جلسة ١٩ من نوفمبر سنة ١٩٧٥

برياسة السيد المستشار محمد أسعد محمود نائب رئيس المحكمة ، وعضوية السادة المستشارين : محمد محمد المهدى ، وسعد الشاذلى ، والدكتور رفعت خفاجى ، وحسن مهران حسن .

(٢٧٠)

الطعن رقم ٨ لسنة ٤٣ ق " أحوال شخصية " :

(١) أحوال شخصية . حكم " إصدار الحكم " . قضاة .

القضاء على المسلم . حظر توليه على غير المسلم . اقتصاره على ما يتحقق به الفصل فى الخصومة . مجرد اشتراك القاضى غير المسلم فى تلاوة الحكم . خروجه من نطاق هذا الحظر .

(٢) أحوال شخصية " التطليق " . خبرة .

حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب فى الرجل . شرطه . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر . المادتان ٩ و ١١ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠

(٣) أحوال شخصية " التطليق " .

إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة عند الحنفية . شرطه . ألا يكون زوجها قد وصل إليها فى النكاح . العيب الحادث بعد الدخول . لا يثبت به خيار العيب . جواز التطليق — خلافا لذلك — دون يمين على الزوج . م ٩ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠

(٤) أحوال شخصية " التطليق " . محكمة الموضوع . نقض .

سلطة محكمة الموضوع فى تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج . بلا رقابة عليها من محكمة النقض متى قام قضاؤها على أسباب سائغة .

(٥) أحوال شخصية " الطلاق للضرر " .

إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة . شرطه . العنه الجنسية . عدم اعتبارها إضرارا فى معنى المادة ٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩

(٦) حكم . نقض " السبب غير المنتج " .

لا يعيب الحكم متى أصاب النتيجة ذكر مادة فى القانون غير منطبقة على واقعة الدعوى . المثنى عليه . غير منتج .

١ — إذ كان القضاء على المسلم المحظور فى الشريعة الإسلامية توليه على غير المسلم، هو القضاء الذى تتمكن به ولاية غير المسلم على المسلم لانتفاء هذه الولاية شرعا ، فانه تمشيا مع علة الأصل يقتصر هـــذا الحظر على ما يتحقق به الفصل فى الخصومة لأن هذا الفصل هو مناط تمكن الولاية ، ومن ثم يخرج عن نطاق الحظر مجرد اشتراك القاضى غير المسلم فى الهيئة التى نطقت بالحكم بدلا من زميل له شارك فى الفصل فى الخصومة وعرض له مانع من تلاوة الحكم ، ذلك أن الاقتصار على المشاركة فى تلاوة الحكم لا يعدو كونه عملا إجرائيا بحت يحكمه قانون المرافعات والقوانين المكملة له عملا بنص المـادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية .

٢ — مؤدى نص المـادتين التاسعة والحادية عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من لرجل ان ثبت به عيب " مستحكم " لا يمكن البرء منه أصلا أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى للزوجة الإقامة مع زوجها المعيب إلا بضرر شديد . وتوسع القانون فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده كل ذلك على شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة .

٣ — إذ كانت المذكرة الإيضاحية للقانون — رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ — قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان . قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنه والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه ، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه الا بضرر ، وكان المقرر فى مذهب الحنفية ان من شرائط إباحة حق

التطليق للزوجة بسبب العنه الا يكون زوجها قد وصل اليها فى النكاح ، فإن كان قد وصل اليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق ،لأن حقها إنما هو فى أن يباشرها مرة واحدة وقد استوفته ، وما زاد عن ذلك لا يؤمر به قضاء بل ديانة فإن ما قرره الأحناف من أن القول للزوج بيمينه إذا وجدت الزوجة ثيبا أو كانت ثيبا من الأصل قاصر عندهم على العيب الذى يتبين بالزوج قبل الدخول وقبل الوصول إلى زوجته دون العيب الحادث بعد الدخول لأن هذا النوع الأخير لا يثبت به خيار العيب عندهم ، وعلى خلاف هذا المذهب أجازت المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطليق للعيب الحادث بعد الدخول دون أن توجب يمينا على الزوج ، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وان الضعف الجنسى طرأ بعد الدخول ، فان تحليفه اليمين يكون فى غير موضعه .

