الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

د/ عبد السلام عبد القادر

-جامعة باتنة-

مقدمة:

لقد شرع المولى سبحانه وتعالى الزواج وأضفى عليه من القدسية ما جعله متميزا عن سائر العقود، وما ذلك إلا ليحقق مقاصده السامية، وهي المقاصد التي لا يمكن أن تؤتى ثمارها إلا إذا كانت الحياة الزوجية تغشوها المودة والرحمة، والقلوب يسودها التآلف والصفا والوفاق.

ولكن ماذا لو أن الألفة المبتغاة أضحت بعيدة المنال، واستحكمت النفرة بين هذه القلوب، وعشعشت الضغينة والحقد، وتفاقم الشقاق وغاب الوفاق؟.

فإن الذي لا شك فيه بعد هذا، أن المنطق السليم يوجب سلوك طريق إصلاح ذات البين، فإن فشلت المساعي الحميدة وجب الفراق، والحال كذلك فإن الأمر لا يخلو من طلاق أو تطليق.

هذا وقد جعل الطلاق بيد الرجل ولو من غير رضا الزوجة- وهذا لا يمنع من إمكانية إيقاعه برضاهما معا- وما ذلك إلا لأن فصم الرابطة الزوجية له من الآثار الخطيرة التي قد تنعكس سلبا على الأسرة والجماعة على حد سواء. فكان الأوفق إسناده إلى من هو أقدر على تبصر هذه العواقب وتدبرها، بل وإلى من هو أقدر على وزنها بميزان العقل بعيدا عن التأثر بالرغبات العارضة والنزوات الطائشة.

ولما كان الشأن في الرجل الأناة وضبط النفس عند الغضب والتبصر في العواقب بأن لا يقدم على مثل هذا السلوك- الطلاق- إلا بعد الموازنة بين تبعاته والحاجة الدافعة إليه، والشأن في المرأة الاحتكام في الغالب إلى العاطفة لما لها من

طباع وخلق وغرائز تجعلها أكثر تأثر وأسرع انقياد لها من الرجل، إذ قد تثور لا بسط الأمور، وقد تنفعل لأهون الأسباب، فما إن تغضب حتى تضيق بها الدنيا بما رحبت وتصير عندها أضيق من سم الخياط. ولو جعلت العصمة بيدها لكانت الحياة الزوجية مهددة بالانهيار بين الحين والحين وربما لأتفه الأسباب لا تعرف لها قرار ولا استقرار، فكان الأوفق والأنجع جعلها بيد الرجل[1].

وإذا كان الطلاق ملكا للزوج وحقا من حقوقه له توقيعه بإرادته المنفردة وقت شاء عندما يوجد ما يبرره- يمكن أن تملك الزوجة الطلاق من قبل الزوج بتفويض منه، وفي هذه الحالة لها أن توقعه بما يقتضيه التفويض، مع العلم أن هذا التفويض لا يحول وحق الزوج في إيقاعه- ولا يحتاج في ذلك إلى رضا الزوجة. فإنه وبالمقابل لا يهمل الإسلام جانب المرأة بل جعل لها فضلا عن الحق في الالتجاء إلى القضاء لطلب التفريق للضرر- وقد أوجب الإسلام على الجهة القضائية الاستجابة لطلب التطليق إن تأكد لها صحة ما تدعيه الزوجة ووجه السبب المسوغ لطلبه- سلوك سبيل آخر للخلاص من زوجها بافتداء نفسها منه إذا ما رأت أنها تبغضه ولا تجد في المقام معه ما تنشده، وتشتد كراهتها له، بحيث تخشى على نفسها أن ألا توفيه حقه أو أن تخرج عن الطريق الذي رسمه الشرع في المعاملة، فتقع بذلك في المحظور أو الكفر كما جاء في الحديث النبوي الشريف.

وهذا الافتداء هو ما يسمى في فقه المسلمين واصطلاح القانونين بالخلع، وقد أورده الشارع الحكيم في قوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به".و أورده المشرع الجزائري في المادة 54 من الأمر 05 -02، وهو الأمر الذي يكون قد جاء بجديد في هذا الشأن، جديد لم يتضمنه النص نفسه من القانون رقم 84-11. فإلى أي مدى يكون المشرع الجزائري قد وقف فيما أضافه من جديد؟ وهل نجح في وضع حد للجدل الذي كان قائما حول هذا الموضوع؟

وفي سبيل معالجة ذلك ارتأيت أنه من الضروري التعرض لبعض الأحكام المتعلقة بالخلع في الشريعة الإسلامية حتى تكون الدراسة مستوفاة، والإجابة عن التساؤل حلقة من سلسلة حلقات وردت في هذه الشريعة باعتبار المادة 222 من قانون الأسرة تحيل عليها فيما لم يرد فيه نص بهذا القانون دون أن نهمل بعض القرارات التي أصدرتها المحكمة العليا والتي لها علاقة بالموضوع.

وقد آثرت أن تكون بداية حديثي بتعريف الخلع لغة واصطلاحا، وبيان مشروعيته، وحكمه وحكمته وأركانه، وآثاره والجهة التي يتم إجراؤه أمامها وحكم إجابة الزوج زوجته إذا طلبته.

المبحث الأول: تعريف الخلع ومشروعيته وحكمه والحكمة من تشريعه

المطلب الأول: تعريف الخلع وفيه نتناول تعريف الخلع من الناحية اللغوية فالاصطلاحية

الفرع الأول: تعريف الخلع لغة

جاء في تاج العروس: "الخلع كالمنع النزع إلا أن في الخلع مهلة.. يقال خلع الشيء تخلعه خلعا وخلع الفعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرده.. ومن المجاز الخلع (بالضم طلاق المرأة ببذل منها.. أو من غيرها كالمخالعة والتخالع) خلع إمرأته خلعا.."[1].

وجاء في لسان العرب: "خلع الشيء يخلعه خلعا، واختلعه كنزعه، وإلا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا: جرده.

والخلعة من الثياب: ما خلعته فطرحته على آخر أو لم تطرحه وكل ثوب تخلعه عنك خلعة، وخلع عليه خلعة.

وفي حديث كعب: إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة أي أخرج منه جميعه وأتصدق به وأعرى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه، وخلع قائده خلعا: أزله، وخلع الربقة عن عنقه: نقض عهده، وتخالع القوم: نقضوا الحلف والعهد بينهم.. وخلع إمرأته خلعا، بالضم، وخلاعا فاختلعت وخالعته: أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له، فهي خالع والاسم الخلعة وقد تخالعا واختلعت منه اختلاعا مختلعة فهي مختلعة أنشد بن الأعرابي:

مولعات بهات وهات، فإن شئت رمـــال أردن منـــك الخلاعـــا

شفر مال: قل[3].

وجاء في القاموس المحيط: "المنع، النزع ... وبالضم طلاق المرأة ببذل منهما أو من غيرها كالمخالعة والتخالع وقد اختلعت هي والاسم الخلعة بالضم كل من المتخالعين[4].

وجاء في النهاية: يقال خالع امرأته خلعا وخالعها مخالعة، اختلعت هي منه فهي خالع، وأصله من خلع الثوب. والخلع أن يطلق زوجته على عوض تبذله له وقد يسمى الخلع طلاقا[5].

والناظر في هذه المدلولات اللغوية للخلع يلاحظ أنها تكاد تجمع على أنه النزع، فيقال: خلعت الثوب خلعا أي نزعته، وخالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمالها، فخلعها عن نفسه.

الفرع الثاني: تعريف الخلع اصطلاحا

لقد تعددت التعريفات المذهبية للخلع، ولما كان المجال لا يتسع لذكرها جميعا فسنقتصر على بعضها وبما يتحقق به المطلوب بداية بالأحناف فالمالكية فالشافعية فالحنابلة.

أولا/ تعريف الخلع عند الحنفية:

تعددت تعريفات الخلع عند الحنفية[6]، ولعل أقربها إلى الصواب ذلك الذي يقول: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه"[7].

وفي قوله: "إزالة ملك النكاح" يفيد أنه في حال مخالعة الرجل لزوجته المطلقة منه طلاقا رجعيا في العدة، فإن ذلك يصح ويجب المال، ولو خالعها بمال ثم خالعها في العدة لم يصح.

وقوله:"المتوقفة على قبولها"، يفيد أنه يشترط أن تقبل المرأة بهذا الأمر لأن الخلع إذا جاء من جهتها فهو معاوضه ويشترط قبولها.

وقوله:"بلفظ الخلع أو ما في معناه"، يفيد أن الخلع كما يقع باللفظ الصريح يقع بألفاظ أخرى[8].

ثانيا/ تعريف الخلع عند المالكية:

عرف بعض المالكية الخلع بأنه:"طلاق بعوض"[9] .

والذي يحمل على التعريف أنه غير مانع، لأنه يشمل الطلاق على مال وهو وإن اتفق مع الخلع في وجوب البينونة إلا أنهما يختلفان في بعض الأحكام.

كما أنه غير جامع، لأنه لا يشمل إلا نوعا واحدا من الخلع، وهو الخلع الذي يكون بعوض، مع أن الطلاق بلفظ الخلع بلا عوض خلع صحيح، والتعريف بما هو عليه يسقطه.

غير أنه ومع ذلك يمكن أن يجاب عن هذين الوجهين بالآتي:

عن الوجه الأول: فقد نص في التعريف على المألوف في الخلع وهو ان يكون بعوض وترك غيره لفهمه بداهة.

عن الوجه الثاني: أن التعريف يشمله لأنه من لوازم كونه خلعا جريان أحكامه عليه، ومنها سقوط نفقتها أيام عدتها، وهذا عوض محقق وإن لم يدخلا عليه[10].

