تباين الأحكام الخاصة بشروط الخلع بين الشريعة والقانون

أ.د. حميد سلطان علي
جامعة بغداد- كلية القانون
أ.د. عمر نجم الدين انجه
جامعة كركوك- كلية الاداب
الباحث: خلف عبدالله طلب

The discrepancy between the provisions related to the conditions of divorce between the Sharia and the law

Mr. Dr. Hamid Sultan Ali
Baghdad University - College of Law
Mr. Dr. Omar Najmuddin Anjeh
Kirkuk University - College of Arts
Researcher: Khalaf Abdullah Taleb

المستخلص: لما كان الخلع بين الزوجين طلاق فأنه يشترط فيه ما يشترط من شروط شرعية للطلاق، لذا يجب أن يتمتع كلا الزوج بالأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية بالعقل والتمييز، بأن تكون الزوجة بالغة رشيدة أهلا للبذل لان الطلاق الخلعي من جانبها فيه معنى التبرع، وان تكون محلا للطلاق، وبصيغة الخلع أو ما في معناه كالإبراء، أو الافتداء على النحو السابق ذكره، ولأنه عقد معاوضة من جانب الزوجة، فان البذل أو العوض التي تقدمه الزوجة للزوج مقابل خلاصها منه، ويجوز أن يكون كل عوض مالي كالمهر كله أو اقل منه، أو اكثر، أو أي مال مقوم كأثاث الزوجية مثلا، ومن اجل توضيح تلك المسائل في أحكام القانون وبموجب أحكام الشريعة الإسلامية، لأجل التوصل إلى ابرز مظاهر التباين بينهما بهذا الخصوص، لذا سنقسم هذا البحث إلى مبحثين نبين في الأول شروط الطلاق الخلعي، أما الثاني منه سنوضح الأحكام الخاصة بالعوض أو البذل الذي تقدمه الزوجة للزوج. **الكلمات المفتاحية:** الشريعة، القانون، الاحكام.

Abstract

Since the khul' between the spouses is a divorce, it stipulates the legal conditions required for divorce, so both husbands must have the necessary capacity to engage in legal actions with reason and

distinction, that the wife is an adult of sound mind and worthy of the effort because the khul' divorce on her part has the meaning of donation, and to be a subject of divorce. And in the form of khul' or what is in its meaning, such as exoneration, or ransom, as mentioned above.

And because it is a netting contract on the part of the wife, the allowance or compensation that the wife provides to the husband in exchange for her salvation from him, and it is permissible for every financial compensation to be such as the whole dowry or less than it, or more, or any money assessed such as marital furniture, for example, and in order to clarify these issues in the provisions of the law In accordance with the provisions of Islamic Sharia, in order to reach the most prominent manifestations of contrast between them in this regard, so we will divide this research into two sections.

Keywords: Sharia, law, provisions.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وأشرف الخلق أجمعين وعلى آله وصحبه الطيبين. وأما بعد، فالزواج في القانون ومن قبله في أحكام التشريع الإسلامي، رباط قوي وميثاق غليظ يترتب عليه من حين انعقاد عقد الزواج، حقوقا متبادلة للزوجين كلا على الآخر، من مهر ونفقة ونسب ورضاع وحضانة ولسائر الحقوق الأخرى، وترتبط به آثار أخرى متعلقة بالطلاق والتفريق القضائي والخلع، وما يهمنا في هذا البحث هو تباين الاحكام المتعلقة بالخلع، لذا اقتضت الضرورة أن تكون مقدمة دراستنا وفق الفقرات الآتية:

أولا/ التعريف بموضوع البحث وبيان أهميته: تهدف الأحكام الخاصة بتنظيم الخلع سواء في التشريع الإسلامي أو في التشريع الوضعي متمثلا بقانون الأحوال الشخصية العراقي، إلى الموازنة بين حقوق الزوجة والزوج، لإضفاء العدالة والرحمة بين الزوجين كما امر القرآن الكريم بذلك. وعلى أساس ذلك، فالتباين في الأحكام بمعناه الشائع، يراد منه الاختلاف في صدد مسألة ما، وعدم التطابق بين أحكام القانون والشريعة الإسلامية.

وتظهر أهمية أهمية البحث من اجل محاولة إيجاد أوجه التباين في الأحكام الخاصة بموضوع دراستنا بين قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ حاليا وبين أحكام الشريعة الإسلامية، نظرا لأن المشرع العراقي انتهج منهج الاختصار في بعض الأحكام الخاصة بمسائل الخلع، ولم يتكفل في تنظيم تلك المسائل بكافة تفاصيلها كما ينبغي وفق ما حثت عليه الشريعة الإسلامية، مما نتج عن ذلك عدم التوافق في الأحكام بينهما في مواضع معينة، انعكس بالنتيجة بآثار سلبية على حقوق الأزواج، وعلى حياة الأسر والمجتمع بسبب وجود ذلك التباين.

ثانيا/ أسباب اختيار الموضوع: من ضمن الأسباب التي دعتنا إلى اختيار موضوع البحث الآتي:

١- محاولة التعرف على أوجه التباين بين أحكام القانون وبين أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص حالة الخلع موضوع دراستنا، من خلال ابراز مواضع التباين، وتسليط الضوء على مكامن الخلل والقصور التشريعي الذي سكت عنه المشرع العراقي، مما ادى إلى بروز التباين في الأحكام.

٢- من الأسباب التي دعتنا إلى اختيار هذا الموضوع هو ندرة البحوث في دراسة التباين بين الشريعة والقانون، حيث لا يوجد ألا كم قليل من الآراء الفقهية بخصوص ذلك التباين وفي مواضع محددة جدا.

ثالثا/ مشكلة البحث:- تتمثل مشكلة الدراسة بتصور البعض من المتخصصين أو العاملين في نطاق قانون الأحوال الشخصية، بعدم وجود تباين بين أحكام القانون العراقي والشريعة الإسلامية، وان هناك توافق بينهما، وهذا في واقع الحال تصور غير حقيقي، فالتباين موجود بالنظر إلى ان القانون العراقي جاء بخلاصة أحكام الشريعة الإسلامية أو الآراء الفقهية من خلال النصوص القانونية التي تخص كل حالة من حالات موضوع البحث.

رابعا/ تساؤلات البحث:- هناك عدة تساؤلات سنحاول أثارتها في هذه البحث ومن ابرزها :

١- هل يحق للولي، أن يطلق زوجه القاصر الذي تحت ولايته، نيابة عن القاصر؟

٢- هل يصح تعليق الطلاق على زمن الماضي؟

٣- هل يخضع الزوج المخطوف أو المغيب قسرا، لحكم الزوج المحبوس في جواز طلب التفريق القضائي.

خامسا/ نطاق البحث: يتحدد نطاق دراستنا في تقصي التباين في الأحكام وآثاره، بين قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، وبين أحكام الشريعة الإسلامية بشأن الحقوق الزوجية الناشئة الخلع، وعن التباين بينهما بخصوص آثار الفرقة بين الزوجين بسبب الخلع، من دون الخوض

في حالات التباين الأخرى التي من الممكن وجودها بين أحكام القانون والشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالإرث والوصية وغيرها.

