جلسة ١٤ من ديسمبر سنة ١٩٧٧

برئاسة السيدالمستشار نائب رئيس المحكمةمحمد أسعد محمود رئيسا وعضوية السادة المستشارين: الدكتور ابراهيم صالح ، ومحمد الباجورى ، وصلاح نصار ، وابراهيم فراج .

(٣٠٨)

الطعن رقم ٢٠ لسنة ٤٦ ق " أحوال شخصية" :

(١ ، ٢) أحوال شخصية " الطلاق " .

(١) حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب المستحكم فى الزوج . شرطه . جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى الضرر .

(٢) طلب الزوجة التطليق بسبب عنة الزوج . وجوب أمهال المحكمة للزوج مدة سنة لأمكان معاشرة زوجته . بدء سريان السنة من يوم الخصومة ألا فى حالات معينة لايقدح فى ذلك عجز الزوج عن مباشرة زوجته مدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى .

١ — مفاد نص المادتين التاسعة والحادية عشر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستحكم لايمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لايتسنى معها الإقامة معه الا بضرر شديد ، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولا الاستعانه بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم من الاقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة ألاتكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة . ولما كانت المذكرة الايضاحية للقانون قد اوضحت ان التفريق للعيب فى الرجل قسمان قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنه والخصاء ، وباق الحكم فيه وثقة وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لاتعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان مانصت عليه المادة ١١

سالفة الذكر من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما إذا كان متحققا فيه الأوصاف التى أشارت إليها ، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك ، وما إذا كان مسوغا لطلب التطليق أولا .

٢ — إذا كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للاجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة ، فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فوات البرء من المرض أو يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنه من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لما كان ذلك وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع مباشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لازالت بكرا وأنه لم يصل اليها فيؤجله القاضى سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام والمرض فتبدأ حين زوال المانع ، ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضا لا يستطاع معه الوقاع ، فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل اليها طلقت منه ، لما ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه تبين من تقرير الطب الشرعى أن المطعون عليها مازالت بكرا تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة ، وأن الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن مابه من عيب قد يكون ناتجا عن عوامل نفسية ، وعندئذ تكون عنته مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إمهال ، يكون قد خالف القانون . لا يشفع فى ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها إستمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى لان مناط تحقق عيب العنه المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج من الوصول

الى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى اليها وبالشروط السابق الإشارة اليها .

المحكمة

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

وحيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع — على مايبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن تتحصل فى أن المطعون عليها أقامت الدعوى رقم ٣٣١ سنة ١٩٧٣ أحوال شخصية نفس أمام محكمة القاهرة الابتدائية ضد الطاعن طالبة الحكم بتطليقها عليه طلقة بائنة ، وقالت بيانا لدعواها أنها تزوجته بعقد شرعى صحيح وثق فى ١٣/٧/١٩٧٠ وأقامت معه فى منزل الزوجية منذ العقد حتى ٥/٦/١٩٧٣ ، ورغم إنقضاء هذه المدة فأنها لاتزال بكرا بسبب عدم قدرة الطاعن على الدخول بها لأن به عنه تجعله غير قادر على مباشرة النساء ولا أمل فى شفائه منها . وإذ كانت شابة وتخشى على نفسها من الفتنة وقد امتنع الطاعن عن تطليقها ظلما وعنادا فقد أقامت الدعوى وبتاريخ ١٧/٣/١٩٧٤ حكمت المحكمة بندب مصلحة الطب الشرعى لتوقيع الكشف الطبي على الطاعن لبيان حالته الصحية، وما إذ كانت لديه قدرة على مباشرة النساء من عدمه ، ولتوقيع الكشف الطبى على المطعون عليها لبيان ما إذا كانت لاتزال بكرا من عدمه وبعد أن قدم الطبيب الشرعى تقريره عادت وحكمت بتاريخ ٢٣ / ٣ / ١٩٧٥ بتطليق المطعون عليها من الطاعن طلقة بائنة . إستأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٩ لسنة ٩٢ ق أحوال شخصيه القاهرة طالبا إلغاؤه ورفض الدعوى . وبتاريخ ٤/٤/١٩٧٦ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف طعن الطاعن على هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأى بنقض الحكم . عرض الطعن على هـذه

المحكمة فى فرقة مشورة فرأته جديرا بالنظر ، وبالجلسة المحددة إلتزمت النيابة رأيها .

وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ، وفى بيان ذلك يقول أن المقرر قانونا أن العجب يثبت بكافة طرق الإثبات ، أما العنة والخصاء فإنه لا يقضى بالتفريق فيها بمجرد طلب الزوجة ، بل لابد من تأجيلها سنة قمرية لاحتمال أن يكون عدم وصول الزوج إليها يرجع زوالها . وإذ كانت محكمة الموضوع قد رفضت إعطاءه سنة قمرية كاملة لمعاشرتها معاشرة زوجية قبل القضاء بالتفريق تأسيسا على أنه لاجدوى من الإمهال لإستحالة وصول الطاعن لها رغم أن تقرير الطب الشرعى يؤكد صلاحيته لمباشرة النساء فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون .

وحيث إن هذا النعى فى محله ، ذلك أن النص فى المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية على أن " للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لايمكن البرء منه بعد زمن طويل لايمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجزام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث ذلك بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق" ، وفى المادة الحادية عشرة على أن "يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها" يدل — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — على أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستحكم لايمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لايتسنى لها الاقامة معه إلا بضرر شديد ، وأنه توسع 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 شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة . ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون 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 العنة والخصاء و باق الحكم فيه وفقه ، وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لاتعيش الزوجة معه إلا بضرر ، وكان ما نصت عليه المادة ١١ سالفة الذكر من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما إذا كان متحققا فيه الأوصاف التى أشارت اليها ، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك وما إذا كان مسوغا لطلب التطليق أولا ، وكان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للاجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة ، فلم يعين الزمن الطويل الذى لايمكن بعد فواته البرء من المرض ، أو يبين مايرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية طبقا للمادة ١٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، لما كان ذلك وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا أدعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع معاشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لازالت بكرا ، وأنه لم يصل اليها ، فيؤجله القاضى سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم ، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضا أو به مانع شرعى أو طبيعى كالاحرام والمرض فتبدأ حين زوال المانع ولايحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضا لايستطاع معه الوقاع فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل اليها طلقت منه لما كان ماتقدم ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه تبين من تقرير الطبيب الشرعى أن المطعون عليها مازالت بكرا تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة ، وأن الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن مابه من عيب قد يكون ناتجا عن عوامل نفسية ، وعندئذ تكون عنته مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع ، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إمهال ، يكون قد خالف القانون . لايشفع فى ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها إستمر لأكثر من سنة قبل رفع

الدعوى ، لأن مناط تحقق عيب العتة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل إستمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابقة الإشارة إليها ومن ثم يتعين نقض الحكم لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

وحيث إن المحكمة وإن كانت قد انتهت — التزاما منها بأداء مهمتها رقابة التطبيق القانونى الصحيح — إلى وجوب الاعتداد بفترة الإمهال خذا بالراجح فى مذهب أبى حنيفة تطبيقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أبقى عليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، إلا أنه إستكمالا لاداء رسالتها لايسعها إلا أن تعاود الإشارة إلى أن الامهال لاموجب له فى خصوص العنة طبقا لبعض المذاهب الأخرى وفى رأى بعض الفقهاء المحدثين وألا أن تكرر الاهابه بالمشرع إلى إصدار تشريع ينص فيه على الأحكام الموضوعية لكل مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، غير متقيدة فى ذلك بمذهب معين ، بحيث يكون الحكم الذى يؤثره المشرع هو الذى يتفق مع تطور الحياة الاجتماعية ، ومع الاستقرار المنشود للأسره المصرية ، وفى يقين هذه المحكمة أن الشريعة الأسلامية الغراء تأبى الجمود ، وتستعصى على التخلف والركود ، وتقتضى مرونتها أن تستجيب للحياة مايقيت أو تغيرت تلك الحياة .