ثالثا/ تعريف الخلع عند الشافعية:

عرفه بعضهم بأن:" الخلع في الشرع: فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع."[11]

وفي قوله فرقة: أي بلفظ دال عليها لا لنفسها، لأن الخلع هو اللفظ الدال على الفرقة لا نفسها.

وفي قوله بعوض: أي ولو كان هذا العوض منفعة أو دينا أو عينا إلا في خلع الأعمى إذا وقع على عين فلا يثبت المسمى، وإنما يثبت مهر المثل قياسا على بيع الغائب. ويخرج به ما إذا كانت الفرقة بلا عوض فإنه يكون رجعيا.

وفي قوله: مقصود، صفة لعوض يخرج بها ما لو وقعت الفرقة بعوض غير مقصود كالدم، فإنه لا يكون خلعا وإنما يكون رجعيا.

وفي قوله: راجع لجهة الزوج، أي أن يكون العوض راجعا لجهة الزوج كله أو بعضه كما لو قال: إن أبرأتني وزيد فإنه يقع بائنا لوقوع بعض العوض لجهة الزوج، ويكون خلعا.

أما إذا كان راجعا كله لا لجهة الزوج كان يقول: إن أبرأت فلانا، فإنه يقع رجعيا ولا يكون خلعا[12]

رابعا: تعريف الخلع عند الحنابلة:

عرف بعضهم بأنه: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة[13].

فالخلع عندهم يجب أن يكون نظير عوض، ويروي عن عبد الله بن احمد ما يفيد انه يمكن أن يكون بلا عوض[14].

والناظر في هذا التعريفات يلاحظ أنها تكاد تتفق حول معنى واحد تشترك فيه وتجتمع حوله، وهو كون الخلع من جانب الزوجة معاوضة، لأنها تدفع عوضا تفتدي به نفسها من زوجها.

غير أن هذا التوافق في المدلول لم يمنع من إضافة قيود في بعضها وخلوها من البعض الأخر.

هذا وقد خلا القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، وكذا الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون المذكور.

من أي إشارة إلى تعريف الخلع مكتفيا بإيراد نص واحد حول الخلع هو نص المادة 54 مضمنا إياه بعض الأحكام، وتاركا باقي الأحكام الأخرى إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر هذا القانون يرجع إليها عند عدم النص (م 222 ق ا ج).

والذي أراه كتعريف للخلع وتماشيا مع ما ورد بنص المادة 54 من الأمر 05-02 أن الخلع هو: "إزالة ملك النكاح الصحيح ولو بغير رضا الزوج بلفظ الخلع أو بما في معناه بمال تدفعه الزوجة لزوجها".

وقد اشتمل التعريف على مسائل لا يتحقق الخلع ولا يترتب إثاره إلا بها.

-أن يكون الخلع حال قيام الزوجية.

-أن يقع الخلع ولو بغير رضا الزوج إذا ما رغبت الزوجة في ذلك وكرهت العيش معه وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته. ولأن اشتراط موافقة الزوج تنتفي معه الحكمة من تقرير الخلع كسبيل لخلاص الزوجة من زوجها عند قيام المسبب.

-أن يكون الخلع بلفظ "الخلع" أو ما في معناه.

-أن تكون الفرقة لقاء مبلغ مالي تدفعه الزوجة لزوجها، وقد اشترط هذا العوض لأن الرغبة في الخلاص من الزوجية، جاءت من الزوجة، فكان عليها أن تدفع لزوجها ما يعوضه عما أنفقه وما سينفقه في سبيل الحصول على زوجة أخرى.

المطلب الثاني: مشروعية الخلع

أجمع أهل العلم على أن الخلع مشروع، ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا ما ذكر عن بكر بن عبد الله المزني الذي لم يجزه، وقال بنسخه[15]: بالآية "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج"[16].

ودليل مشروعيته ثابت بالكتاب والسنة والإجماع والأثر.

الفرع الأول: مشروعية الخلع من الكتاب

استدل القائلون بمشروعية الخلع من الكتاب بقوله تعالى: "الطلاق مرتان: فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"[17]؛ ففي قوله تعالى: "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ..." دلالة على جواز إيقاع الخلع إذا خافا ألا يقيما حدود الله، وخشيت

المرأة أن لا تـؤدي حـق الله في طاعتـه لكراهيتها العيش معه، لأسباب قد تكون جدية مردها إلى خلقته أو خلقـه أو دينه أو حتى قوتـه وضعفه، فيكون لها سلوك هذا السبيل[18] ولا حرج في ذلك.

الفرع الثاني: مشروعية الخلع من السنة

استدل القائلون بمشروعية الخلع من السنة بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "جاءت إمرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فردت عليه وأمره ففارقها"[19].

فدل الحديث على أن إمرأة ثابت بن قيس بن شماس لم تكن لتريد المفارقة لسوء خلق فيه أو لتقصير في الدين، وإنما كرهت كفران العشيرة، والتقصير فيما يجب عليها له لشدة بغضها له، فأبرها صلى الله عليه وسلم، والأمر هنا أمر إرشاد وإصلاح برد ما أخذته كمهر لها وهو "البستان"[20]. كما يقولون، ويعد هذا الخلع أول خلع وقع في الإسلام[21].

الفرع الثالث: مشروعية الخلع من الإجماع:

وفي مشروعية الخلع بالإجماع جاء في المغني :"..وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام، قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحدا خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه (إن أردتم استبدال زوج مكان زوج). الآية[22].

الفرع الثالث: مشروعية الخلع من الأثر

ومن الأثر ما يدل على مشروعية الخلع ما ذكر عن ابن وهب عن أشهل بن حاتم بن عبد الله ابن عون عن محمد بن سيرين قال: "جاءت إمرأة إلى عمر بن الخطاب تشتكي زوجها فحبست في بيت فيه زبل فباتت فيه فلما أصبحت بعث إليها فقال: كيف بت الليلة ؟ فقالت: ما بت ليلة كنت فيها أقر عينا مني الليلة، فسألها عن زوجها فأثنت عليه خيرا وقالت أنه وأنه ولكن لا أملك غير هذا فأذن لها عمر في الفداء"[23].

وعن سفيان الثوري والحارث عن أيوب بن تميمة السختياني عن كثير مولى بن سمرة بنحو هذا الحديث وقد قال: "عمر لزوجها اخلعها ولو من قرطها"[24].

وروي عن عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت معود بن عفراء حدثته قال: "كان لي زوج يقل علي الخير إذا حضر ويحرمني إذا غاب. قالت: وكانت مني ذلة يوما، فقالت: اخلع منك بكل شيء أملكه. قال: نعم، قالت: ففعلت. فخاصم عني معاذ بن عفراء إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فأجاز الخلع وأمره أن يأخذ ما دون عقاص الرأس"[25].

قدل ما انتهى إليه كل من سيدنا عمر وسيدنا عثمان رضي الله عنهما أن الخلع جائز وحكمه ثابت.

المطلب الثالث: حكم الخلع

قد يصدر طلب الخلع من الزوجة وهو الغالب، وقد يصدر من جانب الزوج، فما حكم طلبه من قبل كل منهما.

الفرع الأول: حكم طلب الخلع من الزوجة

ثبت من الأدلة التي سقناها بصدد الحديث عن مشروعية الخلع أنه جائز ومشروع إذا ما توفرت أركانه التي سنأتي على ذكرها في حينه. فما حكمه إن جاء من طلب الزوجة؟

أولا- الخلع المباح: الأصل في الخلع أن يكون مباحا إذا كرهت الزوجة زوجها لسبب مشروع كنقص في ديانته أو في أدائه لواجباته الشرعية، أو لكبر في سنه أو ذمامة أو قبح في خلقته. وخافت أن يؤدي بها ذلك إلى تفريط بحقه: "إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة، وخافت ألا تؤدي حقه، جاز أن تخالعه على عوض، لقوله عز وجل: "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[26]. وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو نحو ذلك وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه لقوله تعالى:"فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[27].

ثانيا-الخلع المكروه: وقد يعتري الخلع الكراهة، إذا كانت العلاقة بين الزوجين جيدة، والحياة مستقرة والعشرة حسنة، ولا يوجد ما يدعو إلى طلبه سوى أن الزوجة كانت في نفسها ميل إلى غيره مثلا، فرغبت في الخلع لتنكح غيره لقوله صلى الله عليه وسلم:"المختلعات المنتزعات هن المنافقات"[28]. أي التي تخالع زوجها لميلها إلى غيره[29]. ولو خالعته لغير ما ذكرناه كره لها ذلك ووقع الخلع"[30]..

ثالثا-الخلع المحرم: قد يكون الخلع حراما إذا كان من غير بأس لقوله صلى الله عليه وسلم "أيما إمرأة سألت زوجها الطلاق بغير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[31]. وقوله صلى الله عليه وسلم:"أيما إمرأة اختلعت من زوجها من غير بأس

لم ترح رائحة الجنة"[32]. ومن غير بأس هنا يعني من غير شدة تلجئها إلى طلب الفرقة مخالعة. "وهذا ما يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة لقوله عليه السلام" "لا ضرر ولا ضرار"[33].

الفرع الثاني: حكم طلب الخلع من الزوج: قد يكون طلب الخلع من الزوج مباحا كما قد يكون حراما.

