المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه واستن بسنته وسار على نهجه إلى يوم الدين.

وبعد:

فيقول عز من قائل في محكم التنزيل: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[١] وقال جل في علاه: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾[٢]، فكل من الزوجين كاللباس للآخر الذي يجد فيه سكنه وطمأنينته واستقراره ما دامت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، إلا أن هذه الحياة المشتركة بين الزوجين قد لا تنتج ثمرتها ولا تحقق مقصدها ويكون من الواجب عند ذاك إنهائها، ولظروف معينة قد يكون هذا الإنهاء بشكل معين كأنه النزع والإزالة للباس الزوجية وهو ما اصطلح على تسميته بالخلع.

فالخلع هو إزالة عقدة النكاح بلفظ الخلع مقابل عوض تلتزم به المرأة، وما يعنينا فيه هو التكييف الشرعي والقانوني له أو طبيعته من حيث الأثر المترتب عليه وفيما إذا كان طلاقا أم فسخا، وما يترتب عليه من الآثار التي تختلف باختلاف كلا القولين.

وللإحاطة بالموضوع سينقسم البحث على ثلاثة مباحث، يتضمن الأول منها التعريف بالخلع وأدلة مشروعيته وفلسفته، ويتضمن المبحث الثاني الآراء الفقهية في تكييف الخلع وأدلتها ومناقشة تلك الأدلة، ويتضمن المبحث الثالث موقف قوانين الأحوال الشخصية من تكييف الخلع والنتائج المترتبة على هذا التكييف، ونختتم البحث بخاتمة تبين أهم النتائج التي تم التوصل لها والمقترحات القانونية المنظمة لموضوع البحث.

---

(١) سورة الروم ، الآية ٢١ .

(٢) سورة البقرة ، الآية ١٨٧ .

المبحث الأول

التعريف بالخلع وأدلة مشروعيته

سينقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب كالآتي:

المطلب الأول: التعريف بالخلع

الخلع معناه في اللغة النزع والإزالة يقال خلع ثوبه ونعله وقائده وخلع امرأته خلعا بالضم وخلع الوالي عزل ، وخالعت المرأة بعلها أرادته على طلاقها ببدل منها له فهي خالع والاسم الخلعة بالضم وقد تخالعا واختلعت فهي مختلعة[١].

أما في الاصطلاح: فهو عند الحنفية حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع وما في معناه في مقابل عوض تلتزم به المراة[٢]، وعند المالكية: الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه[٣]، وعند الشافعية: هُوَ فُرْقَةٌ بِعِوَضٍ بِلَفْظِ طَلَاقٍ أَوْ خُلْعٍ[٤].

وعند الحنابلة معناه: فراق الزوج امرأته بعوض فإن خالعها بغير عوض لم يصح لكن إن كان بلفظ الطلاق أو نواه به فهو طلاق رجعي[٥]، وهوعندهم: فراق الزوجة بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة[٦].

---

(١) ينظر: مختار الصحاح ، محمد بن ابي بكر الرازي ، ، مادة خلع ، ص١٨٥ .

(٢) ينظر: حاشية رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين المشهور بابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1386هـ ، ج٢ ، ص٨٦٠ .

(٣) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المتوفى سنة (595)هـ، دار الفكر، بيروت ،ج١ ، ص٧٧٤.

(٤) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، المتوفى سنة (977)هـ، دار الفكر، بيروت، ج٣ ، ص١٧٥ .

(٥) ينظر: الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، لعبد الله بن قدامة، المتوفى سنة (620)هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط5، 1988، تحقيق زهير الشاويش ،ج٣ص٩٥.

(٦) ينظر: منار السبيل، لإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، المتوفى سنة (1353)هـ ، مكتبة المعارف، الرياض، 1405هـ، ط2، تحقيق عصام القلعجي ، ج٢، ص١٥١.

يؤخذ من تعريف الفقهاء للخلع معنى الفرقة بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل العوض الذي تلتزم به المرأة.

والخلع في قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م هو إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون " وهي المادة الخاصة بتسجيل الطلاق في المحكمة المختصة[١]، وعرف قانون الأحوال الشخصية الكويتي الخلع بقوله " الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها[٢].

ويلاحظ من التعريفين الاتفاق على مسمى الخلع وان كان قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد صرح بالعوض في حين اشترط القانون العراقي حصول الخلع أمام القاضي المختص.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الخلع

إن أدلة مشروعية الخلع وردت في الكتاب والسنة وهي:

من الكتاب: قول الله تعالى : ﴿وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[٣] .

ومن السنة من رواية البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: (أتردين عليه حديقته)؟ قالت: نعم قال رسول الله صلى الله عليه و سلم (اقبل الحديقة وطلقها تطليقة) وفيه : [جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي صلى الله

(١) ينظر: المادة ٤٦ من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل ، قانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
(٢) ينظر: المادة ١١١ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي المرقم ٥١ لسنة ١٩٨٤م.
(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٢٩.

عليه و سلم فقالت : يا رسول الله ما انقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : أتردين عليه حديقته ؟ فقالت نعم فردتها عليه وأمره ففارقها][1]، وفي رواية فقال له: [اقبل الحديقة وطلقها تطليقة]، قال ابن قدامة: (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: ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ ﴾)[2].

وما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول صلى الله عليه و سلم: ما شانك ؟ قالت: لا أنا ولا ثابت لزوجها فلما جاء ثابت قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: هذه حبيبه بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر وقالت حبيبه: يا رسول الله صلى الله عليه و سلم كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم لثابت بن قيس: خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها] وهذا حديث صحيح ثابت رواه الأئمة مالك واحمد وغيرهما[3].

ولأن الآية التي تلوناها والخبر وانه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة لم نعرف لهم في عصرهم مخالفا فيكون إجماعا ودعوى النسخ لا تسمع حتى يبث تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يبث شيء من ذلك إذا ثبت هذا فأن هذا

---

(١) رواه البخاري ، الجامع الصحيح المختصر، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المتوفى سنة (256)هـ، دار ابن كثير، بيروت، ط3، 1987، تحقيق د. مصطفى ديب البغا ، رقم الحديث٤٩٧١، ج٥، ص ٢٠٢١.

(٢)المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة، المتوفى (620)هـ، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ 7/246.

(٣) ينظر: المصدر السابق نفس الإشارة.

يسمى خلعا لأن المرأة تتخلع من لباس زوجها قال الله تعالى: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ ﴾[١] ويسمى افتداء لأنها تفتدي نفسها بمال تبذله قال الله تعالى: ﴿فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا فيما افتدت به﴾[٢] .