سادسا/ منهجية البحث:- سنعتمد على المنهج التحليلي لنصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، مع الاستئناس بمواقف قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية كالقانون السوري والقانون المصري ، ثم بيان ما يقابل ذلك من حكم للشريعة الإسلامية ومناقشة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية من اجل التوصل إلى مظاهر التباين بينهما متتبعين النسق الذي خطه المشرع العراقي في ترتيب النصوص المتعلقة بالحقوق الزوجية.

سابعا/ هيكلية البحث:- تم تناول موضوع البحث من خلال تقسيمه الى ثلاثة مبحثين:

المبحث الأول: تباين الأحكام الخاصة بشروط الخلع بين الشريعة والقانون المبحث الثاني: ما يصح ان يكون عوضا في الطلاق الخلعي. الخاتمة وتتضمن ابرز النتائج والتوصيات. قائمة المصادر.

المبحث الأول: شروط الطلاق الخلعي: تبين لنا أن الحكمة من تشريع الطلاق الخلعي هي دفع ضرر أو مفسدة تستلزم زوال الرابطة الزوجية؛ نظرا لأن عقد الزواج عقد لا يشبه أي عقد آخر من حيث طبيعة المحل والحقوق والالتزامات المترتبة عليه، ومن حيث الغاية المتوخاة من أنشائه[١].

ولكي يكون الطلاق الخلعي صحيحا ينبغي توافر الشروط التالية:

- **الشرط الأول /** أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق الخلعي، وان تكون الزوجة محلا له[٢] : أكد قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ هذا الشرط في نص الفقرة الثانية من المادة (٤٦) منه والتي جاء فيها : (٢- يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وان تكون الزوجة محلا له ...)، ويبنى على ذلك وجوب أن يكون الزوج كامل الاهلية، فلا يصح الخلع من السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقدا للتمييز من غضب، أو مصيبة، أو كبر، أو مرض، وسبب ذلك أن طلاق هؤلاء لا يقع، فلا يقع خلعهم من باب أولى ففاقد الأهلية أو ناقصها لا يقع طلاقه قانوناً [٣].

---

[١] . عبدالملك عبدالرحمن السعدي، الطلاق والفاظه المعاصرة في الفقه الاسلامي،الدار العربية للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ص١٧ .

[٢] د. احمد نجيت الغزالي، د. عبد الحليم محمد منصور علي، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخلجي، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٣٥٦.

[٣] تنظر نص المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ المعدل التي تنص على : (لا يقع طلاق الاشخاص الآتي بيانهم :

١- السكران والمجنون والمعتوه ومن كان فاقد التميز من غضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مرض .

ويقع خلع الصغير المميز؛ وذلك لأن المشرع العراقي لم يدرجه ضمن الأشخاص الذين لا يقع طلاقهم، على الرغم من أن طلاقه لا يقع بأجماع فقهاء الشريعة الإسلامية على نحو ما بينا ذلك في الفصل السابق من هذه الدراسة، وهذا يدل على عدم تنبه مشرعنا الوطني إلى هذه الحالة.

وهذا وقد نصت على هذا الشرط عدة قوانين عربية، بان اشترطت أن يكون الزوج المخالع أهلا لإيقاع الطلاق، ومن بينها قانون الأحوال الشخصية السوري النافذ، في نص المادة (٩٦) منه، كما انه اشترط سن الرشد للزوجة، والقانون الأردني في نص المادة (١٠٢) من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها: (يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له) .

وكذلك قانون الأحوال الشخصية الأمارات العربية المتحدة، في نص المادة (١١١) منه التي تنص على : (يشترط لصحة البدل في الخلع أهلية بذل العوض، وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق)، وبهذا فان القانون الإماراتي اشترط الاهلية الكاملة لكلا الزوجين وحسنا فعل بذلك لان الخلع عقد معاوصة من جانب الزوجة فلابد من كمال الاهلية لمباشرة هكذا نوع من التصرفات .

ومن التطبيقات القضائية بخصوص ذلك الشرط في القضاء العراقي، ما قضت به محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه: (... للزوجة الحق بمخالعة زوجها والتنازل عن جميع حقوقها الشرعية والقانونية وجميع نفقاتها إذا تجاوزت السادسة عشر من عمرها لأنها تعتبر كاملة الأهلية)[١] .

ومن مضمون القرار السابق يتضح أن القضاء العراقي يناغم اتجاه المشرع في ضرورة أن تكون الزوجة هي الأخرى بالغة عاقلة، كونها يجب أن تكون محلا لإيقاع الطلاق الخلعي ولهذا عد القرار التمييزي البالغة لسن السادسة عشرة بحكم البالغة الرشيدة استنادا إلى أحكام قانون الأحوال الشخصية بخصوص أهلية الزواج [٢].

ويشترط لصحة وقوع الطلاق الخلعي المخالعة بين الزوجين بموجب أحكام الشريعة الإسلامية توفر شروطا شرعية منها ما يتعلق بأهلية الزوج والزوجة، إذا يتفق الفقهاء على انه يشترط أن يكون الزوج المخالع عاقلا بالغا مختارا، فكل ما يصح طلاقه عندهم يصح خلعه، وعليه لا

٢- المريض مرض الموت او في حالة يغلب عليها الهلاك، اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته).

[١] قرارها المرقم ١١٧٧/ الشخصية /١٩٨٥ في ١٩٨٥/٤/١٣، مشار اليه لدى ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، ص٦٧ .

[٢] ينظر الفقرة الاولى والثانية من نص المادة (٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ المعدل .

يصح الخلع من الصبي والمجنون والمكره، كما انهم متفقون على أن الزوجة المخالعة يجب أن تكون بالغة عاقلة، وكذلك اتفقوا على أن بطلان خلع الصغيرة غير المميزة والمجنونة [١].

ولكنهم اختلفوا في مسألتين هما[٢] :

المسألة الأولى : اختلف الفقهاء في مسألة خلع السفيه والصغيرة المميزة الى آراء وهي:

الرأي الأول / ذهب اليه الحنفية والشيعة الإمامية، حيث قال الحنفية لا يصح خلع السفيهة أو الصغيرة المميزة إلا إذا أذن لها الولي والتزم بدفع عوض الخلع من ماله الخاص، وقال الإمامية في ذلك لا يصح الخلع إلا إذا أذن لها الولي بدفع العوض من مالها وكان ذلك في مصلحتها.

الرأي الثاني / ذهب اليه المالكية والحنابلة، فقد قال المالكية لا يصح خلعها، وعندهم أن الملتزم بعوض الخلع يجب أن يكون أهلا للتبرع وغير محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه، بينما قال الحنابلة : لو خالعت السفيهة أو الصغيرة المميزة لم يصح خلعها ولو أذن لها الولي[٣].

الرأي الثالث / ذهب اليه الشافعية وعندهم لا يصح خلع السفيهة والصغيرة المميزة مطلقا، سواء أذن لها الولي بذلك أم لم يأذن، ولكنهم قالوا : أن خلع السفيه جائز إذا خشي الولي عليها، أو على مالها من زوجها دفعا للظلم عنها [٤].

ونميل إلى اتجاه الرأي الثاني الذي ذهب اليه المالكية والحنابلة، والقائل بعدم صحة خلع السفيهة والصغيرة المميزة، لكون المخالعة بين الزوجين يشترط فيها الاهلية الكاملة بالعقل والبلوغ لكونها من عقود المعاوضة التي تستوجب أهلية التبرع من جانب الزوجة، بالإضافة إلى أن هذا الرأي اكثر توافقا مع أحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي بهذا الخصوص .

