القضاء بعدم سماع دعوى الزواج غير الموثق في حالة الإنكار
- بين المأزق التشريعي والجدوى القانونية لحل مشكلة الزواج غير الموثق-

د. حجاري محمد
أستاذ محاضر– أ بكلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر

الملخص:

يمثل القضاء بعدم سماع دعوى الزوجية إجراء الهدف منه الحد من الدعاوى الكيدية، ورسم طريق للأفراد ليكون الطريق الأوحد في قبول الدعاوى أمام القضاء. وقد حاول قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية تصفية بعض الأوضاع المجحفة بالمرأة، وعتقها من أغلال زوج عقد عليها بزواج غير موثق ودخل بها، من خلال جواز قبول دعوى التطليق أو الفسخ، عند إنكار الزوجية، إذا كان الزواج ثابتا بوثيقة بأية كتابة. ليفتح بذلك، للزوجة خصوصا، آفاق الدخول في زوجية شرعية موثقة. وتبقى قاعدة عدم السماع تسري على الدعاوى الأخرى التي لم يشملها الاستثناء. وهذه المحاولة من القانون تقتضي إعادة النظر فيها حتى لا يؤدي الإجراء الشكلي لضياع حقوق موضوعية من جهة، وتتزايد دعاوى الزور من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: دعوى الزوجية، عدم سماع، الإثبات، الزواج غير الموثق، إجراءات التقاضي.

Absract

The judiciary represents the non-hearing of the marital action, the purpose of which is to reduce malicious cases and to chart a way for individuals to be the only way to accept cases before the courts. The Law on the Proceedings of Litigation in Personal Status Matters attempted to liquidate some of the unjust conditions of women and to remove them from the shackles of a husband who had entered into a unmarried marriage and entered it through the acceptance of a divorce or annulment case when the marriage was denied. To open, therefore, to the wife in particular, the prospect of entering into a legitimate legal marriage. The non-hearing rule shall apply to other proceedings not covered by the exception. This attem pt of the law requires reconsideration so that the formal procedure does not lead to the loss of substantive rights on the one hand, and the increase in false claims on the other hand.

key words: Marital claim, non-hearing, proof, undocumented marriage, litigation proceedings

المقدمة:

أ) **التعريف بالبحث وأهميته:** قد يكون عقد الزواج عرضة لدعاوى كيدية، يدعي فيها بعض ذوي الأغراض السيئة إما بإنكار الزواج ووجوده زورا وبهتانا، أو نكاية وتشهيرا، أو ابتغاء عرض من أعراض الدنيا، وذلك لسهولة إثبات الزوجية بشهادة الشهود، خصوصا وأن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع فيها، فتتقوى بذلك دعواه الباطلة، وقد يجحد البعض الزوجية ويعجز المدعي عن إثباتها لعدم توثيقه. فمنعا لهذه المفاسد وصيانة للحقوق واحتراما لروابط الأسرة، وتنزيها لعقد الزواج عن مثل هذه الأمور؛ فقد قرر القانون المصري تقييد إثبات الزواج بضوابط، سواء من حيث الأدلة والوسائل، أو من حيث الإجراءات. وهذه الضوابط هي ما اصطلح على تسميتها بسماع الدعوى.

ونظام عدم سماع الدعوى قرره الفقه الإسلامي بما هو مسوغ لولي الأمر من تقييد المباح، والهدف منه ليس الفصل في موضوع الحق وأحقية المطالبة به؛ وإنما هو آلية لمنع الدعاوى الكيدية، وعدم إشغال القضاء بقضايا قد يطول بشأنها النزاع ولا يجدي، بالنظر لقدم المطالبة بالحق، فيفقد الدليل حجيته. وهو في ذات الأمر وسيلة لحمل الناس على توثيق حقوقهم.

وقد تقرر القضاء بعدم سماع الدعوى التي يهدف صاحبها إلى الحكم له بثبوت الزواج، في حالة الإنكار، ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية. وقد جرى على ذلك القانون المصري، وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية. والهدف من هذه الآلية هو رسم طريق للأفراد ليكون الطريق الأوحد في قبول الدعاوى أمام القضاء. ومن جهة أخرى فقد قرر القانون المصري شرطا إجرائيا آخر لقبول دعوى الزوجية إذا كانت سن أحد الزوجين تقل عن حد معين. وسواء كان النزاع بينهما في الزوجية نفسها، أو في الآثار المترتبة عليها، فلا فرق في المنع.

ب) **إشكالية البحث:** إن المتأمل في المذكرات الإيضاحية للقوانين المقررة بالمنع من سماع دعوى الزوجية، قد لا يجد تفصيلا يشبعه، أو يقنعه في الأساس القانوني لاستعمال آلية عدم سماع الدعوى كسبيل لتقييد الأفراد في تقرير حقوقهم الشرعية. وهو ما يجعل المرء يتساءل عن مدى أهمية تعميم نظام عدم سماع الدعوى من دعاوى الملك – العقار تحديدا – بالنظر لصعوبة الإثبات فيها، إلى دعاوى الحقوق الشخصية.

وقد صدر القانون رقم 1 لسنة 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية صدر ليواكب بعض التطورات الاجتماعية، والمتمثلة في تزايد حالات الزواج العرفي ، وما ترتب على ذلك من آثار سلبية، أمام عدم تحقيق نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لما كان يرتجى طيلة عقود. كما حاول هذا القانون المذكور سد بعض الثغرات الإجرائية في الأحوال الشخصية، ويجمع في دفته شتات إجراءات الأحوال الشخصية المتناثرة بهدف تيسير إجراءات التقاضي في هذه المسائل التي لها ارتباط شديد بالإنسان. وتضمن أيضا جملة من الأحكام الإجرائية في مسائل الأحوال الشخصية بعضها محدث، والبعض الآخر تحديث وتعديل لما ورد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. ومن ضمن الأحكام التي امتدت إليها أيدي التعديل ما يتعلق بالإثبات عموما، وسماع دعوى الزوجية بوجه خاص. ويبقى التساؤل المحوري في هذا الشأن يتمثل في جدوى نظام عدم سماع الدعوى في تحقيق مقاربة الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية ؟ وتبقى العديد من الانشغالات

مطروحة؛ إذ كيف يسوغ قبول بعض الدعاوى الناشئة عن الزواج العرفي، في حالة الإنكار، كدعاوى التطليق والفسخ فقط، بطرق الإثبات الشرعية كافة، دون دعاوى أخرى ؟ وهل في اشتراطه أن يكون الزواج ثابتا بأية كتابة لقبول دعوى التطليق ما يحول دون تحقيق الغاية التي وضع القانون لأجلها، أم يكون ذلك عاملا آخر في تنزايد دعاوى الزور ؟

ج) منهجية البحث وتقسيمه: يتركز البحث حول المنهج الوصفي والتحليلي، من خلال استعراض أهم ملامح القضاء بعدم سماع الدعوى، وبيان الآراء الفقهية التي طرحت حول نطاق تطبيقه ومناقشتها. بالإضافة إلى العديد من التطبيقات القضائية في الموضوع. وعلى ضوء ذلك يمكن ضبط معالم خطة البحث من خلال مبحثين، نتناول في الأول ماهية عدم سماع الدعوى، والذي يعد مدخلا أساسيا لفهم بعض المسائل المهمة، سيما أساس تقنين عدم سماع الدعوى. أما المبحث الثاني فنتعرض فيه لنطاق عدم سماع الدعوى من حيث موضوعها، وقراءة في التنظيم الجديد لقانون إجراءات التقاضي والحل الذي جاء به للحد من ظاهرة الزيجات غير الموثقة.

المبحث الأول: ماهية عدم سماع الدعوى

أحدث القانون المصري شروطا ليست لازمة لعقد الزواج عند تكوينه أو نفاذه، وإنما هي شروط لإثبات هذا العقد، ومن ثم المطالبة بالحقوق الناشئة عنه أمام المحاكم، فمجال إعمال هذه الشروط المستحدثة هو بعد أن يصل الأمر إلى ساحات القضاء ولا أثر لها قبل ذلك.

المطلب الأول: المقصود بعدم سماع الدعوى

هي جملة الضوابط والإجراءات التي تم وضعها صيانة لعقد الزواج من الدعاوى الكيدية، وحفظا للحقوق المترتبة عنه، لذلك كان الوصف المناسب لهذه الشروط أنها متعلقة بسماع الدعوى القائمة على أساس عقد الزواج. وإنما سمينا هذه الشروط بالقانونية لبيان أنها مستحدثة، وكذا للتفرقة بينها وبين بقية الشروط الشرعية لعقد الزواج، وهي متعلقة بإثبات عقد الزواج لبيان الغرض من تقنينها.

ولا يترتب على تخلف الشروط المتعلقة بسماع الدعوى أي جزاء يلحق بهذا العقد، وكل ما يترتب على تخلفها هو جزاء واحد يأتي في مرحلة تالية عند عرض الأمر أمام القضاء، وهو عدم سماع دعوى الزوجية عند الإنكار.

مما سبق؛ نخلص إلى القول بأن الشروط القانونية لإثبات عقد الزواج هي جملة الضوابط والإجراءات التي تطلبها القانون لسماع الدعوى الناشئة عن عقد الزواج في حالة الإنكار أو الإقرار به أمام القضاء، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط ترتب عليه أثر قانوني لا دخل له في الحكم الشرعي(1).

ويستلزم للقضاء بسماع أو عدم سماع الدعوى أن تكون هناك منازعة مطروحة على ساحة القضاء، ويكون المصدر المنشئ لها هو عقد الزواج، سواء كان موضوعها إثبات هذا العقد، أو أي أثر من آثاره كالنسب والميراث والنفقة والحضانة، وحتى يتم القضاء بسماع الدعوى يشترط توفر شرطين، يتعلق الأول بذات المتعاقدين، ويتعلق الآخر بذات العقد.

أولا: ألا تقل سن الزوجين عن حد معين:

جاء تحديد هذه السن في الفقرة 5 من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية رقم 78 لسنة 1931، والتي نصها: "ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كان سن الزوج يقل عن ثماني عشرة سنة هجرية إلا بأمر منا"(2). وورد تعديل هذا النص في الفقرة الأولى من نص المادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية(3) أنه: "لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى".

مقتضى النص المعدَّل والمعدِّل؛ أنه لا تسمع دعوى الزوجية متى لم يبلغ أحد الزوجين سنا معينة. وقد عللت المذكرة الإيضاحية للائحة ترتيب المحاكم الشرعية مغايرة القانون لسن الزواج بين الأنثى والذكر بأنه: "لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي؛ كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى 18 سنة وللفتاة 16 سنة".

وقد يثور التساؤل حول العبرة في تحديد السن التي لا تسمع فيها الدعوى؛ هل هو بوقت العقد أم بوقت رفع الدعوى؟

جاء جواب ذلك في المذكرة الإيضاحية للمادة 99 من اللائحة بما نصه: "كانت دعوى الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجة وقت العقد أقل من ست عشرة سنة وسن الزوج أقل من ثماني عشرة سنة، سواء كانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد، فرُئي تيسيرا على الناس وصيانة للحقوق واحتراما لآثار الزوجية أن يقتصر المنع من السماع على حالة واحدة وهي، إن كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة".

