

موضوع رقم (٢)

من يملك إيقاع الطلاق؟ - حكم الطلاق الصادر من

بعض الأشخاص - من يقع عليها الطلاق؟

٥- من يملك إيقاع الطلاق؟

لو كان الطلاق لا يقع إلا باتفاق الزوجين وتراضيهما عليه لأمكن أن يتعنّت أحدهما فيوقع الآخر في ضرر لا يمكنه التخلص منه ولساءت العشرة واشتد الخلاف إلى موقف يكون سيئاً إذا عاندت المرأة الرجل وأضاعت أمواله ولم تحافظ على بيته وشرفه.

ولذلك جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق بيد الرجل وحده، فللزواج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة دون التوقف على رضاها في أى وقت شاء في الحدود الدينية التي رسمها الشارع الإسلامي.

وقد اختصت الرجل بذلك دون المرأة لأنها تنتظر في أحكامها إلى ما هو الأعم الأغلب من أحوال الناس وتجعل المناط في الأحكام المظان الكلية لا الحوادث الجزئية والوقائع الفردية، ولا شك أن الأصل في المرأة أنها سريعة الغضب شديدة التأثير، كما أنها أضعف عقلاً من الرجل، وتندفع غالباً وراء عاطفتها، وذلك لأنها خلقت على غرائز خاصة وطبائع رقيقة، وهذه الغرائز والطباع اختصها الله بها - لتكون مصدر العطف والحنان والشفقة التي لا بد منها في تربية الأولاد وتنشئتهم.

وطبيعة المرأة هذه تجعلها في مواطن الغضب شديدة الانفعال محتدة المزاج وتندفع مع العاطفة ولا تتردد في الاندفاع ولا تبالي بما يكون من ورائه من نتائج ضارة أو نافعة سيئة أو حسنة بل ترى النفع كله والحسن جميعه في أن تجيب داعي العاطفة، فإذا كان الطلاق في يدها لأوقعته وانهارت الأسرة بالتالي بمجرد خصام بين الزوجين أو إساءة بسيطة من الزوج وهي أمور لا تخلو منها الحياة الزوجية.

أما الرجل فالأصل فيه التحكم والأناة وضبط النفس عند الغضب وتغليب العقل على العاطفة والتبصر في عواقب الأمور قبل الإقدام عليها، كما أن عقل الرجل يتفوق على عقل المرأة.

والطلاق يحمل الرجل أعباء مالية، إذ بالطلاق يحل على الرجل المؤجل من المهر وتجب عليه نفقة العدة والمتعة - إذا تحقق موجبها - كما يلزمه بذل المال في سبيل الزواج من أخرى بدلا ممن طلقها، وكل هذه النفقات التي سيتحملها الرجل تجعله لا يقدم على الطلاق إلا عند الحاجة الماسة وبعد التروي والتفكير في عواقبه، أما المرأة فإنها لا تتحمل بأى عبء مالى نتيجة الطلاق، فليس لديها بالتالى ما يحملها على التروي في الطلاق إذا كانت تملكه.

والشريعة وإن لم تجعل الطلاق بيد المرأة إلا أنها لم تهمل جانبها في مسألة الطلاق، فجعلت لها الحق في طلب الطلاق من القاضى إذا وجد سبب يسوغ تطليق القاضى الزوجة على زوجها، كإساره بنفقتها وغيابه عنها مدة سنة بلا عذر مقبول أو إيذائه لها بالقول أو الفعل بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فإذا أثبتت دعوها قضى لها بالتطليق.

وليس لغير الزوج أو وكيله - كما سنرى - أن يوقع الطلاق فليس لولى الزوج أو وصيه أن يوقع الطلاق لأن أحكام عقد الزواج كلها ترجع إلى الزوجين لا إلى من تولى العقد ولو كان وليا على النفس⁽¹⁾.

ويشترط في الرجل حتى يقع طلاقه أن يكون أهلا لإيقاعه بأن يكون بالغاً عاقلاً طائعاً. وهذا ما يدعونا إلى التصدى لحكم الطلاق الذى يصدر من بعض الأشخاص في البند التالي.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«.. الشريعة الإسلامية تبيح للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة - وهى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة

(1) فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ جماد أول سنة ١٣٢٨هـ.

أو الملة وتصدر الأحكام منها طبقا لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.. الخ».

(طعن رقم 8 لسنة 36ق - أحوال شخصية - جلسة 1968/2/44)

حكم الطلاق الصادر من بعض الأشخاص :

٦- (١) طلاق المجنون :

الجنون هو اختلال في العقل يفقد الإدراك تماما، ويصحبه اضطراب وهياج غالبا.

والجنون إما أن يكون أصليا أو طارئا، كما يكون مطبقا أى مستمرا أو غير مطبق أى متقطع.

والرأى المفتى به في المذهب الحنفى أن الجنون يكون مطبقا إذا استمر بصاحبه شهرا فأكثر^(١).

وطلاق المجنون جنونا مطبقا لا يقع إطلاقا، ويقع طلاق المجنون جنونا غير مطبق في فترة إفاقة، لأن العقل أداة التفكير ومناطق التكليف، وأن المجنون زالت عنه أهلية الأداء التي تتوقف عليها التصرفات الصحيحة، وذلك لقول النبي عليه السلام: «كل طلاق جائز الإطلاق الصبي والمجنون». ولما روى عن سيدنا عثمان رضى الله عنه أنه قال: «ليس لمجنون ولا لسكران طلاق». وما روى عن ابن عباس أنه قال: «لا يجوز طلاق الصبي والمجنون»، والمراد بالجواز هنا النفاذ.

وإنما يقع طلاق المجنون إذا علقه بشرط وهو عاقل ثم جن ووجد الشرط وهو مجنون^(٢).

ولا يملك الولي أن يطلق زوجة من هو في ولايته لأن أحكام الزواج ومنها الطلاق ترجع إلى الزوجين لا إلى من تولى إنشاء عقد الزواج. فإن أرادت زوجة المجنون التطلق على زوجها كان لها رفع دعواها إلى القاضي إذا توافرت إحدى حالات التطلق.

(١) الدكتور أحمد الحصرى النكاح والقضايا المتعلقة به ص ٤٨٠.

(٢) مادة (٢٢٠) من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا.

وإذا ادعى المطلق جنونا وقت طلاقه صدق بيمينه إذا كان قد عرض له جنون من قبل ولو مرة واحدة، وإلا لم يصدق إلا ببينة^(١).

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

١- «صرح علماؤنا بأن جميع من يجن ويفيق، يكون في حال إفاقته كعقل بالغ في جميع تصرفاته التي منها الطلاق. وأن كل ما يستوى فيه الهزل والجد كالطلاق والنكاح ينفذ في المحجور عليه. وعلى ذلك فالطلاق الصادر من المجنون المحجور عليه المذكور في حال إفاقته واقع عليه ويترتب عليه أحكامه. والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 44 من ذى القعدة سنة 1320هـ)

٢- «لو طلق الصبي أو وليه والحال ما ذكر في السؤال لا يقع الطلاق. فقد نص العلماء على أن من فيه أهلية الطلاق هو الزوج العاقل البالغ المستيقظ. فلا يقع طلاق والد الصغير ولا طلاق المجنون ولا طلاق النائم ولا طلاق الصبي ولو مراقبا. والله تعالى أعلم».

(فتوى صادرة في جماد أول سنة ١٢٢٨هـ).

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

«المجنون في فقه الشريعة الإسلامية، من أصيب باختلال في العقل يفقده الإدراك تماما وتكون حالته حالة اضطراب، وحكمه أن تصرفاته القولية تكون باطلة بطلانا كلياً فلا تصح له عبارة أصلاً ولا ينبئ عليها أى حكم من الأحكام».

(طغان رقما 57، 66 لسنة 49 في جلسة 1981/6/23)

٧- (٢) طلاق المعتوه:

العتة آفه توجب خلا في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام يشبه بعض كلامه العقلاء وبعضه كلام المجانين وكذا سائر أمور.

(١) الدكتور أحمد الغندور الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون - الطبعة الأولى

فالعته بهذا المعنى لا يذهب العقل بالكلية بل يكون عند صاحبه بقية منه ولذلك ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المعتوه يكون دائما مميزاً^(١).

وقد أفتت بذلك دار الإفتاء المصرية في الطلب رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٦٨ بتاريخ ١٦/٥/١٩٦٨ إذ جاء بفتواها:

«تقرر السائلة أن زوجها الذى صدر منه الطلاق بالإشهاد المذكور معتوه. وما دام معتوها فالمقرر شرعا أن طلاق المعتوه لا يقع لنقصان الأهلية ولكن وقد حصل الطلاق بإشهاد رسمى على يد موظف عمومى مختص بإصداره وهو المأذون وإشهاد الطلاق حجة فيما دون به ما لم يصدر حكم بإبطاله. فلا بد لمن يهيمه الأمر وهى السائلة فى هذه الحالة أن ترفع الأمر إلى القضاء المختص وتتخذ الإجراءات القانونية اللازمة لإبطال هذا الطلاق متى ثبت أمام القضاء أن المطلق صدر منه هذا الطلاق وهو معتوه. ومن هذا يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».

