

جلسة ٥ من يونيو سنة ١٩٧٤

برئاسة السيد نائب رئيس المحكمة المستشار أ Ahmad حسن هيكل وعضوية السادة المستشارين : محمد أسعد محود ، وابراهيم السعيد ذكرى ، وإسماعيل فورمات عثمان ، وجلال عبد الرحيم عشان

(١٦٢)

الطعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ القضائية "أحوال شخصية" .

(١و٢و٣و٤) **أحوال شخصية "الاثبات"** . إثبات "البيبة" . قانون دولي

(١) التطبيق للضرر . وجوب اثباته طبقاً لأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة ، رغم أنه منقول من مذهب مالك . المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . البيبة تكون من وحيدين أو من رجل وأمراتين .

(٢) السفير لا يملك القضاء على مواطنيه الموجودين بالدولة المعتمدة لديها . اعتباره في مقام الشهادة أمام المحاكم في أمر بين زوجين ، كغيره من أفراد الناس .

(٣) وجوب معاينة الشاهد المشهود عليه بنفسه ، فيما لا تقبل فيه الشهادة بالسمع .
الطلاق لا تقبل فيه الشهادة بالسمع .

(٤) الشهادة . اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لاثبات حق حل الفير ولو بلا دعوى . الشاهد . يشترط فيه الاسلام اذا كان المشهود عليه مسلماً ووجود المسلم المشهود اليه في غير دار الاسلام . عدم اعتباره ضرورة مسوغة لمخالفته لهذا الشرط . عله ذلك .

(٥) **أحوال شخصية "الطلاق"** . استئناف "نطاق الاستئناف" دعوى "الطلبات في الدعوى" . نقض .

ازفعة الزوجة دعواها بالتطبيق للضرر . المادة /٢٥/ م . ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . اعتبارها أيام محكمة الاستئناف امتناع زوجها عن الاقلاق عليه . المواد ٤٤ و ٤٥ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . بعد طلباً جديداً مختلفاً في موضوعه عن الطلب الأول . عله ذلك . النعي على الحكم بأنه أغلل الرد هل طلب التطبيق لعدم الاقلاق . غير منتج .

(٦) **أحوال شخصية "الطلاق"** . دعوى "الدفاع في الدعوى" . مسئولية .
نقض .

ادعاء الزوج في دعوى التقليق ، بأن زوجته كانت على علاقة غير شرعية به وحملت منه قبل للزواج . أمر لا يقتضيه حق الدفاع . ويحجب القضاء بالتقليق لانطواه ذلك الادعاء على مضاراة — لا يمكن معها استدامة العشرة الزوجية .

١ — تقضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحالـت إليها المادة السادسة من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، بأن تصدر الأحكام طبقاً للذوون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة فيما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فتصدر الأحكام طبقاً لها . وإذا كان المشرع بعد أن نقل حكم التقليق للضرر من مذهب مالك ، لم يحمل في انباته إلى هذا المذهب ، كما لم ينص على قواعد خاصة في هذا الشأن ، فيتعين الرجوع في قواعد الإثبات المترتبة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال و مذهب أبي حنيفة عملاً بما تنص عليه المادة ٢٨٠ موالفة الذكر ، فتكون البينة من رجـلين أو من رجل وأمرأتين في خصوص التقليق للضرر .

٢ — السفير لا يملك مباشرة حق القضاء على مواطنـيه الموجودـين على أقليم الدولة المعتمـدة لديه أو دوـفي ظـام التـهـادـة أمام المحـاكـمـ في أمرـ بين زـوجـينـ كـفـيرـةـ من أفرـادـ آنـاسـ ، فـلاـ تـغـيـرـ صـفـتـهـ عنـ وجـوبـ توـافـرـ نـصـابـ التـهـادـةـ .