وتحديد وقت رفع الدعوى يمكن الوقوف عليه من خلال قواعد قانون المرافعات السارية بعد إلغاء الأحكام المتعلقة برفع الدعاوى من لائحة المحاكم الشرعية (4) بالقانون رقم 628 لسنة 1955.

وحملا للناس على العمل بشرط السن؛ فقد اشترط القانون لإجراء الموظف المختص عقد الزواج وتسجيله أو تسجيل المصادقة عليه(5) في الوثيقة الرسمية، ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة وألا تقل سن الزوج عن ثماني عشرة سنة وقت العقد، فمتى كانت سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من هذه السن المحددة، فلا يجوز للموظف الرسمي المختص أن يقوم بتحرير عقد الزواج رسميا بينهما، كما لا يجوز أيضا أن يصادق على زواج مسند إلى ما قبل صدور القانون المذكور إلا إذا كان الزوجان قد بلغا وقت التصادق السن المقررة(6).

وبالنسبة لإثبات سن الزواج، فقد حددت القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص الوثائق التي تثبت فيها الميلاد. ولعل أهمها شهادة الميلاد التي تصدر وفق نموذج معلوم للكافة، أو أية وثيقة تقوم مقامها، فضلا عن إثبات سن الأولاد بالبطاقات العائلية للآباء، وغير ذلك من الوثائق الرسمية التي تحتوي بياناتها على ما يفيد سن صاحبها كالدفاتر الرسمية في بعض المصالح الحكومية، كالضرائب العقارية والسجل المدني والسجلات العسكرية، وغير ذلك

مما يساعد على إثبات سن الزوجين أو أحدهما على وجه لا يدع مجالا للشك فيه. وإذا تعذر أمر تحديد السن، فيمكن الاستعانة بالكشف الطبي الشرعي أو طبيب الصحة المختص .

وفي الأحوال التي يجوز فيها قبول الشهادة الطبية، يجب أن تكون صادرة من الطبيب المختص بتفتيش الصحة أو المجموعة الصحية، وأن تلصق بها صورة فوتوغرافية حديثة لطالب الزواج، يختم عليها وعلى الشهادة معا بخاتم الجهة الرسمية التي صدرت عنها، ويوقع عليها الطبيب الذي أجرى تقويم السن ويبصم على الشهادة بإبهام اليد اليمنى للطالب.

ويشترط في الشهادة الطبية أن تكون من مفتش الصحة أو طبيب المجموعة الصحية أو المركز الاجتماعي أو أي طبيب موظف.

ويجب أن يلصق بالشهادة صورة شمسية لطالب الزواج يوقع الطبيب عليها وعلى الشهادة ويبصم على الشهادة بإبهام اليد اليمنى للطالب.

وتفاديا للمسئولية الجنائية التي تلحق بالموظف المختص بتحرير عقد الزواج، في حالة مخالفته لأحكام القانون المقررة، فإنه يلزمه أن يطلع على وثيقة تثبت هذه السن قبل تحرير هذا العقد(7).

ولا تسمع دعوى الزوجية أمام المحاكم إذا لم يبلغ الزوجين أو أحدهما سن الزواج المحددة قانونا، ولا فرق في ذلك بين النزاع بينهما في الزوجية نفسها، أو في الآثار المترتبة عليها، كالنفقة والطاعة والمهر والميراث ما عدا دعوى النسب فإنها تسمع مع تخلف هذا الشرط. وقد نصت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 78 لسنة 1931 على ذلك بقولها: "وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعا في دعاوى النسب بل هذه باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية ". ومتى قضي بعدم قبول الدعوى لعدم بلوغ الزوجين أو أيهما السن المحددة، فإن ذلك لا يحول دون إقامة دعوى تالية متى توفر شرط قبولها في هذا الخصوص(8).

وبالمقابلة بين نص الفقرة الأولى من المادة 17 والفقرة الخامسة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية نجد أنها تبنت ذات الحكم بعدم سماع دعوى الزوجية، وثمة مفارقة بين ما ورد في النص الجديد وما كان منصوصا عليه في اللائحة وهي احتساب السن المحددة بالتقويم الميلادي، في حين كانت تحتسب طبقاً للائحة بالتقويم الهجري(9).

وهذا المسلك لا يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي يكون مجرى الحساب فيها بالتقويم الهجري. أما ما ذهب إليه بعض الشراح(10) بأن المدد المقصودة في النص هي مدد إجرائية، وبالتالي يتوجب إلحاقها بالمواعيد الإجرائية فهذا حكم لا يستقيم، لأن مناط قبول دعوى الزوجية أو عدم قبولها في القانون هو السن، والذي يعد أحد الجوانب الموضوعية المتعلقة بأحكام الأسرة كعدة المتوفى عنها زوجها، والرجعة، والبلوغ، ومدة الحمل، والتي تبنى عليها أحكام ثبوت النسب بعد الطلاق أو الوفاة أو الغيبة، وهذه جميعها تحتسب بالتقويم الهجري لارتباطها بالأهلة التي هي مواقيت للناس والحج(11).

أما المواعيد المذكورة في المادة (1) من القانون(12) فهي المواعيد الخاصة بقيد الدعاوى أمام المحاكم، وتقديم الطلبات والطعون وهو ما يتوافق ويتسق مع قانون المرافعات المدنية والتجارية الذي يعد عمدة القوانين الإجرائية(13)، ومن ثم كان احتساب المدد والمواعيد الإجرائية – عدا المسائل الموضوعية– بالتقويم الميلادي في هذا القانون قاعدة إجرائية موحدة تطّرد في قوانين الإجراءات المختلفة.

وثاني هذه الملاحظات هو استبداله اصطلاح عدم قبول الدعاوى باصطلاح عدم سماعها(14)، ونرى أن هناك فرقا واضحا بين عدم القبول وعدم السماع، وندلل على ذلك بحكمين قضائيين عن محكمة النقض:

جاء في **الحكم الأول**: إنه وإن كانت الشريعة الإسلامية لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط، وتقضي ببقاء الحق لصاحبه مهما طال به الزمن، إلا أنه إعمالا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان شرع منع سماع الدعوى بالحق الذي مضت عليه المدة، وعدم السماع ليس مبنيا على بطلان الحق وإنما هو مجرد نهي للقضاة عن سماعها قصد به قطع التزوير والحيل. ولما كان المنع من السماع في هذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وإنما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها، فإنه لا يكون في هذا المجال لإعمال قواعد التقادم الواردة بالقانون المدني، ومتى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأعمل تلك القواعد فإنه يكون مخالفا للقانون(15).

أما **الحكم الثاني**: فجاء فيه أن الدعوى هي حق الالتجاء الى القضاء لحماية الحق أو المركز القانوني المدعى به، ومن ثم فانه يلزم توافر الصفة الموضوعية لطرفي هذا الحق بأن ترفع الدعوى ممن يدعي استحقاقه لهذه الحماية وضد من يراد الاحتجاج عليه بها، ومن ثم فإن الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، تأسيسا على عدم أحقية المدعي في الاحتماء بهذه الدعوى يكون قضاء فاصلا في نزاع موضوعي حول ذلك الحق، ومتى حاز قوة الأمر المقضي كانت له حجية مانعة للطرفين من معاودة طرح ذات النزاع لذات السبب ضد نفس الخصوم(16).

وبالمقارنة بين هذين الحكمين يتضح لنا الفرق بين عدم القبول وعدم السماع، وهو أن عدم القبول يتعلق بشروط قبول الدعوى كالمصلحة وغيرها، وفي ذلك تنص المادة (3) من قانون المرافعات بأنه "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقررها القانون"، وهذا من المسائل الموضوعية المتعلقة بالدعوى. أما عدم السماع فهو مسألة إجرائية تتعلق بتقييد القضاة لمنعهم من سماع بعض الدعاوى دون غيرها أو في زمان دون غيره، أو مكان معين دون غيره، ولا أثر لهذا المنع على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه(17).

وخلاصة ما ذكر نرى أن عدم سماع الدعوى "أقوى أثراً وأدق منطقاً من عدم القبول"، فلم يكن بذلك لهذا التعديل ما يبرره(18).

والقضاء بعدم قبول الدعوى لعدم توفر شروط قبولها المبينة في المادة 17 فقرة 02 يتعلق بالنظام العام، يتعين على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم لتعلق ذلك بالشروط الموضوعية

لقبول الدعوى ابتداء (المادة 115 قانون مرافعات)، ومتى أغفلت المحكمة القضاء به وفصلت في موضوع الدعوى، جاز لأي من الخصوم وللنيابة العامة الطعن على الحكم للخطأ في تطبيق القانون، وتلتزم المحكمة الاستئنافية في هذه الحالة بإلغاء الحكم والقضاء مجدداً بعدم قبول الدعوى(19).

ولا يفوتنا أن نشير في بحثنا للشرط الأول المتعلق بسماع دعوى الزوجية إلى أن ما ورد في الفقرة 2 من المادة 17 من قانون إجراءات التقاضي في تحديد السن في قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج يخالف ما جاء في القانون ذاته في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس، حيث ورد في الفقرة الأولى من المادة 2 أنه: "تثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية لمن أتم خمسة عشر سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية". فتحديد سن أهلية التقاضي بخمس عشرة سنة يتناقض مع المادة 17، لأن الدعاوى الناشئة عن الزواج تقع ضمن الولاية على النفس(20).

ثانيا: وجود مسوغ كتابي لسماع دعوى الزوجية عند الإنكار:

حدد القانون هذا المسوغ وحالات الاستدلال به باختلاف الزمن الذي يدعى حصول الزواج فيه، إذ قسمت لائحة المحاكم الشرعية المدة التي يقع فيها الزواج موضوع المخاصمة إلى أربع مدد:

أ) **الزواج المدعى وقوعه قبل سنة 1897**: يثبت هذا الزواج عند الإنكار بالبينة وهي شهادة الشهود، من غير حاجة إلى مسوغ كتابي، بشرط أن يكون معروفا بالشهرة العامة، أي معروفا بين الناس ومشهور عندهم أنهما يتعاشران معاشرة الزواج. ويستوي في ذلك أن تكون الدعوى مقامة في حياتهما أو بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما، والعلة في تحديد تاريخ 1897، هو أن اللائحة الشرعية التي قيدت دعاوى الزواج لم تصدر إلا فيه، فكان العمل قبلها بموجب قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي، وورد حكم هذه الحالة في الفقرة (2) من المادة (99) من اللائحة: "ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة 1897 فقط بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة".

ب) **الزواج المدعى وقوعه في المدة من 1897 إلى 1910**: وهنا نفرق بين أن تكون الدعوى في حياة الزوجين، أو بعد وفاة أحدهما:

1- فإذا كانت الدعوى مرفوعة في حياة الزوجين؛ سمعت وثبت الزواج فيها بشهادة الشهود وسائر طرق الإثبات في الفقه الحنفي.

2- وإن كانت الدعوى بعد وفاة الزوجين أو أحدهما؛ فلا تسمع عند الإنكار سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحة الدعوى، ولم يورد القانون تحديدا لماهية هذه الأوراق، فيترك أمر تقديرها للقاضي(21).

جـ) **الزواج المدعى في المدة من 1911 إلى آخر يوليو 1931**: فإذا أقيمت الدعوى في حياة الزوجين؛ فإنها تثبت عند الإنكار بشهادة الشهود وسائر طرق الإثبات في الفقه الحنفي. أما إن أقيمت الدعوى بعد وفاة الزوجين أو أحدهما؛ فلا تسمع عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو كانت كلها مكتوبة بخط

المتوفى وعليها إمضاؤه. وهذا سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو غيرهما. وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة 99 بقولها: "ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة 1911 إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك".

د) **الزواج المدعى وقوعه في المدة من أول أغسطس سنة 1931 إلى الآن**: لا تسمع دعواه حال حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما، إلا إذا كان ثابتاً في وثيقة رسمية صدرت من الموظف المختص بتحرير عقود الزواج بمقتضى وظيفته. والموظف المختص هو المأذون الشرعي أو القاضي الشرعي في داخل القطر والقنصل خارجه، وهذا سواء كانت دعوى الزواج مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما. وقد نصت على هذه الحالة الفقرة (4) من المادة (99) من اللائحة وجاء فيها: "ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس 1931"(22). فطالما أن الزوجية المدعى بها منذ هذا التاريخ غير ثابتة بوثيقة رسمية ومنكورة من جانب أحد طرفي العلاقة، فإن الدعوى المبنية على ثبوت تلك الزوجية تكون غير مقبولة. ويستثنى من ذلك ما إذا كانت سببا لدعوى نسب مستقل أو نسب يتوصل به إلى آخر، ويكون الحكم بالنسب في ذلك حكماً بالزوجية تبعا.

ولاشك أن الصورة الأخيرة هي النافذة الآن لإثبات دعوى الزوجية، وذلك لقدم العهد بالصور الثلاث التي ارتبطت بحوادث وقعت منذ زمن ومن النادر أن تكون هناك وقائع من هذا القبيل معروضة على ساحات المحاكم(23).

وقد قررت هذا الحكم نفسه المادة 17 في فقرتها الثانية من قانون إجراءات التقاضي بنصها: "ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931، ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية". ومفاد هذا النص أنه يشترط لقبول الدعوى ثلاثة شروط:

1 – أن تكون الزوجية المدعاة والإقرار بها واقعة من أول أغسطس سنة 1931.

2 – أن تكون الزوجية – أو الإقرار بها – ثابتة بوثيقة زواج رسمية.

3 – ألا يكون هناك إنكار من الخصم للحق المدعي به.

وأهم ما يلاحظ على هذا النص وما يقابله من اللائحة أنه لم يعرف الوثيقة ولذلك يدخل في مفهوم هذه الوثيقة كل ورقة رسمية أسبغ عليها القانون حجة بشأنها ما يثبت فيها. ووثيقة الزواج قد تكون وثيقة إنشائية، أو تكون بطريق التصادق على الزوجية، وبالتالي فإن كل إنشاء زواج أو تصادق عليه يثبته المأذون في دفتره أو القاضي في محضره أو القنصل في سجله، يعد وثيقة زواج رسمية وهي حجة فيما دون بها(24). ويتضح من مسلك اللائحة السابق أن المقنن قد تدرج في اشتراط المسوغ لسماع دعوى الزوجية من ناحيتين الأولى نوع الدليل، والثانية حال المتقاضين.

فمن **الناحية الأولى**: كان العمل بقواعد الإثبات في الفقه الإسلامي، ثم أصبح يكفي في المسوغ أن يتم في ورقة خالية من شبهة التزوير، فصار بذلك لابد أن يكون ورقة رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وممضاة منه، وإن

لم تكن وثيقة زواج رسمية، وأخيرا أصبح لابد من أن يكون هذا المسوغ وثيقة زواج رسمية صادرة من الموظف الذي له بحكم وظيفته قانونا إصدارها.

أما من **الناحية الثانية**: فقد كان المسوغ الكتابي ليس شرطا الا اذا كانت الدعوى بالزواج بعد وفاة أحد الزوجين، ولكنه ابتداء من أول أغسطس 1931، صار شرطاً في حالة الإنكار، سواء كانت الدعوى في حياة المتقاضين والزوجة أم بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما(25).

وبالمقارنة بين الشرطين السابقين نجد ارتباطا بينهما، كون أن سن الزواج يعد أحد البيانات الجوهرية في الوثيقة الرسمية لعقد الزواج، إذ يجب على أطراف العقد وشهوده والموظف المختص بتحريره التحقق من توفر الحد الأدنى للسن قبل إثباته في الوثيقة الرسمية(26). وإذا حصل وأن حرر الموظف عقد الزواج قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن المقررة قانونا، فإن دعوى الزوجية تسمع إذا بلغ الزوجين أو أحدهما الحد الأدنى المقرر لسن الزواج وقت رفع الدعوى حتى ولو لم يكونا قد بلغاها وقت العقد، وإن كان هذا لا يعفي المتسبب في إثبات ذلك من المسئولية الجنائية حماية لهذه الوثيقة من العبث(27).

ومع هذا الارتباط بين الشرطين؛ فإن هناك اختلافا واضحا، هو أن الشرط الأول المتعلق بوجود مسوغ كتابي لسماع الدعوى يتطلب لعدم سماع دعوى الزوجية أن يكون هناك إنكار للحق المدعى به(28)، في حين أن الشرط الثاني المتعلق بتحديد السن لا يتطلب هذا الإنكار، ويقع عدم السماع ولو لم ينكر المدعي عليه هذا الحق، فالنهي في هذه الحالة هو نهي مطلق غير مقيد، سواء أكان المدعى عليه منكرا للزواج أو معترفا به(29). والعلة في الفارق بين الشرطين هو أن الدافع في الأول هو محاربة التزوير والدعاوى الباطلة، لذلك قيد بحالة إنكار المدعي عليه(30) ، في حين أن الدافع في الثاني هو أن ولي الأمر يرى أن عقد الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة ينتج عنه مضار اجتماعية(31)، فمنع من مباشرة هذا العقد قبل هذه السن، ومنع سماع دعاوى الزوجية إذا حصل العقد في تلك الحالة إلا بأمر خاص يصدر منه، ومادام هذا هو الغرض من سماع الدعوى فسواء أقر المدعي عليه بالزوجية أو أنكرها.

المطلب الثاني: الحكمة من تقنين عدم سماع الدعوى وأساس تقنينها

إن المتأمل للشروط القانونية المتعلقة بإثبات الزواج يدرك أنها شروط مستحدثة في القوانين المتعلقة بالأسرة، كونها لم تكن معروفة من قبل، لذلك خلت مصنفات الفقهاء من الإشارة إليها والحكمة منها. وممّا سيق في بيان الحكمة من وضع هذه الشروط ما يأتي:

أ)صيانة عقد الزواج من العبث والمحافظة على حقوق الزوجية المترتبة عليه: وذلك أن عقد الزواج متى كان ثابتا في وثيقة رسمية فلا يستطيع أحد إنكار الزوجية سوى الطعن بالتزوير في وثيقة الزواج، ولو حصل فلا يعتد القاضي بإنكاره متى كان ثابتا لديه عقد الزواج رسميا، وفي ذلك صيانة له من الجحود.

ب) القضاء على ظاهرة رفع الدعاوى الكيدية المتعلقة بالزواج: إذ كثيرا ما يلجأ من لا خلاق ولا ذمة

له إلى المحكمة مدعيا علاقة زوجية وهمية رغبة في الإضرار والنكاية بالغير، أو لغرض آخر، أو يطالب ما ليس له حق به ولا يعوزه الدليل متى أمكنه الحصول على شهادة الزور بسهولة، خصوصا أن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع في الزواج، في زمن فقدت فيه الفطر السليمة وخربت الضمائر والذمم، كما قد تدعى الزوجية بوثيقة عرفية مشبوهة إذا ثبت صحتها مرة لا تثبت مرارا(32).

والمتفحص لمسلك القانون ذلك يجد أنه قد تدرج في تقييد الدعاوى الكتابية، فأولاً لم يقر الإثبات بالبينة إلا في حالة واحدة من تلك الموضوعات، وثانيا لم يكتف بالأوراق العرفية إلا بقيود معينة، وكمرحلة أخيرة من التعديل لم يقنع فيها إلا بالأوراق الرسمية(33).

جـ)– محاولة التخلص من الأضرار الصحية والاجتماعية والنفسية الناجمة عن الزواج المبكر، إذ غالبا ما يكون صغر السن عقبة لتكوين أسرة كثيرة الأعباء في حياة تغلب عليها القسوة في شتى المناحي، وما يتطلبه ذلك من القيام بأعباء الزوجية وتربية الأولاد(34)، فلهذه الأغراض حدد القانون سن الزواج لمباشرة العقد رسمياً واعتبره أيضا سنا لسماع دعوى الزواج قانونا(35).

وتقوم هذه الشروط على أساس مبدأ عام في الفقه الإسلامي يقتضي بأن لولي الأمر أن يخصص القضاء بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص، ومقتضى هذا المبدأ أن لولي الأمر سلطة إصدار قوانين تحدد أنواع الدعاوى وشروط سماعها وله أن يمنع من سماع بعض الدعاوى، وهو ما فعله بالنسبة للدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، فأصدر القانون الذي يقضي بعدم سماع الدعاوى لأسباب معينة(36).

وجدير بالذكر أن حكم المحكمة – بعدم سماع دعوى الزوجية لعدم بلوغ الزوجين السن المقررة أو لعدم تقديم المسوغ الكتابي لسماعها عند الإنكار – لا يعد فصلا في موضوع الدعوى، فلا أثر لتخلف هذه الشروط في صحة عقد الزواج ونفاذه ولزومه شرعا ولا قانونا (37)، فشرطي المسوغ الكتابي وبلوغ السن القانونية لا يتعلقان بالزواج في ذاته، وإنما هما قاصران على التقاضي في شأنه.

ونتيجة لذلك؛ لم يتعرض القانون المذكور قط لمدى حلية الزواج الحاصل بين من لم يبلغوا السن المقررة فترك الناس أحرارا يتزاوجون في أي سن شاءوا، سالكاً بذلك – لتحقيق غرضه – طريقا غير مباشر، بأن منع على الموظفين المكلفين بتحرير عقد الزواج، قضاة شرعيين كانوا أو مأذونين، أن يحرروا عقد الزواج لمن لم يبلغ السن المقررة عند رفع الدعوى. وبهذه الطريقة غير المباشرة آمل القانون تحقيق الغرض الذي سن لأجله.

كان ذلك موقف القانون المصري من خلال تبنيه لقاعدة عدم سماع الدعوى، إما لعدم بلوغ الزوجين أو أحدهما السن المقررة قانونا وقت رفع الدعوى أو لعدم وجود المسوغ الكتابي. ونلخص رأينا عن الموقف القانوني ذلك من خلال ملحوظتين أساسيتين:

الملحوظة الأولى: أن في منع سماع أو قبول دعوى الزوجية لعدم بلوغ الزوجين أو أحدهما السن المقررة قانونا ليس له سند شرعي، والأدلة التي اعتمد عليها القانون لا دلالة فيها، كما أن استنباط أقوال منع الزواج قبل

السن المقررة هو استنباط باطل، سيما وأن الذين عرضوا لأقوال المانعين من ولاية تزويج الصغيرة ردوا أقوالهم(38)، بل وصف البعض خلافهم بأنه شاذ لا يعتد به(39).

ولقائل أن يدعي أن ذلك من جملة المصالح المرسلة التي تعد إحدى مصادر التشريع الإسلامي، فيجاب عن ذلك أن من شروط المصلحة عدم مصادمتها للشرع من كتاب أو سنة أو إجماع و إلا وجب ردها، والنصوص دالة على مشروعية زواج الصغار، كقوله تعالى: ﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** ۚ﴾(40). فدل ذلك على جواز الزواج لمن لم تبلغ سن المحيض(41)، كما أن المشرع الأعظم الذي لا ينطق عن الهوى صلى الله عليه وسلم تزوج بعائشة رضي الله عنها وهي بنت ست وبنى بها وهي ابنة تسع، وفعل ذلك الصحابة، وحكى الإجماع في ذلك كثير من الفقهاء(42).

وأي مصلحة رعاها القانون عند وضعه، هل على إحصائيات رسمية أو على رأي طبي قاطع في رفض التبكير في الزواج والدعوة إلى تأخيره، بل ولعل ولي الأمر – كما يقول د. محمد كمال الدين إمام بحق– لم يفكر فيها، ومع ذلك أصدر القانون وألزم به الأمة، حيث لا توجبه ضرورة مطلقة أو منفعة محققة(43).

ومن وجهة نظر اجتماعية؛ فالمادة المذكورة تؤدي إلى مفاسد اجتماعية نتيجة لمنع الزواج قبل بلوغ سن معينة، فالشاب متى وصل لسن البلوغ، وهو سن تتحرك فيه كوامن الشهوة، إذا لم يجد طريق الزواج مفتوحا أمامه، فقد يغشى الطريق المحظور عليه، وأحبُ شيء إلى الإنسان ما منعا، وما ينتج عن ذلك من مفاسد يأباها الشرع(44).

ولسنا هنا لمنع تحديد سن الزواج للجنسين، وإنما هي مسألة تحفظ وللحاكم أن يراعي فيها العرف وطبيعة البيئة وأحوال الناس التي تتفاوت من مكان لآخر، ومن زمان لغيره، بل أن يتجاوز القانون المسموح به إلى المنع من سماع الدعوى فيمنع أطراف العقد من حقهم الثابت بحجة زواجهما أو أحدهما دون السن المحددة قانونا(45)، والمعاقبة بالحرمان من حقوق الزوجية التي جعلها الله تعالى حقا خالصا لهما، فهذا ما نعترض عليه(46).

وحبذا لو توقف القانون عند حدود ما نصت عليه وزارة العدل في المادة 2 من القانون رقم 144 لسنة 1933 من تأديب مالي أو بدني.

وبالرغم من أن النص – كما قررت ذلك محكمة النقض المصرية مرارا – ليس نصا موضوعيا يتعلق بماهية عقد الزواج وكيفية انعقاده صحيحا كما أسلفنا، وإنما هو نهي موجه إلى الموظف المكلف بإجراء العقد بأن يمتنع عن إجرائه وتحريره إلا لمن يكونا قد بلغا السن التي حددها القانون بالرغم من ذلك، فلم يجد المنع من الزواج – دون تلك السن – نفعا، فقد قررت محكمة النقض أنه ليس في ذكر الشهود سنا غير حقيقية – مع علمهم بالسن الحقيقية للزوجين – جناية تزوير يعاقب عليها قانونا (47).

كما اضطرت وزارة العدل إلى إصدار منشورات مختلفة تبين ما يجب على الموظف اتباعه لمعرفة سن الزوجين وقت العقد من أوراق رسمية كشهادات الميلاد وغيرها، فاصطدم بذلك هذا القانون بعقبات حالت دون الرضا به

والاستجابة لنصوصه، فالناس قد ألفوا قروناً طويلة من الحرية في عقد الزواج دون تحديد لسن الفتى والفتاة(48)، وأمر احتيالهم لحمل المأذونين على مباشرة هذه العقود مما قد عمت به البلوى، باستخدامهم لأساليب مختلفة، كإخفاء شهادات الميلاد، أو الاستشهاد على بلوغ السن المحددة بشهادة الأطباء التي لا تكون مقررة غالبا للسن الحقيقية، أو بشهود زور، ونحو ذلك.

الملحوظة الثانية: إن مسألة عدم قبول دعوى الزوجية عند الإنكار إذا لم يكن الزواج موثقاً بوثيقة رسمية، أو كان سن الزوجين، أو سن أحدهما وقت رفع الدعوى دون السن المقررة قانونا، فهذا مصادم للشرع ومصادم لحقوق الأشخاص، لأن الشرع جاء لحفظ حقوق الزوجين، دون أن يعلق استحقاق أيها لها على وثيقة يحررها المأذون، أو يكون الزواج في سن محددة قانونا(49). كيف يقضى بعدم أحقية الزوجة – مثلا – في المطالبة بالنفقة، أو مؤخر الصداق، أو أجرة الحضانة والتوارث بدعوى عدم تحقق الشروط القانونية، وكيف يحرم الزوجين أو أحدهما من حقوق قررها الشرع، بدعوى فوات إجراء قانوني(50). إن لولي الأمر أن يحمل الناس على اتباع ما يراه لازماً من الإجراءات محققا لمصالحهم وله أن يعاقب من يخالفها ولكن ليس له أن يسقط حقاً قرره الله عز وجل لعباده أو يتجاوز حد تخصيص القضاء إلى المنع(51).

أما ما ورد في تبرير ذلك من أن أساس عدم سماع أو قبول الدعوى هو ما لولي الأمر من حق في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص؛ فهو تبرير غير صحيح، وادعاء زور، لأن مبدأ التخصيص النوعي والمحلي في الشريعة الإسلامية فحواه أن لولي الأمر بحسب حاجة البلاد ومصلحة الأمة أن يخصص قضاة مستقلين أو محاكم خاصة النظر في قضايا دون أخرى، أو نوع دون آخر، فيخصص مثلا قضايا النكاح وآثاره كمسائل الإرث والنفقة والنسب، وغير ذلك لقاضي للفصل فيها، ويمنعها عن قاض آخر في مكان أو زمان دون مكان أو زمان آخر، أما المنع المطلق من سماع الدعوى، والفصل فيها فهذا ما لم يقم عليه برهان(52). فالقضاء من أدوات النظام في الدولة، ومتى كلف القاضي بالنظر في جميع القضايا، وبين كل الخصوم وفي جميع نواحي البلاد، والقضايا في جميع الأيام، كان تكليفه بما لا يطيقه –وخصوصا مع اتساع العمران وكثرة الناس– فيختل نتيجة لذلك النظام. أوجد الفقه الإسلامي هذا المبدأ الذي وجد لتنظيم العدالة لا لتعطيلها، بل يعد من السياسة الشرعية التي يكون معها القاضي أكثر قدرة على حل ما يعرض عليه من مشاكل(53).

هذا هو مبدأ تخصيص القضاء ومضمونه، أما المنع من سماع أو قبول الدعوى فهو غير قار النسب، ولا يتفرع عن المبدأ المذكور، وتطبيقه سيؤدي إلى طيّ بعض الأحكام وشل الشريعة الإسلامية(54)، واعتداء على حقوق، وأمر كهذا تأباه العدالة والدين. فكان أحرى أن يتجنب المقنن المصري العمل بقاعدة عدم السماع تلك، حتى يريح نفسه من عنائها، والتي يلجأ إليها غالبا للخروج من مأزق، فيقع في آخر أشدّ منه بمخالفته لنصوص شرعية، وليس لآراء الفقهاء كما يُدَّعى(55) .

المبحث الثاني: نطاق تقنين عدم سماع الدعوى ونطاقه وقراءة في التنظيم الجديد لقانون إجراءات التقاضي رقم (1) لسنة 2000

إن الناظر إلى فكرة عدم سماع دعوى الزوجية يلحظ أنها إجراء ابتغي من خلال تنظيمه تجسيد فكرة الإلزام بتوثيق عقد الزواج، إلا أنه تم التدرج في ذلك من خلال مراحل، كما أنه لم يكن على نطاق واحد. وهو ما نتج عنه تطبيقات قضائية مختلفة. وبالنظر لعدم استيعاب نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لتلك المشاكل الناجمة عن الزواج الشرعي غير الموثق، وبالأخص وعدم وبخاصة عندما ترغب الزوجة في فك رابطة الزوجية، حاول القانون رقم 1 لسنة 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية تقدير بعض تلك الظروف فوضع بعض الحلول القانونية.

المطلب الأول: مراحل تقنين عدم سماع الدعوى ونطاق تطبيقه من حيث الموضوع

مر تقنين عدم سماع الدعوى بمراحل عديدة

أولا: المراحل التي مر بها تقنين عدم سماع الدعوى:

مر تقنين الشروط القانونية لإثبات عقد الزواج بمراحل عدة، وذلك على النحو الآتي:

1- صدور اللائحة الشرعية في 1980/6/17، والتي تضمنت نصوصا تشير إلى ضرورة توثيق عقد الزواج، إلا أن نطاق هذه اللائحة كان مقصورا على كيفية التوثيق، وما ينبغي على المأذونين مراعاته عند مباشرة العقد دون أن تضع قيودا على سماع دعوى الزوجية تاركة أمر إثبات العقد لأحكام المذهب الحنفي.

2- ثم صدر القانون رقم 56 لسنة 1923، الذي حدد أقل سن للزواج بست عشرة سنة للزوجة وثماني عشرة سنة للزوج، ورتب القانون على مخالفة ذلك عدم سماع دعوى الزوجية، وهذا أول قانون يتعلق بعقد الزواج.

3- ثم صدر المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 المتعلق بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وقد تضمن هذا القانون نصين يتعلقان بالشروط القانونية لعقد الزواج، أحدهما نص المادة 99 منه، والذي ما زال معمولا به حتى الآن مع بعض التعديلات. والآخر نص المادة 367 منه والذي ألغى بالقانون رقم 629 لسنة 1958، ومن ثم لا يبقى من الشروط القانونية إلا ما نظمته المادة 99 من اللائحة الشرعية.

4- وحتى تحقق هذه النصوص ثمارها فقد تم إصدار قانون العقوبات الحالي 1937، حيث تضمن نص المادة 227 التي ورد فيها أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنية كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانونا بضبط عقد الزواج أقوالا يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك، متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق، ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنية كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة"(56).

والنص كما يظهر لا أثر له على دعوى الزوجية، وإنما هو نص جزائي ينصرف إلى الأشخاص الذين لهم دور في إبرام عقد الزواج، سواء من الأطراف أو الموظف المختص بتحرير العقد، فمتى تحقق ارتكاب أي منهم فعلا من

الأفعال الواردة في النص، فإنه يناله العقاب المقرر فيه(57).

ثانيا: نطاق عدم سماع الدعوى:

بالنسبة لتحديد نطاق عمل الشروط القانونية المتعلقة بعقد الزواج، وهل عدم سماع الدعوى يقتصر فيما إذا كان محل النزاع يقتصر على الزوجية وحدها، أم يرد أيضا على الدعاوى الناشئة عن الآثار المترتبة على الزوجية؛ فقد اختلف الشراح في هذه المسألة إلى ثلاثة آراء على التفصيل الآتي:(58)

الرأي الأول: أن عدم سماع دعوى الزوجية يرد فقط على الدعوى التي يطلب فيها الحكم بالزوجية، أي الحكم بأن فلانة زوجة فلان أو أن فلانا زوج لفلانة، وهي دعوى تهدف إلى التحقيق من قيام عقد الزواج، سواء من حيث صحته أو فساده، ولا يشمل النهي غيرها من الدعاوى الناشئة عن هذا العقد، مثل دعوى النفقة والطاعة والميراث وغيرها من آثار الزواج، فلا مانع من سماعها.

فهذه الدعاوى لا تسمى دعاوى زوجية، بل تسمى دعوى النفقة ودعوى الطاعة، وقد اتجهت بعض المحاكم في قضائها إلى هذا الرأي، ومن ذلك ما قضت به محكمة طنطا الجزئية الشرعية في 13 أكتوبر 1930: "أن المقصود بدعوى الزوجية في هذا القانون عام يشمل دعوى عقد الزواج، وأي دعوى بحق مترتب على عقد الزواج، كدعوى النفقة أو الصداق أو الميراث وغير ذلك من آثار عقد الزواج، لأن هذه الدعاوى لا تسمى دعاوى زوجية بل تسمى دعوى نفقة أو صداق أو ميراث"(59).

ويمكن أن يستدل لوجهة النظر التي ذهب إليها هذا الحكم؛ بأن نص المادة المذكورة "لا تسمع دعوى الزوجية.." واضح الدلالة وصريح العبارة في عدم شمول دعاوى الحقوق المترتبة على عقد الزواج، وذلك نظرا لوجود فوارق شرعية وقانونية بين دعوى الزوجية ودعوى الحق المترتب على عقد الزوجية. وعلى سبيل المثال؛ قد تكفي بعض البينات في الحكم بالنسب أو النفقة، بينما لا تصلح للحكم بالزوجية، والقضاء بالنسب والنفقة شرعا ليس قضاء بالزوجية. هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فلو أراد واضعوا القانون أن يكون النص عاما يشمل دعوى الزوجية ودعوى الحقوق المترتبة عليها لورد النص في صيغة عامة، وبعبارة تشمل ذلك، كعبارة "لا تسمع دعوى الزوجية ولا دعوى حق مترتب عليه.." مثلا، ولكن صيغة القانون اقتصرت على عبارة "لا تسمع دعوى الزوجية" فتعين الاقتصار على ما جاء بالنص خصوصا إذا لوحظ في الاقتصار على النص دفع حرج عن المتقاضين.

الرأي الثاني: أن عدم السماع شمل دعوى عقد الزواج والدعاوى الناشئة عن الآثار المترتبة عليه. وحجتهم في ذلك أن عقد الزواج غير مقصود لذاته، بل لما يترتب عليه من آثار، فمدعي الزواج لا يقصد بدعواه إلا ما يترتب عليه من آثار، والاستفادة منها، وواضعي القانون لم يكن قصدهم النهي عن سماع دعوى عقد الزواج فقط، دون النهي عن سماع دعوى النفقة والطاعة والإرث وغير ذلك من الحقوق المترتبة على الزواج، و إلاّ كان هذا النهي عديم الفائدة والأثر، إذ يستطيع المدعي- في هذه الحالة- ترك دعوى عقد الزواج ويدعي بما شاء من الدعاوى الأخرى المترتبة على آثار العقد، فتسمع دعواه ويجاب إلى طلبه فيكون مستغنيا عن الحكم له بثبوت عقد الزواج مادام يستطيع الحصول على الحكم له بما يشاء من آثار هذا العقد بدون استثناء، وهو ما لم يكن

مقصود القانون من وضع شروط سماع دعوى الزوجية.

ولنفرض أن المقصود من دعوى الزوجية الواردة بالنص هي دعوى الزواج فقط؛ فإن دعاوى النفقة والطاعة والصداق، ودعوى الميراث بسبب الزواج، هي دعوى عقد الزواج وزيادة، لأن الزوجة التي تدعي النفقة على زوجها، تدعي عليه وتزيد في ذلك دعواها استحقاق النفقة عليه، فدعواها مؤلفة من دعوى عقد الزواج، ودعوى استحقاق النفقة، لأن أساس دعواها هو عقد الزواج، والقاضي ليس في وسعه أن يمتنع من سماع دعوى عقد، ثم يحكم بأثره المترتب عليه، ومتى سقط الأصل سقط الفرع، فسماع أي دعوى مترتبة على عقد الزواج يستلزم حتما سماع دعوى عقد الزواج المتفق على سماعها(60).

وتبعا لهذا الرأي؛ صدر حكم استئناف بتاريخ 22 يوليو سنة 1930 – أي قبل صدور حكم محكمة طنطا السابق – من محكمة بني سويف الابتدائية الشرعية. وتتلخص وقائع القضية في أن زوجة رفعت أما محكمة المنيا الشرعية دعوى على زوجها تطلب فيها الحكم عليه بالنفقة لها وبنفقة إصلاح لابنتها منه، فدفع بعدم سماع الدعوى بالنسبة لها، لأن سنّها كانت أقل من ست عشرة سنة وقت العقد عليها (61)، ورد وكيل الزوجة بأن الدعوى دعوى نفقة، وليس في القانون رقم 56 لسنة 1923 ما يمنع من سماعها، لأنها دعوى حق، لا دعوى زوجية، والقانون المذكور منع من سماع دعوى الزوجية فقط، ولم ينص على دعوى حق من حقوقها.

وقضت محكمة أول درجة بجلسة 28 أبريل سنة 1930 بعدم سماع الدعوى بالنسبة لنفقة الزوجية وبتقدير نفقة إصلاح للبنت، فاستأنف كل من الطرفين الحكم، وطلب وكيل الزوجة إلغاء القرار الصادر بعدم السماع بالنسبة لنفقتها، كما طلب وكيل الزوج تأييد هذا القرار.

وبعد سماع المحكمة مرافعة كل من وكيل الطرفين والمداولة قانونا؛ قضت بعدم صحة القرار المستأنف فيما يتعلق بعدم سماع دعوى المستأنفة على المستأنف عليه، وإعادة القضية لمحكمة أول درجة لتسير فيها حسب المنهج الشرعي حضوريا.

وإزاء هذه الخلاف بين الرأيين وتباين أحكام القضاء في ذلك؛ أصدرت وزارة الحقانية (العدل) منشورا رقم 29 في 19 أكتوبر 1931 (62) تلفت فيه نظر القضاة إلى العمل بإطلاق الفقرة الخاصة بعدم سماع دعوى الزوجية، سواء كان النزاع في ذات الزوجية أو ما يترتب عليها من آثار.

الرأي الثالث: ويفرق بين أمرين:(63)

أ) **دعوى الزوجية**: فمتى كانت الزوجية محل نزاع بين الخصمين فالدعوى لاشك أنها غير مسموعة، إلا إذا وجد المؤيد لها، وهما المسوغ الكتابي وشرط السن.

ب) **الحقوق التي تنشأ عن عقد الزواج**: وهذه الحقوق قسمان:

1– قسم لا يتوقف سماع الدعوى به على ثبوت عقد الزواج، ويجوز إثباتها بغير هذا العقد، كالدعاوى المتعلقة بالنسب(64) والمهر فيثبتان بشبهة، والدعوى بهما مسموعة ولو لم يوجد المؤيد لسماع دعوى الزوجية،

لأن القاضي لا يسمع في ضمن الدعوى بهما دعوى الزوجية، بل يسمع دعوى وطء بشبهة(65).

2- قسم من الحقوق يتوقف سماع الدعوى به على ثبوت عقد زواج صحيح، كالنفقة والطاعة والإرث وغيرها، فالدعوى بهذه الحقوق لا يجوز قبولها إلا بتوفر الشروط المقررة لذلك.

المطلب الثاني: قراءة في ضوء قانون إجراءات التقاضي رقم (1) لسنة 2000

نتيجة المشاكل الناجمة عن الزواج الشرعي غير الموثق، وبخاصة عندما ترغب الزوجة في فك رابطة الزوجية متى قام مسوغ لذلك، وتقديرا لهذه الظروف الاجتماعية، فإن القانون رقم 1 لسنة 2000 والمتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قد وضع استثناء للقاعدة العامة بشأن عدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، ما لم يكن ثابتا بوثيقة رسمية، حيث أجاز عند إنكار الزوجية قبول دعوى التطليق أو الفسخ إذا كان الزواج ثابتا بوثيقة بأية كتابة(66). فبعد أن أورد في الفقرة 2 من المادة 17 القاعدة في عدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج عند الإنكار ما لم يكن ثابتا بوثيقة رسمية، أورد استثناء بأنه: "ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها متى كان الزواج ثابتاً بأية كتابة". ففتح القانون بهذا الحكم باب الرحمة للزوجات اللائي وقعت في مشكلة الزواج غير الموثق، ولا تجدن مخرجا منها بسبب عدم قبول الدعوى بشأنه للإنكار، فواجه القانون بذلك أمرا واقعاً وظرفاً اجتماعياً ترتبت عليه نتائج خطيرة.

فمن ناحية؛ عمل القانون على تصفية بعض الأوضاع المجحفة بالمرأة، وأعتقها من أغلال زوج عقد عليها بزواج غير موثق ودخل بها، ثم هجرها أو غاب عنها إلى حيث لا تعلم، فهي كالمعلقة لا تستطيع الإقدام على زواج جديد، لأنه يقع على زواج قائم فيأتيه الإثم شرعا وقانونا، وهي أسيرة علاقة زوجية مع من لم يرع الله فيها وقصد الإضرار بها، أو كان الزوج دائم الإيذاء لها، ولا تجد من سبيل للتخلص منه، فأجاز لها القانون رفع دعوى طلب التطليق، فتسمع إذا كان زواجها ثابتا بأية كتابة.

ومن ناحية أخرى؛ فإن القانون كما أشار إلى ذلك د. محمد يوسف يونس قد كفل بهذا النص حماية الزوج نفسه، كما لو كانت الزوجة متزوجة بزواج غير موثق وقامت – وهذا حدث بالفعل – بالزواج من شخص آخر وهي في عصمة الأول، ولا يستطيع إثبات تلك الزوجية لإنكار الزوجة لها وعدم وجود وثيقة رسمية(67)، ومن ثم كان القانون حريصا على مصالح الزوجين لإنكار الزوجة لها، وإنهاء رابطة الزواج غير الموثق سيما إذا طلبت الزوجة ذلك ليفتح لها آفاق الدخول في زوجية شرعية موثقة.

ويشترط لقبول تلك الدعاوى أن تكون العلاقة الزوجية ثابتة بأية كتابة، ومنها عقود الزواج العرفية التي تبرم لذلك(68)، أو إقرار الزوج في ورقة رسمية كمحضر شرطة أو محضر توقيع حجز وإعلان قضائي بالزوجية، أو خطابات بخط الزوجة قاطعة في عباراتها بقيام الزوجية، كأن يخاطبها أو تخاطبه بهذه الصيغة "أنها زوجته" أو "زوجي"، أو ورقة تتضمن بيانا يؤكد على قيام رابطة الزوجية، كعقد إيجار ورد به أن الشقة مؤجرة لسكن المستأجر وزوجته (يسمي باسميهما)، أو استمارة بيانات حررها الزوج عند نزوله مع زوجته في أحد الفنادق، إلى غير ذلك

مما يستفاد منه ثبوت العلاقة الزوجية، وقد يستكمل ما قدم من مستندات بشهادة الشهود، وتعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة(69).

وإذا قضت المحكمة بقبول دعوى التطليق، وحكمت للزوجة بذلك فإنه لا يترتب على حكمها ذلك آثار التطليق الأخرى(70) كمؤخر الصداق، أو المتعة، ونفقة العدة، وغيرها من الحقوق المالية الناشئة عن العلاقة الزوجية(71) ، ذلك أن قاعدة عدم السماع لا زالت تسري على مثل هذه الدعاوى والتي لم يشملها الاستثناء.

كانت تلك محاولة من القانون لعلاج بعض سلبيات الزواج غير الموثق وبالأخص مشكلة التخلص منه، وفي تحليلنا لهذا العلاج فإنه جاء قاصرا من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن مسألة تحريم إيقاع الطلاق من زواج شرعي غير موثق هو بلا شك إهدار لحق الزوجة الشرعي، والقاعدة أن الضرر يزال، وبوقوع الضرر على الزوجة وجب أن يتاح لها رفع ذلك الضرر، وذلك حتى لا يكون الإجراء الشكلي سببا في ضياع الحق الموضوعي(72).

الوجه الثاني: أن مجال تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة 17 غير منضبط، فيرى البعض أنه كان الأحرى بالقانون أن ينص على نطاق تطبيقها بحيث لا يمتد إلى الزيجات العرفية التي تتم بعد العمل بهذا القانون ويقصرها على التي تمت قبل العمل به(73)، وهذا الاقتراح بدوره لا يفي بالغرض ولا يضع حدا للمشكلة.

الوجه الثالث: في اشتراطه أن يكون الزواج ثابتا بأية كتابة لقبول دعوى التطليق ما يحول دون تحقيق الغاية التي وضع القانون لأجلها. فمن جهة يوصد باب اللجوء إلى المحاكم لعلم المدعي مسبقا بأن دعواه لن تقبل إلا لمن بيده ورقة مكتوبة، ومن جهة أخرى تتزايد دعاوى الزور، ومن ذلك أن الزوج قد يحتفظ لنفسه بورقة الزواج أو يدعي كذبا فقدها، وتظن الزوجة بسبب فقد الورقة عدم تمكنها من استخدامها، وتلجأ للزواج رسميا من آخر، فإذا علم طليقها بأمرها قد يفاجئها بورقة الزواج العرفي ويتهمها بالتزوير في الزواج ويحرك ضدها دعوى الزنا(74).

لذلك يتعين ضرورة قبول الدعاوى الناشئة عن الزواج العرفي بطرق الإثبات الشرعية كافة أسوة بقضايا النسب، ولا يقتصر هذا فقط على دعاوى التطليق والفسخ فقط، بل يشمل جميع الدعاوى الأخرى التي تنشأ عن العلاقة الزوجية، فمتى ثبت الأصل نُظِر في الفرع(75).

الخاتمة:

إن محاولة القانون المصري المتكررة تصفية بعض الأوضاع المجحفة بالمرأة بحل بعض الأغلال التي غلّت بها في زواج غير موثق، ممّا قد يفتح لها آفاق الدخول في علاقة زوجية موثقة، إلاّ أن تلك الحلول جاءت قاصرة لم تستجب لما كان منتظرا منها، حيث لا زال الإجراء الشكلي – القائم على ما يسمّى بعدم سماع الدعوى – يمثل عقبة في استيفاء حقوق كثيرة.

ومن ثم فإن قاعدة عدم سماع أو قبول دعوى الزوجية في القانون المصري، وإن كان الدافع إليها حسنا، إلا أن تطبيقها قد يؤدي إلى نقيض ما هو مقصود من وضعها بإنكار زيجات شرعية، وما يترتب على ذلك من مفاسد. كما أن ما جاء به قانون إجراءات التقاضي من حلول لم يحد من الآثار السلبية لعدم توثيق الزواج، الأمر الذي يحملنا على القول بإعادة النظر في نظام عدم سماع دعوى الزوجية الذي يوقعنا في مآزق عديدة. واقتراحنا يتمثل في الجمع بين الوظيفة التربوية والردعية للقانون على المخالفين من أطراف عقد الزواج.

قائمة المراجع:

1 – د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقا للقانون المصري رقم (1) لسنة 2000، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، العدد الخامس، يوليو، 2000.

2- أشرف مصطفى كمال، المشكلات العملية في قانون الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، 1989.

3 – جلال سعد عثمان، المشكلات العملية في إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، السلام الذهبية للطباعة، ط 1، 2000.

4- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1998.

5- د. رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

6- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، 1964.

7- عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، للحصول على درجة الدكتوراه، 1973.

8- محمد الزين، أعلى هذا تبقى المحاكم الشرعية ؟ التعديل الأخير في اللائحة، المحاماة الشرعية، السنة 3، العدد الأول 1350هـ 1931م.

9- د. محمد الشحات الجندي، قراءة في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، 2002.

10- محمد الغريب، الدليل المرشد في القوانين والأوامر والمنشورات للمحاكم الشرعية والمجالس الحسبية، مطبعة النصر، مصر، 1354هـ 1935 .

11- د محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق، ط1، 2002.

12- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996.

13- محمد كمال الدين إمام، في الصياغة التشريعية، دراسة لبعض أحكام الأسرة في ضوء منهجية التقنين، دار الهداية، ط1، 1417هـ 1997م.

14- د. محمد محمد فرحات ملاحظات حول قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول السنة 43، يناير 2001.

15- د. محمود محمد الطنطاوي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط2، 1392هـ 1972م.

16- د. محمود مصطفى يونس، تيسير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بين المتطلبات التشريعية والمقتضيات الاجتماعية، دار النهضة العربية، ط1، 2002.

17- د. محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، مؤسسة الخانجي بالقاهرة، مكتبة المثنى ببغداد، 1378هـ 1958م.

18- مصطفى فرغلي الشقيري، التعليق على قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية مع شرح المشكلات العملية في دعوى الخلع، دار البشرى 2004.

الهوامش:

(1) حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص 160. زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مطبعة دار التأليف، 1964، ص 124.

(2) ورد نفس الحكم مع اختلاف في السن في قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984، حيث جاء نص الفقرة 03 من المادة 92 منه كالآتي: "ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن خمسة عشرة سنة أو سن الزوج عن سبع عشرة سنة وقت رفع الدعوى".

(3) صدر هذا القانون ليواكب التطورات التي طرأت على القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية، وليسد الثغرات ويجمع في دفته شتات إجراءات الأحوال الشخصية المتناثرة بهدف تيسير إجراءات التقاضي في هذه المسائل التي لها ارتباط شديد بالإنسان. وقد تضمن هذا القانون جملة من الأحكام الإجرائية في مسائل الأحوال الشخصية بعضها محدث، والبعض الآخر تحديث وتعديل لما ورد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. ومن ضمن الأحكام التي امتدت إليها أيدي التعديل ما يتعلق بالإثبات عموما، وسماع دعوى الزوجية بوجه خاص الواردة في المادة 99 بفقراتها الأربع من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فضلا عن أحكام أخرى. أنظر: د. محمد الشحات الجندي، قراءة في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، 2002، ص 18 وما بعدها. د. محمد محمد فرحات، ملاحظات حول قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة 43، يناير 2001، ص8، 9. د. محمود مصطفى يونس، تيسير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بين المتطلبات التشريعية والمقتضيات الاجتماعية، دار النهضة العربية، ط1، 2002، ص 88.

(4) إذ كانت تنص في مادتها 59 أنه: "تعتبر الدعوة مرفوعة أمام المحكمة يوم قيدها في الجدول العمومي مع عدم الإخلال بالحقوق التي تترتب على إعلانها".

(5) المصادقة على عقد الزواج أن يقر الزوجان لدى الموظف المختص بأنهما عقدا زواجهما في تاريخ سابق ويطلبان الآن تسجيله في وثيقة رسمية.

(6) د. رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص118. زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 123.

(7) وفي هذا تنص المادة (32) في فقرتها الأولى من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل في 1955/1/4 المعدلة بأن: "على المأذون قبل توثيق العقد أن يتحقق من شخصية الزوجين".

(8) د محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق، ط1، 2002، ص 215.

(9) د. محمد الشحات الجندي، المرجع السابق، ص 233. د.محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 202.

(10) د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقا للقانون المصري رقم (1) لسنة 2000، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، العدد الخامس، يوليو، 2000، ص 91. وجاء في المذكرة الإيضاحية لتبرير ما ورد في النص أن القول بأن التقويم القمري له أساس ديني هو قول محل نظر، لأن التقويم يرتبط بالثقافة الإسلامية لا بالدين الإسلامي كعقيدة"، وهذا القول يعارض نصوص الشرع الصريحة كقوله تعالى: ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ ۗ ﴾. سورة البقرة، آية 189. فجعل الله سبحانه وتعالى بلطفه ورحمته الهلال علامة وتدبيرا؛ ليعرف الناس بذلك مواقيت عباداتهم من الصيام، وأوقات الزكاة، والكفارات، وأوقات الحج، فضلا عن أوقات الديون المؤجلة، ومدة العدة، والحمل، وغير ذلك مما هو من حاجات الخلق، وقد أنكر أحد أعضاء مجمع البحوث الإسلامية ما ورد في المذكرة أعلاه مما حمل وزارة العدل على حذف هذه العبارة بناء على خطاب من شيخ الأزهر.