المسألة الثانية: خلع المريضة في مرض الموت :لا خلاف بين العلماء في جواز الخلع من المريضة مرض الموت، فلها أن تخالع زوجها كالصحيحة، لكنهم اختلفوا في القدر الذي تبذله للزوج، فيما لو بذلت اكثر من ثلث تركتها، أو كان المبذول اكثر من ميراثه، مخافة أن تكون راغبة في محاباته على حساب الورثة إلى آراء هي[٥]:

---

[١] محمد بن احمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج لمعرفة معاني الفاظ المنهاج، ، ج٣، ص ٢٦٥، وكذلك علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الضائع،ج٧، ص١٧٥،١٧٦.

[٢] الشيخ مصطفى الخن، الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي، المجلد الثاني، الناشر دار القلم، دمشق، ٢٠١١، ص١٢٢.

[٣] ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام المبجل احمد بن حنبل ، ج٧، ص٢٨٣ .

[٤] أبو إسحاق الشيرازي، المذهب في فقه الامام الشافعي، شركة احمد بن نهيان، اندنوسيا، ج٢، ص١٤٦، وكذلك موفق الدين بن محمد ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب، بيروت، بلا سنة نشر، ج٧، ص٤.

[٥] الشيخ شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع، ج٢، ص٢٨٦، وكذلك ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، مصدر سابق، ج٧، ص٨٨.

الرأي الأول / هو ما ذهب اليه الحنفية[١] الذين قالوا: إذا ماتت الزوجة المريضة أثناء العدة، فللزوج الأقل من نصيبه في ميراثها، أو ثلث تركتها، أو بدل الخلع، أما إذا ماتت بعد انقضاء العدة، فللزوج الأقل من بدل الخلع وثلث تركتها، لأن ميراثه منها منتفٍ في هذه الحالة لانقطاع العلاقة الزوجية التي هي سبب الارث.

الرأي الثاني / وهو رأي المالكية والحنابلة[٢]، إذ قال المالكية إذا كان العوض أكثر من نصيبه في الميراث فللزوج ردّه وينفذ الطلاق الخلعي بينهما ولا توارث لو ماتت قبل العدة.

الرأي الثالث / هو ما ذهب اليه الشافعية وألإمامية والظاهرية[٣]، حيث ذهب بعضهم إلى القول، يصح خلع المريضة مرض الموت إذا كان البدل بمقدار مهر مثلها وان زاد على ذلك تخرج الزيادة من ثلث تركتها، بينما قال الإمامية والظاهرية تخرج الزيادة من جميع مالها حسب رأيهم .

الرأي الرابع / هو ما ذهب اليه الزيدية[٤] الذين ذهبوا إلى القول : إذا زاد البدل المقدم من قبل الزوجة المريضة مرض الموت عن الثلث من التركة فلا تصرف الزيادة الا بإذن من الورثة وقت المخالعة بين الزوجين لا وقت الموت .

ونميل إلى اتجاه الرأي القائل بأن تخرج الزيادة من ثلث التركة، كونه رأياً يستند إلى قوله تعالى: ﴿ضخ ضم طح ظم عجعم﴾ البقرة: ٢٢٩ ، حيث أن الآية الكريمة جاءت مطلقة ولم تفرق بين الزوجة الصحيحة أو المريضة مرض الموت [٥]...

وعلى أساس كل ما سبق، نعتقد أن أحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي وأحكام الشريعة الإسلامية بخصوص أهلية الزوج، وان تكون الزوجة محلا للطلاق الخلعي، متوافقان بناء على ما جاء في نص الفقرة الثانية من المادة (٤٦) منه، فكلاهما يشترط ذلك لصحة المخالعة بين الزوجين من العقل والبلوغ والاختيار، ولذلك لا تصح المخالعة من الزوجة المجنونة، أو المعتوهة، أو المحجور عليها كما بينا سابقا، وما نراه أن ذلك غير كافي لأعمال ذلك الشرط بموجب القانون العراقي حتى تكون الزوجة محلا لإيقاع الطلاق الخلعي.

بل لا بد من اشتراط أن الزوجية ما زالت قائمة حقيقة أو حكما، سواء من خلال عقد الزواج الصحيح، لأن المخالعة لا تقع في العقد الفاسد عند البعض من فقهاء الشريعة، والزوجية تكون

---

(١) علي بن احمد السمناني، روضة القضاة وطريقة النجاة، دار النهضة للطباعة، مصر، ج٢، ص٢٩٥.

(٢)ابن قدامة المقدسي، مصدر سابق، ج٨، ص١٦٢.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة الحلبي، دمشق، ١٩٨٣، ج٧، ص٣٦٨، ومحمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ج٥، ص٤٢٥.

(٤) الطوسي، الخلاف في المتعة، مطبعة تابان، طهران، ١٣٨٩هـ ، ج٢، ص٢١٥.

(٥) إسماعيل بن عمر ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، ج٣، ص١٤٤ .

قائمة حكما إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي، أو بائن بيونة صغرى، وآنذاك يصح للزوج أن يخالع زوجته المطلقة أثناء مدة العدة لأن ملك النكاح يبقى فيه حكماً، فلو انقضت العدة لم تكن الزوجة محلاً للخلع، وهذا ما لم ينص عليه قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ حاليا [١].

لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل نص الفقرة المذكورة بما ينسجم واكتمال مدلول هذا الشرط، وذلك من اجل قطع الطريق أمام الاجتهاد القضائي حفاظا على مصلحة الزوجة أو الزوج في خصوص مدى صحة الطلاق الخلعي.

- **الشرط الثاني /** أن تكون صيغة الطلاق الخلعي بلفظ الخلع أو ما في معناه : أشار المشرع العراقي إلى أن الطلاق الخلعي لا يكون صحيحا مرتبا لآثاره ألا إذا كانت الألفاظ المستعملة فيه ما تدل على معنى الخلع بين الزوجين، أو ما تفيد معناه، وذلك في نص الفقرة الأولى من المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية النافذ التي تنص على : (الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه ...) .

وعلى هذا فان الخلع لا يقع إلا بألفاظ مخصوصة تدل عليه كأن تقول الزوجة للزوج : خالعتك يا زوجي غير الداخل بي شرعا، أو الداخل بي شرعا (فلان ابن فلان) لقاء بذلي مهري المعجل والمؤجل، ويجيب الزوج : قبلت منك هذا الخلع يا (فلانة بنت فلان) وأبرأت ذمتك من مهرك المعجل والمؤجل وأنت طالق على ما بذلت [٢]. وجدير بالذكر أن الإيجاب والقبول في الطلاق الخلعي سواء أكان صادرا من قبل الزوج أم من الزوجة يجب أن يتم بالصيغة المخصوصة أمام القاضي المختص بنظر الدعوى، وعلى القاضي حينما تطلب الزوجة منه المخالعة، أن لا يوافق على ذلك الطلب مباشرة إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين من خلال إرسال حكمين للتوفيق بينهما، فاذا عجز الحكمان عن الصلح خلعها القاضي[٣] . أما لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فانه يشترط في التخالع بين الزوجين أن يحصل بلفظ الخلع، أو ما اشتق منه كالإختلاع، أو المخالعة، أو بلفظ يؤدي معنى الخلع كالمبارأة، أو الافتداء، أو البيع، والشراء، كأن يقول الرجل لامرأته: خالعتك أو بارأتك على كذا أو افتدي نفسك بكذا فتقول المرأة قبلت فالخلع يقع صحيحا

---

[١] ومن الجدير بالذكر ان الرجل اذا دخل بالمرأة (الزوجة) بناء على عقد فاسد، يجب التفرقة بينهما في الحال وفضلا عن ذلك ان هذا الدخول يرتب بعض الآثار موجوب المهر للمرأة – اي مهر المثل – عند عدم التسمية واقل المهرين من المسمى والمثل عند عدم التسمية وكذلك تجب فيه لعدة وتثبت فيه حرمة المصاهرة ... ولا يتحقق التوارث بين الزوجين، للمزيد ينظر د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الزواج والطلاق وآثارهما ، ط٢، مطبعة الارشاد ، بغداد ،١٩٧٢،ج١ ص٣٠٩.

