

موضوع رقم (٣)

ركن الطلاق

١٧- المقصود بركن الطلاق :

المقصود بركن الطلاق هو ما يقع به الطلاق. والطلاق يقع باللفظ الذى يفيد معنى الطلاق، أو ما يقوم مقامه من الكتابة والإشارة.

فالطلاق يقع بواحد من ثلاثة:

١- اللفظ.

٢- الكتابة.

٣- الإشارة.

ولا بد من وقوع الطلاق باللفظ من إضافته إلى الزوجة أى إسناده إليها على نحو يفهم منه لغة أو عرفاً تطبيقها.

ومن الأول: أن يعينها بطريق التعيين، كالوصف والاسم العلم، والإشارة والضمير، فيقول: امرأتى طالق، أو فلانة طالق، أو يشير إليها فيقول: هذه طالق: أو يخاطبها بقوله: أنت طالق. وكذلك إذا كان حديث جارى فيقول: هى طالق.

ومن الثانى: قول الرجل على الطلاق أن أفعل كذا أو لا أفعل كذا، فإن المفهوم من ذلك بحسب العرف هو طلاق الزوجة إذا لم يحصل المحلوف عليه، فهو مثل أن يقول: إن لم أفعل كذا فامرأتى طالق. فالطلاق هنا وإن لم يصرح بإضافته إلى المرأة فى اللفظ مضاف إليها فى المعنى.

أما إذا لم يصف الطلاق إلى الزوجة لا فى اللفظ ولا بحسب المعنى الذى يفهم فى العرف فلا يقع به شيء وذلك كقوله لزوجته: أنا منك طالق، لأنه لم يصف الطلاق إلى الزوجة^(١).

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٧٢ - عمر عبد الله ص ٤٢٧.

ونعرض فيما يلي لوقوع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة.

أولاً: لفظ الطلاق:

تنقسم الألفاظ التي يقع بها الطلاق إلى صريح وإلى كتابة:

١٨- (أ): اللفظ الصريح:

اللفظ الصريح هو الذي لا يحتمل معنى غير معنى الطلاق لغة أو عرفاً. وهذا اللفظ هو ما كان من مادة «ط ل ق» عدا الإطلاق ومشتقاته مع إضافته إلى الزوجة. كأن يقول الرجل لامرأته «أنت طالق، أو أنت الطلاق أو أنت مطلقة بالتشديد أو طلفتك» أو يقول «امرأتى مطلقة أو طلقت زوجتى أو كوني طالقة أو خذى طلاقك»^(١).

أما إذا قال لزوجته «أنت محرمة أو أنت حرام أو أنت على حرام أو أنت خالصة» أو قال: «على الحرام» فإن كان عرف الناس جارياً على أنهم

(١) وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لأنه أضيف إلى محله كأن يقول: «رقتك طالق أو عنقك طالق أو رأسك طالق أو روحك أو يدك أو جسديك أو فرجك أو وجهك» لأنه يعبر بها عن جميع البدن، أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما - قال الله تعالى - فتحرير رقبة - وقال: فطلت أعناقهم لها خاضعين، وقال عليه الصلاة والسلام: «لعن الله الفروج على السروج» ويقال: رأس القوم، ويا وجه العرب، وهلك روحه بمعنى نفسه، ومن هذا القبيل الدم في رواية، يقال دمه هدر، ومنه النفس،

وكذلك أن طلق جزءاً شائعاً منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك طالق لأن الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلاً للطلاق إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة.

ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق، ويصدق ذلك على كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن، كالذراع، لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في هذه الأجزاء ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه بخلاف الجزء الشائع، واختلف في وقوع الطلاق إذا أضيف إلى الظهر والبطن، والراجح عدم وقوعه لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن.

(الهداية شرح بداية المبتدى ج ١ ص ٢٢٢).

يستعملون هذه الألفاظ للدلالة على إيقاع الطلاق تكون هذه الألفاظ من الألفاظ الصريحة في الطلاق وإن لم يجر عرفهم بذلك تكون الألفاظ المذكورة من الكناية. وقد جرى العرف على استعمالها للدلالة على إيقاع الطلاق فتعتبر من الألفاظ الصريحة للطلاق.

ويستوى أن يكون لفظ الطلاق باللغة العربية أو بلغة أخرى غيرها⁽¹⁾، كما هو الشأن في الزواج إذ لم يعهد في الشريعة الإسلامية أن يكون إنشاء العقود والتصرفات بلغة دون أخرى.