والموضح أن محكمة النقض تأخذ بهذا الرأى إذ قضت بتاريخ ١٤/٢/١٩٧٣ فى الطعن رقم ٧ لسنة ٣٩١ ق (أحوال شخصية) بأن:

«الرأى فى المذهب الحنفى أنه إذا زوج المعتوه نفسه أو زوجه وليه الأبعد مع وجود الأقرب فإن عقد الزواج يكون موقوفا على إجازة الولى الأقرب فإن أجاز نفذ وإلا بطل».

وطلاق المعتوه لا يقع لنقصان إدراكه وعدم معرفته وجه المصلحة، والطلاق من التصرفات التى يغلب عليها الضرر وهو لا يملك منها إلا ما كان نافعا. ولا يصح هذا الطلاق بإجازة وليه.

(١) لكن يرى بعض الفقهاء أن العته نوعان: عته تام وآخر غير تام، والأول يأخذ حكم الجنون لأنه نوع منه يسمى بالجنون الساكن، والثانى يأخذ حكم الصبى مع التمييز وهذا هو الرأى الذى نؤيده. (الدكتور محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ص ٣٢٨ وفى هذا المعنى عمر عبد الله - أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية طبعة ١٩٦٨ ص ٧١).

وقد روى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه قال «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه» والمراد بالجواز هنا النفاذ.

٨- (٣) طلاق الغضبان:

قسم الحافظ ابن القيم الحنبلى الغضب فى رسالته فى (طلاق الغضبان) إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقول ويقصده. وهذا لا إشكال فيه، ويقع طلاقه.

الثاني: أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول ولا يريد، فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شيء من أقواله.

الثالث: من توسط المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون. فهذا محل النظر والأدلة تدل على عدم نفاذ أقواله.

وقد أخذ الأحناف بهذا رأى وذهبوا إلى أن طلاق الغضبان لا يقع إلا إذا بلغ به الغضب مبلغا لا يدرك معه ما يقول أو يفعل أو وصل به إلى حالة تغلب فيها الهذيان واختلاط الجد بالهزل، وإن كان يعلم أقواله ويريدها^(١).

ويستند هذا رأى إلى قول النبى عليه السلام: «لا طلاق فى إغلاق»، فقد فسره بعض العلماء بأنه يغلق على الشخص باب الإرادة والقصد ويسد عليه طريق الوعى والإدراك. ولأن الغضبان فى هذه الحالة يكون مسلوب الإرادة والإدراك لشدة انفعاله وهيجانه.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

١- «نفيد بأنه إذا صدرت صيغة الطلاق المذكورة من هذا الرجل وهو غضبان غضبا شديدا بحيث أصبح لا يعى ما يقول وقته أصلا وأصبح يغلب الخلل فى أقواله وأفعاله لم يقع بهذه الصيغة طلاق لعدم أهلية الزوج للإيقاع فى هذه الحالة. أما إذا لم يصل به الغضب إلى الحالة المذكورة وقع بالصيغة المذكورة طلاق واحدة رجعية إن لم تكن هذه الطلقة مكملة للثلاث... الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1936/10/3)

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٤٤ - الأستاذ حسنين محمد مخلوف فتاوى شرعية وبحوث إسلامية - الجزء الثانى - صادر عن دار القافلة ص ٧٩ وما بعدها.

٢- «الغضب الذى لا يقع معه الطلاق على ما اختاره ابن عابدين من فقهاء المذهب الحنفى فى حاشيته رد المحتار وحققه ابن القيم فى كتابه إغاثة اللهفان يتمثل فى حالتين: الأولى: إذا بلغ الغضب بالزوج نهايته وقت الطلاق فلا يعلم ما يقول ولا ما يريد.

الثانية: ألا يبلغ هذه الغاية. ولكن يغلب عليه الخل والاضطراب فى أقواله وأفعاله، وذلك عملاً بحديث الرسول ﷺ «لا طلاق فى إغلاق» والمراد بالإغلاق أن يغلق على الرجل وقت الطلاق باب الإرادة ويفقد الوعي. فإذا لم يبلغ الغضب بالزوج وقت الطلاق واحدة من هاتين الحالتين بأن كان غضبه دونهما. فإن الطلاق يكون واقعاً والمعيار هنا شخصي. بمعنى أن الشخص المتلفظ بصيغة الطلاق هو بالدرجة الأولى الذى يحدد درجة الغضب التى كان عليها وقت الواقعة، وهل تتدرج فيه إحدى هاتين الحالتين فلا يقع الطلاق. أو لا تتدرج فيقع الطلاق. فليتنق الله فيما فوض إليه، لأن الأمر يتعلق بحل معاشرته وزوجته أو حرمتها عليه.

وعلى ذلك فإذا كانت حالة الغضب التى كان بها الزوج السائل واحدة من هاتين الحالتين فلا يقع معها الطلاق إذا كان بهذه الدرجة من الغضب. أما إذا لم تبلغ درجة غضبه واحدة من هاتين الحالتين بل كان متمكناً من إرادته ووعيه وضبط نفسه وألفاظه.. الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1979/8/2 فى الطلب رقم 248 لسنة 1979)

3- «نص الفقهاء على أن طلاق الغضبان لا يقع فى حالتين:

الحالة الأولى: أن يبلغ به الغضب نهايته فلا يدري ما يقوله وما يقصده.
الحالة الثانية: ألا يبلغ به من الغضب هذه الحالة ولكنه يصل به إلى حالة الهذيان فيغلب الخل والاضطراب فى أقواله وأفعاله، أما إذا كان الغضب أخف من ذلك وكان لا يحول دون إدراك ما يصدر منه ولم يستتبع خلافاً فى أقواله وأفعاله وكان يعي ما يقول. فإن الطلاق فى هذه الحالة يقع من غير شبهة».

(فتوى صادرة بتاريخ 10 يناير سنة 1980 فى الطلب رقم 380)

(سنة 1979)

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

«المقرر في فقه الحنفية الواجب العمل به وفقاً لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن طلاق الغضبان لا يقع إذا بلغ به الغضب مبلغاً لا يدرى معه ما يقول أو يفعل أو وصل به إلى حالة من الهذيان يغلب عليه فيها الاضطراب في أقواله وأفعاله وذلك لافتقاده الإرادة والإدراك الصحيحين، وكان تقدير توافر الأدلة على قيام حال الغضب هذه هو مما يدخل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الدليل في الدعوى فلا تخضع بصده لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغاً، وكان لا يوجد معيار طبي للمدة التي يستغرقها الغضب تبعاً لتفاوت مداه ومدى التأثير به بالنسبة لكل حالة، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بشهادة الشاهد الثاني لعدم سماعه يمين الطلاق. وانصراف شهادته إلى وقت سابق على تحرير إشهاد الطلاق بحوالى الساعة ولم يأخذ بالمستندات المقدمة من الطاعن إثباتاً لإصابته بمرض عصبى لعدم إمكان الاستدلال بها على إيقاعه الطلاق وهو في حالة الغضب المعتبرة شرعاً، وهو منه تقدير سائغ لأنه لا يكفي لبطلان طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب بل يشترط أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة إيقاع الطلاق حتى نتج أثرها على إرادة المطلق ومن ثم لا يتوافر نصاب الشهادة على قيام حال الغضب المبطل للطلاق ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 28 لسنة 48 ق - جلسة 1980/2/13)

٩- (٤) طلاق المدهوش :

المدهوش هو من يغلب هذيانه والخلل في أفعاله، ويخلط جده وهزله لذهاب عقله لشدة اضطرابه، حياء أو خوفاً أو حزناً. والمدهوش لا يقع طلاقه لعدم إدراكه أقواله وأفعاله لأن الإدراك هو المعول عليه في التصرفات القولية أو الفعلية، وقد ألحقه بعض الفقهاء بالمجنون^(١).

(١) راجع حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٤.

ويلحق أيضا بالمدهوش من أصيب بفزع أو صدمة عصبية أو مرض فذهب عقله وتفكيره، ومن اختل عقله لكبر، ما دام في حالة غلبة الخل في الأقوال والأفعال، وكذلك النائم والمغمى عليه ومن في حكمه. لأن النوم عارض طبيعي يعتري الإنسان في فترة من الوقت ولا يزيل الحواس الظاهرة ولكنه يمنعها من العمل ولذلك لا يتصف النائم بصدق ولا كذب ولا خبر ولا إنشاء. والإغماء آفة في القلب والدماغ تعطل القوى المدركة والمحركة عن أفعالها، مع بقاء العقل مقلوبا، وهو أشد من النوم.

وإذا ادعى المطلق دهشا وقت طلاقه صدق بيمينه إذا كان قد عرض له دهش من قبل ولو مرة وإلا لم يصدق إلا ببينة^(١).