[٢] القاضي عبدالقادر ابراهيم علي، محاضرات في الاحوال الشخصية، ص٨٣

[٣] د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكام الاسرة الخاصة بالزواج والفرقة، مصدر سابق، ص٢٥٢ .

عند جمهور الفقهاء[١]، إذ يجوز عندهم أن تكون صيغة الخلع باللفظ الصريح أو باللفظ الكنائي كما هو الحال في الطلاق . واللفظ يكون صريحا إذا كان ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع، ويقع به الخلع بدون نية كقول الزوج لزوجته: خالعتك على كذا، واللفظ يكون كناية إذا كان مستتر المعنى ويستعمل في الخلع وغيره، ولا يقع الطلاق الخلعي بلفظ الكناية إلا إذا اصطحب بالنية مثل قول الزوج لها : بارأتك أو أبَنْتك ونحوهما من كنايات الطلاق[٢].

وذهب الإمامية[٣] إلى القول: لا يقع الخلع بلفظ الكناية ويقع عندهم بلفظين فقط وهما الخلع والطلاق فان شاء الزوج أو الزوجة جمع بينهما كأن تقول الزوجة لزوجها بذلت كذا ... لتطليقي فيقول لها : خالعتك على ذلك فانتي طالق، وان شاء عندهم اكتفى بواحد من هذه الألفاظ كأن يقول الزوج لها : خالعتك على ذلك أو انتي طالق على ذلك. أما الأحناف في رأي فقد ذهبوا إلى القول: انه يمكن أن يكون الخلع بلفظ البيع، أو الشراء كما لو قال لها الزوج، بعتك نفسي بكذا فتقول الزوجة اشتريت، أما الشافعية فيجوز عندهم أن يكون الخلع بلفظ البيع[٤]. ويرى البعض من الفقهاء، إذا كانت الألفاظ المستعملة غير دالة على معنى الخلع فلا يقع فيها الخلع، كأن يقول الزوج لزوجته، أنت طالق على كذا وقالت له قبلت، كان الطلاق على مال عند الأحناف؛ لأن اللفظ لا يدل على معنى الخلع بل يدل على معنى الطلاق [٥].

وبهذا الخصوص، لا فرق بين هذين المصطلحين عند جمهور الفقهاء وإنما لها معنى واحد عندهم، فالخلع لو كان على عوض باطل يكون من كنايات الطلاق، والطلاق بلفظ الكناية بائن عندهم، أما إذا بطل العوض في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيا، إذا كان بعد الدخول وغير مكملا لثلاث. وحجتهم في ذلك، لأن الطلاق على مال يعمل عمل الطلاق المجرد ويثبت له حكمه الشرعي بحسب رأيهم، وعلى كل حال يقع الطلاق ويلغى البدل المسمى فيه، ويعد كأن لم يكن ولا يجب للزوج شيئا على زوجته لان نظام الشريعة الإسلامية يمنع المسلم من تملك وتمليك هذه الأشياء [٦]. وعلى أساس كل ما سبق بخصوص اشتراط الألفاظ الدالة على الخلع،

---

[١] أكمل الدين البابرتي، شرح الهداية، مطبعة السعادة، مصر، القاهرة، بلا سنة طبع، ج١١، ص١، واحمد بن محمد الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على شرح الصغير، دار الخير للطباعة والنشر، بيروت، بلا سنة طبع، ج٥، ص٢٤٣.

[٢] احمد بن علي الخصكفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج٣، ص٤٠ .

[٣] محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ط٦ ، مؤسسة الغاربيان للطباعة والنشر ، ايران الإسلامية ، بدون ذكر سنة طبع ، ج٥، ص١٤٢ .

[٤] الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج٧، ص٧٩، وكذلك علي بن محمد السمناني، روضة القضاة، طريق النجاة، مصدر سابق، ج٦، ص١١٠.

[٥] ابن قدامة المقدسي، المغني ، مصدر سابق، ج٧، ص٦٧ .

[٦] ابو حامد محمد بن احمد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي، دار سافر للطباعة، بدون سنة طبع، ج١، ص١٩٤ .

أو ما في معناه بين قانون الأحوال الشخصية العراقي والشريعة الإسلامية متمثلا بأقوال الفقهاء نعتقد بأن لا وجود لتباين جوهري بينهما بخصوص هذا الشرط، إلا من ناحية وجوب أن تستعمل الألفاظ المخصوصة بالخلع، أو الدالة على معناه أمام قاضي الأحوال الشخصية بموجب القانون العراقي، بينما لا حاجة لذلك لدى فقهاء الشريعة الإسلامية على نحو ما بيناه سابقا.

ونرى أن لا أثر لهذا التباين في الواقع العملي لعمل المحاكم العراقية، وذلك لأن القاضي المختص بنظر هكذا نوع من الدعاوى يملك الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة بحسب ما نصت عليه المادة (١) بفقراتها الأولى والثانية من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ المعدل.

- **الشرط الثالث /** أن يكون الطلاق الخُلعي مقابل عوض : أكد المشرع العراقي لزوم هذا الشرط في الطلاق الخلعي بين الزوجين، وذلك في الفقرة الثالثة من المادة (٤٦) التي تنص على : (للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر، أو اقل من مهرها) .

وبذلك فقد أجاز قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، أن يكون العوض الذي تقدمه الزوجة للزوج كمقابل عن المخالعة، اكثر، أو اقل من مهرها، وهذا الحكم مبناه أن الخلع عقد قائم على التراضي بين الزوجين مما لا يتعارف مع أحكام الشريعة الإسلامية في المال الذي يصح عوضا في الخلع . وينبني على ذلك أن تكون الزوجة أهلا للتبرع؛ لأن الزوجة ستكون ملزمة بأداء البذل أو العوض المتفق عليه للزوج، أما إذا لم تلتزم الزوجة بالبذل أو العوض، بأن كانت المخالعة بينهما بلا بذل أو عوض كان ذلك طلاقا لا خلعا [١]. وقد أيدت محكمة التمييز الاتحادية اتجاه المشرع العراقي في اشتراط العوض على الزوجة كمقابل للمخالفة، في قرار لها جاء فيه : (... وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون لأن الطرفين تخالعا واحتفظت المميز عليها بحق المطالبة بمهرها المؤجل الذي حكمت به محكمة الموضوع بعد المطالبة به لذا قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية)[٢] .