المطلب الثالث: حكمة مشروعية الخلع

شرع الخلع لمصلحة الزوجة ليس لسبب في الزوج أو لتقصير منه وإنما لسبب يعود للزوجة وهو خاص بها ، وهذا السبب هو كرهها البقاء مع زوجها وخشيتها على نفسها الوقوع في ما لا يرضاه الله عز وجل بعد أن انعم الله عليها بالإسلام .

وبما أن الزوج راغب بزوجته وحريص على البقاء معها، فانه من العدل حينئذ أن ترد له ما أنفقه عليها كلا أو بعضا على حسب ما يتفقان عليه ، فالفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك . أي كره . المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل[٣].

والخلع جائز لا بأس به عند أكثر العلماء[٤]، لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لأسباب جسدية خَلْقية، أو خلُقية أو دينية، أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقاً للخلاص من الزوجية، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر عنها، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها. وقد حصر جمهور العلماء أخذ الفدية من مال الزوجة مقابل الطلاق في حال النشوز وفساد العشرة من قبل الزوجة.

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٧ .

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢٩ .

(٣) ينظر: بداية المجتهد ، ج١ ، ص٧٨١ . .

(٤) ينظر: المصدر السابق، الإشارة نفسها، الدر المختار، لعلاء الدين الحصكفي، المتوفى سنة (1088)هـ، دار الفكر، بيروت، ط1، 1386هـ، ٧٦٧/٢، مغني المحتاج: ٢٦٢/٣، المغني: ٥١/٧.

ودل الكتاب والسنة على مشروعيته، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ ﴾[١] ، وقوله سبحانه: ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾[٢] وقوله: ﴿ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[٣].

وأما السنة: فحديث ابن عباس في امرأة ثابت بن قيس فهي لا تريد مفارقته لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، وإنما كرهت كفران العشير، والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له، فأمرها النبي صلّى الله عليه وسلم أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب برد بستانه الذي أمهرها إياه، وهو أول خلع وقع في الإسلام، وفيه معنى المعاوضة.

وخالف أبو بكر بن عبد الله المزني عن الجمهور، فقال: لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً، ذلك أن قوله تعالى: ﴿ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ منسوخ بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئًا ﴾[٤] وهذا معناه عند الجمهور الأخذ بغير رضاها، وأما برضاها فجائز.

ويسن عند الحنابلة للرجل إجابة المرأة للخلع إن طلبته[٥]، لقصة امرأة ثابت بن قيس المتقدمة ، إلا أن يكون للزوج ميل ومحبة لها ، فيستحب صبرها ، وعدم افتدائها . ويكره الخلع للمرأة مع استقامة الحال ، لحديث ثوبان : أن النبي صلّى الله عليه وسلم قال : " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة "[٦]. ولأنه عبث فيكون مكروهاً.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٨ .

(٢) سورة النساء: الآية ٤.

(٣) سورة النساء: الآية ١٢٨.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٠.

(٥) ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، دار الفكر، بيروت، 1402هـ، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال: ٥/٢٣٧.

(٦) رواه الترمذي، الجامع الصحيح ، لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، المتوفى سنة (279)هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق أحمد محمد شاكر ج٣/ص٤٩٣ وأبو داود ، سنن أبي داود،

وذكر الحنفية: أنه إن كان النشوز (النفرة والجفاء) من قبل الزوج، كره له أن يأخذ منها عوضاً؛ لأنه أوحشها بالاستبدال، فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال. وإن كان النشوز من قبل الزوجة، كره له أن يأخذ منها عوضاً أكثر مما أعطاها من المهر، فإن فعل ذلك بأن أخذ أكثر مما أعطاها، جاز في القضاء؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾[١] .

وذكر الحنابلة أن الخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها في حالة العضل أو الإكراه على الخلع[٢] .

المبحث الثاني

التكييف الفقهي للخلع والآثار المترتبة عليه

إذا بذلت المرأة مالا لزوجها لقاء أن تملك عصمتها فحصلت الفرقة بناءا على الخلع فإنه قد اتفق الفقهاء في كون الخلع طلاقا إذا كان الخلع بلفظ الطلاق مع الاختلاف في كون هذا الطلاق كناية أو صريحا[٣] ولكنهم اختلفوا في كونه فسخا أو طلاقا إن لم يكن بلفظ الطلاق إلى قولين سنبينهما في مطلب ، وسنجعل مطلبا ثانيا في بيان الآثار المترتبة على اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا.

لسليمان بن الأشعث السجستاني، المتوفى سنة (275)هـ، دار الفكر، بيروت، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج٢/ص٢٦٨، وغيرهما.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٨ .

(٢) ينظر: كشاف القناع: ٢٣٨/٥، المغني: ٥٣/٧ .

(٣) ينظر: المغني 7/250.

المطلب الأول: التكييف الفقهي للخلع

اختلف الفقهاء رحمهم الله في التكييف الفقهي للخلع من حيث كونه طلاقا أو فسخا إلى قولين:

القول الأول:

الخلع طلاق وليس فسخا وهو مروي عن عمر بن الخطاب[١] وعثمان بن عفان[٢] وعلي ابن أبي طالب[٣] وابن مسعود[٤] رضي الله عنهم جميعا وبه قال سعيد بن المسيب[٥] والحسن البصري[٦] وسعيد بن جبير[٧] وعطاء وعطاء بن رباح[٨] وقبيصة بن ذؤيب[١] وشريح[٢] ومجاهد[٣] وأبو سلمة بن عبد

---

(١) روى عنه سعيد بن منصور في سننه ونص الرواية: ((عن عبد الله بن شهاب الخولانى ان امرأة اشترت من زوجها تطليقه بألف درهم فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجازه وقال هذه امرأة ابتاعت نفسها من زوجها ابتياعا))، سنن سعيد بن منصور، لسعيد بن منصور، المتوفى سنة (227)هـ، دار العصيمي، الرياض، ط1، 1414هـ، تحقيق الدكتور سعد بن عبد الله بن عبد العزيز آل حميد ص377.

(٢) رواه عنه البيهقي في السنن الكبرى بما روي عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها عبد الله بن أسيد ثم أتيا عثمان رضي الله عنه في ذلك فقال: ((هي تطليقة إلا أن تكون سميت شيئا فهو ما سميت)) سنن البيهقي الكبرى، للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، المتوفى سنة (458)هـ، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1994، تحقيق محمد عبد القادر عطا ج7/ص316، وما روي عن يحيى بن سعيد أن عثمان بن عفان جعل الخلع تطليقة بائنة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لعبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المتوفى سنة (235)هـ، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ، كمال يوسف الحوت ج4/ص118 .