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٣/٦/١٤٠٠. بأن:

«اطلعنا على هذا السؤال ونفيد أنه قال في رد المحتار عند قول الشارع وفي القاموس دهش الرجل تحير ما نصه أي بالكسر كفرح. ثم إن اختصاره على ذكر التحير غير صحيح فإنه في القاموس قال بعده أو ذهب عقله من ذهل أوله أ.هـ بل اقتصر على هذا في المصباح فقال دهش دهشا من باب تعب ذهب عقله حياء أو خوفا آ.هـ. وهذا هو المراد هنا ولذا جعله في البحر داخلا في الجنون وقال في الخيرية غلط من فسر هـ هنا بالتحير إذ أنه يلزم من التحير وهو التردد في الأمر ذهاب العقل وسئل نظما فيمن طلق زوجته ثلاثا في مجلس القاضي وهو مغتاظ مدهوش فأجاب نظما أيضا بأن الدهش من أقسام الجنون فلا يقع وإذا كان يعتاده بأن عرف منه الدهش مرة يصدق بلا برهان.. الخ».

... (٥) طلاق الجاهل والمخطئ والساهي والناسي:

الجاهل هو الذي يتلفظ بالطلاق غير عالم بمعناه. والمخطئ هو الذي أراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق، كأن يكون أراد أن يقول لزوجته: «أنت مهذبة» فجرى على لسانه: «أنت طالق».

الساهي هو الذي غاب عن ذاكرته وذهنه وإذا ذكر به لا يتذكر.
والناسي هو الذي غاب الشيء عن ذاكرته وذهنه وإذا ذكر به تذكر.

وصورة طلاق الساهي أو الناسي أن يعلق طلاق امرأته على فعل شيء ثم فعل هذا الشيء ساهيا أو ناسيا، كأن يعلق طلاقها على دخول داره، فدخلها ساهيا أو ناسيا.

وطلاق هؤلاء عند الأحناف لا يقع ديانة أى بينه وبين الله، فيحل له البقاء مع زوجته، ولكنه يقع قضاء^(١) بمعنى أنه لو اختلف الزوجان فقالت له: طلقنا وقال لم أقصد طلاقا حكم القاضي بوقوع الطلاق لأنه يحكم بناء على الظاهر والله عنده علم السرائر، ولو قبل القاضي دعوى الخطأ أو السهو والنسيان لا تفتح باب التحايل وادعاها كثير من الكذبة رجوعا عن الطلاق والقرار من تبعاته.

١١- (٦) طلاق السكران:

السكران هو الذى غطى على عقله بسبب تناول الخمر وما شاكلها حتى صار يهذى، ويخلط فى كلامه، ولا يعي بعد إفاقته ما كان منه حال سكره. والمناطق أن يكون غالب كلامه هذيان فلو كان نصفه مستقيما فلا يكون سكر^(٢). والسكر قد يكون بمحرم كالخمر والحشيش وكل ما يغطى العقل من الأشرطة الأخرى، وقد يكون بغير محرم كمن يتناول ورق الرمان أو اللبن الرايب أو عصير القصب قبل أن يصل إلى درجة الخمر، وكمن يتناول شيئا للتداوى فيسكر منه أو تناول البنج للجراحة لأنه يكون فى حكم المباح. وقد نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن: «لا يقع طلاق السكران والمكره» - والمادة على هذا النحو تنص على عدم وقوع

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٢ - فتوى دار الإفتاء المصرية الصادرة بتاريخ ٢٢ جماد أول سنة ١٤١٨هـ. وهى بصدد طلاق الساهي والناسي.

ويذهب مالك والشافعي وأحمد والشيعة الإمامية إلى عدم وقوع طلاق المخطئ والساهي والناسي، ولا يعتد بقولهم إلا عند وجود قرينة تدل عليه.

(٢) وتعريف السكران على هذا الوجه هو طريقة الصاحبين أما على طريقة الإمام أبى حنيفة فالسكران هو الذى غطى على عقله تغطية تامة بسبب الشرب حتى صار لا يميز الرجل من المرأة والأرض من السماء.

طلاق السكران، ولم تفرق في ذلك بين السكر بمحرم والسكر بغير محرم. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون أن طلاق السكران لا يقع بناء على قول راجح لأحمد وقول في المذاهب الثلاثة ورأى كثير من التابعين وأنه لا يعرف من الصحابة قول فيه بالوقوع. وسند هذا الرأي أن السكر مذهب للعقل فلا إرادة ولا قصد للسكران، بغض النظر عن كون السكر بسبب مباح أو محرم، لأن العقل شرط من شروط الأهلية للتصرف فتكون عبارته ملغاة.

وفيما روى عن عثمان رضى الله عنه: أن السكران لا يقع طلاقه، وقول ابن عباس: «إن طلاق السكران والمستكره غير جائز» وأن الرسول عليه السلام أمر باستتكاكه (ما عز) لما أقر بالزنا بين يديه ليعلم أنه سكران فلا يؤخذ بإقراره^(١).

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

١- «نفيد بأن قد اختلف الفقهاء في وقوع طلاق السكران إذا كان بمحرم وصار يخلط في كلامه ولا يعرف رداءه من رداء غيره وفعله من فعل غيره على ما جاء في المغنى لابن قدامة. فذهب كثير منهم إلى وقوعه ومنهم أبو حنيفة وصاحباها ومالك والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايات عنه. وذهب جمع منهم إلى عدم وقوعه. منهم الإمام الشافعي في قوله الآخر والإمام أحمد في

(١) وقد أخذ بهذا الرأي من فقهاء الحنفية الطحاوى والكرخى وزفر، أما جمهور الحنفية فيذهبون إلى أن طلاق السكران واقع إذا كان سكره من محرم وحجتهم في ذلك أنه مخاطب حال سكره في قوله تعالى في سورة النساء ﴿يَتَأْتِيهِمُ الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾، وأن السكران لو قذف محصنة حد القذف، وأن من الصحابة من أفتوا بوقوع طلاق السكران. ولأنه تسبب في زوال عقله بسبب محذور وهو مختار فاعتبر عقله باقيا حكما زجرا له، ولهذا قالوا أنه لو أكره على الشرب أو كان مضطرا إليه لإساعة اللقمة لا يقع طلاقه.

(راجع في هذا: شرح فتح القدير ج ٣ ص ٤٨١ وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبى - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه - طبعة ١٩٨٢ ص ٤٥٦ - مادة ٢١٨ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا).

إحدى الروايات عنه وهي التي رجحها ابن قدامة في المغنى وهو مذهب زفر. واختار هذا من مشايخ الحنفية الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة وهو قول عثمان رضي الله عنه. قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحدا من الصحابة خالفه وقد بين شيخ الإسلام ابن تيمية أدلة الفريقين وبين ضعف قول من قال بالوقوع واختار القول بعدم الوقوع. يراجع الجزء الثاني من فتاواه صفحة ١٢٣ وما بعدها. وقد جرى على هذا الرأي القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الأولى. وعليه لا يقع طلاق الرجل المذكور إن كان سكره أثر فيه بحيث صار يخلط في كلامه إلى آخر ما نقلناه عن ابن قدامة أما إذا كان سكره لم يؤثر فيه التأثير المذكور فإنه يقع طلاقه....الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1935/5/28)

٢- «اختلف الفقهاء في وقوع طلاق السكران إذا كان بمحرم - وصار يخلط في كلامه ولا يعرف رداءه من رداء غيره وفعله من فعل غيره فذهب كثير من الفقهاء إلى وقوعه ومنهم أبو حنيفة وصاحباه ومالك والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايات عنه - وذهب جمع منهم إلى عدم وقوعه منهم الإمام الشافعي في قوله الآخر والإمام أحمد في إحدى الروايات عنه وقد بين شيخ الإسلام ابن تيمية أدلة الفريقين وبين ضعف قول من قال بالوقوع واختار القول بعدم الوقوع وقد جرى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الأولى بعدم وقوع طلاق السكران المذكور حاله عالىه وعليه فلا يقع طلاق السائل إن كان سكره قد أثر فيه بحيث صار يخلط في كلامه ولم يكن في وعيه ولا إدراكه كما ذكر في طلبه».

(فتوى صادرة بتاريخ 1989/4/9)

١٢- (٧) طلاق الهازل:

الهازل هو الذى يدرك ما يقول، إلا أنه لا يعنيه ولا يريد أن يرتب عليه أى أثر. وعند الحنفية يقع طلاق الهازل ديانة وقضاء وذلك لقول النبى عليه السلام: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة». وفى رواية (والعتاق) بدل (والرجعة)، وفى رواية أخرى (واليمين) بدل (والرجعة).

وقوله عليه السلام: «إن من لعب بطلاق أو عتاق لزمه»^(١).