ومن القوانين العربية التي أشارت إلى هذا الشرط، قانون الأحوال الشخصية السوري في نص المادة (٩٧) منه، وكذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني النافذ وفي نص المادة (١٠٢) منه.

وخلاصة القول، أن الطلاق الخلعي في القانون العراقي لا يكون صحيحا ومنتجا لآثاره إلا إذا كان مقابل عوض، أو بذل تلتزم به الزوجة للزوج مقابل خلاصها منه وتملكها لنفسها؛ وذلك

---

[١] الدكتور احمد الكبيسي، مصدر سابق، ج١، ص٢٥٠.

[٢] قرارها المرقم ١٤٦٤/ الاحوال الشخصية الاولى/ ٢٠١١ في ٢٠١١/٤/١٠ (غير منشور) .

لأن هذا النوع من التفريق قد تم اختيارياً وبناءً على اتفاق بينهما، ولأنه يدل على معنى المعاوضة من جانب الزوجة، وخلاف ذلك لا يقع خلعا وإنما طلاقا وفي حالة عدم التزامها بأداء البذل المتفق عليه، وهذا ما استقرت عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية .

ولا يشترط أن تكون الزوجة المختلعة هي الملتزمة بدفع العوض أو البذل للزوج في جميع الأحوال، بل يجوز أن يكون شخصا آخر كالولي مثلا، أو من يرغب في الزواج من المختلعة بعد وقوع التخالع فعلا أمام القاضي وانتهاء عدتها [١].

وأما بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، فان فقهاء الشريعة الإسلامية أجازوا للزوج أن يأخذ عوضا من زوجته مقابل تخالعها، إلا انهم اشترطوا لذلك أن تكون الزوجة هي الكارهة لزوجها، أما إذا كانت الكراهية من الزوج وحده لزوجته فلا يجوز أن يأخذ عن تطليقها بدلا أو عوض لقوله تعالى :ُّآ لخ لم لى لي مج مح مخ مم مى مي نج نح نخنم نى ني هج هم هىَّ النساء: ٢٠ ، ومثال ذلك ان يسيء الزوج معاملة زوجته لتفتدي نفسها بالتنازل عن المهر المؤجل [٢]،

إلا انهم اختلفوا في صحة التخالع بلا عوض إلى رأيين:

الرأي الأول: لا يصح الخلع بلا عوض، وهذا قول الشافعية ورواية عن الإمام احمد، والزيدية والإمامة[٣] الدين زادوا على ذلك وجوب حضور شاهدين لإثبات المخالعة بين الزوجين .

وعليه، فان قال الزوج خالعتك، فقالت الزوجة قبلت، ولم تذكر العوض، فان ذلك طلاق عندهم، فان نوى به الطلاق وقع عليها (الزوجة) رجعيا ولا شيء عليها لأنها لم تلتزم له عوضاً [٤].

وقال بعضهم : انه خلع فاسد فيلزمها مهر مثلها؛ لأنه قد وجد اللفظ الصريح في الخلع والعرف مطرد بجريان ذلك بعوض [٥].

الرأي الثاني : يصح الطلاق الخلعي (المخالعة وما في معناها)، من غير عوض، أو بذل تقدمه الزوجة، أو وليها إلى الزوج ،كالطلاق ،وهو ما ذهب اليه الحنفية والمالكية ورواية عن الإمام احمد بن حنبل [٦]. ويبدو أن المشرع العراقي اخذ بالراي الأول من خلال نص الفقرة الثالثة من المادة السادسة والأربعين من قانون الأحوال الشخصية النافذ.

---

[١] الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق، مصدر سابق، ص١٦١ .

[٢]٢٧- كمال الدين محمد عبد الواحد الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، بولاق، ١٩٦٨م. ، ج٤، ص٧٥.

[٣]وابن قدامة المقدسي ، مصدر سابق، ج٨، ص١٦٢، ومحمد جواد مغنية، مصدر سابق، ج٥، ص١٤٤.

[٤] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الادلة الرضية، دار الندى للكتب، ط١، بيروت، تحقق محمد صبحي الحلاق، ١٤١٣ هـ، ج١، ٢٠٨ص.

[٥] يوسف بن محمد عبد البر القرطبي. الاستذكار، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٣٣٩ هـ، ج٦، ص٨١.

[٦] عبد الوهاب بن علي المالكي، التلقين، ط١،المكتبة التجاري ، القاهرة ،ص١٣٣٠\١.

وعلى أساس كل ما سبق من أحكام بموجب قانون الأحوال الشخصية العراقي، وأحكام الشريعة الإسلامية نعتقد انهما متوافقان في وجوب أن يكون هناك عوضا عن المخالعة، أو الطلاق الخلعي، كشرط لازم، مادام انه عقد معاوضة من جانب الزوجة.

إلا أننا نرى انه هناك تبايناً بينهما في مسالة الشرط المكمل لشرط العوض الذي تقدمه الزوجة للزوج الذي أورده فقهاء الشريعة، حتى يعد الخلع خلعا وليس طلاقا ،وحتى يتسنى للزوج اخذ العوض منها مقابل تخالعها، وهذا الشرط المكمل هو أن تكون الزوجة هي الكارهة للزوج وراغبة في الخلاص منه، وهذا مالم يشترطه القانون العراقي بخصوص هذه المسالة ،بالرغم من اشتراطه العوض أو البدل من جانب الزوجة للزوج. ومن آثار ذلك التباين، أن المخالعة أو الطلاق الخلعي يقع صحيحا حتى لو كان الزوج هو الكاره للزوجة ،رغبة منه في الخلاص منها ليتزوج زوجة أخرى فيعمد إلى معاملتها بقسوة وإجحاف ليكرهها فيه وتطلب المخالعة منه مقابل أن تتنازل عن كافة حقوقها كالمهر المؤجل أو شيء من العوض المسموح به قانونيا مما ينجم عن ذلك أن الزوج يكره في زوجته خلقا أو قلة مال أو ما شابه ذلك من الصفات ،يستطيع معاملتها بقسوة ليضطرها للمخالعة مقابل عوض أو بذل وذلك فيه ظلم للزوجة ومخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية التي تهدف إلى البناء السليم للمجتمع الإسلامي.

المبحث الثاني: ما يصح أن يكون عوضا في الطلاق الخلعي: العوض في الخلع :هو كل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون عوضا في الخلع[١]. تنص الفقرة الثالثة من المادة السادسة والأربعين من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ على ما يصح أن يكون عوضا في الطلاق الخلعي ومقداره، والتي أجاز فيها للزوجين الاتفاق على العوض بما يعادل اقل أو اكثر من المهر المسمى في عقد الزواج بينهما، كما لو قالت الزوجة لزوجها: اخلعني على المهر الذي قبضته منك، وقد يكون مهرها المؤجل باعتباره دينا في ذمة الزوج كما لو قالت له اخلعني على المهر المؤجل[٢]. ويصح أن يكون العوض في المخالعة شيء غير المهر على أن يكون هذا الشيء مالاً مقوماً مالياً ومما يجوز التعامل به شرعا وقانونا، وعليه فان العوض في الخلع يمكن أن يكون من النقود المتداولة بين الناس ويمكن أن يكون من كل مال متقوم أو منفعة تقوم بالمال كالمنقولات والعقارات وسكنى الدار، أو زراعة الأرض لمدة معينة، أو غيرها من منافع

---

[١] المستشار احمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥م. ،ص٥٥٤.