(٣) رواه عنه عبد الرزاق في المصنف عن الشعبي أن عليا قال: ((إذا أخذ للطلاق ثمنا فهي واحدة)) المصنف، لعبد الرزاق بن همام الصنعاني، المتوفى سنة (211)هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ج6/ص482 .

(٤) روه عنه عبد الرزاق في المصنف عن إبراهيم قال: ((كان ابن مسعود لا يرى طلاقا بائنا إلا في خلع أو إيلاء))، مصنف عبد الرزاق ج6/ص481 .

(٥) ينظر: الاستذكار، ليوسف بن عبد البر القرطبي، المتوفى سنة (٤٦٣)هـ ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م، تحقيق سالم محمد عطا ومحمد علي معوض 6/81، المغني 7/249 ، المحلى، لعلي بن أحمد بن حزم الظاهري، المتوفى سنة (456)هـ، دار الآفاق الجديدة، بيروت، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي 10/238.

(٦) ينظر: الاستذكار 6/81، المغني 7/249 ، المحلى 10/238

(٧) ينظر: الاستذكار 6/81.

(٨) ينظر: الاستذكار 6/81، المغني 7/249 ، المحلى 10/238.

الرحمن[٤] وإبراهيم النخعي[٥] والشعبي[٦] والزهري[٧] ومكحول[٨] وجابر بن زيد[٩] وابن أبي نجيح[١٠] والأوزاعي[١١] وسفيان الثوري[١٢]،

وهو مذهب الحنفية[١٣] والمالكية[١٤] وقول الإمام الشافعي في الجديد[١٥]

---

(١) ينظر: المصادر السابقة، الإشارات نفسها.

(٢) ينظر: المصادر السابقة، الإشارات نفسها.

(٣) ينظر: الاستذكار 6/81، المحلى 10/238.

(٤) ينظر: المصدران السابقان ، الإشارتان نفسهما.

(٥) ينظر: المصدران السابقان ، الإشارتان نفسهما.

(٦) ينظر: المصدران السابقان ، الإشارتان نفسهما.

(٧) ينظر: المصدران السابقان ، الإشارتان نفسهما.

(٨) ينظر: المصدران السابقان ، الإشارتان نفسهما.

(٩) ينظر: الاستذكار 6/81.

(١٠) ينظر: المحلى ج10/ص238.

(١١) ينظر: المصدر السابق، الإشارة نفسها.

(١٢) ينظر: المصدر السابق، الإشارة نفسها.

(١٣) ينظر: المبسوط، لمحمد شمس الدين السرخسي، المتوفى سنة (483)هـ، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ 6/171، تحفة الفقهاء، لمحمد بن أحمد السمرقندي، المتوفى سنة (539)هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ 2/199، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المتوفى سنة (587)هـ، دار الكتاب، بيروت، ط2، 19823/144، .

(١٤) ينظر: التلقين، لعبد الوهاب بن علي المالكي، المتوفى سنة (٣٦٢) هـ ، المكتبة التجارية، ط١، ١٤١٥ هـ، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني 1/330، الاستذكار 6/81، بداية المجتهد 2/52، مواهب الجليل شرح متن الخليل، للحطاب الرعيني، المتوفى سنة (954)هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416، تحقيق الشيخ زكريا عميرات 4/19، .

(١٥) ينظر: الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، المتوفى سنة (204)هـ، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1393هـ 5/114 ، الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، المتوفى سنة (450)هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود 9/10، التنبيه في الفقه الشافعي، لإبراهيم بن علي الشيرازي، المتوفى (476)هـ، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1403هـ، تحقيق عماد الدين أحمد حيدر ص171 ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن محمد الشيرازي، المتوفى سنة (476)هـ، دار الفكر، بيروت، 2/72، في المذهب، لأبي حامد محمد الغزالي، المتوفى سنة (505)هـ، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، 5/311 ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي الشافعي، المتوفى سنة (676)هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ ، 7/375،

واختاره المزني من الشافعية [١]، وإحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل[٢]، وقول ابن حزم الظاهري[٣] وقول عند الشيعة الإمامية[٤] والزيدية[٥] واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

- ما روي عن ابن عَبَّاسٍ رضي الله عنهما أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بن قَيْسٍ أَتَتْ النبي ﷺ فقالت يا رَسُولَ اللَّهِ ثَابِتُ بن قَيْسٍ ما أَعْتِبُ عليه في خُلُقٍ ولا دِينٍ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ في الْإِسْلَامِ فقال رسول اللَّهِ ﷺ أَتَرُدِّينَ عليه حَدِيقَتَهُ قالت نعم قال رسول اللَّهِ ﷺ أقبل الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً[٦].

ووجه الدلالة من الحديث انه دال بلفظه ان الخلع طلاق وليس بفسخ، حيث أمر النبي صلى الله عليه وسلم بطلاقها مقابل إرجاع الحديقة بلفظ الطلاق صريحا وجعله طلاقا.

- ما روي عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها عبد الله بن أسيد ثم أتيا عثمان رضي الله عنه في ذلك فقال هي تطليقة إلا أن تكون سميت شيئا فهو ما سميت[٧].

ووجه الدلالة من هذه الرواية أن عثمان رضي الله عنه قد بين في هذه الفرقة العدد ونص أنها واحدة، والذي يحتمل العدد هو الطلاق لا الفسخ.

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن شهاب الدين الرملي، المتوفى سنة (1004)هـ، دار الفكر، بيروت ، ص6/405 .

(١) ينظر: المختصر، لإسماعيل بن يحيى المزني، المتوفى سنة (264)هـ، دار المعرفة، بيروت ، ص187.

(٢) ينظر: المغني 7/249 .

(٣) ينظر: المحلى ج10/ص238.

(٤) ينظر: المختصر النافع في فقه الإمامية، لجعفر بن الحسن الحلي، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ، دار الأضواء، بيروت، ط٣، ١٩٨٥م، ص231.

(٥) ينظر: سبل السلام، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، المتوفى سنة (٨٥٢)هـ دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٤، ١٣٧٩هـ ، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي، 3/167 .

(٦) رواه البخاري 5/2021 رقم الحديث (4971) ، والنسائي، السنن الكبرى لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، المتوفى سنة (303)هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداوي والسيد كسروي حسن 3/369 رقم الحديث (5657) وغيرهما.

(٧) ينظر: سنن البيهقي الكبرى ج٧/ص٣١٦ ، مصنف عبد الرزاق ج6/ص483 وغيرهما.