أولا/ الخلع المباح بطلب من الزوج(34): يباح للزوج طلب المخالعة من زوجته على مال تدفعه له إذا رأى منها ما يدعو إلى ذلك، ولما كان له أن يضيق عليها في مثل هذه الحالة لتطلب الخلع منه، فكان جوازه من غير تضييق أولي.

وعلى ذلك فلا يوجد ما يمنع الزوج من مخالفة زوجته بالتضييق عليها إذا كان ذلك بوجه حق:"وإن فعل الزوج ذلك أي ما ذكر من المضارة بالزوجة بالضرب والتضييق والمنع من الحقوق، لزناها أو لنشورها أو تركها فرض الصلاة أو صوم، فالخلع صحيح لقوله تعالى: "ولا تعضلوهن لتذهبوا بعض ما اتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة" وقيس الباقي عليها"[35]. فماذا لو تم ذلك دون وجه حق؟

ثانيا/ الخلع المحرم بطلب من الزوج: إذا كان طلب الخلع من الزوج بالتضيق على زوجته بوجه حق مباحا، فإنه إذا كان بغير وجه حق فهو حرام، "فأما إن عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك ظلما لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود، روى ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي ...وبه. قال مالك والثوري وقتادة..." [36]. وإذا كان هذا هو طلب الخلع من الزوجة إلى الزوج ومن الزوج إلى الزوجة فماذا لو امتنع عن الاستجابة لطلب الخلع من زوجته.

المطلب الرابع: الحكمة من تشريع الخلع

الحكمة من تشريع الخلع[37] تتمثل في رفع الضرر عن الزوجة، وتمكينها من الخلاص من زوجية بات الغرض منهـا مفوتا ببذل تدفعه لزوجها – باعتبار النفور قد جاء من جانبها– ولعل هذا ما أشارت إليه الآية الكريمة إن صح فهمها في قوله تعالى: " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[38]، وما أشار إليه الحديث النبوي الشريف بشأن إمرأة ثابت بن قيس عندما قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم:"يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا إني أخاف الكفر"[39]. وما فهمه ابن قدامه عندمـا قال: "والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاه بأدناها"[40].

المبحث الثاني:أركان الخلـع

للخلع أركان لا يقوم ولا يستقيم ولا يرتب آثاره إلا بها، وهذه الأركان على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء عدا الحنفيه[41] خمسة[42] هي: المخالع (الزوج)، المختلعة (الزوجة)، الصيغة، العوض والمعوض، وفيما يلي إليك بيانها.

المطلب الأول: المخالـع

المخالع ويسمى الخالع وهو الزوج، ويلزم فيه أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق، بأن يكون بالغا عاقلا راشدا عند الجمهور[43]، وضابطه أن "كل من صح طلاقه صح خلعه"، ومنه من لا يصح طلاقه ولا يصح خلعه كالصبي والمجنون والمعوه ومن اختل عقله لمرض أو كبر سن وقد عبرت المذاهب عن وجهة نظرها بالقول : "وشرطه كالطلاق وهو أهلية الزوج"[44]، "وموجبه زوج مكلف، أو وكيله لا صبي ولا مجنون"[45]، وشرطه زوج يصح طلاقه"[46]، "ويصح الخلع ويلزم ممن يقع طلاقه"[47].

المطلب الثاني: المختلعة

المختلعة هي الزوجة في العادة، وهي من تخالع نفسها موجبة أو قابلة ويشترط فيها أن تكون زوجة شرعا، وأن تكون أهلا لذلك.

ولكن ماذا لو كانت صغيرة أو كبيرة مجنونة أو سفيه أو مريضة مرض الموت؟

الفرع الأول: مخالعة الزوجة لنفسها

يلزم في الزوجة المختلعة أن تكون زوجة شرعا كما سلف القول وأن تكون أهلا للخلع.

أولا/ أن تكون المختلعة زوجة شرعا(48):

لما كان الغرض من الخلع الخلاص من قيد الزوجية، وأن هذا القيد لا يكون ولا يقوم إلا حيث يكون النكاح صحيحا، وتكون الزوجية قائمة وشرعية، فكان لازما لوقوع الخلع أن تكون المختلعة زوجة شرعا. وعلى ذلك فلا خلع من زواج فاسد أو من طلاق بائن. وصح في الطلاق الرجعي إذا كان الزوجة لا تزال في عدتها لأنها لا تزال في حكم الزوجة[49].

ثانيا/ أن كون المختلعة أهلا للتبرع:

لا يكفي لصحة الخلع أن تكون المختلعة لا تزال زوجيتها قائمة، بل يجب فضلا عن ذلك أن تكون أهلا للتبرع. وذلك بأن تكون بالغة عاقلة راشدة غير محجور عليها لا لسفه ولا لجنون، لأن الخلع في حقها يعتبر معاوضة فيه شائبة التبرع. ولكن ماذا لو كانت صغيرة أو سفيهة أو مجنونة أو مريضة مرض الموت؟

الفرع الثاني: خلع الصغيرة والسفيهة والمجنونة والمريضة مرض الموت.

أولا- خلع الصغيرة والسفيهة والمجنونة:

إذا كانت المختلعة صغيرة أو سفيهة أو مجنونة لم يصح الخلع منها ولا من وليها أيا كان أو غيره: "فأما المحجور عليها لسفه أو صغير أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لأنه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لأنه ليس له إذن في التبرعات وهذا كالتبرع"[50].

ثانيا- خلع المريضة مرض الموت:

يرى جمهور الفقهاء أن خلع المريضة مرض الموت -المرض المخيف- وإن كان يتفق وخلع الصحيحة من جهة كون الفرقة تقع بهما جميعا". وجملة الأمر أن المختلعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعا لأنه معاوضه فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلاف"[51].

ويختلف عنه من جهة استحقاق البدل من الزوج، فبينما يرى الأحناف أن المريضة مرض الموت إذا خالعت زوجها ومانت في عدتها وهي بهذا المرض، فإن لزوجها الأقل ومن ميراثه ومن بدل الخلع ومن ثلث تركتها. فإن كان موتها بعد أن خالعت بعد انقضاء مدة العدة أو قبل الدخول فله الأقل من بدل الخلع وثلث تركتها، ولا يلتفت إلى ميراثه منها لعدم استحقاقه الإرث منها لموتها بعد العدة، ولبينونتها بلا عدة عند وقوع الخلع قبل الدخول[52].

يرى المالكية من جهتهم أنه يحرم على المريضة مرضا مخوفا الاختلاع، وكما يحرم عليها أن تخالع يحرم عليه كذلك -أي على الزوج- لاعانته لها على فعل الحرام. ولكن ينفذ الخلع ويقع به الطلاق، ولا توارث بينهما ولو ماتت في عدتها. أما إذا كان من جهة الزوج ووقع الخلع من جانبه ومات في مرضه فإنها ترثه حتى ولو انقضت عدتها وحتى ولو دخلت عصمة غيره، ولا يرثها إن ماتت

في مرضه قبله حتى ولو كانت مريضة وقت الخلع، لأن الإسقاط للمستحق كان منه، فكان لها ككل مطلقة أو في مرض موت مخوف أن ترثه إن مات من ذلك المرض دون أن يكون له الحق في ميراثها"[53].

ويرى الحنابلة صحة الخلع في مرض الموت، وللزوج ما خالعته عليه إن كان بقدر ميراثه منها أو ما دونه، فإن كان بزيادة بطلت هذه الزيادة "ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة"[54].

ويرى الشافعية أن المريضة مرض الموت، إذا خالعت في مرضها ومانت فإن لم يرد العوض على مهر المثل فهو من التركة، وإن زاد اعتبرت الزيادة من الثلث[55].

المطلب الثالث: الصيغة

الصيغة هي: اللفظ الذي يقع به الخلع، وهي الإيجاب من أحد الطرفين والقبول من الطرف الآخر.وإذا كان الأصل في صيغة الخلع أن تقع باللفظ فهل يجوز أن تقع بالفعل أي بالمعاطاة.

الفرع الأول: صيغة الخلع اللفظية: اختلف الفقهاء حول الصيغة اللفظية التي يقع بها الخلع على النحو الآتي:

أولا- الأحناف: يرى الأحناف أن ألفاظ الخلع خمسة وهي: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، وطلقي نفسك على كذا. ويزاد على هذا اللفظ البيع والشراء كبعت نفسك أو طلاقك على كذا. وقالوا: الواقع بلفظ بيع النفس أو بلفظ المبارأة، الواقع بهذه الألفاظ: طلاق بائن ولو بلا مال، ولكن يشترط أن ينوي بها الطلاق، لأنه من ألفاظ الكنايات فيقع به الطلاق مع النية....فإذا كان بلا مال، أو بطل وجوب المال إذا ذكر، فالواقع به الطلاق رجعي(56).

ثانيا- المالكية: يرى المالكية أن الخلع يقع بلفظه أي -بلفظ الخلع- أو بما في معناه ومن الألفاظ التي في معناه الصلح والإبراء والافتداء. غير أن هذه الألفاظ توجد بعض الفروق فيما بينها بالنسبة للبذل الذي تبذله المرأة، جاء في المدونة: "قال مالك:المبارأة التي تبارئ زوجها قبل أن يدخل بها فتقول: خذ الذي لك وتاركني ففعل فهي طلقة وقد قال ربيعة ينكحها إن لم يكن زاد على المبارأة ولم يسم طلاقا ولا البتة في مبارأته (قال) وقال مالك والمختلعة التي تخلع من كل الذي لها والمفتدية التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعضه قال مالك: وهذا كله سواء." (57)

ثالثا: الشافعية: ويرى الشافعية أن الخلع يقع بصرائح الطلاق كما يقع بكناياته مع النية بناء على أنه طلاق(58).