وسمى هذا النوع صريحا لأن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى⁽²⁾.

ويقع الطلاق بالنطق باللفظ جهرا أو مخافتة وأدنى المخافتة إسماع الشخص نفسه فلو طلق بحيث صح الحروف ولكن لم يسمع نفسه لا يقع الطلاق.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٤ / ١٢ / ١٩٥٥ بأن:

«إن المنصوص عليه شرعا أن الطلاق هو رفع قيد النكاح باللفظ الدال على ذلك أو ما يقوم مقامه من الكتابة المستبينة أو الإشارة من الأخرس وركنه اللفظ الدال على الطلاق لغة أو شرعا واللفظ لا يكون إلا بالتلفظ وهو النطق بما يدل على الطلاق والنطق قد يكون جهرا أو مخافتة وأدنى المخافتة إسماع نفسه فلو طلق بحيث صح الحروف ولكن لم يسمع نفسه لا يقع طلاقه فإذا كان السائل حين يتم بصيغة الطلاق المذكورة محركا بها لسانه كان له صوت سمعه حين كان يتم بها وقع بها طلاق واحد رجعي عملا بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية وإن كرره في نطق واحد وقرن الطلاق

(1) فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٦/٣/١٩١٧ وقد جاء بها: «اطلعنا على هذا السؤال وعلى ورقة الترجمة المذكورة ونفيد أن المنصوص عليه شرعا أن الطلاق يقع ولو بغير اللغة العربية ولو كان الزوج غير مسلم متى كانت المطلقة زوجته والمطلق عاقلا بالغا مستيقظا وبناء على ذلك يعتبر الطلاق المذكور بالورقة المذكورة على حسب الترجمة المذكورة طلاقا صحيحا شرعا»..

(2) بدائع الصنائع علاء الدين الكاساني ج ٣ ص ١١١.

لعدد الثلاثة وذلك عملاً بالمادة الثالثة منه ونصها (الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة) وهذا الحكم قد اخترناه للفتوى وإن خالف مذاهب الأئمة الأربعة لأنه موافق لمذاهب أئمة آخرين من فقهاء الصحابة ومجتهدى المسلمين وفى الأخذ به صيانة الرابطة الزوجية من العبث وحمل الأزواج على اتباع السنن المشروعة لإيقاع الطلاق مرة بعد مرة - وبذلك يكون السائل قد طلق زوجته طلاقين أولهما بالصيغة الأولى وهى قوله أولاً (أنت محرمة) وثانيهما بالصيغة الأخرى المسئول عنها ويبقى له عليها طلاق واحد فقط - ولأن هذه اليمين كانت فى سنة ٢٧٠هـ أى من منذ خمس سنوات تقريبا وهى مدة الغالب فيها انقضاء عدة مطلقة منه وعلى ذلك يكون له إرجاعها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين بإذنها ورضاها - هذا إذا كان تحريك لسان السائل بهذه الصيغة بصوت مسموع له كما سبق أن قلنا أما إذا كان تحريك لسانه بها بصوت غير مسموع له فإنه لا يقع بها شيء من الطلاق وتحل له معاشرتها بدون رجعة أو تجديد عقد - والله سبحانه وتعالى أعلم».

والطلاق يقع بهذا اللفظ الصريح ديانة وقضاء، دون حاجة إلى نية أو قرينة، لأن المعنى مستفاد منه إما لغة أو عرفاً، ومن ثم يقع الطلاق سواء نواه الرجل أو لم تكن له نية أصلاً بأن كان قد تلفظ بعبارة الطلاق غافلاً عن معناها. غير أنه إذا قامت قرينة تصرف اللفظ عن حقيقة معناه فإن الطلاق لا يقع. كما إذا طلبت المرأة من الرجل أن يطلقها من قيدها فقال لها «أنت طالق» ثم ادعى الزوج أنه أراد الطلاق من وثاقها فإنه يصدق فى ذلك ديانة وقضاء لقيام القرينة الصارفة له عن إرادة الطلاق^(١).

(١) حكم بعض صور الطلاق:

١- الطلاق بصيغة المضارع:

صيغة المضارع لا يقع بها طلاق - لا إذا كانت مستعملة للحال غالباً. (العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية، الجزء الأول الطبعة الثانية سنة ٢٠٠٠ هجرية ص ٢٨).