٣ — من ثبوـطـ تـهـادـةـ ، مـعاـيـنةـ الشـاهـدـ المشـهـودـ عـلـيـهـ بـنـفـسـهـ لـابـغـرـهـ نـيـاهـ لـاـ تـقـبـلـ فـيـ الشـهـادـةـ بـالـسـاعـهـ ، وـاـخـلـاقـ منـ بـيـنـ مـاـ لـاـ تـقـبـلـ فـيـهـ .

٤ — الشهادة في احـمـالـ الـفـقـوهـاءـ — وـدـلـيـلـ ماـ جـرـىـ بـهـ قـضـاءـ هـذـهـ الـحـكـمـةـ — هيـ اخـبـارـ حدـقـ فيـ بـاـنـ الحـكـمـ باـفـظـ الشـهـادـةـ لـاـثـبـاتـ حقـ عـلـيـهـ الغـيرـ ، وـلـوـ بلاـ دـعـرـىـ ، وـيـنـتـرـطـ فـيـ الشـاهـدـ الـإـسـلـامـ إـذـاـ كـانـ الشـهـودـ عـلـيـهـ سـلـماـ وـعـلـلـواـ ذـكـ بـأـنـ الشـهـادـةـ ذـرـعـ فـرـوعـ الـأـلـيـانـ لـفـيـهـ ، فـنـيـفـ الـإـلـزـامـ بـالـحـكـمـ وـلـاـ وـلـيـةـ لـفـيـ الـأـمـلـ عـلـىـهـ . وـإـذـاـ كـانـ الحـكـمـ المـاطـعونـ فـيـهـ — عـلـىـ الـأـسـاسـ الـمـتـقـدـمـ — لـمـ يـقـبـلـ الـاقـرـاراتـ الـمـذـهـوبـةـ إـلـيـهـ إـلـيـ السـيـدـاتـ النـسـوـيـاتـ لـأـنـهـاـ صـدـرـتـ فـيـ غـيرـ — بـحـامـ الـقـضـاءـ ، وـمـنـ مـسـيـحـيـاتـ عـلـىـ مـسـلـمـ ، وـكـانـ لـاـ يـحـلـ لـلـأـخـذـ بـهـذـهـ الـاقـرـاراتـ وـاعـبـارـهـ قـرـيـنةـ قـاـدـمـةـ فـيـ حـالـةـ الـضـرـورةـ ، ذـكـ أـنـ الـفـقـهـ الـمـعـولـ بـهـ

لا يجوز شهادة غير المسلم على المسلمين قصداً لأنها من باب الولاية هل ماسنف ، والاقرارات المقدمة تتضمن شهادة مقصودة من غير المسلم على المسلم ، ووجود المسلم في غير دار الاعلام ، لا يعتبر ضرورة مسوغة لهذه الشهادة فنها كما أن الولاية مقطوعة باختلاف الدارين بين مقدمي الاقرارات — السيدات النسويات — وبين الزوجين . لما كان ذاك فإن الحكم المطعون فيه ، إذ لم يقبل الاقرارات المذكورة ، يكون قد التزم المنهج الشرعي السليم ويكون النعى عليه في غير محله .

٥ — لما كانت الطاعنة قد أقامت دعواها ضد المطعون عليه بطلب تطليقه منه طلقة بائنة للضرر عملاً بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكان ما أضافته الطاعنة أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه أتمم عن الاتفاق عليها بعد أن تزوجها ، يعد طلباً جديداً — يختلف في موضوعه عن الطلب الأول ، لأن الطلق بسبب عدم الاتفاق يقع رجعياً ، وله أحكام مختلفة أوردها المواد ٤٠ و ٥٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وبالتالي فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف ، عملاً بما تقضي به المادة ٣٢١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا في الاستئناف طلبات بدعوى جديدة غير الدعوى الأصلية ، إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية ، وهي من المواد التي أبقى عليها القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٥٥ . لما كان ذاك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يرد على طلب التطبيق لعدم الاتفاق يكون غير منتج .