رابعا: الحنابلة:

يرى الحنابلة أن ألفاظ الخلع صريح وكناية، والصريح ثلاثة ألفاظ وهي: خالعتك، والمفاداة، وفسخت نكاحك، فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع ولو بدون نية، وماعدا هذه الألفاظ فهو كناية كأبرأتك، وأبنتك لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق[59].

والراجع أن الخلع يقع دونما اشتراط لوقوعه لفظا معينا أو صيغة معينة. فكل فرقة بعوض وتراض بين الزوجين هي صيغة صحيحة سواء كانت بلفظ الخلع أو غيره[60].

الفرع الثاني: صيغة الخلع بالمعاطاة

اختلف الرأي حول صحة الخلع بالمعاطاة[61]، فمنهم من قال بجوازه ومنهم من قال بعدم جوازه.

أولا/ القائلون بالجواز: وبه قال المالكية وبعض الحنابلة.

1-المالكية: جاء في مواهب الجليل:" قال في التوضيح في شرح قوله: الصيغة وهي كالبيع في الإيجاب والقبول هذا هو الركن الخامس وهو كالبيع في أنه لابد من الإيجاب والقبول ولا يشترط أن يكون بصيغة خاصة بل تكفي المعاطاة، قاله في المدونة وإن أخذ منها شيئا فأقبلت وقال ذلك بذلك ولم يسميا طلاقا فهو خلع انتهى"(62).

2-الحنابلة: ذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى جواز انعقاد الخلع بالمعاطاة فقد جاء في المغني:"ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج قال القاضي هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون وقد أومأ إليه أحمد وذهب أبو حفص العكبري وابن شهاب إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا"(63).

ثانيا/ القائلون بعدم الجواز: وبه قال الشافعية والحنابلة.

1-الشافعية: جاء في مغني المحتاج ويشترط قبولها الناطقة بلفظ غير منفصل بكلام أجنبي أو زمن طويل فتقول: قبلت أو اختلعت أو نحوه، فلا يصح القبول بالفعل وليس في الأدلة ما يفيده[64].

وجاء عند الحنابلة في المغني: "ولا يحصل الخلع بمجرد الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج"[65]؛ وفي كشاف القناع "ولا يصح الخلع بمجرد بدل المال وقبوله من غير لفظ الزوج لأنه تصرف في البضع بعوض، فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق".

والراجح بعد النظر في أدلة الفريقين[66] ما ذهب إليه القائلون بعدم الجواز لقوة حجتهم[67].

المطلب الرابع: العـوض

العوض هو: ما تبذله الزوجة لزوجها لقاء خلعها من عصمته. والفقهاء وإن اتفقوا فيما بينهم أن الخلع يجوز بكل ما له قيمة معترف بها شرعا معلومة ومملوكة للباذل شأنه شأن المهر، لأن ما يجوز أن يكون مهرا يجوز أن يكون عوضا في الخلع. إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك في مقدار هذا البدل وصفته وهو ما سنعالجه على النحو الآتي:

الفرع الأول: مقدار العوض في الخلع

اختلف الرأي حول مقدار البدل الذي تبذله الزوجة لزوجها لقاء خلعها من عصمته على اتجاهين[68]:

أولا/ الاتجاه القائل بجواز الخلع ببدل أيا كان مقداره:

يرى جمهور الفقهاء من حنفية[69] ومالكية[70] وشافعية[71] وحنابلة[72] أنه يجوز للمرأة مخالعة زوجها على ما تشاء أن تخالعه به قل ذلك عن صداقها أو أكثر، ولا اعتبار لحد العوض الذي يقع به الخلع طالما أن ذلك لا يتم إلا عن تراض بينهما، وهذا الرأي مروي عن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة والنخعي[73]. واستدلوا على وجهة نظرهم هذه من الكتاب والسنة ومن الأثر.

1-من الكتاب: قوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت "[74]. فقد اطلق الموالى سبحانه وتعالى الفداء ولم يقيده بحد فجاز قل أو كثر[75].

2-من السنة: ما روى عن أبي سعيد الخدري أنه قال:"كانت أختي تحت رجل من الأنصار فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها:"أتردين حديقته عليه" قالت: وأزيده، فخلعها فردت عليه حديقته وزادته[76].

فقد دل الحديث على أن ما زاد عن الصداق في الخلع جائز ولو لم يكن كذلك لما أجازه صلى الله عليه وسلم[77].

3-من الأثر: ما روى عن كثير بن أبي كثير أن إمرأة نشزت على زوجها فرفعها إلى عمر بن الخطاب، فقال عمر لزوجها: اخلعها ولو من قرطها[78].

وما روي عن عبد الله بن محمد أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخاصمته في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه[79].

وما روي عن نافع أن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من كل شيء لها وكل ثوب لها حتى من نقبتها[80].

ولعل هذا الاتجاه هو الذي اعتمده المشرع الجزائري عندما نص على أنه للزوجة مخالعة نفسها بمقابل مالي دون بيانه لمقدار هذا المقابل تاركا أمر تقديره للزوجة والزوج. فإن تعذر اتفاقهما حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم (م 54. من الأسرة 05-02).

ثانيا: الاتجاه القائل بعدم جواز البدل في الخلع بأكثر من المهر:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته بدل خلع أكثر من مهرها، فإن فعل رد الزيادة وإلى هذا ذهب طاووس وعطاء والزهري[81]، واستدلوا بالسنة ومن المعقول.

1-السنة: ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما اعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم:"أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد"[82].

فدل الحديث على عدم جواز أخذ الرجل من زوجته عند الخلع بدلا أكثر من مهرها ولا يزاد. ويرد على هذا بأن الحديث معارض لما روي عن عمر بن الخطاب وعثمان وقد اشتهر ولم يخالفهما فيه أحد من الصحابة، فأضحى إجماعا. ثم أن هناك روايات أخرى لم تذكر هذه الزيادة "ولا يزاد".

2-من المعقول: لما كان الخلع فسخا لعقد نكاح لم يجز أن يكون بأكثر مما وقع عليه عقد النكاح كما لا يجوز الإقالة في البيع بأكثر من الثمن[83].

ويرد على هذا القول بأن الخلع فسخ غير صحيح، والصواب أنه طلاق مبتدأ مثله مثل الطلاق ولو لم يشترط فيه البدل.

أما عن قياس الخلع على الإقالة في البيع فهو قياس في غير موضعه لوجود فروق بينهما. فلو خالع الرجل زوجته على أقل من صداقها جاز بلا خلاف أما الإقالة بأقل من الثمن فلا تجوز، كما أن الخلع يجوز من غير مقابل أصلا وهذا لا يجوز في الإقالة[84].

الناظر في أدلة الفريقين يرى بأن أدلة الفريق الأول أولى بالاعتبار لعدة أسباب.

-قوة أدلتهم.

-أن أساس التعامل في المعاوضات التراضي وقد تحقق في الخلع.

-إن المسألة أخذت شكل الإجماع ولم يعد يعرف لها من مخالف[85].

الفرع الثاني: صفة العوض في الخلع

لا خلاف بين الفقهاء حول جواز الخلع بما له قيمة مالية معتبرة شرعا معلومة الصفة والمقدار، مقدور على تسليمها، غير أنهم اختلفوا في العوض المجهول على مذهبين. فبينما يرى الأول -وهو لجمهور الفقهاء - جواز الخلع بالعوض المجهول يرى الفريق الثاني عدم جوازه.

أولا: القائلون بجواز الخلع بعوض مجهول:

يرى هؤلاء[86] أن الخلع يجوز بعوض مجهول ودليلهم على ذلك:

1- من الكتاب: قوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[87]، وهذا عام يشمل المعلوم والمجهول[88].

2-من المعقول: أن المجهول يصلح أن يملك بالهبة والوصية فجاز أن يكون بدلا في الخلع كسائر الأعيان[89].

ثانيا: القائلون بعدم جواز الخلع بعوض مجهول:

ويرى هؤلاء أن الخلع بالعوض المجهول باطل، لأنه معاوضة فهو كالبيع لا يصح بمجهول[90].

ولعل في رأي الجمهور من الوجاهة وقوة الدليل ما يحمل على الأخذ به والركون إليه. فإذا كان الخلع جائزا من غير عوض فبالعوض المجهول أولى.

المطلب الخامس: المعـوض

المعوض وهو: البضع، ويشترط فيه أن يكون مملوكا للزوج، فلا خلع كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند الحديث عن مخالعة المرأة لنفسها في طلاق بائن لأن خلع يزيل ملك الزوج بما تفتدي به المرأة نفسها. وملك الزوج في طلاق بائن لأن الخلع يزيل ملك الزوج بما تفتدي به المرأة نفسها، وملك الزوج في طلق بائن قد زال فالمرأة لم تعد محلا لايقاع الخلع وهذا بخلاف ما إذا كانت في طلاق رجعي لم تتنه فيه عدتها، إذ لا يزول الملك بهذا الطلاق ويمكن للزوج مراجعتها[91]. وقيل لا يصح لعدم الحاجة إليه[92].

ويجوز الخلع في الحيض وفي الطهر الذي مسها فيه، لأن المنع من الطلاق من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه، وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاها

بأدناها ولذلك لم يسأل صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها، ولأن ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به، ودليلا على رجحان مصلحتها فيه[93].