وفى هذا أفنت دار الإفتاء المصرية بأن:

١- «جاء بالصفحة ٤٤ من الجزء الأول من تنقيح الفتاوى الحامدية مطلب: المضارع لا يقع به الطلاق إلا إذا غلب فى الحال. سئل فى رجل له زوجة موافقة لأمرها مطيعة=

= لها وكل منهما في مسكن على حدة فقال لزوجته ما دمت مع أمك تكوني طالقة، فانقطعت عن موافقتها وإطاعتها مدة، ولفظ تكوني مغلب في الحال ونيته في المعية المذكورة ما ذكر من الموافقة والإطاعة لها في الحكم؟ «الجواب» صيغة المضارع لا يقع بها الطلاق إلا إذا غلب في الحال كما صرح به الكمال بن الهمام، وحيث تركت ذلك المدة المذكورة فإذا عادت لموافقتها وإطاعتها لا يقع عليه الطلاق لأن كلمة ما دام غاية ينتهي إليها اليمين كما تقدم عن التتوير وشرحه أهـ. وجاء في صفحة ٤٢ منه مطلب يقع الطلاق بصيغة المضارع إذا غلب استعماله في الحال «سئل» في رجل قال لزوجته «تكوني طالقة ثلاثا بصيغة المضارع وغلب استعماله في الحال عرفا فهل يقع عليه الطلاق؟» نعم كما أفتى به الخير الرملي. هذا وقول السائل لزوجته في حادثة السؤال حين الخلاف بينهما «إني لا أكون زوجها ولا هي تكون زوجتي» ناويا به الطلاق من قبيل المضارع الذي لم يغلب استعماله في الحال وليس من ألفاظ الطلاق الصريح المنجز، ولم يغلب استعماله في الطلاق وبناء على ذلك لا يقع به طلاق، وتكون الزوجية لا تزال قائمة بين الزوجين ومما ذكر بعلم الجواب عما جاء بالسؤال. والله أعلم.

(فتوى صادرة بتاريخ 1965/7/5 في الطلب رقم 373 لسنة 1965).

٢- «العبارات الواردة على لسان الزوج لزوجته في هذا الاستفتاء تدل على أن الزوج الحالف أظهر رغبته في ألا تكون امرأته زوجة له في الزمن المستقبل الذي يقع بعد النطق بالعبرة وليس فيها ما يفيد إنشاء الطلاق أو ما يعتبر إخبارا عن طلاق. ولم يستعمل لفظا من ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية على سبيل التنجيز أو التعليق، وربما يشتبه في أن قوله في بعض العبارات «ما تكوني مراتي ثاني» أو «ما تبقى مراتي ثاني» يقصد به الطلاق عرفا، ولكن يبعد من

ذلك أن الفعل المستعمل هنا هو فعل مضارع. وقد نص الفقهاء على أن المضارع لا يقع به الطلاق إلا إذا غلب في الحال «تنقيح الفتاوى الحامدية جزء أول صفحة ٤٤، ٤٤» وما ورد بالسؤال ليس من هذا القبيل فلا يقع به طلاق وقوله «على الطلاق ما أنت قاعدة معايا» اشتمل على الحلف بالطلاق لغو لا يقع به طلاق طبقا لأحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢١. وإن فلا يقع بشيء مما ورد في هذا السؤال طلاق. ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله تعالى أعلم.

(فتوى صادرة بتاريخ 1967/9/25 في الطلب رقم 558

=

لسنة 1967)

١٩- (ب) - الكناية:

١- تعريف الكناية:

الكناية هي اللفظ الذي يحتمل الطلاق وغيره، فاللفظ لم يوضع لخصوص الطلاق بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق ولمعنى آخر فهو يحتمل المعنيين. وسمى كناية لأن الكناية في اللغة اسم لفظ استتر المراد منه عند السامع، وهذه الألفاظ مستترة عند السامع.

= 2- الشك في الطلاق:

إذا شك الرجل هل طلق أولاً، ولا يقع الطلاق، وإذا شك أنه طلق واحدة أو أكثر بنى على الأقل، إلا إذا كان غالب ظنه أنه طلق، أو طلق أكثر من واحدة. (الأشباه والنظائر لابن نجيم طبعة ١٩٨٥ ص ١١).

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1966/10/2 فى الطلب رقم 409 لسنة 1966 بأن:

«... وظاهر من هذه النصوص أن الشخص إذا شك هل حصل منه طلاق أولاً: يعتبر أنه لم يصدر منه طلاق ولا يقع عليه طلاق إلا أن يجزم أو يكون غالب ظنه أنه حصل منه طلاق فيؤخذ بذلك ويحتسب الطلاق أحداً يجزمه أو غلبه ظنه. فإن جزم أو كان غالب ظنه أنه لم يصدر منه طلاق لا يعتبر الطلاق من باب أولى. وإن كان هناك دليل كأن يشهد عدول كانوا بالمجلس يعمل بهذا الدليل إيجاباً أو سلباً.. الخ».