٦ — إذ كان ثابت في الدعوى أن المطعون عليه — الزوج — قدم بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تنزيلاً من مستشفي فريتنا على عليه بأن الطاعنة — زوجته — كانت حاملاً منه قبل أن يعتذر لها ، وأنه أحياها وورث منها موقف الرجلة ، لأنه كان في استطاعته إلا يتزوجها ، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنساء بأن الطاعنة كانت تقيم معه قبل الزواج في مسكن واحد ، وذلك ردًا على إدعائها بأنه لم تدرس أخلاقيه الدراسة الكافية قبل الزواج ، وقد نمسكت الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القذف الشائن من المطعون عليه

في حقها كان تنفيذاً لوعده أمام السفير المصري بالتحسأ بأنه سيسهـ تخدم كل وسيلة لانتهـ بـها أو أقامت عليه دعوى بالطلاق ، وأن هذا يكـنـ لـائـاتـ الضـرـرـ بما لا يمكن معـهـ استـدامـةـ العـشـرةـ . ولـماـ كـانـتـ العـبـارـاتـ الـتـيـ أورـدـهـاـ المـطـعـونـ عـلـيـهـ عـلـىـ النـحـوـ السـالـفـ الـبـيـانـ لـاـ يـسـتـلزمـهـ الدـفـاعـ فـيـ القـضـيـةـ الـتـيـ رـفـعـتـهـ عـلـيـهـ الطـاعـنةـ بـطـلـيـقـهـ مـنـهـ لـلـخـرـرـ ذـلـكـ أـنـ بـجـرـدـ قـوـلـ الطـاعـنةـ بـأـنـ فـتـرـةـ الـخـطـبـةـ كـانـتـ منـ القـصـرـ بـحـبـثـ لـمـ تـسـمـحـ لـهـ بـالـتـعـرـفـ عـلـىـ أـخـلاقـ المـطـعـونـ عـلـيـهـ ، كـماـ أـنـ رـغـبـهـ فـيـ التـدـلـيلـ عـلـىـ حـبـهـ لـهـ وـوـقـوـفـهـ مـنـهـ مـوـقـفـ الرـجـولـةـ ، لـمـ يـكـنـ يـسـتـلزمـ أـنـ يـتـهمـهـ فـيـ خـلـقـهـ وـعـقـبـهـ مـدـعـيـاـ بـأـنـهـ كـانـتـ عـلـىـ عـلـاقـةـ غـيرـ شـرـعـيـةـ بـهـ ، وـحـلـتـ مـنـهـ قـبـلـ الزـواـجـ . لـمـ كـانـ ذـاكـ وـأـنـ الـحـكـمـ المـطـعـونـ فـيـهـ قـدـ اـتـهـ إـلـىـ أـنـ تـلـكـ الـبـعـارـاتـ يـقـنـصـيـهـ حـقـ الدـفـاعـ فـيـ الدـعـوـيـ فـاـنـهـ يـكـونـ قـدـ أـخـطـاـ فيـ تـطـبـيقـ القـانـونـ بـمـاـ بـوـجـبـ نـفـضـهـ . وـإـذـ كـانـ الـمـوـضـوعـ صـالـحـ لـلـفـصـلـ فـيـهـ ، وـأـنـ مـاـ تـسـبـهـ المـطـعـونـ عـلـيـهـ إـلـىـ الطـاعـنةـ عـلـىـ الـوـجـهـ الـمـقـدـمـ يـنـطـوـيـ عـلـىـ مـضـارـةـ لـاـ يـكـنـ مـعـ وـجـودـهـ اـسـتـدامـةـ العـشـرةـ الزـوـجـيـةـ بـيـنـهـماـ ، فـاـنـهـ يـتـعـينـ الـقـضـاءـ بـطـلـيـقـ الطـاعـةـ مـنـ المـطـعـونـ عـلـيـهـ طـلـقةـ باـئـنةـ للـضـرـرـ عـمـلاـ بـحـكـمـ الـسـادـسـةـ مـنـ الـمـرـسـومـ بـقـانـونـ رـقـمـ ٢ـ٥ـ لـسـنـةـ ١ـ٩ـ٢ـ٩ـ

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والرافعة وبعد المداوله .