[٢]عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، (الزواج-فرقة الزواج-حقوق الأولاد والأقارب)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م. ،ص٣٨٤.

الأعيان، أو الأشخاص[١]. وبناء على نص المادة (٤٦)، فيجوز أن يكون هذا العوض المتفق عليه مهر الزوجة بكامله سواء استلمته الزوجة من الزوج أو كان مؤجلا، لذا فالقانون العراقي استبعد مهر المثل كعوض في الطلاق الخلعي، وإنما قصره على المهر المسمى في عقد الزواج بينهما[٢].

واذا خالعت الزوجة زوجها على ما في نخلها من ثمر ولم يكن في النخل ثمر، فللزوج المهر الذي أعطاه لها، لأنها غررته بتسمية الثمر، وان خالعته على ما يثمر نخلها في المستقبل فالخلع جائز، أو أنها خالعته على ما في البيت، أو الصندوق، أو على ميراثي من أبي [٣].

وذلك لان المخالعة بين الزوجين هي عقد معاوضة من جانب الزوجة، وهذا ما يفهم من نص الفقرة الأولى من المادة السادسة والأربعون، التي اعتبر فيها المشرع العراقي أن المخالعة عقد ينعقد بإيجاب وقبول، كما أن نص الفقرة الثالثة من المادة المذكورة حدد العوض في الخلع بأكثر أو اقل من مهر الزوجة، ومعنى ذلك أن القانون العراقي قد ربط مقدار العوض بإرادة الزوج والزوجة، لذا لا يسقط بالمخالعة بينهما إلا ما اتفقا وتراضيا عليه ،دون بقية الحقوق الأخرى[٤].

وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في احدى قرارتها التمييزية جاء فيه: (لا تسقط حقوق الزوجة المطلقة طلاقا خلعيا إلا بالنسبة لما وقع عليه البذل دون بقية الحقوق الأخرى)[٥]. هذا وتطرقت عدة قوانين عربية إلى مقدار العوض وما يصح منه الذي تبذله الزوجة للزوج في المخالعة ،ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية الأردني النافذ ،وذلك في نص المادة (١٠٤) منه التي تنص على :- (كل ما صح التزامه شرعا صح ان يكون بدلا في الخلع).

كما أشار قانون الأحوال الشخصية لدولة الأمارات العربية المتحدة، إلى ما يصح عوضا في المخالعة وذلك في نص الفقرة الثالثة من المادة (١١٠) منه التي تنص على انه :- (إذا لم يصح البدل في الخلع تم الخلع واستحق الزوج المهر).

وخلاصة القول ، أن القانون العراقي أجاز أن يكون العوض في الطلاق الخلعي مهر الزوجة المسمى في عقد الزواج ، كأن يكون اكثر منه أو اقل منه وبحسب الاتفاق الذي تم بين الزوجين المتخالعين ،أو أي شيء أخر المهر مما يكون متقوم ماليا كالنقود المبذولة أو

---

(١) المستشار محمد عزمي البكري ،موسوعة الفقه والقضاء (الاحوال الشخصية)، المجلد الرابع ،ا لطلاق اسبابه –الخلع –العدة،دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، بلا سنة طبع،ص١٣٠.

(٢) الدكتور احمد الكبيسي ، مصدر سابق ،ج١، ص٢٥٢.

(٣) محمد جواد مغنية ، مصدر سابق، ج٥، ص٤٢٣.

(٤) د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاه، عقد الزواج وآثاره، مكتبة جامعة السليمانية، ٢٠٠٣م ،ص٢٢٦.

(٥) قرارها المرقم ٤١٢٣\هيئة الاحوال الشخصية \٢٠١٥ في ٦\١٢\٢٠١٥.

المنقولات، أو أي منفعة تقوم بالمال ،أو العقارات، أو حق السكنى، أو زراعة ارض، وما شابه ذلك مما يجوز التعامل به شرعا وقانونا ولم يجز أن يكون مهر المثل عوضا عن المخالعة أو ما سواه من المنافع التي لا يصح التعامل بها ،أو التي تعد من الحقوق الثابتة للزوجة بموجب القانون والتي تعد مفروضة على الزوج لا يجوز التنازل أو الاتفاق عليها . كأن يكون العوض في الخلع أجرة إرضاع الصغير، أو عن أجرة الحضانة، أو أن يكون العوض في الخلع هو الإنفاق على الصغير والتي تولى فقهاء الشريعة الإسلامية بيان أحكامها كما سنرى ذلك لاحقا.

أما عن العوض بموجب أحكام الشريعة الإسلامية ، فقد تباينت أراء الفقهاء في شأن ما يصح الخلع به ومقداره إلى اتجاهين هما :-

الاتجاه الأول: يرى فقهاء الشافعية أن كل ما جاز أن يكون صداقا للزوجة ، جاز أن يكون عوضا في الخلع لعموم قوله تعالى ﴿ ضح ضخ ضم طح ظم عجعم ﴾ البقرة: ٢٢٩، فيصح الخلع على الصداق كله أو على بعضه أو على مال أخر ولا فرق بين الدين والعين والمنفعة [١].

الاتجاه الثاني: ذهب اليه جمهور الفقهاء الذين قالوا : بصحة الخلع بالمهر المسمى وباقل منه وبأكثر منه [٢].وعليه ليس للعوض في الخلع حد معين عندهم ، فيجوز للزوج أن يأخذ من زوجته أي مبلغ يتفقا عليه سواء كان مساويا للمهر، أو اقل منه، أو اكثر، واستدلوا في اتجاههم هذا على ادله شرعية كثيرة ، تدل على نفي الإثم عن الزوج فيما أخذه مقابل الطلاق وعن الزوجة فيما أعطت من عوض كمقابل عن الخلع، وهو (أي الخلع) ليس لعوضه تحديد والزوجة تلتزم بالعوض الذي اتفقت عليه مع زوجها بالغا ما بلغ [٣].

وقد أخذ المشرع العراقي بالاتجاه الثاني –براي جمهور الفقهاء في الفقرة الثالثة من المادة السادسة والأربعين من قانون الأحوال الشخصية، وعليه فان مقدار العوض في الطلاق الخلعي بموجب القانون العراقي يتحدد بما يتفق عليه الزوج والزوجة ويجوز أن يكون مقدار العوض مساويا للمهر المسمى، أو اقل، أو اكثر. وحسنا فعل في ذلك؛ لان العوض أو البذل في الطلاق الخلعي ما هو إلا افتداء الزوجة لنفسها مقابل مال، لذا فهو كسائر المعاوضات في المعاملات الأخرى مبناه التراضي والاتفاق بين الزوجين. وبالتالي نعتقد انه لا وجود للتباين يبين

---

[١]أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، شركة احمد بن نهيان، إندونيسيا، دون سنة طبع ، ج٢، ص١١٣.

[٢]ابراهيم بن محمد بن سالم بن حنويان ، المتوفى سنة (١٣٥٣ه) ،منار السبيل ، ط٢،مكتبة المعارف ، الاسكندرية ،١٤٠٥ ه. ،ص١٧٦.

[٣]محمد بن احمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الكليات الأزهرية، دون سنة طبع. ، ج٢، ص٧٤.

أحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، وبين أحكام الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص؛ نظرا لان المشرع العراقي قد اخذ براي جمهور الفقهاء وهو الذي نر جحه على نحو ما بينا سابقا.