هذا وبعد أن فرغنا من الحديث عن أركان الخلع عند جمهور الفقهاء بقي لنا الحديث عنها في التشريع الجزائري. وأقول هنا أن المشرع الجزائري وإن لم يذكر هذه الأركان صراحة فإنها مستفادة من نص المادة 54 من الأمر 05-02 والتي جاءت على النحو الآتي: يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

فالناظر في هذا النص يلاحظ أن الحديث عن الخلع لا يقوم إلا حيث تكون هناك علاقة زوجية صحيحة بين الزوج "الخالع" والزوجة "المختلعة" وهما ركنان في الخلع عند جمهور الفقهاء، كما أن هذا الخلع لا يستقيم ولا يقوم إلا بصيغة يمثلها الإيجاب من طرف والقبول من طرف آخر، وبهذا يتحقق الركن الثالث "الصيغة". وأن هذا الخلع لا يقع إلا ببذل مالي تبذله الزوجة في سبيل خلاصها من زوجها وهو الركن الرابع في الخلع والمعبر عنه بـ"العوض". أما الركن الخامس وهو "المعوض" فهو الآخر مستفاد من النص ذاته إذ لا حديث عن الخلع إلا لمالك البضع وهو الزوج فإذا كان غير مالك للبضع بأن كانت الزوجة مطلقة طلاقا بائنا فلا يصح الخلع على ما سلف البيان عند الحديث عن مخالعة المرأة لنفسها وعند الحديث عن المعوض.

أما عن الأحكام التفصيلية التي أوردناها ونحن بصدد الحديث عن أركان الخلع عند جمهور الفقهاء والتي خلا منها نص المادة 54 المنوه عنه سلفا، فيمكن اعتمادها وفقا لأحكام المادة م 222 من قانون الأسرة التي تنص صراحة على أن:

"كل عالم يرد النص عليه في هذا القانون – أي قانون الأسرة – يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

المبحث الثالث: آثار الخلع

المطلب الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين

إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على وقوع الفرقة فيا بين الزوجين بسبب الخلع فإنهم اختلفوا في نوعها، فمنهم من قال تقع طلاقا ومنهم من قال: تقع فسخا.

الفرع الأول: القائلون بوقوع الفرقة بالخلع طلاقا

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الفرقة خلعا يقع بها الطلاق وإلى هذا ذهب الحنفية[94] والمالكية[95] والشافعية في إحدى الجديد[96] وأحمد في إحدى الروايتين[97] وبه قال عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وابن مسعود والحسن البصري، وشريح وإبراهيم النخعي وغيرهم[98].

واستدلوا على وجهة نظرهم هذه بالكتاب والسنة والمعقول.

أولا/ من الكتاب: قوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"؛ إلى قوله جل وعلا: "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[99]. إلى قوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"[100].

فالمولى سبحانه وتعالى ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما[101].

ثانيا/ من السنة: ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا في دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[102].

فقد جعل الرسول صلى الله عليه وسلم الخلع طلاقا حيث قال لثابت اقبل الحديقة وطلقها تطليقة.

ثالثا/ من المعقول: أن الزوج أخذ العوض على ما يملكه، والذي يملكه الطلاق لا الفسخ فلو قال بالفسخ ولم يرد به الطلاق لم يقع[103].

أن الخلع لو كان فسخا لما جاز على غير الصداق لأن الفسخ يوجب استرجاع البدل فدل على أنه طلاق[104].

الفرع الثاني: القائلون بوقوع الفرقة بالخلع فسخا

ذهب هذا الفريق إلى أن الفرقة بالخلع تقع فسخا واستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة وبالعقول.

أولا/ من الكتاب: قوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" ثم قال تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" إلى أن قال: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"[105].

أنه لو كان الخلع طلاقا لصار مع الطلقتين المتقدمتين عليه ثلاثا، فتحرم بذلك المرأة على زوجها ولا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجا غيره، ولما قال بعده: "فإن طلقها -يعني الطلقة الثالثة- فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، لأنه قد طلقها، وصار التحريم متعلقا بأربع لا بثلاث.

غير أن الذي يؤخذ على هذا الاستدلال أن قوله تعالى "الطلاق مرتان" أفاد حكم الاثنين إذا أوقعهما على غير وجه الخلع، وأثبت معهما الرجعة بقوله تعالى: "فإمساك بمعروف" ثم ذكر حكمهما إذا كانتا على وجه الخلع، وأبان عن موضع الحظر والإباحة فيهما، والحال التي يجوز فيها أخذ المال أو لا يجوز. ثم عطف على ذلك قوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" فعاد

ذلك إلى الاثنين المتقدم ذكرهما على وجه الخلع تارة وعلى غير وجه الخلع تارة أخرى، فليس فيه دلالة على أن الخلع بعد الاثنين ثم الرابعة بعد الخلع[106].

ثانيا/ من السنة: ما روي عن ابن عباس من أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد رسول الله فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضه[107].

فدل الحديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر المختلعة أن تعتد بحيضة واحدة مع أن عدة المطلقة ثلاث حيضات. فلو كانت هذه مطلقة لما اقتصر في حكم عدتها على قرء واحد[108].

ثالثا/ من المعقول: إن النكاح عقد محتمل للفسخ حتى أنه يفسخ بخيار عدم الكفاءة، وخيار العتق، فيحمل الفسخ بالتراضي أيضا وذلك بالخلع فهو عقد معاوضة كالبيع والشراء[109].

غير أن هذا الاستدلال لقي ردا مفاده أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، فلا يفسخ بالهلال بعد التسليم، فالملك ثابت به ضروري لا يظهر إلا في حق الاستيفاء.

ثم أن الفسخ لعدم الكفاءة فسخ قبل التمام، فكان في معنى الامتناع من الإتمام، وكذلك في خيار البلوغ والعتق، فأما الخلع فيكون بعد تمام العقد، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع في الحال، فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازا وذلك إنما يكون بالطلاق[110].

ومن جهة ثانية فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لثابت في مخالعة زوجته دون أن يسأله عن حالها ما إذا كانت في طهر أم لا. مع العلم أن الطلاق حال الحيض أو الطهر الذي تم مسها فيه حرام. فلو كان الخلع طلاقا لما سكت رسول الله عن الاستكشاف، بل أن أمره بالخلع مطلقا دلالة على أن الخلع ليس بطلاق[111].

ومن جهة ثالثة أنه لا يصح جعل الخلع طلاقا، لأن لو كان كذلك لكان بائنا أو رجعيا، ولا سبيل إلى الأول لأنهما طلقة واحدة، ولا سبيل للثاني لأن فيه إهدار لبدل المرأة الذي افتدت به نفسها[112].

والذي يمكن الركون إليه مما ساقه كل فريق من أدلة الرأي القائل بأن الفرقة بالخلع تقع طلاقا وذلك:

-لأن القول بأن الخلع فسخ يعني أن الخلع لا يصح بالزيادة على المهر كالإقالة في البيع فإنها لا تصح بأزيد من الثمن، ولكن الخلع يصح بأكثر من المهر كما يصح بأقله فدل ذلك على أنه طلاق وليس بفسخ.

-لأن القول بأن الخلع فسخ يعني انه لو خالع الرجل زوجته ولم يذكر المهر وجب أن يلزمها المهر كالإقالة، فإن الثمن يجب رده وإن لم يذكر، ولما لم يكن كذلك ثبت أن الخلع ليس بفسخ، وإذا بطل كونه فسخا كان طلاقا.

والظاهر في هذا كله أن المشرع الجزائري يأخذ بما ذهب إليه الفريق الأول وذلك لما يأتي.

-أنه جعل الخلع تحت عنوان الفصل الأول الذي عنونه بـــ"الطلاق". وهو الفصل الذي أدرجه ضمن الباب الثاني والذي عنونه بـــ"انحلال الزواج".

-أن الخلع لا يثبت إلا بحكم شأنه شأن الطلاق.

-أن مراجعة الزوجة بعد صدور الحكم بالخلع لا يكون إلا بعقد جديد شأنه شأن الطلاق كذلك.

-أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع تكون نهائية غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المالية.

المطلب الثاني: آثار الخلع على الحقوق الزوجية(113)

السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هل أن الخلع يؤثر في الحقوق الزوجية؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول أنه لم يتفق الرأي حول مسألة أثر الخلع في الحقوق الزوجية. فبينما يذهب الأحناف إلى أن أثر الخلع يختلف باختلاف صيغه، يرى جمهور الفقهاء أنه لا أثر للخلع إلا فيما يسمى في عقده.

وفيما يلي إليك بيان ذلك.

الفرع الأول: الرأي القائل باختلاف أثر الخلع باختلاف صيغه

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخلع قد يكون بلفظ الطلاق على مال وقد يكون بلفظ الخلع وقد يكون بلفظ المبارأه ولكل صيغة مدلولها.

أولا: آثار الخلع بصيغة الطلاق على مال:

لا خلاف بين الأحناف في أن الطلاق على مال لا يبرأ به الزوج من سائر الحقوق الزوجية التي وجبت لزوجته بعقد النكاح كالمهر.

ثانيا: آثار الخلع بلفظ الخلع أو المبارأة:

المبارأة كالخلع عند أبي حنيفة كلاهما يسقط كل حق لكل من الزوجين على الآخر بما يتعلق بالنكاح.غير أن ما يجب الإشارة إليه هنا أن قولهم بالسقوط ليس على عمومه أو إطلاقه وإنما هو يخص المهر والنفقة الماضية للزوجة إذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة، فلا تقع البراءة منهما وإن كانا من الحقوق الزوجية. وللمختلعة النفقة والسكنى إلا إذا اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع.

