إذا ثبت عنن الرجل، فإن رضيت المرأة بالصبر معه فهو، وإلا جاز لها رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي لاستخلاص نفسها منه، فيؤجله سنة كاملة من حين المرافعة.

٢٢- يجوز للرجل والمرأة الفسخ للعيب دون إذن الحاكم.

أحكام محكمة التمييز:

تقدير قيام المانع الطبيعي أو العرض الذي لا يرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة التمييز، متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ١٢ لسنة ١٩٧٥ أحوال شخصية جلسة ١٩٧٧/٣/٢١).

(الطعن رقم ٤ لسنة ١٩٧٥ أحوال شخصية جلسة ١٩٧٦/٤/٢٦).

وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أخذ بما أورده التقرير الطبي من أن بالطاعن عيوباً تضعف من حالته الجنسية ومن قدرته عليها، واستخلص الحكم من التقرير أنه لا يستطيع مباشرة العلاقة الزوجية بسبب ما به من عيوب تكشفت بعد عقد زواجه ودخوله بزوجته فيأخذ حكم المجبوب لأنه لا يقدر على معاشرة زوجته، ولا يرجى منه أمل في هذا الصدد، فلا يؤجل ويكون من حق الزوجة ما دامت غير راضية بما ظهر لها فيه على هذا الوجه أن تطلب من القاضي التفريق بينهما.

(الطعن رقم ١٢ لسنة ١٩٧٥ أحوال شخصية جلسة ١٩٧٧/٣/٢١).

النص في المادة ١٣٩ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على أنه " لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيباً مستحكماً من العيوب المنفرة أو المضرة أو التي تحول دون الاستمتاع سواء أكان العيب موجوداً قبل العقد أو حدث بعده، ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد أو رضي به صراحة بعده". كما تنص المادة ١٤٢ من ذات القانون على أنه " يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في تحديد المدة المناسبة، وفي معرفة العيوب التي يطلب الفسخ بسببها". وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية كذلك القانون عن أن العيوب المقصودة في هذا الصدد هي تلك التي ينفر بسببها أحد الزوجين من الآخر، أو يتضرر منها، أو يمنع الاستمتاع فلا يحصل به مقصود النكاح وأن السلف لم يخصوا ذلك بعيب دون آخر، وأن القانون أخذ بأوسع المذاهب في هذا الشأن دفعاً لضرر الزوجين، وللمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها، وتقدير المدة اللازمة للشفاء، مع مراعاة إسلام الطبيب لتوافر الثقات المسلمين ذوي الاختصاص عملاً بمذهب مالك وجمهور المجتهدين، وتقدير وجود عيب مستحكم بأحد الزوجين على النحو الذي سلف ومدى علم الزوج الآخر أو قبوله له من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، متى أقامت قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق....لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائي لأسبابه، وما أضاف إليها من أسباب، وتضمنت هذه الأسباب مجتمعه أن المحكمة تطمئن إلى التقرير الطبي المؤرخ ٢٠٠٥/١١/٧ الثابت به أن المطعون ضدها أجريت لها عملية استئصال المبيض الأيمن في مايو لسنة ٢٠٠٢ بمستشفى العدان، فلا حاجة لإجابة الطاعن إلى استخراج شهادة طبية من ذات المستشفى، ولا مبرر لإجراء تحقيق إذ قطع ذلك التقرير الطبي بأن هذه الجراحة لا تؤثر على صحة المطعون ضدها ولا تحول دون حملها لوجود المبيض الأيسر بحالة جيدة،

ولا يمنع ذلك من الاستمتاع بها، ولا يعد هذا من العيوب المنفرة أو المضرة التي تخول خيار الفسخ دون الاشتراط. ولم يرد بوثيقة الزواج اشتراط الطاعن، عدم إجراء المطعون ضدها لجراحات معينة، وهذه الأسباب سائغة ولها معينها من الأوراق، وفيها الرد على ما أثاره الطاعن وتكفي لحمل قضاء الحكم فيما انتهى إليه.

(الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/٤/١٥).

المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وفقاً لما أوردته المذكرة الإيضاحية لنص المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المصري أن التفريق للعيب في الرجل قسمان: قسم كان معمولاً به بمقتضي مذهب أبي حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه، وقسم جاء القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر والعقم لا يؤثر على قربان الزوج لزوجه فلا يندرج ضمن العيوب التناسلية التي يجيز فقهاء المذهب الحنفي طلب التطليق من أجلها، ذلك لأن العيوب الثلاثة سالفة الذكر ينتفي معها المقصود الأصلي للزواج، وهي غير قابلة للزوال وتفوت على الزوجة حقها في الوطء، بخلاف العقم الذي لا يحول دون ذلك، وباستقراء نصوص الشريعة الغراء يتبين أن المقصود من الزواج ليس هو مجرد التناسل وإلا لما صح الآية، وعدم وجود الذرية لا يمنع من أن يكون كل من الزوجين سكناً للآخر، ولا يحول دون قيام المودة والتراحم بينهما، وإن كان يترتب على الزواج كنظام في الجملة التناسل وحفظ وبقاء النوع البشري، إلا أن الرزق بالذرية هدية من الله تعالى ومظهر من مظاهر القدرة الإلهية في المنح والمنع والعطاء والحرمان، فلا مانع لما أعطى ولا معطى لما منع مهما كانت السلامة الجسدية للزوجين أو سقامتها باعتبار أن الذرية من خلق الله تعالى الدالة على قدرته لقوله تعالى: ﴿لله مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ(٤٩) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ(٥٠) ﴾. (سورة الشُّورى). فلا يعد عدم الرزق بالأولاد في ذاته عيباً، فلا يجوز أن يتخذ سبباً للتطليق إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر.

(الطعن « نقض مصري » رقم ٣٥٧ لسنة ١٩٦٣ أحوال شخصية جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٩).

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

(نقض مصري رقم ٢٨٧ لسنة ١٩٦٢ أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/٩/٢٣).

المبحث السابع : الفسخ لاختلاف الدين

المادة ١٤٣:

أ- إذا كان الزوجان غير مسلمين، وأسلما معاً فزواجهما باق.

ب- وإذا أسلم الزوج وحده وزوجته كتابية، فالزواج باق، وإن كانت غير كتابية عرض عليها الإسلام فإن أسلمت أو صارت كتابية بقي الزواج وإن أبت فسخ الزواج.

ج- إذا أسلمت الزوجة وحدها يعرض الإسلام على الزوج إن كان أهلاً للعرض، فإن أسلم بقي الزواج،

وإن أبى فسخ الزواج.

وإن لم يكن أهلاً للعرض فسخ الزواج في الحال إن كان إسلامها قبل الدخول، وبعد انقضاء العدة إن أسلمت بعد الدخول.

المادة ١٤٤:

أ- يشترط لبقاء الزوجية في الأحوال السابقة ألا يكون بين الزوجين سبب من أسباب التحريم المبينة في هذا القانون.

ب- في جميع الأحوال لا يجوز البحث في صدق من يعلن إسلامه، ولا في الباعث على اعتناق الإسلام.

المادة ١٤٥:

أ- إذا ارتد الزوج فسخ الزواج لكن إذا وقعت الردة بعد الدخول وعاد إلى الإسلام خلال العدة ألغي الفسخ وعادت الزوجية.

ب- إذا ارتدت الزوجة فلا يفسخ الزواج.

التعليق:

تناولت المادة ١٤٣ الفروض التالية:

١- إذا كان الزوجان غير كتابيين أو كتابيين أو أسلما معاً:

استمرت الزيجة قائمة دون التزام بأن يعاودوا إضفاء الشكل الإسلامي على زواجهما، فلا يؤثر في سلامته عدم توافر شرط موافقة ولي الزوجة أو اعتراضه عليه أو على كفاءة الزوج.

٢- إذا كان الزوجان غير مسلمين وأسلم الزوج وحده يفرق بين حالتين :

أ إذا كانت الزوجة كتابية بقي الزواج على حاله.

ب إذا كانت الزوجة غير كتابية عرض عليها القاضي الدخول في الإسلام، فإن أسلمت أو صارت كتابية بقي الزواج، وإن رفضت الدخول في الإسلام أو اليهودية أو المسيحية فسخ الزواج.

٣- إذا كان الزوجان غير مسلمين، ثم أسلمت الزوجة وحدها، وجب على القاضي عرض الإسلام على الزوج إن كان أهلاً لذلك.

أ - فإن اعتنق الإسلام بقي الزواج على حاله.

ب- وإن رفض نفرق بين حالتين:

إذا كان الزوج أهلاً لعرض الإسلام عليه، وجب العرض عليه، فإن وافق على اعتناق الإسلام بقي الزواج، وإن رفض فسخ الزواج.

إن لم يكن الزوج أهلاً لعرض الإسلام عليه بأن كان دون السن التي يعقل فيها الإسلام أو الأديان عموماً أو كان مجنوناً أو معتوهاً نفرق بين حالتين:

إذا كان إسلام الزوجة قبل الدخول فسخ الزواج في الحال.

إذا كان إسلام الزوجة بعد الدخول قضت المحكمة بالفسخ اعتباراً من تاريخ انتهاء العدة، مع الأمر بالتفريق بينهما في الحال. وتحتسب العدة هنا من تاريخ الأمر بالتفريق.

٤- يطبق الفقه الجعفري ذات القواعد السالفة.

٥- في حالات عدم فسخ الزواج المنصوص عليها في المادة ١٤٣، إلا أنه إذا توافر سبب من أسباب تحريم الزواج في الشريعة الإسلامية مما هو منصوص عليه في القانون وجب على المحكمة فسخ الزواج لهذا السبب.

٦- لا يجوز البحث في مدى صدق من يعلن إسلامه ولا الباعث على اعتناق الإسلام.

٧- إذا ارتد الزوج المسلم يجب فسخ زواجه مطلقاً سواء كان ارتداده قبل الدخول أو الخلوة أو بعدهما، مع ملاحظة أنه إذا كانت ردة الزوج بعد الدخول وقضي بفسخ العقد، ثم عدل عن الردة وعاد إلى الإسلام أثناء العدة من الفسخ يلغى فسخ عقد الزواج وتعود الزوجية كما كانت قبل الفسخ، ويكون ذلك بدعوى يقيمها الزوج التائب. أما إذا تاب الزوج عن الردة بعد انقضاء عدة الزوجة وعاد إلى الإسلام، وأراد العودة إلى زوجته فعليه أن يعقد عليها بعقد ومهر جديدين.

٨- نصت الفقرة (ب) من المادة ١٤٥ على أن ارتداد الزوجة لا يترتب عليه فسخ الزواج، والحكمة من ذلك وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية رد مقصود الزوجة إذا كانت ردتها بقصد الخلاص من زوجية لا ترتضيها، فتقرير هذا المبدأ لسد الذرائع، لكن أرى أنه مبرر غير محكم ويصعب إثباته، إذ النية محلها القلب، وكان يتعين عدم التفرقة بين ردة الزوج أو ردة الزوجة.

٩- يلاحظ أن زواج المسلمة من غير المسلم زواج باطل لا يترتب عليه أية آثار من آثار الزواج الصحيح، بشرط ثبوت العلم بالتحريم وسببه. الجهل لا يعد عذراً إن كان الإدعاء لا يقبل من مثل مدعيه، والعقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج ولو بعد الدخول، اعتباره بمنزلة العدم فلا يثبت به نسب ولا تجب بعده عدة، ولا يحتاج إلى فسخ.

(يراجع الطعن رقم ١٣٤ لسنة ٢٠٠٨ أحوال الشخصية جلسة ٢٠٠٨/١١/٦).

مراجع الدراسة:

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي للمستشار / أشرف مصطفى كمال، الطبعة الثانية سنة ٢٠٠٠.

(٢) الأحوال الشخصية (نفس)، تعليق على نصوص القانون المصري، للمستشار/ أحمد نصر الجندي.

(٣) منهاج الصالحين، الجزء الثالث، المعاملات، لسماحة السيد /علي الحسيني، السيستاني الطبعة التاسعة ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٢م.

(٤) إرشادات قضائية، الجزء الثامن، للمستشار / يحيى إسماعيل، ملحق مجلة القضاة الفصلية السنة التاسعة والعشرون.

(٥) مجموعات القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز.

(٦) مجموعات مجلة القضاء والقانون.

(٧) طرق الإثبات الشرعية، للمرحوم الإمام الشيخ / أحمد إبراهيم بك، إعداد المستشار / واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طبعة ١٩٨٥

الموضوع | الصفحة

فرق الزواج في القانون والقضاء الكويتي

مقدمة ٥

الفصل الأول : الأحكام العامة في التفريق بين الزوجين ٦

أولاً : الطلاق ٦

ثانياً : الفسخ ٨

الفصل الثاني : الفرقة بالإرادة ١١

أولاً : الطلاق ١١

ثانياً - الخلع ١٨

الفصل الثالث : الفرقة بالقضاء ٢٢

المبحث الأول : التطليق لعدم الإنفاق ٢٢

المبحث الثاني : التطليق للإيلاء ٢٥

المبحث الثالث: التطليق للضرر ٢٦

المبحث الرابع: " التفريق بالغيبة" ٤٤

المبحث الخامس : التطليق لحبس الزوج ٤٧

المبحث السادس: الفسخ للعيب ٤٨

المبحث السابع : الفسخ لاختلاف الدين ٥٢

مراجع الدراسة ٥٥

الفهرس