إلا أن التباين بينهما يظهر في المسائل الأتية:

أولا: إذا كان العوض في المخالعة أجرة الحضانة: لا يصح بموجب القانون العراقي الاتفاق بين الزوجين، بان يكون مقابل الطلاق الخلعي أجرة الحضانة، وعلة ذلك أن الأم لا تستحق أجرة الحضانة بموجب قانون الأحوال الشخصية العراقي، مادامت الزوجية قائمة أو كانت معتدة من طلاق رجعي [١].

بينما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشان استحقاقها عن ذلك إلى أراء شتى، فقال الشافعية والحنابلة للحاضنة الحق في طلب أجرة الحضانة على أن يتم تحديد مدة الحضانة [٢].

وقال الحنفية أجرة الحضانة إن لم تكن الزوجية قائمة بينها وبين ابي الولد ولم تكن معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو فسخ [٣].وهو ما اخذ به المشرع العراقي لقانون الأحوال الشخصية النافذ . بينما ذهب المالكية إلى القول وكذلك الإمامية، لا تستحق الحاضنة الأجرة عن الحضانة [٤]، وبناء على ذلك يصح الخلع (الطلاق الخلعي)عند الشافعية والحنابلة في مقابل أجرة الحضانة، كأن يقول الزوج لزوجته خالعتك على أن تقومي بحضانة ولدي مدة الحضانة بدون أجرة[٥]، وهو ما نعتقد الراي الراجح نظرا لأنه اقرب إلى تحقيق العدالة في الطلاق الخلعي .

ومن آثار ذلك التابين في الأحكام، أن الزوجة تفقد حقا ماليا من حقوقها الشرعية على الزوج ،وهي أجرة حضانة ولد الزوج المخالع ، بحكم أن قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ حاليا لم يجيز المخالعة عن هذه الأجرة تأثرا براي الحنفية .لتستحمل الزوجة عوضا أو بدلا عن المخالعة كامل مهرها المسمى أو اكثر منه من اجل الخلاص من زوج أذاقها الويل والمعاناة في حياتها معه، وهذا ما نهت عنه الشريعة الإسلامية حرصا منها على العدل والإنصاف، لذا نامل من المشرع العراقي أن يعتبر أجره حضانة ولد الزوج المخالع من ضمن العوض أو البذل الذي

---

[١] ينظر الفقرة الثالثة من نص المادة (٧٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ المعدل .

[٢]أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الام، مطبعة مكتبة الكليات الأزهرية في الأزهر، مصر، القاهرة، ١٩٦١م ، ج٥، ص١١٤.

[٣]٣١- أبو بكر السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، القاهرة، ١٩٣٤م ، ج٤، ص١٧١.

[٤]٤٦- محمد بسام حجازي، موطئ الأمام مالك، دار الأرباب، ط١، لبنان، بيروت، دون سنة طبع. ، ج٢، ص٧٢.

[٥]ابراهيم بن علي الشيرازي ، التبنية في الفقه الشافعي ،ط١،عالم الكتب ،بيروت،١٤٠٣ه، تحقيق عماد الدين حيدر ،ص١٧١.

بإمكان الزوجان أن يتفقا عليه من خلال تعديل نص الفقرة الثالثة من المادة السادسة والأربعين السابقة الذكر ،تحقيقا للعدالة والإنصاف .

ثانيا –إذا كان العوض في المخالعة هو الإنفاق على الصغير: لا يصح بموجب قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ ،الاتفاق بين الزوجين على أن يكون التخالع على نفقة الأولاد سواء أكانوا صغارا أم كبارا ، وذلك عملا بما جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة السادسة والأربعين، التي حددت العوض أو البدل عن الطلاق الخلعي بمهر الزوجة المسمى، أو اقل، أو اكثر، أو باي مال متقوم يجري الاتفاق عليه بين الزوجين، أو على أي حق مالي، أو شرعي يخص الزوجة ذاتها حصرا[١]، في حين أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون العوض في الخلع ،نفقة الصغير فلو اتفقت الزوجة مع زوجها عند المخالعة بينهما بان يكون مقابل التخالع الإنفاق على ولده منها لمدة معينة صح الخلع ، ولزمها الإنفاق عليه طوال المدة التي اتفقا عليها ،فاذا امتنعت الزوجة عن الإنفاق عليه أو مات الولد أو ماتت هي قبل انتهاء المدة المتفق عليها ،كان للرجل أن يرجع عليها أو على تركتها إذا ماتت "بمثل النفقة " في المدة أو فيما بقي منها[٢]،غير انه إذا ظهر بعد التخالع بينهما –وخلال المدة المتفق عليها أن الزوجة معسرة ولا تقدر على نفقة الولد جاز لها أن تطالب الزوج بالإنفاق عليه من ماله ،فاذا امتنع اجبر على ذلك ، ويرجع عليها بما انفق عند يسارها [٣].

وحسنا فعل المشرع العراقي في عدم إجازة أن يكون عوض المخالعة نفقة الولد الصغير ،مخالفا بذلك أراء غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الشأن ،وبالأخص عند ذهاب بعضهم إلى القول : إذا ظهر بعد التخالع وخلال المدة المتفق عليها إعسار الزوجة عن الإنفاق على الولد .....على ضوء ما جرى ذكره .

لان ذلك سوف يضر بحقوق الزوج المخالع أولا ، ومن ثم يعد ذلك تحايلا على أحكام الخلع التي وردت في القران الكريم ، في وجوب أن يكون الخلع بمقابل مال أو حق أو منفعة تفتدي به الزوجة نفسها ويخصها بالذات ،وكذلك يعد تحايلا على قاضي الموضوع فيما لو أجاز القانون ذلك ، فقد تتفق الزوجة مع الزوج بالإنفاق على ولده منها مدة معينة ، ثم تدعي لاحقا بإعسارها وعدم قدرتها المالية في الإنفاق ، ليجبر الزوج المخالع على الإنفاق على ولده وهي بذلك قد

---

[١] وتجدر الاشارة ان النفقة حق للولد وهي واجبة في الاصل على الاب ،ولا تخص حقوق الام مطلقا ،وذلك صيانة للولد واحياء له من الهلاك.

[٢] اسماعيل بن يحيى المزني ،المختصر ،دار المعرفة ،بيروت، بلا سنة طبع ، ص١٨٧ .

[٣]٧- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الأم، القاهرة، دون سنة طبع ، ج٣، ص١٤٤.

أساءت لزوجها المخالع وللولد معا ،من حيث أنها لربما طالبت بالمخالعة لتتزوج بزوج أخر دون أن تلتزم بدفع أو أداء العوض المتفق عليه .

الخاتمة: بعد أن انتهينا من الدراسة يمكننا أن نوجز أهم ما توصلنا اليه من نتائج وتوصيات:

أولاً/ النتائج:

١- بالرغم من توافق الأحكام بين قانون الأحوال الشخصية وبين أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص وجوب العوض المالي عن المخالعة بين الزوجين، كشرط لازم مادام أن الخلع عقد معاوضة من جانب الزوجة، الا اننا لاحظنا وجود تباينا بينهما في مسألة الشرط المكمل لشرط العوض الذي تقدمه الزوجة للزوج، وهو أن تكون الزوجة هي الكارهة للزوج وراغبة في الخلاص منه، فالقانون العراقي لم يشترط ذلك، بينما اورده فقهاء الشريعة الإسلامية من ضمن شرط صحة الخلع، وحتى لا يعد الخلع طلاقا بحسب رأيهم.