وقال الإمام محمد صاحب أبي حنيفة إذا جرى الخلع بلفظ الخلع أو بلفظ المبارأة سقط من الحقوق ما سماه الزوجان واتفقا عليه فقط دون ما لم يسمياه.

الفرع الثاني: الرأي القائل بألا أثر للخلع إلا فيما سمي في عقد الخلع

يرى جمهور الفقهاء أن الخلع لا يترتب عليه سقوط حقوق الزوجين لأن أثره يقتصر فحسب على ما سمي من بدل الخلع في المخالعة. فهذا الذي تم الاتفاق عليه بين الزوجين فلا يجوز أن يمتد أثره إلى غير هذا المسمى.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأن الخلع معارضة فلا يمتد إلا إلى ما تم التراضي عليه وسمي عند الاتفاق.والظاهر أن المشروع الجزائري سلك هذا المسلك وذلك لان اكتفاءه بالنص على البدل المالي للخلع عند الاتفاق وجعله بيد القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم عند عدم الاتفاق دون مده إلى باقي الحقوق الأخرى دلالة قاطعة على أن الحقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج حال قيامه تظل على أصلها قائمة ومستحقة لا يسقطها الخلع.

المبحث الرابع: الجهة التي يتم الخلع أمامها وحكم إجابة الزوج طلب زوجته له:

في هذا المبحث نحاول أن نقف على الجهة التي يتم أمامها الخلع، ومدى إمكانية إلزام الزوج بالإستجابة لطلب زوجته الخلع.

المطلب الأول: الجهة التي يقع الخلع أمامها

اختلف الفقهاء حول اشتراط أذن القاضي لإيقاع الخلع من عدمه فبينما يرى جمهور الفقهاء عدم جواز اشتراط الاذن يرى آخرون لزومه

الفرع الأول: الرأي القائل بجواز الخلع دون إذن القاضي

يرى أصحاب هذا الرأي أن الخلع لا يحتاج إلى الترافع أمام القضاء، فليس له حضوره، ولا هو في حاجة إلى إذنه وإنما يكفي تراض الزوجين عليه واتفاقهما على العوض. وإلى هذا ذهب الحنفية[114] والمالكية[115] والشافعية[116]

والحنابلة[117] وبه قال: عمر بن الخطاب وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وغيرهم رضي الله عنهم جميعا[118]. مستدلين على وجهة نظرهم هذه من الكتاب والسنة والأثر والمعقول.

أولا: من الكتاب: قوله تعالى:" فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"[119]. فدلت الآية على أن الخلع يتم بالتراضي بين الزوجين إذا طابت نفسهما بما تدفعه، جاز للزوج قبوله أو اتمام الخلع وليس في هذا حاجة إلى سلطان.

قوله تعالى:" فلا جناح عليها فيما افتدت به" وقوله[120]:" ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة"[121].

فقد أباح المولى سبحانه وتعالى للزوج أخذ ما تراضى عليه مع زوجته دون حاجة إلى سلطان فدل ذلك على عدم اشتراط القاضي في الخلع[122].

ثانيا/ من السنة: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت أنه قال لها أتريدين عليه حديقته قالت نعم.ثم قال صلى الله عليه وسلم لثابت: "خذها وفارقها"(123).

فقوله لثابت خذها وفارقها دلالة على أن القاضي ليس يشترط في الخلع لأنه لو كان الخلع للقاضي لم يسألها صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا خاطب ثابت بقوله:"أخلها"، بل كان خلعها منه ورد عليه حديقته ولو لم يرض أحدهما بذلك.

ثالثا/ من الأثر: ما روى من أن امرأة خالعت زوجها بألف درهم، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجازه(124).

ما روى من أن امرأة خالعت زوجها بجميع ملكها فأجازه سيدنا عثمان وأمره أن يأخذ ما دون عقاص الرأس[125].

وفي هذين القضاءين ما يدل على جواز الخلع من دون إذن القاضي فلو لم يكن جائزا لرده كل من عمر وعثمان حتى يحصل عند القاضي[126].

رابعا/ من المعقول:

-أن الخلع عقد معارضة فلم يحتج إلى قاضي كالبيع والنكاح[127].

-أن تملك البضع بالنكاح لا يفتقر إلى حكم حاكم. فلذلك تمليكه أولى أن لا يفتقر إلى حكم حاكم، لان شروط النكاح أغلظ من شروط الخلع[128].

الفرع الثاني: الرأي القائل بلزوم إذن القاضي في الخلع

يرى أصحاب هذا الرأي أن الخلع لا يجوز إلا عند القاضي وبهذا قال حسن البصري ومحمد بن سيرين وسعيد بن جبير[129].واستدلوا في سبيل إسناد وجهة نظرهم هذه بالكتاب والسنة والمعقول

أولا/ من الكتاب: قوله تعالى:"فإن خفتم ألا يقيما حدودَ الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[130].

ففي قوله:"فإن خفتم" خطاب للولاة والحكام، فنظم الآية يفيد أن أول الكلام خطاب للحكام، وآخره للأزواج. فدل هذا على حضور الحاكم شرط في الخلع، كما هو حضور الأزواج شرط فيه[131].

ثانيا/ من السنة: ما روي عن عائشة رضي الله عنها من أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس فضربها فكسر بعضها، فأتت الرسول صلى الله عليه وسلم الصبح فأشتكت إليه، فدعا النبي ثابتا فقال:" خذ بعض مالها وفارقها، فقال:ويصلح ذلك يا رسول الله قال نعم قال: فإني أصدقها حديقتين وهما بيدها، فقال النبي :"خذها وفارقها" ففعل[132].

فـــدل الحديـــث على تولي النبي صلى الله عليه وسلم الخلع بنفسه فكان الخلع للسلطان لانه لو كان يجوز لها التفـــرد به لو كله إليها ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ منها ويفارقها[133].

ثالثا/ من المعقول: إن النشوز شرط في الخلع،وهو يتضمن الخصومة، وهي تحتاج إلى قاضي لفضها والفصل فيما بينهما فيها[134].

والراجح في هذا ما انتهى اليه جمهور الفقهاء للأسباب الآتية:

- قوة حججهم وضعف أدلة مخالفيهم.
- أن الخلع يعتمد التراضي بين الزوجين فهو كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض، وللزوج ولاية ايقاعه وللزوجة ولاية التزام العوض فلا معنى لحضور القاضي.
- إن تدخل القاضي لا يكون إلا حيث النزاع وحيث لا نزاع لا حاجة لتدخل القاضي وهذا حال العقود جميعا.

وإذا كان هذا رأي القائلين بعدم وجوب الإذن والقائلين بلزومه. فماذا عن موقف المشرع الجزائري؟ المشرع الجزائري وإن لم يفصح عن وجهة نظره في هذه المسألة صراحة إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن الخلع وباعتباره طلاقا فإنه يأخذ حكمه. ولما كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم وفقا لأحكام نص المادة 49 من الأمر 05-02 وأن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع وفقا لأحكام نص المادة 57 من نفس الأمر تكون نهائية غير قابلة للاستئناف فيما عدا قسمها المالي، فإن الخلع هو الآخر لا يقع إلا بإذن من القاضي، ويعزز هذا الطرح نص المادة 54 الذي يخول الزوجة حق المخالعة ولو بغير رضاء زوجها.

المطلب الثاني: حكم إجابة الزوج طلب زوجته الخلع

اختلف الفقهاء حول هذه المسألة بين قائل بعدم جواز إجبار الزوج على الاستجابة لطلب زوجته الخلع وبين قائل بإجباره على ذلك.

الفرع الأول: القائلون بعدم جواز إجبار الزوج على الاستجابة لطلب الزوجة الخلع

يرى عامة الفقهاء أنه إذا حدث وأن طالبت الزوجة زوجها الخلع ورفض فلا يمكن إجباره على ذلك ، وأن ذلك يكون لإختياره لأن العقد معارضة يستلزم التراضي، ولما كان الزوج ممنوعا من إجبار المرأة على دفع العوض لإفتداء نفسها وإجبارها على الخلع، كان غير مجبر على قبول العوض. واستدلوا على وجهة نظرهم هذه من الكتاب ومن الأثر.

أولا/ من الكتاب: قوله سبحانه وتعالى:" فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"[135].

فدلت الآية على جواز الخلع بين الزوجين إذا خافا ألا يقيما حدود الله، فيحل للزوجة دفع البدل، وللزوج أخذه وليس فيما يدل على إجبار أحدهما فيما هو له.

وماروي في سبب نزول هذه الآية من أن ثابت اشترط عند رسول الله صلى الله رد الحديقة عليه ولو علم أن الأمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما تجرأ على الإشتراط في حضرته ولما أقره على ذلك،وإنما تبين أن ثابت رفضها زوجة له بعد ما تبنين كرهها له، فطلب عوض الخلع بإختياره[136].

ثانيا/ من الأثر: ما روى من أن امرأة نشزت على عهد عمر بن الخطاب فبيتها في إصطبل من الزبل لثلاث ليالي، ثم دعاها فقال لها:كيف رأيت مكانك فقالت: ما رأيت ليالي أقر لعيني منها. وما وجدت الراحة منذ أن كنت عنده إلا هذه الليالي .فقال عمر هذا وأبيكم المنشوز، وقال لزوجها: اخلعها ولو من قرطها اختلعها بما دون عقاص رأسها فلا خير لك فيها.

فقول عمر هذا يدل على أن الزوج لا يجبر على إجابة زوجته إلى الخلع إذا طلبته، لأنه بقوله له: لا خير لك فيها، يحثه على اختلاعها ولو كان للقاضي اجباره على القول لالزم الرجل به[137].