حيث إن الطعن استوف أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الواقع - حسبها يبين من الحكم المطعون فيه وسائل أوراق الطعن - تتحقق في أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٤٥ لسنة ١٩٧٦ أمام محكمة العين الابتدائية للأحوال الشخصية ضد المطعون عليه طالبة الحكم بتطليقها منه طلقة بائنة للضرر ، وقالت تبليغاً لدعواها أنها تزوجت المطعون عليه بتاريخ ٨ من فبراير ١٩٦٤ في مصر ، وسافرا قبل نهاية ذلك الشهر إلى مدينة فيينا بالمسا للأعام دراستهما ، وما أن استقر بها المقام حتى دأب على إهانتها بالسب والضرب

وحدث أن اعتدى عليها أثناء حملها مما استدعى نقلها إلى المستشفى وتم إجهاضها في ٢٠ من مايو ١٩٦٤ ، وبادر والدها بالذهاب إليها وسافرت معهما إلى مصر في ٢٠ من يونيو ١٩٦٤ لإتمام علاجها ، ثم عادت برفقة المطعون عليه إلى فيما في أواخر شهر أكتوبر ١٩٦٤ بعد أن أفلح والدها في التوفيق بينهما وأقنعاه بأن يحسن معاملتها ، ولكنها مالبث أن عاود سيرته الأولى ، ولما تكرر اعتداءه عليها اضطرت إلى الإلتجاء للسفارة المصرية وعرضت على رجالها آثار الضرب الظاهرة بجسمها ، ثم رأت أن تعود إلى ذويها بمصر ووافقتها المطعون عليه بعد أن حصل منها على مبلغ من المال ، غير أنه عند سفرها في شهر مارس ١٩٦٥ فأجأها بأنه لم يحصل على التأشيرة الازمة ، ولم تستطع الرحيل إلا بمعونة السفارة المصرية ، وإذا كانت هذه الأمور مما لا يسعها طاعع معهما دوام العشرة بينما ، وكان المطعون عليه قد رفض تطبيقها إلا إذا تقاضى مبلغًا حدد بخمسة آلاف من الجنيهات ، فضلًا عن تشهيره بها أثناء نظر الدعوى بادعائه أنه كان يعاشرها وحملت منه قبل الزواج ، فقد انتهت إلى طلباتها سالفه البيان ، و بتاريخ ٢٨ من يونيو ١٩٦٦ حكمت المحكمة باحالة الدعوى إلى التحقيق لثبت الطاعنة أن المطعون عليه قد أساء إليها بما لا يسعها طاعع معه دوام العشرة بين أمثالها ، وبعد أن سمحت المحكمة شاهدي الطاعنة عادت و بتاريخ ٢٥ من أبريل ١٩٦٧ حكمت برفض الدعوى متأثرة هذا الحكم بالاستئناف المقيد برقم ٥٦ لسنة ٤٨٤ ق أحوال الشخصية الفدرة طالبة إلغاءه والحكم لها بطلباتها ، و بتاريخ ٢٣ من مارس ١٩٦٨ حكمت المحكمة برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف . طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة العامة أربع مذكرات أيدت في آخرها الرأى بنقض الحكم وبالحلسة المحددة لنقض الطعن التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الطعن يبني على خمسة أسباب ، تتعذر الطاعنة بالأسباب الثلاثة الأولى منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ، وفي بيان ذلك تقول أن الحكم لم يعول على أنوان سفير جمهورية مصر العربية بالنسا والأستاذ اللذين أشهدتهم في التحقيق وأهدر دلالة الإقرارات الكتابية المقدمة من السيدات النساويات اللائي أثبتن ما رأينه بشأن اعتداء المطعون عليه على الطاعنة ، مستندًا في ذلك إلى أن شهادة الشاهد الثاني لا تقبل لأنها سماعية