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

٥ — الإصرار الذى تعنيه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصد وتعمده سواء كان ضررا إيجابيا من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل ، أو ضررا سلبيا يتمثل فى هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو اليه الحاجة الجنسية على أن يكون ذلك باختياره لا قهرا عنه ، يؤيد ذلك أن المشرع استعمل لفظ "الاصرار" لا الضرر ، كما يؤيده ان مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء التى تتمخض كلها فى أن للزوج مدخلا فيها وردة متحكمة فى اتخاذها . والعنة النفسية لا يمكن عدها بهذه المثابة من قبيل الإصرار فى معنى المادة السادسة سالفة الإشارة لأن الحيلولة دون ممارسة الحياة الزوجية بسببها لا بد للزوج فيها بل هى تحصل رغما عنه وبغير إرادته .

٦ — إذ كان الحكم قد أصاب فى النتيجة وأن تنكب الوسيلة ، فلا يعيبه ما ورد به من تقريرات قانونية خاطئه إذ ذكر مادة فى القانون غير منطبقة على واقعة الدعوى ويضحى النعى عليه لهذا السبب غير منتج .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر ، والمرافعة و بعد المداولة .

حيث ان الطعن استوفى أوضاعه الشكلية

وحيث إن الوقائع — على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن — تتحصل فى أن المطعون عليها أقامت الدعوى رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٠ أحوال شخصيه "نفس" على الطاعن امام محكمه قنا الابتدائية طالبة تطليقها منه ، وقالت بيانا لها انها تزوجت به بصحيح العقد الشرعى فى ١٩٦٥/١٢/٢٢ وأنه دخل بها إلا أن حياتهما الزوجية لم تدم سوى أيام إذ أصيب الطاعن بعنة حالت بينه وبين مباشرة مهامه الزوجية وأنها تخشى على نفسها الفتنة ، ومن ثم أقامت دعواها بطلباتها سالفة البيان ، وبتاريخ ١٩٧٠/٩/١ حكمت المحكمة بندب الطبيب الشرعى لتوقيع الكشف الطبى على طرفى الخصومة لبيان مدى قابلية كل منهما للمواقعة الجنسية وما إذا كان الطاعن مصابا بعنة أم لا وتاريخ إصابته بها ومدى احتمال شفائه منها ، وبعد أن قدم الطبيب الشرعى تقريره وبتاريخ ١٩٧١/٣/٢٢ حكمت المحكمة بوقف الدعوى لمدة سنه قمرية ، وبتاريخ ١٩٧٢/٤/٣ حكمت المحكمة بتوجيه اليمين للطاعن بأنه خالط المطعون عليها منذ زواجهما وحتى خروجها من منزل الزوجية لخلفها ، وبتاريخ ١٩٧٢/٦/١٩ حكمت المحكمت باعادة عرض الطاعن على الطبيب الشرعى لبيان ما إذا كان قد شفى من العنة النفسية أم لا زالت ملازمة له ، وبعد أن قدم الطبيب الشرعى ملحق تقريره حكمت بتاريخ ١٩٧٢/١٢/٢٧ برفض الدعوى . استأنفت المطعون عليها هذا الحكم بالإستئناف رقم ١٠ س ٤٧ ق أسيوط طالبة الغاءه . وبتاريخ ١٩٧٣/٣/٢٢ حكمت محكمة الإستئناف بالغاء الحكم المستأنف وبتطليق المطعون عليها من الطاعن بائنا .

طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى بنقض الحكم ، وعرض الطعن على هذه الدائرة فى غرفة مشورة فقررت أنه جدير بالنظر ، وبالجلسة المحددة التزمت النيابة هذا الرأى .

وحيث إن الطعن بنى على أربعة أسباب ، ينعى الطاعن فى أولها على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون ، وفى بيان ذلك يقول أن الحكم المطعون فيه صدر وتلى علنا من هيئة أحد أعضائها غير مسلم هو المستشار ... ... ، وأنه يشترط فى القاضى — وفقا لمذهب الامام أبى حنيفة — أن يكون مسلما لأن الاسلام شرط فى جواز الشهادة على المسلم ، وأنه لهذا لا يجوز لغير المسلم القضاء على المسلم مطلقا سواء كان القضاء من غير المسلم نطقا بالحكم أو فصلا فى النزاع لأن النطق بالحكم عمل قضائى يجب أن يصدر من محكمة لها ولاية قضائية ولان الحكم لا تخلص له صفته القضائية إلا بالنطق به من قاض يتعين أن يكون مسلما فى قضايا الأحوال الشخصية للولاية على النفس بين المسلمين وأن مخالفة الحكم المطعون فيه لما تقدم تصمه بالخطأ فى تطبيق القانون .