3- الطلاق بالحديث النفسى:

إذا تخيل الزوج أنه يقول لزوجته «أنت طالق» ولكنه لم يتلفظ بذلك، فلا يقع طلاق بذلك.

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1967/7/9 بأن:

«... وأما ما كان يتخيله السائل وهو يجلس بمفرده من أنه يقول لزوجته «على الطلاق من فلانة» يقصد زوجته ولكنه لم يتلفظ بذلك فلا أثر له على العلاقة الزوجية مطلقاً لأن ما تردد فى نفسه ليس من عبارات الطلاق، ولأن ركن الطلاق على فرض أنه من ألفاظ الطلاق هو التلفظ والنطق ولم يحدث شيء من ذلك، وأما ما كان يتلفظ به فى أوقات ضجره من قوله «الواحد يسيبها ويستريح. وقوله بلاش دوشة» فلا قيمة له ولا يقع به طلاق، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق. وأما تعبيره فى خطابه إليها بقوله «لأختي» بدلا من زوجتى أو خطيبتى فلا أثر له كذلك، وأما ما كان يحس به من أن هاتفاً يقول له أنها ليست زوجتك فلا قيمة له مطلقاً، لأنه مجرد خيالات وأوهام لا يعتد بها.

ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

ومثال ذلك أن يقول الرجل للمرأة:

- ١- (أنت بائن)، فهذا القول يحتمل البينونة والانفصال من رابطة الزواج، كما يحتمل البينونة والانفصال من أسباب الخير أو الشر.
- ٢- (أنت بثة)، فمعنى البت القطع والفصل، ومن ثم فهي تحتتمل القطع والفصل من رابطة الزواج، كما تحتتمل القطع والفصل من أسباب الخير أو الشر.
- ٣- (أنت خلية أو برية) فتحتتمل الخلو من الزواج والبراءة منه، كما تحتتمل الخلو والبراءة من أسباب الخير أو الشر.
- ٤- (أنت حرة) فتحتتمل أنها أصبحت حرة غير مقيدة بقيد الزواج لأنه طلقها، أو أنها حرة في تصرفاتها.
- ٥- (اذهبي إلى أهلك) فتحتتمل أنه أمرها بذلك لأنه طلقها فتعود إلى أهلها كما كانت قبل الزواج منه، أو أنه أمرها بذلك لأنه يريد إبعادها عن بيته بسبب غضبه مع قيام الزوجية بينهما.
- ٦- (حبلك على غاربك) فتحتتمل أنه لا سلطان له عليها بسبب الطلاق، كما تحتتمل معنى التأنيب والتوبيخ.
- ٧- (اعتدى) فتحتتمل أنه أمرها بذلك لأنه طلقها، أو للاعتداد بما هي فيه من خير ونعمة في خلال حياتهما الزوجية.
- ٨- (استبرئى رحمك) فتحتتمل أمرها بتعرف براءة الرحم من الحمل كي تستطيع التزوج بزواج آخر، لأنها صارت طالقا، كما تحتتمل الأمر بذلك ليطلقها بعد أن عرف عنها أنها غير حامل.

٢- حكم الطلاق بالكناية في المذهب الحنفي:

الطلاق بالكناية عند الأحناف، لا يقع إلا بدلالة الحال أو النية. فإذا كانت دلالة الحال تبين معنى الطلاق فإنه يقع من غير نية إذ يعتبر الحال قرينة مبينة أن المراد الطلاق. فإذا لم يكن الحال كافيا للدلالة على إرادة الطلاق، فلا يقع إلا إذا كان الرجل ينوى الطلاق.

هذا من ناحية القضاء، أما ديانة فيوكل الأمر فيها إلى نية الرجل، فإذا قال أنه لم يرد بما تلفظ طلاقاً فيصدق في ذلك ويفتى بعدم وقوع الطلاق.

وتفصيل القول في مسألة وقوع الطلاق وعدمه قضاء بألفاظ الكناية أربعة:

وهي حالة الرضا، والغضب، وكل منهما إما أن يجرى فيها حديث الطلاق ومذاكرته بأن تطلب الزوجة الطلاق من الرجل أو يطلب غيرها، وإما ألا يكون الأمر كذلك.

وألفاظ الكناية ثلاثة أنواع:

الأول: ما يصلح جواباً لطلب الطلاق، ولا يصلح رفضاً له ولا سباً للمرأة ومثل ذلك لفظ (اعتدى) ولفظ (استبرئى رحمك).

الثاني: ما يصلح جواباً لطلب الطلاق، كما يصلح سباً ومثل ذلك لفظ (خلية أو برية أو بائن أو بثة).

الثالث: ما يصلح جواباً لطلب الطلاق، كما يصلح رفضاً له ومثل ذلك لفظ (اذهبي، أخرجي، قومي، انطقي).

والحكم في ذلك على التفصيل الآتي:

١- في حالة الرضا الخالية عن مذاكرة الطلاق وطلبه لا يحكم بوقوع الطلاق في شيء من ألفاظ الكناية جميعاً، إلا بالنية فيصدق الرجل إذا قال إنى لم أرد بذلك طلاقاً.

٢- إذا جرت في حالة الرضا مذاكرة الطلاق وطلبه فإنه يقع الطلاق بألفاظ النوعين الأولين من غير توقف على النية، ولا يصدق الرجل فيهما إذا قال إنى لم أرد الطلاق، لأن ألفاظ النوع الأول لا تحتمل غير الجواب على طلبها الطلاق، وكذلك الحكم في ألفاظ النوع الثاني، لأن المقام فيه ليس للسب، مادامت الحالة حالة رضا، فيحمل اللفظ على أنه لطلبها الطلاق ولا يتوقف على النية. أما ألفاظ النوع الثالث الذي يصلح جواباً لطلب كما يصلح رفضاً له، فإن الطلاق يتوقف فيها على النية، لأن مقام مذاكرة الطلاق وطلبه يقبل الإجابة والرفض،

وألفاظ هذا النوع تحتل الأمرين، فلا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر إلا بالبينة فيصدق الرجل إذا قال إنى لم أرد بما تلفظت طلاقاً.

٣- إذا كانت الحالة حالة غضب ولم يجر فيها مذاكرة الطلاق وطلبه، فإن الطلاق يقع بألفاظ النوع الأول ولا يحتاج إلى النية، ولا يصدق الرجل إذا قال إنى لم أرد بما تلفظت طلاقاً.

أما في النوعين الثاني والثالث، فيتوقف الطلاق على النية، لأن الحالة حالة غضب يصح أن يرد فيها ألفاظ الشتم أو رفض الطلاق، واللفظ يحتمل أحدهما، فلا يصرف إلى الطلاق إلا بالنية ويصدق الرجل إذا قال: إنى أردت سبها أو رفضت طلاقها.

٤- إذا كانت حالة غضب، وجرت مذاكرة الطلاق وطلبه، فإن الطلاق يقع بدون حاجة إلى النية وذلك في ألفاظ النوع الأول، ولكن يتوقف على النية في النوعين: الثاني والثالث، لاحتمال أمرين: السب أو رفض الطلاق^(١).

٣- حكم القانون في الطلاق بالكناية:

نصت المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن «كنايات الطلاق وهي ما تحتل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية»، فقد قصرت هذه المادة وقوع الطلاق بألفاظ الكناية على أن يكون الزوج قد نوى بها الطلاق، وهي بذلك تكون قد خالفت مذهب الحنفية في عدم اعتدادها في وقوع الطلاق بدلالة الحال وضيقت نطاق وقوع الطلاق بالكناية. وقد استمد حكم هذه المادة من مذهب الشافعي ومالك^(٢).

(١) وعند الإمامية لا يقع الطلاق بألفاظ الكناية. وعند ابن حزم لا يقع طلاق إلا بلفظ من أحد ثلاثة ألفاظ: إما الطلاق، وإما الفراق، وإما السراح، وما اشتق منها، هذا إذا نوى به الطلاق (راجع الدكتور محمد بلتاجي ص ٥١٤ - ويؤيد رأى ابن حزم الأستاذ محمد الغزالي في كتابه قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة - دار الشروق ص ١٨٣).

(٢) الأم للإمام الشافعي - المجلد الثالث - الجزء الخامس، طبعة دار المعرفة ببيروت ص ١٩٧.

والمراد بالكناية هنا ما كان كناية في مذهب أبي حنيفة⁽¹⁾. فلو ادعت الزوجة أن زوجها طلقها بلفظ من ألفاظ الكنايات، وطلبت الحكم بطلاقها، سأله القاضي عنه، فإذا أقر الزوج بصدور اللفظ منه، سأله عما قصده به فإذا قرر أنه لم ينو به الطلاق، حلفه القاضي اليمين بأنه لم ينو الطلاق بلفظ الكناية الذي صدر منه، لأن ذلك أمر لا يعرف إلا من جهته، ولو لم تطلب الزوجة اليمين، لأن اليمين هنا من حقوق الله، فإذا حلف رفضت دعوى المرأة، ولو كانت القرائن والظروف تشهد بخلاف ما قرره، أما إذا نكل عن اليمين حكم لها بطلاقها منه لأن النكول عن اليمين إقرار بالدعوى⁽²⁾.

٢- ثانياً: الطلاق بالإشارة:

اتفق الفقهاء على أن غير الأخرس لا يقع طلاقه بالإشارة على أي حال. أما الأخرس، فقد ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن طلاق الأخرس يقع بالإشارة المفهومة أو المعهودة، سواء كان يعرف الكتابة أم لا⁽³⁾. بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الأخرس إن كان يعرف الكتابة فلا يقع طلاقه إلا بها لأن الإشارة ليست في الدلالة على المقصود بمنزلة الكتابة، فلا يعول عليها في مثل الطلاق الذي يلزم فيه الاحتياط. والرأى الأخير هو الراجح في المذهب⁽⁴⁾. والمراد بالإشارة المفهومة التي يقع بها الطلاق، الإشارة المقرونة بتصويت من الأخرس لأن العادة منه ذلك فكانت الإشارة بياناً لما أجمله الأخرس⁽⁵⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(2) الدكتور أحمد الغندور ص ١٩٢ - الدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٥١١.

(3) فقد أطلق علاء الدين الكاساني القول بأن: «فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة وبالإشارة المفهومة من الأخرس لأن الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ والإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة». (بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٠٠).

(4) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٩٢ - محمد مصطفى شلبي في أحكام الأسرة في الإسلام ص ٤٩٨.

(5) شرح فتح القدير ج ٢ ص ٤٩٢.

هذا إذا كان الشخص قد ولد أخرسا، أما إذا كان الخرس طارئا عليه فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يمكن الحكم بوقوع طلاقه بالإشارة إلا إذا دام خرسه إلى الموت - وهو قول غريب - وقدر بعضهم مدة دوام الخرس بسنة واحدة، فيكون طلاقه موقوفا حتى تتم السنة عليه وهو معتقل اللسان. والذى ينبغى التعويل عليه من أقوال الفقهاء هو اشتراط دوام الخرس مدة تكفى لفهم إشارته ومعرفة ما يريده منها⁽¹⁾.

٢١- ثانياً: الطلاق بالكتابة:

الكتابة نوعان: كتابة مستبينة أى مرقومة واضحة يمكن فهمها وقراءتها كالكتابة على الورق أو على الحائط.

وكتابة لا تكون كذلك مثل الكتابة على الماء والهواء.

والكتابة المستبينة إما أن تكون مرسومة أو غير مرسومة.

والكتابة المرسومة هى المعنوية والموجهة للزوجة كما توجه الرسائل، والكتابة غير المرسومة هى ما لا تكون كذلك.

والكتابة غير المستبينة لا يقع بها الطلاق مطلقا، سواء نوى الرجل الطلاق أو لم ينو.

أما الكتابة المستبينة المرسومة فيقع بها الطلاق مطلقا، نوى الرجل الطلاق أو لم ينو، فهى تقوم مقام اللفظ الصريح فى إيقاع الطلاق حتى ولو كان الرجل قادرا على التعبير بالألفاظ.

ويقع الطلاق بها من وقت الكتابة إلا إذا قيد وقوع الطلاق بزمن أو بوصول الكتابة أو غيره فإنه يقع من الوقت الذى حدده.

فإذا كتب الزوج كتابا إلى زوجته بعنوانها قائلا فيه: بعد الديباجة «أنت طالق» وقع الطلاق بمجرد الكتابة.

وإذا وصل الكتاب إلى أبى الزوجة فقرأه ثم مزقه ولم يدفعه إليها، وكان هو المتصرف فى جميع أمورها، وقع الطلاق بتسلمه الكتاب.

(1) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٧٠.

أما إذا ادعى الزوج أنه كتب ذلك يجرب به القلم مثلا فإنه لا يصدق فى القضاء وإن كان يصدق ديانة.

أما الكتابة المستبينة غير المرسومة، فلا يقع بها الطلاق إلا إذا نوى الرجل الطلاق، فإذا ادعى الرجل أنه لم ينو الطلاق وإنما أراد تجربة القلم أو الخط مثلا فلا يقع الطلاق، لأن مثل هذه الكتابة تحتمل إنشاء الطلاق، وتحتمل غرضا آخر كما يجوز ألا يكون هناك غرض أصلا⁽¹⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن :

١- «إن المنصوص عليه شرعا أن الطلاق كما يقع بنطق الحالف بلفظه الدال عليه لغة وشرعا يقع أيضا بكتابته هذا اللفظ فى كتاب معنون باسم المحلوف عليه وبخط مقروء. وقد اصطلح الفقهاء على تسمية هذه الكتابة بالكتابة المرسومة المستبينة وهى تقوم عندهم مقام الطلاق الصريح المنجز فيقع الطلاق بها بمجرد الكتابة نوى الكاتب الطلاق بما كتبه أو لم ينو قرأته المحلوف عليها أو لم تقرأه - وإن كانت الكتابة غير معنونة باسمها وهى واضحة مستبينة وهى المسماة فى اصطلاحهم بالكتابة المستبينة غير المرسومة فإنه لا يقع الطلاق بها إلا إذا نوى بها الطلاق جاء فى حاشية ابن عابدين نقلا عن الهندية أن الكتابة (على نوعين مرسومة وغير المرسومة على وجهين مستبينة وغير مستبينة والمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقرائته ففى غير المستبينة لا يقع الطلاق وإن نوى وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة إن نوى الطلاق يقع وإلا لا. وإن كانت مرسومة يقع الطلاق نوى أو لم ينو. ثم المرسومة لا تخلو أما إن أرسل الطلاق بأن كتب. أما بعد فأنت طالق فإذا كتب هذا يقع الطلاق، وتلزمها العدة من وقت الكتاب به وإن علق طلاقها بمجئ الكتاب بأن كتب إذا جاءك كتابى هذا فأنت طالق فجاءها هذا

(1) راجع حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٦ - الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٧٠ وما بعدها.

المادة (٢٢٢) من كتاب الأحكام الشرعية لقرى باشا. فقد جاء بها: «يقع الطلاق لفظا وبالكتابة المرسومة المستبينة... الخ».

الكتاب فقرأته أو لم تقرأه يقع الطلاق كذا في الخلاصة) والظاهر من قول السائل أنه كتب لها ورقة ذكر فيها أنه طلقها وأن الورقة التي كتبها وسلمها إليها معنونة باسمها. وحينئذ تكون من قبيل القسم الأول وهو الكتابة المرسومة المستبينة فيقع بها الطلاق بمجرد الكتاب نوى بكتابتها الطلاق أو لا وبكتابتها الورقتين معا يقع الطلاق الرجعيان الأول والثاني وبقوله لها بعد ذلك بأيام أنت طالق تبين منه بينونة كبرى لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها وتتقضى عدتها منه حيث تحل للأول وإن كان هذا الظاهر يخالف الواقع وأن الورقة لم تكن معنونة باسمها وأنها تضمنت فقط قوله لها أنت طالق مكتوبا بها فهي في هذه الحالة من النوع الثاني وهو المستبين غير المرسوم وبها يقع الطلاق إن نوى وإن لم ينو لم يقع شيء بالورقتين المذكورتين ويكون الواقع عليها هو قوله لها. ثالثا أنت طالق حيث يكون هو الطلاق الأول الرجعي فإن كانت لا تزال في العدة بعده كان لهذا الزوج أن يراجعها قولاً أو فعلاً كل ذلك في الاحتمال الأخير فقط وهو عدم قصده الطلاق بما كتب في الورقتين غير المعنونتين باسمها والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 1959/9/26)

٢- «يشترط الفقهاء لوقوع الطلاق بالكتابة أن تكون معنونة ثابتة تقرأ أو تفهم وتقوم الكتابة مقام اللفظ، ولا تحتاج إلى نية الطلاق. إذا كانت بلفظه الصريح. فإن لم تكن ثابتة أو كانت لا تقرأ ولا تفهم فلا يقع بها شيء. أما إن كانت في كتاب غير معنون فلا يقع بها الطلاق إلا بالنية. ويشترط أن يكتب الزوج صيغة الطلاق بنفسه أو بإملائه على من يكتبه... الخ».

(فتوى صادرة بتاريخ 1980/4/19 - الطنب رقم 126 لسنة 1980)

٢٢- هل يجب الإشهاد على الطلاق؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد لأن الطلاق من حقوق الرجل ولا يحتاج إلى بينة كي يباشر حقه، ولم يرد عن النبي ولا عن الصحابة

ما يدل على أن الإشهاد على الطلاق شرط لصحته ولا أن أحدا منهم توقف عن الطلاق لاستحضار شاهدين مع كثرة ما روى عنهم من ذلك، ولو كان الإشهاد شرطا لنقل إلينا لأنه يتكرر وقوعه في كل زمان.

أما قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا سَخِرَجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴿١٠٠﴾ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾، فهو للندب لا للجوب، كقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾.

وعلى هذا فإن الإشهاد وإن لم يكن شرطا لصحة الطلاق، إلا أنه مستحب خشية الجحود عند النزاع.

وقد خالفت الجمهور الشيعية الإمامية واشترطوا لصحة وقوع الطلاق أن يحضره شاهدان يسمعان إنشاء الطلاق، فلا يقع بشاهد واحد ولو كان عدلا ولا بشهادة فاسقين، بل لا بد من حضور شاهدين ظاهرهما العدالة، ولا تقبل عندهم شهادة النساء في الطلاق لا منفردات ولا منضمات إلى الرجال.

واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى في أحكام الطلاق وإنشائه في صورة الطلاق: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٦٠﴾ وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ﴾، فهذا الأمر بالشهادة جاء بعد ذلك إنشاء الطلاق، وجواز الرجعة، فكان المناسب أن يكون راجعا إليه، وإن تعليل الإشهاد بأن يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر يرشح لذلك ويقويه لأن

حضور الشهود العدول لا يخلو من موعظة حسنة يزجونها إلى الزوجين، فيكون لهما مخرج من الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله سبحانه وتعالى. وممن ذهب إلى وجوب الإشهاد واشترائه لصحته من الصحابة: أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وعمران بن حصين رضى الله عنهما، ومن التابعين: الإمام محمد الباقر، والإمام جعفر الصادق، وبنوهما أئمة آل البيت رضوان الله عليهم، وكذلك عطاء، وابن جريج وابن سيرين رحمهم الله. وقد ذهب ابن حزم في (المحلى) إلى اشتراط الإشهاد لصحة الطلاق كما ذهب الشافعى إلى ذلك فى القديم⁽¹⁾.

وسنرى أن القانون رقم (1) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية نص فى المادة ٢١ منه على أنه لا يعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق. أنظر بنود ٦٦٦ وما بعده).

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ ١٥ يناير سنة ٢٦٦٦ فى القضية رقم ١٢١ لسنة ٢٦٦ق «دستورية» بعدم دستورية النص المذكور فيما تضمنه من قصر الاعتداد فى إثبات الطلاق عند الإنكار على الإشهاد والتوثيق. وقد أخذت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - برأى الجمهور فقضت بتاريخ 1982/11/23 فى الطعن رقم 25 لسنة 51 بأن:

«وإن اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فى اشتراط الإشهاد على الطلاق - فبينما أوجبته البعض ذهب الغالبية إلى أنه ليس شرطاً لوقوعه لأن الأمر به فى قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾. هو للندب لا للوجوب، غير أن أحداً منهم

(1) الدكتور محمد بلتاجى ص ٥٢٦ وما بعدها - على حسب الله ص ٥٠٥ وما بعدها - محمد أبو زهرة ص ٢٦٩ وما بعدها - ويأخذ بهذا رأى فى الفقه الحديث الأستاذ أحمد شاكر مشار إليه فى مؤلف الدكتور البلتاجى، ص ٥٧ - الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٢٦٩ - الأستاذ محمد الغزالى فى كتابه قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة - طبعة دار الشروق ص ١٨٤.

لم يستلزم لوقوع الطلاق أو ثبوته أن يكون موثقاً، لما كان ذلك، وكان ما نصت عليه المادة الخامسة مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٦ من وجوب مبادرة المطلق إلى توثيق إسهاد طلاقه لدى الموثق المختص لم يهدف - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - إلى وضع قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله تعالى للزوج أو على جواز إثباته قضاء بكافة الطرق وإنما هدف إلى مجرد عدم سريان آثاره بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ علمها به، فإنه لا على محكمة الموضوع إذا سمعت إثباتاً للطلاق المدعى به إلى غير الشهود الموقعين على الوثيقة المحررة عنه».