وبهذا يكون الشارع قد جعل التلفظ بالطلاق ولو مع الهزل سببا لوقوعه ومتى فعل المكلف السبب عالما أنه سبب شرعى لمسببه، رتب الشارع عليه حكمه ولا يملك المكلف أن يمنع ما رتب الشارع على الأسباب من الأحكام، والهزل ليس من الأعذار التى تسقط بها الأسباب أو تتخلف الأحكام، ولهذا يكفر من نطق بكلمة الكفر هازلا، فقد قال تعالى: ﴿وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ ﴿٢٥﴾ لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾^(٢)، كما أن الطلاق فيه حق الله تعالى فلا يبطل بالهزل^(٣).

وقد نصت المادة (٢١٧) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا على أن: «للزوج دون المرأة أن يرفع قيد النكاح الصحيح بالطلاق ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو كان محجورا عليه لسفه أو مريضا غير مختل العقل أو..... أو هازلا»^(٤).

أما إذا صدرت صيغة الطلاق من الشخص مع قصد التلفظ بها وفهم معناها، ولكنه أراد بها غرضا آخر لا يحتاج هذا الغرض فى تحقيقه إلى التظاهر بإنشاء العقد، كما إذا ردد شخص عبارة تدل على الطلاق بقصد حفظها أو

(١) كان الرجل يطلق فى الجاهلية، ثم يقول كنت لاعبا فكان لابد من إمضاء الهزل واللعب فى تلك الأمور الخطيرة لى يتجنب اللاهون العبث بشأنها.

(٢) الآية ٢٥ من سورة التوبة.

(٣) الأستاذ على حسب الله - الفرقة بين الزوجين - الطبعة الأولى يناير ١٩٦٨ ص ٦٩ وما بعدها.

(٤) وعند أحمد وقول عن مالك أن طلاق الهازل لا يقع، لأن الهازل لا عزم له على الطلاق، ولا قصد له إليه، وقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ (فجعل الطلاق مبنيا على عزم سابق، وقال النبى عليه السلام: «أنما الأعمال بالنيات»، والهازل لم ينو الطلاق).

لإخبار بها عما حصل في الزمن الماضي أو التعليم أو التمثيل أو غير ذلك من الأغراض، فلا يقع بها الطلاق^(١).

١٣- (٨) طلاق المكره:

الإكراه هو دعوة الإنسان غيره إلى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال بالإيعاز والتهديد وإنزال الأذى الشديد إن لم يجب داعيه.

وقد نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 على أن: «لا يقع طلاق السكران والمكره»، فطلاق المكره لا يقع طبقاً لهذا النص، وهو حكم مستمد من مذهب الشافعية والمالكية وأحمد وداود ورأى كثير من الصحابة^(٢). وقد استند هذا الرأي في عدم وقوع طلاق المكره إلى حديث النبي عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، وقول ابن عباس: «إن طلاق السكران والمستكره غير جائز»، وإلى المعقول وهو أن المكره إذا كان قاصداً ما تلفظ به فهو مضطر بالإكراه إلى هذا القصد، وهذا من شأنه أن يفسد الاختيار أو يضعفه على الأقل فلا يكون اختياراً كاملاً، واختياره أهون الشرين كان بمؤثر خارجي فلا يكون صحيحاً، ولأن الله رفع الكفر عن تلفظ به حال الإكراه بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ فكذلك يسقط عن المكره ما دون الكفر كالطلاق فلا يقع.

ويرجع إلى المذاهب سائلة الذكر في بيان ماهية الإكراه وشروطه باعتبارها المصدر التشريعي للحكم الوارد بالنص.

وقد اشترطت المذاهب المذكورة لتحقيق الإكراه توافر الشروط الآتية:

(١) أن يكون المكره قادراً على تحقيق ما هدد به، بولاية أو تغلب أو فرط هجوم.

(١) ومن هذا ما روى أن امرأة قالت لزوجها: سمني، فقال لها: أنت طيبة، فقالت ما قلت شيئاً. فقال: هات ما أسميك به. فقالت: سمني خلية، طالق قال: فأنت خلية طالق. فجاءت إلى عمر رضى الله عنه فقالت: إن زوجي طلقني وجاء زوجها فقص القصّة، فأوجع عمر رأسها، وقال له: خذ بيدها وأوجع رأسها.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ طبعة خامسة سنة ١٩٨١ ص ٨١-

المذكورة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

- (٢) أن يكون المكره عاجزا عن دفع الإكراه بهرب أو استغاثة أو مقاومة.
 - (٣) أن يظن المكره وقوع الإكراه إن لم يطلق.
 - (٤) أن يكون المتوعد مما يحرم تعاطيه على المكره، فلو قال ولي القصاص للجاني: طلق أمراًك وإلا اقتصصت منك لم يكن إكراها.
 - (٥) أن يأتي المكره بنفس اللفظ الذي أكره عليه، فلو أكره على طلاق زوجته (فاطمة) فطلق زوجته (زينب) وقع الطلاق.
 - (٦) ألا يكون الإكراه بحق، ومثل ذلك إكراه القاضى الزوج على إيقاع الطلاق لسبب مبرر لذلك.
 - (٧) ألا يظهر من المكره نوع اختيار، كما إذا أكره على الطلاق بلفظ محدد فنطق بلفظ آخر.
 - (٨) ألا ينوى المكره الطلاق وقت التلفظ به حال الإكراه، بمعنى ألا يوافق لفظه نية مستقرة بقلبه.
- غير أن المذاهب المذكورة اختلفت بعض الشيء بين التوسعة والتضييق فى ماهية الإكراه^(١).

(١) فالإكراه عند الشافعية يحصل بالتخويف كالتهديد بالضرب الشديد أو الحبس أو إتلاف المال، وتختلف الشدة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم، فصاحب المنزل بين أهله الذى يهدد بالتشهير به أو الاستهزاء به أمام المأ يعتبر ذلك فى حقه إكراها، والشم فى حق رجل ذى مروءة إكراه ومن الإكراه أيضا التهديد بقتل الولد أو الفجور به أو الزنا بأمراته إذ لا شك فى أنه إيذاء يلحقه أشد من الضرب أو الشتم. ومثل ذلك التهديد بقتل أبيه أو أحد عصبتة وإن علا أو سفلى أو إيذاء بجرح وكذلك التهديد بقتل قريبه من ذوى أرحامه أو جرحه أو فجور به ويجب أن يكون الإكراه عاجلاً، فلو قال المكره: طلق زوجتك وإلا قتلتك غدا لم يكن إكراها.

وعند المالكية يكون الإكراه بشيء مؤلم من قتل أو ضرب وإن قل أو سجن أو قيد وإن لم يطل وذلك إذا كان المكره من ذوى المروءة أى من ذوى الأقدار.

أما إذا كان من غيرهم فلا يعد إكراها إلا إذا هدد بطول الإقامة فى السجن أو القيد. وكذلك يكون الإكراه بالتهديد بأخذ المال أو إتلافه ولو كان يسيراً على المعتمد فى المذهب.

= ومثل التهديد بقتل النفس التهديد بقتل الولد أو بإيذائه ومثل الولد الوالد على الظاهر بخلاف باقى الأقارب.

والتهديد بالصفع القليل فى المأ أو الخلا، لذوى المروءة يعد إكراها ويكون الإكراه بشيء يحصل للمكره حالا أو فى المستقبل.

وعند الحنابلة: يكون الإكراه بما يؤلم كالقتل أو قطع اليد أو الضرب الشديد أو ضرب يسير لذوى المروءة، أو أخذ مال كثير أو إخراج من الديار أو تعذيب الولد بخلاف باقى الأقارب.

ويبين مما سلف أن المذاهب الثلاثة أخذت بالإكراه الأدبى غير أن المذهب الشافعى توسع فيه أكثر من غيره.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية فى هذا الصدد بأن:

١- «إن طلاق المكره لا يقع طبقا لحكم المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أنه «لا يقع طلاق السكران والمكره» والإكراه فى حقيقته الشرعية لأبد أن يكون بأمر يلجئ المكره ويحمله حالا على فعل ما أكره عليه وإتيانه لخوفه من إيقاع ما هدد به وعدم احتماله إياه، أو فى غير ذلك، مما يوقع به ضررا ماديا أو أدبيا لا يحتمله على خلاف بين الفقهاء فى بعض الصور. ولابد أن يكون المكره قادرا على إيقاع وتنفيذ ما هدد به وبما أن السائل يقرر بأنه قد هدد بآلة حادة وأكره على الطلاق فإذا كان كذلك، كان إكراها بشيء متلف. ومن ثم لا يقع طلاقه وفقا لهذا القانون - إذا كان هذا الطلاق قد ثبت بإشهاد رسمى فإنه يتعين لزوال أثره ثبوت الإكراه بحكم من المحكمة المختصة، ومما ذكر يعلم الجواب إذا كان الحال كما ذكر. والله سبحانه وتعالى أعلم).