- قال السرخسي: ((والمعنى فيه أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ألا ترى أنه لا يفسخ بالهلاك قبل التسليم فإن الملك الثابت به ضروري لا يظهر إلا في حق الاستيفاء وقد قررنا هذا في النكاح وبينا أن الفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الإتمام وكذلك في خيار البلوغ والعتق فأما الخلع يكون 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 ألا ترى أن الرجل يقول خلعت الخف من رجلي يريد به الفصل في الحال))[١] .
- إن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ[٢].
- إن الزوجة بذلت العوض لأجل الفرقة والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق لا الفسخ فلزم أن يكون طلاقا[٣].
- إن الخلع فرقة لا يملك التلفظ بها غير الزوج فوجب أن يكون طلاقا[٤].
- ولأن الفسخ ما كان عن سبب متقدم كالعيوب والخلع يكون مبتدأ من غير سبب فكان طلاقاً لأنه يكون من غير سبب أولى من أن يكون فسخاً لا يكون إلا عن سبب ولأن الفسخ يوجب استرجاع البدل كالفسخ في البيع فلو كان الخلع فسخاً لما جاز إلا بالصداق وفي جوازه بالصداق وغيره دليل خروجه عن الفسخ ودخوله في الطلاق[٥].

---

(١) المبسوط 6/171-172.
(٢) ينظر: بداية المجتهد 2/52.
(٣) ينظر: بدائع الصنائع 3/144، المهذب 2/72.
(٤) ينظر: الحاوي الكبير 10/9 .
(٥) ينظر: الحاوي الكبير 9/10.

- لان الزوجة إنما بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا[١].
- لأن الخلع لو كان فسخا لما جاز على غير الصداق إذ الفسخ يوجب استرجاع البدل كما أن الإقالة لا تجوز بغير الثمن[٢].

القول الثاني: الخلع فسخ وليس طلاقا وهو قول عبد الله بن عباس[٣] وروي ذلك عن عبد الله بن عمر[٤] رضي الله عنهم، وهو قول طاوس[٥] وعكرمة[٦] وإسحاق بن راهوية[٧]
وأبو ثور[٨] وداود الظاهري[٩] والقول القديم للشافعي[١٠] والمختار للفتوى عند الشافعية[١١].

---

(١) ينظر: التكملة الثانية المجموع 17/14، التكملة الأولى للمجموع، للقاضي علي بن عبد الكافي السبكي، والتكملة الثانية للشيخ محمد نجيب المطيعي، وهما مطبوعتان مع المجموع للنووي، دار الفكر، بيروت.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ج3/ص268، سبل السلام 3/167، .

(٣) رواه عنه الدارقطني في سننه عن طاوس عن بن عباس قال: ((الخلع فرقة وليس بطلاق)) سنن الدارقطني، لعلي بن عمر أبي الحسن الدار قطني البغدادي، المتوفى سنة (385) هـ، دار المعرفة، بيروت، 1966، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني ج3/ص320 .

(٤) روي عن نَافِعٍ عن بن عُمَرَ قال: ((عِدَّةُ الْمُخْتَلِعَةِ حَيْضَةٌ)) سنن أبي داود ج2/ص269.

(٥) ينظر: الاستذكار 6/81، المغني 7/249 .

(٦) ينظر: المصدران السابقان .

(٧) ينظر: الاستذكار 6/81، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ليوسف بن عبد البر، المتوفى سنة (463)هـ، وزارة عموم، المغرب، 1387هـ، تحقيق مصطفى أحمد العلوي و محمد عبد الكبير البكري ج23/ص371، المغني 7/249 ، المحلى ج10/ص237.

(٨) ينظر: الاستذكار 6/81، التمهيد لابن عبد البر ج23/ص372، المغني 7/249 ، المحلى ج10/ص237 .

(٩) ينظر: بداية المجتهد 2/52 ، الاستذكار 6/81، التمهيد لابن عبد البر ج23/ص371.

(١٠) ينظر: الحاوي الكبير 10/9، التنبيه 171، المهذب 2/72 ، الوسيط 5/311، روضة الطالبين 7/375، نهاية المحتاج 6/405.

(١١) ينظر: الوسيط 5/311 وقال فيه الإمام الغزالي رحمه الله: ((والمنصور في الخلاف أنه فسخ))، تخريج الفروع على الأصول ص195، روضة الطالبين 7/375 وقال النووي : ((ورجح الشيخ أبو حامد وأبو

والصحيح المعتمد عند الحنابلة[١] ومذهب الزيدية[٢] وقول عند الشيعة الإمامية[٣] واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

- قول الله تعالى: ﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾[٤].

ووجه الدلالة: أن الله تعالى ذكر أن الطلاق مرتان تستتبع كل مرة منهما بالإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ثم ذكر جل شانه بعد ذلك افتداء الزوجة نفسها لقاء عوض مالي تدفعه لزوجها، ثم قال سبحانه: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ والمعنى فإن طلقها بعد ذلك فلو كان الافتداء وهو الخلع طلاقا لكان الذي تترتب عليه الحرمة حتى تنكح زوجا آخر أربع طلقات وليست ثلاثا فهذا صريح على أن الخلع ليس بطلاق.

مخلد البصري القديم))، المنثور 2/141 وقال فيه: ((قول الأصحاب ان المنصور في الخلاف أن الخلع فسخ)) ، نهاية المحتاج 6/405 وقال فيه: ((وفي قول نص عليه في القديم والجديد الفرقة بلفظ الخلع أو المفاداة إذا لم يقصد به طلاقا فسخ..... واختاره كثيرون من أصحابنا المتقدمين والمتأخرين وأفتى به البلقيني متكررا))، فتح المعين بهامش إعانة الطالبين 3/390.

(١) ينظر: المغني 7/249 .

(٢) ينظر: الأدلة الرضية، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، المتوفى سنة (١٢٥٠) ، دار الندى، بيروت، ط١ ، ١٤١٣، تحقيق محمد صبحي الحلاق ، ج1/ص276، الروضة الندية، لصديق حسن خان، المتوفى سنة (١٣٠٧)، دار ابن عفان، القاهرة، ١٩٩٩م، ط١، تحقيق علي حسين الحلبي ج2/ص273.

(٣) ينظر: المختصر النافع 231.

(٤) سورة البقرة الآيتان 229-230 .

قال الماوردي في الحاوي الكبير: ((ووجه الدليل: من ذلك انه لو كان الخلع طلاقا لصار مع الطلقتين المتقدمتين ثلاثاً وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ولما قال بعده فإن طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره لأنه قد طلقها الثالثة وصار التحريم متعلقاً بأربع لا بثلاث))[١].