٢- من آثار ذلك التباين، أن الخلع يقع صحيحا بموجب القانون، حتى ولوكان الزوج هو الكاره للزوجة، أما عن رغبة منه في الخلاص منها ليتزوج بأخرى، أو لأسباب أخرى، فقد يلجأ إلى معاملتها بقسوة واجحاف ليكرهها فيه، لكي تطلب منه مخالعتها، بمقابل أن تتنازل عن كافة حقوقها كمهرها المؤجل أو اي حق مالي اخر، وفي ذلك ظلم للزوجة وخالفة شرعية لما جاءت به الشريعة الإسلامية.

ثانيا/ التوصيات :

١- نأمل من المشرع العراقي تعديل نص الفقرة الاولى/أ من المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية النافذ، تعديلا لا يبيح اجازة طلب الزوجة للتفريق القضائي بسبب حبس الزوج الا بعد مرور مدة معنة على تنفيذ الحكم القضائي الصادر بحبسه لمدة ثلاث سنوات فأكثر، وذلك لأن هذا الحكم الذي تم تقريره في نص الفقرة المذكورة فيه نوع من الاجحاف بحق الزوج، وكذلك يؤدي إلى هدم اسرة، إذ قد يشمل الزوج بعفو سواء أكان خاصا أو عاما.

٢- تكون صيغة التعديل كالآتي: (للزوجة طلب التفريق اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولها هذا الحق بعد مضي سنة على تنفيذ الحكم فعلا).

٣- نأمل من المشرع العراقي تعديل نص الفقرة الاولى من المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية، باشتراط أن تكون الزوجة هي الكارهة وراغبة في الخلاص من الزوج في

الخلع بينهما، حتى يصح العوض المالي لمقابل ذلك، ولتصح المخالعة بين الزوجين على الوجه الشرعي الذي نادى به فقهاء الشريعة الإسلامية.

٤- تكون صيغة التعديل بإضافة الشرط إلى نهاية الفقرة المذكورة وكالآتي : (...ويشترط أن تكون الزوجة هي الكارهة للزوج، لتفتدي نفسها بالعوض الذي تقدمه للزوج مقابل الخلع).

قائمة المصادر

١. ابراهيم بن علي الشيرازي ، التبنية في الفقه الشافعي ،ط١،عالم الكتب ،بيروت،١٤٠٣ه، تحقيق عماد الدين حيدر.
٢. ابراهيم بن محمد بن سالم بن حنويان ، المتوفى سنة (١٣٥٣ه) ،منار السبيل ، ط٢،مكتبة المعارف ، الاسكندرية ،١٤٠٥ ه.
٣. ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام المبجل احمد بن حنبل ، ج٧.
٤. أبو إسحاق الشيرازي، المذهب في فقه الامام الشافعي، شركة بن نهيان، اندنوسيا، ج٢.
٥. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، شركة احمد بن نهيان، إندونيسيا، دون سنة طبع ، ج٢.
٦. أبو بكر السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، القاهرة، ١٩٣٤م ، ج٤.
٧. ابو حامد محمد بن احمد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي، دار سافر للطباعة، بدون سنة طبع، ج١.
٨. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الام، مطبعة مكتبة الكليات الأزهرية في الأزهر، مصر، القاهرة، ١٩٦١م ، ج٥.
٩. اسماعيل بن يحيى المزني ،المختصر ،دار المعرفة ،بيروت، بلا سنة طبع .
١٠. أكمل الدين البابرتي، شرح الهداية، مطبعة السعادة، القاهرة، بلا سنة طبع، ج١١.
١١. د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الزواج والطلاق وآثارهما ، ط٢، مطبعة الارشاد ، بغداد ،١٩٧٢،ج١ .
١٢. د. احمد نجيت الغزالي، د. عبد الحليم محمد منصور علي، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخلجي، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
١٣. د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاه، عقد الزواج وآثاره، مكتبة جامعة السليمانية، ٢٠٠٣م .
١٤. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة الحلبي، دمشق، ١٩٨٣، ج٧، ص٣٦٨، ومحمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ج٥.
١٥. الشيخ شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع، ج٢.
١٦. الشيخ مصطفى الخن، الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي، المجلد الثاني، الناشر دار القلم، دمشق، ٢٠١١.
١٧. الطوسي، الخلاف في المتعة، مطبعة تابان، طهران، ١٣٨٩هـ ، ج٢.
١٨. عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، (الزواج-فرقة الزواج-حقوق الأولاد والأقارب)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.
١٩. عبد الوهاب بن علي المالكي، التلقين، ط١،المكتبة التجاري ، القاهرة ١٩٩٩.
٢٠. عبدالملك عبدالرحمن السعدي، الطلاق والفاظه المعاصرة في الفقه الاسلامي،الدار العربية للطباعة والنشر، ١٩٨٥.
٢١. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الأم، القاهرة، دون سنة طبع ، ج٣.
٢٢. علي بن احمد السمناني، روضة القضاة وطريقة النجاة، دار النهضة ، مصر، ج٢.
٢٣. كمال الدين محمد عبد الواحد الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، بولاق، ١٩٦٨م. ، ج٤.
٢٤. الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج٧، ص٧٩، وكذلك علي بن محمد السمناني، روضة القضاة، طريق النجاة، مصدر سابق، ج٦.
٢٥. محمد بسام حجازي، موطئ الأمام مالك، دار الأرباب، ط١، لبنان، بيروت، دون سنة طبع. ، ج٢.
٢٦. محمد بن احمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الكليات الأزهرية، دون سنة طبع. ، ج٢.
٢٧. محمد بن احمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج لمعرفة معاني الفاظ المنهاج، ، ج٣، ص ٢٦٥، وكذلك علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الضائع،ج٧.

٢٨. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الادلة الرضية، دار الندى للكتب، ط١، بيروت، تحقق محمد صبحي الحلاق، ١٤١٣ هـ، ج١.
٢٩. محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ط٦ ، مؤسسة الغارديان للطباعة والنشر ، ايران الإسلامية ، بدون ذكر سنة طبع ، ج٥.
٣٠. المستشار احمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٥م.
٣١. المستشار محمد عزمي البكري ،موسوعة الفقه والقضاء (الاحوال الشخصية)، المجلد الرابع ،ا لطلاق اسبابه – الخلع –العدة،دار محمود للنشر، القاهرة ، بلا سنة طبع.
٣٢. موفق الدين بن محمد ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب، بيروت، بلا سنة نشر، ج٧.
٣٣. واحمد بن محمد الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على شرح الصغير، دار الخير للطباعة والنشر، بيروت، بلا سنة طبع، ج٥.
٣٤. يوسف بن محمد عبد البر القرطبي. الاستذكار، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٣٣٩ هـ، ج٦.

- **القرارات**

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١١٧٧/ الشخصية /١٩٨٥ في ٤/١٣/.
قرار محكمة التمييز ١٤٦٤/ الاحوال الشخصية الاولى/ ٢٠١١ في ٢٠١١/٤/١٠ (غير منشور).

- **القوانين**

١- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ وتعديلاته.