وقد هون البعض من استبدال التقويم الميلادي بالتقويم الهجري واعتبر الأول هو الأوفق في الوقت الحاضر لتعارف الناس عليه في معاملاتهم وهو الأضبط في الحساب بخلاف التقويم القمري الذي لا تتحدد أوائل شهوره إلا بعد وجودها بالفعل، وهو ما يقع الخلاف فيه بين البلاد بعضها مع بعض مما يؤدي إلى الاضطراب في المعاملات، وجريان التعامل لدى المسلمين بالتقويم القمري منذ ظهور الإسلام إلى استحداث التقنين الوضعي لا يمنع من العمل بالتقويم الشمسي مادام يتحقق للناس مصلحة ويدفع عنهم مفسدة الاضطراب والنزاع. انظر في ذلك: جلال سعد عثمان، المشكلات العملية في إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ص 214. ويجاب عن مثل هذا الرأي: بأن نصوص القرآن والسنة تشير في أكثر من موضع إلى التعامل بالتقويم القمري لا الشمسي كقوله تعالى: ﴿ **إِنَّ عِدَّةَ ٱلشُّهُورِ عِندَ ٱللَّهِ ٱثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ مِنْهَآ أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ** ﴾ سورة التوبة، آية 36، وقوله صلى الله عليه وسلم : "صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته" أي رؤية الهلال. أنظر في ذلك: د. محمود يونس مصطفى، المرجع السابق، ص 203.

(11) وهو ما جعل اللجنة التي شكلتها وزارة العدل ترفض العمل بالتقويم الميلادي بدلا من الهجري، معللة ذلك بألا يغيب التقويم الإسلامي عن تشريع إسلامي لأحوال المسلمين الشخصية، وهو ما حرصت عليه القوانين الإجرائية الشرعية منذ بدء التقنين.

(12) تنص المادة (1) أنه: "تحتسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادي".

(13) ولاسيما الفقرة الأخيرة من المادة 15 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وتمشيا مع نص المادة 3 من القانون المدني.

(14) د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 200. مصطفى فرغلي الشقيري، التعليق على قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية مع شرح المشكلات العملية في دعوى الخلع، دار البشرى، ص 72. د. محمد الشحات الجندي، المرجع السابق، ص 230.

(15) الطعن رقم 33 لسنة 28 ق، أحوال شخصية، جلسة 1961/3/3، س 12، ص 200.

(16) الطعن 45 لسنة 50 ق، أ. ش، جلسة 1984/3/29.

(17) مصطفى فرغلي الشقيري، المرجع السابق، ص 75. الطعن رقم 28 لسنة 35 ق، أ. ش، جلسة 1969/2/12، س 20، ص306. الطعن رقم 193 سنة 35 ق، أ. ش، جلسة 1969/11/4، س 20، ص 1159.

(18) د. محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، المرجع السابق، ص 216، 220.

(19) جاءت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (1) لسنة 2000 خلوا عن بيان أسباب التعديل.

(20) د. محمد الشحات الجندي، المرجع السابق، ص 205، 206. وأنظر خلاف هذا الرأي: د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 204. حيث يرى أن لكل من النصين مجال تطبيق مختلف، فشرط السن أراد به عدم إبرام عقد الزواج قبله، حتى يكون الزوجين قد وصلا مرحلة من النضج تمكنهم من إقامة حياة زوجية صحيحة. أما في حالة أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية؛ فإن من بلغ هذه السن يكون له من القدرة والإدراك ما يستطيع معه إفهام القاضي دعواه، خاصة في الدعاوى المتعلقة بالنفقات والأجور والمصروفات بأنواعها، إلى آخر ما جاء في تبرير المذكرة الإيضاحية.

(21) د. محمود محمد الطنطاوي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط2، 1392ه 1972م، ص77، 78. معوض محمد مصطفى سرحان، الأحوال الشخصية حسب المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية والسودانية والمجالس الحسبية، مطابع رمسيس، الإسكندرية، ط1، 1372ه 1953م، ص 276، 277. حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص165. طعن رقم 43 ق، أ.ش، 1976/3/10، المجموعة المدنية لسنة 27، ج 1 ص 602.

(22) وهذا ما تبناه قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 92 في فقرتها الأولى بنصه: "لا تسمع عند الإنكار دعوة الزوجية إلاّ إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية أو سبق الإنكار إقرار بالزوجية في أوراق رسمية".

(23) حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 166. معوض محمد سرحان، المرجع السابق، ص 277.

(24) أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم إجراءات التقاضي، ص 217.

(25) د. محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، مؤسسة الخانجي بالقاهرة، مكتبة المثنى ببغداد، 1378ه 1958م، ص 95. وقد راعى القانون في هذا التنويع أن يكون المسوغ الكتابي ملائما للتدرج التشريعي ومنتظما مع ما أدخله على لائحة المحاكم الشرعية من تعديلات في أزمنة مختلفة من سنة 1880 إلى سنة 1931 إذ كان كل تعديل يتضمن قيودا جديدة تساير مقتضيات الأحوال الاجتماعية وتلائم الحوادث الواقعة. عمر عبد الله، المرجع السابق، ص107.

(26) المادة 34 من لائحة المأذونين.

(27) أما لو حصل إقرار بالزوجية فتسمع منه دعوى الزوجية حتى ولو لم تكن ثابتة بوثيقة رسمية. والإقرار المعول عليه هو الإقرار الحاصل في مجلس القضاء أما الإقرار الذي يحصل خارج مجلس القضاء أو في ورقة عرفية، أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقود الأزواج؛ فلا يؤخذ به ولا يعول عليه. نقض الطعن رقم 25 لسنة 35 ق، أ. ش، جلسة 1967/10/23، المجموعة المدنية، السنة 18، ص 1193.

وعدم حضور الخصم أمام المحكمة بعد رفع دعوى الزوجية لا يعد إنكارا. وكذلك إذا حضر وسكت؛ فإن هذا السكوت لا يعد إنكارا، لأن المقرر فقها أن لا ينسب لساكت قول. ولا يلزم من ذلك أن يكون الإنكار صريحا، فيجوز أن يكون الإنكار ضمنيا، ويعد تقرير الإنكار من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض. أنظر: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996، ص147، 148.

وفي التطبيق القضائي؛ يقوم المدعي برفع دعوى إثبات الزواج أولا، ثم يطلب القاضي من المدعي عليه أن يجيب عن الدعوى، فإن أقرها قضى بإقرار النكاح، وإن أنكرها تكلف المحكمة المدعي بتقديم ما لديه من مسوغ لسماع دعواه، فإن قدمه سارت المحكمة في إجراءات الدعوى،

وتنظر في هذا المسوغ فإن رأت أن المسوغ المقدم من المدعي كافي في إثبات ما يدعيه، قضت بما طلب وإن لم يكن كافياً قررت المحكمة عدم سماع الدعوى.

(28) ولا يعتد إلا بالإنكار الذي يتم أمام القضاء، وينفى هذا الإنكار بوجود إقرار سابق من المنكر ولو لم يكن قد حصل في مجلس القضاء، وفي هذه الحالة على المدعي إثباته بأدلة الإثبات المقررة.

(29) حسن حسن منصور، المرجع السابق، 167. د. محمود محمد طنطاوي، المرجع السابق، ص 76. عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 108.

(30) إنكار الحق الموجب لسماع الدعوى مما يصح نفيه بكافة طرق الإثبات. نقض الطعن رقم 25 لسنة 36 ق، أ. ش، جلسة 1965/5/1، المجموعة المدنية، السنة 19، ص 898.

(31) أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي، ص 306.

(32) د. رمضان على السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 120. وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للائحة المحاكم الشرعية ما نصه: "إلا أن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة، لا يزال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره، فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة ثم يجحده أحدهما ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء.

وقد يدعي بعض ذوي الأغراض الدنيئة الزوجية زورا وبهتانا، أو رغبة في النكاية والتشهير أو ابتغاء غرض آخر نظرا لسهولة إثباتها بالشهود، خصوصا أن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع في الزواج، وقد تُدَّعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مرارا، وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو ثبت هذا العقد بوثيقة رسمية كما في عقود الرهن والحجج والأوقاف، وهي أقل منه شأنا وهو أعظم منها خطرا. فحملا للناس على ذلك وإظهارا لشرف هذا العقد، وتقديسا له عن الجحود والإنكار، ومنعا لهذه المفاسد العديدة زيدت الفقرة الرابعة من المادة 99، وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية أو الإقرار بها لا تسمع عند الإنكار من أول أغسطس بدون وثيقة رسمية في حال حياة الزوجية أو بعد الوفاة".

(33) معوض مصطفى سرحان، المرجع السابق، ص 278 .

(34) عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 111. حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 162. د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص83. د. رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق، ص117، 119.

(35) وممّا جاء في المذكرة الإيضاحية حول الحِكمة التي قصدها القانون من وضع هذا القيد: "أن عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها، والعناية بالنسل أو إهماله، وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعدادا كبيرا لحسن القيام بها، ولا تتأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالبا قبل بلوغ سن الرشد المالي، غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل بنية الصبي وما يلزم لتأهيل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم للصبي كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى 18 سنة وللفتاة 16 سنة".

(36) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما نصه: "من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص، وأن لولي الأمر أن يمنع قضاته عن سماع بعض الدعاوى، وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعا لأحوال الزمان وحاجة الناس، وصيانة للحقوق من العبث والضياع.

وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك، وأقروا هذا المبدأ في أحكام كثيرة، واشتملت لائحة سنة 1897 وسنة 1910 للمحاكم الشرعية على كثير من مواد التخصيص، وخاصة فيما يتعلق بدعاوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما، وأَلِفَ الناس هذه القيود واطمأنوا إليها بعدما تبين مالها من عظيم الأثر في صيانة حقوق الأسر".

(37) فعقد الزواج متى كان مستكملا لأركانه وشروطه الشرعية فهو صحيح نافذ ولازم تترتب عليه مختلف آثاره وأحكامه، ولو لم يبلغ الزوجان أو أحدهما الحد الأدنى المقرر لسن الزواج قانونا، أو لم توجد ورقة رسمية أو غير رسمية.

(38) ذكر الكاساني بعد أن أورد أدلة الجمهور " أن قولهما – أي عثمان البتي وابن شبرمة– خرج مخالف لإجماع الصحابة وكان مردودا " . بدائع الصنائع، جـ 3 ص 1349 وما بعدها.

(39) نقل ذلك د. محمد كمال الدين إمام، في الصياغة التشريعية، دراسة لبعض أحكام الأسرة في ضوء منهجية التقنين، دار الهداية، ط1، 1417هـ 1997م، ص 41.

(40) سورة الطلاق، آية 4.

(41) فجعل الله تعالى عدة الزوجة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر، والعدة لا تكون إلا عن طلاق، والذي لا يكون إلا عن زواج صحيح تم الدخول

فيه بصاحبته. الهداية شرح العناية مع الفتح، جـ 3 ص 308.

(42) المغني، جـ 7 ص 379.

(43) د. محمد كمال الدين إمام، في الصياغة التشريعية، ص 46.

(44) وإن قيل إن زواج الصغير أو الصغيرة مفسدة، فإنما هو الوطء، أما العقد فلا يترتب عليه شيء أصلا. وليس لعاقل أن يدعي أن مجرد حصول العقد يترتب عليه شيء أصلا، لذا فلا وجه لتحديد السن له، على أنه لا وجه للقول بترتب الفساد أو الضرر بالصحة إذا كانت الصغيرة تشتهى وبلغت السن التي تطيق فيها الوطء، ولو لم تبلغ حد البلوغ الشرعي، ولو كان في ذلك أدنى مفسدة لما جاءت النصوص دالة على وجوبه أو الندب إليه أو إباحته. د. محمد كمال الدين إمام، في الصياغة التشريعية، ص43.

(45) خالف جمهور الفقهاء في حكمهم بصحة زواج الصغار غير البالغين عدد قليل من الفقهاء، منهم عبد الرحمن ابن شبرمة وهو من صغار التابعين وعثمان البتي وأبو بكر الأصم، حيث قالوا بمنع زواج الصغار منعا مطلقا، ورتبوا على مخالفة هذا المنع البطلان المطلق للزواج، لعدم تحقق الغاية التي شرع من أجلها الزواج. في حججهم والردود عليها أنظر : المبسوط، جـ 4 ص235. شرح فتح القدير، جـ 2 ص 405. بدائع الصنائع، جـ 3 ص1335. بداية المجتهد، جـ 2 ص 5. المحلى، جـ 9 ص460. د. محمد كمال إمام، في الصياغة التشريعية، ص 25 وما بعدها.

(46) وذكر د. محمد كمال إمام في الصياغة التشريعية، ص 40 بعضا من التطبيقات التي تظهر فيها مصادمة القانون للشرع.

(47) نقض 1930/11/3، مجلة المحاماة الشرعية، السنة 11، العدد 6، ق 603.

وقد حاولت وزارة العدل قطع دابر هذا التحايل وتدارك آثار حكم محكمة النقض السابق، فأصدرت القانون رقم 44 لسنة 1933، والذي ينص في المادة 02 منه بأنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين، أو بغرامة لا تزيد على مائة جنية، كل من أبدي أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحدد قانونا بالضبط عقد الزواج، أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة، أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك، متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال والأوراق.

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنية كل شخص خوّله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون".

(48) د. محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 104.

(49) ذكر الشيخ شاكر في مقال هام له بجريدة المقطم في 1923/12/29 بعد أن أورد حقيقة مبدأ تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث ذكر أن: "وما سوى ذلك من ضروب التخصيص فواحد من اثنين لا ثالث لهما، إما نسخ شريعة بشريعة أخرى تحل محلها، وإما تعطيل الشريعة بمنع جميع القضاة من العمل بها في دوائرهم القضائية، ويرى الشيخ أن أصحاب هذا القانون بتحديد سن الزواج ومنع المحاكم من سماع دعوى الزوجية إذا لم تتوافر السنة المحددة، وكل ذلك التعطيل يتم تحت ما سماه واضعو القانون سلطة ولي الأمر في تخصيص القضاء". أشار إلى ذلك د. محمد كمال الدين إمام، في الصياغة التشريعية، ص 45.

(50) فالمرأة المتزوجة بزواج شرعي غير موثق مهما حازت من وسائل الإثبات كشهادة الشهود أو نسخة من العقد العرفي، وكثرة القرائن مثل الخطابات المتبادلة بينا وبين زوجها وعلم الجيران بزيجتهم، كل ذلك تندثر حجيته – ويكون سرابا بقيعة – بحضور الزوج أمام المحكمة وينكر زواجه بها.

(51) د. عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، المؤسسة العربية الحديثة للطبع والنشر، القاهرة، دون ذكر تاريخ طبع، ص 230.

(52) عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، للحصول على درجة الدكتوراه، 1973، ص 242، 243. فالله عز وجل جعل القضاء فريضة للفصل في كافة الخصومات فإذا حكم القضاء بمنع سماع الدعوى فمن يفصل في نزاع الخصوم مع أن الفصل فيه فريضة؟ أنظر د. عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة قانون الأحوال الشخصية، ص 46، و أشار في مؤلفه إلى بيان قدم لجبهة علماء الأزهر بغير توقيع وبدون تاريخ نشرته المطبعة المتحدة بدرب السعادة، يتعلق بمنع القاضي من سماع الدعاوى بمتجمد النفقة إلا عن مدة معينة.

(53) أنظر حول مبدأ تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص: ابن نجيم، الأشباه، ص 230، 237. الحاوي، ج16 ص 13 وما بعدها، وجاء فيه: "يجوز أن يكون التقليد عاما ومخصوصا، فالعام والمخصوص ينقسم إلى ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون مخصوصا في بعض البلاد، والثاني: أن يكون مخصوصا في بعض أهله، والثالث: أن يكون مخصوصا في بعض الأيام، فأما القسم الأول وهو أن يكون التقليد مقصورا على قضاء بعض البلد، فيجوز إذا كان معينا سواء اقتصر به على أكثر البلد أو على أقله، ولو محلة من محاله، لأن القضاء يعم ويخص. وأما القسم الثاني: وهو أن يكون التقليد مقصورا على بعض أهل البلد وجميعهم، فيجوز إذا تميزوا عن غيرهم فيقول قلدتك لتقضي بالبصرة بين العرب

دون العجم.. وأما القسم الثالث: وهو أن يكون التقليد مقصورا على بعض الأيام دون جميعها، فيجوز إذا عين على اليوم الذي يحكم فيه، ولا يجوز إن لم يعينه، لأن النظر مقصور على المتحاكمين فيه فوجب تعيين اليوم ليتعين به الخصوم".

(54) محمد الزين، أعلى هذا تبقى المحاكم الشرعية ؟ التعديل الأخير في اللائحة، المحاماة الشرعية، السنة 3، العدد الأول 1350هـ 1931م، ص 197.

(55) محمد الدجوي، الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين فقها وقضاء، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، د ت ط، ص153.

(56) هناك نصوص جزائية أخرى وردت في القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بموجب القانون رقم 100 لسنة 1985 كالمادة 6 مكرر و 23 مكرر.

(57) حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 162 وما بعدها.

(58) د. محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 98. أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي، ص 302. حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 167.

(59) مجلة المحاماة الشرعية، السنة 2، العدد التاسع، الصفحة 857.

(60) د. محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص 98. حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 168. أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي، ص 303، 304.

(61) يظهر من خلال دفوع المدعي عليه أن الدعوى كانت قبل أن يستقر القضاء بعدم سماع الدعوى متى كان سن الزوجين أو أحدهما وقت العقد أقل من السن المحددة وقت رفع الدعوى، لا وقت العقد.

(62) جاء نص هذا المنشور كالآتي: "تبين للوزارة أن بعض المحاكم الشرعية لا تحكم بعدم الدعوى الزوجية إلا إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة، إلا إذا كان هناك نزاع بخصوص الزوجية، فأمّا إذا كان في أثر من آثارها فقط كالنفقة والطاعة، فإنها تسمع الدعوى وتسير فيها. وبما أن الغرض من تحديد سن الزواج لا يتحقق إلا بالمنع من سماع الدعوى مطلقا سواء أكان النزاع في ذات الزوجية، أو فيما يرتب عليها من الآثار، وقد تأيد بما أشير إليه في المذكرة الإيضاحية للائحة سنة 1931... فتحقيقا لغرض الشارع تلفت الوزارة نظر المحاكم الشرعية إلى تطبيق هذه الفقرة على إطلاقها فيما إذا كانت سن الزوجين أو أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة ". محمد الغريب، الدليل المرشد في القوانين والأوامر والمنشورات للمحاكم الشرعية والمجالس الحسبية، مطبعة النصر، مصر، 1354هـ 1935م، ص 88، 89، 373. زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 125.

(63) أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي، ص 304. حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 168.

(64) قررت ذلك محكمة النقض في العديد من قراراتها وأصبح مبدأ مهما من مبادئها أنه: "متى كانت دعوى المطعون ضده في دعوى إرث بسبب البنوة وهي دعوى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية أو إثبات أي حق من الحقوق التي تكون الزوجية سببا مباشرا إليها، فإن إثبات البنوة – الذي هو سبب الإرث – لا يخضع لما أورده القانون في المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها، إذ لا تأثير لهذا المنع على دعوى النسب سواء كان النسب مقصودا لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال فإن هذه الدعوى باقية على حكمها المقر في الشريعة الإسلامية وحتى لو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة ". محمد الغريب، المرجع السابق، ص 373. أنظر أيضا نقض الطعن رقم 8 لسنة 58 ق، أ.ش، جلسة 1989/11/21، السنة 4. الطعن 133، الطعن رقم 21 لسنة 44 ق، أ. ش، جلسة 1976/7/4.

(65) ورد المذكرة الإيضاحية أن "هذا المنع لا تأثير له شرعا في دعوى النسب بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة 101 من اللائحة القديمة". ولما كانت الرجعة استدامة لملك النكاح وليست إنشاء الزواج، فإن هذا القيد لا يسري على دعاوى الرجعة، حيث لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمه القانون بالنسبة لدعوى الزوجية. الطعن رقم 18 لسنة 38 ق، أ. ش، جلسة 1972/5/31.

(66) أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي، ص 308. محمد الشحات الجندي، المرجع السابق، ص 234، محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص208. وقد كان يرى قريبا من التعديل الجديد الأستاذ أشرف مصطفى كمال بعدم انطباق نص المادة 99 من اللائحة على دعوى إثبات الطلاق أو التطليق. المشكلات العملية في قانون الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، 1989، ص 142. وهي وجهة نظره لكن النص لم يكن يسعف على القول بها.

(67) د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 208 وما بعدها .

(68) فيما يتعلق بحجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها فإذا احتج صاحب الشأن بالعقد العرفي على من يحمل توقيعه، فإن صاحب

التوقيع إما أن يعترف بأن التوقيع له وأن الورقة صادرة منه، وإما أن ينكر أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه، وإما أن يسكت فلا يقر ولا ينكر. كمال صالح البنا، موسوعة الأحوال الشخصية، ص286، 287.

(69) د. محمد الشحات الجندي، المرجع السابق، ص 234، 239، 240. أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 208، 209. د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 208.

(70) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (1) لسنة 2000.

(71) د. محمد الشحات الجندي، المرجع السابق، ص 241. جلال سعد عثمان، المشكلات العملية في إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، السلام الذهبية للطباعة، ط 1، 2000، ص 232.

(72) سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 105.

(73) د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 210.

(74) أشرف كمال، المرجع السابق، ص 142. د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 210.

(75) أنظر في هذا الرأي: د. محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص 210. يقول د. محمد محمد فرحات: "وعلى أي أساس يتم سماع دعاوى النسب بناء على العقود العرفية ؟ وعلى أي أساس يتم سماع دعاوى الطلاق العرفي وفقا للمشروع المقترح ؟ فهل هي زوجية أو ليست بزوجية؟ إن بوسع المشرع أن يريحنا من هذا الخبط بتشريع محكم يضع الأمور في نصابها الصحيح". ملاحظات حول قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول السنة 43، يناير 2001، ص 9.