- ما روي أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ثابت فقال له خذ الذي لها عليك وخل سبيلها قال نعم فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتربص حيضة واحدة فتلحق بأهلها[٢] ووجه الدلالة أن لفظ (وخل سبيلها) ونحوه ليس بطلاق مما يدل أن الخلع فسخ وليس طلاقا ، قال الخطابي: ((في هذا أقوى دليل لمن قال إن الخلع فسخ وليس بطلاق إذ لو كان طلاقا لم يكتف بحيضة للعدة))[٣].
- ما روي عن الرُّبَيِّعِ بِنْتِ مُعَوِّذِ بن عَفْرَاءَ أنها اخْتَلَعَتْ على عَهْدِ النبي صلى الله عليه وسلم فَأَمَرَهَا النبي صلى الله عليه وسلم أو أُمِرَتْ أَنْ تَعْتَدَّ بِحَيْضَةٍ قال وفي الْبَاب عن بن عَبَّاسٍ قال أبو عِيسَى حَدِيثُ الرُّبَيِّعِ الصَّحِيحُ أنها أُمِرَتْ أَنْ تَعْتَدَّ بِحَيْضَةٍ[٤] .
- ما روي عن إبراهيم بن سعد بن عباس أن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن امرأة طلقها زوجها تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها؟، قال ابن عباس ذكر الله عز وجل الطلاق في أول الآية وآخرها والخلع بين ذلك فليس الخلع بطلاق ينكحها ورواه أيضا حبيب بن أبي ثابت وليث بن أبي سليم عن طاوس عن بن عباس بمعناه مختصرا

---

(١) الحاوي الكبير 10/10 ، وينظر: المغني 7/250.

(٢) ينظر: سنن النسائي الكبرى ج٣/ص٣٨٣.

(٣) نقل عنه الصنعاني، سبل السلام 3/167.

(٤) سنن الترمذي 3/491.

وروى الشافعي عن سفيان عن عمرو عن عكرمة قال كل شيء أجازه المال فليس بطلاق[١].

- ما روي عن عمرو عن طاوس عن بن عباس قال إنما هو فرقه وفسخ ليس بطلاق ذكر الله الطلاق في أول الآية وفي آخرها والخلع بين ذلك فليس بطلاق ((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان))[٢].
- ما روي عن عمرو بن دينار عن طاوس قال سأل إبراهيم بن سعد ابن عباس عن رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه ثم أينكحها فقال نعم ذكر الله الطلاق في أول الآية وآخرها والخلع بين ذلك فلا بأس به[٣].
- ولأن الفرقة في النكاح تكون بطلاق وفسخ فلما كانت الفرقة بالطلاق تتنوع نوعين بعوض وغير عوض وجب أن تكون الفرقة بالفسخ تتنوع نوعين بعوض وغير عوض[٤].
- واحتج من لم يره طلاقا بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال الطلاق مرتان ثم ذكر الافتداء ثم قال فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضي قياسا على فسوخ البيع أعني الإقالة[٥].
- لأن النكاح عقد معاوضة فإذا لحقه الفسخ إجباراً جاز أن يلحقه الفسخ اختياراً كالبيع[٦].

---

(١) سنن البيهقي الكبرى ٣١٦/٧.
(٢) رواه ابن ابي شيبة، المصنف ج٤/ص١١٨.
(٣) رواه عبد الرزاق، المصنف ج٦/ص٤٨٧.
(٤) ينظر: الحاوي الكبير 10/10.
(٥) ينظر: بداية المجتهد 2/52.
(٦) ينظر: بداية المجتهد 2/52 ، مغني المحتاج 3/268.

- لان الطلاق لا يقع إلا بصريح أو كناية مع النية والخلع ليس بصريح في الطلاق ولا معه نية الطلاق فوجب أن يكون فسخا(١).
- لان الخلع نوع فرقة لا تثبت فيه الرجعة بحال فكان فسخا (٢).

والراجح والله أعلم القول الثاني من أن الخلع بغير ألفاظ الطلاق فسخ وليس طلاقا لما استدلوا به، وما استدل به أصحاب القول الثاني من حديث ابن عباس رضي الله عنهما يجاب عنه أن ما ورد في هذه الرواية لا خلاف فيه، لأنه ورد بلفظ الطلاق وهناك اتفاق بين العلماء على أنه إذا صرح بلفظ الطلاق في الخلع كان طلاقا وكذلك إذا نوى به الطلاق(٣)، والكلام كما مرَّ سابقا في حالة عدم التصريح بلفظ الطلاق، وأما ما استدلوا به من رواية أم بكرة الأسلمية فقد ذكر البيهقي نقلا عن ابن المنذر أن أحمد بن حنبل ضعف حديث عثمان رضي الله عنه(٤)، وما ذُكِر ورُوي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم فقد ذكر البيهقي نقلا عن ابن المنذر قوله: ((وضعف أحمد يعني بن حنبل حديث عثمان وحديث علي وابن مسعود رضي الله عنهما وفي إسنادهما مقال))(٥).

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تكييف الخلع

ذكرنا آنفا أن لبيان التكييف الشرعي والقانوني للخلع أهميته من حيث الآثار المترتبة عليه فالآثار التي تترتب على اعتباره فسخا تختلف كثيرا عن الآثار التي تترتب على اعتباره طلاقا وقد ذكرنا جانبا من هذه الآثار عند بياننا للتكييف الشرعي والقانوني للخلع في المبحثين المتقدمين والآن نكمل هذه الآثار فقها وقانونا وكما يلي :.

---

(١) ينظر: المهذب 2/72.

(٢) ينظر: التكملة الثانية المجموع 17/14.

(٣) ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (852)هـ، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، 9/400.

(٤) ينظر: سنن البيهقي الكبرى ج٣١٦/٧.

(٥) المصر السابق، الإشارة نفسها.

ابتداءا إذا قلنا أن الخلع هو طلاق فخلعها مرة حسبت طلقة فينقص بها عدد طلقاته وان خالعها ثلاثا طلقت ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وان قلنا هو فسخ لم تحرم عليه وان خالعها مائة مرة وهذا الخلاف فيما إذا خالعها بلفظ الطلاق ولم ينوه فإن بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه وان وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق او لفظ الخلع والمفاداة ونحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضا لأنه كناية نوى الطلاق فكانت طلاقا فان كان بعوض ولم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتين[١] .

. ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول اكثر أهل العلم منهم الحسن و عطاء و طاوس و النخعي و الثوري و الأوزاعي و مالك و الشافعي و إسحاق وحكي عن الزهري و سعيد بن المسيب انهما قالا الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة وقال أبو ثور : إن كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق[٢] .

وقوله سبحانه وتعالى ﴿ فيما افتدت به ﴾ إنما يكون فداء إذا خرجت عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر[٣] .

. الخلع على رضاع الولد :

اذا خالعت الزوجة زوجها على رضاع ولده سنتين صح وكذلك إن جعلا وقتا معلوما قل او كثر وبهذا قال الشافعي ، لان هذا مما تصح المعاوضة عليه في غير الخلع ففي الخلع أولى فان خالعته على رضاع ولده مطلقا ولم يذكرا مدته

صح أيضا وينصرف الى ما بقي من الحولين وقال أصحاب الشافعي : لا يصح حتى يذكرا مدة الرضاع كما لا تصح الإجارة حتى يذكرا المدة[٤] .

---

(١)المغني ج8 ، ص181.

(٢) المصر السابق، ج8 ، ص185.

(٣)المغني ، ج8 ، ص185.

(٤) المصر السابق ج8،ص192.

ولما قيده الله عز وجل بالحولين فقال تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾[١] وقال سبحانه :﴿ وفصاله في عامين ﴾ [٢] فان ماتت المرضعة او جف لبنها فعليها اجر المثل لما بقي من المدة وان مات الصبي فكذلك وقال الشافعي في أحد قوليه لا ينفسخ ويأتيها بصبي ترضعه[٣].

. الخلع على كفالة الولد :

وان خالع الزوج زوجته على كفالة ولده عشر سنين صح وان لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام وادام ويرجع عند الإطلاق إلى نفقه مثله وقال الشافعي : لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه[٤].

. خلع المرأة في مرض موتها :

وإذا خالعت الزوجة زوجها في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة[٥] .

وجملة الأمر أن المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو هما جميعا لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع.

وقال أبو حنيفة إن له العوض كله فإن حابته فمن الثلث لأنه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي وعن مالك كالمذهبين وعنه يعتبر بخلع مثلها وقال الشافعي فإن خالعت بمهر مثلها جاز وإن زاد فالزيادة من الثلث[٦].

فالآثار التي تترتب على اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا هي:

1. إذا اعتبر الخلع طلاقا يحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته فينقص من عدد طلقاته التي يملكها على زوجته، أما إذا اعتبر فسخا فلا يحسب بل للرجل

---

(١) سورة البقرة ،الاية 233.

(٢) سورة لقمان ، الاية 14.

(٣) المغني ج8 ،ص 192.

(٤) المغني ج8،ص192.

(٥) المصدر السابق ج8،ص223.

(٦)المصدر السابق الإشارة نفسها.

المخالع أن يعيد المرأة بعقد نكاح ومهر جديدين وإن تكرر منه الخلع لأن الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته(١).

2. إذا اعتبر الخلع طلاقا كان للزوج أن يعدد أكثر من طلقة فيقع ما عدده أما إن كان فسخا فلا يقع به طلاق أصلا.
3. أغلب الفقهاء الذين قالوا إن الخلع طلاق جعلوا عدة المختلعة هي عدة الطلاق ومن قال إنه فسخ جعل عدتها حيضة إلا على قول الراجح عند الحنابلة فمع القول بكونه فسخا جعلوا عدتها ثلاث حيضات.
4. إن قلنا الخلع طلاق وهو الراجح فهو معاوضة لأخذه عوضا في مقابلة البضع المستحق له فيها ثوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول المال كتوقف الطلاق المعلق بشرط عليه أما إذا قلنا فسخ فهو معاوضة محضة كالبيع وله الرجوع قبل قبولها كما هو شأن المعاوضات(٢).

المبحث الثالث

موقف قوانين الأحوال الشخصية من تكييف الخلع والنتائج المترتبة عليه

لبيان الموقف القانوني من تكييف الخلع وما يترتب عليه من نتائج قانونية سينقسم المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : موقف قوانين الأحوال الشخصية من تكييف الخلع

نص قانون الأحوال الشخصية السوري المرقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣م في المادة ٩٤ على أن :"كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل لثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص على كونه بائنا في هذا القانون ." ونص في المادة ٩٥ على انه " يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له".

---

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي 6/172، بدائع الصنائع 3/144، بداية المجتهد 2/52 ، الحاوي الكبير 10/10.

(٢) ينظر: نهاية المحتاج ج6/ص407.

ونص على أن لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر " وإذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلقة رجعية ." ، ونص على ان " نفقة العدة لا تسقط ولا يبرئ الزوج المخالع منها إلا اذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة" (١).

ونص قانون الأحوال الشخصية الأردني المرقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م حرفيا على هذه الأحكام في المواد(١٠٢-١١١) باستثناء الفقرة ج من المادة ١٠٢التي تنص على أنه:" اذا بطل البدل وقع الطلاق رجعيا ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البدل المتفق عليه".

ونص قانون الاحوال الشخصية الكويتي المرقم ٥١ لسنة١٩٨٤ على أنه : "يشترط لصحة الخلع أهلية الزوجين لإيقاع الطلاق وفق هذا القانون"(٢).

ونص على أنه يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع عليه ان يكون خلع الزوجة اختيارا منها ، دون إكراه أو ضرر (٣).

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩م فقد أخذ بالرأي القائل أن الخلع طلاق وليس فسخ وذلك بقوله" يقع بالخلع طلاق بائن"(٤).

أما قانون الأحوال الشخصية القطري فقد فرق بين الخلع والطلاق على المال في المادة ١٢٨التي تنص على أن :" الطلاق على مال هو كل طلاق ذكر فيه بدل بدون

---

(١) المواد(٩٥ ،٩٦ ،١٠١،١٠٠) من القانون السوري.
(٢) (المادة١١٢) من القانون الكويتي.
(٣) ينظر: المادة ١١٦ من القانون الكويتي.
(٤) ينظر: المادة ٤٦ من القانون العراقي .

لفظ الخلع او ما في معناه ." و" يقع الطلاق على مال بائنا فإذا بطل البدل وقع رجعيا"(١).

الناظر في مواقف القوانين العربية المذكورة آنفا من تكييف الخلع يعتقد أن هذه القوانين أخذت بالرأي القائل أن الخلع طلاق وليس فسخا ولكن في حقيقة الأمر ليس في النصوص المتقدمة ما يدل على هذا الاعتقاد باستثناء القانون العراقي الذي صرح بأنه يقع بالخلع طلاق بائن .

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد نص على أن الطلاق على بدل يكون بائنا وهذا ليس فيه انه يقع بالخلع طلاق لان الفقه متفق على ان الطلاق على بدل يقع به طلاق بائن.

وكذلك نص المشرع السوري على أن لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر ، وهذا يصح في المعاوضات لكل من الطرفين مما يؤيد أن الخلع فسخ . ومفهوم المخالفة لنص المادة ١٠٠ من القانون السوري يقضي بأنه إذا سمى المتخالعان البدل لم تكن المخالعة في حكم الطلاق المحض ولم تقع به طلقة رجعية ، أي انه ليس بطلاق.

وبالنسبة لموقف قانون الأحوال الشخصية الأردني فانه يماثل موقف القانون السوري المذكور آنفا وذلك لتماثل النصوص القانونية في كلا القانونين فضلا عن أن المشرع الأردني أكد في المادة ١٠٢ فقرة(ج)على أن الخلع في حالة بطلان البدل يقع به طلاق رجعي فإذا لم يبطل البدل فلا يقع به طلاق.

وكذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي لم يصرح بأنه يقع بالخلع طلاق بل يفهم من نصوصه أحكام الفسخ.

---

(١) المادة ١٢٩ من القانون القطري.

وما يؤيد هذا التفسير لمواقف القوانين العربية ما أقره قانون الأحوال الشخصية القطري من التفريق بين الخلع والطلاق على مال في المادتين ١٢٨و١٢٩ من القانون وهو والله أعلم الراجح تبعا لما رجحناه في المبحث الثاني من هذا البحث من أن الخلع فسخ وليس طلاق.

فالطلاق على مال يفارق الخلع في الصيغة والأثر المترتب عليه وفي أن في الخلع المستكمل لشروطه تسقط به الحقوق الثابتة لكل من الزوجين قبل الآخر سواء نص على سقوطه أم لم ينص ، أما في الطلاق على مال فلا تسقط به الحقوق إلا بالنص على سقوطها [١].

وأخيرا فان موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المرقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥م يؤيد ما ذهبنا إليه من أن الخلع فسخ وليس طلاق وذلك لنصه صراحة على أن " الخلع فسخ " في المادة ١١٠ فقرة(٤) من القانون.

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على تكييف الخلع

لقد نصت أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية على آثار الخلع، فبينت أغلب الأحكام المتقدمة، نذكر منها المادة 95 من القانون السوري والمادة 102 من القانون الأردني اللتان نصتا على أن "المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال".

وانه إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو اشترط إمساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد يرجع الزوج على الزوجة بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية[٢].

فان كانت الام معسرة وقت المخالعة او اعسرت فيما بعد يجبر الاب على نفقة الولد وتكون دينا له على الام[١].

---

(١) ينظر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لمحمد محي الدين عبد الحميد ، ط١، مطبعة الاستقامة ، مصر ،١٩٤٢ ، ص٤٣١ .

(٢) المادة(102) من القانون السوري و(109) من القانون الأردني.

ونصت المادة 103 من القانون السوري ويقابلها 111 من القانون الاردني على انه "اذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية اخذه منه ويلزم أبوه بنفقته واجرة حضانته ان كان الولد فقيرا" .

ونص قانون الاحوال الشخصية الكويتي على آثار الخلع ومنها انه اذا اشترط الزوج في المخالعة أن تقوم الأم بارضاع الولد او حضانته دون أجر أو الانفاق عليه مدة معينة فلم تقم بما التزمت به كان للاب أن يرجع بما يعادل نفقة الولد أو أجرة رضاعه او حضانته(٢).

ونص في المادة 119 على خلع المريضة مرض الموت بقوله :"يصح خلع المريضة مرض الموت ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة فان ماتت وهي في العدة فللمخالع الأقل من ميراثها ومن العوض ومن ثلث المال وان ماتت بعد العدة أو قبل الدخول فله الاقل من العوض ومن ثلث المال".

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد أخذ بالرأي القائل ان الخلع طلاق ولم ينص على الآثار المترتبة على الخلع باستثناء أنه يقع بالخلع طلاق بائن.

نخلص مما تقدم من مواقف قوانين الأحوال الشخصية العربية أنها أخذت بالرأي القائل أن الخلع فسخ ونصت على الآثار المترتبة على هذا التكييف فكانت معالجتها القانونية سليمة بخلاف قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي اخذ بالرأي القائل ان الخلع طلاق ولم ينص على الآثار المترتبة علىٍ الخلع مما يعد نقصا تشريعيا واضحا نقترح إكماله في ختام هذا البحث.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث نتوصل الى جملة من النتائج والمقترحات المتعلقة بموضوع البحث وهي الآتية :.

أولا : النتائج :.

---

(١) المادة (102/2) من القانون السوري و(110) من القانون الأردني.

(٢) المادة 117 من القانون الكويتي.

1. الخلع هو الفرقة بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل العوض الذي تلتزم به المرأة.
2. شرع الخلع لمصلحة الزوجة ليس لسبب في الزوج او لتقصير منه وانما لسبب يعود للزوجة وهو خاص بها .
3. يسن للرجل اجابة المراة للخلع ان طلبته ، ويكره لها مع استقامة الحال ، وان كان الجفاء من قبل الزوج كره له ان ياخذ منها عوضا .
4. اتفق الفقهاء في كون الخلع طلاقا اذا كان بلفظ الطلاق مع الاختلاف في كون هذا الطلاق كناية أو صريحا .
5. اختلف الفقهاء في كون الخلع طلاقا أم فسخا إن لم يكن بلفظ الطلاق إلى قولين الأول ذهب إلى انه طلاق والثاني ذهب إلى انه فسخ ورجحنا القول الثاني وهو أن الخلع فسخ .
6. تختلف الآثار المترتبة على اعتبار الخلع طلاق عنها على اعتبار الخلع فسخ ومنها نقصان عدد الطلقات والرجعة والعدة .
7. قانون الأحوال الشخصية العراقي اعتبر الخلع طلاق بائن في حين قوانين الأحوال الشخصية العربية رجحت أن الخلع فسخ وليس طلاق والقانون القطري فرق بين الخلع والطلاق على مال وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي نص على أن الخلع فسخ .
8. اذا خالعت الزوجة زوجها على رضاع ولده صح الخلع وكذلك اذا خالعته على كفالة ولده .
9. يصح خلع المريضة مرض الموت ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة ، فان ماتت وهي في العدة فللمخالع الأقل من ميراثها ومن العوض ومن ثلث المال وان ماتت بعد العدة أو قبل الدخول فله الاقل من العوض ومن ثلث المال.
10. قوانين الأحوال الشخصية العربية نصت على أغلب الأحكام المتقدمة المتعلقة بآثار الخلع بخلاف قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي اخذ بالرأي القائل ان الخلع طلاق ولم ينص على الآثار المترتبة علىٍ الخلع مما يعد نقصا تشريعيا واضحا نقترح إكماله بالنصوص المقترحة الآتية.