مقدمة عن الطاعنة والوالدها وأن شهادة السفير شهادة فرد لا يبني عليها حكم لأن للبيبة الشرعية في مثل هذا الموضع رجلان أو رجل وامرأتان ، هذا إلى أنه لا يشهد بنفسه واقعة اعتداء الزوج على زوجته بل اقتصر على معاينة آثاره ، وأن الإقرارات الموقع عليها من النسويات لا تصلح دليلاً لعدم صدورها في مجلس القضاء ولأنها لم تسبق بلفظ "أشهد" علاوة على أن من حررها السن ب المسلمين ولا ولائية لغير المسلم على المسلم ، في حين أنه لا يصح التحدى بنصاب الشهادة في مذهب إمام أبي حنيفة لأن انتطريق للضرر لا يقوم أصلاً على مذهبه ويجب الرجوع بصدره إلى مذهب الإمام مالك الذي نقل عنه المشرع حكمه في المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٩ ، والطاعنة لم تلتجأ إلى السفير المصري بالنمسا كفرد مادي ولكن بوصفه أعلى ساطة مصرية وجهة شكوى رسمية بالنسبة للصريين هناك ، وقد سمع شكوكها ورأى آثار اعتداء زوجها ظاهرة بجسمها وعاونها على المفروض ذويها ثم حاول تسوية الخلاف مع المطعون عليه وعلم منه أنه يطلب ثلاثة آلاف جنيه لإيقاع الطلاق ، وكثيراً أمور مرتبطة بوضعه كسفير فلا يلزم شرعاً حتى عند الاختلاف توافق نصابة الشهادة في شأنها خاصة وأما تعتبر مع غيرها شواهد حال وقرائن على صحة الدعوى . هذا إلى أن السباع طريق طبيعي لإثبات الغير الذي يحيز التفريق لانه بطبيعته يحدث أثناء المعاشرة داخل منزل الزوجية ولا يمكن الوقوف عليه إلا عن طريق السباع من الزوجة . علاوة على أن الشريعة المسماة ليست بالصورة المختلفة التي صورها بها الحكم المطعون فيه ، فهي بقصد تكين الفادى من الوجه إلى الصواب خولته القضاء بعلمه والأخذ بالعرف والعادة ، وقد جرى العرف في معاملات الناس على عدم وجوب أن يكون المتعامل أو الشاهد عليها مسلماً ، وشرط الإسلام في الشاهد إمتياز كان موجوداً في ظل الحكم الديني ولم يصبح له محل في هذه الأيام إذ عانا لحكم الضرورة خاصة إذا كانت الواقع حدثت في بلد غير إسلامي . كما أنه بعد أن أصبحت كيفية أداء الشهادة خاضعة لقانون المرافعات لم يعد يتشرط أن تكون بلفظ "أشهد" وقد جرى العمل في مسائل الأحوال الشخصية على قبول الشهادة المكتوبة من صدرت من شخص صدقت المحكمة صدورها منه كشهادات الأطباء وغيرهم ، ولذلك كان يجوز إهدار دلالة الإقرارات الكتابية التي قدمتها ، فضلاً عن

أنها تعتبر قرائناً وشواهد حال لإثبات وقائع المدعوى وهو جائز شرعاً ، الأمر الذي يعيّب الحكم بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه .

وحيث إن هذا النعي برره م ردود ، ذلك أنه لما كانت المادة ٢٨٠ من الأئمحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحالـت إلـيـها المـادـةـ السـادـسـةـ منـ القـانـونـ رقمـ ٦٢ـ لـسـنـةـ ١٩٥٥ـ تـقـضـيـ بـأـنـ تـصـدـرـ الـأـحـكـامـ طـبـقـاـ لـلـدـوـنـ فـهـذـهـ الـلـائـحةـ وـلـارـجـعـ الأـقـوـالـ مـذـهـبـ أـبـيـ حـنـيفـةـ فـيـ هـذـاـ الـاحـوـانـ الـتـيـ يـنـصـ فـيـهـ قـانـونـ المحـاـكـمـ الشـرـعـيـةـ عـلـىـ قـوـاـدـ خـاصـةـ فـتـصـدـرـ الـأـحـكـامـ طـبـقـاـ لـهـاـ ، وـكـانـ الـمـشـرـعـ بـعـدـ أـنـ نـقـلـ حـكـمـ التـطـلـيقـ لـلـضـرـرـ مـذـهـبـ مـالـكـ لمـ يـحـلـ فـيـ إـثـبـاتـهـ إـلـىـ هـذـاـ الـمـذـهـبـ كـمـ لـمـ يـنـصـ عـلـىـ قـوـاعـدـ خـاصـةـ فـيـ هـذـاـ الشـأـنـ ، فـيـتـمـ الرـجـعـ فـيـ قـوـاعـدـ إـلـاـئـبـاتـ الـمـتـصـلـةـ بـذـاتـ الدـلـيلـ إـلـىـ أـرجـعـ الـأـقـوـالـ فـيـ مـذـهـبـ أـبـيـ حـنـيفـةـ عـمـلاـ بـمـاـ تـنـصـ عـلـيـهـ المـادـةـ ٢٨٠ـ سـالـفـةـ الذـكـرـ ، فـتـكـوـنـ الـبـيـنـةـ مـنـ رـجـلـينـ أـوـ مـنـ رـجـلـ وـأـمـرـأـتـينـ فـيـ خـصـرـصـ التـطـلـيقـ لـلـضـرـرـ ، وـلـمـ كـانـ السـفـيرـ لـاـ يـمـلـكـ مـبـاـشـرـةـ حـقـ القـضـاءـ عـلـىـ مـوـاطـنـيهـ الـمـوـجـودـينـ عـلـىـ أـقـلـيمـ الـدـوـلـةـ الـمـعـتـمـدـ لـدـيـهـاـ وـهـوـ فـيـ مـقـامـ الـشـاهـدـةـ أـمـامـ الـمـحاـكـمـ فـيـ أـمـرـ بـيـنـ زـوـجـينـ — كـغـيرـهـ مـنـ أـفـرـادـ النـاسـ فـلـانـفـيـ صـفـتـهـ عـنـ وـجـوبـ توـافـرـ نـصـابـ الشـهـادـةـ ، وـكـانـ مـنـ شـرـوـطـ تـحـمـلـ الشـهـادـةـ مـعـاـيـنـةـ الشـاهـدـ المـشـهـودـ عـلـيـهـ بـنـفـسـهـ لـأـنـ بـغـيرـهـ فـيـهـ لـاـ تـقـبـلـ فـيـهـ الشـهـادـةـ بـالـتـسـامـعـ وـالـطـلاقـ مـنـ بـيـنـ مـاـ لـاـ تـقـبـلـ فـيـهـ ، وـلـمـ كـانـ حـكـمـ الـمـطـعـونـ فـيـهـ قـدـ أـسـبـعـ شـهـادـةـ الـأـسـتـاذـ لـأـنـهـ تـقـلـ عـنـ الطـاعـنةـ وـوـالـدـهـاـ وـلـمـ يـعـتـدـ بـشـهـادـةـ السـفـيرـ لـأـنـهـ شـهـادـةـ فـردـ لـاـ يـنـيـ عـلـيـهـ حـكـمـ وـلـمـ كـانـ الشـهـادـةـ فـيـ إـصـطـلـاحـ الـفـقـهـاءـ — وـعـلـىـ مـاـ جـرـىـ بـهـ قـضـاءـ هـذـهـ الـمـحـكـمةـ — هـىـ إـخـبـارـ صـادـقـ فـيـ بـلـغـ مـجـلسـ الـحـكـمـ بـلـفـظـ الشـهـادـةـ لـإـثـبـاتـ حـقـ عـلـىـ الـغـيرـ وـلـوـ بـلـادـعـيـ ، وـكـانـ يـشـرـطـ فـيـ الشـاهـدـ الـاسـلـامـ إـذـاـ كـانـ المـشـهـودـ طـلـيـهـ مـسـلـمـاـ عـلـىـ الـوـاـذـكـ بـأـنـ الشـهـادـةـ فـرعـ مـنـ فـرـوعـ الـوـلـاـيـةـ لـمـاـ فـيـهـ مـنـ الـالـزـامـ بـالـحـكـمـ وـلـاـلـيـةـ لـأـفـرـادـ الـمـسـلـمـ عـلـىـ مـسـلـمـ ، وـكـانـ حـكـمـ الـمـطـعـونـ فـيـهـ — عـلـىـ الـأـسـاسـ الـتـقـدـمـ — لـمـ يـقـبـلـ الـإـقـرـاراتـ الـمـسـوـبـةـ إـلـىـ السـيـدـاتـ الـمـسـوـبـاتـ لـأـنـهـ صـدـرـتـ فـيـ غـيرـ مـجـلسـ الـقـضـاءـ وـمـنـ مـسـيـحـيـاتـ عـلـىـ مـسـلـمـ ، وـكـانـ لـاـ مـحـلـ لـلـاخـذـ بـهـذـهـ الـإـقـرـاراتـ وـاعـتـبارـهـ قـرـيـنـةـ قـاطـعـةـ فـيـ حـالـةـ الـضـرـورةـ ذـلـكـ أـنـ الـفـقـهـ الـمـعـرـولـ بـهـ لـاـ يـجـزـ شـهـادـةـ غـيرـ الـمـسـلـمـ عـلـىـ الـمـسـلـمـ قـصـداـ لـأـنـهـ مـنـ بـابـ الـوـلـاـيـةـ عـلـىـ مـاـ سـافـ ، وـالـإـقـرـاراتـ الـمـنـدـدةـ

تضمن شهادة مقصودة من غير المسلم على المسلم ، ووجود المسلم في غير دار الإسلام لا يعتبر ضرورة مسوقة لهذه الشهادة ففها ، إن الولاية مقطوعة بالخلاف الدارين بين مقدمي الإقرارات وبين الزوجين ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذا طرح شهادة السفير والأستاذ ولم يقبل الإقرارات الصادرة من السفارات التمثيليات يكون قد التزم المنهج الشرعي السليم ويكون النعى عليه بهذه الأسباب في غير محله .

وحيث إن حاصل النعى بالسبب الخامس أن الحكم المطعون فيه شابه قصور في التسبيب ، وفي بيان ذلك تقول الطعنة أنها تمسكت في دفاعها أمام محكمة الاستئناف بأن المطعون عليه أمسك يده عن الإنفاق عليها منذ أن تزوجها سواء في فترة إقامتها سوية بفيينا أو بعد عودتها من الخارج ، غير أن الحكم أغفل الرد على هذا الدفاع ، وهو ما يعييه بالقصور .

وحيث إن هذا النعى غير سديد ، ذلك أنه لما كانت الطاعنة قد أقامت دعواها ضد المطعون عليه بطلب تطليقها منه طلقة بائنة لضرر عملاً بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وكان ما أضافته الطاعنة أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه امتنع عن الإنفاق عليها بعد أن تزوجها يعد طلباً جديداً مختلفاً في موضوعه عن الطلب الأول لأن الطلاق بسبب عدم الإنفاق يقع رجحياً وله أحکام مختلفة أوردهما المواد ٤، ٥، ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وبالتالي فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديداً أمام محكمة الاستئناف عملاً بما تقضي به المادة ٣٢ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا في الاستئناف طلبات بدداوي جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية — وهي من المواد التي أبقت عليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ — لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بأنه لم يرد على طلب التطليق عدم الإنفاق يكون غير منتج .

وحيث إن الطاعنة تتعذر بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والفساد في الاستدلال ، وفي بيان ذلك تقول إنها تمسكت في مرحلتي التقاضي

بأن من مظاهر الإيذاء التي تحول دون إمكان استمرار المعاشرة الزوجية وفقا لل المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما نسبه إليها المطعون عليه تنفيذاً لوعيده أمام السفير من أنه كان يعاشرها ويساكناها وحملت منه قبل أن يتزوجها، وقدم تدليلاً على مدعاه شهادة غير مؤثقة صادرة من أحد المستشفيات بالنساء طلق عليها بأنها كانت حاملاً في شهرها الخامس بتاريخ ٢٥ من أبريل ١٩٦٤ رغم أن الزواج تم بتاريخ ٨ من فبراير ١٩٦٤ ، كما قدم شهادتين صادرتين من شرطة النساء تضمنتا أنه كان يساكناها في منزل واحد منذ ٤ من ديسمبر ١٩٦٣ ، واعتبر حكم محكمة أول درجة المؤيد بالحكم المطعون فيه أن ذلك من مقتضيات حق الدفاع وليس فيه خروج عن نطاقه ، في حين أن هذا القذف الذي لم يكن له موجب ضار بها غاية الضرر إذا قيس أن هذه الطاعنة ودرجة ثقافتها والوسط الاجتماعي الذي تعيش فيه ، وهو يكفي لافساد الود وتوليد الشعور الحاد بالاهانة التي لا تقبل المصالحة أو استمرار العنزة خاصة وأنه ثابت من المستندات التي قدمتها إلى محكمة الاستئناف أنها كانت تقيم في دير الراهبات ثم بيت للطالبات بمدينة فيينا في الفترة السابقة على الزواج ، الأمر الذي يعيّب الحكم بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال .

وحيث إن هذا النعي في محله ، ذلك أنه لما كان الثابت في الدعوى أن المطعون عليه قدم بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تقريراً من مستشفى بفينينا علّه بأن الطاعنة كانت حاملاً منه قبل أن يعقد عليها وأنه أحجهما ووقف منها موقف الرجلة لأنّه كان في استطاعته إلا يتزوجها ، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنساء بأن الطاعنة كانت تقيم معه قبل الزواج في مسكن واحد متزوج من ديسمبر سنة ١٩٦٣ وذلك ردًا على ادعائهما بأنها لم تدرس أخلاقيه الدراسة الكافية قبل الزواج ، وقد تمسكت الطاعنة أمام محكمة الموضوع بـأن هذا القذف الشائن من المطعون عليه في حقها كان تنفيذاً لوعيده أمام السفير المصري بالنساء بأنه سيعتذر كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت طلبه دعوى بالطلاق وأن هذا يكفي لاتهامه بالضرر بما لا يمكن معه استدامة العشرة ، ولما كانت العبارات التي أوردتها المطعون عليه على النحو سالف البيان لا يستلزمها الدفاع في القضية التي رفعتها الطاعنة بطلب تعطيلها منه للضرر ذلك أن مجرد قول الطاعنة بأن فترة الخطبة

كانت من القصر بمحض لم تسمع لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه ، كما أن رغبتها في التدليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجلة ، لم يكن يستلزم أن يتهمها في خلقها وعفتها مدعياً بأنها كانت على علاقة غير شرعية به وحملت منه قبل الزواج ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن تلك العبارات يقتضيها حق الدفاع في الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب .

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه ، وإذا كان مانسبه المطعون عليه إلى الطاعنة هل الوجه المتقدم ينطوي على مضاراة لا يمكن مع وجودها استدامة العشرة الزوجية بينهما ، ولما تقدم فإنه يتبع القضاء بتطبيق الطاعنة من المطعون عليه طلاقة بائنة للضرر عملاً بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٢٩