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أنه لما كان القضاء على المسلم المحظور فى الشريعة الإسلامية توليه على غير المسلم هو القضاء الذى تتمكن به ولاية غير المسلم لانتفاء هذه الولاية شرعا فانه تمشيا مع علة الأصل يقتصر هذا الحظر على ما يتحقق به الفصل فى الخصومة لأن هـذا الفصل هو مناط تمكن الولاية ، ومن ثم يخرج عن نطاق الحظر مجرد إشتراك القاضى غير المسلم فى الهيئة التى نطقت بالحكم بدلا من زميل له شارك فى الفصل فى الخصومة وعرض له ما نع من حضور تلاوة الحكم ، ذلك أن الاقتصار على المشاركة فى تلاوة الحكم لا يعدو كونه عملا إجرائيا بحت يحكمه قانون المرافعات والقوانين المكملة له عملا بنص المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أن الهيئة التى سمعت المرافعة الختامية ووقعت على مسودة الحكم وفق المادة ١٧٠ من قانون المرافعات مكونة من المستشارين ... ... و ... ... و ... ... ، وكان الطاعن لم يدع قيام مانع بأيهم يحول دون نظر الدعوى المعروضة والفصل فيها ، فإن الحكم المطعون فيه — فى واقع الأمر — يعتبر قد صدر من هذه

الهيئة دون ما اعتداد بأن المستشار ... ... قد حضر جلسة النطق بالحكم على الرغم منه أنه ممنوع من نظر الدعوى وفقا للمبدأ المتواضع عليه فى التشريع الإسلامى والسابق الإشارة اليه ، و يكون النعى على الحكم بهذا السبب على غير أساس .

وحيث أن حاصل النعى بالسببين الثالث والرابع على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والفساد فى الإستدلال ، وفى بيان ذلك يقول الطاعن أن الحكم استند فى قضائه بالتطليق إلى أن الثابت من تقريرى الطبيب الشرعى أنه مصاب بعنة نفسية ولا ينتظر أن يؤتى العلاج ثمرته مادام الشقاق بين الزوجين قائما وحائلا دون المودة والتعاطف من جانب الزوجة لمعاونته على اجتياز هذه المرحلة من العلاج ، وذلك عملا بالمادة ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الذى أجاز الاستعانة بأهل الخبرة فى إثبات العيب المجيز للتطليق، فى حين أن ما تضمنه التقريران ليس إلا رأيا ظنيا لا يستند إلى دليل فنى أو علمى يعتد به شرعا خاصة وأنهما غير قاطعين فى ثبوت إصابة الطاعن بالعنة النفسية التى لا يمكن الوقوف عليها بالفحص الاكلينيكى ، وهو ما يعيب الحكم بالفساد فى الإستدلال . هذا إلى أن الحكم لم يستدل على الإصابة بالعنة النفسية بقاعدة الإثبات الموضوعية فى الشريعة الإسلامية طبقا للراجح من مذهب أبى حنيفة، والتى تجعل القول للزوج بيمينه إن كانت الزوجة ثيبا ولهذه الأخيرة إن كانت بكرا ، وإذ قضى الحكم بالتطليق على الرغم من ثبوت أن المطعون عليها ليست بكرا واقرارها بأنه فض بكارتها بعد الدخول مهدرا دلالة اليمين التى حلفها الزوج أمام محكمة الدرجة الأولى فانه يكون قد خالف القانون .

وحيث أن هذا النعى فى غير محله ، ذلك أن النص فى المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية على أن " للزوجة أن تطلب التفريق بينها و بين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل و لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجزام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد و رضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق

وفى المادة الحادية عشرة على أن "يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزوج من أجلها" يدل على أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الرجل اذا ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه اصلا أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى للزوجة الإقامة مع زوجها المعيب إلا بضرر شديد وتوسع القانون فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده كل ذلك على شريطه الا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة . ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت ان التفريق للعيب فى الرجل قسمان : قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهو عيوب العنة والجب والخصاء وباقى الحكم فيه وفقه ، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان المقرر فى مذهب الحنفية أن من شرائط إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة الا يكون زوجها قدوصل اليها فى النكاح ، فان كان قد وصل اليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق ،لأن حقها إنما هو فى أن يباشرها مرة واحدة وقد استوفته ، وما زاد من ذلك لايؤثر به قضاء بل ديانة فان ما قرره الاحناف من أن القول للزوج بيمينه إذا وجدت الزوجة ثيبا أو كانت ثيبا من الأصل قاصر عندهم على العيب يتبين بالزوج قبل الدخول وقبل الوصول إلى زوجته دون العيب الحادث بعد الدخول لأن هذا النوع الأخير لايثبت به خيار العيب عندهم ، وعلى خلاف هذا المذهب أجازت المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ التطليق للعيب الحادث بعد الدخول دون أن توجب يمينا على الزوج ، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وأن الصعف الجنسى طرأ بعد الدخول فإن تحليفه اليمين يكون فى غير موضعه . لما كان ذلك وكان تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج الذى لا يرجى زواله أولا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر منه الزوجة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة ، وكان البين

من التقرير الطبي الشرعى الذى أخذ به الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقر فيه بأن عدم تعاون المطعون عليها معه فى ممارسة العملية الجنسية سببت له الكثير من الضيق وكان له أسوأ الأثر فى نفسيته وقد نتج عن ذلك تغير فى قوة الانتصاب ... كما أثبت التقرير فى نتيجته أنه مع استمرار الشقاق والتنافر بين الزوجين فليس من المحتمل أن تزول هذه العنة النفسية ، وكان الحكم المطعون فيه عقب على ذلك التقرير بقوله "فإن قيام هذه الحالات بالزوج حتى الآن لاشك تضر بالزوجة المستأنفة ضررا بليغا وقد تسبب لها اضطراب أعصابها وقد بارحت منزل الزوجية خشية أن يصيبها الضرر من إجراء هذه الحالة ، فإذا أضيف إلى ماتقدم أن ملازمة هذه الحالة عند الزوج هذه المدة الطويلة وهى حوالى اربعة سنوات دون أن يشفى أو تحسن حالته وكانت الزوجة شابة يخشى عليها من الفتنة فإن قيام هذه الحالة يؤدى إلى التعاسة والضرر و ينتفى معه الغرض السامى من الحياة الزوجية من الرحمة والمودة . وكان يبين من هذا الذى أورده الحكم أنه استخلص أن الطاعن مصاب بعنه نفسية لايرجى زوالها منعته من الاتصال الجنسى بالمطعون عليها — هى عيب يبيح للزوجة طلب التطليق — واستند فى ذلك إلى أسباب سائغة ، وما أثاره الطاعن لايعدو أن يكون مجادلة فى تقدير موضوعى لايقبل أمام محكمة النقض ويكون النعى على الحكم بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال على غير أساس .

وحيث أن الطاعن ينعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون ، وفى بيان ذلك يقول أن الحكم ذهب إلى أن العنة النفسية بأعراضها من صنوف الاضرار التى لايمكن معها للزوجة الاستمرار فى المعاشرة الزوجية ويوجب التطليق ، أخذا بالمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى حين أن هذه المادة يقتصر نطاقها على الاضرار المتعمد من الزوج بالزوجة ويقصد به حالات الشقاق لسوء العشرة وليست العنة النفسية من قبيل الإضرار المعنى بها و إنما هى عيب يجيز التطليق عملا بالمادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ إذا توافرت شرائطه الشرعية والقانونية الأمر الذى يعيب الحكم .

وحيث إنه لما كان النص فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ... يدل على أن الأضرار الذى تعنيه المادة يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعمده سواء كان ضررا إيجابيا من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل ، أو ضررا سلبيا يتمثل فى هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعوا إليه الحاجة الجنسية على أن يكون ذلك باختياره لا قهرا عنه ، يؤيد ذلك أن المشرع استعمل لفظ الاضرار لا الضرر ، كما يؤكده أن مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأى نوع من أنواع الإيذاء التى تنخض كلها فى أن للزوج مدخلا فيها وإرادة متحكمة فى ايجادها . ولئن كانت العنة النفسية لا يمكن عدها بهذه المثابة من قبيل الاضرار فى معنى المادة السادسة سالفة الإشارة لأن الخيلولة دون ممارسة الحياة الزوجية بسببها لا يد للزوج فيها بل هى تحصل رغما عنه وبغير إرادته مما يكون معه الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون ، إلا أنه لما كانت هذه العنة النفسية تعد عيبا يستوجب تطبيق المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على ما سلف تفصيله بالسبب السابق وتوجب عند توافرها التطليق طلقة بائنة فان الحكم يكون قد أصاب فى النتيجة وأن تنكب الوسيلة ولا يعيبه ما ورد بأسبابه من تقريرات قانونية خاطئة إذ ذكر المادة فى القانون غير منطبقة على واقعة الدعوى ويضحى النعى عليه لهذا السبب غير منتج .

وحيث إنه لما تقدم يكون الطعن برمته متعين الرفض .