ثانيا : المقترحات :.

النصوص المقترحة لتنظيم موضوع الخلع في القانون العراقي يمكن ان تكون على الشكل الآتي :.

1. "الخلع هو فراق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو المبارأة أو ما في معناها".
2. "يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له."
3. "اذا بطل البدل وقع الطلاق رجعيا ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البدل المتفق عليه".
4. "يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع عليه ان يكون خلع الزوجة اختيارا منها ، دون إكراه أو ضرر".
5. "الطلاق على مال هو كل طلاق ذكر فيه بدل بدون لفظ الخلع او ما في معناه ويقع الطلاق على مال بائنا فإذا بطل البدل وقع رجعيا".
6. " الخلع فسخ".
7. "المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا اختلعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال".
8. "إذا اشترط الزوج في المخالعة إعفاءه من أجرة إرضاع الولد أو اشترط إمساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد يرجع الزوج على الزوجة بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية فان كانت الأم معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون دينا له على الأم".
9. "يصح خلع المريضة مرض الموت ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة .فان ماتت وهي في العدة فللمخالع الأقل من ميراثها ومن العوض ومن ثلث المال وان ماتت بعد العدة أو قبل الدخول فله الأقل من العوض ومن ثلث المال".

هذا، فان أصبنا فمن الله وان أخطأنا فمن أنفسنا والشيطان وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لمحمد محي الدين عبد الحميد ، ط1، مطبعة الاستقامة ، مصر ،1942.
- الأدلة الرضية، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، المتوفى سنة (1250)، دار الندى، بيروت، ط1 ، 1413، تحقيق محمد صبحي الحلاق.
- الاستذكار، ليوسف بن عبد البر القرطبي، المتوفى سنة (463)هـ ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000م، تحقيق سالم محمد عطا ومحمد علي معوض.
- الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، المتوفى سنة (204)هـ، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1393هـ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المتوفى سنة (587)هـ، دار الكتاب، بيروت، ط2، 1982.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المتوفى سنة (595)هـ، دار الفكر، بيروت.
- تحفة الفقهاء، لمحمد بن أحمد السمرقندي، المتوفى سنة (539)هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ.
- التكملة الأولى للمجموع، للقاضي علي بن عبد الكافي السبكي، والتكملة الثانية للشيخ محمد نجيب المطيعي، وهما مطبوعتان مع المجموع للنووي، دار الفكر، بيروت.
- التلقين، لعبد الوهاب بن علي المالكي، المتوفى سنة (362) هـ ، المكتبة التجارية، ط1، 1415 هـ، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ليوسف بن عبد البر، المتوفى سنة (463)هـ، وزارة عموم، المغرب، 1387هـ، تحقيق مصطفى أحمد العلوي و محمد عبد الكبير البكري.

- التنبيه في الفقه الشافعي، لإبراهيم بن علي الشيرازي، المتوفى (476)هـ، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1403هـ، تحقيق عماد الدين أحمد حيدر.
- الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، المتوفى سنة (279)هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق أحمد محمد شاكر.
- الجامع الصحيح المختصر، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المتوفى سنة (256)هـ، دار ابن كثير، بيروت، ط3، 1987، تحقيق د. مصطفى ديب البغا.
- حاشية رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين المشهور بابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1386هـ.
- الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، المتوفى سنة (450)هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود.
- الدر المختار، لعلاء الدين الحصكفي، المتوفى سنة (1088)هـ، دار الفكر، بيروت، ط1، 1386هـ.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي الشافعي، المتوفى سنة (676)هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ.
- الروضة الندية، لصديق حسن خان، المتوفى سنة (1307)، دار ابن عفان، القاهرة، 1999م، ط1، تحقيق علي حسين الحلبي.
- سبل السلام، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، المتوفى سنة (852)هـ دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1379هـ ، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي

- سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث السجستاني، المتوفى سنة (275)هـ، دار الفكر، بيروت، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد.
- سنن البيهقي الكبرى، للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، المتوفى سنة (458)هـ، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1994، تحقيق محمد عبد القادر عطا.
- سنن الدارقطني، لعلي بن عمر أبي الحسن الدار قطني البغدادي، المتوفى سنة (385) هـ، دار المعرفة، بيروت، 1966، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني.
- سنن سعيد بن منصور، لسعيد بن منصور، المتوفى سنة (227)هـ، دار العصيمي، الرياض، ط1، 1414هـ، تحقيق الدكتور سعد بن عبد الله بن عبد العزيز آل حميد.
- السنن الكبرى لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، المتوفى سنة (303)هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،1991، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداوي والسيد كسروي حسن.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (852)هـ، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب.
- الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، لعبد الله بن قدامة، المتوفى سنة (620)هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط5، 1988، تحقيق زهير الشاويش.
- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لعبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المتوفى سنة (235)هـ، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ، كمال يوسف الحوت.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، دار الفكر، بيروت، 1402هـ، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال.
- المبسوط، لمحمد شمس الدين السرخسي، المتوفى سنة (483)هـ، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ.

- المحلى، لعلي بن أحمد بن حزم الظاهري، المتوفى سنة (456)هـ، دار الآفاق الجديدة، بيروت، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي.
- المختصر، لإسماعيل بن يحيى المزني، المتوفى سنة (264)هـ، دار المعرفة، بيروت.
- المختصر النافع في فقه الإمامية، لجعفر بن الحسن الحلي، المتوفى سنة 676 هـ، دار الأضواء، بيروت، ط3، 1985م.
- المصنف، لعبد الرزاق بن همام الصنعاني، المتوفى سنة (211)هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، المتوفى سنة (977)هـ، دار الفكر، بيروت.
- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة، المتوفى (620)هـ، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ.
- منار السبيل، لإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، المتوفى سنة (1353)هـ ، مكتبة المعارف، ، الرياض، 1405هـ، ط2، تحقيق عصام القلعجي.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن محمد الشيرازي، المتوفى سنة (476)هـ، دار الفكر، بيروت.
- مواهب الجليل شرح متن الخليل، للحطاب الرعيني، المتوفى سنة (954)هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416، تحقيق الشيخ زكريا عميرات.
- الموطأ، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، المتوفى سنة (179)هـ، دار إحياء التراث العربي، مصر، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن شهاب الدين الرملي، المتوفى سنة (1004)هـ، دار الفكر، بيروت.

- الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد الغزالي، المتوفى سنة (505)هـ، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر.