

موضوع رقم (٧)

الطلاق الرجعى والطلاق البائن

٣٨- تقسيم:

ينقسم الطلاق بالنظر إلى الأثر المترتب عليه إلى طلاق رجعى وإلى طلاق بائن. والطلاق البائن نوعان: بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى. ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلي.

٣٩- (١) - الطلاق الرجعى:

الطلاق الرجعى هو الذى لا يزيل الملك أو الحل، فيملك الزوج فيه مراجعة زوجته فى العدة، بدون عقد أو مهر جديدين، سواء رضيت الزوجة أو لم ترض.

٤٠- (٢) - الطلاق البائن بينونة صغرى:

الطلاق البائن بينونة صغرى، هو الطلاق الذى يزيل الملك ولا يزيل الحل، فلا يملك الزوج مراجعة مطلقته ولو كانت فى العدة، وليس له أن يعيدها إلى عصمته إلا برضاها وإلا بعقد ومهر جديدين.

٤١- (٣) - الطلاق البائن بينونة كبرى:

الطلاق البائن بينونة كبرى، هو الطلاق الذى يزيل الملك والحل، فتحرم المرأة على مطلقها تحريما مؤقتا، فلا يحل له أن يتزوجها مرة أخرى، إلا بعد أن تتزوج غيره زواجا صحيحا نافذا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يطلقها أو يموت عنها، وتنقضى عدتها.

متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون الطلاق بائنا؟

٤٢- (أ) فى مذاهب الفقه الإسلامى:

مذهب الحنفية أن كل طلاق يوقعه الزوج يكون رجعيا إلا فى الحالات

الآتية:

(١) الطلاق قبل الدخول.

- (٢) الطلاق على مال.
- (٣) الطلاق المكمل للثلاث.
- (٤) الطلاق الموصوف بالبينونة، كقول الرجل لامرأته: «أنت طالق طلاقاً بائناً».
- (٥) الطلاق الموصوف بوصف يدل على البينونة، كقول الرجل: «أنت طالق طلقاً شديدة».
- (٦) الطلاق الموصوف بأفعل تفضيل يدل على الشدة كقول الرجل: «أنت طالق أشد الطلاق أو أنت طالق أفحش الطلاق أو أنت طالق أشر الطلاق».
- (٧) الطلاق المشبه بشيء يدل على العظم، كأن يقول الرجل: «أنت طالق طلقاً كالجبل».
- (٨) الطلاق الذى يكون بلفظ من ألفاظ الكناية مثل أن يقول الرجل: «أنت بائن أو أنت بته» لأن ألفاظ الكناية تدل على الانفصال فى الحال ولا يتحقق هذا إلا بالطلاق البائن.

ويستثنى من ألفاظ الكناية ثلاثة ألفاظ هي:

(اعتدى - استبرئى رحمك - أنت واحدة) لأن هذه الألفاظ حذف منها لفظ الطلاق مع نية ذكره فمعنى اعتدى: أنت طالق فاعتدى، ومعنى استبرئى رحمك أنت طالق فاستبرئى رحمك ومعنى أنت واحدة: أنت طالق طلقاً واحدة، فكلمة الطلاق مطوية على نية الذكر، فكان الطلاق بلفظ صريح فيقع رجعيًا، فضلاً عن أن هذه الألفاظ لا تدل على الانفصال فى الحال.

أما الشافعى ومالك⁽¹⁾ فعندهما أن الأصل فى الطلاق أن يقع رجعيًا

ويستثنى من ذلك حالات ثلاث هي:

- (١) الطلاق قبل الدخول.
- (٢) الطلاق على مال.
- (٣) الطلاق المكمل للثلاث.

(1) وفى مذهب مالك رأى آخر يتفق مع مذهب الحنفية.

وأساس الخلاف بين الأحناف وغيرهم أن الأحناف يرون أن وصف الطلاق من حق المطلق وليس من عمل الشارع، فللمطلق أن يعطيه وصف البيونة بالتفصيل السابق، ولأن الشارع أعطاه حق الطلاق مطلقاً ولم يوجد ما يقيد، ولأنه في نظر الأئمة الأربعة يملك البيونة الكبرى بالتعليق ثلاثاً دفعة واحدة فأولى أن يملك وصف الطلاق بالبيونة الصغرى، لأن من ملك الأقوى ملك الأضعف. أما باقي الأئمة فيرون أن وصف الطلاق من عمل الشارع، فما وصفه بأنه رجعي فهو ما وصفه بأنه بائن فهو بائن^(١).

وقد كان العمل بمصر على مذهب الحنفية حتى تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

٣- (ب) في المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩:

نصت المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المعدل) 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».

وعلى ذلك فالأصل في الطلاق أن يكون رجعياً، ولا يكون بائناً إلا في الحالات التي حددتها المادة.

وقد أخذ النص المذكور بمذهب الإمام مالك والشافعي في أن كل طلاق يقع رجعياً، إلا ما استثنى^(٢). وهو ما من شأنه تضيق دائرة الطلاق البائن.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث أو قبل الدخول أو على مال أو كان بائناً بحكم من القاضي. م ٥ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩».

(طعن رقم ٨٨ لسنة ٦٣ ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/1/28)

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٧٦ وما بعدها - الهداية ج ١ ص ٢٣٨ وما بعدها - محمد أبو زهرة ص ٢٠٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون.

ونعرض للحالات المستثناة الوارد بالنص، والتي يعتبر الطلاق فيها بائناً.

٤٤- (١) الطلاق المكمل للثلاث:

يكون الطلاق مكملًا للثلاث، إذا طلق الزوج زوجته مرتين طلقين رجعتين أو طلقين بائنتين، أو طلقين إحداهما رجعية والأخرى بائنة، ثم طلقها طلاقاً ثالثاً، فتكون الثالثة مكملة للثلاث، وتقع بائنة بينونة كبرى.

وتكون المطلقة ثلاثاً محرمة على زوجها تحريماً مؤقتاً، ولا تحل له حتى تتكح زوجاً غيره زواجا صحيحاً - ليس باطلاً أو فاسداً - ويدخل بها دخولا حقيقياً، ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهى عدتها^(١).

(أنظر في التفصيل بند ٥٢).

٤٥- (٢) الطلاق قبل الدخول:

يكون الطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو بعد الخلوة بائناً بينونة صغرى، لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(٢). فقد رتب الشارع على الطلاق قبل الدخول التسريح دون الإمساك فلا يستطيع المطلق مراجعتها، أما المطلقة ذات العدة، فقد خير الله المطلق بين أمرين: الإمساك بمعروف أى مراجعتها، والتسريح بإحسان، حيث قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٣)، وقال تعالى ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٤).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢.

(٢) سورة الأحزاب الآية ٤٩.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٢١.

(٤) سورة الطلاق الآية ٢.

والعدة وإن كانت تجب شرعا بعد الخلوة فهي تجب للاحتياط محافظة على الأنساب لا ليتمكن الزوج من مراجعة مطلقته.

٤٦- (٣) الطلاق على مال :

الطلاق على مال، هو الطلاق الذى يتم نظير مال تدفعه الزوجة إلى زوجها هو عوض له عن الطلاق، وتقتدى نفسها به، وكان الطلاق على مال طلاقاً بائناً لأنه لا يتحقق به معنى الافتداء إذا كان رجعياً لثبوت حق المراجعة فى العدة، فيستطيع الزوج مراجعة مطلقته فى العدة فيفوت عليها الافتداء. وقد خصصنا دراسة مفصلة للطلاق على مال لأهميته فى التطبيق العملي. (أنظر بند ٥٤ وما بعده).

٤٧- (٤) حالات الطلاق البائن الأخرى المنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :

- (أ) التطلق للضرر. (م ٦).
- (ب) التطلق بسبب غيبة الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول. (م ١٢).
- (جـ) التطلق بسبب حبس الزوج المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر. (م ١٤).
- (د) التطلق بسبب الضرر من التزوج بأخرى (م ١١ مكرراً المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥).
- (هـ) التطلق الذى تطلبه الزوجة حال نظر الاعتراض على إنذار الطاعة، عند استحكام الخلاف بين الزوجين. (م ١١ مكرراً ثانياً المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥).

٤٨- (٥) حالة التطلق البائن المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ :

هى حالة التطلق بسبب وجود عيب مستحكم بالزوج لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجذام والبرص. (م ٩).

وهناك حالة التطلق بأتنا للخلع والتى نص عليها القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وسنتناول دراستها عند دراسة الخلع.

٤٩- وصف الطلاق فى حالة التفريق بسبب العنة أو إباء الزوج عن الإسلام أو اللعان:

جعلت المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الأصل فى الطلاق أنه رجعى، ولكنها استثنت من هذا الأصل الحالات الثلاث الواردة بها والحالات الأخرى التى ينص المرسوم بقانون المذكور والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن الطلاق فيها بأتن، ولما كان التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو إباء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته لم يرد ضمن الحالات المستثناة من رجعية الطلاق، فكان المقرر أن يكون الطلاق بأحد هذه الأسباب خاضعا للأصل فى الطلاق المنصوص عليه بالمادة، فيقع رجعىا إلا أن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون أفصحت عن قصد الشارع فى اعتبار الطلاق لهذه الأسباب طلاقا بأتنا إبقاء على حكم المذهب الحنفى، فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية المشار إليها أنه: «ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو إباء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة».

أما بالنسبة للتفريق بالطلاق بسبب الإيلاء^(١)، فلم يرد ذكره بالمذكرة الإيضاحية ضمن الفرقة بالطلاق التى تظل محكمة بالمذهب الحنفى، وبالتالى فالرأى عندنا أنه يخضع للأصل الوارد بالمادة فيكون الطلاق للإيلاء رجعىا، خاصة وأن المذكرة الإيضاحية أشارت إلى أن حكم المادة أخذ من مذهب الإمام مالك والشافعى، والمقرر فى هذين المذهبين أن الطلاق للإيلاء رجعى^(٢).

(١) أنظر فى المقصود بالإيلاء بند (٠٠٥ وما بعده).

(٢) من هذا الرأى: محمد أبو زهرة ص ٢٠٠ - محمد مصطفى شلبى ص ٢٢، - على حسب الله ص ١١١ - وقارن المستشار أحمد نصر الجندى ص ١٧٤ وما بعدها - إذ يذهب أن الذى يراه أقرب للقانون أن الإيلاء - وإن لم يرد ذكره فى المادة الخامسة وبمذكرتها الإيضاحية - يقع بأتنا طبقا لمذهب الأحناف عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتى =

٥٠- العبرة بالوصف الحقيقي للطلاق :

لا عبرة بوصف الموثق للطلاق في إسهاد الطلاق فإذا كان الطلاق في حقيقته رجعياً مثلاً فوصفه المأذون خطأ بأنه بائن، فإن العبرة تكون بحقيقة الواقع، ويكون لصاحب المصلحة رفع دعوى بتصحيح وصف الطلاق بالإسهاد.

آثار الطلاق الرجعى والبائن

٥١- (أ) آثار الطلاق الرجعى :

يترتب على الطلاق الرجعى الآثار الآتية :

١- عدم إزالة الملك أو رفع الحل. والمراد بالملك ملك كل من الزوجين الاستمتاع بالآخر بموجب الزوجية الصحيحة وسائر الحقوق الثابتة لكل منهما المترتبة على عقد الزواج الصحيح، والمراد بالحل أن المطلقة لا تزال حلالاً غير محرمة على مطلقها فلمطلقها أن يراجعها في فترة العدة^(١). والزواج يراجع زوجته إذا شاء في فترة العدة بدون عقد أو مهر جديدين. رضيت الزوجة أو لم ترض. وهذا ما سنعرض له تفصيلاً. أنظر بند ٦٤ وما بعده).

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

(أ) - «الطلاق الرجعى يرفع قيد الزواج الصحيح فى المآل لا فى الحال ولا يزيل ملكاً ولا حلاً ما دامت العدة قائمة، ويترتب عليه أثران، أولهما نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تمحو هذا الأثر، وثانيهما تحديد الرابطة الزوجية بانتهاء العدة بعد أن كانت غير محددة».

(طعن رقم 17 لسنة 43 ق - جلسة 1975/11/5).

(ب) «المقرر فى فقه الحنفية أن الطلاق الرجعى لا يغير شيئاً من أحكام الزوجية، فهو لا يزيل الملك ولا يرفع الحل وليس له من أثر إلا نقص عدد

= حلت محلها المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التى تنص على الرجوع للرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة فيما لم يرد به نص.

(1) وللمطلق أن يعقد عليها من جديد فى الطلاق البائن بينونة صغرى كما سئرى.

الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته، ولا تزول حقوق الزوج إلا بانقضاء العدة، وكان المطلق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يملك مراجعة زوجته بالقول أو بالفعل مادامت في العدة، ولا يشترط لصحة الرجعة رضا الزوجة ولا علمها... الخ».

(طعن رقم 30 لسنة 46ق - جلسة أول مارس سنة 1978).

(ح) «المقرر في فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الطلاق الرجعي لا يغير شيئاً من أحكام الزوجية القائمة، فلا يزيل الحل ولا الملك، وليس له من أثر سوى الانتقاص من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج ولا تزول حقوق الزوج على زوجته إلا بانقضاء العدة، فالرجعة هي استدامة ملك النكاح متى تمت قبل انتهاء العدة، وهي ليست إنشاء لعقد زواج جديد فلا يلزم لها عقد ومهر جديان بل هي امتداد للزوجية القائمة وتكون بالقول أو بالفعل ولا يشترط الإشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها... الخ».

(طعن رقم 326 لسنة 63ق جلسة 1998/3/3)

٢- نقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته. فإذا طلقها طليقة أولى رجعية، بقى له أن يطلقها مرتين، وإن كانت طليقة ثانية فإنه يبقى له أن يطلقها مرة واحدة.

(راجع الأحكام المنشورة سلفاً في هذا البند)

٣- تراث المرأة المطلقة وراثتها متى كان الموت قبل انقضاء العدة، سواء كان الطلاق في حال الصحة أم في حال مرض الموت، وسواء كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها⁽¹⁾، سواء كانت حين الطلاق بحالة يصح معها الإرث، كأن تكون زوجة المسلم مسلمة أم لم تكن كذلك ثم صارت إلى الحالة التي يصح معها الإرث بأن كانت كتابية ثم أسلمت قبل الموت وانقضاء العدة.

٤- يجب على المطلقة أن تبقى بمنزل الزوجية في فترة العدة - باتفاق الفقهاء - لأن هذا الطلاق لا ينهي الزواج بمجرد صدوره بل نهيه بعد انتهاء العدة من غير مراجعة.

(أنظر في التفصيل بنود 236 وما بعده)

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

- ٥- يمكن إيقاع طلاق آخر عليها فى العدة.
- ٦- لا يجوز خطبة المطلقة لغير مطلقها تصريحاً أو تعريضاً خلال فترة العدة (راجع فى التفصيل: الكتاب الأول بند ٦).
- ٧- لا يحل بمجرد الطلاق الرجعى مؤخر الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين: الموت أو الطلاق وإنما يحل بالبينونة التى تكون بانقضاء العدة.

٥٢- (ب) آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

- يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى الآثار الآتية:
- ١- إزالة الملك بدون رفع الحل. فلا يستطيع الرجل مراجعة مطلقته بلا رضاها، فإذا أراد إعادتها إلى عصمته فلا بد من عقد ومهر جديدين.
- ٢- حلول مؤخر الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين: الموت أو الطلاق.
- (راجع فى التفصيل: الكتاب الأول بند 171)

- ٣- منع التوارث بين الزوجين إذا مات أحد الزوجين فى أثناء العدة، لأن سبب الإرث بين الزوجين هو الزوجية، وقد زالت بالطلاق البائن، إلا إذا كان الطلاق فى مرض موت الزوج وكان مكملًا للثلاث - طبقاً للقانون - فإن الزوجة ترثه إذا مات قبل انقضاء عدتها لأنه يعتبر فاراً من ميراثها.

(راجع فى التفصيل بند 15)

- ٤- نقص عدد الطلاقات التى يملكها الزوج، كما هو الشأن فى الطلاق الرجعى.
- ٥- إمكان إيقاع طلاق آخر عليها فى العدة.
- ٦- وجوب بقاء المطلقة - طبقاً للمذهب الحنفى - بمنزل الزوجية فى فترة العدة.

(أنظر فى التفصيل بنود 236 وما بعده)

- ٧- عدم جواز خطبة المطلقة لغير مطلقها تصريحاً أو تعريضاً.

(راجع فى التفصيل: الكتاب الأول بند 6)

٥٣- (ج) آثار الطلاق البائن بينونة كبرى:

- تترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى الآثار التى تترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى، عدا مسألتين:

الأولى: أن البينونة الكبرى هي نهاية ما يملكه الزوج على زوجته من الطلاق، فلا محل بعدها لوقوع طلاق آخر.

الثانية: أنه لا يمكن للمطلق إعادة مطلقة إلى عصمته، إلا بعد أن تنكح زوجا غيره، زواجا صحيحا - ليس باطلا أو فاسدا - ثم يدخل بها دخولا حقيقيا ثم يموت عنها أو يطلقها وتنقضى عدتها منه. فالمطلقة تعتبر محرمة على مطلقها تحريما مؤقتا.

فقد قال تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ ۚ.... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۚ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ۝﴾^(١).

ولابد من الدخول حتى ولو كان الزوج الأول لم يدخل بها. وقد بينت السنة أن الزوج الثاني لا يحل المرأة للزوج الأول، إلا إذا دخل بها دخولا حقيقيا^(٢).

فقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول الله ﷺ فقالت - إني كنييت عند رفاعة، فطلقني فبنت طلاق^(٣)، فتزوجني عبد الرحمن بن الزبير وما معه الا مثل هدبة^(٤) (بضم الهاء وسكون الدال) الثوب، فتبسم النبي عليه السلام وقال:

(1) سورة البقرة - الآيتان ٢٢٩، ٢٣٠.

(2) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٤ ص ٥٦.

ولم يخالف في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقال بقوله بشر المريسي وداود الظاهري والشعبة وقد روى أن سعيد بن المسيب عدل عن هذا الرأي.

(3) (أي) طلقني ثلاثا.

(4) جاء بمختار الصحاح ص ١١١ أن هذب العين ما نبت من الشعر على أشفارها، وأهداب جمع هذب - فهي قد شبعت ذكره في الاسترخاء وعدم الانتشار عند الإفضاء بهدبة الثوب.

«أتريدون أن ترجعوا إلى رفاة؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك»^(١).

ويكتفى في الدخول، بالنقاء الختانيين الذي يوجب الحد والغسل ولا يشترط الإنزال، لأن الشرط الذوق لا الشبع، وقد أشار الرسول عليه السلام في الحديث بالتصغير لتقليل القدر الذي لا بد منه في حصول الاكتفاء به.

ويحل الجماع، ولو كان الذكر ملفوفاً بخرقه، مادام الرجل يجد لذة حرارة المحل، فلو أُلجَّ الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها إلا إذا انتعش وعمل^(٢)، والمقصود بالعمل أن يكون له نوع انتشار يحصل به إيلاج كى لا يكون بمنزلة إدخال خرقة في المحل.

ولا يثبت التحليل بجماع الصغير الذي لا يجامع مثله لأنه لا يجد لذة أصلاً، وقدر سن الجماع بعشر سنين.

ويحل الجماع ولو في حيض ونفاس أو صوم فرض أو إحرام، وإن كان حراماً^(٣).

وإن تزوجت مجنوناً، فإنها لا تحل حتى تحبل لوجود الدخول حكماً. ولو مات عنها زوجها قبل الوطء لا تحل، وإن كان الموت كالدخول في إيجاب العدة وتقرير المهر المسمى، لأن الشرط هو الوطء^(٤).

والحكمة من التحريم في هذه الحالة، أن تطليق الرجل امرأته مرة ثالثة بعد مرتين سابقتين، يدل على استحكام الخلاف بينهما، وحاجتهما إلى علاج أنجع من مراجعتها حتى تجرب غيره من الرجال، فإما أن توفق إلى زوج يلائمها ويبعث هو عن امرأة تلائمها، وإما أن يطلقها الثاني فيستردها الأول بزواج جديد، بعد أن

(١) قال في المصباح: العسل يذكر ويؤنث، وهو الأكثر ويصغر على عسيلة على لغة التأنيث ذهاباً إلى أنها قطعة وطائفة منه ثم ذكر الحديث المذكور، وقال بعده: وهذه استعارة لطيفة فإنه شبه لذة الجماع بحلاوة العسل أو سمى الجماع عسلاً، لأن العرب تسمى كل ما تستحليه عسلاً.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٤ ص ٥٦.

(٣) ومن هنا رأى الشافعية، ويخالفه المالكية.

(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٠٠.

تكون قد عرفت قدرها وعرفت فضله فتستأنف الحياة الزوجية من جديد على أساس من المحبة والوئام^(١).

فضلا عن أن التحريم يدعو الرجل إلى التروى في الطلاق، لأنه إذا علم أن المرأة لا تحل له بعد أن يطلقها ثلاث مرات إلا إذا نكحت زوجا غيره فإنه يتردد كثيرا في الطلاق، لأن ذلك مما تأباه شهامة الرجال وعزتهم.
(راجع في حكم زواج المحلل - الكتاب الأول بند 444)

الطلاق على مال

٥٤- تعريف الطلاق على مال :

الطلاق على مال هو الطلاق الذى يتم نظير مال تدفعه الزوجة إلى الزوج هو عوض له عن الطلاق فتقتدى نفسها به عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج، لعدم الانسجام في الحياة الزوجية والخوف من عدم إقامة حدود الله في علاقتهما الزوجية، وهو عوض للزوج عما تحمله من مهر ونفقة وإعداد منزل.

٥٥- مشروعية الطلاق على مال :

ثبتت مشروعية الطلاق على مال من الكتاب والسنة فقد قال تعالى: ﴿وَلَا سَحْلٌ لَّكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٢).

وما روى عن ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس، أتت النبي عليه السلام فقالت: (يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في دين ولا خلق، ولكنى أكره الكفر في الإسلام)^(٣) فقال النبي عليه السلام: «أتردين عليه حديقته؟»، وكان قد جعلها مهرا لها - فقالت: نعم، فقال النبي عليه السلام:

(١) على حسب الله ص ٩٠٠...

(٢) سورة البقرة الآية (٢٢٩).

(٣) تريد بقولها: إني لا أعتب عليه في دين ولا خلق، أنها لا تريد مفارقتها لسوء لنقصان في دينه أو لسوء خلقه بدليل ما جاء في إحدى الروايات: لا أطيق بغضا، ولكنى أكره الكفر في الإسلام. أى كفران العشير والنقصير في حقه بسبب شدة البغض.

«أقبل الحديقة، وطلقها تطليقة»، وفي رواية قالت: «نعم وزيادة» فقال النبي عليه السلام «أما الزيادة فلا»^(١).

ويجوز قضاء للزوج تقاضى المال من الزوجة نظير الطلاق، سواء كان النفور منه أو منها، أو منهما معا، ولو كان زائدا عما أعطها من مهر^(٢).

أما فى الديانة، فإذا كان النشوز من جانب الزوج فإنه يحرم عليه تقاضى المال منها، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا تَأْخُذُونَهُ بُهْتَنًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾، لأن النهى فى هذه الآية خاص بانفراده بالنفور وأن الرغبة فى

الاستبدال من جانبه، لأنه يكون قد أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال. ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾، وإمسакها يكون فى هذه الحالة لا لرغبة بل لإضرار لأخذ مالها فى مقابل خلاصها منه^(٣).

وإذا كان النفور من جانب الزوجة أو من جانبها معا فإنه يطيب له أخذ المال ولو كان زائدا عما أعطها من مهر^(٤).

(١) الرأى الوارد بالمتن هو رأى جمهور الفقهاء، وقد خالفه أبو بكر بن عبد الله المزينى فقال: لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا، واستدل بأن قوله تعالى: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) منسوخ بقوله: (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج.. الخ). وذهب الظاهرية إلى أن الطلاق على مال لا يجوز إلا إذا كان النشوز من جانب المرأة واستدلوا بالآية الأخيرة وبقوله تعالى ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ وذهب بعض الحنابلة ورأى فى مذهب مالك إلى أن النشوز إذا كان من جانب الرجل وقع الطلاق ولا يثبت المال.

(بداية المجتهد ج ٢ ص ٦٧ - محمد أبو زهرة ص ٢٢٢).

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٤٥.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٧٦.

(٤) البحر الرائق فى شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٧٦ - وهناك رأى بأنه يكره أخذ الزيادة استنادا إلى ما جاء فى حديث النبى عليه السلام لزوجة قيس بن ثابت: (أما الزيادة فلا، وكان النشوز منها ولحديثه (لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطها).

وكما حذر الشارع الزوج من سوء استعمال الطلاق لحديث الرسول عليه السلام: «إن أبغض الحلال عند الله الطلاق» حذر المرأة من الافتداء من غير حاجة بقول الرسول عليه السلام: «أيا امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس به لم ترح رائحة الجنة».

وقوله: (المختلعات هن المنافقات).

٥١- البديل في الطلاق على مال:

يصلح بدلا في الطلاق على مال، كل ما يصلح أن يكون مهرا من مال^(١)، سواء كان عقارا أو منقولا، أو منفعة تقوم بمال. إلا أن الحنفية لم يضعوا للبذل حدا أدنى كما فعلوا بالنسبة للمهر.

(راجع الكتاب الأول بند ٦١٨) ويصح أن يكون البذل تبرئة الزوج من مؤخر صداق المرأة أو متجمد نفقتها عليه.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ 29 يناير سنة 1975 في الطعن رقم واحد لسنة 11 ق بأن:

«إذ يبين من الرجوع إلى الأوراق أن الطلاق الذي تم بين والد الطاعن ومورث المطعون عليهم بتاريخ ٥/٧/ ١٩٤٤ كان طلاقا نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة فيكون الطلاق بائنا طبقا للمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تنص على أن كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال».

وإذا جعلت المرأة بدل الطلاق «كل حق يكون للنساء على الرجال» أو جعلته «بكل حق لها على زوجها» فإن ذلك لا يشمل نفقة عدتها، لأنها لم يكن لها حق في نفقة العدة حال الطلاق على مال فينصرف ذلك إلى القائم من حقوقها^(٢).

وإذا جعلت البذل في الطلاق نفقة عدتها صح لأنه إبراء بعوض فيكون استيفاء لها لما وقعت البراءة عنه لأن العوض قام مقامه، والاستيفاء قبل الوجوب يصح بالاتفاق^(٣).

(1) الهداية ج ٢ ص ١٤ وما بعدها.

(2) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٤٤.

(3) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٥٣.

ويصح أن يكون البذل تبرئة الزوج من أجر حضانة أو إرضاع ولدها منه، أو من مجموع ذلك.

وإذا لم تحدد مدة الإبراء عن أجر الإرضاع، فإن ذلك يكون قرينة على انصرافه إلى مدة الإرضاع وهي سنتان^(١).

ويجوز أن يكون البذل تحملها بنفقة ولدها منه لمدة معينة كسنة أشهر أو سنة مثلاً، واشترط تعيين المدة لرفع الجهالة في النفقة، فإذا كانت المدة غير معينة كان البذل باطلاً، غير أنه يصح البذل مع الجهالة غير الفاحشة كأن يخالعهما على تحمل نفقة ابنتها ثلاث سنين أو عشر^(٢).

وإذا امتنعت الزوجة عن الوفاء بما التزمته أو عجزت عن الوفاء به، أو سلبت حضانتها أو مات الطفل قبل انتهاء مدة الرضاعة أو الحضانة، كان للزوج الرجوع عليها أو على ورثتها بقيمة ما فات عليه، إلا إذا كانت المرأة قد اشترطت عدم الرجوع عليها في حالة الوفاة.

وإذا كانت الزوجة معسرة لا تستطيع الإنفاق على ولدها جاز لها أن تطالب الزوج بالإنفاق من ماله، ويجبر على إجابة طلبها، وكان ذلك ديناً إذا أيسرت^(٣)، لأن النفقة حق الولد، وهي في الأصل واجبة على الأب، ولكنها انتقلت إلى الأم لما جعلتها بدلاً في الطلاق، فإذا عجزت قام الأب مقامها

(١) جامع الفصولين ج ١ ص ١٩٨.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ - وقد أجاز الأحناف أن يكون البذل في الطلاق على مال ما في بطن غنمها أو بقرها أو ما على نخلها أو شجرها من ثمر، بخلاف الصداق فإنه إذا أصدقها ما في بطن الغنم وجب عليه مهر المثل. لأن التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال بل في المال فيكون ذلك في معنى التعليق أو الإضافة، والزواج لا يحتمل التعليق أو الإضافة أما الطلاق فيحتمل التعليق والإضافة فجاز أن يحتمل البذل، وإذا صحت مثل هذه التسمية في البذل، كان للزوج ما في البطون إن وجدت، وإن لم يكن شيء حالة الطلاق فلا شيء له. (البحر الرائق ج ٤ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧).

(٣) حاشية الرملى على هامش جامع الفصولين ج ١ ص ٢٩٨، شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧.

إحياء للولد من الهلاك، وليس في ذلك ضرر به لأنه يرجع عليها بالنفقة عند ميسرتها^(١).

ويصح عند الأحناف أيضا أن يكون البذل في الطلاق على مال إبقاء الصغيرة في يد المرأة بعد انتهاء سن الحضانة، ولا يصح ذلك بالنسبة للصغير لأن الفتاة بعد انتهاء سن الحضانة تحتاج مع صيانتها إلى من يعلمها ما يختص بالنساء وأما قادرة على ذلك في الغالب فلا يكون هناك ضرر عليها من ذلك، أما الصغير فيحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم فإذا طال مكثه مع الأم يتخلق بأخلاق النساء وفي ذلك تضييع له^(٢).

وقد ذهب بعض الفقهاء المحدثين - بحق - إلى أن هذا الأمر لو كان صحيحا في نظر الشارع لجعل سن الحضانة في الصغيرة من أول الأمر إلى سن البلوغ وحيث لم يفعل فلا يجوز الأخذ بهذا النظر ولأن البنت بعد سن الحضانة محتاجة إلى صيانتها والمحافظة عليها والأب أقدر على ذلك من الأم فتعارضت المصلحتان فترجح أفواهما أي مصلحة البنت^(٣).
(يلاحظ أن التعديل الذي طرأ على سن الحضانة الآن).

٥٧- شروط الطلاق على مال :

يشترط لصحة الطلاق على مال توافر الشروط الآتية:

(١) وقد جاء بفتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 25 أبريل سنة 1917 بأن:

أ- «اطلعنا على هذا السؤال ونفید أنه متى خالع الزوج زوجته على تكفلها بحملها بعد انفصاله منها بالإرضاع والنفقة والحضانة حتى تنتهي شرعا تجبر على إرضاعه مدة الرضاع وتلتزم بنفقته وحضانته بلا أجر حتى تنتهي الحضانة كما يؤخذ من المادة (٢٨٦) من كتاب الأحوال الشخصية وإذا كانت معسرة وقدر القاضي على الأب نفقة وكسوة وأجر حضانة لولدها المذكور. وقدر لها مبلغا يدفعه له شهريا نظير ذلك كان ما دفعه مما ذكر دينا للأب في ذمة الأم المذكورة يرجع به عليها إذا أيسرت كما يؤخذ من المادة (٢٨٩) من كتاب الأحوال الشخصية والله أعلم».

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٥٦ وما بعدها - محمد أبو زهرة ص ٢٢٣ - م (٢٨٧) من كتاب الأحكام الشرعية.

(٣) محمد مصطفى شلبي ص ٥٦٨ - هامش (١).

١- أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، فكل من لا يصح طلاقه لا يصح منه الطلاق على مال، لأن من جاز طلاقه بلا عوض جاز طلاقه بعوض بطريق الأولى. فلا يصح الطلاق على مال من الصبي والمجنون والغضبان بالتفصيل الذي أوردناه في موضعه.

٢- أن تكون المرأة محلاً لوقوع الطلاق عليها، بأن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً، فلو انقضت العدة لم تكن محلاً للطلاق على مال.

٣- أن تكون المرأة - إذا كانت هي الملتزمة ببذل الطلاق - بالغة عاقلة رشيدة وسن الرشد المالي ٢١ سنة ميلادية.

وإذا تكون محجوراً عليها لسفه لأن الطلاق على مال بالنسبة لها معاوضة فيه شبه بالتبرعات.

٥٨- طلاق عديمة الأهلية على مال :

إذا اتفق بين عديمة الأهلية، كالصغيرة غير الممييزة والمجنونة، وبين زوجها على الطلاق على مال، كان الطلاق على مال باطلاً، لأنه علق الطلاق على مال على قبولها، وهو غير معتبر فلم يتحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق. ولكن يقع الطلاق على أصح الروايتين في المذهب الحنفي^(١). ويكون هذا الطلاق رجعياً ما لم يكن المكمل للثلاث.

أما إذا تولى أبوها الاتفاق على الطلاق على مال ولكنه لم يلتزم البذل من مال نفسه بل أضافه في قبوله إلى مال ابنته وقع الطلاق رجعياً، ولو قال الأب أنه كفيل به، لأنه علق على قبوله وقبوله معتبر على أصح الروايتين عند الحنفية، ولا يلزم المال لا الأب لأنه لم يلتزم به ولا الصغيرة لأن الأب أضافه إلى مال لا يملك التبرع منه.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٥٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ - وفي الرواية

الأخرى لا يقع الطلاق لأن الزوج طلق في نظير استحقاق البذل، فكان معلقاً على هذا الاستحقاق وهو لم يستحق شيئاً. وأجيب على ذلك بأنه حين يعلم أنها ليست أهلاً للتبرع فيكون التعليق على مجرد قبولها. وإن كان يجهل ذلك فلا عذر بالجهل بالأحكام.

٥٩- طلاق ناقصة الأهلية على مال :

إذا تولت ناقصة الأهلية، كالصغيرة المميزة الطلاق على مال نفسها وقبلت ذلك، وقع عليها طلاق رجعي، لأن الزوج علقه على قبولها ومادامت مميزة فقبولها معتبر في حق وقوع الطلاق، ولا يلزمها البذل لأنها ليست من أهل التبرع، لعدم بلوغها سن ٢١ سنة ميلادية.

ومثل ناقصة الأهلية المحجور عليها للسفه، فإن طلاقها يقع رجعياً ولا يلزمها المال.

وإذا تولى الطلاق على مال أبو الصغيرة المميزة أو القيم على المحجور عليها فيسرى عليه ما ذكرناه بصدد طلاق عديمة الأهلية على مال.

... - طلاق الأجنبي على مال :

إذا باشر الطلاق على مال أجنبي ليس وكلاً عن الزوجة ولا ولاية له عليها، فإن أضاف البذل إلى نفسه بحيث يفهم منه التزامه به، كأن يقول للزوج: طلق زوجتك على ألف جنيه من مالي، وقع به الطلاق وكان المال على هذا الأجنبي، وإن لم يصفه إلى نفسه، وأضافه إلى غيره، بأن قال: طلق زوجتك على مبلغ ألف جنيه يلتزم به (فلان)، فإن الطلاق على مال يتوقف على إجازة من أضافه إليه، فإن أجاز له صح ووقع الطلاق ولزمه المال ولا دخل للزوجة في هاتين الحالتين لأن رضاها لا يشترط إلا عند التزامها بالمال، والطلاق من الحقوق التي يستقل بها الزوج.

وإذا لم يصف المال إلى أحد توقف الطلاق على مال على قبول الزوجة لأنها الأصل في الطلاق على مال، فإن قبلت الزوجة لزمها تسليم المال. أما الطلاق فإنه يقع، ويكون رجعياً^(١).

١١- طلاق المريضة مرض الموت على مال :

ذهب الأحناف إلى أنه إذا طلق الزوج زوجته على مال وهي مريضة مرض الموت، كان الطلاق صحيحاً، والتزمت الزوجة المال المتفق عليه، لأن

(١) الأستاذ على حسب الله ص ٨٩.

الزوج علق الطلاق على قبول المال وقد وجد القبول صحيحا، ولا حبر على المريضة مرض الموت في تصرفاتها. غير أنه لما كان البذل في الطلاق على مال فيه معنى التبرع، كما أنه ربما يكون المقصود من ذلك محاباة زوجها بأكثر من حقه في ميراثها، ومحاباة الوارث في مرض الموت لا تجوز، فإن البذل يأخذ حكم الوصية لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من أول المرض الذي كان سببا في الموت، فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة لأنها لا تملك التبرع بأكثر من ثلث التركة. فإذا ماتت الزوجة قبل انقضاء العدة، وجب للزوج الأقل من: المال المتفق عليه ومن ثلث تركتها ونصيبه في الميراث لو افترض بقاء الزوجية وورثها بالفعل.

وإنما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة احتياطا ومحافظة على حقوق ورثتها لاحتمال أن يكون الزوجان قد اتفقا على الطلاق على مال في مرض الموت ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث لو بقيت زوجيته إلى وقت وفاتها، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحاييه بطريق التبرع لأنه وصية وهي لا تجوز للوارث عند الجمهور ولا تنفذ عند الحنفية إلا بإجازة باقى الورثة، أو يحصل على أكثر مما يمكن لها أن تعطيه له بطريق الوصية لو كان غير وارث بأن انقطعت الزوجية قبل وفاتها لتوقف نفاذ الوصية بما زاد على الثلث على إجازة باقى الورثة. فلو وجب كل البذل لأمكن أن يأخذ أكثر مما يستحقه بطريق الميراث لو كان وارثا ومن ثلث التركة بطريق الوصية لو لم يكن وارثا فمعاملة لهما بنقيض مقصودهما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة.

وإن ماتت في مرضها بعد انقضاء عدتها وجب له الأقل من المال المتفق عليه ومن ثلث تركتها، لأن احتمال الإرث منتف في هذه الحالة لانقطاع كل آثار الزوجية التي هي سبب الميراث ولم يبق إلا احتمال محاباته بأكثر مما يستحق بطريق الوصية، وهو الثلث.

وإن شفيت بعد الطلاق، فإن الزوج يستحق المال المتفق عليه، لأنها لما شفيت ظهر أن الطلاق على مال كان في حال الصحة وليس في حال مرض الموت^(١).

(١) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٤٠٠ - البحر الرائق ج٤ ص ٧٥ - الدكتور محمد

مصطفى شلبى ص ٥١٣ وما بعدها.

وكان العمل يجرى في مصر على هذا، حتى العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، الذى أجاز فى المادة ٢٧ منه الوصية وما فى حكمها للوارث الأجنبى فى حدود ثلث التركة بدون توقف على إجازة باقى الورثة فأصبح للزوج الذى يطلق زوجته على مال فى مرض موتها الأقل من البذل المتفق عليه ومن ثلث التركة ولو زاد على نصيبه فى الميراث، سواء توفيت الزوجة أثناء عدتها أو بعد انقضائها لأنه لا اعتبار لما يستحقه من الميراث حينئذ لما جازت له الوصية إن كان وارثا بثلث التركة.

٦٢- حكم الطلاق على مال:

الطلاق على مال يقع بائنا عملاً بالمادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على نحو ما أوضحناه سلفاً.

ويقع الطلاق على مال بقبول الزوجة الطلاق على مال، ولا يتوقف وقوعه على أداء المال المتفق عليه.

وإذا امتنعت الزوجة عن الوفاء بما التزمت به أو عجزت عن الوفاء به، كان للزوج مطالبتها به^(١).

وإذا كان البذل باطلاً، كأن يكون المال غير متقوم كالحم الخنزير أو الخمر، أو كان مما لا يجوز شرعاً تسميته بدلاً كأن يكون إمساك الزوج الصغير فى سن الحضانة، فإن الطلاق يقع ولا يستحق البذل، ويكون الطلاق فى هذه الحالة رجعيًا لأن الطلاق على مال لا يبطل بالشروط الفاسدة^(٢).

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١ / ٠٠ / ١٤٥٨ فى الطلب رقم ٢٠٠٩ لسنة ١٤٥٨ بأن:

«إن هذه الحالة تعتبر طلاقاً بائناً فى مقابلة مال ولا تعتبر خلعاً. والطلاق فى مقابلة المال يترتب عليه أثران وقوع الطلاق البائن ولزوم المال، ويملك الزوج هذا المال قضاءً بالغاً قدره ما بلغ، لأن الزوج أسقط حقه فى الزوجية مقابل

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٥٢ - جامع الفصولين ج ١ ص ١٩٨.

عوض التزمت به الزوجة برضاها وهى أهل لالتزامه وعلى هذا فإذا ثبت صحة ما جاء بهذا الإقرار وما هو وارد بالسؤال فإن هذه الزوجة تطلق من زوجها طلاقاً واحدة بئنة لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين بإذنها ورضاها ما لم يكن مسبقاً بطلاقين قبله».

ولا تلتزم المرأة فى بدل الطلاق سوى المال الذى التزمت به، فلا يبرئ الطلاق على مال الزوج من سائر الحقوق التى وجبت لها بسبب النكاح كما فى الخلع كما سنرى^(١).

١٣ - التكييف الفقهي للطلاق على مال وما يترتب عليه من آثار:

الطلاق على مال، عقد ينعقد بإيجاب وقبول وهو يعتبر يمينا من جانب الرجل، لأن الرجل الذى يقول لزوجته طلقك على ألف جنيه يكون هذا القول منه تعليقاً للطلاق على قبولها دفع الألف، وكأنه قال لها: إن دفعت ألف جنيهه طلقك، والتعليق يسمى يمينا فى اصطلاح الفقهاء ولهذا فهو يأخذ أحكام اليمين بالنسبة للزوج^(٢).

أما من جهة الزوجة فهو معاوضة لأنها بقبولها التزمت بما أوجبه الزوج فى نظير افتداء نفسها وخلصها من قيود الزوجية^(٣)، وكأنها قالت: رضيت أن اشتري عصمتى منك بهذا البدل، غير أنها ليست معاوضة خالصة بل لها شبه بالتبرعات لأن المعاوضات الخالصة يكون كل من البدلين مالا أو شيئاً يقوم بالمال. وما يخلص للمرأة فى نظير المال ليس إلا خلاص نفسها وهو ليس بمال، ولا فى حكم المال. ولهذا يأخذ الطلاق على مال أحكام المعاوضات بالنسبة للزوجة.

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٥١.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١١ - البحر الرائق ج ٤ ص ٨٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٦٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١١.

أما صاحبان فعندهما أن الطلاق على مال يمين من الجانبين وليس معاوضة من جانب الزوجة.

وقد انبنى على اعتبار الطلاق على مال يميننا من جانب الزوج الأحكام الآتية:

- ١- إذا صدر إيجاب الطلاق على مال من الزوج بأن قال لزوجته: طلقتك على ألف جنيه، فلا يجوز له الرجوع فيه قبل قبولها، لأن قوله فى معنى التعليق فى الطلاق، والطلاق المعلق كالمنجز لا يجوز الرجوع فيه.
- ٢- إذا قام من المجلس الذى أوجب الطلاق على مال فيه، فإن الإيجاب لا يبطل لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح فأولى ألا يبطل بقيامه من المجلس، فإذا قبلت بعد قيامه من المجلس وقع الطلاق على مال.
- أما إذا قامت هى من المجلس بطل الإيجاب، لأن المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب وقبل القبول.
- ٣- إذا كان إيجاب الزوج، والزوجة غائبة، فإنها تنقيد بمجلس علمها، فإذا قامت من مجلس علمها قبل القبول بطل الإيجاب، ولم يعد لها الحق فى القبول.
- ٤- يجوز للزوج أن يعلق إيجابه على شرط أو يضيفه إلى زمن مستقبل، كأن يقول لها: (طلقتك على ألف جنيه إذا سافرت إلى الخارج) أو يقول لها: «طلقتك على ألف جنيه غدا». فإذا قبلت عند تحقق الشرط أو مجئ الغد تم الطلاق، أما إذا قبلت قبل تحقق الشرط أو مجئ الغد يكون قبولها لغوا لأن التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت إيجاب عند وجود الشرط والوقت^(١).
- ٥- لا يجوز للزوج أن يشترط الخيار لنفسه، كأن يقول لها: «طلقتك على ألف جنيه على أنى بالخيار ثلاثة أيام». لأن الطلاق على مال يمين من جانبه والخيار لا يكون فى الأيمان لأنه لا يمكن الرجوع فيها، أو أنه إسقاط من جانبه والإسقاطات لا تقبل الخيار.

وقد انبنى على اعتبار الطلاق على مال معاوضة من جانب الزوجة ما يأتى:

- ١- إذا صدر الإيجاب من الزوجة جاز لها أن ترجع عنه ما دام الزوج لم يتلفظ بشيء بعد، لأن الإيجاب فى المعاوضات يصح العدول عنه قبل القبول.

٢- إذا بدأت الزوجة بإيجاب فإن الطلاق يتقيد بالمجلس بالنظر إلى كل من الزوج والزوجة، فلو قام أحدهما من المجلس قبل تمام الطلاق على مال بطل، لأن المعاوضات تبطل بتفريق المتعاقدين.

٣- لا يجوز للزوجة أن تعلقه على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل، لأن المعاوضات لا تقبل التعليق على شرط أو الإضافة إلى زمن مستقبل.

٤- يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار سواء كانت هي الموجبة أو كان الزوج الموجب، وفي كلتا الحالتين لها أن ترفض الطلاق على مال في مدة الخيار أو تقبله^(١).

ويلاحظ أن خيار الرؤية لا يثبت في بدل الطلاق على مال وخيار العيب في بدل الطلاق لا يثبت أيضا إلا إذا كان العيب فاحشا.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأن:

١- «إن ركن الطلاق على مال (الذي هو عقد على الطلاق بعوض) هو الإيجاب والقبول بلفظ الطلاق معلقا على المال المسمى بين الزوجين ولذلك كان مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله في مجلس واحد بدون حصول الإيجاب والقبول على الصورة الشرعية المتفرقة الذكر لا يعتبر طلاقا مستوجبا لزوم المال على الزوجة فالحكم الذي يعتبر أن الإيجاب والقبول الشرعيين لوقوع الفرقة بين الزوجين واستحقاق الزوج للعوض قد حصلا على أساس ما تم بينهما على ما ينبغي أن تبذله الزوجة من المال لزوجها ليطلقها عليه وتنفيذ هذا الاتفاق بإيفائها بعض المال المتفق عليه وتسليمه بباقيه سندات إذنية الخ، لا على أساس ما دون في وثيقة الطلاق من أن الخلع قد وقع على الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة هو حكم مخالف للقواعد الشرعية الواجب الأخذ بها في هذا الموضع ويتعين نقضه».

(طعن رقم 81 لسنة 6ق - جلسة 1937/10/28)

(1) البحر الرائق ج ٤ ص ١٥ - وعلى رأى صاحبين لا يصح اشتراط الخيار لها وإذا اشترط كان باطلا، ولكن لا يبطل الطلاق، فيقع الطلاق ويلزم المال.

٢- «الطلاق على مال هو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة لا يتم إلا بإيجاب وقبول من الجانبين، وإذا كانت عبارة الإقرار الصادر من الزوجة إنما تتضمن إبراءها لزوجها من مؤخر صداقها ونفقتها وجميع الحقوق الزوجية المترتبة لها بموجب عقد الزواج مقابل حصولها على الطلاق، فإن هذه العبارة بمجرد أنها لا تعدو أن تكون مجرد إيجاب من الزوجية بعرض العوض على الزوج مقابل حصولها على الطلاق لم يصادفه قبول منه بإيقاع الطلاق فعلاً، ومن ثم فلا يتحقق فيها وصف الطلاق على مال وشروطه وبالتالي لا يترتب عليها أثره المقرر شرعاً^(١).

(طعن رقم 9 لسنة 31 ق أحوال شخصية - جلسة 1963/11/13)

الرجعة

١٤- تعريف الرجعة:

عرف الأحناف الرجعة بأنها استدامة الملك القائم في العدة، أي إبقاء النكاح على ما كان ما دامت المرأة في العدة^(٢).
فالرجعة لا تكون إلا بعد الطلاق الرجعي وفي خلال العدة، والطلاق لا يكون رجعيًا إلا إذا كان بعد دخول حقيقي.
وثبتت مشروعية الرجعة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن: (المبارأة والخلع أو الطلاق على مال ليست من المعاولات المالية التي تطبق في شأنها أحكام القانون المدني بل هي من التصرفات التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها وحدها لتقرير ما يجب أن يتم به رضا الزوجين وكيف يفصح عنه كل منهما فيما يصدر عنه من إيجاب وقبول، وكيف يكون الإيجاب والقبول معتبرين شرعاً حتى تقع الفرقة ويستحق المال).

(طعن رقم 81 لسنة 6 ق - جلسة 1937/10/28)

(٢) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٢١٧ - البحر الرائق ج٤ ص ٤١ - أما الرجعة عند الشافعية فهي إعادة أحكام الزواج في أثناء العدة بعد الطلاق وسندهم في ذلك قوله تعالى في بيانها: ﴿وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ فهو عبر عنها بالرد والمعناه إعادة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ^١ وَلَا تَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ^٢ وَيُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا^٣﴾ (١).

فقد سمى الله تعالى المطلق بعلا والبعل معناه الزوج، ومعنى هذا أن الزوجية باقية في العدة، وجعل للزوج حق رد زوجته والرد يصدق بعد انعقاد سبب الملك إن لم يكن زائلا بعد (٢).

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ^٤ بِمَعْرُوفٍ
أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ^٥﴾ (٣)، وقوله: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ
أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ^٦﴾ (٤)، والإمساك استدامة الملك القائم لا إعادة الزائل،
والمراد ببلوغ الأجل قرب انقضاء العدة، وهذا دليل على أن الزوجية ممتدة حتى
انقضاء العدة ولذا يصح الإيلاء منها والظهار واللعان.

أما السنة، فقد روى أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته
في حالة الحيض قال النبي عليه السلام لعمر رضى الله عنه (مره فليراجعها).
وكذا روى أن النبي عليه السلام لما طلق حفصة رضى الله عنها جاءه
جبريل عليه السلام فقال له: «راجع حفصة فإنها صوامة قوامه»، فراجعها.
وكذا روى أن النبي عليه السلام طلق سودة رضى الله عنها ثم راجعها.
وقد انعقد الإجماع على حق الزوج في مراجعة زوجته في فترة العدة.

أما المعقول فلأن الحاجة أمس إلى الرجعة لأن الإنسان قد يطلق امرأته ثم
يندم على ذلك على ما أشار الله سبحانه وتعالى بقوله: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ
يُخَدِّثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا^٧﴾ فيحتاج إلى تدارك خطئه، فلو لم تثبت الرجعة

(١) سورة البقرة - الآية ٢٢٨.

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ٤٩.

(٣) سورة البقرة - الآية ٢٢١.

(٤) سورة الطلاق - الآية ٢.

لا يمكنه التدارك، لأن المرأة قد لا توافقه في تجديد النكاح ولا يمكنه الصبر عليها فيقع في الزنا^(١).

وقد أباح الشارع الرجعة للزوج بشرط الرغبة في الإصلاح ونهى سبحانه عن إمساك المرأة للإضرار بها فقال: ﴿وَلَا تُكْسِرُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾. فإذا راجع الزوج امرأته وهو لا يريد الإصلاح فقد فعل ما لا يملك، وكان عمله مردودا عليه^(٢).

٦٥- شروط الرجعة:

يشترط لصحة الرجعة توافر الشروط الآتية:

١- أن تكون قبل انقضاء العدة، لأنه بانقضاء العدة يصبح الطلاق الرجعي بائنا^(٣).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«الفقه الإسلامي يميز من حيث الأثر المترتب على الطلاق بين ما إذا كان بائنا أو رجعيًا فترتب على الطلاق البائن رفع قيد الزواج في الحال فلا يحل للمطلق أن يستمتع بمطلقته ولا يملك مراجعتها ولو كانت في العدة، وليس له أن يعيدها إلى عصمته إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين، وأما في الطلاق الرجعي فإن الزوجية تظل قائمة ولا تزول إلا بانقضاء عدة المطلقة فيملك المطلق مراجعة مطلقته مادامت في العدة ولا يتوقف ذلك على رضاها ولا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين وتتم هذه المراجعة بمجرد قوله الدال عليها أو فعله الموجب لحرمة المصاهرة».

(طعن رقم 34 لسنة 51 ق «أحوال شخصية» جلسة 1983/3/22)

ويجب أن تكون العدة لحصول دخول حقيقي، أما إذا كانت بعد الخلوة الصحيحة فلا تجوز فيها المراجعة.

(1) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٨١.

(2) وقد ذهب الظاهرية وابن تيمية بأن الزوجة يكون لها في هذه الحالة اللجوء إلى القاضي ليحكم ببطالان الرجعة (على حسب الله ص ٢٠٠).

(3) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٨٠.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك بأن - من المقرر فى الفقه الحنفى - أن العدة قد تجب بالخلوة الصحيحة بلا دخول، ولكن لا تصح فيها الرجعة، لأن الأصل فى مشروعية العدة بعد الوطء هو تعرف براءة الرحم تحفظاً عن اختلاط الأنساب، ووجبت بعد الخلوة الصحيحة بلا وطء احتياطاً لثبوت النسب، والحكم بصحة الرجعة ليس فيه احتياط، بل الاحتياط يقتضى الحكم بعدم صحة الرجعة، وكان - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود والإقرار والمستندات المقدمة فيها، وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها، وأن تقييم قضاءها على أسباب تكفى لحمله، ولا عليها من بعد أن تتبع الخصوم فى كافة مناحى دفاعهم، مادام فى قيام هذه الحقيقة الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة، لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإثبات طلاق المطعون ضدها من الطاعن الحاصل فى غضون مارس ١٩٩٨ طلاقاً بائناً بينونة صغرى، على ما استخلصه من أوراق الدعوى ومستنداتها وأقوال شهودى المطعون ضدها وإقرار الطاعن من أنه قبل الدخول بها وبعد الخلوة الشرعية بينهما أوقع طلاقها فى حضور شاهديها باللفظ الصريح المنجز، وهذه أسباب سائغة تكفى لحمله قضاء الحكم، وفيها الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة، ويضحى ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن لا يعدو أن يكون جدلاً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الأدلة مما تتحسر عنه رقابة محكمة النقض، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس».

(طعن رقم 351 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/12/16)

٢- أن تكون منجزة، فلا تصح الرجعة إذا كانت معلقة على شرط كأن يقول الرجل: «إن سافرت فقد راجعت امرأتى»، أو إذا كانت مضافة إلى زمن مستقبل، كأن يقول الرجل: «راجعت امرأتى من أول الشهر القادم».

وهذا الشرط على نحو ما اشترط فى الزواج، فإن الرجعة وإن لم تكن إنشاء زواج جديد هى شبيهة بالزواج من حيث أنها إنشاء لما يفيد دوام الزواج.

٣- أن يكون الرجل أهلاً لمباشرة عقد الزواج فإذا كانت المراجعة بالقول فلا تصح من المجنون وتصح مع الإكراه أو الهزل.
 أما إذا كانت الرجعة بالفعل فلا يشترط فيها ذلك فلو طلقها ثم جنى أو أصابه سكر ثم فعل بها فعلاً يوجب حرمة المصاهرة كان ذلك رجعة^(١).

٦٦- كيفية حصول الرجعة:

تحصل الرجعة عند الأحناف بأحد أمرين:
 القول أو الفعل. ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: القول:

يكون القول إما صريحاً أو كناية^(٢).
 والصريح هو الذى لا يحتمل فى أغلب استعماله معنى آخر غير الرجعة، كأن يقول الرجل فى حالة خطابها: (راجعتك أو رددتك أو امسكتك) أو يقول فى حالة غيابها: (راجعت أو أنت عندى الآن كما كنت) فإن كلا من اللفظين يحتمل معنى (راجعت زوجتى أو رددت زوجتى أو امسكت زوجتى).
 والكناية ما يحتمل الرجعة وغيرها مثل قوله لها: (أنت امرأتى أو أنت عندى الآن كما كنت) فإن كلا من اللفظين يحتمل معنى الرجعة وإن المراد به إعادة المرأة زوجة كما كانت، ويحتمل أيضاً إرادة أنها بعد الطلاق كما كانت قبله وبمنزلة امرأته من حيث العناية بأمرها ورعايتها والقيام بما يجب لها. فلا يتعين معنى الرجعة فى ذلك إلا بالنية^(٣)، وهذه قد تدل عليها قرائن الأحوال^(٤).
 كما تتحقق الرجعة بما يقوم مقام القول من الكناية أو الإشارة.

[١] وعلل ابن عابدين رجعة المجنون بأنه مؤاخذ بأفعاله دون أقواله، كما أن الرضا ليس بشرط فيها (حاشية ابن عابدين جزء ٣ ص ٢٩١).

[٢] بدائع الصنائع جزء ٣ ص ١٨١.

[٣] شرح فتح القدير جزء ٤ ص ١٥٩.

[٤] الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٢٢١.

ثانياً: الفعل:

تجوز الرجعة بالفعل لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ﴾، فسمى الرجعة إمساكا وإيمساك حقيقة يكون بالفعل^(١).

وتكون الرجعة بالفعل، بأن يفعل الرجل بمطلقاته ما يوجب حرمة المصاهرة، من الوطء أو مقدماته.

ومقدمات الوطء هي: التقبيل بشهوة واللمس بشهوة والنظر إلى الفرج بشهوة.

والتقبيل يكون على أى موضع، فما أو خذا أو ذقنا أو جبهة أو رأسا واللمس يستوى أن يكون بلا حائل أو بحائل يجد الحرارة معه بشهوة. والنظر إلى الفرج يشترط فيه أن يكون إلى داخله، كما لو كانت المطلقة متكئة^(٢).

والوطء بالدبر رجعة لأنه لمس بشهوة وزيادة.

أما إذا كانت الأفعال المذكورة بغير شهوة، أو نظر إلى غير داخل الفرج بشهوة ولو إلى حلقة الفرج، لا يعد مراجعا.

ولا يشترط أن يلزم الفعل نية المراجعة لدى المطلق^(٣).

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٢ / ٥ / ٣١ فى الطعن رقم ١٨ لسنة ٢٨ بقى أحوال شخصية بأن الرجعة تصح بالقول أو الفعل.

(الحكم منشور ببند بهامش بند ٧٢).

٦٧- هل تصح الرجعة من المرأة؟

اتفق الأحناف على أن الرجعة تصح من المرأة بالفعل لا بالقول، إذا فعلت

(١) أما الشافعى فذهب إلى أن المراجعة لا تصح إلا بالقول مع القدر عليه، لأن إعادة الزوجة بعد الطلاق إنشاء للزوج من وجه فلا بد فيها من القول، وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٩٩.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٨٥ فقد جاء به: «وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية».

مع مطلقها ما يوجب حرمة المصاهرة - بالتفصيل السابق - إذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها، لأنه يكون قد مكنها باختياره وكأنه هو الذى فعل ذلك^(١). وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنها إذا قبلت مطلقها بشهوة أو لمسته بشهوة أو نظرت إلى فرجه بشهوة، اختلاسا منها بأن كان نائما مثلا أو فعلت ذلك وهو مكره أو مجنون، صحت الرجعة منها لأنه يستوى فى التحريم بالمصاهرة ثبوت التحريم من الرجل أو المرأة.

أما أبو يوسف فيذهب إلى أن الرجعة لا تثبت من جانب المرأة، لأنها حق الزوج فقط ولو جعلنا فعلها هذا رجعة لشاركته هذا الحق.

وقد رجح قدرى باشا الرأى الأول فى كتابه الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية فنص فى المادة (٢٢٢) منه على أن: «تصح الرجعة قولاً براجعتك ونحوه خطاباً للمرأة أو راجعت زوجتى إن كانت غير مخاطبة وفعلًا بالوقاع ودواعيه التى توجب حرمة المصاهرة ولو اختلاسا منه أو منها».

وجاء بشرح فتح القدير أن المطلقة إذا أدخلت فرج مطلقها فى فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقاً^(٢).

وقد علل الكاسانى ذلك بأنه لو لم يجعل رجعة لصارت مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج فجعل ذلك منها رجعة شرعاً ضرورة التحرز عن الحرام، ولأن جماعها كجماعه لها فى باب التحريم^(٣).

وإذا ادعت المطلقة أن تقبيلها للزوج بشهوة أو لمسها له بشهوة أو نظرهما إلى فرجه بشهوة، وصادقها المطلق صحت الرجعة، أما إذا لم يصادقها، وكذلك ورثته بعد وفاته، لا تصح الرجعة.

ولا تقبل البينة على الشهوة لأن الشهوة معنى فى القلب لا يقف عليه الشهود فلا تقبل شهادتهم فيه.

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٨٢.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٠.

(٣) بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٨٢.

وقال محمد إن الشهادة على الجماع تقبل لأنه معنى يوقف عليه ويشاهد ولا يحتاج إلى شرط الشهوة فتقبل فيه الشهادة^(١).

غير أن محكمة النقض لم تأخذ بالرأى الذى رجه محمد قدرى باشا وذهبت إلى أن الرجعة حق مقرر للزوج وحده دون سواه، وأنها لذلك لا تصح من الزوجة.

فقد قضت بتاريخ ٥ / ١١ / ١٩٧٥ فى الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٣ ق أحوال شخصية بأن:

«الطلاق الرجعى يرفع الزواج الصحيح فى المآل لا فى الحال، ولا يزيل ملكا ولا حلا ما دامت العدة قائمة، ويترتب عليه أثران أولهما نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تمحو هذا الأثر، وثانيهما تجديد الرابطة الزوجية بإنهاء العدة بعد أن كانت محددة، ولئن كانت الرجعة عند الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة، وهى ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قادمة وتكون بالقول أو الفعل، إلا أنها حق ثابت مقرر للزوج وحده دون سواه ولا يملك إسقاطه ولا يشترط لصحتها رضا الزوجة أو علمها بها، ولو بدر من الزوجة ما يفيد الرجعة فلا يكون ثمة مراجعة لها لأنها حق للزوج لا لها، لما كان ذلك، وكانت ما تسوقه الطاعنة فى سبب النعى من مجرد عودتها إلى منزل الزوجية فى فترة العدة دون اعتراض من زوجها المطعون عليه لا يعتبر رجعة،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ... - بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٨٣ - غير أن ابن عابدين ذهب فى حاشيته ج ٢ ص ٢٩٩ إلى أن:

«لكن مر فى محرمات النكاح متنا وشرحا: وإن ادعت الشهوة فى تقبيله أو تقبيلها ابنه وأنكرها الرجل فهو مصدق لا هى، إلا أن يقوم إليها منتشرة آتته فيعانقها لقريضة كذبه أو يأخذ ثديها أو يركب معها أو يمسه على الفرج أو يقبلها على الفم أ.هـ. ومقتضاه أنها لو مست فرجه أو قبلته على الفم أن تصدق وإن كذبها وأن تقبل البينة على الشهوة لأنها مما تعرف بالآثار كما صرح به هناك».

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٦٣٦.

لأن حكم الطلاق الرجعى وعلى ما سلف - لا يؤثر على قيام الزوجية ما دامت الزوجة فى العدة فيحق لها البقاء فى البيت الذى تسكن فيه زوجها قبل الطلاق، وإذا لم تدع الطاعنة أن المطعون عليه قد أتى بقول أو فعل يصير به مراجعا، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى إثبات الطلاق، وكان ما خلص إليه فى هذا الشأن يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فلا يعيبه ما أورده من تقارير مخالفة - أيا كان وجه الرأى فيها - ويكون النعى عليه بمخالفة القانون على غير أساس».

٦٨- عدم اشتراط علم المطلقة أو رضاها بالرجعة شرعا :

تصح الرجعة ولو حصلت فى غياب الزوجة وبدون علمها أو رضاها، لأن استدامة ملك النكاح حق الرجل ما دام هذا الملك لم يزل بعد.

وهذا واضح من قوله تعالى: ﴿وَيُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ مطلقا على شرط العلم والرضا لأنه لو شرط الرضا لم يكن أحق برجعتها لأنه لا يملك ذلك بدون رضاها فيؤدى إلى الخلف فى خبر الله عز وجل وهذا لا يجوز، ولأن الرجعة شرعت لإمكان التدارك عند الندم فلو شرط رضاها لا يمكنه التدارك لأنها قد لا ترضى برجعتها إليه^(١).

غير أنه يندب إعلانها بالرجعة، لأنها قد تقدم على التزوج بغيره إذا انقضت عدتها من غير أن تعلم بمراجعته لها.

وقد جاء بالمادة ٢٤٤ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا أن: «الرجعة صحيحة بلا شهود وبلا علم المرأة إلا أنه يندب للمراجع أن يعلم المرأة بها إذا راجعها قولا وأن يشهد شاهدين عدلين عليها ولو بعد حصولها فعلا».

وقد قضت محكمة النقض بأن الرجعة تصح بغير رضا المطلقة وذلك بتاريخ ٢٢/٣/١٩٨٣ فى الطعن رقم ٤٤ لسنة ١٩٨٣ أحوال شخصية «منشور ببند ٧٠»، وبتاريخ ١٥/١١/١٩٧٥ فى الطعن رقم ١٧ لسنة ٢٣ أحوال شخصية جلسة ٥/١١/١٩٧٥ (منشور ببند ٦٧). وبتاريخ ٣١/٥/١٩٧٢ فى الطعن رقم ١٨ لسنة ٣٨ أحوال شخصية (منشور ببند ٧٢).

وإذا تزوجت المطلقة فى عدتها بغير مطلقها فإنها تعود بالرجعة إلى مطلقها دخل بها أو لم يدخل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ٣١/٥/ ١٩٧٢ فى الطعن رقم ١٨ لسنة ٣٨ - أحوال شخصية - بأن :

«...ذلك أنه لما كان الحكم قد خلاص - وعلى ما سلف بيانه فى الرد على الأسباب السابقة - إلى أن المطعون عليه الأول قد أثبت صحة الرجعة فإن زوجيته بالمتوفاة تظل رغم زواجها بغيره، ويعتبر الزواج الثانى غير صحيح ولا يثبت به توارث بين الزوجين، ولما كانت المراجعة قد ثبتت صحتها على ما تقدم، فيكون ما أقرت به الزوجة فى وثيقة زواجها من الطاعن بانقضاء عدتها من المطعون عليه الأول وعدم زواجها من بعده إقرارا يتعلق بإبطال حق الغير - وهو المطعون عليه الأول - وهى لا تملكه فلا يعتبر، وكان لا محل للتحدى بدلالة المستندات التى تشير إلى إقامة المتوفاة مع الطاعن بمدينة الإسكندرية لأن ذلك ليس من شأنه تصحيح الزواج الثانىالخ».

وسنرى فى بند (٧٢) أن المادة ٢٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نصت على أنه مع عدم الإخلال بحق الزوجة فى إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات، لا يقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل.....الخ».

٦٩- عدم اشتراط الإشهاد على الرجعة شرعا :

لا يشترط عند الأحناف الإشهاد على الرجعة لأنها استدامة الملك القائم لا إنشاء له، وقد وردت نصوص الكتاب والسنة عن الرجعة - والتى عرضنا لها فيما سلف - مطلقة من شرط الشهادة^(١). ولم يؤثر عن رسول الله عليه السلام

(١) الهداية ج ٢ ص ٧ - بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٨١ - وهذا رأى هو رأى الأئمة الثلاثة ورأى الشافعى فى مذهبه الجديد، أما الشافعى فى مذهبه القديم فقد ذهب إلى وجوب الإشهاد على الرجعة كالإشهاد على عقد الزواج لأن عقد الزواج يشترط لإنشائه الشهادة فكذلك يشترط فى إعادته الإنشاء. وهو رأى الشيعة وابن حزم الظاهرى وقول لأحمد.

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

وأما قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ بعد قوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ فقد جاء للندب لا للوجوب⁽¹⁾.

إلا أنه يستحب الإشهاد عليها خشية جحودها عند انتهاء العدة، ودفعاً للتهمة عن الزوج فيما إذا علم الناس بطلاق زوجته ثم راجعها بدون إشهاد فإنه يكون عرضه للاتهام بأنه يعاشرها بغير زواج. وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط لصحة الرجعة الإشهاد عليها.

(طعن رقم 18 لسنة 38 أحوال شخصية، جلسة - 1972/5/31، منشور ببند 71، وفي هذا المعنى طعن رقم 34 لسنة 51 أحوال شخصية، جلسة 1983/2/22، منشور ببند 65)

(1) وقد أورد كمال بن الهمام تفصيل ذلك بقوله: «الأمر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ - واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازى كالندب فإذا ثبتت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به ذلك أيضا بالنسبة إلى الآخر والإلزام تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازى وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضا بالنسبة إلى المراجعة. فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض هذا عليه إلا بانتهاض الأصل المذكور، وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الأصول، ومع هذا التقرير لا حاجة إلى إيراد أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم فكيف قلتم به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل أصلا».

(شرح فتح القدير ج4 ص162 وما بعدها)

٧٠- عدم جواز التنازل عن الرجعة :

الرجعة حق شرعى للزوج ليس له أن يتنازل عنه لما فيه من حق الله تعالى، لأن المصلحة المترتبة على الرجعة كما تعود إلى الزوج تعود إلى الزوجة والأولاد، وإسقاطها يترتب عليه تغيير حكم شرعى فيه حق الله تعالى وتغيير الأحكام الشرعية بالإسقاط أو التنازل غير جائز.

فلا تسقط الرجعة إذ قال الرجل لامرأته عند الطلاق لا رجعة لى عليك.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ

١٥ / ١١ / ١٩٧٥ فى الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٣٣ بآن :

«ولئن كانت الرجعة عند الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة، وهى ليست إنشاء لعقد زواج بل امتداد لزوجية قائمة وتكون بالقول أو الفعل، ألا أنها حق ثابت مقرر للزوج وحده دون سواه ولا يملك إسقاطه».

٧١- إثبات الرجعة :

إذا ادعى الزوج مراجعة امرأته فصدقته ثبتت الرجعة، أما إذا كذبت، فإن كان هذا حال قيام العدة صدق فى قوله، لأنه يخبر عن أمر يملك إنشاءه فى الحال ولا فائدة لها فى تكذيبه فيه حيث يستطيع حينئذ مراجعتها مادامت العدة قائمة.

وإذا كان ذلك بعد انتهاء العدة، طوّل الزوج بالبينة، فإن أقامها ثبتت الرجعة حتى لو كانت قد تزوجت غيره ودخل بها والبينة هنا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

وأن لم يقم البينة على دعواه، كان القول للزوجة بيمينها على رأى صاحبين المفتى به^(١).

أما إذا كان الخلاف فى صحة الرجعة، بأن ادعى الزوج صحة الرجعة، لأنه أوقعها فى العدة، وأنكرت ذلك لوقوعها بعد العدة، كان القول قولها بيمينها

(١) عند أبى حنيفة القول قولها بلا يمين.

إن كانت المدة بين الطلاق والوقت الذى تدعى فيه انقضاء العدة تحتل ذلك، وكانت العدة بالحيض، وهذا يكون إذا كانت الفترة ستين يوماً فأكثر لأن ذلك لا يعلم إلا من جهتها فيكون القول قولها مع يمينها.

وإن كانت المدة التى مضت لا تكفى لانقضاء العدة بأن كانت أقل من ستين يوماً، فلا يلتفت إلى قولها لأنها مكذبة وتكون الرجعة صحيحة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «والمستقر عليه شرعاً أنه إذا اختلف الزوجان فى صحة الرجعة فادعى الزوج أنها صحيحة لأنها وقعت فى العدة، وأنكرت هى ذلك لأنها وقعت بعد انقضاء العدة فالقول للزوجة بيمينها إن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى فيه انقضاء عدتها تحتل ذلك، وكانت العدة بالحيض لأن الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها، وأقل مدة للحيض فى الراجح من مذهبي أبى حنيفة ستون يوماً، ولما كان الحكم المطعون فيه قد دلل على حصول الرجعة فى قوله «... إذ الثابت من الإقرارات التى قدمتها المتوفاة لأداء فريضة الحج والتى هى بتاريخ ٢٣/٤/١٩١١، ١٨/١٢/١٩٦٥، ١٩/١٢/١٩٦٥ بأنها تقدمت بهذه الطلبات للجهات الإدارية المذكورة بها وهى قسم الجيزة بالنسبة للأول والثانى وذكر بها أنها تقيم برقم ٢٥ بمدينة التعاون بشارع الهرم، وقسم الوايلى بالنسبة للثالث، وطلبت فى هذه الطلبات التصريح لها بأداء فريضة الحج وكتب على الطلب الأول العبارة الآتية بعد طلبها (أوافق على سفر السيدة زوجتى بمفردها للأقطار الحجازية) وذلك بتوقيع حسن محمود شلبى - المطعون عليه الأول - وعلى الطلب الثانى (أقر أنا حسن محمود شلبى بأننى موافق على زيارة السيدة حرمى المذكورة بعاليه للسفر الحج هذا العام)، ومثل هذه العبارة على الطلب الثالث، فكل من العبارات الثلاث التى كتبت على طلبات الحج تفيد قيام الزوجية بين المتوفاة وزوجها حسن محمود شلبى والذى سبق أن طلقها بتاريخ ٨/٠٠/١٩٠٠، وهذا يدل على أن المستأنف راجع المتوفاة، وعادت إلى عصمته بعد الطلاق المذكور وهى لم تتكر عليه ذلك لأنها بتقديمها هذه الطلبات وبالموافقة عليها من حسن محمود شلبى توافق على الزوجية بينها وبينه، ولم تتكرها فى أى

طلب من الطلبات الثلاثة، والأول منها كان بعد الطلاق بنحو ستة أشهر والثاني قدم بعد الأول بأكثر من أربع سنوات وكذلك الثالث،.... والأوراق المقدمة تفيد إقامتها بمنزل الزوجية بمدينة التعاون بالهرم، وما ذكرته بالطلب الثالث من إقامتها بدائرة قسم الوايلي لا ينفى إقامتها بمدينة التعاون لأن الغرض من ذلك الحصول على الإذن بالسفر من أى قسم، وقد ذكرت بالطلب المقدم قبله بيوم أنها تقيم بمدينة التعاون... وإذا كان الأمر كذلك والمتوفاة كانت زوجا بالإقرار المذكور والذي لا يقبل الرجوع فيه ولا رده لأنه تعلق به حق الغير»....، وكان يبين مما أورده الحكم أنه خلص إلى أن الرجعة وقعت صحيحة قبل انقضاء العدة واستدل على صحة ادعاء الزوج بما أثبتته أسفل طلبات الحج الثلاثة التى قدمتها الزوجة بعد الطلاق الرجعى من عبارات تتضمن أنها «زوجته» ويوافق على سفرها بهذه الصفة إلى الأقطار الحجازية، وأن الرجعة قد صادفت محلا لأن الزوجة لم تتكر على الزوج صحتها وصادقت عليها بتقديم الطلبين الأول للحج بعنوان منزل الزوجية بضاحية الهرم الذى يقيماني فيه مما يفيد قيام المعاشرة الزوجية، وبتقديمها هذه الطلبات الثلاثة فى فترات متفاوتة إلى الجهات المختصة لإتمام الإجراءات المطلوبة بشأنها بعد أن أثبت الزوج عليها العبارات التى تتضمن موافقته على سفرها بصفته زوجته، وأن هذا الإقرار من الزوجة بصحة الرجعة لا يقبل الرجوع فيه، لأنه تعلق به حق الغير، وهو استخلاص موضوعى استند فيه الحكم إلى أسباب سائغة تكفى لحمله، وكان لا يغير من هذا النظر أن الحكم وصف هذه الطلبات بأنها إقرارات لأن ذلك ليس من شأنه أن يؤثر فى جوهر الدليل الذى استنبطه منها، خاصة وأن الحكم عدل إلى إضفاء الوصف الصحيح فى موضع آخر.... الخ».

(طعن رقم 18 لسنة 38 ق «أحوال شخصية» جلسة 1972/5/31)

٢- «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير أدلة الدعوى وترجيح ما تطمئن إليه منها وفى استخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى طالما أقامت حكمها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت فى الأوراق وتؤدى إلى ما خلص إليه وكان

الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بثبوت مراجعة المرحوم تاج الدين عطا عبد المنعم لزوجته المطعون ضدها الأولى على ما استخلصه سائغا من بينتها الشرعية من استمرار معاشرة الزوج لها وبقائها في عصمته حتى وفاته وهو من الحكم استخلاص موضوعي سائغ مما له معينه في الأوراق ويؤدى إلى ما انتهى إليه فإن النعى عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تقدير أدلة الدعوى مما لا يجوز إثارتها أمام محكمة النقض ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 65 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/12/28)

وتختص بنظر دعوى ثبوت مراجعة الزوجة بعد الطلاق محكمة الأسرة فقد أصبحت هذه المحكمة هي المختصة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية (م ٣ من القانون رقم ٠٠ لسنة ٢٠٠٤)^(١).

(١) أما قبل العمل بالقانون رقم ٠٠ لسنة ٢٠٠٤ فكانت المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر هذه الدعوى، ذلك أن المادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نصت على أن تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية... ولم يرد بالمادة التاسعة من القانون التي أوردت المسائل التي تختص بها المحكمة الجزئية دعوى ثبوت الرجعة ضمن هذه المسائل. كما كانت المحكمة الابتدائية تختص أيضا بنظر هذه الدعوى قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

«وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تنعى الطاعنة بأولها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك تقوم أنه لما كانت الدعوى بثبوت مراجعة الزوجة بعد الطلاق هي من المنازعات المتعلقة بالزوجية التي تختص بنظرها المحكمة الجزئية طبقا لنص المادة السادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وكانت مسألة الاختصاص النوعي باعتبارها من النظام العام تعتبر قائمة في الخصومة ومطروحة دائما على محكمة الموضوع تقضى بها من تلقاء نفسها وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى في موضوع الدعوى فإنه يكون منطويا على قضاء ضمني باختصاص المحكمة الابتدائية بنظرها ويكون معيبا بما يستوجب نقضه.

١٢- عدم قبول ادعاء الزوج - عند الإنكار - مراجعة مطلقته ما لم يعلنها بالمراجعة طبقاً للقانون:

نصت المادة ٢٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أن: «مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات، لا يقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحيض وتسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها، وذلك ما لم تكون حاملاً أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة».

ومقتضى هذا النص أنه مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات الشرعية، إذا ادعت حصول الرجعة وأنكرها الزوج، فإنه إذا ادعى الزوج مراجعته مطلقته، وأنكرت الزوجة ذلك، فإنه لا يقبل ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل ستين يوماً لمن تحيض وتسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها، وذلك ما لم تكن حاملاً - لأن عدتها لا تكون قد انقضت - أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة.

= وحيث إن هذا النعي مرود ذلك أنه وإن كان المقرر في فقه الإمام أبي حنيفة أن المراجعة هي استدامة ملك النكاح وليست إنشاء لعقد جديد بل هي امتداد لزوجية قائمة إلا أنه لما كان الطلاق الرجعي يرجع بعد الزواج في المال ويترتب عليه نقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته والمراجعة لا تجدد هذا الأثر. وتحديد الرابطة الزوجية بانتهاء العدة ومن ثم رفع قيد النكاح وانفصام عرى الزوجية بالطلاق - هي من الأمور المطروحة في الدعوى ويثور النزاع بشأنها بين طرفي الدعاوى وإذا كان ذلك وكان المشرع بما نص عليه في المادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية قد ناط بالمحاكم الابتدائية نظر دعوى الطلاق والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها مما ينعقد معه الاختصاص بنظر الدعوى للمحكمة الابتدائية المختصة لما يثار فيها من إيقاع الفرقة بين الزوجين ويكون النعي على غير أساس».

(طعن رقم 65 لسنة 00 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/12/28)

وهذا الحكم مستحدث وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون النص عليه بما ذهبت إليه من أنه أدى عدم وجود مثل هذا النص في التشريع أن أتيح للمتلاعبين أن يراجعوا مطلقاتهم دون علمهن حتى تفاجأن بهذه المراجعة عند إقدامهن على الزواج أو بعد زواجهن من جديد.

غير أنه لما كانت المادة (٥ مكررا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ توجب على المطلق أن يوثق بإشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق، فإن الزوج إذا طلق زوجته ولم يوثق طلاقه إلا بعد عشرة أو خمسة عشر يوما مثلا من تاريخ وقوعه فإن إخطار المطلق لمطلقته بالرجعة في خلال الميعادين المحددين بالمادة (ستين يوما)، (تسعين يوما) يكون قد تم بعد انقضاء عدتها وقد تكون قد تزوجت بآخر، ومن ثم فإن النص لا يكون قد حقق الحماية المطلوبة للمرأة^(١).

(١) وقد ذهبنا في الطبعة السابقة إلى عدم سريان قيد عدم سماع الدعوى المنصوص عليه في المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - قبل إلغائها - على الرجعة فهذه المادة تنص على أن:

«لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ أفرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها.

ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة.

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الأفرنكية إلا إذا كانت بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك.

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٢١.

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة نقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج نقل عن ثمانى عشرة سنة هجرية إلا بأمر منا.

= ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى (ألغيت هذه الفقرة ضمنا بالفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥).

ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق».

ذلك أن المادة وضعت قيداً على سماع دعاوى الزوجية أو الإقرار بها عند الإنكار بالتفصيل الوارد بها، وضمن هذا القيد ألا تسمع دعاوى الزوجية أو الإقرار بها في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٢١ إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية. ولما كانت الرجعة استدامة لملك النكاح وليست بإنشاء الزواج، فإن هذا القيد لا يسرى على دعاوى الرجعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1972/5/31 في الطعن رقم 18 لسنة 38 «أحال شخصية» بأن:

«الرأى عند الحنفية أن الرجعة هي استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة، فهي ليست إنشاء عقد زواج بل امتداداً للزوجية القائمة، وتكون بالقول أو الفعل ولا يشترط لصحتها الإشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها، كما لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية. وذلك تحقيقاً لأغراض اجتماعية استهدفها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للائحة الشرعية بقولها: «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 يجده أحدهما، ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء.

وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زورا وبهتاناً، أو نكايه وتشهيراً، أو ابتغاء غرض آخر اعتماداً على سهولة إثباتها بالشهود، خصوصاً وأن الفقه يحيز الشهادة بالتسامح في الزواج، وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مراراً، وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد دائماً بوثيقة رسمية... فحملاً للناس على ذلك وإظهاراً لشرف هذا العقد وتقديساً له عن الجحود والإنكار ومنعاً لهذه المفسدات العديدة وصيانة للحقوق واحتراماً لروابط الأسرة زبدت الفقرة الرابعة في المادة ٩٩...» وإذ كان الثابت في الدعوى أن المطعون عليه الأول تمسك في دفاعه بأنه طلق زوجته طلقاً أولى رجعية بموجب إسهاد الطلاق المؤرخ ٨ من أكتوبر سنة ١٩٠٠، =

٧٣- هدم الطلقات :

من المتفق عليه بين الفقهاء أن المطلقة ثلاثاً أى البائنة بينونة كبرى إذا تزوجت بآخر ودخل بها دخولا حقيقيا ثم طلقها أو مات عنها وبعد انقضاء عدتها عادت إلى زوجها الأول، فإنها تعود إليه بحل جديد، ويملك عليها ثلاث طلقات كأى زواج جديد. لأن الزواج الثانى قد هدم الطلقات الثلاث فى الطلاق البائن بينونة كبرى، وتسمى هذه فى الفقه الإسلامى بـ(مسألة الهدم).

أما لو تم الزواج الثانى بعد طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى، ثم عادت إلى زوجها الأول بزواج جديد بعد طلاقها من الثانى، فقد انقسم الرأى فى هذا الشأن فالمرؤى عن عمر وعلى وبعض كبار الصحابة أنها تعود إليه بما بقى من الطلقات فإذا كان قد طلقها تطليقة واحدة بقيت له تطليقتان، وإذا كان قد طلقها تطليقتين بقيت له طلاقة واحدة تبين بعدها بينونة كبرى، وبه أخذ مالك والشافعى وأحمد ومحمد وزفر من الحنفية.

والمرؤى عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر، وأخذ برأيهم أبو حنيفة وأبو يوسف - ورأيهما الراجح فى المذهب - أنها تعود إلى الزوج الأول بثلاث تطليقات. ويبرر البعض ذلك بأنه إذا كان الزواج الثانى يهدم الثلاث فى البائن بينونة كبرى، فإنه يهدم ما دونها من باب أولى وأحرى^(١).



= ثم راجعها أثناء العدة، وبقيت العلاقة الزوجية قائمة بينهما حتى توفيت، بينما ينكر عليه الطاعن ذلك، وهو ما بين منه أن النزاع يدور بين الطرفين حول صحة الرجعة التى لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة فى وثيقة رسمية، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس».

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية الطبعة الثانية ص ٢٨٩.

الدكتور محمد بلتاى فى أحكام الأسرة الجزء الأول ١٩٨٥ ص ٥٨٠ وما بعدها - السيد سابق فقه السنة الجزء السادس الزواج ص ٤١٨ وما بعدها - مادة ٢٤٩ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.