وما روي كذلك عن سيدنا عمر من أنه قال:"إذا أراد النساء الخلع فلا تكفرهن"[138].

وفي هذا القول حث من عمر رضي الله عنه للأزواج على قبول الخلع في حال ثبوت نشوز أزواجهن.

ويقول الطبري:"غير أني اختار للرجل استحبابا لا تحتميا، إذا تبين من أمرأته أن افتداءها لغير معصية الله،بل خوفا منها على دينها أن يفارقها[139].

الفرع الثاني: القائلون بجواز إجبار الزوج على إجابة طلب زوجته للخلع

ذهب بعض العلماء إلى أن المرأة إذا طلبت الخلع ونشزت على زوجها أجبر الزوج على اختلاعها واستدلوا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[140].

والظاهر أن المشرع الجزائري اعتمد هذا الرأي عندما أعطى الزوجة الحق في مخالعة زوجها ولو دون موافقة منه:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" المادة 54 من الامر 05 - 02 وهو التوجه الذي سبق للمحكمة العليا وأن أقرته في العديد من القرارات الصادرة عنها في ظل النص القديم الذي كان ينص على أنه:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". م 54 من القانون 84-11.

ومنها القرار رقم 115118 الصادر بتاريخ 1994/04/19 والذي جاء فيه:" إن الخلع أجازته الشريعة الاسلامية وكرسه قانون الأسرة وسواء رضي به

الزوج أو لم يرض، يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى موافقة الزوج"[141].

وكذا القرار رقم 141262 الصادر بتاريخ 1996/07/30 والذي يظهر أنه ذهب إلى ابعد من ذلك عندما اعتبرت الخلع حق خولته الشريعة الاسلامية للمرأة وليس عقدا رضائيا فجاء فيه:" من المقرر قانونيا وشرعا أن: " الخلع حق خولته الشريعة الاسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا"[142].

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم جدلا فقهيا ظل قائما قبل صدور القانون رقم 84-11 وظل كذلك صدور الأمر 05-02.

والذي أراه أن المشرع الجزائري أجاد إلى حد ما في هذه المسالة وذلك للآتي:

-أن في إعطاء الزوجة حق افتداء نفسها ببدل تدفعه لزوجها يتفق والحكمة من تشريع الخلع الذي جاء أساسا لرفع الضرر عنها والذي قد يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه.

ولو علق على شرط موافقة الزوج لا تنتفت هذه الحكمة، إذ عندها يمكن لأي زوج أن يمانع الخلع وتظل الزوجة في عصمته.

-أن ما قاله العلماء من انه على الرجل مفارقتها استحبابا لا تحتيما يستقيم والضمائر الحية والأنفس الأبية التي تخشى أن لا تقيم حدود الله أما وحالنا اليوم على ماهو عليه وأمام ضعف الوازع الديني والأخلاقي لدى الكثير من الناس فلم يعد من بد عند الاقتضاء من اللجوء إلى القضاء وطلب الخلع وللقاضي بعدها تقدير ذلك.

-أن ما تم إيراده من أدلة على عدم جواز إجبار الزوج على الخلع إذا رغبته الزوجة لا يوجد به ما يقطع بصحة الفهم الذي انتهوا إليه. مما يفتح المجال للقول

بأن الخلع يقع إذا تراضاه الزوجان أما إذا رغبته الزوجة ورفض الزوج ذلك ورأت أن بقاءها على عصمته فيه خشية من وقوعها في الكفر كان لها أن تلجأ للقاضي لإيقاعه وله سلطة تقدير الاستجابة لها من عدمها.

الـخـاتـمـــة:

بعد هذه الدراسة الموجزة لبعض جوانب الخلع يمكن أن ننتهي إلى النتائج التالية:

-أن المشرع الجزائري في القانون رقم 84-11 والأمر 05-02 لم يتناول جميع الأحكام المتعلقة بموضوع الخلع وإنما اكتفى بإيراد نص واحد هو نص المادة 54. وعلى ذلك فإن المرجع في استكمال ما لم يرد بالنص هو الشريعة الإسلامية عملا بأحكام نص المادة 222 من القانون رقم 84-11.

-إن الأركان الخمسة التي قال بها الجمهور لقيام الخلع مستفادة من نص المادة 54 من أمر 05-02.

-أن للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على عوض أيا كان مقداره تدفعه له يتم الاتفاق عليه بينهما وفي هذا يلتقي المشرع الجزائري وجمهور الفقهاء.

-أنه إذا حدث وأن تعذر على الزوجة والزوج الاتفاق على بدل الخلع. كان للقاضي الحكم به على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور حكم الخلع.

-أن الخلع شأنه شأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، وأن الطلقة التي تقع به تكون بائنة، وإذا أراد الزوج إرجاع زوجته بعدها إلى عصمته فلا بد له من عقد ومهر جديدين.

-أن الحقوق الزوجية المترتبة على عقد الزواج حال قيامه تظل قائمة ولا تسقط بالخلع.

-أن الزوجة لها أن توقع الخلع بإرادتها المنفردة، ويمكن إجبار الزوج على إيقاعه قضاءا ولو بدون موافقتها.

قائمة المصادر والمراجع المعتمدة في إعداد البحث

-القرآن الكريم.

-ابن الأثير، النهاية، ج2.

-أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق أحمد شاكر، دار المعارف، ط3، ج5.

-أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، بيروت، ط4، 2001.

-أحمد بن يحي المرتضي، البحر الزخار الجامع بمذاهب علماء الأمصار، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج4.

-البخاري، صحيح البخاري، تحقيق قاسم الشماعي الرفاعي، دار القلم، بيروت،ج5

-البهوتي، كشاف القناع على متن الاقناع، عالم الكتب، بيروت، ج3.

-البيضاوي، أنوار التنـــزيل وأسرار التأويل، دار الجيل.

-البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، ج7.

-الترمذي، السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، ج7.

-ابن الجزي، زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي، بيروت،ط3، 1984، ج1.

-الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصالح قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط92، ج2.

-د.جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

-ابن حزم، المحلى، دار التراث، ج10.

-الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط2، 1978 ج4.

-أبو حيان، البحر المحيط، ج2.

-أبو داود، السنن، دار الحديث، القاهرة.

-الدردير، شرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج2.
-الرازي، مفاتيح الغيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2.
-الزبيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت، ج2.
-الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، بولاق، ج2.
-السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج6.
-السمرقندي، بحر العلوم، تحقيق علي محمد عوض ومن معه، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1.
-الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج3.
-الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على التحرير، مصطفى حلبي، ج2.
-الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من حديث سيد الأخيار، دار الحديث، القاهرة، ج6.
-الشيرازي، المهذب، دار إحياء الكتب العربية، ج16.
-الطبري،جامع البيان في تأويل القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت،ج2
-ابن عابدين، الدر المختار، ج3.
-الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار العلم للجميع، بيروت، ج3.
-الفراء، معاني القرآن، تحقيق أحمد يوسف النجاني، محمد علي النجار، دار السرور، ج1.
-ابن قدامه، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط83، ج8.
-القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، دار الفكر العربي، بيروت، ج2.
-القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2.
-القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت
-الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4.

-د.عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1997، ج8.

-ابن ماجه، السنن، دار إيحاء الكتب العربية.

-مالك، المدونة الكبرى، دار صادر، ج2.

-الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 19.

-الشيخ مرعي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، قطر،ج3

-ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار لسان العرب، بيروت، ج1.

-المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر العربي، بيروت، ط2، ج4.

-ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2 ج4.

-النووي، روضة الطالبين دار الكتب العلمية، ج5.

-النووي، المنهاج، ج5.

-ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج4.

-د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط4، 1997، ج7.

-قسم المستندات والنشر، المحكمة العليا، نشرة القضاة، عدد52، 1997

-قسم المستندات والنشر، المحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد1، 1998.

الهوامش:

[1] وهنا من الأهمية بمكان الإشارة إلى أن هذا الطرح ليس على إطلاقه كما قد يتبادر إلى الذهن، فكل قاعدة لها استثناء كما يقولون، ذلك أنه من الرجال من هو أشد تأثرا وأسرع انفعالا من النساء، ومن النساء من هو أشد وأفضل من الرجال أناة وقدرة على ضبط النفس والتبصر بعواقب الأمور. ولكن لما كان الغالب الأعم أن النساء لا يتوفرن على هذه الصفات كان الحكم كذلك.

[2]-محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت، ج5 ص 321.

[3]-ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار لسان العرب، بيروت، م1، ص 881.

[4]-الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، ج3، ص18.

