

جلسة ١١ من فبراير سنة ١٩٧٦

برئاسة السيد المستشار محمد أسعد محمد وعضوية السادة المستشارين : محمد محمد المهدى ، وسعد أحمد الشغلى ، والدكتور عبد الرحمن عياد ، ومحمد الباجورى

(٨٩)

الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٤٤ ق "أحوال شخصية" :

(١ و ٢) **أحوال شخصية "الطلاق" . خبرة .**

(١) حق الزوجة في طلب التفريق للعيب في الرجل . شرطه . جواز الاستعاة بأهل الخبرة لبيان مدى استحکام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده .

(٢) حق الزوجة في طلب الطلاق بسبب العنة . وجوب الأخذ فيه بأرجح الأقوال من ذهب أبي حنيفة . تتحقق عيب العينة المسوغ للفرقة عند الحنفية . مناطه . عدم إمهال الحكم لزوج مدة سنة لإمكان مباشرة زوجته بدعوى أنه لم يصل إليها مدة أكثر من سنة سابقة على رفع الدعوى . خطأ

١ - مؤدى نص المادتين ١١ و ١٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - وهل ما جرى به قضاء هذه المحكمة -^(١) أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إن ثبتت به عيب مستحکم لا يمكن البرء منه أصلًا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسع لها الإقامة معه إلا بضرر شديد وأنه توسع في العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الخصر مخولاً الاستعاة بأهل الخبرة لبيان مدى استحکام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمهما بعيبه صراحة أو دلالة .

(١) قض ١٩/١١/١٩٧٥ بمجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ص

٢ - إذ كانت المذكورة الإيضاحية لقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد أوضحت أن التفريح للعيب في الرجل فهناك قسم كان معمولاً به يمتنع مذهب أبي حنيفة وهو التفريح للعيوب التي تتحقق بقربان الرجل لأهله وهي عيوب العنة والحب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه ، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريح لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان ما نصت عليه المادة ١١ من هذا القانون من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما إذا كان متتحققاً فيه الأوصاف التي أشارت إليها ، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه والمدة التي يتضمن فيها ذلك ، وما إذا كان مسوغاً لطلب التطليق أولاً وكان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض الإيجراء الواجب على القاضي اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة ، فلم يعين الزمن الطويل الذي لا يمكن بعد فواته البرء من المرض ، أو يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة في الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بارجع الأقوال من مذهب الحنفية طبقاً للإدلة ٢٧٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . إذا كان ذلك ، وكان المقرر في هذا المذهب أنه إذا أدخلت الزوجة على زوجها أنه حين وانه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لا زالت بكرًا ، وصادقتها الزوج على أنه لم يصل إليها ، فيؤجله القاضي سنة ليبيان بمروء الفحص الاربعة المختلفة ما إذا كان مجده عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيوب مستحكم ، وبعد السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعي أو طبيعي كالأحرام والمرض تبدأ من حين زوال المانع ولا يحسب من هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضها لا يستطيع معه الواقع ، فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضي مصراً على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه . لما كان ما تقدم ، وكان البين من تقرير الطبيب الشرعي أن المطعون عليها ما زالت بكرًا تحتفظ بمعظمه العذرية التي يتلفى بها القول بحالوث معاشرة ، وأن الطاعن وأن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا إنها قد تنتفع عن عوامل نفسية وعندها تكون مؤقتة ويمكن زوالها بزوال بواطنها مما يهدى للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذا قضى بالتفريح على سند من ثبوت قيام عيوب العنة النفسية به دون امتداد يكون قد

خالف القانون ، لا يشفع في ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى ، لأن مناط تحقيق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس ب مجرد ثبوت عجز الزوج من الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التي يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى قلاه السيد المستشار المقرر والمراقبة وبعد المداولات .

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الواقع تحصل - على ما يدين من الحكم المطعون فيه وسائل الأوراق - في أن المطعون عليهما أقامت الدعوى رقم ١٨٥ لسنة ١٩٧٢ أحوال شخصية "نفس" أمام محكمة الجيزة الابتدائية ضد الطاعن طالبة الحكم بفسخ عقد زواجهما منه المؤتى في ١٩٧١/٢/٢٤ وبتطليقها منه ، وقالت بيانا لها أنها تزوجته بالعقد الشرعى الصحيح المشار إليه ولكن عجز عن معاشرتها معاشرة الأزواج رغم مضى أكثر من عام ونصف لأن به عنه يجعله لا يقدر بطبيعته عمل معاشرة النساء ، وإذا ثبتت حالتها هذه بها ضررا جسما تمثل في حرمانها من حقوقها في حياة طبيعية إذ لا تزال يكرهها هذا فضلا عمما لقيته من سوء معاملة كافر لقيام هذا العيب ثابت تتحققه بنقاء عذريتها على ما كانت عليه عند العقد الأمر الذى دفعها إلى إقامة دعواها ، انكر الطاعن قيام العيب به ، حكمت المحكمة بتاريخي ١١/١٢/١٩٧٢ و ١٩٧٣/٢/١٨ بندب مكتب الطب الشرعى لتوكيع الكشف الطبى على طرف الخصومة لبيان ما إذا كان بالطاعن عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن بذل زمن طويل ولا يمكن للمطعون عليها المقام معه إلا بضرر وأنه لا يقوى على القيام بواجباته الزوجية الجنسية ، وبعد أن قدم الطبيب الشرعى تقريره حكمت بتاريخ ١٩٧٣/٦/٣٠ بتطليق المطعون عليها بائنا استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ١١٠ لسنة ٩٠ ق أحوال

شخصية القاهرة طالبا إلغاءه ورفض الدعوى ، وبتاريخ ١٩٧٤/١/٣١ حكمت المحكمة الاستئنافية بتأييد الحكم المستأنف . طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمنا النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأى بنقض الحكم للأسباب الثلاثة الأولى ، وعرض الطعن على هذه الهيئة في غرفة مشورة رأت أنه جدير بالنظر ، وبالخاتمة المحددة التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن مما ينطوي الطاعن على الحكم المطعون فيه خالفة القانون ، وفي بيان ذلك يقول إن الحكم بين قضاياه بالتفريق على سند من القول بأنه وقد ثبت أن المطعون عليها لا زالت بكرًا رغم فوات مدة طولها على زواجهما فلا محل لاستجابة اطلب الأمهال ، باعتباره كان الوسيلة المتاحة قبل تتحقق الدليل على العنة نفسية كانت أو عضوية ، وقد استعاض عنه بالنص في المادة ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على الاستعانة بأهل الخبرة ، في حين أن المادة المشار إليها إنما تستهدف من الجحود إلى الأطباء مجرد ثبوت قيام العيب المبرر لفسخ عقد الزواج ، ولا يجوز لقاضى — وفق رأى الأئمة الأربع — الحكم بالتفريق للعنء إلا بعد التأجيل سنة تختص به من يزول فيه المانع ، وإذ خالف الحكم هذا الإجماع ولم يمهل الطاعن فإنه يكون قد خالف القانون .

وحيث إن هذا النعي في محله ، ذلك أن النص في المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية على أنه «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به حيما مستعذكا لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كإلحاقه والحرمان والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمه بالعيوب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » وفي المادة الحادية عشرة على أن « يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها » ، يدل — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — على أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستعذكا لا يمكن البرء منه أصلًا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسع لها الإقامة معه إلا بضرر شديد ، وأنه توسع في العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها

على سبيل المحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحکام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيته صراحة أو دلالة . ولما كانت المذكورة الإبصارية للفانون قد أوضحت أن التفريقي للعيب في الرجل فسيمان : قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبي حنيفة وهو التفريقي للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب العنة والحب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه ، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريقي لكل عيب مستحکم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان ما نصت عليه المادة ١١ سالفـة الذكر من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما إذا كان متتحققـاً فيـه الأوصاف التي أشارـتـها ، ومدى الضـرـر المتـوقـعـ منـ المـرـضـ وـ إـمـكـانـ البرـ منهـ وـ المـدـةـ الـتـيـ يـسـنـيـ فـيـهاـ ذلكـ وـ ماـ إـذـاـ كـانـ مـسـوـغاـ لـطـلـبـ التـطـلـيقـ أـولـاـ، وـكـانـ القـانـونـ رقمـ ٢٥ـ لـسـنـةـ ١٩٢٠ـ قدـ سـكـتـ عـنـ التـعـرـضـ لـالـإـجـرـاءـ الـواـجـبـ عـلـىـ القـاضـىـ إـتـابـاعـهـ لـلـوـصـولـ إـلـىـ الحـكـمـ بالـفـرـقـةـ ، فـلـمـ يـعـينـ الزـمـنـ الطـوـيلـ الـذـىـ لـاـ يـمـكـنـ بـعـدـ فـوـاتـهـ البرـ منـ المـرـضـ ، أوـ يـبـيـنـ مـاـ يـرـتـبـهـ عـلـىـ تـقـارـيـرـ أـهـلـ الـخـبـرـةـ مـنـ الـأـطـبـاءـ بـعـدـ ثـبـوتـ وـجـودـ العـنـةـ مـنـ الـحـكـمـ بالـفـرـقـةـ فـيـ الـحـالـ أـوـ بـعـدـ التـأـجـيلـ مـاـ يـوـجـبـ الـأـخـذـ بـأـرـجـعـ الـأـقوـالـ مـنـ مـذـهـبـ الحـنـفـيـةـ طـبـقـاـ لـمـادـةـ ٢٨٠ـ مـنـ لـائـحـةـ تـرـيـبـ الـحـاـكـمـ الشـرـعـيـةـ ، لـمـاـ كـانـ ذـالـكـ وـكـانـ المـقـرـ، فـهـذـاـ مـذـهـبـ أـنـهـ إـذـاـ اـدـعـتـ زـوـجـهـ أـنـهـ عـنـينـ وـأـنـهـ لـمـ يـسـتـطـعـ مـبـاشـرـةـ مـاـ يـسـبـبـ هـذـاـ عـيـبـ وـثـبـتـ أـنـهـ لـازـالـتـ بـكـراـ، وـصـادـقـهـ زـوـجـهـ مـلـىـ أـنـهـ لـمـ يـصـلـ إـلـىـ مـاـ يـسـبـبـ هـذـاـ، فـيـؤـجـلـهـ القـاضـىـ سـنـةـ لـيـبـينـ بـعـورـ الفـصـولـ الـأـرـبـعـةـ الـمـتـتـلـفـةـ مـاـ إـذـاـ كـانـ عـجـزـهـ عـنـ مـبـاشـرـةـ الـمـسـاءـ لـعـارـضـ يـزـولـ أـوـ لـعـيـبـ، مـسـتـحـکـمـ، وـبـدـءـ السـنـةـ مـنـ يـوـمـ الـخـصـومـةـ إـلـاـ إـذـاـ كـانـ زـوـجـهـ صـرـيـضاـ أـوـ بـهـ مـاـ زـعـمـ شـرـعـيـ أـوـ طـبـيـعـيـ كـالـحرـامـ وـالـمـرـضـ فـتـبـدـأـ مـنـ حـيـنـ زـوـالـ الـمـانـعـ، وـلـاـ يـحـسـبـ مـنـ هـذـهـ السـنـةـ أـيـامـ غـيـرـهـاـ أـوـ مـرـضـهـ أـوـ مـرـضـهـ أـنـ كـانـ مـرـضـاـ لـاـ يـسـتـطـاعـ مـعـهـ الـوـقـاعـ، فـإـنـ مـضـتـ السـنـةـ وـعـادـتـ زـوـجـهـ إـلـىـ القـاضـىـ مـصـرـةـ مـلـىـ طـلـبـهـ لـأـنـهـ لـمـ يـصـلـ إـلـىـهـ طـلـقـتـ مـنـهـ . لـمـ كـانـ مـاـ تـقـدـمـ وـكـانـ الـبـيـنـ مـنـ تـقـرـيـرـ الطـبـيـبـ الـشـرـعـيـ أـنـ الـمـطـعـونـ مـلـىـهـ مـاـ زـالـتـ بـكـراـ تـحـفـظـ بـمـظـاـهـرـ الـعـذـرـيـةـ الـتـيـ يـتـمـيـزـ مـعـهـ الـقـولـ بـمـحدودـتـ مـعاـشـةـ، وـأـنـ الطـاهـنـ وـأـنـ خـلـاـ مـنـ أـسـبابـ الـعـنـةـ الـدـائـمـةـ إـلـاـ أـنـهـ قـدـ تـسـعـ عـوـاـمـلـ نـفـسـيـةـ

وعندئذ تكون مؤقتة ويمكن زوالها بزوال باعثها مما يهدى للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع، فإن الحكم إذا قضى بالتفريق على سنة من ثبوت قيام عيب العنة النفسية به دون إمهال ، يكون قد خالف القانون . لا يشفع في ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبيل الدعوى ، لأن مناط تتحقق عيب العنة المسوغ للفرقه عند الجنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التي يؤجل القاضي المدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها ، ومن ثم يتعين نقض الحكم لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن .

وحيث إنه وإن كانت المحكمة قد انتهت إلى وجوب الاعتداد بفترة الامهال أخذها بالراجح من مذهب أبي حنيفة عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتي أبقى عليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ إلا أنه لا يفوتها الإشارة إلى أن الامهال لا موجب له في خصوص العنة طبقاً لمذهب الإمام مالك الأمر الذي يعزز المحكمة إلى الاهابة بالشرع للبادرة إلى اصدار تشريع ينص فيه على الأحكام الموضوعية لكل مسألة على حدتها غير متقدمة بمذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية بما فيه تحقيق العدالة وفقاً لمقتضيات التطور .