(فتوى صادرة بتاريخ 1978/10/18 فى الطلب رقم 287 لسنة 1978)

٢- (.....) واختلف فقهاء الشريعة فى وقوع طلاق المكره أو عدم وقوعه فذهب الفقهاء الحنفى إلى وقوع الطلاق مع الإكراه، وذهب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن طلاق المكره غير واقع. لحديث: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وبهذا النظر جاء حكم المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث قررت أن طلاق السكران والمكره لا يقع، واختلف أصحاب هذا رأى فى مدى الإكراه وشروطه، ففى الفقه المالكي: أن الإكراه على إيقاع الطلاق بالقول لا يلزم به شيء لا قضاء ولا ديانة بشرط أن لا ينوى حل عقدة الزواج باطنا. ثم أن الإكراه الذى لا يقع به الطلاق هو أن يغلب على ظن المكره أنه إن لم يفعل الطلاق يلحقه أذى مؤلم من قتل أو ضرب كثيرا أو قليلا أو سجن وإن لم يكن طويلا أو يغلب على ظنه أنه إن لم يطلق بقتل ولده أو يلحقه أذى ومثل الولد الوالد. ففى هذه الأحوال إذا طلق لا يقع الطلاق. ومثل التهديد=

= بما سلف، التهديد بإتلاف المال أو أخذه ولو كان يسيرا على المعتمد في المذهب (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤١٥ وما بعدها).

وفى الفقه الشافعي: أن الإكراه يحصل بالخوف في نظر المكره كالتهديد بالضرب الشديد أو الحبس أو إتلاف المال. وتختلف الشدة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم، فالوجيه الذى يهدد بالتشهير به أو الاستهزاء به أمام الملأ يعتبر ذلك فى حقه إكراهًا. والستم فى حق رجل ذى مروءة إكراه. ومثل ذلك التهديد بقتل الولد أو الفجور به أو الزنا بأمرأته. إذ لا شك فى أنه إيذاء يلحقه أشد من الضرب والستم. ومثل ذلك التهديد بقتل أبيه أو أحد عصبته وإن علا أو سفلا أو إيذاء بجرح وكذلك التهديد بقتل قريبه من ذوى أرحامه أو جرحه أو فجور به كل ذلك يعتبر إكراهًا.

وقال الفقهاء الشافعيون إن طلاق المكره لا يقع بشروط: أن يقع التهديد بالإيذاء من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به عاجلاً، وأن يعجز المكره عن دفع التهديد. وأن يظن المكره أنه إن امتنع عن الطلاق يقع الإيذاء الذى هدد به، وأن لا يكون الإكراه بحق وأن لا يظهر من المكره نوع اختيار وأن لا ينوى الطلاق (تحفة المحتاج وحواشيها بشرح المنهاج ج ٨ ص ٢٦، ٢٧ فى كتاب الطلاق).

ويشترط **الفقه الحنبلي** لعدم وقوع طلاق المكره: أن يكون الإكراه بغير حق، وأن يكون بما يؤلم كالقتل أو قطع اليد أو الضرب الشديد أو ضرب يسير لذى الأقارب، وأن يكون المهدد قادراً على تنفيذ ما هدد به، وأن يغلب على ظن المكره أنه إن لم يطلق يقع به الإيذاء المهدد به. وأن يعجز عن دفع ما هدد به (المغنى لابن قدامة الحنبلي ج ٧ ص ٢١٥ فى كتاب الطلاق).

ومن هذا العرض الموجز لأقوال فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فى الإكراه الذى لا يقع معه الطلاق وشروطه يظهر أن الفقه الشافعى هو الذى اتسعت فيه دائرة الإكراه. حيث يتضح من الأمثلة المضروبة فيما سبق أنهم لا يقصرون الإيذاء الواقع بالإكراه على ذات المكره فقط، بل إذا كان الإكراه بإيذاء بقتل أو فجور أو قطع أو ضرب أحد عصبته أو ذوى رحمه كما مثلوا بالزنا بامرأة المكره. وأن تلك الأمثلة بوجه عام تعنى أن فقهاء هذا المذهب قد راعوا ما نسميه الآن بالإكراه الأدبي.

لما كان ذلك: وكان السائل قد قرر فى طلبه أنه أوقع الطلاق الأخير بلفظ صريح نزولاً على طلب زوجته التى أقدمت على الانتحار بإلقاء نفسها من شرفة المسكن بالدور الثامن، وكان نصف جسدها فى الهواء خارج الشرفة دخل هذا الفعل منها فى باب الإكراه الأدبى لزوجها السائل. تخريجاً على الأمثلة التى ذكرها فقهاء الشافعية، لكن يلزم توافر الشروط التى اشترطها هؤلاء الفقهاء لعدم وقوع الطلاق. وموجزها أن تكون هذه الزوجة وقت =

= التهديد قادرة على فعل ما هددت به وأقدمت عليه فعلا وأن يكون السائل في حالة عجز بنفسه أو باستغاثة عن منعها من الانتحار بهذا الطريق. وأن يغلب على ظنه إصرارها على الانتحار إن لم يوقع الطلاق في الحال. وأن لا يظهر منه نوع اختيار كما إذا أكرهه على الطلاق بلفظ محدد فنطق بلفظ آخر. وأخيرا أن لا ينوى الطلاق وقت التلفظ به حال الإكراه، بمعنى أن لا يوافق لفظه نية مستقرة في قلبه بالطلاق.

فإذا توافرت هذه الشروط في حال السائل فإنه يكون مكرها إكراها أدبيا، فلا يقع باللفظ الذي صدر منه في حال إقدام زوجته على الانتحار بالكيفية الموضحة بالسؤال طلاق. وأمر التحقق من توفر هذه الشروط متروك له شخصيا. وعليه الإثم إن لم تكن الشروط متحققة.

أما عن الطلاق الذي قال أنه أوقعه في حال غضب شديد، فإنه إذا كان الغضب قد بلغ به واحدا من الحالتين الموصوفتين فإن طلاقه الذي نطق به حال الغضب غير واقع، وإذا أقر به في ورقة رسمية هي إشهاد الطلاق فلا يرفع أثره نظاما وتوثيقا إلا حكم من المحكمة المختصة. أما إذا كانت حالة الغضب ليست في نطاق واحدة من تلك الحالتين بل كانت في نطاق الحالة الثالثة من حالات الغضب فإن الطلاق فيها واقع، وعليه أيضا عبء تقدير درجة غضبه بنفسه، أو بمن شاهده حال الغضب من يوثق بدينهم فليتنق الله السائل في تقدير ظروف الإكراه والغضب، وانطباقها فعلا على ما تقدم من بيان. لأن الأمر متعلق بحل وحرمة عشرته لزوجته. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1980/1/10 في الطلب رقم 380 لسنة 1979)

٣- «اختلف فقهاء الشريعة في وقوع طلاق المكره أو عدم وقوعه فذهب الفقه الحنفي إلى وقوع الطلاق مع الإكراه. وذهب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن طلاق المكره غير واقع. لحديث «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وبهذا النظر جاء حكم المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به في مصر حيث قررت أن طلاق السكران والمكره لا يقع. واختلف أصحاب هذا الرأي في مدى الإكراه وشروطه

ففي الفقه المالكي: أن الإكراه على إيقاع الطلاق بالقول لا يلزم به شيء لا قضاء ولا ديانة بشرط أن لا ينوى حل عقد الزواج باطنا. ثم إن الإكراه الذي لا يقع به الطلاق هو أن يغلب على ظن المكره أنه إن لم يفعل الطلاق يلحقه أذى مؤلم من قتل أو ضرب كثيرا أو قليلا، أو سجن وإن لم يكن طويلا، أو يغلب على ظنه أنه إن لم يطلق يقتل ولده أو يلحقه أذى ومثل الولد الوالد. ففي هذه الأحوال إذا طلق لا يقع الطلاق. ومثل التهديد بما سلف التهديد بإتلاف المال أو أخذه ولو كان يسيرا على المعتمد من المذهب «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٥ وما بعدها».

= وفي الفقه الشافعي: أن الإكراه يحصل بالتخويف في نظر المكره كالتهديد بالضرب

الشديد أو الحبس أو إتلاف المال. وتختلف الشدة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم. فالوجيه «أى صاحب المنزل بين أهله» الذى يهدد بالنشهر به أو الاستهزاء به أمام الملاء يعتبر ذلك فى حقه إكراهًا. والشنم فى حق رجل ذى مروءة إكراه. ومثل ذلك التهديد بقتل الولد أو الفجور به أو الزنا بامرأته إذ لا شك فى أنه إيذاء يلحقه أشد من الضرب أو الشتم. ومثل ذلك التهديد بقتل أبيه أو أحد عصبته وإن علا أو سفلى، أو إيذاء بجرح، وكذلك التهديد بقتل قريبه من ذوى أرحامه أو جرحه أو الفجور به كل ذلك يعتبر إكراهًا وقال الفقهاء الشافعيون: أن طلاق المكره لا يقع بشروط: أن يقع التهديد بالإيذاء من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به عاجلاً. وأن يعجز المكره عن دفع التهديد وأن يظن المكره أنه إن امتنع عن الطلاق يقع الإيذاء الذى هدد به. وأن لا يكون الإكراه بحق. وأن لا يظهر من المكره نوع اختيار. وأن لا ينوى الطلاق «تحفة المحتاج وحاوئها بشرح المنهاج ج ٨ ص ٢٦، ٢٧ فى كتاب الطلاق».

ويشترط الفقه الحنبلى لعدم وقوع طلاق المكره: أن يكون الإكراه بغير حق. وأن يكون بما يؤلم كالقتل أو قطع اليد أو الضرب الشديد أو ضرب يسير لذى مروءة أو أخذ مال كثير، أو إخراج من الديار، أو تعذيب لولده بخلاف باقى الأقارب. وأن يكون المهدد قادراً على تنفيذ ما هدد به وأن يغلب على ظن المكره أنه إن لم يطلق يقع به الإيذاء المهدد به. وأن يعجز عن دفع ما هدد به «المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٢١٥ من كتاب الطلاق».

ومن هذا العرض الموجز لأقوال فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فى الإكراه الذى لا يقع معه الطلاق وشروطه يظهر أن الفقه الشافعى هو الذى اتسعت فيه دائرة الإكراه، حيث يتضح من الأمثلة المضروبة فيما سبق أنهم لا يقصرون الإيذاء الواقع بالإكراه على ذات المكره فقط، بل إذا كان الإكراه بإيذاء بقتل أو فجور أو قطع أو ضرب لأحد عصبته أو ذوى الأرحام، كما مثلوا بالزنا بامرأة المكره، وأن تلك الأمثلة بوجه عام تعنى أن فقهاء هذا المذهب قد راعوا ما نسميه الآن بالإكراه الأدبى. لما كان ذلك: وكان السائل قد قرر فى طلبه أنه

أوقع الطلقات الثلاث مكرها من زوجته المريضة بمرض عصبى خوفاً على نفسه وعلى أولاده وعلى ذات زوجته لأنه إذا لم ينطق بلفظ الطلاق حال نوبتها العصبية كطلبها اعتدت عليه وأذته بما لا قبل له باحتماله كانت هذه الحال من باب الإكراه الأدبى للسائل، تخريجاً على الأمثلة التى ذكرها فقهاء الشافعية، ولكن يلزم توافر الشروط التى اشترطها هؤلاء الفقهاء لعدم وقوع الطلاق وموجزها، أن تكون هذه الزوجة وقت التهديد =

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«الأصل في الشريعة الإسلامية أن طلاق الزوج يقع متى كان بالغاً لأن الأهلية تتحقق بالعقل المميز إلا أن جمهور الفقهاء استثنوا من ذلك طلاق السكران والمكره فذهبوا إلى أن طلاقهما لا يقع لانقضاء القصد الصحيح أو مظنته في الأولى وفساد الاختيار لدى الثاني وقد أخذ المشرع المصري بهذا الحكم

= قدرة على فعل ما هددت به، وأن يكون السائل في حالة عجز عن منعها من إيذائه، أو إيقاع الأذى بنفسها أو بأولادها وأن يغلب على ظنه إيذاؤها إياه في نفسه أو في أولادهما أو في نفسها بما يضر ولا يحتمل إن لم يوقع الطلاق في الحال. وأن لا يظهر منه نوع اختيار، كما إذا أكره على الطلاق بلفظ محدد فنطق بلفظ آخر.

وأخيراً ألا ينوى الطلاق وقت التلفظ به حال الإكراه، بمعنى أن لا يوافق لفظه نية مستقرة في قلبه بالطلاق. فإذا توافرت هذه الشروط في حال السائل فإنه يكون مكرهاً إكراهاً أدبياً، فلا يقع بما صدر منه طلاق في حال تحقق إيذاء زوجته له أو لأحد أولاده أو في ذات نفسها. وأمر التحقق من توفر هذه الشروط متروك له شخصياً، وعليه الإثم إن لم تكن الشروط متحققة. فليتق الله فيما فوض إليه، لأن هذا أمر يتعلق بحل أو حرمة هذه الزوجة بالطلاق الثالث والله سبحانه وتعالى أعلم).

(فتوى صادرة بتاريخ 1980/5/44 في الطلب رقم 152 لسنة 1980)

أما الرأي في مذهب الحنفية الذي كان معمولاً به قبل العمل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو أن طلاق المكره واقع، لأن المكره عرف الشرين: الهلاك والطلاق واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار واستندوا في ذلك إلى أن طلاق الهازل يقع لقول النبي عليه السلام «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة» وفي رواية (والعتاق) بدل (والرجعة)، وفي رواية أخرى (واليمين) بدل (والرجعة).

والهازل لم يقصد إيقاع الطلاق وإن قصد اللفظ وهذا خير دليل على أن النبي عليه السلام اعتبر مجرد التلفظ بالطلاق قاصداً للفظ من غير اعتبار معناه موقعاً للطلاق، وبما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال:

«أربع مبهمات منقولات ليس فيهن رد: النكاح، والطلاق، والعتاق، والصدقة» وبما روى عن عمر أن امرأة تبغض زوجها، فوجدته نائماً، فأخذت شفرة، وجلست على صدره، ثم حركته، وقالت: لتطلقني ثلاث، وإلا ذبحتك، فناشدها الله، فأبت، فطلقها ثلاثاً، ثم جاء إلى النبي ﷺ، وسأله عن ذلك، فقال الرسول عليه السلام، لا قيلولة في الطلاق».

(راجع شرح فتح القدير ج 3 ص 488)

فص عليه في المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية».

(طعن رقم 31 لسنة 50 ق - أحوال شخصية - جلسة 1981/12/8 -

غير منشور)

١٤- (٩) طلاق المحجور عليه للسفه أو الغفلة:

السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً، وهو فكرة معيارية تنبئ بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق، من ضوابطه أنه خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع^(١).

أما الغفلة فهي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغيب في معاملاته مع الغير^(٢).

فالسفه والغفلة يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن ذا الغفلة يختلف عن السفه في أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافي بين النافع والضار فيغيب في معاملاته ويصدر في فساده عن طوية وحسن نية، بينما الثاني كامل الإدراك مبصر بعواقب فساده، ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير آبه بنتيجته نظراً لتسلط شهوة الإتلاف على إرادته^(٣).

وموضوع الحجر في السفه وذى الغفلة هو التصرفات المالية، أما فيما عدا ذلك فهو كالرشداء إلا ما يمس جانب المال. ولذلك يقع طلاق المحجور عليه للسفه أو الغفلة، وهو يملك الزواج، من ثم يملك ما هو من أحكامه وآثاره وهو الطلاق بطريق الأولى.

(1) نقض طعن رقم ٢٠ لسنة ٤٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٨/٥/٦٦٦.

(2) نقض طعن رقم ٩٠ لسنة ٢٢ ق «أحوال شخصية» جلسة ١١/٤/١٧٥.

(3) نقض طعن رقم ٢٠ لسنة ٤٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٤/٥/١٧٥.

وعلى هذا نصت المادة ٢١٧ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا إذ جاء بها: «للزوج دون المرأة أن يرفع قيد النكاح الصحيح بالطلاق ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو كان محجورا عليه لسفه أو مريضا غير مختل العقل أو مكرها أو هازلا»^(١).

١٥- (٠٠) طلاق المريض مرض الموت:

المقصود بمرض الموت وفقا لأرجح الأقوال من المذهب الحنفى المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به، ولو كان الموت لسبب آخر غير المرض^(٢).

وإذا كان المريض امرأة فضابط شدة المرض واعتباره مرض موت أن يمنعها من القيام بشئونها الخفيفة فى البيت.

والمرض الذى يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته ولا يعتبر كذلك إلا فى فترة الشدة الطارئة إذ أن فيها ما يقطع عن المريض الرجاء ويشعره بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من أمور الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع^(٣).

وقد ألحق الأحناف بالمريض مرض الموت فى أحكامه كل من كان صحيحا فى حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل فى برأئته وحجز لتنفيذ الحكم عليه وتوفى قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده، ومن كان فى معركة

(١) وذهب إلى ذلك أيضا الشافعى ومالك.

(٢) نقض طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٢٢٢ فى جلسة ٢١/٤/١٤٠٠ - ١٥ لسنة ١٤٠٠. فى أحوال شخصية جلسة ١/٧/٢٢٧٦ - طعن ١١١١ لسنة ٧٧ فى جلسة ٢٧/١٢/١٩٨٣ - ١٥٧٢ لسنة ١٤٠٢ فى جلسة ١/١٩/١٩٨٧.

(٣) نقض طعن ٢٠٩ لسنة ١٨٨١ فى جلسة ٢٣/١١/١٤٠٠ - ٥٦ لسنة ٢١/٤/١٤٠٠ - ١٢٢١ لسنة ١٤٠٢ فى جلسة ٢٦/١٢/١٩٨٥.

حربية ووقف في الصف الأول للقتال أو في موضع الخطر أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل جانب، أو كان في بلد عمه الوباء القاتل إذا توفى في هذه الحالة⁽¹⁾.

ويقع طلاق المريض مرض الموت أو من يلحق به، سواء كان بائنا أو رجعيًا ولو بغير رضا الزوجة لأنه أهل لإيقاعه ولأنه لا فرق بين المريض والصحيح في صحة وقوع الطلاق.

وإذا طلق زوجته طلاقًا بائنًا ومات قبل أن تنتهي عدتها ورثته لأن الفقهاء اعتبروه بهذا الطلاق فارًا من ميراثها⁽²⁾، وتقوم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقًا بائنًا في مرض الموت قاصدا حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به، ومن ثم فإنه يعامل بنقيض قصده⁽³⁾، وليس في ذلك كتاب ولا سنة، وإنما كان موضع اجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم. غير أن قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٢٣ قنن هذه المسألة فنص في المادة ١١ منه على أن:

«للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل.

وللزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن نزل.

وتعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته».

ويشترط لتطبيق الحكم الوارد بالفقرة الثالثة من المادة ما يأتي:

١- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول، لأنه لا عدة للمطلقة غير المدخول بها، وكذلك إذا طلقها بعد الخلوة فإنه وإن وجبت به العدة لكن وجوبها للاحتياط محافظة على الأنساب، والميراث حق مالى لا يثبت احتياطًا.

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى، أحكام الأسرة في الإسلام ص ٥٣٦.

(2) بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٢.

(3) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٤٢.

ولما كانت المادة (٥) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نصت على أن: «كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠»، فإن اعتبار المريض مرض الموت فاراً ينحصر في الطلاق المكمل للثلاث، أما في الطلاق على مال، فلا يعتبر فاراً لأن الزوجة تكون راضية بالطلاق كما سنرى.

ويعتبر فاراً أيضاً إذ لاعنها في مرضه وفرق بينهما لأن سبب الفرقة في اللعان يضاف إلى الزوج لاضطرارها لدفع عار الزنا عن نفسها وكذا إذا قذفها وهو صحيح ولاعنها وهو مريض، وكذلك إذا آلى وهو مريض ومضت مدة الإيلاء في المرض حتى بانث منه بعدم قربانه إياها. لأن الإيلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضى المدة فإذا مضت ولم يقربها دل ذلك ولو بحسب الظاهر على أنه يريد حرمانها من الإرث. وأما إذا آلى منها وهو صحيح ثم بانث بالإيلاء وهو مريض لم ترث لعدم قصده حرمانها من الإرث وقت الإيلاء.

ولا يعتبر فاراً إذا طلقها رجعياً أو لم يطلقها وفعلت مع أحد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة بغير تحريض من الزوج على ذلك لأن الفرقة جاءت من قبلها. وكذلك إذا اختلعت منه برضاها أو اختارت نفسها بالبلوغ أو وقع التفريق بينهما بالعنة ونحوها بناء على طلبها لمجئ الفرقة من جهتها^(١).

٢- أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت طلاقها وتظل على ذلك إلى وفاته. أما إذا كانت غير أهل للميراث وقت طلاقها، ولكنها صارت أهلاً له وقت الوفاة فإنها لا تستحق الميراث، ومثال ذلك أن تكون وقت الطلاق كتابية ثم أسلمت في عدتها قبل موته.

وكذلك إذا كانت أهلاً للميراث وقت الطلاق ثم أصبحت غير وارثة وقت الوفاة، كأن تكون وقت الطلاق مسلمة ثم تترد ثم تعود إلى الإسلام إذ بارتدادها

(١) الشيخ أحمد إبراهيم التركة والحقوق المتعلقة بها طبعة ١٩٨٧ (إعداد المستشار واصل

علاء الدين ص ٨٠٠ وما بعدها)،

أسقطت حقها في الميراث وأزالت عقدة النكاح بسبب من جانبها فصارت كالتى رضيت بالفراق فلا تستحق ميراثا.

٣- ألا تكون الزوجة راضية بالطلاق. فلو تحقق رضاها بأن كانت هى التى طلبت الطلاق، أو طلقها على مال، فإنها لا تترث لأن رضاها بالطلاق ينفى مظنة فراره من إرثها.

٤- أن يموت الزوج في مرضه الذى أوقع الطلاق فيه وهى فى العدة. فإذا انقضت عدتها قبل موته فلا إرث لها، وكذلك إذا صح من مرضه ثم مرض ثانيا ومات وهى فى العدة لأنه بالصحة تبين أن لا حق لها فى ماله.

وإذا ادعت المطلقة بئنا بعد وفاة مطلقها حصول الطلاق فى مرض الموت وادعى الورثة حصوله فى الصحة، صدقت المطلقة بيمينها لأنها متمسكة بالأصل إذ المرض أقرب إلى الموت من الصحة، والأصل إضافة الحادث لأقرب أوقاته، كما أن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ولا يصدق الورثة إلا بالبينة فإن أقاموها حكم لهم برفض دعوى المطلقة الميراث.

وفى هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٥ / ١٢ / ١٩٥٨ فى الطلب رقم ٢٥٢١ لسنة ١٩٥٨ بأن:

«إن فقهاء الحنفية اختلفوا فى تعريف مرض الموت. والذى نختاره: أنه المرض الذى تزداد علته على المريض باستمراره إلى الوفاة، وكان الغالب فيه الهلاك، فإن لم يعلم أنه مهلك كان المعول عليه فى اعتباره مرض موت عجز المريض به عن الخروج لمصلحة نفسه، وهو ما اختاره ابن عابدين فى حاشيته رد المحتار للتوفيق بين آراء الفقهاء - حيث قال: وقد يوفق بين القولين بأنه إن علم أن به مرضا مهلكا غالبا وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح، ثم قال بعد ذلك وفى الهندية أيضا المقعد والمفلوج مادام يزداد ما به كالمريض فإن صار قديما ولم يزد فهو قديما بأن تطاول سنة ولم يحصل فيه ازدياد فهو صحيح، أما لو مات حالة الازدياد الواقع قبل التطاول أو بعده فهو مريض. وعلل صاحب العناية لذلك بقوله. لأن ما دام يزداد فى علته فالغالب أن آخره الموت. والمنصوص عليه شرعا أنه

يشترط للإرث بسبب الزوجية أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين حقيقة حين وفاة أحدهما بأن تكون الزوجة غير مطلقة ولو حكما بأن تكون الزوجة في العدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن في حالة فرار زوجها من ميراثها بأن طلقها وهو مريض مرض الموت طلاقاً بائناً من غير أن تطلب منه الطلاق أو ترضى به. وتطبيقاً لما سبق من النصوص يكون هذا المتوفى فاراً من ميراث مطلقته هذه، لأن طلاقه إياها الطلاق المكمل للثلاث في ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ كان وهو مريض مرض الموت، لأن مرض الروماتزم وإن لم يعلم أنه من الأمراض المميتة غالباً إلا أنه قد لازم هذا المطلق، وازدادت علته عليه في الستة الأشهر الأخيرة من حياته وألزمه الفراش، ومنعه من الخروج لمصالحه بنفسه فينطبق على حالته تعريف مرض الموت الذي اخترناه سابقاً. وبتطبيق هذا المتوفى زوجته هذه في حالة ازدياد مرضه عليه ووفاته في هذه الحالة وهي لا تزال في العدة من هذا الطلاق تكون من ضمن ورثته بصفتها زوجة له وتستحق من تركته نصف الثمن فرضاً، لوجود زوجة أخرى له وفرع وإرث والله أعلم...».

وقد قضت محكمة النقض بصدد مرض الموت بأن :

١- «النص في الفقرة الثالثة من المادة ١١ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٢٣ على أن: «وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذات المرض وهي في عدته»، يدل على أن المشرع الوضعي قرر أخذاً بالمذهب الحنفي - أن من كان مريضاً مرض موت وطلق امرأته بائناً بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجة لا تزال في العدة، فإن الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره فإنه أهل لإيقاعه إلا أنها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانته إلى وقت موته رغم أن المطلقة بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه اعتبر احتياطاً فاراً وهارباً، فيرد عليه قصده ويثبت لها الإرث. ولما كان المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء، ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل

المهلكة فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به. وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت مرض الموت لدى المورث على ما حصله من البينة الشرعية التي لا مطعن عليها بأنه كان مريضاً بالربو والتهاب الكلى المزمنين، وأن هذين المرضين وإن كانا قد لازماه زمناً فقد اشتدت به علتها قبل الوفاة بثلاثة أشهر حتى أعجزته عن القيام بمصالحه خارج بيته ودخله فلزم دار زوجته - الطاعنة الأولى - حتى نقل إلى المستشفى حيث وافاه الأجل، وساق تأكيداً لذلك أن ما جاء بشهادة الوفاة من أن هذين المرضين أديا إلى هبوط القلب فالوفاة مطابقة لأوراق المتوفى بالمستشفى، فإنه لا يمكن النعى على الحكم بأنه قضى في المسائل الفنية بعلمه طالما أفصح عن المصدر الذي استقى منه ما بنى عليه قضاؤه، لما كان ذلك وكان الحكم قد عرف مرض الموت وشروطه على وجهه الصحيح... وكان حصول مرض الموت متوافرة فيه شروطه واقعا تستخلصه محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض، وكان استدلال الحكم سائغاً على ما سبق تفصيله فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس».

(طعن رقم 15 لسنة 40ق - أحوال شخصية - جلسة 7 يناير

سنة 1976)

٢- «المريض مرض موت إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ثم مات ومطلقاته في العدة يعتبر متى توافرت الشروط، فاراً من الميراث وتقوم المظنة على أنه طلق زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت قاصداً حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به، بمعنى أن الطلاق البائن ينبئ بذاته من غير دليل آخر عن هذا القصد، فرد المشرع عليه قصده، وذلك دون ما حاجة للبحث، عن خبايا نفس المريض واستنكاه ما يضره، لما كان ذلك وكان الثابت من تقارير الحكم المطعون فيه أن المتوفى طلق المطعون عليها الأولى طليقة مكملة للثلاث فباتت منه في ٢١/٨/١٩١١ وهو في مرض موته وكان ذلك بغير رضا منها، ثم توفي في ٢٣/٩/١٩١١ وهي لازالت في عدته، وظلت أهلاً للميراث من وقت

طلاقها إلى وقت وفاته، فإن ما انتهى إليه الحكم من ثبوت ميراثها منه باعتباره فاراً يتفق والمنهج الشرعى السليم، ولا جدوى بعد ذلك من الاستدلال بسبق تطليق المورث للمطعون عليها الأولى ولغيرها من زوجاته ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 15 لسنة 40ق - أحوال شخصية - جلسة 7 يناير سنة 1976)

٣- «لما كان المقرر وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة 11 من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة 1٩٢٣ أن المطلقة بئنا فى مرض الموت تكون فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق فى ذلك المرض وهى فى عدته، وكان المقصود بمرض الموت فى فقه الشريعة الإسلامية - وفق أرجح الأقوال - هو المرض الذى يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه وقضاء حاجياته خارج المنزل إن كان رجلاً ودخله إن كان امرأة ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت ولو بسبب آخر غير المرض. وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة طلقت الطفتين الثانية والثالثة فى يومين متتالين بتاريخى ٢٥، ٢٦ أبريل سنة 1٩٧٨ أى قبل وفاة المطلق ببضعة أيام، وأنه فى مجال إثبات إيقاعه الطلاق عليها وهو فى مرض الموت تضمنت الدعوى ثلاث شهادات إحداها صادرة من مكتب صحة الدقى فى 1/٦/1٩٧٨ وتتضمن أنه توفى بمستشفى الدقى بتاريخ 11/٥/1٩٧٨ وأن سبب الوفاة «سكتة قلبية وهبوط شديد بوظائف الكلى بولينا ورم خبيث بالأمعاء» والثانية صادرة من أحد الأطباء المعالجين له وتقيد أنه كان مصاباً بحالة بولينا فى الدم وورم خبيث بالأمعاء، وتقيد الثالثة تردده على مستشفى مجدى للعلاج من هذا المرض اعتباراً من أول عام 1٩٧٦ وسفره للخارج عدة مرات بسببه. لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يتناول هذه المستندات بالبحث والدراسة وأغفل ما لها من دلالة على أن المتوفى كان قبل وفاته مصاباً بمرض خبيث فى أمعائه، واقتصر فى قضائه على مجرد اطراح ما قدمته الطاعنة من تقارير طبية أخرى لتحريرها بلغة أجنبية دون إرفاق ترجمة رسمية لها، فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 31 لسنة 52ق - جلسة 17/5/1983 - غير منشور)

٤- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة فضايط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به. لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت مرض الموت لدى مورثة المطعون ضدهما الأولين على ما ثبت من الشهادة الرسمية الصادرة من مستشفى عين شمس وأقوال شهود المطعون ضده الأول بأن المورثة كانت مريضة بالسرطان وأدخلت المستشفى في ٢٨/٣/١٩٦٢ وأنها وقت خروجها من المستشفى في ٢٢/٥/١٩٦٢ كانت بحالة صحية متدهورة وأقامت لدى شقيقتها المطعون ضدها الثانية - والدة الطاعن - إلى أن توفيت في ٩/١٢/١٩٦٢ كما استخلص الحكم أن العقدين قد حررا في وقت واحد عقب خروج المورثة من المستشفى. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد ربط بين تاريخ مرض المورثة وتحرير العقدين وخلص إلى أن العقدين حررا في وقت اشتدت فيه وطأة المرض على المورثة وهو مرض يغلب فيه الهلاك وقد انتهت بوفاتها فإن قضاءه يكون قد صادف صحيح القانون ويضحي النعي عليه بهذا السبب على غير أساس».

(طعن رقم 1011 لسنة 47 ق - جلسة 1983/12/27)

٦٦- من يقع عليها الطلاق؟

يشترط لوقوع الطلاق أن تكون المرأة محلاً للطلاق، والمرأة تكون محلاً للطلاق إذا كان النكاح قائماً حقيقة أو حكماً، فلا يقع على امرأة غير متزوجة أو متزوجة زواجا غير صحيح.

والنكاح يكون قائماً حكماً إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى. لأن آثار الزواج باقية خلال فترة العدة في الطلاق الرجعي، ولزوجه مراجعتها وإعادتها إلى عصمته بدون توقف على رضاها وبدون عقد أو مهر جديدين، ولبقاء بعض آثار الزوجية في الطلاق البائن كوجوب النفقة

على الزوج وبقاء المطلقة في منزل الزوجية وعدم جواز خروجها منه إلا بعذر شرعى، وعدم حلها لآخر، ولأن الزوج لم يستنفد مرات الطلاق الثلاث المباحة له شرعا. وهذا بخلاف المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فلا تكون محلا للطلاق لأن الزوج استنفد ما يملكه من مرات الطلاق وأصبحت محرمة عليه مؤقتا ولا يجوز له الزواج منها إلا أن بعد أن تتكح زوجا غيره، ويدخل بها، ثم يطلقها أو يموت وتتقضى عدتها، فقد أصبح لا فائدة من الطلاق، وكذلك المعتدة من فرقة اعتبرت فسخا بحكم الشرع، كالفرقة بخيار البلوغ أو الإفاقة أو نقصان المهر عن مهر المثل، لأن الفسخ نقض للعقد، وإذا انتقض العقد لم يكن له وجود حتى يلحقه طلاق ولا يستثنى من ذلك عند الحنفية سوى حالتين:

١- الفسخ بسبب ردة أحد الزوجين المسلمين عن دين الإسلام.

٢- الفسخ بسبب إباء الزوجة غير الكتابية عن أن تعتنق الإسلام، أو أى دين سماوى آخر، بعد إسلام زوجها.

ووجه الاستثناء أن الفرقة في هاتين الحالتين ليست بسبب ينقض العقد من أساسه، وإنما كان لطروء حال تنافى بقاء العقد فأشبهت بذلك فرقة الطلاق من ناحية أنها إنهاء لعقد صحيح قائم لم يرتفع ابتداء. وكانت الزوجة بسبب ذلك مرتبطة بزواجها مادامت في العدة التى هى أثر من آثار ملك النكاح الصحيح ومن هنا اعتبرت محلا للطلاق شأنها فى ذلك شأن المعتدة من طلاق^(١).

أما الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام باعتناق زوجته الدين الإسلامى فالرأى الراجح فى المذهب اعتبارها طلاقا لا فسخا للعقد حتى لو أسلم بعد ذلك، وعقد زواجه عليها احتسبت هذه الفرقة من عدد الطلاقات التى يملكها الزوج على زوجته.

وبالترتيب على ما تقدم لا تكون المرأة محلا لوقوع الطلاق عليها فى الحالات الآتية:

١) المرأة التى تزوجها الرجل بعقد زواج غير صحيح، باطل أو فاسد، لأن الطلاق أثر من آثار عقد الزواج الصحيح.

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى - أحكام الأسرة فى الإسلام ص ٥٠٥.

- (٢) المرأة الأجنبية أى التى لم يربطها بالرجل عقد زواج أصلا. (أنظر حالة الطلاق المعلق على الزواج بند ٢٦).
- (٣) المرأة المعتدة من فسخ الزواج بسبب غير السببين سالفى الذكر، مثال فسخ الزواج لنقصان المهر عن مهر المثل أو لخيار البلوغ أو الإفاقة.
- (٤) المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى.
- (٥) المرأة المعتدة من طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة.
- (٦) المرأة المعتدة التى انقضت عدتها ولو كانت العدة من طلاق رجعي^(١).



(١) وقد روى أن بعض الصحابة والتابعين والفقهاء يرون أن الطلاق لا يلحق طلاقا ولا فسخا، فلا تكون المعتدة محلا للطلاق بحال. وهو مذهب أئمة الشيعة الإمامية وبعض فقهاء الزيدية واختاره ابن تيمية (راجع الدكتور محمد بلتاجى فى أحكام الأسرة - الجزء الأول الزواج والفرقة سنة ١٩٨٥ ص ٥١٢).