جلسة ٢٤ من مارس سنة ١٩٩٢

برئاسة السيد المستشار / عادل يومى نصار نائب رئيس المحكمة وعضوية السادة المستشارين / سعيد غريانى ،عبد المنعم محمد الشهاوى ، مصطفى جمال شفيق وعبد الحميد الحلفاوى .

(١٠٧)

الطعن رقم ١١٤ لسنة ٥٩ القضائية «أحوال شخصية»

(١) أحوال شخصية «المسائل الخاصة بالمسلمين: التطليق للضرر، التطليق للزواج بأخرى» «دعوى الأحوال الشخصية: الحكم فيها». حكم «حجية الحكم». قوة الأمر المقضى.

الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها. شرطه. اتحاد الموضوع والخصوم والسبب فى الدعويين. اختلاف السبب فى دعوى التطليق طبقاً للمادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ عن السبب فى دعوى التطليق طبقاً للمادة ١١ مكرر من ذات القانون المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . علة ذلك.

(٢) دعوى نقض «أسباب الطعن: أسباب قانونية يخالطها واقع».

النعى على الحكم بعدم إعلان الطاعن بتغيير سبب الدعوى الذى تم فى غيبته وعدم تمسكه بذلك أمام محكمة الموضوع. دفاع قانونى يخالطه واقع. عدم قبول التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض.

(٣) أحوال شخصية «المسائل الخاصة بالمسلمين: التطليق للزواج بأخرى».

الحكم بالتطليق وفق المادة ١١ مكرر من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . شرطه. ثبوت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة. عدم اشتراط استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طالت أم قصرت.

---

١ £ - £المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط للحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يتحد الموضوع والخصوم والسبب فى الدعويين فإذا تخلف أحد هذه

الشروط امتنع تطبيق قاعدة قوة الأمر المقضى. وكان السبب فى دعوى التطليق طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يخالف السبب فى دعوى الزوجة التطليق على زوجها لتضررها من زواجه عليها بأخرى طبقاً لنص المادة ١١ مكرر من القانون المذكور المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . إذ الضرر المبيح للتطليق وفق نص هذه المادة الأخيرة هو ضرر خاص على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها كانت قد أقامت الدعوى رقم ٩٦١ لسنة ١٩٨٢ كلى أحوال شخصية الجيزة بطلب التطليق على الطاعن للضرر الذى تحكمه المادة السادسة آنفة الذكر ثم طلبت فى الدعوى الراهنة التطليق على الطاعن لا يقاعه الضرر بها لزواجه عليها بأخرى الذى تحكمه المادة ١١ مكرر سالفة الذكر بما يكون معه السبب فى كل من الدعويين مغايراً للسبب فى الدعوى الأخرى ولا يكون للحكم الصادر برفض الدعوى الأولى حجية مانعة من نظر الدعوى الثانية ويكون من ثم النعى على الحكم فى هذا الصدد على غير أساس.

٢ – المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدفاع القانونى الذى يخالطه واقع ولم يسبق طرحه على محكمة الموضوع لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، لما كان ذلك وكان الثابت من الاوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بعدم إعلانه بالطلب العارض المقدم من المطعون ضدها والذى تضمن تغييراً لسبب دعواها وهو دفاع قانونى يخالطه واقع فإنه لا يقبل التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض.

٣ – النص فى المادة ١١ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن «... ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه فى العقد ألا يتزوج عليها. فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ....» يدل على أن الشارع إشترط للحكم بالتطليق وفق نص هذه المادة أن يثبت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى بما يتعذر مع دوام العشرة بينهما ولم يستلزم لوجوب تحققه استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طالت أم قصرت.

المحكمة

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

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٥٢٧ لسنة ١٩٨٦ كلى أحوال شخصية الجيزة على الطاعن للحكم - وفقاً لطلباتها المعدله - بتطليقها عليه لزواجه بأخرى وقالت بيانا لدعواها إنها زوجته بصحيح العقد الشرعى وعلى عصمته وفى طاعته ولم يدخل بها منذ عقد قرانه عليها فى ١٩٨٠/٢/٣ وتزوج عليها بأخرى وإذ تضررت من ذلك فقد أقامت الدعوى. أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وبعد أن سمعت شاهدى المطعون ضدها حكمت فى ١٩٨٧/٤/٢٦ بتطليق المطعون ضدها على الطاعن. استأنف الطاعن هذا الحكم لدى محكمة إستئناف القاهرة بالاستئناف رقم ٦٢٦ لسنة ١٠٤ ق وبتاريخ ١٩٨٩/٣/٩ حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض. قدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن. عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينعى الطاعن بالسبب الثانى منها والوجه الأول من السبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول إنه سبق للمطعون ضدها أن أقامت الدعوى رقم ٩٦١ لسنة ١٩٨٢ كلى أحوال شخصية الجيزة على الطاعن للحكم بتطليقها عليه للضرر إعمالاً لنص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقضى بالرفض بموجب الحكم الصادر فى الاستئناف رقم ١٧٦ لسنة ١٠٢ ق القاهرة وأضحى هذا القضاء نهائياً وحاز قوة الأمر المقضى فى دعوى الطلاق ثم أقامت الدعوى الماثلة بذات الطلبات فى الدعوى السابقة وإذ قضى الحكم المطعون فيه فى هذه الدعوى بتطليق المطعون