[5]-ابن الأثير، النهاية، ج2، ص65.
[6]-راجع في هذا: الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأميرية، بولاق، ج2، ص267- ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج4، ص58.
[7]-ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج4، ص77.
[8]-د.جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ط 2003، ص28.
[9]-راجع في هذا:
الحطاب" مواهب الجليل لشرح مختصر خليل"،دار الفكر العربي،ط2، 1978، ج4،ص18
العواق" التاج والاكليل لمختصر خليل" دار الفكر العربي، ط2، 1978، ج4، ص18
[10]- د/جمال عبد الوهاب عبد الغفار، م س ، ص29
[11]- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى الحلبي، ج3،ص 262
[12]-د/جمال عبد الوهاب عبد الغفار،م ن، ص 29، 30
[13]-البهوتي" كشاف القناع على متن الاقناع، عالم الكتب، بيروت، ج3، ص126
[14]- د/ جمال الفندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الإمارات العربية المتحدة، ط4، 2001، ص455
[15]-راجع هذا الرأي في: ابن قدامه "المغني"، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ج8، ط 1983، ص 174
-ابن رشد، "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، دار المعرفة، بيروت، ج2، ط9، ص 67.
[16]-سورة النساء، الآية 20.
[17]-سورة البقرة، الآية 229.
[18]-انظر في تفسير الآية:
-الجصاص "أحكام القرآن" تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج2، 1992، ص 89 -90.
-السمرقندي، "بحر العلوم"، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، زكريا عبد المجيد النوتي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ط1، 1993، ص 208-209.
-البيضاوي، "أنوار التنزيل وأسرار التأويل"، دار الجيل، ص 50.
-ابن الجوزي، "زاد المسير في علم التفسير"، المكتب الإسلامي، بيروت، ج1، ط3، 1984.
-أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ج1، ص 173.
-الفراء، "معاني القرآن"، تحقيق أحمد يوسف نجاتي، محمد علي النجار، دار السرور، ج1، ص 146-147.
[19]-البخاري، صحيح البخاري، تحقيق قاسم الشماعي الرفاعي، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم 200.
[20]-د/وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ج7، ص 482.
[21]-ابن الجوزي، مصدر سابق، ص 125.
[22]-ابن قدامه، مصدر سابق، ص 174.
[23]-الإمام مالك، المدونة الكبرى، دار صادر، ج3، ص341.
[24]-الإمام مالك، المصدر نفسه، ص 341.
[25]-ابن ماجه، "سنن بن ماجه" كتاب الطلاق، باب عدة المختلعة، ج1، دار إحياء الكتب العربية، ص 663
[26]-الشيرازي، المهذب، دار إحياء الكتب العربية، ج16، ص3.
[27]-ابن قدامه، المصدر السابق، ص 173.
[28]-ابن قدامه، المصدر السابق، ص 177.
[29]-الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج19، ص6.
[30]-ابن قدامه، المصدر نفسه، ص 177.
[31]-أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق أحمد شاكر، دار المعارف، ج5، ط3، ص277.
[32]-الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر، بيروت، ج4، ص 366.
[33]-ابن قدامه، المصدر نفسه، ص 177.

[34]-د/عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج8، ط3، 1997، ص 123، 124.
[35]-البهوتي، المصدر السابق، ج3، ص 127.
[36]-ابن قدامه، المصدر السابق، ص 178.
[37]-انظر الحكمة من التشريع في: د-عبد الكريم زيدان، م س، ص 125. د-أحمد الغندور، م س، ص 454.
[38]-سورة البقرة، الآية 229.
[39]-سبق تخريجه.
[40]-ابن قدامه، مصدر سابق، ص175.
[41]-يرى الأحناف أن أركان الخلع إذا كان يعوض هي الصيغة أما إذا كان بدون عوض فهي طلاق: انظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، ص 98.
[42]-راجع: الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج3، ص 363.
[43]-أجاز الحنابلة أن يكون محيزا بعقله.
[44]-ابن عابدين، الدر المختار، ج3، ص 441.
[45]-الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج2، ص 252.
[46]-النووي، المنهاج، ج3، ص 263.
[47]-الشيخ مرعي، غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى، قطر، ج32، ص 101.
[48]-د.عبد الكريم زيدان، م س، ص 139 وما بعدها.
[49]-راجع في هذا: السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج6، ص 175، 176.
-الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 265.
-ابن قدامه، المصدر السابق، ج8، ص 184.
[50]- ابن قدامه، المصدر السابق، ج8، ص 215.
[51]-المصدر نفسه، ص 222.
[52]-السرخسي، مصدر سابق، ج6، ص 192.
[53]-الدردير، المصدر السابق، ج2، ص 354-355.
[54]-ابن قدامه، المصدر السابق، ج8، ص 222.
[55]-راجع: الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 264-265.
[56]-ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 443.
[57]-مالك، المصدر السابق، ج2، ص 345-346.
[58]-الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 268.
[59]-ابن قدامه، المصدر السابق، ص 181.
[60]-د-عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 171.
[61]-المقصود بالمعاطاة هنا، قيام الزوجة بفعل معين يدل على رغبتها في الخلع فيقوم الزوج بما يدل على قبوله ذلك كما إذا عرضت عليه بدلا وتسلمه دون أن يعارضها الخروج من بيت الزوجية.
[62]-الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر ، ط2، 1978، ج4، ص 37.
[63]-ابن قدامه، المصدر نفسه، ص 182.
[64]-الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 269.
[65]-ابن قدامه، المصدر السابق، ج3، ص 182.
[66]-انظر: ادلة الفريقين في د/عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 166 إلى 168.
[67]-المرجع نفسه، ص 168.
[68]-راجع في هذا:
-الجصاص، المصدر السابق، ج2، ص 91.
-ابن جزي، مصدر سابق.
[69]-ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج4، ص 83.
[70]-ابن رشد، المصدر السابق، ج2، ص83.

[71]-الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص 265.
[72]-ابن قدامه، المصدر السابق، ج8، ص 175.
[73]-المرجع نفسه.
[74]-سورة البقرة الآية 223.
[75]-القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، دار الفكر، بيروت، ج2، ص 870.
[76]-البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، ج7، ص 317.
[77]-الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من حديث سير الأخبار، دار الحديث القاهرة، ج6، ص 251.
[78]-الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص 484.
[79]-الموضع نفسه.
[80]-ابن حزم، المحلى، دار التراث، ج10، ص 241.
[81]-ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها حديث رقم 2056.
[82]-ابن قدامه، المصدر السابق، ج8، ص 175-176.
[83]-الجصاص، المصدر السابق، ج1، صـ 583.
[84]-الجصاص، المصدر السابق، ص 538.
[85]-ابن قدامه، المصدر السابق، ص 176.
[86]-يمثل هذا الرأي، الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة.
[87]-سورة البقرة، الآية 229.
[88]-مالك، المصدر السابق، ص 337.
[89]-القاضي عبد الوهاب، المصدر السابق، ج2، ص 874.
[90]-ذهب إلى هذا الرأي: أبو ثور وأبو بكر، راجع: المقني، م س، ص 178.
[91]-السرخسي، المصدر السابق، ص 175-176.
[92]-النووي، م س، ص 692.
[93]-ابن قدامه، م س، ص 174-175.
[94]-المبسوط، المصدر السابق، ص 171.
[95]-القرطبي، "الكافي في فقه أهل المدينة"، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 276.
[96]-النووي، "روضة الطالبين"، المصدر السابق، ص 683.
[97]-ابن قدامه، المصدر السابق، ص 181.
[98]-الجصاص، المصدر السابق، ج1، ص 539.
[99]-سورة البقرة، الآية 223.
[100]-سورة البقرة، الآية 230.
[101]-الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ص9.
[102]-البخاري، "صحيح البخاري" كتابة الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم 198.
[103]-ابن قدامه، المصدر السابق، ص 181.
[104]-الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على التحرير، مصطفى حلبي، ج2، ص291.
[105]-سورة البقرة، الأيتان 229-230.
[106]-الجصاص، المصدر السابق، ص 540.
[107]-الترمذي، "سنن الترمذي"، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، دار الفكر، بيروت، ج2، حديث رقم 1183.
[108]-القرطبي، "الجامع لأحكام القرآن"، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص 95.
[109]-الماوردي، المصدر السابق، ج10، ص10.
[110]-السرخسي، المصدر السابق، ص 172.
[111]-الرازي، "مفاتيح الغيب"، دار الكتب العلمية، بيروت، ج6، ص 58.
[112]-الشوكاني، المصدر السابق، ص 294.
[113]-راجع هذا الموضوع تفصيلا في: د.عبد الكريم زيدان، م س، ص 224 وما بعدها.

[114]-الكاساني، المصدر السابق، ص145.
[115]-القرطبي، "الكافي في فقه أهل المدينة"، المصدر السابق، ص 276.
[116]-الماوردي، المصدر السابق، ص 10
[117]-البهوتي، المصدر السابق، ص 213.
[118]-الجصاص، المصدر السابق، ص 589.
[119]-سورة النساء، الآية4.
[120]-سورة البقرة، الآية 229.
[121]-سورة النساء، الآية 19.
[122]-الجصاص، المصدر نفسه، ص 529.
[123]-البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج ث رقم 200.
[124]-البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص 315.
[125]-الطبري، المصدر السابق، ص 484.
[126]-الماوردي، المصدر السابق، ص 11.
[127]- الماوردي، المصدر السابق، ص 11.
[128]-الموضع نفسه.
[129]-الجصاص، المصدر السابق، ص 539.
[130]-سورة البقرة، الآية 229.
[131]-الماوردي، المصدر السابق، ص 11.
[132]-أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب في الخلع، ج2، ص 956 حديث رقم 2228.
[133]-الماوردي، المصدر السابق، ص11.
[134]-أحمد بن عيسى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج4، ص 179.
[135]-سورة البقرة، الآية 229.
[136]-أبو حيان ، البحر المحيط، ج2، ص 463.
[137]-أبو حيان، المصدر السابق، ص 472.
[138]-البيهقي، المصدر السابق، ج1، ص 503.
[139]-الطبري، المصدر السابق، 288.
[140]-الشوكاني، المصدر السابق، ص 248.
[141]-قسم المستندات والنشر، المحكمة العليا، نشرة القضاة، عدد 52، سنة 1997، ص 106.
[142]-قسم المستندات، المجلة القضائية، عدد1، سنة 98، ص 120.