ضدها عليه إستناداً إلى إضراره بها فإنه يكون قد فصل فى النزاع خلافاً لحكم سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى وناقض بذلك حجية هذا الحكم وهو ما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط للحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يتحد الموضوع والخصوم والسبب فى الدعويين فإذا تخلف أحد هذه الشروط امتنع تطبيق قاعدة قوة الأمر المقضى . وكان السبب فى دعوى التطليق طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يخالف السبب فى دعوى الزوجة التطليق على زوجها لتضررها من زواجه عليها بأخرى طبقاً لنص المادة ١١ مكرر من القانون المذكور المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . إذ الضرر المبيح للتطليق وفق نص هذه المادة الأخيرة هو ضرر خاص على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها كانت قد أقامت الدعوى رقم ٩٦١ لسنة ١٩٨٢ كلى أحوال شخصية الجيزة بطلب التطليق على الطاعن للضرر الذى تحكمة المادة السادسة آنفه الذكر ثم طلبت فى الدعوى الراهنة التطليق على الطاعن لإيقاعه الضرر بها لزواجه عليها بأخرى الذى تحكمه المادة ١١ مكرر سالفة الذكر بما يكون معه السبب فى كل من الدعويين مغايراً للسبب فى الدعوى الأخرى ولا يكون للحكم الصادر برفض الدعوى الأولى حجية مانعة من نظر الدعوى الثانية ويكون من ثم النعى على الحكم فى هذا الصدد على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثالث والوجه الثانى من السبب الأول على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والبطلان وفى بيان ذلك يقول إنه لما كانت المطعون ضدها قد أقامت دعواها بطلب التطليق عليه للضرر الذى تحكمه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ثم عدلت طلباتها إلى طلب التطليق عليه لزواجه بأخرى الذى تحكمه المادة ١١ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو منها طلب عارض يتضمن تغيير سبب الدعوى أبدى من المطعون ضدها فى غيبته

ولم يعلن به فإن الحكم المطعون فيه إذ فصل فى موضوع هذا الطلب بتطليق المطعون ضدها عليه رغم ذلك فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى غير مقبول ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدفاع القانونى الذى يخالطه واقع ولم يسبق طرحه على محكمة الموضوع لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بعدم إعلانه بالطلب العارض المقدم من المطعون ضدها والذى تضمن تغييراً لسبب دعواها وهو دفاع قانونى يخالطه واقع فإنه لا يقبل التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الرابع والوجهين الثانى والثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال وفى بيان ذلك يقول إنه لما كان يشترط للحكم بالتطليق للضرر طبقاً لنص المادة ١١ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ثبوت تضرر الزوجة من زواج زوجها عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بينهما وكان التطبيق الصحيح لهذا النص يستلزم استمرار الحياة الزوجية لفترة بعد الزواج من أخرى وذلك للتحقق من ثبوت الضرر وامكانية تعذر الحياة الزوجية وشرط تحقق العدل بين الزوجات من عدمه وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها قد نشزت عن طاعته وأخلت بواجب الإقامة المشتركة معه والقرار فى منزل الزوجية وامتنعت عن أن تزف إليه بما لا يصح معه القول بتضررها من زيجته الثانية فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى رغم ذلك بالتطليق على سند من زواج الطاعن على المطعون ضدها بأخرى فإنه يكون قد جعل مجرد الزواج بأخرى يتحقق به الضرر الموجب للتفريق دون اعتبار لوجوب ثبوته فى جانب الزوجة على ما تقضى به المادة ١١ مكرر المذكورة بما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى فى غير محله ذلك أن النص فى المادة ١١ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن « .... ويجوز للزوجة التى تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه

فى العقد ألا يتزوج عليها . فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة ....» يدل على أن الشارع اشترط للحكم بالتطليق وفق نص هذه المادة أن يثبت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بينهما ولم يستلزم لوجوب تحققه استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طالت أم قصرت ، لما كان ذلك وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لقاضى الموضوع السلطة فى تقدير دواعى الفرقة بين الزوجين وبحث دلالتها والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها مادام يقيم حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى خلص إليها وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على ما استخلصه سائغاً من بينة المطعون ضدها الشرعية أنه قد لحقها ضرر من زواج الطاعن عليها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بينهما وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ له مأخذه من الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فإن النعى عليه فى هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير أدلة الدعوى مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .