

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية



الخلق بين الشريعة والنشرية

"دراسة فقهية حقوقية مقارنة"

أطروحة لنيل درجة الدكتوراه "علوم" في القانون، تخصص "قانون الأسرة"

تحت إشراف: الأستاذ الدكتور بودالي محمد

الطالب الباحث: هيشور أحمد

لجنة المناقشة والحكم

الأستاذ الدكتور معوان مصطفى، أستاذ التعليم العالي، جامعة سيدي بلعباس،..... رئيساً
الأستاذ الدكتور بودالي محمد، أستاذ التعليم العالي، جامعة سيدي بلعباس، مشرفاً ومقرراً
الدكتور لريد محمد أحمد، أستاذ محاضر "أ"، جامعة سعيدة،..... عضواً
الدكتور بواب بن عامر، أستاذ محاضر "أ"، المركز الجامعي بالبيض،..... عضواً
الدكتور عرباوي نبيل، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بشار،..... عضواً

السنة الجامعية: 2014 - 2015

إهداء

تجلّد وكن عالما ..

فإن لم تستطع، تواضع وكن متعلما..

فإن لم تستطع، تخلّق وأحبّ العلماء..

فإن لم تستطع، ترفع عن الدنيا ولا تبغض العلماء،

إنما يخشى الله من عباده العلماء.

إلى ورثة الأنبياء، كلّ العلماء.. وفي طليعتهم أساتذتي دون استثناء:

الأستاذ الدكتور، محمد بودالي، قامة القامات، وأطول النّخلات في فنّه.

الأستاذ الدكتور، مصطفى معوان، خيمة صدرت آلاف النّجمات، وغيمة كريمة ساقها الله

فسقى بها أناسي كثيرا ولا يزال.

أستاذي الخلق الدكتور محمد أحمد لريد، والدكتور بن عامر بواب، والدكتور نبيل

عرباوي..

بخيلة هي الكلمات.. فقير كل الثناء، نظير ما أوليتموني من عناية وتكبدتم في سبيلي من

عناء،

فجزاكم الله عني خير الجزاء.

إلى كل هؤلاء وسائر أساتذتي، أنخي بـحب.. وبكل ما تحمله كلمة الحب من إيجاء.

أحمد لهيسور

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُمْ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَاَ إِلَّا
يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ^ط إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا
فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ^ق تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا^ج وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ
فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾

صَلَّى
الْعِظِيمِ

(سورة البقرة، الآية 229)

مُقَدِّمَةٌ

عقد الزواج، عقدٌ دائم، خاصيةٌ تجمع جُلَّ المذاهب الفقهية - ومن خلفها قوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية - على اعتبارها إحدى مقومات النكاح، وعنصراً مانعاً، ينتفي هذا العقد بانتفائه، حتى وإن لم تُنزل استقلالاً منزلة الركن أو الشرط، بل تساق بحكم طبيعتها ضمن ما انعقد إجماع الفقهاء على اعتباره ركن النكاح الوحيد، وينصرف الأمر إلى الرضا مع ما يشترط في صيغته من تنجيز، أي أن تقع مطلقةً، مفيدةً لمعناها في الحال غير معلقةً على أمرٍ سيحدث في المستقبل، أو مضافةً إلى زمن آت أو مقيّدةً بوقت، أو مقرونةً بشرط، لأن النكاح الصادرُ صيغته، مقيدةً بقيدٍ لا يتجزأ عنها، إمّا أن يكون معلقاً⁽¹⁾ أو مضافاً⁽²⁾ أو مؤقتاً، وهي أحوال تتجلى فيها ولاية عنصر الزمن، ما يعيننا منها على وجه التحديد ألا تتقيد صيغة النكاح بمدةٍ زمنيةٍ محددةٍ أو غير محددة، طويلةً كانت أو قصيرة، لأن الزواج بهذا المعنى يقع غير صحيحٍ منافعٍ لمقاصده كعقدٍ يفيد الحل على وجه التأييد، فإذا جاءت صيغته على هذا النحو، كان بمقتضاها إما نكاحاً مؤقتاً أو منقطعاً.

فالزواج في الإسلام إذن، علاقةٌ دائمةٌ يتجه الفقه الإسلامي بكل مذاهبه إلى تأكيدها، ولا ينال منها ما هو مقرر لدى الشيعة الإمامية القائلين بنظامٍ موازٍ هو المتعة، على اعتبار أن الأصل في النكاح حتى عند هؤلاء يقوم على فكرة الدوام، وأنه بغيرها لا يسوغ مطلقاً عند جمهور الفقهاء

(1) العقد المعلق على شرط هو الذي عُلق فيه الإيجاب والقبول أو كلاهما على مضمون جملة أخرى بأداةٍ من أدوات الشرط المعروفة، والشرط بهذا المفهوم، إما أن يكون واقعاً بالفعل حين العقد، وإما أن يكون غير واقعٍ، فإذا كان الشرط الذي علقت عليه الصيغة حاصلاً بالفعل حال العقد، قام هذا الأخير، لأن التعليق في حقيقة الأمر صوري، والعقد عند التحقيق منجز، ويلحق به فرض تحقق الشرط الذي علقت عليه الصيغة قبل أن ينفض مجلس العقد، لكونه قد صار في حكم المنجز بسبب وجود المعلق عليه وتحققه في المجلس، وأما إذا كان الشرط الذي علقت عليه صيغة العقد مستقبلاً، فإما أن يكون مستحيلاً بحيث لا يتصور وقوعه مطلقاً لا في الحال ولا في المال، وإما أن يكون محقق الوقوع لا يفصله عن الراهن سوى فاصل زمني، وإما أن يكون ممكن الوقوع، بحيث يحتمل وقوعه في المستقبل، كان عقد الزواج الذي علق عليه في هذه الصور الثلاث غير صحيحٍ، لأن الزواج من عقود التمليك، وجميع هذه العقود لا تقبل التعليق على الخطر، وهو مكان معدوماً وقت العقد وإن أمكن حصوله في المستقبل.

(2) العقد المضاف، مفاده أن يضيف الموجب الصيغة إلى زمن مستقبل، فهذا النكاح لا ينعقد أصلاً، لا في وقت العقد ولا في الزمن الذي أضافه إليه، لأن الإضافة منافية للعقد ولا تخرج عن كونها وعداً بالزواج، وهذا الأخير لا يعد نكاحاً.

إيقاع صيغته، لأن التأقيت يطلها على اختلاف بين المذاهب، ويناقض غايات النكاح الكبرى، فالسكنى والألفة، وشؤون الناشئة من تربية وتعليم وتوجيه، تستلزم اصطحاب فكرة الدوام عند العقد. غير أن هذه الدواعي ليست مقررّة على إطلاقها إزاء الدعوى في شطرها الثاني، فقد يحدث أن يصدم النكاح بصعاب تحول دون تحقق معانيه، فتستلزم إنهاءه وحل عقده، حتى وإن كُيِّفَ إمكان الحلّ عند الاقتضاء، على أنه أبغض الحلول.

هذا يقودنا إلى القول، بأن خاصية الديمومة تنصرف عند إطلاقها لتشمل أمرين، أولهما ما تتجه إرادة العاقد إلى إحداثه حين التعاقد ويتعلق الأمر بانتفاء التأقيت، وبذلك يكون العقد دائماً إذا صدرت صيغته منزّهة عن التأقيت، حتى وإن حدث بعد ذلك مباشرة ما يضع حداً لوجوده، لأن نية الطرفين إنما أُوقعت بهدف الدوام، فلا يؤثر في خاصيتها هذه، ما وقع تالياً لها ومنفصلاً عنها، أما الأمر الثاني، فهو من جنس الأول وتجسّداً له، إذ من مقومات الديمومة، الاستمرار وعدم الانقطاع وهذا ما يحملنا على افتراض أن عقد النكاح عقدٌ مؤبّد، غير موقوت، ينقضي مفعوله بانقضاء أجلٍ معين، فهذه خاصية تستلزمها طبيعة الأسرة التي آلت عنه، من منطلق تعذر وجودها دون ميزة الاستمرار والاستقرار.

من هذه المنطلقات، نرى أن فكرة الديمومة ليست عنصراً أولياً ينبغي التسليم به على وجه البدهة، إذ أنها تحتل من المعاني ما يتسع لسياقات متباينة، فهي تنصرف أحياناً إلى ارتباط مصير ما هو دائم بمصير الإنسان ككل، أو أن يبقى منتجاً ببقاء الجهة التي أنشأته، أو أن تنعقد النية على استمراره فقط، دون كفالة ما قد يطرأ عليه لاحقاً من أحداث تضع حداً لوجوده، فالديمومة إذن، اصطلاحٌ فضفاضٌ يفيد جدره لغةً، الأمر « الذي يدوم، يظل دون انقطاع أو تحول.» في حين يطلق وصف الديمومة كـ « خاصية لما هو دائم.»، ومن ثمة فإن اللفظ في مجموعه لا يخرج عن ثلاثة اشتقاقٍ، أولها: أن يبقى منتجاً دون انقطاع، وثانيها أن يظل كذلك إلى غاية تعديله قانوناً، وثالثها مستديم أو نهائي، أي غير آيل للزوال، وبذلك فإن عنصر الديمومة وفقاً لهذا التحديد، يتركب من خاصيتين أساسيتين هما: الاستدامة التي تفيد انتفاء الحدود الزمنية المعيّنة مسبقاً، والاستمرارية، بمعنى غياب الانقطاع.

فإذا نحن أسقطنا هذه المعاني على عقد النكاح بوصفه عقدٌ دائمٌ، أمكننا القول ابتداءً أنه عقدٌ مستديمٌ ومستمر، فخرج بالشرط الأول كل نكاح متعة أو زواج مؤقت، وهو النكاح الذي تُقيّد فيه الصيغة بمدة زمنية محددة أو غير محددة، سواء طالت هذه المدة أو قصرت، كأن يقول

الرجل للمرأة: تزوجتك لمدة شهر، أو مدة تواجدي بهذا البلد وغيره⁽¹⁾، وبذلك فهو من جنس النكاح المؤقت لا فرق بينهما عند جمهور الفقهاء من أهل السنة، وإن ذهب بعض الحنفية إلى خلاف ذلك، على اعتبار أن الزواج المؤقت، هو قران مشهود عليه بلفظ النكاح أو الزواج وذكرت فيه المدة، أما نكاح المتعة فينقصد بغير بينة، مشتقاً من مادة (م.ت.ع)، وهذا رأي مرجوح عند محققي الحنفية⁽²⁾، من منطلق أن المتعة التي رخص بها رسول الله ﷺ لم تكن مقيدة بهذا اللفظ، وإنما عُبر عنها بذلك من باب الاصطلاح، حتى أن الشيعة أنفسهم يسمونها بالنكاح المنقطع، في مواجهة الزواج الدائم⁽³⁾، ويجيزون انعقادها بلفظ النكاح والزواج والمتعة، أما الشهادة فلا اعتبار لها عندهم في شروط النكاح، سواء الدائم منه أو المنقطع، وبذلك يكون نكاح المتعة مبنياً على أربعة أركان هي الصيغة والمحل والأجل والأجر⁽⁴⁾، ويشترط في المحل أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابية أو مجوسية على أشهر الروايتين، ولا يصح بالمشركة ويكره بالزانية، ولا حد فيه للنصاب، وأما الأجر فيتقدر بالمرضاة قلّ أو كثر، ويستقر بشرط الوفاء بالمدة، فإن وهبها هذه الأخيرة قبل الدخول لزمه نصف المسمى⁽⁵⁾، أما الأجل فهو شرط في وينقلب العقد دائماً إذا تخلّف، ومن أحكام هذا العقد ثبوت النسب، ولا يقع به الطلاق إجماعاً، بل تبين منه المرأة بانقضاء المدة، ولا تثبت به النفقة ولا التوارث إلا إذا اشترطا ذلك، وتعتد عقبه المرأة عدة الأمة ومدتها حيضتان أو خمسة وأربعون يوماً إذا كانت لا تحيض، وعدة النكاح إذا حدثت الوفاة، كما تثبت به حرمة المصاهرة.

(1) «معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة، مثل أن يقول: زوّجْتُكِ ابنتي شهراً، أو سنة، أو إلى انقضاء الموسم، أو فُدوم الحاج. وشبهه، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة.» أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعالي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388هـ - 1968م، ج 7، ص 178.

(2) «والحاصل أن معنى المتعة عقد مؤقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما يمادى المتعة والنكاح المؤقت أيضاً فيكون النكاح المؤقت من أفراد المتعة وإن عُقد بلفظ التزويج وأُخْضِرَ الشُّهُودُ وَمَا يُفِيدُ ذَلِكَ مِنَ الْأَلْفَاظِ الَّتِي تُفِيدُ التَّوَاضُّعَ مَعَ الْمَرْأَةِ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى.» كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ)، فتح القدير، يعلوه «الهداية للمرغيناني» وتليه تكملة «نتائج الأفكار لقاضي زاده»، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 3، ص 247.

(3) «...في نكاح المتعة، وهو: النكاح المنقطع...» زين الدين بن علي العاملي الجعبي المعروف بالشهيد الثاني، (المتوفى: 965هـ)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، دار العالم الإسلامي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 3، ص 426.

(4) «...فَأَرْكَانُهُ أَرْبَعَةٌ: الصِّغَةُ وَالْمَحَلُّ، وَالْأَجَلُّ، وَالْمَهْرُ...» جعفر بن الحسن الهذلي المعروف بالمحقق الحلي، (المتوفى: 676هـ)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 3، ص 390.

(5) «...وَلَوْ وَهَبَهَا الْمُدَّةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمُسَمًّى...» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 3، ص 430.

ولا خلاف بين الفقهاء، في أن رسول الله ﷺ قد رخص بهذا النكاح في بعض غزواته، لكنهم اختلفوا بشأن نسخه وهم في ذلك فريقان: المجيزون لنكاح المتعة، وهذا رأي روي عن ابن عباس، وعليه أكثر أصحابه، عطاء وطاووس وبه قال ابن جريح، وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر وذهب إليه الشيعة⁽¹⁾، وفي رواية عن أحمد كراهية المتعة، وإن كانت صحيحة⁽²⁾، ثم المعارضون لنكاح المتعة وهم جمهور العلماء الذين يقولون بحرمته، وأن العمل بها كان في أول الإسلام ثم نسخ حكم الإباحة نسخاً مؤبداً⁽³⁾، ولكل فريق أدلته التي لا يتسع المقام لبسطها.

وخرج بالشرط الثاني حصانة النكاح مما قد يتخلل ارتباط الطرفين من انقطاع، إذ يُعدُّ التجديد هنا عقداً قائماً بذاته مستقلاً عما سبقه، وحصانته أيضاً من الانحلال، وهو ما يتفق مع بعض الأنظمة الكتابية التي تعتقد بديمومة الزواج مدى الحياة، فالطلاق غير وارد لأن كلمة الله موجبة لارتباط "المرأة بالناموس ما دام رجلها حياً"، وعلى هذا الأساس لا يُفَرِّق بين الزوجين إلا الموت، حقيقة تردد التشريع الكنسي بخصوصها ردحاً من الزمن⁽⁴⁾، لكنه ما لبث أن حسم أمره بشأنها ابتداءً من القرن الثاني عشر عندما تبنى مبدأ عدم انحلال الزواج، بوصفه ارتباطاً كاملاً غير قابل للفكك، يصير الزوجان في ظله جسداً واحداً ودماً واحداً، هذه العلاقة الآيلة في منشئها عن تدخل العناية الإلهية، لا يمكن حلها أبداً بمحض إرادة البشر طالما كانت موافقة لهذه العناية، فالنكاح في تقدير الكنيسة سرٌّ إلهي يماثل إلى حدٍ بعيد، تَوَحُّد المسيح عليه السلام مع الإنسانية والكنيسة، وإذا كان هذا التَوَحُّد غير قابل بطبيعته للانحلال، فكذلك الزواج بالتبعية، وهو تأويل لاهوتي تجاوزه بعض الفقه إلى تبريرات أكثر واقعية بهدف التأسيس لمبدأ عدم الانحلال، لعل أقواها إقناعاً تلك المستلزمة من

(1) «(وَلَا خِلَافَ) بَيْنَ الْإِمَامِيَّةِ (فِي شَرْعِيَّتِهِ) مُسْتَمِرًّا إِلَى الْآنَ، أَوْ لَا خِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَاطِنَةً فِي أَصْلِ شَرْعِيَّتِهِ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا بَعْدَ ذَلِكَ فِي نَسْخِهِ.» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج3، ص426. «فِي النَّكَاحِ الْمُنْقَطِعِ وَهُوَ سَائِعٌ فِي دِينِ الْإِسْلَامِ، لِيَتَحَقَّقَ شَرْعِيٌّ، وَعَدَمَ مَا يَدُلُّ عَلَى رَفْعِهِ...» جعفر المحقق الحلي، شرائع الإسلام، المرجع السابق، ج3، ص390.

(2) «وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: فِيهَا رَوَايَةٌ أُخْرَى، أَنَّهَا مَكْرُوهَةٌ غَيْرُ حَرَامٍ، لِأَنَّ ابْنَ مَنْصُورٍ سَأَلَ أَحْمَدَ عَنْهَا، فَقَالَ: يَجْتَنِبُهَا أَحَبُّ إِلَيَّ، وَقَالَ فَظَاهِرُ هَذَا الْكِرَاهَةِ دُونَ التَّحْرِيمِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص178.

(3) «قَالَ (وَنِكَاحُ الْمُتَعَةِ بَاطِلٌ) وَهُوَ أَنْ يُشَوَّلَ لِمَرْأَةٍ أَمْتٌ بِكَ كَذَا مُدَّةً بِكَذَا مِنَ الْمَالِ وَقَالَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: هُوَ جَائِزٌ لِأَنَّهُ كَانَ مُبَاحًا فَيَبْقَى إِلَى أَنْ يَظْهَرَ نَاسِخُهُ. قُلْنَا: ثَبَتَ النَّسْخُ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ - وَابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - صَحَّ رُجُوعُهُ إِلَى قَوْلِهِمْ فَتَقَرَّرَ الْإِجْمَاعُ.» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج3، ص247.

(4) خلال القرنين الخامس والسابع الميلاديين.

ثنايا القانون الطبيعي، فالنكاح وفق هذا المنظور لا يؤدي وظائفه بداهةً، إلا إذا كان دائماً غير قابلٍ للانحلال⁽¹⁾.

وإذا كان الشرط الثاني لا يتفق مع مقومات النكاح في الإسلام، فإن الأول من صميمه عند جمهور الفقه، ولا يؤثر في وصف العقد من حيث اعتباره دائماً خلال المدة التي كان سارياً فيها طالت أو قصرت هذه المدة، مادام أنها لم تزامن رضا العاقدین عند مباشرتهما لعقدة النكاح، والحاصل أن الديمومة في النكاح تتوقف أساساً على انتفاء الحدود الزمنية، ولا ينال منها ما قد يطرأ من أحداثٍ لاحقةٍ قاطعةٍ لها، سواء كانت هذه الأحداث طبيعيةً كما هو الشأن بالنسبة لوفاة أحد الزوجين أو كليهما، فالوفاة أنهت النكاح بلا شك، غير أنها لم تؤثر في وصفه من حيث كونه دائماً، حتى وإن حدثت عقب إيقاع الرضا به مباشرةً، دون أن تمهل العقد لبعض الزمن، وهو ما يفيد بداهةً عدم اعتبار المدة مطلقاً في الديمومة، بحيث يمكن أن يوصف النكاح دائماً ولو لم يعمر أصلاً، في حين أنه قد يكون منقطعاً ولو عمر قرناً من الزمن أو ما يزيد، وهذه خصائصٌ تسري أيضاً على ما قد ينتابه من حوادث عرضية، فإذا كانت الديمومة تفترض كقاعدةٍ عامةٍ ألا ينتهي الزواج إلا بالوفاة، فإنه ينحل استثناءً وبحكم ظروف الواقع بمقتضى حوادث طارئة، منها ما هو مرتبطٌ بإرادة العاقدین معاً أو بإرادة الزوج منفرداً، ومنها ما هو متصلٌ بسلطة القاضي، ومنها ما يعتبر أمراً خلافياً إذا نظرنا إليه من حيث جهة إيقاعه.

وإذا كانت الوفاة هي الواقعة الطبيعية لنهاية النكاح، من منطلق زوال شخصية الإنسان القانونية التي هي مناط تصرفاته وقوام ما في ذمته من حقوق والتزامات، فإن الأمر لا يكون في الغالب على هذا النحو، فقد تقع فُرْق النكاح قبل الوفاة، ودون تأثير منها، نتيجة عوامل يصير معها النكاح غير منتج، أو يتعذر في كنفها الاستمرار فيه بفعل الواقع أو القانون.

والمراد بالفُرْق، (ومفردها الفُرْقَة والافتراق، وهي نقيض الاجتماع والاقتران)، كل ما ينحل به رباط الزوجية، من فسخٍ وطلاق، أما الأول، فينصرف إلى نقض النكاح بسبب ما اعتراه من خلل وقع فيه عند إبرامه، أو طراً عليه بعده، فصار مانعاً يحول دون بقاءه واستمراره، ومن ثمة كان الخلل المفضي لنقض العقد إما مقارناً له كانتفاء أحد شروط صحته، أو تالياً لإيقاعه، كردة أحد الزوجين، أو فعل أيهما بأحد أصول صاحبه أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة.

⁽¹⁾ TCHOUAR Djilali, Réflexion sur les questions épineuses du code algérien de la famille, OPU, p 144 et s.

وأما الثاني وهو المقصود، فقوامه حل رباط الزوجية الصحيحة في الحال أو المال، بعبارة تفيد ذلك صراحةً أو دلالةً، أو ما يقوم مقام العبارة كالكتابة والإشارة، ولا تصدر العبارة حصراً إلا عن الزوج أو وكيله، أو القاضي بناءً على طلب الزوجة، وبذلك يدخل في نطاقه الطلاق بالتراضي، والطلاق الصرف سواء أكان أصالةً أو توكيلاً أو تفويضاً، والتطليق بناءً على طلب الزوجة.

فقلنا حلُّ الرابطة الزوجية، كالجنس في التعريف، يضم الطلاق والفسخ جميعاً، لأن كل واحد منهما موجب لفك عرى الزوجية، وقلنا الصحيحة، قيد تخرج به بعض أضرب الفسخ، لما بين الأمرين من عموم وخصوص، إذ أن كل حلٍّ يقع على زواجٍ غير صحيحٍ يكون فسخاً، والعكس ليس صحيحاً، أي أن كل حلٍّ يرد على نكاحٍ صحيحٍ لا يعتبر بالضرورة طلاقاً، فإما أن يكون كذلك، أو أن يكون فسخاً.

وإذا كان الطلاق بالتراضي مما يتفق مع طبيعة النكاح بوصفه عقداً، من منطلق نشأة هذا الأخير باتفاق الطرفين، وبالتالي لا يكون حلُّه تبعاً، إلا باتفاقهما، فإن القاعدة تعقد للزوج إمكانية فك عراه بإرادته المنفردة، ناهيك عما هو مقرر للقاضي من سلطة في إنهائه بطلب من الزوجة، وتشترك هذه الفروض كلها بصرف النظر عن الجهة التي أوقعت الطلاق، في خاصية فكِّ زوجيةٍ صحيحةٍ بلفظ مخصوص، وبالتالي لا مناص من القول أن افتداء الزوجة نفسها بمال، جنس من الطلاق، لوقوعه تحت طائلة الأوصاف السالفة، بحيث يمكن تعريفه كحلٍ لرابطة نكاحٍ صحيحٍ، بتعبيرٍ مخصوصٍ، في مقابل عوضٍ تلتزم به الزوجة.

فعبارة حل العقد الزوجية، صيغة جامعة لكافة أضرب الحلِّ، خرج بصحيحها بعض صور الفسخ كما سبق وأن أشرنا، أما قلنا في مقابل عوضٍ تلتزم به الزوجة فمانع لكل طلاق لا تبدل فيه هذه الأخيرة مالاً، وأما قلنا بلفظ مخصوص، فيضم الطلاق جميعاً، بحيث إذا وقع باللفظ معلومة كقوله: أنت طالق، أو أنت بائن، أو أمرك بيدك ونحوه، كان حينها طلاقاً على مال وإذا وقع بأخرى كالخلع والمخالعة والإبراء، كان نظاماً متميزاً قائماً بذاته اصطلاح الفقهاء والتشريع على تسميته بالخلع.

بهذه المحددات، يمكننا اعتبار الخلع ابتداءً حلٍّ للزوجية الصحيحة بلفظ الخلع وما في معناه، في مقابل عوضٍ تلتزم به المرأة، فخرج بلفظ الخلع ما اعتبرناه طلاقاً على مال، كما لو قال الزوج لزوجته: أنت طالق على خمسين ألف دينار، أو أنت خالصةٌ على أن تعطيني ما أعطيتك من

الصداق أو نحو ذلك، فقالت قبلت، فإن الحل يكون طلاقاً على مال ولا يكون خلعاً، وهو ما سنبسطه في موضعه لاحقاً.

وخرج بلفظ المقابل، الطلاق بلا عوضٍ إذا كان بلفظ الخلع، كأن يقول الزوج لزوجته: خلعتك ولا يزيد على ذلك، وحكم هذه الصورة كحكم سائر كنايات الطلاق. مما سبق يتضح أنه لا اعتبار الصيغة خلعاً مرتباً لأحكامه لا بد من تحقق ثلاثة أشياء، الأول أن تكون بلفظ الخلع، وما اشتق منه كالاختلاع والمخالعة، أو ما يؤدي معناه كالمبارأة والإبراء، والثاني أنه لا بد من ذكر العوض، والثالث أنه لا بد من قبول الزوجة إذا سبق الزوج في الإيجاب به، وفيما عدا ذلك أثار هذا الأمر مذ تشريعه خلافاً كبيراً، لاسيما من حيث أحقية أي الأطراف في الاستئثار بإيقاعه.

لقد استعصى على الفقهاء - وإن أجمعوا على اعتباره طلاقاً - الاتفاق حول طبيعته الخلع من حيث كونه اتفاقاً ودياً بين الزوجين، طالما أن النكاح عقد نشأ في أساسه باتفاقهما، فلا يسوغ حله إلا باتفاقهما، خاصة وأن الزوجة تكون قد وافقت على ما أوجب به الزوج من عوضٍ إذا كان هو من ابتداء بإيقاع الخلع، أو أن يوافق هذا الأخير على ما أوجبت به، إذا كانت هي من طلب إيقاعه أولاً.

لا خلاف في أن موافقة الزوجة شرط أساسي لقيام الخلع كما أسلفنا، لكن ماذا عن الزوج لو أن الزوجة هي من طلبت الخلع فردّه الأول جملةً بوصفه حلاً للنكاح، أو تفصيلاً من جهة عدم كفاية بدله؟ لا شك أن وضعاً كهذا يفترض تدخل القاضي، فما حدود سلطانه إزاء الدعوى بشرطيهما؟ وهل يسوغ له حل النكاح فنكون في مواجهة تطليقٍ بطلب من الزوجة رغماً عن إرادة الزوج؟ أم أن الخلع بشرائطه المقررة أعلاه ليس سوى طلاقاً بإرادة الزوج المنفردة، إن شاء طلق وإن شاء أمسك، ولا يغير من وصفه ذاك، ما افتدت به الزوجة نفسها من مال؟

لا شك أن إناطة الطلاق بيد الرجل مسألة محسومة بصريح النص القرآني، وهو حكمٌ شَدَّ انتباه الفقه، فاسترسل في محاولة فهمه واستخلاص الحكمة من وراء تشريعه، وانتهى إلى تقرير حقيقةٍ قوامها، أن الرجل وبحكم طبيعته مجبُولٌ على تقدير العواقب حق قدرها، وعلى قياس الأمور بميزان العقل المحض، غير متأثرٍ في ذلك برغبةٍ عارضةٍ أو غضبةٍ جامحةٍ، وهو أكثر إدراكاً وتقديراً لنتائج الأمور، وأبعد عن الثوران من المرأة لثلاثة اعتبارات، أولها، أن المرأة وبحكم وظيفتها في الحياة، جُبلت على طبائع وغرائر تجعلها أشد تأثراً وانقياداً لحكم المشاعر من الرجل، كتربية الولد وتمريضه وما شابه

ذلك، فإذا غضبت جرفتها العاطفة، غير مبالية بما قد ينجم عن ثورتها من آثار، وبالتالي لو وُضع الطلاق بيدها لحكمت عاطفتها، وفصمت عرى الزوجية دون نظرٍ مليٍّ، وهو ما يجعل الأسرة مهددة لأضعف نزوة عابرة، وأوهى انفعالٍ طارئ.

أما الاعتبار الثاني فقوامه أن الطلاق موجبٌ لتبعاتٍ مالية في ذمة الزوج، كمؤجل الصداق ونفقة العدة والمتعة، ناهيك عما صرفه في سبيل إنشاء النكاح من مهرٍ وما قدمه من مال، بل ويحتاج فوق ذلك إلى بذل المزيد لإنشاء زوجية جديدة، ولاشك أن هذه التكاليف تحمل على التروي، وتدعو إلى الحرص على بقاء الزوجية الأولى، واستبعاد خيار حلّها، إلا إذا دعت إلى ذلك حاجة ملحة وضرورة قصوى بعكس الزوجة تماماً، فهي غير معنية بتداعيات الطلاق المادية التي تحملها على التبصر والتفكير فيه قبل إيقاعه، وبالتالي من الخير للعلاقة الزوجية أن تكون في يد من هو أحرص عليها.

يضاف إلى ذلك كله، أن المرأة حينما تبشر عقدة النكاح وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فإنها تقبل ضمناً أن يتولى زوجها وحده شؤون الطلاق في الحدود التي قررتها الشريعة القاضية نصوصها صراحةً، بأحقية الزوج بمفرده في الطلاق، ومن ثمة فإن الزوج حينما يباشر هذا الحق، إنما يمارسه بناءً على رضا الزوجة المتضمن ابتداءً في عقد النكاح.

بعد سردنا لهذه المبررات، فما هي الدواعي الموجبة لوضعه بيد غيره، في حال اعتبرنا الخلع أمراً قسرياً رضي به الزوج أم لم يرض؟ لاسيما وأن طبيعة المرأة هي نفسها سواءً في هذا الوضع أو ذاك، وأن تطبيق القاضي إنما ينبني على مقتضياتٍ يحصرها القانون، وأن المرأة في حال الخلع ليست ملزمة بأي مسوغ سوى ما تكنه من بغضٍ لزوجها، أم أن العدالة تقضي أن يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، تطبيقاً خاصاً تستأثر المرأة بطلبه عندما تشعر بكرهية بعلمها وفركها إياه، وعدم مقدرتها على المضي في حياة زوجية، تخشى معها عدم إقامتها لحدود الله، كعجزها عن تحمل معاشرته بكافة أنواعها؟ خاصةً وأنها ردت عليه ماله، فأسقطت بذلك أحد الاعتبارات الثلاثة الموجبة لوضع حل عقدة النكاح بيده، وأن الاعتبار الثاني لا يمكن التسليم به على وجه الإطلاق، إذ ثمة رجالاً أشد تأثراً وأسرع انفعالاً من بعض النساء، وأن منهن ذوات عقلٍ وصاحبات قدرةٍ على ضبط النفس حين الغضب.

أما المقتضى الثالث فيمكن دحضه من جهة أن الطلاق ليس حقاً لصيقاً بالزوج، وأن قبول الزوجة الضمني به في عقد النكاح غير مقرر على سبيل الوجوب، إذ يمكن للزوج أن يفوضها

إياه، بمقتضى العقد، أو بناءً على اتفاقٍ لاحقٍ، وتفويض أمر الطلاق إلى الزوجة إذا قُيِّدَ بالمشيئة يعتبر عند الأحناف تعليقاً للطلاق من الزوج أو ممن فوضه، ويكيفونه بأنه تفويضٌ وليس توكيلٌ، ومن ثمة لا يجوز الرجوع فيه من الزوج باعتباره تمليكاً⁽¹⁾، وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع المغربي على سبيل المثال، حين نص في المادة (89) من مدونة الأسرة على أنه: «إذا ملَّك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق (...) لا يمكن للزوج أن يعزل زوجته عن ممارسة حقها في التمليك الذي ملَّكها إياه.» .

لكن إذا سلمنا من باب الجدل، أن الخلع واقع حتماً متى اتجهت إليه إرادة الزوجة، سواء رضي به الزوج أم لم يرض، فهل نكون بصدد حق قانوني تملك الزوجة ناصية إعماله متى شاءت وكيف شاءت؟ وبالتالي إذا أساءت استخدامه كان موجباً للتعويض، تماماً كما هو الشأن بالنسبة للطلاق بإرادة الزوج المنفردة، ولا يشفع له في ذلك ما يقال أن الزوجة ليست مجبرةً عند الدفع به، على أن تسوق الأسباب التي حملتها على طلبه، وأنه من صلاحية القاضي تماماً كما هو الشأن بالنسبة للطلاق أن يفترض التعسف والضرر إذا رفض الزوج وقوع الخلع، وبالتالي يكون من واجبه القضاء بالتعويض.

عند تأملنا في هذه الإشكالات وما يتصل بها من تفرع، يمكننا أن ننطلق في المبتدأ من حقيقة أولية قوامها، أن فك الرابطة الزوجية على هذا النحو، أثار جدلاً واسعاً من جهة تكييفه خاصة وأن النصوص الموجبة له، لم تُفصّل فيه كما فصلت في غيره من أحكام النكاح وفُرّقه الأخرى، مما فتح الباب على مصراعيه، لخصوبة الجدل والاجتهاد، انتهى معها الفقه قديمه وحديثه إلى التنافر بشأنه في مذهبين، أولهما تقليدي، يميل إلى القول، أن حق الطلاق مع صراحة النصوص معقود بيد الزوج ولا يبدل من وصفه هذا ما تفتدي به المرأة نفسها من بدل، ولا مجال فيه لتأويل بعض النصوص، وتخريج أحكامٍ لا تتفق في غاياتها مع عموم الشريعة في شأن قوامة الرجل على المرأة في النكاح وغيره، أما المذهب الثاني، فحدائي إذا جاز التعبير، يقيم تصوره على عدالة توزيعية، قوامها أن الزوجة هي الطرف المذعن في النكاح، إن عند إنشائه أو تنفيذه أو حله، فمن العدل في مواجهة ما

(1) «أَمَّا قَوْلُهُ: أَفْرَكَ يَبْدُكَ (...) أَمَّا بَيَانُ صِفَتِهِ فَهُوَ أَنَّهُ لَا يَزِمُ مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ الرُّجُوعَ عَنْهُ وَلَا نَهْيَ الْمَرْأَةَ عَمَّا جَعَلَ إِلَيْهَا وَلَا فَسْخَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا الطَّلَاقَ وَمَنْ مَلَكَ غَيْرُهُ شَيْئًا فَقَدْ زَالَتْ وَلَابَتْهُ مِنَ الْمَلِكِ فَلَا يَمْلِكُ إِطْلَاقَهُ بِالرُّجُوعِ وَالنَّهْيِ وَالْفَسْخِ...» علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م، ج3، ص113. أما جمهور الفقهاء فيعتبرونه توكيلاً، وبالتالي جاز الرجوع فيه.

هو معقود للزوج من حق الطلاق أن تناط بفك عراه خلعاً، وأن تجاب إليه عند طلبها إياه، إذا قدّرت أنها لا تستطيع الاستمرار في النكاح، ولا تقدر على الفكك منه بما عداه.

تنافر يبرر إلى حدٍ بعيد، عزم المشرع على تنظيم هذه المسألة بالوسائل التشريعية دون التغاضي عنها وإحالة أمرها إلى الشريعة مباشرةً، على الأقل من جهة تحديد اتجاهها لارتباطه بقضايا حقوقية ودستورية معاصرة تتعلق في الأساس بمساواة المرأة للرجل وما تثيره آلية الطلاق بالإرادة المنفردة من تحفظ لدى بعض الحقوقيين، وهو الأمر الذي تناوله المشرع الجزائري في نص المادة (54) من قانون الأسرة بقوله: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، ويحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم.» وعبر عنه القانون المصري في المادة (20) من القانون (1) لسنة (2000م) بما مقتضاه: «للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطبيقها عليه (...) ويكون الحكم - في جميع الأحوال - غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن.»، وقرر المشرع المغربي بشأنه في المادة (115) من مدونة الأسرة ما نصه: «للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع...» وفي المادة (120) بما مفاده: «إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعيةً في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع (...) إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق»، وتناوله المشرع السوري في المادة (95) من قانون الأحوال الشخصية بقوله: «يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له» وفي المادة (96) بما فحواه: «لكل من الطرفين العدول عن إجابه في المخالعة قبل قبول الآخر».

ثانياً

الدراسات السابقة، أهمية البحث وأسباب اختيار موضوعه

لا يزال قانون الأسرة بصيغته الجديدة في عامه الخامس، وهو مجالٌ زمنيٌّ يسير، في عمر نصٍ بحجم وقيمة هذا القانون، من منطلق تأثيره من جهة، على حياة عموم أفراد المجتمع تأثيراً

مباشراً، ولا اتصاله من جهة أخرى بالشرعية بوصفها مصدراً له، ونحن نعلم مدى استجابة الضمير الجمعي لأحكامها طواعيةً بصرف النظر عما تفرغ فيه من قوالب تشريعية.

وبذلك لا أجنب الصواب إذا قلت، أن بحثي هذا قد تزامن مع تعديل قانون الأسرة، ولا يغير من هذا الوصف ما يقال أن النص سابقاً له بخمسة أعوام، لأنها مدة ضرورية لا بد منها لوضع القانون على المحك، وهو ما سيثري حتماً هذه الرسالة.

لقد أثار هذا القانون - قبل وبعد صدوره - الكثير من الجدل والمناقشات والإشكالات الفنية والفلسفية حول العديد من المسائل، لاسيما ما استحدثته بشأن تنظيم إيقاع الخلع عن طريق التقاضي، ولا زال الناس على اختلاف مشاربهم، من رجالات الفقه الشرعي والقانون الوضعي، ورجالات القضاء وأساتذة الجامعات وغيرهم ممن يتصل اختصاصهم بالموضوع، يدلون فيه بدلائهم، وهو وضعٌ يماثل إلى حدٍ بعيدٍ ما يحدث في سائر الأقطار الإسلامية التي نظمت الموضوع تنظيمًا تشريعيًا.

وقد لاحظت في خضم هذا الجدل، غياب دراسةٍ فقهيةٍ حقوقيةٍ، جامعةٍ مانعةٍ، تفي الموضوع حقّه، وأنه لا يزال متناثرًا في أمهات الكتب الفقهية، وأنّ ما دُوّن بشأنه حديثاً لا يتعدى الإشارة إليه باقتضاب ضمن فرق النكاح في مراجع عامة لفقه الأحوال الشخصية، ولا شك أن موضوعاً كهذا - شأنه في ذلك شأن سائر الموضوعات المتعلقة بالأسرة في الإسلام - من الأهمية التي تحمّلنا على القول، بضرورة استئنائه بدراسة علميةٍ مقارنةٍ، مفصلةٍ وخاصةٍ، تسبر أغواره، وتطوي أطرافه، وتقف على آراء الفقهاء التقليديين منهم والمعاصرين، قصد بيان ما يتعلق به من أحكام شرعية أصلية، ومدى موافقة أو مخالفة ما استحدث بشأنه من نصوصٍ تشريعيةٍ، لأحكام الشريعة الغراء.

ثالثاً

المنهج المستخدم

لطي أطراف هذا البحث سنتبنى منهجان هما: المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن لاتفاقهما مع طبيعة الموضوع، وإن كنا نقدّر مقدماً أنّ المقارن سيأخذ بناصية البحث في جلّ مساحاته، نظراً للطابع الجدلي الذي تتسم به هذه الأطروحة، هذا يعني أننا سنطرح المسألة، ثم نسوق ما ورد بشأنها من آراء فقهية معززة بأدلتها ومناقشتها، في محاولةٍ للموازنة بينها، إن كان الأمر يحتاج

إلى ترجيح، وسوف لن ندّخر جهداً، في سبيل بسط هذه المقارنة لتشمل سبعة مذاهب هي: المذهب الحنفي، المذهب المالكي، المذهب الشافعي، المذهب الحنبلي، المذهب الظاهري، المذهب الزيدي، وأخيراً المذهب الجعفري، بوصفها الأنظمة السارية حالياً في حكم علاقات الأفراد على مستوى العالم الإسلامي بصرف النظر عن ضيق أو سعة انتشارها، وقلة أو كثرة مريديها وأتباعها.

فضلاً عن ذلك، سأسعى لذكر آراء بعض الصحابة والتابعين والأعلام الذين تحدثوا في المسألة مع الترجمة لهم ما استطعت إلى ذلك سبيلاً، على أن أقابل في الأخير كل ما انتهت إليه، بموقف النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، ونظيراتها في أهم التشريعات العربية، وما أفرزه تطبيقها من آراء فقهية واجتهادات قضائية.

من هذا المنطلق، سنعكف على التصدي للموضوع في بابين، نخصص الأول منهما لدراسة ماهية الخلع، ببيان حقيقته ثم محاولة فحص العناصر التي ينبنى عليها، في حين نفرد الثاني لتقصي تداعياته بتقني آثاره من الناحية الشرعية، والواقعية الخاصة بما استحدثت في شأنه تشريعاً، بالإضافة إلى الإشكالات الفنية والعملية التي يثيرها إنفاذ هذا الأخير من عدة أوجه .

الباب الأول

مقدمة المؤلف

من الطرق المقررة شرعاً لفكّ عرى النّكاح، نظام المخالعة الذي يميل الكثيرون إلى القول باعتباره طلاقاً خالصاً، كل ما في الأمر أنّه أثّر ببذل المال من قبل الزوجة، أو رغبةً في الحصول عليه من قبل الزوج، وبالتالي ليس ثمّة ما يجيد به عن أصله المعتبر شرعاً من حيث كونه معقوداً بيد الزوج بوصفه فرقةً للزوج، مع مراعاة خصوصيته كاتفاق يستوجب قبول الزوجة، في المقابل يرى آخرون أنّ سلطان للزوج في إيقاع الخلع، بل هو حقٌّ للزوجة يستأثر القاضي بإعماله تطليقاً، وأبعد منه تصرفٌ بالإرادة المنفردة للزوجة، وهذه مواطن للشد والجذب تدفعنا لتحري ماهية الخلع من وجهين، أولهما بيان حقيقته من خلال بحث مفهومه ومشروعيته وتكييفه شرعاً وتشريعاً (الفصل الأول)، ثم فحص مقوماته، أو العناصر التي ينبنى عليها في ضوء ما خلصنا إليه بشأن طبيعته (الفصل الثاني).

الفصل الأول

حقيقة الخلع

إذا نحن اعتمدنا اصطلاح الحقيقة بمعناه الاجتماعي - وهو أقرب التصورات إلى الذهن - فإنه أدنى ما يكون - بهذا المعنى - إلى الواقعية منه إلى الحقيقة كاملة، فخرج به - حال اعتماده تصوراً للوقوف على حقيقة الخلع - شطراً مهماً منها، لحصره إياها في زاوية المطابقة، واستبعاده لكل ما هو خارج عنها، ومن ثمة لا مناص من استدعاء دلالة أوسع، لتشمل إلى جانب واقع نظام الخلع من حيث التقنين، بيان مدلوله وأساس مشروعيته وذلك كله، تحت مسمى وصف نظام الخلع (المبحث الأول)، ثم محاولة فحص تكييفه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

وصف نظام الخلع

حين يُطلَق لفظ الوصف يُراد به، جرد وحصر مجموع الخصائص والمميزات الظاهرة للشيء، حصراً لتحديد به هوية الموصوف، ويزول بمقتضاه، ما قد يشوبه من إبهام، أي أنه رصدٌ لمعالم الشيء وملاحظته، رصداً خارجياً منزهاً عن تجزئة ذلك الشيء، والغوص في جوهره، فخرج بهذا الشرط، كل بحث يقع على مكونات الموصوف ومقوماته، وبِعَظْفِ هذا اللفظ على الشيء الموصوف، وهو "الخلع في هذا المقام" نخلص إلى أن الغاية المتوخاة من هذا الضلع في البحث، هي تسليط الضوء على الخلع، بما يحقق رسماً لماهيته، من حيث دلالاته ابتداءً (المطلب الأول) ثم من جهة مشروعيته انتهاءً (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دلالة الخلع

للقوف على دلالة الخلع ينبغي في المقام الأول تقفي معناه من الناحية اللغوية والاصطلاحية (الفرع الأول)، ثم بحث المغزى من وراء تشريعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الخلع

بيان المقصود بالخلع يستلزم الوقوف على دلالة اللغوية (أولاً)، ومن رحم المعنى اللغوي يولد عادةً، التعريف الاصطلاحي (ثانياً).

أولاً: تعريف الخلع لغة

حين يطلق لفظ الخلع في اللغة فإنه ينصرف للتعبير عن عدة معانٍ، إمّا حقيقةً (أ) وإمّا من باب المجاز (ب).

(أ) معنى لفظ الخلع حقيقةً: الخلع بالفتح، مصدر قياسي لفعل خَلَعَ، وينصرف للتعبير حقيقةً عن النزع والإزالة⁽¹⁾، كأن يقال: خَلَعَ المحارب درعه وخَلَعَ الرجل ثوبه، وخَلَعَ نعله وضرسه، وانخلع حيائها حين خَلَعَت حجابها، ونحو ذلك مما يصلح أن يكون بطبيعته محلاً للنزع. وهو المعنى الذي وردت به مادة "خَلَعَ" في القرآن مرةً واحدةً في قوله ﷺ مخاطباً نبيه موسى عليه السلام: ﴿إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَأَخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى﴾⁽²⁾، وقد أولها المفسرون بما يفيد فحواها الحقيقي المتمثل في نزع النعلين عن القدمين، تواضعاً وتادباً وتعظيماً للبيعة مع الله، وذكر الواد المقدس تعليلاً للأمر باحترام المكان⁽³⁾.

(1) «(خلع) وَخُلِعَ مِنْ قَوْلِهِمْ: خَلَعْتَ ثَوْبِي وَنَعْلِي إِذَا نَزَعْتَهُمَا.» أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (المتوفى: 321هـ)، جمهرة اللغة، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الأولى، 1987م، ج1، ص613. «(خَلَعَ) الخَاءُ وَاللَّامُ وَالْعَيْنُ أَصْلٌ وَاحِدٌ مُطَوَّدٌ، وَهُوَ مُزَايِلَةُ الشَّيْءِ الَّذِي كَانَ يُشْتَمَلُ بِهِ أَوْ عَلَيْهِ. تَقُولُ: خَلَعْتُ الثَّوْبَ أَخْلَعُهُ خَلْعًا» أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين (المتوفى: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بدون طبعة، 1399هـ - 1979م، ج2، ص209. «خَلَعَ الشَّيْءُ يَخْلَعُهُ خَلْعًا، وَخَلَعَهُ: كَنَزَهُ، إِلَّا أَنْ فِي الْخَلْعِ مَهْلَةٌ، وَسُوءٌ بَعْضُهُمْ بَيْنَ الْخَلْعِ وَالنَّزْعِ وَخَلَعَ الثَّوْبَ وَالرِّدَاءَ وَالنَّعْلَ يَخْلَعُهُ خَلْعًا: جَرَدَهُ. وَفِي التَّنْزِيلِ: (فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ، إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى) رَوَى أَنَّهُ أَمَرَ بِخَلْعِهِمَا، لِيَطَأَ بِقَدَمَيْهِ الْوَادِيَ الْمُقَدَّسَ.» أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسى (المتوفى: 458هـ)، المحكم والمحيط الأعظم، المحقق: عبد الحميد هندواوي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م، ج1، ص139.

(2) سورة طه، الآية 12.

(3) «وَالْخُلْعُ النَّزْعُ، وَالنَّعْلُ مَا جَعَلْتَهُ وَقَايَةً لِقَدَمَيْكَ مِنَ الْأَرْضِ (...) وَقِيلَ: أَمَرَ بِخَلْعِ التَّغْلَيْنِ لِلْخُشُوعِ وَالتَّوَضُّعِ عِنْدَ مُنَاجَاةِ اللَّهِ تَعَالَى.» أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)، الجامع لأحكام

وقد جاء اللفظ مكرساً لعين المعنى في بعض كتب السنة أيضاً، حيث روي عن النبي ﷺ أنه قال: « إِذَا انْتَعَلَ أَحَدُكُمْ، فَلْيَتَّعِلْ بِالْيَمِينِ، وَإِذَا خَلَعَهَا، فَلْيَبْدَأْ بِالشَّمَالِ، أَوْ لِيَخْلَعْهُمَا أَوْ لِيَنْعَلَهُمَا جَمِيعًا. »⁽¹⁾، كما روي عنه ﷺ أنه قال: « إِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا خَلَعَتْ ثِيَابَهَا فِي غَيْرِ بَيْتِ زَوْجِهَا هَتَكَتْ مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ حِجَابٍ. »⁽²⁾، واستعاض بعض الرواة في الحديثين - اللذين جاءا تباعاً من طريق أبي هريرة وعائشة أم المؤمنين - عن كلمة الخلع بلفظ النزع، مما يعكس مدى تطابقهما في الدلالة على نفس المغزى المتمثل في إزالة الشيء عن موضعه.

في ذات الاتجاه يطلق اللفظ للدلالة أيضاً على ما يصيب أعضاء البدن حين تنفصل عن مواضعها من غير بينونة، فقد روي عن الشافعي أنه قال: « كَانَ عَلَى أَهْلِ الْمَدِينَةِ الْهَاشِمِيُّ، فَأَرْسَلَ إِلَى

القرآن، المعروف بتفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ - 1964م، ج11، ص173.

(1) مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم المعروف بصحيح مسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، الحديث رقم: 2097، ج3، ص1660. أبو عوانة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني (المتوفى: 316هـ)، مستخرج أبي عوانة، تحقيق: أيمن بن عارف الدمشقي، دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م، الحديث رقم: 8671، ج5، ص265. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، المعجم الأوسط، المحقق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة، بدون طبعة وبدون تاريخ، الحديث رقم: 6325، ج6، ص252.

(2) أبو عبد الله نعيم بن حماد بن معاوية بن الحارث الخزاعي المروزي (المتوفى: 228هـ)، كتاب الفتن، المحقق: سمير أمين الزهيري، مكتبة التوحيد - القاهرة، الطبعة الأولى، 1412هـ، ج2، ص1333. أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم الحنظلي المروزي المعروف بابن راهويه (المتوفى: 238هـ)، مسند إسحاق بن راهويه، المحقق: د. عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي، مكتبة الإيمان - المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 1412هـ - 1991م، الحديث رقم: 1605، ج3، ص915. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، الحديث رقم: 4010، ج4، ص39. أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، المستدرک علی الصحيحین، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1990م، الحديث رقم: 8575، ج4، ص561.

مَالِكٍ، فَقَالَ: أَنْتَ الَّذِي تُفْتِي فِي الْإِكْرَاهِ، وَإِبْطَالِ الْبَيْعَةِ؟ ! فَضَرَبَتْهُ مُجَرَّدًا مِائَةً، حَتَّى أَصَابَ كَتِفُهُ خَلْعٌ، وَكَانَ لَا يَزُرُّ أَرْزَارُهُ بِيَدِهِ»⁽¹⁾، وهو اصطلاح لا يزال ساري المفعول في لغة أهل الطب إلى يومنا هذا⁽²⁾. وعلى النقيض من ذلك، قد تساق كلمة الخلع للتعبير حقيقةً عن الإلباس إذا أعقبها حرف الجر "على"، كأن يقال خلع عليه ثوبه⁽³⁾، أو بردته، وفيه يُروى أن كعب بن زهير لما قدم المدينة مسلماً وأنشد قصيدته المشهورة، التي ختمها بقوله:

إِنَّ الرَّسُولَ لَنُورٌ يُسْتَضَاءُ بِهِ ... وَصَارِمٌ مِنْ سُيُوفِ اللَّهِ مَسْلُورٌ

يقول صاحب المحافل: «نظر النبي ﷺ إلى أصحابه كالمعجب له من حسن القول وجودة الشعر وأنه ﷺ خلع عليه بردته...»⁽⁴⁾، وتيمناً به كان ذو السلطان إذا فعل ذلك، أسدى المخلوع عليه شرفاً عظيماً وأنزله منزلاً كريماً، كما جاء في كتب التاريخ والأخبار، ومع ذلك يظل اللفظ - إذا خرج عن هذا الخصوص - قائماً على عمومته، ومنه اشتق لفظ الخَلْع - ومفرده الخِلْعَةُ - للدلالة على كثير الكسوة أو اللباس⁽⁵⁾.

(1) أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم (المتوفى: 327هـ)، آداب الشافعي ومناقبه، كتب كلمة عنه: محمد زاهد بن الحسن الكوثري، قدم له وحقق أصله وعلق عليه: عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2003م، ص 156.

(2) «وَيُقَالُ: أَصَابَهُ فِي بَعْضِ أَعْضَائِهِ خَلْعٌ، وَهُوَ زَوَالُ الْمَفَاصِلِ مِنْ غَيْرِ بَيْنُونَةٍ.» محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ)، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، 2001م، ج 1، ص 115. «الخلع: بفتح الحاء وسكون اللام من خلع: نزع الشيء، ومنه خلع الثوب، وخلع المفصل.» محمد رواس قلنجي - حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1408هـ - 1988م، ص 199.

(3) «وَيُقَالُ خَلَعَ عَلَيْهِ خِلْعَةً أَعْطَاهُ أَوْ أَلْبَسَهُ إِثَابًا» إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 1، ص 250.

(4) يحيى بن أبي بكر بن محمد بن يحيى العامري الحرضي (المتوفى: 893هـ)، بهجة المحافل وبغية الأماثل في تلخيص المعجزات والسير والشمال، دار صادر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 1، ص 456.

(5) «وَالْخِلْعَةُ: كُلُّ ثَوْبٍ تَخْلَعُهُ عَنْكَ. وَيُقَالُ: هُوَ مَا كَانَ عَلَى الْإِنْسَانِ مِنْ ثِيَابِهِ تَاماً.» أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: 170هـ)، كتاب العين، المحقق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 1، ص 118. «(الخِلْعَةُ): وَاحِدَةُ الْخَلْعِ، وَهِيَ الثِّيَابُ التَّامَةُ، وَيُقَالُ: إِنْ كُلَّ ثَوْبٍ تَخْلَعُهُ عَنْكَ خِلْعَةٌ.» نشوان بن سعيد الحميري اليمني (المتوفى: 573هـ)، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المحقق: د حسين بن عبد الله

(ب) معنى لفظ الخلع مجازاً: كثيراً ما تستعمل كلمة الخلع للدلالة عن أحوال جمّة من باب المجاز، غير أنها تظل وفيّة لمعناها الأصلي المتمثل في النزاع انتهاءً، ومن هذا انصرافها للتعبير عن الفصل والعزل من المنصب والولاية، يقول الشاعر:

خَلَعَ الملوکَ وَسَارَ تَحْتَ لَوَائِهِ ... شَجَرُ العُرى وَعِرَاعِرُ الأَقْوَامِ

وهذا لا يكاد يقال إلا في الدون، حين ينال ممن هو أعلى منه منزلةً، لا في الأعلى عندما يبعد ممن هو دونه درجةً، وعليه لا يصح القول بخلع الأمير لواليه، وإنما يقال عزله⁽¹⁾.

ومهما يكن، فقد شُبه المُلْك والحكم في هذا الفرض باللباس، فإذا خُلِع صاحبه، فكأنما أُنتزع منه انتزاعاً، ومنه يسمى الإمام والأمير إذا عزل خليعاً أو مخلوعاً، وكأنه لبس الخلافة والإمارة ثم خلعها، وقد روي عن السيدة عائشة عن عروة عن أبيه أن الرسول ﷺ أرسل إلى عثمان رضي الله عنه، قالت: فسمعته يقول: « يَا عُثْمَانُ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ سَيُقَمِّصُكَ قَمِيصًا، فَإِنْ أَرَادُوكَ عَلَى خَلْعِهِ، فَلَا تَخْلَعُهُ. »⁽²⁾، أراد الخلافة وتركها والخروج منها.

واتساعاً في المجاز شُبّهت طاعة ولي الأمر بالشوب، فمن خرج عنها فكأنما نزاع هذا الشوب وألقاه عنه، مصداقاً لقوله ﷺ فيما رواه عنه عبد الله بن عمر: « مَنْ خَلَعَ يَدًا مِنْ طَاعَةٍ، لَقِيَ اللَّهَ يَوْمَ

العمري - مطهر بن علي الإرباني - د يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، دار الفكر - دمشق - سورية، الطبعة الأولى، 1420هـ - 1999م، ج3، ص1879.

(1) «وَخُلِعَ الْوَلِيُّ يُخْلَعُ خَلْعًا. وَهَذَا لَا يَكَادُ يُقَالُ إِلَّا فِي الدُّونِ يُنْزَلُ مَنْ هُوَ أَعْلَى مِنْهُ، وَإِلَّا فَلَيْسَ يُقَالُ خَلَعَ الْأَمِيرُ وَالْيَهُ عَلَى بَلَدٍ كَذَا. أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِنَّمَا يُقَالُ عَزَلَهُ.» أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، ج2، ص209.

(2) أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2001م، الحديث رقم: 24466، ج41، ص13. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: 321هـ)، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1994م، الحديث رقم: 5310، ج13، ص335. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، المرجع السابق، الحديث رقم: 3751، ج4، ص115. أبو القاسم هبة الله بن الحسن بن منصور الطبري الرازي اللالكائي (المتوفى: 418هـ)، شرح أصول اعتقاد أهل السنة والجماعة، تحقيق: أحمد بن سعد بن حمدان الغامدي، دار طيبة - السعودية، الطبعة الثامنة، 1423هـ - 2003م، الحديث رقم: 2569، ج7، ص1431.

الْقِيَامَةِ لَا حُجَّةَ لَهُ، وَمَنْ مَاتَ وَلَيْسَ فِي عُنُقِهِ بَيْعَةٌ، مَاتَ مِيتَةً جَاهِلِيَّةً.»⁽¹⁾، وعيداً منه ﷺ لمن مرق عنها بالوبال، وخصت اليد لتمام المعاهدة والمعاقدة بها.

ومنه ما روي في الأثر، من أن هُذَيْلًا كانوا قد « خَلَعُوا خَلِيعًا هُمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ... »⁽²⁾، أي أخرجوه من حلفهم، حيث كانت العرب في الجاهلية تتعاهد على التناصر والتآزر، فيأخذ كل واحدٍ منهم بيد من دخل في عهده، حتى إذا أراد أن ينقض حلفه هذا، ويتبرأ من صاحبه، أظهر ذلك للناس وأعلنه فيهم، فسمت العرب صنيعة هذا خلعا، والمتبرء منه خليعا، أي مخلوعا، فلا يؤخذون بجنايته، ولا يأخذ بجنايتهم، وكأنما خلعوا اليمين التي سبق وأن لبسوها⁽³⁾.

(1) مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1851، ج3، ص1478. أبو بكر بن أبي عاصم وهو أحمد بن عمرو بن الضحاك بن مخلد الشيباني (المتوفى: 287هـ)، كتاب السنة، يليه «ظلال الجنة في تخريج السنة بقلم: محمد ناصر الدين الألباني»، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1400هـ - 1980م، ج2، ص514. أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 7153، ج4، ص415. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جُردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ - 2003م، الحديث رقم: 16612، ج8، ص270.

(2) محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، المعروف بصحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ، الأثر رقم: 6899، ج9، ص9. المهلب بن أحمد بن أبي صفرة أسيد بن عبد الله الأسدي الأندلسي المربلي (المتوفى: 435هـ)، المختصر النصيح في تهذيب الكتاب الجامع الصحيح، المحقق: أحمد بن فارس السلوم، دار التوحيد، دار أهل السنة - الرياض، الطبعة الأولى، 1430هـ - 2009م، الأثر رقم: 1341، ج3، ص23. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 16462، ج8، ص221.

(3) «كَانَتِ الْعَرَبُ يَتَعَاهَدُونَ وَيَتَعَاقِدُونَ عَلَى النُّصْرَةِ وَالْإِعَانَةِ، وَأَنْ يُؤْخَذَ كُلُّ مَنْهُمْ بِالْآخِرِ، فَإِذَا أَرَادُوا أَنْ يَتَبَرَّؤُوا مِنْ إِنْسَانٍ قَدْ خَالَفُوهُ أَظْهَرُوا ذَلِكَ إِلَى النَّاسِ، وَسَمَّوْا ذَلِكَ الْفِعْلَ خَلْعًا، وَالْمُتَبَرِّءَ مِنْهُ خَلِيعًا؛ أَيْ مَخْلُوعًا، فَلَا يُؤْخَذُونَ بِجَنَائِهِ وَلَا يُؤْخَذُ بِجَنَائِهِمْ، فَكَانَتْهُمْ قَدْ خَلَعُوا الْيَمِينَ الَّتِي كَانُوا قَدْ لَبَسُوهَا.» مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: 606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي المكتبة العلمية - بيروت، 1399هـ - 1979م، ج2، ص64.

في ذات الاتجاه يستعمل اللفظ للتعبير عن أبعده قومه لسوء حاله ويسمى خليعاً، كي لا يتحملوا وزر جريرته، فكأنما كانوا لباساً له خلع عنه⁽¹⁾.

واسترسالاً في المجاز يسمى خليعاً كل من أعياء الناس بسوء أفعاله ومجونه، وكأنه خلع عذاره ورسنه⁽²⁾، فقد أخرج بن سلمة في مصنفه: «أَنَّ عُمَرَ جَلَدَ أَبَا مُحَجَّجٍ فِي الْحُمْرِ أَرْبَعَ مَرَارٍ ثُمَّ قَالَ لَهُ أَنْتَ خَلِيعٌ فَقَالَ أَمَّا إِذَا خَلَعْتَنِي فَلَا أَشْرُئُهَا أَبَدًا.»⁽³⁾، ونعته بالخليع لانهماكه في الشرب، فخلع بذلك حيائه وأعطى نفسه هواها، ويطلق الوصف على المرأة وتسمى خليعة، وهي المخلاة التي لا أمر ولا ناهي لها، تفعل ما تشاء⁽⁴⁾.

ومن باب المجاز اللغوي أيضاً، يستخدم لفظ الخلع للدلالة على إزالة قيد الزوجية نظير عوض تبذله الزوجة لزوجها، يقال: خلع امرأته خلعاً، وخالعها مخالعةً، واختلعت منه فهي خالعة، يقول الشاعر:

مَوْلَعَاتُ يَهَاتِ هَاتِ فَإِنْ شَفَّ ... رَ مَا لَ أَرَدَنْ مِنْكَ الْخِلَاعَا

لأن كلا الزوجين لباسٌ للآخر مصداقاً لقوله **رَبِّكَ**: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾⁽⁵⁾، حتى إذا أقدمنا على حل عرى الزوجية على النحو الذي ذكرنا، كان ذلك أشبه بنزع كل واحد منهما لباس صاحبه عن نفسه، ثم صحف اللفظ فصار خلعاً بضم الْمُعْجَمَةِ وسكون اللام، وهو مصدرٌ ضُمَّ

(1) «خَلِيعاً خَلَعَهُ أَهْلُهُ، فَإِنْ جَنَى لَمْ يُطَالَبُوا بِجَنَائِهِ.» محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج20، ص521.

(2) يقال خلع الفرس عذاره إذا ألقاه وطرحه فهماً على وجهه.

(3) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1379هـ، ج12، ص81.

(4) «(وَمِنْهُ) فَلَانٌ خَلِيعٌ أَيُّ شَاطِئٍ قَدْ أَغْيَا أَهْلُهُ خُبْنًا وَعَدَا عَلَى النَّاسِ كَأَنَّهُ خَلَعَ عِدَارَهُ وَرَسَنَهُ أَوْ لِأَنَّ أَهْلَهُ خَلَعُوهُ وَتَبَرَّؤُوا مِنْهُ (وَمِنْهُ) قَوْلُهُ نَخْلَعُ وَنَشْرُكُ مَنْ يَشْرُكُ أَيُّ نَبَرٍّ مِنْهُ (وَقَوْلُهُ) الْمَرْأَةُ فِي الْعُرَّةِ تَكُونُ خَلِيعَةَ الْعِدَارِ أَيُّ مُحَلَّةً لَا أَمْرَ لَهَا وَلَا نَاهِي تَفْعَلُ مَا تَشَاءُ» ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي، أبو الفتح برهان الدين الخوارزمي المَطْرُزِي (المتوفى: 610هـ)، المغرب في ترتيب المغرب، دار الكتاب العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص152.

(5) سورة البقرة، الآية 187.

أوله، للترفة بين الإزالة الحسية والإزالة المعنوية، فبالفتح ينصرف للأولى، ويختص بالثانية إذا جاء مضموماً⁽¹⁾.

والحاصل أن للخلع بالصيغة الأولى، أثره البالغ في تحديد المعنى الاصطلاحي، الذي لا يخرج عن كونه بذلاً من جهة الزوجة تتوخى به نزع لباس الزوجية عنها، وعزل الزوج من ولايته وقوامته عليها، ومن ثمة فإن الخُلْعَ والخُلْعَ يستعملان لغةً في الإزالة الحسية والمعنوية، كالطلاق والإطلاق، فإنهما ينصرفان إلى رفع القيد سواء كان هذا القيد حسياً أو معنوياً، ثم خص اللفظ الأول برفع القيد المادي، والثاني برفع القيد الاعتباري، وهذا المعنى الأخير هو الذي أقره الشارع، وقياساً عليه يكون استعمال لفظ الخلع بالضم، تعبيراً في حكم الشرع عن إزالة الزوجية حقيقةً، ويبقى بالفتح اصطلاحاً عاماً شاملاً لكل ما ذكرناه من المعاني الحقيقية والمجازية التي تفيد في مجملها النزع والتجريد انتهاءً⁽²⁾، فبين المعنيين علاقة عموم وخصوص، لأن كل خلع بالمعنى الاصطلاحي هو خلع بالمعنى اللغوي، والعكس غير صحيح.

ثانياً: تعريف الخلع اصطلاحاً

إذا نحن أمعنا النظر فيما ساقه الفقهاء تعريفاً للخلع، أدركنا دون عناء جنوحهم - وإن تنوعت الألفاظ أحياناً - لتمثيله بموضوعه، وإظهار غايته المباشرة، ومع ذلك اصطبغت بعض هذه التعاريف بأحكام خاصة تنم عن طبيعة هذا النظام في فقه المذهب له (أ)، وهي مفاعيل يفترض أنها أثرت بشكل أو بآخر، فيما صيغ تشريعاً للقبض عليه في بعض النصوص الأسرية لاسيما وأنها أثارت - على النحو الذي صيغت به - لغطاً كبيراً، وهو ما يفيد بداهة أنها حادت عن جوهر وفحوى ما انتهى إليه الفقه بشأن مسألة الحال، الأمر الذي يدعونا بإلحاح للوقوف على تعريف الخلع في بعضها، لاستبيان مدى مطابقتها للشرعية في هذا الشأن (ب).

(1) «بِضْمِ الْمُعْجَمَةِ وَسُكُونِ اللَّامِ وَهُوَ فِي اللَّغَةِ فِرَاقُ الزَّوْجَةِ عَلَى مَالٍ مَأْخُودٍ مِنْ خُلْعِ الثَّوْبِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لِبَاسُ الرَّجُلِ مَعْنًى وَضُمَّ مَصْدَرُهُ تَفْرِقَةً بَيْنَ الْحُسِيِّ وَالْمَعْنَوِيِّ» ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج 9، ص 395. «وَمِنْ الْمَجَازِ: الْخُلْعُ، بِالضَّمِّ: طَلَاقُ الْمَرْأَةِ بَدَلٍ مِنْهَا». مرتضى الزبيدي، تاج العروس، المرجع السابق، ج 20، ص 519.

(2) «الْخُلْعُ، كَالْمَنْعِ: النَّزْعُ، إِلَّا أَنَّ فِي الْخُلْعِ مُهْلَةً (...)» وبالضم: طَلَاقُ الْمَرْأَةِ بَدَلٍ مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا» مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (المتوفى: 817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثامنة، 1426هـ - 2005م، ص 713.

(أ) تعريف الخلع فقهاً: لقد قدمنا بالقول، أن اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن تعريف الخلع لا يعدو أن يكون تبايناً لفظياً في كثير من الأحيان، ومع ذلك انطوت هذه التعاريف على بعض الاختلاف في المعنى، حيث عرّفه بعض الحنفية بإزالة ملك النكاح⁽¹⁾، وهو تعريف جامعٌ غير مانعٍ تنضوي تحته صور جمّة من فرق النكاح، وعرّفه بعضهم، بكونه أخذ الزوج للمال نظير ملك النكاح⁽²⁾، وهذا بدوره تحديدٌ ناقصٌ لمغايرته المعنى اللغوي من كل وجه، لأن الأصل يقتضي اتحاد جنس المفهومين، على أن يزداد في الشرعي منهما قيد لإخراج الأول من نطاقه، كما أنه شامل للطلاق على مال، وليس مساوياً له في جميع أحكامه عند الأحناف، لاستقلال الخلع بإسقاط الحقوق وإن اشتركا في البينونة، ويرد عليه أيضاً فيما إذا جاء عارياً عن البدل كما سنذكره في موضعه.

في حين عرّفه البعض الآخر من باب الترجيح، باعتباره إزالة لملك النكاح ببدلٍ بلفظ الخلع⁽³⁾، ويرد عليه، فيما إذا باشر الزوج الخلع بلفظه ولم يسم شيئاً، ولاق إيجابه هذا قبولاً من جهة الزوجة، عُدد ذلك خلعاً مسقطاً للحقوق وهو غير مشمولٍ به، كما سيأتي بيانه لا حقاً⁽⁴⁾.

مما حدا ببعضهم إلى استدراك تلك المثالب كلها، حين عرّفوه بوصفه إزالةً لملك النكاح، متوقفٌ على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه⁽⁵⁾، وهو القول الأولى بالقبول لاتفاقه وأحكام الخلع في المذهب من كل وجه، فقوله إزالة ملك النكاح، زيادة على مواءمته للمفهوم اللغوي فإنه ينطبق على

(1) «بَابُ الْخُلْعِ (...) وَشَرْعاً (...) (إِزَالَةُ مِلْكِ النِّكَاحِ)» ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار، المعروف بحاشية ابن عابدين، يعلوه «الدر المختار للحصفي شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي» دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، 1412هـ - 1992م، ج3، ص439.

(2) «وَفِي الشَّرْعِ: أَخَذَهُ الْمَالُ بِإِزَاءِ مِلْكِ النِّكَاحِ» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج4، ص210.

(3) «يَرُدُّ عَلَيْهِ مَا إِذَا عَرِيَ عَنْ الْبَدَلِ كَمَا إِذَا قَالَ خَالَعُكَ وَلَمْ يُسَمَّ شَيْئاً فَقَبِلَتْ فَإِنَّهُ خُلِعَ مُسْقِطٌ لِلْحُقُوقِ» عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده المعروف بداماد أفندي (المتوفى: 1078هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج1، ص759.

(4) «فَالصَّحِيحُ إِزَالَةُ مِلْكِ النِّكَاحِ بِبَدَلٍ بِلَفْظِ الْخُلْعِ» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج4، ص210.

(5) «وَشَرْعاً عَلَى مَا اخْتَرَنَاهُ إِزَالَةُ مِلْكِ النِّكَاحِ الْمُتَوَقَّفَةُ عَلَى قَبُولِهَا بِلَفْظِ الْخُلْعِ أَوْ مَا فِي مَعْنَاهُ» زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، «تليه تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138هـ)» وبالحاشية: «منحة الخالق لابن عابدين»، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ، ج4، ص77.

مخالعة الزوجة القائمة زوجيتها إما حقيقية أو حكماً، أي تلك الساري نكاحها أو المطلقة رجعيًا، فخرج بهذا الشرط عدم جواز الخلع في النكاح الفاسد ومع المطلقة طلاقاً بائناً والمرتدة، فكل ذلك من أضرب اللغو، لأن الأول لا يفيد ملك المتعة، وبالبينونة والردة حصلت الإزالة قبل الخلع في الفرض الثاني، فلم يبق للخلع بعدهما إزالة⁽¹⁾، أما قوله المتوقفة على قبولها، فقوامه اشتراط رضا الزوجة به، لأن الخلع معاوضة من جهتها تقتضي القبول، وأما قوله بلفظ الخلع أو في ما معناه، فمفيدٌ لقيام هذه الفرقة متى وقعت بلفظ الخلع، وغيره من الألفاظ التي حصرها الأحناف لجوابه، مما يخرج الطلاق على مال، الذي تستعمل فيه صيغ الطلاق الصريحة مع البدل، فإذا فسد هذا الأخير كأن يكون مالاً غير متقوم مثلاً، وقع الطلاق رجعيًا، بخلاف الخلع، الفاسد عوضه، فإنه موجبٌ لفرقة بائنة، وسيأتي تفصيل ذلك عند الحديث عن صيغة الخلع.

هذا وعرفه جل المالكية بكونه طلاق بعوض⁽²⁾، فقولهم طلاق، شمل الطلاق بأنواعه، صريحه وكنائته ظاهرةً، أو خفيةً إذا لابستها نيته، ومن ثمة لا يصح الخلع إلا حيث يصح الطلاق، فإذا ورد على هذا النحو وسبق معه المال، كان موجباً للبينونة ولزوم العوض في ذمة الزوجة، فخرج به كل طلاق بلا عوض، ويؤخذ على هذا التعريف بأنه غير مانع ولا جامع، أما كونه غير مانع فلاشتماله الطلاق على مالٍ مع اختلافه عنه في بعض الأحكام، وإن اتفقا في لزوم البينونة، ويجاب على ذلك أن الخلع والطلاق على مالٍ في مذهب المالكية سيان، وأما كونه غير جامع فلاقتصاره على نوعٍ واحدٍ من الخلع ويتعلق الأمر بالذي يكون على عوض، مع أن الطلاق بلفظ الخلع دون ذكر المال خلْعٌ صحيحٌ، وقد قصر التعريف عن اشتماله، وقد أوجب عن ذلك، أنه انطوى على الأصل فيه باعتباره نظير عوضٍ، وتُرك غيره

(1) «قَوْلُهُ: مَلِكُ النِّكَاحِ شَيْءٌ مَا لَوْ خَالَعَ الْمُطَلَّعَةُ رَجْعِيًّا بِمَالٍ فَإِنَّهُ يَصِحُّ وَيَجِبُ الْمَالُ بَحْرٌ وَسَيَأْتِي (قَوْلُهُ: فَإِنَّهُ لَغَوٌ) لِأَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ لَا يُفِيدُ مَلِكَ الْمُتَعَةِ، وَبِالْبَيْنُونَةِ وَالرَّدَّةِ حَصَلَتْ الْإِزَالَةُ قَبْلَهُ، فَلَمْ يَكُنْ فِي الْخُلْعِ إِزَالَةٌ.» محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص439.

(2) «الْخُلْعُ طَلَّاقٌ بِعَوْضٍ.» عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي (المتوفى: 732هـ)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، وبهامشه: تقارير لإبراهيم بن حسن، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر، الطبعة الثالثة، بدون تاريخ، ص68. «وَشَرَعًا طَلَّاقٌ بِعَوْضٍ.» محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، يعلوه «الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل»، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2، ص347.

للفهم بداهة، أضف إلى ذلك أن التعريف وإن أغفله صراحةً فقد اشتمل عليه دلالةً لأنه من لوازم كونه خلعياً جريان أحكام الخلع عليه ومنها سقوط نفقة الزوجة أيام عدتها، وهذا عوض محقق بلا ريب⁽¹⁾. وعرفه بعضهم بأنه عقد معاوضة على البضع تملك به الزوجة نفسها ويملك الزوج به العوض ملكاً تاماً لا يفتقر إلى حيازة⁽²⁾، وهذا التعريف مع ما فيه من بيانٍ حسنٍ لماهية الخلع، إلا أنه قد وقع عند بعض فقهاء المذهب ما يدل على خلافه بشأن تمام تملك المال، فإذا كان الزوج مديناً وأحال على الزوجة فيما خالعهها به، وهلك هذه الأخيرة قبل أن يستوفي الدائن حقه، كان له أن يرجع على الزوج بدينه، فسقط بذلك عن بدل الخلع حكم الديون الثابتة في الذمة، لما للدائن من حق الرجوع على المُحيل، ولعل الذي حملهم على القول بذلك - أي عدم الإنتهاض بهذا التصرف إلى مستوى الحوالة الثابتة كما هو الشأن بالنسبة لحوالة الدين - أن ما دخل في ذمة الزوجة نظير ما أدته ليس بمال، وإنما هو راحة نفسها وتخليصها من ملك الزوج، فلا يحكم له بالعوض إلا مع سلامة الحال، فإن زاحمه غيره اعتبرت صفة الدين قوةً وضعفاً، إذ ثمة منه ما يقدم على بدل الخلع، ومنه ما يتخلف عنه، ومنه ما هو مختلف فيه⁽³⁾.

(1) «وللخلع نوع آخر وهو الطلاق بلفظ الخلع بلا عوض، فقل تعريف المصنف لم يشمله لإرادته تعريف الأصل المشهور. وقال ابن عاشر: بل شمله، لأن من لوازم خلوته جريان أحكام الخلع عليه، ومنها سقوط نفقتها أيام عدتها، وهذا عوض محقق، وإن لم يدخل عليه، فهذا طلاق بعوض أيضاً.» محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، يعلوه «مختصر خليل»، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1409هـ - 1989م، ج 4، ص 3. «وهو الطلاق بعوض (ش) وهذا التعريف معترض لأنه يخرج منه ما إذا كان بلفظ الخلع من غير عوض فإنه خلع أيضاً مع انتفاء العوض فيه والجواب أن هذا التعريف لفظي أو تعريف لأحد نوعي الخلع، وترك تعريف النوع الآخر لكونه بديهيًا، وجواب آخر وهو أن قوله بعوض متعلق بـ "جاء" لا بالطلاق أي وجاز الخلع بعوض وهما تم الكلام.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 347.

(2) «والخلع معاوضة عن البضع تملك به المرأة نفسها ويملك الزوج به العوض عليها ملكاً تاماً لا يفتقر إلى حيازة.» أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1988م، ج 1، ص 558. «وعرف بعض تلامذته الخلع بأنه عقد معاوضة على البضع تملك به الزوجة نفسها ويملك الزوج العوض به.» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 3.

(3) أبو الوليد محمد بن رشد، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ج 1، ص 558.

من جهتهم عرفه الشافعية بوصفه فرقة بعوضٍ بلفظ طلاقٍ أو خلعٍ⁽¹⁾، وأبلغ منه تعريفهم له، بكونه فرقة بين الزوجين بلفظ طلاقٍ أو خلعٍ وبعوضٍ مقصودٍ راجعٍ لجهة الزوج⁽²⁾، فيستفاد من قوله فرقةً بين الزوجين، إزالةً لملك النكاح، بألفاظ الطلاق الصريحة عاريةً، والكنائية مع النية⁽³⁾، أما قوله بعوضٍ، فعلمٌ يستوي فيه أن يكون هذا العوض عيناً أو ديناً أو منفعةً، خلا ما استثناه الشافعية من المصير إلى مهر المثل، بدّل المسمى في حال خلع الكفيف على عين، فخرج بالشرط الذي ذكرنا كل فرقةً بلا عوضٍ، فإنها تكون رجعيةً، أما قوله مقصودٌ، فصفةٌ للعوض، خرج بها ما لو وقعت الفرقة بعوضٍ غير مقصودٍ كالدم ونحوه، فإنه لا يكون خلعاً وإنما يكون طلاقاً رجعيّاً، وأما قوله راجعٍ لجهة الزوج، فمفاده أن يكون البدل كله أو بعضه لفائدة الزوج، أما إذا جاء لمصلحة الغير، كان موجباً لطلاقٍ رجعيٍّ بلا مال⁽⁴⁾.

(1) «وهو فرقة بعوضٍ بلفظ طلاقٍ أو خلعٍ». شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (المتوفى: 880هـ)، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، حققه وخرج أحاديثه: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1996م، ج2، ص90. «فرقة بعوض لزوج بلفظ طلاقٍ أو خلعٍ». زين الدين أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي بن أحمد المعبري المليباري الهندي (المتوفى: 987هـ)، فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، دار بن حزم، الطبعة الأولى، بدون تاريخ، ص500.

(2) «و(هو) في الشرع (فرقة) بين الزوجين (بعوضٍ) مقصودٍ راجعٍ لجهة الزوج (بلفظ طلاقٍ أو خلعٍ)». شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، يعلوه «المنهاج للنووي»، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م، ج4، ص430.

(3) «فالمُرَادُ بِقَوْلِهِ بَلْفِظْ طَلَاقٍ لَفْظٌ مِنْ أَلْفَاظِهِ صَرِيحًا كَانَ أَوْ كِنَايَةً وَلَفْظُ الْخُلْعِ مِنْ ذَلِكَ» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص430.

(4) «(مَقْصُودٌ) خَرَجَ نَحْوُ الدَّمِ فَهُوَ رَجْعِيٌّ وَلَا مَالَ. قَوْلُهُ: (لِجَهَةِ الزَّوْجِ) نَفْسِهِ (...) أَوْ مَعَ غَيْرِهِ، كَأَنَّهُ أَتْرَأَنِي وَزَيْدًا فَيَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ وَتَصِحُّ الْبَرَاءَةُ هُمَا بِخِلَافِ إِنْ أَتْرَأْتُ زَيْدًا فَرَجْعِيٌّ قَالَ شَيْخُنَا وَالْبَرَاءَةُ صَحِيحَةٌ أَيْضًا وَفِي بَرَاءَةِ زَيْدٍ فِي الصُّورَتَيْنِ نَظَرٌ فَرَجَعُهُ، وَدَخَلَ فِيمَا ذَكَرَ مَا لَوْ قَالَ خَالَعْتُكَ عَلَى عَشْرَةِ مَثَلًا خَمْسَةً لِي وَخَمْسَةً لَزَيْدٍ». أحمد سلامة القليوبي (1069 هـ) وأحمد البرلسي عميرة (957هـ)، حاشيتنا قليوبي وعميرة، يعلوهما «شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي»، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1415هـ - 1995م، ج3، ص308.

هذا وذهب الحنابلة إلى القول بكونه فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة⁽¹⁾، وحاصل هذا التعريف أن الخلع عندهم لا يكون إلا بعوض، فإذا تم دونه، وقع به طلاق رجعي إذا نوى الزوج ذلك، فإن لم ينوه، عد تصرفه ضرباً من أضرب اللغو، كما أن للخلع في مذهبهم ألفاظ خاصة لا يتم إلا بها، ومن ثمة يتجلى اعتبارهم للفرقة بين الخلع والطلاق على مال كما هو الشأن بالنسبة للحنفية.

في المقابل عرفه الظاهرية باعتباره افتداء إذا كرهت الزوجة زوجها فخافت ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهما حقها⁽²⁾، ويتضح من هذا التعريف جنوح الظاهرية إلى استخدام لفظ الافتداء الوارد في القرآن الكريم للدلالة على الخلع مصداقاً لقوله ﷻ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽³⁾، كما انطوى التعريف على السبب الموجب للمعرف، وكأن صاحبه جعل الخلع مشروطاً بخوف حدوث النشوز.

واكتفى بعض الزيدية بوصفه عقد وشرط⁽⁴⁾، فإما أن يكون عقداً، وهذا مناطه تراضي الزوجين، وإما أن يكون شرطاً ولا أثر للقبول في قيامه، بل يتوقف على حصول الشرط الذي علق عليه،

(1) «(وَهُوَ فِرَاقُ) زَوْجٍ (زَوْجَتَهُ بِعَوْضٍ) يَأْخُذُهُ الزَّوْجُ مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا (بِأَلْفَافٍ مَخْصُوصَةٍ)». منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ - 1993م، ج3، ص57. «فِرَاقُ الزَّوْجِ زَوْجَتَهُ بِعَوْضٍ يَأْخُذُهُ مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا بِأَلْفَافٍ مَخْصُوصَةٍ» عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلبي الخلوتي الحنبلي (المتوفى: 1192هـ)، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، المحقق: قابله بأصله وثلاثة أصول أخرى: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية - لبنان - بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2002م، ج2، ص630.

(2) «الْخُلْعُ، وَهُوَ: الْإِفْتِدَاءُ إِذَا كَرِهَتْ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا، فَخَافَتْ أَنْ لَا تُوفِيَهُ حَقَّهُ، أَوْ خَافَتْ أَنْ يُبْغِضَهَا فَلَا يُوفِيَهَا حَقَّهَا» أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج9، ص511.

(3) سورة البقرة، الآية 229.

(4) «وَالْخُلْعُ مَا أَخُوذُ مِنْ خُلْعِ اللَّبَاسِ (...) وَهُوَ عَقْدٌ وَشَرْطٌ» أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، مكتبة اليمن، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج7، ص251.

ويتضح منه، تمييزهم بين نظامين للمخالعة، وهذا لا يعدو أن يكون وصفاً أكثر منه تعريفاً، وأدق منه قولهم في ضبطه من حيث كونه فراق الزوجة على مال⁽¹⁾.

من جهتهم عرّفه الإمامية، باعتباره إزالة لملك النكاح بفدية⁽²⁾، وهو تعريف يستند إلى نظيره اللغوي للخلع من حيث أنه إزالة، مع اقتباس الإشارة القرآنية التي دلت على أنه افتداء، كما عرفوه أيضاً بكونه طلاق بعوض مقصود، لازم لجهة الزوج⁽³⁾.

يستفاد من هذه التعاريف مجتمعة، أنه يشترط لقيام الخلع أن تكون الزوجية قائمة إما حقيقةً وإما حكماً، لعدم إمكان تحققه فيما سواها، كأن تنقطع بأي من طرق البينة، أو أن يكون النكاح فاسداً باعتباره غير مفيد لملك المتعة، كما يستفاد منها أيضاً لزوم وقوعه بألفاظ مخصوصة عند البعض، في حين استرسل البعض الآخر في اعتبار أي منها طالما كانت موجبة للفرقة وعززتها دلالة الحال من لزوم العوض.

كما اقتضت هذه التعاريف وجوب العوض، غير أنها وإن اتحدت في قبوله بذلاً فقد اختلفت في اعتباره إسقاطاً، واتفقت جميعها حول رضا الزوجين لما فيه من معنى المعاوضة، ولكونه غير مساوٍ للإسقاط المحض، كما هو شأن الطلاق المجرد.

والحاصل أن هذه التعاريف تكاد تكون مجتمعة إلا من زيادة قيودٍ في بعضها عن بعض، بما يعكس أحكام المذهب في شأن هذه الفرقة، ولعل أحسنها صياغة ما ذهب إليه المالكية من أن الخلع عقد معاوضة على البضع تملك به الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض.

(ب) تعريف الخلع تشريعاً: لقد آثرت بعض القوانين الأسرية في البلاد العربية، تعريف الخلع صراحةً، مستندةً في ذلك على ما ورد في فقه الشريعة من ضوابط، ولعل أول نص تصدى لمسألة الحال، هو قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959م) في الفقرة الأولى من مادته (46)

(1) «الْخُلْعُ بِضَمِّ الْمُعْجَمَةِ وَسُكُونِ اللَّامِ هُوَ فِرَاقُ الزَّوْجَةِ عَلَى مَالٍ» محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأُمير (المتوفى: 1182هـ)، سبل السلام، يعلوه «بلوغ المرام لابن حجر»، دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 2، ص 243.

(2) «لَأَنَّهُ إِزَالَةٌ قَيْدِ النِّكَاحِ بِفِدْيَةٍ وَهِيَ شَرْطٌ فِيهِ، لَا دَاخِلَةٌ فِي حَقِيقَتِهِ» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 2، ص 158.

(3) «وَهُوَ طَلَاقٌ بِعَوْضٍ مَقْصُودٍ، لَا زِمَ لِحُجَّةِ الزَّوْجِ.» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 4، ص 95.

حين قضى بأن: « الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو في ما معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي...»، من جهته نص المشرع الكويتي في المادة (111) من قانون الأحوال الشخصية رقم (51) لسنة (1984م) على أن: « الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع، أو الطلاق أو المبرأة أو في ما معناها.»، كما عرفه قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة (1991م) في مادته (142) بقوله: « الخلع هو حل عقدة الزواج بتراضي الزوجين على بدل بلفظ الخلع أو في ما معناه.»، ونص المشرع الإماراتي في البند الأول من المادة (110) من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم (28) لسنة (2005م) على أن: « الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها.»، وقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (2010م) في مادته (102) بقوله: « الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبرأة أو في ما في معناها. ».

هذه النصوص وإن شددت في احتواء المسألة تشريعاً، فإنها استهدفت - من وراء ذلك بلا ريب - ضبط هذا النظام على نحوٍ حديّ تفادياً لعدد التأويلات التي تكتنفه، وهي لا تخرج في مجموعها عما سبق وأن سقناه بمناسبة تعريفنا للخلع في مذاهب الفقه الإسلامي، من حيث اعتباره عقداً بين الزوجين ينصب على إزالة قيد النكاح بلفظٍ مخصوصٍ نظير عوضٍ من جهة الزوجة، وأن ما ورد بها من تباينٍ في الألفاظ، غايته تحصيل أحكام خاصة كالنص صراحةً على أنه طلاق، كما جاء في قانوني الأحوال الشخصية الكويتي والأردني، أو الإحجام عن توصيفه في التعريف، كما جاء في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بنية تكييفه تكييفاً مغايراً، حيث استطرد في البند الرابع من نفس المادة بقوله أن: « الخلع فسخ. ».

بينما أحجمت بقية القوانين، بما فيها قانون الأسرة الجزائري عن تحديد مفهومٍ تشريعيٍّ للخلع، ومع ذلك لا يعد هذا العزوف في تقديرنا عواراً معيماً لهذه النصوص، من منطلق اختصاص الفقه والقضاء بذلك أصالةً بالاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بمقتضيات الإحالة التي تضمنتها هذه التشريعات، ومنها المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾، والمادة (400) من مدونة الأسرة

(1) تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.».

المغربية⁽¹⁾، وما كرسته الفقرة الأولى من المادة (3) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري⁽²⁾، وهي مفاعيل تحملنا على القول باعتمادها لما انطوى عليه الفقه من تعاريف، ومع ذلك يحتاج هذا الفرض في تصورنا إلى تمحيص، بالنظر إلى فلسفة كل نص وكيفية معالجته لهذا النوع من الفرق.

باستدعاء جانب من هذه النصوص، ومنها الفقرة الأولى من المادة (95) من قانون الأحوال الشخصية السوري التي تنص على أنه: « يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له »، والمادة (96) القاضية بأنه: « لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر. » وما أشار إليه المشرع المصري في صدر المادة (20) من القانون (1) لسنة (2000م) بقوله: « للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع. »، وما نص عليه نظيره المغربي في المادة (115) من مدونة الأسرة بقوله: « للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع. »، فهذه النصوص صرحت توصيفاً فيما سقناه من فقرات، باعتبار المخالعة عقداً طالما أنها اشترطت تراضي الزوجين لقيامها، وبكون الفرق طلاقاً كما جاء في القانونين السوري والمغربي، ومن ثمة فهي مشمولة بما صاغه بعض الفقه الإسلامي من تعاريف على النحو الذي ذكرنا آنفاً، ولا يكاد المشرع الجزائري يتنأى عن ذلك كثيراً وقد أوماً من طرفٍ خفي إلى إمكان الاتفاق على المفاداة ولو بمفهوم المخالفة حين قضى في صدر الفقرة الثانية من المادة (54) بأنه: « إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع... »، ومفاد ذلك أنه إذا تم الاتفاق على البدل بوصفه تابعاً، فقد حدث التراضي من باب أولى على العقد باعتباره أصلاً، وبالتالي لا مانع في ظل هذا الضلع من النص باعتبار الخلع عقداً، فاستظل بهذا التكييف ببعض ما ورد في الفقه الإسلامي من تعاريف.

ومع ذلك لا جرم من تقفي أثر هذا النص، لاسيما وأنه قد حافظ على بعض مما جاء في نظيره المعدل الذي نص على أنه: « يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق

(1) تنص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: « كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف. ».

(2) تنص الفقرة الأولى من المادة 3 من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري على أنه: « تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة. ».

عليه، فإن لم يتفقا على شيء...»، حيث ذهب قضاة المحكمة العليا في العديد من قراراتهم إلى تثبيت المعنى السالف، وسنكتفي في هذا الموضوع بذكر بعضها تدليلاً على ذلك، فقد جاء في أحدها ما نصه: « متى كان من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ منتهكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق عن ذلك بين الزوجين وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائياً انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي.⁽¹⁾»، كما جاء في قرار آخر أنه: « من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الخلع وخطأً في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه.⁽²⁾».

في المقابل، لم تقف بعضاً من هذه النصوص عند حد معالجتها لنظام الخلع على اعتباره عقداً، بل قضى جانب منها استثناءً بما ينم عن كونه تطبيقاً أو فسخاً مثلما نص على ذلك قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في البند الخامس من مادته (110) بقوله: « استثناءً من أحكام البند الأول من هذه المادة، إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً، وخيف ألا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب.»، ومثلما نص عليه المشرع المصري أيضاً في الفقرة الثانية من المادة (20) من القانون (1) لسنة (2000م) بقوله: « فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 33652، بتاريخ 11/06/1984، قضية (ض الله م ب أ) ضد (بن م ع)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الثالث، ص38.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 73885، بتاريخ 23/04/1991م، قضية (ش م) ضد (أ ع)، المجلة القضائية لسنة: 1993م، العدد الثاني، ص55.

الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه...»، وما جاء في المادة (114) من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي ميزت بين حالتين، قبل الدخول وبعده، حيث قضت في فقرتها الأولى بالنسبة للفرض الأول بأنه: «إذا طلبت الزوجة التفريق قبل الدخول وأودعت ما قبضته من مهرها وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج وامتنع الزوج عن ذلك بذلت المحكمة جهدها في الصلح بينهما فإن لم يصطلحا أحالت الأمر إلى حكّمين لموالاته مساعي الصلح بينهما خلال مدة ثلاثين يوماً فإذا لم يتم الصلح تحكم المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين بعد إعادة ما قبضته الزوجة من المهر وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج...»، ونصت في فقرتها الثانية بخصوص الفرض الثاني على أنه: «إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها وبينت بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة معه وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وردت عليه الصداق الذي استلمته حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فان لم تستطع أرسلت حكّمين لموالاته مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً فان لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما.»

ولعل أكثر هذه القوانين جرأة في التعبير عن الاتجاه السالف، ما صاغه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة (54) من قانون الأسرة حين نصص على أنه: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.»، ويختلف هذا النص عن غيره من وجهين، أولهما أنه ساق هذا الحكم كقاعدة عامة في حين أشارت إليه النصوص الأخرى من باب الاستثناء، وأنه وضع الفرقة بيد المرأة في حين أناطها غيره بالقاضي، إما لإعمال التطليق أو الفسخ.

وقد استبق قضاة المحكمة العليا النص المستحدث، حيث عبروا عن هذا الاتجاه في ظل النص القديم، حين أقروا أن الخلع حق للزوجة بقولهم: «من المقرر قانوناً وشرعاً أن "الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائياً"، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة (54) من قانون

الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار الطعون فيه.⁽¹⁾ وجاء في قرار آخر أن الخلع من صلاحيات القاضي: « إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضی الزوج، وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل.⁽²⁾ وفي قرار ثالث أنه رخصة للزوجة: « الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.⁽³⁾»

يستفاد مما سبق، أن الخلع - في هذه النصوص جملة واحدة - على ثلاثة أضرب، أولها أن يكون عقداً، وهو النوع الذي انطوى عليه الفقه الإسلامي، واقتبسته بعض التشريعات العربية إما منفرداً أو معطوفاً على غيره، وقد سبق تعريف هذا النظام فقهاً وتشريعاً، أما النوع الثاني، فمتمثل فيما حوله المشرع للقاضي من سلطة في فك عرى الزوجية على مال، ويمكن تعريفه: بإزالة قيد النكاح من قبل القاضي بناءً على طلب الزوجة نظير عوضٍ تؤديه إلى زوجها، أو بصياغة أوجز هو تطبيق على مال، وأما النوع الثالث، فقوامه إمكان فك رابطة النكاح من قبل الزوجة لقاء عوضٍ ويمكن تعريفه: بإزالة قيد النكاح بالإرادة المنفردة للزوجة مقابل بدلٍ تدفعه للزوج، فهذه ثلاثة أنظمة متباينة كل التباين من حيث المعنى، وإن اتحدت في المبنى، إذ أنها لا تتقاطع إلا فيما سيق اسماً لها، ويتعلق الأمر بوصف الخلع.

الفرع الثاني

الحكمة من تشريع الخلع

لقد خلصنا في الفقرة السابقة إلى نتيجة قوامها أن الخلع - وبصرف النظر عن كونه موافقاً للشريعة أو مخالفاً لها - على ثلاثة أنواع، فهو إما أن يقوم على تراضي الزوجين، وإما أن يتم رغماً عن إرادة الزوج سواء عدّ تطبيقاً من قبل القاضي، أو حلاً للنكاح معقوداً بيد الزوجة، وبالتالي لا نغالي إذا

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 141262، بتاريخ 1996/07/30م، قضية (م د) ضد (ر م)، المجلة القضائية لسنة: 1998م، العدد الأول، ص 120.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 103793، بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة لسنة: 1997م، العدد 51، ص 96 . 99.

(3) المحكمة العليا، القرار رقم: 216239، بتاريخ 1999/03/16م، قضية (ب ع و) ضد (ش ن)، اجتهاد قضائي: 2001م، عدد خاص، ص 138.

قلنا أن الخلع منظور إليه من هذا الوجه لا يستهدف عين الحكمة من وراء سن كل صورة من صورته السالفة لما بينها من تفاوت.

لا شطط في أن الإسلام حين شرع النكاح، هياً له من أسباب الديمومة وشروط الاستمرار، ما يمكننا معه الجزم من غير حمية ولا غلواء، بأنه من أكثر النظم طلباً لاستقرار الأسرة، وقيامها على أسس من المودة والرحمة تحصيلاً للغايات النبيلة التي توخاها الشارع من تنظيمها، ولعل المتمعن في نصوص هذا الدين، يدرك بيسر مدى إحاطته بهذه العوامل إن قبل النكاح أو بعده، ولما كان المقام لا يتسع لتفصيلها، سنقتصر من باب التدليل على سرد بعضها، ومن بين هذه القواعد ما أقره الشارع الحكيم بشأن وجوب قيام النكاح على أساس من الرضا التام والاختيار الحر، فبقدر ما يُوفى هذا الضابط حقه من العناية وحظه من الاهتمام، يكون الزواج بلا ريب على درجة من النجاح، فقد جاء عن النبي ﷺ في هذا السياق ما رواه عنه أبو هريرة أنه قال: «تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا، وَلِجَمَالِهَا، وَلِدِينِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرُبَّتْ يَدَاكَ.»⁽¹⁾، أي التصقتا بالتراب من شدة الفقر إن لم تفعل، كما روى أبو

(1) أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رم: 9521، ج15، ص319. أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (المتوفى: 255هـ)، مسند الدارمي المعروف بسنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع- المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ- 2000م، الحديث رقم: 2216، ج3، ص1387. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 5090، ج7، ص7. مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1466، ج2، ص1086. ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: 273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية- فيصل عيسى البابي الحلبي، بدون طبعة وبدون تاريخ، الحديث رقم: 1858، ج1، ص597. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2047، ج2، ص219. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي (المتوفى: 303هـ)، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ- 2001م، الحديث رقم: 5318، ج5، ص158. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، المجتبى من السنن، المعروف بالسنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية- حلب، الطبعة الثانية، 1406هـ- 1986م، الحديث رقم: 3230، ج6، ص68. أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي الموصلي (المتوفى: 307هـ)، مسند أبي يعلى، المحقق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث- دمشق، الطبعة الأولى، 1404هـ- 1984م، الحديث رقم: 6578، ج11، ص451. أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 4008 و4010، ج3، ص10 و11. محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مقبّد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البستي (المتوفى: 354هـ)، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، المحقق:

أمامة عنه عليه السلام أنه قال: «مَا اسْتَفَادَ الْمُؤْمِنُ بَعْدَ تَقْوَى اللَّهِ خَيْرًا لَهُ مِنْ زَوْجَةٍ صَالِحَةٍ، إِنَّ أَمْرَهَا أَطَاعَتُهُ، وَإِنْ نَظَرَ إِلَيْهَا سَرَّتَهُ، وَإِنْ أَقْسَمَ عَلَيْهَا أَبْرَثَتْهُ، وَإِنْ غَابَ عَنْهَا نَصَحَتْهُ فِي نَفْسِهَا وَمَالِهِ.»⁽¹⁾، كما حذر النبي ﷺ طالب النكاح من الاقتصار في اختياره على بعض المظاهر الزائلة، حيث روى عبدالله ابن عمر عنه عليه السلام قوله: «لَا تَنْكِحُوا النِّسَاءَ لِحُسْنِهِنَّ، فَعَسَى حُسْنُهُنَّ أَنْ يُرْدِيَهُنَّ، وَلَا تَنْكِحُوهُنَّ عَلَى أَمْوَالِهِنَّ، فَعَسَى أَمْوَالُهُنَّ أَنْ يُطْغِيَهُنَّ، وَأَنْكِحُوهُنَّ عَلَى الدِّينِ، وَلَا مَئْئَةَ سَوْدَاءٍ خَرَمَاءُ ذَاتِ دِينٍ أَفْضَلُ.»⁽²⁾، هذا وقد كفلت الشريعة للخاطب حق النظر إلى مخطوبته لأنه أحرى أن يؤدم بينهما لقول النبي ﷺ فيما رواه عنه جابر بن عبد الله الأنصاري: «إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمُ الْمَرْأَةَ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ مِنْهَا إِلَى مَا يَدْعُوهُ

شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ - 1993م، الحديث رقم: 4036، ج9، ص344. أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني (المتوفى: 385هـ)، سنن الدار قطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد بهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2004م، الحديث رقم: 3802، ج4، ص464. أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني (المتوفى: 430هـ)، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار السعادة- بجوار محافظة مصر، بدون طبعة، 1394هـ - 1974م، ج8، ص383. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن الصغير للبيهقي، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي- باكستان، الطبعة الأولى، 1410هـ - 1989م، الحديث رقم: 2349، ج3، ص9. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 13466، ج7، ص127.

(1) محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، ج1، ص596. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، المعجم الكبير، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية- القاهرة، الطبعة الثانية، بدون تاريخ، الحديث رقم: 7881، ج8، ص222.

(2) أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى: 227هـ)، سنن سعيد بن منصور، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية- الهند، الطبعة الأولى، 1403هـ - 1982م، الحديث رقم: 505، ج1، ص567. أبو محمد عبد الحميد بن حميد بن نصر الكسبي (المتوفى: 249هـ)، المنتخب من مسند عبد بن حميد، المحقق: صبحي البدري السامرائي- محمود محمد خليل الصعيدي، مكتبة السنة- القاهرة، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1988م، الحديث رقم: 328، ص123. محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1859، ج1، ص597. أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبراز (المتوفى: 292هـ)، مسند البراز المنصور باسم البحر الزخار، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله- عادل بن سعد- وصبري عبد الخالق الشافعي، مكتبة العلوم والحكم- المدينة المنورة، الطبعة الأولى، بدأت 1988م، وانتهت 2009م، الحديث رقم: 2438، ج6، ص413. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 63، ج13، ص30. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 13469، ج7، ص128.

إِلَى نِكَاحِهَا، فَلْيَفْعَلْ»⁽¹⁾، ولا يعد الأمر قاصراً على الرجل وحده، بل حثت الشريعة المرأة وأولياءها من جهتهم على حسن الاختيار والتحري، يقول المولى عليه السلام في محكم تنزيله: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾⁽²⁾، ويقول النبي ﷺ فيما رواه عنه أبو حاتم المزني: «إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ، فَأَنْكِحُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ»⁽³⁾، ومن لطائف ما روي في الأثر أن رجلاً سأل الحسن بن علي

(1) أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: 235هـ)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، المحقق: كمال يوسف الخوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى، 1409هـ، الحديث رقم: 17389، ج 4، ص 21. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 14586، ج 22، ص 440. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2082، ج 2، ص 228. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: 321هـ)، شرح معاني الآثار، حققه وقدم له: محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق، راجعه ورقم كتيبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1994م، الحديث رقم: 4280، ج 3، ص 14. أبو عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين، المرجع السابق، الحديث رقم: 2696، ج 2، ص 179. أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الحديث رقم: 2355، ج 3، ص 11. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 13487، ج 7، ص 135. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخشروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، معرفة السنن والآثار، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية - كراتشي - باكستان، دار قتيبة - دمشق - بيروت، دار الوعي - حلب - دمشق، دار الوفاء المنصورة - القاهرة، الطبعة الأولى، 1412هـ - 1991م، الحديث رقم: 13478، ج 10، ص 22.

(2) سورة النور، الآية 32.

(3) أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، المراسيل، المحقق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ، الحديث رقم: 224، ص 192. محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، سنن الترمذي المعروف بالجامع الكبير، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر - محمد فؤاد عبد الباقي - وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الثانية، 1395هـ - 1975م، الحديث رقم: 1085، ج 3، ص 387. أبو بكر بن أبي عاصم وهو أحمد بن عمرو بن الضحاك بن مخلد الشيباني (المتوفى: 287هـ)، الأحاد والمثاني، المحقق: د. باسم فيصل أحمد الجوابرة، دار الراية - الرياض، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م، الحديث رقم: 1122، ج 2، ص 351. أبو بشر محمد بن أحمد بن حماد بن سعيد بن مسلم الأنصاري الدولابي الرازي (المتوفى: 310هـ)، الكنى والأسماء، المحقق: أبو قتيبة نظر محمد الفارابي، دار ابن حزم - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م، الحديث رقم: 159، ج 1، ص 70. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 762، ج 22، ص 299. أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الحديث رقم: 2352، ج 3، ص 10. أبو

قائلاً: « قَدْ خَطَبَ ابْنَتِي جَمَاعَةً فَمَنْ أَرْوَّجَهَا، قَالَ: مِمَّنْ يَتَّقِي اللَّهَ، فَإِنْ أَحَبَّهَا أَكْرَمَهَا وَإِنْ أَبْغَضَهَا لَمْ يَظْلِمَهَا. »⁽¹⁾.

ويستمر الإسلام مرافقاً للنكاح إبان نفاذه، حاضاً على حسن المعاشرة، لاسيما من الزوج تجاه زوجته، يقول النبي ﷺ فيما يرويه عنه أبو هريرة: « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَإِذَا شَهِدَ أَمْرًا فَلَيْتَ كَلَّمُ بِخَيْرٍ أَوْ لَيْسْتُكَتْ، وَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ خُلِقَتْ مِنْ ضِلَعٍ، وَإِنَّ أَعْوَجَ شَيْءٍ فِي الضِّلَعِ أَعْلَاهُ، إِنْ ذَهَبَتْ تُقِيمُهُ كَسَرَتْهُ، وَإِنْ تَرَكْتَهُ لَمْ يَزَلْ أَعْوَجَ، اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا. »⁽²⁾، وورد عنه ﷺ من طريق ابن عباس، قوله: « خَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِهِ، وَأَنَا خَيْرُكُمْ لِأَهْلِي »⁽³⁾، وقوله ﷺ فيما رواه عنه أبو هريرة: « لَا يَفْرُقُ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنَةً، إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خُلُقًا، رَضِيَ مِنْهَا آخَرَ »⁽⁴⁾، وقد علق الإمام الشوكاني على هذا الحديث بقوله: « فِيهِ الْإِشَادُ إِلَى حُسْنِ الْعِشْرَةِ وَالنَّهْيِ عَنِ الْبُغْضِ لِلزَّوْجَةِ بِمُجَرَّدِ كَرَاهَةِ خُلُقٍ مِنْ أَخْلَاقِهَا فَإِنَّهَا لَا تَخْلُو مَعَ ذَلِكَ عَنْ أَمْرِ يَرْضَاهُ مِنْهَا، وَإِذَا كَانَتْ مُشْتَمِلَةً عَلَى الْمَحْبُوبِ وَالْمَكْرُوهِ فَلَا

الحسين عبد الباقي بن قانع بن مرزوق بن واثق الأموي بالولاء البغدادي (المتوفى: 351هـ)، معجم الصحابة، المحقق: صلاح بن سالم المصري، مكتبة الغرباء الأثرية- المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 1418هـ، ج2، ص303. أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني (المتوفى: 430هـ)، معرفة الصحابة، تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة الأولى 1419هـ - 1998م، الحديث رقم: 6749، ج5، ص2868.

⁽¹⁾ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة- بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2، ص41.

⁽²⁾ أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 19272، ج4، ص197. إسحاق بن راهويه، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 214، ج1، ص250. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 3331، ج4، ص133، ورقم: 5186، ج7، ص26. مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1468، ج2، ص1091. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج8، ص251. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14722، ج7، ص480.

⁽³⁾ محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1977، ج1، ص636. أبو جعفر الطحاوي، شرح مشكل الآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 2523، ج6، ص343. محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان، المرجع السابق، الحديث رقم: 4186، ج9، ص491. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المرجع السابق، الحديث رقم: 7327، ج4، ص191.

⁽⁴⁾ أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 8363، ج14، ص99. مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1469، ج2، ص1091. أبو يعلى الموصلي، المسند، المرجع السابق، ص303 و304. أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 4493، ج3، ص141. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14727، ج7، ص482.

يَنْبَغِي تَرْجِيحُ مُقْتَضَى الْكَرَاهَةِ عَلَى مُقْتَضَى الْمَحَبَّةِ. ⁽¹⁾، وذلك كله مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَتَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ ⁽²⁾، وقد ذهب الفقهاء إلى أبعد من ذلك، حين أقروا أنَّ حسن معاشرَةِ الزوجة، لا يعني عدم إيذائها فحسب، بل يفيد معه، الحلم عليها والصبر على أذاها واحتمال غضبها، حيث يقول الإمام أبو حامد الغزالي: «واعلم أنه ليس حُسْنُ الْخُلُقِ مَعَهَا كَفَّ الْأَذَى عَنْهَا بَلِ احْتِمَالُ الْأَذَى مِنْهَا وَالْحِلْمُ عِنْدَ طَيْشِهَا وَغَضَبِهَا اقْتِدَاءٌ بِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَدْ كَانَتْ أَزْوَاجُهُ تَرَاجَعُنَهُ الْكَلَامَ وَتَهْجُرُهُ الْوَاحِدَةُ مِنْهُنَّ يَوْمًا إِلَى اللَّيْلِ. ⁽³⁾»

ورغم كثير الضوابط التي شرعها الإسلام لدوام النكاح، قد يصطدم هذا الأخير بما يحول دون استمراره، فلا مفر عندئذٍ من حله، ومع ذلك نفّرت الشريعة من سعي الرجل والمرأة على السواء في تحصيل الفرقة، حيث يرى الكثير من الفقهاء ⁽⁴⁾ أن الأصل في الطلاق الحظر ⁽⁵⁾، واستدلوا لرأيهم هذا من الكتاب العزيز بقوله ﷻ: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ

(1) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث - مصر، الطبعة الأولى، 1413هـ - 1993م، ج6، ص244.

(2) سورة النساء، الآية 19.

(3) أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، المرجع السابق، ج2، ص43.

(4) في حين يرى جمهور الفقهاء أن الأصل في الطلاق الإباحة، وقد يخرج عنها في أحوال، يقول القرطبي في تفسيره: «فَدَلُّ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةُ وَإِجْمَاعُ الْأُمَّةِ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ مُبَاحٌ غَيْرُ مَحْظُورٍ». ويقول السرخسي في مبسوطه: «وَإِيقَاعُ الطَّلَاقِ مُبَاحٌ وَإِنْ كَانَ مُبْعَضًا فِي الْأَصْلِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ»، واستدلوا لرأيهم من الكتاب بقوله ﷻ: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (البقرة، الآية 236)، وقوله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ (سورة الطلاق، الآية 1)، فهذه الآيات تبيح الطلاق ولا جناح على الزوج في إيقاعه كما جاء في النص القرآني، واستدلوا من السنة الفعلية بما قام به رسول الله ﷺ حين طلق زوجته، حتى نزل الوحي يقول له: راجعها فإنها صوامة قوامه، والنبي لا يفعل المحظور، كما طلق الصحابة رضي الله عنهم زوجاتهم دون بيانٍ لسبب الطلاق، فلم ينكر الرسول ﷺ عليهم ذلك، فدل على أنه مباح.

(5) «وَالْأَصَحُّ حُظْرُهُ إِلَّا لِلْحَاجَةِ». كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج3، ص465. «الْأَصْلُ فِي الطَّلَاقِ الْحُظْرُ وَإِنَّمَا أُبِيحَ مِنْهُ قَدْرُ الْحَاجَةِ». تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1987م، ج3، ص250.

وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا⁽¹⁾، وهي آية تفيد أن الطلاق حال انتفاء النشوز بغى وظلم، فيكون بهذا الوصف محظوراً، لأن الإسلام لا يبيح الجور أياً كان نوعه، واستمدوا من السنة ما يعد سنداً قوياً لمذهبهم، من ذلك قول النبي ﷺ فيما رواه عنه أبو موسى الأشعري: « لَا تُطَلِّقُوا النِّسَاءَ إِلَّا مِنْ رِيَّةٍ، فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الدَّوَاقِينَ وَلَا الدَّوَاقَاتِ. »⁽²⁾، وما رواه ابن عمر عنه ﷺ: « أَبْغَضُ الْحَالِلِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ. »⁽³⁾، وقوله ﷺ فيما جاء من طريق ثوبان: « أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ. »⁽⁴⁾، وما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ: « إِنَّ الْمُخْتَلِعَاتِ، وَالْمُنْتَرِعَاتِ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ. »⁽⁵⁾.

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) أبو بكر البزاز، البحر الزخار، المرجع السابق، الحديث رقم: 3064 و3066، ج8، ص70. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، المرجع السابق، الحديث رقم: 7848، ج8، ص24. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، مسند الشاميين، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1984م، الحديث رقم: 2230، ج3، ص267.

(3) محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2018، ج1، ص650. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2178، ج2، ص255. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المرجع السابق، الحديث رقم: 2794، ج2، ص214. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14894، ج7، ص527.

(4) أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 22379 و22440، ج37، ص62 و112. عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 2316، ج3، ص1457. محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، ج1، ص662. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2226، ج2، ص268. محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1187، ج3، ص485. أبو محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري المجاور بمكة (المتوفى: 307هـ)، المنتقى من السنن المسندة، المحقق: عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب الثقافية - بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1988م، الحديث رقم: 748، ص187. أبو بكر محمد بن هارون الروياني (المتوفى: 307هـ)، مسند الروياني، المحقق: أيمن علي أبو يمان، مؤسسة قرطبة - القاهرة، الطبعة الأولى، 1416هـ، الحديث رقم: 631 و638 و659، ج1، ص411 و418 و431. محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان، المرجع السابق، الحديث رقم: 4184، ج9، ص490. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، المرجع السابق، الحديث رقم: 5469، ج5، ص333. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المرجع السابق، الحديث رقم: 2809، ج2، ص218. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14860، ج7، ص517.

(5) أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: 211هـ)، المصنف، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، الطبعة الثانية، 1403هـ، الحديث رقم: 11891، ج6، ص514. أبو بكر بن أبي شيبة،

ورغم كل ما سقناه من الاحتياطات والحدود التي سنّها الشارع الحكيم لدوام النكاح، قد ينفطر عقده كما سبق وأن قلنا، فكان من باب الرحمة أن يساير الإسلام الواقع، معالجاً أحوال الفطرة، متفاعلاً مع ظروف كل زوجة إذا خرجت عن حدود الله، بالوسائل التي أقرها لمصلحة الزوج أو الزوجة، ومن ذلك نظام المخالعة، تحصيلاً للفكاك وإنهاءً للنكاح، مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حَقَّتْ مَأْثَمُهُمَا فَمِمَّا فَتَتْ بِهٖ ۖ﴾⁽¹⁾، فتشريع الخلع إذن، يستهدف توقي تعدي حدود الله التي حدها للزوجين، من حسن المعاشرة وقيام كل منهما بما عليه من حقوق تجاه صاحبه.

غير أن هذه حكمة عامة، تشترك فيها كل فرق النكاح، وأن الطلاق بيد الزوج، إن استشعر ألا طائل من وراء نكاحه أمكنه حل عراه بإرادته المنفردة، وأن للزوجة حق طلب التطليق إذا توافرت أسبابه الواقعة على سبيل الحصر شرعاً، فإذا خرج التماسها عن حدود ذلك، لم تُجب دعواها، وبالتالي لا سبيل لفكاكها، وهو الموضع الذي يتجلى فيه خصوص الحكمة من تشريع الخلع باعتباره عقداً يمكنها السعي في طلبه إذا كرهت زوجها، ووجدت فيه، ما لو رآه فيها لطلقها، فالخلع شرع لإزالة الضرر عن المرأة⁽²⁾، وأنه معقود لمصلحتها وبإثارة منها على الوجه الذي لا يملك فيه الزوج رجعةً عليها، لكن يتعين عليها والحالة هذه بذل المال إذا اتجهت إليه إرادتها لأنها أتت على نكاحٍ استحققت بمقتضاه

المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 19257، ج4، ص195. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 9358، ج15، ص209. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5626، ج5، ص276. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 3461، ج6، ص168. أبو يعلى الموصلي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 6237، ج11، ص110. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 935، ج17، ص339. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14862، ج7، ص517. (1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) «وَالْخُلْعُ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ الَّذِي يَلْحَقُهَا بِشَوِّ الْعَشْرَةِ وَالْمُقَامِ مَعَ مَنْ تَكْرَهُهُ وَتُبْغِضُهُ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص324. «وَالْفَيْقُ أَنَّ الْفِدَاءَ إِذَا جُعِلَ لِلْمَرْأَةِ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَبِيدُ الرَّجُلَ مِنَ الطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ لَمَّا جُعِلَ الطَّلَاقُ يَبِيدُ الرَّجُلَ إِذَا فَرَكَ الْمَرْأَةَ، جُعِلَ الْخُلْعُ يَبِيدُ الْمَرْأَةَ إِذَا فَرَكَتِ الرَّجُلَ.» أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، 1425هـ - 2004م، ج3، ص90.

الصدّاق وأنفق الزوج لإتمامه مالا كثيراً، فمن العدل أن تلزم اتفاقاً برده أورد بعضه، حتى لا يجتمع على بعليها خسارة أهله وماله مرةً واحدة.

بيدا أن القول باعتبار الخلع عقداً، يقتضي اتفاق الزوجة والزوج عليه معاً، فهو رهن اجتماع مشيئتهما، لا مشيئة المرأة وحدها، أو الرجل بمفرده، ومن ثمة إذا تعنت الزوج حال رغبتها فيه، أو عاندت هي عند إرادته له، آل الأمر حتماً إلى حلقة مفرغة، لأن الغالب أن تتجاذب طرفي هذه العلاقة إرادتان متنافرتان، تمنع إحداها في النكاح بالآخرى، وتجتهد في النيل منها والحيلولة دون مبتغاها، فإذا كان بوسع الزوج أن يخلص نجياً بما في يده من الطلاق ولو بغير مال، فإن سبيل التطليق بطلب من الزوجة محفوف بتوافر السبب الحدي الواجب الإثبات، الأمر الذي يجعل من الخلع نظاماً مهماً⁽¹⁾، وتلطيفاً لهذه النتيجة يرى أنصار هذا الرأي، وهم جمهور الفقهاء، أن الشريعة حثت الزوج على الاستجابة لزوجته استحباباً عند طلبها الافتداء⁽²⁾، فقد روي عن عمر ابن الخطاب أنه قال: « إِذَا أَرَادَ النِّسَاءُ الْخُلْعَ، فَلَا تَكْفُرُوهُنَّ. »⁽³⁾، كما روي عنه أيضاً أنه قال لزوج المختلة حاثاً له على قبول الخلع: « اخْلَعَهَا بِدُونِ عِقَاصِ رَأْسِهَا، فَلَا خَيْرَ لَكَ فِيهَا. »⁽⁴⁾، وفي رواية: « اخْلَعَهَا وَيُحْكَمْ وَلَوْ مِنْ قُرْطُهَا. »⁽⁵⁾.

غير أن بعضاً من هؤلاء الفقهاء وإن اعتدوا بكون الخلع عقداً مناطه تراضي الزوجين بحسب الأصل، فإنهم أقروا بإمكان تجاوز إرادتهما، وعقده بيد الحكّمين استثناءً، فإذا فسدت العلاقة واشتدت النفرة واستحال الفكّك اتفاقاً، انتدب القاضي حكّمان من حقهما أن يفرقا بين الزوجين خلعاً ولو بغير

(1) لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2004م، ص 104.

(2) «وَمِنْ الْمُنْدُوبِ إِلَيْهِ الطَّلَاقُ فِي حَالِ الشَّقَاقِ، وَفِي الْحَالِ الَّتِي تُخَوِّجُ الْمَرْأَةَ إِلَى الْمُخَالَعَةِ لِتُزِيلَ عَنْهَا الضَّرَرُ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 364.

(3) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 19261، ج 4، ص 196. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14854، ج 7، ص 515.

(4) سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1432 و 1433، ج 1، ص 379 و 380.

(5) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 11851، ج 6، ص 504.

رضا الزوجة إن كان النشوز من جانبها، وهذا الرأي منسوب للإمام مالك⁽¹⁾، وبه يكون مذهب المالكية أكثر اتساعاً من غيره في احتواء الخصومة قضاءً عن طريق الخلع إذا كرهت المرأة زوجها، وتعت أحداهما أو كليهما بشأن الافتداء تعاقدًا، وأحجم الزوج عن المصير إلى الطلاق، وهو ما أنست به جل النصوص التشريعية التي أقرت الخلع القضائي وعلى رأسها القانون الإماراتي والقانون المصري والقانون الأردني مع بعض التفاوت في الأحكام، ويعزى خصوص الحكمة من اعتناق هذه التوسعة في تقديرنا إلى استهداف ترقية مركز المرأة في حل عقدة النكاح، في مواجهة ما هو معقود للرجل من حق في إنجائه، دون الخروج عما أوجدته الشريعة من حلول في هذا الشأن.

لكن حتى مع اعتناق هذا الحل يظل مركز المرأة دونياً، فإذا أفلت من يدها تحصيل الفرقة اتفاقاً، لم يكن بمقدورها إعمال إرادتها المنفردة في حل عقدٍ كانت طرفاً في إبرامه، وهذا موطن الإشكال كله، ومغزى اقتراح الاتجاه الثالث الذي يقيم تصوره على أساس عدالة كمية، أو مساواة تماثلية قوامها أن الخلع حق بيد الزوجة في مقابل ما بيد زوجها من حق في الطلاق، فالحكمة الخاصة من صياغة الخلع على هذا النحو، تخلص المرأة لنفسها وإرادتها خالصةً من زواج لا ترغب فيه، ولكن لا أقل من تعويض زوجها، جبراً لحاطره، وقد انفرد قانون الأسرة الجزائري بعد تعديله باستحداث هذه الصورة من الخلع، وهي المسألة التي سنعود إليها بشيء من التفصيل مع نظيراتها، بعد الفراغ من الحديث عن مشروعية الخلع.

(1) «قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ الْحُكْمَانِ إِنَّمَا ذَلِكَ إِذَا فُتِحَ مَا بَيْنَ الرَّجُلِ وَامْرَأَتِهِ حَتَّى لَا يُشَبَّهَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ وَلَا يُسْتَطَاعَ أَنْ يُنْخَلَّصَ إِلَى أَمْرِهِمَا، فَإِذَا بَلَغَا ذَلِكَ بَعَثَ الْوَالِي رَجُلًا مِنْ أَهْلِهَا وَرَجُلًا مِنْ أَهْلِهَا عَدْلَيْنِ فَنَظَرَا فِي أَمْرِهِمَا وَاجْتَنَدَا، فَإِنْ اسْتَطَاعَا الصُّلْحَ أَصْلَحَا بَيْنَهُمَا وَإِلَّا فَرَّقَا بَيْنَهُمَا، ثُمَّ يَجُوزُ فِرَاقُهُمَا دُونَ الْإِمَامِ، وَإِنْ رَأَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهَا حَتَّى يَكُونَ خُلْعًا فَعَلَا.» مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م، ج2، ص267. «(فَإِنْ أَسَاءَ الزَّوْجُ) الزَّوْجَةُ وَلَمْ تُسْئَلْهُ وَطَلَبَتْ الطَّلَاقَ وَلَمْ تَرْضَ بِالْإِقَامَةِ مَعَهُ (طَلَّقًا) يَفْتَحَاتِ مُثَقَّلًا أَيْ الْحُكْمَانِ الزَّوْجَةُ (بِلَا خُلْعٍ) يَأْخُذَانِهِ مِنْهَا لَهُ فِي نَظِيرِ جَلِّ عِصْمَتِهَا مِنْهُ (وَبِالْعَكْسِ) أَيْ أَسَاءَتْ الزَّوْجُ الزَّوْجَةُ وَلَمْ يُسْئَلْهَا (اِتِّمَنَاءً) أَيْ الْحُكْمَانِ الزَّوْجُ (عَلَيْهَا) أَيْ الزَّوْجَةُ وَأَوْصِيَاهُ بِالصَّبْرِ عَلَى إِسَاءَتِهَا وَأَبْقِيَاهَا فِي عِصْمَتِهِ إِنْ تَحَقَّقَ أَوْ ظَنًّا أَنَّهُ لَا يَتَجَاوَزُ الْحَقَّ فِيهَا بَعْدَ اِتِّمَانِهِ عَلَيْهَا، إِذْ لَا يَلْزَمُ مِنْ انْفِرَادِهَا بِالْإِسَاءَةِ فِي الْمَاضِي عَدَمُ إِسَاءَتِهِ إِثَارًا فِي الْمُسْتَقْبَلِ (أَوْ خَالَعًا لَهُ) أَيْ الْحُكْمَانِ الزَّوْجَةُ لِلزَّوْجِ أَيْ طَلَّقَاهَا عَلَيْهِ بِمَالٍ مِنْهَا لَهُ تَقْدِيرُهُ (يَنْظَرُهَا) أَيْ الْحُكْمَيْنِ وَلَوْ زَادَ عَلَى صَدَاقِهَا.» محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج3، ص551.

المطلب الثاني

مشروعية الخلع

يجمع المؤرخون على أن الخلع ليس بدعاً من النظم، أول من أستحدثه الإسلام، ففي كتب الأخبار والتاريخ ما يفيد أنه كان معروفاً قبل مجيء الإسلام، وعادةً ما يسوق هؤلاء للتدليل على ذلك واقعة عامر بن الظرب عندما زوج كريمته من ابن أخيه عامر بن الحارث، فلما نفرت منه اشتكاها إلى أبيها، فأجابه بقوله: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك، فقد خلعتها منك بما أعطيتها⁽¹⁾، ومن ثمة أمكن القول، أنه نظام تلقفه الإسلام وأقره، ومع ذلك وجد خلاف بشأن أصل مشروعيته ابتداءً (الفرع الأول)، ثم اختلف القائلون بجوازه انتهاءً، حول حدود هذه المشروعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أدلة مشروعية الخلع

على الرغم مما قيل بشأن وجود إجماع على جواز الخلع بعد عهد رسول الله ﷺ، فقد انطوى الفقه الإسلامي على ما يمكن أن يُسمى خلافاً محدوداً بخصوص مشروعيتها، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بجوازه، رغم اختلافهم بشأن أحكامه وآثاره (أولاً) في حين جنح البعض الآخر إلى اعتباره نظاماً منسوخاً (ثانياً).

(1) «وَدَكَرَ أَبُو بَكْرٍ بْنُ دُرَيْدٍ فِي أَمَالِيهِ أَنَّهُ أَوَّلُ خُلْعٍ كَانَ فِي الدُّنْيَا أَنَّ عَامِرَ بْنَ الظَّرْبِ بَفَتَحَ الْمُعْجَمَةَ وَكَسَّرَ الرَّاءَ ثُمَّ مُوَحَّدَةً زَوْجَ ابْنَتِهِ مِنْ بَنِ أَخِيهِ عَامِرِ بْنِ الظَّرْبِ فَلَمَّا دَخَلَتْ عَلَيْهِ نَفَرَتْ مِنْهُ فَشَكَاَ إِلَى أَبِيهَا فَقَالَ لَا أَجْمَعُ عَلَيْكَ فِرَاقَ أَهْلِكَ وَمَالِكَ وَقَدْ خَلَعْتُهَا مِنْكَ بِمَا أُعْطِيتَهَا قَالَ فَرَزَعَمَ الْعُلَمَاءُ أَنَّ هَذَا كَانَ أَوَّلَ خُلْعٍ فِي الْعَرَبِ اهـ.» ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج9، ص 395. جواد علي (المتوفى: 1408هـ)، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، دار الساقى، الطبعة الرابعة، 1422هـ-2001م، ج10، ص224. «العنبي قال: حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ الْعَامِرِيُّ: زَوْجَ عَامِرِ بْنِ الظَّرْبِ ابْنَتَهُ مِنْ ابْنِ أَخِيهِ، فَلَمَّا أَرَادَ تَحْوِيلَهَا قَالَ لَأَمْتَهَا: مَرِي ابْنَتِكَ أَلَّا تَنْزِلَ مَفَازَةً إِلَّا وَمَعَهَا مَاءٌ فَإِنَّهُ لِلْأَعْلَى جَلَاءٌ وَلِلْأَسْفَلِ نِقَاءٌ، وَلَا تَكْثُرُ مُضَاجَعَتُهُ، فَإِنَّهُ إِذَا مَلََّ الْبَدَنَ مَلََّ الْقَلْبَ؛ وَلَا تَمْنَعُهُ شَهْوَتُهُ، فَإِنَّ الْحِطْوَةَ فِي الْمَوَافِقَةِ. فَلَمْ تَلْبَثْ إِلَّا شَهْرًا حَتَّى جَاءَتْهُ مَشْجُوحَةٌ، فَقَالَ لَابْنِ أَخِيهِ: يَا بَنِي أَرْفَعُ عَصَاكَ عَنْ بَكَرْتِكَ، فَإِنْ كَانَتْ نَفَرْتَ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَنْفَرِ فَذَلِكَ الدَّاءُ الَّذِي لَيْسَ لَهُ دَوَاءٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَكُمَا وَفَاقٌ، فَفِرَاقُ الْخُلْعِ أَحْسَنُ مِنَ الطَّلَاقِ، وَلَنْ تَتْرَكَ مَالَكَ وَأَهْلَكَ، فَرَدَّ عَلَيْهِ صَدَاقَهُ وَخَلَعَهَا، فَهُوَ أَوَّلُ مَنْ خَلَعَ مِنَ الْعَرَبِ.» أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: 276هـ)، عيون الأخبار، دار الكتب العلمية - بيروت، بدون طبعة، 1418هـ، ج4، ص 75.

أولاً: الْمُجَوِّزُونَ لِلخَلْعِ وَأَدْلَتُهُمْ

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بمشروعية الخلع، وتُقل ذلك عن السواد الأعظم منهم، حتى أنس البعض بكونه إجماعاً (ب)، واستدلوا على ذلك بما جاء من نصوص حول هذه المسألة في المصادر الأصلية (أ) ومن المعقول (ج).

(أ) **الأدلة من المصادر الأصلية:** ونقصد باصطلاح المصدر الأصلي، الدليل الشرعي الوارد من جهة رسول الله ﷺ، وهو إما معجز، ويتعلق الأمر بالكتاب الكريم (١) أو غير معجز، وينصرف إلى السنة النبوية الشريفة، ويندرج فيها قول الرسول وفعله وتقريره (٢).

(١) **الدليل من القرآن الكريم:** استدلل هذا الفريق لرأيه من القرآن الكريم بقوله ﷻ: ﴿أَلْطَلَقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ۗ وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۚ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ۚ﴾ (١).

وهو نص واضح الدلالة على انتفاء الوزر حال اتفاق الزوجين على افتداء المرأة نفسها، غير أنها إباحة مشروطة بالخوف من عدم إقامة أحدهما أو كليهما لحدود الله كما يتبين من نص الآية.

(٢) **الدليل من السنة النبوية:** لقد تضمنت مصنفات الحديث بمختلف فروعها روايات كثيرة في مشروعية الخلع، وإن انطوت على بعض التفاوت اللفظي فيما بينها، والتباين فيما سيق سبباً لطلب الخلع، فقد تمحورت كلها حول واقعة واحدة تتعلق بامرأة طرقت باب النبي ﷺ تشكو زوجها، فكانت قضية أُسِّسَ بمقتضاها لنظام المخالعة في الإسلام، وقد جاء هذا الحديث من طرق جمّة، نذكر منها ما رواه الإمام مالك (٢) عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن، « أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ عَنْ حَبِيبَةَ بِنْتِ سَهْلٍ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شَمَّاسٍ، وَأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَرَجَ إِلَى الصُّبْحِ فَوَجَدَ حَبِيبَةَ بِنْتِ سَهْلٍ عِنْدَ بَابِهِ فِي الْعُلْسِ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَنْ هَذِهِ؟" فَقَالَتْ: أَنَا حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: "مَا شَأْنُكِ؟" قَالَتْ: لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢٩..

(٢) «صحيح، رواه: أبو داود، والنسائي، ومالك.» علوي بن عبد القادر السَّقَّاف، تخريج أحاديث وآثار كتاب في ظلال القرآن لسيد قطب، دار المحررة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص ٦٣.

لِرُؤُوسِهَا، فَلَمَّا جَاءَ زَوْجُهَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "هَذِهِ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ قَدْ ذَكَرْتُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذْكُرَ"، فَقَالَتْ حَبِيبَةُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ كُلُّ مَا أَعْطَانِي عِنْدِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ "خُذْ مِنْهَا"، فَأَخَذَ مِنْهَا، وَجَلَسَتْ فِي بَيْتِ أَهْلِهَا.⁽¹⁾

وما روته عمرة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «أَنَّ حَبِيبَةَ بِنْتَ سَهْلٍ، كَانَتْ عِنْدَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ بْنِ شَمَّاسٍ فَضَرَبَهَا فَكَسَرَ بَعْضَهَا، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ الصُّبْحِ، فَاشْتَكَتْهُ إِلَيْهِ، فَدَعَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثَابِتًا، فَقَالَ: "خُذْ بَعْضَ مَا لَهَا، وَفَارِقْهَا"، فَقَالَ: وَيَصْلُحُ

(1) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، الموطأ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بدون طبعة، 1406هـ - 1985م، الحديث رقم: 31، ج 2، ص 564. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 11762، ج 6، ص 484. سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1430 و 1431، ج 1، ص 378 و 379. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 27444، ج 45، ص 432. عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 2317، ج 3، ص 1458. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2227، ج 2، ص 268. أبو بكر بن أبي عاصم، الأحاد والمثاني، المرجع السابق، الحديث رقم: 3338، ج 6، ص 118. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5627، ج 5، ص 227. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 3462، ج 6، ص 169. عبد الله بن الجارود، المنتقى من السنن المسندة، المرجع السابق، الحديث رقم: 749، ص 187. محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان، المرجع السابق، الحديث رقم: 4280، ج 10، ص 110. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 565 و 567، ج 24، ص 222 و 223. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14836 و 14837، ج 7، ص 511. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 1183، ج 8، ص 267 و 14574 و 14576 و 14580، ج 11، ص 7 و 9. أبو نعيم الأصبهاني، معرفة الصحابة، المرجع السابق، الحديث رقم: 7568، ج 6، ص 3294. الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، مسند الإمام الشافعي، رتبة: سنجر بن عبد الله الجاوي، أبو سعيد، علم الدين (المتوفى: 745هـ)، حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: ماهر ياسين فحل، شركة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2004م، الحديث رقم: 1232 و 1233، ج 3، ص 90 و 91. أبو بكر بن أبي عاصم، الأحاد والمثاني، المرجع السابق، الحديث رقم: 3339، ج 6، ص 118. أبو القاسم عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ الْغَافِقِيُّ، الْجَوْهَرِيُّ الْمَالِكِيُّ (المتوفى: 381هـ)، مسند الموطأ للجوهري، تحقيق: لطفي بن محمد الصغير، طه بن علي بوسريج، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، 1997م، الحديث رقم: 794، ص 590. أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: 807هـ)، موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان، المحقق: محمد عبد الرزاق حمزة، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ، الحديث رقم: 1326، ص 322.

ذَلِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟، قَالَ: "نَعَمْ"، قَالَ: فَإِنِّي أَصَدَقْتُهَا حَدِيثَيْنِ، وَهُمَا يَبْدِيهَا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "خُذْهُمَا وَفَارِقْهُمَا"، فَقَعَلَ.⁽¹⁾

وقد رُوي هذا الحديث عن عكرمة عن ابن عباس⁽²⁾ أنه قال: «أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، مَا أَعْتَبَ عَلَيْهِ فِي خُلُقِي وَلَا دِينِي، وَلَكِنِّي أَكْثَرُهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟" قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "اقْبَلِ الْحَدِيثَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً".⁽³⁾

⁽¹⁾ أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2228، ج 2، ص 269. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14857، ج 7، ص 516. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 14579، ج 11، ص 7. أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: 516هـ)، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ - 1983م، الحديث رقم: 2349، ج 9، 193 و 194.

⁽²⁾ «صحيح، رواه: البخاري، والنسائي». علوي بن عبد القادر السَّقَّاف، تخریج أحاديث وآثار كتاب في ظلال القرآن، المرجع السابق، ص 64.

⁽³⁾ محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 5273 و 5275 و 5276، ج 7، ص 46 و 47. محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2056، ج 1، ص 663. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5628، ج 5، ص 227. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 3463، ج 6، ص 169. عبد الله بن الجارود، المنتقى من السنن المسندة، المرجع السابق، الحديث رقم: 11834 و 11969، ج 11، ص 310 و 347. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 541 و 542، ج 24، ص 211. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3628، ج 4، ص 376. أبو بكر البيهقي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 2632، ج 3، ص 105. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14838 و 14840 و 14841 و 14842، ج 7، ص 511 و 512. أبو نعيم الأصبهاني، معرفة الصحابة، المرجع السابق، الحديث رقم: 7552، ج 6، ص 3286. المهلب بن أحمد الأسدي، المختصر النصيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 5273/1257، ج 2، ص 436. أبو محمد الحسين بن الفراء، شرح السنة، المرجع السابق، الحديث رقم: 2349، ج 9، 193 و 194. ضياء الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد المقدسي (المتوفى: 643هـ)، الأحاديث المختارة أو المستخرج من الأحاديث المختارة مما لم يخرج به البخاري ومسلم في صحيحيهما، دراسة وتحقيق: معالي الأستاذ الدكتور عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، 1420هـ - 2000م، الحديث رقم: 241، ج 11، ص 244. أبو غبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغادي (المتوفى: 224هـ)، الناسخ والمنسوخ في القرآن العزيز وما فيه من الفرائض والسنن، دراسة وتحقيق: محمد بن صالح المديفر (أصل التحقيق رسالة جامعية)، مكتبة الرشد - شركة الرياض - الرياض، الطبعة الثانية، 1418هـ - 1997م، الحديث رقم: 208، ص 119.

وجاء من طريق عطاء عن ابن عباس أنه قال: « أَنَّ رَجُلًا خَاصَمَ امْرَأَتَهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: "أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟" قَالَتْ: نَعَمْ، وَزِيَادَةً، قَالَ: "أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا." »⁽¹⁾.

وروي أيضاً عن أيوب وعن خالد الحذاء عن عكرمة أنه قال: « جَاءَتِ امْرَأَةٌ ثَابِتَ بْنِ قَيْسٍ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَا وَاللَّهِ مَا أَعْتَبْتُ عَلَى ثَابِتٍ دَيْنًا، وَلَا خُلُقًا، وَلَكِنْ أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَتُرَدِّينَ إِلَيْهِ حَدِيثَهُ؟" قَالَتْ: نَعَمْ، فَدَعَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثَابِتًا، فَأَخَذَ حَدِيثَهُ، وَفَارَقَهَا، وَهِيَ جَمِيلَةٌ بِنْتُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي إِبْنِ سُلُولٍ، قَالَ مَعْمَرٌ: وَبَلَغَنِي أَنَّهَا قَالَتْ يَوْمَئِذٍ: أَكْرَهُ أَنْ أَعْصِيَ رَبِّي قَالَ: وَبَلَغَنِي أَنَّهَا قَالَتْ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: بِي مِنَ الْجَمَالِ مَا تَرَى، وَثَابِتٌ رَجُلٌ دَمِيمٌ. »⁽²⁾.

كما روي عن سعيد بن المسيب أنه قال: « أَنَّ امْرَأَةً كَانَتْ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ، وَكَانَ أَصْدَقَهَا حَدِيثَةً وَكَانَ غَيُورًا، فَضَرَبَهَا فَكَسَرَ يَدَهَا، فَجَاءَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَاشْتَكَتْ إِلَيْهِ، فَقَالَتْ: أَنَا أَرُدُّ إِلَيْهِ حَدِيثَهُ قَالَ: "أَوْ تَفْعَلِينَ؟" قَالَتْ: نَعَمْ، فَدَعَا زَوْجَهَا، فَقَالَ: "إِنَّهَا تَرُدُّ عَلَيْكَ حَدِيثَكَ" قَالَ: أَوْ ذَلِكَ لِي؟ قَالَ: "نَعَمْ" قَالَ: فَقَدْ قِيلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "ادْهَبَا، فَهِيَ وَاحِدَةٌ"، ثُمَّ نَكَحَتْ بَعْدَهُ رِفَاعَةَ الْعَابِدِيِّ، فَضَرَبَهَا، فَجَاءَتْ عُثْمَانَ، فَقَالَتْ: أَنَا أَرُدُّ إِلَيْهِ صَدَاقَهُ، فَدَعَاهُ عُثْمَانُ، فَقَبِلَ، فَقَالَ عُثْمَانُ: اذْهَبِي، فَهِيَ وَاحِدَةٌ، قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ: وَأَخْبَرَنِي عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ مِثْلَ خَبَرِ دَاوُدَ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: شَجَّهَا. »⁽³⁾.

وروي أيضاً عن أبي سعيد الخدري قال: « أَرَادَتْ أُخْتِي أَنْ تَخْتَلِعَ مِنْ زَوْجِهَا فَأَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ زَوْجِهَا فَذَكَرْتُ لَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تُرَدِّينَ عَلَيْهِ

(1) ضياء الدين أبو عبد الله المقدسي، الأحاديث المختارة، المرجع السابق، الحديث رقم: 241، ج 11، ص 243 و 244.

(2) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 11759، ج 6، ص 483. المهلب بن أحمد الأسدي، المختصر النصح، المرجع السابق، الحديث رقم: 5277/1257 و 5274/1257، ج 2، ص 437. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14839، ج 7، ص 511. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 5274، ج 7، ص 47. أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الحديث رقم: 2634، ج 3، ص 105.

(3) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 11757 و 11758، ج 6، ص 482. أبو داود، المراسيل، المرجع السابق، الحديث رقم: 236، ص 199. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14843، ج 7، ص 512. أبو بكر البزاز، البحر الزخار، المرجع السابق، الحديث رقم: 298، ج 1، ص 442.

حَدِيثُهُ وَيُطْلَقُ؟" قَالَتْ: نَعَمْ وَأَزِيدُهُ، فَقَالَ لَهَا الثَّانِيَّةُ: "تُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ وَيُطْلَقُ؟" قَالَتْ: نَعَمْ وَأَزِيدُهُ فَقَالَ لَهَا الثَّالِثَةُ، قَالَتْ: نَعَمْ وَأَزِيدُهُ، فَخَلَعَهَا فَرَدَّتْ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ وَزَادَتْهُ وَكَذَلِكَ رَوَاهُ الْحَسَنُ بْنُ عُمَارَةَ عَنْ عَطِيَّةَ. (1).

ورواه الإمام أحمد بن حنبل عن سهل بن أبي حنمة أنه قال: «كَانَتْ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ الْأَنْصَارِيِّ فَكَرِهَتْهُ، وَكَانَ رَجُلًا دَمِيمًا فَجَاءَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَاللَّهِ إِنِّي لَأَرَاهُ وَلَوْلَا خَافَهُ اللَّهُ لَبَزَقْتُ فِي وَجْهِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ الَّتِي أَصَدَقْتُ؟"، قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ فَرَدَّتْ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، فَكَانَ ذَلِكَ أَوَّلَ خَلْعٍ فِي الْإِسْلَامِ. (2).

كما جاء عن ابن جريح عن أبو الزبير أنه قال: « أَنَّ ثَابِتَ بْنَ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ كَانَتْ عِنْدَهُ زَيْنَبُ بِنْتُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي إِبْنِ سُلُولٍ وَكَانَ أَصْدَقَهَا حَدِيثَهُ فَكَرِهَتْهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ الَّتِي أُعْطَاكِ؟"، قَالَتْ: نَعَمْ وَزِيَادَةً، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا وَلَكِنْ حَدِيثَهُ"، قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَخَذَهَا لَهُ وَخَلَا سَبِيلَهَا فَلَمَّا بَلَغَ ذَلِكَ ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، قَالَ: قَدْ قَبِلْتُ فَضَاءَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. سَمِعَهُ أَبُو الزُّبَيْرِ مِنْ غَيْرِ وَاحِدٍ. (3).

ومن طريق ابن جريح عن عطاء أنه قال: « أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَشْكُو زَوْجَهَا فَقَالَ: " أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟ " قَالَتْ: نَعَمْ وَزِيَادَةً، قَالَ: " أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا. (4).

فهذه أحاديث تفيد جواز الخلع صراحةً، وتتميز بكونها صحيحةً إذ لم يطعن أحد من العلماء في سندها، كما أن اختلاف طرق الحديث وتعدد الروايات وتباين الوقائع إلى حد ما تحملنا على القول

(1) أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14850، ج 7، ص 514. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3629، ج 4، ص 376.

(2) سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 5637، ج 6، ص 103. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 16095، ج 26، ص 17 و 18.

(3) أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3629، ج 4، ص 376. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 14849، ج 7، ص 514.

(4) أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14844 14845، ج 7، ص 513. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 18512، ج 4، ص 124. أبو داود، المراسيل، المرجع السابق، الحديث رقم: 235، ص 199. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3871، ج 4، ص 498.

بتعدد الحدث، ولعل الذي يؤيد ذلك اختلاف الرواة بشأن اسم المخالعة ونسبها⁽¹⁾، وهو ما يرجح إلى حد بعيد فرض وقوع قصتان في عهده عليه السلام لشهرة الخبرين وصحة الطريقتين واختلاف السياقين⁽²⁾.

(ب) الإجماع على مشروعية الخلع: لا شك في أن الإجماع حول حكم من الأحكام

الشرعية، من شأنه أن يبين بجلاء جريان العمل عند فقهاء الأمة على فهم واحد، واستنباط واحد لهذا الحكم مما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، ومن ثمة فإن القول بإجماع الفقهاء حول مشروعية الخلع وجوازه، يضيف قوة على مذهب المجوزين، ويصادر على الرأي النقيض، وقد ثبت ذلك عن كبار الصحابة في قضائهم، حيث روي عن كثير مولى ابن سمرة: « أَنَّ امْرَأَةً نَشَرَتْ مِنْ زَوْجِهَا فِي إِمَارَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَأَمَرَ بِهَا إِلَى بَيْتِ كَثِيرِ الزَّيْلِ فَمَكَثَتْ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ أَخْرَجَهَا فَقَالَ لَهَا: "كَيْفَ رَأَيْتِ" قَالَتْ: مَا وَجَدْتُ الرَّاحَةَ إِلَّا فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "أَخْلَعُهَا وَلَوْ مِنْ قُرْطُهَا". »⁽³⁾، وما رواه عبد الله بن محمد بن عقيل بن علي بن أبي طالب أن الربيع ابنة معوذ بن عفراء أخبرته قالت: « كَانَ لِي زَوْجٌ يُقَالُ الْخَيْرُ عَلِيٌّ إِذَا حَضَرَ، وَيَجْرُمُنِي إِذَا غَابَ قَالَتْ: فَكَانَتْ مِنِّي زَلَّةٌ يَوْمًا، فَقُلْتُ لَهُ: أَخْلَعُ مِنْكَ بِكُلِّ شَيْءٍ أَمْلِكُهُ، فَقَالَ: نَعَمْ، قُلْتُ: فَفَعَلْتُ، فَخَاصَمَ عَمِّي مُعَاذُ بْنُ عَفْرَاءَ إِلَى عُثْمَانَ فَأَجَازَ الْخُلْعَ قَالَتْ: وَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ عِقَاصَ رَأْسِي فَمَا دُونَهُ، أَوْ قَالَتْ: دُونَ عِقَاصِ

(1) حيث قال بعضهم بأنها جميلة بنت سلول، وقال البعض الآخر بأنها جميلة بنت أبي ابن سلول، وقيل أيضاً أنها جميلة بنت عبد الله بن أبي ابن سلول، وقيل أنها زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول، وقيل أخت عبد الله بن أبي، وروي أنها حبيبة بنت سهل الأنصاري، كما روي أنها أخت أبي سعيد الخدري.

(2) «قَالَ بَنُ عَبْدِ الْبَرِّ اخْتُلِفَ فِي امْرَأَةٍ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ فَذَكَرَ الْبَصْرِيُّونَ أَنَّهَا جَمِيلَةُ بِنْتُ أَبِيٍّ وَذَكَرَ الْمَدَنِيُّونَ أَنَّهَا حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ قُلْتُ وَالَّذِي يَظْهَرُ أَنَّهُمَا قِصَّتَانِ وَقَعْنَا لِامْرَأَتَيْنِ لِشُهْرَةِ الْخَبَرَيْنِ وَصَحَّةِ الطَّرِيقَيْنِ وَاخْتِلَافِ السِّيَاقَيْنِ بِخِلَافِ مَا وَقَعَ مِنَ الْإِخْتِلَافِ فِي تَسْمِيَةِ جَمِيلَةٍ وَنَسَبِهَا فَإِنَّ سِيَاقَ قِصَّتَيْهَا مُتَقَارِبٌ فَأَمْكَنَ رَدُّ الْإِخْتِلَافِ فِيهِ إِلَى الْوِفَاقِ.» ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج9، ص399. «وَاخْتُلِفَ فِي سَلُولٍ هَلْ هِيَ أُمُّ أَبِيٍّ أَوْ امْرَأَتُهُ؟ وَجُمِعَ بِالْحَمْلِ عَلَى التَّعَدُّدِ، وَأَنَّهُمَا قِصَّتَانِ لِشُهْرَةِ الْخَبَرَيْنِ وَصَحَّةِ الطَّرِيقَتَيْنِ وَاخْتِلَافِ السِّيَاقَيْنِ (...) فَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ كَانَ عِنْدَهُ زَيْنَبُ وَأَخْتُهَا أَوْ عَمَّتُهَا جَمِيلَةُ وَاحِدَةٌ بَعْدَ أُخْرَى...» محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2003م، ج3، ص280.

(3) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11851، ج6، ص504. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18525، ج4، ص125. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 14852، ج7، ص515.

الرَّأْسِ»⁽¹⁾، وروي ذلك عن جوير عن الضحاك قال: «جاءت امرأة إلى علي بن أبي طالب، فقالت: فرّق بيني وبين زوجي، فقال: ما أمليك ذاك، أعطاك ماله، واستحلّكِ كتاب الله، فقالت: والله لتفرّقن بيني وبينه، وإلا قتلته، قال: الله، قالت: الله، قال: الله، قالت: الله، قال: لزوجها: اخلعها بما دون عِقَاصِ رأسها، فلا خير لك فيها. قال جوير: فقلت للضحّاك: أياخذ منها أكثر ممّا أعطاهَا؟ قال: نعم، وإن أعطته مائة ألف، إنّما هي امرأة اشتريت نفسها شري»⁽²⁾، كما روي عن نافع: «أن ابن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من كلّ شيء لها، وكلّ ثوب عليها حتّى نفسها، فلم يُنكر ذلك عبد الله»⁽³⁾.

فهذا قضاء صحابة رسول الله ﷺ بعده في الخلع، لم يخالفهم فيه بقية الصحابة رضي الله عنهم، فدل على إجماعهم في شأن ثبوت حكمه، وهو المعنى الذي نُقل عن فقهاء المذاهب المختلفة⁽⁴⁾، رغم تباين أرائهم

(1) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11851، ج6، ص504. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18525، ج4، ص125. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم 14856، ج7، ص515. علي بن الجعد بن عبيد الجوهري البغدادي (المتوفى: 230هـ)، مسند ابن الجعد، تحقيق: عامر أحمد حيدر، مؤسسة نادر- بيروت، الطبعة الأولى، 1410هـ- 1990م، الأثر رقم: 2414، ص350. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، باب الخلع، ج7، ص46.

(2) سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 1433، ج1، ص380.

(3) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11853، ج6، ص505.

(4) «وأجمع العلماء على مشروعية الخلع إلا بكر بن عبد الله المزنيّ التابعي المشهور». محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفى بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج20، ص260. «...وفيه مشروعية الخلع وقد أجمع عليه العلماء خلافاً لبكر بن عبد الله المزنيّ التابعي». أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين (المتوفى: 923هـ)، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الكبرى الأميرية- مصر، الطبعة السابعة، 1323هـ، ج8، ص148. «وهذا الحديث أصل في الخلع، وعليه جهور الفقهاء. قال مالك: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم، وهو الأثر المختصّ عليه عندنا». شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص139. «وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة، لم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً، فيكون إجماعاً». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص324. «ويُسمى أيضاً فديةً وافتداءً وأجمع العلماء على مشروعية إلا بكر بن عبد الله المزنيّ التابعي المشهور». ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج9، ص395.

بشأن حالاته وأحكامه وآثاره، ولم يشذ عن ذلك سوى بكر بن عبد الله المزني الذي سنتعرض لráيه بالبسط في الفقرة اللاحقة.

لكن هل يصح القول بثبوت الإجماع مع شهرة هذا الخلاف؟

يعرف الإجماع في اصطلاح الأصوليين على أنه: اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي⁽¹⁾، ومنه يتضح، أن اتفاق جميع المجتهدين على اختلاف بلادهم وأجناسهم - دون أن يشذ عنهم أحداً - من بين الشروط التي ينبغي عليها الإجماع، فإذا خالف البعض حال ذلك دون تحقيقه، حتى وإن كان المخالف واحداً، ولقد أقر القائلون بتوافر الإجماع على جواز الخلع شرعاً، بما يناقض رأيهم هذا، حال اعترافهم بوجود من خرج عنه، فصارت المسألة محل تجاذب رأيين، بصرف النظر عن صحة الرأي المخالف من عدمها، وبالتالي لا مجال للقول بقيام هذا الدليل والاحتكام إليه في مسألة الحال بالتبعية.

(ج) **الدليل من المعقول:** استدلل جمهور الفقهاء من المعقول، بجواز تصرف المرأة في مهرها هبةً لفائدة زوجها دون مقابل، وهو الحكم الذي أقره المولى ﷺ في قوله: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَتِهِنَّ خِلَّةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾⁽²⁾، فجاز لها من باب أولى أن تهب مهرها لتملك به أمر نفسها، هذا من جهة، كما قاسوا من جهة أخرى، النكاح على الشراء والخلع على البيع، فيلزم من ذلك أنه، لما جاز للزوج أن يملك البضع بعوض، أمكنه في المقابل أن يزيل هذا الملك بعوضٍ تماماً كما هو الشأن بالنسبة للشراء والبيع⁽³⁾.

(1) «والإجماع هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد - صلى الله عليه وسلم - على حكم شرعي.» أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، الضروري في أصول الفقه أو مختصر المستصفي، تقديم وتحقيق: جمال الدين العلوي، تصدير: محمد علال سينا، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1994م، ص 90. عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: 772هـ)، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، المحقق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، 1400هـ، ص 451.

(2) سورة النساء، الآية رقم 4.

(3) «وَلَأَنَّهُ لَمَّا جَازَ أَنَّ يَمْلِكَ الزَّوْجُ الْبُضْعَ بِعَوْضٍ، جَازَ أَنْ يُزِيلَ مِلْكُهُ عَنْهُ بِعَوْضٍ كَالشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ، فَيَكُونُ عَقْدُ النِّكَاحِ كَالشَّرَاءِ وَالْخُلْعِ كَالْبَيْعِ.» أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد

ثانياً: المانعون للخلع وأدلتهم

لقد خالف التابعي بكر بن عبد الله المزني⁽¹⁾ إجماع الفقهاء، وذهب إلى عدم جواز الخلع مطلقاً، واستدل على ذلك بأدلة من الكتاب (أ) والسنة (ب)، نوردتها فيما يلي:

(أ) **الدليل من القرآن الكريم:** استدل صاحب هذا الرأي على أن الافتداء الوارد في قوله ﷻ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽²⁾ منسوخ بقوله ﷻ: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾⁽³⁾، حيث نسخت هذه الآية، حكم الخلع الوارد في الآية الأولى، فدل ذلك على أن افتداء المرأة نفسها بمال كان جائزاً أول الأمر ثم نُسخ، وبقي على نسخه، فلا يصح القول بجوازه⁽⁴⁾.

الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ - 1999 م، ج 10، ص 5. «وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّهُ لَمَّا جَازَ أَنْ يَمْلِكَ الزَّوْجُ الْإِنْتِفَاعَ بِالْبُضْعِ بِعَوَضٍ جَازَ أَنْ يُزِيلَ ذَلِكَ الْمَلِكُ بِعَوَضٍ كَالشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ فَالْتَّكَاحُ كَالشِّرَاءِ وَالْخُلْعُ كَالْبَيْعِ.» زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926 هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 3، ص 241.

(1) «بكر بن عبد الله بن عمرو بن هلال المزني البصري من مضر كُنِيَّتُهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (...) ويروي عن بن عمر وأنس وكان عابداً فاضلاً مات سنة ست ومائة وقد قيل سنة ثمان ومائة.» محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البستي (المتوفى: 354 هـ)، الثقات، طبع بإعانة: وزارة المعارف للحكومة العالية الهندية، تحت مراقبة: الدكتور محمد عبد المعيد خان مدير دائرة المعارف العثمانية، دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن الهند، الطبعة الأولى، 1393 هـ - 1973 م، ج 4، ص 74.

(2) سورة البقرة، الآية رقم 229.

(3) سورة النساء، الآية رقم 20.

(4) «وَقَالَ عُقْبَةُ بْنُ أَبِي الصَّهْبَاءِ: سَأَلْتُ بَكْرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ الْمُزَنِيَّ عَنِ الرَّجُلِ تُرِيدُ امْرَأَتَهُ أَنْ تُخْلِعَهُ فَقَالَ: لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا. قُلْتُ: فَأَيَّنَ قَوْلَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فِي كِتَابِهِ: ﴿فَإِنْ حَفِظْتُمُ أَلاَ يُقِيمَا خُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾؟ قَالَ: نُسَخَتْ. قُلْتُ: فَأَيَّنَ جُعِلَتْ؟ قَالَ: فِي سُورَةِ "النِّسَاءِ": ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج 3، ص 139 و 140. محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310 هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن المعروف بتفسير الطبري، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن بمامة، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، 1422 هـ - 2001 م، ج 6، ص 547. «وَشَدَّ أَبُو بَكْرٍ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُزَنِيُّ عَنِ الْجُمْهُورِ، فَقَالَ: لَا يَحِلُّ لِلزَّوْجِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ زَوْجَتِهِ شَيْئًا، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ مَنسوخ بقوله تَعَالَى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾، وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ

وهو قول مردود لعدة اعتبارات منها أن النسخ يقتضي عقلاً أن تكون الآية الناسخة متأخرة في نزولها عن الآية المنسوخة، ولم يثبت شيء من ذلك⁽¹⁾، كما يستوجب من جهة أخرى، تدافع الآيتين وتعذر الجمع بينهما، الأمر المنتفي قطعاً في مسألة الحال، لأن كل واحدة من الآيتين السالفتين، مقصورة الحكم على الحالة التي تنطوي عليها، فالآية الأولى تفيد إباحة الخلع إذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله، يستوي في ذلك أن تكون هذه الخشية من جانب المرأة أو من جهة الرجل دون أن ينصرف قصد هذا الأخير - إذا كان النشوز من جانبه - للإضرار بها والتضييق عليها بغية تحصيل الافتداء، أما الآية الثانية فواضحة الدلالة في حظر الخلع حال نشوز الزوج ورغبته في استبدال من هي في عصمته بزوجة أخرى، فيحيف عليها قصد حملها على الفكك بافتداء نفسها، فإذا حدث وأن بذلت له في سبيل ذلك شيئاً مما لم تطب به نفسها، كان بهتاناً وإثماً مبيناً، وأما ما طابت به نفسها من البذل فهو مباح، ولا جناح على الزوج في طلبه بدليل قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾⁽²⁾، وبه يتبين انتفاء التعارض المزعوم، وأن كل آية من الآيتين السابقتين محكمة، إذ ليس في إحداها ما يوجب نسخ الأخرى⁽³⁾.

مَعْنَى ذَلِكَ بِغَيْرِ رِضَاهَا، وَأَمَّا بِرِضَاهَا فَجَائِزٌ. فَسَبَبُ الْخِلَافِ: حَمْلُ هَذَا اللَّفْظِ عَلَى عُمُومِهِ أَوْ عَلَى خُصُوصِهِ. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج3، ص89.

(1) «قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ: وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُ، إِلَّا بَكْرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْمُزَنِيِّ، فَإِنَّهُ لَمْ يُجِزْهُ، وَزَعَمَ أَنَّ آيَةَ الْخُلْعِ مَنْسُوخَةٌ (...) وَدَعَايَ النَّاسِخُ لَا تُسْمَعُ حَتَّى يَثْبُتَ تَعَدُّرُ الْجَمْعِ، وَأَنَّ الْآيَةَ النَّاسِخَةَ مُتَأَخِّرَةٌ، وَلَمْ يَثْبُتْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص324. «وَقَالَ الْمُزَنِيُّ الْخُلْعُ غَيْرُ جَائِزٍ وَزَعَمَ أَنَّ الْآيَةَ مَنْسُوخَةَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ﴾ قُلْنَا شَرَطُ النَّاسِخِ الْعِلْمُ بِتَأَخُّرِ النَّاسِخِ وَتَعَدُّرُ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يُوَحِّدْ، وَلَئِنْ التَّهْيُ مُقَيَّدٌ بِإِزَادَةِ الزَّوْجِ اسْتِبْدَالَ غَيْرِهَا مَكَانَهَا وَالْآيَةُ الْأُولَى مُطْلَقَةٌ فَلَا يَصِحُّ دَعَايَ نَسْخِهَا بِهَا مُطْلَقًا، وَلَئِنْ التَّهْيُ لَا يَغْدِمُ الْمَشْرُوعِيَّةَ فِي الْأَفْعَالِ الشَّرْعِيَّةِ فَلَا تُسَلِّمُ نَسْخَهَا.» عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تليه حاشية الشلبي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: 1021هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313هـ، ج2، ص268.

(2) سورة النساء، الآية رقم 4.

(3) «فَأَمَّا مَا قَالَهُ بَكْرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ مِنْ أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ فِي جَمِيعِ الْآيَةِ مَنْسُوخٌ (...) فَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي الْحُكْمَيْنِ أَنْ يُقَالَ أَحَدُهُمَا نَاسِخٌ إِذَا اتَّفَقَتْ مَعَانِي الْمَحْكُومِ فِيهِ، ثُمَّ خُولِفَ بَيْنَ الْأَحْكَامِ فِيهِ بِاخْتِلَافِ الْأَوْقَاتِ، وَالْأَزْمَنَةِ. وَأَمَّا اخْتِلَافُ الْأَحْكَامِ بِاخْتِلَافِ مَعَانِي الْمَحْكُومِ فِيهِ فِي خَالَ وَاحِدَةٍ وَوَقْتٍ وَاحِدٍ، فَذَلِكَ هُوَ الْحُكْمَةُ الْبَالِغَةُ، وَالْمَفْهُومُ فِي الْعَقْلِ، وَالْفِطْرَةِ، وَهُوَ مِنَ النَّاسِخِ، وَالْمَنْسُوخِ بِمَعْنَى.» محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، المرجع السابق، ج4، ص162 و163. «وقد حكي عن بكر بن عبد الله المزني أن

(ب) **الدليل من السنة النبوية الشريفة:** استدل صاحب هذا الرأي من السنة النبوية بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « أَيْمًا امْرَأَةً سَأَلْتُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ. »⁽¹⁾. وكذلك بما روي عنه ﷺ حين قال: « الْمُخْتَلَعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ. »⁽¹⁾.

هذه الآية منسوخة بقوله تعالى في سورة النساء وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِيمًا مُبِينًا. وهو قول خارج عن الإجماع ولا تنافي بين الآيتين». أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي (المتوفى: 1307هـ)، نيل المرام من تفسير آيات الأحكام، تحقيق: محمد حسن إسماعيل - أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، 2003م، ص 88. «وهذا خطأ، لأن هذه الآية منعت من أخذ ما لم تطب به نفساً ولم تمنع مما بذلته بطيب نفس واختياراً». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 4. «وَأَمَّا الْآيَتَانِ فَلَيْسَتْا بِمُتَعَارِضَتَيْنِ، إِنَّمَا فِي الْأَيِّ نَزَعَ بِمَا " بَكَرٌ " تَحْرِيمُ أَخْذِ شَيْءٍ مِنْ صَدَاقِهَا إِنَّمَا مُبِينًا وَبُهْتَانًا - وَهَذَا لَا شَكَّ فِيهِ - وَلَيْسَ فِيهِمَا نَهْيٌ عَنِ الْخُلْعِ أَصْلًا، وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ وَفِي الْآيَةِ الْأُخْرَى: حُكْمُ الْخُلْعِ بِطِيبِ النَّفْسِ مِنْهَا فَلَيْسَ إِنَّمَا وَلَا غَدَوَاتًا، وَمَا كَانَ هَكَذَا فَلَا يَحِلُّ أَنْ يُقَالَ: فِيهِ نَاسِخٌ أَوْ مَنْسُوخٌ إِلَّا بِنَصٍّ، بَلْ الْفَرْضُ الْأَخْذُ بِكِلَا الْآيَتَيْنِ لَا تَرْكُ إِحْدَاهُمَا لِلْأُخْرَى - وَنَحْنُ قَادِرُونَ عَلَى الْعَمَلِ بِهِمَا - بِأَنْ نَسْتَشْنِي إِحْدَاهُمَا مِنَ الْأُخْرَى.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 513.

(1) روي هذا الحديث عن أبي قلابه مرفوعاً. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 11892 و 11893، ج 6، ص 514 و 515. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 19258، ج 4، ص 195. كما روي عن ثوبان. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 19259، ج 4، ص 195. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 22379 و 22440، ج 37، ص 62 و 112. عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 2316، ج 3، ص 1457. محمد بن ماجة، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2055، ج 1، ص 662. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2226، ج 2، ص 268. محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1187، ج 3، ص 485. عبد الله بن الجارود، المنتقى من السنن المسندة، المرجع السابق، الحديث رقم: 748، ص 187. أبو بكر الرُّوياني، مسند الروياني، المرجع السابق، الحديث رقم: 631 و 638 و 659، ج 1، ص 411 و 418 و 431. محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان، المرجع السابق، الحديث رقم: 4184، ج 9، ص 490. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، المرجع السابق، الحديث رقم: 5469، ج 5، ص 333. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المرجع السابق، الحديث رقم: 2809، ج 2، ص 218. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14860، ج 7، ص 517. أبو محمد الحسين بن الفراء، شرح السنة، المرجع السابق، ج 9، ص 195. أبو الحسن نور الدين الهيثمي، موارد الظمان، المرجع السابق، ص 321. «قال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث حسن» مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: 606هـ)، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرئوط - التتمة تحقيق بشير عيون، مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، من 1389هـ، 1969م إلى 1392هـ، 1972م، ج 3، ص 332.

ووجه الدلالة من هذين الحديثين أن رسول الله ﷺ حرّم الجنة على المرأة التي تسعى في طلب الطلاق من غير بأس، واعتبر المختلعة منافقة، وهي إشارة بالغة الدلالة على عدم مشروعية الخلع، لأن الإقرار بجوازه يفيد أنه حق لها، ومتى كان كذلك، لم ينعتها النبي ﷺ بما يخلع عليها صفة النفاق. وهذا الاستدلال بدوره مرجوحا، لأن الوعيد والترهيب المقرر في الحديث الأول، مقيد بانتفاء السبب الذي يحمل المرأة على طلب الفرقة⁽²⁾، ولا شك في أن الزوجة التي تستهدف الطلاق أو الاختلاع من زوجها دون مسوغ شرعي تكون جديرة بهذا الوعيد، أما إذا توخت رد بأس عن نفسها، كخشيتها من عدم إقامة حدود الله، فلا مجال للقول بهذا الحكم، إذ ليس ثمة بأس أعظم من تعدي حدود الله.

أما الحديث الثاني، فقد طعن العلماء في سنده، حيث عقب عليه الإمام الترمذي بكونه حديث غريب وليس إسناده بقوي⁽³⁾، وكذبه الحسن البصري، فسقط بقول الحسن فلا يحتج به⁽⁴⁾.

(1) روي هذا الحديث عن ثوبان وعن أبي هريرة أيضاً. محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1186، ج3، ص484. أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (المتوفى: 388هـ)، غريب الحديث، المحقق: عبد الكريم الغرابوي، وخرج أحاديثه: عبد القيوم عبد رب النبي، دار الفكر، بدون طبعة، 1402هـ-1982م، ج3، ص1052. أبو بكر البزاز، البحر الزخار، المرجع السابق، الحديث رقم: 4161، ج10، ص98، ورقم: 9560، ج17، ص44. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، شعب الإيمان، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، أشرف على تحقيقه وتخرجه أحاديثه: مختار أحمد الندوي، صاحب الدار السلفية ببومباي- الهند، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2003م، الحديث رقم: 5115، ج7، ص354.

(2) «الْأَخْبَارُ الْوَارِدَةُ فِي تَرْهِيْبِ الْمَرْأَةِ مِنْ طَلَبِ طَلَاْقِ زَوْجِهَا مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ يَسَبِّبُ يَفْتَضِي ذَلِكَ لِحَدِيثِ ثَوْبَانَ أَيْمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاْقَ فَحَرَّمَ عَلَيْهَا زَائِحَةُ الْجَنَّةِ زَوْاهُ أَصْحَابِ السَّنَنِ وَصَحْبُهُ بِنِ حُزْمَةٍ وَبِنِ جَبَانَ وَبَدُلُ عَلَى تَخْصِيصِهِ قَوْلُهُ فِي بَعْضِ طُرُقِهِ مِنْ غَيْرِ مَا بَأْسٍ.» ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج9، ص402 و403.

(3) «(المختلعاتُ هُنَّ المِنَافِقَاتُ) . رواه الترمذي (...). وقال: ليس إسناده بالقوي.» أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، جامع المسانيد والسُنن الهادي لأقوم سنن، المحقق: د عبد الملك بن عبد الله الدهيش، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت- لبنان، الطبعة الثانية، 1419هـ- 1998م، ج1، ص630.

(4) «أبو هريرة - رضي الله عنه - : أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم- قال: "الْمُتَزَوِّغَاتُ وَالْمُخْتَلِعَاتُ: هُنَّ الْمِنَافِقَاتُ"، قال الحسن: لم أسمع من غير أبي هريرة.» مجد الدين أبو السعادات بن الأثير، جامع الأصول، المرجع السابق، ج4، ص132.

في ضوء هذا العرض نرى بما لا يسع مجالاً للشك، أن مذهب عامة الفقهاء هو الراجع والأولى بالقبول لقوة أدلتهم، وسلامة حجتهم، وضعف أدلة المزني وعدم انتهاضها لإثبات مزاعمه.

الفرع الثاني

معيار مشروعية الخلع

بعد أن تبينا مشروعية الخلع وثبوته بصريح الكتاب والسنة وغيرهما من المصادر، يجوز لنا التساؤل عن حدود هذه المشروعية، وهل يحق للزوجة أن تخلع زوجها لأي سبب؟ (أولاً)، فإذا حدث وأن تم ذلك بناءً على أسباب سائغة أو غير سائغة على تنوعها، فما هو الحكم التكليفي الذي يعتريه؟ (ثانياً).

أولاً: حدود مشروعية الخلع

قبل الحديث عن موقف الفقه بشأن مسألة الحال (ب) يتعين الرجوع ابتداءً إلى النصوص السابقة لاستخلاص الأسباب التي يقوم عليها الخلع كما شرعه الإسلام (أ).

(أ) أسباب الخلع من الكتاب والسنة: لقد انطوت هذه الأدلة بلا ريب على الأسباب الموجبة للخلع، غير أن مبهم لفظ القرآن (١) وتعدد صور الرواية في السنة (٢) أفضى إلى عدم الجزم بتعيينها على نحو حدي، وهو ما سنتعرض له في هذين الدليلين تبعاً.

(١) السبب الوارد في القرآن: لقد سبق وأن قلنا في معرض حديثنا عن دليل الخلع من القرآن، أن المولى ﷺ جعل نفي الجناح الذي يفيد الحل والجواز، مشروطاً بالخوف من عدم إقامة حدوده، مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(١)، فالسبب الشرعي الذي ينبغي أن ينبني عليه الافتداء إذن، هو الخشية من عدم إقامة حدود الله، وهذه صيغةً مجملةً حملت المفسرين على الاختلاف في تأويلها، بين موسع ومضيق، حيث جنح أهل التأويل من الاتجاه الثاني إلى اعتبار الخوف من عدم إقامة حدود الله، ما تجاهر به الزوجة من استخفاف بزوجه، وما تبديه من سوء الخلق، وما

(١) سورة البقرة، الآية 229.

تصر عليه من معاشرة بغير معروف⁽¹⁾، وفسرها بعضهم بكل عصيان يصدر من جانبها، كأن لا تطيع له أمراً ولا تبر له قسماً ولا تغتسل له من جنابة ولا تطأ له مضجعا⁽²⁾، وقيل غاية ما في الأمر أن تكاشفه ببغضها له وفركها إياه⁽³⁾، في حين أولها البعض بانتهاك الزوجين جميعاً، للحدود التي شرعها الله لصالح الزوجية، من حسن العشرة والطاعة في المعروف وقيام كل واحدٍ منهما بحق صاحبه من غير تفريط، حتى إذا حدث المخطور، وظهرت بوادر الشقاق والخلاف، واستحكمت أسباب النفرة والكراهية جاز للمرأة أن تفتدي، وجاز للرجل أن يأخذ⁽⁴⁾، بل وقصرها بعضهم على عدم طاعة الله⁽⁵⁾، وأضيق من ذلك زعم البعض الآخر أن تأتي المرأة بفاحشة مبينة، بأن يجد الزوج على بطنها رجلاً غيره⁽⁶⁾.

(1) «وَتَرَكُ إِقَامَةَ حُدُودِ اللَّهِ: هُوَ اسْتِخْفَافُ الْمَرْأَةِ بِحَقِّ زَوْجِهَا، وَسَوْءُ طَاعَتِهَا إِيَّاهُ» أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف النعالي (المتوفى: 875هـ)، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، المحقق: الشيخ محمد علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ، ج1، ص459.

(2) «وَقَالَ آخِرُونَ: بَلِ الْخَوْفُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ لَا تَبَرَّ لَهُ قَسْماً وَلَا تُطِيعَ لَهُ أَمراً، وَتَقُولُ: لَا أَعْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ وَلَا أُطِيعُ لَكَ أَمراً، فَحِينَئِذٍ يَحِلُّ لَهُ عِنْدَهُمْ أَخْذُ مَا آتَاهَا عَلَى فِرَاقِهِ إِيَّاهَا» محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، المرجع السابق، ج4، ص135. «إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» (...) وَقَالَ الْحَسَنُ: هُوَ أَنْ تَقُولَ الْمَرْأَةُ: وَاللَّهِ لَا أَعْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ. «أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحصاص، الحنفي (المتوفى: 370هـ)، أحكام القرآن، المحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م، ج1، ص473.

(3) «وَقَالَ آخِرُونَ: بَلِ الْخَوْفُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَدِيَّ لَهُ بِلِسَانِهَا قَوْلًا أَنَّهَا لَهُ كَارِهَةٌ» محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، المرجع السابق، ج4، ص135.

(4) «والمراد عدم إقامة حدود الله التي شرعها للزوجين، من حسن المعاشرة والطاعة والقيام بحق كل من الزوجين نحو الآخر، فإن ظهرت بوادر الشقاق والخلاف، واستحكمت أسباب الكراهية والنفرة جاز للمرأة أن تفتدي، وجاز للرجل أن يأخذ المال» محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة الغزالي - دمشق، مؤسسة مناهل العرفان - بيروت، الطبعة الثالثة، 1400هـ - 1980م، ج1، ص338.

(5) «وَقَالَ الشَّعْبِيُّ: "أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ" أَلَّا يُطِيعَا اللَّهَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْمُعَاضَبَةَ تَدْعُو إِلَى تَرْكِ الطَّاعَةِ. «شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص139.

(6) «وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ وَأَبُو قَلَابَةَ: لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا فِدْيَةً إِلَّا أَنْ يَجِدَ عَلَى بَطْنِهَا رَجُلًا» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج5، ص95. «وَقَوْلُهُ هَاهُنَا: إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ هُوَ كَقَوْلِهِ هُنَاكَ: إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ فَتَبْتَ أَنَّ الْإِثْمَانَ بِالْفَاحِشَةِ الْمُبَيَّنَةِ قَدْ يَكُونُ بِالْبَدَاءِ وَسَوْءِ الْخُلُقِ» أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، مفاتيح الغيب المعروف بالتفسير الكبير أو تفسير الرازي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثالثة - 1420هـ، ج6، ص444.

والواقع أن ما ذكر في الآية الكريمة هو مجرد شعور الخوف من عدم إقامة حدود الله، لا فعل عدم إقامتها حقاً، وهو شعور يمكن حمله على الخوف المعهود المتمثل في الإشفاق مما يكره وقوعه، كما يمكن حمله على الظن، باعتبار الخوف حالة نفسية مخصوصة يعزى سبب حصولها في المقام الأول لما يساور النفس من ظنون بوقوع مكروه، وإشرافها على خطب من الخطوب، ومن ثمة لا جرم في نعت هذا الخوف بالظن، لأن إطلاق اسم المعلول على العلة مجاز مشهور.

والحاصل أن ما ورد في الآية محل التأويل، هو الخوف من عدم إقامة حدود الله، وأن ما سقناه من أقوال المفسرين انصب على أفعال تجاوزت بكثير حد الخشية وحديث النفس، فصارت بهذا التوصيف تفريطاً بيناً وضرراً واقعاً - وإن اختلفت مراتبه - يدركه المخاطبون بنص الآية عن طريق الحس والمشاهدة، فلم يبق معه حتماً للخوف موضعاً، إذ لا مجال للقول بهذا الأخير وقد وجد المخوف، لأن الخوف من وقوع أمر ما، شعور ينتاب الذات قبل حدوث هذا الأمر، أما بعد حدوثه فلا وجه للوجل منه وقد صار واقعاً⁽¹⁾.

في المقابل، ذهب الموسعون في تعريف حدود الله - التي يكون الخوف من تعديها سبباً مشروعاً لطلب الخلع - إلى القول بأنها كل حال يخشى معها على الزوجين، فإذا نشزت المرأة وكرهت زوجها، خيف عليها ترك طاعة الله فيما أوجب عليها من حقوق اتجاهه، وخيف عليه إهمال ما هو ملزم به شرعاً نحوها، حال تقصيرها في ما هي مكلفة به نحوه⁽²⁾، وفي الأخذ بهذا الرأي توسعة من نطاق السبب الموجب للخلع، إذ تنضوي تحته مجرد حالة الخوف من التقصير في أداء الواجب، فيكون شاملاً من باب أولى للتقصير في حد ذاته، وهو الرأي الأولي بالإتباع.

هذا عن الشطر الأول من الدعوى، أما شطرها الثاني فمتعلق بالطرف الذي ينبغي أن يقع في نفسه الخوف من عدم إقامة حقوق الله، فيكون خوفه بالتبعية سبباً موجباً لطلب الخلع، وعلى الرغم من رده إليهما جميعاً، أو كل من جهته، حسبما يستفاد من ظاهر الآية، إلا أنه صُرف في أكثر الأقوال التي

(1) «فَأَمَّا إِذَا كَانَ التَّفْرِيطُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي وَاجِبٍ حَقٍّ صَاحِبِهِ قَدْ وَجَدَ وَسُوءَ الصُّحْبَةِ، وَالْعِشْرَةَ قَدْ ظَهَرَ لِلْمُسْلِمِينَ، فَكَيْسَ هُنَاكَ لِلْخَوْفِ مَوْضِعٌ، إِذْ كَانَ الْمَخُوفُ قَدْ وَجَدَ، وَإِنَّمَا يُخَافُ وَقُوعُ الشَّيْءِ قَبْلَ حُدُوثِهِ، فَأَمَّا بَعْدَ حُدُوثِهِ فَلَا وَجْهَ لِلْخَوْفِ مِنْهُ، وَلَا الزِّيَادَةِ فِي مَكْرُوهِهِ» محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، المرجع السابق، ج 4، ص 135.

(2) «فَإِنْ حِفْظُكُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ مَا أَوْجَبَ اللَّهُ عَلَيْهِمَا مِنَ الْفَرَائِضِ فِيمَا أَلَزَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْحَقِّ لِصَاحِبِهِ مِنَ الْعِشْرَةِ بِالْمَعْرُوفِ، وَالصُّحْبَةِ بِالْجَمِيلِ» محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، المرجع السابق، ج 4، ص 135.

سقنا تلقاء المرأة، ومع ذلك رجح المفسرون فرض حصول خوف التفريط من الزوجين معاً، لأن الله عَزَّ وَجَلَّ أباح للزوج أخذ الفدية من زوجته، عند خوف المسلمين عليهما ألا يقيما حدود الله.

لكن، هل يعني ذلك - بمفهوم المخالفة - ألا حق له في طلب الافتداء إذا نشزت دونه، حتى يُبَيِّت لها من الكراهية مثل الذي تكن له؟ في الواقع، أن مجرد نشوز الزوجة - حسب رأيهم - مدعاة لتقصير الزوج فيما عليه من التزامات اتجاهها، وسعيه لمجازاتها بسوء فعلها نحوه، وهو المعنى الذي يستدعي خوف المسلمين عليهما من عدم إقامة حدود الله⁽¹⁾.

ولعل المعنى الذي نميل إليه، أن الشارع الحكيم سوغ البذل والأخذ، بالخوف من عدم إقامة الزوجين لحدوده - التي أفضنا في بسط مضمونها - وهي حال تتحقق بسببين، أولهما أن تكون المرأة ناشراً أو أن تضمّر من البغض ما لا يمكنها معه، أن توفي زوجها حقوقه التي له عليها، وهذا مدار نظام الخلع، وثانيهما أن يعتري المرأة عيب مستحكم يحول دون قيامها بحقوق الزوجية، فأخذه للمال في هذا الفرض يكون سائغاً، حتى وإن لم يقابله نشوزاً أو عصياناً من جانبها، لذلك أجاز المالكية والحنابلة أن يلتمس الزوج التفريق من القاضي نظير ما أعطى أو بعضه، مع أن الفرقة في هذه الحالة لا تمت إلى الخلع بصلة.

(2) «ومعنى الآية: أن المرأة إذا خافت أن تعصي الله في أمر زوجها بغضا له، وخاف الزوج إذا لم تطعه امرأته أن يعتدي عليها، حل له أن يأخذ الفدية منها إذا دعت إلى ذلك.» أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي (المتوفى: 468هـ)، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، تحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، الدكتور أحمد محمد صيرة، الدكتور أحمد عبد الغني الجمل، الدكتور عبد الرحمن عويس، قدمه وقرظه: الأستاذ الدكتور عبد الحي الفرماوي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م، ج1، ص336. «وَفِي ذَلِكَ تَأْوِيلَاتٌ كُلُّهَا أَبَاطِيلٌ، وَإِنَّمَا الْمُرَادُ بِهِ أَنَّ يَظُنُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَفْسِهِ أَلَّا يُقِيمَ حَقَّ النِّكَاحِ لِصَاحِبِهِ حَسَبَمَا يَجِبُ عَلَيْهِ فِيهِ لِكِرَاهِيَةِ يَغْتَفِدُهَا، فَلَا حَرَجَ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنْ تَتَّقِدِي وَلَا عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَأْخُذَ» القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ - 2003م، ج1، ص263. «وخاف الزوجان تجاوز حدود الله - أي أحكامه - التي شرعها للزوجين من حسن العشرة وأداء الحقوق المطلوبة في ظل ولاية الرجل، بأن خافت المرأة الوقوع في المعصية مثل جحد نعمة العشرة أو الخيانة، أو خاف الرجل تجاوز الحدود في مؤاخذه الناشز» وهبة بن مصطفى الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر - دمشق، الطبعة الثانية، 1418هـ، ج2، ص335.

وعليه فإن أخذ المال من قبل الزوج يبرره، إما حصول سبب الفراق من جانبها وبفعلها، أو توافر علة عدم تحقق مقاصد الزوجية من جهتها وإن لم تكن نتاج إرادتها، يبدأ أن الآية الكريمة وردت مطلقة غير مُقيّدة لجواز الأخذ، بكون النشوز من جانبها أو جانبه، فقوله ﷺ فيما استثنى ﴿إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽¹⁾، شامل لكليهما، يستوي فيه أن يكون النشوز من جهتها أو جهته، أو منهما جميعاً.

قد يظهر بادي الرأي أن ما انطوت عليه الآية صيغة عموم، على نحو ما استقر عليه رأي بعض المفسرين، لكن المتأمل في عبارات الجملة الكريمة يستنبط من إشاراتها، أن جواز الأخذ مقصور على الحال التي يكون فيها النشوز من قبلها، أو يرتد سببه إليها، أو أن يتصل على الأقل جانبه الأكبر بها، فقد عبر المولى ﷺ عن حال جواز الأخذ بأن يخافا ألا يقيما حدود الله، بأن تكون الخشية منهما معاً لا من الزوجة وحدها، وهي حال تتحقق عندما يكون السبب من جانبها، لأن الشارع الحكيم إنما توخى الخوف الذي يؤول عن سبب لا ظلم فيه، ولا يثبت ذلك في الغالب الأعم إلا إذا كان السبب من جهة المرأة، أما إذا كان السبب من جانب الرجل فهو ظلم وجور بلا ريب لأنه يملك حق الطلاق، فلا يصح معه القول قطعاً، بأنه إذا خاف أن يظلم يجوز له أخذ المال، لأن طلب المال ظلم في حد ذاته إذا كان البغض من جانبه، يسري عليه نهي ﷺ: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾⁽²⁾ وخوف الجور لا يبرر جوراً آخر، لاسيما إذا كان ثمة مندوحة عنه، فيكون داخلاً في قوله ﷺ: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾⁽³⁾، أضف إلى ذلك أن النسق القرآني قد جعل للرجل حالين، واحدة لا يحل له فيها الأخذ وهي الطلاق، وأخرى يسوغ له فيها ذلك وهي الخلع، وكلاهما لا يجوز إلا إذا تعذر قيام الحياة الزوجية على أسس من الاستقامة والصلاح، فقد جُعل الطلاق إذا كانت النفرة من جانبه، فاقتضى السياق أن يكون الافتداء إذا كانت النفرة من قبلها، فهذه حال وتلك حال، لذا قال النحويون

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) سورة النساء، الآية 19.

(3) سورة البقرة، الآية 231.

من أهل البصرة: أن الاستثناء في قوله **خَلَعَ**: ﴿إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽¹⁾، استثناء منقطع بمعنى "لكن"، لأن ما بعد "إلا" غير داخل في عموم ما قبلها، بل هو حالة مغايرة لها. وأخيراً فإن بذل المال من قبلها بغية فكأنك نفسها كما هو مقرر في الشرع، دليل على أن الخوف من عدم القيام بحدود الله إنما يكون من جهتها، أو على الأقل هو من جانبها أظهر⁽²⁾.

(٢) السبب الوارد في السنة: من بين الأسباب الواردة في السنة النبوية الشريفة، ما روي عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن، وعن عكرمة عن ابن عباس، وعن سعيد بن المسيب عن عمر، أن المختلعة لما سألتها النبي ﷺ عن شأنها قالت: «لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ لِرُؤُوسِهَا، فَلَمَّا جَاءَ رُؤُوسُهَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: هَذِهِ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ قَدْ ذَكَرْتُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذْكُرَ.»⁽³⁾، فهذه واقعة يتعذر الوقوف فيها على السبب الذي استندت إليه المرأة في طلب الخلع

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة (المتوفى: 1394هـ)، زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2، ص777 وما بعدها.

(3) مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، الحديث رقم: 31، ج2، ص564. سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1430 و1431، ج1، ص378 و379. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 27444، ج45، ص432. عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 2317، ج3، ص1458. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2227، ج2، ص268. أبو بكر بن أبي عاصم، الأحاد والمثاني، المرجع السابق، الحديث رقم: 3338، ج6، ص118. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5627، ج5، ص227. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 3462، ج6، ص169. عبد الله بن الجارود، المنتقى من السنن المسندة، المرجع السابق، الحديث رقم: 749، ص187. محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان، المرجع السابق، الحديث رقم: 4280، ج10، ص110. أبو الحسن نور الدين الهيثمي، موارد الظمآن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1326، ص322. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 1183، ج8، ص267 و14574، ج11، ص7. محمد بن إدريس الشافعي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 1232، ج3، ص90 و91. القاضي أبو إسحاق إسماعيل الجهضمي، مسند حديث مالك، المرجع السابق، الحديث رقم: 85، ص51. أبو بكر عبد الله النيسابوري، الزيادات، المرجع السابق، الحديث رقم: 565، ص549. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14836، ج7، ص511. أبو القاسم عبد الرحمن الجوهرى، مسند الموطأ، المرجع السابق، الحديث رقم: 794، ص590. أبو نعيم الأصبهاني، معرفة الصحابة، المرجع السابق، الحديث رقم: 7552، ج6، ص3286. أبو بكر البزاز، البحر الزخار، المرجع السابق، الحديث رقم: 298، ج1، ص442.

على نحو قطعي، حيث أول بعض الشراح قولها: « لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ لِرُزُوحِهَا. » بامتناعها منه ونشوزها عليه⁽¹⁾، وفسره آخرون باستحالة اجتماعهما معاً لما بينهما من التنافر⁽²⁾، وقيل بكونه كناية عن عدم رغبتها فيه وإرادتها له⁽³⁾، وأياً كان التأويل، فإن ما ذُكرت يَنبُتُ عن حالِ آلت إليها الزوجية، أكثر من كونه سبباً أفضى إلى هذه الحال، ويدعم هذا العموم قوله ﷺ إعلاماً لزوجها: « هَذِهِ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ قَدْ ذَكَرْتُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذْكُرَ. »، فظاهر هذا القول يقتضي أن النبي ﷺ أوجز في ما جاءت من أجله، ولم يفصح عن تفاصيل قولها دفعاً لنفرته⁽⁴⁾، كما يحتمل أن تكون قد اشتكت إليه ضرراً لحقها فعلاً، فأحجم النبي عن تفصيله بادئ الأمر، لاحتمال صدوره من زوجها فعلاً، فأغنى إقرار الزوج له - بسكوته - عن تفسير النبي ﷺ له، كما يحتمل أيضاً أن الزوجة لم تشتك ضرراً بعينه، كل ما في الأمر،

(1) «وَقَوْلُهَا: لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ ظَاهِرُهُ الْإِمْتِنَاعُ مِنْهُ وَحُكْمُهُ حُكْمُ الثُّنُوزِ» أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: 474هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى، 1332هـ، ج4، ص61.

(2) «لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ يَجْمَعَانِ بَيْتَ وَاحِدٍ، يَعْنِي لَا يَكُونُ اجْتِمَاعُ بَيْنِي وَبَيْنَهُ أَبَدًا لَمَّا بَيْنَنَا مِنَ التَّنَافَرِ» حمزة محمد قاسم، منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، راجعه: الشيخ عبد القادر الأرناؤوط، عني بتصحيحه ونشره: بشير محمد عيون، مكتبة دار البيان، دمشق - الجمهورية العربية السورية، مكتبة المؤيد، الطائف - المملكة العربية السعودية، 1410هـ - 1990م، ج5، ص131. «لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا الثَّانِيَّةُ مَزِيدَةٌ وَالْخَبَرُ مَحْذُوفٌ بَعْدَهُمَا أَيْ مَجْتَمَعَانِ أَيْ لَا يُمْكِنُ لَنَا اجْتِمَاعٌ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا غَيْرُ زَائِدَةٍ وَإِنْ خَبِرَ كُلٌّ مَحْذُوفٌ أَيْ لَا أَنَا مَجْتَمِعَةٌ مَعَ ثَابِتٍ وَلَا ثَابِتٌ مَجْتَمِعٌ مَعِي» محمد بن عبد الهادي التتوي، أبو الحسن، نور الدين السندي (المتوفى: 1138هـ)، حاشية السندي على سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م، ج6، ص169. «لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ» أي لَا يُمْكِنُ الْاجْتِمَاعُ بَيْنَنَا» محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (المتوفى: 1329هـ)، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية، 1415هـ، ج6، ص221.

(3) «أَي: لَا اجْتَمَعَ أَنَا مَعَهُ، وَلَا هُوَ مَعِي، وَهُوَ كَنَايَةٌ عَنْ عَدَمِ إِرَادَتِهَا لَهُ» علي بن سلطان محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: 1014هـ)، شرح مسند أبي حنيفة، المحقق: الشيخ خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1985م، ص577.

(4) «وَمَا ظَاهِرُ اللَّفْظِ يَقْتَضِي أَنَّهُ قَصَدَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الْإِخْبَارَ عَنْ مَعْنَى مَا أَتَتْ لَهُ وَلَمْ يُفَسِّرْ تَفَاصِيلَ قَوْلِهَا وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ هِيَ قَدْ تَشَكَّتْ إِلَيْهِ ضَرَرًا فَلَمْ يَحْتَجْ فِي أَوَّلِ الْأَمْرِ إِلَى أَنْ يُفَسِّرَ لَهُ ذَلِكَ الضَّرَرُ حَتَّى يُسْأَلَ عَنْهُ الزَّوْجُ وَيَكْفِي مِنَ الْإِعْلَامِ لِلزَّوْجِ أَنْ يُقَالَ لَهُ: اشْتَكْتَ ضَرَرًا، فَإِنْ أَنْكَرَهُ سُلِّتِ الْبَيِّنَةُ عَمَّا تَشَكَّتْ مِنْهُ، وَإِنْ سَأَلَ التَّفْصِيلَ لِيُنْكَرَ مِنْهُ أَكْثَرَ مِمَّا فَعَلَهُ أَوْ لِيُبَدِيَ عُذْرَهُ فِيمَا أَتَى بِهِ مِنْهُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ حَبِيبَةُ لَمْ تَشْكُ مِنْ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ ضَرَرًا وَلَكِنَّهَا كَرِهَتْ مُصَاحَبَتَهُ خَاصَّةً فَلِذَلِكَ لَمْ يَحْتَجْ أَنْ يَذْكُرَ لَهُ مَا تَشَكَّتْ مِنْهُ.» أبو الوليد سليمان الباجي، المنتقى شرح الموطأ، المرجع السابق، ج4، ص61.

أنها كرهت صحبته فلم يحتج النبي ﷺ إلى تذكيره بما ساقته له، باعتباره أكثر الناس درايةً بشعورها نحوه⁽¹⁾.

وفي رواية عكرمة عن ابن عباس ذكرت المختلعة سبباً آخر لا يقل عمومية عن الأول حين قالت: « مَا أَعْتَبَ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ. »⁽²⁾، أي أنها لا تطعن في خلق زوجها ولا في دينه، وهي مسوغات شرعية لطلب التفريق تقرر بانتفاءها، إلا أنها استدعت استطراداً، كراهية الكفر في الإسلام كسببٍ ترجو تحصيل الفكاك من زيجتها بمقتضاه، وقد فُسر هذا اللفظ بأكثر من معنى، حيث قال بعضهم بأنها تكره إن أقامت معه أن تقع فيما يقتضي الكفر⁽³⁾،

(1) «هَذِهِ حُبِّيَّةٌ بِنْتُ سَهْلٍ، فَذَكَرْتُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذْكُرَ فِي شُكْوَاهَا مِنْكَ، وَلَمْ يُفْصَحْ لَهُ بِهِ دَفْعًا لِنُفْرَتِهِ» محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، المرجع السابق، ج3، ص279.

(2) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 5273 و 5276، ج7، ص46 و 47. محمد بن ماجة، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2056، ج1، ص663. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5628، ج5، ص227. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 3463، ج6، ص169. عبد الله بن الجارود، المنتقى من السنن المسندة، المرجع السابق، الحديث رقم: 11969، ج11، ص347 و 24، ص211. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3628، ج4، ص376. أبو بكر البيهقي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 2632، ج3، ص105. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14838 و 14840 و 14842، ج7، ص511 و 512. أبو نعيم الأصبهاني، معرفة الصحابة، المرجع السابق، الحديث رقم: 7552، ج6، ص3286. المهلب بن أحمد الأسدي، المختصر النصيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 5273/1257، ج2، ص436. أبو محمد الحسين بن الفراء، شرح السنة، المرجع السابق، الحديث رقم: 2349، ج9، ص193 و 194. ضياء الدين أبو عبد الله المقدسي، الأحاديث المختارة، المرجع السابق، الحديث رقم: 241، ج11، ص244. أبو غبيد القاسم بن سلام الهروي، الناسخ والمنسوخ، المرجع السابق، الحديث رقم: 208، ص119. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 14843، ج7، ص512. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 11834، ج11، ص310. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 5275، ج7، ص47.

(3) «(ولكني أكره الكفر في الإسلام) أي إن أقمت عنده ربما أقع فيما يقتضي الكفر لا أنه يحملها عليه» أحمد أبو العباس شهاب الدين، إرشاد الساري، المرجع السابق، ج8، ص150. «فَوَلَّهَا أَكْرَهُ الْكُفْرِ فِي الْإِسْلَامِ أَيْ أَكْرَهُ مِنْ الْإِقَامَةِ عِنْدَهُ أَنْ أَقَعَ فِيمَا يَقْتَضِي الْكُفْرَ، وَالْمُرَادُ مَا يُضَادُّ الْإِسْلَامَ مِنَ التُّشْوِيزِ وَبُغْضِ الزَّوْجِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ أَطْلَقْتُ عَلَى مَا يُنَاقِ خُلُقَ الْإِسْلَامِ الْكُفْرَ مُبَالَغَةً» محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، المرجع السابق، ج2، ص244.

وقيل أنها خشيت أن تحملها شدة كراهيتها له على إظهار الكفر لينفسخ نكاحها منه بقوة الشرع⁽¹⁾، كما يحتمل لفظها أيضاً كفران العشير بتقصيرها في حقه⁽²⁾، وقيل أنها خافت على نفسها في الإسلام ما ينافي حكمه من نشوز وفرك، وغيره مما يتوقع من الشابة الجميلة المبعضة لزوجها⁽³⁾، كما يحتمل أن يكون في كلامها إضرار، من حيث أنها تأنف لوازم الكفر من شقاق وخصومة وعداء⁽⁴⁾، ومهما يكن، فإن ما سقنا من التأويلات، حال تمحضت عن سبب عزفت المخالعة عن ذكره، مستعيضة عنه بلفظ يحمل كما في الرواية الأولى.

وجاء في رواية ابن جريح، ما يفيد صراحة كراهيتها له حين قالت: «فَكَرِهْتُه». و«إِنِّي أَبْغَضُ زَوْجِي وَأُحِبُّ فِرَاقَهُ»⁽⁵⁾، ويؤيد ذلك ما روي عن أحمد بن حنبل عن سهل بن أبي حنمة، وما روي عن ابن ماجة عن أبو كريب، إلا أنهما آزرا في خبريهما، شعورها هذا بسبب لم تنطو عليه الروايات السابقة، حين قالت: «فَكَرِهْتُه، وَكَانَ رَجُلًا دَمِيمًا»، وأقصى من ذلك قولها: «فَكَرِهْتُه، وَكَانَ رَجُلًا دَمِيمًا، فَجَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي لَأَرَاهُ، فَلَوْلَا مَخَافَةُ اللَّهِ عَزَّ

(1) «وجاء في رواية جرير بن حازم إلا أنني أخاف الكفر، قيل: كأنها أشارت إلى أنها قد تحملها شدة كراهتها على إظهار الكفر لينفسخ نكاحها منه، وهي تعرف أن ذلك حرام، لكن خشيت أن يحملها شدة البغض على الوقوع فيه.» أبو محمد بدر الدين العيني، عمدة القاري، المرجع السابق، ج 20، ص 263. «ويمكن أن يكون مرادها أن شدة كراهتها له قد تحملها على إظهار الكفر لينفسخ نكاحها منه.» محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 6، ص 293 و 294.

(2) «ولكني أكره الكفر في الإسلام» أي كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له. «محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 6، ص 293 و 294.

(3) «ولكني أكره الكفر أي كفران النعمة أو بمعنى العصيان، تعني ليس ببني وبينة محبة وأكرهه طبعاً، فأخاف على نفسي في الإسلام ما ينافي حكمه من بغض ونشوز وغير ذلك مما يتوقع من الشابة المبعضة لزوجها، فسمنت ما ينافي مقتضى الإسلام باسم ما ينافيه نفسه.» علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: 1014هـ)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1422هـ - 2002م، ج 5، ص 2133.

(4) «ويحتمل أن يكون من باب الإضرار أي: لكني أكره لوازم الكفر من المعادة والنفاق والخصومة ونحوها.» أبو محمد بدر الدين العيني، عمدة القاري، المرجع السابق، ج 20، ص 263. «ويحتمل أن يكون في كلامها إضرار أي إكراه لوازم الكفر من المعادة والشفاق والخصومة.» ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج 9، ص 400.

(5) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 11843، ج 6، ص 502. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14845 و 14849، ج 7، ص 513 و 514.

وَجَلَّ لَبَرْتُ فِي وَجْهِهِ»⁽¹⁾، وقولها في رواية لعكرمة عن ابن عباس: « يَا رَسُولَ اللَّهِ لَا يَجْتَمِعُ رَأْسِي وَرَأْسُ ثَابِتٍ أَبَدًا إِيَّيْ رَفَعْتُ جَانِبَ الْحَيَاءِ فَرَأَيْتُهُ أَقْبَلَ فِي عِدَّةٍ فَإِذَا هُوَ أَشَدُّهُمْ سَوَادًا وَأَقْصَرُهُمْ قَامَةً وَأَقْبَحُهُمْ وَجْهًا»⁽²⁾، فهذه وجوه، تعكس بما لا يدع مجالاً للشك مدى بغضها له، فتقاطعت في هذا الضلع مع ما انطوت عليه الأحاديث الم جملة في الراح من تأوليها، وزيد في هذه الروايات السبب الذي ورثها ما استرق شعورها من شنان وكراهية نحوه، وقوامه قبح صورة زوجها ودمامة خلقه، فخشيت أن يحملها هذا النفور على كفرانه والتقصير في حقه، وتعدي ما حدّه الإسلام لصلاح الزوجية⁽³⁾.

وفي روايات سعيد بن المسيب ويحيى بن سعيد وعمرة عن عائشة ما يفيد صراحةً تعنيف الزوج لها حيث ذكر أنه: « بَلَغَ مِنْهَا ضَرْبًا لَا يَذَرِي مَا هُوَ، فَجَاءَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْعَلَسِ، فَذَكَرَتْ لَهُ الَّذِي بِهَا. »، وذكر أنه: « ضَرَبَهَا، فَكَسَرَ نَعْصَهَا. » وقيل: « شَحَّهَا. » وفي رواية: « وَهِيَ تَشْكُو شَيْئًا يَبْدُهَا وَهِيَ تَقُولُ: لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ. »⁽⁴⁾، فهل يعني ذلك أن طلب الخلع لا يسوغ

(1) سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 5637، ج 6، ص 103، وج 24، ص 223. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 16095، ج 26، ص 17 و 18. محمد بن ماجة، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2057، ج 1، ص 663.

(2) ابن بطل أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ)، شرح صحيح البخاري لابن بطل، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد- السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، 1423هـ - 2003م، ج 7، ص 240. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج 9، ص 400. أحمد أبو العباس شهاب الدين، إرشاد الساري، المرجع السابق، الحديث رقم: 5275، ج 8، ص 150. محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، المرجع السابق، ج 3، ص 279. حمزة محمد قاسم، منار القاري، المرجع السابق، ج 5، ص 132.

(3) «والمعنى: ولكنني أبغضه لدمامته وقبح صورته، وأخشى أن يؤدي بي هذا النفور الطبيعي منه إلى كفران العشير، والتقصير في حق الزوج، والإساءة إليه، وارتكاب الأفعال التي تنافي الإسلام من الشقاق والخصومة والنشوز ونحوه.» حمزة محمد قاسم، منار القاري، المرجع السابق، ج 5، ص 131.

(4) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 11762، ج 6، ص 484. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 565 و 567، ج 24، ص 222 و 223. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14837 و 14857، ج 7، ص 511 و 516. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 14580، ج 11، ص 9. أبو نعيم الأصبهاني، معرفة الصحابة، المرجع السابق، الحديث رقم: 7568، ج 6، ص 3294. محمد بن إدريس الشافعي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 1233، ج 3، ص 91. أبو بكر بن أبي عاصم، الآحاد والمثاني، المرجع السابق، الحديث رقم: 3339، ج 6، ص 118. أبو بكر عبد الله النيسابوري، الزيادات، المرجع السابق، الحديث رقم: 566، ص 550. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2228، ج 2، ص 269. أبو محمد الحسين بن

حتى ينال الزوج من زوجته في بدنها؟ وأن ما ذكرناه آنفاً من فرك الزوجة له إنما ينبني في الأساس على ما صدر منه في حقها.

يرى البعض أن المخالعة لم تشك ما كان منه اتجاهها، وإنما رفعت أمرها للنبي ﷺ بسبب بغضها له⁽¹⁾، وهو تأويل يقوم على اتحاد الواقعة، غير أننا ذكرنا سابقاً ما يقطع بتعدد الحدث في عهده ﷺ، ومن ثمة لا جرم في الأخذ بالأمرين، كل من جهته كعلة للخلع، شريطة ألا يستهدف الزوج بإيذائها والتضييق عليها غاية تحصيل العوض، فهذه حال وتلك حال أخرى.

ومهما يكن فإن ما ورد في السنة بشأن مسألة الحال يتطابق وما سيق في القرآن حول معيار الخلع من حيث توسعة نطاقه إلى حد الاعتداد به حتى وإن سُوِّغ بمجرد شعور الخوف من عدم إقامة حدود الله، أيّاً كان مبعث هذا الخوف ومبناه، يستوي في ذلك أن يكون سببه دمامة خلق، أو سوء خلق، أو فضاضة طبع، أو إيذاءً بالمحددات التي ذكرنا، هذا من جهة، كما أنه يُبَيَّنُّ من جهة أخرى ما استشكل من نص الآية، برده صراحةً لشعور الخوف تلقاء الزوجة، وهو المعنى الذي رجحناه آنفاً في معرض حديثنا عن سبب الخلع في القرآن.

(ب) موقف الفقه: لقد استعرضنا آراء الفقهاء بشأن حدود مشروعية الخلع على نحو متناثرٍ بمناسبة تأويلنا لبعض الجمل الكريمة من آية الافئداء، والمقاطع الشريفة من أحاديث الخلع، وهي لا تخرج في مجملها عن أحد اتجاهين، اتجاه موسع (١) واتجاه مضيق (٢).

(١) الاتجاه الفقهي الموسّع: لقد ذهب عامة الفقهاء⁽²⁾ إلى اعتناق المعنى الذي خلصنا إليه عند حديثنا عن سبب الخلع في القرآن والسنة، وقوامه إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه

الفراء، شرح السنة، المرجع السابق، الحديث رقم: 2349، ج 9، 193 و 194. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 236، ص 199.

⁽¹⁾ «وَيُعَارِضُهُ مَا وَقَعَ فِي حَدِيثِ الرَّبِيعِ الْمَذْكُورِ "أَنَّهُ ضَرَبَهَا فَكَسَرَ يَدَهَا"، وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمْ تَشْكُهُ لِذَلِكَ بَلْ لِسَبَبٍ آخَرَ وَهُوَ الْبُغْضُ أَوْ قُبْحُ الْخُلُقِ كَمَا وَقَعَ عِنْدَ ابْنِ مَاجَةَ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ، وَعِنْدَ عَبْدِ الرَّزَّاقِ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ». محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 6، ص 293 و 294. «...فَإِنْ قُلْتَ: جَاءَ فِي رِوَايَةِ النَّسَائِيِّ: أَنَّهُ كَسَرَ يَدَهَا فَكَيْفَ تَقُولُ لَا أَعْتَبُ... الخ؟ قلت: أرادت أنه سيء الخلق لَكِنَّهَا مَا تَعَيَّنَتْ بِهِ، وَلَكِنْ تَعَيَّنَتْ بِإِيَّاهُ كَانَ بِالْجَوَاهِرِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا.» أبو محمد بدر الدين العيني، عمدة القاري، المرجع السابق، ج 20، ص 263.

⁽²⁾ «...لأنه إنما حمل المخافة على بابها، فأباح الفدية قبل وقوع ما يخافه مخافة أن يقع، فإذا كره كل واحد منهما صاحبه فخاف هو إن أمسكها أن لا يقيم حدود الله فيها من أجل كراهته إيّاها، وخافت هي أن لا تقوم بما يلزمها من حقه فخالعته مخافة الإثم والحرَج فقد

وانتابها جراء هذا الفرق شعور بالخوف من كفران العشير وتقصيرها في الوفاء بحقوقه المشروعة، جاز لها عندئذ أن تختلع منه بما لها، وحق له حينها أن يأخذ منها عملاً بقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽¹⁾، واستنأنا بما روي عن النبي ﷺ في قصة امرأة ثابت بن قيس، وفي الأخذ بهذا القول توسعة لنطاق حدود مشروعية الخلع، بل ابعد منه، جنح بعض الفقهاء إلى اعتبار ما هو أوسع من ذلك، بإقرارهم لصحة الخلع وإن انتفى كل سبب مؤدٍ إليه، وأن ما ورد في النصوص السابقة هو الغالب من أحوال الافتداء، فلا يستقيم قصر كل الافتداء عليه، وهذا رأي سنعود إليه بشيء من البسط عند حديثنا عن الحكم التكليفي للخلع.

(٢) الاتجاه الفقهي المصّيق: وقصر أسباب الخلع على أحوال خاصة لا يجوز في غيابها طلبه، وهي مراتب حدّها البعض بالشقاق والضرر الحاصل بينهما فعلاً لا المحتمل الذي يُخشى وقوعه⁽²⁾، واستدلوا لأربهم بقوله ﷺ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽¹⁾، فالخطاب في الآية عام

أعطته ما لها على الطلاق طيبة به نفسها إذ لم يضطرها إلى ذلك باضطرار كان منه إليها. أبو الوليد محمد بن رشد، المقدمات الممهّدات، المرجع السابق، ج1، ص555. «أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ تَكْرَهُ الرَّجُلَ حَتَّى تَخَافَ أَنْ لَا تُقِيمَ حُدُودَ اللَّهِ بِأَدَاءِ مَا يَجِبُ عَلَيْهَا لَهُ أَوْ أَكْثَرُهُ إِلَيْهِ وَيَكُونَ الرِّجُلُ غَيْرَ مَانِعٍ لَهَا مَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَوْ أَكْثَرُهُ إِذَا كَانَ هَذَا حَلَّتِ الْفِدْيَةُ لِلرَّوْجِ وَإِذَا لَمْ يُقَمَّ أَحَدُهُمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَيْسَ مَعَا مُقِيمَيْنِ حُدُودَ اللَّهِ». الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلب القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، الأم، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1410هـ - 1990م، ج5، ص211. «...فَأَنْ تَكْرَهُ الْمَرْأَةُ لِرَجُلٍ أَوْ خَلَقَهُ أَوْ دِيْنَهُ فَتَخَافُ أَنْ لَا تُقِيمَ فِي حَقِّهِ حُدُودَ اللَّهِ تَعَالَى فَيَمَّا يَلْزُمُهَا لَهُ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ وَالْمَعَاشَرَةِ فَتَقْتَدِي نَفْسَهَا مِنْهُ». محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، المحقق: عبد اللطيف هيم - ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2004م، ص415. «إِذَا كَرِهَتْ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا، فَخَافَتْ أَنْ لَا تُؤْفِقَهُ حَقَّهُ، أَوْ خَافَتْ أَنْ يُبْعِضَهَا فَلَا يُؤْفِقُهَا حَقَّهَا، فَلَهَا أَنْ تَقْتَدِي مِنْهُ وَيُطَلَّقَ». ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج9، ص511.

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) «وَاخْتَارَ بِنُ الْمُنْذِرِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ حَتَّى يَفْعَ الشَّقَاقُ بَيْنَهُمَا جَمِيعًا وَإِنْ وَقَعَ مِنْ أَحَدِهِمَا لَا يَنْدَفِعُ إِلَّا نَمُّ وَهُوَ قَوِيٌّ مُوَافِقٌ لِظَاهِرِ الْآيَتَيْنِ وَلَا يُخَالِفُ مَا وَرَدَ فِيهِ وَبِهِ قَالَ طَاوُسٌ وَالشَّعْبِيُّ وَجَمَاعَةٌ مِنَ التَّابِعِينَ» ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج9،

سواءً أكان للحكمين أو للحكام أو جماعة المؤمنين، وحصول الخوف من عدم إقامة حدود الله لدى هؤلاء لا يتحقق إلا إذا استحکم الشقاق ووقع الضرر فعلاً بين الزوج وزوجه، ويؤيد ذلك ما جاء في حرف حمزة رحمته الله حين قرأ: «إِلَّا أَنْ يَخَافَا.» بضّم الياء على ما لم يسمّ فاعله، والفاعل محذوف تقديره ما ذكرنا من المخاطبين، وهو المعنى المتأكد بقراءة عبد الله بن مسعود رحمته الله: «إِلَّا أَنْ يَخَافُوا.»، وبقوله رحمته الله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ﴾، فجعل الخوف لغيرهما، فلزم من حصوله حصول المخوف قبله، لكن حتى وإن سلمنا جدلاً بسلامة هذا التأصيل، فلا حجة لرأيهم في الآية، لأن المولى رحمته الله حينما ساق الافتداء على هذا الوجه، لم يقطع به على جهة الشرط، وإنما ذكره باعتباره الغالب من أحوال الخلع، فخرج القول على الغالب ولحق به النادر.

ويقوي هذا المذهب رأيه أيضاً بما جاء في بعض روايات حديث الخلع التي سقناها سابقاً من تعنيف الزوج للمختلعة، وهي حالة شقاقٍ وضررٍ لا حالة خوف، ومع ذلك فقد ثبت بصحيح السنة أيضاً، اعتبار حالة الخوف من الضرر حتى وإن لم يقع هذا الأخير فعلاً.

وأضيق من هذا الرأي ذهب البعض إلى القول بعدم جواز الخلع حتى يجد الزوج على بطن زوجته رجلاً غيره⁽²⁾، واستدلوا لمذهبهم هذا بقوله رحمته الله: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾⁽³⁾، ويعترض على هذا الاستدلال بكون الخطاب في الآية حسبما يفيد سياقها التاريخي⁽⁴⁾، موجّه من خلال عامة المؤمنين لأولياء الزوج المالك، ذوداً عن مصلحة أرملته وتقريراً

ص401. «إِذَا تَشَاقَّ الزَّوْجَانِ وَخَافَا أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَقْتَدِي نَفْسَهَا مِنْهُ بِمَالٍ يَخْلَعُهَا بِهِ أَخْرَجَهُ تَخْرُجَ الْعَادَةِ أَوْ الْأُولَى لَا تَخْرُجُ الشَّرْطُ وَأَرَادَ بِالْخَوْفِ الْعِلْمَ وَالتَّيَقُّنَ بِهِ» عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج2، ص268.

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) «وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ وَأَبُو قِلَابَةَ: لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا فِدْيَةً إِلَّا أَنْ يَجِدَ عَلَى بَطْنِهَا رَجُلًا» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج5، ص95.

(3) سورة النساء، الآية 19.

(4) «نَزَلَتْ فِي أَهْلِ الْمَدِينَةِ كَانُوا فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَفِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ، إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَلَهُ امْرَأَةٌ جَاءَ ابْنُهُ مِنْ غَيْرِهَا أَوْ قَرِيْبُهُ مِنْ عَصَبَتِهِ فَأَلْقَى تَوْبَهُ عَلَى تِلْكَ الْمَرْأَةِ وَعَلَى خَبَائِثِهَا، فَصَارَ أَحَقُّ بِهَا مِنْ نَفْسِهَا وَمِنْ غَيْرِهَا، فَإِنْ شَاءَ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ صَدَاقٍ إِلَّا الصَّدَاقَ الْأَوَّلَ الَّذِي أَصْدَقَهَا الْمَيِّتَ، وَإِنْ شَاءَ زَوَّجَهَا غَيْرَهُ وَأَخَذَ صَدَاقَهَا، وَإِنْ شَاءَ عَضَلَهَا وَمَنَعَهَا مِنَ الْأَزْوَاجِ يُضَارُّهَا لِتَقْتَدِي مِنْهُ بِمَا وَرِثَتْهُ مِنَ الْمَيِّتِ، أَوْ تَمُوتَ هِيَ فَيَرِثُهَا، فَإِنْ ذَهَبَتِ الْمَرْأَةُ إِلَى أَهْلِهَا قَبْلَ أَنْ يُلْقِيَ عَلَيْهَا وَلِيُّ زَوْجِهَا تَوْبَهُ فَهِيَ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا، فَكَانُوا عَلَى هَذَا حَتَّى تُوِفِّي أَبُو قَيْسٍ بِنُ الْأَسْلَتِ الْأَنْصَارِيَّ وَتَرَكَ امْرَأَتَهُ كُبَيْشَةَ بِنْتَ مَعْنٍ الْأَنْصَارِيَّةَ، فَقَامَ ابْنُ لَهُ مِنْ غَيْرِهَا يُقَالُ لَهُ حِصْنٌ، وَقَالَ مُقَاتِلُ بْنُ حِيَّانَ:

لحقها، فيكون نهيها ﷺ: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ في الآية، معطوفٌ على النفي الوارد في صدرها ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا﴾ فيصير المعنى بذلك حرمة عضل الزوجة والتضييق عليها من قبل أولياء زوجها الذي قضى نحبها، وحرمانها من الزواج، كي تخلص نجياً وتذر حقها في المهر الذي أخذت، أو ما بقي لها منه، هذا أول احتمال في النص الكريم.

يزاحمه احتمال آخر أكثر قبولاً عند المفسرين، قوامه أن الخطاب نهي مستأنف محمول في النسق على نفي الحل السابق، موجةٌ للأزواج بعدم عضل وإرهاق زوجاتهن، وإكراههن على طلب الفرقة نظير ما أعطين من مهر أو بعضه، فيكون معنى ما انطوى عليه النص السامي في الاحتمالين حماية المرأة من أن يسيطر عليها أولياء زوجها يبطشهم، أو يتحكم فيها الزوج بغلبة القوامة وسلطان الزوجية لحملها على الافتداء، إلا أن تأتي بفاحشة مبينة، ولفظ الفاحشة هنا تعبير عن الزنا عند بعض الفقهاء، فيكون المعنى في ضوء الاحتمال الثاني إباحة أخذ الزوج لكل ما أعطها أو بعضه حال اقترافها لفاحشة الزنا، وهذا مدار تأصيل أصحاب المذهب الموسع.

فإذا استطرنا ضمن هذا التأويل جدلاً، فإن الآية الكريمة لا تنهى معه قطعاً عن الأخذ، وإنما تحرم مضارة الزوجة وعضلها قصد إجبارها على البذل لافتداء نفسها إلا أن تزني، فاقترض ذلك جواز العضل لتحصيل الافتداء مع وجود الزنا، فيكون الخلع في هذا الفرض مباحاً مع وجود العضل، على غير الأصل الذي يقتضي حرمة متى كان ملاسماً له، وبالتالي فإن الافتداء في هذا الموضع ليس سوى مجرد صورة من صور الخلع لا الخلع كله، وقد قيل أن هذه الآية منسوخة بآية الإمساك في البيوت مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا

اسمهُ قَيْسُ بْنُ أَبِي قَيْسٍ، فَطَرَحَ ثَوْبَهُ عَلَيْهَا فَوَرِثَ نِكَاحَهَا، ثُمَّ تَرَكَهَا وَلَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا، يُضَارُّهَا لِتَقْتَدِيَ مِنْهُ، فَأَتَتْ كُبَيْشَةَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا قَيْسٍ ثَوْبِي وَوَرِثَ نِكَاحِي ابْنُهُ فَلَا هُوَ يُنْفِقُ عَلَيَّ وَلَا يَدْخُلُ بِي وَلَا يُحِلِّي سَبِيلِي، فَقَالَ: "اقْعُدِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَأْتِيَ فَيْكَ أَمْرُ اللَّهِ"، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى هَذِهِ الْآيَةَ» أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي (المتوفى: 510هـ)، معالم التنزيل في تفسير القرآن، المعروف بتفسير البغوي، المحقق: حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر - عثمان جمعة ضميرية - سليمان مسلم الحرش، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 1417هـ - 1997م، ج2، ص185.

فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا⁽¹⁾، ثم نسخ ذلك كله بآيات حدود الجلد والرجم، ومن ثمة لا يصح الاحتجاج بها في قضية الحال.

بعد هذا العرض نرى أن الرأي الأول بالإتباع، هو رأي جمهور الفقهاء القاضي بجواز الخلع إذا ضنت الزوجة من نفسها بغض الزوج لسبب من الأسباب المعتبرة شرعاً، وأن ذلك سيؤدي بها حتماً إلى التقصير في حقه، ولا يشترط بالضرورة - كما ذهب إليه المضيقون - زنا المرأة أو وجود حالة الشقاق فعلاً، وهو ترجيح يدفعنا لتقصي موقف بعض التشريعات الأسرية في مسألة الحال، ونعتقد أن المشرع المصري قد وفق إلى حد كبير في القبض على الجزء الغالب من هذا المعنى، حينما اعتنق الرأي الأول من المذهب الموسع باشتراطه في المادة (20) من القانون (1) لسنة (2000م) ضرورة إقرار الزوجة في دعواها صراحةً ببغض الحياة مع زوجها حين قضى: « ولا تحكم المحكمة بالخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين (...) » وبعد أن تقرر⁽²⁾ الزوجة صراحةً أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.»، ومع ذلك فإن النص في رأينا يبدو قاصراً لكونه اقتصر على السبب العام لطلب الخلع، والمتمثل في الحالة الشعورية التي تنتاب الزوجة دون الإشارة ولو من طرف خفي للبائع أو الدافع الذي ولّد هذه الحالة.

في المقابل أطلق المشرع الجزائري يد المرأة في طلب الخلع، ويستفاد ذلك من نص المادة (54) من قانون الأسرة التي جوزت مخالعة الزوجة لزوجها دون أن تضع حداً لسلطان إرادتها، ومن ثمة لا تكون المخالعة ملزمة في دعواها بإثارة السبب أو الباعث الذي حملها على ذلك، مما يستتبع صحة الخلع وإن انتفى كل سبب دفعها إليه، وهذا الموقف بدوره مستوحى من المذهب الموسع في اتجاهه الثاني، والذي أشرنا إليه آنفاً بنوع من الاقتضاب وأرجأنا الكلام عنه إلى حين حديثنا عن الحكم التكليفي للخلع، وهو ما سنتناوله فيما يلي.

(1) سورة النساء، الآية 15.

(2) لعل واضح النص استهدف مصطلح الإقرار بدل كلمة التقرير الواردة في المادة، لأنها الأقرب في استفاء كمال المعنى، ذلك أن الشعور حالة موجودة يقر بها المرء، ولا يقرها متى شاء.

ثانياً: الحكم التكليفي للخلع

يراد بالحكم التكليفي، خطاب الشارع للمكلف بفعل شيء ويكون بالأمر، أو بتركه ويكون بالنهي⁽¹⁾، فإذا نحن أسقطنا ذلك على الخلع، وجب مراعاة السبب الذي يقوم عليه هذا الأخير لاستخلاص ما يقابله من حكم، لأنَّ الافتداء إما أن ينبني على سبب (أ)، وإما أن يقع بلا سبب أصلاً (ب).

(أ) الخلع بسبب: لا يخرج سبب الخلع في هذا الفرض عن كونه إما من جهة الزوجة (١) أو من جهة الزوج (٢).

(١) أن يكون السبب من جهة الزوجة: ويختلف حكم الخلع في ضوءه باختلاف طبيعة السبب المؤدي إليه، فالأصل أن الافتداء مباح، متى كان سببه كراهية الزوجة لزوجها بسبب دمامة خلقه أو سوء خلقه أو قلة دينه أو كبره وهو مقيم بحقها، وخافت جراً شعورها هذا ألا تقيم حدود الله فيه، حق لها عندئذ أن تبدل المال لاسترجاع ما ملكه الزوج منها بمقتضى عقد النكاح، وجاز له أن يقبض منها نظير ما أدخله في ذمتها من ملك، مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْمَا فِيمَا أَفْتَدْتُم بِهِ﴾⁽²⁾، وهي آية واضحة الدلالة على نفي الجناح الذي يفيد الإباحة عند

(1) هو على ستة أقسام عند الحنفية، وعلى أربعة عند الجمهور، أولها الفرض، وهو ما ثبت بدليل قطعي الثبوت والدلالة، مع الشدة والجزم في الطلب، وثانيها الواجب، وهو ما ثبت بدليل قطعي دلالة وظني ثبوتاً، أو ظني دلالة وقطعي ثبوتاً، مع الشدة والجزم في الطلب، وهما قسمان مترادفان عند الجمهور، وثالثها المندوب، وهو المطلوب فعله شرعاً من غير ذم على تركه مطلقاً، ورابعها الحرام، وهو ما ثبت بدليل قطعي دلالة وثبوتاً، مع الشدة في المنع وهو في مقابلة الفرض من المأمورات عند الحنفية، وخامسها المكروه التحريمي، وهو ما ثبت بدليل قطعي ظني ثبوتاً دلالة، أو قطعي دلالة ظني ثبوتاً مع الشدة في المنع، وهو في مقابلة الواجب في المأمورات عند الحنفية، وهما أي (الحرام والمكروه التحريمي) مترادفان عند الجمهور، أما القسم السادس والأخير فهو المكروه التنزيهي، وهو ما طلب الشارع الكف والامتناع عنه من غير جزم، وهو مقابل المندوب عند الجميع. حافظ ثناء الله الزاهدي، تلخيص الأصول، مركز المخطوطات والتراث والوثائق - الكويت، الطبعة الأولى، 1414هـ - 1994م، ص 27 و 28. مناع بن خليل القطان (المتوفى: 1420هـ)، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، الطبعة الخامسة، 1422هـ - 2001م، ص 60 و 61.

(2) سورة البقرة، الآية 229.

علماء الأصول⁽¹⁾، وهو عين الحكم المقرر أيضاً في أحاديث الخلع التي سقناها سابقاً، وقد ذهب إلى هذا الرأي فقهاء الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ والظاهرية⁽⁴⁾، والزيدية⁽⁵⁾.

ولكن ألا يعد هذا الحكم مناقضاً للكرهية التي سنّها الشارع في مواجهة الطلاق ومنه الخلع باعتبارهما كفران لنعمة الزواج، استدلالاً بقوله ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»⁽⁶⁾؟

يرى بعض الفقهاء⁽⁷⁾ أن الأصل في الخلع الكراهة باعتباره فرعاً من فروع الطلاق، وتأتي الإباحة استثناءً حال الخشية من عدم إقامة حدود الله، فكيف يمكننا التوفيق والحالة هذه بين الأصلين؟

(1) «يكون الفعل مباحاً إذا جاء بلفظ يدل على ذلك ك (...). نفى الجناح كما في قوله تعالى: (...)» وقوله: «لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ». محمد إبراهيم الحنفاوي، دراسات أصولية في القرآن الكريم، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية - القاهرة، 1422هـ - 2002م، ص 152.

(2) «وَأَمَّا أُبَيْحٌ لِلْحَاجَةِ وَالْحَاجَةُ مَا ذَكَرْنَا فِي بَيَانِ سَبَبِهِ» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج 3، ص 465. «قوله» وإن نشزت لا) أي لا يكره له الأخذ إذا كانت هي الكراهة (...) وسواء كان منه نشوز لها أيضاً أو لا فإن كانت الكراهة من الجانبين فالإباحة ثابتة بعبارة قوله تعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افدت به﴾ وإن كانت من جانبها فقط فبدلتها بالأولى. زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 83.

(3) «(قَوْلُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ) مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ جَازَ أَيُّ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ جَائِزٌ جَوَازًا مُسْتَوِي الطَّرْفَيْنِ وَلَيْسَ بِمَكْرُوهٍ» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 347. «قَوْلُهُ: (يَجُوزُ الْخُلْعُ): أَيُّ جَوَازًا مُسْتَوِي الطَّرْفَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ» أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، يعلوه «الشرح الصغير للشيخ الدردير لكتابه أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك»، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 2، ص 517.

(4) «فَلَهَا أَنْ تَفْتَدِيَ مِنْهُ وَيُطَلَّقَهَا، إِنْ رَضِيَ هُوَ؟ وَإِلَّا لَمْ يُجْبَرْ هُوَ؟ وَلَا أُجْبِرَتْ هِيَ؟ إِنَّمَا يَجُوزُ بِرَاضِيهِمَا.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 511.

(5) «وَهُوَ مُبَاحٌ (...) حَيْثُ كَرِهَتْ خُلُقُهُ أَوْ خُلُقُهُ أَوْ دِينُهُ، أَوْ خَافَتْ أَنْ لَا تُؤَدِّيَ حَقَّهُ فَأَفْتَدَتْ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهَا جَازَ، وَلَهُ أَخْذُهُ إِجْمَاعًا» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 256.

(6) سبق تخريجه.

(7) «وَقِيلَ يُكْرَهُ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَصَّارِ، وَالْخِلَافُ فِيهِ مِنْ حَيْثُ الْمُعَاوَضَةُ عَلَى الْعَصْمَةِ، وَأَمَّا مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ طَلَاقًا فَهُوَ مَكْرُوهٌ بِالنَّظَرِ لِأَصْلِهِ، أَوْ خِلَافِ الْأَوَّلِيِّ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: "أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ"» أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج 2، ص 517 و 518. «وَلَكِنَّهُ مَكْرُوهٌ لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ النِّكَاحِ الَّذِي هُوَ مَطْلُوبُ الشَّرْعِ» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 430.

في الواقع لا خلاف في كون الطلاق مشروعاً، غير أن الأصل فيه الحظر، وجاءت الإباحة لحاجة الخلاص، فنحصل من مجموع هذا الكلام، أنه مشروع من جهة، ومحظور من جهة أخرى، فهو مشروع من حيث إزالته لرق النكاح، إذا اصطدم هذا النكاح بما يأتي على مقاصده، إذ لو لم يكن ثمة وجه للخلاص، للزم من هذه الحال حصول الضرر المفضي إلى عدم إقامة حدود الله، أما أصالة الحظر فيه، فمستمدة مما ينطوي عليه من كفران النعمة، وما يؤدي إليه من قطع المودة والرحمة التي قررها المولى ﷺ بقوله: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾⁽¹⁾، وبذلك نستشف ألا تنافي بين الحظر والمشروعية، غير أن جهة الحظر تندفع بالحاجة كالكبر أو دمامة الخلق أو تنافر الطباع أو إرادة التأديب أو عدم القدرة على إقامة حقوق النكاح ونحو ذلك، فبالحاجة وحدها تتمحض جهة المشروعية، وتنزل جهة الحظر، وبدونها تبقى الجهتان معاً.

في المقابل يكون الخلع مكروهاً إذا كان سببه مكروهاً، كأن تميل الزوجة إلى غير زوجها بغية نكاحه، فتفتدي لاستخلاص عصمتها كي تقترن بمن مالت إليه، فهذا خلعٌ مكروهٌ من جهة المرأة، لما رواه ثابت بن يزيد عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ الْمُخْتَلِعَاتِ، وَالْمُنْتَرِعَاتِ هُنَّ الْمُتَنَافِقَاتُ.»⁽²⁾، يعني التي تخالع الزوج لميلها إلى غيره⁽³⁾.

(٢) أن يكون السبب من جهة الزوج: إذا كان السبب من جهة الزوج، فإن الخلع يتردد بين الكراهة والتحريم، بحيث ينصرف إلى الحكم الأول حال كون الزوجة موسرة، وجنح الزوج إلى التضيق عليها - مع قيامه بالواجب نحوها - طمعاً في أن تخالعه على شيء من مالها، فإنه مع جوازه يكون مكروهاً من جهته لا من جهتها، لما في ذلك من دواعي التباغض والكراهية⁽⁴⁾.

(1) سورة الروم، الآية 21.

(2) سبق تخريجه.

(3) «فَأَمَّا الَّذِي مِنْ جَهْتِهَا فَهُوَ أَنْ تَمِيلَ إِلَى غَيْرِهِ وَتَرْغَبَ فِي نِكَاحِهِ فَتُخَالِعَ هَذَا لِتَنْكِحَ مَنْ مَالَتْ إِلَيْهِ وَرَغِبَتْ فِيهِ فَهَذَا خُلْعٌ مَكْرُوهٌ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 5.

(4) «وَأَمَّا الَّذِي مِنْ جَهْتِهِ فَهُوَ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ ذَاتَ مَالٍ فَيُضَيِّقُ الرَّجُلُ عَلَيْهَا مَعَ قِيَامِهِ بِالْوَجِبِ لَهَا طَمَعًا فِي مَالِهَا أَنْ تُخَالِعَهُ عَلَى شَيْءٍ مِنْهُ فَهَذَا مَكْرُوهٌ مِنْ جَهْتِهِ لَا مِنْ جَهْتِهَا وَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ لَهُ سَبَبًا يُفْضِي إِلَى التَّبَاغُضِ وَالْكَرَاهَةِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 6.

في حين ينصرف إلى الحكم الثاني إذا كان النشوز من قبله لأجل حملها على الافتداء، بأن ينال منها بأي لونٍ من ألوان الأذى، كالضرب وغيره، أو أن يمنعها حقاً من الحقوق التي أوجبها الشارع عليه اتجاهها، كالنفقة عليها، والقسم لها ونحوهما، فهذا خلْعٌ حرامٌ بالاتفاق لانعقاد الإجماع على حرمة أكل مال المسلم بالباطل مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽¹⁾، ولما روي عن أبي حرة الرقاشي عن عمه⁽²⁾ عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»⁽³⁾، وهذه ما طابت به نفسها ولا رضيت ببذله، بل دُفعت إليه قسراً⁽⁴⁾، وقد أمر الله ﷻ بعدم الإمساك مُضارَةً في قوله: ﴿وَلَا تُكْسِبُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁽⁵⁾، وهي المعاني التي أجملها الطبري فيما أخرجها عن الربيع بسنده قال: «إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ رَاضِيَةً مُعْتَبِطَةً مُطِيعَةً، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَضْرِبَهَا، حَتَّى تَقْتَدِيَ مِنْهُ، فَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا شَيْئًا عَلَى ذَلِكَ، فَمَا أَخَذَ مِنْهَا فَهُوَ حَرَامٌ»⁽⁶⁾، ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء بشأن هذا النوع من الخلع على مذهبين، يرى أولهما أن الافتداء باطل والعوض مردود، وروي ذلك عن عبد الله بن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة بن شعيب وحמיד بن عبد الرحمن والزهري، وبه قال الثوري وقتادة وإسحاق⁽⁷⁾،

(1) سورة البقرة، الآية 188.

(2) «وَأَبُو حُرَّةٌ وَثَّقَهُ أَبُو دَاوُدَ، وَضَعَّفَهُ ابْنُ مَعِينٍ.» أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: 807هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، بدون طبعة، 1414هـ، 1994م، ج4، ص172.

(3) أبو يعلى الموصلي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 1570، ج3، ص140. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 11545، ج6، ص166. أبو بكر البيهقي، شعب الإيمان، المرجع السابق، الحديث رقم: 5105، ج7، ص346. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 16483، ج12، ص216. أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: 807هـ)، المقصد العلي في زوائد أبي يعلى الموصلي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ، الحديث رقم: 705، ج2، ص311.

(4) «(وَيُخْرَمُ) الْخُلْعُ إِنْ عَصَلَهَا لِتُخْتَلَعَ (وَلَا يَصِحُّ) الْخُلْعُ (إِنْ عَصَلَهَا) أَي: ضَرَبَهَا أَوْ ضَيَّقَ عَلَيْهَا أَوْ مَنَعَهَا حَقَّهَا مِنْ نَفَقَةٍ أَوْ كِسْوَةٍ أَوْ قَسَمٍ وَنَحْوِهِ (لِتُخْتَلَعَ) مِنْهُ.» منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج3، ص58.

(5) سورة البقرة، الآية 231.

(6) محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، المرجع السابق، ج4، ص558.

(7) «فَأَمَّا إِنْ عَصَلَ زَوْجَتَهُ، وَضَارَهَا بِالضَّرْبِ وَالتَّضْيِيقِ عَلَيْهَا، أَوْ مَنَعَهَا حُقُوقَهَا؛ مِنَ النَّفَقَةِ، وَالْقَسَمِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، لِتَقْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ، فَفَعَلَتْ، فَالْخُلْعُ بَاطِلٌ، وَالْعَوَضُ مَرْدُودٌ. رُويَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَعَطَاءٍ وَمُجَاهِدٍ وَالشَّعْبِيِّ وَالنَّخَعِيِّ وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعُرْوَةَ وَعَمْرُو بْنَ

وإليه ذهب المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ والزيدية⁽⁴⁾ والإمامية⁽⁵⁾ وذلك لقوله ﷺ: ﴿وَأِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَاتٍ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾⁽⁶⁾، ثم أكد ﷺ هذا النهي بأعظم أوصاف الحرمة فقال: ﴿أَتَأْخُذُونَهُ بِهَيْئَتِنَا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾⁽⁷⁾، وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾⁽⁸⁾، ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق، فلم يُستحق كالأبدال في سائر المعاوضات⁽⁹⁾.

شُعَيْبٌ وَحُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَالزُّهْرِيُّ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالتَّوْرِيُّ وَقَتَادَةُ وَالشَّافِعِيُّ وَإِسْحَاقُ. «موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 327.

(1) «وإباحته مقيدة بما "إذا لم يكن" ذلك عن "ضرر بها" مثل أن ينقصها من النفقة أو يكلفها شغلا لا يلزمها "فإن كان" ذلك الافتداء ناشئا "عن ضرر بها رجعت" عليه "بما أعطته ولزمه الخلع" ويكفي في ثبوت الضرر إقامة بينة السماع والحاصل أن المرأة إذا ادعت بعد المخالعة أنها ما خلعت إلا عن ضرر وأقامت بينة السماع بذلك فإن الزوج يرد ما خالعه بها ويأنت منه. «صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري (المتوفى: 1335هـ)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص 480.

(2) «مَا لَوْ مَنَعَهَا نَفَقَةً أَوْ غَيْرَهَا فَأُفْتِدَتْ لِتَتَخَلَّصَ مِنْهُ انْتَهَى فَإِنْ مَنَعَهَا ذَلِكَ لِتُخَالِعَهُ فَالْخُلْعُ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ إِكْرَاهٌ لَهَا وَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا. «زكريا بن محمد السنيكي، أسنى المطالب، المرجع السابق، ج 3، ص 241.

(3) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1414هـ - 1994م، ج 3، ص 96.

(4) «وَأَمَّا الْمَحْظُورُ فَحَيْثُ يَتَضَرَّرُهَا لِتُعْطِيَهُ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿لِيَتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ فَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا. «أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 257.

(5) «(وَلَوْ أَكْرَهَهَا عَلَى الْفِدْيَةِ فَعَلَّ حَرَامًا) لِلْإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ (وَلَمْ يَمْلِكْهَا بِالْبَدَلِ) لِطُلَانِ تَصَرُّفِ الْمُكْرَهِ إِلَّا مَا أُسْتُثْنِيَ (وَطَلَقُهَا رَجْعِيًّا) مِنْ هَذِهِ الْجَهَةِ لِطُلَانِ الْفِدْيَةِ. «زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، المرجع السابق، ج 4، ص 102.

(6) سورة النساء، الآية 20.

(7) سورة النساء، الآية 20.

(8) سورة النساء، الآية 19.

(9) «وَلِأَنَّهُ عَوَظٌ أُكْرِهَتْ عَلَى بَدْلِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ، فَكَانَ بَاطِلًا كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ» إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، المبدع في شرح المقنع، يعلوه «المقنع لموفق الدين بن قدامة»، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م، ج 6، ص 269.

في المقابل قرر الحنفية حرمة هذا الخلع ديانةً لملازمة العضل له، وأقروا أن الزوج آثمٌ عاصٍ بفعله، وهي عوار مع جسامتها شرعاً لا تنال من صحة العقد قضاءً، إذ يقع هذا الأخير تأملاً مرتباً لآثاره ومنها لزوم العوض، لأن الزوج أسقط بمقتضاه ملك بضعها، ببدل رضيت بأدائه نظير ما دخل في ذمتها، وهو من أهل الإسقاط والزوجة من أهل المعاوضة والرضا⁽¹⁾.

بمقابلة الرأيين نستنتج رجحان مذهب جمهور الفقهاء، باعتبار الخلع في هذا الفرض قد تمّ بالإكراه المعيب لسلامة الرضا، وأن ما لا يصح ديانةً في المبتدأ، لا يسوغ إجازته بالقضاء انتهاءً، لكن هذا لا يحول دون ممارسة الزوج لحقه في تقويم زوجته - إذا رأى منها نشوزاً - بما له عليها من فضل القوامة، وما عليها نحوه من واجب الطاعة مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾⁽²⁾، ومن ثمة لا يصح احتكام الزوجة إليه للقول بالعضل، في حال اختلاعها على إثره، لأنه حق من حقوقه، فلا يكون بهذا الوصف إكراهاً معيياً للرضا، وهو ما ثبت بصريح السنة، في حادثة اختلاع حبيبة من زوجها ثابت بن قيس وقد شجها، فلم ينل ذلك من سلامة إرادتها.

(ب) الخلع من غير سبب: إذا كانت الحياة بين الزوجين على جانب من المودة والاستقامة، وقدر من المحبة والثبات الأخلاق، عامرةً بغير تقصير من أحدهما في حق الآخر، واتجهت مع ذلك إرادتهما إلى تحصيل الخلع، فقد انقسم الفقه إزاء صحته في هذا الفرض إلى فريقين، بين مجوز⁽¹⁾ وغير مجوز⁽²⁾.

(١) الرأي المجوز: وحاصله أن العبرة في العقود بالتراضي، وقد قام صحيحاً فلا سبيل للنعي على الافتداء الذي تم في ضوئه، وإن افتقر إلى السبب الداعي إليه، وهو مذهب الشافعية،

(1) «وَلِهَذَا لَا يَحِلُّ إِذَا كَانَ النُّشُوزُ مِنَ الزَّوْجِ (...) فَأَمَّا فِي الْحُكْمِ الْخُلْعِ صَحِيحٌ، وَالْمَالُ وَاجِبٌ فِي جَمِيعِ الْفُضُولِ عِنْدَنَا.» محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1414هـ - 1993م، ج6، ص183. «فَحُمِّلَهُ الْكَلَامَ فِيهِ أَنَّ النُّشُوزَ (...) إِنْ كَانَ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُ شَيْءٍ مِنَ الْعَوْضِ (...) فَيَقْتَضِي حُرْمَةَ أَخْذِ شَيْءٍ مِمَّا أَعْطَوْهُنَّ عِنْدَ عَدَمِ النُّشُوزِ مِنْهُنَّ، وَهَذَا فِي حُكْمِ الدِّيَانَةِ، فَإِنْ أَخَذَ جَارَ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ وَلَزِمَ حَتَّى لَا يَمْلِكَ اسْتِزَادَهُ، لِأَنَّ الزَّوْجَ أَسْقَطَ مِلْكَهُ عَنْهَا بِعَوْضٍ رَضِيَتْ بِهِ، وَالزَّوْجُ مِنْ أَهْلِ الْإِسْقَاطِ، وَالْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ الْمُعَاوَضَةِ وَالرِّضَا فَيَجُوزُ فِي الْحُكْمِ وَالْقَضَاءِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص150.

(2) سورة النساء، الآية 34.

والحنفية والمالكية وجمهور الحنابلة، واستدلوا لرأيهم هذا من الكتاب بقوله ﷺ: ﴿ فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾⁽¹⁾، فقد أحلت هذه الآية للزوج أن يأكل ما طابت به نفس الزوجة، فيحمل القول الكريم مع عمومته، على جواز ذلك حتى وإن لم يكن نظير شيء، فأولى إذا ملكتها به بضعها، ومن المعقول بكون الإفتاء في هذا المقام معاوضة تجوز حال الخصومة فجازت مع التراضي، ولأن كل عقد صح مع الكراهة، يصح مع التراضي من باب أولى كسائر العقود⁽²⁾.
وافترق هؤلاء انتهاءً بشأن حكم هذا الخلع حيث قال الشافعية بإباحته⁽³⁾، في حين جرح غيرهم من المجوزين إلى القول بکراهته⁽⁴⁾.

(٢) الرأي غير المجوز: وقوامه حرمة الخلع إذا كان بغير سبب، وبه قال الزهري وعطاء والنخعي وابن المنذر وداود الظاهري وابن حزم، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد ومعه نفر من الحنابلة⁽⁵⁾، وإليه ذهب الزيدية⁽⁶⁾ والإمامية⁽¹⁾، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ

(1) سورة النساء، الآية 4.

(2) «وَلَأَنْ كُلَّ عَقْدٍ صَحَّ مَعَ الْكَرَاهَةِ فَأُولَى أَنْ يَصِحَّ مَعَ الرِّضَى، وَكَسَائِرِ الْعُقُودِ مِنَ الْبُيُوعِ وَغَيْرِهَا». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 7.

(3) «وإن لم تكره منه شيئاً وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز». أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، المجموع شرح المذهب، مع «تكملة السبكي والمطيعي»، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 17، ص 3. «وإن لم تكره منه شيئاً وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عز وجل: ﴿ فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾» ولأنه رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالإقالة في البيع». أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 2، ص 489.

(4) «(وَإِنْ خَالَعَتْهُ) الْمَرْأَةُ (مَعَ اسْتِقَامَةِ الْحَالِ كُرْهًا) ذَلِكَ» منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 5، ص 212.

(5) «... وهو أن يكون الحال بينهما مستقيمة (...)» (وعن أحمد) ما يدل على عدم الجواز، قال: الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل، فتعطيه المهر فهذا الخلع، وظاهر هذا أن غير هذا ليس بخلع، وفيه أيضا دليل لقول أبي بكر في المسألة قبل، وإلى هذا ميل أبي محمد قال: الحجة مع من حرمه. «شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: 772هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، دار العبيكان، الطبعة الأولى، 1413هـ - 1993م، ج 5، ص 357 و358.

(6) «مَا وَقَعَ بِالتَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ وَلَا نُشُوزٍ وَلَا خَوْفٍ (...) لَا يَصِحُّ (...) وَلَمْ يُفْصَلْ (...)» قُلْتُ : حُجَّتُنَا أَصْرُحُ وَأَرْجَحُ لِلْخَطَرِ وَالْقِيَاسِ، إِذْ هُوَ طَلَاقٌ لَا لِحْوَفَ تَعَدُّ، فَلَا يَحِلُّ الْعَوْضُ عَلَيْهِ، كَلَوْ كَانَ النُّشُوزُ مِنَ الزَّوْجِ بِالتَّضَرُّرِ. «أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 257.

غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ.»⁽²⁾، ولما روي عنه عليه السلام أيضاً أنه قال: «الْمُخْتَلَعَاتُ هُنَّ الْمُتَنَفِّثَاتُ.»⁽³⁾، ولأنه عبثٌ ولا حاجة تدعو إليه، وفيه هدم لكيان الأسرة المستقرة دون ضرورة، واستدلوا لرأيهم هذا بآية الافتداء التي قصرت الأخذ والبذل على حالة الخوف، ثم غلظت بالوعيد على المخالف مصداقاً لقوله عليه السلام: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽⁴⁾، ومن السنة النبوية المطهرة، ما ورد في أحاديث الباب، وقد انطوت كلها على أسباب موجبة للافتداء.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الرأيين، عند طلب الخلع، فعلى المذهب الأول لا يشترط أن تذكر المرأة سبباً له، في حين يتعين عليها وفق المذهب الثاني أن تسوق الدافع الذي حملها على ذلك. ولعل الرأي الراجح في تقديرنا، ما اعتنقه أصحاب المذهب الثاني حين قرروا عدم جواز الخلع من غير سبب، لأن القول بخلاف ذلك، زيادةً على تعارضه مع صريح النصوص الشرعية الموجبة للافتداء، فإنه ينافي مقاصد الإسلام من الزواج، ويجعل الأسرة المسلمة رهينة الأهواء والرغبات العارضة، وهو ما يحملنا على الاعتقاد بأن المشرع الجزائري قد جانب الصواب حينما اعتنق الرأي الأول القاضي بجواز الخلع وإن انتفى كل مسوغ لطلبه.

(1) «لَوْ خَالَعَهَا، وَالْأَخْلَاقُ مُلْتَمِئَةٌ لَمْ يَصِحَّ الْخُلْعُ وَلَا يَمْلِكُ الْفَدْيَةُ، وَلَوْ طَلَّقَهَا وَالحَالُ هَذِهِ بَعُوضِي، لَمْ يَمْلِكِ الْعَوْضُ، وَصَحَّ الطَّلَاقُ وَلَهُ الرَّجْعَةُ» جعفر المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، المرجع السابق، ج 4، ص 162.

(2) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) سورة البقرة، الآية 229.

المبحث الثاني

تكييف الخلع

تكتنف مسألة تكييف الخلع أهمية قصوى، من منطلق أثرها على التصرف عينه، سيما ما تعلق منه بمدى قدرة الزوجين على ممارسة الحق في الاختلاع، فإذا سلمنا جدلاً بطبيعته العقدية، فإنه يتعذر المصير إليه قطعاً، إلا إذا تناكحت الإرادتان لإحداثه، وهو المعنى الذي أجمع الفقه على اعتباره أصلاً في الافتداء (المطلب الأول)، أما إذا خرج عن أصله هذا وظل منتجاً، انقلب إلى عملٍ قسريٍّ في حق الزوج سواء تكفل القاضي بإيقاعه على وجه الإكراه، أو اتجه إليه قصد الزوجة بإرادتها المنفردة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الخلع تصرف رضائي

لا خلاف بين الفقه حديثه وقديمه حول رضائية الاختلاع كقاعدة عامة - وهو المعنى الذي قبضت عليه جل التشريعات الأسرية في البلاد العربية⁽¹⁾ - يستوي في ذلك النظر إليه من جهة تكوينه (الفرع الأول)، أو من حيث حكمه أو أثره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

من حيث المبنى

يقتضي الحديث عن تكييف الخلع من حيث مبناه، النظر ابتداءً إلى طبيعته العقدية (أولاً) دون التغاضي عن كونه طلاقاً في الأصل، وهو ما يدعونا لبحث إحدى الصور التي عادة ما تلبس به - ويتعلق الأمر بالطلاق على مال - من خلال عقد مقارنة بينهما (ثانياً).

أولاً: الطبيعة العقدية للخلع

لقد اهتم الفقهاء ببيان طبيعة الخلع من حيث كونه عقداً يستدعي توافق إرادتين لقيامه كسائر العقود، أم أنه مجرد تصرف شرعي لا ينحسر في خانة الاتفاق بمفهومه الخاص، رغم ما لإرادة الطرفين من سلطان في إحداثه؟ وما ينفك عن هذا التكييف من آثار مهمة، تتعلق بكنهه، لاسيما وأن الزوجة

(1) إلا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (54) من قانون الأسرة، حين أشار إلى ذلك ضمناً وعلى سبيل الاستثناء.

تستهدف بمقتضاه فكك نفسها بعوض تدفعه لزوجها، وأن الزوج لا يقابل ذلك بمعوضٍ معتبرٍ إلا ما أخرجته من بضعٍ لها سبق وأن ملكه عن طريق النكاح.

لكن، وقبل الخوض في التفاصيل التي طرحناها، يتوجب علينا استهلالاً بيان المقصود بالعقد فقهاً، لأن المتبع لكلام الفقهاء، يدرك أن لمصدر الالتزام هذا مدلولان، ينصرف أولهما للتعبير عما ينشئه ترابط الكلامين من أثرٍ شرعي في حق أحد العاقدین أو كليهما، وهو ما يتفق مع التعريف القانوني للعقد من كل وجه، في حين ينصرف الثاني للدلالة عموماً على كل تصرفٍ شرعي، يستوي انعقاده بكلام الواحد أو تلاقي الإرادتين، لأن العقد - وفق هذا التصور - كل ما انعقد عزم الشخص على إتيانه، وهو في اللغة الشد، ثم نقل إلى الأيمان والتصرفات الشرعية، فصار معبراً عما يلتزم به الشخص أو يلزم به في المستقبل، وترتيباً عليه ينضوي تحت مسمى العقد - من هذا المنظور - كل تصرفٍ ملزمٍ لجانبيين كالبيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات، لانطوائها على التزامات متقابلة، وكذلك الشركة وغيرها من الاتفاقات الأقرب للتنظيم لما فيها من معنى العقد، كما يتسع هذا التصور أيضاً، لاحتواء العهد أو الحلف على شيء في المستقبل، لأن الخالف أو المتعهد قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه أو تعهد به، بل ويعد عقداً كل شرطٍ يشترطه الشخص على نفسه، لأنه التزم الوفاء به في المستقبل.

والحاصل أن العقد بهذا العموم شامل لكل ما التزم الشخص الوفاء به في المستقبل، إما بإرادته منفردة أو بالاتفاق مع غيره، وقد استقر رأي الكثير من الفقهاء على هذا الإطلاق، حتى أنهم استرسلوا في إسقاط التعليق والشروط المقترنة بالعقود على الطلاق والإبراء وغيرهما مما ينسب للإرادة منفردة باحتسابها عقوداً، مع أنها لا تعتبر كذلك إلا على هذا المعنى.

نستشف من هذا التفریع، أن العلاقة بين العقد بمفهومه الضيق والتصرف الشرعي، علاقة عموم وخصوص، إذ أن كل عقد بهذا الوصف يعتبر تصرفاً شرعياً، والعكس غير صحيح، لأن الثاني أعم من الأول، في حين يكون العقد مرادفاً للتصرف ومساوياً له في الدلالة والمعنى، إذا أعتمد بمفهومه الموسع، على اعتبار التصرف الشرعي ما صدر عن الشخص ورتب عليه الشارع أثراً في المستقبل.

وفي الجملة، يطلق لفظ العقد أحياناً ويراد به المعنى العام للدلالة على التصرف الشرعي، ويساق أحياناً أخرى استهدافاً للمعنى الخاص ويُقصد به توافق إرادتين على إحداث أثر يقره الشارع، والعقد بهذا المعنى الأخير هو الشائع المشهور، حتى أنه استأثر بهذا الاسم أو كاد، وتبادر إلى الذهن

دون غيره كلما سيقّت كلمة العقد مطلقة دون تخصيص، ومن ثمة صارت هذه الكلمة غير مفيدة للعقد بالمعنى الثاني، إلا بتنبّيه يدل على ذلك، ولا نكاد نجد لها مرصوداً للدلالة على الطلاق أو الإبراء أو اليمين من غير وصفٍ يصرفها إليه⁽¹⁾.

ولما كان الخلع مزيجاً من التصرفات - لانطوائه على معنى المعاوضة نتيجة ما يبذل فيه من عوض، وعلى التبرع لانتفاء المعوض المتقوم بمال، وأقوى منهما ما يتضمنه من طلاق، لأن الغاية القصوى من الافتداء، هي فك عرى الزوجية بما يتفرد به الزوج من حقٍ في حلها - وجب النظر ابتداءً إلى طبيعته في ضوء ما سقناه آنفاً من محددات، على أن نعود انتهاءً لفحص التصرفات التي تضافرت في تكوينه.

على قلة التعريفات الفقهية التي نصت صراحة على الطبيعة العقدية للخلع⁽²⁾، إلا أن الفقهاء وعلى اختلاف مشاربهم، أغرقوا في بيان هذه الطبيعة ولو على نحوٍ متناثرٍ بمناسبة فحصهم لأركان الخلع وشروطه، وهي مفاعيل تقطع باعتباره عقداً بالمعنى الخاص، ولا أدل على ذلك، من تقريرهم لموافقة الإيجاب فيه للقبول، وضرورة اتصال كل شرطٍ منهما بالآخر، واقتضائهم لصيغةً معتبرة في إيقاعه لا تتحقق إلا بألفاظ خاصة، وإسقاطهم لأوصاف الصيغة في العقود - من شرطٍ وتعليقٍ وإضافةٍ - عليه، مع مراعاة خصوصياته، كما أسهبوا في الحديث عن شروطه، من مخالغٍ ومخالعةٍ وعوضٍ ومعوضٍ كما سرى في الفصل اللاحق، وهذه العناصر تحمل كلها على القول بكونه عقداً بالمفهوم الضيق، يستلهم صفته الرضائية من قوله ﷺ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽³⁾، حيث أباح النص السامي

(1) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون طبعة، 1996م، ص 173 و 174.

(2) «...الْخُلْعُ بَأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ عَلَى الْبُضْعِ تَمْلِكُ بِهِ الزَّوْجَةُ نَفْسَهَا وَتَمْلِكُ الزَّوْجُ الْعَوْضَ بِهِ». محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 3.

«...عقد على عوض مال أو في حكمه صائراً أو بعضه إلى الزوج غالباً من زوجته صحيحة التصرف ولو محجورة ناشئة عن شيء مما يلزمها له من فعل أو ترك أو من غيرها كيف كانت مع القبول أو ما في حكمه في مجلس العقد أو الخبر به قبل الإعراض فيهما». محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بدون تاريخ، ص 414. «وَالْخُلْعُ مَاخُودٌ مِنْ خَلْعِ اللَّبَاسِ (...) وَهُوَ عَقْدٌ وَشَرْطٌ، فَالْعَقْدُ مَا تَوَسَّطَتْ فِيهِ الْبَاءُ أَوْ الْأُمُّ، أَوْ عَلَى، قُلْتُ: أَوْ مَا فِي مَعْنَاهَا فِي إِفَادَةِ التَّعْلِيلِ كَأَنَّ طَالِقٌ، بِأَلْفٍ أَوْ لِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ، أَوْ حَتَّى تُعْطِيَنِي أَلْفًا». أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 251.

(3) سورة البقرة، الآية رقم 229.

افتداء الزوجة نفسها بمال من جهة، وأباحه حلالاً طيباً للزوج نظير تسريحه إياها بإحسان من جهة أخرى.

وقد سائرت جل التشريعات الأسرية العربية الفقه الإسلامي - في إضفاء هذه الخاصية على المخالعة كقاعدة عامة - إما تصريحاً أو تعريضاً، من ذلك ما نصص عليه المشرع الإماراتي بقوله: « الخلع عقد بين الزوجين يترضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها. »⁽¹⁾، وما أشار إليه قانون الأحوال الشخصية العراقي: « الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو في ما معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي... »⁽²⁾، وما ذهب إليه المشرع السوداني: « الخلع هو حل عقدة الزواج بتراضي الزوجين على بدل بلفظ الخلع أو في ما معناه. »⁽³⁾، وما قضى به المشرع الأردني: « الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبرأة أو ما في معناها. »⁽⁴⁾، والمشرع الكويتي بقوله: « الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع، أو الطلاق أو المبرأة أو في ما معناها. »⁽⁵⁾، والقانون السوري الذي نص على أنه: « لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر. »⁽⁶⁾، والتشريع المصري بما نصه: « للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع. »⁽⁷⁾، وكذا نظيره المغربي بقوله: « للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع. »⁽⁸⁾.

وهي نصوص تفيد جميعها، بكون المخالعة عقد على سبيل الحصر أو بحسب الأصل، إلا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين قررها من باب الاستثناء، عطفاً على قاعدة استئثار الزوجة بإيقاع الخلع بإرادتها منفردة، حين قضى في صدر الفقرة الثانية من المادة (54) من قانون الأسرة بأنه: « إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع... »، وعلى الرغم من أن النص يتناول مسألة الاختلاف حول بدل

(1) البند الأول من المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي لدولة الإمارات العربية رقم 28 لسنة 2005.

(2) الفقرة الأولى من المادة 46 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

(3) المادة 142 من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991.

(4) المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010.

(5) المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.

(6) المادة 96 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(7) المادة 20 من القانون 1 لسنة 2000.

(8) المادة 115 من مدونة الأسرة المغربية.

الخلع، فإنه يتسع حتماً للمخالعة عن طريق الاتفاق ولو بمفهوم المخالفة، إذ ليس ثمة ما يحول بينه وبين ذلك.

نخلص مما سبق أن الخلع لا يخرج - بحسب الأصل - عن كونه عقداً بالمعنى الضيق، إلا أنه يكتسي طبيعة خاصة أسهمت في إضفائها عليه، حزمة التصرفات المتزاخمة في تكوينه، والتي أثرت إلى حد بعيد في تباين مواقف الفقهاء بشأن تكييفه حتى وإن أجمعوا على خاصية المعاوضة فيه، حيث يرى البعض بكونه معاوضة صرفة من الجانبين، بينما يرى آخرون أنه يمين من جانب الزوج ومعاوضة منها، وقرر نفر أن صفة المعاوضة التي يلحد إليها الفقه ليست تامة من كل وجه، لما فيها من شوب الجعالة، وما تنطوي عليه من التسامح الذي يقبل دخول الغرر عليه، وهو ما لا يسوغ في المعاوضات المالية المحضة، وعلى ضوء هذا التخريج تبني مسائل وتفرع أخرى، وهو ما سنعكف على بحثه في المذاهب الفقهية الأربعة تباعاً.

لقد جنح الإمام أبو حنيفة إلى القول باعتبار الخلع يمين من جهة الزوج، ومعاوضة من جهة الزوجة، وينفك عن هذا التكييف، امتناع رجوعه عما أوجب به قبل قيامها من المجلس، لأن الأيمان لا تقبل الرجوع بحال، وبالتالي إذا وافقت لزمه الطلاق، ويظل إيجابه منتجاً إلى غاية رفضها أو قيامها عن المجلس، كما لا يحق له الخيار فيما إذا اشترطه لنفسه، لأنه لا خيار في الأيمان، فإذا حدث وأن فعل سقط الشرط وبقي الإيجاب قائماً، في حين يحق لها الرجوع قبل صدور القبول من جانبها، لأنه بمنزلة البيع في حقها، ويبقى كلامها نافذاً إلى ما وراء المجلس، كما أن لها اشتراط الخيار إذا اتجهت إرادتها إليه⁽¹⁾، أما صاحباه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني فاعتبرا يميناً منهما جميعاً⁽¹⁾، يسري في شأنه ما ذكرناه في اليمين آنفاً.

(1) «(وَلَهُ أَنَّ الْخُلْعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ) يَعْنِي مُعَاوَضَةً (وَلِذَا صَحَّ رُجُوعُهَا) عَنْهُ إِذَا ابْتَدَأَتْ قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَ هُوَ (وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ) بِاتِّفَاقٍ بَيْنَنَا، حَتَّى لَوْ قَامَتْ فَقَبِلَ هُوَ أَوْ قَامَتْ ثُمَّ قَبِلَتْ فِيمَا إِذَا كَانَ هُوَ الْمُبْتَدِي لَا يَصِحُّ، وَلَوْ ذَكَرْتَهُ بِصَرِيحِ الشَّرْطِ (...) (وَفِي جَانِبِهِ يَمِينٌ) كَمَا قَالَا (حَتَّى لَا يَصِحَّ رُجُوعُهُ) بَعْدَ قَوْلِهِ أَنْتِ أَوْ هِيَ طَالِقٌ عَلَى كَذَا أَوْ بِكَذَا (وَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ) فَلَا يَبْطُلُ إِلَّا أَنْ يَنْقُضِي مَجْلِسَ خَطَايَا أَوْ مَجْلِسَ ثُلُوعِهَا الْخَبْرُ قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَ، وَيَصِحُّ تَغْلِيغُهُ وَإِضَافَتُهُ، حَتَّى لَوْ قَالَ إِذَا جَاءَ عَدُوٌّ فَخَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ أَوْ فَقَدْ طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ وَقَبِلْتُ فِي الْعَدُوِّ فِي مَجْلِسِ عِلْمِهَا وَقَعَ وَلَزِمَهَا الْمَالُ، وَلَا يَصِحُّ قَبُولُهَا قَبْلَ الْعَدُوِّ لِأَنَّ نَفْسَ الْإِيجَابِ مُعَلَّقٌ بِالشَّرْطِ وَهُوَ عَدَمُ قَبْلِهِ، وَلَا يَصِحُّ الْقَبُولُ قَبْلَ الْإِيجَابِ (وَلَا خِيَارَ فِي الْأَيْمَانِ) فَبَطُلَ خِيَارُهُ، وَيَصِحُّ فِي الْبَيْعِ فَيَصِحُّ خِيَارُهَا. كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج4، ص231. «(وَلَا يَمِينٌ خَلْعٌ أَنْ الْخُلْعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ) أَلَا

هذا ويرى المالكية أن الخلع معاوضة صرفة تسري عليها أحكام المعاوضات من جواز الرجوع فيه قبل صدور القبول، وانقضاء الإيجاب بقيام العاقد عن مجلسه ما لم يلق كلامه قبولاً صحيحاً، وهكذا بالنسبة لباقي شروط المعاوضة⁽²⁾، مع أنهم أمضوا الخلع إذا فسد البذل واعتبروه طلاقاً بائناً⁽³⁾، ويعزى سبب ذلك إلى نفاذ الخلع عندهم وإن وقع بغير بدل، وهو ما لا يتفق مع هذا التكييف كما أشار إليه بعض المصنفين منهم⁽⁴⁾، لأنه حينها، يكون أقرب إلى التبرعات منه إلى المعاوضات.

أما الشافعية فيرون أن الخلع من عقود المعاوضة المتضمنة لشوب الجعالة، على القول بأنه طلاق كما هو المفتى به في المذهب، وأنه معاوضة محضة من الجانبين على اعتباره فسخاً كما مال إليه الكثير من فقهاءهم، وفي ضوء هذا الاختلاف تتخرج أحكامه، كجواز التعليق في الطلاق وعدم إمكانه

تَرَى أَنَّهَا لَوْ رَجَعَتْ صَحَّ، وَلَوْ قَامَتْ مِنَ الْمَجْلِسِ بَطْلٌ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ صَحَّ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ، وَأَمَّا فِي جَانِبِهِ فَيَمِينٌ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهُ وَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ، وَلَا خِيَارَ فِي الْأَيْمَانِ. «محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي الباتري (المتوفى: 786هـ)، العناية شرح الهداية، يعلوه «الهداية للمرغيناني»، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4، ص231.

(1) «(قَوْلُهُ وَصَفْتُهُ يَمِينٌ مِنْ جِهَتِهِ مُعَاوَضَةٌ مِنْ جِهَتِهَا إلخ) فَتُرَاعَى أَخْكَامُ الْيَمِينِ مِنْ جَانِبِهِ وَأَخْكَامُ الْمُعَاوَضَةِ مِنْ جَانِبِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا هُوَ يَمِينٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَسَيَأْتِي تَمَرُّهُ الْخِلَافُ اهـ.» عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج2، ص267. «وصفته أنه من جانب المرأة معاوضة على قول أبي حنيفة - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -، أو يمين من الجانبين عندهما على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.» أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفى بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، (المتوفى: 855هـ)، يعلوها «الهداية للمرغيناني»، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ - 2000م، ج5، ص506.

(2) «والخلع معاوضة عن البضع تملك به المرأة نفسها وتملك الزوج به العوض» أبو الوليد محمد بن رشد، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ج1، ص558. «(قَوْلُهُ: (وَهُوَ الطَّلَاقُ بِعَوَضٍ): يُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ بِعَوَضٍ أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَلَا يَحْتَاجُ لِحُوزٍ كَالْعَطَايَا فَلَوْ أَحَالَ عَلَيْهَا الرُّوْحَ فَمَاتَتْ أَوْ فَلَسَتْ أَخَذَ مِنْ تَرَكَّتِهَا وَأُتْبِعَتْ بِهِ.» أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج2، ص518. «ابْنُ عَرَفَةَ: صِبْغَةُ الْخُلْعِ (...) وَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: الصِّبْغَةُ كَالْبَيْعِ فِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ إِلَّا أَنَّ يَنْقَعُ مُعَلَّقًا مُبْهَمًا فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ نَاجِزًا.» محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ - 1994م، ج5، ص297 و298.

(3) «وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْخُلْعَ إِذَا وَقَعَ بِشَيْءٍ حَرَامٍ سَوَاءٌ كَانَتْ حُرْمَتُهُ أَصْلِيَّةً (...) أَوْ كَانَتْ حُرْمَتُهُ غَارِظَةً (...) فَإِنَّ الْخُلْعَ يَنْفُذُ وَيَكُونُ طَلَاقًا بَائِنًا وَيُرَدُّ الْحَرَامُ.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص350.

(4) «(قَوْلُهُ طَلَاقٌ بِعَوَضٍ) يَرُدُّ عَلَى هَذَا التَّعْرِيفِ مَا وَرَدَ عَلَى تَعْرِيفِ الْمُصَنِّفِ مِنْ عَدَمِ شُمُولِهِ لَفْظِ الْخُلْعِ بِدُونِ عَوَضٍ.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص347.

في الفسخ⁽¹⁾ وغيره من الآثار التي سنعود إليها بالتفصيل في الفصل اللاحق عند حديثنا عن مقومات الخلع.

وعلى الرغم من اتفاق الحنابلة حول كونه فسخاً، إلا أن أقوالهم اضطربت بشأن طبيعة المعاوضة التي يكتنفها، إذ يرى البعض بأنه ليس معاوضة حقيقية، بل مجرد إسقاط للحق في البضع لا تمليك فيه، والإسقاط تدخله المسامحة، لذلك جاز بغير عوضٍ على روايةٍ، وهو المعتمد في المذهب، خلافاً لمن قال بكونه معاوضة تامة لا تصح من دون بدل⁽²⁾، وترتبا عليه اختلفت أقوالهم بشأن أحكامه ومنها جواز تعليقه على شرط، فعلى الرأي الأول ليس ثمة ما يحول دون ذلك، أي أن الخلع يصح منجزاً ومعلقاً على شرط لما فيه من معنى الطلاق، والمعاوضة التي تنطوي على التسامح⁽³⁾، ولا

(1) «قَالَ الْأَصْحَابُ: إِنْ جَعَلْنَا الْخُلْعَ فَسْخًا، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ مُخَصَّةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ لَا مَدْخَلَ لِلتَّعْلِيلِ فِيهِ، بَلْ هُوَ كَاتِبَتَاءُ النِّكَاحِ وَالتَّبَعِ (...) وَإِنْ جَعَلْنَاهُ طَلَاقًا، أَوْ جَرَى لَفْظُ الطَّلَاقِ صَرِيحًا، نَظَرَ هَلْ بَدَأَ الرِّجُوعُ بِالْإِقْبَاعِ، أَمْ بَدَأَتْ بِسُؤَالِهِ؟ الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: إِنْ بَدَأَ هُوَ بِطَلَقِهَا وَذَكَرَ الْعَوْضَ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ فِيهَا شَوْبُ تَعْلِيلٍ...» أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة، 1412هـ - 1991م، ج 7، ص 379 و 380. «(وَإِذَا بَدَأَ) الرِّجُوعُ بِالْهَمَزِ يَمَعْنَى ابْتِدَاءُ (بَصِيغَةٍ مُعَاوَضَةٍ كَطَلَقْتُكَ أَوْ خَالَعْتُكَ بِكَذَا) كَأَلْفٍ فَقَبِلَتْ (وَقُلْنَا الْخُلْعَ) فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ (طَلَقٌ) وَهُوَ الرَّاجِعُ كَمَا مَرَّ (فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ) لِأَخْذِهِ عَوْضًا فِي مُقَابَلَةِ مَا يُخْرِجُهُ عَنْ مِلْكِهِ (فِيهَا شَوْبُ تَعْلِيلٍ) لِتَوْقُفِ وَفُوقِ الطَّلَاقِ فِيهِ عَلَى قَبُولِ الْمَالِ، أَمَّا إِذَا قُلْنَا: الْخُلْعُ فَسْخٌ فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ مُخَصَّةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، إِذْ لَا مَدْخَلَ لِلتَّعْلِيلِ فِيهَا بَلْ هُوَ كَاتِبَتَاءُ الْبَيْعِ (و) عَلَى الْمُعَاوَضَةِ (لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ قَبُولِهَا) لِأَنَّ هَذَا شَأْنُ الْمُعَاوَضَاتِ.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 441.

(2) «وَلَأَنَّ الْخُلْعَ لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ حَقِيقَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ إِسْقَاطُ حَقِّهِ مِنَ الْبُذْعِ، وَإِذَا تَدَخَّلَهُ الْمَسَامِحَةُ، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَا يَصَحُّ الْخُلْعُ، لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ، وَلَا تَفْرِيعَ عَلَى هَذَا...» شمس الدين محمد الزركشي، شرح الزركشي، المرجع السابق، ج 5، ص 362. «وَلَأَنَّ الْخُلْعَ إِسْقَاطُ حَقِّهِ مِنَ الْبُذْعِ، وَلَيْسَ فِيهِ تَمْلِيكٌ شَيْءٍ، وَالْإِسْقَاطُ تَدْخُلُهُ الْمَسَامِحَةُ، وَلِذَلِكَ جَازَ بِغَيْرِ عَوْضٍ - عَلَى رِوَايَةٍ، (وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَا يَصَحُّ) وَإِنَّهُ قِيَاسٌ قَوْلُ أَحْمَدَ، وَجَزَمَ بِهِ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجُوزِيُّ، لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ، فَلَمْ يَصِحَّ بِالْمَجْهُولِ كَالْبَيْعِ (وَالْتَفْرِيعُ عَلَى الْأَوَّلِ)، لِأَنَّهُ الْمَذْهَبُ...» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج 6، ص 279.

(3) «وَقَالَ فِي الْكَافِي: يَصَحُّ الْخُلْعُ مِنْجَزًا وَمَعْلَقًا عَلَى شَرْطٍ، لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الطَّلَاقِ.» ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (المتوفى: 1353هـ)، منار السبيل في شرح الدليل، المحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة السابعة، 1409هـ - 1989م، ج 2، ص 228. «وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْخُلْعِ وَالنِّكَاحِ، أَنَّ الْخُلْعَ يَصِحُّ تَعْلِيلُهُ عَلَى شَرْطٍ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ (وَإِنْ تَرَخَى) الْقَبُولُ (عَنْهُ) أَيْ: عَنِ الْإِجَابِ (صَحَّ مَا دَامَا فِي الْمَجْلِسِ وَلَمْ يَتَشَاغَبَا بِمَا يَقْطَعُهُ).» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج 6، ص 96.

يسوغ ذلك على الرأي الثاني، فإذا حدث وأن عُلق على شرط أو اشترط العاقد لنفسه الخيار، صح الخلع وبطل الشرط، لأن الخيار في البيع لا يمنع وقوعه، ومتى وقع فلا سبيل إلى رفعه⁽¹⁾.

مما سبق عرضه، نميل إلى القول باعتبار الخلع عقد معاوضة شبيهة بالتبرع من جهة الزوجة، ومعاوضة ملازمة ليمين من جهة الزوج، أما كونه معاوضة شبيهة بالتبرع من جهتها، فلأن العصمة التي قبلت دفع العوض نظير استخلاصها من الزوج ليست شيئاً متقوماً بما لا يدخل في ملكها، لذا كان الخلع من جانبها أشبه بالتبرع، لأنها تبذل مالاً ولا يدخل في ذمتها نظيره، الأمر الذي حمل الفقهاء على اعتبارها متبرعة ببذل الخلع، إلا أنه ليس تبرعاً تاماً من كل وجه لأنها تستهدف به فكاًك نفسها، وهو ما يضيف على التصرف بعضاً من المعاوضة.

أما كونه معاوضة ملازمة ليمين من جهة الزوج، فلأنه دخل في ذمته ما أدته الزوجة بدلاً لما خرج من عصمته، مع أن بعض الفقهاء يقررون أن البضع متقوم عند دخوله إلى ملك الزوج، غير متقوم عند خروجه، لأنه لو تزوجها على ما لا يعتبره الشارع مالاً، استحققت مهر المثل، ولو خالعاها على ذات العوض صح الخلع، ولم يستأهل عليه شيئاً، من منطلق تعلق أحكام المتقومات بالبضع عند دخوله إلى الملك، كاستقرار المهر بالدخول، ووجوبه بوطء الشبهة، لذا أمكن للأب أن يزوج ابنه الصغير وامتنع عليه خلع ابنته القاصر بشيء من مالها، ولا فرق بين الأمرين، إلا أنه زاد في ملك ابنه بالنكاح ما له قيمة، وأخرج بالخلع مال ابنته نظير ما لا قيمة له في خروجه إليها، ولو كان خروج البضع من ملك الزوج متقوماً، لكان قد بذل مالها فيما له قيمة، وذلك لا يمتنع، ويدل عليه أيضاً أنه لو طلق زوجته في مرض موته لم يعتبر من الثلث، ولو كان لخروج البضع قيمة، لاعتبر من الثلث، كما أنه لو خالعاها في مرض موته بأقل من مهر مثلها، صح الخلع، ولو كان خروجه متقوماً لكان بمثابة بيعه لسعة بأقل من ثمنها فيكون محاباة محسوبة من الثلث، ويدل عليه أيضاً جواز تطليق القاضي عليه في الإيلاء والعنت

(1) «وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِقَوْلِهِ إِنْ بَذَلْتُ لِي كَذَا فَقَدْ خَلَعْتُكَ (...) قَالَ ابْنُ نَصْرِ اللَّهِ: وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّ الْخُلْعَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَا الْمُتَعَاوِدَيْنِ، فَلَمْ يَصَحْ تَعْلِيْقُهُ بِشَرْطٍ، كَالْبَيْعِ، انْتَهَى.» محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: 763هـ)، كتاب الفروع، يليه «تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي»، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1424هـ-2003م، ج8، ص431. «أن يقع منجزاً» فلا يصح تعليقه على شرط، ك: إن بذلت لي كذا فقد خالعتك، إلخا له بعقود المعاوضات، لاشتراط العوض فيه.» إبراهيم ابن ضويان، منار السبيل، المرجع السابق، ج2، ص228.

والإعسار بالنفقة وغير ذلك مجاناً، ولا عهد لنا في الشريعة بمتقوم يخرج عن ملك مالكة قهراً بغير عوض⁽¹⁾.

في حين ذهب آخرون إلى القول بكونه متقوم عند الخروج أيضاً بدليل قوله ﷺ: ﴿وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعاقِبْتُمْ فَاتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ مِّثْلَ مَا أَنْفَقُوا^ط وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي أَنْتُمْ بِهِ مُؤْمِنُونَ﴾⁽²⁾، وفيه أمر للمسلمين بأن يردوا مهر من فاتته زوجته إلى الكفار، كما أمر ﷺ المسلمين في هذه القصة بأن يسألوا مهور نسائهم، وأن يسأل الكفار بدورهم مهور زوجاتهم اللاتي أسلمن وهاجرن، بقوله ﷺ: ﴿وَسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنْفَقُوا^ط ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ تَحْكُمُ بَيْنَكُمْ^ط وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾⁽³⁾، ولولا أن خروج البضع متقوم، لم يكن لأحد الفريقين على الآخر مهر⁽⁴⁾، كما أن الصحابة رضي الله عنهم حكموا في المفقود، بما حكموا به من رد صداق زوجته إليه بعد دخول الثاني بها، دليل على أنه متقوم في خروجه، وفي هذا يقول الإمام أحمد: «أي شيء يذهب من خالفهم، فهذا القرآن والسنة وأقوال الخلفاء الراشدين دالة على تقويمه، ولو لم يكن له قيمة لما صح بذل نفائس الأموال فيه، بل قيمته عند الناس من أعلى القيم، ورغبتم فيه من أقوى الرغبات، وخروجه عن ملك الرجل من أعظم المعارم، حتى يعده غرماً أعظم من غرم المال.»⁽⁵⁾.

وأما كونه يميناً، فلأنه أحد أنواعها، ويسمى يميناً بالطلاق، ذلك أن الزوج عندما يخالع زوجته، كأن يقول لها طلقتك على ألف، فكأنما قال لها: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، وهذا تعليق للخلع على قبول الزوجة أداء المال، والتعليق يمين، ويكون مقصود الحالف من ورائها تحقق الشرط والجزاء، فمن قال

(1) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج3، ص166. محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص460.

(2) سورة الممتحنة، الآية رقم 11.

(3) سورة الممتحنة، الآية رقم 10.

(4) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728هـ)، المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمعه ورتبه وطبعه على نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم (المتوفى: 1421هـ)، الطبعة الأولى، 1418هـ، ج5، ص38.

(5) ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، المرجع السابق، ج3، ص167.

لامراته إن أعطيني ألفا فقد خالعتك، فإنه يستهدف الحصول على المال، لا أن يمنع وقوع الجزاء المتمثل في الطلاق، كما هو شأن بعض أنواع الطلاق المعلق، ومنها قول الزوج لزوجته أن خرجت من الدار فأنت طالق، فالحالف هنا يتوخى بيمينه عدم وقوع الشرط والجزاء معاً.

ثانياً: الطلاق على مال

لقد انتهينا إلى تقرير حقيقة قوامها أن الخلع عقد ذو طبيعة خاصة، وأنه اتفاق مختلط تتمازج في تكوينه مجموعة من التصرفات المدنية والأسرية، وعلى رأسها الطلاق، فهل يختلف الخلع بوصفه مجموعاً، عن الطلاق - باعتباره جزء من هذا المجموع - في الأحوال التي يتوقف فيها على بذل المال؟

افترق الفقهاء بشأن هذه المسألة إلى فريقين، يرى أولهما، وهو مذهب الحنفية، أن الفرقة بين الزوجين على مال تعد خلعاً متى جاءت بألفاظ مخصوصة كالخلع والمبارأة، وتكون طلاقاً على مال، حال وقوعها بلفظ الطلاق، هذا ويشترك الخلع والطلاق على مال في ضرورة قبول الزوجة فيهما جميعاً، لأنها من يلتزم ببذل العوض، وأنه يقع بهما طلاق بائن لا رجعة فيه.

ويقرر الأحناف أن الخلع والطلاق على مال يختلفان من عدة أوجه أهمها، أنه إذا بطل العوض في الثاني، وقع الطلاق رجعياً متى كان دون الثلاث، وكانت المرأة مدخولاً بها دخولاً حقيقياً، لأن فساد البذل يعيد الطلاق إلى صورته الأولى، فيقع رجعياً، أما إذا بطل البذل في الخلع كأن يكون المال محرماً، فإنه لا يمنع من وقوعه بائناً لأن القصد من الخلع البينونة، فليس الخلع عندهم إذن مساوياً للطلاق على مال من كل وجه⁽¹⁾، لأنه يقع بائناً ببذل أو بدونه، بخلاف الطلاق على مال الذي ينقلب رجعياً في حال فساد بدله.

كما أنهما يفترقان عن بعضهما، من حيث أن الخلع عند أبي حنيفة مسقط لجميع الحقوق الثابتة لكل واحد من الزوجين تجاه الآخر، سواء نص على سقوطها أم لم ينص، طالما كانت هذه

(1) «وَأَمَّا الطَّلَاقُ عَلَى مَالٍ فَهُوَ فِي أَحْكَامِهِ كَالْخُلْعِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ طَلَّاقٌ بِعَوَضٍ فَيُعْتَبَرُ فِي أَحَدِهِمَا مَا يُعْتَبَرُ فِي الْآخَرِ إِلَّا أَنَّهُمَا يَخْتَلِفَانِ مِنْ وَجْهِ، وَهُوَ أَنَّ الْعَوَضَ إِذَا أُبْطِلَ فِي الْخُلْعِ بَانَ وَقَعَ الْخُلْعُ عَلَى مَا لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ يُنْقَى الطَّلَاقُ بَائِناً، وَفِي الطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ إِذَا أُبْطِلَ الْعَوَضُ بَانَ سَمِيًّا مَا لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ فَالطَّلَاقُ يَكُونُ رَجْعِيًّا، لِأَنَّ الْخُلْعَ كِنَايَةٌ، وَالْكِنَايَاتُ مُبَيِّنَاتٌ عِنْدَنَا.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص152. «(قَوْلُهُ: وَتَمَرُّهُ) أَيُّ تَمَرُّهُ تَقْيِيدُ الطَّلَاقِ بِكَوْنِهِ عَلَى مَالٍ دُونَ الْخُلْعِ تَظْهَرُ فِيْمَا لَوْ بَطَلَ الْبَدَلُ كَمَا سَيَجِيءُ أَنَّهُ لَوْ طَلَّقَهَا بِخَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، أَوْ مَيْتَةٍ وَقَعَ بَائِنٌ فِي الْخُلْعِ رَجْعِيٍّ فِي الطَّلَاقِ بِمَالٍ فِيْمَا لِيُطْلَقَ الْبَدَلُ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص444.

الحقوق بسبب الزوجية القائمة بينهما، في حين اشترط محمد بن الحسن ضرورة النص على الحق المراد إسقاطه، وبالتالي لا يكون معنياً بالسقوط كل حق لم تنطو عليه عبارة الزوجين، سواء كانت هذه العبارة بلفظ الخلع أو بلفظ الإبراء، بينما وافق القاضي أبو يوسف صاحبه أبا حنيفة بشأن المبارأة وخالفه في الخلع، واتفق مع محمد حول الخلع وخالفه في المبارأة، بحيث إذا وقعت الصيغة بلفظ الخلع، امتنع سقوط كل حق لم يرد ذكره، أما إذا جاءت بلفظ المبارأة سقط عن كل واحد من الزوجين ما عليه من حقوق تجاه الآخر، شريطة أن تكون هذه الحقوق ناشئة عن عقد الزوجية القائم بينهما⁽¹⁾، وذلك بخلاف الطلاق على مال، والذي لا يسقط به - عندهم جميعاً - شيء من حقوق الزوجية اتفاقاً، إلا إذا نص عليه⁽²⁾.

في المقابل يرى جمهور الفقهاء، أنه لا فرق بين الخلع والطلاق على مال، حيث يقع بهما طلاق بائن لا يملك به الزوج رجعة على زوجته⁽³⁾.

والرأي الراجح في تقديرنا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم التفرقة بينهما، لأنه يقع بكل منهما طلاق بائن، وأن الغاية من الطلاق على مال هي عين الغاية من الخلع، وأن العبرة في العقود والتصرفات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

(1) «المبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة " رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع أبي حنيفة رحمه الله في المبارأة. » علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2، ص264.

(2) «بخلاف الطلاق على مال، لأنه لا يدل على إسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح لا نصاً، ولا دلالاً. » علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص152.

(3) «واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد وهو: بذل المرأة العوض على طلاقها. » ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج3، ص89. «قوله: (يجوز الخلع) (...) (وهو الطلاق بعوضي). » أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج2، ص518. «إذا قالت المرأة للزوج: طلقني على ألف، فقال: خالعتك، أو حرمتك، أو أبنتك على ألف، ونوى الطلاق صح الخلع» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج17، ص40. «إذا قالت امرأتها: طلقني بدينار. فطلقها، ثم ارتدت، لزمتها الدينار، ووَقَعَ الطلاق بائناً، ولا تؤثر الردة، لأنها وجدت بعد البينونة. » موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص332.

الفرع الثاني

من حيث الأثر

لا خلاف بين الفقهاء حول طبيعة الخلع متى جاء بلفظ الطلاق أو نيته، لأنه لا يخرج في هذا الفرض عن كونه طلاقاً بالإجماع، يبدأ أنهم تنافروا - بشأن تكييفه حال وقوعه بغير هذا اللفظ أو نيته - إلى فريقين، جنح أولهما إلى القول باعتباره طلاقاً، إذ ليس ثمة - في تقديرهم - ما يجحد به عن هذا الأصل إلى غيره (أولاً) في حين ذهب الفريق الثاني إلى القطع بكونه فسخاً لا يستنفذ به الزوج عدد ما ملّكه الشارع الحكيم من طلاقات في مواجهة زوجته (ثانياً).

أولاً: الخلع من قبيل طلاق

وهذا مذهب جمهور الفقهاء، حيث روي ذلك عن عثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم، وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء، وقبيصة، وشريح، ومجاهد، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، والنخعي، والشعبي، والزهري، ومكحول، وابن أبي نجيح⁽¹⁾، ومالك⁽²⁾، والأوزاعي، والثوري، وأصحاب الرأي⁽³⁾، والظاهرية⁽⁴⁾، والشافعي في الجديد⁽⁵⁾، ورواية عن الإمام أحمد⁽¹⁾، وهو ما جنح إليه جمهور

(1) «وَأَمَّا مَنْ قَالَ: إِنَّهَا تَطْلِيقَةٌ (...) وَهَذَا يُقُولُ الْحَسَنُ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ، وَعَطَاءٌ، وَشَرِيحٌ، وَالشَّعْبِيُّ، وَقَبِيصَةُ بْنُ دُوَيْبٍ، وَمُجَاهِدٌ، وَأَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَإِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ، وَالزُّهْرِيُّ، وَمَكْحُولٌ، وَإِنِّي أَبِي نَجِيحٌ، وَعُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَسُقْبَانُ الثَّوْرِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ؛ وَمَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ». ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 515 و 516.

(2) «وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ وَهُوَ الطَّلَاقُ بِعَوَضٍ هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ أَنَّ الْخُلْعَ طَلَاقٌ (...) قَالَ الْمُسَيْلِيُّ فِي نَكْتِ التَّفْسِيرِ، قَالَ شَيْخُنَا يَغْنِي ابْنُ عَرَفَةَ: كَانَ شَخْصٌ يُقَالُ لَهُ النَّحَّاسُ لَهُ فِي امْرَأَتِهِ طَلَقَتَانِ فَخَالَعَهَا ثُمَّ رَدَّهَا قَبْلَ زَوْجٍ بَنَاءً عَلَى أَنَّ الْخُلْعَ فَسْخٌ فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَلَمْ يَحْدُ لِلشُّبْهَةِ اهـ». شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُعيني المالكي (المتوفى: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1412هـ - 1992م، ج 4، ص 19. «قَالَ مَالِكٌ: مَنْ قَالَ أَخَالَعُكَ عَلَى أَنْ أُعْطِيَكَ مَائَةً دِينَارٍ فَقَبِلَتْهَا هِيَ طَلَقَتْ بَائِنَةً...» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 278.

(3) «وَالْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَنَا.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 171. «الْخُلْعُ (...) وَحُكْمُهُ وَفَوْقُ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ.» عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج 2، ص 267.

(4) ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 516 و 517.

(5) «اختلف قول الشافعي في أن الخلع فسخُ النكاح على تراضٍ، أو هو طلاق على مال؟ فالمنصوص عليه في الجديد: أنه طلاق. وهو مذهب أبي حنيفة، واختيار المزني، وهو الصحيح، وبه الفتوى.» عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهرسه: أ. د عبد العظيم

المفسرين بمناسبة تأويلهم لآية الافتداء، حيث ورد في بعض التفاسير ما يرجح هذا الرأي صراحة: « والأظهر أنه طلاق. »، كما ذهب إلى ذلك البيضاوي في أنوار التنزيل⁽²⁾، والألوسي في روح المعاني⁽³⁾، وهي الدلالة التي أشار إليه الشوكاني في فتح القدير بقوله: « لَا جُنَاحَ عَلَى الرَّجُلِ فِي الْأَخْذِ، وَعَلَى الْمَرْأَةِ فِي الْإِعْطَاءِ، بَأَنْ تَقْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْ ذَلِكَ النِّكَاحِ بِبَدْلِ شَيْءٍ مِنَ الْمَالِ يَرْضَى بِهِ الزَّوْجُ، فَيُطَلِّقُهَا لِأَجْلِهِ، وَهَذَا هُوَ الْخُلْعُ. »⁽⁴⁾، وذهب إليه الواحدي في وجيزه حين قال: « لا يجوز للزوج أن يأخذ من امرأته شيئاً ممّا أعطاها من المهر ليطلقها إلّا في الخلع. »⁽⁵⁾، وأكدته الإمام النسفي في تفسيره قائلاً: « قلت الخلع طلاق ببدل فيكون طلاقاً ثالثة. »⁽⁶⁾، والقرطبي في جامعته: « وَمَنْ جَعَلَ الْخُلْعَ طَلَاقًا قَالَ: لَمْ يَجْزْ أَنْ يَرْجِعَهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، لِأَنَّهُ بِالْخُلْعِ كَمَلَّتِ الثَّلَاثُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ

محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 1428هـ - 2007م، ج 13، ص 292. «(قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا كَانَ الْفِرَاقُ عَنْ تَرَاضٍ وَلَا يَكُونُ إِلَّا بِالزَّوْجِ وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ لَيْسَ فِي أَصْلِهِ عِلَّةٌ فَالْقِيَاسُ عِنْدِي أَنَّهُ طَلَاقٌ وَمِمَّا يُؤَكِّدُ ذَلِكَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ).» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 10.

(1) «وَالْخُلْعُ فُسْخٌ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ، وَالْأُخْرَى أَنَّهُ تَطْلِيقٌ بَائِنَةٌ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 328. «قال: والخلع فسخ في إحدى الروايتين، والرواية الأخرى أنه تطليقة بائنة.» شمس الدين محمد الزركشي، شرح الزركشي، المرجع السابق، ج 5، ص 360.

(2) ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي (المتوفى: 685هـ)، أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى - 1418هـ، ج 1، ص 142.

(3) شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: 1270هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني المعروف بتفسير الألوسي، المحقق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ، ج 1، ص 535.

(4) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة الأولى - 1414هـ، ج 1، ص 274.

(5) أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي (المتوفى: 468هـ)، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ، ص 170.

(6) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: 710هـ)، مدارك التنزيل وحقائق التأويل المعروف بتفسير النسفي، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بدوي، راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م، ج 1، ص 191.

تَعَالَى»⁽¹⁾، ورجحه صاحب التحرير والتنوير بقوله: «...أَنَّ الْخُلْعَ لَيْسَ بِطَّلَاقٍ (...) وَالصَّوَابُ أَنَّهُ طَلَاقٌ لِيَتَقَرَّرَ عِصْمَةُ صَحِيحَةٍ، فَإِنْ أَرَادُوا بِالْفَسْخِ مَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ الْعِصْمَةِ الْأُولَى فَمَا الطَّلَاقُ كُلُّهُ إِلَّا رَاجِعًا إِلَى الْفُسُوحِ»⁽²⁾.

ولعل ما انتهى إليه الشيخ الطبري في تحديده لسبب نزول آية الافتداء⁽³⁾، ينطوي على معانٍ تؤكد هذا التوجه، إذ أنها شَرَعَتْ لضبط عدد الطلاق، وقد مارسه الناس في الجاهلية على وجه الإطلاق من غير حدٍ أو عد، واستمر العمل به على هذا النحو في الإسلام، مع ما فيه من حيفٍ وجورٍ في حق المرأة، حتى نزلت هذه الآية الكريمة، وقد ذكر الخلع ضمن ما ورد فيها من الطلاق، فلا مناص حينئذٍ من اعتباره طلاقاً إذ ليس ثمة ما يحمل على القول بخلافه، كل ما في الأمر أن النص الكريم خصه بوصفٍ معين لما لا بسه من البذل، وهي حالٌ لا تقتضي البتة، الجزم بتقرير الشارع لحكمٍ مغايرٍ في شأنه، بل على العكس من ذلك، يستوجب سياق النزول، القطع بكونه طلاقاً، لأن القول بخلافه، يناقض الحكمة من تشريع هذا النص، طالما أمكن إيقاع الفرقة خلعاً دون ضابطٍ عددي.

من جهة أخرى، احتج أصحاب هذا المذهب لرأيهم من السنة النبوية، بما رواه عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: « أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، مَا أَغْتَبَ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْثَرُهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَتَرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟" قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "اقْبَلِ

(1) شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص144.

(2) محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: 1393هـ)، التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، الدار التونسية للنشر - تونس، 1984هـ، ج2، ص410.

(3) «قال ابن زيد في قوله: "الطلاق مرتان"، قال كان الطلاق - قبل أن يجعل الله الطلاق ثلاثاً - ليس له أمد يطلق الرجل امرأته مائة، ثم إن أراد أن يراجعها قبل أن تحلّ، كان ذلك له، وطلق رجلٌ امرأته، حتى إذا كادت أن تحلّ ارتجعها، ثم استأنفَ بها طلاقاً بعد ذلك ليضارّها بتركها، حتى إذا كان قبل انقضاء عدتها راجعها. وصنع ذلك مراراً، فلما علم الله ذلك منه، جعل الطلاق ثلاثاً، مرتين، ثم بعد المرتين إمساكٌ بمعروف، أو تسريحٌ بإحسان.» محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، المرجع السابق، ج4، ص540.

الحديقة وطلّقها تطليقة" قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ: "لَا يُتَابَعُ فِيهِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ" (1)، وروي أيضاً من ذات الطريق على وجه الإخبار: « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "جَعَلَ الْخُلْعَ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً" (2).

كما روي عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: « كَانَتْ أُخْتِي تَحْتَ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ تَزَوَّجَهَا عَلَى حَدِيقَةٍ وَكَانَ بَيْنَهُمَا كَلَامٌ فَارْتَفَعَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: "تَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ وَيُطَلِّقُكَ؟"، قَالَتْ: نَعَمْ وَأَزِيدُهُ، قَالَ: "رُدِّي عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ وَزِيدِيهِ" (3).

وقد جاء عن داود بن أبي عاصم أن سعيد بن المسيب أخبره: « أَنَّ امْرَأَةً كَانَتْ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ، وَكَانَ أَصْدَقُهَا حَدِيقَةً وَكَانَ غَيُورًا، فَضَرَبَهَا فَكَسَرَ يَدَهَا، فَجَاءَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَاشْتَكَتْ إِلَيْهِ، فَقَالَتْ: أَنَا أَرُدُّ إِلَيْهِ حَدِيقَتَهُ قَالَ: "أَوْ تَفْعَلِينَ؟" قَالَتْ: نَعَمْ، فَدَعَا زَوْجَهَا، فَقَالَ: "إِنَّهَا تَرُدُّ عَلَيْكَ حَدِيقَتَكَ" قَالَ: أَوْ ذَلِكَ لِي؟ قَالَ: "نَعَمْ" قَالَ: فَقَدْ قَبِلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "ادْهَبَا، فَهِيَ وَاحِدَةٌ"، ثُمَّ نَكَحَتْ بَعْدَهُ رِفَاعَةَ الْعَابِدِيِّ، فَضَرَبَهَا، فَجَاءَتْ عُثْمَانَ، فَقَالَتْ: أَنَا أَرُدُّ إِلَيْهِ صَدَاقَهُ، فَدَعَاهُ عُثْمَانُ، فَقَبِلَ، فَقَالَ عُثْمَانُ: اذْهَبِي، فَهِيَ وَاحِدَةٌ، قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ: وَأَخْبَرَنِي عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ مِثْلَ خَبَرِ دَاوُدَ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: شَجَّهَا (4).

وروي عن حميد، عن أنس، أنه قال: «جَاءَتِ امْرَأَةٌ ثَابِتِ بْنِ شِمَاسٍ، وَهُوَ ثَابِتُ بْنُ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ كَلَامًا كَانَتْهَا كَرِهَتْهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟" فَقَالَتْ: نَعَمْ فَأَرْسَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى ثَابِتٍ خُذْ مِنْهَا ذَلِكَ أَحْسَبُهُ قَالَ: "وُطِّلِقُهَا" (5).

ووجه الدلالة في هذه الروايات، أن النبي ﷺ جعل الإفتداء طلاقاً بصريح اللفظ، وقد نوقش هذا الاستشهاد من وجهين أولهما، ألا خلاف في اعتبار الخلع طلاقاً إذا ورد بلفظه كما جاء في

(1) سبق تخريجه.

(2) أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 4025، ج 5، ص 83. أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الحديث رقم: 2640، ج 3، ص 107. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 14865، ج 7، ص 518.

(3) سبق تخريجه.

(4) سبق تخريجه.

(5) أبو بكر البزار، البحر الزخار، المرجع السابق، الحديث رقم: 6630، ج 13، ص 183.

الأحاديث محل الاحتجاج، بل يكمن موطن النزاع فيما إذا وقع بغير هذه العبارة، وقد انطوت السنة الشريفة فعلاً، على وقائع تفيد ذلك، ودلائل تنم على أنه ليس طلاقاً، وهذا هو الوجه الثاني للاعتراض. أما ما احتج به هذا الفريق لرأيه من الآثار الموقوفة على الصحابة ما رواه عبد الله بن شهاب الخولاني من: « أَنَّ امْرَأَةً اشْتَرَتْ مِنْ زَوْجِهَا تَطْلِيْقَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَأَجَارَهُ، وَقَالَ: "هَذِهِ امْرَأَةٌ ابْتَاعَتْ نَفْسَهَا مِنْ زَوْجِهَا ابْتِئَاعًا". »⁽¹⁾.

وما روي عن حفص عن يحيى بن سعيد أنه قال: « أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، "جَعَلَ الْخُلْعَ تَطْلِيْقَةً بَائِنَةً". »⁽²⁾، وما رواه هشام بن عروة، قال: « خَلَعَ جُمُهَاَنَ الْأَسْلَمِيَّ امْرَأَتَهُ ثُمَّ نَدِمَ وَنَدِمَتْ، فَأَتَيَا عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، فَذَكَرَا ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: "هِيَ تَطْلِيْقَةٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ سَمِيَتْ شَيْئًا فَهُوَ عَلَى مَا سَمِيَتْ، فَكَانَ أَبِي يَقُولُ: الْخُلْعُ تَطْلِيْقَةٌ بَائِنَةٌ، وَتَعْتَدُ ثَلَاثَ حِيضٍ، وَصَاحِبُهَا أَوَّلَى بِالْخِطْبَةِ فِي الْعِدَّةِ ". »⁽³⁾.

وجاء عن الشعبي أن علياً كرم الله وجهه قال: « إِذَا أَخَذَ لِلطَّلَاقِ ثَمَنًا فَهِيَ وَاحِدَةٌ. »⁽⁴⁾، وعن إبراهيم قال: « كَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ: لَا يَرَى طَلَاقًا بَائِنًا إِلَّا فِي خُلْعٍ أَوْ إِيْلَاءٍ. »⁽⁵⁾، وروي عن مالك عن نافع: « أَنَّ زُبَيْعَ بِنْتَ مُعَوِّذِ بْنِ عَفْرَاءَ جَاءَتْ هِيَ وَعَمُّهَا إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَأَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا فِي زَمَانِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ فَلَمْ يُنْكِرْهُ، وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: "عِدَّتُهَا عِدَّةُ الْمُطَلَّاقَةِ". »⁽⁶⁾، وهي آثار تفيد بما لا يدع مجالاً للشك أن الخلع طلاق وليس فسخاً.

(1) سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 1423، ج 1، ص 377.

(2) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 18448، ج 4، ص 118.

(3) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11760، ج 6، ص 483. سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 1446 و 1447، ج 1، ص 382. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 18429 و 18431 و 18432، ج 4، ص 117. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3872، ج 4، ص 498.

(4) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11755، ج 6، ص 481.

(5) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11753، ج 6، ص 481.

(6) مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، الأثر رقم: 33، ج 2، ص 565. أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الأثر رقم: 2844، ج 3، ص 172. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 14858، ج 7، ص 516.

هذا واستدلوا من المعقول، أن الزوجة بذلت العوض طلباً للفرقة، وأن ما يملكه الزوج منها هو الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون الخلع طلاقاً⁽¹⁾، أضف إلى ذلك، أن الفكاك إنما حدث بعد تمام النكاح، فاقترضى ذلك اعتباره طلاقاً، وإن كانت بعض الفسوخ مما يلحق العقد التام، كالفرقة للعيب، وبالتالي لا يصح الارتكان إلى هذا الدليل مجرداً للقول بكون الخلع طلاقاً.

ثانياً: الخلع من قبيل الفسوخ

وهو مذهب ابن عباس وابن عمر وطاوس وأبو ثور، وأحد قولي الشافعي⁽²⁾ والرواية الراجحة عن أحمد، وهي المعتمدة عند الحنابلة⁽³⁾.

وقد استدل هذا الفريق لمذهبه من القرآن بقوله ﷻ: ﴿الطَّلَقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ۗ وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ تَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ

(1) «وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ أَنَّهُ لَفْظٌ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا الزَّوْجُ فَكَانَ طَلَاقًا.» ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج 9، ص 396. «وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ إِلَى أَنَّهُ طَلَاقٌ، وَحُجَّتُهُمْ أَنَّهُ لَفْظٌ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا الزَّوْجُ فَكَانَ طَلَاقًا، وَلَوْ كَانَ فَسْخًا لَمَا جَازَ عَلَى غَيْرِ الصَّدَاقِ كَالْإِقَالَةِ، وَهُوَ يَجُوزُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ بِمَا قُلْنَا أَوْ كَثُرَ فَدَلَّ أَنَّهُ طَلَاقٌ.» محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، المرجع السابق، ج 2، ص 246.

(2) «وَالْقَوْلُ الثَّانِي: قَالَ فِي الْقَلِيمِ إِنَّهُ صَرِيحٌ فِي الْفَسْخِ وَبِهِ قَالَ مِنَ الصَّحَابَةِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمر.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 9. «اختلف قول الشافعي في أن الخلع فسخٌ النكاح على تراضٍ، أو هو طلاق على مال؟ (...) ونص في القدم على أن الخلع فسخٌ.» عبد الملك بن عبد الله الجويني، نهاية المطلب، المرجع السابق، ج 13، ص 292 و 293.

(3) «الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ: أَنَّ الْخُلْعَ فَسْخٌ. لَا يَنْقُصُ بِهِ عَدَدُ الطَّلَاقِ، بِشَرْطِهِ الْآتِي. وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ. قَالَ الزَّركَشِيُّ: هَذِهِ الرَّوَايَةُ هِيَ الْمَشْهُورَةُ فِي الْمَذْهَبِ، وَاخْتِيَارُ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ مُتَقَدِّمُهُمْ وَمُتَأَخَّرُهُمْ...» علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ، ج 8، ص 392. «(وَالْخُلْعُ فَسْخٌ لَا يَنْقُصُ بِهِ عَدَدُ طَلَاقٍ حَيْثُ وَقَعَ بِصِغَتِهِ) وَلَوْ لَمْ يَنْوَ بِهِ خُلْعًا، وَرُوي كَوْنُهُ فَسْخًا لَا يَنْقُصُ بِهِ عَدَدُ الطَّلَاقِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَطَاوُسٍ وَعِكْرَمَةَ وَإِسْحَاقَ وَأَبِي ثَوْرٍ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ. قَالَ الزَّركَشِيُّ: هَذَا اخْتِيَارُ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ مُتَقَدِّمُهُمْ وَمُتَأَخَّرُهُمْ، وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ.» مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحياني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1415هـ - 1994م، ج 5، ص 295 و 296.

يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٣٣﴾ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴿١﴾، ووجه الدلالة أن الله ﷻ أثبت الطلقة الثالثة بعد الخلع، فدل ذلك على أن الافتداء ليس من قبيل الطلاق، لأن القول باعتباره كذلك، يفضي إلى حصول أربع طلاقات لثبوت البيونة المقصودة، لا سيما وأن الشارع الحكيم ذكره دبر تطليقتين، ثم أورد الثالثة بعده، فوجب بمقتضى هذا التأويل وصفه وصفاً مغايراً، وإلا آل عن ذلك مخالفة حكم مجمع عليه يرد البيونة إلى الطلقة الثالثة اتفاقاً لا إلى الرابعة، وهو المعنى الذي رواه طاوس عن ابن عباس حين « سَأَلَهُ إِبْرَاهِيمُ بْنُ سَعْدٍ: عَنْ امْرَأَةٍ طَلَّقَهَا زَوْجَهَا تَطْلِيقَتَيْنِ، ثُمَّ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ أَيْتَزَوَّجُهَا؟ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: "ذَكَرَ اللَّهُ الطَّلَاقَ فِي أَوَّلِ الْآيَةِ وَآخِرِهَا، وَالْخُلْعُ بَيْنَ ذَلِكَ فَلَيْسَ الْخُلْعُ بِطَّلَاقٍ يُنْكِحُهَا" ». (٢).

ومع ذلك لا تنهض هذه الآية الكريمة - في نظر جمهور المفسرين - حجة لهذا الفريق، لأنها تفيد ابتداءً، حكم الطلقتين إذا أوقعهما الزوج على غير وجه الخلع، ثم استطردت بيان وصفهما إذا وردتا على سبيل الافتداء مع التنصيص على موضع الحظر والإباحة فيهما إزاء جواز أخذ المال من عدمه، وعطفت على ذلك انتهاءً جزاء وقوع الثالثة، فانصرف هذا الحكم إلى الاثنتين اللتين استهل الشارع الحكيم بهما قوله الكريم، وهما قد يردا على وجه الخلع تارةً، وعلى سبيل الطلاق الصرف تارةً أخرى، وبالتالي ليس في هذه الآيات ما يدل على أن الخلع طلاق بعد الاثنتين، ثم ذكرت الرابعة بعده لإدخاله بهذا التأويل في سياق الفسوخ، وسنستشهد في هذا الموضوع بما ذكره ابن العربي في تفسيره دحضاً لهذا التأويل، حين قال: « وَلَا يَفْهَمُ هَذَا إِلَّا غَيْبٌ أَوْ مُتَعَابٍ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿ الطَّلُوقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَمِمْسَاكٌ مِمَّعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ۗ ﴾ فَإِنْ وَقَعَ شَيْءٌ مِنْ هَذَا الطَّلَاقِ بِعَوَضٍ كَانَ ذَلِكَ رَاجِعًا إِلَى الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ دُونَ الثَّالِثَةِ الَّتِي هِيَ: ﴿ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ۗ ﴾ حَسْبَمَا تَقَدَّمَ، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ فِيهِ، فَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثَةً فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ كَانَ بِفِدْيَةٍ أَوْ بِغَيْرِ فِدْيَةٍ. » (٣).

(١) سورة البقرة، الآيتين 229 و230.

(٢) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11771، ج6، ص486. سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 1453 و1455، ج1، ص383 و384. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18451، ج4، ص118. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 3870، ج4، ص497.

(٣) القاضي محمد أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج1، ص264.

من جهة أخرى، استدل هذا الفريق من السنة والأثر بسلسلة من الأحاديث والأخبار، تفيد أن الخلع من قبيل الفسخ لا الطلاق، ومنها قرينة عدة المختلعة المقدرة بحیضة واحدة، حيث روي عن سليمان بن يسار عن الربيع بنت معوذ ابن عفراء، قالت: « أَنَّهَا اخْتَلَعَتْ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَوْ أُمِرْتُ أَنْ تَعْتَدَ حَيْضَةً. »⁽¹⁾.

كما روي عن محمد بن عبد الرحمن من أن ربيع بنت معوذ بن عفراء أخبرته: « أَنَّ ثَابِتَ بْنَ قَيْسٍ بْنِ شَمَّاسٍ ضَرَبَ امْرَأَتَهُ فَكَسَرَ يَدَهَا، وَهِيَ جَمِيلَةٌ بِنْتُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي، فَأَتَى أَخُوَهَا يَشْتَكِيهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى ثَابِتٍ، فَقَالَ لَهُ: « خُذِ الَّذِي لَهَا عَلَيْكَ وَخَلِّ سَبِيلَهَا »، قَالَ: نَعَمْ « فَأَمَرَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَنْ تَتَرَبَّصَ حَيْضَةً وَاحِدَةً فَتَلْحَقَ بِأَهْلِهَا. »⁽²⁾.

وما حدّث به محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن ربيع بنت معوذ بن الحارث الأنصارية: « أَنَّهَا سَمِعَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُحَدِّثُ عَنِ امْرَأَةٍ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ الشَّمَّاسِ الْأَنْصَارِيَّةِ أَنَّهَا كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا بَعْضُ الشَّيْءِ وَكَانَ رَجُلٌ فِيهِ شِدَّةٌ فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَكَلَّمَتْهُ فَأَرْسَلَ إِلَى ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ فَتَكَلَّمَ عِنْدَهُ بِمَا شَاءَ ثُمَّ إِنَّهُ قَبِلَ مِنْهَا فِدْيَةً فَأَفْتَدَتْ مِنْهُ فَأَمَرَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تَعْتَدَ حَيْضَةً. »⁽³⁾.

(1) محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1185، ج3، ص483. عبد الله بن الجارود، المنتقى من السنن المسندة، المرجع السابق، الحديث رقم: 763، ص192. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 15599 و15600، ج7، ص741.

(2) أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5661، ج5، ص293. أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 4729، ج3، ص218. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، المرجع السابق، الحديث رقم: 6963، ج7، ص96.

(3) أبو بكر بن أبي عاصم، الآحاد والمثاني، المرجع السابق، الحديث رقم: 3337، ج6، ص117. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، ج24، ص265. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3634، ج4، ص378.

وما ورد من طريق عكرمة عن ابن عباس أنه قال: « أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ، فَجَعَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِدَّتَهَا حَيْضَةً. »⁽¹⁾

وعن ابن إسحاق قال: أخبرني عباد بن الوليد بن عباد بن الصامت عن الربيع بنت معوذ ابن عفراء، « قَالَ: قُلْتُ لَهَا: حَدِّثِي حَدِيثَكَ، قَالَتْ: اخْتَلَعْتُ مِنْ زَوْجِي، ثُمَّ جِئْتُ عُثْمَانَ، فَسَأَلْتُ: مَاذَا عَلَيَّ مِنَ الْعِدَّةِ؟ فَقَالَ: "لَا عِدَّةَ عَلَيْكَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ حَدِيثَ عَهْدٍ بِكَ، فَتَمْكُثِينَ عِنْدَهُ حَتَّى تَحِيضِينَ حَيْضَةً"، قَالَتْ: "وَأِنَّمَا تَبَعُ فِي ذَلِكَ قَضَاءَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي مَرْثَمِ الْمَعَالِيَةِ، وَكَانَتْ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ، فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ." »⁽²⁾

كما جاء عن نافع عن ابن عمر: « أَنَّ الرُّبَيْعَ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا، فَأَتَى عُمُّهَا عُثْمَانُ، فَقَالَ: "تَعْتَدُ بِحَيْضَةٍ" وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ يَقُولُ: "تَعْتَدُ ثَلَاثَ حِيضٍ" حَتَّى قَالَ هَذَا عُثْمَانُ، فَكَانَ يُفْتِي بِهِ وَيَقُولُ: "خَيْرُنَا وَأَعْلَمُنَا." »⁽³⁾، وروى نافع عن ابن عمر أنه قال: « عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ حَيْضَةً. »⁽⁴⁾

وليس في قرينة الحيضة هذه، ما يفيد أن الخلع فسخٌ، لأن اعتداد المفتدية بحيضة واحدة - وإن دلت عليه الروايات الصحيحة - لا يمنع من اعتبار الخلع طلاقاً عدته تربص المدة التي ذكرنا لا ثلاثة قروء الواردة في عموم الطلاق، لأن أمر تقدير العدة مقصورٌ على الشارع الحكيم، وله أن يحددها بثلاث

(1) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 11858، ج6، ص506. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2229، ج2، ص269. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3632، ج4، ص378. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، المرجع السابق، الحديث رقم: 2825 و 2826، ج2، ص224. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 15597 و 1598، ج7، ص740 و 741.

(2) محمد بن ماجة، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 2058، ج1، ص663. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 5662، ج5، ص293. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 3498، ج6، ص186. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، ج24، ص265. أبو بكر البيهقي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 2637، ج3، ص107. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 14863، ج7، ص517.

(3) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18462، ج4، ص119. عمر بن شبة (واسمه زيد) بن عبيدة بن ربيعة النميري البصري، أبو زيد (المتوفى: 262هـ)، تاريخ المدينة لابن شبة، حققه: فهيم محمد شلتوت، طبع على نفقة: حبيب محمود أحمد - جدة، بدون طبعة، 1399هـ، ج3، ص967.

(4) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18461، ج4، ص119. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 2230، ج2، ص269.

حيضات في بعض أنواع الطلاق، وحيضة واحدة في أنواع أخرى، وبالتالي فلا تلازم بين طبيعة الفرقة وأجل العدة⁽¹⁾، وأن الآثار الواردة في اعتداد المختلة بحيضة واحدة، مخصصة لعموم قوله ﷺ: ﴿وَالْمُطَلَّقَةُ يَتَرَبَّصُ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽²⁾، بل ثمة من الفقهاء من يرجح أن كل فرقة بائية أياً كان نوعها، بما في ذلك طلاق المبتوتة ثلاثاً تقتضي الاعتداد بحيضة واحدة تحصيلاً لبراءة الرحم⁽³⁾، لأن إطالة أمد العدة إنما جعل لاستحقاق الرجعة وهي منتفأة في الخلع فوجب المصير إلى الاستبراء، كما يمكن أن يكون حكم الحيضة هذا منسوخاً بقوله ﷺ: ﴿وَالْمُطَلَّقَةُ يَتَرَبَّصُ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽⁴⁾، لأنه شرع بمناسبة أول خلع وقع في الإسلام⁽⁵⁾.

هذا واحتج أصحاب هذا المذهب لرأيهم بما ورد في أحاديث الباب من ألفاظ - أوقعت بها الفرقة - لا تفيد الطلاق، ومنها ما روي عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال: «جاءت امرأة ثابت بن قيس بن ثعلبة إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ما أنقمت علي ثابت في ديني ولا خلقي، إلا أنني أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فترددين عليه حديثه؟» فقالت: نعم، فرددت عليه، وأمره ففارقها.»⁽⁶⁾.

(1) «...وَقَدْ قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ إِنَّ الْخُلْعَ فُسْخٌ وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ وَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لِعَبْرِ زَوْجِهَا حَتَّى يَمْضِيَ ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ فَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ بَيِّنٌ كَوْنِهِ فُسْخًا وَبَيِّنُ النَّقْصِ مِنَ الْعِدَّةِ ثَلَاثَةٌ» ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج 9، ص 402.

(2) سورة البقرة، الآية 229.

(3) «...فَمَنْ لَا رَجْعَةَ عَلَيْهَا لَا تَتَرَبَّصُ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ، وَلَيْسَ فِي ظَاهِرِ الْقُرْآنِ إِلَّا مَا يُوَافِقُ هَذَا الْقَوْلَ.» تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728هـ)، مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ - 1995م، ج 32، ص 342.

(4) سورة البقرة، الآية 229.

(5) «فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ رُوِيَ: " أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ، فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تَعْتَدَ بِحَيْضَةٍ " قِيلَ لَهُ: كَانَ هَذَا أَوَّلَ خُلْعٍ وَقَعَ فِي الْإِسْلَامِ، فَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَنْسُوخًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾» جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي (المتوفى: 686هـ)، الباب في الجمع بين السنة والكتاب، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم - الدار الشامية - دمشق - سوريا، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1414هـ - 1994م، ج 2، ص 684 و 685.

(6) سبق تخرجه.

وما روته عمرة عن عائشة، قالت: « أَنَّ حَبِيبَةَ بِنْتَ سَهْلٍ، كَانَتْ عِنْدَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ فَضَرَبَهَا فَكَسَرَ بَعْضَهَا، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ الصُّبْحِ، فَاشْتَكَتْهُ إِلَيْهِ، فَدَعَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثَابِتًا، فَقَالَ: "خُذْ بَعْضَ مَا لَهَا، وَفَارِقْهَا"، فَقَالَ: وَيَصْلُحُ ذَلِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟، قَالَ: "نَعَمْ"، قَالَ: فَإِنِّي أَصَدَّقْتُهَا حَدِيثَيْنِ، وَهُمَا بِيَدِهَا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "خُذْهُمَا وَفَارِقْهَا"، فَفَعَلَ. ⁽¹⁾

وما جاء عن محمد بن سليمان بن أبي حنيفة عن عمه سهل بن أبي حنيفة قال: « كَانَتْ حَبِيبَةُ ابْنَةُ سَهْلٍ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ الْأَنْصَارِيِّ فَكَرِهَتْهُ، وَكَانَ رَجُلًا دَمِيمًا، فَجَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي لَا أَرَاهُ فَلَوْلَا مَخَافَةُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَبَرَزْتُ فِي وَجْهِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ الَّتِي أَصَدَقَكَ؟" قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَرْسَلْتُ إِلَيْهِ فَرَدَّتْ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، قَالَ: فَكَانَ ذَلِكَ أَوَّلَ خُلْعٍ كَانَ فِي الْإِسْلَامِ. ⁽²⁾

وعن عبد الرزاق قال: « أَخْبَرَنَا ابْنُ جُرَيْجٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي أَبُو الزُّبَيْرِ: أَنَّ ثَابِتَ بْنَ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ كَانَتْ عِنْدَهُ ابْنَةُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سُلُولٍ، وَكَانَ أَصَدَقَهَا حَدِيثَهُ فَكَرِهَتْهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "تُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ الَّتِي أَعْطَاكَ؟" قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَخَذَهَا، وَخَلَّى سَبِيلَهَا، فَلَمَّا بَلَغَ ذَلِكَ ثَابِتَ بْنَ قَيْسٍ قَالَ: قَدْ قَبِلْتُ قَضَاءَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. سَمِعَهُ أَبُو الزُّبَيْرِ مِنْ غَيْرِ وَاحِدٍ. ⁽³⁾

صحيح أن ما جاء في هذه الروايات يقطع بأن الفرقة وقعت بغير لفظ الطلاق ولو على سبيل الإخبار في جلها، غير أنه ليس ثمة فيها ما يفيد بأن الخلع فسخ، بل على العكس من ذلك، قد صرحت روايات أخرى بلفظ الطلاق، وهو ما يحمل على القول أن هذه الصيغة إنما تتجه صوب الطلاق متى انعقدت نيته، بوصفها من كناياته، وأن الفرقة المملوكة للزوج على زوجته كما سبق وأن قلنا هي الطلاق، يستوي في ذلك وقوعه بصريح لفظه أو ما يدل عليه من الصيغة، وترتيباً عليه فإن هذه الألفاظ لا تقوم دليلاً على أن الخلع فسخ ⁽⁴⁾.

(1) سبق تخريجه.

(2) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) «وَمَعْلُومٌ أَنَّ مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ قَدْ فَارَقْتُكَ أَوْ قَدْ خَلَّيْتُ سَبِيلَكَ وَبَيَّنَّاهُ الْفَرْقَةَ أَنَّهُ يَكُونُ طَلَاقًا فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ خُلْعَهُ إِذَا هِيَ بِأَمْرِ الشَّارِعِ كَانَ طَلَاقًا وَأَيْضًا لَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَهَا قَدْ طَلَّقْتُكَ عَلَى مَالٍ أَوْ قَدْ جَعَلْتُ أَمْرَكَ إِلَيْكَ بِمَالٍ كَانَ طَلَاقًا وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ قَدْ

أما ما احتجوا به من المعقول، قولهم أن الخلع بمنزلة الإقالة في البيع، فدل على أنه فسخ، غير أن التسليم بهذا القياس يفضي إلى نتيجة قوامها أنه لا يسوغ الافتداء إلا بالمهر الذي تزوجها عليه، لأن الإقالة لا تصح بأقل من الثمن، خلافاً للخلع الذي يجوز بأقل من الصداق وبغير شيء أيضاً⁽¹⁾.

بعد هذا العرض، نميل إلى القول باعتبار الخلع طلاقاً، إذ ليس ثمة ما يحيد به عن هذا الأصل فيما سقنا من نصوص، ذلك أن ما انطوت عليه آية الافتداء بشأنه، لا يعدو أن يكون وصفاً، وبالتالي لا يصح عطفه حساباً على عدد الطلاق، لأن النص السامي وعلى النحو الذي رأينا يفيد أن فرقة الطلاق نوعان، نوع يستقل الزوج بإيقاعه دون اعتبار لرضا الزوجة ومن غير بذلٍ من جانبها، ونوع ثانٍ لا ينعقد إلا في ظروف خاصة، وبتطابق أرادة الطرفين على امتلاك الزوجة بضعها، بإخراج الزوج له من عصمته طلاقاً، نظير ما تؤديه من عوض، وعليه لا يستقيم القول بتأويل، اختلال حكم الآية فيما إذا اعتبر طلاقاً.

من جهة أخرى، فإن ما ورد في جل أحاديث الباب من خطاب، ينصرف تلقاء الزوج، وأن الفرقة التي يملك الزوج إعمالها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون الخلع طلاقاً، كما أن الألفاظ التي انطوت عليها هذه الروايات جاءت إما بصريح الطلاق أو بإحدى كناياته، وهذه الأخيرة موجبة لفرقة الطلاق مع نيته عند جمهور الفقهاء كما هو معلوم.

ولعل أقوى ما استند إليه القائلون بكون الخلع فسخ، أن المختلعة إنما تستبرئ بحيضة واحدة بخلاف المطلقة التي ألزمها الشارع بتربص ثلاثة قروء، وقد بينا فيما سبق أنه لا تلازم بين اعتبار الخلع طلاقاً وبين الاعتداد بثلاث حيضات كما روي ذلك عن أصحاب مذهب الفسخ أنفسهم.

وقد ذهبت جل التشريعات الأسرية العربية إلى اعتباره طلاقاً إما بالتنصيص على ذلك صراحة، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الكويتي الذي نص في المادة (111) من قانون الأحوال

خَلَعْتُكَ بِغَيْرِ مَالٍ يُرِيدُ بِهِ الْفُرْقَةُ كَانَ طَلَاً كَذَلِكَ.» أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج2، ص96. «...» أخذ الذي لك عليها وخل سبيلها"، كما أخرجه النسائي بإسناد صحيح لان تخلية السبيل كناية عن الطلاق فلا إشكال من هذه الحيثية...» محمد الشوكاني، السيل الجرار، المرجع السابق، ص417.

(1) «إِنَّ الْخُلْعَ فَسْخٌ لِعَقْدٍ خَطَأً، وَإِنَّمَا هُوَ الطَّلَاقُ مُبْتَدَأً كَهُوَ لَوْ لَمْ يُشْرَطْ فِيهِ بَدَلٌ، وَمَعَ ذَلِكَ فَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْزِلَةِ الْإِقَالَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ خَلَعَهَا عَلَى أَقَلِّ مِمَّا أُعْطَاهَا جَازَ بِالِاتِّفَاقِ، وَالْإِقَالَةُ غَيْرُ جَائِزَةٍ بِأَقَلِّ مِنَ الثَّمَنِ، وَلَا خِلَافَ أَيْضًا فِي جَوَازِ الْخُلْعِ بِغَيْرِ شَيْءٍ.» أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج1، ص478.

الشخصية رقم (51) لسنة (1984م) على أن: « الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع، أو الطلاق أو المباشرة أو في ما معناها.»، أو من خلال تبويبه شكلاً ضمن فرقة الطلاق، كما عمد إلى ذلك المشرع الجزائري، في حين اعتبره البعض الآخر فسخاً مثلما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الاتحادي رقم (28) لسنة (2005م) في البند الأول من المادة (110) بقوله: « الخلع فسخ. ».

المطلب الثاني

الخلع القسري

لقد ذكرنا في غير موضع، أن الخلع بحسب الأصل - عند جمهور الفقهاء - اتفاق يقوم على تراضي الزوجين شأنه شأن سائر العقود، متى وقع في نفس العاقد - على النحو الذي رجحنا - شعور الخوف من عدم إقامة حدود الله، هذا واستطردنا في معرض حديثنا عن حدود مشروعية الافتداء، أنه لا يسوغ عند البعض إلا بتوافر عنصر الشقاق دون أن نحدد الكيفية التي يتعين إتباعها لإيقاعه، فهل يلزم في هذا الفرض وذاك، أن يتم الخلع أمام القاضي، أو على الأقل أن يخضع لتصديقه، سواء جاء عن طريق العقد أو آل عن حالة الشقاق، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، إذا حدث وإن اتجهت إرادة الزوجة إلى طلب الخلع وتعتت الزوج في الاستجابة إليها، فهل يسوغ لها أن ترفع أمرها للقاضي، وهل يجوز لهذا الأخير أن يجبر الزوج على المخالعة أو أن يخالعه نيابة عنه، سيما ونحن إزاء حالة شقاق، تدفعنا للتساؤل جدلاً عن دور الحكّمين في المخالعة ومدى تمتعهما بسلطة التفريق بين الزوجين من عدمها (الفرع الأول) وما حدود سلطان إرادة الزوجة في ذلك كله (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الخلع عمل قضائي

ينفك عن تكييف الخلع باعتباره عمل قضائي بحث ثلاث مسائل تباعاً، ويتعلق الأمر بموقف الشريعة والتشريع من اشتراط إيقاع الخلع بحضور القاضي (أولاً) وأبعد منه مدى جواز إكراه الزوج من قبل القاضي على المخالعة (ثانياً) مع بيان دور الحكّمين في هذا الشأن وحدود سلطانهما في الجمع والتفريق بين الزوجين (ثالثاً).

أولاً: مدى اشتراط إيقاع الخلع بحضور القاضي

لقد اختلف العلماء بشأن وجوب إيقاع الخلع أمام القاضي، بحيث يشترط لتمام صحته، إشراف أو تصديق هذا الأخير عليه، أم أن إرادة الطرفين مجردة - خاصة في الأحوال التي يأتي فيها الإفتداء عن طريق الاتفاق - تكفي لكي يرتب آثاره، علم به القاضي أو لم يعلم، وهم في ذلك مذهبان، جنح أولهما إلى اشتراط إذن السلطان لإيقاعه، وأن الإرادة وحدها غير منتجة لقيامه⁽¹⁾، ومن قال بهذا الرأي الحسن البصري⁽²⁾ وابن سيرين⁽³⁾ وسعيد بن جبير⁽⁴⁾، احتجاجاً بقوله ﷺ: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ

(1) «وَحُكِّيَ عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ وَمُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ أَنَّ الْخُلْعَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِسُلْطَانٍ». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 11. «وَلَا يُفْتَقَرُ الْخُلْعُ (...) وَعَنْ الْحَسَنِ، وَابْنِ سِيرِينَ لَا يَجُوزُ إِلَّا عِنْدَ السُّلْطَانِ». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 324. «وَرَوَى عَنْ الْحَسَنِ وَابْنِ سِيرِينَ أَنَّ الْخُلْعَ لَا يَجُوزُ إِلَّا عِنْدَ السُّلْطَانِ». أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: 321هـ)، مختصر اختلاف العلماء، المحقق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة الثانية، 1417هـ، ج 2، ص 466. «وَأَمَّا مَنْ مَنَعَ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِ السُّلْطَانِ - فَرُؤَيْنَا مِنْ طَرِيقٍ وَكَيْعٍ عَنْ يَزِيدَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ التُّسْتَرِيِّ، وَرَبِيعٍ - هُوَ ابْنُ صُبَيْحٍ - كِلَاهُمَا عَنْ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ قَالَ: لَا يَكُونُ خُلْعٌ إِلَّا عِنْدَ السُّلْطَانِ. وَمِنْ طَرِيقِ الْحَجَّاجِ بْنِ الْمُنْهَالِ نَا حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ نَا يَحْيَى - هُوَ ابْنُ عَتِيقٍ - أَنَّهُ سَمِعَ مُحَمَّدَ بْنَ سِيرِينَ يَقُولُ: كَانُوا يَقُولُونَ: لَا يَجُوزُ الْخُلْعُ إِلَّا عِنْدَ السُّلْطَانِ. وَمِنْ طَرِيقِ حَمَّادِ بْنِ سَلَمَةَ عَنْ أُثُوبِ السَّخْتِيَانِيِّ عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ قَالَ: لَا يَكُونُ الْخُلْعُ إِلَّا حَتَّى يَعْظَمَهَا، فَإِنْ اتَّعَظَتْ وَإِلَّا ضَرَبَتْهَا، فَإِنْ اتَّعَظَتْ وَإِلَّا ارْتَفَعَا إِلَى السُّلْطَانِ (...) فَإِنْ رَأَى أَنْ يُفَرِّقَ فَرَّقَ، وَإِنْ رَأَى أَنْ يَجْمَعَ جَمَعَ». ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 514.

(2) «هو الحسن بن أبي الحسن البصري الفقيه القارئ العابد المشهور، مات في سنة عشر ومائة، وهو مولى أم سلمة، يكنى أبا سعيد، وكان مولده لستينين خلنا من خلافة عمر رضي الله عنه، فعمره ست وتسعون سنة.» شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي (المتوفى: 626هـ)، معجم الأدباء، المسمى بإرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، المحقق: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ - 1993م، ج 3، ص 1023.

(3) «مُحَمَّدُ بْنُ سِيرِينَ الْأَنْصَارِيُّ كُنِيَّتُهُ أَبُو بَكْرٍ وَكَانَ سِيرِينَ مَكَاتِبًا لِأَنْسَ بْنِ مَالِكٍ مَوْلِدُهُ لِسِتْنَتَيْنِ بَقِيَّتًا مِنْ خِلَافَةِ عُثْمَانَ وَكَانَ أَنْسَ بْنُ مَالِكٍ كَاتِبَ أَبَاةِ سِيرِينَ عَلَى عَشْرِينَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَكَانَ مُحَمَّدُ بْنُ سِيرِينَ مِنْ أَوْعِ أَهْلِ الْبَصْرَةِ وَكَانَ فَقِيهًا فَاضِلًا حَافِظًا مُتَقِنًا يَعْبُرُ الرُّؤْيَا رَأَى ثَلَاثِينَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَوَى عَنْهُ قَتَادَةُ وَالتَّاسِ مَاتَ فِي شَهْرِ شَوَّالٍ سَنَةَ عَشْرَةَ وَمِائَةَ وَهُوَ بِنِ سَبْعٍ وَسَبْعِينَ سَنَةً بَعْدَ الْحَسَنِ بِمِائَةِ يَوْمٍ وَصَلَّى عَلَيْهِ النَّضْرُ بْنُ عَمْرٍو الْمُقَرَّرُ مِنْ أَهْلِ الشَّامِ وَقَبْرُهُ بِإِزَاءِ قَبْرِ الْحَسَنِ بِالْبَصْرَةِ مَشْهُورٌ يَزَارُ وَكَانَ مُحَمَّدُ بْنُ سِيرِينَ كَاتِبَ أَنْسَ بْنِ مَالِكٍ بِفَارِسٍ.» محمد بن حبان البستي، الثقات، المرجع السابق، ج 5، ص 349.

(4) «سعيد بن جبير بن هشام مولى بنى والبة بن الحارث من بنى أسد كنيته أبو عبد الله من عباد المكيين وفقهاء التابعين قتله الحجاج بن يوسف سنة خمس وتسعين صبرا وله تسع وأربعون سنة.» محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مقبذ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البستي (المتوفى: 354هـ)، مشاهير علماء الأمصار وأعلام فقهاء الأقطار، حققه ووثقه وعلق عليه: مرزوق على إبراهيم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - المنصورة، الطبعة الأولى 1411هـ - 1991م، ص 133 و 134.

أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»⁽¹⁾، ذلك أن أول الكلام في الآية الكريمة خطاب موجة للحكام، وآخره خطاب مرصود للأزواج، فدل النسق على أن حضور الحاكم شرط في الافتداء تماماً كما هو الشأن بالنسبة لحضور الزوجين، ولأن النبي ﷺ تولى الخلع بين الزوجين فيما سقناه آنفاً من أحاديث، ولو جاز لهما التفرد به لأوكل أمره إليهما، كما احتج هؤلاء بقراءة حمزة لقوله ﷺ: ﴿إِلَّا أَنْ يُخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁽²⁾ على البناء للمجهول، والفاعل محذوف تقديره ولادة الأمر، فدل ذلك أن الخلع ليس بيد الزوجين⁽³⁾.

أما الاتجاه الثاني فلا يشترط تدخل القاضي لانعقاد الخلع، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة⁽⁴⁾ وابن حزم الظاهري⁽⁵⁾، وحجة هؤلاء قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) سورة البقرة، الآية 229.

(3) «وَقَرَأَ حَمْزُهُ» إِلَّا أَنْ يُخَافَا بِضَمِّ الْيَاءِ عَلَى مَا لَمْ يُسَمَّ فَاعِلُهُ، وَالْفَاعِلُ مَحْذُوفٌ وَهُوَ الْوَلَاءُ وَالْحَكَّامُ، وَاخْتَارَهُ أَبُو عُبَيْدٍ. قَالَ: لِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ «فَإِنْ خِفْتُمْ» قَالَ: فَجَعَلَ الْخَوْفَ لِعَبْرِ الزَّوْجَيْنِ، وَلَوْ أَرَادَ الزَّوْجَيْنِ لَقَالَ: فَإِنْ خَافَا، وَفِي هَذَا حُجَّةٌ لِمَنْ جَعَلَ الْخُلْعَ إِلَى السُّلْطَانِ. قُلْتُ: وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ وَالْحَسَنِ وَابْنِ سِيرِينَ. «شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج 3، ص 137 و 138. «وَقَرَأَ حَمْزُهُ» إِلَّا أَنْ يُخَافَا عَلَى الْبِنَاءِ لِلْمَجْهُولِ، وَالْفَاعِلُ مَحْذُوفٌ، وَهُوَ الْأُئِمَّةُ الْحُكَّامُ وَاخْتَارَهُ أَبُو عُبَيْدٍ قَالَ لِقَوْلِهِ: فَإِنْ خِفْتُمْ فَجَعَلَ الْخَوْفَ لِعَبْرِ الزَّوْجَيْنِ. وَقَدْ احْتَجَّ بِذَلِكَ مَنْ جَعَلَ الْخُلْعَ إِلَى السُّلْطَانِ، وَهُوَ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ، وَالْحَسَنُ، وَابْنُ سِيرِينَ. «محمد الشوكاني، فتح القدير، المرجع السابق، ج 1، ص 274.

(4) «وَحَضَرَهُ السُّلْطَانُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِحَوَازِ الْخُلْعِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ فَيَجُوزُ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ (...) وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - جَوَّزُوا الْخُلْعَ بِدُونِ السُّلْطَانِ. «علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 145. «(قَوْلُهُ وَبِأَلَا حَاكِمٍ) مُتَعَلِّقٌ بِمَحْذُوفٍ أَيْ وَجَارَ بِأَلَا حَاكِمٍ وَأَتَى الْمُصَنِّفُ بِهَذَا دَفْعًا لِقَوْلِهِمْ أَنَّ الطَّلَاقَ لَمَّا كَانَ عَلَى عَوَضٍ كَانَ مَطْنَةً لِلْجَوْرِ فَلَا يَفْعَلُهُ إِلَّا الْحَاكِمُ أَوْ أَنَّ قَوْلَهُ وَبِأَلَا حَاكِمٍ عَطْفٌ عَلَى مُقَدَّرٍ خَالَ مِنْ الْخُلْعِ أَيْ خَالَ كَوْنِهِ بِحَاكِمٍ وَبِأَلَا حَاكِمٍ. «محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 347. «ويصح الخلع من غير حاكم، وبه قال عامة أهل العلم. «أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 17، ص 15. «وَلَا يُفْتَقَرُ الْخُلْعُ إِلَى حَاكِمٍ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، فَقَالَ: يَجُوزُ الْخُلْعُ دُونَ السُّلْطَانِ، وَرَوَى الْبُخَارِيُّ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ وَالثَّوْرِيُّ، وَمَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَإِسْحَاقُ، وَأَهْلُ الرَّأْيِ. «موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 324.

(5) «وَمِنْ طَرِيقِ الْحَجَّاجِ بْنِ الْمُنْهَالِ نَا حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ نَا يَحْيَى - هُوَ ابْنُ عَتِيقٍ - أَنَّهُ سَمِعَ مُحَمَّدَ بْنَ سِيرِينَ يَقُولُ: كَانُوا يَقُولُونَ: لَا يَجُوزُ الْخُلْعُ إِلَّا عِنْدَ السُّلْطَانِ (...) وَهَذَا كُلُّهُ لَا حُجَّةَ عَلَيْهِ تَصْحِيحِهِ. «ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 514.

حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ⁽¹⁾، ووجه الدلالة أن الله أباح الأخذ منها برضاها، دون أن يأتي على ذكر السلطان، مما يدل على عدم اشتراطه⁽²⁾، كما أن النبي ﷺ سأل المختلعة - فيما سبق من الروايات - بقوله: «أتردين عليه حديقته»، قالت: نعم، فقال ﷺ للزوج: «خذها وفارقها»⁽³⁾، فدل تصرفه ﷺ أن الخلع لو كان معقوداً بيد السلطان، ما استفسر النبي ﷺ عن إمكان ردها لما أخذته صداقاً من زوجها، ولما التمس منه إيقاع الطلاق، لأن القاضي لا يلتفت - في الأحوال التي ينفرد فيها بولاية النظر والحسم - إلى موافقة الخصمين أو أحدهما عند البت فيما بينهما من نزاع، ثم أن الخلع عقد معاوضة عماده تراضي الطرفين كسائر العقود، فلم يفتقر إلى السلطان على غرار البيع والنكاح، وهو بمنزلة الطلاق، كل ما في الأمر أنه جاء بعوض، فكان للزوج فيه ولاية إيقاع الفرقة، وللزوجة ولاية بذل المال، فلا حاجة لاشتراط حضور السلطان لصحته⁽⁴⁾.

ويرتد سبب الخلاف في تقديرنا إلى طبيعة الخلع في حد ذاته لدى كل فريق، فمن اشترط الشقاق لصحة الخلع أوجب حضور الحاكم، وهذه ضرورة عقلية تقتضيها الظروف الملازمة لهذا النوع من الإفتداء، لأنه لا يقوم إلا في إثر الخصومة والنزاع، فلزم من ذلك تدخل القاضي لفرضه، ومن لم يشترط ذلك - وردّ الخلع إلى مجرد الخشية من تعدي حقوق الله، أو قال بصحته وإن انتفى كل سبب له

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) «...وَلَا مَعْنَى لِهَذَا الْقَوْلِ لِأَنَّ الرَّجُلَ إِذَا خَالَعَ امْرَأَتَهُ فَإِنَّمَا هُوَ عَلَى مَا يَتَرَضَّيَانِ بِهِ، وَلَا يُجْبِرُهُ السُّلْطَانُ عَلَى ذَلِكَ، وَلَا مَعْنَى لِقَوْلِ مَنْ قَالَ: هَذَا إِلَى السُّلْطَانِ (...) قَالَ الطَّحَاوِيُّ: وَقَدْ صَحَّ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَابْنِ عُمَرَ جَوَازُهُ دُونَ السُّلْطَانِ، وَكَمَا جَازَ الطَّلَاقُ وَالنِّكَاحُ دُونَ السُّلْطَانِ فَكَذَلِكَ الْخُلْعُ، وَهُوَ قَوْلُ الْجُمْهُورِ مِنَ الْعُلَمَاءِ.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص138.

(3) سبق تخريجه.

(4) «وَالْخُلْعُ جَائِزٌ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَتَعَمَدُ التَّرَاضِي كَسَائِرِ الْعُقُودِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الطَّلَاقِ بِعُوضٍ، وَلِلزَّوْجِ وَلَايَةٌ بِإِقَاعِ الطَّلَاقِ، وَهَذَا وَلَايَةٌ تَتَرَامَى الْعُوضِ، فَلَا مَعْنَى لِإِشْتِرَاطِ خَضْرَةِ السُّلْطَانِ فِي هَذَا الْعَقْدِ.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج6، ص173. «(وَبِلَا حَاكِمٍ) ش: يَعْنِي أَنَّ الْخُلْعَ جَائِزٌ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ الْحَاكِمِ، قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: وَالْخُلْعُ وَالْمُبَارَاةُ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ جَائِزَتَانِ.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص19. «ويجوز الخلع من غير حاكم لأنه قطع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فلم يفتقر إلى الحاكم كالإقالة في البيع.» أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج2، ص490. «ويجوز الخلع من غير حاكم، لأنه قطع عقد بالتراضي، فلم يحتج إلى حاكم، كالإقالة.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج3، ص97.

- اعتد بسلطان الإرادة وتراضي الطرفين كقاعدة عامة لوقوعه دون حاجة لحضور الحاكم، ومع ذلك قد يحدث أن يتشاق الزوجان، وهي حال يتعسر في كنفها الاتفاق على الافتداء بلا ريب، فهل يصح استثناء تدخل القاضي إعمالاً لذات الضرورة العقلية وفق تصور المذهب الثاني؟ وهي مسألة أشرنا إليها فيما سبق باقتضاب، وسنعود إليها بشيء من التفصيل فيما يلي من فقرات، لأن السياق يلح في طلب تفريع آخر يتقدمها، وينصرف إلى بيان موقف التشريعات الأسرية من الأمر برمته، إلا أننا سنقتصر على عرض أحد نماذجها، ويتعلق الأمر بمسلك قانون الأسرة الجزائري وما نصص عليه من أدوار للقاضي في المخالعة.

لا شك أن المقام يقتضي استحضار ما خلصنا إليه آنفاً بمناسبة تعريفنا للخلع، من أنه لا يخرج في قانون الأسرة الجزائري عن أحد ضربين، أولهما وهو الأصل، ومفاده حق فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة نظير بدل تؤديه لزوجها، وفق ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في صدر المادة (54) من قانون الأسرة بقوله: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...»، أما النوع الثاني فباعتباره عقد مناطه إرادة الزوجين، ويقع على سبيل الاستثناء، كما يستفاد - بمفهوم المخالفة - من عجز المادة سابقة الذكر والقاضية بأنه: «إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي...»، ومن ثمة فإن الخلع - وفق هذا النص - مرتبط بسلطان الإرادة إما منفردة كما هو الشأن بالنسبة للفرض الأول، أو بناءً على الاتفاق كما هي حال الفرض الثاني.

وبالتالي فإن الخلع يقع من فوره بمجرد الاتفاق عليه، لا سيما أنه والحالة هذه معاوضة مقترنة بيمين من جهة الزوج، ومعاوضة شبيهة بالتبرع من جهة الزوجة، فلا أقل من اعتباره طلاقاً في هذا الفرض، غير أن الأمر يدق في تكييفه عندما يناط بإرادة الزوجة منفردة، وإن كان لا يحول دون القول بكونه تصرفاً إرادياً منفرداً تملك الزوجة ناصية إعماله بمقتضى النص السابق، وأنه متى تم التعبير عنه إن في هذا الفرض أو ذاك أنشأ مركزاً قانونياً جديداً، وأنه لا سبيل أمام الزوج في الفرض الثاني لإبداء دفعه والتمسك بمناقشة هذا الحق الإرادي أو رفضه، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة السابقة بقوله: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج...»، غير أن المشرع سرعان ما قيد هذا الحق عندما اقتضى شرطاً تشريعياً للاعتراف به، ويتعلق الأمر بوجوب إفراغه في قالب خاص لا يثبت دونه، وهو ما نصت عليه المادة (49) من قانون الأسرة بقولها: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم...»، فإذا كان هذا النص يتسع

للخلع الاتفاقي بوصفه طلاقاً عند جمهور الفقهاء، فهل يسوغ إقحام ما اعتبرناه خلعاً بالإرادة المنفردة للزوجة تحت مظلته، لا سيما وأن الشريعة جردت المرأة من فك عرى الزوجية بإرادتها المنفردة مطلقاً؟ في الواقع إذا نظرنا إلى مسلك المشرع من الناحية الشكلية، أدركنا أن الخلع بشقيه ينضوي تحت فصل الطلاق، وبالتالي فإنه يقع وجوباً تحت طائلة المادة (49) من قانون الأسرة سواء تم بطريق الاتفاق أو انفردت الزوجة بإيقاعه، وعليه فإن الإرادة - إن في حال الاتفاق على الخلع أو عند إيقاعه بالإرادة المنفردة للزوجة - تكون عاجزة لوحدها عن ترتيب الأثر القانوني ما لم تستوف الشكل الذي يقتضيه المشرع إفراغها فيه، وهي نتيجة تقوض بلا ريب من سلطان الإرادة في إحداث هذه الفقرة لأثرها.

وترتيباً عليه يكون المشرع الجزائري قد اعتنق الاتجاه الشكلي الذي يشترط حضور القاضي في المخالعة، يستوي في ذلك أن تكون عقداً أو تصرفاً منفرداً، فأوجب من هذا المنطلق إفراغ إرادة الفقرة في قالب قضائي خاص، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن طبيعة الحق في المخالعة من حيث كونها تصرف إرادي أم عمل قضائي، وطبيعة الحكم الصادر بها، خاصة وأن الأعمال المنوطة بالقاضي ليست على نمط واحد، فمنها ما هو قضائي ومنها ما هو ولائي.

تجدر الإشارة ابتداءً إلى ضرورة التمييز بين نوعين من الشكلية، تعتبر إحداها ركناً ركيناً في التصرف، بحيث يفضي تخلفها إلى بطلان التصرف نفسه، ومنها القوالب التي اقتضاه المشرع لإنشاء بعض العقود، كما هي حال البيوع العقارية، في حين تستهدف الثانية تنبيه صاحب الشأن إلى خطورة تصرفه وحماية له من التسرع بإعطائه فرصة تقليب الأمر ومراجعة النفس، دون أن تنتقص من الحق أو تنال منه، فهل يعتبر صدور الحكم بالخلع في ضوء المادة السالفة - إن في حال الاتفاق أو بإيقاع من الزوجة - شرطاً لإثباته أم لانعقاده؟

في الواقع يعتبر صدور الحكم بالمخالعة - سواء تعلق الأمر بكونه عقداً أو تصرفاً إرادياً منفرداً مملوكاً للزوجة - مجرد إثبات لواقعة الخلع ليس إلا، ومما يحملنا على القول بذلك، أن الافتداء اتفاقاً - كما سبق وأن بينا - لا يخرج عن كونه طلاقاً نظير عوض تلتزم به الزوجة لاستخلاص بضعتها، فإذا كانت الزوجة أهلاً للبذل والزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، وجب هذا الأخير، ويُعطف عليه ما استحدثته نص المادة (54) من قانون الأسرة، حين حول الزوجة حق إعمال الخلع بإرادتها منفردة دون النص على أي دور للقاضي فيه، خلا ما تعلق منه بعدم الاتفاق على بدله، كما أنه ليس لقضاة الموضوع عند

التصريح به في الفرضين إلا الإشهاد عليه والحكم به، دون فحص دخائله والبحث في وقائع، ومن ثمة فإن الأحكام الصادرة بالخلع هي أحكام كاشفة وليست منشئة، مرتبطة بعمل ولائي للقاضي لا يواجه في كنفه هذا الأخير نزاعاً بين الزوجين، بل يقتصر دوره على إفراغ إرادتهما في حالة الخلع الاتفاقي، وإرادة الزوجة في حالة التصرف الانفرادي في الشكل الذي اقتضاه القانون كي يرتب الخلع أثره القانوني. في ضوء ما تقدم يمكننا القول، أن الحكم الصادر بالخلع بناءً على الإرادة المنفردة للزوجة، لا يختلف من حيث طبيعته القانونية عن الحكم الصادر بالطلاق بناءً على إرادة الزوج منفرداً، من حيث أنه حكم تقريري، لا سلطان للقاضي بمقتضاه في إنشاء حق تستقل الزوجة بإعماله متى شاءت، غير أن التسليم بذلك على إطلاقه يفضي إلى القول باعتبار الفرقة الناشئة عنه طلاقاً، وهو ما لا يستقيم حتماً لمخالفته أحكاماً شرعية قطعية الثبوت من كل وجه يستأثر الزوج في كنفها بهذا الحق دون الزوجة، وعليه كان حرياً بالمشرع الجزائري أن يكيف الفرقة الناتجة عن هذا النوع من الخلع، بوصفها فسخاً لوقوعها رغماً عن إرادة الزوج، بخلاف الفرقة التي تؤول عن الخلع الاتفاقي والتي رجحنا بكونها طلاقاً.

أضف إلى ذلك أن السياسة التشريعية للنص لم تكن موفقة إلى حد بعيد، في ظل ما أحاط به المشرع سلطة القاضي من قيود، إذ أن الأقرب إلى الحكمة في تقديرنا - وقد غل النص يد القضاة وحال بينهم وبين ممارسة سلطة تقديرية هي من صميم الوظيفة القضائية - أن يضطلع هؤلاء بنظر دعوى الخلع لا على اعتبار وجود نزاع يستوجب الحكم فيه، بل على أساس ما لهم من سلطة ولائية تخولهم البت فيه بمقتضى أمر قضائي، انسجاماً مع رغبة المشرع في الحد من سلطة القاضي، وإرادته في قفل باب الطعن بأي طريق من طرقه على الحكم بالخلع.

ثانياً: مدى جواز إكراه الزوج على الخلع من قبل القاضي

من المسائل المفصلية التي حرصنا على طرحها طوال هذا الفصل، مدى حرية الزوج في عدم الاستجابة لزوجته إذا التمس منه الافتداء؟ وهل للقاضي سلطة حمله على ذلك جبراً فيما إذا تعنت في قبول الخلع؟

لا شك في أن تساؤلاً بهذا الثقل، وإن ألح المحدثون من فقهاء الشريعة والقانون والحقوقيون بوجه عام على الخوض فيه، لا يجعل منه تساؤلاً راهناً أفرزته مقتضيات الواقع المعاش، بل أنه لا يس نظام الخلع منذ مراحل الأولى، ولا أدل على ذلك من تبني الفقه الإسلامي التقليدي له، وتناfre بشأن الإجابة عنه إلى مذهبين، حيث جنح البعض إلى القول بأحقية القاضي بما له من ولاية الحكم بين

الناس في إلزام الزوج بالمخالعة⁽¹⁾، وحجتهم في ذلك أن ما ورد في حديث امرأة ثابت بن قيس، من أن النبي ﷺ قال لثابت: « اقبل الحديقة وطلقها. »، كلامٌ محمولٌ على الأمر، وهذا الأخير كما هو مقرر عند علماء الأصول يفيد الوجوب ما لم يصرفه صارفٌ عن ذلك، وليس في هذا المقام ما يجيد به عن معنى الوجوب، فدل السياق على أن النبي ﷺ ألزم الزوج بقبول البدل الذي أمهرها وتطليقها، فلزم من تصرف النبي ﷺ فيه باعتباره قاضياً جريانه في حق كل قاضٍ، ويعضد ذلك ما رواه ابن جريح عن أبو الزبير من أن النبي أخذ من الزوجة وخلى سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس، قال: « قَدْ قِيلْتُ قَضَاءَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. »⁽²⁾، وهي رواية تفيد أن النبي ﷺ بتَّ في الواقعة بوصفه قاضياً⁽³⁾.

في حين جرح جمهور الفقهاء⁽⁴⁾ إلى القول بعدم جواز إجبار الزوج من قبل القاضي على قبول الخلع، إذا لم تتجه إليه إرادته طوعاً، وحجتهم في ذلك أن ما صدر من النبي ﷺ لثابت بن قيس « اقبل الحديقة وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً. »⁽⁵⁾، هو أمر نصح وإرشاد لا أمر وجوب، لانطواء الواقعة على الصارف،

(1) «واختلف كلام الشيخ تقي الدين في وجوب إجابتها، وألزم بها بعض حكام الشام المقداسة الفضلاء. قاله في الفروع والإنصاف، لأمره صلى الله عليه وسلم، لثابت بها.» إبراهيم ابن ضويان، منار السبيل، المرجع السابق، ج2، ص22.
(2) سبق تخريجه.

(3) «وَأَمَّا أَمْرُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِتَطْلِيقِهَا فَإِنَّهُ أَمْرٌ إِرْشَادٌ لَا إِجْبَابٌ كَذَا قِيلَ، وَالظَّاهِرُ بَقَاؤُهُ عَلَى أَصْلِهِ مِنَ الْإِجْبَابِ، وَيَدُلُّ لَهُ قَوْلُهُ ﷺ: «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» (البقرة: 229) فَإِنَّ الْمُرَادَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَخَذُ الْأَمْرَيْنِ، وَهَذَا قَدْ تَعَدَّرَ الْإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ لِبُلْغِهَا لِلْفِرَاقِ فَيَتَعَرَّضُ عَلَيْهِ التَّسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ.» محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، المرجع السابق، ج2، ص245 و246. «والخلع يكون بتراضي الزوج والزوجة، فإذا لم يتم التراضي منهما فللقاضي إلزام الزوج بالخلع، لأن ثابتاً وزوجته رفعاً أمرهما للنبي صلى الله عليه وسلم، وألزمه الرسول بأن يقبل الحديقة، ويطلق.» سيد سابق (المتوفى: 1420هـ)، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، 1397هـ - 1977م، ج2، ص299. «قوله وأمره يطلقها: يبطل قول من قال: أن الأمر في قوله عليه السلام: " اقبل الحديقة وطلقها " أمر إرشاد وإصلاح، لا أمر وجوب، وهذا عجيب، إذ كيف تبغض المرأة زوجها أشد البغض حتى تخاف إن أجبرت على البقاء معه أن تكفر بالله، وترفع أمرها إلى الحاكم، وهو النبي صلى الله عليه وسلم، فيأمره بقبول الحديقة التي كانت صداقها، ويقول له طلقها، ثم يكون ذلك كله إرشاداً وإصلاحاً لا إلزاماً.» أحكام الخلع في الإسلام، تقي الدين الهلالي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق، الطبعة الأولى، 1390هـ، ص47.

(4) «...فَلَهَا أَنْ تَقْتَدِيَ مِنْهُ وَتُطَلِّقَهَا، إِنْ رَضِيَ هُوَ؟ وَإِلَّا لَمْ يُجْبَرْ هُوَ؟ وَلَا أُجْبِرَتْ هِيَ؟ إِنَّمَا يَجُوزُ بِتَرَاضِيهِمَا.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج9، ص511. «...قَوْلُهُ أَقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً هُوَ أَمْرٌ إِرْشَادٌ وَإِصْلَاحٌ لَا إِجْبَابٌ.» ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج9، ص400.

(5) سبق تخريجه.

حيث تضمنت جل الروايات ما يفيد أن النبي ﷺ نسب فعل الطلاق وإيقاعه إلى الزوج، فدل ذلك على أنه تصرف ﷺ باعتباره ناصحاً لا حاكماً، كما أن الشريعة وفي عموم نصوصها عقدت إيقاع الفرقة بيد الزوج وحده، إلا ما أكولته صراحة للقاضي، وليس فيها ما ينم على أن الخلع منها.

لكن إذا سلمنا من باب الجدل أن الخلع لا يقع إلا إذا اهتدى الزوجان للاتفاق عليه، وأنه لا يسوغ في كل الأحوال إجبار الزوج على قبوله، نكون قد عطلنا بلا ريب الحكم الذي انطوت عليه آية الافتداء في كثير من موجباته، وألزمنا الزوجة بالمكوث مع زوج تبغضه، ولا تطبيق المقام معه، وفي ذلك ما ينافي مقتضيات العدالة، وأسباب المودة والرحمة التي تقوم عليها البيوت في الإسلام، أما إذا ألزمنا به الزوج، لمجرد فرك زوجته إياه، نكون قد أبطلنا حتماً ولايته عليها، وبالتالي لما مجال للقول بما ينفك عنها من مخرجات كواجب الطاعة والحق في بسطها بما قرره الشرع، ونظام النشوز وغيره، الأمر الذي حذا ببعض الفقه إلى التماس الحل في نسق عموم الشريعة لا في آية الافتداء وحدها وهو ما سنتعرض له فيما يلي:

ثالثاً: دور الحكمين في المخالعة

نظراً لما بين التحكيم والخلع من ترابط كما سبق وأن أومضنا بمناسبة حديثنا عن الحكمة من تشريع الافتداء، كان لزاماً علينا أن نوفه حقه من البسط ببيان زمنه ودواعي إعماله (أ) وحصر الشروط الواجب توافرها في الحكمين (ب) وتحديد الجهة المكلفة بإثارتهم (ج) على أن نختم بالحديث عن صفتيهما وحدود سلطانهما في دعوى المخالعة (د).

(أ) زمن ندب الحكمين: لقد أشار الخطاب القرآني إلى ندب الحكمين في قوله ﷻ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽¹⁾، فحال الخوف من الشقاق هي مناط إثارة الحكمين، وتكون أشد وطأً على الزوجية من حال خوف النشوز، فهذه الأخيرة تعتري الزوجية والمرأة في بيت بعلها، فيكون له من هذا الباب بعض السلطان عليها، وقدر من المودة نحوها، وهما سييلان قد يُستثمران لرأب ما تصدع من بُنى الزوجية، لذلك كان المهر الجميل في هذا الموضع من وسائل العلاج، وهو لا يصلح عقاباً بطبيعته إلا

(1) سورة النساء، الآية 35.

مع قيام المحبة، أما الشقاق فلا يُتصور إلا عند فساد الود واستحكام النفرة، إذ ينزل كل منهما في شق، وهذا شأن ليس بمقدور الزوج أن يتولى في كنفه الإصلاح، لما قر في القلوب من تنافر، فكان من رحمة الشارع بعباده أن رسم طريقاً آخر للعلاج بيَّنه ﷺ بقوله: ﴿فَاتَّبَعُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾⁽¹⁾، لذا أجمع الفقهاء على أن إثارة الحكيمين، لا تكون إلا دبر ما يشب من شقاق بين الزوجين، بعد استنفاد وسائل التأديب التي شرعها الله على نحو متدرج مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَأَلَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾⁽²⁾، فإذا كان الشقاق من جهة الزوجة، وأبى الزوج أن يسرح بإحسان، أنتدب الحكمان لعلاج ما فسد من عرى الزوجية⁽³⁾.

(ب) شروط الحكيمين: لقد اشترط المولى ﷺ - كما يستفاد من ظاهر قوله الكريم في آية التحكيم - أن يكون الحكمان من أقارب الزوجين، لما يُتوسم فيهما من حرص على تماسك كيان الأسرة وبقائها، وأحوط من غيرهم في حفظ أسرارها، وأكثر إخلاصاً في بذل النصيحة لأهلها، وتغليب لم شعنها، على البتّ بحلها، فالقربة مدعاة للحرص والشفقة، لذا أوجب الله ﷻ أن يختار حكماً من أهله وحكماً من أهلها، تحقيقاً للتوازن وطلباً لهذه الغايات⁽⁴⁾.

(1) سورة النساء، الآية 35.

(2) سورة النساء، الآية 34.

(3) «اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى جَوَازِ بَعْثِ الْحَكَمَيْنِ إِذَا وَقَعَ التَّشَاخُرُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَجُهِلَتْ أَحْوَالُهُمَا فِي التَّشَاخُرِ، أَعْنِي: الْمُحَقُّ مِنَ الْمُبْطِلِ» ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 3، ص 117. «فَإِنَّ خَوْفَ الشَّقَاقِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ أَنْ يَدَّعِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ مَنَعَ الْحَقِّ وَلَا يَطِيبُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ بِإِعْطَاءٍ مَا يَرْضَى بِهِ وَلَا يَنْقَطِعُ مَا بَيْنَهُمَا بِرُقَّةٍ وَلَا صَلَاحٍ وَلَا تَرَكَ الْقِيَامِ بِالشَّقَاقِ (...) فَإِذَا اِزْتَفَعَ الزَّوْجَانِ الْمَخُوفُ شِقَاقُهُمَا إِلَى الْحَاكِمِ فَحَقَّ عَلَيْهِ أَنْ يَبْعَثَ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 5، ص 208. «وَالزَّوْجَانِ إِذَا وَقَعَتْ بَيْنَهُمَا الْعَدَاوَةُ، وَخُشِيَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُخْرِجَهُمَا ذَلِكَ إِلَى الْعَصِيَانِ بَعَثَ الْحَاكِمُ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 320.

(4) «وَالْحَكَمَانِ لَا يَكُونَانِ إِلَّا مِنْ أَهْلِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، إِذْ هُمَا أَفْعَدُ بِأَحْوَالِ الزَّوْجَيْنِ، وَيَكُونَانِ مِنْ أَهْلِ الْعَدَالَةِ وَحُسْنِ النَّظَرِ وَالْبَصَرِ بِالْفَقْهِ» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج 5، ص 175. «وإنما كان بعث الحكيمين من أهلها لأن الأقارب أعرف ببواطن الأحوال وأطلب للصلاح ونفوس الزوجين أسكن إليهم فيبرزان ما في ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الصلحة والفرقة» عبد الله حافظ الدين النسفي، مدارك التنزيل، المرجع السابق، ج 1، ص 356.

كما يفهم من النص السامي أيضاً، أن الشارع ﷻ اشترط كون الحكيمين رجلين عدلين، لاستخدامه ضمائر المذكر⁽¹⁾، وظاهر ما اقتضته الجمل الكريمة من شروط، إنما خُذت من باب الوجوب⁽²⁾، ومع ذلك حمل الكثير من العلماء شرط القرابة على سبيل الاستحباب والتفضيل، إذ يسوغ انتداب الحكم الأجنبي متى كان عدلاً وذا راحة عقلٍ وقدرة على الإقناع بالصلح، والانتصاف للمظلوم⁽³⁾.

يضاف إلى ذلك شرط ثالث يمكن استقاؤه من قوله ﷻ: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾⁽⁴⁾، إذ يحتمل الضمير في الآية أحد فرضين، فهو يتسع لمخاطبة الحكيمين، كما يجوز أن يكون مرصوداً للزوجين، والأولى، اعتبار ما سيق ابتداءً للحكيم، وما قُرر انتهاءً للزوجين، فيكون المعنى: إن يرد الحكمان إصلاحاً بنية صحيحة وعزيمة صادقة، يوفق الله بين الزوجين بإلقاء الألفة والمودة في نفسيهما،

(1) «وَجُمْلَتُهُ أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ شِقَاقٌ وَاشْتَبَهَ حَالُهُمَا فَلَمْ يَفْعَلِ الزَّوْجُ الصُّلْحَ وَلَا الْفُرْقَةَ وَلَا الْمَرْأَةُ تَأْدِيَةَ الْحَقِّ وَلَا الْفِدْيَةَ وَخَرَجَا إِلَى مَا لَا يَحِلُّ قَوْلًا وَفِعْلًا بَعَثَ الْإِمَامُ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ إِلَيْهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِلَيْهَا رَجُلَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ...» أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، معالم التنزيل، المرجع السابق، ج1، ص613.

(2) «مِنَ الْمُدُونَةِ إِنْ اجْتَمَعَ الزَّوْجَانِ عَلَى بَعْثِ رَجُلٍ وَاحِدٍ أَيْكُونُ كَالْحَكَمَيْنِ قَالَ نَعَمْ إِنْ صَلَحَ لِدَلِكْ لَيْسَ بِنَصْرَانٍ وَلَا عَبْدٍ وَلَا صَبِيٍّ وَلَا أَمْرَأَةٍ وَلَا سَفِيهِ» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج5، ص266 و267. «وَلَا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ شُرُوطٍ فِي صَحْتِهِ تَحْكِيمُهُمَا وَهِيَ تَنْقَسِمُ ثَلَاثَةً أَفْسَاسٍ، قِسْمٌ يَجِبُ اعْتِبَارُهُ فِيهِمَا، وَقِسْمٌ يُسْتَحَبُّ اعْتِبَارُهُ فِيهِمَا، وَقِسْمٌ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْقَوْلِ فِيهِمَا، فَأَمَّا مَا يَجِبُ اعْتِبَارُهُ فِيهِمَا مِنَ الشُّرُوطِ فَثَلَاثَةٌ: أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ، فَإِنْ كَانَا أَوْ أَحَدُهُمَا أَمْرَأَةً لَمْ يَجْزِ، وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَا حُرَّيْنِ فَإِنْ كَانَا أَوْ أَحَدُهُمَا عَبْدًا لَمْ يَجْزِ، وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَا عَدْلَيْنِ فَإِنْ كَانَا أَوْ أَحَدُهُمَا غَيْرَ عَدْلٍ لَمْ يَجْزِ...» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص604.

(3) «فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ مِنْ أَهْلِهِمَا مَنْ يَصْلُحُ لِدَلِكْ فَيُرْسَلُ مِنْ غَيْرِهِمَا عَدْلَيْنِ عَالَمَيْنِ.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج5، ص175. «قَالَ مَلِكٌ: إِذَا تَعَدَّرَ وُجُودَ حَكَمَيْنِ مِنْ أَهْلِهِمَا فَيُبْعَثُ مِنَ الْأَجَانِبِ، قَالَ ابْنُ الْقُرَيْسِ: فَإِذَا بَعَثَ الْحَاكِمُ أَجَنِبَيْنِ مَعَ وُجُودِ الْأَهْلِ فَيُشَبِّهُ أَنْ يُقَالَ يُتَّقَضُ الْحُكْمُ لِمُخَالَفَةِ النَّصِّ، وَيُشَبِّهُ أَنْ يُقَالَ مَاضٍ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ تَحَاكَمُوا إِلَيْهِمَا، قُلْتُ: وَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ أَظْهَرُ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ كَوْنُهُمَا مِنْ أَهْلِهِمَا مُسْتَحَبٌّ فَلَوْ بُعِثَا مِنَ الْأَجَانِبِ مَعَ وُجُودِ الْأَقَارِبِ صَحَّ.» محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، المرجع السابق، ج5، ص46.

(4) سورة النساء، الآية 35.

وانتزع أسباب الخلاف من قلبيهما⁽¹⁾، وعليه يشترط في الحَكَم وفق هذا التأويل، سلامة نيته وانعقادها للإصلاح، فيلزم من ذلك ألا يكون مقيد الإرادة بإكراه، أو خائر العزيمة بوظيفة نظير أجر.

(ج) بيان المخاطب ببعث الحكمين: لقد اختلف الفقهاء بشأن المخاطب بقوله **وَعَلَى**:

فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا⁽²⁾، حيث ذهب البعض إلى القول بأن الأمر معقود بيد الحاكم، لأنه من يتولى الفصل بين الناس أصلاً⁽³⁾، فجاز له بالتبعية أن ينيب عنه ويقيم محله من يتعهد ذلك أصالةً وهو القاضي، أو يضطلع به عرضاً وهو الحَكَم، ومن ثمة فإن إثارة الحكمين وفق هذا الرأي من صلاحية الإمام أو من يلي عنه على وجه الاختصاص، وإليه ذهب جمهور الفقهاء⁽⁴⁾، في حين قال البعض الآخر أن الأمر ينصرف إلى عموم عدول الأمة، باعتبار ما انطوى عليه النص الكريم خطاب للجميع، وليس فيه ما يفيد أنه قاصرٌ على البعض دون الآخر، فوجب إبقاؤه على أصله المحمول على الكل، غير أن عموم الخطاب وإن جاز بشأن حالة الخوف، فإنه لا يستقيم مع فعل النذب، وعلى هذا

(1) «أي إن قصدا إصلاح ذات البين وكانت نيتهما صحيحة وقلوبهما ناصحة لوجه الله، بورك في وساطتهما وأوقع الله بين الزوجين الوفاق والألفة وألقى في نفوسهما المودة والرحمة.» محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع- القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ- 1997م، ج1، ص252. «ومتى صدقت الإرادة وأخلص الحكمان النية والتصح لوجه الله، فالله يوقفهما بمهمتهما ويهدي إلى الخير، ويحقق الوفاق والتفاهم والعودة إلى التوادد والتراحم والألفة بين الزوجين ويبارك وساطتهما، فمعنى قوله: إن يُريدا إصلاحاً أي الحكمان، ويُوفَّقَ الله بَيْنَهُمَا أي لزوجين.» وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، المرجع السابق، ج5، ص58.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) «ويحتمل: أن يكون الخطاب في قوله: (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ) للحكام، لأنهم هم الذين يتولون النظر في أمور الناس ليقوموهم على حفظ حدود الله.» محمد بن محمد بن محمود، أبو منصور الماتريدي (المتوفى: 333هـ)، تأويلات أهل السنة المعروف بتفسير الماتريدي، المحقق: د. مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1426هـ- 2005م، ج2، ص165.

(4) «وَالْجُمُوهُورُ مِنَ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّ الْمُخَاطَبَ بِقَوْلِهِ: (وَإِنْ خِفْتُمْ) الْحُكَّامُ وَالْأَمْرَاءُ.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج5، ص175.

يكون الأمر ببعث الحكمين مقصور على آحاد الأمة، وُجد الإمام أو لم يوجد، فهو يجري مجرى دفع الضرر، فيقع بهذا المعنى عبء القيام به على كل أحد⁽¹⁾.

وقيل أن الخطاب في الآية موجه للأولياء⁽²⁾، لأنهم من يلون أمر الناس في العقود والفسوخ، وقيل للزوجين باعتبارهما صاحبا الشأن وروي هذا الرأي عن الحسن والسدي⁽³⁾.

ولعل الراجح في تقديرنا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تقرير سلطة ندب الحكمين للقاضي، ولا نرى بأساً من إشراك الزوجين تحت إشرافه ورقابته في اقتراح من يريانه - كل من جهته - أهلاً لهذه المهمة، فإن تقاعس كلاهما أو أحدهما في تسمية الحكم الذي من جهته، ندب له القاضي أحداً من أقاربه أو غير أقاربه، ممن تتوافر فيهم الشروط الشرعية اللازمة لذلك.

(د) صفة الحكمين: ونقصد بصفة الحكمين طبيعة وظيفتهما من حيث كونهما مجرد وكيلين عن الزوجين لا يتعدى دورهما حدود المناقشة والإقناع والسعي في الصلح، أم أنهما حاكمان، فينفك عن ذلك أن ما يقرانه يكون ملزماً للزوجين، تعلق الأمر بالجمع أو التفرقة بينهما، وهي المسألة التي تنازعها رأيان فقهيان، جنح أولهما إلى القول باعتبار الحكمين وكيلين عن الزوجين، فالذي من أهله نائب عنه، والذي من أهلها نائب عنها، ولكل زوج أن يرسم حدود وكالة حكمه المختار عن طريق إيفائه بما يشكو وبما يطالب، واستدلوا لرأيهم هذا بما روي عن ابن سيرين عن عبيدة أنه قال: «جاء رجل وامرأته إلى علي رضي الله عنه مع كل واحد منهما فقام من الناس، فلما بعث الحكمين قال: "رؤيدكما حتى أعلمكما ماذا عليكما، هل تدریان ما عليكما؟ إنكما إن رأيتهما أن جَمَعَا جَمَعْتُمَا، وإن رأيتهما أن تُفَرَّقَا فَرَقْتُمَا" ثم أقبل على المرأة، وقال: "أرضيت بما حكما؟" قالت: نعم قد رضيت بكتاب الله علي ولي،

(1) «وَقَالَ آخِرُونَ: الْمُرَادُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ صَالِحِي الْأُمَّةِ وَذَلِكَ لِأَن قَوْلَهُ: حِفْظُ خَطَابٍ لِلْجَمِيعِ وَلَيْسَ حَمْلُهُ عَلَى الْبَعْضِ أَوَّلَى مِنْ حَمْلِهِ عَلَى الْبَقِيَّةِ، فَوَجِبَ حَمْلُهُ عَلَى الْكُلِّ، فَعَلَى هَذَا يَحِبُّ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ: وَإِنْ خِفْتُمْ خَطَابًا لِلْجَمِيعِ الْمُؤْمِنِينَ. ثُمَّ قَالَ فَابْعَثُوا فَوْجَبَ أَنْ يَكُونَ هَذَا أَمْرًا لِأَحَادِ الْأُمَّةِ بِهَذَا الْمَعْنَى.» **فخر الدين الرازي**، مفاتيح الغيب، المرجع السابق، ج 10، ص 74.

(2) «وَقِيلَ: لِلْأَوْلِيَاءِ لِأَنَّهُمُ الَّذِينَ يَلُونُ أَمْرَ النَّاسِ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ، وَلَهُمْ نَصَبُ الْحُكَمَاءِ.» **أبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان** **أثير الدين الأندلسي** (المتوفى: 745هـ)، **البحر المحيط في التفسير**، المحقق: **صديقي محمد جميل**، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1420هـ، ج 3، ص 629.

(3) «حدثنا محمد بن الحسين قال، حدثنا أحمد بن المفضل قال، حدثنا أسباط، عن السدي: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها"، إن ضربها. فإن رجعت، فإنه ليس له عليها سبيل، فإن أبت أن ترجع وشاقته، فليبعث حكماً من أهله، وتبعث حكماً من أهلها.» **محمد بن جرير الطبري**، جامع البيان، المرجع السابق، ج 8، ص 320.

ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى الرَّجُلِ، فَقَالَ: "قَدْ رَضِيتَ بِمَا حَكَمَّا" قَالَ: لَا وَلَكِنِّي أَرْضَى أَنْ يَجْمَعَا وَلَا أَرْضَى أَنْ يُفَرَّقَا، فَقَالَ لَهُ: "كَذَبْتَ وَاللَّهِ لَا تَبْرَحُ حَتَّى تَرْضَى بِمِثْلِ الَّذِي رَضِيتَ بِهِ" ⁽¹⁾.

ووجه الدلالة أن علياً كرم الله وجهه توخى بسؤاله كلا الزوجين تحصيل رضائهما مسبقاً وإقرارهما بما سينتهي إليه عمل الحكمين، فدل ذلك على أنهما وكيلان لا ينفذ قولهما إلا بإقرار الأصلين له، إذ لو كانا حاكمين لوجب حكمهما في حق الزوج دون اعتبار لقبوله في مسألة الحال، وبهذا قال الشافعي في رواية عنه ⁽²⁾ وفي المشهور عند الإمام أحمد ⁽³⁾ وأبي حنيفة ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 3779، ج 4، ص 452. أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: 211هـ)، الأمالي في آثار الصحابة للحافظ الصنعاني، المحقق: مجدي السيد إبراهيم، مكتبة القرآن - القاهرة، بدون طبعة وبدون تاريخ، الأثر رقم: 6، ص 28. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11883، ج 6، ص 511. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 4661، ج 4، ص 421. أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الأثر رقم: 2631، ج 3، ص 101. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 14782، ج 7، ص 498. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 14561، ج 10، ص 293.

⁽²⁾ «يَدُلُّ عَلَى مَا وَصَفْتُ مِنْ أَنْ لَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَبْعَثَ حَكَمَيْنِ دُونَ رِضَا الْمَرْأَةِ وَالرَّجُلِ بِحُكْمِهِمَا وَعَلَى أَنَّ الْحَكَمَيْنِ إِنَّمَا هُمَا وَكِيْلَانِ لِلرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ بِالنَّظَرِ بَيْنَهُمَا فِي الْجَمْعِ وَالْفُرْقَةِ فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ مَا دَلَّ عَلَى ذَلِكَ؟ قُلْنَا لَوْ كَانَ الْحُكْمُ إِلَى عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - دُونَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ بَعَثَ هُوَ حَكَمَيْنِ وَلَمْ يَقُلْ ابْعَثُوا حَكَمَيْنِ فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ فَقَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ يَقُولَ ابْعَثُوا حَكَمَيْنِ فَيَجُوزُ حُكْمُهُمَا بِتَسْمِيَةِ اللَّهِ إِيَّاهُمَا حَكَمَيْنِ، كَمَا يَجُوزُ حُكْمُ الْحَاكِمِ الَّذِي يُصَيِّرُهُ الْإِمَامُ فَمَنْ سَمَّاهُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى حَاكِمًا أَكْثَرَ مَعْنَى أَوْ يَكُونَا كَالشَّاهِدَيْنِ إِذَا رَفَعَا شَيْئًا إِلَى الْإِمَامِ أَنْفَذَهُ عَلَيْهِمَا أَوْ يَقُولُ ابْعَثُوا حَكَمَيْنِ أَيْ دُلُّونِي مِنْكُمْ عَلَى حَكَمَيْنِ صَالِحَيْنِ كَمَا تَدُلُّونِي عَلَى تَعْدِيلِ الشُّهُودِ قُلْنَا الظَّاهِرُ مَا وَصَفْنَا وَالَّذِي يَمْتَعَنُ مِنْ أَنْ نُحِيلَهُ عَنْهُ مَعَ ظُهُورِهِ أَنَّ قَوْلَ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِلزَّوْجِ كَذَبْتَ وَاللَّهُ حَتَّى تُقَرَّ بِمِثْلِ الَّذِي أَقَرَّتَ بِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلْحَكَمَيْنِ أَنْ يَحْكُمَا إِلَّا بِأَنْ يَفُوضَ الزَّوْجَانِ ذَلِكَ إِلَيْهِمَا وَذَلِكَ أَنَّ الْمَرْأَةَ فَوَضَتْ وَامْتَنَعَ الزَّوْجُ مِنْ تَفْوِيضِ الطَّلَاقِ فَقَالَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كَذَبْتَ حَتَّى تُقَرَّ بِمِثْلِ الَّذِي أَقَرَّتَ بِهِ يَذْهَبُ إِلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُقَرَّ لَمْ يَلْزَمُهُ الطَّلَاقُ وَإِنْ رَأَاهُ وَلَوْ كَانَ يَلْزَمُهُ طَلَاقٌ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ أَوْ تَفْوِيضِ الْمَرْأَةِ لَقَالَ لَهُ لَا أَبَالِي أَقَرَّرْتُ أَمْ سَكَتَ وَأَمَرَ الْحَكَمَيْنِ أَنْ يَحْكُمَا بِمَا رَأَيَا.» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 5، ص 125. «وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنَ الْحَكَمَيْنِ إيقَاعُ الْفُرْقَةِ وَالْخُلْعِ إِلَّا بِتَوْكِيلِ الزَّوْجَيْنِ وَلَا يَمْلِكُ الْحَاكِمُ الْإِذْنَ هُمَا فِيهِ نَصٌّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ فِي كِتَابِ الْأُمِّ وَالْإِمْلَاءِ...» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 603. «واختلف قوله في الحكمين فقال في أحد القولين: هما وكيلان فلا يملكان التفريق إلا بإذنها لأن الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلى بإذنها...» أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج 2، ص 448.

⁽³⁾ «واختلف عن أحمد - رحمه الله - فيهما (فعنه) ما يدل على أنهما وكيلان للزوجين، لا يرسلان إلا برضاها وتوكيلهما، فإن امتنعا من التوكيل لم يجز، هذا هو المشهور عند الأصحاب، حتى أن القاضي في الجامع الصغير، والشريف أبا جعفر، وابن البناء لم يذكروا خلافاً، ونصبه أبو الخطاب، ولأن البضع حق للزوج، والمال حق للمرأة، وهما رشيدان، فلم يجز لغيرهما التصرف عليهما إلا بوكالة

أما الاتجاه الفقهي الثاني فقد جنح إلى القول بكونهما حاكمين بإذنٍ من ولي الأمر من غير حاجة لتوكيل الزوجين، وبه قال مالك⁽²⁾، ونص عليه الشافعي في أحكام القرآن⁽³⁾، وهو قول الإمام أحمد في الرواية الأخرى⁽⁴⁾ ورجحه العلامة ابن القيم⁽¹⁾، واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ: ﴿فَابْتَاعُوا حَكَمًا

منهما...» شمس الدين محمد الزركشي، شرح الزركشي، المرجع السابق، ج 5، ص 352. «وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي الْحُكْمَيْنِ، فَبَيَّحَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ، أَنَّهُمَا وَكِيْلَانِ لَهُمَا، لَا يَمْلِكَانِ التَّفْرِيقَ إِلَّا بِإِذْنِهِمَا. وَهَذَا مَذْهَبُ عَطَاءٍ وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ وَحُكْمِي ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ وَأَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْبُضْعَ حَقُّهُ، وَالْمَالُ حَقُّهَا، وَهُمَا رَشِيدَانِ، فَلَا يَجُوزُ لغيرِهِمَا التَّصَرُّفُ فِيهِ إِلَّا بِوَكَاةٍ مِنْهُمَا، أَوْ وَلَايَةٍ عَلَيْهِمَا...» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 320.

(1) «ثُمَّ قَوْلُ الْحُكْمَيْنِ نَافِذٌ فِي الْجَمْعِ وَالتَّفْرِيقِ بِتَوْكِيلِهِمَا عِنْدَنَا، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْأَصَحِّ وَأَحْمَدُ، وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ وَقَتَادَةَ وَالْحَسَنِ وَأَبِي ثَوْرٍ (...) إِذْ هُمَا مُوَكَّلَانِ لِلْجَمْعِ وَالتَّفْرِيقِ فَعَلَيْهِمَا الْاجْتِهَادُ وَطَلَبُ الْخَيْرِ لَهُمَا، وَكُلُّ مَا وَرَدَ عَنْ السَّلَفِ أَنَّ فِعْلَ الْحُكْمَيْنِ جَائِزٌ عَلَيْهِمَا فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى رِضَاهُمَا إِذْ لَمْ يَنْصُتُوا عَلَى أَنَّهُ جَائِزٌ بِغَيْرِ رِضَا الرَّوْحَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ لَهُمَا أَنْ يُطْلَقَا امْرَأَةً الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَلَا أَنْ يَذْفَعَا مَالًا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ...» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج 4، ص 244.

(2) «وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْرِيقِ الْحُكْمَيْنِ بَيْنَهُمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ هَلْ يُجْتَازُ إِلَى إِذْنِ مَنْ الرُّوجِ أَوْ لَا يُجْتَازُ إِلَى ذَلِكَ؟ فَقَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ: يَجُوزُ قَوْلُهُمَا فِي الْفُرْقَةِ وَالْاجْتِمَاعِ بِغَيْرِ تَوْكِيلِ الرَّوْحَيْنِ وَلَا إِذْنِ مِنْهُمَا فِي ذَلِكَ.» ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 3، ص 117. «حُكْمُهُمَا عَلَى وَجْهِ الْحُكْمِ لَا الْوَكَاةَ فَيَنْفُذُ وَإِنْ خَالَفَ مَذْهَبُ مَنْ بَعَثَهُمَا.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 266.

(3) «وَإِنْ أَرَادَ الْحَاكِمُ أَنْ يَرُدَّ إِلَى الْحُكْمَيْنِ الْإِصْلَاحَ إِنْ رَأَى أَنَّهُ أَوْلى، وَالْفُرْقَةَ إِنْ رَأَى أَنَّهُ أَصْلَحَ أَوْ الْخُلْعَ إِنْ رَأَى أَنَّهُ أَجَحَّ، فَهَلْ يَصِحُّ ذَلِكَ مِنَ الْحُكْمَيْنِ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ مِنْ غَيْرِ تَوْكِيلِ الرَّوْحَيْنِ أَمْ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِتَوْكِيلِهِمَا عَلَى قَوْلَيْنِ: أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ ذَلِكَ مِنَ الْحُكْمَيْنِ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ مِنْ غَيْرِ تَوْكِيلِ الرَّوْحَيْنِ نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ مِنْ أَحْكَامِ الْفُرْجَانِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ...» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 603. «وقال في القول الآخر: هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق، بعوض وغير عوض: لقوله عز وجل (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) فسماهما حكما، ولم يعتبر رضا الزوجين.» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 16، ص 451.

(4) «وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْحُكْمَيْنِ، فَعَنَاهُ وَكِيْلَانِ (...) وَعَنَاهُ هُمَا حَاكِمَانِ وَلَهُمَا أَنْ يَفْعَلَا مَا يَرِيَانِ مِنْ جَمْعٍ وَتَفْرِيقٍ بِعَوَضٍ وَغَيْرِهِ لَا يَحْتَاجَانِ إِلَى تَوْكِيلِ الرَّوْحَيْنِ وَلَا رِضَاهُمَا، رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ، لِأَنَّ اللَّهَ سَبَّحَانَهُ سَمَاهُمَا حَكَمَيْنِ وَلَا يَتَّبِعُ رِضَا الرَّوْحَيْنِ» عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى: 624هـ)، العدة شرح العمدة، يليه «شرح بهاء الدين المقدسي»، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، 1424هـ - 2003م، ص 437. «اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما ولا يملكان التفريق إلا بإذنهما وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي، وحكي عن الحسن وأبي حنيفة لأن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما (والثانية) أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما، روي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعي وإسحاق وابن المنذر» عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ)، الشرح الكبير على

مَنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا»⁽²⁾، واستقوا أن الحجة فيه تقوم من ثلاثة أوجه، أحدها، أن خطاب الشارع موجه إلى الحاكم فافتضى ذلك أن يكون إيفاد الحكمين من جهته دون الزوجين، وثانيهما أن قوله ﷺ: «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا»⁽³⁾، راجع إلى الحكمين، فدلّ على أن الإرادة لهما دون الزوجين، أما الوجه الثالث، فيستفاد من إطلاق اسم الحكمين عليهما، لنفوذ حكمهما جبراً كما هو الشأن بالنسبة للحاكم، فلم يفتقر ذلك إلى توكيل الزوجين.

هذا واستدلوا من جهة أخرى بذات الأثر السابق المروي عن الإمام علي كرم الله وجهه، الذي استقل بندب الحكمين من غير أن يكون للزوجين أمر في ذلك، كما يستخلص من قوله ﷺ: «هَلْ تَدْرِيانِ مَا عَلَيْكُمَا؟ إِنَّكُمَا إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَجْمَعَا جَمْعُتُمَا، وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تُفَرَّقَا فَرَقْتُمَا.» بما يقطع أنهما حاكمان لا وكيلين، لأن الوكيل يتلقى حدود مهمته ممن وكله لا من غيره ولو كان حاكماً، وعززوا رأيهم هذا بما رواه ابن جريح عن ابن أبي مليكة أنه قال: «تَزَوَّجَ عَقِيلُ بْنُ أَبِي طَالِبٍ فَاطِمَةَ بِنْتَ عُتْبَةَ فَقَالَتْ لَهُ: اصْبِرْ لِي، وَأَنْفِقْ عَلَيْكَ، فَكَانَ إِذَا دَخَلَ عَلَيْهَا تَقُولُ لَهُ: أَيْنَ عُتْبَةُ وَشَيْبَةُ؟ فَسَكَتَ عَنْهَا، فَدَخَلَ يَوْمًا بِرَمًا فَقَالَتْ: أَيْنَ عُتْبَةُ بْنُ رَبِيعَةَ وَشَيْبَةُ بْنُ رَبِيعَةَ؟ فَقَالَ " عَلَى يَسَارِكَ فِي النَّارِ إِذَا دَخَلْتَ، فَشَدَّتْ عَلَيْهَا ثِيَابَهَا فَجَاءَتْ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَذَكَرَتْ لَهُ ذَلِكَ، فَأَرْسَلَ ابْنُ عَبَّاسٍ وَمُعَاوِيَةَ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: لَأُفَرِّقَنَّ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ مُعَاوِيَةُ: مَا كُنْتُ لِأُفَرِّقَ بَيْنَ شَيْخَيْنِ مِنْ بَنِي عَبْدِ مَنَافٍ، قَالَ: فَأَتَيْتَاهُمَا فَوَجَدَاهُمَا قَدْ شَدَّا عَلَيْهِمَا أَتْوَابَهُمَا وَأَصْلَحَا أَمْرَهُمَا.»⁽⁴⁾، فدل هذا القول منهما على أن الحكمين

متن المقنع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج8، ص170 و171.

(1) «وَقَدْ اخْتَلَفَ السَّلَفُ وَالْخَلَفُ فِي الْحُكْمَيْنِ: هَلْ هُمَا حَاكِمَانِ أَوْ وَكِيلَانِ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ (...) وَالثَّانِي: أَنَّهُمَا حَاكِمَانِ، وَهَذَا قَوْلُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَالِكٍ وَأَحْمَدَ فِي الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى وَالشَّافِعِيُّ فِي الْقَوْلِ الْآخَرِ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ.» محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون، 1415هـ - 1994م، ج5، ص172.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) سورة النساء، الآية 35.

(4) محمد بن إدريس الشافعي، المسند، المرجع السابق، الأثر رقم: 654، ج2، ص184. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11887، ج6، ص512. عمر بن شبة، تاريخ المدينة، المرجع السابق، ج3، ص1055. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج10، ص293.

يملكان الفرقة إن رآياها، وذلك بمشهد عثمان رضي الله عنه، وعلم من عاصر الواقعة من الصحابة دون إنكارهم لها، ولأن للحاكم مُدخلاً في إيقاع الفرقة بين الزوجين، بالعيوب والعنة وفي الإيلاء، فجاز أن يملك تفويضها في شأن الشقاق إلى الحكّمين.

ومهما يكن من أمر هذه الاجتهادات، فالذي يتبادر لنا ابتداءً، أن آية التحكيم استهدفت في المقام الأول إزالة الشقاق وتوطيد الوفاق بين الزوجين اتساقاً مع مقاصد القرآن في تعظيم ميثاق النكاح وتكريس بقاءه ما أمكن، فخاطبت ذوي الشأن من أجل ذلك وفي سبيله، حتى إذا تعذر تحصيله أمكن المصير إلى التفريق انتهاءً، استلهاً من المبدأ القرآني العام في شأن الحياة الزوجية، وهو الإمساك بمعروفٍ أو التسريح بإحسان، ومن ثمة يمكننا القول، أن عمل الحكّمين ينبغي أن ينصب بادئ الأمر على استطلاع الحال، حتى إذا وقفا على الحقيقة رداً الجائر من الزوجين إلى الحق، وإلا كانا شاهدين عليها بما عايناه، فيرفعانه إلى الإمام الذي يتولى القضاء بين الزوجين المتشاقين في ضوء ما عُرض عليه من قبل الحكّمين على سبيل الشهادة، لأنه أضمن للحسم والتنفيذ⁽¹⁾.

لكن ما هو دور الحكّمين في المخالعة شرعاً، لا سيما وأن كثيراً من التشريعات الأسرية حولت لهما بعض الصلاحيات على النحو الذي أشرنا إليه سابقاً؟

في الواقع، إذا نحن أمعنا النظر فيما رجحناه من أقوال الفقهاء، لا يمكننا القطع بدورٍ حديٍّ واحدٍ للحكم في المخالعة، كلما توافرت ظروفها انصرف عمل الحكم آلياً إلى القضاء بها وحدها، أو إيفاء ولي الأمر بما عاينه في شأنها، وإنما يتعلق الأمر بسياق عام لا يمكن اجتثاث الافتداء منه منفرداً والتعامل معه على هذا الأساس، فالتشريع الكريم، إن في آية التحكيم أو في غيرها مما يتصل بالحياة الزوجية، يتوخى ديمومة هذه الأخيرة ويحرص على استمرارها، لذا وجب أن ينصب عمل الحكم في المقام

(1) «ويتبادر لنا أن التفريق يصح أن يرد في مجال الحلول استلهاً من المبدأ القرآني العام للحياة الزوجية الذي شرحناه في سياق آيات الطلاق في سورة البقرة وهو الإمساك بالمعروف أو التسريح بالمعروف والإحسان وعدم الإمساك للضرر والعدوان، ويكون التفريق وفق الخطط القرآنية المشروحة في تلك الآيات أيضاً وهو الخلع والفداء أو الطلاق الرجعي والبائن أو البات، هذا مع تأكيد القول إن الآية هدفت إلى إزالة الشقاق وتوطيد الوفاق وإن على الحكّمين أو من يتدخل بذل كل جهد في سبيل ذلك في الدرجة الأولى، ومع صحته واحتمال أن يكون التدخل من ذوي الأسرة والشأن في المجتمع والسلطان فالذي يتبادر لنا أن هذا متروك للظروف، فما أمكن حله بدون تدخل السلطان حلّ، وما كان يحتاج إلى سلطان رفع إليه، وإن كان رفع الأمر إلى السلطان يظل هو الأضمن للحسم والتنفيذ.»
دروزة محمد عزت، التفسير الحديث، دار إحياء الكتب العربية- القاهرة، بدون طبعة، 1383هـ، ج8، ص113.

الأول على إصلاح ذات البين، وهذا يدل على تمام العناية الإلهية في إحكام نظام البيوت، على أن يتكفل الحكم استثناءً إذا خاب سعيه في ذلك، بفحص الأسباب التي آل عنها الشقاق، فهو إما أن يكون من جهة الزوج، أو من جهة الزوجة أو منهما جميعاً بغية إنهاء الزوجية بما يناسبها من الفرقة في ضوء ما وقف عليه من أسباب، إذ ليس في الآية ما يدل على أن الله ﷻ قصر دور الحكّمين على إرادة الإصلاح، حتى يكون ذلك سنداً للقول بأنهما رسولان للتوفيق لا للتفريق.

فإذا انتهيا إلى القطع بأن الإضرار من جهة الزوج، وأن الزوجة لم تسئه ولم ترض بالمقام معه، طلقا عليه بلا مال يأخذانه منها له نظير حل عصمتها منه، وعلى العكس إن كان مقيماً بحقها ومحسناً لها وقابلت ذلك بالإساءة، ائتمناه عليها وأوصياه بالصبر على سوء صنيعها نحوه، وأبقياها في عصمته إن تحققا أو ظنا أنه لن يتجاوز الحق فيها، إذ لا يلزم من انفرادها بالإساءة في الماضي، عدم إساءته إياها في المستقبل، وإلا خالعا له بمالٍ منها ولو زاد على صداقها إن أراد الزوج فراقها أو استوت المصلحة، وهذا مذهب المالكية في مسألة الحال⁽¹⁾، وقد احتجت جل التشريعات الأسرية المستحدثة - التي أخذت بنظام التحكيم في المخالعة - باقتباسها لأحكامه، وهو ما يحملنا على التساؤل عن حدود مطابقتها له؟

إذا نحن قاربنا ما قرره المالكية بنموذج من هذه التشريعات، وليكن ما نصص عليه المشرع المصري في المادة في المادة (20) من القانون (1) لسنة (2000م) بقوله: «... فإن لم يترضا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه، ولا تحكم المحكمة بالتطليق

(1) «(وطلّقاً) بما فيه المصلحة فيطْلَقَانِ (بلا خلع) ، أي بلا مال يأخذانه منها للزوج (إن أساء) الزوج، أي إن كانت الإساءة منه، (وبه) أي بالخلع (إن أساءت) أي كانت الإساءة منها، (أو يأتمنأه عليها) بلا طلاق، بأن يأمره بالصبر عليها وعدم معاملتها بالصبر الواقع منها إن اقتضى النظر والمصلحة ذلك. (وإن أساء معا) أي كان كلٌّ منهما يضرب بصاحبه (تعيّن) الطلاق بلا خلع عند الأكثر إذا لم ترض بالمقام معه.» أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج2، ص514. «(فإن) (تعذر) الإصلاح نظرا (فإن أساء الزوج) عليها (طلقا) عليه (بلا خلع) أي بلا مال يأخذانه منها له لظلمه (وبالعكس) بأن كانت الإساءة منها فقط (ائتمناه عليها) وأمره بالصبر وحسن المعاشرة (أو خالعا له بنظرهما) في قدر المخالعة به ولو زاد على الصداق إن أحب الزوج الفراق أو علما أنها لا تستقيم معه (وإن أساء معا) أي حصلت الإساءة من كل ولو غلبت من أحدهما على الآخر (فهل يتعين) عند العجز عن الإصلاح (الطلاق بلا خلع) أي إن لم ترض بالمقام معه (أو لهما أن يخالعا بالنظر) على شيء يسير منها له (وعليه الأكثر تأويلان).» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص345.

للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (18)⁽¹⁾ والفقرتين الأولى والثانية من المادة (19)⁽²⁾ من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشي ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض...»، أدركنا أن هذا النص وما أحال إليه من مواد وإن تبني فكرة التحكيم كمبدأ، إلا أنه قصرها انتهاءً على إصلاح ذات البين، فإن عجز الحكمين عن ذلك، أبلغا القاضي بإخفاقهما في التوفيق بين الزوجين، حينها تعين على هذا الأخير الحكم آلياً بتطبيق الزوجة متى أقرت أمامه أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة بينهما وتخشي ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، دون أن يرفع الحكمين إليه، ما وقفنا عليه من أسباب الشقاق، ومن غير أن يعكف القاضي على فحص هذه الأسباب ومراعاتها وإن انتهت إلى علمه عن طريقتهما، أو عن طريق الزوج.

لقد ثبت بصريح السنة كما سبق وأن فصلنا أن الافتداء إنما ينبني على أسباب قابلة للإثبات توسع الشارع في قبولها، طالما قر في النفس الخوف من عدم إقامة حدود الله في وجودها، سواء تعلق الأمر بمجرد دمامة خلق لا يد للزوج فيها، أو سوء خلق، أو فضاضة طبع، أو قلة دين، أو إيذاء لها بالفعل أو القول وغيرهما، ومن ثمة لا يصح إجابة طلب الزوجة، بدعوى أنها تكره المقام مع زوجها مجردة، دون أن تعزز شعورها هذا بالأسباب التي حملتها على ذلك، لأن الأخذ بهذا التصور مقدمة، يفضي بلا ريب إلى مخرجات تحافي العدالة نتيجة، فحصر النص لوظيفة الحكمين فيما ذكرنا، وغله ليد القاضي على النحو الذي بينا، ينطوي على عوارٍ من ثلاث نواحٍ، فهو يفضي على الوجه الذي صيغ به إلى احتمال الإضرار بالزوجة نفسها، لأنه حين يحيل بين الحكمين وفحص الأسباب التي آل عنها

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 18 على أنه: «...وفي دعاوي الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين يوما».

(2) تنص الفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 على أنه: «في دعاوي التطليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب علي المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله قدر الإمكان في الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه، وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معا، فإن اختلفا وتخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين».

الشقاق، ويقيد سلطة القاضي في الأخذ بها وتقديرها ومراعاتها في حكمه، قد يسلب الزوجة حقها، في الأحوال التي يكون فيها النشوز من جهة الزوج، ومع ذلك ينصرف قصده للإضرار بها والتضييق عليها بغية تحصيل الافتداء، وقد قلنا أنه فرض مؤدٍ إلى التطليق لا الخلع مع استحقاق الزوجة لكل حقوقها، هذا من جهة، كما أنه يفرغ - من جهة أخرى - مهمة الحكّمين من محتواها، فلا هما بالوكيلين الذين يتصرفان نيابةً عن الزوجين في حدود ما رُسم لهما، كما قرره الحنفية والشافعي في إحدى الروايتين عنه، وفيما اشتهر عن الإمام أحمد، ولا هما بالحاكّمين المفوضين من قبل ولي الأمر بالبت في النزاع دبر إخفاقهما في إقرار الصلح كما ذهب إلى ذلك المالكية، والشافعي في أحد قوليه، والإمام أحمد في الرواية الأخرى، فقد قصر النص وظيفتهما على مسعى الصلح بين الزوجين، فإن عجزا عنه أعلما القاضي الذي لا سبيل أمامه سوى الحكم بالتطليق خلعاً، وهو ما يخالف الآراء الفقهية السالفة كلها لا مذهب المالكية وحده، والذي زعمت المحكمة الدستورية المصرية أخذ المشرع به كما جاء في قرارها الشهير⁽¹⁾ القاضي ب: «...وحيث أنه عن النعي بمخالفة النص الطعين لأحكام الشريعة الإسلامية (...)» قولاً بأن ما ورد بالحديث الشريف من رد الحديقة والأمر بالمفارقة، كان من قبيل النذب والإرشاد، فلا يقع الطلاق بالخلع إلا بموافقة الزوج، على حين ذهب فريق آخر إلى أن الأمر بالمفارقة كان أمر وجوب، فيقع الخلع إما برضاء الزوجين، أو بدون موافقة الزوج وذلك بحكم ولي الأمر أو القاضي، فكان لزاماً حتى لا يشق الأمر على القاضي أن يتدخل المشرع لبيان أي من الرأيين أولى بالإتباع، وهو ما نحا إليه النص المطعون فيه، فأخذ بمذهب المالكية وأجاز للزوجة أن تخالع إذا ما بغضت الحياة مع زوجها وعجز الحكمان عن الصلح بينهما فيخلعها القاضي من زوجها (...) وحيث إنه لما تقدم، فإن النص الطعين يكون قد نهل من أحكام الشريعة الإسلامية منهلاً كاملاً، فقد استند في أصل قاعدته إلى حكم قطعي الثبوت، واعتنق في تفاصيله رأي مذهب من المذاهب الفقهية، بما يكون معه في جملة موافقاً لأحكام هذه الشريعة السمحة، ويكون النعي عليه مخالفتها ومن ثم مخالفة المادة الثانية من الدستور نعيًا غير صحيح بما يوجب رفضه.»

(1) المحكمة الدستورية المصرية العليا، حكم حول دستورية المادة (20) من القانون رقم (1) لسنة 2000 في القضية رقم 201 لسنة 23 ق "دستورية بجلسة 2002/12/15، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 52 (تابع) بتاريخ 2002/12/26.

أما الوجه الثالث ففيه تفويضٌ لسلطان القاضي وغلاً ليد، ذلك أن اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين، لا يخولها - كما هو مقررٌ - التدخل في أعمالٍ أسندها الدستور إلى السلطة القضائية وقصرها عليها، وإلا عُدَّ الأمر افتئاتاً على عملها، وإخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية، فاختصاص السلطة القضائية بالفصل في المنازعات المطروحة عليها، يقتضي من هذه الأخيرة أن تباشر في شأنها كل الحقوق التي يمكن ربطها عقلاً بالوظيفة القضائية، والتي لا تنفصل عنها باعتبارها من دوائرها، ومن ثمة فإن تعطيل السلطة التشريعية لهذه الوظيفة، ولو في بعض جوانبها، يعتبر تحريفاً لها، وإجحافاً مخالفاً للدستور فيما يتعلق بالحدود التي تصل بينها وبين السلطة القضائية، ولعل ما ورد في المادة (20) المتضمنة للتطبيق خلعاً يعبر بوضوح عن صورةٍ جليةٍ من صور السلب هاته، طالما أن المشرع لم يخول القاضي أي سلطة تقديرية، أو بالأحرى انتزع منه هذه السلطة التي تعتبر من صميم وظيفته عقلاً دون حاجةٍ للتنصيص عليها، وأوجب عليه الحكم بالتطبيق، حتى وإن ثبت أن الزوجة متعسفةٌ في استعمال حقها، وبذلك يكون قد غل يد المحكمة، وحال بينها وبين إتيان مهمتها الأصلية في تمحيص المنازعات وحسمها، ولا شك أن سبيلها في ذلك، هو التحقيق الذي تجر به نفسها تقصياً للحقيقة الموضوعية، وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، فحجبت السلطة التشريعية القاضي - بذلك كله - عن الوصول إلى هذه الحقيقة، متخذةً منه مجرد موثقٍ لإرادة الزوجة ورغبتها في الفكاك.

ولما كانت سلطة القاضي التقديرية هي جوهر الوظيفة القضائية، فإن إلغاء هذه السلطة من قبل المشرع، ينطوي على تدخل في شؤونها، وينى بالنزاع عن ضوابط المحاكمة المنصفة، وفي ذلك مخالفةٌ لما استقر عليه ضمير الجماعة المنظمة من مبادئ وأحكام دستورية.

وما قيل عن القانون المصري يسري على التشريعات التي نسجت على منواله، ومنها القانون الأردني والقانون الإماراتي، خلا ما انفرد به المشرع المغربي في الفقرة الثانية من المادة (120) من مدونة الأسرة المغربية⁽¹⁾ حين قرر إحالة الزوجة على مسطرة الشقاق في حال إصرارها على طلب الخلع وتعت الزوج في الاستجابة لها، وهو الباب الذي أفاض فيه المشرع من خلال المواد (94) إلى غاية (97) في بيان وظيفة الحكّمين، وتحري الصلح بين الزوجين، ومجرى الدعوى في حال تعذر الإصلاح واستمرار

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: «إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق.».

الشقاق، إلى غاية فك الرابطة الزوجية مع مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق، في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول منهما لمصلحة الزوج الآخر⁽¹⁾، وفي ذلك موافقة لمذهب المالكية في الكثير من أحكامه بشأن مسألة الحال.

الفرع الثاني

الخلع تصرف انفرادي

لقد انفرد قانون الأسرة الجزائري دون غيره من التشريعات الأسرية العربية بالتنصيص على نظام مخالعة معقود بيد الزوجة كقاعدة عامة (أولاً) الأمر الذي دفعنا للتنقيب عن الأسباب والدواعي التي حملت المشرع على إقرار هذا النص (ثانياً).

أولاً: الخلع حق انفرادي للزوجة

المثير للجدل في هذه المسألة، أن المحكمة العليا عكفت ردحاً من الزمن على تكييف الخلع باعتباره عقداً يقتضي موافقة الزوج، وأن القضاء بما يخالف ذلك يعتبر انتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في مسألة الحال، وهي العبارة التي رددتها كثيراً بمناسبة تسبب قراراتها القاضية بنقض الأحكام المخالفة لهذا المبدأ، واستمرت على هذا النهج إلى غاية عام (1991م)، ومن أهم الأحكام التي أصدرتها قضاتها في هذا الشأن: «متى كان من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق عن ذلك بين الزوجين وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع

(1) تنص المادة 94 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: «إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 أعلاه». وتنص المادة 95 على أنه: «يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ببذل جهدهما لإنهاء النزاع. إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة». وتنص المادة 96 على أنه: «إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثاً إضافياً بالوسيلة التي تراها ملائمة». وتنص المادة 97 على أنه: «في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق والمستحقات طبقاً للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر. يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب».

المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي.⁽¹⁾ كما جاء في قرار آخر: « من المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيدا لهذا السبب، يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة محل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشتراط الزوج خلعا قدره (50) ألف دينار جزائري، رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بالخلع وطلبهما له معا.⁽²⁾ وهو المعنى انطوى عليه قرار ثالث: « من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضي الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها فيه سبب، أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة.⁽³⁾ كما جاء في قرار آخر: « من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 33652، بتاريخ 1984/06/11، قضية (ض الله م ب أ) ضد (بن م ع)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الثالث، ص38.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 36709، بتاريخ 1985/04/22م، قضية (س خ) ضد (ق م)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الأول، ص92.

(3) المحكمة العليا، القرار رقم: 51728، بتاريخ 1988/11/21م، قضية (م ع) ضد (ب س)، المجلة القضائية لسنة: 1990م، العدد الثالث، ص72.

مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه.⁽¹⁾

ثم ما لبثت المحكمة العليا منذ سنة (1992م)، أن تراجعت عن هذا التكييف، معتبرة الخلع تصرف إرادي بيد الزوجة تملك بمقتضاه حل الرابطة الزوجية، وإن اتسمت عباراتها في وصفه بنوع من الإبهام والاضطراب، حيث صرحت في كل قراراتها أن إعماله معقود بيد القاضي بناءً على طلب من الزوجة دون مراعاة رضا الزوج، على الرغم من كونه حقاً للزوجة أو رخصة مقررّة لمصلحتها حيث جاء في أحد أحكامها أن: «الحكم بخلع الزوجة بمقابل مبلغ مالي - طعن بالنقض - لأن الحكم بالخلع يشترط موافقة الزوج، وأن هذا الأخير لم يرض بالمبلغ المقابل المحكوم به، وأن نفقة الإهمال لا تدفع للزوجة الناشز، رفض الطعن إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج، وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل...»⁽²⁾. وجاء في قرار آخر أنه: «من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً، وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.»⁽³⁾، كما ورد في قرار ثالث أنه: «من المقرر قانوناً وشرعاً أن "الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً"، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعاً وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 73885، بتاريخ 1991/04/23م، قضية (ش م) ضد (أ ع)، المجلة القضائية لسنة: 1993م، العدد الثاني، ص55.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 103793، بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة لسنة: 1997م، العدد 51، ص 96. 99.

(3) المحكمة العليا، القرار رقم: 83603، بتاريخ 1992/07/21 قضية (ع م) ضد (ب د ن)، اجتهاد قضائي: 2001م، عدد خاص، ص134.

مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار الطعون فيه.⁽¹⁾ وفي حكم آخر ما نصه أن: « الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.⁽²⁾ »

وقد استند قضاة المحكمة العليا في تسبيب قراراتهم هذه، على نفس النص التشريعي وعين أحكام الشريعة الإسلامية حيث جاء في أحد أحكامهم: « أن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية و كرسه قانون الأسرة وسواء رضي به الزوج أو لم يرض فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى موافقة الزوج.⁽³⁾ » ومن الحجج التي سيقّت تبريراً لذلك منع الابتزاز والاستغلال، كما جاء في منطوق العديد من القرارات: « المبدأ: أن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانوناً وذلك منعاً للابتزاز والاستغلال بين الزوجين.⁽⁴⁾ »

ولعل غموض نص المادة (54) من قانون الأسرة قبل تعديلها، هو الذي سهل وبشكل كبير من مهمة قضاة المحكمة العليا في الإجهاز عليها، وتفسيرها تفسيراً متناقضاً، الأمر الذي يعبر بوجه عام - وبصرف النظر عن مسألة الحال - عن تذبذب واضح في سلوك هذه الهيئة بمناسبة اضطلاعها بإحدى وظائفها الأساسية المتمثلة في ضمان توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، أي جعل الحلول القضائية واحدة بالنسبة لنفس المسائل القانونية وفق ما جاء في المادة (3/152) من دستور (1996م).

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 141262، بتاريخ 1996/07/30م، قضية (م د) ضد (ر م)، المجلة القضائية لسنة: 1998م، العدد الأول، ص 120.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 216239 بتاريخ 1999/03/16م، قضية (ب ع و) ضد (ش ن)، اجتهاد قضائي: 2001م، عدد خاص، ص 138.

(3) المحكمة العليا، القرار رقم: 115118، بتاريخ 1994/04/19م، قضية (س ص) ضد (ش م)، نشرة القضاة، 1997م، العدد 52، ص 106.

(4) المحكمة العليا، القرار رقم: 252994، بتاريخ 2000/11/21م، قضية (ل ف) ضد (ر ك)، المجلة القضائية لسنة: 2001م، العدد 01، ص 293.

ومهما يكن، فقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على اعتبار الخلع حق للزوجة يمكنها إعماله دون حاجة لإبداء الأسباب التي حملتها عليه، ودون الاعتداد برضا الزوج، وهو ما جسده المشرع الجزائري في نص المادة (54) من قانون الأسرة إثر تعديل سنة (2005م) بقوله: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.»، فإذا أردنا تكييف هذا النظام المستحدث بمقتضى النص السالف، وبمعزل عن اسم "الخلع" الذي خصه المشرع به، أمكننا القول بأنه طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة، ومن الدواعي التي حملتنا على الجزم بذلك، وروده من حيث الشكل تحت فصل الطلاق، غير أن الأخذ بهذا التعليل منفرداً يفتقر إلى الوجاهة، لا سيما وأن المادة (53) من قانون الأسرة المتعلقة بالتطليق الذي أناطه المشرع بالقاضي، واردة تحت ذات البند، وأن خلع المادة (54) في ثوبها الجديد، أقرب للتطليق منه إلى الطلاق، خاصة وأن المشرع أوماً إلى ذلك في المادة (48) من قانون الأسرة بقوله: «يُلح عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.».

غير أنه وبالعودة إلى متن المادة سابقة الذكر، نستخلص ألا دور للقاضي في الخلع إذا اتجهت إليه إرادة الزوجة، عدا ما أشار إليه النص في حال عدم اتفاق الزوجين على عوضه، وبالتالي فإن حكم القاضي به، لا يعدو أن يكون حكماً كاشفاً، لا ولاية له على حيثيات المخالعة ووقائعها، تماماً كما هو الشأن بالنسبة للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وهو المعنى الذي صرحت به المحكمة العليا - مقابلةً وقياساً - في قرار حديث لها، جاء فيه أن: «الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج.»⁽¹⁾، وهو ما يناقض حتماً أحكام الشريعة الإسلامية بشأن فك عرى النكاح بالإرادة المنفردة، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل وبغفوية عن الأسباب دفعت المشرع الجزائري إلى القفز على الشريعة بإقراره لهذا النوع من الفرقة.

ثانياً: الدواعي التي حملت المشرع على اعتناق هذا الاتجاه

لا شك أن موقف المشرع الجزائري هذا، يخولنا حق التساؤل المشروع عن الدواعي التي حملته على تصحييف نظام الخلع الإسلامي، وصياغته على نحو أقرب إلى فك عرى النكاح بالإرادة المنفردة

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 656259، بتاريخ 2011/09/15م، قضية (ب ع) ضد (ط ي)، المجلة القضائية لسنة: 2012، العدد 01، ص318.

للزوجة منه إلى الافتداء الوارد ذكره في القرآن والسنة، وبالمفهوم الذي أجمعت عليه مذاهب الفقه الإسلامي بمختلف أطيافها.

كل الدلائل تشير بما لا يدع مجالاً للشك، أن انضمام الجزائر إلى جميع الاتفاقيات الدولية - تقريباً - في مجال حقوق الإنسان والتصديق عليها، خاصة تلك المتعلقة بحقوق المرأة على وجه التحديد، هو السبب الرئيس وراء ما أقحم من تعديلات في حزمة مهمة من قوانين الجمهورية، وعلى رأسها قانون الأسرة، ولعل أكثر الصكوك الدولية تأثيراً في سلوك المشرع ما يسمى بالاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة والتي شرعت الأمم المتحدة في الإعداد لها فعلاً منذ أوائل النصف الثاني من القرن العشرين عبر عدة مراحل⁽¹⁾، بدايةً بمعاهدة حقوق المرأة السياسية التي سنتها مفوضية مركز المرأة بالهيئة الأومية وتبنتها الجمعية العامة سنة (1952م)، مروراً بالإعلان الخاص بالقضاء على التمييز ضد المرأة الذي أجازته الأمم المتحدة عام (1967م)، ودعت من خلاله إلى تغيير المفاهيم، وإلغاء العادات السائدة التي تفرق بين الجنسين، مع زيادة مساحة الدور المنوط بالمنظمات النسائية غير الحكومية، باعتبارها الأقدر على إحداث هذا التغيير عن طريق تحدي الأعراف والقيم الدينية والثقافية السائدة على حد تعبير الإعلان، الذي أعقبه صدور إعلان آخر سنة (1974م) بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والنزاعات المسلحة، حينها كانت مفوضية حركة المرأة بالأمم المتحدة، منهمكة في إعداد معاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي باشرت سنّها ابتداءً من عام (1973م) إلى غاية (1979م)، وهو تاريخ الانتهاء من صياغتها، وقد تم اعتمادها في 18 ديسمبر

(1) كما شهد المجتمع الدولي قبل وبعد إقرار هذه الاتفاقية تحركات دولية مكثفة قصد سن هذا الصك الدولي أولاً، ثم الشروع في تحيينه وترقيته ومراقبة تنفيذه، حيث شهدت العقود الأخيرة من القرن العشرين اهتماماً متزايداً بقضية (حقوق المرأة)، وتضاعفت حركة واسعة النطاق تستهدف دفع الاهتمام بالقضايا المتعلقة بها على مستوى العالم، فكان المؤتمر العالمي الأول للمرأة عام 1975م بالمكسيك، كما أعلنت الأمم المتحدة سنة 1975م السنة العالمية للمرأة، ومع أهمية القضية أصبحت السنة عقداً كاملاً للمرأة، ثم جاء مؤتمر الأمم المتحدة لإزالة جميع الفوارق بين الرجل والمرأة سنة 1979م، ثم تبع ذلك المؤتمر الثاني للمرأة عام 1980م في كوبنهاغن، ثم المؤتمر الثالث في نيروبي عام 1985م، تحت عنوان: الإستراتيجية التطلعية في قضية المرأة، ثم جاء المؤتمر الرابع للمرأة في بكين في سبتمبر 1995م، إضافة إلى بعض المؤتمرات (الدولية) الخاصة بقضايا مختلفة لها صلة بالمرأة، مثل مؤتمر الطفل بنيويورك عام 1990م، ومؤتمر البيئة والتنمية في ريو دي جانيرو عام 1992م، ومؤتمر حقوق الإنسان بفيينا في 1993م، ومؤتمر السكان والتنمية بالقاهرة عام 1994م، ومؤتمر التنمية الاجتماعية بكوبنهاغن عام 1995م، ومؤتمر إسطنبول للمستوطنات البشرية 1996م، ومؤتمر الإنسان والثقافة في استكهولم سنة 1998م، و مؤتمر (بكين +10) عام 2005م.

من نفس السنة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة باعتبارها إحدى الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وفق ما جاء في ديباجتها التي تنص على أن: « حقوق المرأة حقوق إنسانية.»، وقد دعت هذه الاتفاقية بصورة شاملة، إلى المساواة المطلقة في الحقوق بين المرأة والرجل في جميع الميادين: السياسية، والاقتصادية، والثقافية، والمدنية، وتصبح الاتفاقية بعد المصادقة عليها مُلزِمة قانونيًا للدول بتنفيذ بنودها، لذلك عدت من أخطر الصكوك الدولية، فهي بمثابة قانون دولي تصبح بموجبه الدول الأطراف الموقعة عليها ملتزمة باتخاذ كافة التدابير للقضاء على أي فوارق بين الرجال والنساء، سواء على مستوى الحياة العامة فيما يتعلق بممارسة جميع الحقوق: المدنية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، وفي التمتع بهذه الحقوق، أو على مستوى الحياة الخاصة، وعلى وجه التحديد ما تعلق منها بالإطار الأسري.

وفي 3 ديسمبر من عام 1981م أصبحت هذه الاتفاقية سارية المفعول بعد توقيع خمسين دولة عليها، طبقاً لأحكام المادة (27) التي تنص على مبدأ نفاذ الاتفاقية بعد شهر من التصديق عليها أو انضمام الدولة رقم عشرين إليها، هذا وصدقت الجزائر عليها في 22 يناير 1996م بموجب المرسوم الرئاسي رقم (52/96) المؤرخ في 22 يناير 1996م الصادر في العدد السادس من الجريدة الرسمية بتاريخ 24 يناير 1996م، إلا أنها أبدت جملةً من التحفظات بشأن بعض بنودها، لا سيما المادة (2) التي تلزم الدول الأطراف في الاتفاقية بالقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، وذلك بتجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية وتشريعاتها، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ - بما في ذلك التشريع - بتعديل أو إلغاء القوانين التي تشكل تمييزاً ضد المرأة، حيث ربطت الجزائر ذلك بعدم تعارضها مع قانون الأسرة، والمادة (9) في فقرتها الثانية بشأن منح المرأة حقاً مساوياً للرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها لتعارضها مع قانون الجنسية الجزائري وقانون الأسرة، و الفقرة الرابعة من المادة (15) المتعلقة بحرية الأشخاص في اختيار محل سكنهم وإقامتهم لتعارضها مع قانون الأسرة، والمادة (16) التي تنص على المساواة بين المرأة والرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، أثناء الزواج أو

عند فسخه، بحيث لا تتعارض مع قانون الأسرة، وأخيراً الفقرة الأولى من المادة (29) التي تناول أسلوب حل النزاعات بين الدول الأطراف حول تطبيق أو تفسير الاتفاقية⁽¹⁾.

ومع أن الجزائر سحبت التحفظ⁽²⁾ الذي سجلته بخصوص المادة (9) من الاتفاقية والمتعلق بمساواة حقوق الأم والأب في منح الجنسية الجزائرية للأبناء، حيث أقرت هذه المساواة بموجب المادة (6) من قانون الجنسية، وأبقت من الناحية النظرية على باقي التحفظات، إلا أنها في الواقع - وتحت ضغط لجنة السيداو⁽³⁾ - باشرت ورشة من الإصلاحات بشأن النصوص التي تمس مركز المرأة ومساواتها بالرجل، لا سيما في إطار قانون الأسرة، ويعتبر نص الخلع المستحدث غيظ من فيض، صحيح أن الجزائر لم تشر في تقاريرها الدورية المرفوعة للجنة السيداو بما يفيد أنه حل للنكاح بالإرادة المنفردة للزوجة مقابل ما بيد زوجها من طلاق بإرادته المنفردة، إلا أن دولاً عربية أخرى صرحت بذلك في تقاريرها المقدمة للجنة المذكورة، ونسوق على سبيل المثال ما جاء في تقرير جمهورية مصر العربية من أن: «...القانون رقم 1

(1) التقريران الدوران الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية السيداو، (CEDAW/C/DZA/3-4)، بتاريخ 18 مايو 2009م.

(2) تم الإعلان عن سحب هذا التحفظ من طرف رئيس الجمهورية بمناسبة الاحتفال بالعيد العالمي للمرأة في 8 مارس 2008، وتم تكريسه رسمياً بمقتضى المرسوم الرئاسي 426/08، المؤرخ في 28 ديسمبر 2008م والصادر في العدد الخامس من الجريدة الرسمية بتاريخ 21 يناير 2009م، ص4.

(3) ورغم ما جاء في كتاب: (التمييز ضد المرأة - الاتفاقية واللجنة)، الصادر عن الأمم المتحدة، بمناسبة الحديث عن المادة (2/28) الخاصة بالتحفظ على الاتفاقية والذي مفاده: «أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تميز للدول الأطراف أن تبدي تحفظاً - أي إعلاناً رسمياً - بشأن أنها لا تقبل أن يكون جزء معين، أو أن تكون أجزاء معينة من المعاهدة ملزمة لها»، إلا أنه في البيان الذي أصدرته لجنة الاتفاقية بالأمم المتحدة بمناسبة الذكرى الخمسين للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بتاريخ جويلية عام 1997م، لا يميز التحفظ على المادتين (2) و(16)، حيث نص على أنه: «تعتبر اللجنة المادتين (2) و(16) جوهر الاتفاقية، ولا يجوز التحفظ عليهما بموجب المادة (28)، فقرة 2) من الاتفاقية، التي تحظر التحفظ الذي يناهز موضوع الاتفاقية وغرضها، كما أن التحفظ عليهما يعتبر أيضاً منافياً لأحكام القانون الدولي العام، وأن تعارض المواد (2) و(16) مع الممارسات التقليدية، أو الدينية، أو الثقافية لا يمكن أن يبرر انتهاك الاتفاقية، وأن التحفظ على المادة (16) - الخاصة بالأسرة - سواء أكان لأسباب قومية أو تقليدية أو دينية، فإنه يعتبر منافياً لموضوع الاتفاقية وغرضها، وبالتالي لا بد من سحبه». وهذا ما أبدته اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بمناسبة تعليقها على التقرير الدوري الثاني للجزائر حين قالت: "وتعيد اللجنة تأكيد ما يساورها من قلق إزاء تمسك الدولة الطرف بتحفظاتها على المواد 2 و 9/2 و 4/15 و 16 وتلاحظ اللجنة أن التحفظات على المادتين 2 و 16 تتعارض مع هدف الاتفاقية ومقصدها". نظرات اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في التقرير الدوري الثاني للجزائر (CEDAW/C/DZA/2)، في جلسيتها 667 و 668 المنعقدتين في 11 كانون الثاني/يناير 2005، انظر (CEDAW/C/SR.667 و 668).

لعام 2000 الذي دخل حيز النفاذ في 1 آذار/مارس 2000 وتم سنه بعد فترة 10 سنوات من التشاور، وهو يمنح المرأة الحق بـ"الخلع" أو الطلاق برغبتها المنفردة عن طريق فسخ عقد الزوجية دون الحاجة إلى إثبات تعرضها للأذى...»⁽¹⁾.

وللوقوف على فلسفة هذا الصك بشأن مسألة الحال، وأثره في صياغة المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري يتعين علينا أن نسوق ما انطوى عليه بخصوص الحق في إنهاء الرابطة الزوجية، وهو حق لا يحيد عن المبدأ العام الذي تنبني عليه كافة بنود وأحكام هذه الاتفاقية، ويتعلق الأمر بحظر التمييز ضد المرأة وكفالة مساواتها بالرجل، فنصت في المادة (1/16) على: « أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وأن تضمن بوجه خاص - على أساس تساوي الرجل والمرأة: (...) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه...».

وينفك عن هذا النص، أن الحقوق التي تكفلها الاتفاقية للمرأة عند إنهاء النكاح تستند إلى ضابط ذي وجهين، يتمثل أولهما في حظر التمييز ضد المرأة في فسخ الزواج وآثاره، بينما ينصرف الثاني إلى كفالة نفس الحقوق والمسؤوليات المقررة للرجل بالنسبة للمرأة عند إنهاء الزواج والعكس، حيث حظرت الاتفاقية المذكورة أية تفرقة، أو استبعاد، أو تقييد يتم على أساس الجنس، ويكون من آثاره وأغراضه النيل من الاعتراف للمرأة - على أساس تساويها مع الرجل - بحقوقها في إنهاء الزواج، سواء تعلق الأمر بأسباب فسخ النكاح أو إجراءاته أو آثاره، كما يفيد أيضاً ومن باب أولى حظر إبطال الاعتراف للمرأة بتلك الحقوق، هذا ولا يتوقف التمييز المحظور على توفر شرط التعمد، فنشوء وضعٍ مجحفٍ في حق المرأة نتيجة تدبير معينٍ أفضى إليه، يكفي لإثبات وجود هذا التمييز، لأن الاتفاقية لا تستهدف منع التمييز الصريح المباشر فحسب، بل تتخطاه للحيلولة دون آثار التفرقة غير القصدية، أو ما يسمى بالتمييز المستتر غير المباشر.

(1) تعليق اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في جلسيتها 492 و 493 المنعقدتين في 19 يناير 2001م حول التقرير الدوري الثالث (CEDAW/C/EGY/3)، والتقريرين الدوريين الرابع والخامس الموحدتين لمصر (CEDAW/C/EGY/4-5)، فيما يتعلق بإعمالها لالتزاماتها تجاه اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة، قد ورد نص هذا التعليق في الوثيقة (A/56/38)، انظر (CEDAW/C/SR.492 و 493).

في المقابل، لا يعني حظر التمييز في مفهوم الاتفاقية، منع كل تفرقةٍ لمصلحة المرأة ترمي في نهاية المطاف إلى تحقيق مساواةٍ كاملةٍ بينها وبين الرجل في الحقوق عند إنهاء الزواج، لأن الاتفاقية تغض الطرف على إقرار كل تمييز إيجابي - لفائدة المرأة - من شأنه التسريع في وتيرة التكافؤ المنشود، وفق ما جاء في المادة (4) منها، المتعلقة بتدابير التعجيل بالمساواة، والتي نصها: « لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزاً، كما تحدده هذه الاتفاقية، ولكنه يجب ألا يستتبع بأية حال - كنتيجة له - الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت...»، ويجرنا عجز هذا النص للحديث عن الوجه الثاني للضابط سالف الذكر، إذ تتوخى الاتفاقية تحقيق مساواة كمية مطلقة بين المرأة والرجل في الحقوق والمسؤوليات عند إنهاء الزواج، لاسيما ما تعلق منها بأسباب فسخه وكذا الطرق والإجراءات المتبعة تحصيلاً لهذا الفسخ، فلا يختص الرجل دون المرأة في إنهاء الزواج بإرادته المنفردة، ولا تستأثر المرأة دونه بذلك، ولا يخول أي منهما حقاً لفك عرى الزوجية أكثر من صاحبه، مع وحدة أسباب الفسخ وإجراءاته بالنسبة لكليهما، دون أن يقع على عاتق أحدهما أي التزام أو واجب لا يلتزم به الطرف الآخر عند إنهاء الزواج.

لا ريب في أن تبني هذا النص، يفضي إلى وجوب إقرار تساوي المرأة بالرجل - في كافة الحقوق المقررة عند إنهاء الزواج - في النظم الداخلية للدولة الطرف في الاتفاقية مساواةً مطلقة، وتفرعاً عليه، لا يجوز أن يختص الرجل بإحدى طرائق فسخ النكاح، كجعل حق الطلاق بيده أصلاً، لأن القول بذلك ينال دون شك من الاعتراف للمرأة - على أساس تساويها مع الرجل - بحقوقها في إنهاء الزواج، كما لا يجوز إثقال كاهل المرأة بإثبات أسباب التطليق، وفرض قيود إجرائية عند مباشرتها لفسخ النكاح دون فرض قيود مماثلة على الزوج، ولعل نص الخلع المستحدث في قانون الأسرة الجزائري - وعلى النحو الذي صيغ به - جاء لتكريس هذه الغايات بخلق نوع من التوازن بين المركز القانوني للزوجة في حل عرى الزوجية بإرادتها المنفردة ودون استظهار الأسباب التي حملتها على ذلك، وبين ما هو مقرر لزوجها من حق في إنهاء النكاح بإرادته المنفردة عن طريق الطلاق.

ويقوم حظر التمييز ضد المرأة، في إنهاء الزواج وآثاره على رفض حقيقة وجود تمايز في الخصائص والوظائف بين الرجل والمرأة، وهو ما يمثل أحد المفاهيم الأساسية الحاكمة لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ولعل أهم عناصر الفلسفة الكامنة خلف هذه الاتفاقية، هي

نظرتها للإنسان باعتباره كائنًا ماديًا يستمد قيمه وأفكاره من القوانين الطبيعية المادية، ويخضع لنفس الظروف المادية، وللاحتميات الطبيعية دون غيرها، وهذه الفلسفة في مجملها تمثل جوهر مفاهيم الحضارة الغربية، ونظرتها للإنسان والكون والحياة، وتصوراتها للخالق، ومساحات الثابت والمتغير في الحياة الإنسانية، وهي تستند في أساسها على فكرة القانون الطبيعي المرتبط بذاتية الإنسان من الناحية الطبيعية، بغض النظر عن فكره ومنهجه وعقيدته، والقانون الطبيعي كما هو معلوم ليس قانونًا بالمعنى الدقيق، ولكنه مجرد افتراضٍ لقواعد عقلانية نظرية سابقة على وجود الجماعة البشرية، تحتوي على حقوق طبيعية للإنسان، تولد معه، وتظل لصيقة به، في الوقت الذي لا تفرض فيه على الفرد أية واجبات مقابل تمتعه بهذه الحقوق، وممارسته لها.

لذلك يكون الإنسان وفق هذا التصور الكلي مُشَرَّعَ نَفْسِهِ، وهو الذي يحدد حَقَّهُ، رافضًا أن يكون شَرْعُهُ مُنَزَّلًا من السماء، أو مستمدًا من الطبيعة الاجتماعية، أو البيولوجية الحسية، وفي ذلك تكريس لمعايير نمطية يراد فرضها على جميع البشر من دون مراعاة الخصوصيات الحضارية والثقافية والقانونية، وهو ما يمثل إهداراً لكل المبادئ المتعلقة باحترام التنوع الديني والثقافي، وسيادة الدول، وحقوق الشعب في تقرير المصير، التي نصت عليها المواثيق الدولية نفسها، وفي مقدمتها ميثاق الأمم المتحدة، وهو دستور المجتمع الدولي الذي يعلو على كافة المعاهدات الأخرى، حيث نص في مادته (103) على أنه: «إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقًا لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به، فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق.».

الفصل الثاني

مقومات الخلع

لما كان الخلع في الأصل عقد معاوضةً شبيهة بالتبرع من جهة الزوجة، ومعاوضة ملازمة ليمينٍ من جهة الزوج⁽¹⁾ وجب أن يُنَبِّي كغيره من العقود على مقومات هي قوام وجوده، سواء أكانت أركاناً له أو شروطاً فيه، وقد اختلف الفقه في ضبط هذه المقومات على نحو موحد، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى إضفاء خاصية الركن على كل العناصر التي يقوم عليها هذا الارتباط، كَوْنِ الركن عندهم، ما توقف عليه وجود العقد بصرف النظر عن دخوله في حقيقة الشيء أو خروجه عنها⁽²⁾، فمدار الأمر في تكييف العنصر في مذهبهم إنما يعزى للأثر الذي يترتب خلف هذا العنصر في المقام الأول، لا لفكرة ارتباطه بماهية العقد أو انفصاله عنها، ومن ثمة تعددت أركان الخلع، بين صيغة ومخالع ومخالعة وعوض ومُعَوَّض⁽³⁾، وقد خالفهم الأحناف في ذلك، حينما قصرُوا مَبْنَى العقد على الصيغة، وما خلاها من العناصر لا تعدو أن تكون شروطاً، إما للانعقاد أو الصحة، وهذا دأبهم في كافة العقود دون

(1) أنظر سابقاً، ص 86 وما بعدها.

(2) «وَمُرَادُهُمْ بِالرَّكْنِ مَا تَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ حَقِيقَةُ الشَّيْءِ». محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 220. «(قَوْلُهُ أَرْكَانُهُ) أَيُّ الْأُمُورِ الَّتِي لَا بُدَّ مِنْهَا لِتَحَقُّقِ الْعَقْدِ فِي الْخَارِجِ». سليمان بن عمر بن منصور العجلي الأزهرى، المعروف بالجمل (المتوفى: 1204هـ)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، يعلوه شرح منهج الطلاب لتركيب الأنصاري، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 3، ص 5. «أَرْكَانُ الشَّيْءِ أَجْزَاءُ مَا هِيَ وَالْمَاهِيَةُ لَا تُوجَدُ بِدُونِ جُزْئِهَا فَكَذَا الشَّيْءُ لَا يَتِمُّ بِدُونِ رُكْنِهِ». منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 37.

(3) «وَأَرْكَانُهُ خَمْسَةٌ الْقَابِلُ وَالْمُوجِبُ وَالْعَوَضُ وَالْمُعَوَّضُ وَالصَّيْغَةُ، فَالْقَابِلُ الْمُلتَزِمُ لِلْعَوَضِ، وَالْمُوجِبُ زَوْجٌ أَوْ وَلِيٌّ صَغِيرٌ، وَالْعَوَضُ الشَّيْءُ الْمُخَالَعُ بِهِ، وَالْمُعَوَّضُ بُضْعُ الزَّوْجَةِ، وَالصَّيْغَةُ خَالَعْتُكَ». محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، تليه «حاشية العدوي»، دار الفكر للطباعة - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 4، ص 11. «أَرْكَانُ الْخُلْعِ وَهِيَ خَمْسَةٌ، الصَّيْغَةُ وَالْعَاقِدَانِ وَالْعَوَضَانِ». أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، الوسيط في المذهب، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ، ج 5، ص 321. «(تَنْبِيْهُ: شُرُوطُ خُلْعٍ تَسَعُ بِذَلِكَ عَوَضٌ يَمَّنُ يَصْبَحُ تَبَرُّعُهُ) (...) (وَزَوْجٌ يَصْبَحُ طَلَاقُهُ) (...) وَأَنْ يَكُونَ الْخُلْعُ مِنْ (غَيْرِ هَازِلَيْنِ) (...) (وَعَدَمُ عَضْلِهَا) أَيُّ: الزَّوْجَةِ عَلَى بَدَلِ الْعَوَضِ (فَإِنْ بَدَلَتْهُ) بِاخْتِيَارِهَا، صَحَّ، وَإِلَّا فَلَا (وَوُقُوعُهُ) أَيُّ: الْخُلْعِ (بِصَيْغَتِهِ) مِنَ الصَّيْغِ السَّابِقَةِ (وَعَدَمُ نِيَّةٍ) طَلَاقٍ مِنَ الزَّوْجِ (وَتَنْجِيزُهُ) فَلَا يَصْبَحُ مُعَلَّقًا (وَوُقُوعُهُ) أَيُّ: الْخُلْعِ (عَلَى جَمِيعِ الزَّوْجَةِ) وَعَدَمُ حِيلَةٍ لِإِسْقَاطِ طَلَاقٍ». مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج 5، ص 298.

استثناء، وحجتهم في ذلك أن الركن ما كان جزءاً من حقيقة العقد والشرط ما كان خارجاً عنها⁽¹⁾، وترتيباً على ذلك لا يكون للخلع سوى ركن وحيد قوامه الصيغة بشرطيهما⁽²⁾ وما عداها شروط بمراتب مختلفة، وهو المذهب الذي سنسير على هديه من الناحية الشكلية لضبط مقومات الخلع من خلال مبحثين نخصص الأول منهما لانعقاد الخلع، في حين نعكف في الثاني على بحث شروطه.

المبحث الأول

صيغة الخلع

يُراد بالصيغة، مجموع الإيجاب والقبول، وكقاعدة عامة، فإن الإيجاب ما بادر العاقد بإنشائه من التزام في ذمته، والقبول ما التزم به العاقد الثاني إزاء ما أُوجب به في مواجهته، وبتطابقهما يقترن شرطاً للصيغة، فينشأ العقد، وهو ما ذهب إليه الأحناف حينما قرروا أن الإيجاب في الخلع ما صدر عن أحد العاقلين أولاً، سواء أكان إيقاعه من جهة الزوج، أو ممن يقوم مقامه، أم كان صدوره من جهة الزوجة، أو ممن يقوم مقامها، والقبول ما وقع ثانياً من أحدهما، فالعبرة في التمييز بين شقي الصيغة وفق هذا الرأي، تعزى لمعيار زمني صرف، وقد خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء، حينما اعتبروا الإيجاب لصيقاً بالطرف المُمْلَك، والقبول ما كان من الراغب في التملك، تقدم مظهر التعبير عن الإرادة أو تأخر، وبالتالي ما صدر من جهة الزوج يعتبر في كل الأحوال إيجاباً، باعتباره مالكا للوضع عن طريق النكاح، وما وقع من جهة الزوجة يسمى على الدوام قبولاً، لأنها تستهدف بمقتضى المخالعة استخلاص العصمة التي خرجت من يدها بمقتضى الزواج.

والثابت في مسألة الحال، أن صيغة الخلع مركبٌ من شطرين، إيجاب وقبول، وأن الخوض في توصيف كل شق لا يعدو أن يكون اختلافاً نظرياً، يسوغ تخطيطه لفحص حقيقة هذا المركب من زاويتين أولاهما من حيث الصورة (المطلب الأول) والثانية من حيث المباشرة (المطلب الثاني).

(1) «الرُّكْنُ مَا كَانَ دَاخِلَ الْمَاهِيَةِ، وَالشَّرْطُ مَا كَانَ خَارِجاً عَنْهَا.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 1، ص 401. «وَالْفَرْقُ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالشَّرْطِ أَنَّ الرُّكْنَ دَاخِلٌ فِي الْمَاهِيَةِ وَالشَّرْطُ خَارِجُهَا، وَيَفْتَرِقَانِ افْتِرَاقَ الْعَامِّ وَالْخَاصِّ، فَكُلُّ رُكْنٍ شَرْطٌ وَلَا يَنْعَكِيسُ، بِمَعْنَى أَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْ وُجُودِ الْعَامِّ عَدَمُ الْخَاصِّ، وَالْأَعْمُ وَالْأَخْصُ عَلَى الْعَكْسِ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ وُجُودِ الْأَعْمِ وُجُودُ الْأَخْصِ وَيَلْزَمُ مِنْ عَدَمِ الْأَعْمِ عَدَمُ الْأَخْصِ.» عبد الرحمن داماد أفندي، مجمع الأنهر، المرجع السابق، ج 1، ص 79.

(2) «وَأَمَّا رُكْنُهُ فَهُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ، لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الطَّلَاقِ بِعَوَضٍ، فَلَا تَقَعُ الْفَرْقَةُ وَلَا يُسْتَحَقُّ الْعَوَضُ بِدُونِ الْقَبُولِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 145.

المطلب الأول

من حيث الصورة

سنخصص هذا الضلع من الأطروحة، لبحث صيغة الخلع من حيث وسائل التعبير عنها في فرعين، نفرّد الأول منهما، للألفاظ المعتبرة لإيقاعها، في حين نعكف في الثاني، على بحث الوسائل البديلة للكلام في تحقيقها.

الفرع الأول

ألفاظ الخلع

لتباين آراء الفقهاء بشأن الألفاظ الموجبة للخلع من جهة، واختلافهم في تكييفه من جهة أخرى، تعذر علينا التصدي لهذه المسألة على نحو اندماجي، ومن ثمة سنقتصر على استعراض موقف كل مذهبٍ بشأنها في فقرةٍ مستقلة، على أن نخلص في الختام لضبط مواطن التقاطع فيما بينها، وما نقدر أنه الرأي الراجح، وما اعتنقه المشرع في هذا السياق.

أولاً: ألفاظ الخلع عند الأحناف

يرى الحنفية أن الخلع لا يقع إلا بألفاظ مخصوصة، ذلك أن الفرقة على مال في الراجح من مذهبهم، إما أن تكون بلفظ الخلع وفي ما معناه كالمباينة والمبارأة والمفارقة، وإما أن تكون بلفظ الطلاق والبيع والشرء⁽¹⁾، والفارق بين الوضعين، أن صيغة الأول من ألفاظ الكناية، يقع بها الطلاق بائناً حتى وإن وردت عارية من ذكر البدل⁽²⁾، ويعتبر فيه ما يعتبر في الكنايات، بحيث إذا ادعى عدم نية الطلاق عند إيقاعه، لا يصدق في دعواه إذا ذكر البدل، لكون العوض قرينةً قاطعة على انصراف نيته إلى

(1) «قَوْلُهُ: وَالْخُلْعُ يَكُونُ إِخْلَاجًا فِي الْجَوْهَرَةِ: أَلْفَاظُ خَمْسَةٌ: خَالَعْتُكَ، بَايَنْتُكَ، بَارَأْتُكَ، فَارَقْتُكَ، طَلَّقْتُكَ نَفْسُكَ عَلَى أَلْفٍ اهـ، وَيُرَادُ عَلَيْهِمَا ذِكْرُهُ الْمُصَنَّفُ مِنْ لَفْظِ الْبَيْعِ وَالْشَّرَاءِ.» محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص443.

(2) «(وَهُوَ) أَيُّ الْخُلْعِ (مِنْ الْكِنَايَاتِ) لِاخْتِمَالِهِ الطَّلَاقَ وَغَيْرَهُ (فَيُعْتَبَرُ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِيهَا) مِنْ قَرَائِنٍ تُرْجَحُ جَانِبَ الطَّلَاقِ.» محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (المتوفى: 885هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، تليه حاشية الشرنبلالي، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج1، ص390. «م: (ولأنه) ش: أي ولأن الخلع م: (يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات، والواقع بالكنايات بائن).» محمود بدر الدين العيني، البناية، المرجع السابق، ج5، ص510.

الفرقة، أما إذا انتفى هذا الأخير، أجيب المخالعة فيما ادعاه من انتفاء قصده في إحداث الطلاق⁽¹⁾، في حين أن صيغة الطلاق على مال، بلفظي الطلاق والبيع والشرء⁽²⁾ وإن كانت بمنزلة الخلع في الأحكام، فإنها تفتقر عنه في وقوع الفرقة رجعيةً بمقتضاها في حال بطلان العوض⁽³⁾، ولا يصدق الزوج قضاءً فيما ادعاه من عدم انصراف نيته إلى إيقاع الفرقة بها لكونها ألفاظ صريحة⁽⁴⁾.

والحاصل أن الأحناف وإن فرقوا بين الخلع والطلاق على مال كما رأيناه في موضعه، فإنهم عطفوا الألفاظ على بعضها في باب الخلع، ورأوا أنها تفيد إيقاعه وهي خمسة على المشهور، الخلع

(1) «وإن قال: لم أنو به الطلاق فإن ذكر بدلاً لم يصدق في نفيه في شيء من الصور الأربع بل يحمل على الطلاق ويكون ذكر البدل مغيياً عن النية (ولاً) أي وإن لم يذكر بدلاً (صدق في الخلع والمباراة) أي في ما وقع الخلع بلفظ الخلع، أو المباراة لأنهما كينائتان فلا بد من النية، أو ما يقوم مقامها وهو ذكر البدل وقد انتفياً.» محمد بن فرامرز ملا خسرو، درر الحكام، المرجع السابق، ج1، ص390. «ولهذا قالوا: أن من قال لامرأته: خالعتك على ألف درهم فقبلت، وقال الزوج: لم أنو بها لطلاق، لم يصدق لأنه إنما يكون كناية عند خلوه عن المال فلا بد من النية، فأما إذا كان على مال فلا حاجة إلى النية.» محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو 540هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1414هـ - 1994م، ج2، ص199.

(2) «قوله: كعبت نفسك تقدم عن الصغرى تصحيح أنه مسقط للخفوق (قوله: أو طلاقك) في البحر: ولو قال: بعث منك طلاقك بمهر كعبت نفسك بانث منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت، وقيل: يقع رجعيًا، والأول أصح، ولو قال: بعث منك تطليقة فقالت: اشتريت، يقع رجعيًا مجاناً لأنه صريح اه، وقيد الثانية في الحائية بما إذا لم يذكر البدل، ثم قال: ولو قال: بعث نفسك منك، فقالت: اشتريت، يقع طلاق بائن، لأن بيع الطلاق تمليك الطلاق، فإذا لم يذكر البدل يصير كأنه قال: طلقك فكون رجعيًا، أما بيع نفسها، تمليك النفس من المرأة، وملك النفس لا يحصل إلا بالباين فيكون بائناً اه.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص443.

(3) «أن الطلاق على مال بمنزلة الخلع في الأحكام، إلا أن بدل الخلع إذا بطل بقي الطلاق بائناً، وعوض الطلاق إن بطل يقع رجعيًا.» محمد بن فرامرز ملا خسرو، درر الحكام، المرجع السابق، ج1، ص390.

(4) «قوله: بخلاف لفظ بيع وطلاق لأنهما صريحان تنازحائيّة، ولكن صراحةً عليه قطعية لا تتخلّف عنه، لأن البيع فيه زوال ملك المبيع فيلزم منه قطعاً زوال ملك المتعة كما أفاده المصنف في المنح تأمل، وأما صراحة الطلاق فظاهرة وإن كان لا يكون حكمه حكم الخلع إلا عند ذكر المال لأن الكلام في أنه يقع به الطلاق، أي الرجعي إذا لم يكن بمال ولا يصدق في أنه لم يرد به الطلاق لكونه صريحاً.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص445.

والمبارأة والمباينة والمفارقة والطلاق على مال⁽¹⁾، زيد عليها اثنان، هما البيع والشراء⁽²⁾، وسنحاول رصد آرائهم المتشعبة بشأن كل لفظٍ على حدا.

أول هذه الألفاظ ما اشتق من مادة "الخلع" كخالعتك أو اختلعي أو أخلعي نفسك أو خلعتك ونحوها، فإنها موقعة للفرقة دون اعتبارٍ لنية صاحبها، بحيث جرى العرف على انصرافها للطلاق فأصبحت كالصريح وإن كانت في الأصل كنايةً، بحيث إذا لابسها ذكر البدل صراحةً، كانت موجبةً لفرقةٍ بائيةٍ مع لزوم العوض متى لاقت قبولاً صحيحاً⁽³⁾، أما في حالة عدم صدور هذا الأخير، فإن اللفظ غير موقعٍ للطلاق وإن نوى به الموجب ذلك، لأنه والحالة هذه علق الطلاق على أداء المال، فإن أحجمت الزوجة عن بذله، تخلف حصول المعلق عليه، وبالتالي لا يقع شيء⁽⁴⁾، أما إذا وردت هذه الألفاظ عاريةً من ذكر المال، ففي المسألة ثلاثة آراء، أولها أنه موقوف على نية المخالع كما سبق وأن قلنا، بحيث إذا ادعى عدم اتجاه قصده إلى إحداث الطلاق، صدّق في دعواه إذا انتفت القرائن التي تفيد إرادة الفرقة باعتبارها من الكنايات، فإذا جاءت بغير ذكر العوض استعملت للطلاق وغيره، فكان لزاماً من توافر النية لانصرافها إليه دون غيره، بخلاف ما إذا ذكر العوض لأنها لا تستعمل في هذا الفرض إلا للطلاق إن عرفاً أو شرعاً⁽⁵⁾، في حين يرى أبو يوسف أنه ليس خلعاً بالجملة، ويقرر ثالث هذه الآراء

(1) «وَأَلْفَاظُ الْخُلْعِ خَمْسَةٌ: خَالَعْتُكَ بَارَأْتُكَ بَايَنْتُكَ فَارَقْتُكَ طَلَّقْتُ نَفْسَكَ عَلَى أَلْفٍ.» أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي (المتوفى: 800هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، 1322هـ، ج2، ص60.

(2) «وَيُرَادُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ لَفْظِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص443.

(3) «وَسَوَاءٌ كَانَ بِلَفْظِ الْخُلْعِ أَوْ الطَّلَاقِ أَوْ الْمُبَارَاةِ أَوْ الْبَيْعِ بَأَن يَقُولَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ دَرَاهِمٍ، أَوْ طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، أَوْ بَارَأْتُكَ أَوْ بَعْتُ نَفْسَكَ أَوْ طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ دَرَاهِمٍ، وَفِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ إِلَّا بِقَبُولِهَا فِي الْمَخْلَسِ، لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ وَالْمُعَاوَضَةُ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِالْإِجَابِ وَالْقَبُولِ، لِأَنَّهَا تَمْلِكُ وَمَمْلُوكٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَلِزِمَهَا الْمَالُ لِإِزِمَامِهَا وَهِيَ مِنْ أَهْلِهِ لِوَلَايَتِهَا عَلَى نَفْسِهَا. اهـ. كافي.» عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج2، ص267.

(4) «عِبَارَةٌ عَنْ عَقْدٍ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، الْمَالُ فِيهِ مِنَ الْمَرْأَةِ تَبْدُلُهُ فَيُخْلَعُهَا أَوْ يُطَلَّقُهَا، وَحُكْمُهُ مِنْ جِهَتِهَا حُكْمُ الْمُعَاوَضَةِ حَتَّى يَجُوزَ لَهَا الرُّجُوعُ عَنْهُ وَيَبْطُلَ بِإِعْرَاضِهَا.» أبو بكر بن علي الزبيدي، الجوهرة النيرة، المرجع السابق، ج2، ص59.

(5) «بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهَا: خَالَعْتُكَ وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَوْضَ ثُمَّ قَالَ: مَا أَرَدْتُ بِهِ الطَّلَاقَ أَنَّهُ يُصَدَّقُ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ دَلَالَةٌ خَالٍ تَدُلُّ عَلَى إِزَادَةِ الطَّلَاقِ مِنْ غَضَبٍ أَوْ ذِكْرِ طَلَاقٍ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْكِنَايَاتِ، لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ عِنْدَ عَدَمِ ذِكْرِ التَّعْوِضِ يُسْتَعْمَلُ فِي الطَّلَاقِ وَفِي غَيْرِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ لِيَنْصَرِفَ إِلَى الطَّلَاقِ بِخِلَافِ مَا إِذَا ذُكِرَ الْعَوْضُ، لِأَنَّهُ مَعَ ذِكْرِ الْعَوْضِ لَا يُسْتَعْمَلُ فِي الْغُرَبِ وَالشَّرْعِ إِلَّا لِلطَّلَاقِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص144.

أن الخلع في هذه الحالة موجب للطلاق على التحقيق، سواء نوى المخالعة ذلك أم لم ينو، وسواء قبلت الزوجة أم لم تقبل⁽¹⁾، في المقابل اعتبر بعضهم - خلافاً للراجح - أن ورود هذه الألفاظ بصيغة المفاعلة على نحو خالعتك واختلعي، متضمنة لمعنى المال حتى وإن جاء ذكرها بدونه، وبالتالي تكون مفضية للفرقة، مبرأة للزوج مما في ذمته من حقوق اتجاه زوجته إذا قبلت هذه الأخيرة، ولا أثر لإيجابه في وقوع الفرقة إذا لم يلق قبولاً صحيحاً من جانبها⁽²⁾.

هذا ولا تشترط النية في إيقاع الطلاق بالألفاظ المشتقة من الخلع متى ورد ذكر المال كما بينا في غير موضع، لأن تعليق الفرقة عليه قرينة على انصراف إرادة المخالعة إلى تحصيل الطلاق، تماماً كما لو طلقها حين استبد به الغضب، أو اثر سؤالها إياه الطلاق، ففي هذه الأحوال لا تشترط ملازمة النية لإيجابه باتفاق، سواء أكانت بلفظ الخلع أو بغيره من الألفاظ التي سيأتي بسطها، فإذا ادعى الزوج بعد ذلك أنه لم يرد الطلاق، فلا يسمع منه قضاءً، ولا يحل للمرأة أن تقيم معه، لأنها كالقاضي لا إطلاع لها على نيته⁽³⁾، أما إذا لم يذكر المال، وجب مراعاة اللفظ المخالعة به، فإن كان العرف يستعمله في الطلاق بدون عوض واشتهر استخدامه في ذلك كان طلاقاً صريحاً، وإلا كان كنايةً يتعين مراعاة النية فيه، وهو ما لا يصدق عند بعض الأحناف على ألفاظ الخلع وإن كانت من الكنايات، إذ بغلبة استعمالها صارت كالصريح فلا تفتقر إلى النية مطلقاً⁽⁴⁾ كما سبق وأن قلنا، في حين قال بعضهم

(1) «وَمَا أَنْ يَقُولَ: اخْلَعِي وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ فَخَلَعَتْ، فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَمْ يَكُنْ خُلْعًا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ تَطْلُقُ بِلَا بَدَلٍ، وَبِهِ أَخَذَ كَثِيرٌ مِنَ الْمَشَائِخِ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص440. «بِخِلَافِ النَّوَحِ الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ: خَالَعْتُكَ وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَوَضَ وَنَوَى الطَّلَاقَ فَإِنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ عَلَيْهَا، سَوَاءً قَبِلَتْ أَوْ لَمْ تَقْبَلْ، لِأَنَّ ذَلِكَ طَلَاقٌ بِغَيْرِ عَوَضٍ فَلَا يَنْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص145.

(2) «خَرَجَ مَا لَوْ قَالَ: خَلَعْتُكَ- نَاوِيًا الطَّلَاقَ- فَإِنَّهُ يَقَعُ بَائِنًا غَيْرَ مُسْقِطٍ لِلْحُقُوقِ لِعَدَمِ تَوْفُّقِهِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ خَالَعْتُكَ بِلَفْظِ الْمُفَاعَلَةِ، أَوْ "اخْتَلَعِي" بِالْأَمْرِ وَلَمْ يُسَمَّ شَيْئًا فَقَبِلَتْ فَإِنَّهُ خُلْعٌ مُسْقِطٌ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ قَبِضَتْ الْبَدَلَ رَدُّهُ خَائِنَةً.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص440.

(3) «وَكَذَا لَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَلْفٍ دَرَاهِمٍ فَقَبِلَتْ ثُمَّ قَالَ الرَّوْحُ: لَمْ أَتُوبْ بِهِ الطَّلَاقَ لَا يُصَدِّقُ فِي الْقَضَاءِ، لِأَنَّ ذِكْرَ الْعَوَضِ دَلِيلُ إِزَادَةِ الطَّلَاقِ ظَاهِرًا، فَلَا يُصَدِّقُ فِي الْعُدُولِ عَنِ الظَّاهِرِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص144. «فَإِنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ، فَقَالَ: لَمْ أَتُوبْ بِذَلِكَ الطَّلَاقَ لَمْ يُصَدِّقْ، لِأَنَّ ذِكْرَ الْعَوَضِ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ.» أبو بكر بن علي الرِّيْدِي، الجوهرة النيرة، المرجع السابق، ج2، ص60.

(4) «لَكِنَّ تَقَدَّمَ عَنِ الْبَرَاءَةِ أَنَّ لَفْظَ الْخُلْعِ مِنْ أَلْفَاظِ الْكِنَايَةِ، إِلَّا أَنَّ الْمَشَائِخَ قَالُوا: إِنَّهُ لِعَلَبَةٍ اسْتِعْمَلَهَا صَارَ كَالصَّرِيحِ، فَلَا يَنْتَقِرُ إِلَى النَّيَّةِ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص452. «فَإِنْ قَالَ الرَّوْحُ: لَمْ أَغْنِ بِالْخُلْعِ طَلَاقًا،

الآخر - في غير الراجح - ببقاء هذه الألفاظ على وصفها الأصلي، فلا تكون موجبة للطلاق إلا بقيام النية على ذلك أو بذكر العوض أو بملاستها لقرائن تكون قاطعةً بوقوعه⁽¹⁾.

أما ثاني هذه الألفاظ، فهو المبارأة، وهي لا تخلو أن تكون بدورها على مال أو بدونه، فإذا سيقنت بغير عوض، كان حكمها كحكم سائر كنيات الطلاق، حيث تكون موجبة للفرقة متى لا يستلزم نية ذلك، أي إذا ادعى الزوج عدم انصراف نيته إلى الطلاق يسمع منه قضاءً، وهي غير مسقطه بهذا التوصيف للمهر وغيره مما للزوجة من حقوق في ذمة زوجها، أما إذا وردت المبارأة على بدلٍ، فإما أن يكون مهرًا، فيسقط حينها عن كاهل الزوج إن كان غير مقبوض وتسقط معه النفقة الماضية، وعليها رده إن كان مدفوعاً، أما إذا كان العوض مالاً آخرًا سوى الصداق تعين على الزوجة أدائه مع براءة ذمة الزوج مما عليه من حقوق لها وجبت بمقتضى النكاح قبل الخلع كالنفقة الماضية والمهر ما لم يكن مقبوضاً، أما إذا أعطيت مهرها قبل الخلع، لم يرجع عليها بشيء منه سواء أكان ذلك قبل الدخول بها أو بعده، ويعطف لفظ الخلع على لفظ المبارأة في جميع ما أسلفنا من أحكام عند أبي حنيفة⁽²⁾، وخالفه

وَقَدْ أَخَذَ عَلَيْهِ جُعْلًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي الْحُكْمِ، لِأَنَّهُ أَخَذَ الْجُعْلَ عَلَى سَبِيلِ التَّمْلِكِ، وَلَا يَتَمَلَّكُ ذَلِكَ إِلَّا بِوُثُوعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا، فَكَانَ ذَلِكَ أَدْلَ عَلَى قُضَائِهِ الطَّلَاقِ مِنْ خَالَ مُذَاكَرَةِ الطَّلَاقِ، وَلَكِنْ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى يَسْعُهُ أَنْ يُقِيمَ مَعَهَا، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى عَالِمٌ بِمَا فِي سِرِّهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْعُ الْمَرْأَةُ أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ، لِأَنَّهَا لَا تَعْرِفُ مِنْهُ إِلَّا الظَّاهِرَ كَالْقَاضِي. «محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 172.

(1) «بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهَا: خَالَعْتُكِ وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَوْضَ، ثُمَّ قَالَ: مَا أَرَدْتُ بِهِ الطَّلَاقَ، أَنَّهُ يُصَدَّقُ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ دَلَالَةٌ خَالِ تَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الطَّلَاقِ مِنْ غَضَبٍ أَوْ ذِكْرِ طَلَاقٍ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْكِنَايَاتِ، لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ عِنْدَ عَدَمِ ذِكْرِ التَّعْوِضِ يُسْتَعْمَلُ فِي الطَّلَاقِ وَفِي غَيْرِهِ، فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ لِيَنْصَرِفَ إِلَى الطَّلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ذُكِرَ الْعَوْضُ، لِأَنَّهُ مَعَ ذِكْرِ الْعَوْضِ لَا يُسْتَعْمَلُ فِي الْعُرْفِ وَالشَّرْعِ إِلَّا لِلطَّلَاقِ. «علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 144.

(2) «فَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ بَدَلٍ بِأَنْ قَالَ: خَالَعْتُكِ، وَتَوَى الطَّلَاقَ فَحُكْمُهُ أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الْمَهْرِ، وَإِنْ كَانَ بِبَدَلٍ فَإِنْ كَانَ الْبَدَلُ هُوَ الْمَهْرُ، بِأَنْ خَلَعَهَا عَلَى الْمَهْرِ، فَحُكْمُهُ أَنَّ الْمَهْرَ إِنْ كَانَ غَيْرَ مُقْبُوضٍ أَنَّهُ يَسْقُطُ الْمَهْرُ عَنِ الزَّوْجِ، وَتَسْقُطُ عَنْهُ النَّفَقَةُ الْمَاضِيَةُ، وَإِنْ كَانَ مُقْبُوضًا فَعَلَيْهَا أَنْ تَرُدَّهُ عَلَى الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ الْبَدَلُ مَالًا آخَرَ سِوَى الْمَهْرِ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ سُقُوطِ كُلِّ حُكْمٍ وَجَبَ بِالنِّكَاحِ قَبْلَ الْخُلْعِ مِنَ الْمَهْرِ، وَالنَّفَقَةِ الْمَاضِيَةِ، وَوُجُوبِ الْبَدَلِ، حَتَّى لَوْ خَلَعَهَا عَلَى عَبْدٍ أَوْ عَلَى مَائَةِ دِرْهَمٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا آخَرَ فَلَهُ ذَلِكَ، ثُمَّ إِنْ كَانَ لَمْ يُعْطِهَا الْمَهْرَ بَرَاءً وَلَمْ يَكُنْ لَهَا عَلَيْهِ شَيْءٌ، سِوَاءَ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَوْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا، وَإِنْ كَانَ قَدْ أُعْطِيَهَا الْمَهْرَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ، سِوَاءَ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا أَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا، وَكَذَلِكَ إِذَا ابْتَارَهَا عَلَى عَبْدٍ أَوْ عَلَى مَائَةِ دِرْهَمٍ فَهُوَ مِثْلُ الْخُلْعِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْنَا، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْمُبَارَاةِ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ فِي الْخُلْعِ إِنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِهِ إِلَّا مَا سَمَّيَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يَسْقُطُ فِي الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ جَمِيعًا إِلَّا مَا سَمَّيَا. «علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 151.

محمد بن الحسن الشيباني فيهما جميعاً، إذ أنهما لا يسقطان إلا ما سمياً، ووافق القاضي أبو يوسف صاحبه أبا حنيفة بشأن المبرأة وخالفه في الخلع، واتفق مع محمد حول الخلع وخالفه في المبرأة، والحاصل أنه لو خالعهما أو بارأها على ألف دينار ومهرها مئة ألف، فإنها لا ترجع عليه بشيء إن كان الصداق غير مقبوضٍ على رأي أبي حنيفة سواء دخل بها أم لم يدخل، وله عليها ألف دينار، في حين يرى محمد أن لها أن تعود عليه قبل الدخول بنصف المهر ومقداره خمسون ألف في مثالنأ، وله عليها ألفاً، فتصير في ذمته نحوها، بعد المقاصة تسعة وأربعون ألفاً، أما بعد الدخول فلها أن ترجع عليه بكامل المهر إلا قدر الألف، فيكون لها بذلك في ذمته تسعة وتسعون ألفاً، في المقابل إن كان المهر مقبوضاً وجبت عليها الألف لا غير، ولا حق له في الرجوع عليها بشيء من المهر، يستوي في ذلك حصول الخلع قبل الدخول أو بعده في قول أبي حنيفة، في حين يرى محمد أن للزوج عليها نصف المهر قبل الدخول مع ما سمياً من بدل، ولا شيء له غير العوض بعد الدخول.

وحجة محمد أن الخلع والمبرأة في الأساس ليسا سوى فرقة بعوض، ومن ثمة فهما أشبه ما يكون بالطلاق على مال، والجامع بينهما وبينه أن الأصل في الحق ثبوته ما لم يتم الاتفاق على إسقاطه، وليس في الموضعين إلا إسقاط ما سمياً، فلا تبرأ الذمة مما لم تطله التسمية، لذا كانت الديون غير الواجبة بسبب النكاح محصنة من الوقوع تحت طائلة الإسقاط بوجه عام، فوجب ألا يسقط غيرها إلا بالتسمية، كنفقة العدة وإن كانت حكماً من أحكام الزواج⁽¹⁾، وهو قول أبي يوسف في الخلع دون المبرأة، ذلك أن هذه الأخيرة لفظ صريح في إيجاب براءة الذمة نصاً، فوجب ثبوتها مطلقاً في جميع الحقوق الثابتة بين الزوجين بمقتضى النكاح، بخلاف لفظ الخلع الذي ليس فيه ما يدل على البراءة، بل تثبت هذه الأخيرة بمقتضاه، والحاصل بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتاً من جميع الوجوه، فتثبت براءة الذمة

(1) «لِمُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَعَدَّرَ الْعَمَلُ بِحَقِيقَةِ اللَّفْظَيْنِ عَلَى مَا يَأْتِي، فَجُعِلَا كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ، فَلَا يَجِبُ إِلَّا مَا سَمِّيَا». عبيد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، عليه تعليقات الشيخ محمود أبو دقفة، مطبعة الحلبي - القاهرة، بدون طبعة، 1356هـ - 1937م، ج3، ص160. «وقال محمد - رحمه الله -: لا يسقط فيهما إلا ما سمياه (...) محمد - رحمه الله - أنه معاوضة، وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير». محمود بدر الدين العيني، النباية، المرجع السابق، ج5، ص526.

في ضوءه بقدر ما وقع الاتفاق على تسميته لا غير⁽¹⁾، ويرى أبو حنيفة كما سبق وأن قلنا أن الخلع في معنى المبرأة، ذلك أنها مفاعلة من البراءة، والإبراء إسقاط لما في ذمة كل واحد من الزوجين تجاه صاحبه من حقوق متعلقة بالعقد المتنازع فيه، تماماً كالمختصمين في الديون إذا حدث وإن اصطلحا على مال، سقط بالصلح جميع ما تنازعا فيه، وهذا شأن الخلع أيضاً لأنه من النزع، والنزع إخراج الشيء من غيره، إذ به تُخلع الزوجة من النكاح بأن تُخرج من جميع أحكامه، ولا يتصور ذلك إلا بسقوط مالها من حقوق آلت إليها بمقتضاه، وهذه هي المبرأة بعينها فكان الخلع في معناها، والعبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، وأما قول محمد بانصراف إرادتها إلى عدم إسقاط غير المسمى، فإن ذلك وإن لم يوجد نصاً، فقد وُجد دلالة، لأن قصدهما من الخلع قطع المنازعة، وإزالة الخلاف، ذلك أن النزاع إنما وقع في حقوق النكاح، فلا يندفع إلا بإسقاط ما تعلق به من حقوق، فكان ذلك تسمية منها لهذه الحقوق دلالة دون غيرها من سائر الديون، لأنه لا صلة لهذه الأخيرة بالزواج فلا ينصرف الإسقاط تبعاً إليها، وهذا كله بخلاف الطلاق على مال، لأنه لا يدل على إسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح لا نصاً، ولا دلالة، وأما خروج نفقة العدة، فلكونها لم تكن واجبة قبل الخلع، فلا يتصور إسقاطها به، بخلاف النفقة الماضية، لأنها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي أو بالتراضي فكان الخلع إسقاطاً بعد الوجوب، فصح⁽²⁾.

(1) «ولأبي يوسف أن المبرأة مفاعلة من البراءة، وقضيتها البراءة من الجانبين مطلقاً، إلا أننا اقتصرنا على ما وقعت المبرأة لأجله، وهو حقوق النكاح، أما الخلع فيقتضي الإخلاع، وقد حصل الإخلاع من النكاح فلا حاجة إلى حقوقه». أبو الفضل عبيد اللطيف، الاختيار، المرجع السابق، ج3، ص160. «قال: وأبو يوسف - رحمه الله - معه في الخلع، ومع أبي حنيفة - رحمه الله - في المبرأة (...) ولأبي يوسف - رحمه الله - أن المبرأة مفاعلة من البراءة، فتقتضيها من الجانبين، وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض، أما الخلع فمقتضاه الإخلاع، وقد حصل فينقض النكاح، ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام». محمود بدر الدين العيني، البناية، المرجع السابق، ج5، ص526 و527.

(2) «ولأبي حنيفة أن الخلع عبارة عن الإخلاع والإنزاع على ما مر في أول الباب، والمبرأة كما قال أبو يوسف تقتضي الإخلاع والبراءة من الجانبين، ونفس النكاح لا يَحْتَمِلُ الإخلاع والبراءة، وحقوقه تُقْبَلُ ذَلِكَ فَتَقَعُ البراءة عنها ليحصل ما هو المقصود من الخلع وهو انقطاع المشاجرة بين الزوجين، أو نقول: يُعْمَلُ بإطلاقيهما في النكاح وأحكامه وحقوقه بدلالة العوض». أبو الفضل عبيد الله اللطيف، الاختيار، المرجع السابق، ج3، ص160. «قال: والمبرأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة - رحمه الله - (...) ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الخلع ينشأ عن الفصل، ومنه خلع النعل وخلع العمل، وهو مطلق كالمبرأة فيعمل بإطلاقيهما في النكاح وأحكامه وحقوقه». محمود بدر الدين العيني، البناية، المرجع السابق، ج5، ص526 و527.

ويعطف على المبرأة لفظا المبينة⁽¹⁾ والمفارقة⁽²⁾، بحيث إذا لم يذكر معهما العوض، وقبلت الزوجة سقطت بهما حقوقها في المهر ونحوه متى نوى الطلاق، وإن لم تقبل طلقت عند انصراف نيته إلى ذلك، وإلا فلا، لأنهما من كنايات الطلاق التي تفتقر مطلقاً إلى النية، أما إذا ذكرا هذان اللفظان مع البدل ولم يلقيا قبولاً صحيحاً من الزوجة، لا يقع بهما الطلاق قولاً واحداً ولا يلزمها البدل لأنه علق إبانتهما على المال، وقد رفضت بذله.

وأما خامس هذه الألفاظ فهو لفظ الطلاق على مال، بحيث إذا علق الزوج المفارقة بلفظ الطلاق على عوض، ولاقى قبولاً من جانب الزوجة، وقع الطلاق بائناً ولزمها ما اتفقا عليه من بدل، ولا تبرأ على التحقيق ذمة الزوج مما عليه من حقوق اتجاهها كالمهر والنفقة⁽³⁾، وقد ألحق بالخلع وصار في حكمه رغم افتراقه عنه كما رأينا سابقاً، لإيجابه البينة ولزوم المال المنصوص عليه بمقتضاه.

فهذه هي الخمسة المشهورة، زيد عليها اثنان هما البيع والشراء وما اشتق منهما، فإذا حدث الخلع بأحدها كأن يقول الزوج لزوجته بعثك نفسك بمئة ألف، فقالت اشتريت أو قبلت، وقع به الطلاق البائن ولزمها البدل المسمى مع براءة ذمة الزوج مما عليه من حقوق اتجاهها، أما إذا لم تقبل فلا يقع الطلاق ولا يلزمها شيء، في المقابل إذا اتفقا على الخلع بيعاً أو شراءً ولم يذكر بدلاً، فالصحيح لزوم الطلاق البائن مع سقوط حقوقها التي تسقط بلفظ الخلع⁽⁴⁾، أما إذا لم يلق إيجابه في هذا الفرض قبولاً

(1) «وَأَلْفَافُ الْخُلْعِ خَمْسَةُ خَالَعَتِكَ بَارَأْتُكَ بَابِئْتِكَ (...) فَإِنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلْتُ، فَقَالَ: لَمْ أَنْوَ بِذَلِكَ الطَّلَاقَ لَمْ يُصَدَّقْ، لِأَنَّ ذِكْرَ الْعُوضِ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ.» أبو بكر بن علي الزبيدي، الجوهرية النيرة، المرجع السابق، ج 2، ص 60.

(2) «...أَوْ بَارَأْتُكَ، أَيْ فَارَقْتُكَ فَقَبِلْتُ الْمَرْأَةَ.» محمد بن فرامرز ملا خسرو، درر الحكام، المرجع السابق، ج 1، ص 389.

(3) «الْثَالِثُ: وَهُوَ أَقْوَاهَا مَا ذَكَرُوهُ فِي بَابِ الْخُلْعِ، فَإِنَّ الْكُلَّ قَدْ ذَكَرُوا أَنَّ الطَّلَاقَ عَلَى مَالٍ لَا يُسْقِطُ شَيْئًا مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ، بِخِلَافِ الْخُلْعِ عَلَى مَالٍ، وَلَا بَأْسَ بِذِكْرِ عِبَارَاتِهِمْ قَالَ فِي الْبَدَائِعِ: وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ فِي الطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ بِهِ مِنْ سَائِرِ الْحُقُوقِ الَّتِي وَجَبَتْ لَهَا بِسَبَبِ النِّكَاحِ اهـ.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 206. «تَنْبِيْهُ: فِي الطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ رَوَايَتَانِ وَأَكْثَرُهُمْ عَلَى أَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْبَرَاءَةَ عَنِ الْمَهْرِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ وَعَلَيْهِ الْقَتَوَى.» محمد بن فرامرز ملا خسرو، درر الحكام، المرجع السابق، ج 1، ص 392 و 393.

(4) «وَمَا إِذَا كَانَ بِلَفْظِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَإِنَّهُ خُلْعٌ مُسْقِطٌ لِلْحُقُوقِ عَلَى مَا صَحَّحَهُ فِي الصُّغْرَى، وَإِنْ صَرَّحَ قَاضِي خَانَ بِخِلَافِهِ.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 77. «وَلَوْ كَانَ الْخُلْعُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، أَيْ بِأَنَّ قَالَ: بَعْتُكَ نَفْسَكَ بِأَلْفٍ فَقَالَتْ اشْتَرَيْتِ، اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِي أَنَّهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كَالْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ أَوَّلًا؟ وَصَحَّحَ فِي الْقَتَاوَى الصُّغْرَى أَنَّهُ كَالْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ، وَتَرْجِيحُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - بِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ فَلَا يَزْدَادُ عَلَى مَا تَرَاضَيَا عَلَيْهِ.» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج 4، ص 236.

من لدنها، وقعت بهذه الصيغة فرقة رجعية وإن لم ينو الزوج إيقاعها، لأنه كالصریح على التحقيق، ومن ثمة لا يصدق الزوج في دعواه إن ديانةً أو قضاءً⁽¹⁾، لأن البيع يفيد زوال الملك، ولا ملك للزوج على زوجته إلا ما تعلق منه بالمتعة، فيكون بذلك قد باعها إياها، وهذا لا يخرج بالجملة عن كونه طلاقاً⁽²⁾.

ثانياً: ألفاظ الخلع عند المالكية

من جهتهم، وإن جنح بعض فقهاء المالكية إلى التنصيص على ألفاظٍ محددة للخلع، فليست المسألة في تقديرنا من باب الحصر، إنما تعزى في الأصل إلى اختصاص هذه الألفاظ دون سواها بأحكام نوعية تعود في رأيهم إلى العوض المبذول من قبل الزوجة لزوجها، وهو تفصيل لطيف انفردوا به وإن اشتركوا مع غيرهم في أساس الألفاظ المذكورة، وهي على ما أورده بعض المصنفين: الخلع والمبارأة والمصالحة والمفاداة، حيث يختص لفظ الخلع ببذل الزوجة لزوجها جميع ما أعطاه إياها بمناسبة النكاح، والصلح أن يتصالحا على بعضه، والفدية بأكثره، والمبارأة بإسقاطها حقاً من الحقوق الواجبة عليه اتجاهها⁽³⁾، وروي عن الإمام مالك، بأنَّ المَبَارَئَةُ هي التي لا تقبض شيئاً ولا تؤدي نظيره، والمُخْتَلَعَةُ هي التي تبذل ما أعطيت وتزيد عليه، والمُفْتَدِيَةُ هي التي تفتدي ببعض ما أخذت من زوجها وتمسك بعضه، يستوي حدوث ذلك قبل الدخول أو بعده⁽⁴⁾، كما روي عنه في المدونة مقارنة أخرى تتعلق بارتباط بعض هذه الألفاظ بواقعة الدخول، ومفادها أن المَبَارَئَةَ ما حصل قبل الدخول والمُخَالَعَةُ ما

(1) «وَعِنْدَ عَدَمِهِ يَصْدُقُ فِي إِنْكَارِهَا قَضَاءٌ فِي الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ لَا فِي لَفْظِ الطَّلَاقِ وَالْبَيْعِ لِأَنَّهُمَا صَرِيحَانِ، ذَكَرَهُ فِي الْكَافِي.» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج4، ص215.

(2) «وَلَا يُصَدَّقُ فِي لَفْظِ الْبَيْعِ وَالطَّلَاقِ لِكَوْنِهِمَا صَرِيحَيْنِ كَذَا فِي الْكَافِي، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ لَفْظَ الْبَيْعِ غَيْرُ صَرِيحٍ فِي الطَّلَاقِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، أَقُولُ: الْمَرَادُ بِكَوْنِهِ صَرِيحًا فِيهِ دَلَالَتُهُ عَلَيْهِ قَطْعًا، بِحَيْثُ لَا يَتَخَلَّفُ عَنْهُ أَصْلًا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْبَيْعَ يُوجِبُ زَوَالَ مِلْكِ الْيَمِينِ، فَيَلْزَمُهُ قَطْعًا زَوَالَ مِلْكِ الْمُتَعَةِ.» محمد بن فرامرز ملا خسرو، درر الحكام، المرجع السابق، ج1، ص390.

(3) «...إِلَّا أَنَّ اسْمَ الْخُلْعِ يَخْتَصُّ بِبَذْلِهَا لَهُ جَمِيعَ مَا أَعْطَاهَا، وَالصُّلْحُ بِبَعْضِهِ، وَالْفَدْيَةُ بِأَكْثَرِهِ، وَالْمُبَارَاةُ بِإِسْقَاطِهَا عَنْهُ حَقًّا لَهَا عَلَيْهِ عَلَى مَا زَعَمَ الْفُقَهَاءُ.» ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج3، ص89. «مَا الْخُلْعُ وَمَا الْمُبَارَاةُ وَمَا الْفَدْيَةُ؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: الْمُبَارَاةُ الَّتِي تُبَارِي زَوْجَهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ تَقُولُ خُذْ الَّذِي لَكَ وَتَارِكِي، وَالْمُخْتَلَعَةُ الَّتِي تَخْتَلِعُ مِنْ كُلِّ الَّذِي لَهَا، وَالْمُفْتَدِيَةُ الَّتِي تُعْطِيهِ بَعْضَ الَّذِي لَهَا...» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج5، ص268 و269.

(4) «وَرَوَى عِمْسَى بْنُ دِينَارٍ عَنْ مَالِكٍ: الْمُبَارَاةُ هِيَ الَّتِي لَا تَأْخُذُ شَيْئًا وَلَا تُعْطِي، وَالْمُخْتَلَعَةُ هِيَ الَّتِي تُعْطِي مَا أَعْطَاهَا وَتَزِيدُ مِنْ مَالِهَا، وَالْمُفْتَدِيَةُ هِيَ الَّتِي تَفْتَدِي بِبَعْضِ مَا أَعْطَاهَا وَتُمْسِكُ بَعْضَهُ، وَهَذَا كُلُّهُ يَكُونُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ، فَمَا كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا عِدَّةَ فِيهِ، وَالْمُصَالِحَةُ مِثْلُ الْمُبَارَاةِ.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص146.

كان بعده⁽¹⁾، وهذا التخصيص في رأينا ضرب من ضروب الاجتهاد المبني على الحدس والظن لبعض علماء المذهب، والأحكام كما هو معلوم لا تبني إلا على حقيقة الأشياء، على الأوصاف والظنون، ولعل ما ذهب إليه ابن رشد تعقياً منه على هذا التقسيم⁽²⁾ فيه تضعيف منه لهذا الرأي نتيجة افتقاره للدليل، بل واستدرك فقهاء المذهب ذلك، حين استطردوا على تصنيفهم، بأن هذه الألفاظ سواء⁽³⁾ تفيد في مجموعها الخلع، وهو بدوره الطلاق بعوض، لا فرق بينهما⁽⁴⁾، لكون الطلاق جنس شامل للخلع وغيره من أقسام الفرقة، والأصل في الطلاق أنه بغير عوض فخرج الخلع بهذا التوصيف من نطاقه، وإن كان للخلع نوع آخر يماثله، وهو الطلاق بلفظ الخلع من دون عوض، إلا أنه على التحقيق مشمول بتعريف الخلع لجريان أحكام هذا الأخير عليه⁽⁵⁾.

والطلاق في مذهب المالكية إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون كنايةً، فأما الأول، ما جاء بلفظ الطلاق وما اشتق منه كقوله: أنت طالق أو طالقة أو مطلقة أو قد طلقك أو طلقتني، فتلزمه

(1) «قَالَ مَالِكٌ: الْمُبَارَاةُ الْمُخَالَعَةُ بِمَا لَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، وَالْمُخَالَعَةُ إِذَا فَعَلَتْ ذَلِكَ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَالْمُقْتَدِرَةُ الْمُخَالَعَةُ بَعْضُ مَا لَهَا.» القاضي محمد أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج 1، ص 265. «والمباراة: التي تبارئ زوجها قبل البناء، فتقول: خذ الذي لك وتاركني.» خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي (المتوفى: 372هـ)، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2002م، ج 2، ص 390.

(2) «...عَلَى مَا زَعَمَ الْفُقَهَاءُ.» ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 3، ص 89.

(3) «...وَكُلُّهُ سَوَاءٌ.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 269. «وذلك كله سواء، وهي طلاقه بائنة.» خلف بن أبي القاسم الأزدي، التهذيب في اختصار المدونة، المرجع السابق، ج 2، ص 390.

(4) «والخلع جائز، وهو طلاق وصفته أن يقع الطلاق بعوض.» أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، التلقين في الفقه المالكي، المحقق: أبي أويس محمد بوخيزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2004م، ج 1، ص 130. «جَازَ الْخُلْعُ فِي الْكَلَامِ عَلَى الْخُلْعِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْأَحْكَامِ وَهِيَ لَعْنَةُ النَّزْعِ وَشَرْعًا طَلَاَقٌ بِعَوْضٍ.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 347.

(5) «(وَهُوَ) أَيُّ الْخُلْعِ أَيُّ حَقِيقَتِهِ شَرْعًا (الطَّلَاقُ) جِنْسٌ شَمِلُ الْخُلْعِ وَغَيْرِهِ مِنْ أَقْسَامِ الطَّلَاقِ (بعوضٍ) لِلزَّوْجِ مِنَ الزَّوْجَةِ، أَوْ غَيْرِهَا، فَضْلٌ مُخْرِجُ الطَّلَاقِ بِلَا عَوْضٍ، وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ، وَلِلْخُلْعِ نَوْعٌ آخَرٌ وَهُوَ الطَّلَاقُ بِلَفْظِ الْخُلْعِ بِلَا عَوْضٍ، فَقِيلَ تَعْرِيفُ الْمُصَنِّفِ لَمْ يَشْمَلْهُ لِإِرَادَتِهِ تَعْرِيفَ الْأَصْلِ الْمَشْهُورِ، وَقَالَ ابْنُ عَاشِرٍ: بَلْ شَمَلَهُ، لِأَنَّ مِنْ لَوَازِمِ كَوْنِهِ خُلْعًا، جَرَيَانِ أَحْكَامِ الْخُلْعِ عَلَيْهِ، وَمِنْهَا سُقُوطُ نَفَقَتِهَا أَيَّامَ عِدَّتِهَا، وَهَذَا عَوْضٌ مُحَقَّقٌ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلَا عَلَيْهِ، فَهَذَا طَلَاَقٌ بِعَوْضٍ أَيْضًا.» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 3.

حينها الفرقة بهذا كله، ولا اعتبار لنيته في ذلك وإن ادعى عدم انصرافها إلى إيقاعه، ولا يُصدَّق في دعواه إن ديانةً أو قضاءً إلا أن تلابسها قرائن تدل على صدقه فيها، كأن تسأله أن يُطْلَقَها من وثاق، فيقول: أنت طالق، وأما النوع الثاني، فهو ضربان باعتبار الكناية فيه، ذلك أن هذه الأخيرة إما أن تكون ظاهرة، وهي ما جرت العادة على وقوع الطلاق به إن شرعاً أو لغةً، كلفظ التسريح والفراق، وكقوله خليت سبيلك أو عصمتك في يدك أو أنت بائن أو بنة ونحوه، وحكمها كالصريح إلا إذا أفلتت، وتناسى الناس استعمالها في الطلاق، فإنها إذ ذاك تحتاج إلى النية مطلقاً، وإما أن تكون خفيةً أو محتملةً، وهي التي لم يجر العرف بين المكلفين على إحداث الفرقة بمقتضاها كقوله: الحقي بأهلك واذهي وابعدي عني، أو أنت حرة وما شاكلها، فإنها غير مفيدة للطلاق قولاً واحداً ما لم يتجه القصد إلى إحداثه، هذا وتعطف على صريح الطلاق وكنايته كل الألفاظ التي لا تدل عليه، لكنها تكون موجبة له على التحقيق إذا اتجهت النية إلى تحصيله.

والحاصل أنه إذا سيقَّت هذه الألفاظ مقترنةً بذكر العوض كانت موجبةً للطلاق البائن مع لزوم البدل، يستوي في ذلك أن تكون بصريح الطلاق أو بكناية من كنياته الظاهرة المتقدم ذكرها، وتسري ذات الأحكام إذا أجابها بكناية خفية أو أي لفظ آخر شريطة أن يتجه قصده إلى إيقاع الطلاق بمقتضاها، وهو ما ينطلي أيضاً والحالة هذه على لفظ الخلع وما اشتق منه، بحيث إذا أجابها بقوله خالعتك أو خلعتك ونحوه، كان ذلك بمنزلة قوله لها: أنت طالق، فتلزم البيونة مع وجوب البدل دون اعتبار لنيته، هذا كله عند ذكر العوض، أما في حالة عدم ذكره، يتعين التفريق بين ألفاظ الطلاق صريحه وكنايته من جهة، ولفظ الخلع وما اشتق منه وما كان في معناه من جهة أخرى، وقد سقنا بإيجاز أحكام الشطر الأول من الدعوى بمناسبة تفريعنا لألفاظ الطلاق، بقي معنا شطرها الثاني، وهي محل خلاف بين فقهاء المذهب، حيث ذهب بعضهم في غير الراجح إلى القول بوقوع الطلاق رجعيّاً إذا كان بلفظ الخلع دون عوض⁽¹⁾، في حين ذهب البعض الآخر - وهو المعتبر - إلى القول بجواز الخلع دون

(1) «وَأَنْظُرْ ابْنَ سَلْمُونٍ فِي الْمَعُونَةِ: إِذَا قَصِدَ إِيقَاعُ الْخُلْعِ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ كَانَ خُلْعاً عِنْدَ مَالِكٍ، لِأَنَّهُ طَلَّقَ قَصْدَ أَنْ يَكُونَ خُلْعاً فَكَانَ عَلَى مَا قَصَدَهُ كَالَّذِي مَعَهُ الْعَوْضُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: يَكُونُ رَجْعِيّاً هـ.» علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولِي (المتوفى: 1258هـ)، البهجة في شرح التحفة، المعروف بشرح تحفة الحكام، المحقق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1998م، ج 1، ص 543. «ولو قصد إلى إيقاع الخلع على غير عوض كان عند مالك خلعاً وكان الطلاق بائناً، وقد قيل عنه لا يكون بائناً إلا بوجود العوض، وهذا أصح قوليه عندي وعند أهل العلم.» أبو عمر يوسف

بدل مع وقوع الطلاق بائناً بمقتضاه، لا فرق في ذلك بين كون الخلع بصريح لفظه أو فيما معناه من الألفاظ كالصلح والإبراء والافتداء⁽¹⁾، وتلك فائدة عملية من الحصر الذي سقناه آنفاً، هذا ولا يشفع الاتفاق على الرجعة - فيه وفي الطلاق ببدل على السواء - في زوال البينة الحاصلة بهما⁽²⁾، وروي عن الإمام مالك، ثبوت الرجعة إذا اشترطت في كل فرقة ببدل، مع رده للعوض⁽³⁾.

لكن هل يبرأ الزوج مما في ذمته من حقوق اتجاه زوجته، وهل يفتقر الخلع في هذا الفرض إلى طلبها أم لا؟ والجواب أن الخلع بلا عوض إنما كان بائناً لأنه من لزوم كونه خلعيّاً، سريان أحكام الخلع عليه، ومن جملتها سقوط النفقة أيام العدة، فيكون العوض حينئذٍ موجوداً، فيحصل به تمام العقد إذا رضيت، غير أنه يستفاد من ظاهر كلام فقهاء المذهب وقوع البينة بهذا الخلع وإن لم ترض الزوجة بسقوط نفقتها، وهو ما لا يستقيم مع كون هذه الأخيرة حقاً لها، يتوقف سقوطه على رضاها، الأمر الذي حدا ببعضهم إلى القول بأنه يفتقر إلى رضاها أبداً، لكن الظاهر كما أسلفنا لزوم البينة ولا شيء لها حتى وإن لم تكن طالبةً، كما يدل على ذلك عموم كلام الفقهاء⁽⁴⁾.

بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، المحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1400هـ - 1980م، ج2، ص593.

(1) «(ص) وَلَوْ بِلَا عَوْضٍ نَصَّ عَلَيْهِ (ش) يَعْني أَنَّ حُكْمَ طَلَاقِ الْخُلْعِ الْبَيْنُونَةُ وَلَوْ وَقَعَ بِغَيْرِ عَوْضٍ، يُرِيدُ إِذَا صَرَّحَ بِلَفْظِ الْخُلْعِ أَوْ مَا فِي مَعْنَاهُ مِنْ لَفْظِ الصُّلْحِ أَوْ الْإِبْرَاءِ أَوْ الْإِفْتِدَاءِ.» محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج4، ص15.

(2) «وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ (أَوْ عَلَى الرَّجْعَةِ) إِلَى أَنَّهُ إِذَا نَصَّ عَلَى الرَّجْعَةِ مَعَ الْعَوْضِ، بِأَنَّهُ أَعْطَتْهُ شَيْئًا وَقَالَتْ لَهُ: طَلَّقْنِي طَلِّقَةً رَجْعِيَّةً، فَأَخَذَ مِنْهَا وَطَلَّقَهَا، فَإِنَّهُ يَقَعُ بَائِنًا، لِأَنَّ حُكْمَ الطَّلَاقِ مَعَ الْعَوْضِ الْبَيْنُونَةُ، فَلَا يُخْرِجُهُ عَنْهَا النَّصُّ عَلَى الرَّجْعَةِ، وَمِثْلُ نَصِّهِ عَلَى الرَّجْعَةِ مَعَ الْعَوْضِ، نَصُّهُ عَلَيْهَا مَعَ لَفْظِ الْخُلْعِ.» محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج4، ص15. «وَبَائِنٌ إِنْ طَلَّقَهَا بِعَوْضٍ وَلَوْ نَصَّ الرَّجْعَةَ بِأَنَّهُ أَعْطَتْهُ شَيْئًا، وَقَالَتْ لَهُ: طَلَّقْنِي طَلِّقَةً رَجْعِيَّةً فَأَخَذَهُ مِنْهَا وَطَلَّقَهَا طَلِّقَةً رَجْعِيَّةً فَإِنَّهُ يَقَعُ بَائِنًا، لِأَنَّ حُكْمَ الطَّلَاقِ بِعَوْضٍ الْبَيْنُونَةُ فَلَا يُخْرِجُهُ عَنِ النَّصِّ عَلَى الرَّجْعَةِ، وَكَذَا طَلَّقَهَا بِلَفْظِ الْخُلْعِ بِلَا عَوْضٍ مَعَ النَّصِّ عَلَيْهَا.» محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج4، ص11.

(3) «ولو اشترط عليها في الخلع الرجعة كان الشرط باطلا، وقد قيل أن ذلك له ويكون طلاقاً رجعياً ويرد ما أخذ، وكل ذلك قول مالك.» أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج2، ص595.

(4) «قَوْلُهُمْ: إِنْ الطَّلَاقُ بِلَفْظِ الْخُلْعِ بَائِنٌ وَلَوْ بِلَا عَوْضٍ الْخ، قِيلَ: إِنَّمَا كَانَ بَائِنًا لِأَنَّهُ مِنْ لَازِمِ كَوْنِهِ خُلْعِيّاً جَزَائِناً أَحْكَامِ الْخُلْعِ فِيهِ، وَمِنْ جُمْلَتِهَا سُقُوطُ النَّفَقَةِ أَيَّامَ الْعُدَّةِ، فَالْعَوْضُ حِينَئِذٍ مُؤَجَّدٌ وَهُوَ سُقُوطُ النَّفَقَةِ، لَكِنْ ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ خُلْعٌ وَلَوْ لَمْ تَرْضَ بِإِسْقَاطِهَا مَعَ أَنَّهُ حَقٌّ لَهَا يَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَاهَا، وَهُوَ مُشْكَلٌ قَالَ ابْنُ عَاشِرٍ، قُلْتُ: رَأَيْتُ فِي اخْتِصَارِ مَسَائِلِ الْقَاضِي عَبْدِ الْوَهَّابِ لِأَبِي الْحَسَنِ بْنِ الْقَصَّارِ مَا نَصَّهُ: وَيَجُوزُ الْخُلْعُ عِنْدَنَا بِغَيْرِ عَوْضٍ، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِلَفْظِ الْخُلْعِ وَطَلَبِ الرُّوْحَةِ ذَلِكَ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: قَدْ خَالَعْتُكَ، فَتَأْمَلْ قَوْلَهُ:

ثالثاً: ألفاظ الخلع عند الشافعية

لقد فرق الشافعية بدورهم في هذا الباب بين ألفاظ صريح الطلاق وكناياته، فالصريح في مذهبهم ثلاثة ألفاظ هي: الطلاق والفراق والسراح، أما الطلاق فثبتت له حقيقة ذلك بمقتضى عرف الشرع واللغة، في حين أنها آلت لللفظي السراح والفراق من طريق الشرع دون اللغة، وهي في مجموعها ألفاظ لا تفتقر في إحداث أثرها لنية المكلف، بحيث إذا ادعى عدم انصراف قصده لإيقاع الفرقه، لم يقبل منه قضاءً لأنه ادعى خلاف الظاهر، بينما يصدق ديانةً في ما بينه وبين الله تعالى لاحتمال صدق دعواه، بل وتسري ذات الأحكام حتى وإن لابتست نيته قرائن تفيد عدم انصرافها لتحصيل الطلاق، كقوله: أنت طالق، وادعى إرادة الطلاق من وثاق، ففي هذا الفرض أيضاً لا يُجَاب قضاءً لادعائه خلاف ما يقتضيه اللفظ في العرف، بينما يُصدق ديانةً، ويجوز للزوجة أن تقيم معه إذا علمت صدقه فيما دين فيه، فإن انتهى أمرهما إلى الحاكم على هذا الاجتماع، قيل يفرق بينهما بحكم الظاهر لقوله ﷺ: «أَحْكُم بِالظَّاهِرِ وَاللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ يَتَوَلَّى السَّرَائِرَ»⁽¹⁾، وقيل لا يفرق بينهما، لأنهما على اجتماع يجوز إباحته في الشرع، أما إذا اتصلت ألفاظ صريح الطلاق بما يصرفها عن حقيقتها، كقوله: أنت طالق من وثاق أو سرحتك من اليد أو فارتكتك بجسمي لم تكن موجبة للفرقة باتفاق.

وأما ألفاظ الكناية فكثيرة، وهي ما جرى العرف على حصول الفرقه بمقتضاها، كقوله: أنت بائن وخلية وبرية وبته وبتلة وحره وواحدة وبيني وابتدعي واغربي واذهبي والحقي بأهلك وحبلك على غاربك واستتري وتقنعي واعتدي وتزوجي وذوقي وتجرمي وما شابهها، فإن خاطبها بشيء من ذلك مع انعقاد نيته على استهداف الطلاق، وجب هذا الأخير والعكس صحيح، بل ويعد لفظ الطلاق ذاته من

وطلب الزوجة ذلك الخ، فيه يُنتَفَى الإشكال المذكور (...) والظاهر أنه لا شيء لها وإن لم تكن طالبة كما يدل على ذلك إطلاقهم. علي أبو الحسن التُّسُولِي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ج 1، ص 593.

(1) محمد بن إدريس الشافعي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 8، ج 1، ص 13. وقيل في تخريج هذا الحديث: «هذا الحديث غريب لا أعلم من خرجه من أصحاب الكتب المُعْتَمَدَةِ وَلَا غَيْرَهَا، وَسُئِلَ عَنْهُ حَافِظُ زَمَانِنَا جَمَالُ الدِّينِ الْمُزِّي فَقَالَ: لَا أَعْرِفُهُ». ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2004م، ج 9، ص 590.

الكنائيات التي تفتقر إلى النية، في حال إضافة إيقاعه إلى الزوجة كقوله أنا منك طالق، أو تفويضها إياه، فقالت طلقتك أو أنت طالق.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن اختلاف الشافعية في حقيقة كون الخلع طلاقاً أم فسخاً كما سبق وأن بينا، له أثره في الألفاظ التي ينعقد بها، وعليه إذا تخالغ الزوجان، فَإِنَّ عَقْدَ الخلع بينهما لا يخلو من ثلاثة أقسام: أحدها أن يبرماه بصريح ألفاظ الطلاق، ولما كان صريحاً في هذا الفرض بغير عوض، كان من باب أولى صريحاً في الطلاق مع العوض، فيكون بذلك طلاقاً صريحاً بائناً دون اعتبار لنية موقعه⁽¹⁾، ويتحقق القسم الثاني إذا عُقد بكنائيات الطلاق السالف ذكرها، ولما كان والحالة هذه كناية بلا بدل، كان بالتبعية كنايةً مع العوض في الطلاق، بحيث إذا أراد به المكلف وقوع الفرقة لزمه ذلك مع استحقاقه للعوض، أما إذا لم يستهدف تحصيل الطلاق، فلا يقع به شيء، ولا يلزم به على الزوجة بدل⁽²⁾، ونكون إزاء القسم الثالث إذا عقده بلفظ الخلع والمفاداة وما اشتق منها كقوله قد خالعتك أو خلعتك أو فاديتك بمئة ألف، فهذه الألفاظ كناية في الطلاق إذا تجردت عن العوض أو نيته، فتأخذ حكم سائر كنائيات الطلاق⁽³⁾، وهو فرض لا يخلو من ثلاث صور: أما الأولى، أن ينوي الطلاق بهذه الصيغة، وينوي معه التماس قبولها، أي انتظار إيجابتها إياه على طلبه، فإن قبلت وقع الطلاق بائناً بمهر المثل إن كانت رشيدة، وإن لم تكن وقع رجعيّاً، ولا يقع بذلك شيء في حالة عدم

(1) «إِذَا قَالَ لَهَا: إِنَّ أُعْطِيتَنِي كَذَا وَكَذَا فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ قَدْ فَارَقْتُكَ أَوْ سَرَحْتُكَ وَقَعَ الطَّلَاقُ، ثُمَّ لَمْ أَحْتَجْ إِلَى النَّيَّةِ (قَالَ): وَإِنْ قَالَ لَمْ أُنْوَ طَلَّاقًا دِينَ فِي مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَالْإِثْمُ فِي الْقَضَاءِ.» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 5، ص 211. «أَحَدُهَا: أَنْ يَعْقِدَهُ بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ كَقَوْلِهِ: قَدْ طَلَّقْتُكَ بِأَلْفٍ، أَوْ فَارَقْتُكَ بِأَلْفٍ أَوْ سَرَحْتُكَ بِأَلْفٍ، فَهَذَا صَرِيحٌ بِغَيْرِ عَوْضٍ، فَكَانَ صَرِيحًا فِي الطَّلَاقِ مَعَ الْعَوْضِ وَلَا يَكُونُ فَسْخًا.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 8.

(2) «وَإِذَا قَالَ لَهَا: إِنَّ أُعْطِيتَنِي كَذَا فَأَنْتِ بَائِنٌ أَوْ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ، سُئِلَ: فَإِنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ فَهِيَ طَالِقٌ، وَإِنْ لَمْ يُرِدِ الطَّلَاقَ فَلَيْسَ بِطَلَّاقٍ، وَيُرَدُّ شَيْئًا إِنْ أَخَذَهُ مِنْهَا.» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 5، ص 211. «وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يَعْقِدَهُ بِكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ، كَقَوْلِهِ: أَنْتِ بَائِنٌ بِأَلْفٍ، أَوْ أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ بِأَلْفٍ، فَهَذَا كِنَايَةٌ بِغَيْرِ عَوْضٍ، وَكِنَايَةٌ مَعَ الْعَوْضِ فِي الطَّلَاقِ دُونَ الْفَسْخِ، فَإِنْ أَرَادَ بِهِ الطَّلَاقَ وَقَعَ وَاسْتَحَقَّ بِهِ الْعَوْضَ، وَإِنْ لَمْ يُرِدِ الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ وَلَا يَسْتَحَقَّ بِهِ الْعَوْضَ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 8 و 9.

(3) «وَالْقِسْمُ الثَّلَاثُ: أَنْ يَعْقِدَهُ بِلَفْظِ الْخُلْعِ وَالْمُفَادَةِ كَقَوْلِهِ: قَدْ خَالَعْتُكَ بِأَلْفٍ، أَوْ فَادَيْتُكَ بِأَلْفٍ، فَهَاتَانِ اللَّفْظَتَانِ كِنَايَةٌ فِي الطَّلَاقِ إِذَا تَجَرَّدَتْ عَنْ عَوْضٍ فَتَجَرِّي مَجَرِّي سَائِرِ كِنَايَاتِ الطَّلَاقِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 9.

قبولها⁽¹⁾، وأما الثانية، أن ينوي الطلاق ولا ينوي التماس قبولها، ففي هذه الحالة يقع الطلاق رجعيًا وإن لم تقبل، لأنه نوى به الطلاق ولم يعلقه على قبولها⁽²⁾، وأما الثالثة، ألا ينوي الطلاق، وفي هذه الحالة لا يقع شيء، سواء نوى التماس قبولها أم لم ينو، وسواء قبلت أم لم تقبل، باعتبار ذلك كنايةً غير منتجة لآثارها إلا بنية صاحبها⁽³⁾.

أما مع ذكر العوض أو نيته ففي المسألة رأيان: أولهما نصّ عليه في كتاب الأم، وقوامه أنها كناية في الطلاق، فلما كانت كنايةً فيه بغير عوض، لزم أن تكون كنايةً فيه مع العوض كسائر الكنايات⁽⁴⁾ لأنها غير لفظ الطلاق الوارد صراحةً في القرآن والسنة وعرف اللغة⁽⁵⁾، وبالتالي لا تكون

(1) «...أَوْ عَرَى عَنْ ذِكْرِ الْمَالِ وَنَيْتِهِ وَنَوَى التَّمَسَّاسَ جَوَائِهَا وَقَبِلَتْ وَقَعَ بَائِنًا بِمَهْرٍ الْمَثَلِ لِاطِّزَادِ الْعُزْفِ بِحَرْيَانِ ذَلِكَ بِعَوْضٍ، فَيَرْجِعُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ، لِأَنَّهُ الْمُرَادُ.» سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي (المتوفى: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بحاشية البجيرمي على الخطيب، يعلوه «الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني»، دار الفكر، بدون طبعة، 1415هـ-1995م، ج3، ص486. «وإن لم يذكر ولم ينو إن أضمر التماس قبولها وقبِلَتْ وَجِبَ مَهْرٌ مِثْلٍ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ (...) وَإِنْ أَضْمَرَ وَلَمْ تَقْبَلْ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ.» سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي (المتوفى: 1221هـ)، التجريد لنفع العبيد المعروف بحاشية البجيرمي على شرح المنهج، يعلوه «شرح منهج الطلاب لتركيب الأنصاري»، مطبعة الحلبي، بدون طبعة، 1369هـ-1950م، ج3، ص450.

(2) «وإن لم يذكر ولم ينو فهو كناية في الطلاق سواء أضمر التماس قبولها أم لا، لكن إن أضمر التماس القبول وقع بائناً بمهر المثل وألا وقع رجعيًا، وفيهما لأبد من نيّة الطلاق.» سليمان بن عمر الجمل، فتوحات الوهاب، المرجع السابق، ج4، ص303. «وإن لم يُضْمَرْ التَّمَسَّاسُ قَبُولُهَا وَقَعَ رَجْعِيًّا قَبِلَتْ أَوْ لَمْ تَقْبَلْ.» سليمان بن محمد البجيرمي، التجريد، المرجع السابق، ج3، ص450.

(3) «وإن لم ينو فلا يقع شيء اهـ.» سليمان بن محمد البجيرمي، تحفة الحبيب، المرجع السابق، ج3، ص486.

(4) «فَأَمَّا مَعَ الْعَوْضِ فَيُفِيدُهُمَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: نَصَّ عَلَيْهِ فِي كِتَابِ الْأُمِّ إِنَّهُ كِنَايَةٌ فِي الطَّلَاقِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ كِنَايَةً فِيهِ بَعْدَ عَوْضٍ كَانَ كِنَايَةً فِيهِ مَعَ الْعَوْضِ كَسَائِرِ كِنَايَاتِهِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص9.

(5) «وَإِذَا قَالَ لَهَا: قَدْ خَالَعْتُكَ أَوْ فَادَيْتُكَ أَوْ مَا أَشَبَّهَ ذَلِكَ، لَمْ يَكُنْ طَلَاقًا إِلَّا بِإِزَادَتِهِ الطَّلَاقُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ، (قَالَ) : وَسَوَاءٌ كَانَ هَذَا عِنْدَ غَضَبٍ أَوْ رِضًا وَذَكَرَ طَلَاقٍ أَوْ غَيْرَ ذَكَرَهُ إِنَّمَا أَنْظَرُ إِلَى عَقْدِ الْكَلَامِ الَّذِي يَلْزَمُ لَا سَبَبَ، وَإِذَا قَالَتْ الْمَرْأَةُ لِرَجُلٍ: اخْلَعْني أَوْ بَيِّ أَوْ أَبَيَّ أَوْ بَارِئِي أَوْ ابْرَأْ مِنِّي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ أَوْ لَكَ هَذِهِ أَلْفٌ أَوْ لَكَ هَذَا الْعَبْدُ وَهِيَ تُرِيدُ الطَّلَاقَ فَطَلَّقَهَا، فَلَهُ مَا ضَمِنَتْ لَهُ وَمَا أَعْطَتْهُ.» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج5، ص211 و212. «وان قلنا: أن الخلع كناية في الطلاق - فإن نوى الطلاق في هذه الكنايات - كان طلاق بائنا واستحق العوض، وإن لم ينو الطلاق لم يقع الطلاق ولم يستحق العوض، لأن الكناية لا يقع بها الطلاق من غير نية.» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج17، ص16.

موجبة للفرقة إلا إذا صاحبته نية الطلاق⁽¹⁾، أما الرأي الثاني، فنُص عليه في الإملاء واختاره المزني وهو الأصح، ومفاده أنها ألفاظ صريحة، لأن الخلع لفظ تكرر كثيراً على لسان علماء الشريعة، وجرى العرف على حصول الفرقة به، أما المفاداة، فلورودها في القرآن الكريم، مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفْتَدَتْ بِهِ﴾⁽²⁾، فافتضى ذلك أن تكون صريحة خارجة عن حكم الكنايات، كما أن اقتران العوض بها دليل على انتفاء احتمال الكنايات عنها، فصارت بانتفاء الاحتمال عنها صريحة⁽³⁾، فهل تكون بهذا التوصيف موجبة للطلاق أم الفسخ؟

وفي المسألة قولان: أحدهما: أنها صريحة في الطلاق، قرره في (الأم) و (الإملاء) (وأحكام القرآن)⁽⁴⁾، بحيث إذا صدرت مع العوض، أو نوى تحصيل العوض بمقتضاها دون ذكره كانت صريحة في حصول الطلاق على التحقيق، كما لو قال لزوجته: خالعتك أو خلعتك أو اختلعي على مئة ألف دينار، فأجابته بالقبول، وقع به حينها طلاقاً بائناً صريحاً غير مفتقر للنية على الإطلاق، ومثله ما كان بلفظ المفاداة، لأن الزوجة إنما بذلت العوض لتحصيل الفرقة، وما يملك الزوج إيقاعه في هذا الفرض هو الطلاق دون الفسخ، فكانت هذه الألفاظ على التحقيق طلاقاً، أما إذا لم يلق بإيجابه قبولاً من جهتها، فلا يقع الطلاق ولا يلزمها البدل، وهو ما يسري على الصيغة بهذه الألفاظ دون ذكر المال مع نيته، كأن يخالعه بنية تحصيل مئة ألف، وتجييه بالقبول، فيكون الطلاق حينها صريحاً، لأن نية المال تقوم مقام ذكره.

(1) «وقال في الأم: هو كناية في الطلاق، فلا يقع به الطلاق إلا بالنية كسائر كنايات الطلاق.» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 17، ص 15.

(2) سورة البقرة، الآية 229.

(3) «والقول الثاني: وهو أصح القولين والمنصوص عليه في سائر كتبه إنه صريح لأمرين: أحدهما: أن كتاب الله تعالى قد جاء به كما جاء بصريح الطلاق، فافتضى أن يكون بالنص صريحاً يخرج عن حكم الكنايات، والثاني: أن اقتران العوض به قد نفى عنه احتمال الكنايات، فصار بانتفاء الاحتمال عنه صريحاً.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 9. «والثاني) أنه طلاق (...) فإذا قلنا بهذا فهل هو صريح أو كناية؟ فيه قولان: قال في الإملاء هو صريح في الطلاق، لأن دخول العوض فيه كدخول النية في كنايات الطلاق.» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 17، ص 15.

(4) «أخذهما: قاله في (الأم) و (الإملاء) (وأحكام القرآن) أنه صريح في الطلاق.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 9.

وأما القول الثاني فقوامه أنها موجبة للفسخ ونص عليه في القديم⁽¹⁾، والعلة أنها جعلت للفرقة فلا يجوز أن تكون للطلاق، لأن هذا الأخير لا يقع إلا بصريح، أو كناية مع النية، وهذه الألفاظ ليست بصريح في الطلاق، ولا اقترنت بنيته في هذا الفرض، فوجب أن تكون فسخاً، بصياغة أخرى إذا خالع الزوج زوجته على هذا الرأي بصريح لفظ الخلع أو المفاداة انفسخ النكاح من غير نية، وهو ما يدعونا من باب المقارنة للتساؤل عن صحة الفسخ بسائر كنايات الطلاق الأخرى مع انعقاد النية على إحداثه، وفيه وجهان: أحدهما يصح لأنه أحد نوعي الفرقة، فأنقسم لفظها إلى صريح وكناية كالطلاق، وبالتالي إذا خالعه بشيء من الكنايات لم ينفسخ النكاح إلا مع النية، والثاني أنه لا يصح⁽²⁾.

بقي معنا لفظ الفسخ، وقد اختلف الشافعية بشأنه، حيث اعتبره البعض كناية لأنه لم يثبت له عرف في فرقة النكاح، بينما اعتبره البعض الآخر صريحاً لأنه أشد دلالة على حقيقة الخلع من لفظ الخلع نفسه، إذ هو مقصود الخلع ومقتضاه⁽³⁾، ألا ترى أنه إذا استعمل لفظ التملك في عقد البيع كان صريحاً، لأن التملك هو المراد من عقد البيع فكذلك لفظ الفسخ في الخلع.

رابعاً: ألفاظ الخلع عند الحنابلة

عطفاً على الأصل الذي ذكرناه عند الشافعية، يفرق الحنابلة بدورهم بين صريح ألفاظ الخلع وكناياته، كما أن لمسألة تكييفهم للخلع باعتباره فسخاً أم طلاقاً، أثرها على هذه الألفاظ⁽⁴⁾، والحاصل

(1) «وَالْقَوْلُ الثَّانِي: قَالَهُ فِي الْقَدِيمِ: إِنَّهُ صَرِيحٌ فِي الْفُسْخِ، وَبِهِ قَالَ مِنَ الصَّحَابَةِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمرَ». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 09.

(2) «وإن قالت: خلني على ألف، أو بتني على ألف، وغير ذلك من كنايات الطلاق، فقال: خلتيك أو بتنتك (...) إن قلنا: أن الخلع فسخ ونويا بهذا الكنايات الفسخ (...) فهل ينفسخ النكاح؟ فيه وجهان: أحدهما: لا ينفسخ، لأن الفسخ لا يصح تعليقه بالصفة، فلم يصحب الكناية، والثاني: ينفسخ، وهو المذهب، لأنه أحد نوعي الفرقة، فانقسم إلى الصريح والكناية كالطلاق». أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: 558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م، ج 10، ص 17.

(3) «وأما لفظ الْفُسْخِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ صَرِيحٌ فِي مَقْصُودِ الْفُسْخِ لَا يَخْتِاجُ إِلَى النَّيَّةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ بَعِيدٌ أَنَّهُ يَخْتِاجُ إِلَى النَّيَّةِ». أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج 5، ص 312. «وإن قالت: فاسخني على ألف، أو افسخني بألف، فقال: فاسختك أو فسختك (...) فهل هو صريح في الفسخ، أو كناية فيه؟ على وجهين: أحدهما: أنه كناية في الفسخ، فلا يقع به الفسخ حتى ينويا الفسخ، لأنه لم يثبت له عرف الاستعمال، ولم يرد به الشرع، والثاني: أنه صريح فيه، فينفسخ النكاح من غير نية، وهو الأصح، لأنه حقيقة فيه ومعروف في عرف أهل اللسان». أبو الحسين يحيى العمراني، البيان، المرجع السابق، ج 10، ص 16 و 17.

(4) انظر سابقاً، ص 95 وما بعدها.

أن الكلام الذي ينعقد به الخلع عند الحنابلة كلاماً مخصوصاً، يتمثل الصريح منه في الخلع والفسخ والمفاداة⁽¹⁾، في حين تنحصر كنيائاته في التبرئة والمبارأة والإبانة⁽²⁾، أما اعتبار ألفاظ القسم الأول من الصريح، فلأن المفاداة جاءت في القرآن الكريم مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفْتَدَتْ بِهِ﴾⁽³⁾، وأما الخلع فلوروده في السنة في حديث ثابت بن قيس بقوله ﷺ: في بعض الروايات «اخْلَعَهَا»⁽⁴⁾، وأما الفسخ فلأنه حقيقة فيهما على الرواية الراجحة لأحمد بن حنبل كما سبق وأن قلنا، فإذا ساق الزوج هذه الألفاظ مع ذكر العوض، حتى وإن كان هذا الأخير مجهولاً، ولاقى إيجابه قبولاً صحيحاً من جهة الزوجة، وقع بذلك فسخ بائن تملك به الزوجة نفسها، غير ذي أثر على عدد الطلقات الثلاث⁽⁵⁾، إلا إذا انصرفت نية الزوج إلى الطلاق، فيقع به حينها ما نواه على المعتمد⁽⁶⁾، بل ويصح الخلع بهذه الألفاظ وإن كان العوض مجهولاً كما سبق وأن قلنا، متى قبلته الزوجة، فتقع الفرقة بذلك وإن لم ينو الزوج إيقاعها، لأن هذه الألفاظ صريحة في الخلع فلا تفتقر إلى النية، أما إذا لم يذكر العوض، أو ذكره ولم تقبل الزوجة، ففي المسألة روايتان عن أحمد، أولاهما أن الخلع جائز في هذا الفرض، مرتب لفرقة

(1) «(وَالْخُلْعُ) لَهُ صَرِيحٌ، وَهُوَ لَفْظُ الْخُلْعِ، وَالْمُفَادَاةُ وَكَذَا الْفُسْخُ فِي الْأَشْهُرِ.» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج6، ص273. «وصيغته الصريحة لا تحتاج إلى نية وهي: خلعت وفسخت وفاديت.» «وَهُوَ أَيُّ الْخُلْعِ طَلَاقٌ بَائِنٌ مَا لَمْ يَقَعْ بِلَفْظِ صَرِيحٍ فِي خُلْعٍ كَفَسَخْتُ، وَخَلَعْتُ، وَفَادَيْتُ.» منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج3، ص60.

(2) «وكناياته باريك وأبرأتك وابنتك.» موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: 968هـ)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت - لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج3، ص254. «وكنايات الخلع: باريك وأبرأتك وابنتك.» منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، معه حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، ص554.

(3) سورة البقرة، الآية 229.

(4) سبق تخرجها.

(5) «(إِلَّا أَنْ يَقَعَ بِلَفْظِ الْخُلْعِ أَوْ الْفُسْخِ أَوْ الْمَفَادَاةِ، وَلَا يَنْوِي بِهِ الطَّلَاقَ فَيَكُونُ فَسْخًا لَا يَنْقُصُ بِهِ عَدَدُ الطَّلَاقِ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ) اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ، وَقَالَ ابْنُ مُبَيَّرَةَ: وَهِيَ أَظْهَرُهُمَا، وَصَحَّحَهَا فِي "الْمُحَرَّرِ"، وَجَزَمَ بِهَا فِي "الْوَجِيزِ".» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج6، ص273.

(6) «مَنْ شَرَطَ وَثُوعَ الْخُلْعِ فَسْخًا، أَنْ لَا يَنْوِي بِهِ الطَّلَاقَ كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ، فَإِنْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ، وَقَعَ طَلَاقًا عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ، وَعَنْهُ، هُوَ فَسْخٌ وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ، اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ - رَحِمَهُ اللَّهُ -» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص393.

الطلاق⁽¹⁾، أما الثانية فمفادها أن الخلع لا يكون إلا بعوض، إلا أن ينوي به الطلاق فيلزم ما انعقدت عليه النية⁽²⁾.

أما القسم الثاني وهو كنايات الخلع، المتمثلة ألفاظها في: بارتك وأبرأتك وابنتك، فلا ينعقد بها الخلع إلا بالنية، أو دلالة الحال⁽³⁾، وتحصل هذه الأخيرة بقرينة ذكر العوض، أو أن يكون الخلع إجابة لها عن سؤالها إياه، فإذا قالت له: خالعي، فقال لها: خالعتك على مائة ألف، وقبلت وقع الخلع وفسخ النكاح بينهما من غير حاجة إلى نية فسخه، لأن لفظ الخلع صريح فلا يحتاج إلى النية مطلقاً، هذا ولا يصح الخلع بألفاظ الكناية المذكورة أعلاه إذا لم تسأله الزوجة أو لم يرد ذكر البدل معطوفاً عليه إلا بانعقاد نية الزوجين على إيقاعه، فإذا قالت له: أبرأتك ولم تذكر عوضاً ناوية به فسخ النكاح، فأجابها بالقبول وهو ينويه أيضاً لزم الفسخ، وإلا فلا يلزم به شيء.

أما الفرقة بصريح ألفاظ الطلاق في مقابل عوض، فهي طلاق بائن على التحقيق شريطة اتجاه النية لإحداثه، لأنه إذا اقترن بذكر المال صار كنايةً، والكناية كما هو معلوم تفتقر إلى النية مطلقاً، وبالتالي إذا قالت له: طلقني بمئة ألف فأجابها بلفظ الطلاق، استحق المال وملكت نفسها بطلقةً بائنة، شريطة أن ينوي طلاقها⁽⁴⁾.

(1) «فَرَوَى عَنْهُ ابْنُهُ عَبْدُ اللَّهِ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي: رَجُلٌ عَلَّقْتُ بِهِ امْرَأَتَهُ تَقُولُ: اخْلَعْنِي، قَالَ: قَدْ خَلَعْتُكَ، قَالَ: يَتَزَوَّجُ بِهَا، وَيُجَدِّدُ نِكَاحًا جَدِيدًا، وَتَكُونُ عِنْدَهُ عَلَى نَتْنَيْنِ، فَظَاهِرُ هَذَا صِحَّةُ الْخُلْعِ بِغَيْرِ عَوْضٍ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص337. عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج8، ص191.

(2) «رَوَى عَنْهُ مَهْنًا، إِذَا قَالَ لَهَا: اخْلَعِي نَفْسَكَ، فَقَالَتْ: خَلَعْتُ نَفْسِي، لَمْ يَكُنْ خُلْعًا إِلَّا عَلَى شَيْءٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَوَى الطَّلَاقَ، فَيَكُونُ مَا نَوَى، فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ، لَا يَصِحُّ الْخُلْعُ إِلَّا بِعَوْضٍ، فَإِنْ تَلَفَّظَ بِهِ بِغَيْرِ عَوْضٍ وَنَوَى الطَّلَاقَ، كَانَ طَلَاً رَجْعِيًّا، لِأَنَّهُ يَصْلُحُ كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ بِهِ الطَّلَاقَ، لَمْ يَكُنْ شَيْئًا.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص338. عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج8، ص191.

(3) «إِذَا طَلَبْتَ الْخُلْعَ وَبَدَلْتَ الْعَوْضَ، فَأَجَابَهَا بِصَرِيحِ الْخُلْعِ أَوْ كِنَايَتِهِ، صَحَّ الْخُلْعُ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ، لِأَنَّ دَلَالََةَ الْحَالِ مِنْ سُؤَالِ الْخُلْعِ وَبَدَلِ الْعَوْضِ، صَارِفَةٌ إِلَيْهِ فَأَعْنَى عَنِ النِّيَّةِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ دَلَالََةُ حَالٍ وَأَتَى بِصَرِيحِ الْخُلْعِ، وَقَعَ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ، سَوَاءً قُلْنَا: هُوَ فَسْخٌ أَوْ طَلَاً، وَإِنْ أَتَى بِكِنَايَةٍ لَمْ يَقَعْ إِلَّا بِنِيَّةٍ مِمَّنْ تَلَفَّظَ بِهِ مِنْهُمَا كَكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ مَعَ صَرِيحِهِ، قَالَهُ الْمُصَنِّفُ، وَالشَّارِحُ، وَغَيْرُهُمَا.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص394. «فَمَعَ سُؤَالِ الْخُلْعِ وَبَدَلِ الْعَوْضِ يَصِحُّ الْخُلْعُ (مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ، لِأَنَّ دَلَالََةَ الْحَالِ مِنْ سُؤَالِ الْخُلْعِ وَبَدَلِ الْعَوْضِ صَارِفَةٌ إِلَيْهِ).» منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج5، ص216.

(4) «وَمِنْ شَرْطِ وَفُوعِ الْخُلْعِ فَسْخًا أَيْضًا، أَنْ لَا يُوقَعَهُ بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ، فَإِنْ أُوْقِعَهُ بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ كَانَ طَلَاً عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ، وَقِيلَ: هُوَ فَسْخٌ وَلَوْ أَتَى بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ أَيْضًا إِذَا كَانَ بِعَوْضٍ، وَاخْتَارَهُ السَّيِّحُ

مما سبق نلاحظ اتفاق المذاهب الأربعة بشأن ثلاثة ألفاظ رسماً، وهي الخلع والمفاداة والمبارأة، وإن اختلفوا بشأنها حكماً، ويعزى ذلك إلى اختلافهم في تكييف الخلع هل هو طلاق أم فسخ، بحيث يرى الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح من الجديد أن هذه الألفاظ إذا اقترنت بذكر البدل كانت موجبةً للبينونة دون اعتبار لنية صاحبها، أما إذا وردت عاريةً منه فالمسألة محل خلاف، كما سبق وأن ذكرنا، إلا أن المعتمد عند الحنفية والمالكية بشأنها وقوع الطلاق بئناً سواء نوى المخالعة ذلك أم لم ينو، وسواء قبلت الزوجة أم لم تقبل، بينما يرى الشافعية أنها إذا تجردت عن ذكر العوض أو نيته تكون كناية، فتأخذ حكم سائر كنايات الطلاق شريطة ألا ينوي الزوج التماس قبول زوجته، هذا ويرى الحنابلة والشافعية في القديم أن الخلع والمفاداة صريح في وقوع الفسخ، والمبارأة كناية للزومه.

هذا ولم يفرق الظاهرية بين الألفاظ التي ينعقد بها الخلع، فكل كلام يلزم به الطلاق، يكون موجباً لإيقاعه متى اقترن ذكره بالعوض، ويستفاد ذلك من تعريفهم للخلع من جهة، وعزوفهم كليةً عن التصدي لهذه المسألة من جهة أخرى⁽¹⁾، وهو الرأي الذي نميل إلى ترجيحه، من منطلق عدم إفراد الشارع للفظٍ مخصوصٍ في إيقاع الخلع، وأن كلمة الافتداء التي جاء ذكرها في القرآن الكريم ليست على سبيل الحصر في تحصيله، بدليل تعدد الألفاظ وتنوعها في السنة النبوية الشريفة، حيث ورد في بعض الأحاديث لفظ الطلاق، وفي بعضها لفظ الخلع، وفي بعضها لفظ المفارقة، وفي بعضها الآخر لفظ تخلية السبيل، وهو ما يحملنا على القول بصلاحيته إي لفظ مفيد للفرقة في تحقق الصيغة إذا اقترن بذكر المال، لأن العقود كما هو مقرر عند الأصوليين بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني، الأمر الذي يتفق مع سعة الإسلام وغاياته من الأحكام، وأما تقييد هذه الفرقة بلفظٍ مخصوصٍ دون دليل، فذاك الذي يحتاج إلى دليل، ويعضد رأينا هذا ما ذهب إليه الإمام المجدد ابن تيمية رحمه الله من أن التفريق بين لفظ

تَقِيُّ الدِّينِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَيُّضًا. «علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص393. «أن لا ينوي به الطلاق، فإن كان بلفظ الطلاق أو نيته وقع رجعيًا إن كان دون الثلاث، وبئناً إن كان بعوض يدفع له، لبدل العوض في إبانته، أشبه الخلع. «إبراهيم ابن ضويان، منار السبيل، المرجع السابق، ج2، ص229.

(1) «الخلع، وهو: الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا توفيّه حقّه، أو خافت أن يُبغضها فلا يُوفيها حقّها، فلها أن تفتدي منه وتطلقها. «ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج9، ص511.

ولفظ مخالف للأصول والنصوص، وأن ما نقل عن السلف قاطبة لا اعتبار فيه للعبارة التي اعتمدها الفقه في وجوب إيقاع الخلع⁽¹⁾.

وهو عين الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري ضمناً، إذ لا يعد اقتصاره على اصطلاح الخلع في المادة (54) من قانون الأسرة قصراً لتحقيق صيغته بهذا اللفظ دون غيره، بل لا يعدو ذلك في تقديرنا أن يكون وصفاً للنظام ليس إلا، ولعل الذي يؤيد توجه ذكره على سبيل الوصف لا التخصيص، فلسفة المشرع بشأن إيقاع صيغة النكاح وهو أعظم منه منزلة وأبلغ خطورة، ومع ذلك أطلقت إرادة العقادين في إتقانها بأي لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً.

الفرع الثاني

الوسائل البديلة للألفاظ في إيقاع الخلع

بعد أن تبين لنا مدى أهمية اللفظ في التعبير عن الرضا، وكيف اعتبره الفقهاء أساساً عند المقدرة على إبداء الإرادة به، يسوغ لنا التساؤل عن صلاحية الوسائل البديلة له في إيقاع صيغة الخلع، عند حدوث ما يحول دون التعبير عنها بواسطته، ومن ثمة يتعين علينا بحث مدى صحة مباشرة الرضا في هذا الاتفاق بالكتابة ابتداءً دون تلفظ (أولاً)، ومدى صحة مباشرته بالإشارة خالصةً دون لفظ أو كتابة (ثانياً)، وأخيراً مدى صحة إيقاعه بالأفعال وحدها دون لفظ أو كتابة أو إشارة وهو ما يعرف بالمعاطاة (ثالثاً).

(1) «فَالْفَرْقُ بَيْنَ لَفْظٍ وَلَفْظٍ فِي الْخُلْعِ قَوْلُ مُخَدِّثٍ لَمْ يُعْرِفْ عَنْ أَحَدٍ مِنَ السَّلَفِ، لَا الصَّحَابَةِ وَلَا التَّابِعِينَ وَلَا تَابِعِيهِمْ (...) وَالْمَنْقُولُ عَنْ السَّلَفِ قَاطِبَةً، إِمَّا جَعَلَ الْخُلْعَ فُرْقَةً بَائِنَةً وَلَيْسَ بِطَلَاقٍ، وَإِمَّا جَعَلَهُ طَلَاقًا، وَمَا رَأَيْتُ فِي كَلَامِ أَحَدٍ مِنْهُمْ أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ لَفْظٍ وَلَفْظٍ وَلَا أُعْتَبِرَ فِيهِ عَدَمُ نِيَّةِ الطَّلَاقِ، بَلْ قَدْ يَقُولُونَ كَمَا يَقُولُ عِكْرِمَةُ: كُلُّمَا أَجَارَهُ الْمَالُ فَلَيْسَ بِطَلَاقٍ وَنَحْوُ ذَلِكَ مِنَ الْعِبَارَاتِ، بِمَّا يُبَيِّنُ أَنَّهُمْ اعْتَبَرُوا مَقْصُودَ الْعَقْدِ، لَا لَفْظًا مُعَيَّنًا، وَالتَّفْرِيقُ بَيْنَ لَفْظٍ وَلَفْظٍ مُخَالَفٌ لِلْأَصُولِ وَالنُّصُوصِ (...) وَأَيْضًا فَإِنَّ الطَّلَاقَ لَمْ يَجْعَلِ الشَّارِعُ لَهُ لَفْظًا مُعَيَّنًا، بَلْ إِذَا وَقَعَ الطَّلَاقُ بِأَيِّ لَفْظٍ يَحْتَمِلُهُ، وَقَعَ عِنْدَ الصَّحَابَةِ وَالسَّلَفِ وَعَامَّةِ الْعُلَمَاءِ لَمْ يُنَازَعْ فِي ذَلِكَ إِلَّا بَعْضُ مُتَأَخِّرِي الشَّيْخَةِ وَالظَّاهِرِيَّةِ، وَلَا يُعْرِفُ فِي ذَلِكَ خِلَافٌ عَنِ السَّلَفِ، فَإِذَا قَالَ: فَارَقْتُكَ أَوْ سَرَّخْتُكَ أَوْ سَيَّيْتُكَ، وَتَوَى بِهِ الطَّلَاقَ وَقَعَ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْكِنَايَاتِ، فَإِذَا أَتَى بِهَذِهِ الْكِنَايَاتِ مَعَ الْعَوَضِ مِثْلُ أَنْ تَقُولَ لَهُ: سَرَّخِي أَوْ سَيَّيِّي بِالْفِ أَوْ فَارَقِي بِالْفِ أَوْ خَلِّي بِالْفِ، فَأَيُّ فَرْقٍ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ أَنْ تَقُولَ: فَادِنِي بِالْفِ أَوْ اخْلَعْنِي بِالْفِ أَوْ افْسَحْ نِكَاحِي بِالْفِ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ أَلْفَافِ الْكِنَايَاتِ، مَعَ أَنَّ لَفْظَ الْخُلْعِ وَالْفَسْحِ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ عَوَضٍ وَتَوَى بِهَذَا الطَّلَاقَ وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا فَهُمَا مِنْ أَلْفَافِ الْكِنَايَةِ فِي الطَّلَاقِ، فَأَيُّ فَرْقٍ فِي أَلْفَافِ الْكِنَايَاتِ بَيْنَ لَفْظٍ وَلَفْظٍ؟!» تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج32، ص300 إلى 302.

أولاً: الكتابة

ليست الكتابة على درجة واحدة من حيث قوة دلالتها في التعبير عن إرادة صاحبها (أ)، ومع ذلك قد يعدل المتعاقدان إليها دون ضرورة، كما هو الشأن بالنسبة للحاضرين في مجلس واحد (ب)، وقد تدعو الحاجة في بعض الأحيان لاستخدامها كما في حال التعاقد بين غائبين (ج).

(أ) أنواع الكتابة وحكمها: الكتابة عند الفقهاء ثلاثة أضرب، أولها غير المستبينة، وهي التي يزول أثرها بالتزامن مع إتيانها، بحيث يستحيل على المرء قراءتها بعد الفراغ منها بسبب انعدامها، وهي كل كتابة على مائع كالماء والهواء⁽¹⁾، وقد ذهب جل الفقهاء إلى عدم الاعتداد بها واعتبارها في حكم العدم، من منطلق أن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابةً، فيكون بهذه العلة ملحقة بالعدم⁽²⁾، في حين قال بعضهم الآخر، أنها منتجة في إحداث الأثر الشرعي، وهو وجه عند الحنابلة⁽³⁾، أما النوع الثاني، فهو الكتابة المستبينة، وهي كل كتابة ظاهرة مرئية، تستمر في البقاء بعد الفراغ منها، بسبب

(1) «وَعَبَّرَ الْمُسْتَبِينَةَ مَا يُكْتَبُ عَلَى الْهَوَاءِ وَالْمَاءِ وَشَيْءٍ لَا يُمَكِّنُهُ فَهْمُهُ وَقَرَأَتُهُ.» محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 246. «وَعَبَّرَ مُسْتَبِينَ كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْهَوَاءِ أَوْ الْمَاءِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ كَلَامٍ غَيْرِ مَسْمُوعٍ.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 8، ص 544.

(2) «وَإِنْ كُتِبَتْ كِتَابَةٌ غَيْرُ مُسْتَبِينَةٍ بِأَنْ كُتِبَ عَلَى الْمَاءِ أَوْ عَلَى الْهَوَاءِ فَذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ حَتَّى لَا يَقَعَ بِهِ الطَّلَاقُ وَإِنْ نَوَى، لِأَنَّ مَا لَا تَسْتَبِينُ بِهِ الْخُرُوفُ لَا يُسَمَّى كِتَابَةً فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 109. «وَلَا أَثَرُ لِرِسْمِ الْأَخْرُوفِ عَلَى الْمَاءِ وَالْهَوَاءِ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 3، ص 341. «وَلَا أَثَرُ لِرِسْمِ الْأَخْرُوفِ عَلَى الْمَاءِ وَالْهَوَاءِ.» زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، تليه «حاشية الإمام أحمد بن قاسم العبادي (992)» و«حاشية العلامة الشربيني»، المطبعة الميمنية، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 2، ص 395. «(وَإِنْ كُتِبَتْ) أَيَّ صَرِيحٍ طَلَاقٍ أَمَرَائِهِ (بِشَيْءٍ لَا يَتَبَيَّنُ) مِثْلُ إِنْ كُتِبَ بِأَصْبَعِهِ عَلَى وَسَادَةٍ وَخَوَّهَا، أَوْ عَلَى شَيْءٍ لَا يَتَبَيَّنُ عَلَيْهِ خَطُّ كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْمَاءِ أَوْ فِي الْهَوَاءِ لَمْ يَقَعْ طَلَاقُهُ لِأَنَّ هَذِهِ الْكِتَابَةَ بِمَنْزِلَةِ الْهَمْسِ بِلِسَانِهِ بِمَا لَا يُسْمَعُ (فَلَوْ قَرَأَ مَا كُتِبَ هُوَ قَصْدُ الْقِرَاءَةِ لَمْ يَقَعْ) طَلَاقُهُ.» منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 249.

(3) «وَإِنْ كُتِبَ بِشَيْءٍ لَا يَتَبَيَّنُ، كَكِتَابَتِهِ بِأَصْبَعِهِ عَلَى وَسَادَةٍ، أَوْ فِي الْهَوَاءِ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ: أَنَّهُ لَا يَقَعُ، لِأَنَّهُ كُتِبَ حُرُوفَ الطَّلَاقِ، أَشْبَهَ كِتَابَتَهُ بِمَا يَبِينُ.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 120 و 121. «وَإِنْ كُتِبَ بِشَيْءٍ لَا يَتَبَيَّنُ مِثْلُ أَنْ كُتِبَ بِأَصْبَعِهِ عَلَى وَسَادَةٍ، أَوْ فِي الْهَوَاءِ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ، أَنَّهُ لَا يَقَعُ وَقَالَ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ: يَقَعُ وَرَوَاهُ الْأَنْزَرِيُّ عَنِ الشَّعْبِيِّ، لِأَنَّهُ كُتِبَ حُرُوفَ الطَّلَاقِ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كُتِبَ بِشَيْءٍ يَبِينُ وَالْأَوَّلُ أَوْلَى، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الَّتِي لَا يَبِينُ، كَالْهَمْسِ بِالْفَمِ، بِمَا لَا يَتَبَيَّنُ، وَتَمَّ لَا يَقَعُ، فَهَاهُنَا أَوْلَى.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 487.

قيدها على عين ملموسة كورق ونحوه، بحيث يكون في مقدور كل قارئ مذاكرتها⁽¹⁾، وقد اختلف الفقهاء بشأنها على ثلاثة أقوال، أولها، أنها في حكم الصريح فلا تفتقر إلى النية، وهو قول عند الشافعية⁽²⁾ ورواية عن الحنابلة⁽³⁾، وحجتهم في ذلك، أنها تقوم مقام قول كاتبها، باعتبار النبي ﷺ أمر بتبليغ رسالته، فحصل ذلك في حق البعض بالقول، وفي حق البعض الآخر بالكتابة، وكما أن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون، فكذلك كتاب المتعاقد قياساً عليه⁽⁴⁾، أما القول الثاني، فقوامه أنها مما يُعتد به من قبيل الكناية، فلا يلزم بها عقد أو فسخ حتى يتجه قصد صاحبها إلى إيقاع ما كتبه فعلاً، وهو قول الحنفية⁽⁵⁾، ومذهب المالكية⁽¹⁾ وقول عند الشافعية⁽²⁾ ورواية عن الحنابلة⁽³⁾،

(1) «ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار.» علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص549. «فأما القول فيما يُكتب عليه، فالكتابة على الرِّق، والقرطاس، والألواح، والنقر في الأحجار والخشب، كلها بمثابة واحدة، ولو خط على الأرض خطوطاً وأفهم، فالجواب كما ذكرناه.» عبد الملك بن عبد الله الجويني، نهاية المطلب، المرجع السابق، ج14، ص78. «(وَإِنْ كَتَبَ صَرِيحٌ طَلَاقَهَا) أَيِ امْرَأَتِهِ (بِمَا يَتَبَيَّنُ) أَيِ يَظْهَرُ.» منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج5، ص248.

(2) «وفي شرح التلخيص وجه أن كتبه صريح الطلاق صريح من غير نيّة وهو بعيد.» أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج5، ص379. «وَأَمَّا الْكِتَابَةُ وَهُوَ أَنْ يَكْتُبَ بِحُطٍّ يَدِهِ، أُنْتُ طَالِقٌ، أَوْ قَدْ طَلَّقْتُكَ، أَوْ أَنْتَ مُطَلَّقةٌ فَقَدْ اختلفَ النَّاسُ فِي مَا حُكِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ: أَنَّهَا صَرِيحٌ فِي وُقُوعِ الطَّلَاقِ بِهَا لَا يَفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةٍ كَالْكَلَامِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص167.

(3) «(وَإِنْ كَتَبَ صَرِيحٌ طَلَاقَهَا بِشَيْءٍ يَبِينُ وَقِيلَ: أَوْلَا، فَعَنَهُ: صَرِيحٌ، نَصَرَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ، وَذَكَرَهُ الْحُلَوَائِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا... علاء الدين محمد بن مفلح، الفروع، المرجع السابق، ج9، ص35. «أَخَذَهُمَا: هُوَ أَيْضًا صَرِيحٌ، فَيَقَعُ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ، وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ، قَالَ نَازِلُ الْمُفْرَدَاتِ: أَدْخَلَهُ الْأَصْحَابُ فِي الصَّرِيحِ، وَنَصَرَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ وَذَكَرَهُ الْحُلَوَائِيُّ عَنْ الْأَصْحَابِ، وَصَحَّحَهُ فِي التَّصْحِيحِ، قَالَ فِي تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ: وَقَعَ، عَلَى الْأَظْهَرِ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِدُوسٍ فِي تَذَكُّرِهِ، وَقَدَّمَهُ فِي الْمُحَرَّرِ، وَالرَّغَايَتَيْنِ، وَالْحَاوِي الصَّغِيرِ.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص473.

(4) موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص486. عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج8، ص282.

(5) «وَأَمَّا النَّوْغُ الثَّانِي فَهُوَ أَنْ يَكْتُبَ عَلَى قِرْطَاسٍ أَوْ لَوْحٍ أَوْ أَرْضٍ أَوْ حَائِطٍ كِتَابَةً مُسْتَبِينَةً، لَكِنْ لَا عَلَى وَجْهِ الْمُخَاطَبَةِ امْرَأَتَهُ طَالِقٌ، فَيَسْأَلُ عَنْ نِيَّتِهِ، فَإِنْ قَالَ: نَوَيْتُ بِهِ الطَّلَاقَ وَقَعَ، وَإِنْ قَالَ: لَمْ أُنَوِّ بِهِ الطَّلَاقَ صُدِّقَ فِي الْقَضَاءِ، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ بِمَثَلَةِ الْكِتَابَةِ، لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَكْتُبُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَيُرِيدُ بِهِ الطَّلَاقَ، وَقَدْ يَكْتُبُ لَتَجْوِيدِ الْخَطِّ، فَلَا يُحْمَلُ عَلَى الطَّلَاقِ إِلَّا بِالنِّيَّةِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص109. «وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَبِينَةً لَكِنَّهَا غَيْرَ مَرْشُومَةٍ، إِنْ نَوَى الطَّلَاقَ وَإِلَّا لَا.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص246.

وحجتهم في الاعتداد بها أنها حروف يفهم منها المقصود، فتصير كاللفظ متى اقترنت بها النية، أما دليلهم على أنها كناية، فلاحتمال إرادة كاتبها تحصيل خلاف ما خطته أنامله، فنقصت بهذا الاحتمال عن صريح الكلام، وأما القول الثالث فحاصله أن الكتابة المستبينة لغو لا يعتد به في إيقاع الصيغة إن إيجاباً أو قبولاً، وهذا قول عند الشافعية⁽⁴⁾ وقول عند الحنابلة⁽⁵⁾، وحجتهم في ذلك أن الكتابة فعل من قادر على الكلام، فلا ينعقد بها رضاه قياساً على اعتماد الإشارة من الناطق.

والذي نميل إليه أن الكتابة المستبينة أسلوب محتمل لا صريح، لإمكان انصرافها إلى غير ما انعقدت عليه نية صاحبها، لذا كانت دلالتها دلالةً محتملة، فافتقرت بذلك إلى النية مطلقاً.

وأما النوع الثالث فهو الكتابة المرسومة، وهي الكتابة المعنونة المنسوبة، أي المصدرة في شكل خطاب، كمن يرسل زوجته معلناً طلاقها، وهي أقوى أنواع الكتابة، ومع ذلك لم تشفع لها هذه الخاصة، في حصول الاتفاق بشأن دلالتها، حيث يتجاذب المسألة قولان فقهيان، أولهما أنها من

(1) محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 333. محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4، ص 49.

(2) «أما الكتابة فليست صريح، وإن كتب اللفظ الصريح فهل هو كناية، اضطررت فيه النصوص وحاصله ثلاثة أقوال، أحدها: أنه كناية لأن الكتابة معتادة والمقصود التفهيم.» أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج 5، ص 378. «(وإن نواه) ولم يتلفظ به (فالأظهر) وفوقه) لأن الكناية طريق في إلهام المراد وقد افتقرت بالنية، ولأنها أخذ الخطابين فجاء أن يقع بها الطلاق كاللفظ.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 463.

(3) «ولنا أن الكتابة حروف، يفهم منها الطلاق، فإذا أتى فيها بالطلاق، وفهم منها، ونواه، وقع كاللفظ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 486. «وإن كتب صريح طلاقها بشيء يبين وقيل: والرواية الثانية: هو كناية، فلا يقع من غير نية، جزم به في الوجيز، قال في الرعاية: وهو الأظهر قلت: وهو الصواب، والذي يظهر أن الأول بعيد وإن كان عليه الأكثر.» علاء الدين محمد بن مفلح، الفروع، المرجع السابق، ج 9، ص 35.

(4) «(لو كتب ناطق) على ما ثبت عليه الخط كرق وثوب وحجر وخشب (...) (ولم ينوه) أي الطلاق أو نحوه (فلغو) لا يعتد به على الصحيح.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 463. «والثاني أنه لغو لأن الصيغ اللفظية هي الموضوعة للعقد في حق القادر.» أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج 5، ص 379.

(5) «قوله: وينخرج أنه لغو، واختاره بعضهم بناءً على إقراره بخطه، وفيه وجهان، انتهى، قال في الرعاية الكبرى: وينخرج أنه لا يقع بخطه شيء، وإن نواه.» علاء الدين محمد بن مفلح، الفروع، المرجع السابق، ج 9، ص 36. «قال في الرعاية: وينخرج أنه لا يقع بخطه شيء، ولو نواه، بناءً على أن الخط بالحق ليس إقراراً شرعياً في الأصح.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 472.

أساليب الصراحة، بصرف النظر عن إرادة صاحبها في إحداث الأثر الشرعي من عدمه، وبهذا قال الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾، وهو رواية عن الحنابلة⁽³⁾ وقول مروي عن الإمام الشافعي⁽⁴⁾، ودليلهم في ذلك أن الله ﷻ قد أُنذر بكتبه، مصداقاً لقوله ﷻ: ﴿لَا تُذِرْكُم بِهِ﴾⁽⁵⁾، فدلّت الآية على أن الإنذار بالكتب كالإنذار باللفظ، كما أن الرسول ﷺ، بلغ بالخطاب تارةً، وبالكتاب أخرى، وبالرسول ثالثة، وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب، فدل ذلك على أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب، أضيف إلى ذلك أن الكتابة عقلاً تقوم مقام الكلام في الدلالة على المقصود، بل وتنصرف إلى إيفهام الحاضر والغائب، في حين يقتصر دور اللفظ على إيفهام الأول دون الثاني، ثم أن العادة جارية باستعمال الكتابة في موضع الكلام، فافتضى أن تكون جارية في الحكم مجرى الكلام، وأخيراً أن الصحابة ﷺ قد جمعوا

(1) «وإن كَتَبَ كِتَابَةً مَرْسُومَةً عَلَى طَرِيقِ الْخُطَابِ وَالرِّسَالَةِ مِثْلُ: أَنْ يَكْتُبَ أَمَّا بَعْدَ يَا فُلَانَةُ فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ إِذَا وَصَلَ كِتَابِي إِلَيْكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ، وَلَوْ قَالَ: مَا أَرَدْتُ بِهِ الطَّلَاقَ أَصْلًا لَا يُصَدِّقُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: نَوَيْتُ طَلَاقًا مِنْ وَثَاقِي فَيُصَدِّقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْمَرْسُومَةَ جَارِيَةً بِمَجْرَى الْخُطَابِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص109. «فالمرسومة: أن تكتب على صحيفة مصدرًا ومعنًى وإنما على وجهين: الأول: أن تكتب هذا كتاب فلان بن فلان إلى فلانة أما بعد: فأنت طالق، وفي هذا الوجه يقع الطلاق عليها في الحال، وإن قال: لم أعن به الطلاق لم يصدق في الحكم، وهذا لأن الكتابة المرسومة بمنزلة المقال.» أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (المتوفى: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2004م، ج3، ص274.

(2) محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج5، ص333. محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج4، ص91 و92.

(3) «(وإن كَتَبَ صَرِيحَ طَلَاقِهَا) أَيِ امْرَأَتِهِ (بِمَا يَتَّبَعُ) أَيِ يَظْهَرُ (وَقَعَ) الطَّلَاقُ (وإن لَمْ يَنْوِ) لِأَنَّ الْكِتَابَةَ حُرُوفٌ يُفْهَمُ مِنْهَا الطَّلَاقُ أَشْبَهَتْ التُّطْقَ، وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَقُومُ مَقَامَ قَوْلِ الْكَاتِبِ.» منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج5، ص248. «وَقَدْ رَوَى أَبُو طَالِبٍ فِي مَنْ كَتَبَ طَلَاقَ زَوْجَتِهِ، وَنَوَى أَنْ يَغْمَ أَهْلُهُ، قَالَ: قَدْ عَمِلَ فِي ذَلِكَ، يَعْنِي: أَنَّهُ يُؤَاخِذُ بِهِ، قَالَ الْمُصَنِّفُ، وَالشَّارِحُ: فَظَاهِرٌ هَذَا: أَنَّهُ أَوْقَعَ الطَّلَاقَ (...) قَوْلُهُ (وَهَلْ تُقْبَلُ دَعْوَاهُ فِي الْحُكْمِ؟ يُخْرِجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) (...) وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ: لَا يُقْبَلُ.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص474.

(4) «وَأَمَّا الْكِتَابَةُ وَهِيَ أَنْ يَكْتُبَ بِخَطِّ يَدِهِ، أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ قَدْ طَلَّقْتُكِ، أَوْ أَنْتِ مُطَلَّقةٌ فَقَدْ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي مَا حَكِي عَنِ الشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ: أَنَّهَا صَرِيحٌ فِي وُقُوعِ الطَّلَاقِ بِمَا لَا يَفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةٍ كَالْكَلَامِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص167. «إِذَا كَتَبَ الْقَادِرُ بِطَلَاقِ زَوْجَتِهِ (...) وَقِيلَ: تُطَلَّقُ وَتَكُونُ الْكِتَابَةُ صَرِيحًا.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج8، ص40.

(5) سورة الأنعام، الآية 19.

القرآن في المصحف خطأً، وأقاموه مقام تلفظهم به نطقاً، حتى صار ما تضمنه إجماعاً لا يجوز خلافه⁽¹⁾، أما القول الثاني، فقوامه أن الكتابة المرسومة من أساليب الكناية، لا يعمل بها إلا إذا صاحبته نية أو قرينة، وبهذا قال الشافعية⁽²⁾ وهو رواية عن الحنابلة⁽³⁾، وحجتهم في كونها كناية أن الله ﷻ قد أرسل رسوله نذيراً لأمته، ومبلغاً لرسالته، حيث قال ﷻ: ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا﴾⁽⁴⁾، فلو كانت الكتابة كالكلام الصريح لمكن الله ﷻ رسوله منها، ولعلمه إياها، ليكون مع تكليفه الإنذار، مُعيناً له عليه من سائر جهاته، حتى لا يناله نقص أو ضعف، فيقصر أو يعجز، ولما كانت إرادة الله في نبيه بشأنها على النحو المعروف، دل ذلك على أن هذه الوسيلة ليست في رتبة صريح الكلام، ثم أنه لو سلمنا جدلاً، بقيام الكتابة مقام صريح الكلام، لأجزأ من يكتب القرآن في الصلاة عن تلاوته، ولا أُكْتَفَى من المرتد بكتابة الشهادتين عن النطق بهما، وفي امتناع الاعتداد بالكتابة في هذين الموضعين، دليل على خروجها من حكم صريح الكلام⁽⁵⁾.

(1) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص109. أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص167.

(2) «إذا كتب طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينو لم يقع الطلاق، لأن الكتابة تحتل إيقاع الطلاق وتحتل امتحان الخط، فلم يقع الطلاق بمجردهما (...) فإذا قلنا بهذا فهل يقع بها الطلاق من الحاضر والغائب فيه وجهان: أحدهما: أنه يقع بها إلا في حق الغائب (...) والثاني: أنه يقع بها من الجميع لأنها كناية فاستوى فيها الحاضر والغائب كسائر الكنايات.» أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، ج3، ص13. «وإن كتب طلاقها ونوى به الطلاق (...) وقال أصحابنا البغداديون: هي على قولين. وقال بعض الخراسانيين: يقع به الطلاق قولاً واحداً (...) وإن قلنا: يقع به الطلاق، فإن كانت غائبة عنه وكتب طلاقها، وقع، وإن كانت حاضرة معه (...) فهل يقع طلاقها بكتابتها؟ فيه وجهان: أحدهما: (...) والثاني: يقع، لأنه كناية في الطلاق، فصحت من الغائب والحاضر، كسائر الكنايات.» أبو الحسين يحيى العمراني، البيان، المرجع السابق، ج10، ص105.

(3) «ومن كتب طلاق زوجته ونواه أولم تكن له نية وقع، وعنه لا يقع إلا بنية.» عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين (المتوفى: 652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الثانية، 1404هـ - 1984م، ج2، ص54. «وإن كتب صريح الطلاق من غير نية، ففيه روايتان: (...) والثانية: لا يقع، لأن الكناية تحتل الطلاق وامتحان الخط وغيره، فلم تطلق بمجردهما، كالكنايات.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج3، ص120.

(4) سورة البقرة، الآية 119.

(5) أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص167.

والراجح في تقديرنا مراعاة العرف في تحديد دلالة الكتابة المرسومة، فإن كان العرف جارياً باعتبار الرسم قرينة قوية تدل على انصراف إرادة صاحبه إلى إحداث الأثر الشرعي، صارت هذه الكتابة صريحة الدلالة، وإن استقر العرف على خلاف ذلك، ظلت بحاجة إلى النية لكونها كناية، ومع ذلك تبقى أقوى دلالة من الكتابة المستتبينة في كل الأحوال.

(ب) **المخالعة بالكتابة بين حاضرين:** اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين، أولهما، يعتمد صحة المخالعة بالكتابة بين حاضرين، وهذا مذهب المالكية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾ ووجه عند الشافعية⁽³⁾، واستدلوا على ذلك بتعليل مفاده، أن التراضي مدار العقود ومناط صحتها، ولما كانت الكتابة وسيلة بينة يتوصل بها إليه، وجب اعتمادها للتعبير عنه، أما القول الثاني، فيتبنى عدم صحة الخلع بالكتابة بين حاضرين، وهو مذهب الأحناف⁽⁴⁾، والقول المعتمد لدى الشافعية⁽¹⁾، وحثهم في

(1) «قوله: بما يدل على الرضا أي بسبب وجود ما يدل على الرضا من العاقدَيْن (...) والثاني كالتبينة والإشارة والمعاطاة، قوله: منهُمَا أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا راجع للقول وما بعده، أي من قول من الحائِثَيْن، أو كتابة منهُمَا، أو قول من أحدهما وكتابة من الآخر، أو إشارة منهُمَا، أو من جانب وقول أو كتابة من الآخر.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 3، ص 3. «لأن الكلام يُطلق في اللغة على القول وعلى كل ما يحصل به الإفادة من إشارة وكتابة وغيرها، وهذا هو المطلوب عند الفقهاء.» أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن

أبي زيد القيرواني، يعلوه «رسالة ابن أبي زيد القيرواني»، دار الفكر، بدون طبعة، 1415هـ - 1995م، ج 2، ص 73.
(2) «(وإن كاتب البائع (أو راسل غائياً) عن المجلس (...)) صح العقد، لأن التراخي مع غيبة المشتري لا يدل على إغراضه عن الإيجاب، بخلاف ما لو كان حاضراً، ففرق المصنف في تراخي القبول عن الإيجاب بين ما إذا كان المشتري حاضراً، وما إذا كان غائياً وهذا يوافق رواية أبي طالب في النكاح.» مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج 3، ص 7. «(وإن كان المشتري غائياً عن المجلس فكاتبه) البائع (...) (صح) العقد، لأن التراخي مع غيبة المشتري لا يدل على إغراضه عن الإيجاب، بخلاف ما لو كان حاضراً ففرق المصنف في تراخي القبول عن الإيجاب بين ما إذا كان المشتري حاضراً، وما إذا كان غائياً.» منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 3، ص 148.

(3) «قلت: المذهب: أنه ينبغي البيع بالمكتابة لحصول التراضي، لاسيما وقد قدمنا أن الرأجح انعقاده بالمعاطاة، وقد صرح الرافعي بتزجيج صحته بالمكتابة في كتاب الطلاق.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 3، ص 340 و 341.
«والتبينة بالبائع ونحوه على نحو لوح أو ورق أو أرض كناية في ذلك، فينقذ بها.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 2، ص 329.

(4) «اتجاه مضيق - اعتبر الكتابة وسيلة احتياطية فقط تحل محل اللفظ عند الضرورة - إذا وجد عارض يحول دون استعمال اللفظ، وإلى هذا الاتجاه ذهب الأحناف والراجح لدى الشافعية.» محمد نجيب عوضين المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، بدون طبعة، 2006م، ص 25.

ذلك، أنه لا ضرورة تبيح العدول عن اللفظ إلى غيره من القادر عليه، ويعترض على هذا الدليل، بأنه لا يلزم من العدول عن النطق إلى الكتابة قيام ضرورة لذلك، لأن الشرع لم يوجب نطق المتعاقدين عند التعاقد، وأن الألفاظ غير مقصودة لذاتها، بل هي أداة يستدل بها على مراد المتكلم، فإن تجلّى هذا الأخير بأي من الطرائق، تعين العمل بمقتضاه، يستوي حدوث ذلك بإشارة أو كتابة أو إيماء أو دلالة عقلية ونحوه.

والراجع في تصورنا، هو عدم التوسع في إنشاء الخلع ابتداءً بالكتابة بين حاضرين بدلاً من الألفاظ، إلا لضرورة تبيح العدول عن الخطاب إلى الكتاب.

(ج) المخالعة بالكتابة بين غائبين (الرسالة): اختلف الفقهاء بشأن هذه المسألة على قولين، أولهما صحة هذه الوسيلة في انعقاد الخلع، وهو مذهب الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، ووجهه عند الشافعية⁽⁴⁾، وبه قال الحنابلة⁽⁵⁾، وأدلتهم في ذلك، أن الكتاب ممن بُعد بمنزلة الخطاب ممن قُرب، لكونه

(1) «فَإِذَا قُلْنَا بِالْأَوَّلِ أَنَّ الْكِتَابَةَ لَيْسَتْ صَرِيحًا وَلَا كِنَايَةً، فَلَا يَفْعُ بِهَا الطَّلَاقُ وَإِنْ نَوَاهُ مِنْ حَاضِرٍ وَلَا غَائِبٍ (...) وَأَمَّا عَقْدُ الْبَيْعِ وَالْإِجَابَةِ بِالْكِتَابَةِ، فَإِنْ قِيلَ إِنَّ الطَّلَاقَ لَا يَفْعُ بِهِنَّ وَلَا يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ فَأَوَّلَى أَنْ لَا يَنْعَقِدَ بِمَا يَبْنَعُ وَلَا إِجَارَةً.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 168 و 169. «أما إذا تبايعا حاضِران بِالْكِتَابَةِ فَقَالَ أَصْحَابُنَا إِنَّ مَنْعَهُ فِي الْغَيْبَةِ فَهَاهُنَا أَوَّلَى.» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 9، ص 167.

(2) «وَالْإِزْسَالُ وَالْكِتَابُ كَالْخُطَابِ.» عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج 4، ص 4. «وَالْكِتَابُ كَالْخُطَابِ وَكَذَا الْإِزْسَالُ حَتَّى أُعْثِرَ بِمَجْلِسِ بُلُوغِ الْكِتَابِ وَأَدَاءِ الرِّسَالَةِ، كَذَا فِي الْهَدَايَةِ قَالَ تَأْجِ الشَّرِيعَةُ: وَصُورَةُ الْكِتَابَةِ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى رَجُلٍ أَمَّا بَعْدُ، فَقَدْ بَعَثَ عَبْدِي فَلَانًا مِنْكَ بِكَذَا، فَلَمَّا بَلَغَهُ الْكِتَابُ وَقَرَأَهُ وَفَهَمَ مَا فِيهِ، قِيلَ فِي الْمَجْلِسِ صَحَّ الْبَيْعُ.» لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1310 هـ، ج 3، ص 9.

(3) أحمد شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني، المرجع السابق، ج 2، ص 73. محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4، ص 49.

(4) «وَأَمَّا عَقْدُ الْبَيْعِ وَالْإِجَابَةِ بِالْكِتَابَةِ (...) وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ تَصَحُّحُ بِالْكِتَابَةِ إِذَا قِيلَ إِنَّهُ تَصَحُّحُ بِالْكِتَابَاتِ. وَقَدْ حَكَى أَبُو حَامِدٍ الْمَرْزُوقِيُّ: أَنَّهُ وَجَدَ نَصًّا عَنِ الشَّافِعِيِّ، أَنَّهُ إِذَا كَتَبَ إِلَى رَجُلٍ فِي بَلَدٍ إِنِّي قَدْ بَعَثْتُكَ دَارِي، فِيهِ بِكَذَا صَحَّ الْبَيْعُ، إِذَا قِيلَ الْمُكَاتَبُ إِلَيْهِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 169. «لَوْ كَتَبَ إِلَى غَائِبٍ بِالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ (...) قُلْتُ: الْمَذْهَبُ: أَنَّهُ يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ بِالْمُكَاتَبَةِ لِحُصُولِ التَّرَاضِي، لَا سِيَّمَا وَقَدْ قَدَّمْنَا أَنَّ الرَّاجِحَ انْعِقَادُهُ بِالْمُعَاطَاةِ، وَقَدْ صَرَّحَ الرَّافِعِيُّ بِتَرْجِيحِ صَحَّتِهِ بِالْمُكَاتَبَةِ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 3، ص 340.

(5) «(وَإِنْ كَانَ) الْمُشْتَرِي (غَائِبًا عَنِ الْمَجْلِسِ فَكَاتَبَهُ) الْبَائِعُ (أَوْ رَاسَلَهُ: إِنِّي بَعَثْتُكَ دَارِي بِكَذَا (أَوْ) إِنِّي (بَعَثْتُ فَلَانًا) وَنَسَبَهُ بِمَا يُمَيِّزُهُ (دَارِي بِكَذَا فَلَمَّا بَلَغَهُ) أَيْ: الْمُشْتَرِي (الْحَبْرُ) قِيلَ الْبَيْعُ (صَحَّ) الْعَقْدُ.» منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 3، ص 148. «(وَإِنْ كَاتَبَ) الْبَائِعُ (أَوْ رَاسَلَ غَائِبًا) عَنِ الْمَجْلِسِ قَائِلًا: (إِنِّي بَعَثْتُكَ) كَذَا بِكَذَا، (أَوْ) إِنِّي (بَعَثْتُ فَلَانًا كَذَا)، وَنَسَبَهُ

رسماً يفيد معنى محدداً، كإفادة اللفظ لذلك من الحاضر⁽¹⁾، كما أن العقد إذا صح بالكتابة بين حاضرين وجب أن يصح بمقتضاها بين غائبين، بل هو أولى، لأن الضرورة تدعو إليه، إذ لا سبيل دونها لإبرامه في الفرض الثاني، يضاف إلى ذلك كله، أن مناط صحة العقد هو الرضا، والكتابة بين غائبين وسيلة لتحقيقه، حتى أنها أبلغ دلالة في التعبير عنه من المعاطاة المعتبرة في الكثير من العقود⁽²⁾، أما القول الثاني، فيميل أصحابه إلى الأخذ بعدم صحة الخلع مكاتبةً بين غائبين، وهو مذهب جمهور الشافعية⁽³⁾، واحتجوا في ذلك بكون الكتابة من أساليب الكناية، وهي غير مجزئة بهذا الوصف، في إيقاع صيغة العقود التي تحتاج إلى قبول كالخلع والبيع والإجارة والنكاح، كما أن المكاتبة بين غائبين تحول دون فورية اتصال القبول بالإيجاب، وفي ذلك إخلال بشرط من شروط التعاقد⁽⁴⁾.

والذي نميل إلى ترجيحه، هو المذهب الأول، لقوة أدلته، ومع ذلك يجب التثبت والاحتياط عند استخدام هذه الوسيلة في التعبير عن الرضا بين غائبين في بعض العقود، لاسيما عقد النكاح لتعلقه بالأبضاع والأعراض.

هذا ويعطف على التخالع مكاتبةً بين غائبين، إتيانه عن طريق الرسول، إذ لا فرق في الحكم بين الوسيطتين عند الفقهاء، إلا ما ذهب إليه بعض الأحناف من أن الإيجاب بالكتابة متجدد يسوغ

بِمَا يُجِزُّهُ بِكَذَا، (فَقِيلَ الْمُشْتَرِي) الْبَيْعُ (حِينَ بَلَغَهُ الْحَبَرُ)، صَحَّ الْعَقْدُ. «مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج3، ص7.

(1) «وَهَذَا لِأَنَّ الْكِتَابَ بِمَنْ نَأَى كَالْخِطَابِ بِمَنْ دَنَا فَإِنَّ الْكِتَابَ لَهُ حُرُوفٌ وَمَقْهُومٌ يُؤَدِّي عَنْ مَعْنَى مَعْلُومٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْخِطَابِ مِنَ الْحَاضِرِ. «محمد شمس الأنمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج5، ص16. علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج2، ص231، وج5، ص138.

(2) «وَالثَّانِي) وَهُوَ الْأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ الْبَيْعُ وَنَحْوَهُ بِالْمَكَاتِبَةِ لِحُصُولِ التَّرَاضِي لَاسِيْمَا وَقَدْ قَدَّمْنَا أَنَّ الرَّاجِحَ انْعِقَادُهُ بِالْمُعَاطَاةِ. «أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج9، ص167.

(3) «(الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ) إِذَا كَتَبَ إِلَى غَائِبٍ بِالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ، قَالَ أَصْحَابُنَا: هُوَ مُرْتَبِّ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ هَلْ يَقَعُ بِالْكِتَابِ مَعَ التَّيَّةِ وَفِيهِ خِلَافٌ (...) (فَإِنْ قُلْنَا) لَا يَصِحُّ الطَّلَاقُ فَهَذِهِ الْعُقُودُ أَوْلَى أَنْ لَا تَنْعَقَدَ (وَإِنْ قُلْنَا) بِالصَّحَّةِ فَقِيَ الْبَيْعُ وَنَحْوُهُ الْوَجْهَانِ فِي انْعِقَادِهِ بِالْكِتَابَةِ مَعَ التَّيَّةِ وَهَذَانِ الْوَجْهَانِ مَشْهُورَانِ ذَكَرَهُمَا الْمُصَنِّفُ بِذِلِيلِهِمَا (أَصَحُّهُمَا) عِنْدَ الْمُصَنِّفِ لَا يَصِحُّ. «أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج9، ص167. «وَأَمَّا مَا يَخْتِجُ إِلَى قَبُولِ فَهُوَ نِكَاحٌ وَغَيْرُهُ، فَغَيْرُ النِّكَاحِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ فَقِيَ انْعِقَادُهَا بِالْكِتَابَةِ خِلَافَ مُرْتَبِّ عَلَى الطَّلَاقِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ إِنَّ لَمْ يَصِحَّ بِهَا فَهِيَ أَوْلَى. «عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411هـ-1990م، ص308.

(4) «وَلَاَنَّ الْقَبُولَ شَرْطٌ فِيهَا فَيَتَأَخَّرُ عَنِ الْإِجَابِ. «أبو بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص308.

إصداره في مجلس آخر، بينما ينقضي الإيجاب بالرسول فور إتيانه، ولا تجوز معاودته في مجلسٍ تالٍ، لانتهاء مهمة الرسول بتفرق المجلس الأول⁽¹⁾.

ومن المسائل التي يثيرها التعاقد بين غائبين إن بالرسالة أو الرسول، بداية المجلس ونهايته، إذ من اليسر تصور ذلك بالنسبة للحاضرين مكاتبته، لاتحاد مجلس التعاقد حقيقةً، في حين يعسر إلى حد ما ضبط هذا الأمر إزاء الأبداد، لاعتبارات فنية شتى، كتأخر اتصال القبول بالإيجاب، وتراخي علم الموجب برضا القابل، وهو ما بَتَّ فيه الأحناف والشافعية⁽²⁾، حيث اعتمدوا وقت وصول الكتاب إلى مجلس القراءة، كبداية للتعاقد في حال قبول من وجه إليه الإيجاب⁽³⁾، هذا وتباينت آراء الفقهاء بشأن انتهاء هذا المجلس، على أربعة أقوال أولها أنه ينقضي بانفضاض المجلس الذي تلقى فيه القابل إيجاب الموجب، وهذا مذهب الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، وحجتهم في ذلك، أن الأصل اتصال شطري الصيغة، وقد خولف هذا المبدأ في التعاقد مكاتبته بين غائبين للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فيكون انفضاض المجلس ببلوغ الكتاب للقابل ولا يزداد على هذا القدر، أضف إلى ذلك أن الكتابة لغائبٍ ليست أقوى

(1) «وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَكَانَ الْكِتَابِ رَسُولٌ بِالْإِيجَابِ فَلَمْ تَقْبَلِ الْمَرْءَةُ ثُمَّ أَعَادَ الرَّسُولُ الْإِيجَابَ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ فَقِيلَتْ لَمْ يَصَحَّ، لِأَنَّ رِسَالَتَهُ انْتَهَتْ أَوَّلًا بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ، لِيَقَائِمَهَا أَفَادَةُ الرَّحْمَنِ. اهـ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص14.

(2) لم يرد في مصنفات المالكية والحنابلة بشأن هذه المسألة ما ذكره الحنفية والشافعية، ولا أظنهم يخرجون عنه، لأن التأمل في حقيقة التعاقد مكاتبته بين غائبين يستشف أن وصول الإيجاب إلى مجلس القابل عن طريق الكتابة أو الرسول ليس سوى نقلاً حسيّاً للإيجاب إلى مجلس القبول.

(3) «لِأَنَّ حِطَابَ الْعَائِبِ كِتَابُهُ فَكَأَنَّهُ حَضَرَ بِنَفْسِهِ، وَخَاطَبَ بِالْإِيجَابِ، وَقِيلَ الْآخِرُ فِي الْمَجْلِسِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص138. «والكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة.» علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج3، ص23. «قَالَ الْعَزَلِيُّ فِي الْقِتَاوَى إِذَا صَحَّحْنَا الْبَيْعَ بِالْمُكَاتَبَةِ فَكُتِبَ إِلَيْهِ فَقَبِلَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ مَا دَامَ فِي مَجْلِسِ الْقَبُولِ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج9، ص168. «(قَوْلُهُ: الْكِتَابَةُ لِغَائِبٍ) قَالَ فِي الرَّوْضِ: فَيُشْتَرَطُ الْقَبُولُ خَالَا لِاطَّلَاعٍ، فَإِذَا قَبِلَ فَلَهُ الْخِيَارُ فِي مَجْلِسِ قَبُولِهِ.» زكريا بن محمد السنيكي، الغرر البهية، المرجع السابق، ج2، ص395.

(4) «وَإِذَا قَبِلَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ، ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ، مَا دَامَ فِي مَجْلِسِ الْقَبُولِ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج3، ص341.

(5) منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج3، ص148. إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج4، ص5.

من مخاطبة الحاضر، ولما كان انتهاء مجلس العقد بين حاضرين بانفضاض المجلس، وجب أن ينتهي على الوجه نفسه، في حال التعاقد مكاتبةً بين غائبين من باب القياس، أما القول الثاني فمتعلق بالرسالة لا بالرسول، وحاصله أن مجلس العقد في مسألة الحال لا ينتهي بالانفضاض، بل يظل متجدداً كلما قُرأت الرسالة في مجلس آخر على الرغم من تفرق المجلس الأول دون قبول، وإليه ذهب بعض الأحناف⁽¹⁾، واحتجوا لرأيهم بتعليل مفاده أن الغائب إنما صار موجباً بالكتاب، ولما كان الكتاب باقٍ في مجلس ثانٍ، صار بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر⁽²⁾، وهذا قياس غير صحيح، لأن الأخذ به يعطي قوةً للإيجاب المنقول مكاتبةً ليست أصلاً في نظيره الصادر مباشرةً، طالما أن هذا الأخير ينقضي بانقضاء المجلس نفسه، وأما القول الثالث فيقرر انتهاء المجلس بين غائبين، عند علم الموجب بالقبول، وهو قول ملازم لمذهب الحنفية على رأي بعض الفقهاء المعاصرين⁽³⁾، وأدلتهم في ذلك قياس التعاقد بين غائبين على التعاقد بين حاضرين، والعلة الجامعة بينهما، أنه لَمَّا وجب في الثاني سماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر، وجب كذلك السماع في الأول، حتى وإن لم يكن السماع حقيقة أمكن حكماً، وقد سمع القابل عبارة الموجب فلزم أن يسمع الموجب عبارة القابل⁽⁴⁾، غير أن نصوص الحنفية الدالة على وجوب سماع كل من العاقدين كلام الآخر، إنما تُشترط في حالة التعاقد باللفظ دون غيره من الطرق الأخرى كالمعطاة والإشارة والكتابة، فلكل وسيلة شروطها الخاصة، فما يشترط في التعاقد باللفظ لا يلزم أن يكون شرطاً فيما سواه، وأما القول الرابع فيحدد انتهاء مجلس التعاقد بين غائبين، بوقت إصدار القبول في مجلس بلوغ الكتاب، وهذا هو المشهور من مذهب الأحناف⁽⁵⁾، وهو مقتضى مذهب المالكية⁽¹⁾،

(1) محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص14، وج4، ص513.

(2) محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص14 وج4، ص513.

(3) عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دار الحرمين - القاهرة، الطبعة الأولى، 1413 هـ، ص128 و129.

(4) «(قَوْلُهُ: سَمَاعُ كُلٍّ) أَيُّ وَلَوْ حُكْمًا كَالْكِتَابِ إِلَى غَائِبَةٍ». محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص21. علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص138. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص127 و128.

(5) «صُورَةُ الْكِتَابَةِ، أَنْ يَكْتُبَ أَمَّا بَعْدُ، فَقَدْ بَعَثَ عَبْدِي قُلَانًا مِنْكَ بِكَذَا، فَلَمَّا بَلَغَهُ الْكِتَابُ قَالَ: فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ اشْتَرَيْتُ، ثُمَّ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا، وَصُورَةُ الْإِرْسَالِ، أَنْ يُرْسَلَ رَسُولًا فَيَقُولُ الْبَائِعُ بَعَثَ هَذَا مِنْ فُلَانٍ الْغَائِبِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَأَذْهَبَ يَا فُلَانُ وَقُلْ لَهُ، فَذَهَبَ الرَّسُولُ فَأَخْبَرَهُ بِمَا قَالَ، فَقَبِلَ الْمُشْتَرِي فِي مَجْلِسِهِ ذَلِكَ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج4، ص512. كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج6، ص253 إلى 255.

ويستفاد ذلك مما هو مقرر في المذهبين من حصول التعاقد بمجرد وصول الكتاب إلى الشخص الذي وجه إليه، وقبوله إياه في المجلس من جهة، وعدم إقرارهم لخيار المجلس من جهة أخرى⁽²⁾، الأمر الذي يعني انتهاء المجلس بمجرد القبول، واستدل هؤلاء لرأيهم بقياس مجلس التعاقد بين غائبين على نظيره بين حاضرين الذي ينتهي بوقت صدور القبول، ويرد على هذا الدليل بأن الأصل المقيس عليه لا يسلم به، لأنه مبني على عدم الأخذ بخيار المجلس، وهو قول مرجوح⁽³⁾.

والرأي الأول في تقديرنا أقرب للصواب لقوة أدلته، ولتوفيقه بين اشتراط الفورية في العقد، دون المساس بحق القابل في التفكير والتروي من جهة، والحيلولة دون تضرر الموجب من التأخر والتراخي الكثير من جهة أخرى، فكان اعتماد مجلس بلوغ الكتاب جامعاً لتلك المتفرقات وهو المعتمد عند المالكية في الخلع وغيره⁽⁴⁾، في حين يرى جمهور الفقهاء⁽⁵⁾ أن هذا الرأي وإن كان ملائماً في شأن المعاوضات الصرفة التي لا يكون فيها شطر الصيغة موقوفاً، كالبيع ونحوه، فإنه لا يتفق مع تلك التي يكون فيها شطر العقد موقوفاً كالخلع، لكونه يميناً من جهة الزوج لا يصح بحال الرجوع فيه، وهو وجه عند المالكية أيضاً⁽⁶⁾.

(1) «وجه الاقتضاء أن المالكية كالحنفية في عدم إثباتهم خيار المجلس، فبمجرد صدور القبول ينتهي المجلس.» أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 701. شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 409.

(2) علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج 3، ص 23. علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 228.

(3) أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 9، ص 184 وما بعدها.

(4) «وإن سميّاً طلاقاً لزم ما سميّاً (...) وقال ابن الحَاجِبِ: الصَّيْغَةُ كَالْبَيْعِ فِي الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ إِلَّا أَنْ يَقَعَ مُعَلَّقًا مُبْهَمًا فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ نَاجِزًا، وَمِنْ الْمُدَوَّنَةِ: إِنْ قَالَ لَهَا أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى عَبْدِكَ هَذَا فَإِنْ قَبِلَتْ قَبِلَ التَّفَرُّقُ وَإِلَّا فَلَا قَبُولَ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 297 و 298.

(5) «فإنه والكتاب كالحطاب، وكذا الإرسال حتى أعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة (...) وكذا هذا الجواب في الإجازة والهيئة والكتابة، فأما في الخلع والعنق على مال، فإنه يتوقف شطر العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس بالإجماع بخلاف البيع والشراء، فإنه لا يتوقف (...) ثم في كل موضع لا يتوقف شطر العقد، فإنه يجوز من العاقد الرجوع عنه ولا يجوز تعليقه بالشروط، لأنه عقد معاوضة وفي كل موضع يتوقف كالحلع لا يصح الرجوع ويصح التعليق بالشروط لكونه يميناً من جانب الزوج والمولى معاوضة من جانب الزوجة والعبد اهـ.» زين الدين بن نعيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 5، ص 290.

(6) «وإن سميّاً طلاقاً لزم ما سميّاً (وإن علق بالإقباض أو الأداء لم يختص بالمجلس إلا لقرينة) هذه عبارة ابن شاس.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 297 و 298.

ثانياً: الخلع عن طريق الإشارة

التعبير عن الإرادة بالإشارة إما أن يكون من عاجزٍ عن الكلام (أ)، أو من قادرٍ عليه ومع ذلك يعدل عنه إلى استخدامها لإبداء رضاه (ب).

(أ) خلع العاجز عن الكلام بالإشارة: العاجز عن الكلام إما أن يكون خرسه أصلياً بأن يولد كذلك، ومن ثمة فإن عجز صاحبه عن النطق يكون بأصل خلقه⁽¹⁾، وعقد الأخرس بالإشارة محل خلاف بين الفقهاء على ثلاثة أقوال، أولها صحة ذلك مطلقاً سواء أكان قادراً على الكتابة أم غير قادرٍ عليها، وهذا هو المعتمد عند الحنفية⁽²⁾، وبه قال المالكية⁽³⁾، وهو الراجح من مذهب الشافعية⁽⁴⁾، ووجهه عند الحنابلة⁽⁵⁾، وحتتهم في ذلك أن الإشارة من الأخرس تقوم مقام العبارة من الناطق، وألا سبيل له غيرها للإفصاح عما في سريره، وأن عدم الاعتداد بها إجحاف في حقه، لاسيما وأن الشرع قضى

(1) «هَذَا إِذَا كَانَ الْخَرَسُ أَصْلِيًّا بِأَنْ وُلِدَ أَخْرَسَ». علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 135. «قَالَ الْمَوْرِدِيُّ: الْخَرَسُ عَلَى ضَرِيئَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ مِنْ أَصْلِ الْخَلْقَةِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 11، ص 23.

(2) «الْإِشَارَةُ مِنَ الْاُخْرَسِ مُعْتَبَرَةٌ وَقَائِمَةٌ مَقَامَ الْعِبَارَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ.» زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1999م، ص 296. «(قَوْلُهُ وَطَلَّقُ الْاُخْرَسِ وَقَعَ بِالْإِشَارَةِ، لِأَنَّهَا صَارَتْ مَقْهُومَةً فَكَانَتْ كَالْعِبَارَةِ) فِي الدَّلَالَةِ اسْتِحْسَانًا، فَيَصِحُّ بِهَا نِكَاحُهُ وَطَلَّاقُهُ وَعَتَاقُهُ وَبَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ سَوَاءً قَدَرَ عَلَى الْكِتَابَةِ أَوْ لَا.» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج 3، ص 492، وج 4، ص 68.

(3) «وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ الصَّبِيُّ مَا دَلَّ عَلَيْهِ، وَلَوْ مُعَاطَاةً (...) مَا فُهِمَ أَنَّ الْاُخْرَسَ فُهِمَهُ مِنْ كِفَالَةٍ أَوْ غَيْرِهَا لَزِمَهُ، الْبَاجِي كُلُّ إِشَارَةٍ فُهِمَ مِنْهَا الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ لَزِمَ مِنْهَا الْبَيْعُ.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 229. «وَتَوْجَدُ حَقِيقَةُ الْبَيْعِ بِسَبَبِ وُجُودِ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا مِنَ الْعَاقِدِ مِنْ لَفْظٍ أَوْ إِشَارَةٍ أَخْرَسَ.» محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 5، ص 5.

(4) «قَوْلُ الْمُتَنِ: (وَإِشَارَةُ الْاُخْرَسِ) مِثْلُهَا كِتَابَتُهُ.» أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، المرجع السابق، ج 2، ص 194. «وَإِشَارَةُ الْاُخْرَسِ فِي كُلِّ عَقْدٍ وَحَلِّ كِإِشَارَةِ النَّاطِقِ فِي كُلِّ عَقْدٍ وَحَلِّ.» شمس الدين المنهاجي، جواهر العقود، المرجع السابق، ج 2، ص 101.

(5) «وَلَا (يَصِحُّ) إِجَابُ وَلَا قَبُولُ "بِكِتَابَةٍ وَلَا إِشَارَةٍ مَقْهُومَةٍ إِلَّا مِنْ أَخْرَسٍ" فَيَصِحُّانِ مِنْهُ بِالْإِشَارَةِ نَصًّا كَبَيْعِهِ وَطَلَّاقِهِ.» مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج 5، ص 50. «ويصح إيجاب أخرس وقبوله بإشارة مفهومة يفهمها صاحبه والشهود.» شرف الدين أبو النجا، الإقناع، المرجع السابق، ج 3، ص 168.

باعتبارها منه في العبادات، فوجب الأخذ بها في المعاملات من باب التبعية⁽¹⁾، أما القول الثاني فقوامه عدم صحة عقد الأخرس بالإشارة مع قدرته على الكتابة، ونُسب هذا القول لبعض الحنفية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾، واستدلوا لرأيهم، بقوة ووضوح دلالة الكتابة وبعدها عن الاحتمال، فلا تُترك عند المقدرة على إتيانها، إلى إشارة لا يعيها كثير من الناس، وأما القول الثالث فيعتمد صحة كل تصرفات الأخرس خرساً أصلياً بالإشارة، عدا عقدا الضمان، والنكاح بإشارة من الولي، لعدم قيام ضرورة تدعو لإجرائهما بهذه الوسيلة، وهو ما قال به بعض الشافعية⁽⁴⁾.

والراجع هو القول الأول القاضي بصحة عقد الأخرس خرساً أصلياً بالإشارة مطلقاً، يستوي في ذلك أن يكون قادراً على الكتابة أم غير قادر عليها، لقوة ما استدل به قائلوه.

هذا عن الخرس الأصلي، أما النوع الثاني فهو الخرس المصمت، أي الطارئ بعد النطق⁽⁵⁾، وهو بدوره ضربان، خرس طارئ لا يؤمل برؤه، وخرس طارئ يرجى زواله، أما الأول فحكمه كحكم الخرس الأصلي، وأما الثاني فحكم إشارة صاحبه في إنشاء العقد محل خلاف بين الفقهاء على قولين، يقضي

(1) «وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ بِالضَّرُورَةِ فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يُعْتَبَرْ مِنْهُ ذَلِكَ أَدَّى إِلَى مَوْتِهِ جُوعًا وَعَطَشًا وَغَرِيًّا، ثُمَّ رَأَيْنَا أَنَّ الشَّرْعَ اعْتَبَرَهَا مِنْهُ فِي الْعِبَادَاتِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا حَرَّكَ لِسَانَهُ بِالْقِرَاءَةِ وَالتَّكْبِيرِ كَانَ صَحِيحًا مُعْتَبَرًا فَكَذَا فِي الْمُعَامَلَاتِ.» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج3، ص492. «أَلَا تَرَى أَنَّ فِي الْعِبَادَاتِ جُعِلَ هَكَذَا حَتَّى إِذَا حَرَّكَ شَفَتَيْهِ بِالتَّكْبِيرِ، وَالْقُرْآنِ جُعِلَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْقِرَاءَةِ مِنَ النَّاطِقِ، فَكَذَلِكَ فِي الْمُعَامَلَاتِ.» محمد شمس الأنظمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج6، ص144.

(2) «فَقِي كَافِي الْحَاكِمِ الشَّهِيدَ مَا نَصَّهُ: فَإِنْ كَانَ الْأَخْرَسُ لَا يَكْتُبُ وَكَانَ لَهُ إِشَارَةٌ تُعْرَفُ فِي طَلَاقِهِ وَنِكَاحِهِ وَشِرَائِهِ وَبَيْعِهِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُعْرَفْ ذَلِكَ مِنْهُ أَوْ شَكَّ فِيهِ فَهُوَ بَاطِلٌ. اهـ، فَقَدْ رَتَّبَ جَوَازَ الْإِشَارَةِ عَلَى عَجْزِهِ عَنِ الْكِتَابَةِ، فَيُقِيدُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ يُحْسِنُ الْكِتَابَةَ لَا تَجُوزُ إِشَارَتُهُ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص241. «كِتَابَةُ الْأَخْرَسِ كِإِشَارَتِهِ، وَاخْتَلَفُوا فِي أَنَّ عَدَمَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكِتَابَةِ شَرْطٌ لِلْعَمَلِ بِالْإِشَارَةِ أَوْ لَا.» زين الدين بن نجيم المصري، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص296.

(3) «وَشَرَطَ الْمُتَوَلَّى عَجْزَهُ عَنِ كِتَابَةِ مُفْهِمَةٍ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهَا، فَهِيَ الْمُعْتَبَرَةُ، لِأَنَّهَا أَضْبَطُ.» أبو بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص312.

(4) أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج6، ص461. أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج4، ص241 وج7، ص64.

(5) «قَالَ الْمَاوَرِدِيُّ: الْخَرَسُ عَلَى صَرِيحَيْنِ: (...) وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ لِعِلَّةٍ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج11، ص23. «...عَارِضًا بِأَنْ طَرَأَ عَلَيْهِ الْخَرَسُ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص135.

أولهما بعدم صحتها حتى يتبين حاله، وهذا مذهب الأحناف قولاً واحداً⁽¹⁾، وإن اختلفوا في مدة الترقب، بحيث حدها بعضهم بالموت، وبعضهم بتقنين اليأس من كلامه، وبعضهم الآخر بسنة⁽²⁾، وهو قول عند الشافعية⁽³⁾، ومذهب الحنابلة في الوصية خاصة⁽⁴⁾، وأدلتهم في ذلك ما جاء في الأثر من «أن امرأة قيل لها في مرضها: أوصي بكذا، أوصي بكذا، فأومأت برأسها، فلم يجزه علي بن أبي طالب⁽⁵⁾»، وهو دليل يحتج به الحنابلة⁽⁶⁾، أضف إلى ذلك أن معتقل اللسان غير مئوس من نطقه، فلا تصح إشارته أشبه بالقادر على الكلام⁽⁷⁾، غير أن القياس في هذا الموضع غير صحيح، لأن المقيس

(1) «فأما إذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس فلا، إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالآخرس الأصلي». علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 135.

(2) «فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف، والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إفرازه بالإشارة والإشهاد عليه ومنهم من قدر الإمتداد بسنة، وهو ضعيف». أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (المتوفى: 1030هـ)، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص 455. «وذلك في الآخرس دون معتقل اللسان حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارة مفهودة كان بمنزلة الآخرس وقدر الإمتداد بسنة، وقيل إن دامت العقلة إلى الموت يجوز إفرازه بالإشارة ويجوز الإشهاد عليه لأنه عجز عن التلطي بمعنى لا يرجى زواله فكان كالآخرس قالوا وعليه الفتوى ذكره الزيلعي». محمد بن فرامرز ملا خسرو، درر الحكام، المرجع السابق، ج 2، ص 430.

(3) «قوله: بإشارة آخرس) أصلي أو طارئ ومنه من اعتقل لسانه ولم يرج بُرؤه، وأما من رجي بُرؤه بعد ثلاثة أيام فأكثر فلا يلحق به». سليمان بن عمر الجمل، فتوحات الوهاب، المرجع السابق، ج 4، ص 332. «وأما الخرس الحادث لعل طرأت فيرجع فيه إلى علماء الطب فإن شهد غدوهم بدوامه وعدم بُرؤه جرى عليه ما قدّمناه من حكم الخرس في أصل الخلقة (...) وإن شهد علماء الطب بؤاله وخدوث بُرؤه لم يجر على إشارته حكم وكان كالناطق المشير، وإن أشكل على الطب، وجب التوقف عنه وترك الحكم بإشارته حتى ينتهي بتناول المدة إلى زمان يتأس فيه من بُرؤه فيحكم حينئذ بحرسه واعتبار إشارته». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 11، ص 24.

(4) «و (لا) تصح الوصية إن كان الموصي (معتقلاً لسانه) بإشارة - ولو فهمت - (إلا إن أيس من نطقه) أما إذا لم يكن مأثوساً من نطقه كفادٍ على الكلام، فلا تصح وصيته». مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج 4، ص 444. «و (لا) تصح إن كان موص (معتقلاً لسانه) بإشارة) ولو مفهومة نصاً لأنه غير مأثوس من نطقه، أشبه الناطق». منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج 2، ص 454.

(5) أبو بكر بن أبي شيبه، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 30803، ج 6، ص 216.

(6) منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج 4، ص 336. مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج 4، ص 444.

(7) «ولكن، أنه غير مأثوس من نطقه، فلم تقم إشارته مقام نطقه، كالصحيح». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 239.

عليه محل خلاف بين الفقهاء، ومن شروط القياس كما هو معلوم أن يكون متفقاً عليه بين الخصمين⁽¹⁾، كما أن عدم الاعتداد بإشارة الأخرس خرساً مصمتاً يلحق به ضرراً محققاً، لأن تعليق صحة عقود بزوال خرسه فيه تعطيل لمصالحه، لاسيما وأنه كغيره بحاجة إلى النكاح والخلع والبيع والشراء والإجارة ونحوها، أما دليلهم الثالث في عدم الاعتداد بإشارة معتقل اللسان، فلكون خرسه عارض طارئ، وهو ما يحول دون التعبير عما في نفسه بإشارة مفهومة معلومة، ولا تكون هذه الأخيرة كذلك، حتى تطول مدة خرسه، فيلحق حينئذٍ بالعاجز عن النطق خلُقاً⁽²⁾، ويناقش هذا الدليل من جهة أن العمل بالإشارة منوط أصلاً بقوة دلالتها في التعبير عن مراد صاحبها، بصرف النظر عما إذا كان خرسه أصلياً أم عارضاً.

أما القول الثاني، فيعتبر إشارة الأخرس - خرساً طارئاً - منتجة في التعبير عن إرادته، سواء كان برؤيه مرجحاً أم غير مرجح، وهو ظاهر مذهب المالكية⁽³⁾، ومذهب الشافعية⁽⁴⁾، وقول عند

(1) «و» مِنْ شَرْطِ حُكْمِ الْأَصْلِ أَيْضًا، كَوْنُهُ "مُتَّفَقًا عَلَيْهِ بَيْنَ الْخُصْمَيْنِ" فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَمْنَعُهُ، فَلَا يُسْتَدَلُّ عَلَيْهِ بِالْقِيَاسِ فِيهِ. «تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (المتوفى: 972هـ)، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، 1418هـ - 1997م، ج4، ص27. أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم النعلبي الآمدي (المتوفى: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي - بيروت - دمشق - لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4، ص282.

(2) «وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي مَنْ اعْتَقَلَ لِسَانَهُ أَوْ صَمَتَ يَوْمًا، لِأَنَّ الْإِشَارَةَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ إِذَا صَارَتْ مَعْهُدَةً وَمَعْلُومَةً، فَمَنْ كَانَ كَذَلِكَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْأَخْرَسِ». أبو الفضل عبيد الله البلدحي، الاختيار، المرجع السابق، ج2، ص10.

(3) «ابْنُ عَرَفَةَ: صِبْغَةُ الْخُلْعِ مَا دَلَّ عَلَيْهِ وَلَوْ إِشَارَةً فِي الْمُدَوَّنَةِ». محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج5، ص297. «وَكُلُّ لَفْظٍ وَإِشَارَةٍ فَهَمُّ مِنْهُ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ لَزِمَ بِهِ الْبَيْعُ وَسَائِرُ الْعُقُودِ». محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج6، ص14.

(4) «وَإِشَارَةُ مَنْ أَعْتَقَلَ لِسَانَهُ يَجْرِي فِيهَا تَفْصِيلُ الْأَخْرَسِ فِي مَا يَطْهَرُ». شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، يليه «حاشية أبي الضياء نور الدين بن علي الشبرايملي الأفهري (1087هـ)»، يليه «حاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشدي (1096هـ)»، دار الفكر - بيروت، الطبعة: ط الأخيرة، 1404هـ - 1984م، ج6، ص65. «فَإِذَا عَجَزَ الْأَخْرَسُ بِخَرْسِهِ عَنِ الْعِبَارَةِ أَقَامَتِ الشَّرِيعَةُ إِشَارَتَهُ مَقَامَ عِبَارَتِهِ». أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، المنتور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1405هـ - 1985م، ج1، ص164.

الحنابلة⁽¹⁾، وحجتهم في ذلك ما روي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، أنها قالت: «صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَيْتِهِ وَهُوَ شَاكٍ، فَصَلَّى جَالِسًا وَصَلَّى وَرَاءَهُ قَوْمٌ قِيَامًا، فَأَشَارَ إِلَيْهِمْ أَنْ اجْلِسُوا، فَلَمَّا انْصَرَفَ قَالَ: إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ، فَإِذَا رَكَعَ، فَارْكَعُوا وَإِذَا رَفَعَ، فَارْفَعُوا، وَإِذَا صَلَّى جَالِسًا فَصَلُّوا جُلُوسًا.»⁽²⁾، ووجه الدلالة أن النبي ﷺ استعمل الإشارة لإفادة الصحابة بحكم من أحكام الصلاة، فإذا كانت هذه الوسيلة صالحة للتعبير في الصلاة وهي من أهم أركان الدين، وجب من باب أولى أن تكون صالحة في الدلالة على الرضا بالعقد الذي هو دونها، ونوقش هذا الاستدلال بأنه غير ملزم للخصم، لكونه في غير موضع النزاع، فالنبي ﷺ كان قادراً على الكلام، ومحل النزاع في معتقل اللسان غير القادر

(1) «وعندي أنه يَخْرُجُ فِي جَمِيعِ الْحَيَازَاتِ وَجِهَانٍ وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ مَنْ اغْتَقَلَ لِسَانَهُ بِالْإِشَارَةِ نَصَّ عَلَيْهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ بِالْإِشَارَةِ، إِذَا اتَّصَلَ بِاعْتِقَالِ لِسَانِهِ الْمَوْتُ.» محفوظ أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية، المرجع السابق، ص344. «فأما الناطق إذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها (...) يحتمل أن يصح وهو قول الشافعي وابن المنذر لأنه غير قادر على الكلام أشبه الأخرس.» عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج6، ص420.

(2) مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، الحديث رقم: 17، ص135. محمد بن إدريس الشافعي، المسند، المرجع السابق، ج1، ص310. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 8502، ج2، ص236، ورقم: 36135، ج7، ص286. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 24250، ورقم: 24303، ج40، ص294 و349، ورقم: 25148، ورقم: 25618، ج42، ص75، و397. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 688، ج1، ص139، ورقم: 1113، ورقم: 1236، ج2، ص47 وص70. مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 412، ج1، ص309. محمد بن ماجة، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1237، ج1، ص392. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 605، ج1، ص165. أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 1621، ج1، ص436. أبو جعفر الطحاوي، شرح مشكل الآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 5634 إلى رقم: 5639، ج14، ص305 إلى ص309. أبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 2346، ورقم: 2347، ج1، ص403. محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان، المرجع السابق، الحديث رقم: 2104، ج5، ص462. أبو القاسم عبد الرحمن الجوهري، مسند الموطأ، المرجع السابق، الحديث رقم: 746، ص563. أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني (المتوفى: 430هـ)، المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1996م، الحديث رقم: 918 إلى 920، ج2، ص36 وص37. المهلب بن أحمد الأسدي، المختصر النصيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 204، ج1، ص308. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 313 إلى رقم 315، ورقم: 3656، ج2، ص370 وص431، ورقم: 5071، ج3، ص112. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 5676، ج4، ص135. أبو محمد الحسين بن الفراء، شرح السنة، المرجع السابق، الحديث رقم: 851، ج3، ص420 و421.

على البيان⁽¹⁾، وأجيب على ذلك بأن النبي ﷺ يعد هنا في حكم غير القادر على النطق، لكونه في صلاة، أما الدليل الثاني ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «... وَإِلَّ لِلْعَرَبِ مِنْ شَرِّ قَدْ اقْتَرَبَ، فَتُحَ الْيَوْمَ مِنْ رَدْمٍ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مِثْلُ هَذِهِ وَحَلَّقَ بِإِصْبَعِهِ الْإِبْهَامَ وَالَّتِي تَلِيهَا...»⁽²⁾، وقد وجه ابن حجر

(1) «وَمَا اسْتَدَلَّ بِهِ ابْنُ الْمُنْذِرِ لَا يَصِحُّ، فَإِنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَلَامِ، وَعَمِلَ بِإِشَارَتِهِ فِي الصَّلَاةِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج10، ص172.

(2) أبو بكر عبد الله بن الزبير بن عيسى بن عبيد الله القرشي الأسدي الحميدي المكي (المتوفى: 219هـ)، مسند الحميدي، حقق نصوصه وخرج أحاديثه: حسن سليم أسد الداراني، دار السقا - دمشق - سوريا، الطبعة الأولى، 1996م، رقم الحديث: 31، ج1، ص315. أبو عبد الله نعيم بن حماد الخزاعي، الفتن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1644، ج2، ص591. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 37214، ورقم: 37270، ج7، ص459 وص467. إسحاق بن راهويه، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 531، ج1، ص457، ورقم: 2081، ج4، ص256. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 8501، ج14، ص196، ورقم: 27413، و27414، و2746، ج45، ص403 إلى 406. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 3346، و3589، ج4، ص138 و198، ورقم: 7059، و7135، ج9، ص48 و61. أبو نعيم الأصبهاني، المسند المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 2880، و2881، ج4، ص2207 و2208. محمد بن ماجة، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3953، ج2، ص1305. محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2187، ج4، ص50. أبو بكر بن أبي عاصم، الآحاد والمثاني، المرجع السابق، الحديث رقم: 3092، ج5، ص429. أبو بكر البزاز، البحر الزخار، المرجع السابق، الحديث رقم: 9340، ج16، ص204. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 11249، و11270، ج10، ص166 و186. أبو يعلى الموصلي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 7155، و7159، ج13، ص42 و88. أبو سعيد بن الأعرابي أحمد بن محمد بن زياد بن بشر بن درهم البصري الصوفي (المتوفى: 340هـ)، معجم ابن الأعرابي، تحقيق وتخريج: عبد المحسن بن إبراهيم بن أحمد الحسيني، دار ابن الجوزي - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م، الحديث رقم: 54، ج1، ص50. محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: 354هـ)، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (المتوفى: 739هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1988م، الحديث رقم: 327، ج2، ص33 و34، ورقم: 6831، ج15، ص246. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، المرجع السابق، الحديث رقم: 8462، ج8، ص222. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 135 و136 و137 و138 و142، ج24، ص51-53. سليمان أبو القاسم الطبراني، مسند الشاميين، المرجع السابق، الحديث رقم: 3115، ج4، ص208. أبو نعيم الأصبهاني، حلية الأولياء، المرجع السابق، ج4، ص22. المهلب بن أحمد الأسدي، المختصر النصيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1379، ج3، ص49. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 20197 و20198، ج10، ص159. أبو محمد الحسين بن الفراء، شرح السنة، المرجع السابق، الحديث رقم: 4201، ج14، ص397.

الاستدلال من هذا الحديث فقال: « إن العقد على صفة مخصوصة لإرادة عدد معين يتنزل منزلة الإشارة المفهمة، فإذا اكتفي بها عن النطق مع القدرة عليه دل على اعتبار الإشارة ممن لا يقدر على النطق بطريق الأولى.»⁽¹⁾، وأما الدليل الثالث ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: « عَدَا يَهُودِيٌّ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى جَارِيَةٍ، فَأَخَذَ أَوْضَاحًا كَانَتْ عَلَيْهَا، وَرَضَعَ رَأْسَهَا، فَأَتَى بِهَا أَهْلُهَا رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم وَهِيَ فِي آخِرِ رَمَقٍ وَقَدْ أُصِمَتَتْ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: مَنْ قَتَلَكَ؟ فُلَانٌ لِعَبْرِ الَّذِي قَتَلَهَا، فَأَشَارَتْ بِرَأْسِهَا: أَنْ لَا، قَالَ: فَقَالَ لِرَجُلٍ آخَرَ غَيْرِ الَّذِي قَتَلَهَا، فَأَشَارَتْ: أَنْ لَا، فَقَالَ: فُلَانٌ لِقَاتِلِهَا، فَأَشَارَتْ: أَنْ نَعَمْ، فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَرَضَعَ رَأْسُهُ بَيْنَ حَجَرَيْنِ.»⁽²⁾، ووجه الدلالة، قبول الدعوى ضد القاتل وإدانته بمجرد إشارة من معتقل لسانٍ في قضية الحال، فوجب أن تقبل في العقود ونحوها من باب أولى، وهو ما أشار إليه ابن حجر عند بيانه لفوائد هذا الحديث بقوله: « وفيه أنه تجب المطالبة بالدم بمجرد الشكوى وبالإشارة.»⁽³⁾، وأخيراً احتجوا بأن أن معتقل اللسان محتاج للتصرف، وهو غير قادرٍ على الكلام، فوجب أن يلحق بالأخرس خرساً أصلياً في الأحكام، ومن ضمنها صحة عقده بالإشارة المفهمة، وهو القول الذي نميل إلى ترجيحه جملةً.

(ب) خلع القادر على الكلام بالإشارة: لقد اختلف الفقهاء في عقد غير الأخرس بالإشارة على قولين، أولهما يرى أنها مجزئة في ذلك، وهو قول للشافعية⁽⁴⁾ ووجهه عند الحنابلة⁽¹⁾، وهذا مذهب

(1) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج 9، ص 437.

(2) أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 13107، ج 20، ص 376. محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1394، ج 3، ص 67. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 6918، ج 6، ص 333. أبو نعيم الأصبهاني، المسند المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 412، ج 1، ص 309. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 1672، ج 3، ص 1299. المهلب بن أحمد الأسدي، المختصر النصيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1327، ج 3، ص 8. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 15984، ج 8، ص 76. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 15825، ج 12، ص 50، ورقم: 15938، ج 12، ص 78. أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة، المرجع السابق، الحديث رقم: 2528، ج 10، ص 163 و 164. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 5295، ج 7، ص 51.

(3) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج 12، ص 199.

(4) «(وَأَشَارَةُ نَاطِقٍ بِطَلَاقٍ لَعَوَ) (...) (وَقِيلَ كِتَابَةً) لِحُصُولِ الْإِفْهَامِ بِهَا كَالْكِتَابَةِ.» أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، يليه «حاشية الإمام عبد الحميد الشرواني»، يليه «حاشية الإمام أحمد بن قاسم

المالكية⁽²⁾، اعتباراً أن العقد بالإشارة عندهم أولى بالقبول من المعاطاة إلا أنهم يستبعدون إشارة ذي العاهتين⁽³⁾، واستدل هذا الفريق لرأيه بما روي: عن أبي هريرة رضي الله عنه: « أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ بِجَارِيَةٍ سَوْدَاءَ أَعْجَمِيَّةٍ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ عَلَيَّ عِنَقَ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ: " أَتَيْنَ اللَّهَ؟ " فَأَشَارَتْ إِلَى السَّمَاءِ بِإِصْبَعِهَا السَّبَّابَةِ، فَقَالَ لَهَا: " مَنْ أَنَا؟ " فَأَشَارَتْ بِإِصْبَعِهَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ وَإِلَى السَّمَاءِ، أَيْ: أَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ، فَقَالَ: " أَعْتَقُهَا ".⁽⁴⁾، ووجه الدلالة أن رسول الله ﷺ أجاز الإسلام بالإشارة، وهو أصل الدين، ولما كان الأمر كذلك، وجب أن تكون هذه الوسيلة معتبرة في سائر الديانة ومنها العقود، ولكن يعترض على الدليل بأنه في غير محل الخلاف، لأن الجارية أعجمية، فكانت بهذه الصفة في حكم العاجز عن النطق، أما دليلهم الثاني، فمستفاد من قوله ﷺ: ﴿ قَالَ ءَايَتُكَ إِلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا ^٥ ﴾⁽⁵⁾، حيث وصف الله ﷻ الرمز بالكلام⁽⁶⁾، يقول القرطبي في تفسيره: « في هذه الآية دليل على أن الإشارة تنزل منزلة الكلام.⁽⁷⁾ » وأما دليلهم الرابع، فقياس إشارة الناطق على كتابته،

العبادي (992هـ)، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، بدون طبعة، 1357هـ - 1983م، ج8، ص20. شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص462 و463.

(1) عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج7، ص373.

(2) «إِشَارَةُ السَّلِيمِ بِالطَّلَاقِ بِرَأْسِهِ أَوْ بِيَدِهِ كَلْفُظُهُ». محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج5، ص333. «وَكَذَا غَيْرُ الْأَخْرَسِ إِذَا فُهِمَ عَنْهُ بِالْإِشَارَةِ». شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص229. (3) «إِذَا كَانَ أَخْرَسَ أَعْمَى مُبْعَثٌ مُعَامَلَتُهُ وَمُنَاكَحَتُهُ لِتَعَدُّرِ الْإِشَارَةِ مِنْهُ». محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص5.

(4) أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 3284، ج3، ص230. أبو جعفر الطحاوي، شرح مشكل الآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 4990، ج12، ص521. أبو القاسم هبة الله الطبري، شرح أصول اعتقاد أهل السنة والجماعة، المرجع السابق، الحديث رقم: 653، ج3، ص435. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 15268، ج7، ص637.

(5) سورة آل عمران، الآية 41.

(6) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1408هـ - 1988م، ج6، ص420.

(7) شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج4، ص81.

بجامع الإفهام في كلٍ منهما، وأجيب عن هذا الدليل بأن الإفهام في إشارة الناطق نادر، بخلاف الكتابة فإنها حروف موضوعة للإفهام كالعبارة، وأخيراً قالوا بأن المقصود من اشتراط الصيغة دلالتها على الرضا، وهو ما يحصل بالإشارة، فتصح بها العقود⁽¹⁾.

هذا ويتجه القول الثاني إلى إقرار عدم صحة عقد القادر على النطق بالإشارة، وهو مذهب الحنفية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، واحتجوا لرأيهم بتعليل مفاده، أن النطق يغني عن إشارة الناطق، والإشارة إنما تقوم مقام العبارة في حق الأخرس لموضع الضرورة، ولا ضرورة هنا تجيز ذلك⁽⁵⁾، ويناقش هذا الدليل من جهة أن اشتراط قيام الضرورة لصحة الإشارة قول غير مؤسس، لأن المشتراط قد بني شرطه على أصل فاسد، قوامه عدم الخروج عن الصيغة اللفظية في العقود إلى غيرها من الصيغ دون ضرورة تدعو لذلك.

والذي نميل إلى ترجيحه بعد هذا العرض، هو القول الأول القاضي بصحة العقد بالإشارة من القادر على النطق، شريطة أن تكون مفهومة في عرف المتخاطبين، لأن المطلوب لصحة العقود حصول رضا العاقلين، وليست الألفاظ وحدها ما يدل عليه، لأنها غير مقصودة لذاتها، بل هي كغيرها، وسيلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر هذا الأخير بأي طريق كان، أمكن العمل بمقتضاه، كما أن القائلون بعدم صحة عقد الناطق بالإشارة، قد أجاز أكثرهم التعاقد بالمعاطاة في جل التصرفات، وهي ليست أكثر دلالة من الإشارة في التعبير عن قصد صاحبها⁽⁶⁾.

(1) شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص229.

(2) محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص14، وج4، ص511. زين الدين بن نجيم المصري، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص297.

(3) أبو بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص312. أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، المرجع السابق، ج1، ص166.

(4) مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج5، ص49. منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج5، ص39.

(5) «وإن كان قادراً على الكلام لم يصح طلاقه بالإشارة لأن الإشارة إلى الطلاق ليست بطلاق إنما قامت مقام العبارة فيحق الأخرس لموضع الضرورة ولا ضرورة هاهنا فلم تتم مقام العبارة.» أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج3، ص14.

(6) «وَعَلِمَ أَيْضًا أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا وَالْإِشَارَةِ الدَّالَّةِ عَلَى ذَلِكَ، وَهِيَ أَوَّلُ بِالْجَوَازِ مِنَ الْمُعَاطَاةِ، لِأَنَّهَا يُطْلَقُ عَلَيْهَا أَنَّهَا كَلَامٌ.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص229.

ثالثاً: الخلع بالمعاطاة

يرى جمهور الفقهاء أن الخلع لا يصح بالمعاطاة⁽¹⁾، كأن تبادر الزوجة بوضع قدر من المال بين يدي زوجها، وتخرج من داره دون أن يمنعها، في هذا الفرض وإن بوشرت الصيغة بالفعل أو التصرف - دون الوسائل المنتجة في إيقاعها على النحو الذي ذكرنا سابقاً - فإنها لا تعتبر في إنشاء المخالعة أصلاً، وإن لازمتها نية ذلك، في حين يتجه المالكية⁽²⁾ وبعض الحنابلة⁽³⁾ إلى القول بوقوع الفرقة خلعاً إذا باشر العاقد فعلاً ينصرف إلى تحصيلها عرفاً، كأن تعطي الزوجة لزوجها مالاً، فيقوم هذا الأخير بتصرف جرى العرف على اعتباره طلاقاً، كأن يقطع حبلاً كان بيده، أو أن تنزع الزوجة سوارها من معصمها وتسلمه إياه، أو أن يتنازع الزوج مع أهل الزوجة، فيردون عليه ماله ويستردون كريمتهم، أو أن يأخذ الزوج متاعه ويسلم الزوجة متاعها⁽⁴⁾، ففي كل هذه الفروض وغيرها مما يعد في عرف القوم طلاقاً، يكون هذا

(1) «لا يَحْضُلُ الْخُلْعُ بِمُحَرَّدِ بَدَلِ الْمَالِ وَقَبُولِهِ مِنْ غَيْرِ لَفْظِ الزَّوْجِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ فِي الْمَجْلِسِ، قَالَ الْقَاضِي: هَذَا الَّذِي عَلَيْهِ شَيْوُخُنَا الْبَغْدَادِيُّونَ، وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ - رَحِمَهُ اللَّهُ -». علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 379.

(2) «إِنْ أَخَذَ مِنْهَا شَيْئًا وَانْقَلَبَتْ وَقَالَ ذَلِكَ بِذَاكَ وَلَمْ يُسَمِّيًا طَلَاقًا فَهُوَ طَلَاُقُ الْخُلْعِ». محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 297. «وَكَفَّتِ الْمُعَاطَاةُ ش: قَالَ فِي التَّوْضِيحِ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ الصَّيْغَةُ وَهِيَ كَالْبَيْعِ فِي الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ هَذَا هُوَ الرُّكْنُ الْخَامِسُ وَهُوَ كَالْبَيْعِ فِي أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ بِصِيغَةٍ خَاصَّةٍ بَلْ تَكْفِي الْمُعَاطَاةُ، قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا شَيْئًا فَانْقَلَبَتْ، وَقَالَ ذَلِكَ بِذَلِكَ وَلَمْ يُسَمِّيًا طَلَاقًا فَهُوَ خُلْعٌ، انْتَهَى». شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 37.

(3) «وَذَهَبَ أَبُو حَنِظٍ الْعُكْبَرِيُّ وَابْنُ شَهَابٍ، إِلَى وَفُوعِ الْفُرْقَةِ بِقَبُولِ الزَّوْجِ لِلْعَوْضِ، وَأَفْتَى بِذَلِكَ ابْنُ شَهَابٍ بِعُكْبَرَا (...) وَاسْتَفْتَى عَلَيْهِ مَنْ كَانَ بِبَغْدَادَ مِنْ أَصْحَابِنَا، فَقَالَ ابْنُ شَهَابٍ: الْمُخْلَعَةُ عَلَى وَجْهَيْنِ، مُسْتَرْتَةً، وَمُفْتَدِيَةً، فَالْمُفْتَدِيَةُ هِيَ الَّتِي تَقُولُ: لَا أَنَا وَلَا أَنْتَ، وَلَا أَبْرَأُ لَكَ قَسَمًا، وَأَنَا أَفْتَدِي نَفْسِي مِنْكَ، فَإِذَا قَبِلَ الْفَدْيَةَ، وَأَخَذَ الْمَالَ، انْقَسَحَ النِّكَاحُ، لِأَنَّ إِسْحَاقَ بْنَ مَنْصُورٍ رَوَى: قَالَ: قُلْتُ لِأَحْمَدَ كَيْفَ الْخُلْعُ؟ قَالَ: إِذَا أَخَذَ الْمَالَ، فَهِيَ فُرْقَةٌ، وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ أَخَذَ الْمَالَ تَطْلِيْقَةً بَائِنَةً (...) وَلَئِنْ دَلَّالَةُ الْحَالِ تُعْنِي عَنْ اللَّفْظِ، بِذَلِيلٍ مَا لَوْ دَفَعَ ثَوْبَهُ إِلَى قَصَّارٍ أَوْ خِيَّاطٍ مَعْرُوفَيْنِ بِذَلِكَ، فَعَمِلَاهُ، اسْتَحَقَّا الْأُجْرَةَ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطَا عَوْضًا». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 329 و 330.

(4) «(ص) وَكَفَّتِ الْمُعَاطَاةُ (ش) أَيْ كَأَنَّ تُعْطِيهِ شَيْئًا عَلَى وَجْهِ يُفْهِمُ مِنْهُ أَنَّهُ فِي نَظِيرِ الْعِصْمَةِ وَيَفْعَلُ فِعَالًا يَدُلُّ عَلَى قَبُولِ ذَلِكَ كَأَنَّ تَكُونَ عَادَتُهُمْ أَنَّهَا إِذَا خَلَعَتْ سِوَارَهَا مِنْ يَدَيْهَا وَدَفَعَتْهُ لَهْ أَوْ خَرَجَتْ مِنَ الدَّارِ وَلَمْ يَمْنَعْهَا أَنَّهُ طَلَاُقٌ وَكَأَنَّ تَدَفَّعَ لَهُ ذَرَاهِمَ أَوْ تَحْفِرَ حُفْرَةً وَيَقْبَلُ مِنْهَا ذَلِكَ أَوْ يَرُدُّ الْحُفْرَةَ وَعُزُّهُمَا دَلَالَةُ الْحُفْرَةِ وَالذَّنَّ عَلَى مَا ذُكِرَ». محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4، ص 23 و 24. «(قَوْلَانِ وَكَفَّتِ الْمُعَاطَاةُ) فِي الْخُلْعِ عَنِ النَّطْقِ بِالطَّلَاقِ فِي مَنْ عُرْضَتْ لَهُ الْمُعَاطَاةُ كَأَنَّ تُعْطِيهِ شَيْئًا وَتَحْفِرُ

التصرف موجباً لفرقة بائنة في وجود البدل، أما إذا أوتي دونه، وجرى العرف على وقوع الطلاق به، كان هذا الأخير رجعياً، فإذا لم يجر به عرف، وباشره الزوج بنية إحداث الطلاق، لزمه ذلك شريطة قيام قرينة تدل على انصراف نيته إلى تحصيله.

هذا ويستفاد مما جاء في الفقرة الثانية من المادة (10) من قانون الأسرة⁽¹⁾ أن الاحتكام إلى الوسائل البديلة للفظ في التعبير عن الرضا لا يكون إلا من عاجز عن الكلام قياساً على إتيان صيغة النكاح التي صيغ النص لها ابتداءً، وتعتبر جميعها مجزئة باعتبار أن ما أشار إليه المشرع من كتابة وإشارة وارد على سبيل المثال لا الحصر، ومن ثمة لا ضير في إلحاق المعاطاة بها في الخلع دون النكاح إذا كان العرف يفيد وقوعه بمقتضاها.

المطلب الثاني

من حيث المباشرة

إلى جانب الطريقة المألوفة لتحقيق صيغة المخالعة، ثمة صورة خاصة يتم التعبير عن الإرادة في ضوءها بواسطة شخص آخر غير الذي تنصرف إليه آثار العقد، وهذا الشخص إما أن يكون نائباً عن العاقد بإقامة من الشارع أو بمقتضى الاتفاق (الفرع الأول) وإما أن يكون من الغير، وهو ما يوصف بالفضولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النيابة في الخلع

تباشر عملية التعاقد مبدئياً بواسطة ذوي الشأن، حيث يعبر كل متعاقد عن إرادته، بيد أنه قد يتعذر على المخالع أحياناً إيقاع الصيغة بنفسه لدواعٍ عدة، منها ما هو قانوني كأن لا يكون رشيداً فيحول الشارع حينها، بينه وبين إتيان تصرفاته، ويوكلها إلى شخص آخر ولياً كان أو ممن هو في حكمه (أولاً) ومنها ما هو مادي كأن يكون المتعاقد مريضاً أو مسافراً، فينيب عنه اتفاقاً من محل محله للتعبير عن إرادته (ثانياً).

خُفِرَتْ فَيَمْلَأُهَا ثُرَابًا أَوْ يُمْسِكَا حَبْلًا فَيَقْطَعُهُ فَإِنْ لَمْ تُعْطِهِ شَيْئًا كَانَ رَجْعِيًّا. «محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص358.

(1) التي تنص على أنه: «ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة.»

أولاً: خلع الولي

القاعدة أن الشارع يسلب غير الرشيد سلطة مباشرة تصرفاته بهدف حمايته ورعاية مصالحه، ويعقدها لمن هو أجدر وأقدر منه في الذود عنها، وهذا هو الولي، فما حدود سلطانه في مسألة الحال بالنسبة للزوج (أ) والزوجة (ب)؟

(أ) خلع الولي عن الزوج: لا خلاف بين الفقهاء قاطبة في ثبوت الولاية للذكر على نفسه متى كان رشيداً، وبالتالي لا سلطان لأحدٍ عليه فيما يباشره من تصرفات، إن في شؤونه المالية أو الشخصية، فإذا تولاهما بعد رشده من كانت له الولاية عليه إبان قصره، أباً كان أو وصياً أو غيرهما، توقفت على إجازته، ومن ذلك خلع زوجته، وهو ما سنفصل فيه لا حقاً عند تناولنا لخلع الفضولي. ولا خلاف أيضاً في عدم أهلية الذكر غير الرشيد في تولي التصرفات بنفسه، يستوي في ذلك أن يكون صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً، فأقام الشارع من يتولاهما نيابةً عنه، وعليه يسوغ لنا التساؤل فيما إذا كان الخلع من ضمنها، بتعبير آخر هل يجوز للولي أن يخلع زوجة من في ولايته؟

افترق الفقهاء بشأن هذه المسألة إلى مذهبين، حيث اتجه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في الوجه الراجح من مذهبهم⁽¹⁾ إلى القول بعدم جواز خلع الولي، لزوجته من في ولايته، لقوله ﷺ فيما رواه عنه ابن عباس⁽²⁾: «...إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»⁽¹⁾، ووجه الدلالة ألا حق في

(1) «(وَلَا يَقَعُ طَلَاقُهُمَا وَلَا عَتَاقُهُمَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ طَلَاقٍ وَاقِعٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ، وَالْمَغْنُودِ»، وَالْعَتَاقُ يَمَحُضُ مُضَرَّةً، لِأَنَّ الطَّلَاقَ، وَالْعَتَاقَ إِسْقَاطُ حَقٍّ فَلَا يَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ، وَالْمَحْنُونُ كَالْهَبَةِ، وَالْبَرَاءَةُ وَلَا وَقُوفٌ لِلصَّبِيِّ عَلَى الْمَصْلَحَةِ فِي الطَّلَاقِ بِحَالٍ لِعَدَمِ الشَّهْوَةِ وَلَا وَقُوفَ لِلْوَلِيِّ عَلَى عَدَمِ التَّوَافُقِ لِاحْتِمَالِ وُجُودِ التَّوَافُقِ عَلَى اعْتِبَارِ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ فَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفَانِ عَلَى إِجَازَتِهِ وَلَا يَنْفُذَانِ بِمَبَاشَرَتِهِ بِخِلَافِ سَائِرِ الْعُقُودِ وَيَعْنِي بِالطَّلَاقِ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ.» أبو بكر بن علي الزَّيْدِيُّ، الجوهرة النيرة، المرجع السابق، ج1، ص240. «فَلَا فَسْخَ لَوْلِيٍّ صَغِيرَةٍ وَمَجْنُونَةٍ» (...) كَمَا لَا يُطْلَقُ عَلَى الصَّغِيرِ، وَالْمَحْنُونِ، وَإِنْ كَانَتْ فِيهِ مَصْلَحَتُهُمَا.» زكريا بن محمد السنيكي، أسنى المطالب، المرجع السابق، ج3، ص442. «(وَهَلْ لِلْأَبِ خَلْعُ زَوْجَةِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أَوْ طَلَاقُهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إِحْدَاهُمَا (...) وَالثَّانِيَةُ - وَهِيَ الْأَشْهَرُ - لَا يَمْلِكُهُ وَفَاقًا لِلْأَكْثَرِ، لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - : «الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ وَالدَّارُ قُطْنِي بِإِسْنَادٍ فِيهِ ضَعْفٌ، وَلِأَنَّهُ إِسْقَاطُ لِحْفِهِ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ كَالْإِبْرَاءِ وَإِسْقَاطِ الْقَصَاصِ، وَلِأَنَّ طَرِيقَ الشَّهْوَةِ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي الْوَلَايَةِ، وَحُكْمُ الْمَحْنُونِ كَذَلِكَ» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج6، ص260.

(2) «رواه ابن ماجه من رواية ابن عباس، وفيه ابن لهيعة، والدار قطني من رواية عصمة بن مالك، قال البيهقي: ضعيف.» ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، خلاصة البدر المنير، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1410هـ-1989م، ج2، ص228. «هَذَا إِسْنَادٌ ضَعِيفٌ لَضَعْفِ ابْنِ لَهَيْعَةَ رَوَاهُ الدَّارُ قُطْنِي فِي سَنَنِهِ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَيْضًا لَكِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِهِ ابْنُ لَهَيْعَةَ فَقَدْ رَوَاهُ الْحَاكِمُ مِنْ طَرِيقِ بَقِيَّةِ بْنِ الْوَلِيدِ قَالَ حَدَّثَنِي أَبُو الْحَجَّاجِ الْمُهْدِيُّ عَنْ مُوسَى

الطلاق لغير ذي حق، وهو مالك البضع كما يشته الحديث الذي ورد عاماً شاملاً لكل مُطَلَّق، يستوي في ذلك أن يكون كبيراً أو صغيراً أو سفيهاً...، ثم أن الخلع إسقاطٌ لحق الزوج في النكاح، فكان لازماً ألا يملكه غيره، تماماً كما هو الشأن بالنسبة للإبراء من الدين وإسقاط القصاص، أضف إلى ذلك أن الطلاق متعلقٌ بالطبع والشهوة، ولا مدخل للولاية فيهما باعتبارها معقودة في الأساس لمصلحة المحجور عليه في المواطن التي تدعو الحاجة لانعقادها، وهو ما ينتفي في الخلع والطلاق⁽²⁾، وفي هذا الدليل نظر، لأن المصلحة قد تتوافر هنا أيضاً بالنسبة للصبي والمجنون.

وعلى النقيض من ذلك أجاز المالكية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ - في غير الراجح - للأب خلع ابنه غير المكلف، لما له عليه من موفور الشفقة التي تدفعه لتحري مصلحته، واستدلوا لرأيهم من الأثر بما قام به

بن أيوب وزوّاه البيهقي عن الحاكم ثم رواه البيهقي من طريق موسى بن داود عن ابن أبي ليبة عن موسى بن أيوب عن عكرمة مرسلاً لم يذكر ابن عباس قال وزوي من أوجه أخر مرفوعاً وفيه ضعف. «أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايمار بن عثمان البوصيري الكنايني الشافعي (المتوفى: 840هـ)، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، المحقق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية - بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ، ج2، ص131.

(1) محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2081، ج1، ص672. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 11800، ج11، ص300. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3991 و3992 و3993، ج5، ص67 و68. أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الحديث رقم: 2697، ج3، ص126. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 15117 و15179، ج7، ص591 و608.

(2) «قال الماوردي: وهذا صحيح إذا زوّج الأب ابنته المَحْنُون أو تزوّج الابن وهو عاقل ثم جُنَّ فَلَيْسَ لِلأَب أن يُخَالِعَ عَنْهُ، لِأَنَّ الخُلْعَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالطَّلَاقِ وَالطَّلَاقُ لَا يَقَعُ إِلَّا مِنَ الْأَزْوَاجِ (...) وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ إِزَالَةُ مِلْكٍ يَقِفُ عَلَى شَهَوَاتِ النَّفْسِ لَا يُرَاعَى فِيهِ الْأَصْلَحُ وَالْأَوَّلَى، لِأَنَّهُ قَدْ يُطَلَّقُ الْعَفِيفَةُ وَالْجَمِيلَةُ وَمُسْكُ الْفَاجِرَةِ الْقَبِيحَةِ فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يُرَاعَى فِيهِ شَهْوَةُ غَيْرِ الْمَالِكِ، لِأَن تَصَرُّفَ الْوَلِيِّ فِي حَقِّ غَيْرِهِ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْمَصْلَحَةُ دُونَ الشَّهْوَةِ فَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُطَلِّقَ عَلَى الْمُوَلَّى عَلَيْهِ». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص132. «وهل للأب خلع زوجة ابنه الصغير أو طلاقها؟ على روايتين (...) والثانية - وهي الأشهر -: لا يملكه وفاقاً للأكثر (...) ولأنه إسقاطٌ لحقه، فلم يملكه كالإبراء وإسقاط القصاص، ولأن طريق الشهوة لا مدخل لها في الولاية، وحكم المَحْنُون كَذَلِكَ». إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج6، ص270.

(3) «قال: ليس ممن له إذن وله أن يزوجه وإذا زوجه لم يكن له أن يطلق عليه إلا بشيء خلع يأخذه، ألا ترى أن مالِكاً يقول لا يجوز للأب أن يطلق على ابنه الصغير وإنما يجوز له أن يخالع عنه، ويكون تطلقه بئنه، وإنما لم يَجُزْ طلاقه لأنه ليس بموضع نظر له في أخذ شيء». مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج2، ص252. «وقال مالك: يُخَالِعُ الأب على ابنته الصغيرة كما يُنكِحُهَا وكذلك على ابنه الصغير لأنه عنده يُطَلَّقُ عَلَيْهِ، والخلاف في الابن الصغير: قال الشافعي، وأبو حنيفة: لا يجوز لأنه لا يطلق عليه عندهم». ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج3، ص91.

عبد الله ابن عمر بن الخطاب حين طلق ابناً له معتوه، وقاسوا عليه الصغير لجامع ضعف العقل بالنسبة لكليهما⁽²⁾، وروي عنه عليه السلام أنه قال: «إِذَا عَيْتَ الْمَحْنُونُ بِامْرَأَتِهِ طَلَّقَ عَلَيْهِ وَلَيْتُهُ»⁽³⁾. ومن القياس بقدرة الولي على تزويج ابنه الصغير، فجاز له بالتبعية أن يخالع عنه⁽⁴⁾، ونوقشت هذه الأدلة تباعاً، من حيث أن فعل ابن عمر هذا إن كان صحيحاً، فهو مخالف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث السالف، ومناقض لما هو ثابت عن والده عمر رضي الله عنه حين قال: «إِنَّمَا الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ يَحِلُّ لَهُ الْفُرْجُ»⁽⁵⁾، كما أن قياسهم لخلع الصغير على نكاحه قياس مع الفارق، لأن الأول إسقاط لحظه في النكاح، فلم يصح من الأب كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص، أما الثاني فهو تمليك فجاز بهذا الوصف من الأب لابنه الصغير أو المجنون أو المعتوه⁽⁶⁾.

مما سبق نرى أن الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم جواز خلع الولي لزوجة ابنه الصغير أو المجنون لقوة أدلتهم، إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة تصب في مصلحة غير الرشيد على أن يختص القاضي بتقديرها كي لا تخضع لهوى الأولياء.

(ب) خلع الولي عن الزوجة: إذا خالع الولي عن موليته، فهذه الأخيرة إما أن تكون رشيدة أو غير رشيدة، بحيث يتوقف خلعه لها في الفرض الأول على إجازتها إذا أضاف البذل إلى ذمتها لأنه لا سبيل لأحد عليها في مالها إلا بإذنها، أما إذا ضمنه أو التزم به من ماله، صح أيضاً دونما اعتبار لأذنها،

(1) «وَهَلْ لِلأَبِ خُلْعُ زَوْجَةِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أَوْ طَلَّاقُهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا: لَهُ ذَلِكَ، نَصَرَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ، لِأَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يُزَوَّجَهُ بَعْوَضٍ، فَلِأَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يُطَلَّقَ عَلَيْهِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى، لَا يُقَالُ: التَّزْوِيجُ إِذْخَالَ مِلْكٍ وَخُلْعٌ عَكْسُهُ، لِأَنَّ الأَبَ كَامِلُ الشَّفَقَةِ، فَلَا يَفْعَلُهُ إِلَّا لِمَصْلَحَةٍ وَلَدِهِ فِيهِ، وَكَالْحَاكِمِ بِمِلْكِ الطَّلَاقِ عَلَى الصَّغِيرِ وَالْمَحْنُونِ بِالْإِعْسَارِ». إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج6، ص260. «قَوْلُهُ (وَهَلْ لِلأَبِ خُلْعُ زَوْجَةِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ، أَوْ طَلَّاقُهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) (...) وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ: لَهُ ذَلِكَ. قَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَالْعَمَلُ عِنْدِي عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ...» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص386 و387.

(2) «بِمِلْكِ ذَلِكَ، وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ، وَقَتَادَةَ، لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ طَلَّقَ عَلَى ابْنٍ لَهُ مَعْتُوهُ». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص355.

(3) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم 17929، ج4، ص73.

(4) «وَلَأَنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يُزَوَّجَهُ، فَصَحَّ أَنْ يُطَلَّقَ عَلَيْهِ». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص355.

(5) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم 18276، ج4، ص103.

(6) «فَأَمَّا الْجَوَابُ عَنْ اسْتِدْلَالِ الْحَسَنِ وَعَطَاءٍ بِالنِّكَاحِ فَهُوَ أَنَّ النِّكَاحَ تَمْلِكُ فَصَحَّ مِنَ الْوَلِيِّ، كَمَا يَصِحُّ مِنْهُ قَبُولُ الْهَبَةِ، وَالطَّلَاقُ إِزَالَةُ مِلْكٍ فَلَمْ يَصِحَّ مِنَ الْوَلِيِّ كَمَا لَا يَصِحُّ مِنْهُ بَذْلُ الْهَبَةِ». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص109.

لجواز ذلك من الأجنبي، فمع الولي من باب أولى، كما أن اشتراط قبول الزوجة مرهون بغرض التزام المال، وقد ضمنه الولي، فصح الطلاق لتفرد الزوج بإيقاعه⁽¹⁾، وهي المسألة التي سنعود إليها بشيء من البسط عند تناولنا لخلع الفضولي.

أما إذا باشر الولي خلع موليته غير الرشيدة وضمن البدل من ماله، جاز ذلك عند بعض الفقهاء⁽²⁾ بعلّة عدم اشتراط إذن الزوجة بحال في إيقاع الطلاق، وأنها لا تغرم بمقتضى هذا العقد شيئاً من مالها، في حين قال البعض الآخر بوقوعه باطلاً لانتهاء المصلحة من ورائه، لأنه والحالة هذه لا اعتبار لنشوزها.

ويرتد سبب الخلاف إلى مدى اشتراط توافر عنصر الكراهة والنشوز من عدمه لصحة الخلع، فمن اشترط ذلك لم يجز مخالعة الولي لموليته غير الرشيدة حتى وإن ضمن البدل لتخلف السبب المعتبر شرعاً، ومن قال بخلافه، أجاز خلعها لانتهاء الضرر الذي يلحقها في مالها.

أما إذا خالع الولي وأضاف البدل إلى ذمتها دون التزام منه، صح الخلع في رواية عن الشافعية بالنسبة للسفينة⁽³⁾، وفي وجهه عند الحنابلة⁽¹⁾ وفي مذهب المالكية⁽²⁾ بشأن كل مولية سواء أكانت

(1) «قَالَ: (وَلَوْ خَلَعَ ابْنَتُهُ الصَّغِيرَةَ عَلَى مَالِهَا لَا يَلْزَمُهَا شَيْءٌ) (...) (وَفِي الْكَبِيرَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِهَا) لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَيْهَا فَصَارَ كَالْفُضُولِيِّ.» أبو الفضل عبيد الله البلدحي، الاختيار، المرجع السابق، ج 3، ص 158. «(قَوْلُهُ فِي الْمُنِّ، وَلَوْ بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّهُ ضَامِنٌ طَلَّقْتُ إِخْلَ) قَالَ قَاضِي خَانَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي بَابِ الْخُلْعِ رَحْلُ خُلْعٍ ابْنَتُهُ مِنْ زَوْجِهَا إِنْ كَانَتْ الْبِنْتُ كَبِيرَةً وَضَمِنَ الْأَبُ بَدَلَ الْخُلْعِ، ثُمَّ الْخُلْعُ لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ يَسُمُّ الْخُلْعَ فَأَلَا بَ أُولَى، وَإِنْ خَالَعَ الْأَبُ عَلَى صَدَاقِهَا ثُمَّ الْخُلْعُ أَيْضًا ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ أَجَازَتْ الْمَرْأَةُ تَصَحُّ إِجَازَتِهَا وَيَسْقُطُ الْمَهْرُ، وَإِنْ لَمْ تُجْزْ كَانَ صَدَاقُهَا عَلَى الزَّوْجِ وَيَرْجِعُ الزَّوْجُ عَلَى الْأَبِ بِحُكْمِ الضَّمَانِ، كَأَنَّ الْأَبَ قَالَ لَهُ خَالِعْ عَلَى صَدَاقِهَا إِنْ أَجَازَتْ وَإِنْ لَمْ تُجْزْ فَعَلَى مِقْدَارِ ذَلِكَ.» عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج 2، ص 273 و 274. «ويصح الخلع من كل زوجة رشيدة، لأن استدانها صحيحة.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 97.

(2) «وَإِذَا خَلَعَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ مِنْ زَوْجِهَا (...) فَإِنْ ضَمِنَ الْأَبُ الْمَالَ جَازَ الْخُلْعُ، لِأَنَّ الزَّوْجَ يَنْفَرِدُ بِالْإِيقَاعِ، وَاشْتِرَاطُ الْقَبُولِ فِي الْخُلْعِ، لِأَجْلِ الْمَالِ، فَإِذَا كَانَ الْأَبُ هُوَ الْمُلتَزِمُ لِلْمَالِ بِضَمَانِهِ يَسُمُّ الْخُلْعَ كَمَا لَوْ خَالَعَ امْرَأَتَهُ مَعَ أَجْنَبِيٍّ عَلَى مَالٍ، وَضَمِنَ الْأَجْنَبِيُّ» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 179. «وَأِنْ خَالَعَهَا بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ، جَازَ، لِأَنَّهُ يُجُوزُ مِنْ الْأَجْنَبِيِّ، فَمِنْ الْوَلِيِّ أُولَى.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 352.

(3) «(وَإِنْ) (خَالَعَ سَفِينَةً) أَيَّ تَحْجُورًا عَلَيْهَا بِسَفَةٍ (...) وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ صَرْفُ مَالِهَا فِي هَذَا وَتَحْوِيهِ وَإِنْ تَعَيَّنَتِ الْمَصْلَحَةُ فِيهِ كَمَا اقْتَضَاهُ إِطْلَاقُهَا، لَكِنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يُخْشَ عَلَى مَالِهَا مِنَ الزَّوْجِ وَلَمْ يُمَكِّنْ دَفْعُهُ إِلَّا بِالْخُلْعِ فَأَلَا وَجْهَ حَوَازَةٍ: أَعْنِي صَرْفَ الْمَالِ فِي الْخُلْعِ...» شمس الدين الرملي، نهایة المحتاج، المرجع السابق، ج 6، ص 397. «(قَوْلُهُ: أَوْ وَلَايَةَ لَهُ) أَيُّ الْأَبِ (قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَلِيِّ

صغيرة أو مجنونة أو معتوهة أو سفيهة أو ممن يجبر مثيلاتها على النكاح شريطة انطواء الخلع على مصلحة لها، لأن الولي قد يرى بما هو مجبول عليه من الفرق بموليته والشفقة عليها، فائدة محققة في ذلك، كدرء مفسدة عنها بتخليصها من حبال زوج تخاف في المقام معه تلف مالها، أو تخشى منه على نفسها أو عقلها أو أخلاقها، وهذه حال لا يعتبر فيها بذل العوض تبذيراً، وإنما حفظ لمالها وصيانة لنفسها، تماماً كما لو بذله الولي في غرض صحيح لها، كمدادها أو تعليمها، وقيل: لا يجوز له في مذهب المالكية خلع السفيهة - التي لا سلطان له في إجبارها على النكاح - إلا بإذنها⁽³⁾.

في ذلك، إذ الولاية لا تثبت له التبرع في مالها اهـ معني (قوله: ولأنه ليس له صرف مالها إلخ) تقدم في أوائل الباب في شرح وإن خالع سفيهة إلخ استثناء ما إذا خشي الولي على مالها من الزوج، ولم يمكن دفعه إلا بالخلع. أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج7، ص501.

(1) «قوله (وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها)، هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب (...) لو فعل كان الضمان عليه (...)» وقيل: له ذلك (...) قال المصنف في المعني، والشارح: ويحتمل أن يملك ذلك إذا رأى لها فيه المصلحة والخطأ. قلت: هذا هو الصواب. علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص388 و389. «قال أصحابنا: وليس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من مالهن، لأنه إنما يملك التصرف بما لها فيه الخطأ، وهذا لا خطأ فيه، بل فيه إسقاط نفقتها ومسكنها وبذل مالها، ويحتمل أن يملك ذلك، إذا رأى الخطأ فيه، ويمكن أن يكون الخطأ لها فيه بتخليصها ممن يثلف مالها، وتخاف منه على نفسها وعقلها، ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا سقها، فيجوز له بذل مالها لتحصيل خطئها، وحفظ نفسها ومالها، كما يجوز بذله في مداواتها، وفكها من الأسر، وهذا مذهب مالك». موفق الدين بن قدامة، المعني، المرجع السابق، ج7، ص351 و352.

(2) «(وجاز الخلع من الأب عن بنته) (المجبرة) بفتح الموحدة أي من لو تأمكت بطلاق، أو موت جبرها على الزواج لكونها بكراً أو ثيباً صغيرة، أو مجنونة من مالها بدون إذنها ولو بجميع مهرها حيث اقتضته مصلحتها». محمد عيش، منح الجليل، المرجع السابق، ج4، ص5. «ويجوز الخلع من المجبر عن المجبرة، ولو بغير إذنها بجميع مهرها كان المجبر أباً أو وصياً». أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفوط) (المتوفى: 1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، يعلوها «كفاية الطالب الرباني»، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1414هـ - 1994م، ج2، ص112.

(3) «(وفي) جواز (خلع الأب عن بنته) (السفيهة) أي البالغة الثيب التي لا تحسن التصرف في المال من مالها بغير رضاها ومنعه (خلاف) فإن كان ماله، أو يرضاه فلا خلاف في جوازه، ونص التوضيح في صلح الأب عن البنت السفيهة قولان، الأول: لأن العطار وابن الهندي وغيرهما المؤقتين: لا يجوز له ذلك إلا بإذنها، وقال ابن أبي زيمين وابن لبابة: جرت الفتيا من الشيوخ بجواز ذلك، ورواها بمنزلة البكر مادامت في ولايته على المشهور، اللخمي وهو الجاري على قول مالك - رضي الله عنه - في المدونة، ابن راشد: الأول هو المعول عليه. ابن عبد السلام وهو أصل المذهب، ابن عرفة، وفي خلع الأب عن ابنته الثيب في حجره كالبكر ووقفه على إذنها اختياراً المتيطي مع نقله عن ابن أبي زيمين قائلاً عليه جرت فتوى شيوخننا وفتحنا واختيار اللخمي، وقول ابن العطار مع ابن الهندي وغيرهما من المؤقتين». محمد عيش، منح الجليل، المرجع السابق، ج4، ص5 و6. «وفي خلع الأب عن

هذا ويرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾ فضلاً عن الظاهرية⁽²⁾ بعدم جواز خلع ولي غير الرشيدة، عنها من مالها، لأنه إنما ملك التصرف فيه بما يحقق منفعتها، ولا نفع لها في هذا وقد انجر عنه فضلاً عن بذل مالها دون مقتضى، سقوط نفقتها وسكناها.

والذي نميل إليه بعد هذا العرض - لاسيما ما تعلق منه بغير الرشيدة - عدم جواز أعمال الولاية في مخالعتها حال كونها صغيرة أو مجنونة أو معتوهة، سواء أضيف البذل إليها أو إلى وليها، لأن في ذلك كما سبق وأن قلنا، إسقاط لحقها في النفقة والمهر والمتعة، وهو ما لا يملك الولي إسقاطه بحال، من جهة أخرى فإن ما عسى أن يكون سبباً للخلع من فرك المرأة لزوجها وكرهيتها لمعاشرته، هو مما يستلزم وجود العقل والإدراك من جانبها لتحقيقه.

أما إذا توافرت المصلحة في فكاكها من نكاح لا خير فيه، وتعذر إثبات الضرر الموجب لطلب الفرقة تطبيقاً، جاز حينها للولي إيقاع الخلع حفاظاً على أي من المقاصد الخمسة، يستوي في ذلك أن

السَّفِيهَةِ خِلَافٌ (ش) يَعْنِي أَنَّ الْأَبَّ إِذَا خَالَعَ عَنْ ابْنَتِهِ الْبَالِغِ الثَّيِّبِ السَّفِيهَةَ مِنْ مَالِهَا بَغَيْرِ إِذْنِهَا هَلْ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ أَمْ لَا فِيهِ خِلَافٌ». محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4، ص 13.

(1) «رجل خلع ابنته الصغيرة عن زوجها على مالها لم يجز، لأن الخلع على مالها بمنزلة التبرع بمالها، لأنه يُقابل مالها بما ليس بمتقوم، لأن منافع البضع لا قيمة لها عند الخروج على ملك الزوج، والأب لا يملك التبرع بمال». أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج 3، ص 351. «الصغير والصغيرة. الأب إذا خلع ابنته الصغيرة من زوجها على مالٍ لم يصح، يعني لم يجز به بدل الخلع على الصغيرة، وهل يقع الطلاق فيه روايتان، والأصح أنه يقع». أبو محمد غانم البغدادي، مجمع الضمانات، المرجع السابق، ص 352. «إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ولأنه طريق الشهوة فلم يدخل في الولاية ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشيء من مالها لأنه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع». أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج 2، ص 490. «وهكذا إذا نكحت المملوكة على عقلها لم يكن لأبيها ولا لولي غيره أن يخالع عنها بغيرها ولا يُبرئ زوجها من نفقتها ولا شيء واجب لها عليه». محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 5، ص 22. «فأما المخجور عليها لفسدها، أو صغيراً، أو مجنوناً (...) قال أصحابنا: وليس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من مالها، لأنه إنما يملك التصرف بما لها فيه الخطأ، وهذا لا حظ فيه، بل فيه إسقاط نفقتها ومسكنها وبذل مالها». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 352. «(وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها) لأنه إنما ملك التصرف بمالها فيه الخطأ وليس في هذا حظ بل فيه إسقاط نفقتها وكسوتها وبذل مالها». عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 180.

(2) «(ولا يجوز أن يخالع عن المجنونة ولا عن الصغيرة أب، ولا غيره لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ وقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، فمخالعة الأب أو الوصي أو السلطان عن صغيرة أو كبيرة كسب على غيره، وهذا لا يجوز، واستخلال الزوج مالها بغير رضا منها أكل مال بالباطل، فهو حرام». ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 526.

يكون العوض من ماله أو مالها، أما غير الرشيدة لسفهٍ إن كانت بالغَةً، تعين إيقاف مخالعة الولي لها على إذنها كما هو مقرر في وجهه عند المالكية.

ثانياً: خلع الوكيل

لما كان الخلع جامعاً بين البيع والطلاق من جهة، ولما كان التوكيل جائزاً في كل تصرفٍ منهما على حدا من جهة أخرى، جاز بالتبعية في اجتماعهما⁽¹⁾، وبالتالي أمكن للزوجين معاً أن يوكلا كل من جانبه شخصاً يقوم مقامه في إبرام هذا العقد، أو أن تنيب الزوجة وحدها - دون الزوج - من يحل محلها في ذلك، والعكس صحيح (ب)، لأن الزوجة في هذا المقام بمنزلة المشتري في البيع، والزوج فيه بمنزلة البائع، وهي العلة الموجبة لاختلاف صفة وكيل كل منهما عن الآخر (أ)، إذ تختص وكالة الزوج بمعاوضةٍ وطلاق، في حين تنصرف وكالة الزوجة إلى معاوضة صرفة.

(أ) **صفة الوكيل:** لا خلاف بين الفقهاء في ضرورة استفتاء الوكيلين معاً، لشرطي البلوغ والعقل بالألا يكون أي منهما صغيراً أو مجنوناً، فهؤلاء جميعاً لا يصح منهما عقد ولا يتعلق بقولهما حكم، إلا ما ذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية حين أقر صحة توكيل الصبي والمعتوه عن البالغ العاقل⁽²⁾.

في المقابل لا يعتبر الإسلام والحرية في حق الوكيلين، وعليه يستوي أن يكونا مسلمين أو كافرين، حرين أو رقيقين، لأنه يصح توكيل غير المسلم والعبد في الطلاق وفي البيع منفردين، فصح في اختلاطهما، أضف إلى ذلك جواز الخلع لنفسيهما، فصح بالموالاة توكيلهما فيه لغيرهما⁽³⁾، كما لا

(1) «التَّوَكُّيلُ عَلَى الْخُلْعِ جَائِزٌ كَالْبَيْعِ». محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج5، ص290. «التَّوَكُّيلُ بِالْخُلْعِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ جَائِزٌ». أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج7، ص391. «وَيَصِحُّ التَّوَكُّيلُ فِي الْخُلْعِ، مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ، وَمِنْ أَحَدِهِمَا مُنْفَرِدًا (...) وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص367 و358.

(2) «وَإِذَا وَكَّلَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ صَبِيًّا، أَوْ مَعْتُوًّا، أَوْ مَمْلُوكًا بِالْقِيَامِ مَقَامَهُ بِالْخُلْعِ وَالْإِخْتِلَاعِ جَازَ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِهَذَا الْعَقْدِ سَفِيرٌ مُعَبَّرٌ عَنِ الْمُوَكَّلِ، وَلِهَذَا عِبَارَةٌ مُعْتَبَرَةٌ حَتَّى يَنْفُذَ تَصَرُّفُهُمْ بِإِذْنِ الْمَوْلَى فَيَنْفُذَ الْعَقْدَ بِعِبَارَتِهِمْ أَيْضًا». محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج6، ص179. «قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا وكلت المرأة صبيًّا أو معتوهاً أن يخالعهما من زوجها كان التوكيل صحيحاً، والصبي والمعتوه في هذا كالبالغ». أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج3، ص358.

(3) «يجوز التوكيل في الخلع من جهة الزوجة والزوج لأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع، ويجوز أن يكون الوكيل منهما مسلماً وكافراً حراً وعبدًا». أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج17، ص34. «وَعَلِمَ مِنْهُ صِحَّةُ التَّوَكُّيلِ فِي الْخُلْعِ لِكُلِّ

يشترط في وكيل الزوج أن يكون رشيداً⁽¹⁾، ومن ثمة جاز توكيل محجور عليه لسفه، لصحة خلعه لنفسه، وأما وكيل الزوجة ففي المسألة وجهان، أحدهما جواز ذلك قياساً على وكيل الزوج، وثانيهما وجوب الرشد لاشتراطه في الزوجة عينها بوصفها أصيلاً⁽²⁾، لكن قد يقال أن وكالة الزوجة مختصة بمعاوضة محضة ومع ذلك وجب الرشد فيها، بينما تقوم وكالة الزوج مشتركة في معاوضة وطلاق، فكان من باب أولى أن يكون الرشد فيها معتبراً، والواقع أن وكالة المخالعة إنما تتعلق بمعاوضة خالصة فتفردت بحكمها، ولما كان الرشد لازماً في المعاوضات لزم بالتبعية في وكالتها، أما المعاوضة في وكالة الزوج فهي تبعاً للطلاق الذي لا يشترط فيه الرشد، فكان التبع داخلاً في حكم المتبوع، ومن ثمة سقط اقتضاء الرشد في وكالتها. كما لا يشترط في وكيل الزوجة أن يكون ذكراً، فطالما كان من حقها أن تتولاه - مع أنوثتها - بنفسها، جاز لها أن توكل فيه امرأة مثلها تماماً كما هو الشأن بالنسبة للبيع⁽³⁾، وأما وكيل الزوج فعلى وجهين، أولهما عدم جواز ذلك لأن المرأة لا تملك حق الطلاق، وبالتالي لا يصح أن تكون وكيلة فيه، وثانيهما جواز ذلك لصحة توكيلها في الطلاق⁽⁴⁾، كما لو ملكها الزوج طلاق نفسها، فإنها تصير بهذا التوكيل مالكة لإيقاعه، وعليه يسوغ لها أن تكون وكيلة في طلاق غيرها⁽⁵⁾.

-
- مَنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِي الْخُلْعِ لِنَفْسِهِ، كَالْعَبْدِ، وَالْأَنْثَى، وَالْكَافِرِ، وَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا. «إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج 6، ص 288.
- (1) «وَكُلُّ مَنْ صَحَّ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي الْخُلْعِ لِنَفْسِهِ» وَهُوَ الزَّوْجُ الَّذِي يَفْعَلُهُ (صَحَّ تَوَكُّلُهُ وَوَكَّالَتُهُ فِيهِ) كَسَائِرِ الْفُسُوحِ وَالْعُقُودِ (مِنْ حُرِّ وَعَبْدٍ وَذَكَرٍ وَأُنْثَى وَمُسْلِمٍ وَكَافِرٍ وَمَحْجُورٍ عَلَيْهِ وَرَشِيدٍ) وَمُقْلِسٍ وَغَيْرِهِ. «منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 229.
- (2) «وَهَلْ يُعْتَبَرُ فِي وَكَيْلِ الزَّوْجَةِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: لَا يُعْتَبَرُ فِي وَكَيْلِهَا، وَإِنْ وَكَّلَتْ سَفِيهَا جَازَ اعْتِبَارًا بِوَكَيْلِ الزَّوْجِ، وَالْوَجْهُ الثَّانِي: يُعْتَبَرُ الرُّشْدُ فِي وَكَيْلِ الزَّوْجَةِ، وَإِنْ لَمْ يُعْتَبَرْ فِي وَكَيْلِ الزَّوْجِ كَمَا يُعْتَبَرُ رُشْدُ الزَّوْجَةِ فِي الْخُلْعِ، وَلَا يُعْتَبَرُ رُشْدُ الزَّوْجِ، فَلِذَلِكَ إِنْ وَكَّلَتْ الزَّوْجَةَ سَفِيهَا لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ وَكَّلَ الزَّوْجَ سَفِيهَا جَازَ. «أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 90.
- (3) «فَيَحْجُزُ تَوَكُّلُ الزَّوْجَةِ امْرَأَةً. «محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 290. «وَلَوْ وَكَّلَتْ الزَّوْجَةَ امْرَأَةً بِاخْتِلَاعِهَا، جَازَ بِلَا خِلَافٍ. «أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 398.
- (4) «لَوْ وَكَّلَ امْرَأَةً بِطَلَاقِ زَوْجَتِهِ أَوْ خُلْعِهَا، صَحَّ عَلَى الْأَصَحِّ، وَقِيلَ: لَا، لِأَنَّهَا لَا تَسْتَقِلُّ. «أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 398.
- (5) «وَلَوْ قَالَ: لَمَّا طَلَّقْتُ نَفْسَكَ مَعِيَ بِكَذَا، وَكَذَا فَعَلْتُ كَانَ ذَلِكَ جَائِزًا، لِأَنَّ الزَّوْجَ هُنَا قَدَّرَ الْبَدَلَ بِنَفْسِهِ، ثُمَّ جَعَلَهَا نَائِبَةً عَنْهُ فِي الْإِيقَاعِ وَهِيَ تَصْلُحُ مُعَبَّرَةً عَنِ الزَّوْجِ فِي إِيقَاعِ الطَّلَاقِ. «محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 19، ص 131.

(ب) **تصرفات الوكيل:** لا تخرج الوكالة في الخلع من حيث منشئها عن وضعين، فهي إما من جهة الزوجة (١)، أو من جهة الزوج (٢).

(١) **تصرفات وكيل الزوجة:** لا تلبث وكالة الزوجة أن تزيد - من حيث مداها - عن كونها مطلقة أو مقيدة، بحيث إذا وكلت من يقوم مقامها في إيقاع الخلع، فيما أن تطلق يده، فلا تحدد له من الوقت زمناً، ولا من المال جنساً أو قدراً، وإما أن تغلها بتصرف معين.

. **إطلاق الوكالة:** إذا خالع الوكيل موكلته على هذا النحو، فإن خلعه لا يخلو من أحد قسمين، أولهما أن يخالع عنها بما كان مأموراً به في إطلاق الوكالة من غير مجاوزة، وهو مهرها عند الحنفية والحنابلة^(١)، ومهر مثلها عند الشافعية^(٢)، وخلع مثلها عند المالكية^(٣)، حالاً وبغالب نقد البلد مما يعتبر أثماً وقيماً دون العروض والسلع، قياساً على إطلاق الوكالة في الشراء^(٤)، فيكون خلعه عندها لازماً للزوجة، وللوكيل في هذا العقد ثلاثة أحوال، أحدها أن يبرمه على مال مضمون في ذمتها، فيكون

«وَلَوْ وَكَّلَتِ الزَّوْجَةُ امْرَأَةً بِاخْتِلَاعِهَا، جَازَ بِهَا خِلَافٌ». أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 398.

(١) «... ثُمَّ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ بَشِيٍّ بِجَهْلٍ كَالْتَوْبِ وَنَحْوِهِ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِمَا دَفَعَ إِلَيْهَا مِنَ الْمَهْرِ...» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 190. «وَصَحَّ الْخُلْعُ لِانْتِصَافِ الْإِذْنِ إِلَى إِزَالَةِ مَلِكِهِ عَنِ الْبُضْعِ بِالْعَوَضِ الْمُقَدَّرِ شَرْعاً وَهُوَ مَهْرُهَا». منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج 3، ص 69.

(٢) «وإن وكلت المرأة في الخلع ولم تقدر العوض فخالع الوكيل بأكثر من المثل لم يلزمها إلا مهر المثل لأن المسمى عوض فاسد بمقتضى الوكالة فسقط ولزم مهر المثل». أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج 2، ص 495. «فَإِنْ كَانَتْ الْوَكَالَةُ مُطْلَقَةً فَقَالَتْ لَهُ: خَالِغْ عَنِّي، وَلَمْ تَذْكُرْ لَهُ مِنَ الْمَالِ جَنْسًا وَلَا قَدْرًا فَعَلَى الْوَكِيلِ أَنْ يُخَالِغَ عَنْهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 91.

(٣) «(أَوْ) (أَطْلَقَ) الزَّوْجُ (لَهُ) أَيْ لِلْوَكِيلِ (أَوْ) أَطْلَقَ (لَهَا) أَيْ لِلزَّوْجَةِ بِأَنْ لَمْ يُسَمَّ شَيْئًا فَتَقْصُ الْوَكِيلُ أَوْ الزَّوْجَةُ عَنْ خُلْعِ الْمِثْلِ...» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 355.

(٤) «فَإِنْ كَانَتْ الْوَكَالَةُ مُطْلَقَةً فَقَالَتْ لَهُ: خَالِغْ عَنِّي، وَلَمْ تَذْكُرْ لَهُ مِنَ الْمَالِ جَنْسًا وَلَا قَدْرًا فَعَلَى الْوَكِيلِ أَنْ يُخَالِغَ عَنْهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ خَالًا مِنْ غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ الَّتِي هِيَ أَثْمَانٌ وَقِيمٌ دُونَ الْغُرُوضِ وَالسَّلَعِ». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 91.

حينها واجباً عليها دونه، لأن صيغة الوكيل انطوت على ضمانها إياه⁽¹⁾، ولا يؤخذ باستيفائه منها، لأن وكالته مقصورة على العقد لا غير⁽²⁾.

أما إذا أضاف الوكيل المال إلى ذمته، كان ضامناً له بالعقد دون الزوجة، لانقضاء حده في ذمة غيرها⁽³⁾، وليس للوكيل أن يطالبها بالمال قبل غرمه، فإن أبرأه الزوج لم يرجع عليها، وإن أخذ به هذا الأخير عوضاً منه، حق له أن يعود عليها بأقل القيمتين من العوض أو المسمى، وقيل أيضاً أنها ضامنة بدورها للمال بمقتضى العقد لأجل إدخائها فيه، وعلى هذا ليس للوكيل كما في الفرض الأول، أن يطالبها به قبل غرمه، فإن أبرأه الزوج لم يرجع عليها، وإن أخذ به عوضاً منه، كان للوكيل حق الرجوع عليها بالمسمى في العقد دون قيمة العوض⁽⁴⁾.

(1) «أَوْ خُلِعَ الْمِثْلُ إِذَا أَطْلَقَتْ فَإِنَّهُ يَلْزُمُهَا إِنْ أَضَافَ الْخُلْعَ إِلَيْهَا.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 33. «أَوْ أَطْلَقَتْ (...) وَأَضَافَ إِلَيْهَا هُنَا أَيْضًا (بَانَتْ وَيَلْزُمُهَا مَهْرُ الْمِثْلِ) وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ عَلَى الْمُعْتَمَدِ.» أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج 7، ص 473. «أَنْ يُطْلَقَ الْوَكَالَةُ، فَيَقْتَضِي خُلْعَهَا بِمَهْرٍ مِنْ جَنْسِ نَقْدِ الْبَلَدِ، فَإِنْ خَالَعَهَا بِذَلِكَ فَمَا دُونَ، صَحَّ، وَلَزِمَهَا.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 359.

(2) «وَإِذَا وَكَلْتَ الْمَرْأَةَ رَجُلًا أَنْ يَخْلَعَهَا مِنْ زَوْجِهَا عَلَى مَالٍ أَوْ عَلَى مَا بَدَأَ لَهُ فَخَلَعَهَا عَلَى الْمَهْرِ الَّذِي أَخَذَتْ مِنْهُ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَيْهَا وَهُوَ دَيْنٌ عَلَى الْمَرْأَةِ وَلَا يُؤْخَذُ بِهِ الْوَكِيلُ، لِأَنَّهُ مُعَبَّرٌ عَنْهَا فَإِنَّهُ لَا يُسْتَعْنَى عَنْ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَيْهَا فَيَقُولُ: اخْلَعْ امْرَأَتَكَ وَلَا يَقُولُ اخْلَعْنِي، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْوَكِيلِ مِنْ تَسْلِيمِ الْمُعَقَّدِ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَلَا تَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ الْمُطَالَبَةُ بِالْبَدَلِ أَيْضًا.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 19، ص 130. «أَخَذَهُمَا: -وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ- إِنَّهُ غَيْرُ مَأْخُوذٍ بِاسْتِيفَائِهِ مِنْهَا، لِأَنَّ وَكَالَتَهُ مَقْصُورَةٌ عَلَى الْعَقْدِ دُونَ غَيْرِهِ...» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 91 و 92.

(3) «وإن كان البديل مضافاً إلى الوكيل إضافة ملك أو إضافة ضمان فالوكيل هو المطالب بالبديل دون المرأة، ويرجع الوكيل بما أدى على المرأة.» أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج 3، ص 356. «وَأَمَّا لَوْ أَسْنَدَ الْاِخْتِلَاعَ إِلَى نَفْسِهِ (...) فَإِنَّهُ يَلْزُمُهُ الْمُسَمَّى أَيُّ مَا سَمَّاهُ لِلزَّوْجِ قَالَهُ صَاحِبُ الْجَوَاهِرِ وَالْبَيَانِ وَظَاهِرُ كَلَامِهِمَا أَنَّ هَذَا جَارٍ فِيهَا إِذَا سَمَتْ لَهُ وَفِيهَا إِذَا أَطْلَقَتْ.» محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4، ص 21. «أَوْ خُلِعَ الْمِثْلُ إِذَا أَطْلَقَتْ (...) وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ لَزِمَهُ.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 33.

(4) «وَإِنْ شَرَطَ الْوَكِيلُ فِي الْعَقْدِ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ فِي ذِمَّتِهِ كَانَ ضَامِنًا بِالْعَقْدِ، وَهَلْ تَضَمَّنُهُ الزَّوْجَةُ بِالْعَقْدِ أَمْ لَا عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا أَبُو الْعَبَّاسِ بْنُ سُرَيْجٍ: أَخَذَهُمَا: تَكُونُ ضَامِنَةً لَهُ بِالْعَقْدِ لِأَجْلِ إِدْخَالِهَا فِيهِ، فَعَلَى هَذَا لَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُطَالِبَهَا بِالْمَالِ قَبْلَ غُرْمِهِ وَإِنْ أَبْرَأَهُ الزَّوْجُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا، وَإِنْ أَخَذَ الزَّوْجُ بِهِ عَوْضًا مِنَ الْوَكِيلِ رَجَعَ الْوَكِيلُ عَلَيْهَا بِالْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ دُونَ قِيَمَةِ الْعَوْضِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 92.

وأما إذا أطلق الوكيل العقد، فلم يشترط في ذمته ولا في ذمتها، فإن المال يكون مضموناً عليها تجاه الزوج⁽¹⁾، وقيل عليه، لإطلاقه في عقدٍ تفرد به مضموناً على الزوجة، وعليه لا تكون هذه الأخيرة ضامنة بحال في حق الزوج، لأنها لم تتول العقد، ولم تسم فيه، وليس للزوج إلا مطالبة الوكيل وحده دونها، وللوكيل استثناء ذلك منها قبل الغرم، هذا كله عند خلعه إياها بمعجل المهر أو مهر المثل أو خلع المثل على التفصيل السابق، ومن غالب نقد البلد، فيكون الحكم بما دونه ألزم، كما لو خالعه بمؤجل أو دون قدر البذل الذي ذكرنا، أو هما معاً، وقيل أيضاً أنها ضامنة إلى جانب الوكيل، فيكون الزوج تبعاً لذلك مخير بين مطالبته ومطالبته، وليس لهذا الأخير الرجوع عليها بالعوض قبل غرمه، لارتحان ذمتها به في حق الزوج⁽²⁾.

وأما القسم الثاني، فيتحقق حين يعدل الوكيل عمّا كان يقتضيه إطلاق العقد إلى غيره، كأن يكون مهرها أو مهر مثلها أو خلع مثلها ألفاً فيخالع على ألفين، فإن الألف الأولى لازمة للزوجة، وأما الثانية فعلى وجهين، أحدهما أنها باطلة في حقها، ساقطة عنها لتعدي الوكيل، فإن ضمنها هذا الأخير بالشرط أو بإطلاق العقد غرمها للزوج لدخولها في ضمانه⁽³⁾، وأما إن اشترط ضمانها على الزوجة ففي غرمه لها رأيان، أولهما لا يكون ملزماً بما لا انتفاء الضمان في جانبه، وثانيهما أن الوكيل مأخوذ باستيفاء العوض حتى وإن لم يضمن الزوجة ابتداءً، ومن ثمة إذا التزمت هذه الأخيرة بالألف الزائدة للزوج كانت على هذا القول هبةً له منها، لا تتم إلا ببذلها وقبوله وقبضه، ولا يبرأ الوكيل من غرمها للمخالع، أما

(1) «إن كان البذل مرسلاً فالبذل عليها وهي المطالب به، لأنّ الوكيل في باب الخلع سفير، وحقوق العقد ترجع إلى من وقع العقد له لا إلى السفير ولا لكونه سفيراً أنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى المرأة، لا بدّ وأن يقول للزوج خالع امرأتك، وفي مثل هذا الوكيل سفير كما في النكاح.» أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج3، ص356. «أو خلّع المثل إذا أطلقَتْ فَإِنَّهُ يَلْزُمُهَا إِنْ أَضَافَ الْخُلْعَ إِلَيْهَا أَوْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالْإِضَافَةِ إِلَيْهَا أَوْ إِلَى نَفْسِهِ.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص33.

(2) أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص91 و92.

(3) «فَإِنْ وَكَّلْتَهُ مُطْلَقًا فَخَالَعَ بِالمِثْلِ فَأَقْلَلْ لَزِمَ وَإِنْ زَادَ غَرِمَ الزَّيَادَةُ.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص33. «(وَإِنْ أَطْلَقَ) بِأَنْ لَمْ يُضَيِّعْهُ لِنَفْسِهِ وَلَا إِلَيْهَا وَقَدْ نَوَاهَا فَقَالَ اخْتَلَعْتُ فَلَانَّةَ بِالقَيْنِ (فَالْأَظْهَرُ أَنَّ عَلَيْهَا مَا سَمَّيْتَهُ)، لِأَنَّهَا التَزَمْتَهُ (وَعَلَيْهِ الزَّيَادَةُ) لِأَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِمَا فَكَأَنَّهُ افْتَدَاهَا بِمَا سَمَّيْتَهُ وَزِيَادَةٍ مِنْ عِنْدِهِ.» أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج7، ص473. «وَقِيلَ: تَصِحُّ، وَتَلْزِمُ الْوَكِيلَ الزَّيَادَةُ وَهُوَ الْمَذْهَبُ.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص421.

الوجه الثاني فحاصله أن بذل الألف الزائدة موقوف على إجازة الزوجة، فلا تبطل إلا أن تختار الزوجة فسخها، لأن الزيادة في هذا المقام بمرتبة العيب الداخل عليها، فيكون لها بالتبعية خيار إبطالها تماماً كما هو الشأن بالنسبة لسائر العيوب، فإن فعلت سقطت عنها، ويبقى مركز الوكيل في غرمها على النحو الذي ذكرنا، أما إذا اختارت التزامها، وجبت عليها بالعقد كالألف الأولى وتبرأ ذمة الوكيل من أدائها⁽¹⁾.

. تقييد الوكالة: إذا قيدت الزوجة وكالة الوكيل بأن حددت له جنساً من المال مقدراً، فللمسألة وجهان، أولهما أن يكون ما عينت له مما لا تجوز به المخالعة كأن يكون مغصوباً أو محرماً فلا يصح له عندئذ أن يخالع عنها مع هذا النص إلا بمهر المثل، ويكون الحكم فيه كما لو أطلقت من غير تقييد، أما الوجه الثاني فإن يكون ما نصت عليه مما يجوز به الخلع، كأن تأمره أن يخالع عنها بألف دينار أو بمنزل معين، وجب على الوكيل حينها التقييد بما حُدد له، فإن التزم بما أمرت به، نفذ الخلع ولزمها البذل بالغاً ما بلغ، وإن خالع بما دونه، صح أيضاً، لأنه وإن خالف فهي مخالفة إلى ما فيه مصلحتها⁽²⁾.

أما إذا عدل الوكيل عما أذنت فيه ونصت عليه، فإما أن يخالف إلى قدر المهر أو قدر مهر المثل أو خلع المثل وإما أن يخالف إلى غير ذلك، فإن خالف إلى الطائفة الأولى وأضاف إليها، جاز الخلع ولزمها البذل، لأنه لا يلزمها بالمخالفة سواه⁽³⁾، وإن خالف إلى الطائفة الثانية، فخالع بأكثر مما قدرت له، صح الخلع ولم تلزمها الزيادة، لأنها لم تأذن فيها، ولزمت الوكيل، لأنه التزمها للزوج فلزمه

(1) أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ص 91 و 92.

(2) «وَلَوْ قَالَتْ لَوَكِيلُهَا اخْتَلَعَ بِأَلْفٍ فَاثْتَلَّ أَوْ نَقَصَ عَنْهَا (نَقَدَ) لِمُؤَافَقَتِهِ الْإِذْنَ.» أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج 7، ص 473. «الْحَالَةُ الْأُولَى: قَدَّرَتْ فَقَالَتْ: اخْتَلَعْنِي بِمِائَةٍ، فَإِنْ اخْتَلَعَهَا بِمَا أَوْ بِمَا دُونَهَا بِالْوَكَالَةِ عَنْهَا، نَقَدَ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 371 و 372. «وَأَمَّا وَكِيلُ الزَّوْجَةِ فَلَهُ خَالَانِ: أَحَدُهُمَا، أَنْ تُقَدَّرَ لَهُ الْعَوَضُ، فَمَتَى خَالَعَ بِهِ فَمَا دُونَ، صَحَّ، وَلَزِمَهَا ذَلِكَ: لِأَنَّهُ زَادَهَا خَيْرًا.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 359. «(وَإِنْ وَكَلْتُ الْمَرْأَةَ فَبِذَلِكَ) أَيُّ فِي مُخَالَعَتِهَا مِنْ زَوْجِهَا (فَخَالَعَ) وَكِيلُهَا (...) (بِمَا عَيَّنْتَهُ) لَهُ (فَمَا دُونَهُ صَحَّ) الْخُلْعُ لِصُدُورِهِ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ.» منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 229.

(3) «أما وكيلها بالاختلاع بمائة (...) وإن زاد فالنص وُفُوعُ الْبَيْتُونَةِ (...) ثُمَّ فِيمَا يُلْزِمُهَا عَلَى النَّصِّ قَوْلَانِ (...) وَالثَّانِي أَنَّهُ يُلْزِمُهَا مَا سَمَتْ وَزِيَادَةُ الْوَكِيلِ أَيْضًا تُلْزِمُهَا إِلَّا مَا جَاوَزَ مِنْ زِيَادَةِ مَهْرِ الْمَثَلِ فَإِنَّهَا لَا تُلْزَمُ.» أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج 5، ص 328.

الضمان⁽¹⁾، وذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه لا يلزمها سوى مهر المثل، ولا شيء على الوكيل، لأنه لا يقبل العقد على نفسه، وإنما يقبله لغيره⁽²⁾، والأول هو الراجح لأنها ما التزمت أكثر مما بذلت، ولا وجد منها تغير للزوج، وينبغي ألا يجب للزوج أكثر مما بذل الوكيل له، لأنه رضي به عوضاً، وهو عوض صحيح معلوم، فلم يكن له أكثر منه، هذا كله إذا أضاف الوكيل الاختلاع إلى مالها، فإن أضافه إلى نفسه نفذ، ولزمه ما سمى وليس عليها شيء، وإن أطلق فلم يضاف إليها ولا إليه، حصلت البيونة وفي ما يلزمه قولان، أن عليه الزيادة وعليها ما سمت، فكان أشبه بما لو افتداها بما أذنت فيه وزيادة من عند نفسه⁽³⁾، والثاني أن الزيادة عليها دونه ما لم يتجاوز البدل في مجموعه مهر المثل، فإن زاد عن ذلك لزمته الزيادة⁽⁴⁾.

(1) «وإن (زَادَ وَكَيْلَهَا) عَلَى مَا سَمَتْ لَهُ (...) (فَعَلَيْهِ الزَّيَادَةُ) عَلَى مَا سَمَتْهُ (...) وَلَا يَلْزُمُهَا إِلَّا دَفْعُ مَا سَمَتْهُ (...)» حَيْثُ أَطْلَقَتْ وَالطَّلَاقُ لَا يَزِمُ عَلَى كُلِّ حَالٍ. «محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 355. «وإن زَادَ مَنْ وَكَلَتْهُ (...) زَادَ (مَنْ عَيَّنَتْ لَهُ الْعَوْضَ عَلَيْهِ) أَيْ: عَلَى مَنْ عَيَّنَتْهُ لَهُ (صَحَّ الْخُلْعُ) (...) (وَلَزِمَتْهُ) أَيْ: الْوَكِيلُ (الزَّيَادَةُ)، لِأَنَّ الزَّوْجَةَ رَضِيَتْ بِدَفْعِ الْعَوْضِ (...) بِالْقَدْرِ الْمَأْدُونِ فِيهِ مَعَ التَّقْدِيرِ، وَالزَّيَادَةُ لَازِمَةٌ لِلْوَكِيلِ لِنَذْلِهِ لَهَا فِي الْخُلْعِ فَلَزِمَتْهُ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ وَكَيْلاً.» منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج 3، ص 69. «متى خالع وكيل المرأة بما عينته له فما دونه صح ولزمها ذلك لأنه زادها خيراً وإن خالعاها بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة لأنه المتأذن فيها ولزم الوكيل لأنه التزمت للزوج فلزمه الضمان كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال.» عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 228.

(2) «أما وكيلها بالاختلاع بمائة (...) وإن زاد فالنص وُفُوعُ الْبَيْتُونَةِ (...) ثُمَّ فِيمَا يَلْزِمُهَا عَلَى النَّصِّ قَوْلَانِ، أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَفْسُدُ الْمُسَمَّى وَالْأُخْرَى مَهْرُ الْمَثَلِ.» أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج 5، ص 328. «فَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمَثَلِ زَائِداً عَلَى مَا سَمَتْهُ الْوَكِيلُ، لَمْ يَجِبِ الزَّيَادَةُ عَلَى مَا سَمَتْهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مَا سَمَتْهُ الْوَكِيلُ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ، لَمْ يَجِبِ الزَّيَادَةُ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 391. «وقال القاضي في المجرد عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها لأنه لا يقبل العقد لنفسه وإنما يقبله لغيره ولعل هذا مذهب الشافعي.» عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 228.

(3) «وَأَمَّا وَكَيْلُهَا بِالْإِخْتِلَاعِ بِمِائَةٍ فَإِنْ زَادَ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَزِمَتْ الْمِائَةُ وَالزَّيَادَةُ عَلَى الْوَكِيلِ وَإِنْ أَضَافَ إِلَى نَفْسِهِ صَحَّ وَلَزِمَهُ الْمُسَمَّى وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالْإِضَافَةِ إِلَيْهَا وَلَا إِلَى نَفْسِهِ لَزِمَتْ الْبَيْتُونَةُ وَعَلَيْهَا مَا سَمَتْ وَالزَّيَادَةُ عَلَى الْوَكِيلِ.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 33.

(4) «فَإِنْ أَضَافَ إِلَى نَفْسِهِ نَفَذَ وَلَزِمَ الْوَكِيلَ تَمَامَ مَا سَمَى وَلَيْسَ عَلَيْهَا شَيْءٌ لِأَنَّ اخْتِلَاعَ الْأَجَنِيِّ بِنَفْسِهِ صَحِيحٌ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْوَكِيلَ وَلَمْ يَضِفْ إِلَيْهَا وَلَا إِلَى نَفْسِهِ فَالْبَيْتُونَةُ حَاصِلَةٌ عَلَى النَّصِّ وَفِيمَا يَلْزِمُهُ قَوْلَانِ، أَحَدُهُمَا أَنْ عَلَيْهَا مَا سَمَتْ وَالزَّيَادَةُ عَلَى الْوَكِيلِ كَأَنَّهُ قَدْ افْتَدَاهَا بِمَا سَمَتْ وَزَيْادَةً مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ وَالثَّانِي أَنَّ الزَّيَادَةَ عَلَيْهَا أَيْضًا مَا لَمْ يُجَاوِزْ مَهْرَ الْمَثَلِ فَمَا جَاوَزَ مَهْرَ الْمَثَلِ فَهُوَ عَلَى الْوَكِيلِ وَقِيَّاسَ مَذْهَبِ

(٢) تصرفات وكيل الزوج: إذا وكل الزوج من ينوب عنه في خلع زوجته، فإما أن يقيده بعوض محدد وإما أن يطلق له الوكالة.

. **تقييد الوكالة:** إذا حدد الزوج لوكيله في الخلع عوضاً معيناً، كما لو قال له اخلع عني زوجتي بخمسين ألف دينار أو على منزلها الفلاني، تعين حينها على الوكيل التقييد بما نص عليه موكله من غير مخالفة، فإن فعل واقتصر على المسمى من غير تجاوز ولا تقصير، وخالف بالخمسين ألفاً إن كانت هي المسماة، أو بالمنزل إن كان هو المسمى، صح عندها الخلع ووقع الطلاق، وللوكيل قبض العوض وإن لم يذكره الزوج ما لم ينهه عن قبضه، كالوكيل في البيع الذي يجوز له قبض الثمن، وإن لم يأذن فيه الموكل ما لم ينهه عنه^(١).

وأما إذا خالف الوكيل ما عين له الزوج إلى غيره، فإما أن يزيد على ما حدد له موكله، أو ينقص عنه.

فأما إذا خالف الوكيل في قدر المعين إلى زيادة بأن خالف عنه بما يفوق المسمى، صح الخلع ووقع الطلاق، لأنه إذا رضي بالمسمى، كان به وبما زاد عنه أرضى، وجرى ذلك مجرى رجل علق طلاق زوجته على ألفٍ فأعطته ألفان، صح حينها الطلاق على الألفين، ولا تكون الزيادة مانعةً من حصول الصفة بها، لدخول الألف في الألفين^(٢)، فإن قيل ينبغي ألا يصح في الزيادة قياساً على البيع لاحتمال

الْمُزْنِيَّ صِحَّةَ الْخُلْعِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ وَانْصِرَافَهُ عَنْهَا كَالْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ بِمِائَةِ إِذَا زَادَ فَإِنَّهُ يَقَعُ عَنْهُ إِذَا لَمْ يُصَرَّحْ بِالإِضَافَةِ إِلَى الْمُوَكَّلِ (...) هَذَا كُلُّهُ إِذَا عِينَتْ مِائَةٌ. «أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج5، ص328 و329. «(والثاني)، يلزمها أكثر الأمرين من مهر المثل أو المائة، فإن كان مهر المثل أكثر وجب، لأن المسمى سقط لفساده ووجب مهر المثل، وإن كانت المائة أكثر وجبت لأنها رضية بها، وأما الوكيل فإنه إن ضمن العوض في ذمته رجع الزوج عليه بالزيادة لأنه ضمنها بالعقد، وإن لم يضمن بأن أضاف إلى مال الزوجة لم يرجع عليه بشيء.» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج17، ص33.

(1) «قَالَ: وَإِنْ وَكَّلَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا (...) بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ (...) فَطَلَّقَهَا (...) بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ (...) جَازَ.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج19، ص129. «لَوْ قَالَ خَالَعَهَا بِمِائَةٍ (...) فَإِنْ خَالَعَ بِمَا سَمَّاهُ (...) فَلَا شَكَّ فِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص33. «وإن قيد له العوض بأن قال: خالع عني بمائة فإن خالعهما جاز لأنه فعل ما أذن له فيه.» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج17، ص36. «فإن وكل الزوج، فخالع وكيله بما قدر له (...) صح، ولزم المسمى لأنه امتثل أمره.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج3، ص104.

(2) «بِخِلَافِ التَّوَكِيلِ بِالْإِيقَاعِ بِغَيْرِ عَوْضٍ وَإِنْ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ أَوْ أَكْثَرَ جَازَ، لِأَنَّهُ حَصَلَ مَا هُوَ مَقْصُودُ الزَّوْجِ...» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج19، ص129. «فَإِنْ خَالَعَ بِمَا سَمَّاهُ أَوْ زَادَ فَلَا شَكَّ فِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ، قَالَهُ فِي التَّوَضُّيْحِ

المحاباة، فذلك قياس مع الفارق، لأن البيع يفترق عن الخلع من جهة وقوعه عند التراضي غالباً، أما الخلع فعند الشقاق في أكثر أحواله، وهو ما يبعد قصد المحاباة⁽¹⁾.

وأما إذا خالف الوكيل إلى ما هو أقل بأن اقتصر من المسمى على بعضه أو عدل عن جنس المسمى إلى غيره، فالطلاق في الفرضين غير واقع، يستوي في ذلك أن يخالف الوكيل في الجنس أو في نقصان القدر⁽²⁾، فجرى ذلك مجرى رجلٍ علق طلاق زوجته على ألفٍ فأعطته أقل منها، أو على سيارةٍ فبذلت له يخبثاً، لم تطلق لأن الصفة التي علق الزوج بها الطلاق لم تراعى في الحالين، سواء أكان ما أعطت الزوجة بقيمة المسمى أو أكثر، لأن الطلاق معلق بالصفة لا بالقيمة، وافترق حال وكيل الزوج في هذا المقام عن وكيل الزوجة الذي يقع خلعه بهذه المخالفة، لأن الطلاق إنما يقع من جهة الأول لا

وهو مفهوماً من قول المصنف: «شمس الدين أبو عبد الله الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 32. «وإن قيد له العوض، بأن قال: خالع عني بمائة...» وإن خالع بأكثر منها صح، لأنه زاده خيراً.» أبو الحسين يحيى العمراني، البيان، المرجع السابق، ج 10، ص 41. «فإن وكل الزوج، لم يخل من خالين: الحال الأول، أن يُقدَّر له العوض، فخالع به أو بما زاد، صح، ولم يمسى، لأنه فعل ما أمر به.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 358.

(1) «(فَلَوْ قَالَ) الرَّوْحُ (لَوْكَيْلُهُ: خَالَعَهَا بِمِائَةٍ) مِنْ دَرَاهِمٍ مَثَلًا مَعْلُومَةٍ (لَمْ يَنْقُصْ) وَكَيْلُهُ (مِنْهَا) لِأَنَّهُ دُونَ الْمَادُونِ فِيهِ، وَأَفْهَمَ جَوَازَ الزَّيَادَةِ عَلَيْهَا وَهُوَ كَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ مِنْ جَنْسِهَا قَطْعًا كِمِائَةٍ وَعَشْرَةٍ، وَكَذَا مِنْ غَيْرِهِ عَلَى الْأَصَحِّ كِمِائَةٍ وَتَوْبٍ. فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ لَا يَصِحَّ فِيمَا إِذَا زَادَ، كَمَا لَوْ قَالَ: بَعْدَ مِنْ زَيْدٍ بِكَذَا فَبَاعَهُ بِأَكْثَرٍ، لِأَنَّهُ قَدْ يَقْصِدُ مُحَابَاتَهُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْخُلْعَ إِنَّمَا يَقَعُ غَالِبًا عِنْدَ الشَّقَاقِ وَمَعَ ذَلِكَ يَبْعُدُ قَصْدُ الْمُحَابَاةِ.» شمس الدين الخطيب الشيريني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 436.

(2) «قَالَ: وَإِنْ وَكَّلَهُ أَنْ يُطْلَقَهَا ثَلَاثَةً بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطْلَقَهَا وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ لَمْ يَقَعْ، لِأَنَّهَا لَوْ وَقَعَتْ بِحَصَّتِهَا مِنَ الْأَلْفِ وَالزَّوْجُ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَجِبَ لَهُ عَلَيْهَا جَمِيعُ الْأَلْفِ فَكَانَ بِمَا صَنَعَ مُحَالِفًا وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمُوَكَّلِ.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 19، ص 129. «(ص) وَإِنْ نَقَصَ وَكَيْلُهُ عَنْ مِسْمَاهُ لَمْ يَلْزَمْ (ش) يَعْنِي إِذَا قَالَ الزَّوْجُ لَوْكَيْلِهِ خَالَعِ لِي زَوْجَتِي بِعَشْرَةٍ مَثَلًا فَخَالَعَهَا بِخَمْسَةٍ فَإِنَّ الْخُلْعَ لَا يَلْزَمُ وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ لِأَنَّ الْوَكِيلَ مَعْزُولٌ عَنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يُتِمَّهُ الْوَكِيلُ أَوْ الزَّوْجَةُ فَيَلْزَمَ إِذْ لَا مَنَّةَ تَلْحَقُ الزَّوْجَ.» محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4، ص 20. «وقال في من وكل وقدر العوض فخالع على أقل منه أن الطلاق لا يقع.» أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج 2، ص 495. «وإن خالع بأقل منه، ففيه وجهان، أحدهما، لا يصح الخلع وهذا اختيار ابن حامد، ومذهب الشافعي، لأنه خالف موكله، فلم يصح تصرفه، كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى، ولأنه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض، فلم يصح منه، كالأجنبي...» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 358.

من جهة الثاني، وذهب بعض الحنابلة إلى القول بصحة الخلع لأن مخالفة الوكيل لموكله جاءت في قدر العوض وهو لا يبطله فيرجع الموكل على الوكيل بالقدر الذي نقص⁽¹⁾.

إطلاق الوكالة: إذا أطلق الزوج وكالة الوكيل فلم يحدد له من البدل جنساً ولا قدراً، فوكالته جائزة، وعليه أن يخالع بالمهر أو مهر المثل أو خلع المثل فما زاد، لأن الغاية من الإطلاق، تملك بدل عن البضع معلوم بالشرع - ومقداره مهر الزوجة أو مهر مثلها أو خلع مثلها - فلم تؤثر فيه جهالة العقد، وترتيباً عليه لا يخلو حال الوكيل من ثلاثة أوجه، أحدها أن يخالع عن الزوج بالمهر أو مهر المثل أو خلع المثل حالاً من غالب نقد البلد من غير زيادة ولا نقصان، فالخلع حينها ماضٍ والطلاق واقع، وثانيهما أن يخالع بالمهر أو مهر المثل أو خلع المثل وزيادة، فالخلع جائز، سواء أكانت الزيادة من جنس المهر، أو من غيره قولاً واحداً⁽²⁾، أما الوجه الثالث فإن يخالعها بأقل من المهر أو مهر المثل أو خلع المثل، ففي المسألة ثلاثة أقوال، أولها عدم وقوع الطلاق، لأن مخالفة ما يقتضيه الإطلاق كمخالفة ما يوجبه التقييد نصاً، وقد حالت هذه الأخيرة دون وقوع الطلاق، فلزم بالتبعية أن تمنع الأولى من وقوعه⁽³⁾.

(1) «وَالثَّانِي، يَصِحُّ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْوَكِيلِ بِالنَّقْصِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ، لِأَنَّ الْمَخَالَفَةَ فِي قَدْرِ الْعُوضِ لَا تُبْطِلُ الْخُلْعَ، كَحَالَةِ الْإِطْلَاقِ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 358.

(2) «قَالَ فِي التَّوَضُّعِ: يَعْنِي لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا عَلَى أَنْ يُخَالَعَ لَهُ زَوْجَتَهُ فَإِنْ خَالَعَهَا بِخُلْعِ الْمِثْلِ فَكُنْتُ لِرَبِّهِ.» شمس الدين أبو عبد الله الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 32. «وَلَوْ قَالَ مُطْلَقًا فَخَالَعَهَا فَتَقَصَّ عَنْ خُلْعِ الْمِثْلِ وَادَّعَى الرَّوْحَ أَنَّهُ أَرَادَ خُلْعَ الْمِثْلِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ. ابْنُ الْحَاجِبِ: يَمِينُهُ أَوْ لَهَا.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 291. «وَإِنْ أَطْلَقَ الْإِذْنَ لِيُكَيِّلَهُ كَخُلْعِهَا بِمَالٍ أَوْ سَكَتَ عَنْهُ (لَمْ يَنْقُصْ عَنْ مَهْرٍ مِثْلٍ) لِأَنَّهُ الْمَرْدُّ، وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ عَلَيْهِ مِنْ جَنْسِهِ وَغَيْرِهِ.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص 436. «وَإِنْ قَالَ خَالَعَ مُطْلَقًا نَفَذَ خَلْعَهُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ فَمَا قَوْفَهُ.» أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج 5، ص 327. «فَإِنْ وَكَّلَ الزَّوْجَ، فَخَالَعَ وَكِيْلَهُ (...) بِصَدَاقِهَا عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، أَوْ زِيَادَةً عَلَيْهِ، صَحَّ، وَلَزِمَ الْمُسَمَّى لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَهُ، أَوْ زَادَ خَيْرًا.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 104. «وَالْحَالُ الثَّانِي، إِذَا أَطْلَقَ الْوُكَالَهَ، فَإِنَّهُ يَقْتَضِي الْخُلْعَ بِمَهْرِهَا الْمُسَمَّى حَالًا مِنْ جَنْسِ نَقْدِ الْبَلَدِ، فَإِنْ خَالَعَ بِذَلِكَ فَمَا زَادَ، صَحَّ، لِأَنَّهُ زَادَهُ خَيْرًا.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 358.

(3) «وَإِنْ قَالَ خَالَعَ مُطْلَقًا (...) فَإِنْ نَقَصَ (...) فِيهِ قَوْلٌ مَخْرَجٌ أَنَّهُ يَبْطُلُ كَمَا لَوْ عَيْنَ الْمُقْدَارِ...» أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج 5، ص 327. «(فَإِنْ نَقَصَ فِيهِمَا) بِأَنْ خَالَعَ (...) بِدُونِ مَهْرِ الْمِثْلِ فِي الثَّانِيَةِ نَقْصًا فَاجْتِنًا وَهُوَ مَا لَا يُحْتَمَلُ غَالِبًا (لَمْ تَطْلُقْ) لِلْمَخَالَفَةِ كَمَا لَا يَنْفُذُ بَيْعُهُ فِي مِثْلِ هَذَا (...) تَنْبِيْهُ: يَلْتَحِقُ بِنُقْصَانِهِ عَنِ الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرِ الْمِثْلِ مَا لَوْ خَالَعَ بِمُؤَجَّلٍ أَوْ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص 436 و 437. «وَإِنْ خَالَعَ بِدُونِهِ، فَفِيهِ الْوُجْهَانِ الْمَذْكُورَانِ فِيمَا إِذَا قَدَّرَ لَهُ الْعُوضُ فَخَالَعَ بِدُونِهِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 358.

وثاني الأقوال، وقوع الطلاق بائناً وللزوج مهر الزوجة أو مهر مثلها أو خلع مثلها⁽¹⁾، أما القول الثالث فقوامه أن الزوج مخير بين إمضاء ما خالع به الوكيل وبين فسخه، فإذا أجاز استحق البذل الذي خالع به الوكيل، ووقع الطلاق بائناً، أما إذا اختار الإبطال، وقع طلاقه رجعيّاً بغير بدلٍ، ولا يستحق المهر أو مهر المثل أو خلع المثل لأن الزوجة لم تبذله بحال، وليس له أن يرفع الطلاق بعد وقوعه، ولكنه يملك رفع البينة برد العوض⁽²⁾، وقيل أنه مخير بين المسمى ومهر المثل فأما الطلاق فلا خيار فيه، وقيل أيضاً ألا خيار له أصلاً لأن العوض هاهنا فاسد فوجب الرجوع إلى مهر المثل⁽³⁾.

وإذا وكل الزوج رجلين وجب عليهما التعاون والتشاور في الخلع حتى يخلعا معاً، فإن باشره أحدهما دون الآخر لم يصح، لكونه معاوضة تستلزم الرأي والتدبير، والموكل إنما رضي برأي المثنى طلباً لهذه الغاية فلا يجوز العدول عنه إلى رأي الواحد لعدم حصول المقصود به تماماً كما في البيع، وهذا

(1) «ص (أو أطلق له أولها حلفت أنه أراد خلع المثل) ش: قال ابن عرفة عن ابن شاس: ولو قال خالعتها فنقص عن المثل قبل قول الزوج إنه أراد المثل ابن الحاجب مع يمينه، انتهى، ولفظ ابن شاس ولو قال مطلقاً خالعتها فنقص عن خلع المثل فادعى الزوج أنه أراد خلع المثل فالقول قوله، انتهى، ولفظ ابن الحاجب ولو قال: خالعتها فنقص عن المثل حلفت أنه أراد خلع المثل». شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 32. «فإن وكل الزوج في الخلع ولم يقدر العوض فخالع الوكيل بأقل من مهر المثل فقد نص فيه على قولين: قال في الإماء يقع ويرجع عليه بمهر المثل». أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، ج 2، ص 495. «(وفي قوله يقع) الطلاق (بمهر مثل) لفساد المسمى بنقصه عن المأذون فيه والمؤاد، ورجحه في أصل الرخصة وتصحيح التنبية في الثانية، ونقله الرافعي عن الأكثرين، بخلاف الأولى للمخالفة فيها لصريح الإذن، وهذا هو المعتمد كما قال الإسني: إن الفتوى عليه». شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 437. «(ومن وكل) وكلاً (في خلع امرأته مطلقاً) فلم يعين له عوضاً (فخالع) الوكيل زوجة مؤكّله (ب) عرض (أنقص من مهرها ضمن) الوكيل (النقص) من مهرها، وصح الخلع لأنصراف الإذن إلى إزالة ملكه عن البضع بالعوض المُقدّر شرعاً وهو مهرها فإذا أزاله بأقل منه ضمن النقص كالوكيل المطلق في البيع إذا باع بدون ثمن المثل». منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج 3، ص 69.

(2) «وقال في الأم الزوج بالخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائناً وبين أن يرده ويكون الطلاق رجعيّاً». أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، ج 2، ص 495. «ودكر القاضي اختيالتين آخرتين: أخذهما، أن يسقط المسمى، ويحب مهر المثل، لأنه خالع بما لم يؤذن له فيه، والثاني، أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا رجعة له، وبين رده وله الرجعة». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 358.

(3) «الطريقة الثانية نقل القولين على وجه آخر أحدهما أنه لا خيار له إلا بين المسمى ومهر المثل فأما الطلاق فلا خيار فيه والثاني أنه لا خيار له أصلاً بل فسد العوض والرجوع إلى مهر المثل وهذه الطريقة أقيس». أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج 5، ص 328.

بخلاف الطلاق، الذي إن وكل به رجلين، فأوقعه أحدهما جاز، لكونه مجرد عبارة لا تفتقر عموماً إلى الرأي والمشورة، فكان فيها كلام الواحد كعبارة الاثنين⁽¹⁾.

أما وكالة الشخص الواحد عن المتخالفين معاً، بأن يباشر الخلع بوصفه وكيلاً عن الزوج والزوجة في آن واحد، فالمسألة محل خلاف بين الفقهاء، حيث ذهب بعضهم إلى القول بعدم جواز ذلك، تماماً كما هو الشأن بالنسبة للبيع، لأن الخلع ينطوي على معنى المعاوضة فوجب المصير إلى حكمها في مسألة الحال من باب القياس، أضف إلى ذلك أن الخلع لا يقوم إلا بتسمية البدل، وهذا الأخير يتحدد انطلاقاً من مصالح متعارضة، فإذا تولاه الواحد من الجانبين كان مستزيداً ومستنقصاً وذلك مما لا يسوغ⁽²⁾، وهو الرأي الذي نميل إلى ترحيحه.

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بجواز ذلك، لأنه قد يجزأ اللفظ من أحد العاقلين دون الآخر لقيام الخلع، لاسيما إذا كان البدل مسمً، كما لو قال الزوج لزوجته، إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته إياها وقع عندها الطلاق خلعاً، ومن ثمة لا ضير في أن يتولى الوكيل الواحد شطرا الصيغة نيابةً عن المتعاقدين⁽³⁾.

(1) محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 193. «وَلَا يَنْفَرِدُ أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ بِهِ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ». زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 104.

(2) «قَالَ: وَلَوْ وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا أَنْ يَخْلَعَ امْرَأَتَهُ، وَوَكَّلَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ الرَّجُلَ أَنْ يَخْلَعَها فَاخْلَعَهَا الْوَكِيلُ مِنْ نَفْسِهِ وَلَمْ يَلْقَ الزَّوْجَ وَلَا الْمَرْأَةَ فَالْخُلْعُ باطلٌ وَهُوَ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْخُلْعَ مِنْ جَانِبِهَا التَّزَامُ لِلْمَالِ بِعَوَضٍ فَيَكُونُ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَالَ فِي الْخُلْعِ لَا يَجِبُ إِلَّا بِتَسْمِيَةِ الْبَدْلِ فَالْوَاجِدُ إِذَا تَوَلَّاهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ يَكُونُ مُسْتَزِيدًا أَوْ مُسْتَنْقِصًا وَذَلِكَ لَا يَكُونُ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْبَدْلُ مُسَمًى لِأَنَّ تَسْمِيَةَ الْبَدْلِ مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ يَمْنَعُ الْوَكِيلَ مِنَ التَّقْصَانِ دُونَ الزِّيَادَةِ وَمِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ يَمْنَعُ مِنَ الزِّيَادَةِ دُونَ التَّقْصَانِ». محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 19، ص 131. «الْوَاجِدُ لَا يَصْلُحُ فِي الْخُلْعِ وَكَيْلًا مِنَ الْجَانِبَيْنِ بِأَنْ، وَكَلَّتْ رَجُلًا بِالْخُلْعِ فَوَكَّلَهُ الزَّوْجَ أَضْماً سَوَاءً كَانَ الْبَدْلُ مُسَمًى أَوْ لَا». زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 102. «(وَلَوْ وَكَّلَا) أَيُّ الزَّوْجَانِ مَعًا (رَجُلًا) فِي الْخُلْعِ (تَوَلَّى طَرَفًا) مِنْهُ أَيُّ أُبْهُمَا شَاءَ وَالطَّرَفُ الْآخَرُ يَتَوَلَّاهُ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ، أَوْ وَكَيْلُهُ، وَلَا يَتَوَلَّى الطَّرَفَيْنِ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ». شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 438 و 439.

(3) «وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ بَصَحَ كَذَا فِي الْبَرَارِيَّةِ». زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 102. «(وَقِيلَ) يَتَوَلَّى (الطَّرَفَيْنِ) لِأَنَّ الْخُلْعَ يَكْنَى فِيهِ اللَّفْظُ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ أُعْطِيتُنِي أَلْفًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَعْطَتْهُ ذَلِكَ يَقَعُ الطَّلَاقُ خُلْعًا». شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 439. «وَلَوْ كَانَ وَكَيْلُ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةُ فِي الْخُلْعِ (وَاحِدًا) فَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفَيَّ الْعَقْدِ كَالنِّكَاحِ وَالْبَيْعِ». منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 230.

والذي نميل إليه بعد هذا العرض، أن وكالة الزوج إما أن تكون مقيدة، فيصح الخلع حينها في حال مباشرة الوكيل له بالمسمى، ومن باب أولى بما زاد، لأن الزيادة وإن كانت تنطوي على المخالفة، فهي عند التحقيق مخالفة صورية، لأن الوكيل بفعله هذا قد زاد الموكل خيراً، أما إذا نقص الوكيل عما حُدِّد له فلا أثر لتصرفه، يستوي في ذلك أن يخالف في الجنس أو في نقصان القدر، في المقابل إذا أطلق الزوج وكالة الوكيل وجب عليه لصحة الخلع أن يستهدف خلع المثل فما زاد، لأن الغاية من الإطلاق، تملك بدلٍ عن البضع معلوم بالشرع فلم تؤثر فيه جهالة العقد، فإن خالع بما دونه صح وتعين المصير هنا أيضاً إلى البدل المقدر شرعاً، لأن الزوج لا يستهدف بإطلاق الوكالة سواه.

هذا ولا تخرج وكالة الزوجة بدورها، عن كونها إما مقيدة، فينفذ الخلع في ضوءها إذا التزم الوكيل بما أمرت به، كما يصح أيضاً إن خالع بما دونه، لأنه وإن خالف، فهي مخالفة إلى ما فيه مصلحتها، أما إذا خرج عما نصت عليه، فإما أن يخالف إلى العوض المعلوم شرعاً، صح الخلع حينها ولزمها البدل لعدم لزوم غيره بالمخالفة، وإن خالع بأكثر مما قدرت له، وقع هنا أيضاً ولم تلزمها الزيادة، لأنها لم تأذن فيها، ووجبت على الوكيل لضمانه إياها بالعقد، هذا كله إذا أضاف الوكيل الاختلاع إلى ذمتها، فإن أضافه إلى ماله نفذ، ولزمه ما سمى ولا شيء عليها، وإن أطلق فلم يضاف إليها ولا إليه، حصلت البينونة ووجبت الزيادة عليه، وعليها ما سمت، فكان أشبه بما لو افتداها بما أذنت فيه وزيادة من عند نفسه، أما إذا كانت الوكالة مطلقة، فلا يخلو حال الوكيل من فرضين، أولهما أن يخالع عنها بما كان مأموراً به في إطلاق الوكالة من غير مجاوزة، فيكون خلعه عندها لازماً للزوجة، وللوكيل في هذا العقد ثلاثة أحوال، أحدها أن يبرمه على مال مضمون في ذمتها، فيكون حينها واجباً عليها دونه، أما إذا أضاف الوكيل المال إلى ذمته، كان ضامناً له بالعقد دون الزوجة، وأما إذا أطلق فلم يشترط في ذمته ولا في ذمتها، فإن المال يكون مضموناً عليها تجاه الزوج، ويتحقق ثاني الفرضين حين يَعدِّل الوكيل عمّا كان يقتضيه إطلاق العقد إلى غيره، فلا تكون الزوجة ملزمةً هنا إلا بالعوض المعلوم شرعاً، وتوقف الزيادة على إجازتها، فلا تبطل إلا أن تختار الزوجة فسخها، لأنها بمرتبة العيب الداخل عليها، فيكون لها بالتبعية خيار إبطالها تماماً كما هو الشأن بالنسبة لسائر العيوب، فإن فعلت سقطت عنها، ويبقى مركز الوكيل في غرمها على النحو الذي ذكرنا، أما إذا اختارت التزامها، وجبت عليها بالعقد وتبرأ ذمة الوكيل من أدائها.

ولعل المقام يقتضي إثارة موقف المشرع الجزائري بشأن التوكيل في مباشرة التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية، حيث أُسْقِطَت المادة الوحيدة التي تناولت المسألة بالتنظيم من قانون الأسرة المُعَدَّل عن طريق إلغائها بمقتضى المادة (18) من أمر التعديل⁽¹⁾، وبصرف النظر عن دواعي الإلغاء⁽²⁾، وعن اقتصار المادة على إنشاء النكاح، فإن المتأمل في نصوص هذا القانون، يلحظ أمرين، أولهما أن المشرع الجزائري لم يحظر الوكالة بصريح النص، وبالتالي لا يعد إسقاط نصها من قانون الأسرة حظراً تشريعياً لاستعمالها، وثانيهما أن المادة (222) من هذا القانون التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص، لازالت سارية المفعول، ومن ثمة كان عقد الوكالة بوضعه الجديد في ظل قانون الأسرة الجزائري أمراً غير مشمول بالتنظيم، فوجب الرجوع بشأنه - والحالة هذه - لأحكام الشريعة الإسلامية بإحالة من القانون، وقد اختلفت تأويلات الشراح بشأن مسلك المشرع هذا، بين ناقد⁽³⁾، وقائل: بأن التصرف بالوكالة مادام منصوصاً عليه في القانون المدني، فلا جناح من إعماله في التصرفات الأسرية، وأن ما أقدم عليه المشرع عند إلغائه للنص السالف، لا شيء إلا لوروده على سبيل التكرار، وأبعد من ذلك قال البعض الآخر بحظر المشرع لاستعمال الوكالة في المسائل الأسرية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

خلع الفضولي

الفضولي لغةً هو المشتغل بما لا يعنيه⁽⁵⁾، المتدخل في شؤون غيره، أما اصطلاحاً فهو من لا يباشر التصرف أصيلاً عن نفسه أو ولياً أو وصياً أو وكيلاً عن غيره⁽¹⁾، بتعبير أوجز، هو الأجنبي عن

(1) تنص المادة 18 من قانون الأسرة على أنه: «تلغى المواد 12 و20 (...) من القانون 84-11...»

(2) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر، 2013، ص 280 و281.

(3) بن شويخ رشيد، قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية - الجزائر، 2008م، ص 71.

(4) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 283 و284.

(5) «(الْفُضُولِيُّ) من الرجال المشتغل بالفضول أي الأمور التي لا تعنيه.» إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج 2، ص 693. «الفضولي: بالضم، من يتدخل في ما لا يعنيه.» محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص 347. «فضولي، لمن يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علماً على نوع من الكلام فترل منزلة المفرد.» مرتضى الزبيدي، تاج العروس، المرجع السابق، ج 30، ص 178.

العقد، أي من لا صفة له في إتيانه، بحيث يتولاه دون إذن شرعي من صاحبه، من هذا المنطلق يسوغ لنا التساؤل عن مدى صحة الخلع الذي يوقعه من لا صفة له على النحو الذي حددنا آنفاً، فإذا سلمنا بجوازه جدلاً، فهل يستوي تبعاً لذلك أن يتولاه من جهة الزوج والزوجة، أم أنه مقصور على جانب هذه الأخيرة دون الزوج؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بجواز تصرف الفضولي في مسألة الحال من جهة الزوج، بحيث إذا أقدم الأجنبي على طلاق زوجة غيره، وقع الطلاق صحيحاً غير لازم، مفتقر في كل الأحوال إلى إجازة الزوج⁽²⁾، وبالتالي إذا أوقع أكثر من طلق، فأجاز الزوج واحدة فقط، أو بئناً فأجاز الزوج رجعيًا، فالعبرة بما أجاز الزوج لا بما أوقعه الفضولي، ومن ثمة فإن تبعات الطلاق كالعدة ونحوها، تحسب من يوم

«الفضول: (ج) فضل: ما لا فائدة فيه: اشتغال المرء، أو تدخله في ما لا يعنيه، الفضولي: المشتغل بالفضول، أي الأمور التي لا تعنيه.»
سعدى أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر - دمشق - سورية، الطبعة الثانية، 1408هـ - 1988م، ص 287.
(1) «و(في الشَّرْع) من لم يكن ولياً ولا وصياً ولا أصيلاً ولا وكلاً.» إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج 2، ص 693. «الفضولي: هو من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكلاً في العقد.» علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، التعريفات، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1403هـ - 1983م، ص 167. «الفضولي: من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكلاً في العقد.» القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري (المتوفى: ق 12هـ)، دستور العلماء المسمى بجامع العلوم في اصطلاحات الفنون، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحوص، دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م، ج 3، ص 26. «اصطلاحاً: هو من يتصرف في حق غيره، بغير إذن شرعي.» سعدى أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، المرجع السابق، ص 287.

(2) «وَأَعْلَمُ أَنَّ طَلَّاقَ الْفُضُولِيِّ مُؤَقُّوفٌ عَلَى إِجَازَةِ الزَّوْجِ فَإِنْ أَجَازَهُ وَقَعَ وَإِلَّا فَلَا.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 3، ص 263. «فَكَمَا أَنَّ نِكَاحَ الْفُضُولِيِّ صَحِيحٌ مُؤَقُّوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ بِالْقَوْلِ أَوْ بِالْفِعْلِ فَكَذَا طَلَّاقُهُ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 242. «وَطَلَّاقُ الْفُضُولِيِّ كَبَيْعِهِ أَيْ فَيَصِحُّ بِإِجَازَةِ الزَّوْجِ.» أحمد شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني، المرجع السابق، ج 2، ص 44. «أَيُّ الْفُضُولِيِّ فِي الصَّحَّةِ وَعَدَمِ اللُّزُومِ، فَإِنْ لَمْ يُجْزَءِ الزَّوْجُ فَلَا يَلْزُمُهُ وَيَنْبَغِي أَنْ يُتَّفَقَ هُنَا عَلَى امْتِنَاعِ قُدُومِهِ عَلَيْهِ وَلَا يَجْزِي فِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي جَرَى فِي الْقُدُومِ عَلَى بَيْعِهِ، لِأَنَّ الْعَادَةَ طَلَبُ الرِّجْعِ بِالسَّلْعِ لَا بِالزَّوْجَاتِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِنْ طَلَّقَ اثْنَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا فَأَجَازَ الزَّوْجَ وَاحِدَةً فَقَطْ أَوْ بَائِنًا فَأَجَازَ الزَّوْجَ رَجْعِيًّا، فَالْمُعْتَبَرُ مَا أَجَازَهُ الزَّوْجُ لَا مَا أَوْقَعَهُ الْفُضُولِيُّ» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 45. «الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ: أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي نِكَاحِ فُضُولِيٍّ قَبْلَ إِجَازَتِهِ، وَإِنْ بَعْدَ بِهَا وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ، وَفِيهِ اخْتِمَالٌ بِالْوُقُوعِ.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 444.

الإجازة لا من يوم الإيقاع⁽¹⁾، وعلى النقيض من ذلك قرر الشافعية في الجديد عدم صحة طلاق الفضولي⁽²⁾.

هذا وافترقوا في شأن خلع الأجنبي للزوجة، على مذهبين، يرى أولهما - وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة - أن خلع الفضولي يقع صحيحاً⁽³⁾، فإذا باشر الأجنبي هذا العقد عن الزوجة، دون ولاية له عليها ولا وكالة منها، فلا يخرج وضعه في ذلك عن فرضين، أحدهما أن يضيف البذل إلى نفسه كأن يخالع على شيء معين من ماله الخاص، أو أن يكون ضامناً له إزاء الزوج بأن يضيفه إلى ذمة الزوجة شريطة أن يلتزم بأدائه، فإذا أجابه الزوج وقع الخلع صحيحاً ووجب عليه مقدار البذل الذي خالع به⁽⁴⁾، لأن إضافة المال إلى الزوجة بدون إذنها في هذا الفرض، لا يعدو أن

(1) «وَتَكُونُ الْعِدَّةُ مِنْ يَوْمِ إِجَازَةِ الزَّوْجِ فَلَوْ أَفْضَى الطَّلَاقَ وَكَانَتْ حَامِلاً ثُمَّ وَلَدَتْ خَرَجَتْ مِنَ الْعِدَّةِ وَلَوْ وَضَعَتْ ثُمَّ أَمَضَى اسْتَأْنَفَتْ، انْتَهَى.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 43. «وَطَلَّاقُ الْفُضُولِيِّ مُتَوَقَّفٌ عَلَى إِجَازَةِ الزَّوْجِ كَبْنِهِ إِلَّا أَنَّ الْعِدَّةَ وَالْأَحْكَامَ مِنْ يَوْمِ الْإِجَازَةِ.» محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4، ص 32.

(2) «فَلَا يَصِحُّ طَلَّاقُ الْأَجْنَبِيِّ بِغَيْرِ نِيَاةٍ شَرْعِيَّةٍ أَوْ قَوْلِيَّةٍ لَا بِالتَّنْجِيزِ وَلَا بِالتَّغْلِيْقِ» زكريا بن محمد السنيكي، أسنى المطالب، المرجع السابق، ج 3، ص 263.

(3) «(فَإِنْ خَالَعَهَا) الْأَبُ عَلَى مَالٍ (ضَامِناً لَهُ) أَيُّ مُلْتَزِماً لَا كَفَيْلاً لِعَدَمِ وُجُوبِ الْمَالِ عَلَيْهَا (صَحَّ وَالْمَالُ عَلَيْهِ) كَالْخُلْعِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 458. «(و) جَازَ (بِعَوَضٍ مِنْ غَيْرِهَا) أَيُّ الزَّوْجَةِ وَلَوْ أَجْنَبِيًّا مِنْهَا.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 347. «(وَالْقَوْلُ الثَّانِي) وَهُوَ الْقَدِيمُ إِنَّهُ يَنْعَقِدُ مُؤَقَّفاً عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ إِنْ أَجَازَ صَحَّ الْبَيْعُ وَ إِلَّا لَغَا (...) وَيَجْرِي الْقَوْلُ إِنْ فِيمَا لَوْ زَوْجٌ أَمَةٌ غَيْرُهُ أَوْ ابْنَتُهُ أَوْ طَلَّقَ مِنْكُوحَتَهُ أَوْ أَعْتَقَ تَمْلُوكَهُ أَوْ أَجَرَ دَارَهُ أَوْ وَهَبَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ قَالَ إِمَامُ الْحَرَمَيْنِ يَطْرُدُ هَذَا الْقَوْلُ فِي كُلِّ عَقْدٍ يَقْبَلُ الْإِسْتِنَابَةَ كَالْبَيْعِ وَالْإِيجَازَاتِ وَالْهِيَاتِ وَالْعَتَقِ وَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَغَيْرِهَا.» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 9، ص 260. «وَيَصِحُّ الْخُلْعُ مَعَ الزَّوْجَةِ وَالْأَجْنَبِيِّ.» محفوظ أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية، المرجع السابق، ص 414.

(4) «فَأَمَّا الطَّلَاقُ نَفْسَهُ، فَيَحْزُزُ لِلْأَجْنَبِيِّ بِذُلِّ الْمَالِ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَصَحُّ مِنْهُ أَنْ يَخْتَلَعَ امْرَأَةً عَلَى عَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ مَالِ نَفْسِهِ، وَيَصَحُّ مِنْهُ أَنْ يَخْتَلِعَهَا عَلَى مَالٍ يَلْتَزِمُهُ فِي ذِمَّتِهِ، ثُمَّ إِذَا انْفَرَدَ بِذَلِكَ، نَفَذَ الْزَّوْمَ عَلَيْهِ.» عبد الملك بن عبد الله الجويني، نهاية المطلب، المرجع السابق، ج 13، ص 453. «وَحَاصِلُ الْأَمْرِ فِيهِ أَنَّهُ إِذَا خَاطَبَ الزَّوْجَ، فَإِنْ أَضَافَ الْبَذْلَ إِلَى نَفْسِهِ عَلَى وَجْهِ يُفِيدُ ضَمَانَهُ لَهُ، أَوْ مِلْكَهُ إِثْنًا كَخَالَعِهَا بِأَلْفٍ عَلَى، أَوْ عَلَى أَيِّ ضَامِنٍ، أَوْ عَلَى أَلْفِي هَذِهِ، أَوْ عَبْدِي هَذَا فَفَعَلَ صَحَّ وَالْبَذْلُ عَلَيْهِ، فَإِنْ أَسْتَحَقَّ لِرَمَةِ قِيَمَتِهِ وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِ الْمَرْأَةِ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 458. «ظَاهِرُهُ جَوَازُهُ بِعَوَضٍ مِنْ غَيْرِهَا.» أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج 2، ص 518. «الْمَذْهَبُ: يَقُولُ الْأَجْنَبِيُّ لَهُ "اخْلَعْ " أَوْ " خَالِغَ زَوْجَتَكَ (...) عَلَى سِلْعَتِي هَذِهِ " وَكَذَا إِنْ قَالَ " عَلَى مَهْرِي، أَوْ سِلْعَتِي، وَأَنَا ضَامِنٌ " أَوْ " عَلَى أَلْفٍ فِي ذِمَّتِي، وَأَنَا

يكون مجرد لغو لا يعتد به على أية حال، وليس للأجنبي أن يرجع على الزوجة باعتباره متبرعاً بالعوض ولا يجوز الرجوع للمتبرع، وينفذ الخلع في هذه الحالة، يستوي أن تكون الزوجة راضيةً به أو كارهةً له، لأنها لم تبذل العوض الذي يستوجب رضاها، فلم يعتبر هذا الأخير، لتفرد غيرها بأداء المال فصادر بذلك شطر الصيغة من جهتها، فلم تبق غير جهة الزوج الذي قبل إخراج البضع نظير المال عن طريق إيقاع الطلاق الذي يستقل به دونها، وترتيباً عليه لا يعتد برضا الزوجة في الخلع على هذا النحو، ولا تلزم فيه بشيء من مالها.

أما الفرض الثاني فيتحقق عندما لا يضيف الأجنبي العوض إلى نفسه ولا يلتزم بضمانه، كأن لا يجعله في ذمة أحد، أو أن يضيفه إلى الزوجة، أو أن يلزم به غيرها، دون إذن منهما، فشمّل ذلك صورتان، أولاهما أن يوقع الفضولي الخلع على وجه الإطلاق بألا يضيف البذل إلى أحد، فيكون حينها عقده صحيحاً، ويلزمه أداء العوض من ماله لأنه كان ضامناً له في المعنى، وتقوم قرينة طلبه للخلع دليلاً على ذلك، وهو ما ذهب المالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾، في حين يرى الحنفية أن الأجنبي والحالة هذه لا يكون ضامناً للبذل، بل ينعقد الخلع موقوفاً على قبول الزوجة لأنها الأصل فيه، فإذا أجازت نفذ الخلع ولزمها البذل، وإن لم تقبل لم يلزمها شيء⁽²⁾.

ضامن " فَيُجِيبُهُ إِلَيْهِ، فَيَصِحُّ مِنْهُ، وَيَلْزَمُ الْأَجْنَبِيُّ وَحْدَهُ بَذْلُ الْعَوْضِ. » علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص389.

(1) « قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: مَنْ قَالَ لِرَجُلٍ: طَلَّقْ امْرَأَتَكَ وَلَكَ أَلْفٌ دِرْهَمٍ فَفَعَلَ لَزِمَ أَلْفُ ذَلِكَ الرَّجُلِ. » أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج2، ص518. « قال المسعودي (في الإبانة): إن سأل رجل امرأة أن تختلع من زوجها على ألف، فاختلعت (...) فإن الألف على السائل. » أبو الحسين يحيى العمراني، البيان، المرجع السابق، ج10، ص14. « أَوْ يَقُولُ الْأَجْنَبِيُّ: اخْلَعْ زَوْجَتَكَ عَلَى أَلْفٍ (أَوْ يَقُولُ) طَلَّقَهَا عَلَى أَلْفٍ أَوْ بِأَلْفٍ (...) فَيُجِيبُهُ الزَّوْجُ (فَيَصِحُّ) الْخُلْعُ (وَيَلْزَمُ الْأَجْنَبِيُّ وَحْدَهُ الْعَوْضُ) لِأَنَّهُ التَّزَمَ بِالْعَقْدِ دُونَ الزَّوْجَةِ. » منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج5، ص214.

(2) « أَوْ إِنْ أُضِيفَ إِلَى الْمَرْأَةِ وَالْمَرْأَةُ مُحَاطَبَةٌ أَوْ لَمْ يُضَفْ إِلَى أَحَدٍ يُشْتَرَطُ قَبُولُهَا، لِأَنَّهَا أَوَّلَى بِهَذَا الْعَقْدِ إِذْ الْمَلِكُ يَسْتَقْطُ عَنْهَا، بَيَانُهُ رَجُلٌ قَالَ لِأَخَرَ اخْلَعْ امْرَأَتَكَ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ أَوْ عَلَى هَذَا الْأَلْفِ فَالْقَبُولُ إِلَى الْمَرْأَةِ، لِأَنَّ الْبَذْلَ لَمْ يُضَفْ إِلَى أَحَدٍ وَلَمْ يَمَهَّ تَسْلِيمُ ذَلِكَ أَوْ قِيَمَتِهِ إِنْ عَجَزَتْ. » عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج2، ص274. « وَإِنْ أُرْسِلَ بِأَنْ قَالَ: عَلَى أَلْفٍ، أَوْ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ، فَإِنْ قَبِلَتْ لَزِمَهَا تَسْلِيمُهُ، أَوْ قِيَمَتِهِ إِنْ عَجَزَتْ. » محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص458.

أما الصورة الثانية، فإن يضيف الأجنبي في ضوئها العوض إلى غيره ممن هو مالك له، فيتوقف الخلع عندها على إجازة من أضيف إليه البدل، فإن أجازه نفذ ولزمه ما سمي من مال، وإن رده لم يقع به شيء، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية⁽¹⁾، هذا ولا يصح الخلع عند الحنابلة فيما لو أوقعه الأجنبي على مال في ذمة الزوجة أو غيرها دون إذن منهما، وبلا ضمان من جانبه في الحالتين⁽²⁾.
ويتفرع عن خلع الأجنبي للزوجة، خلع هذه الأخيرة لضررتها، بحيث إذا طلبت طلاقها وطلاق ضررتها على مال في آن واحد، وقيل الزوج ذلك، وقع بهما الطلاق بائناً، واستحق العوض على باذنته قولاً واحداً، أما إذا طلق إحداهما، فإنها تبين أيضاً، ويلزم الباذلة حصتها من البدل المسمى، وقيل يلزمها مهر مثل الطالق⁽³⁾.

(1) «وإن أضافه إلى غيره كعبد فلانٍ اغتبر قبول فلانٍ.» محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص458.

(2) «(وإن لم يضمن) الأجنبي (حيث سمي العوض منها لم يصح) الخلع، لأنه بدل مال غيره بغير إذنه، فلم يصح البذل.» مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج5، ص292. «(وإن لم يضمن) الأجنبي للزوج ما سأله الخلع عليه (حيث سمي العوض منها) أي من الزوجة قلت أو من غيرها (لم يصح) الخلع لأنه بدل مال غيره بغير إذنه فلم يصح البذل.» منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج5، ص214.

(3) «وإذا قالت المرأة لزوجها: طلقني وضري على ألف درهم فطلق ضررتها أو طلقها تجب نصف الألف إذا كان مهر مثلها على السواء، كما لو قالت طلقني وضري بألف درهم، وإن كان مهر مثلها على التفاوت تجب حصّة المطلقة من الألف (...) وأما إذا قالت طلقني وضري على ألف علي فطلق إحداهما، فلا رواية في هذه الصورة ولقائل أن يقول: يلزمها حصتها من الألف، ولقائل أن يقول: لا يلزمها شيء من الألف ما لم يطلقها على ألف درهم أو بألف، فطلق إحداهما جملة...» أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج3، ص328. «وإن قالت له إحدى زوجتيه: طلقني وضري بألف، فقال على الفور: أنتما طالقان (...) وقع الطلاق عليهما بائناً، لأنها بذلت له العوض على طلاقها وطلاق ضررتها، وبذل العوض على الطلاق من الأجنبي يصح (...) فإن طلق إحداهما، وقع عليها الطلاق (...) كان فيما يستحقه على الباذلة لأجل المطلقة قولان: أحدهما: مهر مثل المطلقة. والثاني: حصتها من الألف.» أبو الحسين يحيى العمراني، البيان، المرجع السابق، ج10، ص34. «فرع: إذا قالت امرأته: طلقني وضري بألف، فطلقها وقّع بهما بائناً، واستحق الألف على ما ذكرته، وإن طلق إحداهما، فقال القاضي: تطلق بائناً ويلزم الباذلة بحصتها من الألف، وقيل قول أصحابنا فيما إذا قالت: طلقني ثلاثاً بألف، فطلقها واحدة، أن لا يلزم الباذلة هنا شيء، لأنه لم يجبهها إلى ما سألت، وإن قالت: طلقني بألف على أن تطلق ضررتي، أو على أن لا تطلق ضررتي، فالخلع صحيح، والشروط والبذل لا يتم.» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج6، ص271.

أما المذهب الثاني فيرى عدم جواز خلع الأجنبي بحال سواء أضاف المال إلى نفسه أو جعله في ذمة غيره من باب أولى، إذ لا يصح في هذا العقد تحصيل العوض من غير الزوجة أو من يقوم مقامها بنبابة شرعية، وهو مذهب الإمام أبو ثور والظاهرية وبعض الزيدية والراجح من مذهب الإمامية.

حيث ذهب الظاهرية إلى القول بعدم صحة الخلع من غير الزوجة، سواء أكان المباشر له في هذا الفرض أباً أو وصياً أو سلطاناً، وسواء أكانت المرأة صغيرة أو كبيرة، لأن في ذلك استحلال لمالها بغير وجه حق، فوجب المصير من باب أولى إلى عدم جوازه من الأجنبي وإن انتفى في هذا الفرض بذلها للمال⁽¹⁾، واستدل الزيدية لرأيهم بقوله ﷺ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفْتَدَتْ بِهِ﴾⁽²⁾، ووجه الدلالة أن الآية صريحة في إضافة الفداء إلى الزوجة دون غيرها، وهي العلة الموجبة لعدم جواز خلع الفضولي، فإذا حدث وأن بوشر وقع به طلاق رجعي ولم يلزم به مال⁽³⁾، وليس بعيداً عن ذلك، ذهب الإمامية بدورهم إلى القول ببطلان الخلع إذا تولاه الأجنبي، لأن الأدلة الشرعية إن في القرآن أو السنة النبوية تقضي كلها، لزوم العوض على الزوجة دون سواها⁽⁴⁾.

وهذا القول الأخير هو عين مذهب الإمام أبو ثور، الذي استدل لرأيه بكون الخلع عقد معاوضة غايته تملك البضع، وهذا الأخير لا يجوز أن يملكه بالعوض إلا زوج عن طريق النكاح، أو زوجة بواسطة الخلع، الأمر الذي يحول بداهةً دون مآله للأجنبي بالخلع ودون تملك الزوجة له بغير إذنها،

(1) «فَمُخَالَعَةُ الْأَبِ أَوْ الْوَصِيِّ أَوْ السُّلْطَانِ عَنْ صَغِيرَةٍ أَوْ كَبِيرَةٍ كَسْبٌ عَلَى غَيْرِهِ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ، وَاسْتِحْلَالُ الزَّوْجِ مَالًا بِغَيْرِ رِضَا مِنْهَا أَكْلٌ مَالٍ بِالْبَاطِلِ، فَهُوَ حَرَامٌ.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 526.

(2) سورة البقرة، الآية 229.

(3) «وَقَوْلُهُ زَوْجٌ فَلَا يَصِحُّ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ.» أحمد بن يحيى بن المرتضى، التاج المذهب لأحكام المذهب، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 3، ص 54. «فَإِنْ قَالَ رَجُلٌ لِعَازِلِهِ: طَلَّقْ أَمْرَأَتَكَ بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ (...) بَلَّ رَجْعِيًّا وَلَا عَوْضَ لَهُ، إِذْ قَوْلُهُ ﷺ:

﴿فِيهَا أَفْتَدَتْ بِهِ﴾ يَفْتَضِي بَطْلَانَ الْعَوْضِ مِنْ غَيْرِهَا.» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 287.

(4) «(وَي) صَحَّتْهُ مِنْ (الْمُتَبَرِّعِ) بِالْبَدَلِ مِنْ مَالِهِ (قَوْلَانِ أَفْرُئُهُمَا الْمَنْعُ)، لِأَنَّ الْخُلْعَ مِنْ عَقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ فَلَا يَجُوزُ لُزُومُ الْعَوْضِ لِغَيْرِ صَاحِبِ الْمُعْوَضِ كَالْبَيْعِ، وَلَئِنَّهُ تَعَالَى أَضَافَ الْفِدْيَةَ إِلَيْهَا فِي قَوْلِهِ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفْتَدَتْ بِهِ﴾، وَبَدَلُ الْوَكِيلِ وَالضَّامِنِ بِإِذْنِهَا كَبَدَلِهَا فَيَنْبَغِي الْمُتَبَرِّعُ عَلَى أَصْلِ الْمَنْعِ، وَلِأَصَالَةِ بَقَاءِ النِّكَاحِ إِلَى أَنْ يَثْبُتَ الْمَزِيلُ، وَلَوْ قُلْنَا بِمَقْهُومِ الْخَطَابِ فَالْمَنْعُ أَوْضَحُ وَجَيِّدٌ فَلَا يَمْلِكُ الزَّوْجُ الْبَدَلَ، وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ إِنْ لَمْ يُتَبَعْ بِهِ...» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 4، ص 97. «وَيَصِحُّ بَدَلُ الْفِدَاءِ مِنْهَا، وَمِنْ وَكِيلِهَا، وَمَنْ يَضْمَنُهُ بِإِذْنِهَا، وَهَلْ يَصِحُّ مِنَ الْمُتَبَرِّعِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالْأَشْبَهُ الْمَنْعُ.» جعفر المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، المرجع السابق، ج 4، ص 146.

فوجب أن يكون بالتبعية فاسداً، كما أن الأعواض لا تبذل إلا في الأغراض الصحيحة وإلا كانت سفهاً وأكلاً لأموال الناس بالباطل، لاسيما وأن لا مصلحة للأجنبي في تصرف من هذا النوع فوجب أن يكون مردوداً⁽¹⁾.

على الرغم مما قد يقال في قدح هذا المذهب، من حيث أن النصوص الشرعية الموجبة للخلع لما أضافت أداء المال إلى الزوجة، فلأن الزوجة أصل فيه، وليس ثمة في هذه المضان، ما يمنع غيرها من بذله إما نيابة عنها أو تفضلاً عليها، أيضاً، ولما جاز للأجنبي أن يبذل ماله للزوج متبرعاً دون أن يستهدف الطلاق أو أي غرض آخر، جاز له أن يؤديه نظير الطلاق، لأن الزوج يستأثر في كل الأحوال بحق إيقاع هذا الأخير دون عوض، فجاز له أن يوقعه على المال الذي يبذله الأجنبي، أي أن كل من صح منه بذل المال بغير طلاق، صح منه بذله على الطلاق، أما كون الخلع عقد معاوضة كالبيع فالجواب أنه كذلك مع الفارق، لأنه وإن اتحد معه في بعض أحكامه، افترق عنه في البعض الآخر لاختلاف مقصود كل منهما عن الثاني، فالغاية من البيع تملك المبيع، والمقصود بالخلع إزالة ملك الزوج، فجاز أن يزول إلى غير ممتلك كما يجوز أن يزيله بالطلاق المجرد إلى غير ممتلك بخلاف البيع، وأما الاستدلال بانتفاء الغرض من وراء خلع الفضولي فمجانِب للصواب، لأن الغرض فيه موجود من أوجه عدة، كأن يراها مقيمين على نكاح شبهة يؤول إلى مآثم فأحب أن يستنقذها منه، أو أن يراها قد خرجا بالزوجية عن مسارها إلى أن صار كل واحدٍ منهما غير مؤدٍ لحق الآخر فيها، أو أن يكون لرغبة الأجنبي في نكاحها فيستنزل الزوج عنها بمقتضى المخالعة⁽²⁾.

وعلى الرغم من وجاهة الرأي الأول من حيث التأصيل، وشهرته عند أهل الاجتهاد والتقليد على السواء، فإننا نميل إلى القول بأن الزوجة طرف في عقد تستهدف من ورائه استرجاع بضعها

(1) «وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ: الْخُلْعُ بَاطِلٌ، وَالطَّلَاقُ غَيْرُ وَاقِعٍ فِيهِ، اسْتِدْلَالاً بِأَنَّ الْخُلْعَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ يَمْلِكُ بِهِ الْبُضْعُ، وَالْبُضْعُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَهُ بِالْعَوَضِ، إِلَّا زَوْجٌ بِنِكَاحٍ أَوْ زَوْجَةٌ بِخُلْعٍ، فَلَمَّا لَمْ يَمْلِكْهُ الْأَجْنَبِيُّ بِالْخُلْعِ وَلَا الزَّوْجَةُ بِغَيْرِ إِذْهَابِهَا افْتَضَى أَنْ يَكُونَ فَاسِداً...» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 80. «وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ: لَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ سَفَهٌ، فَإِنَّهُ يَبْذُلُ عَوَضًا فِي مُقَابَلَةِ مَا لَا مَنَفَعَةَ لَهُ فِيهِ، فَإِنَّ الْمَلِكَ لَا يَحْضُلُ لَهُ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 353.

(2) «لِأَنَّ الْغَرْصَ فِيهِ مَوْجُودٌ وَقَدْ يَكُونُ مِنْ وَجْهِ: أَحَدُهَا: أَنْ يَرَاهَا الْأَجْنَبِيُّ مُقِيمَيْنِ عَلَى نِكَاحٍ شُبْهَةٍ يُؤُولُ إِلَى مَآثِمٍ فَأَحَبُّ أَنْ يَسْتَنْقِذَهَا مِنْهَا، وَالثَّانِي: أَنْ يَرَاهَا قَدْ خَرَجَا فِي الزَّوْجِيَّةِ إِلَى أَنْ صَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرَ مُؤَدٍّ لِلْحَقِّ فِيهَا، وَالثَّلَاثُ: أَنْ يَكُونَ لِرَغْبَةِ الْأَجْنَبِيِّ فِي نِكَاحِهَا فَيَسْتَنْزِلُ بِالْخُلْعِ الزَّوْجَ عَنْهَا.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 80.

بإخراجه من ملك زوجها عن طريق بذل المال، فإذا أداه غيرها وجب اعتبار رضاها لأن البضع لا يؤول في تقديرنا إلى غير متملك بل يؤول إليها، وإلا لما جاز لها أن تنقله نظير عوضٍ عن طريق النكاح إلى زوج آخر، وبالتالي لا يستقيم القول بنفاذ الخلع في حقها وإن كانت كارهةً له، غير راضية به متى التزم بالبدل غيرها، كما أنه من غير الوجاهة قياس الخلع على الطلاق، والقول باستقلال الزوج في إيقاعه، من منطلق اختلاف النظامين عن بعضهما من أوجه شتى، أهمها ما تعلق بالحقوق المالية للمرأة التي قد تكون عرضة للإسقاط قصداً، بمقتضى مخالعةٍ صورية بين الزوج والأجنبي، وهو المعنى الذي وقف عنده بعض الفقهاء، ومع ذلك أجازوه⁽¹⁾ رغم ما فيه من نكايّة وإضرارٍ بالزوجة، وأنه لا ضرر في الإسلام لما روي عن النبي ﷺ⁽²⁾: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁽³⁾، الأمر الذي حذا ببعضهم إلى القول برده⁽¹⁾.

(1) «وَجَازَ بِعُوضٍ مِنْ غَيْرِهَا لِيَبَانَ ذَلِكَ الْحُكْمُ وَظَاهِرُهُ جَوَازُهُ بِعُوضٍ مِنْ غَيْرِهَا وَلَوْ قَصَدَ ذَلِكَ الْغَيْرُ إِسْقَاطَ نَفَقَتِهَا عَنِ الزَّوْجِ فِي الْعِدَّةِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ وَمَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ وَحِينَئِذٍ فَلَا يَزِيدُ الْعُوضُ وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بَائِناً وَتَسْقُطُ نَفَقَةُ الْعِدَّةِ.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 347. «(و) جَازَ الطَّلَاقُ (بِعُوضٍ مِنْ غَيْرِهَا) أَيُّ الزَّوْجَةِ وَظَاهِرُهُ كَالْمُدَوَّنَةِ سَوَاءً قَصَدَ مَصْلَحَةً، أَوْ دَرَّةً مَفْسَدَةً، أَوْ مُجَرَّدَ إِسْقَاطِ نَفَقَتِهَا عَنِ زَوْجِهَا أَيَّامَ عِدَّتِهَا، وَعَلَيْهِ حَمَلُهَا التُّرُكِيُّ، وَبِهِ أَفْتَى ابْنُ نَاجِي.» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 4.

(2) «حديث: "لا ضرر ولا ضرار". أشار إليه الرافعي. وقد رواه مالك عن عمرو بن يحيى المازني مرسلاً، وابن ماجه مسنداً من رواية ابن عباس، وعباد بن الصامت، والطبراني من رواية ثعلبة بن أبي مالك، والحاكم من رواية أبي سعيد الخدري، وقال: صحيح على شرط مسلم، وقال ابن الصلاح: حسن، قال أبو داود: وهو أحد الأحاديث التي يدور عليها الفقه، وصححه إمامنا في حرمة، وقال البيهقي: تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي، قلت: لا بل تابعه عليه عبد الملك بن معاذ النصيبي، فرواه عن الدراوردي، كما أفاده ابن عبد البر في مرشده "تمهيده" واستدكاره، وأما ابن حزم فخالف في محله فقال: هذا خبر لم يصح قط.» سراج الدين أبو حفص ابن الملقن، خلاصة البدر المنير، المرجع السابق، ج 2، ص 438.

(3) مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، الحديث رقم: 2860 و 2895 ج 2، ص 452 و 468. محمد بن إدريس الشافعي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 575، ج 2، ص 165. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 2865، ج 5، ص 55. محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2340 و 2341، ج 2، ص 784. أبو بكر بن أبي عاصم، الآحاد والمثاني، المرجع السابق، الحديث رقم: 2200، ج 4، ص 215. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، المرجع السابق، الحديث رقم: 1033، ج 1، ص 307، ورقم: 3777، ج 4، ص 125. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الحديث رقم: 1387، ج 2، ص 86، ورقم: 11576، و 11806، ج 11، ص 228 و 302. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3079، ج 4، ص 51، ورقم: 4539، ج 5، ص 407. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المرجع السابق، الحديث رقم: 2345، ج 2، ص 66. أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الحديث رقم: 2088، ج 2، ص 303. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 11384، و 11385، و 11877،

بل حتى وإن استنزل الفضولي الزوج عن زوجته توكياً لنكاحها، غاية تنطوي - في تقديرنا - على الكثير من المفساد⁽²⁾ بوصفها ضرب من ضروب المواعدة في السر التي نهي عنها المولى ﷺ بقوله: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾⁽³⁾، وتخيب نهي عنه ﷺ فيما رواه عنه أبو هريرة⁽⁴⁾: «مَنْ خَبَبَ خَادِمًا عَلَى أَهْلِهِ فَلَيْسَ مِنَّا، وَمَنْ أَفْسَدَ امْرَأَةً عَلَى زَوْجِهَا فَلَيْسَ مِنَّا»⁽⁵⁾.

و11878 ج6، ص114 و115 و257 و258، ورقم: 20443، و20444، ج10، ص225. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 11979، ج8، ص305، ورقم: 12255، ج9، ص33.

(1) «وَقِيلَ يُعَامَلُ بِنَقِيضٍ مَقْصُودِهِ فَيُرَدُّ الْعَوْضُ وَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا وَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا». أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج2، ص518. «وَفِي التَّوَضُّعِ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ يَنْبَغِي أَنْ يُقَيَّدَ كَلَامُ أَهْلِ الْمَذْهَبِ فِي الْأَجْنَبِيِّ بِكَوْنِهِ لِمَصْلَحَةٍ، أَوْ ذَرُوهُ مَفْسَدَةٍ، وَلَمْ يَقْصِدْ بِهِ إِضْرَارَ الْمَرْأَةِ، وَأَمَّا مَا يَجْعَلُهُ بَعْضُهُمْ لِقَصْدِ مُجَرَّدِ إِسْقَاطِ نَفَقَةِ الْعِدَّةِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُجْتَلَفَ فِي مَنْعِهِ». محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج4، ص4.

(2) «وَنَقَلَ مُهَنَّأٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَكَ حَتَّى أَتَزَوَّجَهَا وَلَكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَأَخَذَ مِنْهُ أَلْفٌ ثُمَّ قَالَ لِامْرَأَتِهِ أَنْتَ طَالِقٌ، فَقَالَ سُبْحَانَ اللَّهِ رَجُلٌ يَقُولُ لِرَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَكَ حَتَّى أَتَزَوَّجَهَا لَا يَحِلُّ هَذَا». تقي الدين أحمد ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ج5، ص485.

(3) سورة البقرة، الآية 235.

(4) «أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (...) رَقْمُ (2175) فِي الطَّلَاقِ، بَابُ فِي مَنْ خَبَبَ امْرَأَةً عَلَى زَوْجِهَا، وَرَقْمُ (5170) فِي الْأَدَبِ، بَابُ فِي مَنْ خَبَبَ مَمْلُوكًا عَلَى مَوْلَاهُ، وَإِسْنَادُهُ صَحِيحٌ». مجد الدين أبو السعادات بن الأثير، جامع الأصول، المرجع السابق، المرجع السابق، ج11، ص727. «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الْبُخَارِيِّ، وَمَنْ يُخْرِجَاهُ». أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المرجع السابق، ج2، ص214.

(5) إسحاق بن راهويه، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم 134، ج1، ص185. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 9157، ج15، ص80. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2175، ج2، ص254، ورقم: 5180، ج4، ص343. أبو بكر البزاز، البحر الزخار، المرجع السابق، رقم الحديث: 7827، ج14، ص249، ورقم: 9564، ج17، ص48. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 9180، ج8، ص282. أبو سعيد بن الأعرابي، المعجم، المرجع السابق، الحديث رقم: 798، ج1، ص411. محمد بن حبان البستي، الإحسان، المرجع السابق، الحديث رقم: 4363، ج10، ص205، ورقم: 5560، ج12، ص370. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المرجع السابق، رقم الحديث: 2795، ج2، ص214، ورقم: 7816، ج4، ص331. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم:

أو أن يسيء الفضولي التقدير فيما يضمنه مصلحةً للزوج أو لها، وهو ما لا يجوز لتناقضه ومقاصد الشريعة في إبقاء النكاح وإدامة الحياة الزوجية، بل وقد ترى الزوجة مصلحتها في بقاء الزوجية على الرغم من سوء أحوالها، فيكون فعل الأجنبي ضرراً لها، والضرر في الشريعة مرفوع وما يؤدي إليه ممنوع.

أما ما قيل عن غرض استنقاذهما من نكاح شبهة، فهو كلام غير مؤسس، طالما أن الشريعة أباحت للأجنبي أن يتصدى لهذا الارتباط حسبةً أمام السلطان قصد إبطاله ودونما حاجةٍ لبذل المال. عليه ولما كان الخلع عقد معاوضةٍ من نوع خاص، لا يقوم إلا بتراضي طرفيه، تعين مراعاة رضا الزوجة في كل الأحوال، حتى عند مباشرة الأجنبي له، بأن يبقى موقوفاً على إجازتها، إن فعلت نفذ ووجب المال على من التزم به، وإلا وقع طلاقاً رجعيّاً مع احتفاظ الزوجة بما يقتضيه الطلاق من حقوق.

15813، ج8، ص22. أبو بكر البيهقي، شعب الإيمان، المرجع السابق، الحديث رقم: 5049، و5050، ج7، ص305، ورقم: 10603، ج13، ص448. أبو الحسن نور الدين الهيثمي، موارد الظمان، المرجع السابق، الحديث رقم: 1319، ص320.

المبحث الثاني

شروط الخلع

يراد بالشرط في الاصطلاح الشرعي، كل أمر يتوقف عليه وجود الشيء وإن كان خارجاً عن ماهيته، فإذا نحن أسقطنا هذا التعريف بشقيه على الخلع، أمكننا فرز الشروط التي ينبني عليها هذا العقد، دون أن تكون جزءاً من حقيقته، وهي على التوالي شروط انعقاد تفيد ارتباط أجزاء الإيجاب والقبول (المطلب الأول) وشروط صحة وإن كانت منتجة في صحة العقد، فإنها لا تؤثر في قيامه وصفاً (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط الانعقاد

يشترط لانعقاد الخلع شروطاً عدة، منها ما يتعلق بالصيغة (الفرع الأول)، ومنها ما يرجع إلى العاقد (الفرع الثاني)، ومنها ما يتصل بمحل العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول

شروط الصيغة

ينفك عن اختلاف الفقهاء في تكييف المخالعة - على النحو الذي سقنا آنفاً - مخرجات متباينة، أكثرها تحليلاً، ما تعلق منها بشرائط الصيغة، والتي تنحصر فيما يلي: اتحاد مجلس العقد (أولاً)، عدم مخالفة القبول للإيجاب (ثانياً)، وألا تكون صيغة الخلع موصوفة (ثالثاً).

أولاً: اتحاد مجلس العقد

افترق الإمام أبي حنيفة مع صاحبيه بشأن وضع الزوجة في مسألة الحال، حيث ذهب إلى القول بكونه معاوضة في جانبها، ومن ثمة حق لها إذا ابتدأت بإيقاعه أن تعدل عنه صراحة قبل قبول الزوج، أو دلالة بقيامها عن المجلس، كما يبطل بقيامه أيضاً، ولا يتوقف على ما وراء المجلس، بأن يكون الزوج غائباً حتى مع قبوله⁽¹⁾، في حين اعتبره صاحبان يميناً من جهتها وجهته على السواء، فاتفقوا بهذا

(1) «وَأَمَّا فِي جَانِبِهَا فَإِنَّهُ مُعَاوَضَةٌ الْمَالِ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ الْمَالَ بِعَوَضٍ فَيَرَاغَى فِيهِ أَحْكَامُ مُعَاوَضَةِ الْمَالِ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ كَمَا فِي الْبَدَائِعِ (قَوْلُهُ: فَصَحَّ رُجُوعُهَا) أَيَّ إِذَا كَانَ الْإِبْتِدَاءُ مِنْهَا، بِأَنْ قَالَتْ: اخْتَلَعْتُ نَفْسِي مِنْكَ بِكَذَا فَلَهَا أَنْ تَرْجِعَ عَنْهُ قَبْلَ قَبُولِ الزَّوْجِ وَيَبْطُلُ بِقِيَامِهَا

التكليف جميعاً على وضع الزوج، وترتيباً عليه، إذا ابتداءً هذا الأخير بإيقاع الخلع كان لازماً له، حتى أنه لا يملك فسخه أو نهي المرأة عن قبوله، ولا الرجوع فيه قبل قيامها من المجلس، ومن ثمة إذا وافقت وقع الطلاق ولزمها البدل، ولا ينقضي إيجابه إلا إذا رفضت أو قامت من المجلس قبل قبولها، دون قيامه هو، باعتبار ألا حق له في العدول صراحةً، فمن باب أولى ألا يكون مالكاً له دلالةً، ويتوقف على ما وراء المجلس بأن كانت غائبةً فبلغها صح قبولها متى كان في مجلس علمها⁽¹⁾، وبذلك تبني الحنفية في هذا الفرض معيار امتداد المجلس توازياً مع الضابط المكاني بالنسبة للفروض السابقة.

من جهتهم قرر المالكية أن صيغة الخلع كالبيع في الإيجاب والقبول، فأصلوا بدورهم لفكرة اتحاد مجلس العقد على معيار مكاني كقاعدة عامة، وما يستتبع ذلك من صدور للقبول فور وقوع الإيجاب مع اغتفار الفاصل اليسير، هذا وينقضي عندهم كلام الموجب في كل الأحوال بفاصل يفيد الإعراض وبانفضاض المجلس، ولا يجوز لمن بادر من العاقلين بإيقاع الخلع أن يرجع عن إيجابه قبل انفضاض المجلس، ولا ينفعه ذلك فيما لو صدر قبولاً صحيحاً من العاقد الآخر، غير أنهم أجازوا استثناءً امتداد المجلس واستمراره دون تعلق وجوده بالمكان والزمان الملايين له، ودون توقفه على تفرق العاقلين بالأبدان، في الفرض الذي يعلق فيه الزوج الخلع بالأداء أو الإقباض، إذ لا يشترط والحالة هذه أن يصدر رضاء الزوجة فور صدور التماس الزوج، فجاز بهذا الشرط أن يمتد إلى ما وراء المجلس، حتى إذا أقبضت الزوجة زوجها بعده، نفذ الخلع شريطة ألا يطول الزمن بعد الانصراف عنه، بأن تمكث

عَنْ الْمَجْلِسِ وَبِقِيَامِهِ أَیْضًا، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ بِأَنْ كَانَ الرَّؤُوسُ غَائِبًا، حَتَّى لَوْ بَلَغَهُ وَقِيلَ لَمْ يَصِحَّ. «محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص443.

(1) «وَالثَّانِيَةُ أَنَّ مِنْ جَانِبِ الرَّؤُوسِ يَمِينٌ وَتَعْلِيْقُ الطَّلَاقِ بِشَرْطٍ وَهُوَ قَبُولُهَا الْعَوَضَ وَمِنْ جَانِبِهَا مُعَاوَضَةُ الْمَالِ وَهُوَ تَمْلِيْكُ الْمَالِ بِعَوَضٍ حَتَّى لَوْ ابْتَدَأَ الرَّؤُوسُ الْخُلْعَ فَقَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ لَا يَمْلِكُ الرَّؤُوسُ الرَّجُوعَ عَنْهُ وَلَا فُسْخَهُ وَلَا نَهْيَ الْمَرْأَةِ عَنِ الْقَبُولِ، وَلَا يَبْطُلُ بِقِيَامِهِ عَنِ الْمَجْلِسِ قَبْلَ قَبُولِهَا وَلَا بِشَرْطِ حُضُورِ الْمَرْأَةِ بَلْ يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ حَتَّى لَوْ كَانَتْ غَائِبَةً فَبَلَغَهَا فَلَهَا الْقَبُولُ، لَكِنْ فِي مَجْلِسِهَا، لِأَنَّهُ فِي جَانِبِهَا مُعَاوَضَةٌ لِمَا نَذَرْتُ. «علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص145. (ولأبي حنيفة أَنَّ الْخُلْعَ فِي جَانِبِهَا بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ) أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَوْ رَجَعَتْ صَحَّ، وَلَوْ قَامَتْ مِنَ الْمَجْلِسِ بَطُلَ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ صَحَّ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ، وَأَمَّا فِي جَانِبِهِ فَيَمِينٌ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ عَنْهُ وَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ، وَلَا خِيَارٌ فِي الْأَيْمَانِ. «محمد أكمل الدين البابرتي، العناية، المرجع السابق، ج4، ص231.

المخالعة زمنًا يفيد ألا رغبة لزوجها في ذلك، أو أن تقوم قرينة على انصراف إرادته إلى القبض في المجلس، حينها وجب العمل بها، فإذا قامت الزوجة، انفض المجلس وبطل الخلع⁽¹⁾.

هذا وينبغي تأصيل الشافعية على التمييز بين وضعين، أولهما اعتبار الخلع فسخاً، فكان بهذا التوصيف معاوضةً محضة، إن من جهة الزوج أو الزوجة، كابتداء النكاح والبيع، وهي حال تقتضي وقوع القبول فور صدور الإيجاب، ألا يتخللها كلام أجنبي، أو يفصل بينهما فاصل يفيد الإعراض، مع اغتفار اليسير من الأمرين⁽²⁾، كما يجوز في ضوء هذا التكييف لأي من العاقلين إذا كان مبتدئاً، الرجوع عن إيجابه قبل أن يلق كلامه قبولاً صحيحاً.

أما الوضع الثاني، فهو على القول باحتسابه طلاقاً، تعين حينها النظر فيما إذا بدأ الزوج بإيقاعه، أم بدأت الزوجة بسؤاله، حيث لا يخرج في الفرض الأول - إذا ما لابس ذكر العوض - عن كونه معاوضة فيها شوب تعليق، أما المعاوضة فلا أن الزوج أخذ مالا نظير إزالته ملك النكاح، أما الشوب فلكون الخلع آل عن قبول المال كأيلولة الطلاق المعلق بشرط عند تحقق هذا الأخير، وهذه حال تغلب فيها المعاوضة تارة، والتعليق حيناً، ويراعى المعنيان تارةً أخرى، تبعاً لاختلاف الصيغ التي يعبر بها الزوج عن رضائه.

(1) «الصَّيْغَةُ كَالْبَيْعِ فِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ إِلَّا أَنَّ يَقَعَ مُعْلَقًا مُبْهَمًا فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ نَاجِزًا.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 298. «قَالَ فِي التَّوْضِيحِ فِي شَرْحِ قَوْلِهِ الصَّيْغَةُ وَهِيَ كَالْبَيْعِ فِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ هَذَا هُوَ الرُّكْنُ الْحَامِسُ وَهُوَ كَالْبَيْعِ فِي أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ بِصِيغَةٍ خَاصَّةٍ (...) قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: إِلَّا أَنْ يَقَعَ مُعْلَقًا مِنْهُمَا فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ نَاجِزًا، قَالَ فِي التَّوْضِيحِ: قَوْلُهُ مِنْهُمَا أَيُّ مِنْهُ أَوْ مِنْهَا وَلَا يُرِيدُ أَنَّهُ وَقَعَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، انْتَهَى، قَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ: قَوْلُهُ فَلَا يَحْتَاجُ إلَّا إِشَارَةً مِنْهُ إِلَى أَنَّ غَيْرَ الْمُعْلَقِ يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ نَاجِزًا وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا فِي عُقُودِ الْمُعَارَضَةِ (...) الْمُعْلَقُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ نَاجِزًا، لِأَنَّهُ يُشْبِهُ تَعْلِيْقَ الطَّلَاقِ وَقَاعِدُهُ التَّعْلِيْقُ عَدَمُ اشْتِرَاطِ الْمُنَاجَزَةِ بَلَّ الْعَالِبُ أَنَّ التَّعْلِيْقَ قَرِينَةٌ فِي إِرَادَةِ التَّأْخِيرِ، انْتَهَى.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 37.

(2) «(وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَطُولَ الْفَصْلُ) بَيِّنُ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَلَوْ بِكِتَابَةٍ أَوْ إِشَارَةٍ أُخْرَى، وَقَوْلُهُ (بَيِّنُ لَفْظِيهِمَا) مِثَالٌ، وَلَوْ عَبَّرَ بِمَا قَدَرْتُهُ كَانَ أَوْلَى، فَإِنْ طَالَ ضَرَّ، لِأَنَّ طَوْلَ الْفَصْلِ يُخْرِجُ الثَّانِي عَنْ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَنْ الْأَوَّلِ، وَالطَّوِيلُ كَمَا قَالَ فِي زِيَادَةِ الرُّوْضَةِ فِي النِّكَاحِ: هُوَ مَا أَشْعَرَ بِإِعْرَاضِهِ عَنْ الْقَبُولِ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْيَسِيرِ لِعَدَمِ إِشْعَارِهِ بِالْإِعْرَاضِ عَنْ الْقَبُولِ، وَيَضُرُّ تَحْلُلُ كَلَامِ أَجَنِّيٍّ عَنْ الْعَقْدِ وَلَوْ يَسِيرًا بَيِّنُ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَإِنْ لَمْ يَتَفَرَّقَا عَنْ الْمَجْلِسِ، لِأَنَّ فِيهِ إِعْرَاضًا عَنْ الْقَبُولِ بِخِلَافِ الْيَسِيرِ فِي الْخُلْعِ، وَفُرَّقَ بَأَنَّ فِيهِ مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ شَائِئَةٌ تَعْلِيْقِي، وَمِنْ جَانِبِ الزَّوْجَةِ شَائِئَةٌ جَعَالَةٌ، وَكُلُّ مِنْهُمَا مُوسَّعٌ فِيهِ مُحْتَمَلٌ لِلْجَهَالَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 2، ص 330.

فإذا أوقعه بصيغة المعاوضة على نحو خالعتك أو طلقتك أو أنت طالق بكذا، أو على كذا، غلب معنى المعاوضة، وثبتت أحكامها، من جواز عدوله قبل قبول الزوجة، وعدم الاعتداد بقبولها بعد رجوعه، ووجوب قبولها باللفظ ومن غير فاصلٍ كما في البيع وسائر العقود، إذ لو اشتغلت بكلام آخر، أو تخلل الصيغة زمن طويل ثم قبلت، لم يكن الخلع نافذاً.

أما إذا أوقعه بصيغة التعليق، وجب التمييز فيما إذا أتاه بعبارات التعليق المحضة، على نحو متى أعطيتني، أو أي وقت، أو متى ما، أو حين، أو زمان، غلب عندها معنى التعليق وثبتت أحكامه، وكان الخلع مثله في سائر الأوصاف، حتى أن الزوج لا يحتاج في ضوئه إلى قبول باللفظ، ولا يشترط إعطاء الزوجة في المجلس، بل متى وجد هذا الأخير طُلِّقت، وليس للزوج الرجوع قبل البذل بحال⁽¹⁾، أما إذا علقه ببعض أحرف الصفات كإن، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق، ثبتت له بعض أحكام التعليق، فلا يحتاج الزوج حينها إلى القبول لفظاً، ولا رجوع له قبل الإعطاء كما في الفرض الأول، وقيل يجوز له العدول قبل القبض، أي أنه بالخيار بين القبول من عدمه، والأول هو الراجح⁽²⁾.

وأما إذا ابتدأت الزوجة بسؤال الطلاق، وأجابها الزوج، كان الخلع معاوضةً فيها شوب جعالة، ومن ثمة حق لها على الصحيح أن تعدل عن كلامها قبل قبول الزوج عملاً بما تقتضيه أحكام المعاوضة والجعالة، يستوي في ذلك أن يجيء التماسها بصيغة المعاوضة كطلقني على كذا، أو بصيغة التعليق كإن

(1) «أخذها: ما يكون مع افتتان العوض به على التراخي أيضاً، وهو خمسة ألفاظ متى، ومتى ما، وأي وقت، وأي زمان، وأي حين، فإذا قال: متى أعطيتني ألف درهم، فأنت طالق، أو متى ما أعطيتني، أو أي وقت أعطيتني، أو أي زمان أعطيتني أو أي حين أعطيتني، كان الحكم في هذه الألفاظ الخمسة كلها على التراخي، ففي أي وقت أعطته ألف من عاجل أو أجل طُلِّقت.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 209.

(2) «وإن قال: إن أعطيتني، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق، فله بعض أحكام التعليق، فلا يحتاج إلى القبول لفظاً، ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء. وقيل: يجوز له الرجوع قبل الإعطاء، حكاة البعوي، وقطع به صاحب «المهذب»، ويقرّب منه ماحكاه ابن كج عن ابن سلمة، أن الزوج بالخيار بين أن لا يقبل ألف الذي أخضرته، وبين أن يقبل، والصحيح الأول، وله بعض أحكام المعاوضة وهو اشتراط الإعطاء في المجلس، واختار صاحب المهذب إلحاق «إذا» بـ«متى»، وألحقها الجمهور بـ«أن» كما ذكرنا.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 381.

أو متى طلقني فلك كذا، فهو في الحالتين معاوضة، وبالتالي وجب على الزوج أن يجيئها في مجلس التواجب في الوضعين، بحيث لو تراخى قبوله مدةً طويلةً كان طلاقاً مبتدئاً⁽¹⁾.

وينبغي اتحاد المجلس عند الشافعية كقاعدة عامة على ضابط مكاني، خلا ما تعلق منه بفرض تعليق المخالعة على الإقباض، حيث ذهب بعضهم إلى القول بامتداد المجلس، دون الاعتداد بمكان العقد، في حين قال البعض الآخر بوجوب الإعطاء قبل التفرق بالأبدان وإن طالت المدة، والأول هو الراجح⁽²⁾.

في ذات السياق تبنى الحنابلة - على القول بأن الخلع فسخ كما هو المعتمد في مذهبهم - المجلس المكاني، وبالتالي صح الخلع وإن تراخى القبول عن الإيجاب مادام العاقدان في المجلس ولم يتشاغلا عنه بما يقطعه عرفاً، فإن تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح، لأن العقد إنما يقوم بالقبول، فلم يحصل مع تباعده عنه، تماماً كما هو الشأن بالنسبة للاستثناء والشرط وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام إلا به⁽³⁾، وترتيباً عليه إذا أعرض أي منهما، أو اشتغل بما يقطع المجلس عرفاً، أو قام عن مجلسه قبل قبول الآخر، انفض هذا الأخير ولم يصح الخلع حتى وإن أبدى العاقد الآخر قبوله بعد ذلك⁽⁴⁾.

(1) «الْقِسْمُ الثَّانِي أَنْ تَبْدَأَ هِيَ فَتَسْأَلَ الطَّلَاقَ بِعَوَضٍ كَطَلَّقَنِي بِأَلْفٍ أَوْ مَتَى طَلَّقْتَنِي فَلَكَ أَلْفٌ وَجُيِّهَهَا (سَوَاءٌ عَلَّقْتَ) كَمَا فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ (أَوْ تَجَزَّتْ) كَمَا فِي الْأَوَّلَى وَهَذَا لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ (فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ) لِمِلْكِهَا الْبُضْعُ بِالْعَوَضِ (فِيهَا شَوْبُ جَعَالَةٍ) لِأَنَّ مُقَابِلَ مَا بَدَّلَتْهُ وَهُوَ الطَّلَاقُ يَسْتَقِلُّ بِهِ الزَّوْجُ كَالْعَامِلِ فِي الْجَعَالَةِ، (وَلَمَّا الرُّجُوعُ قَبْلَ الْحَوَاقِبِ) لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ الْمُعَاوَضَاتِ وَالْجَعَالَاتِ وَكَأَنَّ مُقْتَضَى كَوْنِهِ مُعَاوَضَةً مِنْ جَانِبِهَا أَنْ لَا يَحْتَمِلَ فِيهِ صِغَةُ التَّغْلِيْقِ لَكِنَّهَا اخْتَمَلَتْ لِمَا فِيهَا مِنْ شَائِبَةِ الْجَعَالَةِ الْمُحْتَمَلَةِ.» زكريا بن محمد السنيكي، أسنى المطالب، المرجع السابق، ج3، ص244.

(2) «الْمُرَادُ بِالْمَجْلِسِ الَّذِي يُشْتَرَطُ فِيهِ الْإِعْطَاءُ مَجْلِسُ التَّوَاجِبِ وَهُوَ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْإِزْتِمَاتُ بَيْنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ، وَلَا نَظَرَ إِلَى مَكَانِ الْعَقْدِ، وَفِي وَجْهِ حَكَاهُ ابْنُ كَيْسٍ وَغَيْرُهُ، أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ إِذَا أَعْطَتْهُ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمَا وَإِنْ طَالَتْ الْمُدَّةُ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج7، ص381 و382.

(3) «قَوْلُهُ (وَإِنْ قَالَتْ "اخْلَعْنِي بِأَلْفٍ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ" أَوْ "طَلَّقْنِي بِأَلْفٍ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ") (...) فَوَائِدُ: الْأَوَّلَى: يُشْتَرَطُ فِي ذَلِكَ أَنْ يُجِيَّهَهَا عَلَى الْقَوْرِ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ (...) وَقِيلَ: لَا تُشْتَرَطُ الْقَوْرَةُ، بَلْ يَكُونُ عَلَى التَّرَاحِي، وَجَزَمَ بِهِ فِي الْمُنتَخَبِ، الثَّانِيَةُ: لَهَا أَنْ تَرْتَجَعَ قَبْلَ أَنْ يُجِيَّهَهَا.» علاء الدين أبو الحسن المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص411.

(4) «وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْخُلْعِ وَالنِّكَاحِ، أَنَّ الْخُلْعَ يَصِحُّ تَغْلِيْفُهُ عَلَى شَرْطٍ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ (وَإِنْ تَرَخَى) الْقَبُولُ (عَنْهُ) أَيُّ: عَنِ الْإِجَابِ (صَحَّ) مَا دَامَا فِي الْمَجْلِسِ وَلَمْ يَتَشَاغَلَا بِمَا يَقْطَعُهُ، لِأَنَّ حُكْمَ الْمَجْلِسِ حُكْمُ خَالَةِ الْعَقْدِ، بِدَلِيلِ صِحَّةِ الْعَقْدِ فِي مَا يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِيهِ، وَثُبُوتُ الْخِيَارِ فِي عَقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج6، ص96.

هذا كله في حال التعاقد بين حاضرين، أما اتحاد المجلس في شأن الغائبين، فقد سبق وأن تعرضنا له بمناسبة حديثنا عن الوسائل البديلة في إيقاع صيغة المخالعة.

ثانياً: عدم مخالفة القبول للإيجاب

لا خلاف بين الفقهاء في لزوم موافقة القبول للإيجاب، حتى يتطابقا على أمر واحد، فيتحقق باتفاقهما تلاقي الإرادتين، أما إذا تخالفا مخالفة كلية أو جزئية فلا مجال لانعقاد الخلع، والمخالفة إما أن تكون في مقدار البدل أو المحل أو صفة الطلاق أو عدده.

ففي مذهب الأحناف لا يكون القبول مطابقاً للإيجاب في فروض منها ما لو طلق الزوج زوجته عدداً معيناً، على بدلٍ محدد، فقبلت دون ما عين لها من الطلاق بعين البدل، كما لو طلقها أربعاً بألف، فقبلت ثلاثاً على ذات البدل لم تطلق، ويسري ذات الحكم في حال ما إذ خولها طلاق نفسها على مال، كما لو فوضها أن تطلق نفسها ثلاثاً بألف، فأوقعت واحدة بما حدد لها من العوض، لم يقع بها شيء⁽¹⁾، وما قيل عن عدد الطلاق ينطبق على مقدار البدل، وآية ذلك أن الخلع يمين معلق على قبول الزوجة فيما إذا كان الزوج مبتدئاً، وأن المعلق عليه، هو قبول الزوجة بما حدد لها الزوج من عدد الطلاق ومقدار المال، فإذا قبلت بما دون ذلك في شأن أحدهما أو كليهما معاً، لم يتحقق المعلق عليه، وبالتالي لا شيء ينجر عن هذه الصيغة.

أما إذا كانت الزوجة مبتدئة، وجاءت المخالفة من جهة الزوج، كأن تسأله أن يطلقها أربعاً بألف، فطلقها ثلاثاً، طُلقت بما أوقع من عددٍ ومجموع العوض الذي حددت له، لأن القبول هنا وإن لم يكن موافقاً للإيجاب، فإنه لا يعد عند التحقيق مخالفاً له، لكون الزوجة قد نالت به سُؤلها، بخلاف ما إذا عرضت عليه ثلاثاً بألف، فطلقها واحدة، حينها بانت منه بثلاث الألف، وهكذا إذا طلقها اثنتين

(1) «إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثاً على ألف أو بألف، فقالت فقد قبلت الواحدة لا يقع شيء لأنه لو وقع واحدة وقع بثلاث الألف أو بغير شيء والزوج ما رضي بالوقوع بغير شيء، فلا تثبت الألف، وهذا لأنه لو وقع واحدة تثبت الألف، وكذلك لو قالت وقع بائناً والزوج ما رضي بالبينونة تثبت الألف، وكذلك لو قالت قبلت الواحدة بألف لا يقع شيء، لأن الزوج ما أوجبها كذلك.» أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج3، ص330. «فَوَلُّهُ طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج4، ص89.

كانت له ثلثا الألف⁽¹⁾، شريطة اتحاد المجلس، هذا في الأحوال التي يجيب فيها الزوج بما دون العدد المطلوب، أما إذا زادها عما أوجبت به، كما لو سألته أن يطلقها واحدةً بألف، فأوقع ثلاثاً متفرقاتٍ في مجلسٍ واحد، طُلقَت ثلاثاً، الأولى بألف والمتبقيتان مجاناً⁽²⁾، أما إذا طلقها ثلاثاً بألفٍ فلا يقع بذلك شيء على قول أبي حنيفة، لأن الأصل عنده، أن الثلاث لا تصلح جواباً للواحدة، فإذا ساقاها يكون بلا ريبٍ قد عدل عما سألته فصار مبتدئاً بالطلاق، فلا يقع هذا الأخير على النحو الذي أوجب به الزوج إلا أن تقبل به الزوجة من جديد⁽³⁾، وتطلق على قول الصحابين ثلاثاً، الأولى بألف كما في الفرض السابق، والاثنان الأخريان مجاناً لأنه من أصلهما أن في الثلاث ما يصلح جواباً للواحدة⁽⁴⁾، في حين إذا طلقها دون ذكر البدل، ترتب عن طلاقه ذات الحكم عندهما، وعنده طُلقَت ثلاثاً بلا شيء⁽⁵⁾، هذا وتطلق رجعيّاً ولا شيء عليها عند أبي حنيفة في حال طلاقه إياها واحدةً عقب استدعائها للثلاث على ألف، للفرق بين «باء الجر» و«على»، من منطلق انصراف هذه الأخيرة للشرط، فتكون الألف حينئذٍ مشروطاً، فلا توزع على أجزاء الشرط وهي الثلاث، أما «باء الجر» فهي مصاحبة للعوض، والعوض ينقسم على المعوض، وقال أبو يوسف ومحمد تلزمها تطليقة بائنة بثلاثي الألف، وحجتهما في ذلك أن الخلع من عقود المعاوضات، وحرفا «الباء» و«على» في المعاوضات

(1) «أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا قَالَتْ لِزَوْجِهَا طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ وَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً يَجِبُ ثُلُثُ الْأَلْفِ وَلَوْ طَلَّقَهَا اثْنَتَيْنِ يَجِبُ ثُلُثَا الْأَلْفِ».

محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 7.

(2) «وَأِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مُتَفَرِّقَاتٍ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، فَالْأَلْفُ لَازِمَةٌ عَلَيْهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ شَيْئًا مِنَ الْبَدَلِ لَمْ يَجِبْ بِإِيقَاعِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ، وَالْمَجْلِسُ الْوَاحِدُ يَجْمَعُ الْكَلِمَاتِ الْمُتَفَرِّقَةَ وَعِنْدَهُمَا عَلَى الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ الَّذِي بَيَّنَّا فِي خَزَفِ الْبَاءِ» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 175. «وَلَوْ قَالَتْ طَلَّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ فَقَالَ لَهَا الزَّوْجُ أَنْتِ طَالِقٌ وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً تَقَعُ الثَّلَاثُ وَوَاحِدَةً بِأَلْفٍ وَاثْنَتَانِ بغير شيءٍ عِنْدَ الْكُلِّ كَذَا فِي الْحَاشِيَةِ» زين الدين بن نعيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 88.

(3) «أَمَّا لَوْ قَالَتْ: وَاحِدَةً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا، فَإِنْ قَالَ بِأَلْفٍ وَقَبِلَتْ وَقَعْنَ، وَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ لَا يَقَعُ شَيْءٌ» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 448.

(4) «وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا وَقَفَ عَلَى قَبُولِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ قَبِلَتْ جَازَ، وَإِلَّا بَطَلَ، لِأَنَّهُ عَدَلَ عَمَّا سَأَلَتْهُ فَصَارَ مُبْتَدِئًا طَلَاقًا بِعَوَضٍ فَيَقِفُ عَلَى قَبُولِهَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَحُمَيْدٍ يَقَعُ الثَّلَاثُ، وَوَاحِدَةً مِنْهَا بِأَلْفٍ كَمَا سَأَلَتْ، وَاثْنَتَانِ بِغَيْرِ شَيْءٍ» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 153.

(5) «وَأِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْمَالُ طَلَّقَتْ عِنْدَهُ ثَلَاثًا بِلَا شَيْءٍ، وَعِنْدَهُمَا وَاحِدَةً بِأَلْفٍ وَاثْنَتَانِ بِلَا شَيْءٍ، كَمَا لَوْ فَرَّقَهَا وَقَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 448.

سيان⁽¹⁾، أما إذا طلقها ثلاثاً في ثلاثة مجالس، فلا شيء له عند أبي حنيفة، وله ثلث الألف عند الصاحبين.

من جهة أخرى إذا بادر الزوج بطلاق زوجته ثلاثاً متفرقات في مجلس واحد على عوض معين، وأبدت هذه الأخيرة قبولها، وقعت بهذه الصيغة ثلاث تطليقات على عين البدل لأن المجالس تجمع المتفرقات، وهذا بخلاف ما لو خالعهما على ذات النحو دون أن يذكر مالا، فإن الثاني والثالث لاغيان، فلا يلحقان الأول لأنه وقع بائناً، والفرق بين العبارتين أن الأول لا يسه ذكر العوض، فوجب قبولها لوقوعه، ولما كرره لها بالعوض المعين وقبلت، وقع ثلاثاً جملةً واحدةً وبمجموع البدل المكرر، أما الثاني فلا يتوقف حصول الطلاق فيه على قبولها لعدم ذكر العوض، فوقع حينئذٍ بائناً باللفظ دون الاعتداد برضاها، فإذا كرره عُذَّ لغواً لأنها لم تعد في عصمته⁽²⁾.

في المقابل إذا ابتدأت الزوجة بمخالعة زوجها وثلثت، كما لو قالت له خلعت نفسي منك بألفٍ وكررتها ثلاثاً، وأبدى قبوله، فلا تقع بهذه العبارة على الصحيح سوى طلاقاً واحدةً على الألف التي ذكرت، والفرق بين الحالتين، أن الخلع معاوضة من جهة الزوجة، وبالتالي أمكن لها الرجوع عن إجباها قبل قبول الزوج، فإذا كررته كان قبولاً للعقد الأخير، ولغى الأول بالثاني، والثاني بالثالث⁽³⁾.

(1) «قَوْلُهُ وَيُؤْتَى عَلَى وَقَعِ رَجْعِي بِمَنْأَى أَيْ فِي قَوْلِهَا طَلَّقَنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ أَوْ عَلَى أَنَّ لَكَ عَلَيَّ أَلْفًا فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً وَقَعِ رَجْعِي بِغَيْرِ شَيْءٍ عَلَيْهَا عِنْدَ الْإِمَامِ خِلَافًا لِمَا فَهَمَّا جَعَلَاهَا كَالْبَاءِ، وَهُوَ جَعَلَهَا لِلشَّرْطِ، وَالْمَشْرُوطُ لَا يَتَوَرَّعُ عَلَى أَجْزَاءِ الشَّرْطِ.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 88. «وإذا قالت: طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف، لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف وهذا لأن حرف الباء يصح بالأعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال، وإن قالت: طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة، وقالا: هي واحدة بائنة بثلث الألف لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات.» علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج 2، ص 262.

(2) «قَوْلُهُ: طَلَّقْتُ بِثَلَاثَةِ آلَافٍ) أَيْ طَلَّقْتُ بِثَلَاثَةِ آلَافٍ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْبَحْرِ عَنِ الْمُحِيطِ عِنْدَ قَوْلِ الْكَنْزِ وَلَزِمَهَا الْمَالُ وَقَالَ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ إِلَّا بِقَبُولِهَا لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَتَعَلَّقُ بِقَبُولِهَا فِي الْخُلْعِ فَوَقَعَ الثَّلَاثُ عِنْدَ قَبُولِهَا جُمْلَةً بِثَلَاثَةِ آلَافٍ. اهـ، قُلْتُ: وَهَذَا إِذَا كَانَ بِمَالٍ وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ مُعَاوَضَةً فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ فَتَقَعُ الْأُولَى وَيَلْعَوُ مَا بَعْدَهَا لِأَنَّ الْبَائِنَ لَا يَلْحَقُ الْبَائِنَ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 461.

(3) «وَكَذَا لَوْ قَالَتْ: خَلَعْتُ نَفْسِي مِنْكَ بِأَلْفٍ قَالَتْهُ ثَلَاثًا فَقَالَ: رَضِيْتُ، أَوْ أَخْرُثُ كَأَنَّهُ ثَلَاثًا بِثَلَاثَةِ آلَافٍ، وَهَذَا خِلَافُ مَا فِي فَتَاوَى الْعِدَّةِ، وَمَا فِي الْعِدَّةِ هُوَ الصَّحِيحُ. اهـ. قُلْتُ: وَمَا فِي الْعِدَّةِ هُوَ أَنَّهُ يَقَعُ وَاحِدَةً بِأَلْفٍ وَيَبْطُلُ الْأَوَّلُ بِالثَّانِي وَالثَّانِي بِالثَّلَاثِ كَمَا فِي الْمُعَاوَضَاتِ اهـ وَلَعَلَّ وَجْهَهُ أَنَّهُ لَمَّا كَانَ يَمِينًا مِنْ جَانِبِهِ صَارَ مُعَلَّقًا عَلَى قَبُولِهَا إِذَا ابْتَدَأَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ابْتَدَأَتْ هِيَ فَإِنَّهُ مِنْ جَانِبِهَا

من جهتهم مثل الملكية للمخالفة بثلاث صور، أولاها أن تستدعي عدداً من الطلاق، فيجيبها بما دونه، كما لو سألته أن يطلقها ثلاثاً على ألف، فطلقها واحدة، بانت حينها بما أوقع من الطلاق وبمجموع البدل على الصحيح، لأنها قصدت البينة، وقد حصلت بالواحدة نظير العوض المذكور، أما الثلاث، فلا يتعلق به غرض شرعي، وقيل يلزمها ثلث الألف، وذكر ألا شيء عليها إلا أن تُطلق ثلاثاً وهذا مذهب المدونة⁽¹⁾، وعلى العكس من ذلك إذا استدعت واحدة فزادها عليها، كأن يطلقها ثلاثاً، وجبت الألف في ذمتها لحصول غرضها وزيادة⁽²⁾.

أما الصورة الثالثة فحاصلها أن يبادر بإيقاع عددٍ من الطلاق، فتقبل بما دونه، وبما يناسبه من مجموع البدل، كأن يطلقها ثلاثاً بألف فتجيبه بقبول واحدة على ثلث الألف، فلا تلزمه البينة عندئذ، لأنه أوقف خلاصها على حصول مقصوده وهو مجموع العوض، لذلك كان الطلاق لازماً له فيما لو رضيت بواحدة نظير الألف كلها، لتحقيق مبتغاه، أما وقوع الثلاث فلا يتعلق به غرض شرعي كما سبق وأن قلنا، ولا تكون ملزمة له مع تلفظه بها، نظراً لتعليقها على شيئين في المعنى، قبولها والألف، فلم يحصل إلا أحدهما وهو الألف، وقيل تلزمه الثلاث لأنه أوقعها، والطلاق لا يرتفع بعد وقوعه⁽³⁾.

مُعَاوَضَةٌ فَلَا يَصِيرُ تَعْلِيْقًا عَلَى قَبُولِهِ، فَإِذَا قِيلَ يَكُونُ قَبُولًا لِلْعَمْدِ الثَّالِثِ وَيَلْعُو الثَّانِي بِهِ، وَالْأَوَّلُ بِالثَّانِي. محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص461.

(1) «(أَوْ) قَالَتْ (طَلَّقَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ) هَا طَلَّقَهُ (وَاحِدَةً) فَتَلْزِمُهَا الْأَلْفُ، لِأَنَّ قَصْدَهَا الْبَيِّنُونَ وَقَدْ حَصَلَتْ بِالْوَاحِدَةِ فِي مُقَابَلَةِ الْعَوَضِ، وَكَوْنُهَا بِالثَّلَاثِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ غَرَضٌ شَرْعِيٌّ، هَذَا قَوْلُ ابْنِ الْمَوَّازِ، وَمَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهَا الْأَلْفُ إِلَّا إِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، وَلَا يَلْزِمُهَا شَيْءٌ مِنَ الْأَلْفِ فِي نَظِيرِ الْوَاحِدَةِ الَّتِي أَوْقَعَهَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا بَائِنَةٌ لِقُوعِهَا فِي مُقَابَلَةِ عَوَضٍ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ، وَقِيلَ يَلْزِمُهَا ثَلَاثُ الْأَلْفِ وَاسْتَشْكَلَ مَذْهَبُهَا بِأَنَّ شَرْطَهَا الثَّلَاثَ لَا فَائِدَةَ فِيهِ لِبَيِّنُونِهَا بِوَاحِدَةٍ.» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج4، ص29.

(2) «(أَوْ) طَلَّقَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً. ابْنُ شَاسٍ: إِذَا قَالَتْ طَلَّقَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ عَلَى الْمَنْصُوصِ (وَبِالْعَكْسِ).» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج5، ص298.

(3) «إِذَا قَالَتْ: طَلَّقَنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ الثَّلَاثُ وَيَلْزِمُهَا الْأَلْفُ لِحُصُولِ غَرَضِهَا وَزِيَادَةِ وَهُوَ مَذْهَبُ الْمُدَوَّنَةِ وَتَفْصِيلُ اللَّخْمِيِّ ضَعِيفٌ.» محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج4، ص25.

(3) «(أَوْ) قَالَ الرَّوْجُ لِرَوْحَتِهِ (طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ) مِنَ الدَّنَائِيرِ مَثَلًا (فَقِيلَتْ) الرَّوْجَةُ مِنْهَا طَلَّقَهُ (وَاحِدَةً بِالثَّلَاثِ) مِنَ الْأَلْفِ فَلَا تَلْزِمُهُ الْبَيِّنُونَ، لِأَنَّ مِنْ حُجَّتِهِ أَنْ يَقُولَ لَمْ أَرْضَ بِخَلَاصِهَا مِنِّي إِلَّا بِأَلْفٍ، وَلِذَا لَوْ قِيلَتْ وَاحِدَةً بِأَلْفٍ لَزِمَتْهُ قَالَةُ ابْنِ الْحَاجِبِ، وَصَوْنُهُ ابْنُ عَرَفَةَ لِحُصُولِ مَقْصُودِهِ، وَهُوَ حُصُولُ الْأَلْفِ لَهُ، وَوُقُوعُ الثَّلَاثِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ غَرَضٌ شَرْعِيٌّ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ غَرَضٌ فَاسِدٌ وَهُوَ تَنْفِيْزُ الْأَزْوَاجِ مِنْهَا إِذَا سَعَوْا أَنَّهَا مُطْلَقَةٌ ثَلَاثًا وَلَمْ تَلْزِمُهُ الثَّلَاثُ مَعَ تَلْفُظِهِ بِهَا نَظَرًا لِتَعْلِيلِهَا فِي الْمَعْنَى عَلَى شَيْئَيْنِ قَبُولِهَا وَالْأَلْفِ، وَلَمْ يَحْضُرْ إِلَّا أَحَدُهُمَا وَهُوَ الْأَلْفُ، وَقَالَ الشَّيْخُ سَامٌ يَنْبَغِي أَنْ تَلْزِمَهُ الثَّلَاثُ، لِأَنَّهُ أَوْقَعَهَا وَالطَّلَاقُ لَا يَرْتَفِعُ بَعْدَ وَقُوعِهِ.» محمد عlish، منح الجليل، المرجع

هذا ويفرق الشافعية بين الأحوال التي تنصب فيها المخالفة على العوض أو عدد الطلاق أو هما معاً، أو تنصرف فيها إلى المحل، وعليه إذا خالع الزوج زوجته على بدلٍ معين، وقبلت بما يخالفه زيادةً أو نقصاناً لم يصح الخلع كالبيع، وقيل يصح بالعوض الأعلى دون الأدنى ولا يلزمها في هذا الفرض إلا ما سمي الزوج لإيجابه بذلك، والأول هو الراجح⁽¹⁾، ومثله فيما لو بادرت الزوجة بسؤال الطلاق، فأجابها الزوج دون مقدار ما حددت له من العوض، بانت منه على الصحيح بما ذكر من البدل، وقيل لا تطلق تغليياً للمعاوضة⁽²⁾، أما إذا شملت المخالفة عدد الطلاق ومقدار المال ولو تقسيماً، كما لو طلقها ثلاثاً بألف فقبلت واحدة بثلاث الألف لم يصح، في حين إذا قبلت واحدة بالألف، فثلاثة أوجه، أحدها، لا يقع به شيء كالبيع، والثاني، يرتب طلاقاً لاستقلال الزوج بالطلاق، والصحيح أنه موجب للثلاث، لتوقف قبولها على بذل المال وقد التزمت بمجموعه، بينما يستقل الزوج بأصل الطلاق وعدده، وقد اختلف الشافعية فيما يستحقه الزوج باعتبار الوجهين الأخيرين، حيث ذهب بعضهم إلى القول بوجوب مهر المثل لاختلاف الإيجاب والقبول، بينما قال البعض الآخر - وهو الراجح - بلزوم البدل المسمى لتعلق رضاء العاقدین به⁽³⁾.

السابق، ج 4، ص 32. «(قَوْلُهُ أَوْ طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا) يَعْنِي أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا قَالَ لِرَجُلَيْهِ طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَقَالَتْ لَا أَقْبَلُ إِلَّا وَاحِدَةً مِنْ الثَّلَاثِ بِثُلْثِ الْأَلْفِ فَإِنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ الطَّلَاقُ (قَوْلُهُ لَمْ أَزُضْ إِلَّا) أَيَّ مَا قَصِدِي وَعَرَضِي أَنْ تَتَخَلَّصَ مِنِّي إِلَّا بِالْأَلْفِ لَا بِأَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ، (قَوْلُهُ وَلِذَا) أَيَّ لِأَجْلِ اخْتِجَاجِ الرَّوْجِ بِمَا مَرَّ (قَوْلُهُ لَزِمَتْهُ الْوَاحِدَةُ) أَيَّ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ قَدْ حَصَلَ.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 360.

(1) «وَلَوْ اخْتَلَفَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ، بِأَنْ قَالَ: طَلَّقْتُكَ بِأَلْفٍ فَقَبِلْتَ بِالْفَيْنِ، أَوْ بِخَمْسِمِائَةٍ، لَمْ يَصِحَّ كَالْبَيْعِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْبَغَوِيُّ وَغَيْرُهُ، وَفِي «الشَّامِلِ»، أَنَّهَا إِذَا قَبِلَتْ بِالْفَيْنِ، صَحَّ وَلَا يَلْزِمُهَا الْأَلْفُ، لِأَنَّهُ لَمْ يُوجِبْ إِلَّا الْفَاءَ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 380.

(2) «وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي بِأَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُكَ بِخَمْسِمِائَةٍ، بَانَتْ وَاسْتَحَقَّ خَمْسِمِائَةً عَلَى الصَّحِيحِ، وَقِيلَ: لَا تُطْلَقُ تَغْلِيًّا لِلْمُعَاوَضَةِ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 383.

(3) «وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَقَبِلْتَ وَاحِدَةً بِثُلْثِ الْأَلْفِ، لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ قَبِلْتَ وَاحِدَةً بِالْأَلْفِ، فَثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ، أَحَدُهَا: لَا يَقَعُ شَيْءٌ كَالْبَيْعِ، وَالثَّانِي: يَقَعُ طَلَقٌ، لِأَنَّ الرَّوْجَ هُوَ الْمُسْتَقِلُّ بِالطَّلَاقِ، وَأَصَحُّهَا: يَقَعُ الثَّلَاثُ، صَحَّحَهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَالْعَزَلِيُّ، وَبِهِ قَالَ الْقَفَّالُ، لِأَنَّ قَبُولَهَا إِنَّمَا يَخْتِجُاجُ إِلَى الْمَالِ، وَأَصْلُ الطَّلَاقِ وَعَدْدُهُ يَسْتَقِلُّ بِهِ الرَّوْجُ، وَإِذَا قُلْنَا: يَقَعُ الثَّلَاثُ أَوْ وَاحِدَةً، فَقِي مَا يَسْتَحِقُّهُ الرَّوْجُ عَلَيْهَا وَجْهَانِ، أَحَدُهُمَا: الْأَلْفُ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ، وَالشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ، لِأَنَّ الْإِيجَابَ وَالْقَبُولَ تَعَلَّقَا بِهِ، وَالثَّانِي عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ: أَنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لِاخْتِلَافِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 380 و 381.

أما صورة انصراف المخالفة إلى المحل، فيمكن تمثيلها بمخالعة الزوج لمن في عصمته من النساء دفعةً واحدة، وببدل واحد، فتجيبه إحداهن دون الأخريات بالقبول، لزم حينها الخلع من أجابت منهن، وقيل لا يقع به شيء على الصحيح، ومن صورها أيضاً طلاقه لإحدى زوجاته دون تعيين، فأجبه جميعاً بالقبول على البدل الذي سمى، لم يصح هنا أيضاً⁽¹⁾، أما إذا خالع واحدة بعينها وعطف عليها الأخريات، فأجابته بالقبول، وقع الخلع في حقهن جميعاً، ولزمها مجموع البدل وحدها، لأن الخطاب كان معها، وهي مختلعة لنفسها وقابلة لضرتها كما هو الشأن بالنسبة للأجنبي⁽²⁾، في المقابل إذا سألته الطلاق جميعاً، فطلق إحداهن، وقع في حقها منفردةً بمهر المثل دون المسمى من البدل على الأظهر.

في ذات الاتجاه قرر الحنابلة أن المخالفة قد تكون في صفة الطلاق وعدده وفي مقدار البدل وفي محل الخلع، أما ما ينصرف إلى الصفة، فقوامه أن تسأل الزوجة زوجها، الخلع بلفظه على بدل معين، فيجيبها بلفظ الطلاق، وقع عندها هذا الأخير بائناً، واستحق الزوج العوض، لأنه أجابها إلى ما بذلت فيه مالها، وهذا على القول بأن الخلع طلاقه بائنة، أما على القول بأنه فسخ، احتمل عندهم أن يستحق العوض هنا أيضاً لأن الطلاق يتضمن البينونة التي طلبت، وفوقها نقصان العدد، فأشبه ما لو استدعت طلاقاً واحدةً فطلقها ثلاثاً، كما يحتمل ألا يستحق به شيئاً، لأنها استدعت منه فسخاً لم يجبهما إليه، وأوقع مكانه طلاقاً ما التمسته ولا بذلت فيه عوضاً، وهو فرض يؤول بدوره إلى احتمالين، أولهما أن يحصل به الطلاق رجعيًا، لأنه وقع بلا عوض، فأشبه ما لو طلقها ابتداءً، وثانيهما، لا يجب به شيء، لأن الزوج حين أوقعه إنما استهدف به العوض، فإذا تخلف الشرط سقط معه المشروط⁽³⁾.

(1) «وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُ إِحْدَاكُمَا بِأَلْفٍ وَلَمْ يُعَيَّنْ فَقَالَتَا: قِيلْنَا لَمْ يَقَعْ، ذَكَرَهُ الْبَغَوِيُّ.» زكريا بن محمد السنيكي، الغرر البهية، المرجع السابق، ج4، ص230.

(2) «(أَوْ) قَالَ (طَلَّقْتُكَ وَضَرَّتْكَ بِأَلْفٍ فَقَبِلْتُ طَلَّقْتُهَا وَلَزَمَهَا الْأَلْفُ) لِأَنَّ الْخِطَابَ هُنَا مَعَهَا وَحْدَهَا وَهِيَ مُخْتَلَعَةٌ لِنَفْسِهَا وَقَابِلَةٌ لِضَرَّتِهَا كَالْأَجْنَبِيِّ بِخِلَافِهِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى.» زكريا بن محمد السنيكي، أسنى المطالب، المرجع السابق، ج3، ص244.

(3) «(فصل) فإن قالت: اخلعني بألف، فقال: أنت طالق، فإن قلنا: الخلع طلاقه بائنة، وقع واستحق الألف، لأنه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه، وإن قلنا: هو فسخ، احتمل أن يستحق العوض أيضاً، لأن الطلاق يتضمن ما طلبت، وهو البينونة وفيه زيادة نقصان العدد، فأشبه ما لو قالت: طلقني واحدة بألف، فطلقها ثلاثاً، واحتمل أن لا يستحق شيئاً، لأنها استدعت منه فسخاً فلم يجبهما إليه، وأوقع ما طلبته ولا بذلت فيه عوضاً، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعيًا، لأنه أوقعه مبتدئاً به غير مبدول فيه عوض، فأشبه ما لو طلقها ابتداءً، ويحتمل أن لا يقع، لأنه أوقعه بعوض، فإذا لم يحصل العوض لم يقع، لأنه كالشرط فيه، فأشبه ما لو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فإن قالت: طلقني بألف، قال: خلعتك، فإن قلنا: هو طلاق استحق العوض لأنه طلقها، وإن نوى به الطلاق

أما المخالفة في عدد الطلاق ومقدار البدل، فصور منها، أن يوقع الزوج أكثر من طلبة، فتجيبه الزوجة بقبول الأقل، كما لو طلقها ثلاثاً بألف، فقبلت واحدةً منها على العوض المسمى، لزم حينها ما أوقعه الزوج على البدل الذي ساق، لأن إيقاع الطلاق يعود إليه، وقد علقه على عوضٍ يجري مجرى الشرط من جهتها، وقد وجد هذا الأخير، فلزم من وجوده وجود الأول، أما إذا قبلت بالبدل المذكور وزيادة، وقع الطلاق هنا أيضاً ولم تلزمها الزيادة، لأن القبول يكون مطابقاً للإيجاب فيما اشترطه الزوج دونما لم يشترطه، أما إذا قبلت بأقل من العوض المسمى، لم يقع به شيء، لعدم تحقق الشرط الذي عُلق عليه الطلاق، ومثله إذا قبلت عدداً من الطلاق بما يعادله من المال، كما لو وافقت في مثالنا هذا على واحدةٍ بثلاث الألف، لأن الزوج لم يرض بانقطاع رجعته عنها إلا بما سمي من البدل⁽¹⁾.

في المقابل إذا كانت الزوجة مبتدئةً واستدعت منه طلاقاً ثلاثاً على عوضٍ محدد، فأجابها بطلقةٍ واحدة، لزمه ما أوقع من عددٍ دون استحقاقه للبدل، لأنها بذلت مالاً نظير طلبٍ لم يجبهها إليه، تماماً كما لو التمتست عشراً على عين العوض، فطلقها واحدةً أو اثنتين، أما إذا طلقها ثلاثاً، استحق جميع البدل لحصول المقصود، وأما إذا زادها فوق ما استدعت، كما لو طلبت طلبةً واحدةً بألفٍ فطلقها ثلاثاً، وجب في حقها العوض كاملاً، لكونه أوقع ما استدعته وزيادة، لأن الطلقة والطلقتان جزء من الثلاث⁽²⁾.

فكذلك لأنه كناية فيه، وإن لم ينو الطلاق وقلنا: ليس بطلاق، لم يستحق عوضاً لأنه ما أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ولا يتضمنه، لأنها سألته طلاقاً ينقص به عدد الطلاق فلم يجبهها إليه، وإذا لم يجب العوض لم يصح الخلع، لأنه إنما خالعه معتقداً لحصول العوض فإذا لم يحصل لم يصح. «عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 211.

(1) «وإذا قال: أنت طالق ثلاثاً بألف، فقالت: قبلت واحدةً منها بألف، وقَع الثلاث، واستحقَّ الألف، لأنَّ إيقاع الطلاقِ إليه إنما علقه بعوضٍ يجري مجرى الشرط من جهتها، وقد وجد الشرط، فَيَقَع الطلاق، وإنَّ قالت: قبلتِ بألفين وقَع، ولم يَلْزَمها الألفُ الزائدة، لأنَّ القَبُولَ لِمَا أُوجِبَهُ دُونَ مَا لَمْ يُوجِبْهُ، وإنَّ قالت: قبلتِ بِخَمْسِمِائَةٍ، لَمْ يَقَعِ لِأَنَّ الشرطَ لَمْ يُوْجَدْ، وإنَّ قالت: قبلتِ واحدةً من الثلاثِ بثُلُثِ الألفِ لَمْ يَقَعِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِانْقِطَاعِ رَجْعَتِهِ عَنْهَا إِلَّا بِألفٍ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 350.

(2) «وإن قالت: طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة، وقعت رجعية، ولا شيء له، لأنه لم يجبهها إلى ما سألت، فإنها استدعت فرقة تحرم بها قبل زوج آخر، فلم يجبهها إليه، وإن لم يكن بقي من عدد طلاقها إلا واحدة، استحق الألف، علمت أو لم تعلم، لأن القصد تحريمها قبل زوج آخر، وقد حصل ذلك، وإن قالت: طلقني واحدة بألف، فطلقها ثلاثاً، طلقت ثلاثاً، وله الألف، لأنه حصل ما طلبته وزيادة، وإن قالت: طلقني عشراً بألف، فطلقها ثلاثاً، استحق الألف في قياس المسألة التي قبلها، لأنه حصل المقصود، وإن طلقها أقل من ذلك، لم يستحق شيئاً، لأنه لم يجب سؤالها.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 100.

أما ما ينصرف إلى المحل، أحوال منها أن تسأله الزوجة طلاق نفسها وضرتها على قدر من المال، وقع بهما، في حال قبوله طلاقاً بائناً واستحق العوض على باذلتها، لجواز الخلع مع الأجنبي، فإن طلق إحداهما، طُلق بائناً، ولزم الباذلة حصتها من الألف، وقيل يلزمها مهر مثل المطلقة، وقيل لا يلزمها هاهنا شيء، لأنها استدعت غرضاً لم يجبهها إليه، فلم يلزمها بالتبعية عوضه⁽¹⁾.

ثالثاً: أوصاف صيغة الخلع

ويراد بذلك، مدى صحة الخلع عندما تكون صيغته مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة على شرط (أ) أو أن يحتفظ فيها أحد العاقلين أو كليهما لنفسه بالخيار (ب).

(أ) تعليق صيغة الخلع على شرط أو إضافتها إلى أجل: لا تخرج صيغة الخلع الصادرة من العاقلين عن كونها، إما مطلقة لا يحددها وصف شرط أو أجل، فيقع العقد في ضوئها منجزاً مرتباً لآثاره متى جاء مستوفياً لشرائطه الأخرى، وإما مقيدة بأحد الوصفين أو كليهما معاً، وهذه الأخيرة إما أن يكون القيد الذي لا بسبها، جزءاً منها أو خارجاً عنها، بحيث ينضوي تحته في الفرض الأول نوعان المعلق والمضاف، بينما يكون ضرباً واحداً في الفرض الثاني، وهو المقترن بشرط، ولما كان الإيجاب متحققاً في هذا الأخير وقت التلفظ به، وأن الشرط الذي اقترن به ليس جزءاً منه، بل جاء ليفيد أمراً زائداً عما تقتضيه الصيغة، فإذا وقع القبول وجد إيجاباً مطلقاً يرتبط به، وهي العلة من وراء استبعادنا له في هذا الموضع من الرسالة، وإرجاء الحديث عنه إلى حين معالجتنا لآثار الخلع، بخلاف التعليق، لأن الإيجاب فيه رهن الشرط الذي عُلق عليه، فهو غير موجود وقت التلفظ به، باعتبار الشرط في هذه الحالة جزء من الكلام الدال على الرضا بالعقد.

(1) «وإن قالت: طَلَّقَنِي بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تُطَلِّقَ صَرَّتِي، أَوْ عَلَى أَنْ لَا تُطَلِّقَ صَرَّتِي، فَالْخُلْعُ صَحِيحٌ، وَالشَّرْطُ وَالْبَدْلُ لَا يَزِمُ (...) وَلَنَا أَنَّهَا بَدَلَتْ عَوْضًا فِي طَلَاقِهَا وَطَلَّاقِ صَرَّتِهَا، فَصَحَّ، كَمَا لَوْ قَالَتْ: طَلَّقَنِي وَصَرَّتِي بِأَلْفٍ، فَإِنْ لَمْ يَفِ لَهَا بِشَرْطِهَا، فَعَلَيْهَا الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى، أَوْ الْأَلْفُ الَّذِي شَرَطَتْهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْتَحِقَّ شَيْئًا مِنَ الْعَوْضِ، لِأَنَّهَا إِنَّمَا بَدَلَتْهُ بِشَرْطٍ لَمْ يَوْجَدْ، فَلَا يَسْتَحِقُّهُ، كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا بِغَيْرِ عَوْضٍ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 354. «(و) مَنْ قَالَتْ لِرَجُلٍ (طَلَّقَنِي بِهِ) أَيْ: بِأَلْفٍ (عَلَى أَنْ تُطَلِّقَ صَرَّتِي، أَوْ) قَالَتْ لَهُ: طَلَّقَنِي بِأَلْفٍ (عَلَى أَنْ تُطَلِّقَ) أَيْ: الصَّرَّةَ (صَحَّ الشَّرْطُ وَالْعَوْضُ) لِأَنَّهَا بَدَلَتْهُ فِي طَلَاقِهَا وَطَلَّاقِ صَرَّتِهَا، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَتْ: طَلَّقَنِي وَصَرَّتِي بِأَلْفٍ (وَأِنْ لَمْ يَفِ) لَهَا بِشَرْطِهَا مِنْ طَلَّاقِ صَرَّتِهَا أَوْ عَدَمِهِ (فَلَهُ الْأَقْلُ مِنْهُ) أَيْ: الْأَلْفُ (وَمِنْ الْمَهْرِ) الْمُسَمَّى إِنْ كَانَ ثُمَّ مُسَمَّى، وَإِلَّا يَكُنْ مُسَمَّى فَظَاهِرُهُ أَنَّ لَهُ الْأَقْلَ مِنَ الْأَلْفِ أَوْ مَهْرَ الْمِثْلِ.» مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج 5، ص 310.

والحاصل أن المعلق هو ما كان الربط فيه بين جملتين، بأن يُجعل تحقيق مضمون إحداهما، موقوفاً على تحقيق مضمون الأخرى بأداة من أدوات التعليق، وبذلك فإن صيغة الخلع المعلق ما كان حصول التعبير عن الرضا فيها معلقاً على تحقق شيء آخر، وأما الخلع المضاف، فقوامه أن يضيف الموجب الصيغة إلى زمن مستقبل.

ويتعين التمييز في هذا المقام بين وضع الزوج (١) والزوجة (٢)، نظراً لاختلاف صفة العقد بالنسبة لكل واحدٍ منهما كما سبق وأن أشرنا.

(١) حكم الخلع المعلق والمضاف بالنسبة للزوج: اختلف الفقهاء بشأنه، وهم في ذلك

فريقان، حيث يرى أولهما أنه يحق للزوج أن يعلق إيجابه على شرطٍ أو أن يضيفه إلى زمن مستقبل، فيقع الخلع صحيحاً، عند تحقق الشرط المعلق عليه أو حلول الوقت المضاف إليه، متى لاقى قبولاً من جهة الزوجة، لأن التعليق إطلاق عند حصول المعلق عليه أو مجيء الوقت المضاف إليه، ومن ثمة كان قبولها قبل تحققه هدرًا وضرباً من ضروب اللغو، يستوي في ذلك كله اعتبار إيجاب الزوج يميناً، أو معاوضة فيها معنى الجعالة، أو مجرد إسقاط لحقه من البضع^(١)، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢)، والمالكية في الراجح^(٣)، والشافعية^(١) والحنابلة في الأحوال التي يكيف فيها الخلع طلاقاً^(٢).

(١) «وَيَصِحُّ الْخُلْعُ بِالْمَجْهُولِ» فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ مَعْنَى يَجُوزُ تَغْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ، فَجَازَ أَنْ يَسْتَحَقَّ بِهِ الْعَوْضَ الْمَجْهُولَ كَالْوَصِيَّةِ، وَلِأَنَّ الْخُلْعَ إِسْقَاطُ لِحَقِّهِ مِنَ الْبُضْعِ، وَلَيْسَ فِيهِ تَمْلِيْكُ شَيْءٍ، وَالْإِسْقَاطُ تَدْخُلُهُ الْمُسَاخَاةُ، وَلِذَلِكَ جَازَ بَعْدَ عَوْضٍ عَلَى رَوَايَةٍ. «إِبْرَاهِيمُ بَرَهَانَ الدِّينِ ابْنُ مَفْلَحٍ، الْمُبْدَعُ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ج 6، ص 279.

(٢) «وَالثَّانِيَةُ أَنَّهُ مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ يَمِينٌ وَتَغْلِيْقُ الطَّلَاقِ بِشَرْطٍ وَهُوَ قَبُولُهَا الْعَوْضَ (...) وَلَهُ أَنْ يُعَلِّقَهُ بِشَرْطٍ وَيُضَيِّفَهُ إِلَى وَقْتٍ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ: إِذَا قَدِمَ زَيْدٌ فَقَدْ خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ أَوْ يَقُولَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ غَدًا أَوْ رَأْسَ شَهْرٍ كَذَا، وَالْقَبُولُ إِلَيْهَا بَعْدَ قُدُومِ زَيْدٍ وَبَعْدَ مَجِيءِ الْوَقْتِ حَتَّى لَوْ قَبِلَتْ قَبْلَ ذَلِكَ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّ التَّغْلِيْقَ بِالشَّرْطِ وَالْإِضَافَةَ إِلَى الْوَقْتِ تَطْلِيْقٌ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ وَالْوَقْتِ، فَكَانَ قَبُولُهَا قَبْلَ ذَلِكَ هَدْرًا.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 145. «وَلَهُ أَنْ يُعَلِّقَهُ بِشَرْطٍ وَيُضَيِّفَهُ إِلَى وَقْتٍ، مِثْلُ: إِذَا قَدِمَ زَيْدٌ فَقَدْ خَالَعْتُكَ عَلَى كَذَا، أَوْ خَالَعْتُكَ عَلَى كَذَا غَدًا، أَوْ رَأْسَ الشَّهْرِ وَالْقَبُولُ إِلَيْهَا بَعْدَ قُدُومِ زَيْدٍ وَبَعْدَ مَجِيءِ الْوَقْتِ لِأَنَّهُ تَطْلِيْقٌ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ وَالْوَقْتِ فَكَانَ قَبُولُهَا قَبْلَ ذَلِكَ لَعْوًا.» محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 442.

(٣) «(وَإِنْ غُلِقَ) بِضَمِّ فَكَسْرٍ مُثَقَّلًا أَيْ الطَّلَاقُ (بِالْإِقْبَاضِ، أَوْ الْأَدَاءِ) بِأَنْ قَالَ الزَّوْجُ إِنْ أَقْبَضْتَنِي، أَوْ أَدَيْتَنِي كَذَا فَأَنْتِ طَالِقٌ (لَمْ يَخْتَصْ) الْإِقْبَاضُ، أَوْ الْأَدَاءُ (بِالْمَجْلِسِ) الَّذِي غُلِقَ فِيهِ، فَمَتَى أَقْبَضْتَهُ، أَوْ أَدَيْتَهُ مَا قَالَهُ طَلَّقْتُ مِنْهُ سَوَاءٌ قَبِلَتْ مِنْهُ فِي الْمَجْلِسِ، أَوْ لَا عِنْدَ الْمُصَنِّفِ وَابْنِ عَرَفَةَ.» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 27. «(لَمْ يَخْتَصْ) الْإِقْبَاضُ (إِلْحَ: أَيْ وَلَا يُشْتَرَطُ

في حين يرى المذهب الثاني وهم بعض المالكية في رأي مرجوح⁽³⁾، والشافعية، والحنابلة في الراجح عنهم، أنه لا يجوز إيقاع الخلع بصيغة التعليق أو الإضافة من جانب الزوج، سواء كيف الخلع على أنه معاوضة صرفة⁽⁴⁾، أو فسخ⁽¹⁾، أو معاوضة فيها شوب تعليق والمعاوضة هي الغالبة⁽²⁾، ففي

قَبُولِ الزَّوْجَةِ لِلتَّعْلِيْقِ عَقِبَ حُصُولِهِ مِنَ الزَّوْجِ، وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ إِنْ وَقَعَ مِنْهَا الْأَدَاءُ بَعْدَ الْمَجْلِسِ وَقَبْلَ الطَّوْلِ لَرِمَ الْخُلْعُ مُطْلَقًا عِنْدَ ابْنِ عَرَفَةَ. «أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج 2، ص 532.

(1) «التعليق يمتنع صحة الخلع إن قلنا: فسح، وإن قلنا: طلاق، فلا (...). وإن جعلناه طلاقاً، أو جرى لفظ الطلاق صريحاً، نُظِرَ هل بدأ الزوج بالإيقاع، أم بدأت بسؤاله؟ القسم الأول: إن بدأ هو بطلاقها وذكر العوض، فهو معاوضة فيها شوب تعليق (...) ثم تارة تعلقب المعاوضة، وتارة التعليق، وتارة يُراعى المعنَيان، ويختلف ذلك بالصيغ المأثري بها. فإن أتى بصيغة المعاوضة وصورتها فقال: خالعتك بكذا، أو على كذا، أو طلقتك، أو أنت طالق على كذا، غلب معنى المعاوضة، وتثبت أحكامها (...) وإن أتى الزوج بصيغة تعليق، نُظِرَ، إن قال: متى أعطيتني، أو متى ما، أو أي وقت، أو حين، أو زمان، غلب معنى التعليق وتثبت أحكامه، وجعل كالتعليق يستأثر الأوصاف، حتى لا يحتاج إلى قبول باللفظ، ولا يشترط الإعطاء في المجلس، بل متى وجد الإعطاء طلقت (...) وإن قال: إن أعطيتني، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق، فله بغض أحكام التعليق، فلا يحتاج إلى القبول لفظاً، ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء. وقيل: يجوز له الرجوع قبل الإعطاء، حكاه البغوي، وقطع به صاحب «المهذب»، ويغرب منه ما حكاه ابن كعب عن ابن سلمة، أن الزوج بالخيار بين أن لا يقبل الألف الذي أحضرته، وبين أن يقبل. والصحيح الأول، وله بغض أحكام المعاوضة وهو اشتراط الإعطاء في المجلس. واختار صاحب المهذب إلحاق «إذا» ب«متى»، وألحقها الجمهور ب«أن» كما ذكرنا. القسم الثاني: إذا بدأت بسؤال الطلاق فأجابها...» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 379 وما بعدها.

(2) «وإن قالت: طلقني بألف إلى شهر، أو أعطته ألفاً على أن يطلقها إلى شهر، فقال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، صح ذلك، واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بآئناً، لأنه بعوض، وإن طلقها قبل مجيء الشهر، طلقت ولا شيء له، ذكره أبو بكر، وقال: روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد...» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 348. «... وقال في الكافي: يصح الخلع منجزاً ومعلقاً على شرط، لما فيه من معنى الطلاق». إبراهيم ابن ضويان، منار السبيل، المرجع السابق، ج 2، ص 228. «والفرق بين الخلع والنكاح، أن الخلع يصح تعليقه على شرط، بخلاف النكاح» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج 6، ص 96.

(3) «ولا يشترط قبول الزوجة للتعليق عقب حصوله من الزوج (...) وقيدته ابن عبد السلام بتقديم القبول منها في المجلس وإلا لم يلزم». أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج 2، ص 532. «وقيدته ابن عبد السلام بتقديم القبول منها في المجلس وإلا لم يلزم عنده اهـ بن لكر نقل بعضهم عن ابن عبد السلام أن صيغ التعليق لا يحتاج فيها لقبول فعلى هذا يكون موافقاً لابن عرفة فالتقل عنه قد اختلف». محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 358.

(4) «ولا يصح تعليقه بقوله: إن بذلت لي كذا فقد خالعتك انتهي، قطع هنا بأنه لا يصح تعليق الخلع على شرط (...) والأظهر أنه لا يصح، لأن الخلع عقد معاوضة يتوقف على رضا المتعاقدين، فلم يصح تعليقه بشرط، كالبيع». علاء الدين محمد بن مفلح، الفروع، المرجع السابق، ج 8، ص 431. «أن يقع منجزاً فلا يصح تعليقه على شرط، ك: إن بذلت لي كذا فقد خالعتك، إلحاقاً له بعقود المعاوضات، لا اشتراط العوض فيه». إبراهيم ابن ضويان، منار السبيل، المرجع السابق، ج 2، ص 228.

هذه الفروض كلها يطغى على الخلع طابع المعاوضة، وهذه الأخيرة لا تقبل التعليق بحال، ومع كون الشرط في هذا الوضع جزء من الكلام الدال على الرضا بالعقد كما سبق وأن قلنا، إلا أن الحنابلة رتبوا عليه بطلان الشرط ووقوع الخلع صحيحاً قياساً على الخيار في البيع⁽³⁾.

(٢) حكم الخلع المعلق والمضاف بالنسبة للزوجة: يعتبر الخلع عند جمهور الفقهاء معاوضة وتمليك في جانب الزوجة⁽⁴⁾، ومن ثمة لا يصح لها أن تعلقه على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل، لأن التمليكات لا تقبل التعليق أو الإضافة، إلا ما ذهب إليه صاحب أبي حنيفة حين قالوا

(1) «وأما أن قلنا الخلع فسخ فهو معاوضة مخضة لا مدخل للتعليق فيها.» محمد الزهري الغمراوي (المتوفى: بعد 1337هـ)، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص 404.

(2) «... وأما إذا كان التعليق متى ونحوها في التقي كمتى لم تعطى فهو للفور، وإن قال إن أو إذا أعطيتني فكذلك أي فتعليق (...) لكن يشترط إعطاء على الفور في مجلس التواجد، وإن بدأت أي الزوجة يطلب طلاق فأجاب فمعاوضة من جانبها فيها شوب جعالة (...) ويشترط فور لجوابه تعليلاً للمعاوضة من جانبها فان طلق متراجها فلا يستحق عوضاً ويقتع الطلاق رجعيًا.» محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج، المرجع السابق، ص 404.

(3) «وإن شرط الخيار في الخلع، بطل الشرط، وصح الخلع، لأن الخيار في البيع لا يمنع نقل الملك، ففي الخلع لا يمنع وقوعه، ومتى وقع، فلا سبيل إلى رفعه.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 98. «إذا شرط الخيار في الخلع، بطل الشرط، وصح الخلع، لأن الخيار في البيع لا يمنع وقوعه، ومتى وقع فلا سبيل إلى رفعه.» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج 6، ص 275.

(4) «ومن جانبها معاوضة المال وهو تمليك المال بعوض (...) وإن كان الابتداء من المرأة بأن قالت: اختلعت نفسي منك بألف درهم (...) ولا يتعلّق بشرط ولا ينضاف إلى وقت....» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 145. «والخلع معاوضة عن البضع تملك به المرأة نفسها وتملك الزوج به العوض عليها ملكاً تاماً لا يفتقر إلى حيازة، لأنه خرج على عوض.» أبو الوليد محمد بن رشد، المقدمات الممهدة، المرجع السابق، ج 1، ص 558. «(وإن بدأت) أي الزوجة (بطلب طلاق) سواءً أكان على جهة التعليق، نحو إن أو متى لم يكن على جهته كطلّقني على كذا (فأجاب) الزوج قولها فوراً (فمعاوضة) من جانبها لأنّها تملك البضع بما تبدّله من العوض (فيها شوب جعالة) لأنّها تبدّل المال في مقابلة ما يستقبل به الزوج وهو الطلاق، فإذا أتى به وقع الموقع وحصل غرضها كالعامل في الجعالة (فلها الرجوع قبل جوابه) لأنّ هذا حكم المعاوضات والجعالات جميعاً (ويشترط فور لجوابه) في محلّ التواجد في الصيغة السابقة المقتضية فوراً وغيرها كالتعليق متى تعليلاً للمعاوضة من جانبها بخلاف جانب الزوج.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 442.

بكونه يميناً في حقها أيضاً⁽¹⁾، فتنطلي عليه بهذا الوصف أحكام اليمين على النحو الذي سقنا بمناسبة حديثنا عن وضع الزوج في مذهب الأحناف.

(ب) الخيار: ويتعلق الأمر بخيار الشرط دون غيره من الخيارات، وهو ثابت باشتراط العاقد، ويراد به أن يحتفظ أحد الطرفين أو كليهما لنفسه بحق فسخ العقد خلال مدة معلومة من الزمن، كأن يخالع الزوج زوجته ويشترط لنفسه حق الرجوع إبان فترة معينة، أو أن تفعل الزوجة ذلك عند اختلاعها من زوجها، والخيار بهذا المدلول يكون مزامناً للعقد ملائماً للصيغة لعدم تمام الرضا من جهة العاقد الذي اشترطه لنفسه، ولما كان الرضا غير تام، انعدمت أحكام العقد بالنسبة لهذا العاقد، لأن تلك الأحكام لا تتبع إلا عقوداً تكامل فيها الرضا، لذلك كان الخيار مخالفاً لمقتضى العقد، حتى قال الفقهاء أن الأصل والقياس يقتضيان أن يكون فاسداً مفسداً لعقد المعاوضة ولكن أجازوه استحساناً.

والقاعدة العامة أن اشتراط الخيار في العقود اللازمة - التي لا تقبل الفسخ ومنها الخلع والنكاح والطلاق - منافع كل المنافاة لمقتضاها، لأنها عقود لا تتراخى آثارها عن العبارات المنشئة لها، وشرط الخيار إنما وضع لتأخير الأحكام في حق العاقد الذي اشترطه لنفسه، حتى تنقضي المدة أو يبرم العقد أو يفسخ، وعليه يسوغ لنا التساؤل عن مدى إعمال هذه القاعدة عند الفقهاء بشأن المخالعة إن من جهة الزوج (١) أو الزوجة (٢).

(١) شرط الخيار في حق الزوج: اتفق الفقهاء⁽²⁾ على ألا خيار للزوج في الخلع، لأنه لا يملك الرجوع عنه، وإقرار الخيار يمنحه حق فسخه إبان مدة الخيار، وهذا منافٍ لمقتضى التصرف الذي

(1) «وصفته أنه من جانب المرأة معاوضة على قول أبي حنيفة - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - أو يمين من الجانبين عندهما على ما يأتي بيانه إنشاء الله تعالى.» محمود بدر الدين العيني، البناية، المرجع السابق، ج 5، ص 506. «وَصَفَّتُهُ أَنَّهُ يَمِينٌ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ وَمُعَارَضَةٌ مِنْ جِهَةِ الْمَرْأَةِ عِنْدَ الْإِمَامِ وَيَمِينٌ عِنْدَ الْجَائِزِينَ عِنْدَهُمَا.» عبد الرحمن داماد أفندي، مجمع الأنهر، المرجع السابق، ج 1، ص 759.

(2) «وَلَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ بَأَن قَال: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ عَلَى أَيِّ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ وَيَصِحُّ الْخُلْعُ إِذَا قِيلَتْ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 145. «ولو شرط الزوج الخيار لنفسه لا يجوز إجماعاً فهما قاسا جانبها بجانبه، وأبو حنيفة رحمه الله فرق بينهما بما قلنا إن الخلع من جانب الزوج يمين، واليمين غير قابلة للخيار.» أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج 3، ص 335. وهو ما يستفاد أيضاً من عبارات المالكية من عدم تجويزهم تأخير القبول إلى ما بعد المجلس. محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 358. «وأما الخلع: فلا ثبت فيه خيار الشرط.» أبو الحسين يحيى العمراني، البيان، المرجع السابق، ج 5، ص 28. «لَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي الْخُلْعِ: صَحَّ الْخُلْعُ، وَلَعَا الشَّرْطُ.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 396. «(أَوْ) شَرَطَ (الْخِيَارَ فِيهِ صَحَّ) الْخُلْعُ لِأَنَّهُ لَا

صدر من جهته، فإذا اشترط الزوج ذلك وقع الشرط باطلاً، غير مبطل للخلع لأن هذا الأخير لا يبطل بالشروط الفاسدة، بصيغة أخرى إذا حدث وأن خالع الزوج زوجته على أن يكون له الخيار ثلاثة أيام مثلاً، وقبلت الزوجة ذلك، وقع الطلاق حالاً ولزمها العوض المتفق عليه، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة، بينما يستفاد من أقوال المالكية والشافعية عدم جواز الخلع برمته⁽¹⁾.

(٢) شرط الخيار في حق الزوجة: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بثبوت الخيار للزوجة، فيكون لها تبعاً لذلك حق إعماله طوال المدة التي اشترطت، فإن فعلت لم يلحقها طلاق ولم يلزمها مال، أما إذا قبلت إبانها، أو لم ترد إلى حين انقضائها وقع الطلاق ووجب في حقها العوض، وهذا مذهب أبي حنيفة⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾، بينما يرى صاحباً أبي حنيفة والشافعية والحنابلة ألا خيار لها، فإذا اشترطه لها لم يصح عند الشافعية⁽⁴⁾ متى لم تأت به من فورها على أحد القولين، وألا يتجاوز - في حال

يَفْسُدُ بِالْعَوَضِ الْفَاسِدِ فَلَا يَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ كَالْتَّكَاحِ (وَلَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ لِمُنَافَاتِهِ لِلْخُلْعِ (وَيَسْتَحِقُّ) الْمُخَالَعُ (الْمُسَمَّى فِيهِ) أَيْ فِي الْخُلْعِ، لِأَنَّهُ مَا تَرَاضِيَا بِهِ عَوَضًا فَلَمْ يَجِبْ غَيْرُهُ كَمَا لَوْ خَلَا عَنْ الشَّرْطِ. «منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 217.

(1) «فَرُبَّمَا اخْتَمَعَ الْخُلْعُ وَالتَّبَعُ فِي صِفَةِ الْعَقْدِ وَرُبَّمَا اخْتَلَفَا كَمَا يَخْتَلِفَانِ فِي أَحْكَامِ الْعَقْدِ فَيَدْخُلُ فِي التَّبَعِ خِيَارُ الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ، وَلَا يَدْخُلُ بِوَاحِدٍ مِنَ الْخِيَارَيْنِ فِي الْخُلْعِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 30.

(2) «(قَوْلُهُ: وَصَحَّ شَرْطُ الْخِيَارِ لَهَا) بِأَنْ قَالَ خَالِعَتَكَ عَلَى كَذَا عَلَى أَنَّكَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَبِلْتَ جَاَزَ الشَّرْطُ عِنْدَهُ، حَتَّى لَوْ اخْتَارَتْ فِي الْمُدَّةِ وَقَعَ الطَّلَاقُ وَوَجِبَ الْمَالُ، وَإِنْ رَدَّتْ لَا يَقَعُ وَلَا يَجِبُ.» محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 442.

(3) «قَالَ مَالِكٌ: إِذَا قَالَ لَهَا أَمْرُكَ بِيَدِكَ مَتَى شِئْتَ أَوْ إِلَى أَجَلٍ فَأَمْرُهَا بِيَدِهَا إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ إِلَّا أَنْ تُوقِفَ قَبْلَ ذَلِكَ فَتَقْضِي أَوْ تُرَدُّ أَوْ تُوطَأَ طَوْعًا فَيَبْطُلَ مَا بِيَدِهَا وَلَا يَكُونُ لَهَا أَنْ تَقْضِي بَعْدَ ذَلِكَ.» أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج 2، ص 532. «فَإِنْ قَالَ لَهَا إِذَا أَعْطَيْتَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَنْتِ طَالِقٌ هَلْ ذَلِكَ لَهَا مَتَى أَعْطَيْتَهُ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: إِذَا قَالَ لَهَا أَمْرُكَ بِيَدِكَ مَتَى شِئْتَ أَوْ إِلَى أَجَلٍ فَأَمْرُهَا بِيَدِهَا إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 298.

(4) «وَإِذَا قَالَتْ الْمَرْأَةُ لِلرَّجُلِ طَلَّقْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ إِنْ شِئْتَ فَلَهَا الْمَشِيئَةُ وَقَتُ الْخِيَارِ إِنْ لَمْ تَشَأْ حَتَّى مَضَى وَقْتُ الْخِيَارِ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَشِيئَةٌ وَإِنْ شَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ كَانَتْ مَشِيئَتُهَا بَاطِلَةً وَهِيَ امْرَأَتُهُ بِحَالِهَا.» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 5، ص 212. «وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ (فَلَهَا الْمَشِيئَةُ فِي وَقْتِ الْخِيَارِ) فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي مَعْنَى قَوْلِهِ وَقَتُ الْخِيَارِ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: وَهُوَ قَوْلُ الْبَصْرِيِّينَ إِنَّهُ أَرَادَ خِيَارَ الْقَبُولِ بَعْدَ الْبَدَلِ، فَعَلَى هَذَا مِنْ صِحَّةِ مَشِيئَتِهَا أَنْ تُكُونَ عَلَى الْقَوْرِ، مِنْ غَيْرِ مُهْلَةٍ، كَمَا يَكُونُ قَبُولُ الْبَدَلِ عَلَى الْقَوْرِ مِنْ غَيْرِ مُهْلَةٍ. وَالْوَجْهُ الثَّانِي: وَهُوَ قَوْلُ الْبُعْدَادِيِّينَ إِنَّهُ أَرَادَ خِيَارَ الْجَوَابِ بَعْدَ السُّؤَالِ وَهُوَ أَنْ تَشَاءَ فِي الْمَجْلِسِ قَبْلَ تَطَاوُلِ الزَّمَانِ وَبَعْدَهُ، وَقَبْلَ أَخْذِهَا فِي غَيْرِهِ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُهْلَةٌ تَسِيرَةٌ، كَمَا يَكُونُ فِي الْعَرَبِ جَوَابًا لِلسُّؤَالِ وَعَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ إِنْ تَرَخَى زَمَانٌ مَشِيئَتُهَا لَمْ يَصِحَّ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 40.

تراخيه- مجلس العقد على القول الآخر، في حين قال صاحبان⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ ببطلان الشرط ووقوع الطلاق حالاً مع لزوم العوض سواء صدر الاشتراط منها أو من زوجها.

الفرع الثاني

شروط متعلقة بالعاقدين

يشترط لانعقاد الخلع أن يكون كل واحد من العاقدين أهلاً لمباشرته (أولاً) وتتفرع عن الأهلية، ضرورة التحري عن أثر مرض الموت على المخالعة بوصف المرض- وإن لم يكن عارضاً من عوارض الأهلية - سبباً من أسباب الحجر في الفقه الإسلامي (ثانياً).

أولاً: أهلية المخالعة

لقد أشرنا في أكثر من موضع، أن الْمُخَالَعَةَ من جانب الزوجة معاوضة فيها شبه بالتبرع، لأنها من يبدل المال، ومن جهة الزوج معاوضة مقترنة بيمين، لأنه من يوقع الطلاق، ومن ثمة وجب لانعقاد الخلع أن تكون الزوجة أهلاً للتبرع (أ)، وأن يكون الزوج أهلاً للطلاق (ب).

(أ) أهلية الْمُخَالَعَةِ: يشترط في المخالعة أن تكون أهلاً للتبرعات، وقوامها أهلية الأداء، وهي المسألة التي ينيطها الفقه الإسلامي على وجه العموم، بالبلوغ الطبيعي، أي بظهور أمارات فيزيولوجية كالإنزال وإنبات شعر العانة والحيض ونهود الثديين، وهذه علامات يتفاوت زمن ظهورها عند النساء تبعاً لاستعداداتهن وبنيتهم البيولوجية وظروفهم البيئية، ومن ثمة يتعذر إلحاقها بسن موحد⁽³⁾، وعند

(1) «وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ شَرْطُ الْخِيَارِ بَاطِلٌ، وَالطَّلَاقُ وَقَعَ وَالْمَالُ لَا يَزِمُ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص145.

(2) «فَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ لَهَا أَوَّلُهُ، يَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ، وَقِيلَتْ الْمَرْأَةُ، صَحَّ الْخُلْعُ، وَبَطَلَ الْخِيَارُ. وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلرَّجُلِ، وَقَالَ: إِذَا جَعَلَ الْخِيَارَ لِلْمَرْأَةِ، ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ، وَلَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ، وَلَكِنَّا، أَنَّ سَبَبَ وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَجَدَ، وَهُوَ اللَّفْظُ بِهِ، فَوَقَعَ، كَمَا لَوْ أَطْلَقَ، وَمَتَى وَقَعَ، فَلَا سَبِيلَ إِلَى رَفْعِهِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص332.

(3) «وَفِي حَقِّ الْجَارِيَةِ بِالْإِخْتِلَامِ وَالْحَبْلِ وَالْحَيْضِ» محمد شمس الأنمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج6، ص53. «وحد البلوغ عند مالك رحمه الله (...) في النساء الحيض أو الاحتلام أيضا أو الإنبات أو الحمل أو يأتي عليها من الزمان ما يعلم به أنها قد بلغت في الأغلب.» أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج1، ص331. «لِلْبُلُوغِ أَسْبَابٌ. مِنْهَا مُشْتَرِكٌ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَمُخْتَصٌّ بِالنِّسَاءِ، أَمَّا الْمُشْتَرِكُ، فَمِنْهُ (...) وَأَمَّا مَا يُخْتَصُّ بِالنِّسَاءِ، فَاثْنَانِ، أَحَدُهُمَا: الْحَيْضُ (...) وَالثَّانِي: الْحَبْلُ...» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج4، ص178 و179. «ويحصل البلوغ بإنزال المني أو نبات شعر العانة

تختلف هذه العلامات، جعل الفقه الإسلامي اكتمال البلوغ مقروناً بسنٍّ معينٍ، وإن اختلف الفقهاء في ضبطه على نحو موحد، حيث حدده الإمام أبو حنيفة بسبع عشرة سنة⁽¹⁾، بينما حدده الشافعية والحنابلة والأحناف في الرأي المشهور عنهم بخمس عشرة سنة⁽²⁾، وحدده المالكية بثماني عشرة سنة، ومع ذلك قد تبلغ المرأة غير رشيدة عوارض تسلبها حق التصرف وتجعلها محلاً للحجر، وهذه العوارض هي: الجنون والعتة والسفه والغفلة.

ولا خلاف بين الفقهاء في ثبوت حق المخالعة للرشيدة عن نفسها⁽³⁾، أما الصغيرة والمجنونة والمعتوهة والسفيهية، فلا يصح خلعهن تبعاً فيما إذا باشرنه بأنفسهن على مال، والحكمة من ذلك، أن التصرفات التي مناطها العبارة، لا تعتبر شرعاً إلا إذا دلت الصيغة المنشئة لها على قصد المتعاقد ورضاه بها، وليس لهؤلاء جميعاً قصد تتوجه إليه أنفسهن، لأن القصد إنما يبنى على العقل البلوغ، والفرض أنهن فاقدات لهما، فكان ما ينطقن به من العبارة، مجرد لغو لا يعتد به شرعاً.

غير أنه يتعين التمييز بين الصغيرة والمجنونة والمعتوهة من جهة، والسفيهية من جهة أخرى، حيث يقع الخلع باطلاً في حق الطائفة الأولى دون أن يترتب عنه أي أثر، لفساد عبارة من باشرنه، وهذا في مذهب الحنابلة إذا تجرد عن لفظ الطلاق⁽⁴⁾، وعند الشافعية بأي لفظ⁽¹⁾، وإن أخرج بعضهم خلع

الخشن (...). وتزيد الجارية بالحيز وحبلها دليل إنزالها.» عبد السلام أبو البركات مجد الدين بن تيمية، المحرر، المرجع السابق، ج 1، ص 347.

(1) «وَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي أَدَقِّ السَّنِّ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الْبُلُوغُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً فِي الْعُلَامِ وَسَبْعَ عَشْرَةَ فِي الْجَارِيَةِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 7، ص 172.

(2) «وعلى قول أبي يوسف، ومحمد، والشافعي، الجارية والغلام يتقدر بخمس عشرة سنة.» محمود بدر الدين العيني، البناية، المرجع السابق، ج 11، ص 111. «أَنَّ الْعَلَامَاتِ بِخُمُوعِهَا أَوَّلُهَا السَّنُّ وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الذَّكَرِ، وَالْأُنْثَى بِقَوْلِهِ (ص) بِثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً (ش) ، أَي: بِتَمَامِ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً عَلَى الْمَشْهُورِ وَشَهَرٍ غَيْرِ الْمُؤَلَّفِ سِتَّةَ عَشَرَ وَلاَئِنْ وَهَبَ خُمُسَةَ عَشَرَ سَنَةً.» محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 5، ص 291. «فَالْبُلُوغُ اسْتِكْمَالُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ إِلَّا أَنَّ يَخْتَلِمَ الرَّجُلُ أَوْ يُحِيضَ الْمَرْأَةُ قَبْلَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَيَكُونُ ذَلِكَ الْبُلُوغَ.» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 3، ص 220. «وَأَمَّا السَّنُّ، فَإِنَّ الْبُلُوغَ بِهِ فِي الْعُلَامِ وَالْجَارِيَةِ بِخَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 4، ص 346.

(3) «فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ عِنْدَ الْجُمْهُورِ أَنَّ الرَّشِيدَةَ تُخَالَعُ عَنْ نَفْسِهَا.» ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 3، ص 90.

(4) «خالعت الصغيرة والمجنونة... ولو بإذن الولي...» (لم يصح) الخلع لخلوه عن بذل عوض ممن يصح تبرعه... فإن تجرد عن لفظ الطلاق ونيته فلوغو.» منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع، المرجع السابق، ص 554. «أَوْ خَالَعَتِ الصَّغِيرَةَ، وَالْمَجْنُونَةَ...»

الصبية المميزة، ورتب عليه طلاقاً رجعيّاً⁽²⁾، بينما ذهب الحنفية إلى القول بوقوع الطلاق رجعيّاً⁽³⁾، وهو عين مذهب الحنابلة إذا كان التصرف بلفظ الطلاق أو نيته⁽⁴⁾، في حين قال المالكية بوقوعه بائناً⁽⁵⁾ إذا لم يعلق صيغة الخلع على بذل المال، أما إذا علقها عليه فلا يلزم به شيء⁽⁶⁾، هذا ولا يجب عليهن في

لَمْ يَصَحَّ الْخُلْعُ. «محمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: 1421هـ)، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1422-1428هـ، ج12، ص462.

(1) «وَأَسْقَطَ الصَّبَا وَالْجُنُونَ، لِأَنَّ الْخُلْعَ مَعَهُمَا لَعَوٌ، وَلَوْ كَانَتْ الْمُخْتَلَعَةُ مُمَيَّزَةً كَمَا جَرَى عَلَيْهِ ابْنُ الْمُثَرِّبِ لِانْتِفَاءِ أَهْلِيَّةِ الْقُبُولِ فَلَا عَيْبَةَ بِعِبَارَةِ الصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص432. «السَّبَبُ الرَّابِعُ الْحَجَرُ بِالصَّبِيِّ فَلَا يَصَحُّ اخْتِلَاعُ الصَّبِيَةِ لِفَسَادِ لَفْظِهَا فِي الْقُبُولِ.» أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج5، ص323.

(2) «وَقِيلَ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الصُّورَةِ الصَّغِيرَةِ الْمُمَيَّزَةِ رَجْعِيّاً.» زكريا بن محمد السنيكي، أسنى المطالب، المرجع السابق، ج3، ص247. «وَوَظَّاهُ: أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُمَيَّزَةِ وَعَيْرِهَا، وَهُوَ مَا رَجَّحَهُ الْإِمَامُ الْغَزَالِيُّ وَرَجَّحَ الْبَغَوِيُّ وَفُوعُهُ رَجْعِيّاً فِي الْمُمَيَّزَةِ.» زكريا بن محمد السنيكي، الغرر البهية، المرجع السابق، ج4، ص243.

(3) «كَالصَّغِيرَةِ إِذَا أُخْتُلِعَتْ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى مَالٍ يَكُونُ رَجْعِيّاً.» أبو محمد غانم البغدادي، مجمع الضمانات، المرجع السابق، ص437.

(4) «أَوْ خَالَعَتِ الصَّغِيرَةَ وَالْمَجْنُونَةَ (...)» لم يصح وقوع الطلاق رجعيّاً إن كان بلفظه أو نيته. «موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالح، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: 968هـ)، زاد المستقنع في اختصار المقنع، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن للنشر - الرياض، ص175. «(أَوْ خَالَعَتِ الصَّغِيرَةَ وَالْمَجْنُونَةَ...)» ولو بإذن الولي (...) (...) لم يصح (الخلع لخلوه عن بذل عوض ممن يصح تبرعه (أو وقع الطلاق رجعيّاً إن) لم يكن تمام عدة أو (كان) الخلع المذكور (بلفظ الطلاق أو نيته) لأنه لم يستحق به عوضاً.» منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع، المرجع السابق، ص554.

(5) «أَنَّ الصَّغِيرَةَ (...) مُؤَلَّى عَلَيْهِ مَا أَمَّ لَا (...) إِذَا خَالَعَتْ (...) زَوْجَهَا الرَّشِيدَ عَلَى عَوْضٍ دَفَعَتْهُ إِلَيْهِ فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَوْضَ لَا يَلْزُمُهَا وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بَائِناً وَيُرَدُّ الْعَوْضُ فِي الْأَحْوَالِ الْمَذْكُورَةِ إِنْ كَانَ قَبْضُهُ وَيَسْقُطُ عَنِ الزَّوْجَةِ إِنْ لَمْ يَقْبُضْهُ.» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج4، ص6. «وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا كَانَتْ صَغِيرَةً (...) مُؤَلَّى عَلَيْهَا أَمَّ لَا (...) إِذَا خَالَعَتْ (...) زَوْجَهَا عَلَى عَوْضٍ. دَفَعَتْهُ إِلَيْهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَوْضَ لَا يَلْزُمُهَا وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بَائِناً وَيُرَدُّ الْعَوْضُ فِي الْأَحْوَالِ الْمَذْكُورَةِ إِنْ كَانَ قَبْضُهُ، وَسَقَطَ عَنِ الزَّوْجَةِ إِنْ لَمْ يَقْبُضْهُ.» أبو الحسن علي بن أحمد العدوي، حاشية العدوي، المرجع السابق، ج2، ص212.

(6) «وَأَمَّا إِنْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ عَلَى تَمَامِ مَا خَالَعَتْ بِهِ لَهُ، بِأَنْ تَمَّ لِي هَذَا الْمَالُ، أَوْ إِنْ صَحَّتْ بَرَاءَتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ، فَإِنْ أَمَضَى الْوَلِيُّ فَعَلَهَا لَزِمَهُ الطَّلَاقُ، وَإِنْ رَدَّ فَلَا يَلْزُمُهُ، إِذْ لَمْ يَقُلْ أَحَدٌ بِوُقُوعِ الْمُعْلَقِ بِذُنُونٍ وَفُوعِ الْمُعْلَقِ عَلَيْهِ.» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج4، ص6. «(وَبَائِثٌ) الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا مَا لَمْ يَقُلْ إِنْ تَمَّ لِي هَذَا الْمَالُ أَوْ إِنْ صَحَّتْ بَرَاءَتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ فَإِنْ قَالَ هُوَ رَدَّ الْمَالُ لَمْ يَقَعْ.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص348.

كل الأحوال مال بمقتضاه، ويجب على الزوج رده إذا سبق وأن قبضه باعتبار ألاحق له فيه، وقرر المالكية في غير المشهور صحة خلع الصبية المميزة فيما إذا أوقعته بعبارتها⁽¹⁾.

هذا ولا يصح خلع السفينة فيما لو باشرته بنفسها، غير أنه يرتب طلاقاً رجعياً عند الشافعية مطلقاً⁽²⁾ والحنابلة إذا كان بلفظ الطلاق أو نيته⁽³⁾، والحنفية إذ لم يرد بلفظ الخلع ونحوه من الكنايات التي تقوم مقامه⁽⁴⁾، بينما ينفك عنه في مذهب المالكية طلاق بائن⁽⁵⁾، ولا يجب في قولهم جميعاً على الزوجة عوض بمقتضاه كما في الحالة الأولى.

(1) «من رَسَمِ الصُّبْرَةَ مِنْ سَمَاعٍ يَحْيَى مِنْ كِتَابِ التَّخْيِيرِ: سُئِلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنِ الصَّبِيِّ الَّتِي يُوطَأُ مِثْلُهَا يَبْنِي بِهَا زَوْجَهَا فَتُصَالِحُهُ عَلَى مَالٍ تَدْفَعُهُ إِلَيْهِ وَلَمْ تَبْلُغِ الْمَحِيضَ، أَيِ حُوزِ ذَلِكَ الصُّلْحِ بَيْنَهُمَا؟ فَقَالَ: نَعَمْ أَرَاهُ حَائِزًا تَقَعُ بِهِ الْفُرْقَةُ وَيَكُونُ لِلزَّوْجِ مَا أَعْطَتْهُ إِذَا كَانَ مَا أَعْطَتْهُ يُصَالِحُ بِهِ مِثْلَهَا. ابْنُ رُشْدٍ: مِثْلُ هَذَا لِمَالِكٍ فِي الْمُدَوَّنَةِ.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 271. «مسألة وسئل عن الصبية التي يوطأ مثلها يبي بها زوجها فتصالحه على مال تدفعه إليه، ولم تبلغ المحيض، يجوز ذلك الصلح بينهما؟ فقال: نعم، أراه حائزاً تقع به الفرقة بينهما ويكون للزوج ما أعطته إذا كان ما أعطته يصلح به مثلها.» محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، المرجع السابق، ج 5، ص 292.

(2) «ولا يجوز للسفينة أن تحال بشيء من مالها ولا في ذمتها، سواء أذن لها الولي أو لم يأذن، لأنه لاحظ لها في ذلك، فإن فعلت ذلك (...) وقع الطلاق رجعياً، لأن الرجعة لا تسقط، لأن الزوج يملك العوض، ولم يملكه.» أبو الحسين يحيى العمراني، البيان، المرجع السابق، ج 10، ص 12. «فَخَرَجَتْ السَّفِينَةُ، لِأَنَّهَا لَا يَصِحُّ التِّزَامُهَا الْمَالُ فَيَقَعُ خُلْعُهَا رَجْعِيًّا.» سليمان بن محمد البُجَيْرِمِي، تحفة الحبيب، المرجع السابق، ج 3، ص 484.

(3) «أو خالعت (...) السفينة (...) لم يصح ووقع الطلاق رجعياً إن كان بلفظه أو نيته.» شرف الدين أبو النجاء، زاد المستقنع، المرجع السابق، ص 175. «(أو خالعت (...) السفينة) ولو ياذن الولي (...) (...) لم يصح (الخلع لخلوه عن بذل عوض ممن يصح تبرعه (أو) وقع الطلاق رجعياً إن) لم يكن تمام عدة أو (كان) الخلع المذكور (بلفظ الطلاق أو نيته) لأنه لم يستحق به عوضاً....» منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع، المرجع السابق، ص 554.

(4) «لِأَنَّ الْمَحْجُورَةَ بِالسَّفَةِ لَوْ قَبِلَتْ الْخُلْعَ وَقَعَ، وَلَا يَلْزُمُهَا الْمَالُ، وَيَكُونُ بَائِنًا إِنْ كَانَ بِلَفْظِ الْخُلْعِ رَجْعِيًّا إِنْ كَانَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ كَمَا فِي شَرْحِ الْمَنْطُومَةِ.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 81.

(5) «أَنَّ (...) السَّفِينَةَ مُؤَلَّى عَلَيْهَا أَمْ لَا (...) إِذَا خَالَعَتْ (...) زَوْجَهَا الرَّشِيدَ عَلَى عَوَضٍ دَفَعَتْهُ إِلَيْهِ فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَوَضَ لَا يَلْزُمُهَا وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بَائِنًا وَيُرَدُّ الْعَوَضُ فِي الْأَحْوَالِ الْمَذْكُورَةِ إِنْ كَانَ قَبْضُهُ وَيَسْقُطُ عَنِ الزَّوْجَةِ إِنْ لَمْ يَقْبُضْهُ.» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 6. «وَخَاصِلُهُ أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا كَانَتْ (...) سَفِينَةً مُؤَلَّى عَلَيْهَا أَمْ لَا (...) إِذَا خَالَعَتْ (...) زَوْجَهَا عَلَى عَوَضٍ. دَفَعَتْهُ إِلَيْهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَوَضَ لَا يَلْزُمُهَا وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بَائِنًا وَيُرَدُّ الْعَوَضُ فِي الْأَحْوَالِ الْمَذْكُورَةِ إِنْ كَانَ قَبْضُهُ، وَسَقَطَ عَنِ الزَّوْجَةِ إِنْ لَمْ يَقْبُضْهُ.» أبو الحسن علي بن أحمد العدوي، حاشية العدوي، المرجع السابق، ج 2، ص 212.

(ب) أهلية المخالعة: يشترط في المخالعة أن يكون أهلاً للطلاق، أي أن يكون مكلفاً، ويتحقق التكليف بالرشد، ومناطه علامات بلوغ الذكور كالإحتلام وإنبات شعر العانة وغيرها مما هو معتبر للدلالة على ذلك⁽¹⁾، مع الاحتكام عند تخلفها إلى معيار السن، حيث يصير الغلام في ضوءه مكلفاً بتمام الثماني عشر سنة عند الإمام أبي حنيفة وفي مذهب المالكية، وباكتمال خمس عشرة حولاً عند الشافعية والحنابلة وجمهور الأحناف، حتى إذا بلغ مجنوناً أو معتوها، حالت هذه العوارض دون مباشرته للتصرفات، ومنها مخالعة زوجته.

وترتيباً عليه، فإنه لا يصح عند فقهاء المذاهب الأربعة أن يخالع الصغير⁽²⁾ أو المجنون أو المعتوه⁽³⁾ زوجته، لأنه لا اعتبار لعبارتهم في إيقاعه، عدا الصبي المميز الذي يسوغ له ذلك عند الحنابلة، مع استقلال الولي بقبض البدل عوضاً عنه⁽⁴⁾، ومثله السفية في قولهم جميعاً⁽⁵⁾، لأن الحجر الذي يقع

(1) «بلوغ الغلام بالاغتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ.» علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج 3، ص 281. «وَالْبُلُوغُ بِالْإِخْتِلَامِ، أَوْ بِالْإِنْبَاتِ.» عبد الرحمن شهاب الدين المالكي، إرشاد السالك، المرجع السابق، ص 94. «(أَوْ خُرُوجِ الْمَنِيِّ) لَوْفَتْ إِمْكَانِهِ مِنْ ذَكَرٍ...» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 133. «وَالْبُلُوغُ فِي حَقِّ الْغُلَامِ بِأَحَدِ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: الْإِخْتِلَامُ (...) أَوْ إنبَاتُ الشَّعْرِ الْحَشِينِ حَوْلَ الْقُبُلِ.» محفوظ أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية، المرجع السابق، ص 274.

(2) «(قَالَ): وَخُلْعُ الصَّبِيِّ وَطَلَّاقُهُ بَاطِلٌ، لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ قَصْدٌ مُعْتَبَرٌ شَرْعًا خُصُوصًا فِيمَا يَصُرُّهُ، وَهَذَا، لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ اعْتِبَارَ الْقَصْدِ يَنْبَغِي عَلَى الْخَطَّابِ، وَالْخَطَّابُ يَنْبَغِي عَلَى اعْتِدَالِ الْحَالِ...» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 178. «ولا يجوز طلاق الصبي حتى يحتلم...» أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 571. «فِي شَرْطٍ لَصَحَّتُهُمَا مِنَ الزَّوْجِ أَنْ يَكُونَ يَمْنٌ يَنْفِذُ طَلَّاقَهُ فَلَا يَصِحُّ خُلْعُ الصَّبِيِّ...» شمس الدين المنهاجي، جواهر العقود، المرجع السابق، ج 2، ص 90. (3) «...وكذلك طلاق المجنون والمعتوه.» أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج 3، ص 206. «...لَا يَصِحُّ طَلَّاقُ الْمَجْنُونِ وَالْمُكْرَهِ وَلَا السَّكَرَانِ بِحَالٍ.» أحمد شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني، المرجع السابق، ج 2، ص 44. «وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ يَمْنٌ يُنْفِذُ طَلَّاقَهُ، فَلَا يَصِحُّ خُلْعُ (...) الْمَجْنُونِ...» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 383.

(4) «فِي صِحَّةِ خُلْعِ الْمُمَيَّرِ وَجَهَانٍ: (...) وَالثَّانِي: لَا يَصِحُّ. جَزَمَ بِهِ فِي الْمُتَوَرِّ، وَغَيْرِهِ. وَقَدَّمَهُ فِي الْمُحَرَّرِ، وَالنَّظْمِ، وَالْخِلَافُ هُنَا مَبْنِيٌّ عَلَى طَلَّاقِهِ، عَلَى مَا يَأْتِي، وَظَاهِرُ الْهَدَايَةِ، وَالْمَذْهَبِ، وَالرَّعَايَتَيْنِ: عَدَمُ الْبِنَاءِ، لِأَنَّهُمْ أَطْلَقُوا الْخِلَافَ هُنَا، وَقَدَّمُوا هُنَاكَ الْوُقُوعَ، قُلْتُ: لَوْ قِيلَ بِالْعَكْسِ لَكَانَ أَوْحَةً.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 386.

(5) «وَنَائِلُهَا أَنَّ طَلَّاقَ السَّفِيهِ وَعَتَاقَهُ يَصِحُّ.» عثمان فخر الدين الزيلعي، تبیین الحقائق، المرجع السابق، ج 5، ص 198. «صُدُورُ الطَّلَاقِ مِنَ السَّفِيهِ مُوجِبٌ لِلصَّدَاقِ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُطَلَّقُ بِغَيْرِ عَوَضٍ فِيهِ أَوَّلَى وَكُمُلٌ لَهُ خُلْعُ الْمَثَلِ إِنْ خَالَعَ بِدُونِهِ، وَلَا يَبْرَأُ الْمُخْتَلَعُ بِتَسْلِيمِ الْمَالِ لِلْسَفِيهِ بَلْ لَوْلَايِهِ. لَكِنْ قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ زَادًا عَلَيْهِ: ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُؤْتَقِينَ بَرَاءَةُ الْمُخْتَلَعِ بِدَفْعِ الْخُلْعِ لِلْسَفِيهِ دُونَ وَلِيِّهِ، لِأَنَّهُ

عليه يطال تصرفاته المالية دون الشخصية، وتبرأ ذمة الزوجة متى أدت العوض لوليه لأنه من ينوب عليه في قبضه عند جمهور الفقهاء.

بقي أن نشير في الختام إلى موقف المشرع الجزائري بشأن الأهلية الواجب توافرها في كل من الزوج والزوجة لمباشرة الخلع، حيث نص في المادة السابعة من قانون الأسرة على اكتمال أهلية الرجل والمرأة بتمام تسع عشرة سنة⁽¹⁾، وإن كان النص في صياغته قاصراً على إنشاء النكاح، ليس ثمة ما يمنع إعماله في المسائل المتعلقة بحله وآثاره باعتبارها حكماً من أحكامه، وبذلك فهو نص عام في مضمونه وإن كان يبدو خاصاً في ظاهره، ومما يعضد ذلك، توحيد المشرع لهذه السن في سائر التصرفات المدنية، العقدية منها والأسرية، وعليه يشترط في المخالعات والمخالعة على السواء استثناء تسع عشرة سنة ميلادية كاملة، شريطة ألا يعتري أهليتهما أي عارض من عوارضها، لا فرق في ذلك بين الجنون والعتة والسفه كما نوهت بذلك المادة (85) من قانون الأسرة بقولها: «تعتبر تصرفات الجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العتة، أو السفه»، مع أن النص يثير إشكالاً في صياغته، باعتبار التصرف غير النافذ، منعقد صحيح، موقوف على إجازة من عقد له الشارع حق الإجازة، وعطف المعتوه والسفيه على الجنون في النص يفيد خضوعهما لعين الحكم الذي يسري عليه، وكما هو معلوم فإن تصرفات الجنون باطلة لا تقبل الإجازة بحال، لانعدام أهليته، في حين أن العقود الموقوفة، نتاج أهلية ناقصة لا منعدمة.

على كل ينبغي أن يكون المخالعات والمخالعة رشدين، أي مستوفيين لشرط السن الذي اقتضاه القانون، غير محجور عليهما⁽²⁾، وإلا وقع ما يأتيناه من تصرفات باطلاً، هذا ولا ضير في تقديرنا من مباشرة الخلع - قياساً على غيره من التصرفات - من قبل نائب قانوني يقوم مقام غير الرشيد، ولياً كان

عَوْضٌ عَنْ غَيْرِ مُتَمَوِّلٍ فَصَارَ كَالْهَبِيَّةِ.» أبو الحسن علي بن أحمد العدوي، حاشية العدوي، المرجع السابق، ج2، ص113. «وخلع المَحْجُور بالفلس والسفه صَحِيحٌ لِأَن طَلَّاقَهُ يَنْفَذُ مِنْ غَيْرِ مَالٍ فَهُوَ مَعَ الْمَالِ أَوَّلَى وَلَا حَجْرٌ عَلَيْهِمْ فِي مُقْدَارِ الْعَوْضِ وَإِنْ نَقَصَ عَنْ مَهْرِ الْمَثَلِ إِذْ يَنْفَذُ طَلَّاقَهُمْ جُنَانًا.» أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج5، ص321. «وَأَمَّا السَّفِيهُ (...) وَيَصِحُّ طَلَّاقُهُ، وَخَلْعُهُ عَلَى مَالٍ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسَلَّمُ الْمَالُ إِلَيْهِ، وَيُدْفَعُ إِلَى وَلِيِّهِ.» محفوظ أبو الخطاب الكلوذاني، الهداية، المرجع السابق، ص275.

(1) «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة.».

(2) تنص المادة 86 من قانون الأسرة على أنه: «من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني.».

هذا النائب أو وصياً أو مقدماً طبقاً لمقتضيات المادة (81) من قانون الأسرة التي تنص على أنه: « من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون. ».

وإذا اعتبرنا من باب الجدل القانوني أن الخلع في حق الزوج من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لصفة المعاوضة فيه، صح إيقاعه من قبله، وإن كان ناقص الأهلية لسفه أو صغر، غاية ما في الأمر أنه ينعقد موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه وفقاً لأحكام المادة (83) من قانون الأسرة⁽¹⁾، فإنه في المقابل لا يستقيم ذات التأصيل بالنسبة للزوجة، لما في الخلع من معنى التبرع في جانبها، باعتبار ما آل إليها عن طريق المخالعة لا يُقَوِّم بمال، وقد بذلت المال في سبيل استخلاصه من زوجها، لذا وجب في حقها أن تكون أهلاً للتبرع طبقاً للمادة (203) من قانون الأسرة⁽²⁾.

و يثور التساؤل في هذا المقام عن وضع الزوجة التي رخص لها القاضي بالزواج قبل إتمامها للسن القانوني⁽³⁾، وخالعت زوجها وهي لا تزال قاصراً، فهل يصح تصرفها؟ في الواقع استدرك المشرع بمقتضى التعديل ما شاب النص القديم من نقص، حيث عقد للقاصر المأذون له بالنكاح أهلية تقاضي كاملة فيما يتعلق بآثار هذا العقد من حقوق والتزامات بما فيها المخالعة⁽⁴⁾.

ثانياً: الخلع في مرض الموت

قد تكون المخالعة في مرض الموت وسيلةً للمحابة، إذ من غير المستبعد أن يستهدف الزوج المريض من خلالها، إيصال مالٍ لزوجته يزيد عن نصيبه في الميراث، وهو المعنى الذي ستعكف على بحثه في الاتجاهين، أي إمكانية محابة الزوجة لزوجها عن طريق ذلك (أ) والعكس (ب).

(1) تنص المادة 83 من قانون الأسرة على أنه: «من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له و باطلة إذا كانت ضارة له و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء. ».

(2) تنص المادة 203 من قانون الأسرة على أنه: « يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشرة (19) سنة و غير محجور عليه. ».

(3) ينص عجز المادة 7 من قانون الأسرة على أنه: « وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. ».

(4) تنص الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون الأسرة على أنه: « يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. ».

(أ) خلع المريضة: لا خلاف بين الفقهاء في وقوع خلع المريضة مرضاً مخوفاً مع وجوب البدل، فأما وقوع الخلع فلكونها عاقلة رشيدة، وأما لزوم العوض فمردده لقبولها بذل المال الذي خالعه الزوج عليه، غير أن المريضة قد ينتابها القنوط ويتملكها اليأس، إذا شعرت بديب الموت في بدنها، وأنها لا محالة هالكة، وهذه حال قد تحملها على إثارة زوجها ميلاً إليه أو نكايَةً في خلفها العام والخاص، أو هما معاً، من خلال مخالعة، يفوق فيها البدل الذي تلقاه نصيب ميراثه منها، فنكون والحالة هذه، إزاء معاوضة أشبه بالتبرع من حيث الصورة، وتبرع صرف من حيث المعنى في القدر الزائد عن حقه في مالها بطريق الميراث، لذلك رمقها الشارع بعين الرية، واعتبر خلعه لزوجها في مرضها المخوف، مشوباً بمظنة إثارة إياه وإضرارها بغيره.

وقد تباينت وجهات نظر الفقهاء في ضبط هذه المسألة، حيث ذهب الأحناف إلى القول بأن المريضة إذا خالعت زوجها وقع الطلاق، لتحقيق شرطه المتمثل في قبولها بذل العوض، شريطة ألا يزيد عن ثلث تركتها⁽¹⁾، ذلك أن صفة الخلع وإن كانت معاوضةً من جانب الزوجة لأنها اشترت عصمتها من زوجها بما بذلته من مال، فهي ليست معاوضةً تامةً من كل وجه، لأن العصمة التي قبلت دفع العوض نظير استخلاصها ليست شيئاً متقوماً بمال يدخل في ملكها، أي أن البضع غير متقوم عند الخروج⁽²⁾، لذا كان الخلع من جهتها أشبه بالتبرع لأنها تبذل مالاً ولا يدخل في ذمتها نظيره، الأمر الذي حمل الفقهاء على اعتبارها متبرعة ببذل الخلع، وتبرع المريض مرض الموت ينفذ من ثلث تركة المتبرع، إذا كان المتبرع له أجنبياً عنه دون حاجة لإجازة الورثة عند جمهور الفقهاء.

فهل صار الزوج بالمخالعة أجنبياً عن زوجته؟

ينبغي التمييز ابتداءً بين فرضين أولهما فيما إذا وقعت الفرقة قبل الدخول، فالذي عليه الحنفية ألا ميراث لها إذا كان الزوج هو المطلق في مرضه، ومن باب أولى إذا حدثت الفرقة بفعلها وهي في مرضها من منطلق ألا عدة للمطلق عليها، كما أن مخالعة الزوجة لزوجها إبان مرضه بعد الدخول تكون مسقطه لحقها في الميراث عند الأحناف، لأنها والحال هذه اختارت فرقة برضاها، فكان ذلك سبباً كافياً

(1) خلافاً لما ذهب إليه زفر بن هذيل، حيث اعتبر بدل الخلع من جميع المال لا من ثلثه. «فَبَدَلُ الْخُلْعِ مُعْتَبَرٌ مِنْ ثُلْثِ مَالِهَا عِنْدَنَا، وَقَالَ زُفَرٌ -رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى- مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 192.

(2) «(قَوْلُهُ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ) لِمَا تَقَرَّرَ أَنَّ الْبُضْعَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ عِنْدَ الْخُرُوجِ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 460.

للقول بانتفاء الفرار من جانبه، ولما كانت النساء شقائق الرجال في الأحكام، فإن مخالعة الزوجة المريضة لزوجها اتفاقاً مفضٍ لذات النتيجة، إن قبل الدخول أو بعده، إذ بقبوله المال صارت بائناً منه، فصار بالتبعية أجنبياً عنها، وإن بقيت بعض آثار الزوجية في الفرض الثاني قبل انقضاء العدة.

هذا ولما كانت الزوجة متبرعة ببذل الخلع، وكان الزوج أجنبياً عنها، نفذ في حقه ما لم يتجاوز ثلث تركتها بوجه عام، لأنه يأخذ حكم الوصية لتعلق حقوق الورثة والدائنين بالتركة من أول المرض الذي كان سبباً للموت ومن ثمة لا تملك الزوجة التبرع بأكثر منه، ومع ذلك فرع الأحناف لهذه المسألة، وميزوا بين ما إذا اختلعت المريضة قبل الدخول بمهرها، أو بأكثر منه، إذ يتعين رده إلى النصف في الفرض الأول، مع استحقاق الزوج لنصفه الآخر من ثلث مالها⁽¹⁾، أو ثلثه إذا لم يكن لها مال سواه⁽²⁾، وعلة ذلك أن طلاق الزوجة قبل الدخول موجب لنصف الصداق فقط، فوجب وقف بدل الخلع عليه لا على مجموعه، أما إذا اختلعت بأكثر من مهرها، سقط نصف الصداق بالطلاق كما في الحالة الأولى أيضاً، ويكون للزوج نصفه الآخر مع الزيادة من ثلث مالها⁽³⁾، هذا ما لم يكن وارثاً بصفة أخرى كأن يكون ابن عم لها، ففي هذه الحالة يكون له الأقل من إرثه ومن نصف المهر إذا خرج من ثلث مالها⁽⁴⁾.

أما إذا اختلعت منه بعد الدخول، وقضت قبل انقضاء العدة، كان له الأقل من بدل الخلع وثلث التركة ونصيبه من الميراث، ما لم يكن العوض مهرها الذي كان لها عليه، إذ ليس له في هذه الحال

(1) «لَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا سَقَطَ نِصْفُ الْمَهْرِ بِطَلَاقِهِ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ، وَصِيَّةٌ، وَهُوَ لِعَبْرِ الْوَارِثِ فَصَحَّ مِنْ الثُّلُثِ.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 81. «وَأِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ فِي مَرْضَاهَا بِمَهْرٍ، فَتَقُولُ: أَمَّا نِصْفُ الْمَهْرِ، فَقَدْ سَقَطَ عَنِ الزَّوْجِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ لَا مِنْ جِهَتِهَا، وَالنِّصْفُ الْبَاقِي لَهُ مِنْ ثُلُثِ مَالِهَا، لِأَنَّ ذَلِكَ الْقَدْرَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ مِنْهَا لَهُ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا سَبَبُ التَّوَارِثِ.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 193.

(2) «لَكِنْ أَفَادَ فِي التَّنَازُعِ أَنَّ لَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْخُلْعِ عَلَى الْمَهْرِ يَسْقُطُ نِصْفُهُ بِطَلَاقِهَا وَالنِّصْفُ الْآخَرُ وَصِيَّةٌ لِعَبْرِ الْوَارِثِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَالٌ غَيْرُهُ يَسْلَمُ لَهُ ثُلُثُ ذَلِكَ النِّصْفِ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 460.

(3) «وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِهَا، فَنِصْفُ الْمَهْرِ سَقَطَ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَالنِّصْفُ الْبَاقِي مَعَ الزِّيَادَةِ لِلزَّوْجِ مِنْ ثُلُثِ مَالِهَا.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 193.

(4) «هَذَا لَوْ كَانَتْ مَذْخُولَةً، وَإِلَّا فَالنِّصْفُ يُعَوَّدُ إِلَى الزَّوْجِ بِطَلَاقِ قَبْلَ دُخُولِهِ لَا بِحُكْمِ الْوَصِيَّةِ، وَفِي النِّصْفِ الْآخَرِ يُنْظَرُ، وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ أَجْنَبِيًّا فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فَيَصِحُّ مِنَ الثُّلُثِ، وَلَوْ كَانَ ابْنُ عَمِّهَا، وَوَرِثَهَا فَلَهُ الْأَقْلُ مِنْ إِرْثِهِ، وَمِنْ نِصْفِ الْمَهْرِ.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 82.

سوى الأقل من ميراثه منها ومن المهر إذا خرج من ثلث مالها، أما إذا لم يكن لها غير ذلك، فله الأقل من ميراثه منها ومن ثلث الصداق، واعتبار أبي حنيفة⁽¹⁾ للميراث هنا دون صاحبيه، مردّه إلى أن العدة تجعل سبب الميراث قائماً من وجه، فاعتمد ذلك فرضاً للتضييق على الزوج، والحيلولة دون إثارة الزوجة له بأكثر من ميراثه فلا يزيد بدل الخلع عليه، خشية أن يكون القصد من المخالعة إعطائه أكثر من نصيبه ميراثاً⁽²⁾، ففُرِّز ذلك احتياطاً للمحافظة على حقوق الورثة، ومعاملة الزوجة بنقيض قصدها، لاحتمال تواطؤ الزوجين على الخلع إبان المرض بغية حصول الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث لو بقيت زوجيته منها قائمةً إلى حين وفاتها، إذ لا يحق لها والحالة هذه أن تحاييه بطريق التبرع، لكونه وارثاً من جهة، وكون التبرع وصيةً من جهة أخرى، وأنه لا وصية لوارث عند الأحناف إلا بإجازة باقي الورثة، أو بغية حصوله على أكثر مما يمكن لها أن تعطيه إياه بطريق الوصية لو كان غير وارث، بأن انقطعت الزوجية قبل وفاتها، لتوقف نفاذ الوصية بما زاد على الثلث على إجازة باقي الورثة، فلو وجب كل البدل لأمكن أن يأخذ أكثر مما يستحقه بطريق الميراث لو كان وارثاً، ومن ثلث التركة بطريق الوصية لو لم يكن وارثاً، أما عند أبي يوسف ومحمد فالبديل كله وصية وتصح من الثلث لأن الزوج حتى قبل انقضاء العدة لا يعتبر وارثاً لرضاه بالفرقة⁽³⁾.

أما إذا هلك بعد العدة فقد انقطع سبب الميراث من كل الوجوه بانقطاع الزوجية، لذلك وجب له الأقل من بدل الخلع وثلث تركتها، فاحتمال الإثارة عن طريق الإرث منتفٍ في هذه الحالة

(1) «وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يُعْطَى الْأَقْلَ مِنْ مِيرَاثِهِ وَمِنْ بَدْلِ الْخُلْعِ، وَمِنْ الثُّلُثِ». زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 81 و 82. «وَإِذَا اخْتَلَعَتْ فِي مَرْضِهَا بِمَهْرٍ الَّذِي كَانَ لَهَا عَلَى زَوْجِهَا، ثُمَّ مَاتَتْ فِي الْعِدَّةِ، فَلَهُ الْأَقْلُ مِنْ مِيرَاثِهِ، وَمِنْ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ يُخْرَجُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهَا مَهْرًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَالٌ سِوَى ذَلِكَ، فَلَهُ الْأَقْلُ مِنْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا، وَمِنْ الثُّلُثِ». محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 192.

(2) «فَنَقُولُ إِذَا مَاتَتْ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَسَبَبُ مِيرَاثِهِ بَاقٍ بِنِجَاءِ الْعِدَّةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهَا بِحَدِّ الْخُلْعِ إِبْصَالَ الْمَنْفَعَةِ الْمَالِيَّةِ إِلَى الزَّوْجِ، وَلَكِنَّ هَذِهِ التُّهْمَةَ فِي الزَّيَادَةِ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِ، فَأَمَّا فِي الْأَقْلِ، فَلَا تُّهْمَةَ، فَلِهَذَا كَانَ لَهُ الْأَقْلُ مِنْ مِيرَاثِهِ وَمِمَّا سَمَّى لَهُ». محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 192.

(3) «فَلَوْ دَخَلَ بِهَا، وَمَاتَتْ بَعْدَ مُضِيِّ الْعِدَّةِ فَكُلُّ الْمَهْرِ وَصِيَّةٌ، وَتَصِحُّ مِنَ الثُّلُثِ إِذَا اخْتِلَاعٌ تَبَرُّعٌ، وَلَوْ مَاتَتْ فِي الْعِدَّةِ هَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَحُمَيْدٍ إِذَا الزَّوْجُ لَمْ يَبْقَ وَارِثًا لِرِضَاؤِهِ بِالْفَرْقَةِ». زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 81.

لنزول الزوجية، فلم يبق إذن إلا احتمال محاباته بأكثر مما يستحق بطريق الوصية ومقدارها الثلث⁽¹⁾، ما لم يكن وارثاً بصفة أخرى كما سبق وأن قلنا.

وأما إذا تماثلت للشفاء عقب خلعهما إياه، استحق الزوج بدل الخلع الذي اتفقا عليه بالغاً ما بلغ، إذ ببرئها سقط وصف المرض المخوف عن مرضها الذي خالعت فيه، فكان تصرفها تصرف صحيح واجب النفاذ بالكلية متى جاء مستوفياً لشرائط صحته⁽²⁾.

هذا واختلف المالكية بشأن المخالعة لزوجها في مرضها المخوف على ثلاثة أقوال، أولها أن الخلع غير جائز بحال، وهو ظاهر قول مالك، ورواية عن ربيعة في المدونة⁽³⁾، وعلة ذلك أن الزوجة أرادت أن توصل إلى زوجها ما خالعت به من مالها عاشت أو ماتت، وهو غير وارث بهذه الفرقة، فوجب أن يبطل وإن كان بدل الخلع دون ميراثه منها، وقيل أن الحرمة تنصرف في هذا المقام إلى زيادة مقدار الخلع عن نصيبه في مالها بطريق الميراث لا إلى الخلع نفسه بوصفه فرقة⁽⁴⁾، وهذا هو الأرجح⁽⁴⁾، كما أنه يتفق مع ثاني الثلاثة، وهو رواية ابن وهب عن مالك، ومؤداها أن الخلع نافذ على ورثتها إذا خالعت ببدل مساوٍ لبذل خلع مثلها، إذ يعتبر الخلع والحالة هذه كبيع المخالعة وشرائطها ومن ثمة فهو غالب على

(1) «وإذا ماتت بعد انقضاء العدة، فليس بينهما سبب التوارث عند موتها، فيكون له جميع المسمى من الثلث بمنزلة ما لو، أوصت له، أو أقرت بشيء بعد ما طلقها ثلاثاً.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 192 و 193.

(2) «(قوله خلعت المريضة) أي مرض الموت، إذ لو برئت منه كان للزوج كل البذل لرضايهما.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 460. «فإن برئت من مرضها، فله جميع المسمى بمنزلة ما لو خالعتها في صحتها.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 193.

(3) «قلت: أرأيت إن اختلعت المريضة من زوجها في مرضها من جميع مالها، أيجوز هذا في قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك: لا يجوز ذلك (...) قلت: ولا يتوارثان؟ قال: لا (...) ابن وهب عن يونس أنه سأل ربيعة عن المرأة هل يجوز لها أن تحتلج من زوجها وهي مريضة؟ قال: لا يجوز خلعتها ولو جاز ذلك لم تزل امرأة توصي لزوجها حين تستيقن بالموت إلا فعلت.» مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج 2، ص 254. «وقيل: إن خلعه لا يجوز من غير تفصيل، وهو ظاهر قول مالك في المدونة وفي كتاب ابن المواز.» أبو الوليد محمد بن رشد، المقدمات الممهدة، المرجع السابق، ج 1، ص 559.

(4) «(ولا يجوز خلعت المريضة) مرضاً مخوفاً أي يحرم عليها أن تخلع زوجها، وكذا يحرم عليه لإعائته لها على الحرام، وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما إن كان الزوج صحيحاً، ولو ماتت في عدتها، وتحلل المنة (إن زاد) الخلع (على إرضائها منها) لو ماتت بأن كان إرضائها عشرة وخالعته بخمسة عشر، وأولى لو خالعته بجميع مالها، فإن خالعته بقدر إرضائها فأقل جاز ولا يتوارثان، قاله ابن القاسم وقال مالك: إن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها، وظاهر أن قول ابن القاسم لا يخالفه كما قاله أكثر الأئمة.» أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج 2، ص 528 و 529.

حق الورثة، ضرورة ألا يكون منطوياً على محاباة الزوج بعوضٍ يفوق عوض خلع مثلها⁽¹⁾، أما ثالث هذه الأقوال فهو لابن القاسم وأصبغ وابن نافع، وقوامه أن خلع المريضة جائز إذا كان بدله مساوٍ لمقدار إرث الزوج منها أو دونه⁽²⁾، واختلفوا بعد ذلك في زمن تقدير ارثه منها، أي، هل ينظر إلى زمن الصلح أو الموت كضابط لتقدير بدل الخلع بالنسبة لمقدار حقه في مالها بطريق الميراث؟

ذهب الإمام مالك⁽³⁾ وابن القاسم إلى القول باعتبار يوم الصلح، فإن كان بدل الخلع مساوٍ لنصيب الزوج من تركتها أو دونه استحقه، أما إذا زاد فلا شيء له إلا أن تصح من مرضها، في حين ذهب أصبغ في الواضحة وابن نافع في المدونة وهو المعتمد في المذهب⁽⁴⁾، إلى القول باعتبار يوم الموت، ومن ثمة وجب أن يظل الشيء الذي خالعت به وفق هذا القول موقوفاً إلى تاريخ الوفاة، فإن كان شيئاً معيناً بذاته يحظر عليها التصرف فيه، إلا أن تحتاج إلى ذلك، حتى إذا صحت أخذه كله إن كان قائماً بعينه، أو ثمنه إذا استهلك باستنفاقها إياه، ولا شيء له إن هلك في يدها، لأن تبعة التلف تقع عليه،

(1) «روى ذلك ابن وهب عن مالك، فعلى هذه الرواية غلب الخلع على حق الورثة وجعله كبيعها وشرائها، يجوز إذا لم يكن فيه محاباة بأن تخالع بأكثر من خلع مثلها.» محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، المرجع السابق، ج5، ص291. «قيل: إن خلعتها جائز على ورثتها إذا خالعت بخلع مثلها، روى ذلك ابن وهب عن مالك. فعلى هذه الرواية غلب الخلع على حق الورثة.» أبو الوليد محمد بن رشد، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ج1، ص559.

(2) «قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ نَافِعٍ وَأَنَا أَرَى إِنْ كَانَ صَاحِبُهَا عَلَى أَكْثَرِ مِنْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا، إِنَّ ذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهَا عَلَى أَكْثَرِ مِنْ مِيرَاثِهَا أَوْ مِثْلِهِ أَوْ أَقَلٍّ مِنْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ.» مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج2، ص254. «وقيل: إن ذلك لا يجوز إن كانت خالعت بأكثر من ميراثه منها، ويجوز إن كانت خالعت بمثل ميراثه منها فأقل، وهو قول ابن القاسم.» أبو الوليد محمد بن رشد، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ج1، ص559.

(3) «ومن كتاب الصبرة وسئل عن رجل صالح امرأته في مرضها على إن أعطته لفراقه إياها دار أو عرضاً من العروض، وتعجل قبض ذلك، قال مالك: إن كان للذي أعطته قدر ميراثه منها فأدى جاز له ذلك، قلت له: أ رأيت إن كان يوم أخذه قدر ميراثه، ويوم ماتت قيمة ما أخذ أكثر من ميراثه منها أتراه جائزاً؟ وكيف إن كان يوم أخذه أكثر من ميراثه، ويوم ماتت قدر الميراث، وأدى، متى ينظر إلى قيمة ما أعطته؟ فقال: حين يقع الصلح بينهما.» محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، المرجع السابق، ج5، ص290 و291.

(4) «وَتُعْتَبَرُ مُجَاوِزَةُ الْمُخَالَعِ بِهِ لِإِثْمِهِ وَعَدَمُ مُجَاوِزَتِهِ يَوْمَ مَوْتِهَا لَا يَوْمَ الْخُلْعِ فَيُوقَفُ جَمِيعُ مَا خَالَعَتْ بِهِ إِلَى مَوْتِهَا لِيُنْظَرَ هَلْ هُوَ قَدَرُ إِثْمِهِ أَوْ أَقَلُّ أَيْ لَوْ لَمْ يُخَالَعْ فَيَأْخُذْ هُوَ مَا زَادَ فَيَزِيدُ.» محمد بن عبد الله الخرشى، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج4، ص20. «فَلَا يُرَدُّ إِلَّا مَا جَاوَزَ قَدْرَ مِيرَاثِهِ مِنْهَا يَوْمَ تَمُوتُ فَيُوقَفُ مَا خَالَعَهَا عَلَيْهِ إِلَى يَوْمِ مَوْتِهَا فَيُنْظَرُ فِيهِ حِينَئِذٍ مَعَ قَدْرِ إِثْمِهَا.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص32.

أما إذا ماتت من مرضها المخوف استحقه كله أو ما أدرك منه إن فات بعضه باستنفاق أو غيره شريطة أن يكون قدر ميراثه منها فأدنى، أما إذا زاد عن ذلك فلا شيء له من بدل الخلع، ولا ميراث له منها بحال، وقيل له قدر ميراثه ويرد الزائد⁽¹⁾، وإن خالعت على شيء غير معين، وكانت غنية لم يوقف بدل الخلع على شيء من مالها، وجاز لها أن تنفق منه كما ينفق المريض في مرضه، فإن صحت مضى ذلك عليها، وإن ماتت في مرضها روعي ما تقدم قوله.

أما الشافعية فاستندوا في ضبط بدل خلع المريضة إلى معيار مهر المثل، بحيث إذا كان العوض دون مهر المثل أو مساوياً له استحقه الزوج بالغاً ما بلغ، وعلة ذلك أن البذل بهذا القدر إنما أُخْرِجَ في نظير حل العصمة فليس فيه قطعاً ما يفيد التبرع، أما إذا زاد عن مهر المثل، كُيِّفَت الزيادة على أنها تبرع وأخذت حكم الوصية لغير وارث، لأن الزوج صار بهذه المخالعة أجنبياً عن الزوجة، ما لم يكن وارثاً بجهة أخرى، ومن ثمة إذا كانت الزيادة مساوية أو أدنى من ثلث مال المخالعة الهالكة، استحقتها الزوج دون اعتراض من أحد، وإن جاوزت الثلث لا تنفذ في حق الورثة إلا بإجازتهم⁽²⁾، أما إذا كان وارثاً بطريق آخر كأن يكون أبن عم لها غير محجوب عن الميراث، توقفت الزيادة كلها على إجازة الورثة، لأن

(1) «أَوْ يُعْتَبَرُ يَوْمَ الْمَوْتِ فَيُوقَفُ الْمُخَالَعُ بِهِ كُلُّهُ إِلَى يَوْمِ الْمَوْتِ فَإِنْ كَانَ قَدَرُ مِيرَاثِهِ أَقَلَّ أَخَذَهُ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنْهُ عِنْدَ ابْنِ رُشْدٍ وَلَا إِزْتٍ لَهُ بِحَالٍ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ لَهُ مِنْهُ قَدَرُ مِيرَاثِهِ وَيَرُدُّ الزَّائِدَ.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص355.

(2) «وَأِنْ كَانَتْ هِيَ الْمَرِيضَةُ وَهِيَ صَحِيحٌ أَوْ مَرِيضٌ فَسَوَاءٌ وَإِنْ خَالَعَتْهُ بِمَهْرٍ مِثْلَهَا أَوْ أَقَلَّ فَالْخُلْعُ جَائِزٌ، وَإِنْ خَالَعَتْهُ بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرٍ مِثْلَهَا ثُمَّ مَاتَتْ مِنْ مَرَضِهَا قَبْلَ أَنْ تَصِيحَ جَازَ لَهَا مَهْرٌ مِثْلَهَا مِنَ الْخُلْعِ وَكَانَ الْفَضْلُ عَلَى مَهْرٍ مِثْلَهَا وَصِيَّةٌ يُحَاصُّ أَهْلُ الْوَصَايَةِ بِهَا.» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج5، ص214 و215. «قَالَ الْمَاوَرِدِيُّ: وَهَذَا صَحِيحٌ إِذَا خَالَعَتِ الْمَرِيضَةُ زَوْجَهَا صَحَّ خُلْعُهَا فَإِنْ خَالَعَتْ بِمَهْرٍ الْمِثْلِ فَمَا دُونَ كَانَ مِنْ رَأْسِهَا، وَأَصْلُ تَرْكِهَا وَإِنْ خَالَعَتْهُ بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرٍ الْمِثْلِ كَانَ الزَّيَادَةُ عَلَى مَهْرٍ الْمِثْلِ مُحَابَاةً تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ كَالْوَصَايَا.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص102. «ويصح احتلاع المريضة مرض الموت ولا يحسب من الثلث إلا زائد على مهر مثل.» أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1425هـ-2005م، ص226.

الزوج في هذه الحالة وإن زالت القرابة السببية، وارث بالقرابة النسبية، ولا وصية لوارث عند جمهور الفقهاء كما هو معلوم⁽¹⁾.

هذا ويرى الحنابلة، أنه لا اعتبار لمهر المثل، في ضبط بدل الخلع، ذلك أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم، واعتباره كعوض في هذه الحالة بمثابة تقويم له، وذهبوا إلى القول باستحقاق الزوج للعوض كاملاً إن كان قدر ميراثه منها فما دون، أما إذا زاد وجب الاعتداد بما يؤول إليه إرثاً دون النظر إلى البدل بالغاً ما بلغ، والعلة في تبنيهم لمقدار الميراث، أن الزوجة لا تكون متهمّة فيه بالكذب، لأنها لو لم تخالعه لاستحققه دون نزاع، أما ما فاق مقدار إرثه منها فباطل ويحق للورثة الرجوع عليه بما زاد عن نصيبه في مالها، لأن تصرفها مشوب بمظنة إثارها إياه، وأنها بالاختلاع منه إنما قصدت أن توصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم يكن بمقدورها أن تؤثر به وهو وارث بصفته تلك، كما لو أوصت أو أقرت له، وأما قدر الميراث⁽²⁾، فلا تهمّة فيه، فإن صحت من مرضها، صح له جميع ما اختلعت به، وقد تبين من شفاؤها أن مرضها ذاك لم يكن مرض موت، والخلع في غير مرض الموت، كالخلع في حال الصحة⁽³⁾.

مما سبق، نستخلص أن الفقهاء اختلفوا بشأن هذه المسألة في موطنين اثنين، أولهما مقياس الحد الأقصى للبدل الذي يستحقه الزوج بحيث لا يثبت معه للورثة حق منازعته إياه بدعوى الإيثار،

(1) «وَيَصِحُّ اخْتِلَاعُ الْمَرِيضَةِ مَرَضَ الْمَوْتِ، لِأَنَّ لَهَا صَرَفَ مَالِهَا فِي شَهَوَاتِهَا بِخِلَافِ السَّافِيَةِ (وَلَا يُحْسَبُ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا زَائِدٌ عَلَى مَهْرٍ مِثْلٍ)، لِأَنَّ الزَّائِدَ عَلَيْهِ هُوَ التَّبَرُّعُ وَلَيْسَ عَلَى وَارِثٍ خُرُوجُهُ بِالْخُلْعِ عَنِ الْإِرْثِ وَمِنْ ثَمَّ لَوْ وَرِثَ بِبُنُوَّةٍ عُمُومَةٍ مَثَلًا تَوَقَّفَ الزَّائِدُ عَلَى الْإِحَازَةِ مُطْلَقًا.» أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج 7، ص 467.

(2) «فَإِنْ خَالَعَتْهُ فِي مَرَضِهَا عَلَى مُسَمًّى كَانَ لَهُ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمًّى أَوْ مِيرَاثُهُ مِنْهَا.» محفوظ أبو الخطاب الكلوذاني، الهداية، المرجع السابق، ص 416. «وَلَهُ» مَا خَالَعَتْهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ قَدَرُ مِيرَاثِهِ مِنْهَا فَمَا دُونَ وَإِنْ كَانَ يَزِيدُ فَلَهُ (الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمًّى فِي الْخُلْعِ أَوْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا) لِأَنَّ ذَلِكَ لَا تَهْمَةَ فِيهِ بِخِلَافِ الْأَكْثَرِ مِنْهُمَا فَإِنَّ الْخُلْعَ إِنْ وَقَعَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْمِيرَاثِ تَطَرَّقَتْ إِلَيْهِ التَّهْمَةُ مِنْ قَصْدِ إِصْلَاحِهَا إِلَيْهِ شَيْئًا مِنْ مَالِهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ عَلَى وَجْهِ لَمْ تَكُنْ قَادِرَةً عَلَيْهِ أَشْبَهَ مَا لَوْ أَوْصَتْ أَوْ أَقَرَّتْ، لَهُ وَإِنْ وَقَعَ بِأَقْلٍ مِنَ الْمِيرَاثِ فَالْبَاقِي هُوَ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنْهُ فَلَمْ يَسْتَحِقَّ فَتَعَيَّنَ اسْتِحْقَاقُ الْأَقْلِ مِنْهُمَا.» منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 228.

(3) «وَإِنْ صَحَّتْ مِنْ مَرَضِهَا ذَلِكَ، صَحَّ الْخُلْعُ، وَلَهُ جَمِيعُ مَا خَالَعَهَا بِهِ، لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِمَرَضِ الْمَوْتِ، وَالْخُلْعُ فِي غَيْرِ مَرَضِ الْمَوْتِ، كَالْخُلْعِ فِي الصَّحَّةِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 356. «وَإِنْ صَحَّتْ مِنْ مَرَضِهَا الَّذِي خَالَعَتْهُ فِيهِ، فَلَهُ جَمِيعُ مَا خَالَعَهَا بِهِ، كَمَا لَوْ خَالَعَهَا فِي الصَّحَّةِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَرَضٍ مَوْتًا.» مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج 5، ص 313.

وثانيهما القدر الذي ينفذ فيه العوض من مال الزوجة، أما الوجه الأول فيمكن إجماله في اعتماد الحنفية بوجه عام لمعيار نصف الصداق أو ما زاد عنه شريطة ألا يخرج الكل عن ثلث مالها، هذا قبل الدخول، أما بعده وقبل مضي أمد العدة فالأقل من بدل الخلع ومقدار الإرث وثلث التركة، حتى إذا هلكت الزوجة بعد استبرائها وجب الأقل من بدل الخلع وثلث المال، هذا واعتمد المالكية في مذهبهم على ضابطتين، بدل خلع المثل ومقدار الميراث، ولهم في الزيادة قولان، سقوط البدل كله، أو سقوط الزيادة دونه، أما الشافعية فاعتمدوا مقياس مهر المثل، وما جاوزه أخذ حكم الوصية، وقال الحنابلة ببطل الخلع ضرورة ألا يتجاوز مقدار الإرث.

أما الوجه الثاني فمتعلق كما قلنا باختلافهم حول العوض فيما إذا كان نافذاً من ثلث المال أم من رأس المال كله، وهم في ذلك مذهبان، جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وصاحبي أبي حنيفة، وقالوا باحتساب العوض سواء كان بدل خلع أو مقدار إرث أو مهر مثل من مجموع المال لا من ثلثه، لأنه لا يخرج عن كونه مالاً بذلته الزوجة في مقابل بضعها فوجب أن يكون من أصل المال كالنكاح، كما أننا والحالة هذه بصدد مال في عقد معاوضة يصح مؤجلاً ومعجلاً، فكان لازماً أن ينفذ من رأس المال تماماً كما هو الشأن بالنسبة للبيع.

وخالفهم الأحناف في ذلك، حينما قرروا نفاذ بدل الخلع من ثلث المال لا من مجموعه، وحجتهم في ذلك أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل أنه لو طلق في مرضه لم يعتبر من الثلث، ومن ثمة إذا استخلصته الزوجة من زوجها بأن بذلت مالا في مرضها فإنه لا يضاف إلى ذمتها إيجاباً، من منطلق ألا قيمة له إن عند خروجه من ملك الزوج، فمن باب أولى عند دخوله في ملكها، وعليه يعتبر ما دفعته من عوض في مقابل استرجاعها إياه قد وقع على سبيل التبرع، والتبرع إذا أضيف إلى ما بعد الموت وصية، والوصية لا تنفذ إلا في حدود الثلث.

ثم أن غل يد المريضة وتقييد تصرفاتها يكون بالقدر الذي تصان به حقوق الورثة والدائنين، أما التصرفات التي تنصب على إشباع حاجاتها الحيوية كنفقات استطبابها، ونفقات معيشتها بما يحفظ ماء وجهها، ومعيشة عيالها بما يصون كرامتهم، وكذا التصرفات الواردة عن ما زاد عن حق الورثة، ومقداره الثلثان، وما جاوز حق الغرماء، ومقداره جميع المال إذا كان الدين مستغرقاً، ومقدار الدين إن لم يكن كذلك، فلا سبيل لأحد في الاعتراض عليها، ولأن الخلع ليس من حوائجها الأصلية، فكان بدله بمنزلة وصية منها للزوج فيعتبر من ثلث مالها لا من المال كله.

ولعل الراجح في تقديرنا بشأن ذلك كله هو استحقاق الزوج لبدل الخلع شريطة ألا يتجاوز ثلث المال، أما عوض الخلع فليثبتته اتفاقاً، وأما مقياس الثلث، فمعتبر في رأينا لأن الزوجة بذلت مالاً نظير ما لا قيمة له كما سبق وأن قلنا، فكان ما أنفقته في سبيل استخلاصها للعصمة تبرعاً صرفاً، يأخذ حكم الوصية، والوصية لا تنفذ إلا في حدود الثلث دون أن تتوقف على إجازة الورثة إذا كانت لغير وارث، ولما كان الزوج غير وارث في مسألة الحال قياساً على ما لو خالعه في مرض موته، فإنها تصير بائناً بتصرفها ذاك ولا ميراث لها منه عند جمهور الفقهاء، فيصير الزوج بدوره أجنبياً عنها إذا خالعه في مرض موتها وبالتالي لا سلطان للورثة عليه في ما آل إليه خلعاً شريطة ألا يتجاوز ثلث مجموع مالها، وعليه نكون قد أسقطنا أيضاً مقياس الإرث كميّار لبدل الخلع لانتفاء سبب الميراث بزوال الزوجية بمجرد الفرقة إن قبل الدخول أو بعده يستوي في ذلك بقاء العدة أو انقضاؤها، أما مقياس المهر فلا مبرر له في تصورنا، لأنه معتبر عند النكاح كون البضع متقوم على الزوج عند دخوله في ملكه، ولا يعتبر كذلك عند خروجه، كما لو استخلصته الزوجة من ذمته بردتها أو انتحارها أو أخرجه الغير باغتيالها، لم تكن ضامنة ولا يستحق الزوج تبعاً لذلك عوضاً عنه، ويعطف عليه ما لو وطئت مكرهَةً أو بشبهةٍ لأنها والحالة هذه هي من يستحق المهر، فيكون خالصاً لها دون زوجها.

وهو تصور يتفق مع موقف المشرع الجزائري إذا اعتبرنا الخلع تبرع في جانبها، ذلك أن الهبة في المرض المخوف تنقلب تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت مثل ما نص عليه المشرع في المادة (204) من قانون الأسرة⁽¹⁾، وبالتالي إذا خالعت المريضة زوجها في مرض الموت على بدلٍ معينٍ وهلك في إثره، عدّ ما بذلته من مالٍ في سبيل ذلك وصيةً، والوصية لا تنفذ إلا في حدود الثلث وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة⁽²⁾، أي يتعين ألا يتجاوز ما يستحقه الزوج من البدل المسمى ثلث تركتها، فإن كان مساوياً له أو دونه آل إليه جميعاً، وإن جاوزه، توقف استحقاق ما زاد عن الثلث على إجازة الورثة.

أخيراً وبعد تقريرنا لإمكان محاباة الزوجة لزوجها عند خلعها إياه اتفاقاً في مرض موتها، فهل يمكننا تصور إثارة إياها بتخالعهما اتفاقاً في مرضه المخوف؟

(1) تنص المادة 204 من قانون الأسرة على أن: «الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية».

(2) تنص المادة 185 من قانون الأسرة على أنه: «تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة».

(ب) خلع المريض: إذا وقع الخلع إبان مرض الزوج ترتبت عليه بينونة الزوجة ولا ميراث لها منه، لأنها أسقطت حقها في ماله برضاها، هذا عند جمهور الفقهاء من غير المالكية ورواية عن الحنابلة، ولا خلاف بين الفقهاء في صحة هذا الخلع سواء أكان بمهر الزوجة أو بمهر مثلها أو أكثر منه أو أقل ولا يعتبر من الثلث، لأنها في هذا الوضع صحيحة معافاة، وبالتالي جاز لها أن تتصرف في أموالها كيف تشاء ولا سلطان لأحدٍ عليها في ذلك سواء أكان التصرف معاوضةً أو تبرعاً هذا من جهة الزوجة، أما الزوج المريض فيصح خلعه إياها بالبدل المتفق عليه بينهما قل أو كثر.

لكن قد يقال أن الخلع كالبيع، وأن المريض مرضاً مخوفاً إذا باع شيئاً من أمواله لأجنبي بثلث المثل أو بغبن يسير كان البيع نافذاً دون توقفه على إجازة الورثة، وآية ذلك أن حق الورثة متعلق في هذا الفرض بمالية التركة، ومالية التركة لا تتأثر بهذا البيع، طالما أنه قد تم بفارق في الثمن مما هو مقبول عادة في البيوع، وليس في ذلك ما يضر بالورثة، لأن ما خرج من التركة دخل فيها ما يساويه أو يقاربه، وعليه لا يحق للورثة أن يطالبوا بفسخه لعل الغبن اليسير، لأن هذا التفاوت في القيمة يكون مألوفاً في البيوع ومما يتسامح فيه الناس عادةً، يضاف إلى ذلك أن الشارع قد أجاز للمورث المريض التبرع بثلث ماله، ووصيته في هذا الصدد تنفذ دون توقفها على إجازة الورثة، فينفذ بيعه بغبن يسير من باب أولى، أما إذا كان البيع لأجنبي بنقص في الثمن، فإنه يأخذ حكم الوصية في القدر المحابي به، بحيث إذا كان هذا القدر زائداً على ثلث التركة نفذ بإقرار الورثة، أو بإكمال المشتري ما نقص من الثمن ليصل إلى ثلثها، أما إذا كان القدر المحابي به لا يتجاوز ثلثها نفذ البيع دون اعتراض، طالما كان حق المريض في الإيصاء بثلث تركته نافذاً دون توقف على إجازة الورثة⁽¹⁾.

(1) «يُوصَّحُ: أَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ كَمَا أَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِلْأَجْنَبِيِّ، ثُمَّ الْبَيْعُ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ مِنَ الْمَرِيضِ صَحِيحٌ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ فِي جَمِيعِ مَالِهِ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ وَصِيَّةً بِشَيْءٍ.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص150. «وَقَالَ لِي مَالِكٌ: مَا بَاعَ الْمَرِيضُ أَوْ اشْتَرَى فَهُوَ جَائِزٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ حَابِي، فَإِنْ حَابَى كَانَ ذَلِكَ فِي ثُلَاثِهِ.» مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج2، ص497. «وإذا اشترى شيئاً في مرض موته، أو باعه بثلث المثل (...) صح ذلك ولم يعتبر من الثلث، لأن ما رجع إليه مثل ما خرج منه، وإن اشترى شيئاً في مرض موته أو باعه، وحابي في ذلك (...) اعتبرت المحاباة من ثلث التركة.» أبو الحسين يحيى العمراني، البيان، المرجع السابق، ج8، ص222. «فأما بيع المريض بثلث المثل، وتزويجه بمهر المثل، فلازم من جميع المال، لأنه ليس بوصية، إنما الوصية التبرع، وليس هذا تبرعاً، وإن حابي في ذلك، اعتبرت المحاباة من الثلث، لأنها تبرع.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج2، ص272 و273.

هذا ولما كانت الزوجة أجنبية عن زوجها الهالك بمقتضى المخالعة، فهل يمكنه أن يحاييها إذا خالعهما بأقل من مهر المثل فنكون إزاء محاباة في الثلث كالمحاباة في البيع؟
في الواقع لا يصح قياس الخلع على البيع في هذا المقام، ذلك أن الزوج لو أزال ملكه عن البضع بالطلاق دون بدل صح من غير أن يكون معتبراً في الثلث، فأولى أن يصح إذا أزاله بقليل العوض ولا يكون معتبراً في الثلث، خلافاً للمال كما سبق وأن قلنا، بحيث إذا أزال ملكه عنه محاباة بيسير البدل أو تبرع به من غير عوض كان ذلك معتبراً من الثلث، أضف إلى ذلك أن ما يعد في الثلث ما كان من حقوق الورثة، ومنتقلاً إليهم إراثاً بالموت، فكان المال كذلك دون بضع الزوجة لأنه غير موروث فلم يعتبر في الثلث.

بل لو خالغ زوجته في مرض موته وأوصى لها بمثل ميراثها منه أو أقل صح تصرفه في مذهب الجمهور⁽¹⁾ من غير المالكية⁽²⁾ ولا يتهم في أنه أبانها ليوصل إليها ذلك، إذ لو لم يبنها لأخذته بطريق الميراث، أما إذا أوصى لها بما يفوق قدر نصيبها إراثاً، حق للورثة الرجوع عليها، لأن الزوج في هذا الفرض متهم بإيصال مالٍ لم يكن بمقدوره إيصاله إليها وهي في حباله، فطلقها ليؤثرها بذلك، وذهب زفر إلى القول بجواز الوصية والإقرار لها لزوال المانع من جوازهما، ويتعلق الأمر بالميراث الذي سقط بسؤالها الطلاق⁽³⁾.

الفرع الثالث

شروط متعلقة بمحل العقد

يتعين لتحقيق الصيغة، توافر شروط متعلقة بمحل العقد قوامها أن يكون البضع مملوكاً للزوج (أولاً) وأن تكون مخالعة الزوجة إبان طهر لم يمسسها الزوج فيه (ثانياً).

(1) «فإن طلقها في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من الميراث ومن الوصية في قول علمائنا الثلاثة.» أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج3، ص420. «ولو طلقها في مرضه طلاقاً يمنع الإرث ثم أقر أو أوصى لها بشيء أعطيته ما لم يزد على إرثها منه.» عبد السلام أبو البركات مجد الدين بن تيمية، المحرر، المرجع السابق، ج2، ص48.
(2) «وإن تزوجها في الصحة وطلقا في المرض ثم أوصى بثلث لأن الطلاق في المرض لا يبطل الميراث طلقها برضاها أم لا.» الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، المرجع السابق، ج7، ص93.
(3) «وفي قول زفر: الإقرار والوصية لها جائز، لأن المانع من جوازها الميراث، وقد بطل الميراث بسؤالها الطلاق.» أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج3، ص420.

أولاً: أن يكون البضع مملوكاً للزوج

والمراد بذلك أن تكون المختلعة زوجةً له من نكاحٍ صحيح، فخرجت بهذا الشرط كل منكوحةٍ بعقدٍ باطلٍ أو فاسدٍ لانعدامه شرعاً، ومن باب أولى كل امرأةٍ أجنبية، أو بائنة، لأن الخلع في حقيقته إزالة ملك الزوج للمُعَوَّض نظير عوضٍ يُدفع له، ولا ملك له في الفرضين، لأن البضع إنما يملك بالعقد الصحيح لا الباطل، ومن ثمة لم يكن في الفرض الأول مالكاً له أصلاً، بينما زال تملكه في الفرض الثاني، فلم تعد البائن منه، محلاً لإيقاع الخلع عليها⁽¹⁾، وهذه مسألة لا خلاف فيها بين الفقهاء.

والزوجية الصحيحة إما أن تكون قائمة حقيقةً أو حكماً، وقوام الأولى أن يكون عقد النكاح سارياً بالفعل، لم يطرأ عليه سبب من أسباب الفرقة بين الزوجين، بينما تنصرف الثانية إلى فترة العدة من طلاق رجعي، باعتبار الطلاق بهذا التوصيف وإن كان موهناً للنكاح فهو غير هادمٍ له بحال، لأنه لا يزيل ملكاً ولا حلاً ولا يرفع للزوجية قيداً، ومن ثمة أمكن للزوج أن يعاشر طالقه الرجعي معاشرة الأزواج دون حاجةٍ لعقد جديد مادامت العدة باقيةً، ولما كانت كذلك صحت أن تكون فوق طلاقها ذاك، محلاً لطلاقه وظهاره وإيلائه و لعانه⁽²⁾، وصح بالتبعية ما تبدله من عوضٍ لزوجها نظير اختلاعها منه إن في عدة الطلقة الأولى أو الثانية⁽¹⁾.

(1) «وَأَلَوْ طَلَّقَهَا بِمَالٍ ثُمَّ خَلَعَهَا فِي الْعِدَّةِ لَا يَصِحُّ اهـ (...) حَيْثُ جَعَلَ الْخُلْعُ (...) غَيْرَ وَاقِعٍ بَعْدَ الْبَائِنِ الصَّرِيحِ.» زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري، المرجع السابق، ج3، ص331. «وَبِكُونِهَا بَائِنًا لَا رَجْعِيَّةً (ش) قَدْ عَلِمْتُ أَنَّ الْعَوَضَ الَّذِي تَدْفَعُهُ الْمَرْأَةُ فِي الْخُلْعِ إِنَّمَا هُوَ عَوَضٌ عَنِ انْحِلَالِ الْعِصْمَةِ فَإِذَا ثُبِتَ بَعْدَ الْخُلْعِ أَنَّهَا كَانَتْ مُطْلَقَةً قَبْلَ الْخُلْعِ طَلَاقًا بَائِنًا فَإِنَّهَا تَرْجِعُ فِي مَا دَفَعَتْهُ إِلَيْهِ لِأَنَّ الْخُلْعَ لَمْ يُصَادِفْ مَحَلًّا.» محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج4، ص21. «(و) رَدُّ الزَّوْجِ مَا خَالَعَ بِهِ (ب) ثُبُوتِ (كُونِهَا) مُطْلَقَةً (طَلَقًا بَائِنًا) مِنْهُ وَقَدْ خُلِعَ لِأَنَّ خُلْعَهُ لَمْ يُصَادِفْ مَحَلًّا.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص356. «نَعَمْ مَنْ عَاشَرَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا لَا يَصِحُّ خُلْعُهَا كَمَا بَحَثْنَا الزَّكَاةَ مَعَ وَقُوعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا، لِأَنَّ وَقُوعَهُ بَعْدَ الْعِدَّةِ تَغْلِيظٌ عَلَيْهِ فَلَا عِصْمَةَ يَمْلِكُهَا حَتَّى يَأْخُذَ فِي مُقَابَلَتِهَا مَالًا كَمَا فِي قَوْلِهِ (لَا بَائِنَ) بِخُلْعٍ أَوْ غَيْرِهِ فَلَا يَصِحُّ خُلْعُهَا إِذْ لَا يَمْلِكُ بُضْعُهَا حَتَّى يُرِيْلَهُ.» شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج6، ص398. «... وَخُلْعُ الْبَائِنِ غَيْرُ صَحِيحٍ، وَحِينَئِذٍ لَهَا الرُّجُوعُ بِالْعَوَضِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ يَصِحُّ خُلْعُهَا.» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج6، ص345.

(2) «وَالْفَرْقُ بَيْنَ الرَّجْعِيِّ وَالْبَائِنِ أَرْبَعَةٌ عَشْرَ خِصْلَةً، أَحَدُهَا الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَجْدِيدِ النِّكَاحِ، وَالثَّانِي لَا يَحْتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ الْمَهْرِ، وَالثَّالِثُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الشَّاهِدِينَ، وَالرَّابِعُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى رِضَاءِ الْمَرْأَةِ، وَالْخَامِسُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى رِضَاءِ الْمَوْلَى وَإِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ صَغِيرَةً، وَالسَّادِسُ لَوْ ظَاهَرَ مِنْهَا الزَّوْجُ كَانَ مُظَاهَرًا، وَالسَّابِعُ لَوْ آلَى مِنْهَا كَانَ مَوْلِيًا، وَالثَّامِنُ لَوْ قَدَفَهَا وَجِبَ اللَّعَانُ دُونَ الْحُدِّ، وَالثَّاسِعُ لَوْ مَاتَ أَحَدُهَا وَرَثَتُهُ الْآخَرُ مَا دَامَتِ الْمَرْأَةُ فِي عِدَّتِهَا...» أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدِي حنفي (المتوفى: 461هـ)، الننف

في المقابل ذهب بعض الشافعية للقول بعدم صحة خلع المعتدة من طلاق رجعي، لانتفاء الحاجة إلى الافتداء بسبب مآل أمرها إلى البينونة بانقضاء عدتها⁽²⁾، كما أن الخلع إبان عدة المطلقة رجعيًا يتنافى والحكمة التي شرعت من أجلها العدة، فهذه الأخيرة إنما وضعت كي لا تنفصم عرى

في الفتاوى، المحقق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان، الأردن، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1404هـ - 1984م، ج1، ص322 و323. «(إِنْ طَلَّقَ الصَّحِيحُ امْرَأَتَهُ طَلْقًا وَاحِدَةً) رَجْعِيَّةٌ أَوْ ائْتَنَيْنِ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُمَا يَتَوَارِثَانِ مَا كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ) أَيُّ مُدَّةٍ دَوَامِ الْعِدَّةِ، لِأَنَّ الرِّجْعِيَّةَ كَالزَّوْجَةِ فِي وُجُوبِ النَّفَقَةِ وَحُقُوقِ الطَّلَاقِ وَالظَّهَارِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، سِوَى تَحْرِيمِ الْإِسْتِمْتَاعِ وَالِدُخُولِ عَلَيْهَا وَالْأَكْلِ مَعَهَا.» أحمد شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني، المرجع السابق، ج2، ص258. «فَأَمَّا الرِّجْعِيَّةُ فَلَا يَجُوزُ لِعَبْرِ الزَّوْجِ أَنْ يَخْطُبَهَا تَصْرِيحًا وَلَا تَعْرِضًا، لِأَنَّ أَحْكَامَ الزَّوْجِيَّةِ عَلَيْهَا جَارِيَةٌ مِنْ وُجُوبِ النَّفَقَةِ وَوُقُوعِ الطَّلَاقِ، وَالظَّهَارِ مِنْهَا، وَإِنَّمَا يَتَوَارِثَانِ إِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا، وَيَعْتَدُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ إِنْ مَاتَ الزَّوْجُ، وَمَتَى أَرَادَ الزَّوْجُ رَجْعَتَهَا فِي الْعِدَّةِ كَانَتْ زَوْجَتَهُ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص247. «(وَيَتَبَيَّنُ) الْإِرْثُ (لَهُمَا) أَيُّ: لِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الْآخَرِ (فِي عِدَّةِ رَجْعِيَّةٍ) سِوَاءَ طَلَّقَهَا فِي الصَّحَّةِ أَوْ الْمَرَضِ، قَالَ فِي الْمُعْنَى: بَعِيرٌ خِلَافَ نَعْلَمُهُ، وَزَوْيٌ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ، وَذَلِكَ، لِأَنَّ الرِّجْعِيَّةَ زَوْجَةً يَلْحَقُهَا طَلَاؤُهَا وَظَهَارُهَا وَإِبِلَاؤُهَا، وَيَمْلِكُ إِمْسَاكَهَا بِالرَّجْعَةِ بِغَيْرِ رِضَاهَا وَلَا وَلِيٍّ وَنَحْوُهُ.» منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج2، ص555.

(1) «وَلَوْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ أَوْ خَلَعَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ يَصِحُّ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص308، و309. «وَإِنْ طَلَّقَهَا عَلَى لُحْلُ فِي لُحْلٍ بَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ حَازَ وَلَزِمَهَا الْجُعْلُ، لِأَنَّ زَوَالَ الْمِلْكِ لَا يَحْصُلُ بِهَذَا الطَّلَاقِ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ لَا يُزِيلُ مِلْكَ النِّكَاحِ، فَإِنَّهُ يَخْتَاضُ عَنْ مِلْكٍ قَائِمٍ لَهُ فَيَصِحُّ كَمَا قَبْلَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج6، ص175 و176. «(لَا رَجْعِيًّا) وَلَمْ تَنْقُضِ الْعِدَّةَ فَلَا يَزِيدُ لَهَا لِأَنَّ الْخُلْعَ قَدْ صَادَفَ مَحَلًّا لِأَنَّ الرِّجْعِيَّةَ زَوْجَةً يَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص356. «بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَتْ مُطَلَّقةً طَلَاقًا رَجْعِيًّا وَالْعِدَّةُ لَمْ تَنْقُضْ فَإِنَّهَا لَا تَرْجِعُ فِي الْعَوَضِ لِأَنَّ الْخُلْعَ صَادَفَ مَحَلًّا لِمِلْكِ الزَّوْجِ عَصَمَتَهَا وَحُقُوقِ طَلَاقِهِ لَهَا لِأَنَّ الرِّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ.» محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج4، ص21. «(وَيَصِحُّ اخْتِلَاعُ) (رَجْعِيَّةٍ) (فِي الْأَظْهَرِ) لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الزَّوْجَاتِ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ.» شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج6، ص398. «(وَرَجْعِيَّةٍ فِي الْأَظْهَرِ) لِأَنَّهَا كَالزَّوْجَةِ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ.» أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، المرجع السابق، ج3، ص310. «(وَالرَّجْعِيَّةُ زَوْجَةٌ يَلْحَقُهَا طَلَاؤُهَا، وَظَهَارُهَا، وَإِبِلَاؤُهَا، وَلِعَانُهَا، وَيَرِثُ أَحَدُهَا صَاحِبَهُ، بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ خَالَعَهَا صَحَّ خُلْعُهَا...) وَلَنَا، أَنَّهَا زَوْجَةٌ صَحَّ طَلَاقُهَا، فَصَحَّ خُلْعُهَا، كَمَا قَبْلَ الطَّلَاقِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص519. «(وَالرَّجْعِيَّةُ زَوْجَةٌ يَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ وَالظَّهَارُ وَاللِّعَانُ وَالْإِبِلَاءُ وَابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ) الَّتِي تُضْرَبُ لِلْمَوْتِ وَهِيَ الْأَرْبَعَةُ أَشْهُرٌ (مِنْ حِينَ الْيَمِينِ) لَا مِنَ الرَّجْعَةِ (وَيَرِثُ كُلُّ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ إِنْ مَاتَ) بِالْإِجْمَاعِ (وَإِنْ خَالَعَهَا صَحَّ خُلْعُهَا) لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ يَصِحُّ طَلَاقُهَا فَصَحَّ خُلْعُهَا كَمَا قَبْلَ الطَّلَاقِ.» منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج5، ص343.

(2) «وَالثَّانِي لَا يَعْدَمُ الْحَاجَةُ إِلَى الْإِفْتِدَاءِ لِجَرَيَانِهَا إِلَى الْبَيِّنُونَةِ.» شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج6، ص398. «وَالثَّانِي: لَا، لِإِعْدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى الْإِفْتِدَاءِ لِجَرَيَانِهَا إِلَى الْبَيِّنُونَةِ.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص434.

الزوجية مرة واحدة بعد الطلقة الأولى أو الثانية، حيث منح الشارع الحكيم للزوج فرصة مراجعة الأمر، وإعادة الزوجية إلى ما كانت عليه برد الزوجة إلى عصمته قبل انقضاء عدتها.

خلاصة القول، أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأخير، من عدم صحة خلع المعتدة من طلاق رجعي، كلام مرجوح، فقرابة المرأة من الرجل - سبباً - إما أن تكون زوجة له أو أجنبية عنه ولا واسطة، فكيف يستقيم الجمع عندهم بين كونها منكوحة يصح إرثها وتوريثها وطلاقها وإيلاؤها ولعانها كما تصح مراجعتها دون عقد جديد ومهر جديد، وبين عدم صلاحيتها لأن تكون محلاً للخلع، أما ما قيل بشأن مآل أمرها في كل الأحوال إلى البينونة بانقضاء عدتها فصحيح، لكنها قد تستعجل الأمر ببذل المال حتى لا يبقى للزوج حق في مراجعتها.

ثانياً: كون الخلع في طهر لم يمسه فيها

هل يشترط لصحة الخلع أن يتم في طهر لم يمسه الرجل فيه زوجته؟ بحيث لو حدث حال حيضها أو في طهر جامعها فيه لا يقع صحيحاً؟

اختلف الفقهاء بشأن هذه المسألة على رأيين، بحيث يرى أولهما جواز ذلك وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية في غير المشهور⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، واستدلوا لرأيهم من القرآن بقوله ﷻ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽⁵⁾، ووجه الدلالة ورود الآية بصيغة العموم دون تمييز بين كون الخلع في طهر أو في حيض.

(1) «أَنَّ الْخُلْعَ لَا يُكْرَهُ كَمَا لَا يُكْرَهُ حَالَةُ الْحَيْضِ بِالْإِجْمَاعِ.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج3، ص257. «(قَوْلُهُ: وَلَا بَأْسَ بِهِ) أَيُّ وَلَوْ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ، فَلَا يُكْرَهُ بِالْإِجْمَاعِ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص441.

(2) «الْخُلْعُ فِي الْحَيْضِ (...) وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يَجُوزُ بِرِضَايَا...» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج5، ص304. «وَمُقَابِلَةُ جَوَازِ الْخُلْعِ فِي الْحَيْضِ.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص41.

(3) «وَمِنْهَا: جَوَازُ الْخُلْعِ فِي الْحَيْضِ وَالطُّهْرِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص4. «ويجوز الخلع في الحيض.» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج17، ص13.

(4) «وَلَا بَأْسَ بِالْخُلْعِ فِي الْحَيْضِ وَالطُّهْرِ الَّذِي أَصَابَهَا فِيهِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص324. «أَنَّ خُلْعَ الْحَائِضِ زَادَ فِي الْمُحَرَّرِ، وَغَيْرِهِ: وَطَلَّاقُهَا بِسْؤَالِهَا غَيْرَ مُحَرَّمٍ وَلَا بِدَعَاءٍ. ذَكَرَهُ أَكْثَرُهُمْ فِي كِتَابِ الْخُلْعِ. وَقَالَ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي تَذَكُّرَتِهِ: وَلَا سُنَّةَ لَخُلْعٍ وَلَا بِدَعَاءٍ.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص449.

(5) سورة البقرة، الآية 229.

أما من السنة ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من عدم سؤاله لامرأة ثابت بن قيس - في الحديث الذي سقناه برواياته المختلفة - عن حالها أحائض هي أم في طهر؟ فدل ذلك على جواز الخلع حال الطهر والحيض على السواء، وهو ما عبر عنه الحافظ ابن حجر عند شرحه لرواية البخاري بقوله: « وفيه أَنَّ الْخُلْعَ جَائِزٌ فِي الْحَيْضِ لِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَسْتَفْصِلْهَا أَحَائِضٌ هِيَ أَم لَا. »⁽¹⁾، والإمام الشوكاني في مصنفه حين قال: « والدليل عَلَى عَدَمِ الْإِشْتِرَاطِ عَدَمُ اسْتِفْصَالِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كَمَا فِي أَحَادِيثِ الْبَابِ وَغَيْرِهَا. »⁽²⁾.

واستدلوا من المعقول بأن حظر إيقاع الطلاق إبان الحيض إنما شرع لتوقي ما يلحق الزوجة من إطالة لفترة العدة عليها، والخلع لا يحصل إلا بقبولها ورغبتها، فيكون ذلك رضا منها، ودليلاً على رجحان مصلحتها فيه⁽³⁾.

هذا واشترط الفريق الثاني لصحة الخلع أن تكون الزوجة في طهر لم يمسه الزوج فيه، وهو مذهب الظاهرية⁽⁴⁾ والإمامية⁽⁵⁾ والراجح عند المالكية⁽⁶⁾ وما قال به ابن القيم الجوزية⁽¹⁾، وحثهم في

(1) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج 9، ص 402.

(2) محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 6، ص 296.

(3) «لأن المنع من الطلاق في الحيض للضرر الذي يلحقها بتطويل العدة والخلع جعل للضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والتقصير في حق الزوج والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة فجاز دفع أعظم الضررين بأخفها.» أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المذهب، المرجع السابق، ج 2، ص 490. «لأنَّ الْمَنْعَ مِنَ الطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ مِنْ أَجْلِ الضَّرَرِ الَّذِي يَلْحَقُهَا بِطَوِيلِ الْعِدَّةِ، وَالْخُلْعُ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ الَّذِي يَلْحَقُهَا بِسُوءِ الْعِشْرَةِ وَالْمَقَامِ مَعَ مَنْ تَكْرَهُهُ وَتُبْغِضُهُ، وَذَلِكَ أَعْظَمُ مِنْ ضَرَرِ طَوِيلِ الْعِدَّةِ، فَجَازَ دَفْعُ أَغْلَاهُمَا بِأَذْنَاهُمَا، وَلِذَلِكَ لَمْ يَسْأَلِ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الْمُخْتَلِعَةَ عَنْ حَالِهَا، وَلَئِنْ ضَرَرَ تَطْوِيلُ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا، وَالْخُلْعُ يَحْصُلُ بِسُؤَالِهَا، فَيَكُونُ ذَلِكَ رِضَاءً مِنْهَا بِهِ، وَدَلِيلًا عَلَى رُجْحَانِ مَصْلَحَتِهَا فِيهِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 324 و 325.

(4) ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 358 وبعدها.

(5) «(وَيُسْتَرْطُ فِي الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ شُرُوطُ الطَّلَاقِ) (...) وَكَوْنُ الْمَرْأَةِ طَاهِرًا طَهْرًا لَمْ يُقَارِنْهَا فِيهِ بِجَمَاعٍ، إِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا حَائِلًا غَيْرَ يَائِسَةٍ، وَالزَّوْجُ حَاضِرًا.» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 4، ص 109. «وَيُعْتَبَرُ فِي الْمُخْتَلِعَةِ أَنْ تَكُونَ طَاهِرًا طَهْرًا لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ، إِذَا كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا غَيْرَ يَائِسَةٍ، وَكَانَ حَاضِرًا مَعَهَا.» جعفر المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، المرجع السابق، ج 4، ص 157.

(6) «ابْنُ شَاسٍ: الْخُلْعُ فِي الْحَيْضِ لَا يَجُوزُ.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 304. «وَعَلَّلَ كَوْنَهُ تَعَبُّدًا فَقَالَ (لِمَنْعِ الْخُلْعِ) أَيْ الطَّلَاقِ بِعَوَضٍ مِنَ الزَّوْجَةِ وَهِيَ حَائِضٌ.» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 38.

ذلك قوله ﷺ: «يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ»⁽²⁾، وهي آية واضحة الدلالة في وجوب إيقاع الطلاق في طهر لم يمسه فيها، المعنى الذي وقف عنده ابن عباس عند تصديده لتفسيرها حيث قال: «لَا يُطَلَّقُهَا وَهِيَ حَائِضٌ وَلَا فِي طَهْرٍ قَدْ جَامَعَهَا فِيهِ، وَلَكِنْ، يَتْرُكُهَا حَتَّى إِذَا حَاضَتْ وَطَهَرَتْ طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً»⁽³⁾، ولما كان الخلع فرعاً من فروع الطلاق وجب أن ينضوي تحت حكمها.

بمقارنة الرأيين، نستنتج رجحان المذهب الأول في مسألة الحال، أي بجواز الخلع في حال الحيض والطهر الذي جامعها فيه، لأنه تم برضاء الزوجة، وأن الغاية منه إزالة ما لحقها من ضرر جراء سوء معاشرة الزوج لها، واستهدافها الفكاك منه حتى وإن توخى استطالة عدتها، لأن الضرر والحالة هذه أخف بلا ريب من المقام مع زوج تكن له البغض والكره، فيُدفع أشد الضررين بأخفهما.

المطلب الثاني

شروط الصحة

معنى صحة الخلع، أن يكون صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه، ولكي يكون صحيحاً بعد انعقاده يتعين أن يتم على عوض متقوم شرعاً (الفرع الأول) وأن تقوم البيئة على وقوعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

البذل

البذل أو العوض، هو كل ما تبذله الزوجة أو من ينوب عنها أو يقوم مقامها للزوج نظير اختلاعها منه، ويرى الفقهاء أن كل ما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون عوضاً في الخلع، فيصح هذا الأخير بكل ماله قيمة مالية معتبرة شرعاً معلومة ومملوكة للبازل، ولكن وقع الاختلاف بينهم في مقدار هذا العوض (أولاً) وصفته (ثانياً).

(1) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص200 وما بعدها.

(2) سورة الطلاق، الآية 1.

(3) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، تفسير القرآن العظيم، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1420هـ - 1999م، ج8، ص143. محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، المرجع السابق، ج23، ص29.

أولاً: مقدار العوض

اختلف الفقهاء في مقدار ما يجوز للمرأة أن تخلع به زوجها من البدل على مذهبين، حيث ذهب الفريق الأول إلى القول بجواز افتداء الزوجة نفسها بما ترضيا عليه، قل مقداره عما أصدقها أو زاد، لأن بدل الخلع مثله مثل سائر الأعواض في المعاملات مبني على رضا المتعاقدين، وبالتالي لا اعتبار لحد معين طالما كان مناط تصرفها ما طابت به نفسها، وهو رأي مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي⁽¹⁾، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ والظاهرية⁽¹⁾ والإمامية⁽²⁾.

(1) جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: 597هـ)، زاد المسير في علم التفسير، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى، 1422هـ، ج 1، ص 203.

(2) «وَأَمَّا الزَّيَادَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَهْرِ فَفِيهَا رَوَاتَانِ ذُكِرَ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ أَنَّهَا مَكْرُوهَةٌ (...) وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهَا غَيْرُ مَكْرُوهَةٍ (...) وَجْهٌ هَذِهِ الرِّوَايَةِ ظَاهِرٌ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، رَفَعَ الْجُنَاحَ عَنْهُمَا فِي الْأَخْذِ وَالْعَطَاءِ مِنَ الْفِدَاءِ مِنْ غَيْرِ فَضْلٍ بَيِّنٍ مَا إِذَا كَانَ مَهْرُ الْمَثَلِ أَوْ زِيَادَةٌ عَلَيْهِ، فَجَبَّ الْعَمَلُ بِاطِّلاقِ النَّصِّ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 150. «وَفِي رِوَايَةٍ يَحِلُّ لَهُ أَخْذُ الزَّيَادَةِ وَهَذَا فِي حَقِّ الدَّيَانَةِ وَالتَّنْزِهِ فَأَمَّا فِي الْحَكْمِ فَإِذَا تَخَالَعَا عَلَى الزَّيَادَةِ مِنَ الْمَهْرِ فَإِنَّهُ يَلْزَمُ وَتَوْفُرُ بِالْأَدَاءِ إِلَيْهِ ثُمَّ الْخُلْعُ جَائِزٌ بِكُلِّ بَدَلٍ يَصْلَحُ مَهْرًا وَيَلْزَمُ الْمَرْأَةُ أَدَاؤُهُ إِلَى الرَّوْجِ.» أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، المرجع السابق، ج 2، ص 201. «تَثْبُتُ إِباحَةُ أَخْذِ الزَّيَادَةِ فِي نُشُوزِهَا وَخَدِّهَا بِطَرِيقِ أَوَّلَى كَمَا بَيَّنَّا، وَعَلَى هَذَا فَيُظْهِرُ كَوْنُ رِوَايَةِ الْجَامِعِ أَوْجَهَةً.» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج 4، ص 218.

(3) «قَالَ مَالِكٌ: وَلَمْ أَرْ أَحَدًا مِمَّنْ يُقْتَدَى بِهِ يَكْرَهُ أَنْ تَفْتَدِيَ الْمَرْأَةُ بِأَكْثَرٍ مِنْ صَدَاقِهَا.» مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج 2، ص 245. «ويجوز الخلع على ما أعطها وعلى أكثر من ذلك وأقل منه.» المقدمات الممهدة، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج 1، ص 561.

(4) «أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا مَا افْتَدَتْ بِهِ لَمْ يُحَدِّدْ فِي ذَلِكَ أَنْ لَا يَأْخُذَ إِلَّا مَا أَعْطَاهَا وَلَا غَيْرُهُ وَذَلِكَ أَنَّهُ يَصِيرُ حِينَئِذٍ كَالْبَيْعِ وَالْبَيْعُ إِنَّمَا يَحِلُّ مَا تَرَاضَى بِهِ الْمُتَبَايِعَانِ لِأَحَدٍ فِي ذَلِكَ بَلْ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ دَلَالَةٌ عَلَى إِباحَةِ مَا كَثُرَ مِنْهُ وَقُلَّ لِقَوْلِهِ ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 5، ص 122. «وَلَا فَرْقَ فِي جَوَازِ الْخُلْعِ بَيْنَ أَنْ يَخَالَعَ عَلَى الصَّدَاقِ أَوْ عَلَى بَعْضِهِ أَوْ عَلَى مَالٍ آخَرَ سِوَاءِ كَانَ أَقْلَ مِنَ الصَّدَاقِ أَوْ أَكْثَرَ.» عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحسني، تقي الدين الشافعي (المتوفى: 829هـ)، كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، أبو بكر بن محمد بن محمد بن الحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، دار الخير - دمشق، الطبعة الأولى، 1994م، ص 384.

(5) «وَكُلُّ مَا جَازَ صَدَاقًا، جَازَ جَعْلُهُ عَوْضًا فِي الْخُلْعِ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَا يَأْخُذُ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا، فَإِنْ فَعَلَ، رَدَّ الزِّيَادَةَ، وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3،

واستدل هؤلاء لمذهبهم من القرآن الكريم بقوله ﷻ: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۖ ﴾⁽³⁾، حيث يُحمل ظاهر الآية على إطلاق الفداء وعدم تقييده بحد معين لا يجوز أن يتخطاه، ومن ثمة وجب المصير إلى العمل بإطلاق النص وهو شامل لقليل الفداء وكثيره، ومن السنة ما رواه البيهقي عن الحسين بن الحسن بن عطية، عن أبيه، عن جده، عن أبي سعيد قال: « أَرَادَتْ أُخْتِي أَنْ تُخْتَلَعَ مِنْ زَوْجِهَا فَأَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَعَ زَوْجِهَا فَذَكَرَتْ لَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " تَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ وَيُطَلِّقُكِ؟ " قَالَتْ: نَعَمْ وَأَزِيدُهُ، فَقَالَ لَهَا الثَّانِيَةُ: تَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ وَيُطَلِّقُكِ؟ " قَالَتْ: نَعَمْ وَأَزِيدُهُ فَقَالَ لَهَا الثَّالِثَةُ، قَالَتْ: نَعَمْ وَأَزِيدُهُ، فَخَلَعَهَا فَزَدَتْ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ وَزَادَتْهُ. »⁽⁴⁾، فدل هذا على أن الزيادة على الصداق جائزة وإلا لما أجازها رسول الله ﷺ، ورغم ما قد يُساق في قدح إسناد هذا الحديث، من حيث كونه ضعيفاً⁽⁵⁾، وبالتالي لا يقوم حجة، كما أن ليس فيه ما يدل على أن النبي ﷺ قد قررها على ذلك، بل كل ما في الأمر أنه أمرها برد ما بذلته صداقاً، رغم

ص101. «قَالَ: (وَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا) هَذَا الْقَوْلُ يُدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْخُلْعِ بِأَكْثَرِ مِنَ الصَّدَاقِ، وَأَنْهُمَا إِذَا تَرَاضَا عَلَى الْخُلْعِ بِشَيْءٍ صَحَّ. وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ. « موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص325.

(1) «وَلَمَّا أَنْ تَفْتَدِي بِجَمِيعِ مَا تَمْلِكُ.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج9، ص511.

(2) «كُلُّ مَا صَحَّ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا صَحَّ أَنْ يَكُونَ فِدَاءً فِي الْخُلْعِ، وَلَا تَقْدِيرَ فِيهِ، بَلْ يَجُوزُ وَلَوْ كَانَ زَائِدًا، عَمَّا وَصَلَ إِلَيْهَا، مِنْ مَهْرٍ وَغَيْرِهِ. « جعفر المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، المرجع السابق، ج4، ص142.

(3) سورة البقرة، الآية 229.

(4) سبق تخريجه.

(5) «وَالْجَوَابُ أَنَّ هَذَا إِسْنَادٌ لَا يَصِحُّ أَمَّا عَطِيَّتُهُ فَقَدْ ضَعَفَهُ الثَّوْرِيُّ وَهَشِيمٌ وَأَحْمَدُ وَيَحْيَى وَقَالَ ابْنُ جَبَانَ لَا يَحِلُّ كُتْبُ حَدِيثِهِ إِلَّا عَلَى التَّعَجُّبِ وَأَمَّا الْحُسَيْنُ بْنُ عُمَارَةَ فَقَالَ شُعْبَةُ هُوَ كَذَّابٌ يُجَدِّثُ بِأَحَادِيثٍ قَدْ وَضَعَهَا وَقَالَ يَحْيَى يَكْذِبُ وَقَالَ أَحْمَدُ وَالرَّازِيُّ وَالنَّسَائِيُّ وَالْفَلَّاسُ وَمُسْلِمٌ بْنُ الْحَجَّاجِ وَالِدَارُ فُطْنِي هُوَ مَثْرُوكٌ وَقَالَ زَكْرِيَّا السَّاجِي أَجْمَعُوا عَلَى تَرْكِ حَدِيثِهِ. « جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: 597هـ)، التحقيق في أحاديث الخلاف، المحقق: مسعد عبد الحميد محمد السعدي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ، ج2، ص289. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: 748هـ)، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، المحقق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، دار الوطن - الرياض، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م، ج2، ص202.

ذلك، يمكن القول أن سكوته عليه السلام دبر قولها: « وَأَزِيدُهُ » تقرير⁽¹⁾، وأما عن ضعف الحديث فقد روي ما يؤيد معناه عن كبار الصحابة في أقضيتهم، من ذلك ما روي عن كثير مولى ابن سمرة « أَنَّ امْرَأَةً نَشَرَتْ مِنْ زَوْجِهَا فِي إِمَارَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَأَمَرَ بِهَا إِلَى بَيْتِ كَثِيرِ الزَّيْلِ فَمَكَثَتْ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ أَخْرَجَهَا فَقَالَ لَهَا: "كَيْفَ رَأَيْتِ" قَالَتْ: مَا وَجَدْتُ الرَّاحَةَ إِلَّا فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "أَخْلَعُهَا وَلَوْ مِنْ قُرْطِهَا"»⁽²⁾، وما رواه عبد الله بن محمد بن عقيل بن علي بن أبي طالب أن الربيع ابنة معوذ بن عفراء أخبرته قالت: « كَانَ لِي زَوْجٌ يُقَالُ الْخَيْرُ عَلِيٌّ إِذَا حَضَرَ، وَجَحْرُمِي إِذَا غَابَ قَالَتْ: فَكَانَتْ مِنِّي زَلَّةٌ يَوْمًا، فَقُلْتُ لَهُ: أَخْتَلِعُ مِنْكَ بِكُلِّ شَيْءٍ أَمْلِكُهُ، فَقَالَ: نَعَمْ، قُلْتُ: فَفَعَلْتُ، فَخَاصَمَ عَمِّي مُعَاذُ بْنُ عَفْرَاءَ إِلَى عُثْمَانَ فَأَجَازَ الْخُلْعَ قَالَتْ: وَأَمْرُهُ أَنْ يَأْخُذَ عِقَاصَ رَأْسِي فَمَا دُونَهُ، أَوْ قَالَتْ: دُونَ عِقَاصِ الرَّأْسِ»⁽³⁾، وروي ذلك عن جوير عن الضحاك قال: « جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ، فَقَالَتْ: " فَرَّقَ بَيْنِي وَبَيْنَ زَوْجِي، فَقَالَ: مَا أَمْلِكُ ذَاكَ، أَعْطَاكَ مَالَهُ، وَاسْتَحَلَّكَ بِكِتَابِ اللَّهِ، فَقَالَتْ: وَاللَّهِ لَتُفَرِّقَنَّ بَيْنِي وَبَيْنَهُ، وَإِلَّا قَتَلْتُهُ، قَالَ: اللَّهُ، قَالَتْ: اللَّهُ، قَالَ: اللَّهُ، قَالَتْ: اللَّهُ، قَالَ لِرِزْوَجِهَا: اخْلَعُهَا بِمَا دُونَ عِقَاصِ رَأْسِهَا، فَلَا خَيْرَ لَكَ فِيهَا. قَالَ جَوَيْرٌ: فَقُلْتُ لِلضَّحَّاكِ: أَيَأْخُذُ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا؟ قَالَ: نَعَمْ، وَإِنْ أَعْطَيْتُهُ مِائَةَ أَلْفٍ، إِنَّمَا هِيَ امْرَأَةٌ اشْتَرَتْ نَفْسَهَا شَرِيًّا»⁽⁴⁾، كما روي عن نافع « أَنَّ ابْنَ عُمَرَ جَاءَتْهُ مَوْلَاةٌ لِامْرَأَتِهِ اخْتَلَعَتْ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ لَهَا، وَكُلَّ ثَوْبٍ عَلَيْهَا حَتَّى نَفْسِهَا، فَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ»⁽⁵⁾.

أما من المعقول، فإن الخلع عقد على منفعة البضع فجاز بالقليل والكثير كالصداق، لأن ما صلح أن يكون عوضاً للمتقوم، صلح أن يكون عوضاً لغير المتقوم من باب أولى، والبضع غير متقوم

(1) «وَهَذَا مَعَ كَوْنِ إِسْنَادِهِ ضَعِيفًا لَيْسَ فِيهِ حُجَّةٌ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَنَّهُ قَرَرَهَا - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَلَى دَفْعِ الزِّيَادَةِ، بَلْ أَمَرَهَا بِرَدِّ الْحَدِيقَةِ فَقَطُّ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ سَكُوتَهُ بَعْدَ قَوْلِهَا: " وَأَزِيدُهُ " تَقْرِيرٌ. » محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 6، ص 297.

(2) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) سبق تخريجه.

(5) سبق تخريجه.

حالة الخروج، متقوم حال الدخول، لذلك مُنع الأب من خلع ابنته الصغيرة على مالها، وجاز له تزويج ولده الصغير بماله، ونفذ خلع المريضة من الثلث، وصح نكاح المريض بمهر المثل من جميع ماله⁽¹⁾.
في المقابل جنح أصحاب المذهب الثاني إلى القول بعدم جواز أخذ الزوج لأكثر مما أعطاهما، فإن خالعهما وزاد على ذلك، وقع الخلع بقدر ما أصدقها وبطلت الزيادة، حتى إذا كان الخلع معلقاً على التزامها بما زاد على المهر، لم يقع لعدم تحقق ما علق عليه، باعتبار الخلع وإن كان ينطوي على معنى المعاوضة إلا أنه مغاير لها في هذا الجانب، يستقي حكمه الخاص من ظاهر حديث ثابت بن قيس، فلم يجز تبعاً لذلك أن تدفع المرأة أكثر مما أخذت من زوجها، لأن هذه الزيادة تكون من أكل أموال الناس بالباطل⁽²⁾.

وإلى هذا ذهب الأوزاعي⁽³⁾ وعطاء وطاوس والزهري⁽⁴⁾ وإسحاق والحسن البصري وأبو بكر من الحنابلة⁽⁵⁾، والزيدية⁽⁶⁾، وقد استدلل هذا الفريق لمذهبه من السنة بما روي عن ابن عباس أنه قال: «أَنَّ جَمِيلَةَ بِنْتَ سَلُولَ، أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: وَاللَّهِ مَا أُعْطِيتُ عَلَى ثَابِتٍ فِي دِينٍ، وَلَا

(1) «قَوْلُهُ وَمَا صَلَحَ مَهْرًا صَلَحَ بَدَلُ الْخُلْعِ» لِأَنَّ مَا صَلَحَ عَوْضًا لِمُتَقَوِّمٍ أَوَّلَى أَنْ يَصْلُحَ عَوْضًا لِعَبْرٍ الْمُتَقَوِّمِ فَإِنَّ الْبُضْعَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ حَالَةَ الْخُرُوجِ، وَمُتَقَوِّمٌ حَالَةَ الدُّخُولِ فَمَنَعَ الْأَبُ مِنْ خُلْعِ صَغِيرَتِهِ عَلَى مَالِهَا، وَجَازَ لَهُ تَزْوُجُ وَلَدِهِ بِمَالِهِ، وَنَفَذَ خُلْعَ الْمَرِيضَةِ مِنَ الثَّلَاثِ، وَجَازَ تَزْوِيجَ الْمَرِيضِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ. «زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 83.

(2) «وَمَنْ أَخَذَ بِظَاهِرِ الْحَدِيثِ لَمْ يُجْزَ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، وَكَأَنَّهُ رَأَاهُ مِنْ بَابِ أَخْذِ الْمَالِ بِغَيْرِ حَقٍّ.» ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 3، ص 90.

(3) «قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ: كَانَ الْقَضَاءُ لَا يُجْزُونَ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا مَا سَاقَ إِلَيْهَا.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج 3، ص 141.

(4) «وَمِنْ طَرِيقِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ عَنْ مَعْمَرٍ، وَابْنِ جُرَيْجٍ، قَالَا: نَا ابْنُ طَاوُسٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا، قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ: وَقَالَ لِي عَطَاءٌ: إِنْ أَخَذَ زِيَادَةً عَلَى صَدَاقِهَا، فَالزِّيَادَةُ مَرْذُودَةٌ إِلَيْهَا - وَقَالَ مَعْمَرٌ عَنْ الزُّهْرِيِّ: لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ امْرَأَتِهِ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 519.

(5) «وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَا يَجُوزُ، وَيُرَدُّ الزِّيَادَةُ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ الْإِمَامِ أَحْمَدَ - رَحِمَهُ اللَّهُ -.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 398.

(6) «وَلَا يَحِلُّ مِنْهَا أَكْثَرُ مِمَّا لَزِمَ بِالْعَقْدِ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: "أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا" (م ي قين) بَلْ يَجُوزُ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لِأُخْتِ الْحُدْرِيِّ امْرَأَةٍ ثَابِتٍ "رُدِّي عَلَيْهِ حَدِيثَهُ وَزَيْدِيهِ"، قُلْنَا: مُعَارَضٌ بِمَا رَوَيْنَا وَهُوَ أَرْجَحُ لِلْحَظَرِ (ع) فَإِنْ زَادَ تَبَرُّعًا جَازَ إِجْمَاعًا لَا لَوْ امْتَنَعَ مِنَ الطَّلَاقِ إِلَّا بِهِ (ص جم) لَا ، وَإِنْ تَبَرَّعَتْ لِلْآيَةِ.» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 294.

خُلِقَ، وَلَكِنِّي أَكْثَرُهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، لَا أُطِيقُهُ بَعْضًا، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟" قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا حَدِيثَهُ، وَلَا يَزْدَادَ.⁽¹⁾، فدل هذا الحديث على عدم جواز أخذ ما جاوز الصداق لأن الرسول ﷺ أمره أن يسترد ما أمهرها و لا يزداد، غير أنه مروي من طرق أخرى وليس فيه هذه الزيادة، فقد روي من طريق عبد الوهاب عن سعيد قال أيوب لا أحفظ فيه « وَلَا يَزْدَادَ ».⁽²⁾، كما أن الحديث يتعارض وما ثبت عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر في قضائهم الذي اشتهر ولم يخالفهم فيه الصحابة، فيكون إجماعاً⁽³⁾، ومقاربة ما سقنا من الروايات، يحمل حكم النهي في هذا الحديث على كراهة أخذ المخالغ لأكثر مما أصدق زوجته ويؤيد ذلك ما روي عن الحسن البصري وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وطاوس⁽⁴⁾.

وأما من المعقول، ولما كان الخلع فسخاً لعقد النكاح عند من يعتبره كذلك، لم يجوز بأكثر مما وقع عليه العقد، كما لا تجوز الإقالة في البيع بأكثر من الثمن، ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين أولهما أن الخلع في الراجح من أقول الفقهاء طلاق وليس فسخاً، أضف إلى ذلك أن قياس الخلع على الإقالة في البيع قياس غير صحيح لافتراقهما، لأنه لو خالغ الرجل زوجته على أقل من الصداق جاز بلا خلاف مع أنه لا يجوز في الإقالة أن يقل من تعاقد معه على أقل من الثمن، ثم أن الخلع يجوز من غير شيء أصلاً وهو ما لا يجوز في الإقالة⁽⁵⁾.

(1) محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 2056، ج1، ص663.

(2) أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج17، ص8.

(3) «وَلَأَنَّهُ قَوْلُ مَنْ سَمِينَا مِنَ الصَّحَابَةِ، قَالَتْ الرُّبَيْعُ بِنْتُ مُعَوِّذٍ: اخْتَلَعْتُ مِنْ زَوْجِي بِمَا دُونَ عِقَاصِ رَأْسِي، فَأَجَازَ ذَلِكَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَمِثْلُ هَذَا يَشْتَهَرُ، فَلَمْ يُنْكَرْ، فَيَكُونُ إِجْمَاعًا وَلَمْ يَصِحَّ عَنْ عَلِيٍّ خِلَافُهُ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص325.

(4) «أَنَّهُ كَرِهَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ وَطَاوُسٍ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص150.

(5) «فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ الْخُلْعُ فَسْخًا لِعَقْدِ النِّكَاحِ لَمْ يَجُزْ بِأَكْثَرَ مِمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ كَمَا لَا يَجُوزُ الْإِقَالَةُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ، قِيلَ لَهُ: قَوْلُكَ: إِنَّ الْخُلْعَ فَسْخٌ لِعَقْدٍ خَطَأً، وَإِنَّمَا هُوَ الطَّلَاقُ مُبْتَدَأٌ كَهُوَ لَوْ لَمْ يُشْرَطْ فِيهِ بَدَلٌ، وَمَعَ ذَلِكَ فَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْزِلَةِ الْإِقَالَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ خَلَعَهَا عَلَى أَقَلِّ مِمَّا أَعْطَاهَا جَازَ بِالِاتِّفَاقِ، وَالْإِقَالَةُ غَيْرُ جَائِزَةٍ بِأَقَلِّ مِنَ الثَّمَنِ، وَلَا خِلَافَ أَيْضًا فِي جَوَازِ الْخُلْعِ بِغَيْرِ شَيْءٍ.» أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج1، ص478.

وبعد عرض هذه الآراء، نرى رجحان الرأي الذي قال به فقهاء المذهب الأول لقوة أدلتهم، وهو الموقف المستفاد بمفهوم المخالفة مما نص عليه المشرع الجزائري في صدر الفقرة الثانية من المادة (54) أسرة بقوله: « إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع...»، أي أنهما إذا اتفقا على مقابل وقع الخلع بالغاً ما بلغ هذا المقابل.

ثانياً: صفة العوض

يقرر جمهور الفقهاء صفة الخلع وفق قاعدة قوامها، أن ما صلح أن يكون مهراً في النكاح صلح أن يكون بدلاً في الخلع، سواء أكان هذا العوض قيمياً أو مثلياً (أ) أم منفعة مقدرة بمال (ب).

(أ) ما يشترط في العوض إذا كان مالا: ونعكف فيه على بحث مسائل منها، إذا تم الخلع من غير ذكر عوض (١)، أو خالعت الزوجة زوجها بمجهول (٢)، أو وقع الخلع مقابل عوض فاسد (٣).

(١) الخلع بغير عوض: إذا تم الخلع من غير عوض هل يقع صحيحاً؟ اختلف الفقهاء بشأن هذه المسألة على مذهبين، يرى أولهما أن الخلع صحيح مرتب لطلاق بائن ولا شيء للمخالع في هذا الفرض، وهذا قول عند المالكية^(١) ورواية عن الإمام أحمد^(٢)، لأن الخلع في الأساس قطع للنكاح، فصح من غير عوض كالطلاق، كما أن الأصل في مشروعيته، تحقيق رغبة الزوجة في الانفصال عن زوجها، وحاجتها إلى فراقه فتسأله الطلاق، حتى إذا أجابها حصل المقصود من الخلع كما لو كان بعوض^(٣).

(١) «ولو قصد إلى إيقاع الخلع على غير عوض كان عند مالك خلعا وكان الطلاق بائنا». أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 593. «وَبَائِنٌ وَلَوْ بِلَا عَوْضٍ نَصَّ عَلَيْهِ شَيْءٌ يَغْنِي أَنَّ الْخُلْعَ طَلَاً بَائِنٌ وَلَوْ وَقَعَ بِغَيْرِ عَوْضٍ». شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 24.

(٢) «قَالَ: (وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى غَيْرِ عَوْضٍ، كَانَ خُلْعًا، وَلَا شَيْءَ لَهُ) اخْتَلَفَتْ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ؛ فَرَوَى عَنْهُ ابْنُهُ عَبْدُ اللَّهِ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي: رَجُلٌ عَلَّقَتْ بِهِ امْرَأَتُهُ تَقُولُ: اخْلَعْنِي، قَالَ: قَدْ خَلَعْتُكَ، قَالَ يَتَزَوَّجُ بِهَا، وَيُجَدِّدُ نِكَاحًا جَدِيدًا، وَتَكُونُ عِنْدَهُ عَلَى ثَنَيْنٍ، فَظَاهِرُ هَذَا صِحَّةُ الْخُلْعِ بِغَيْرِ عَوْضٍ». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 325.

(٣) «لِأَنَّهُ قَطَعَ لِلنِّكَاحِ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ كَالطَّلَاقِ؛ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ فِي مَشْرُوعِيَّةِ الْخُلْعِ أَنْ يُوجَدَ مِنَ الْمَرْأَةِ رَغْبَةٌ عَنْ زَوْجِهَا، فَإِذَا سَأَلَتْهُ الْفِرَاقَ، فَأَجَابَهَا إِلَيْهِ - حَصَلَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْخُلْعِ، أَشَبَّهَ مَا لَوْ كَانَ بِعَوْضٍ». إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج 6، ص 271.

أما المذهب الثاني فيرى أن الخلع لا يكون خلعاً إلا إذا تم على عوض، وهو رأي الحنفية والشافعية ورواية أخرى عن مالك والإمام أحمد، حيث يرى الأحناف في الراجح من مذهبهم أن الخلع يصير طلاقاً إذا لم يسم فيه مال، ويرى كل واحد من الزوجين مما في ذمته تجاه صاحبه⁽¹⁾، هذا ويفرق الشافعية بين حالتين، أولاهما ألا ينفي الزوج تسمية العوض وينوي التماس قبولها، بانت منه حينها، ووجب عليها مهر المثل في الأصح⁽²⁾، وثانيهما أن ينفي البدل صراحة، وقع عندها الطلاق رجعيّاً ولا تلتزم الزوجة لزوجها بشيء⁽³⁾، هذا وقد نسب إلى الإمام مالك في رواية أن الخلع لا يكون بائناً إلا بوجود العوض⁽⁴⁾، وهو عين ما روي عن الإمام أحمد في قوله الثاني، إلا أن تنصرف نية الزوج إلى إحداث الطلاق، فيحصل بذلك ما اتجهت إليه نيته، وحاصل هذه الرواية أن الخلع لا يتم إلا بالبدل، فإذا حدث وأن تلفظ به الزوج دونه ونوى به الطلاق، وقع هذا الأخير رجعيّاً، وإن لم ينو به ذلك لم يكن شيئاً⁽⁵⁾، وهي أحوال سبق وأن فصلنا فيها بمناسبة حديثنا عن الألفاظ الموجبة لوقوع الصيغة.

(1) «إِنْ لَمْ يُسَمِّ شَيْئاً بَرِئَ كُلُّ مِنْهُمَا مِنَ الْآخِرِ قَبَضَتْ الْمَهْرُ أَمْ لَا دَخَلَ بِهَا أَمْ لَا. اهـ.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 95. «إِنْ لَمْ يُسَمِّ شَيْئاً بَرِئَ كُلُّ مِنْهُمَا مِنَ الْآخِرِ قَبَضَتْ الْمَهْرُ أَمْ لَا دَخَلَ بِهَا أَمْ لَا. اهـ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 460.

(2) «(لَوْ جَرَى بَعْدَ دُكْرِ مَالٍ) مَعَ زَوْجَتِهِ بِنَّةِ التَّمَاسِ قَبُولُهَا وَلَمْ يَنْفِ الْعَوَضُ كَأَنَّ قَالَ: خَالَعْتُكَ أَوْ فَادَيْتُكَ وَنَوَى التَّمَاسَ قَبُولُهَا فَقَبِلَتْ بَائِتٌ، وَ (وَجِبَ مَهْرٌ مِثْلُ فِي الْأَصَحِّ).» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 440. «وَمَا أُشْتُقُّ مِنْ لَفْظِ الْخُلْعِ، أَوْ الْمُفَادَةِ مَعَهَا (بَعْدَ دُكْرِ مَالٍ وَجِبَ مَهْرٌ مِثْلُ فِي الْأَصَحِّ) لِاطِّرَادِ الْعُرْفِ بِجَرَائِهِ بِمَالٍ فَرَجَعَ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ لِمَهْرٍ الْمِثْلِ.» أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج 7، ص 478.

(3) «ولو أطلق فقال خالعتك ولم ينو التماس قبولها وقع رجعيّاً وإن قبلت.» زين الدين المليباري، فتح المعين، المرجع السابق، ص 500. «وَمَا أُشْتُقُّ مِنْ لَفْظِ الْخُلْعِ، أَوْ الْمُفَادَةِ مَعَهَا (بَعْدَ دُكْرِ مَالٍ وَجِبَ مَهْرٌ مِثْلُ فِي الْأَصَحِّ) لِاطِّرَادِ الْعُرْفِ بِجَرَائِهِ بِمَالٍ فَرَجَعَ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ لِمَهْرٍ الْمِثْلِ.» أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج 7، ص 478.

(4) «وقد قيل عنه لا يكون بائناً إلا بوجود العوض وهذا أصح قوليه عندي وعند أهل العلم والنظر.» أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 593.

(5) «(وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ) لَا يَكُونُ خُلْعٌ إِلَّا بِعَوَضٍ، رَوَى عَنْهُ مُهْنًا، إِذَا قَالَ هَذَا: اخْلَعِي نَفْسَكَ، فَقَالَتْ: خَلَعْتُ نَفْسِي، لَمْ يَكُنْ خُلْعًا إِلَّا عَلَى شَيْءٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَوَى الطَّلَاقَ، فَيَكُونُ مَا نَوَى، فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ، لَا يَصِحُّ الْخُلْعُ إِلَّا بِعَوَضٍ، فَإِنْ تَلَفَّظَ بِهِ بِعَوَضٍ، وَنَوَى الطَّلَاقَ، كَانَ طَلَاقًا رَجَعِيًّا، لِأَنَّهُ يَصْلُحُ كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ بِهِ الطَّلَاقَ، لَمْ يَكُنْ شَيْئًا.» عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 191.

ولعل الراجح في تقديرنا ما ذهب إليه القائلون، أن الخلع لا يوصف بكونه خلعيًّا إلا إذا تم على عوضٍ مسمى، و لا يستقيم القول بخلعٍ من غير بدلٍ وخلعٍ على عوض، لأن هذا الأخير نظام ينفرد عن الطلاق - الذي يستأثر الزوج بإيقاعه دون حسابٍ لرضا الزوجة - من حيث كونه اتفاقاً مناطه تراضي طرفيه، كما أن القرآن وصف هذا النظام باعتباره افتداءً، والافتداء لا يقوم دون عوضٍ كما هو معلوم، أضف إلى ذلك أن الأحاديث النبوية الشريفة على اختلاف رواياتها وردت بأمر المخالعة ببدلٍ مقابلٍ لزوجها.

(٢) **الخلع بمجهول العوض:** افترق الفقهاء بشأن هذه المسألة على مذهبين، يرى أولهما أن الخلع بالعوض المجهول باطل، لأنه معاوضة لا تصح إلا بمعلوم كالبيع، وإليه ذهب أبو بكر من الحنابلة وأبو ثور^(١) وابن حزم الظاهري^(٢)، بينما أجاز جمهور الفقهاء^(٣) الخلع بالمجهول، ويرتد سبب الخلاف في

(١) «وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَا يَصِحُّ الْخُلْعُ، وَلَا شَيْءٌ لَهُ، لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ، فَلَا يَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ كَالْبَيْعِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 333. «وقال أبو بكر: لا يصح، لأنه عقد معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع.» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 102.

(٢) «وَمَنْ خَالَعَ عَلَى مَجْهُولٍ فَهُوَ بَاطِلٌ، لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي هُوَ مَا يَجِبُ لَهُ عِنْدَهَا، وَلَا تَذَرِيهِ هِيَ، فَهُوَ عَقْدٌ فَاسِدٌ وَكُلُّ طَلَاقٍ لَمْ يَصِحَّ إِلَّا بِصِحَّةٍ مَا لَا صِحَّةَ لَهُ فَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ، إِذَا كَانَ غَيْرَ صَحِيحٍ فَلَمْ يُطْلَقْ أَصْلًا.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 524.

(٣) «لِأَنَّ مَا يَصْلُحُ عَوَضًا فِي النِّكَاحِ يَصْلُحُ عَوَضًا فِي الْخُلْعِ مِنْ طَرِيقِ الْأَوَّلَى وَلَيْسَ كُلُّ مَا يَصْلُحُ عَوَضًا فِي الْخُلْعِ يَصْلُحُ عَوَضًا فِي النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ بَابَ الْخُلْعِ أَوْسَعُ إِذْ هُوَ يَتَحَمَّلُ جَهَالَةً لَا يَتَحَمَّلُهَا النِّكَاحُ عَلَى مَا نَذَرْنَا، لِذَلِكَ أُخْتُصَّ وَجُوبُ الْمُسَمَّى فِيهِ بِشَرْطٍ لَمْ يُشْتَرَطْ فِي النِّكَاحِ لَوْجُوبِ الْمُسَمَّى وَهُوَ تَسْمِيَةُ مَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُوجُودٍ وَقَدْ خُلِعَ مَعْلُومٌ أَوْ مَجْهُولٌ جَهَالَةً قَلِيلَةً أَوْ كَثِيرَةً، وَإِذَا لَمْ تَكُنْ مُتَفَاحِشَةً فَإِنْ وَجَدَ هَذَا الشَّرْطُ وَجِبَ الْعَمَلُ وَإِلَّا فَلَا يَجِبُ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 147. «(و) جَارَ الْخُلْعُ (بِالْعَرَبِ كَحَنِينٍ).» أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج 2، ص 520. «فَإِنْ خَالَعَ عَلَى مَجْهُولٍ فَسَدَ الْعَوَضُ وَنَفَذَتِ الْبَيْتُونَةُ وَالرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمُثَلِّ.» أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج 5، ص 326. «(وَيَصِحُّ الْخُلْعُ بِالْمَجْهُولِ) هَذَا الْمَذْهَبُ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 403.

الأساس إلى اختلافهم حول تكييف بدله، فمن شبهه بالعوض في البيوع وألحقه بها، اشترط فيه ما يشترط في هذه الأخيرة ومنها ألا يكون مجهولاً، ومن عطفه على الهبة، لم يشترط كونه معلوماً⁽¹⁾.

وقد استدلل الفريق الثاني لمذهبه من الكتاب العزيز بقوله ﷻ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا أَتَدَت بِهِ﴾⁽²⁾، وهو نص عام يشمل المعلوم والمجهول، ومع ذلك يمكن الاعتراض على هذا التأويل بأن العموم ينصرف لما يحل عقده وملكه لا للحرام⁽³⁾، واستدلوا من المعقول بصلاحيه المجهول للتملك بالهبة والوصية فجاز أن يكون بالتبعية بدلاً في الخلع كسائر الأعيان.

ويقسم هؤلاء الخلع على عوض مجهول تبعاً لنوع الجهالة فيه، لأن هذه الأخيرة إما أن تكون في عدده، وإما أن تكون في مسمى لا تعظم فيه، وإما أن تبلغ حداً من الجسامة بحيث لا يمكن معها تحديد صفة البدل.

ومثال القسم الأول أن تخالعه على شيء معلوم النوع مجهول العدد، كما لو خالعت المرأة زوجها على ما في يدها من الدنانير، أو ما في دارها من الغنم، كان له ما في يدها، أو ما في بيتها من ذلك إن وجد وبلغ أقل الجمع، لأنها سمت ما يصلح أن يكون بدلاً ووصفته بما يميزه، فإذا صدقت فيما ادعت، ثبت له ذلك بالغاً ما بلغ شريطة أن يكون جمعاً، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة، وإلا لزمها ما يصدق اسم الجمع عليه، وأقله ثلاثة باعتبارها أدنى ما يميز هذا الأخير في مذهب الحنفية⁽⁴⁾، وثبت له

(1) «وَسَبَبُ الْخِلَافِ: تَرَدُّدُ الْعَوْضِ هَا هُنَا بَيْنَ الْعَوْضِ فِي الْبُيُوعِ أَوْ الْأَشْيَاءِ الْمُؤَهَّوْبَةِ وَالْمَوْصَى بِهَا، فَمَنْ شَبَّهَهَا بِالْبُيُوعِ اشْتَرَطَ مَا يُشْتَرَطُ فِي الْبُيُوعِ وَفِي أَعْوَاضِ الْبُيُوعِ، وَمَنْ شَبَّهَهُ بِالْهَبَاتِ لَمْ يَشْتَرَطْ ذَلِكَ.» ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج3، ص90.

(2) سورة البقرة، الآية 229.

(3) «وَالْعَجَبُ كُلُّهُ اخْتِلَافُهُمْ فِي خِلَافِ هَذَا بِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا أَتَدَت بِهِ﴾، قَالُوا: هَذَا عُمُومٌ؟ فَقُلْنَا: نَعَمْ، عُمُومٌ لِمَا يَحِلُّ عَقْدُهُ وَمِلْكُهُ لَا لِلْحَرَامِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ لِحَازِ أَنْ يَفْتَدِيَ مِنْ زَوْجَتِهِ بِأَنْ يَزِنِي بِهَا مَتَى أَرَادَ، وَبِرُقٍّ خَمْرٍ وَيَصِحُّ لَهُ مِلْكُهُ، وَبِأَنْ لَا يُصَلِّيَ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج9، ص524 و525.

(4) «ولو قالت خالعتني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم " لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة.» علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج2، ص262.

ما عندها فعلاً وإن قل عن ذلك في مذهب الحنابلة⁽¹⁾ شريطة أن يكون لها شيئاً، وإلا وجب المصير إلى الثالثة، وقالت المالكية باستحقاق الزوج له إن وجد، وإلا فلا شيء له لأنه رضي به على هذه الحالة، ولوقوع الخلع عندهم بلا عوض إذا كان بلفظه، وهذا يختلف عن الصداق، لوجوب مهر المثل في هذه الحالة، باعتبار الزوج مَلَكَ عليها بالنكاح ما هو متقوم، فلها ألا ترضى بالأدنى، لأن معاوضة المتقوم بالمتقوم تستدعي النظر من الجانبين مع ترك الأمر لها في تعيين الأدنى، أما في حال الخلع فإن الزوج لا يملكها شيئاً متقوماً، فوجب المصير إلى الجمع لكونه متيقناً، ثم أنها تلتزم بعوض نظير ما لا قيمة له، فكان هذا في حقها قياس الإقرار والوصية، لأن من أقر أو أوصى لغيره بدراهم دون تحديد لمقدارها، وجبت في ذمته ثلاثة لا أقل ولا أكثر⁽²⁾.

وأما القسم الثاني، أن تخالعه على شيء مختلف لا يعظم اختلافه، وهو على نوعين، أحدهما تعزى جهالته لاحتمال وجوده، في حين ترد جهالة الثاني إلى صفته، ومثال النوع الأول فيما لو خالعه على ثمار لم يبد صلاحها، أو على حيوان شارد، أو أن تسأله الافتداء بما في بطن ماشيتها، جاز حينها ذلك وثبت له المسمى، حتى إذا تخلف حصوله لم يرجع عليها بشيء⁽³⁾، لأن الرجوع يكون للغرر، ولا

(1) «(فَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى مَا فِي يَدَيْهَا مِنَ الدَّرَاهِمِ صَحَّ) الْخُلْعُ (وَلَهُ مَا فِي يَدَيْهَا وَلَوْ كَانَ أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ دَرَاهِمٍ وَلَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَهُ) لِأَنَّ ذَلِكَ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَهُوَ فِي يَدَيْهَا (وَأِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدَيْهَا شَيْءٌ فَلَهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِدَرَاهِمٍ) لِأَنَّهُ أَقَلُّ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الدَّرَاهِمِ حَقِيقَةً.» منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج5، ص222.

(2) «وَفِي الصَّدَاقِ فِي هَذَا الْفَصْلِ لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا، لِأَنَّ هُنَاكَ الزَّوْجَ يَمْلِكُ عَلَيْهَا مَا هُوَ مُتَقَوِّمٌ، فَلَهَا أَنْ لَا تَرْضَى بِالْأَدْنَى، وَفِي مُعَاوَضَةِ الْمُتَقَوِّمِ بِالْمُتَقَوِّمِ يَحِبُّ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَفِي تَعْيِينِ الْأَدْنَى تَرْكُ النَّظَرِ لَهَا؛ فَلِهَذَا، أَوْجَبْنَا مَهْرَ الْمِثْلِ، وَهُنَا الزَّوْجُ لَا يَمْلِكُهَا شَيْئاً مُتَقَوِّماً فَيَتَعَيَّنُ أَدْنَى الْجَمْعِ؛ لِكُونِهِ مُتَيَقِّناً، وَلَآئِذَا لَمَّا كَانَتْ تَلْتَزِمُ لَا بِعَوَضٍ مُتَقَوِّمٍ، كَانَ هَذَا فِي حَقِّهَا قِيَاسُ الْإِقْرَارِ، وَالْوَصِيَّةِ.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج6، ص187.

(3) «إِذَا سَمَتْ فِي الْخُلْعِ مَا هُوَ مَالٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي الْحَالِ، وَإِنَّمَا تَوْجَدُ فِي الثَّانِي بِأَنَّ اخْتَلَعَتْ عَلَى نَمُو نَخِيلِهَا الْعَامَ أَوْ عَلَى مَا تَلَدَ أَغْنَامُهَا الْعَامَ، أَوْ عَلَى مَا تَكْسِبُ الْعَامَ، وَفِي هَذَا الْوَجْهِ وَجِبَ عَلَيْهَا رَدُّ مَا قَبِضَتْ مِنَ الْمَهْرِ وَجَدَ ذَلِكَ أَمْ لَا، لِأَنَّ الْمَعْدُومَ لَا يَصِحُّ ذِكْرُهُ عَوْضاً فِي شَيْءٍ مِنَ الْعُقُودِ فَيَبْقَى بِمَجْدٍ تَسْمِيَةِ مَا هُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، وَذَلِكَ يَوْجِبُ رَدُّ مَا قَبِضَتْ مِنَ الْمَهْرِ عَلَى الزَّوْجِ.» أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج3، ص344. «مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْخُلْعِ عَلَى الْبَعِيرِ الشَّارِدِ وَالْعَبْدِ الْآبِقِ وَالْمَتَمَرِّ الَّتِي لَمْ يَبْدُ صَلاَحُهَا عَلَى التَّبَقُّيَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْغَرَرِ فَهُوَ جَائِزٌ بِخِلَافِ النَّكَاحِ، وَلَهُ مُطَالَبَةٌ ذَلِكَ كُلِّهِ عَلَى غَرَرٍ، وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْ فَلَا تَبَعَةَ لَهُ قَبْلَهَا.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج5، ص297. «قَوْلُهُ (وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى حَمْلِ أَمْتِهَا، أَوْ مَا تَحْمِلُ شَحْرَتُهَا، فَلَهُ ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ تَحْمَلْ، فَقَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: تُرْضِيهِ بِشَيْءٍ)، وَهُوَ الْمَذْهَبُ، جَزَمَ بِهِ فِي الْوَجْهِ، وَقَدَّمَهُ

غرر هنا، باعتبار ما تحمل به أنثى النعم في مثالنا الأخير، لا يخرج عن كونه جنينا أو ميتاً أو مجرد انتفاخ.

وأما مثال مجهول الصفة، كأن تخالعه على دارٍ أو سيارةٍ، طلقت حينها بأيِّ مما سمت، واستحققه الزوج دون غيره، لأنه رضي بمسمى مجهول، فوجب له ما وقع عليه الاسم، وهو رأي الحنابلة⁽¹⁾، وله الوسط من جنس ما خالعت به عند المالكية⁽²⁾ والوسط أو قيمته عند الحنفية بحيث يجبر الزوج على أيهما ساقطت الزوجة إليه⁽³⁾.

وأما القسم الثالث، أن تخالعه على مسمى تعظم الجهالة فيه، كأن يكون البذل مما سيؤول إليها إراثاً في المستقبل، أو ما ستكسبه من مالٍ في عامها القادم، وقع الطلاق حينها ووجب للزوج مهر المثل لأن المسمى لا يصلح أن يكون عوضاً، فلا يصح التزامه، وهي قد غرته بتسمية المال، فوجب عليها ما قبضت من زوجها صداقاً⁽⁴⁾، وقال الشافعية بوجوب مهر المثل مطلقاً في الفروض السابقة كلها أي كان نوع الجهالة⁽¹⁾.

في الفروع، وقال القاضي: لا شيء له، وتأول كلام الإمام أحمد "ترضيه بشيء" على الاستحباب. علاء الدين أبو الحسن المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 404.

(1) «وإن اختلعت منه على خادمٍ بغير عينيها، فهو جائز، وله خادمٌ وسط، أو قيمته، أيهما أتت به أجبر على القبول كما في الصداق.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 188. «والثاني، أن يكون ذلك من شيء مختلِف لا يعظم اختلاله، مثل أن يخالعه على عبدٍ مطلق (...) أو يقول: إن أعطيتني عبداً فأنت طالق، فإنها تطلق بأيِّ عبدٍ أعطته إيَّاه، ويملكه بذلك، ولا يكون له غيره، وكذلك إن خالعه عليه، فليس له إلا ما يقع عليه اسم العبد.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 333.

(2) «(قوله من عرض إلخ) أي كقطع فماشٍ أو جاموسة أو بقرة (قوله وله الوسط) راجع لقوله وغير موصوفٍ فإذا قالت له خالغني على جاموسة ولم تصفها بكبر ولا صغر لزمته جاموسة وسطى لا صغيرة ولا كبيرة.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 348 و 349.

(3) «وإن اختلعت منه على خادمٍ بغير عينيها، فهو جائز، وله خادمٌ وسط، أو قيمته، أيهما أتت به أجبر على القبول كما في الصداق.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 188.

(4) «وإن اختلعت منه بما تكتسب العام من مال، أو بما ترثه، أو بما تتزوج عليه، أو بما تحمل جاريته، أو غنمها فيما يستقبل كان له المهر الذي أعطاه في جميع ذلك، لأن المسمى لا يصلح عوضاً في شيء من النفود: إما لأنه على خطر الوجود لا يدري أيكون أم لا، أو لأنه مجهول الجنس والصفة والقدر، فلا يصح التزامه في الخلع أيضاً، ولكنها غرته بتسمية المال، فيلزمها رد ما ساق إليها بسبب الغرور.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 188 و 189. «... أو يقول إن أعطيتني ذلك

(٣) الخلع بفساد العوض: لا خلاف بين جمهور الفقهاء في وقوع الطلاق إذا خالعت المرأة زوجها على عوض فاسد كخمر مثلاً أو خنزير أو ميتة أو نحو ذلك مما لا يعتبر مالاً في الشرع، ولكنهم اختلفوا فيما يرجع به الزوج على مذهبين، يرى أولهما، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، أنه لا يعود عليها بشيء، لأن ما سُمِّيَ ليس بمالٍ متقومٍ في حق المسلمين، ومن ثمة كان في حكم العدم، فإن قبل به الزوج، فقد رضي بالخلع من غير عوض، وهو جائز، كما لو طلقها أو علق طلاقها على شيء ففعلته⁽²⁾، واشترط الحنابلة عنصر العلم من الزوجين⁽³⁾، فإن انتفى، وجب مثل البدل، وقيل قيمته في غير الراجح⁽⁴⁾، في حين يرى الفريق الثاني، وهم الشافعية في أظهر أقوالهم، رجوع الزوج بمهر المثل، لكون الخلع معاوضة بالبضع تقتضي استحقاق صداق المثل في حال فساد العوض⁽⁵⁾، مع ذلك فإن

فأنت طالق (...) قال القاضي وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها لأنها فوتت البضع ولم يحصل له العوض بجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت وهو المهر. «عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج8، ص204.

(1) «(وَلَوْ خَالَعَ بِمَخْهُولٍ) كَتُوبٍ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ وَلَا وَصْفٍ أَوْ مَعْلُومٍ وَمَخْهُولٍ أَوْ بِمَا فِي كَفِّهَا وَلَا شَيْءٍ فِيهِ وَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ كَمَا مَرَّ (...) (بَانَتْ بِمَهْرٍ الْمِثْلِ) ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَةٍ يُضْعَفُ فَلَمْ يَفْسُدْ بِفَسَادِ عَوْضِهِ وَرَجَعَ إِلَى مُقَابِلِهِ كَالنِّكَاحِ». أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج7، ص469.

(2) «إِذَا خَالَعَ امْرَأَتَهُ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ أَوْ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ وَقَعَتْ الْفُرْقَةُ وَلَا شَيْءٌ لَهُ عَلَى الْمَرْأَةِ مِنَ الْجُعْلِ، وَلَا يُرَدُّ مِنْ مَهْرِهَا شَيْئًا». علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص147. «وَالْحَرَامُ كَخَمْرٍ وَمَعْصُوبٍ وَإِنْ بَغَضًا وَلَا شَيْءٌ لَهُ (ش) يَغْنِي أَنْ الْخُلْعُ إِذَا وَقَعَ بِشَيْءٍ حَرَامٍ سَوَاءً كَانَتْ حُرْمَتُهُ أَصْلِيَّةً - كَخَمْرٍ كَانَ كُلُّهُ حَرَامًا أَوْ بَعْضُهُ كَخِنْزِيرٍ وَتُوبٍ -، أَوْ عَارِضَةً كَأَمٍّ وَلَدٍ وَمَعْصُوبٍ فَإِنَّ الْخُلْعَ يَنْفَعُ وَيَكُونُ طَلَاقًا بَائِنًا وَيُرَدُّ الْمَعْصُوبُ إِلَى رَبِّهِ وَتُكْسَرُ آيَةُ الْخَمْرِ وَيُقْتَلُ الْخِنْزِيرُ عَلَى مَا فِي سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَيُسَرَّحُ عَلَى مَا فِي وَلَايَتِهَا وَلَا يُلْزَمُ الزَّوْجَةُ شَيْءٌ مِنْ قِيَمَةِ ذَلِكَ لِلزَّوْجِ أَيْ لَا شَيْءٌ لَهُ فِي مُقَابِلَةِ الْحَرَامِ - كُلاً أَوْ بَعْضًا - وَالْمَعْصُوبُ إِذَا كَانَ عَالِماً، عَلِمَتْ هِيَ أَمْ لَا». محمد بن عبد الله الخرشني، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج4، ص14.

(3) «وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى مُحَرَّمٍ يَعْلَمَانِ تَحْرِيمَهُ، كَالْخَمْرِ، وَالْخَمْرِ، وَالْخِنْزِيرِ، وَالْمَيْتَةِ، فَهُوَ كَالْخُلْعِ بِغَيْرِ عَوْضٍ سَوَاءً، لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص343.

(4) «وإن خالعتها على هذا الدن الخل فبان خمرًا رجع عليهما بمثله خلاً لأن الخل من ذوات الأمثال وقد دخل على أن هذا المعين خل فكان له مثله، كما لو كان خلاً فتلف قبل قبضه، وقد قيل يرجع بقيمة مثل خلاً». «عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج8، ص195.

(5) والقول الآخر يرجع عليها ببذله. «وَإِنْ خَالَعَ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ مَعْصُوبٍ أَوْ حَرٍّ أَوْ شَيْءٍ مِمَّا يَقْصَدُ وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَسَدَ الْعَوْضُ وَالرُّجُوعُ إِلَى الْقِيَمَةِ أَوْ مَهْرِ الْمِثْلِ فِيهِ قَوْلَانِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الصَّدَاقِ». أبو حامد الغزالي، الوسيط، المرجع السابق، ج5، ص326.

قياس الخلع على النكاح في هذا الباب غير صحيح، لأنه يُصار في الزواج إلى صداق المثل في كل الأحوال، سواء أكان المهر فاسداً أو تخلفت تسميته من الأساس، بينما لا يجب في الخلع شيء، ولهذا افترقا.

(ب) **الخلع على بعض المنافع والحقوق:** لا اختلاف في صحة الخلع على ما هو متقوم شرعاً ديناً كان أو عيناً أو منفعة، لأنه عقد على منفعة البضع فجاز بما ذكرنا من البذل كما هو الشأن بالنسبة للصداق، وفي كل الأحوال يتعين مراعاة كون النكاح تمليك والخلع إسقاط، ومن ثمة يثور التساؤل عما إذا كانت بعض حقوق الزوجة (١) وبعض المنافع (٢) صالحة لأن تكون عوضاً للافتداء.

(١) **الخلع على بعض الحقوق:** ونقصد بها الحقوق المالية التي تجب للزوجة بمقتضى عقد النكاح إن عند إنشائه أو حله كالنفقة والمهر والسكنى، أما هذه الأخيرة فلا خلاف في عدم صحتها كبذل للخلع لحرمة إخراج الزوجة منها، فإن وقع بها الافتداء، وجب على المختلعة مهر المثل عند الشافعية^(١) ولا شيء عليها عند جمهور الفقهاء قياساً على الخلع بالعوض الفاسد، مع لزوم الطلاق عند الفريقين، أما إذا خالع الزوج زوجته على نفقتها أو مهرها، وقع الخلع صحيحاً في رأي الفقهاء جميعاً، سواء تعلق الأمر بسقوط ما على المخالع من نفقة حالة أو ماضية وجبت عليه لزوجته، أو مستقبلية كنفقة عدتها، مادامت معلومة المدة، ومثلها الصداق إن قبل الدخول أو بعده^(٢).

(١) «وَلَأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَفْعَةِ الْبُضْعِ، فَجَازَ بِمَا ذُكِرَ كَالصَّدَاقِ، وَبُسْتُنِّيَ مِنْ إِطْلَاقِهِ الْمَنَفْعَةُ صُورَتَانِ: إِحْدَاهُمَا الْخُلْعُ عَلَى أَنَّهُ بَرِيءٌ مِنْ سُكْنَاهَا، فِيهِ الْبَحْرُ يَتَّعِ الطَّلَاقُ وَلَا يَجُوزُ الْبَدَلُ، لِأَنَّ إِخْرَاجَهَا مِنَ الْمَسْكَنِ حَرَامٌ، فَلَهَا السُّكْنَى وَعَلَيْهَا مَهْرُ الْمِثْلِ.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 435.

(٢) «الْخُلْعُ عَلَى الْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمَهْرُ غَيْرَ مَقْبُوضٍ سَقَطَ عَنِ الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ مَقْبُوضًا رَدُّهُ عَلَى الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ خَالَعَهَا عَلَى مَالٍ سِوَى الْمَهْرِ يَلْزُمُهَا ذَلِكَ الْمَالُ وَيَبْرَأُ الزَّوْجُ عَنْ كُلِّ حَقٍّ وَجَبَ لَهَا عَلَيْهِ بِالنِّكَاحِ كَالْمَهْرِ وَالتَّقَدُّمِ الْمَاضِيَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ وَإِنْ كَانَ طَلَاقًا بِعَوَضٍ عِنْدَنَا لَكِنْ فِيهِ مَعْنَى الْبَرَاءَةِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 2، ص 295. «ويصح عوضه قليلاً وكثيراً ديناً وعيناً ومنفعة.» أبو زكريا محيي الدين النووي، منهاج الطالبين، المرجع السابق، ص 226. «(وَلَوْ خَالَعَهَا) الزَّوْجُ (بِنَصْفِ صَدَاقِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ؛ صَحَّ ذَلِكَ (وَصَارَ لَهُ الصَّدَاقُ كُلُّهُ، نِصْفُهُ لَهُ بِالْخُلْعِ وَنِصْفُهُ بِالْفُرْقَةِ) عَوَضًا لَهُ (...)) وَإِنْ قَالَتْ لِرَجُلٍ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَبْلَ قَبْضِ الصَّدَاقِ: اخْلَعْني بِمَا يُسَلِّمُ لِي مِنْ صَدَاقِي، أَوْ اخْلَعْني عَلَى أَنْ لَا تَبْعَ عَلَيَّكَ فِي الْمَهْرِ، فَقَعَلَ، صَحَّ الْخُلْعُ؛ لِأَنَّهُ بِمَعْنَى سُؤْلِهَا الْخُلْعَ عَنْ نِصْفِ الصَّدَاقِ، وَبَرَى الزَّوْجُ مِنْ جَمِيعِهِ، نِصْفُهُ بِالْخُلْعِ، وَنِصْفُهُ لِجَلْعِهِ عَوَضًا لَهُ فِيهِ، (و) إِنْ خَالَعَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِمِثْلِ جَمِيعِ الصَّدَاقِ فِي ذِمَّتِهَا، أَوْ خَالَعَهَا (بِصَدَاقِهَا كُلِّهِ) صَحَّ الْخُلْعُ؛ لِصُدُورِهِ مِنْ أَهْلِهِ فِي مِجْلِهِ، وَ (يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِهِ) وَيَسْقُطُ عَنْهُ الصَّدَاقُ لِمَا تَقَدَّمَ.» مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج 5، ص 202.

(٢) **الخلع على بعض المنافع:** من بين المنافع التي تصلح أن تكون صداقاً ولا تصح أن تكون بدلاً للافتداء، أن تخالع الزوجة زوجها على تحفيظه شيئاً من القرآن^(١)، أما غيرها، كنفقة الصغير وإرضاعه وأجرة حضنته، فهي مما يجوز أن يكون بدلاً للخلع عند جمهور الفقهاء^(٢)، وقال الظاهرية بخلاف ذلك لأن الأجر في هذا المقام فاحش الجهالة غير معلوم القدر، متردد بين الزيادة والنقصان، مما يجعله سبباً للمنازعة والشقاق، ثم أنه لم يجب للزوجة بعد، ومخالفتها بما لا تملكه باطل وظلم^(٣).

في حين يرى جمهور الفقهاء أن جهالة هذا العوض يسيرة محتملة غير متفاحشة، وليس في ذلك ما يمس بحق الصغير، وعليه إذا خالع الزوج زوجته على إرضاع ولدها منه بلا أجر، فقبلت، لزوماً القيام بذلك طوال فترة الرضاعة ومدتها عامان، أو إلى غاية انقضاء ما اتفقا عليه من مدة، فإذا نكصت الزوجة حق للزوج أن يرجع عليها بأجرة إرضاع الطفل أو قيمة ما بقي من مدتها، ويسري عين الحكم إذا هلك الرضيع^(٤)، أما إذا هلك هي، استوفى الزوج ذلك من تركتها باعتباره ديناً حتى وإن استغرقها

(١) «ثَانِيَهُمَا: الْخُلْعُ عَلَى تَعْلِيمِ شَيْءٍ مِنَ الْقُرْآنِ، فَقَضِيَّتُهُ قَوْلُهُمْ فِي الصَّدَاقِ حَيْثُ قَالُوا بِالْتَّعْدُرِ: إِنَّهُ لَا يَصِحُّ.» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 435.

(٢) «وَأَمَّا إِذَا شَرَطَا بَرَاءَةَ مِنْ نَفَقَةِ الْوَلَدِ، وَهِيَ مُؤَنَّةُ الرِّضَاعِ إِنْ وَقَعَا لِذَلِكَ وَقَعًا كَسَنَةٍ مَثَلًا صَحَّ، وَلَزِمَ، وَإِلَّا لَا يَصِحُّ، وَفِي الْمُتَقَرَّبِ إِنْ كَانَ الْوَلَدُ رَضِيْعًا صَحَّ، وَإِنْ لَمْ يُبَيَّنَّ الْمُدَّةُ، وَتُرْضَعُهُ حَوْلَيْنِ اهـ.» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 97. «(وَجَازَ شَرْطُ نَفَقَةِ وَلَدِهَا مُدَّةَ رَضَاعِهِ) مِنَ الْمُدَوَّنَةِ: إِنْ خَالَعَهَا عَلَى أَنَّ عَلَيْهَا نَفَقَةَ الْوَلَدِ وَرَضَاعَهُ مَا دَامَ فِي الْحَوْلَيْنِ جَازَ ذَلِكَ، فَإِنْ مَاتَتْ كَانَ الرِّضَاعُ وَالنَّفَقَةُ فِي مَالِهَا، وَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ فَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا، قَالَ مَالِكٌ: وَلَمْ أَرَ أَحَدًا طَلَبَ ذَلِكَ اهـ. أَنْظَرُ قَوْلَ الْمُدَوَّنَةِ إِنْ مَاتَتْ كَانَتْ النَّفَقَةُ فِي مَالِهَا.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 295. «وَلَوْ خَالَعَ زَوْجَتَهُ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا سَنَتَيْنِ جَازَ، فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ (...) يَرْجِعُ عَلَيْهَا (...) قَوْلَانِ: الْجَدِيدُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ وَالْقَدِيمُ إِلَى أَجْرَةِ الرِّضَاعِ.» شمس الدين المنهاجي، جواهر العقود، المرجع السابق، ج 2، ص 92. «(وَيَصِحُّ) الْخُلْعُ (عَلَى رَضَاعِ وَلَدِهِ مُطْلَقًا) أَيْ: بِلَا تَقْدِيرِ مُدَّةٍ (، وَيَنْصَرَفُ) الرِّضَاعُ (إِلَى حَوْلَيْنِ) إِنْ كَانَ عِنْدَ وَلَدَتِهِ (أَوْ) إِلَى (تَمَتُّتِهِمَا) أَيْ: الْحَوْلَيْنِ إِنْ مَضَى مِنْهُمَا شَيْءٌ نَصًّا.» منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج 3، ص 62.

(٣) «وَلَا يَجُوزُ الْخُلْعُ عَلَى أَنْ تُبْرِيَهُ مِنْ نَفَقَةِ حَمْلِهَا أَوْ مِنْ رَضَاعِ وَلَدِهَا - وَكُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومِ الْقَدْرِ، وَقَدْ يَزِيدُ السَّعْرُ وَقَدْ يَنْقُصُ، وَلَئِنَّهُ لَمْ يَجِبْ لَهَا بَعْدُ، فَمُخَالَعَتُهَا بِمَا لَا تَمْلِكُهُ بَاطِلٌ وَظُلْمٌ.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 529.

(٤) «وَلَوْ تَزَوَّجَهَا، أَوْ هَرَبَتْ، أَوْ مَاتَتْ أَوْ مَاتَ الْوَلَدُ رَجَعَ بِبَقِيَّةِ نَفَقَةِ الْوَلَدِ وَالْعِدَّةِ إِلَّا إِذَا شَرَطَتْ بَرَاءَتَهَا.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 456. «وَيُحْتَمَلُ هَذَا الْكَلَامُ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَجَزْ عُزْفُ بِالْإِسْقَاطِ بِأَنْ جَرَى الْعُزْفُ بِالرُّجُوعِ أَوْ لَمْ يَجَزْ شَيْءٌ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ كَمَوْتِهِ تَشْبِيهُ فِي السُّقُوطِ وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا جَرَى الْعُزْفُ بِالْإِسْقَاطِ وَإِلَّا رَجَعَ عَلَيْهَا بِبَقِيَّةِ نَفَقَةِ الْمُدَّةِ كَمَا يُفِيدُهُ أَبُو الْحَسَنِ عَلَى الْمُدَوَّنَةِ.» محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4،

جميعاً، لأن الدين مقدم على الوصية والميراث، هذا ويرى المالكية أن يوقف ما استخلصه الزوج من تركتها لاحتمال هلاك الرضيع قبل تمام مدة الرضاعة على أن يقبضه مقسطاً، حتى إذا مات الطفل قبل انتهائها، رُدَّ باقي الأجرة على ورثة الزوجة⁽¹⁾.

غير أن القول بجواز الخلع على نفقة الصغير أو أجرة حضنته، لا يعني بحال إقرار سقوطها عن أبيه، بل كل ما في الأمر أنها انتقلت إلى ذمة الزوجة استثناءً بمقتضى الاتفاق، فإذا نكلت أو تقاعست أو تعذر عليها القيام بها، لزم الأب وجوباً، وعاد هذا الأخير عليها بما التزمت به، وهو ما سنعود إليه بشيء من التفصيل عند حديثنا عن آثار الخلع.

الفرع الثاني

الشهادة

لما كان الخلع فرعاً من فروع الطلاق، فقد اختلف الفقهاء بشأن مشروعية الإشهاد عليه، اختلافهم إزاء مشروعية الإشهاد على أصله، حيث ذهب الجمهور إلى القول بوقوع الطلاق دون وجوب إقامة البينة على حصوله، وخالفهم في ذلك الظاهرية والشيعة الإمامية، حين اشترطوا الشهادة لصحته، ويرتد سبب الخلاف بين الفريقين إلى حكم الأمر الوارد في قوله ﷺ: ﴿فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾⁽²⁾، فبينما يرى جمهور الفقهاء أن الأمر في الآية

ص 23. «لَوْ خَالَعَهَا عَلَى رَضَاعَةٍ وَلَدِي سَنَتَيْنِ مَثَلًا ثُمَّ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ فَهَلْ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهَا بِأَجْرَةٍ مِثْلَ مَا يُقَابِلُ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ، أَوْ بِالْقِسْطِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ بِإِغْتِبَارِ مَا يُقَابِلُ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ فِيهِ نَظَرٌ وَالْأَقْرَبُ الثَّانِي، لِأَنَّ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ بِمَنْزِلَةِ الْمَحْجُولِ وَالْوَاجِبِ مَعَ جَهْلِ الْعَوَضِ مَهْرُ الْمِثْلِ اهـ.» أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج 7، ص 469. «قَوْلُهُ (وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى رَضَاعٍ وَلَدِي غَامِزِينَ، أَوْ سُكْنَى دَارٍ: صَحَّ. فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ، أَوْ خَرِبَتْ الدَّارُ: رَجَعَ بِأَجْرَةٍ بَاقِي الْمُدَّةِ). مِنْ أَجْرَةِ الرِّضَاعِ وَالدَّارِ. وَهَذَا الْمَذْهَبُ.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 400.

(1) «(قَوْلُهُ وَيُؤْخَذُ مِنْ تَرْكِهَا فِي مَوْتِهَا مُقْدَارُ مَا يَبْقَى بِرَضَاعِهِ فِي بَقِيَّةِ الْحَوْلَيْنِ) أَيُّ وَلَوْ اسْتَعْرَقَ ذَلِكَ جَمِيعَ الثَّرَكَةِ لِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ عَلَى جَمِيعِ الْوَرَثَةِ ثُمَّ إِنَّهُ إِذَا أُخِذَ يُوقَفُ وَلَا يَأْخُذُهُ الْأَبُ لِاحْتِمَالِ مَوْتِ الْوَلَدِ قَبْلَ تَمَامِ بَقِيَّةِ مُدَّةِ الرِّضَاعِ وَإِذَا وَقَفَ فَكُلَّمَا مَضَى أُسْبُوعٌ أَوْ شَهْرٌ دَفَعَتْ أَجْرَتُهُ مِنْ ذَلِكَ الْمُؤَقُوفِ فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ رَدَّ الْبَاقِي لِوَرَثَةِ الْأُمِّ يَوْمَ مَوْتِهَا اهـ.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 348 و 349.

(2) سورة الطلاق، الآية 2.

للندب، وأن المقصود بالإشهاد عند الكثير منهم ينصرف إلى الرجعة وحدها دون الطلاق (أولاً)، يرى الفريق الثاني أن الأمر في الآية مقرر للوجوب، وأن المراد بالإشهاد شامل للرجعة والطلاق على السواء (ثانياً).

أولاً: الإشهاد على الخلع مندوب إليه

وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، اللذين قالوا بمشروعية الإشهاد على الخلع باعتباره تبعاً للطلاق، غير أنه مطلوب على سبيل الندب لا الوجوب توكيلاً لتوثيقه ودفعاً للحجود، وبالتالي إذا جاء الخلع عارياً من الإشهاد عليه وقع صحيحاً، ولا سبيل للنعي عليه من هذا الوجه، وحجتهم في ذلك أن الأمر به في قوله ﷺ: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ

(1) «وَالْمُرَادُ بِالْآيَةِ الْإِسْتِحْبَابُ أَلَا تَرَى أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الرَّجْعَةِ وَالْفُرْقَةِ وَأَمَرَ بِالْإِشْهَادِ عَلَيْهِمَا ثُمَّ الْإِشْهَادُ عَلَى الْفُرْقَةِ مُسْتَحَبٌّ لَا وَاجِبٌ فَكَذَلِكَ عَلَى الرَّجْعَةِ.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 19. «وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى الْفُرْقَةِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ بَلْ هُوَ مُسْتَحَبٌّ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 181.

(2) «وَالْإِشْهَادُ عَلَى الطَّلَاقِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ فَرَضًا عِنْدَ جُمْهُورِ أَهْلِ الْعِلْمِ وَلَكِنَّهُ نَدْبٌ وَإِرْشَادٌ وَاحْتِيَاطٌ لِلْمَطْلُوقِ كَالْإِشْهَادِ عَلَى الْبَيْعِ وَالْإِشْهَادِ عَلَى الرَّجْعَةِ كَذَلِكَ وَقَدْ قِيلَ بِالْإِشْهَادِ عَلَى الرَّجْعَةِ أَوْ كَد.» أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 574. «وَسَكَتَ عَنِ الْفَرْقِ بَيْنَ الرَّجْعَةِ وَالطَّلَاقِ - وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، لِأَنَّ اللَّهَ ﷻ قَالَ: «وَأَشْهَدُوا دَوْنِي غَدَلٍ مِنْكُمْ» فِي أَوَّلِ سُورَةِ الطَّلَاقِ عَقِيبَ ذِكْرِ الطَّلَاقِ وَالْإِمْسَاكِ بِالرَّجْعَةِ وَالْمَفَارِقَةِ بَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَوَجِبَ أَنْ يَرْجَعَ ذَلِكَ إِلَى الْجَمِيعِ رَجُوعًا وَاحِدًا، إِمَّا وَجُوبًا وَإِمَّا نَدْبًا، وَقَدْ قَالَ ابْنُ بَكْرٍ: مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ يَشْهَدُ ذَوِي عَدَلٍ عَلَى مَرَاغَبَتِهَا إِنْ رَاجَعَهَا، وَعِنْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا إِنْ لَمْ يَرَاغَبَهَا - أَنَّهُ قَدْ طَلَّقَهَا، وَأَنَّ عِدَّتَهَا قَدْ انْقَضَتْ - خَوْفًا مِنْ أَنْ يَمُوتَ فَتَدْعِي أَنَّهَا زَوْجَةٌ لَمْ تَطْلُقْ، أَوْ تَمُوتَ هِيَ فَيَدْعِي الزَّوْجَ مِثْلَ ذَلِكَ، قَالَ: وَيَنْبَغِي إِنْ طَلَّقَ طَلَاقًا بَائِنًا أَنْ يَشْهَدَ حِينَ الطَّلَاقِ أَنَّهَا قَدْ بَانَتْ مِنْهُ خَشْيَةً مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّ مَعْنَى الْبَائِنِ هِيَ الَّتِي قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، فَيَلْزَمُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ أَنْ يَلْزَمَ الْإِشْهَادُ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ حِينَ الطَّلَاقِ مَخَافَةَ الْمَوْتِ، فَتَدْعِي الْمِيرَاثَ وَتَزْعُمُ أَنَّ عِدَّتَهَا لَمْ تَنْقُضْ (...). فَإِذَا قُلْنَا إِنَّهُ وَاجِبٌ فَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ يَكُونُ بَتْرَكِهِ أَمَّا لِتَضْيِيعِ الْفُرُوجِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ شَرْطًا فِي صِحَّةِ الطَّلَاقِ وَالرَّجْعَةِ.» أبو الوليد محمد بن رشد، المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ج 2، ص 280.

(3) «أَيُّ لَمْ أَلْقَ مُحَالًا خَفِظَتْ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّ حَرَامًا أَنْ يُطْلَقَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ عَلَى أَنَّهُ وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ دَلَالَةً اخْتِيَارٍ لَا فَرْضٍ يَعْصِي بِهِ مَنْ تَرَكَهُ وَيَكُونُ عَلَيْهِ أَذَاهُ إِنْ قَاتَ فِي مَوْضِعِهِ وَاخْتَمَلَتْ الشَّهَادَةُ عَلَى الرَّجْعَةِ مِنْ هَذَا مَا اخْتَمَلَ الطَّلَاقُ.» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 7، ص 89. «وَصَرَفَهُ عَنِ الْوُجُوبِ إِنْجَامُهُمْ عَلَى عَدَمِهِ عِنْدَ الطَّلَاقِ فَكَذَا الْإِمْسَاكُ.» أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج 7، ص 501.

(4) «وَلَأَنَّ مَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْوَلِيُّ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْإِشْهَادُ، كَالْبَيْعِ. وَعِنْدَ ذَلِكَ يُحْمَلُ الْأَمْرُ عَلَى الْإِسْتِحْبَابِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 523.

بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ⁽¹⁾، مقرر للإمساك والفرقة لا للطلاق، احتياطاً لهما ونفيًا للتهمة عنهما، فقد يعلم الطلاق ولا تعلم الرجعة، كما قد لا يعلم أي منهما، فلا يؤمن حينئذٍ التجاحد بشأنهما ⁽²⁾، هذا من جهة.

من جهة أخرى، فإن الأمر بالإشهاد في الآية الكريمة: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ ⁽³⁾ واردٌ على سبيل الندب والاستحباب لا الوجوب، لتوافر القرينة الصارفة من الحكم الثاني إلى الأول قياساً على الإشهاد في البيع، وهي قرينة أكثر تجلياً في الخلع لاشتراكهما في كثير من الأحكام، أضف إلى ذلك أنه لم يؤثر عن النبي ﷺ ولا الصحابة رضي الله عنهم اشتراط البينة لصحة الطلاق، خاصة وأنها وردت في الآية السالفة عقب الفرقة مما يجعلها قاصرةً عليها دونه، ويعضد ذلك أن النصوص التي أباحت الطلاق جاءت مطلقة غير مقيدة بالإشهاد عليه مثل قوله ﷺ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ ⁽⁴⁾ وقوله أيضاً: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنِ﴾ ⁽⁵⁾، فيكون الأمر في قوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ ⁽⁶⁾ محمولاً على الندب كما في قوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ ⁽⁷⁾، صحيح أن ظاهر قوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ ⁽⁸⁾ يقتضي

(1) سورة الطلاق، الآية 2.

(2) «وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ فَأَمَرَ بِالْإِشْهَادِ عَلَى الرَّجْعَةِ وَالْإِشْهَادِ عَلَيْهَا مَأْمُورٌ بِهِ بِاتِّفَاقِ الْأُمَّةِ: قِيلَ: أَمْرٌ إِبْجَابٍ. وَقِيلَ أَمْرٌ اسْتِحْبَابٍ. وَقَدْ ظَنَّ بَعْضُ النَّاسِ: أَنَّ الْإِشْهَادَ هُوَ الطَّلَاقُ وَظَنَّ أَنَّ الطَّلَاقَ الَّذِي لَا يَشْهَدُ عَلَيْهِ لَا يَنْفَعُ. وَهَذَا خِلَافُ الْإِجْمَاعِ وَخِلَافُ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَمَنْ يَقُلْ أَحَدٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ الْمَشْهُورِينَ بِهِ: «تَقِي الدِّينَ أَحْمَدُ بْنُ تَيْمِيَّةٍ، مَجْمُوعُ الْفَتَاوَى، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ج 33، ص 33.

(3) سورة الطلاق، الآية 2.

(4) سورة البقرة، الآية 231.

(5) سورة البقرة، الآية 229.

(6) سورة الطلاق، الآية 2.

(7) سورة البقرة، الآية 282.

(8) سورة الطلاق، الآية 2.

الوجوب، غير أن القياس يتعارض وهذا الظاهر، باعتبار الطلاق كسائر الحقوق التي لا تقتضي الإشهاد، فكان الجمع بين القياس والآية حمل هذه الأخيرة على الندب⁽¹⁾.

ويعزز هذا الرأي ما ذهب إليه بعض المفسرين بمناسبة تأويلهم للآية الكريمة سألقة الذكر، حيث ورد في تفسير الماتريدي ما نصه: «أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ اسْتَقَامَ بِغَيْرِ شُهُودٍ جَرَى فِيهِ الْأَمْرُ بِالإِشْهَادِ نَحْوَ قَوْلِهِ: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾، وَكُلُّ مَا جُعِلَ الشُّهُودُ فِيهِ شَرْطًا لِقَوَامِ الْعَقْدِ، جَرَى الذِّكْرُ فِيهِ "لَا". إِلَّا "بِشُهُودٍ، نَحْوَ قَوْلِهِ: "لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ"، فَلَمَّا جَرَى الذِّكْرُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ بِالْأَمْرِ بِالإِشْهَادِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾، ثَبَّتَ أَنَّهُ يَسْتَقِيمُ مِنْ غَيْرِ شُهُودٍ»⁽²⁾، وقال تاج القراء في تفسيره: «قوله: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾، أَيْ عَلَى الرَّجْعَةِ، وَقِيلَ: عَلَى الطَّلَاقِ، وَهُوَ نَدْبٌ، الْعَجِيبُ: قَوْلُ مَنْ قَالَ: إِنْ لَمْ يُشْهَدْ فَالطَّلَاقُ غَيْرُ وَاقِعٍ، وَهَذَا خِلَافُ الإِجْمَاعِ»⁽³⁾، وقريب منه جاء في البحر المحيط: «أَنَّ الظَّاهِرَ وَجُوبُ الإِشْهَادِ عَلَى مَا يَقَعُ مِنَ الإِمْسَاكِ وَهُوَ الرَّجْعَةُ، أَوِ الْمَفَارَقَةُ وَهِيَ الطَّلَاقُ، وَهَذَا الإِشْهَادُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، كَقَوْلِهِ: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ وَعِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ وَاجِبٌ فِي الرَّجْعَةِ، مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ فِي الْفُرْقَةِ، وَقِيلَ: وَأَشْهَدُوا: يُرِيدُ عَلَى الرَّجْعَةِ فَقَطْ»⁽⁴⁾، كما جاء في تفسير الرازي: «وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ أَيْ أَمُرُوا أَنْ يُشْهَدُوا عِنْدَ الطَّلَاقِ وَعِنْدَ الرَّجْعَةِ ذَوَى عَدْلٍ، وَهَذَا الإِشْهَادُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا فِي قَوْلِهِ: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هُوَ وَاجِبٌ فِي الرَّجْعَةِ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ فِي الْفُرْقَةِ، وَقِيلَ: فَائِدَةُ الإِشْهَادِ أَنْ لَا يَقَعَ بَيْنَهُمَا التَّجَاحُدُ، وَأَنْ لَا يُتَّهَمَ فِي إِمْسَاكِهَا وَلَوْلَا يَمُوتُ أَحَدُهُمَا فَيَدَّعِي الْبَاقِي ثُبُوتَ الزَّوْجِيَّةِ لِيَرِثَ، وَقِيلَ: الإِشْهَادُ إِنَّمَا أُمِرُوا بِهِ لِلاَحْتِيَاظِ خِفَافَةً أَنْ تُنْكَرَ الْمَرْأَةُ الْمُرَاجَعَةَ فَتَنْقُضِي الْعِدَّةَ فَتَنْكِحَ رَوْحًا»⁽⁵⁾.

(1) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 3، ص 90.

(2) محمد أبو منصور الماتريدي، تأويلات أهل السنة، المرجع السابق، ج 10، ص 54.

(3) محمود بن حمزة بن نصر أبو القاسم برهان الدين الكرمانى المعروف بتاج القراء (المتوفى: نحو 505هـ)، غرائب التفسير وعجائب التأويل، دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة، مؤسسة علوم القرآن - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 2، ص 1222.

(4) أبو حيان محمد أثير الدين الأندلسي، البحر المحيط في التفسير، المرجع السابق، ج 10، ص 198.

(5) فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، المرجع السابق، ج 30، ص 562.

وقال القرطبي في جامعه: «قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهَدُوا﴾ أَمْرٌ بِالإِشْهَادِ عَلَى الطَّلَاقِ، وَقِيلَ: عَلَى الرَّجْعَةِ، وَالظَّاهِرُ رُجُوعُهُ إِلَى الرَّجْعَةِ لَا إِلَى الطَّلَاقِ.»⁽¹⁾، وورد في تفسير النسفي أن قوله ﷺ: «﴿وَأَشْهَدُوا﴾ يَعْنِي عِنْدَ الرَّجْعَةِ وَالْفُرْقَةِ جَمِيعاً وَهَذَا الإِشْهَادُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ لَيْلًا يَقَعُ بَيْنَهُمَا التَّحَاكُذُ.»⁽²⁾، وهو المعنى الذي قرره صاحب غاية الأمانى بقوله: «﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ عِنْدَ الْفِرَاقِ وَالرَّجْعَةِ، لِأَنَّهُ أَبْعَدُ عَنِ الرِّبَةِ وَأَقْطَعُ لِلنِّزَاعِ. أَمْرٌ نَذْبٍ.»⁽³⁾، ومثله قول الشوكاني في فتح القدير: «﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ عَلَى الرَّجْعَةِ، وَقِيلَ: عَلَى الطَّلَاقِ، وَقِيلَ: عَلَيْهِمَا قَطْعاً لِلتَّنَازُعِ وَحَسْماً لِمَادَّةِ الْخُصُومَةِ، وَالْأَمْرُ لِلنَّذْبِ كَمَا فِي قَوْلِهِ: «﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾.»⁽⁴⁾، وبه قال صاحب أوضح التفاسير: «﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ عَلَى الْمَرَاغَةِ، أَوْ الطَّلَاقِ، هَذَا وَقَدْ أَجْمَعَ الْفُقَهَاءُ عَلَى وَقُوعِ الطَّلَاقِ بِمُجَرَّدِ إِزَادَتِهِ وَالنُّطْقِ بِهِ، وَقَدْ جَرَى الْعَمَلُ عَلَى ذَلِكَ فِي صَدْرِ الْإِسْلَامِ، وَبِذَلِكَ يَكُونُ الْمَرَادُ بِالإِشْهَادِ: الإِشْهَادُ عَلَى الْمَرَاغَةِ دُونَ الطَّلَاقِ.»⁽⁵⁾، وجاء في التفسير الوسيط: «وَالْأَمْرُ فِي قَوْلِهِ: «﴿وَأَشْهَدُوا﴾ لِلنَّذْبِ وَالِاسْتِخْبَابِ فِي حَالَتَيِ الْمَرَاغَةِ وَالْمُفَارَقَةِ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ وَهَذَا رَأْيُ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ.»⁽⁶⁾، وهذا عين رأي أبي بكر الجزائري في تفسيره حيث قال: «وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ أَيِ أَشْهَدُوا عَلَى النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالرَّجْعَةِ

(1) شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج 18، ص 157.

(2) عبد الله حافظ الدين النسفي، مدارك التنزيل، المرجع السابق، ج 3، ص 497.

(3) أحمد بن إسماعيل بن عثمان الكوراني شهاب الدين الشافعي ثم الحنفي (المتوفى: 893هـ)، غاية الأمانى في تفسير الكلام الرباني، دراسة وتحقيق: محمد مصطفى كوكصو (رسالة دكتوراه)، جامعة صافريا كلية العلوم الاجتماعية - تركيا، بدون طبعة، 1428هـ - 2007م، ص 180.

(4) محمد الشوكاني، فتح القدير، المرجع السابق، ج 5، ص 288.

(5) محمد عبد اللطيف بن الخطيب (المتوفى: 1402هـ)، أوضح التفاسير، المطبعة المصرية ومكتبتها، الطبعة السادسة، رمضان 1383هـ - فبراير 1964م، ص 694.

(6) محمد سيد طنطاوي، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، دار نضرة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة - القاهرة، الطبعة الأولى، 1997م إلى 1998م، ج 14، ص 448.

أَمَّا الْإِشْهَادُ عَلَى النَّكَاحِ فَرُكْنٌ وَلَا يَصِحُّ النَّكَاحُ بِدُونِهِ، وَأَمَّا فِي الطَّلَاقِ وَالرَّجْعَةِ فَهُوَ مَنْدُوبٌ، وَقَدْ يَصِحُّ الطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ بِدُونِهِ.⁽¹⁾

ثانياً: الإشهاد على الخلع شرط صحة

وهو مذهب الظاهرية⁽²⁾ والشيعة الإمامية⁽³⁾، وحجتهم في ذلك أن الأمر بالإشهاد في قوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ غير وارد على سبيل الندب، لأن الأصل فيه الوجوب ما لم تقم قرينة تصرفه عن ذلك، وكل القرائن هنا تدل على أنه مقرر لطلب الحكم الثاني، فسياق الآية وما انطوت عليه من أحكام جاءت آمرة، ابتداءً من قوله ﷺ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتَلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾⁽⁴⁾، وانتهاءً بقوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ كُم يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾⁽⁵⁾، فهذه كلها أوامر من البديهي أن تنصرف إلى حكمها الأصلي المتمثل في الوجوب باعتباره مدلولها الحقيقي، وليس ثمة ما يجيد بها عن ذلك إلى الندب.

كما يستفاد من سياق الآيتين أن الإشهاد ليس قاصراً على الرجعة دون الطلاق، بل ينصرف إليهما جميعاً وأن الله ﷻ لم يفرق بينهما فلا يجوز إفراد أحدهما به دون الآخر، أضف إلى ذلك أن الأصل بقاء العقد والفرقة تحتاج إلى دليل، ثم أن الآية الكريمة، بل السورة برمتها مسوقة لبيان أحكام

(1) جابر بن موسى بن عبد القادر بن جابر أبو بكر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، 1424هـ - 2003م، ج 5، ص 375.

(2) «فَرَّقَ عَزَّ وَجَلَّ بَيْنَ الْمُرَاجَعَةِ وَالطَّلَاقِ وَالْإِشْهَادِ، فَلَا يَجُوزُ إِفْرَادُ بَعْضِ ذَلِكَ عَنْ بَعْضٍ، وَكَانَ مَنْ طَلَّقَ وَلَمْ يُشْهَدْ ذَوَى عَدْلٍ، أَوْ رَاجَعَ وَلَمْ يُشْهَدْ ذَوَى عَدْلٍ، مُتَعَدِّيًا لِحُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 10، ص 17.

(3) «وَيَصِحُّ خُلْعُ الْحَامِلِ مَعَ رُؤْيَا الدَّمِ (...) وَيُعْتَبَرُ فِي الْعُقْدِ: حُضُورُ شَاهِدَيْنِ دَفْعَةً، وَلَوْ افْتَرَقَا لَمْ يَقَعْ.» جعفر المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، المرجع السابق، ج 4، ص 157 و 158.

(4) سورة الطلاق، الآية 1.

(5) سورة الطلاق، الآية 2.

الطلاق، لذا سميت باسمه، وقد ذكرت الرجعة استطراداً، فوجب أن يصير الأمر بالإشهاد بعدها إلى ما سيق له الكلام ابتداءً وهو الطلاق، فإذا جاء بغير بينة وقع غير صحيح.

هذا وأن القول بوجوب الإشهاد على الطلاق مروي عن كثير من السلف، فقد ذهب إلى ذلك من الصحابة رضي الله عنهم، علي بن أبي طالب وابن عباس وعطاء والسدي وعمران بن حصين، ففي جواهر الكلام عن علي رضي الله عنه، أنه قال لمن سألته عن طلاق: «أشهدت رجلين عدلين كما أمر الله عز وجل؟ قال: لا، قال اذهب فليس طلاقك بطلاق»⁽¹⁾، كما روي عن مطرف بن عبد الله، أن عمران بن حصين، سئل عن الرجل يطلق امرأته، ثم يقع بها، ولم يشهد على طلاقها، ولا على رجعتها، فقال: «طَلَّقْتَ لِعَيْرِ سُنَّةٍ، وَرَاجَعْتَ لِعَيْرِ سُنَّةٍ، أَشْهَدُ عَلَى طَلَّاقِهَا، وَعَلَى رَجْعَتِهَا، وَلَا تَعُدُّ»⁽²⁾، وعن ابن سيرين أن رجلاً سأل عمران بن حصين، فقال: رَجُلٌ طَلَّقَ وَلَمْ يُشْهَدْ، وَرَاجَعَ وَلَمْ يُشْهَدْ قَالَ: «يُنْسَى مَا صَنَعَ، طَلَّقَ فِي بِدْعَةٍ، وَارْتَجَعَ فِي غَيْرِ سُنَّةٍ، لِيُشْهَدْ عَلَى مَا فَعَلَ»⁽³⁾، فإنكارهم لذلك رضي الله عنه، والتهويل فيه، دليل على وجوب الإشهاد عندهم كما هو ظاهر.

أما من التابعين فقد روي ذلك عن الإمام محمد الباقر والإمام جعفر الصادق⁽⁴⁾ وعطاء وابن جريح وابن سيرين وسعيد بن المسيب، فعن سفيان عن جريح عن عطاء قال: «الْفَرْقَةُ وَالرَّجْعَةُ بِالشُّهُودِ»⁽⁵⁾، ومن ثمة فإن دعوى الإجماع على ندبه الماثورة في بعض كتب الفقه والتي أنس بها الكثير من الفقهاء، يراد بها الإجماع المذهبي لا الإجماع الأصولي.

(1) سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ج2، ص258.

(2) أبو داود، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 2186، ج2، ص257. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، الأثر رقم: 271، ج18، ص130.

(3) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 10257، ج6، ص136. أبو بكر محمد بن إبراهيم بن علي بن عاصم بن زاذان الأصبهاني الخازن المشهور بابن المقرئ (المتوفى: 381هـ)، المعجم لابن المقرئ، تحقيق: أبي عبد الرحمن عادل بن سعد، مكتبة الرشد، الرياض - شركة الرياض للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م، الأثر رقم: 568، ص185.

(4) «وزعم الطبرسي أن الظاهر أنه أمر بالإشهاد على الطلاق وأنه مروي عن أئمة أهل البيت رضوان الله تعالى عليهم أجمعين وأنه للوجوب وشرطي صحة الطلاق» شهاب الدين محمود الألوسي، روح المعاني، المرجع السابق، ج14، ص330.

(5) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 17781، ج4، ص60.

ثم ما كان لهؤلاء السلف جميعاً الحديث بذلك إلا عن سماع أو مسوغ فكان لقولهم بوجوب الإشهاد على الطلاق حكم المرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم كما هو مقرر في الأصول، لأن مقصود الصحابي بيان الشرع لا اللغة والعادة.

ويقوي هذا الرأي ما ساقه الكثير من المفسرين بمناسبة شرحهم للآية الكريمة، فقد ورد في مصنف ابن أبي زمنين: «قوله: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ يَعْنِي: عَلَى الطَّلَاق والمراجعة.»⁽¹⁾، وهو المعنى الذي تكرر في الكثير من التفاسير⁽²⁾، كما جاء في البحر المحيط وغيره عن ابن عباس والسدي وعطاء أن: «﴿وَأَشْهَدُوا﴾: الظَّاهِرُ وَجُوبُ الإِشْهَادِ عَلَى مَا يَقَعُ مِنَ الإِمْسَاكِ وَهُوَ الرَّجْعَةُ، أَوْ الْمُفَارَقَةُ وَهِيَ الطَّلَاقُ. (...) وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: الإِشْهَادُ عَلَى الرَّجْعَةِ وَعَلَى الطَّلَاقِ يَرْفَعُ عَنِ النَّوَازِلِ أَشْكَالًا كَثِيرَةً، وَيُفْسِدُ تَارِيخَ الإِشْهَادِ مِنَ الإِشْهَادِ، قِيلَ: وَفَائِدَةُ الإِشْهَادِ أَنْ لَا يَقَعَ بَيْنَهُمَا

(1) أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد المري الإلبيري المعروف بابن أبي زَمَنِين المالكى (المتوفى: 399هـ)، تفسير القرآن العزيز (تفسير بن أبي زَمَنِين)، المحقق: أبو عبد الله حسين بن عكاشة ومحمد بن مصطفى الكنز، الفاروق الحديثة- القاهرة- مصر، الطبعة الأولى، 1423هـ- 2002م، ج4، ص402.

(2) أبو الحسن أحمد الواحدي، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص313. أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: 489هـ)، تفسير القرآن، المحقق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، دار الوطن- الرياض- السعودية، الطبعة الأولى، 1418هـ- 1997م، ج5، ص461. أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، معالم التنزيل، المرجع السابق، ج5، ص109. علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيعي أبو الحسن المعروف بالخازن (المتوفى: 741هـ)، لباب التأويل في معاني التنزيل، المحقق: تصحيح محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ، ج4، ص307. عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، الدر المنثور، دار الفكر- بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج8، ص193. عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، (المتوفى: 1376هـ)، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1420هـ- 2000م، ص869. فيصل بن عبد العزيز بن فيصل ابن حمد المبارك الحريملي النجدي (المتوفى: 1376هـ)، توفيق الرحمن في دروس القرآن، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: عبد العزيز بن عبد الله بن إبراهيم الزير آل محمد، دار العاصمة، الرياض- دار العليا للنشر والتوزيع، القصيم- بريدة- المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1416هـ- 1996م، ج4، ص304. عبد القادر بن ملا حويش السيد محمود آل غازي العاني (المتوفى: 1398هـ)، بيان المعاني، مطبعة الترقى- دمشق، الطبعة الأولى، 1382هـ- 1965م، ج6، ص78.

التَّجَاخُذَ»⁽¹⁾، وقرر هذا الحكم صاحب محاسن التأويل بقوله: « ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (...) وظاهر الأمر في الآية الوجوب فيهما، والترجيح يجب أن يكون بدليل مرجح، ومما يؤيد الوجوب أن الأوامر في الآية كلها، قبل وبعد، للوجوب إجماعاً، ولا دليل يصرف الأمر بالإشهاد عن ظاهره، فبقي كسابقه ولا حقه، وإن كان القرآن لا يفيد المشاركة في الحكم، إلا أنه عاضد ومؤيد، إذا لم يوجد صارف، ثم الأمر بالإشهاد عند الطلاق، يدل على أن الحلف بالطلاق، أو تعليق وقوعه بأمر، كله مما لا يعدّ طلاقاً في الشرع، لأن ما طلب فيه الإشهاد، لا بد أن ينوي فيه إيقاعه ويعزم عليه ويتهيأ له، وجدير بعصمة ينوي حلها، وكانت معقودة أوثق عقد، أن يشهد عليه، بعد أن يسبقها مراجعة من حكمين من قبل الزوجين، كما أشارت إليه آية الحكم»⁽²⁾، وليس بعيداً عنه جاء في ظلال القرآن ما نصه: « وفي حالي الفراق أو الرجعة تطلب الشهادة على هذه وذاك، شهادة اثنين من العدول، قطعاً للريبة، فقد يعلم الناس بالطلاق ولا يعلمون بالرجعة، فتثور شكوك وتقال أقاويل، والإسلام يريد النصاعة والطهارة في هذه العلاقات وفي ضمائر الناس وألسنتهم على السواء، والرجعة تتم وكذلك الفرقة بدون الشهادة عند بعض الفقهاء ولا تتم عند بعضهم إلا بها، ولكن الإجماع أن لا بد من الشهادة بعد أو مع الفرقة أو الرجعة على القولين»⁽³⁾، كما ورد في التحرير والتنوير أنه « ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ظَاهِرٌ وَقُوعٌ هَذَا الْأَمْرِ بَعْدَ ذِكْرِ الْإِمْسَاكِ أَوْ الْفِرَاقِ، أَنَّهُ رَاجِعٌ إِلَىٰ كِلَيْهِمَا لِأَنَّ الْإِشْهَادَ جُعِلَ

(1) أبو حيان محمد أثير الدين الأندلسي، البحر المحيط في التفسير، المرجع السابق، ج10، ص198. أبو محمد مكي بن أبي طالب حَمَوْش بن محمد بن مختار القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي المالكي (المتوفى: 437هـ)، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، المحقق: مجموعة رسائل جامعية بكلية الدراسات العليا والبحث العلمي - جامعة الشارقة، بإشراف أ. د: الشاهد البوشيخي، مجموعة بحوث الكتاب والسنة - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة، الطبعة الأولى، 1429هـ - 2008م، ج12، ص7532. محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، المرجع السابق، ج23، ص444. أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)، التسهيل لعلوم التنزيل، المحقق: الدكتور عبد الله الخالدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم - بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ، ج2، ص385. أبو الفداء إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، المرجع السابق، ج8، ص145.

(2) محمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق القاسمي (المتوفى: 1332هـ)، محاسن التأويل، المحقق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ، ج9، ص255.

(3) سيد قطب إبراهيم حسين الشاربي (المتوفى: 1385هـ)، في ظلال القرآن، دار الشروق - بيروت - القاهرة، الطبعة السابعة عشر، 1412هـ، ج6، ص3601.

تَبَيَّنَ لِلْمَأْمُورِ بِهِ فِي مَعْنَى الشَّرْطِ لِلْإِمْسَاكِ أَوْ الْفِرَاقِ لِأَنَّ هَذَا الْعَطْفَ يُشْبِهُ الْقَيْدَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَيْدًا وَشَأْنُ الشُّرُوطِ الْوَارِدَةِ بَعْدَ جُمْلٍ أَنْ تَعُودَ إِلَى جَمِيعِهَا، وَظَاهِرُ صِيغَةِ الْأَمْرِ الدَّلَالَةُ عَلَى الْوُجُوبِ فَيَتَرَكَّبُ مِنْ هَذَيْنِ أَنْ يَكُونَ الْإِشْهَادُ عَلَى الْمُرَاجَعَةِ وَعَلَى بَتِّ الطَّلَاقِ وَاجِبًا عَلَى الْأَزْوَاجِ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ يَرْفَعُ أَشْكَالًا مِنَ النَّوَازِلِ»⁽¹⁾، وهو عين الحكم الذي رجحه الإمام أبو زهرة بقوله: «وقد قرر فقهاء الشيعة: أن الإشهاد على الطلاق شرط في وقوعه كما أن الشهادة في الزواج شرط لإنشائه، وإن ذلك صريح القرآن الذي تلوناه، وإن ذلك هو الذي يتفق مع طبيعة ذلك العقد، فإن شرطه الشهر والإعلان، كما ورد في الأثر: "فَرَّقْ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ الْإِعْلَانُ" وإذا كان كذلك في إنشائه فلا بد أن يكون كذلك في إنهائه، هذه كلها احتياطات الشارع الإسلامي ليكون الطلاق في حال الحاجة إليه حين تستحكم النفرة، وتكون الحياة الزوجية بغضاء لا نعاء، وإن تلك الاحتياطات سنّها الشارع الإسلامي بنصوص القرآن الكريم، وبألهدي الحمدي، وقد قال بعض الفقهاء من الشيعة الإمامية والظاهرية وغيرهم: إن الطلاق إن لم يكن ذلك المنهاج لا يقع»⁽²⁾.

ولعل الراجح ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي الأخير، من أن الإشهاد على الخلع والطلاق واجب، وأن وقوعهما يتوقف على وجود شاهدي عدل، لأن الأمر بالإشهاد في الآية شامل للرجعة والفرقة، وأنه مقرر للوجوب وفقاً للقاعدة الأصولية، لانتفاء ما يصرفه عن ذلك، بل ثمة ما يؤكد هذا الحكم، فالقرائن التي جاءت بعده في قوله ﷺ: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾⁽³⁾ وقوله ﷺ: ﴿ذَلِكَ كُمْ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾⁽⁴⁾ تفيد كلها أنه مطلوب للوجوب، فضلاً عما يحققه الإشهاد من علانيةٍ ودرءٍ للمنازعة والخلاف عند الجحود والنكران، كما يثبت به حق كلا الزوجين قبل الآخر، بل ومن شأنه تأخير الطلاق لمن يشرع فيه، ويحمّله على التروي حين إحضار الشهود، وهو الأولى والأصوب في إيقاع الفرقة.

(1) محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، المرجع السابق، ج28، ص309.

(2) محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة (المتوفى: 1394هـ)، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، دار العروبة- القاهرة، بدون طبعة، 1381هـ- 1961م، ص41.

(3) سورة الطلاق، الآية 2.

(4) سورة الطلاق، الآية 2.

الباب الثاني
نكاحات الخلع

بعد أن طوينا التعريف بفروض المخالعة إن من الناحية الشرعية أو التشريعية، واستطردنا ببيان مقومات الخلع كما شرعه الإسلام، سنحاول من خلال هذا الباب بحث تداعيات نظام المخالعة من كل الأوجه، والذي نعنيه تحديداً باصطلاح التداعيات، سائر ما يؤول عن أعمال الافتداء من آثار، سواء تعلق الأمر بأحكامه الشرعية، أو التبعات - التي تمخضت عن أعمال النص المستحدث - بكل أبعادها (الفصل الأول) إضافة إلى أهم الإشكالات التي يثيرها هذا الأخير من الناحية الفنية والعملية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

آثار الخلع

الأثر هو كل ما ينفك عن أعمال الشيء، ومن ثمة فإنه لا يخرج في مجموعه بصدد نظام المخالعة، عن الأحكام الشرعية التي تنجر عن مباشرته (المبحث الأول) وكذا التبعات التي رتبها إنفاذ نص الخلع المستحدث في مواجهة الأسرة والزوج والزوجة بعد عشر سنوات من دخوله حيز التطبيق (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الأحكام الشرعية للخلع

يطلق لفظ الحكم ويراد به أحد معنيين، الوصف الشرعي الذي يوصف به ذلك الشيء من الوجوب والحرمه والكراهة والندب والإباحة، كأن يقال حكم الصلاة الوجوب، وحكم الزنا الحرمة، وحكم الخيلاء الكراهة، وحكم صلة الأرحام الندب وحكم البيع الإباحة⁽¹⁾، والثاني، الثمرة والأثر الذي يترتب على ذلك الشيء، كأن يقال حكم البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري، وحكم الإجارة امتلاك المستأجر منفعة العين المؤجرة، وحكم الزواج استحلال كل من الزوجين التمتع بالآخر، والحكم بهذا المعنى الأخير هو المقصود، وسنتكلم في ضوئه عن أهم الآثار الشرعية للخلع (المطلب الأول) وما يمكن أن يقع من تداعٍ واختلافٍ بشأنه سواء تعلق الأمر بأصله أو ببذله (المطلب الثاني).

المطلب الأول

متعلقات فرقة الخلع

تنصرف الآثار الشرعية للخلع إلى متعلقات الفرقة الحاصلة بمقتضاه، وهذه الأخيرة إما أن تكون ذات صبغة مالية (الفرع الثاني)، وإما ألا تكون كذلك (الفرع الأول).

(1) وقد تحدثنا عن حكم الخلع بهذا المعنى في الفصل الأول من الباب الأول، أنظر سابقاً، ص 71.

الفرع الأول

المتعلقات غير المالية للفرقة

وأهمها ما ألزم به الشارع المرأة من عدة (أولاً) وما يتفرع عنها - إبان سريانها - من حقوق أو سلطات لفائدة الزوج في مواجهة زوجته (ثانياً).

أولاً: عدة المختلعة

ينحرف اصطلاح العدة في اللغة عن لفظ العدد، لانطوائها غالباً على عددٍ من الشهور أو الأقرار، وجمعها عدد⁽¹⁾، ويمكن تعريفها اصطلاحاً بما ترتبته المرأة من زمنٍ معلومٍ يرتد تقديره للشارع، علامةً ودليلاً على براءة رحمها، مع ضربٍ من التعبد⁽²⁾.

وتُلزم بها المرأة دبر انقضاء النكاح، وهي حالٌ تقول إما عن واقعة الموت أو الطلاق، مع انحسارها في فرض فرقة الطلاق على المدخول بها دون سواها مصداقاً لقوله ﷺ: «يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعِيَهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا»⁽³⁾، وتنوع العدة إلى أربعة أضرب تختلف باختلاف أحوال النساء، فهي في حق ذات الحيض ثلاثة قروء لقوله ﷺ: «وَالْمُطَلَّقَةُ يَتَرَبَّصُ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ

(1) «عدة (مفرد): ج عِدَد: مقدار ما يُعَدُّ، إحصاء...» أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ) معجم اللغة العربية المعاصرة، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1429هـ - 2008م، ج2، ص1465. «(العدة. مُصَدَّرٌ) كالعدِّ، وهي أيضاً: الجماعة، قُلْتُ أَوْ كَثُرْتُ، تقول: رأيتُ عدةَ رجالٍ وعدَّةَ نساءٍ وَأَنْفَذْتُ (عدةً كُتِبَ، أي جماعة) كُتِبَ». مرتضى الزبيدي، تاج العروس، المرجع السابق، ج8، ص357.

(2) «تَرَبَّصٌ يُلْزِمُ الْمَرْأَةَ عِنْدَ زَوَالِ مِلْكِ الْمُتَعَةِ مُتَأَكِّدًا بِالْدُخُولِ أَوْ الْخُلُوءِ أَوْ الْمَوْتِ، وَهُوَ: أَيُّ هَذَا الزَّوَالِ سَبَبُهَا. وَشَرْطُهَا وَفُورُ الْفُرْقَةِ. وَزَكَّتُهَا خُرْمَاتٌ ثَابِتَةٌ إِلَى أَجْلِ يَنْقُضِي.» محمد أكمل الدين البابرتي، العناية، المرجع السابق، ج4، ص306. «تُعَرَّفُ الْعِدَّةُ بِأَنَّهَا الْمُدَّةُ الَّتِي جُعِلَتْ دَلِيلًا عَلَى بَرَاءَةِ الرَّجْمِ لِفَسْخِ النِّكَاحِ أَوْ لِمَوْتِ الزَّوْجِ أَوْ طَلَاقِهِ...» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص140. «...وَهِيَ فِي الشَّرْعِ اسْمٌ لِمُدَّةٍ تَتَرَبَّصُ فِيهَا الْمَرْأَةُ لِمَعْرِفَةِ بَرَاءَةِ رَجْمِهَا أَوْ لِلتَّعَبُّدِ أَوْ لِنَفْخِجِهَا عَلَى زَوْجِهَا.» سليمان بن محمد البجيرمي، تحفة الحبيب، المرجع السابق، ج4، ص41. «...وَهِيَ أَيُّ الْعِدَّةِ شَرْعًا (التَّرَبُّصُ الْمَحْدُودُ شَرْعًا) يَغْنِي مُدَّةً مَعْلُومَةً تَتَرَبَّصُ فِيهَا الْمَرْأَةُ لِنَعْرِفِ بَرَاءَةَ رَجْمِهَا وَذَلِكَ يَحْضُلُ بِوَضْعِ حَمْلٍ أَوْ مُضِيِّ أَقْرَارٍ أَوْ أَشْهُرٍ...» منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج5، ص411. «... (العدة) جَمْعُ عِدَّةٍ، وَهِيَ مُدَّةٌ تَتَرَبَّصُ فِيهَا الْمَرْأَةُ لِنَعْرِفِ بَرَاءَةَ رَجْمِهَا مِنَ الْحَمْلِ، أَوْ تَعَبُّدًا...» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج4، ص77.

(3) سورة الأحزاب، الآية 49.

﴿⁽¹⁾، وفي حق الآيس والصغيرة التي لم تبلغ الحلم ثلاثة أشهر عملاً بقوله ﷺ: ﴿وَأَلْتَمَسَ يَسِّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ⁽²⁾﴾، في حين تمتد بالنسبة للمتوفى عنها زوجها إلى أربعة أشهر وعشراً لقوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا⁽³⁾﴾، وتتوقف في حق الحامل على وضع حملها عملاً بقوله ﷺ: ﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ⁽⁴⁾﴾.

فإذا نحن أردنا إسقاط الأحكام السالفة على المختلعة، تعين تصنيفها عقلاً ضمن طائفة المطلقات، فتلزم تبعاً لذلك بتربص ثلاثة قروء إذا كانت من ذوات الحيض، وثلاثة أشهر حال كونها صغيرة أو آيساً، خاصة وأنها قدمنا في أكثر من موضع بأن الخلع - وعلى الرغم من طابعه العقدي المختلط - لا يتناهى في الراجح من الأقوال عن اعتباره طلاقاً على مال، ومع ذلك أفضى اختلاف الفقهاء - حول تكييفه كما رأينا سابقاً - إلى تباين وجهات نظرهم بخصوص بعض آثاره، ومنها عدة المختلعة، حيث اختلفوا بشأنها إلى مذهبين، يرى أولهما أنها عين عدة المطلقة، وهو ما روي عن الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، وقال به سعيد بن المسيب، وسالم بن عبد الله، وسليمان بن يسار، والحسن، والشعبي، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز، والزهري، وقتادة، والليث بن سعد، وابن حزم، وجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المذهب⁽⁵⁾.

(1) سورة البقرة، الآية 228.

(2) سورة الطلاق، الآية 4.

(3) سورة البقرة، الآية 234.

(4) سورة الطلاق، الآية 4.

(5) «القنبي: عَنْ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: "عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ عِدَّةُ الْمُطَلَّقاتِ"، قَدْ لُغِيَ (على) أَنَّ الْخُلْعَ طَلَّاقٌ. وَإِلَيْهِ ذَهَبَ (عَلِيٌّ)، وَابْنُ مَسْعُودٍ، وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ، وَإِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ، وَعَطَاءٌ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ، (وَشُرَيْحٌ)، وَالشَّعْبِيُّ، وَجَاهِدٌ، وَمَكْحُولٌ، وَشُعْبَةُ التَّوْرِيِّ، وَمَالِكُ بْنُ أَنَسٍ رَجَعَهُمُ اللَّهُ.» جمال الدين أبو محمد المنبجي، الباب المرجع السابق، ج 2، ص 684. «وَحَدَّثَنَا الْقَعْنَبِيُّ عَنْ مَالِكٍ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ قَالَ: عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ عِدَّةُ الْمُطَلَّقةِ. قَالَ أَبُو دَاوُدَ: وَالْعَمَلُ عِنْدَنَا عَلَى هَذَا. قُلْتُ: وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ وَإِسْحَاقَ وَالتَّوْرِيِّ وَأَهْلِ الْكُوفَةِ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ: وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَغَيْرِهِمْ.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج 3، ص 145. «وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ عِدَّةُ الْمُطَلَّقةِ، مِنْهُمْ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ، وَسَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، وَعُرْوَةُ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَالْحَسَنُ، وَالشَّعْبِيُّ، وَالنَّخَعِيُّ، وَالزُّهْرِيُّ، وَقَتَادَةُ وَخَالَسُ بْنُ عَمْرٍو، وَأَبُو عِيَّاضٍ وَمَالِكٌ، وَاللَّيْثُ، وَالْأَوْزَاعِيُّ،

واستدل هؤلاء لرأيهم من الكتاب العزيز بقوله ﷺ: ﴿وَالْمُطَلَّقَةُ يَتَرَبَّصُ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽¹⁾، ولما كان الخلع طلاقاً بعوضٍ في الأساس، وجب ألا يخرج حكمه عن حكم الطلاق المقرر في الآية الكريمة، أي أن المختلعة تنضوي باعتبارها مطلقة تحت عموم القول السامي⁽²⁾، وأن ما انطوت عليها رواية الحيضة في السنة المشرفة، لا يعد تخصيصاً لعموم القرآن، بل أقرب منه إلى نسخ هذا الحكم لتعلقه بأول خلع وقع في الإسلام، فاحتمل النسق، أن يكون النص القرآني تالياً للحديث النبوي، فكان ناسخاً له⁽³⁾.

واستشهدوا من السنة بما روي عن النبي ﷺ من طريق عكرمة عن ابن عباس في قصة بَرِيرَةَ أنه ﷺ «خَيْرَهَا فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَجَعَلَ عَلَيْهَا عِدَّةَ الْحَرَّةِ»⁽⁴⁾، وما روي أيضاً عن السيدة عائشة في ذات الواقعة أنها قالت: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَلَ عِدَّةَ بَرِيرَةَ حِينَ فَارَقَهَا رَوْجَهَا عِدَّةَ الْمُطَلَّغَةِ»⁽⁵⁾.

وَالشَّافِعِيُّ: «موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 8، ص 97. «قلت: المختلعة كم عدتها، قال: ثلاث حيض، قلت: فمن قال حيضة، قال: عثمان بن عفان وابن عباس وعكرمة يُرْسِلُهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ». أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، الدار العلمية - الهند، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 3، ص 69. «... قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : "اقْبَلِ الْحَدِيثَةَ وَطَلَّقْهَا تَطْلِيقَةً" فَكَانَ هَذَا الْحَبْرُ فِيهِ زِيَادَةٌ عَلَى الْحَبْرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ لَا يَجُوزُ تَرْكُهَا، وَإِذْ هُوَ طَلَّاقٌ ذَكَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عِدَّةَ الطَّلَاقِ، فَهُوَ زَائِدٌ - عَلَى مَا فِي حَدِيثِ الرَّبِيعِ - وَالزِّيَادَةُ لَا يَجُوزُ تَرْكُهَا.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 517.

(1) سورة البقرة، الآية 228.

(2) «...بَلْ وَرَدَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ: أَنَّ عِدَّةَ الْمُخْتَلَعَةِ كَعِدَّةِ الطَّلَاقِ، وَبِهِ قَالَ الْجُمْهُورُ. قَالَ التِّرْمِذِيُّ: وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنَ الصَّحَابَةِ وَغَيْرِهِمْ، وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ الْمُخْتَلَعَةَ مِنْ جُمْلَةِ الْمُطَلَّغَاتِ، فَهِيَ دَاخِلَةٌ تَحْتَ عُمُومِ الْقُرْآنِ.» محمد الشوكاني، فتح القدير، المرجع السابق، ج 1، ص 277.

(3) «إِنْ قِيلَ: فَقَدْ رُوِيَ: "أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ، فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تَعْتَدَ بِحَيْضَةٍ" قِيلَ لَهُ: كَانَ هَذَا أَوَّلَ خُلْعٍ وَقَعَ فِي الْإِسْلَامِ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُنْشُوحًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالْمُطَلَّغَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾.» جمال الدين أبو محمد المنبجي، الباب، المرجع السابق، ص 684 و 685.

(4) أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الأثر رقم: 2846، ج 3، ص 173. معرفة السنن والآثار، أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، الأثر رقم: 15404، ج 11، ص 241.

(5) أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 15405، ج 11، ص 241.

كما احتجوا من الأثر بما نقل عن بعض كبار الصحابة ومنهم علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال: «عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ مِثْلُ عِدَّةِ الْمُطَلَّاقَةِ»⁽¹⁾، وما جاء عن ابن عمر من طريق نافع: «أَنَّ رُبَيْعَ بِنْتَ مُعَوِّذِ بْنِ عَفْرَاءَ، جَاءَتْ هِيَ وَعَمُّهَا إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، فَأَخْبَرَتْهُ أَنَّهَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا فِي زَمَانِ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عُثْمَانَ بْنُ عَفَّانَ فَلَمْ يُنْكِرْهُ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: "عِدَّتُهَا عِدَّةُ الْمُطَلَّاقَةِ".»⁽²⁾، وهو الحكم المروي عن نفرٍ من التابعين كما ورد عن عبد الرزاق⁽³⁾ وسعيد بن منصور⁽⁴⁾، وابن أبي شيبة⁽⁵⁾ في سننهم، وأخبر به مالك بن أنس حيث قال: «أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ، وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ وَابْنَ شَهَابٍ كَانُوا يَقُولُونَ: "عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ مِثْلُ عِدَّةِ الْمُطَلَّاقَةِ ثَلَاثَةٌ قُرُوءٍ".»⁽⁶⁾.

وساقوا من المعقول أن ما بذلته الزوجة من مالٍ نظير فكاكها، لا يغير من وصف الطلاق الذي أوقعه الزوج - كما سبق وأن أشرنا - فاقتضى ذلك خضوع المختلعة لعدة الطلاق تامة متى كان مدخولاً بها، لأن الطلاق إما أن يكون بعوضٍ وهو الخلع، وإما ألا يكون كذلك وهو الطلاق الصرف، وكونه بعوضٍ لا يخرجها عن اعتباره طلاقاً تجب فيه العدة كاملةً.

(1) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11860، ج 6، ص 506. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18457، ج 4، ص 119.

(2) أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الأثر رقم: 2844، ج 3، ص 172. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 15596، ج 7، ص 740. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 15402، ج 11، ص 241. مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، الأثر رقم: 33، ج 2، ص 565.

(3) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 11861 و 11862، ج 6، ص 507.

(4) سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 1481، ج 1، ص 389.

(5) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18452 و 18453 و 18454 و 18456 و 18458، ج 4، ص 119.

(6) مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، الأثر رقم: 60، ج 2، ص 578 و 565. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18459، ج 4، ص 119.

في المقابل، جنح المذهب الثاني إلى الاعتداد بمدة الحيضة الواحدة كعدةٍ للمختلعة، وروي هذا القول عن عثمان ابن عفان، وعبد الله بن عمر، وبه قال عثمان بن أبان، وإسحاق بن راهويه، وابن المنذر⁽¹⁾، والإمام أحمد في الرواية الثانية⁽²⁾، ورجحه ابن تيمية⁽³⁾ وابن القيم الجوزية⁽⁴⁾.

واستدل هذا الفريق لرأيه من السنة بما روي عن عبادة بن الوليد بن عبادة بن الصامت، قال: «دَخَلْتُ عَلَى الرَّبِيعِ بْنِ مُعَوِّذٍ بْنِ عَفْرَاءَ فَسَأَلْتُهَا عَنْ شَأْنِهَا، قَالَتْ: كُنْتُ عِنْدَ ابْنِ عَمِّ لِي فَكَرِهْتُ، فَاخْتَلَعْتُ مِنْهُ، فَأَتَيْتُ عُثْمَانَ فَقَالَ: لَيْسَ عَلَيْكَ مِنْهُ عِدَّةٌ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَرِيبَ عَهْدٍ بِكَ فَتَسْتَبْرِئِينَ مِنْهُ بِحَيْضَةٍ، فَقَالَتْ الرَّبِيعُ: وَإِنَّمَا أَخَذَ ذَلِكَ عُثْمَانُ عَنْ قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِمَرْيَمَ الْمَعَالِيَةِ امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ فَاخْتَلَعْتُ مِنْهُ.»⁽⁵⁾، وبما جاء من طريق عكرمة أنه قال: «عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ

(1) «وَقَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ: تَعَدُّ الْمُخْتَلَعَةُ بِحَيْضَةٍ، وَيُرْوَى هَذَا الْقَوْلُ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، وَالرَّبِيعِ بْنِ مُعَوِّذٍ، وَعَمَّهَا، وَهُوَ صَحَابِيٌّ...» محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (المتوفى: 1393هـ)، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت- لبنان، 1415هـ- 1995م، ج 1، ص 147. «قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: قَالَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ وَإِبْنُ عُمَرَ: عِدَّتُهَا حَيْضَةٌ، وَبِهِ قَالَ أَبَانُ بْنُ عُثْمَانَ وَإِسْحَاقُ.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج 3، ص 145.

(2) «وَرَوَى عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، وَإِبْنِ عُمَرَ، وَإِبْنِ عَبَّاسٍ، وَأَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ، وَإِسْحَاقَ، وَإِبْنِ الْمُنْذِرِ، أَنَّ عِدَّةَ الْمُخْتَلَعَةِ حَيْضَةٌ. وَرَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ أَحْمَدَ...» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 8، ص 97. «...وَعَنْهُ: عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ حَيْضَةٌ. وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي بَقِيَّةِ الْمُسَوِّخِ. وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 9، ص 279.

(3) «...وَيُتَقَدَّرُ ثُبُوتُ النَّزَاعِ بَيْنَ الصَّحَابَةِ فَالْوَاجِبُ رَدُّ مَا تَنَازَعُوا فِيهِ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ وَالسُّنَّةُ قَدْ بَيَّنَّتْ أَنَّ الْوَاجِبَ حَيْضَةٌ، وَمِمَّا بَيَّنَّ ذَلِكَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَنْ تَحِيضَ وَتَتَرَيَّصَ حَيْضَةً وَاحِدَةً؛ وَتَلْحَقَ بِأَهْلِهَا. فَلَوْ كَانَ قَدْ طَلَّقَهَا إِحْدَى الطَّلَاقَاتِ الثَّلَاثَ لَزِمَتْهَا عِدَّةٌ مُطْلَقَةً بِنَصِّ الْقُرْآنِ وَاتِّفَاقِ الْمُسْلِمِينَ، بِخِلَافِ الْخُلْعِ فَإِنَّهُ قَدْ ثَبَتَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنَ السَّلَفِ وَالْخُلْفِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ عِدَّةٌ، وَإِنَّمَا فِيهِ اسْتِثْرَاءٌ بِحَيْضٍ.» تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج 32، ص 324.

(4) «...فَدَهَبَ إِسْحَاقُ وَأَحْمَدُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ دَلِيلًا أَنَّهَا تَعَدُّ بِحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ، وَهُوَ مَذْهَبُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، وَقَدْ حَكَى إِجْمَاعَ الصَّحَابَةِ وَلَا يُعْلَمُ هُمَا مُخَالِفٌ، وَقَدْ دَلَّتْ عَلَيْهِ سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الصَّحِيحَةُ دَلَالَةً صَرِيحَةً، وَعُذْرٌ مَنْ خَالَفَهَا أَنَّهَا لَمْ تَبْلُغْ، أَوْ لَمْ تَصِحَّ عَنْدهُ، أَوْ ظَنَّ الْإِجْمَاعَ عَلَى خِلَافِ مُوجِبِهَا، وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ الرَّاجِحُ فِي الْأَثَرِ وَالنَّظَرِ...» محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق:

محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ- 1991م، ج 2، ص 53.

(5) سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، ج 25، ص 48.

حَيْضَةً فَضَاهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي جَمِيلَةٍ بِنْتِ السَّلُولِ»⁽¹⁾، وبما روي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه، قال: «أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تَعْتَدَ بِحَيْضَةٍ»⁽²⁾، وحديث ابن عباس هذا بالإضافة إلى غرابته كما ذكر الترمذي⁽³⁾، وإرساله عن عكرمة كما ذكر أبو داود⁽⁴⁾، ورد فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عدة المختلعة حيضةً ونصفاً⁽⁵⁾، بلسان ذات الراوي، وهو هشام بن يوسف أبو عبد الرحمان الصنعاني اليماني، وبذلك يكون الحديث مضطرباً من جهة متنه وإسناده، فسقط الاحتكام إليه بهذه العوار⁽⁶⁾، كما احتجوا أيضاً بما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم عن سليمان بن يسار عن الربيع بنت معوذ ابن عفراء «أَنَّهَا اخْتَلَعَتْ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَوْ أُمِرَتْ أَنْ تَعْتَدَ بِحَيْضَةٍ»⁽⁷⁾، وقد ذكر هذا الأثر في بعض كتب السنة بصيغة المبني للمجهول، غير منسوبٍ للنبي صلى الله عليه وسلم حيث قال سليمان بن يسار: «أَنَّ الرُّبَيْعَ اخْتَلَعَتْ فَأُمِرَتْ بِحَيْضَةٍ»⁽⁸⁾، وهو ما صوبه البيهقي في سننه

(1) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 18463، ج4، ص119، ورقم: 29065، ج6، ص9.

(2) أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 4026، ج5، ص83. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2229، ج2، ص269. محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1185، ج3، ص483. أبو محمد الحسين بن الفراء، شرح السنة، المرجع السابق، ج9، ص197.

(3) «...هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ» محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، ج3، ص483.

(4) «...قَالَ أَبُو دَاوُدَ: وَهَذَا الْحَدِيثُ رَوَاهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، عَنْ مَعْمَرٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ مُسْلِمٍ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُرْسَلًا» أبو داود، السنن، المرجع السابق، ج2، ص269.

(5) أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3631، ج4، ص377.

(6) «...وَالرَّاهِي عَنْ مَعْمَرٍ هُنَا فِي الْحَيْضَةِ وَالنَّصْفِ هُوَ الرَّاهِي عَنْهُ فِي الْحَيْضَةِ الْوَاحِدَةِ، وَهُوَ هِشَامُ بْنُ يُوسُفَ أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ الصَّنْعَانِيُّ الْيَمَانِيُّ: خَرَّجَ لَهُ الْبُخَارِيُّ وَحْدَهُ. فَالْحَدِيثُ مُضْطَرِبٌ مِنْ جِهَةِ الْإِسْنَادِ وَالْمَتْنِ، فَسَقَطَ الْإِخْتِجَاحُ بِهِ...» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص145.

(7) محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1185، ج3، ص483. عبد الله بن الجارود، المنتقى من السنن المستندة، المرجع السابق، الحديث رقم: 763، ص192. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 15599، ج7، ص741.

(8) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18465، ج4، ص120. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 15600، ج7، ص741.

بقوله: « هَذَا أَصَحُّ وَلَيْسَ فِيهِ مِنْ أَمْرِهَا وَلَا عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَقَدْ رَوَيْنَا فِي كِتَابِ الْخُلْعِ أَنَّهَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا زَمَنَ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. »⁽¹⁾

أما من الأثر، فما جاء عن ابن عمر رضي الله عنه، أنه قال: « عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ حَيْضَةٌ. »⁽²⁾، وقد ثبت عنه أنه كان يقول: « تَعْتَدُ ثَلَاثَ حَيْضٍ. » حتى قال عثمان: « تَعْتَدُ بِحَيْضَةٍ. »، فكان يفتي به ويقول: « خَيْرُنَا وَأَعْلَمُنَا. »⁽³⁾، ومن أقوال الصحابة أيضاً ما رواه الليث بن سعد، عن نافع مولى بن عمر، أنه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء وهي تحدث عبد الله بن عمر رضي الله عنه: « أَنَّهَا اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى عَهْدِ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَخَاصَمَهَا مُعَاذُ بْنُ عَفْرَاءَ إِلَى عُثْمَانَ فَقَالَ: إِنَّ بِنْتَ مُعَوِذٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا الْيَوْمَ، أَفَتَنْقَلُ؟ فَقَالَ لَهُ عُثْمَانُ: "فَتَنْقَلُ وَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، إِلَّا أَنَّهَا لَا تُنْكَحُ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً خَشْيَةً أَنْ يَكُونَ لَهَا حَبْلٌ". »⁽⁴⁾، فهذا قول صحابي، وأوثق منه قضاء خليفة من الخلفاء الراشدين، لا يخفى حكمه بحال عن بقية صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم، إذ لو علموا الصواب في غيره لاعترضوا عليه وبينوا له، ولم يحدث شيء من ذلك، فدل على موافقته السنة.

هذا واحتجوا من المعقول بملاءمة رأيهم لروح الشريعة وقواعدها، لأن العدة إنما جعلت ثلاث حيضٍ ليطول زمنها، تمكيناً للزوج من التروي، وتقليباً للأمر لإبانها، وتوسعةً لفرص رد المعتدة منه إلى عصمته، فإذا انتفى ذلك، ولم يكن للزوج رجعة عليها، كان المقصود بتربصها - دون شك - مجرد براءة رحمها، وهو ما تجزئ فيه الحيضة الواحدة كالاستبراء⁽⁵⁾.

(1) أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 15600، ج 7، ص 741.

(2) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 18460 و 18461، ج 4، ص 119. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 2230، ج 2، ص 269. 119.

(3) أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18462، ج 4، ص 119.

(4) عمر بن شبة، تاريخ المدينة، المرجع السابق، ج 3، ص 967. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 15601، ج 7، ص 741.

(5) «هُوَ مُفْتَضَى قَوَاعِدِ الشَّرِيعَةِ فَإِنَّ الْعِدَّةَ إِنَّمَا جُعِلَتْ ثَلَاثَ حَيْضٍ لِيَطُولَ زَمَنُ الرَّجْعَةِ، فَيَتَرَوَّى الزَّوْجُ وَيَتَمَكَّنُ مِنَ الرَّجْعَةِ فِي مَدَّةِ الْعِدَّةِ، فَإِذَا لَمْ تَكُنْ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ، فَالْمَقْصُودُ بِمُجَرَّدِ بَرَاءَةِ رَجْعِهَا مِنَ الْحَمْلِ وَذَلِكَ يَكْفِي فِيهِ حَيْضَةٌ، كَالِاسْتِبْرَاءِ. قَالُوا: وَلَا يَنْتَقِضُ هَذَا عَلَيْنَا بِالْمُطَلَّاقِ ثَلَاثًا، فَإِنَّ بَابَ الطَّلَاقِ جَعَلَ حُكْمَ الْعِدَّةِ فِيهِ وَاحِدًا بَائِنَةً وَرَجْعِيَّةً.» ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج 5، ص 197.

وبالجملة، فإن سبب الخلاف بين الفريقين - حول مسألة الحال - يعزى في أساسه إلى اختلافهما بشأن طبيعة الخلع كما سبق الحديث عن تكييفه، فمن اعتبره طلاقاً والمخالعة طالقاً، ألزم فيه هذه الأخيرة بإتيان العدة تامة، ومن قال بأنه فسخ، قصر تربصها على براءة رحمها، وتكفي فيه الحيضة الواحدة.

ولعل أرحح الرأيين - إذا كان ثمة داعٍ للترجيح - ما جنح إليه أصحاب المذهب الثاني، لقوة أدلتهم من جهة⁽¹⁾، ولأن الطلاق إما أن يكون من قبل الزوج، وتجب فيه العدة كاملة، وإما أن يكون بسبب من الزوجة نظير عوضٍ وهذا هو الخلع ولا محل فيه للعدة، من منطلق ما يلابسه من شقاقٍ في الغالب الأعم، وهي حالٌ لا تتحسر فيها الزوجة عما أدبر من زوجيتها، ولا تطمع في الرجوع إليها، أما الزوج وقد قبض مقابل كفرائها لعشرته، فلا يكون له قطعاً مأربٌ فيها، خاصةً وأنها كرهت صحبتها، وبذلت ثمناً في سبيل الخلاص منها.

ثانياً: حقوق المخالعة على المخالعة إبان عدتها

بصرف النظر عما انتهينا إليه سابقاً في شأن أجل العدة، من حيث كونها عدة طلاق أو مجرد استبراء، فإن ثمة ما يمكن وصفه بالسلطات أو الحقوق، المُخَوِّل للزوج إعمالها في مواجهة زوجته بإقامة من الشارع، خلال هذه المدة، ومنها إذا خالع الزوج زوجته ثم طلقها، فهل يرتدف طلاقه هذا على خلعه ذاك؟ (أ)، أم أنها صارت بمقتضى الافتداء في منعةٍ من أمرها، فلا يكون له سبيل عليها، إن في الطلاق أو في ردها إلى عصمته دون مشيئتها، خلافاً لما في عدة الطلاق الصرف من حقٍ له في مراجعتها (ب).

(أ) طلاق المعتدة من الخلع: إذا حدث وأن طلق المخالعة خليعته زمن العدة فهل يقع عليها

طلاقه؟

مسألةٌ تنافر الفقه الإسلامي بشأنها إلى أربعة اتجاهات، يميل أولها إلى القول بعدم لحوق المختلعة طلاقاً ولو كانت في عدتها، وبه قال ابن عباس، وابن الزبير رضي الله عنهما، وعكرمة، وجابر بن زيد، وعروة

(1) «...وَقَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَعَدَّتْهُمُ: إِنَّ عِدَّةَ الْمُخْتَلَعَةِ حَيْضَةٌ. قَالَ إِسْحَاقُ: «وَأِنْ ذَهَبَ ذَاهِبٌ إِلَى هَذَا فَهُوَ مَذْهَبٌ قَوِيٌّ.» محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، ج3، ص483.

بن الزبير، والحسن البصري، والشعبي، وإسحاق، وأبو ثور⁽¹⁾ وإليه ذهب الشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ وابن القيم الجوزية⁽⁴⁾.

ومن الأدلة التي احتجوا بها تأييداً لرايهم قوله ﷺ: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁽⁵⁾، ووجه الدلالة أن الله عز وجل خول سلطة التسريح، لمن له حق الإمساك، فلمّا كان زوج المختلعة غير مالك لهذا الحق إزاءها، لم يكن له بالتبعية إمكان طلاقها⁽⁶⁾، كما استدلو بإجماع كبار الصحابة رضي الله عنهم وعبد الله بن عباس وعبد الله ابن الزبير⁽⁷⁾، وساقوا من المعقول، أن طلاق المختلعة لا يرفع لها نكاحاً، لأنه ارتفع بالخلع أصلاً، فوجب أن يكون مطروحاً كالطلاق بعد العدة، ثم أن الزوجة لا تحل له دبر الخلع إلا بنكاح جديد، لأنه لم يعد مالكا لبضعها، فلم يلتط بها طلاقه كالأجنبية⁽⁸⁾، فإن

(1) «إِذَا خَالَعَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ (...) وَفِيهِ قَوْلُ ثَانٍ وَهُوَ أَنَّ الطَّلَاقَ لَا يُلْزِمُهَا، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ الزُّبَيْرِ وَعِكْرِمَةَ وَالْحَسَنَ وَجَابِرَ بْنِ زَيْدٍ وَالشَّافِعِيَّ وَأَحْمَدَ وَإِسْحَاقَ وَأَبِي ثَوْرٍ.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص147. «وَلَا يَتَّبِعُ فِي الْخُلْعِ رَجْعَةٌ، سَوَاءٌ قُلْنَا: هُوَ فَسْخٌ أَوْ طَلَاقٌ. فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ؛ مِنْهُمْ الْحَسَنُ وَعَطَاءٌ وَطَاوُسٌ وَالنَّخَعِيُّ وَالثَّوْرِيُّ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَإِسْحَاقُ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص331.

(2) «وَالْمُخْتَلَعَةُ لَا يُلْحَقُهَا طَلَاقُهُ، لَا فِي عِدَّتِهَا وَلَا بَعْدَهَا.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج8، ص68. «والمختلعة لا يلحقها طلاقه لا في العدة ولا بعدها لا تقطع أحكام الزوجية بينهما ولأن الخلع للتخريم وهي محرمه عليه بالخلع.» شمس الدين المنهاجي، جواهر العقود، المرجع السابق، ج2، ص123.

(3) «(وَلَا يَقَعُ بِالْمُعْتَدَةِ مِنَ الْخُلْعِ طَلَاقٌ، وَلَوْ وَاحِدًا بِهِ) بِأَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ (...) وَلَئِنْهَا لَا تَحِلُّ لَهُ إِلَّا بِنِكَاحٍ حَدِيدٍ، فَلَا يُلْحَقُهَا طَلَاقُهُ، كَالْمُطَلَّقةِ قَبْلَ الدُّخُولِ.» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج6، ص275. «(وَلَا يَقَعُ بِالْمُعْتَدَةِ مِنَ الْخُلْعِ طَلَاقٌ وَلَوْ وَاحِدًا بِهِ) الْمُخَالَعُ لَأَنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ إِلَّا بِنِكَاحٍ حَدِيدٍ فَلَمْ يُلْحَقُهَا طَلَاقُهُ كَالْمُطَلَّقةِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ الَّتِي انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، وَلَئِنْهَا لَا يَمْلِكُ بَضْعُهَا فَلَمْ يُلْحَقُهَا طَلَاقُهُ كَالْأَجْنَبِيَّةِ.» منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج5، ص217.

(4) «وَقَدْ ثَبَتَ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ أَنَّهُ لَا رَجْعَةَ فِي الْخُلْعِ.» ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص181.

(5) سورة البقرة، الآية 229.

(6) «وَدَلِيلُنَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ فَجَعَلَ التَّسْرِيحَ لِمَنْ لَهُ الْإِمْسَاكُ، فَلَمَّا لَمْ يَكُنْ لِرِجَالِ الْمُخْتَلَعَةِ إِمْسَاكُهَا، لَمْ يَكُنْ يَحِلُّ بِهَا تَسْرِيحُهَا وَطَلَاقُهَا.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص17.

(7) «وَلَئِنْهُ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ لِأَنَّهُ مَرْوِيُّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ، وَلَيْسَ هُمَا مُخَالِفٌ» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص17.

(8) «وَلَأَنَّ الطَّلَاقَ إِذَا لَمْ يَرْفَعْ نِكَاحًا وَلَمْ يُسْقِطْ رَجْعَةً كَانَ مُطْرَحًا كَالْمُطَلَّقةِ بَعْدَ الْعِدَّةِ، وَلَئِنْهَا امْرَأَةٌ لَا تَحِلُّ لَهُ إِلَّا بِنِكَاحٍ حَدِيدٍ فَلَمْ يُلْحَقُهَا طَلَاقُهُ كَالْأَجْنَبِيَّةِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص17. «وَلَئِنْهَا لَا تَحِلُّ لَهُ إِلَّا بِنِكَاحٍ

قيل أنه لا يسوغ القياس على هذه الأخيرة من منطلق ألا شيء بينه وبينها من أحكام النكاح - بخلاف المختلعة التي يجري عليها من أثاره، وجوب العدة، ولحوق النسب، واستحقاق السكنى، فجاز أن يلحقها الطلاق - أمكن القول أنها مفاعيلٌ من أحكام الوطء دون النكاح، لأنه إن طلقها قبل الدخول لم تعتد، ولو وطئها بشبهة من غير نكاحٍ وجبت في حقها العدة، ولحق به الولد، فدل هذا على أن العدة ولحوق النسب من أحكام الوطء، وليس الطلاق كذلك لأنه متعلقٌ بالنكاح، وأما سكنى المعتدة فمستحقة بالطلاق لا بالزواج، لأن هذه الأخيرة مخالفة للأولى من وجهين، أولهما إمكان سقوطها بالاتفاق خلافاً لسكنى الطلاق، وثانيهما أن سكنى النكاح تكون حيث يشاء الزوج، في حين تُستحق سكنى الطلاق في المكان الذي طُلق فيه الزوجة، فافتراقاً⁽¹⁾.

وعلى النقيض من ذلك جنح الاتجاه الثاني إلى القول، أن المختلعة تكون إبان عدتها محلاً صحيحاً للطلاق، شريطة أن يقع معيناً صريحاً، فخرج بهذا الشرط كل طلاقٍ كنائي، كأن يقول لها: أنت بائن أو حرام، وكل طلاقٍ موصوفٍ، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق وتحقق الشرط، فإن ذلك كله لا يلحق المختلعة، وروي هذا الرأي عن سعيد بن المسيب، وشريح، وطاؤوس، والنخعي، والزهري، والحكم، وحماد، والثوري⁽²⁾، وإليه ذهب الحنفية⁽¹⁾.

جديد، فلم يلحقها طلاقه، كالمطلقة قبل الدخول، أو المُنْقِضَةِ عِدَّتِهَا، وَلَأنَّهُ لَا يَمْلِكُ بُضْعَهَا، فَلَمْ يَلْحَقْهَا طَلَّاقُهُ، كَالْأَجْنَبِيَّةِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 331.

(1) «إِنْ قِيلَ: الْأَجْنَبِيَّةُ لَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ النَّكَاحِ، فَلَمْ يَلْحَقْهَا الطَّلَاقُ، وَالْمُخْتَلَعَةُ يَجْرِي عَلَيْهَا مِنْ أَحْكَامِ النَّكَاحِ وَجُوبُ الْعِدَّةِ وَاسْتِحْقَاقُ السُّكْنَى وَلِحُوقُ النَّسَبِ فَحَازَ أَنْ يَلْحَقَهَا الطَّلَاقُ، فَالْجَوَابُ عَنْهُ: أَنَّ وَجُوبَ الْعِدَّةِ وَلِحُوقُ النَّسَبِ مِنْ أَحْكَامِ الْوُطْءِ دُونَ النَّكَاحِ، أَلَا تَرَى لَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَمْ تَعْتَدْ، وَلَوْ طَلَّقَهَا عَقِبَ نِكَاحِهِ، فَقَالَ: قَدْ قَبِلْتُ نِكَاحَهَا هِيَ طَالِقٌ لَمْ يُلْحَقْ بِهِ الْوَلَدُ، وَلَوْ وَطَّئَهَا بِشَبْهَةٍ مِنْ غَيْرِ نِكَاحٍ وَجَبَتْ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ وَلِحَقَّ بِهِ الْوَلَدُ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْعِدَّةَ وَلِحُوقَ النَّسَبِ مِنْ أَحْكَامِ الْوُطْءِ دُونَ النَّكَاحِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الطَّلَاقُ، لِأَنَّهُ مِنْ أَحْكَامِ النَّكَاحِ دُونَ الْوُطْءِ...» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 17.

(2) «وَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي الطَّلَاقِ بَعْدَ الْخُلْعِ فِي الْعِدَّةِ، فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: إِذَا خَالَعَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ لَحِقَهَا الطَّلَاقُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ، كَذَلِكَ قَالَ سَعِيدُ بْنُ سَعِيدٍ وَابْنُ الْمُسَيَّبِ وَشَرِيعٌ وَطَاؤُسٌ وَالنَّخَعِيُّ وَالزُّهْرِيُّ وَالْحَكَمُ وَحَمَّادُ وَالثَّوْرِيُّ وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج 3، ص 147. «(باب المختلعة يلحقها صريح الطلاق) (...)» وهذا يقول سعيد بن المسيب، وشريح، وطاؤوس، والنخعي، وحماد والثوري. جمال الدين أبو محمد المنبجي، الباب، المرجع السابق، ج 2، ص 685.

واستدل هؤلاء لمذهبهم من الكتاب العزيز بقوله ﷺ: ﴿الطَّلَقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ﴾⁽²⁾، إلى قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽³⁾، يريد الخلع، ثم استطرد ﷺ قائلا: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽⁴⁾، فيكون هذا تنصيماً على جواز الطلقة الثالثة بالإيقاع بعد الخلع، لأن الله ﷻ ذكره بصريح اللفظ، فدل على وقوع الصريح دون الكناية⁽⁵⁾، وقد نوقش هذا الدليل من حيث أن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿الطَّلَقُ مَرَّتَانٍ﴾⁽⁶⁾ فأجاز بعد الثانية الخلع أو الطلاق، ولم يجزه بعد الخلع منفرداً، فلم يكن في الآية دليل على ما يقولون⁽⁷⁾.

(1) «الْمُخْتَلَعَةُ يُلْحِقُهَا صَرِيحُ الطَّلَاقِ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ»، ولأنَّ الْقَيْدَ الْحُكْمِيَّ بَاقٍ لِبَقَاءِ أَحْكَامِ النِّكَاحِ وَإِنَّمَا فَاتَ الْإِسْتِمْنَاعُ وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَحَلِّ كَقَوَاتِهِ بِالْحَيْضِ وَغَيْرِهِ.» عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج2، ص219. «وقيام ملك النكاح ليس بشرط لوقوع الطلاق وصحته حتى إن المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة.» أبو المعالي برهان الدين مازة، المحيط البرهاني، المرجع السابق، ج3، ص206.

(2) سورة البقرة، الآية 229.

(3) سورة البقرة، الآية 229.

(4) سورة البقرة، الآية 230.

(5) «وَحُجَّتُنَا فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ يَعْنِي الْخُلْعَ ثُمَّ قَالَ بَعْدَهُ ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وَحَرْفُ الْفَاءِ لِلْوَصْلِ وَالتَّعْقِيبِ فَيَكُونُ هَذَا تَنْصِيصًا عَلَى وَقُوعِ الطَّلَاقِ الثَّالِثَةِ بِالْإِيقَاعِ بَعْدَ الْخُلْعِ.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج6، ص84. «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وَجِهَ الْإِسْتِدْلَالُ بِهَذِهِ الْآيَةِ: أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى شَرَعَ صَرِيحَ الطَّلَاقِ بَعْدَ الْمَفَادَاةِ، لِأَنَّ الْفَاءَ حَرْفُ تَعْقِيبٍ، فَبَعِيدٌ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى قَوْلِهِ: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾، بَلِ الْأَقْرَبُ عَوْدُهُ إِلَى مَا يَلِيهِ كَمَا فِي الْإِسْتِثْنَاءِ. وَلَا يَعُودُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ إِلَّا بِدَلِيلٍ. كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ صَارَ مَقْصُورًا عَلَى مَا يَلِيهِ، غَيْرَ غَائِدٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، حَتَّى لَا يَشْتَرِطَ (الدُّخُولُ) فِي أَهْثَاتِ النِّسَاءِ.» جمال الدين أبو محمد المنبجي، الباب، المرجع السابق، ج2، ص685.

(6) سورة البقرة، الآية 229.

(7) «فَأَمَّا الْإِحْتِجَاجُ بِالْآيَةِ فَلَا دَلِيلَ لَهُمْ فِيهَا، لِأَنَّهُ قَالَ: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ فَجَوَزَ بَعْدَ الثَّانِيَةِ الْخُلْعَ أَوْ الطَّلَاقَ، وَلَمْ يُجَوِزْ بَعْدَ الْخُلْعِ، فَلَمْ يَكُنْ فِيهَا دَلِيلٌ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص18.

واحتجوا من السنة بما رواه أبو الدرداء وعلي بن أبي طلحة وأبو يوسف عن النبي ﷺ مرفوعاً، حيث قالوا: « الْمُخْتَلَعَةُ يَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ »⁽¹⁾، وهو خبر ضعيف لا أصل له كما ورد في كتب التخريج، ومثله لا يحتج به⁽²⁾.

واستشهدوا من المعقول، بمقاربة الطلاق والعق، لاتحادهما في القوة والسرطان، وإمكان أخذ العوض عليهما، وأن الخلع في هذا الباب يقابل الكتابة لثبوت البذل فيهما، فلما صح عتق المكاتب لبقايا أحكام الملك، صح بالتبعية طلاق المختلعة لبقايا أحكام النكاح، غير أن المكاتب أقرب ما يكون في هذه المقابلة إلى الرجعية منه المختلعة، وأن بقاء المال عليه كبقاء الرجعة على المطلقة، لأنه يُعتق بالصريح والكناية كما هو الشأن بالنسبة لطلاق الرجعية، بخلاف المختلعة التي لا تلحقها كناية الطلاق كما قال الأحناف، وعليه فإن عطف المكاتب على الرجعية في الوجوه التي ذكرنا، أولى من إلحاقه بالمختلعة⁽³⁾.

هذا وأقر الاتجاه الثالث لحق الطلاق، شريطة وقوعه عقب الخلع مباشرة، فإن طلقها دبر خلعه - حتى اتصل طلاقه بخلعه نسقاً متتابعاً - وقع الطلاق على الخلع، أما إذا انفصل عنه لم يقع، وإلى هذا ذهب المالكية في الراجح من أقوالهم⁽⁴⁾.

(1) سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 1467 و 1468، ج 1، ص 386. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18477، ج 4، ص 121.

(2) «اُخْتِجُوا بِمَا رَوَى أَبُو يُوسُفَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ الْمُخْتَلَعَةُ يَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ قُلْنَا هَذَا حَدِيثٌ مُؤْضَعٌ لَا أَصْلَ لَهُ.» جمال الدين أبو الفرج الجوزي، التحقيق في أحاديث الخلاف، المرجع السابق، ج 2، ص 295. شمس الدين أبو عبد الله الذهبي، تنقيح التحقيق، المرجع السابق، ج 4، ص 417.

(3) «وَأَمَّا اسْتِدْلَالُهُم بِالْمُكَاتِبِ فَالْجَوَابُ عَنْهُ مِنْ وَجْهَيْنِ (...) وَالثَّانِي: أَنَّ بَقَاءَ الْمَالِ عَلَى الْمُكَاتِبِ كِبَاءَ الرِّجْعَةِ عَلَى الْمَطْلُوقَةِ. لِأَنَّ يُعْتَقُ بِالصَّرِيحِ وَالْكِنَايَةِ، وَلَوْ قَالَ كُلُّ عَبْدِي أَخْرَاجُ دَخَلٍ فِي جُمْلَتِهِمْ، فَكَذَلِكَ جَازَ أَنْ يَلْحَقَ الْمُكَاتِبُ الْعَتَقُ كَمَا يَلْحَقُ الرِّجْعِيَّةُ الطَّلَاقُ بِالصَّرِيحِ وَالْكِنَايَةِ وَتَدْخُلُ فِي جُمْلَةِ نِسَائِهِ إِنْ طَلَّقَهُنَّ. وَلَا يَلْحَقُ الْمُخْتَلَعَةُ الطَّلَاقُ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا وَلَا يَلْحَقُهَا كِنَايَةُ الطَّلَاقِ وَلَا تُطَلَّقُ لَوْ قَالَ كُلُّ نِسَائِي طَوَلْتُ، فَكَانَ إِخْلَاقُ الْمُكَاتِبِ بِالرِّجْعِيَّةِ فِي الْوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَا، أَوْلَى مِنْ إِخْلَاقِهِ بِالْمُخْتَلَعَةِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 19.

(4) «قُلْتُ: إِذَا اتَّبَعَ الْخُلْعُ طَلَاقًا؟ فَقَالَ لَهَا بَعْدَ فَرَاغِهَا مِنَ الصُّلْحِ أَنْتِ طَالِقٌ، قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: إِذَا اتَّبَعَ الْخُلْعُ الطَّلَاقَ وَلَمْ يَكُنْ بَيْنَ ذَلِكَ سُكُوتٌ أَوْ كَلَامٌ يَكُونُ قَطْعًا بَيْنَ الصُّلْحِ وَبَيْنَ الطَّلَاقِ الَّذِي تَكَلَّمَ بِهِ، فَالطَّلَاقُ لَا يَزِمُ لِلزَّوْجِ فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا سُكُوتٌ أَوْ كَلَامٌ يَكُونُ قَطْعًا لِذَلِكَ، فَطَلَّقَهَا فَلَا يَقَعُ طَلَّاقُهُ عَلَيْهَا...» مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج 2، ص 250. «وَمَسْأَلَةٌ مَنْ اتَّبَعَ الْخُلْعَ طَلَاقًا ذَكَرَهَا فِي الْمُدَوَّنَةِ فِي كِتَابِ إِخْلَاقِ الشُّوَرِ فِي تَرْجُمَةِ مَا جَاءَ فِي الصُّلْحِ وَنَصُّهَا وَإِذَا اتَّبَعَ الْخُلْعُ طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ صُمَاتٍ نَسَقًا

وحجتهم في ذلك أن الطلاق إذا وقع متتابعاً مع الخلع نسقاً واحداً كان لازماً باعتبارهما كلاماً واحداً، فإن تخلل بينهما صمات أو كلام قطع التتابع، لم يقع الطلاق، ذلك أن نسق الكلام متصلاً بعضه على بعض، يوجب حكماً واحداً، ومنه إذا ارتبط الاستثناء باليمين، ثبت لهذه الأخيرة حكم الاستثناء، وإذا انفصل عنها كان غير ذي أثرٍ عليها لعدم تعلقه بالكلام⁽¹⁾، وهو رأي غير سديد، لأن انفصال العصمة عن ملك الزوج يثبت بالقول، فإذا صدر، خرجت من ذمته دون تراخٍ، حتى إذا تكلم بالطلاق بعد صدورهما، كان قوله واقعاً على غير ملكه فلا يكون لازماً.

في ذات الاتجاه، جنح الفريق الرابع إلى القول بجواز الطلاق متى تمَّ في مجلس الخلع، فإن وقع بعد انفضاضه عدَّ لغواً، وإليه ذهب الحسن البصري، واحتج بعين ما استدل به الإمام أبو حنيفة على النحو الذي قدمنا⁽²⁾.

وبعد عرض آراء الفقهاء، نرجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من عدم لحوق المختلعة طلاقاً وإن كانت في العدة، وذلك لقوة أدلتهم من الآية الكريمة، وإجماع الصحابة، وموافقة مذهبهم للمعقول من كل وجه كما تقدم القول، وهو ما أقره المشرع الأردني في المادة (113) من قانون الأحوال الشخصية بقوله: «الخلع والطلاق على مال يقع بهما الطلاق بائناً».

(ب) أثر الخلع على الرجعة: لقد سقنا في الفقرة السابقة آراءً فقهيةً تفيد ارتداد الطلاق على الخلع، وأخرى تقطع بعدم جواز ذلك، مما يعني أن البيونة الحاصلة بمقتضى هذه الفرقة ليست تامةً

لَرِمَ فَإِنْ كَانَ بَيْنَ ذَلِكَ صُمَاتٌ أَوْ كَلَامٌ يَكُونُ قَطْعًا لِذَلِكَ لَمْ يَلْزَمَهُ الطَّلَاقُ الثَّانِي، انْتَهَى. قَالَ أَبُو الْحَسَنِ: لِأَنَّهُ لَمَّا اتَّبَعَ الْخُلْعَ الطَّلَاقَ نَسَقًا عَلِمْنَا أَنَّ الطَّلَاقَ الَّذِي كَانَ فِي قَلْبِهِ وَأَرَادَ إِيقَاعَهُ انْتَنَانًا، وَقَالَ الْقَاضِي إِسْمَاعِيلُ: لَا يَلْزَمُ الطَّلَاقُ الثَّانِي وَإِنْ كَانَ نَسَقًا... شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص60.

⁽¹⁾ «...إِلَّا أَنَّ مَالِكًا قَالَ: إِنْ افْتَدَتْ مِنْهُ عَلَى أَنْ يُطَلَّقَهَا ثَلَاثًا مُتَتَابِعًا نَسَقًا حِينَ طَلَّقَهَا فَذَلِكَ ثَابِتٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَ ذَلِكَ صُمَاتٌ فَمَا أَتْبَعَهُ بَعْدَ الصُّمَاتِ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ لِأَنَّ نَسَقَ الْكَلَامِ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ مُتَّصِلًا يُوجِبُ لَهُ حُكْمًا وَاحِدًا، وَكَذَلِكَ إِذَا اتَّصَلَ الْإِسْتِثْنَاءُ بِالْيَمِينِ بِاللَّهِ أَثَرٌ وَثَبَّتَ لَهُ حُكْمُ الْإِسْتِثْنَاءِ، وَإِذَا انفصلَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ تَعَلُّقٌ بِمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْكَلَامِ.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص147.

⁽²⁾ «وَقَالَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ: إِنْ طَلَّقَهَا فِي مَجْلِسٍ خُلِعَ طَلَّقَتْ، وَإِنْ طَلَّقَهَا فِي غَيْرِهِ لَمْ تُطَلَّقْ. وَاسْتَدَلَّ مِنْ نَصِّ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ﴾ إِلَى قَوْلِهِ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ يُرِيدُ الْخُلْعَ، ثُمَّ قَالَ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ بَعْدَ الْخُلْعِ وَاقِعٌ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص17.

من كل وجه، ومن مظاهرها، اختلاف الفقهاء بشأن إمكان مراجعة الزوج لزوجته المختلعة إبان عدتها، وهم في ذلك ثلاثة اتجاهات، يميل أولها - وهو مذهب جمهور الفقهاء - إلى القول بأن الخلع طلاق بائن، لا يملك الزوج في ضوءه مراجعة زوجته ولو كانت في عدتها، وهذا مروى عن عبد الله بن مسعود⁽¹⁾، وبه قال الحسن، وعطاء، وطاووس، والنخعي، والثوري، والأوزاعي⁽²⁾، وإليه ذهب الحنفية⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾، والشافعية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾، والزيدية⁽⁷⁾.

(1) روى بن أبي شيبة بسنده عن بن مسعود قال: «لَا تَكُونُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً إِلَّا فِي فِدْيَةٍ، أَوْ إِيلَاءٍ» أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 18435، ج 4، ص 117. وهو أثر ضعفه صاحب البدر المنير بقوله: «...إثن أبي شيبة عن علي بن هاشم، عن ابن أبي ليلى (...). عن ابن مسعود قال: "لا تكون طَلَقَةً بَائِنَةً إِلَّا (فِي) فِدْيَةٍ أَوْ إِيلَاءٍ"، وإثن أبي ليلى سبى الحُفَظ. «سراج الدين ابن الملكن، البدر المنير، المرجع السابق، ج 8، ص 60.

(2) «وَلَا يَتَّبَعُ فِي الْخُلْعِ رَجْعَةٌ، سَوَاءٌ قُلْنَا: هُوَ فَسْخٌ أَوْ طَلَاقٌ. فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ؛ مِنْهُمْ الْحَسَنُ وَعَطَاءٌ وَطَاوُسٌ وَالتَّخَعِيُّ وَالثَّوْرِيُّ وَالْأَوْزَاعِيُّ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ وَإِسْحَاقُ. «موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 331.

(3) «وَالْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ عِنْدَنَا» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 171. «(الْوَقْعُ بِهِ بِالطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ طَلَقٌ بَائِنٌ) يَعْنِي الْوَقْعُ بِالْخُلْعِ وَبِالطَّلَاقِ الصَّرِيحِ إِذَا كَانَ بِعَوْضٍ يَكُونُ بَائِنًا» عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج 2، ص 268.

(4) «قَالَ مَالِكٌ: مَنْ قَالَ أُخَالِعُكَ عَلَى أَنْ أُعْطِيَكَ مِائَةَ دِينَارٍ فَقَبِلْتَهَا هِيَ طَلَقٌ بَائِنَةٌ...» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج 5، ص 278. «(وَبَائِنٌ وَلَوْ بِلَا عَوْضٍ نَصَّ عَلَيْهِ) شَ يَعْنِي أَنَّ الْخُلْعَ طَلَقٌ بَائِنٌ...» محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 24.

(5) «إِذَا خَالَعَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ، مَلَكَتِ الْمَرْأَةُ بِذَلِكَ أَمْرَ نَفْسِهَا، وَلَمْ يَبْقَ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا مِنْ سُلْطَانٍ، فَلَا رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا أَثْنَاءَ الْعِدَّةِ، كَمَا هُوَ الشَّأْنُ فِي الطَّلَاقِ الْعَادِيِّ، لِأَنَّ الْخُلْعَ طَلَاقٌ بَائِنٌ، إِنَّمَا السَّبِيلُ إِلَى ذَلِكَ عَقْدٌ جَدِيدٌ تَمْلِكُ فِيهِ الْمَرْأَةُ كَامِلَ اخْتِيَارِهَا، وَمَهْرٌ جَدِيدٌ أَيْضًا. «مُصْطَفَى الْخَنُّ، مُصْطَفَى الْبَغَا، عَلِي الشَّرْبِجِي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الرابعة، 1413هـ - 1992م، ج 4، ص 128. «والخلع جائز (...). وتملك به المرأة نفسها ولا رجعة له عليها إلا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ...» مصطفى ديب البغا الميداني الدمشقي الشافعي، التذهيب في أدلة متن الغاية والتقريب المشهور بمتن أبي شجاع في الفقه الشافعي، دار ابن كثير دمشق - بيروت، الطبعة: الرابعة، 1409هـ - 1989م، ص 172.

(6) «وَتَبَيَّنَ بِالْخُلْعِ عَلَى كِلْتَا الرِّوَايَتَيْنِ، فَلَا يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا» موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 98. «وَالْخُلْعُ طَلَاقٌ بَائِنٌ. «منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 216.

(7) «أَمَّا حُكْمُهُ فَقَدْ أَوْضَحَهُ الْإِمَامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُهُ (وَهُوَ) يَعْنِي الْخُلْعَ حَيْثُ وَقَعَ بِشَرْطٍ أَوْ عَقْدٍ جَامِعٍ لِلشُّرُوطِ فِيهِمَا (طَلَاقٌ بَائِنٌ يَمْنَعُ الرَّجْعَةَ) إِلَّا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ فِي غَيْرِ الْمُثَلَّثَةِ وَلَوْ فِي الْعِدَّةِ كَالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَإِنْ خَالَفَهُ فِي عَدَمِ ثُبُوتِ الْعِدَّةِ فِيهِ فَلَا تَصِحُّ الرَّجْعَةُ فِيهِ بِالْقَوْلِ أَوْ الْفِعْلِ كَمَا تَصِحُّ فِي الرَّجْعِيِّ مِنَ الزَّوْجِ فِي الْعِدَّةِ. «أحمد بن يحيى بن المرتضى، التاج المذهب، المرجع السابق، ج 3، ص 91. «وَلَا رَجْعَةَ مَعَ الْخُلْعِ، إِذْ ثَمَرَتُهُ إِزَالَةُ سُلْطَانِ الزَّوْجِ عَلَيْهَا، لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (...). لَنَا : قَوْلُ عَلِيِّ عَلَيْهِ

واحتكموا في التأصيل لمذهبهم من القرآن الكريم بقوله ﷺ: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾⁽¹⁾، ووجه الدلالة أن الله ﷻ رفع الوزر عن الزوجة إذا افتدت نفسها، حال خشيتها من عدم إقامة الحدود التي شرعها ﷻ لصالح العشرة الزوجية، ومعنى الافتداء هو الخلاص، وأصله ما يبذل لفك الأسير واستنقاذه، فدل على أنه لا يتلاءم في الاختلاع وثبوت الرجعة⁽²⁾، واستدلوا من المعقول بأن ما تؤديه الزوجة من عوضٍ إنما تبذله فكاكاً لنفسها، وإزالةً لما يعتريها من ضررٍ، وفي ثبوت الرجعة استدامة لهذا الضرر وإبقاءً له⁽³⁾، أضف إلى ذلك أن الزوجة استرجعت بضعها بالخلع كما آل إلى زوجها بالنكاح، ولما كان هذا الأخير قد ملكه بمقتضى النكاح ملكاً تاماً لا سلطان لها فيه، وجب أن تملكه الزوجة بدوها عن طريق الخلع ملكاً تاماً لا ولاية له عليه، من جهة أخرى، فإن الزوج مَلَكَ عوض الخلع فلم يبق - مع استقرار ملكه له - حقٌّ للزوجة فيه، فتعين أن تمتلك الزوجة بالخلع بضعها ملكاً مستقراً لاحقاً لزوجها فيه بأي حال⁽⁴⁾.

السَّلام: "إِذَا قِيلَ الرَّوْجُ مِنْ امْرَأَتِهِ فِدْيَةٌ فَقَدْ بَانَ مِنْهُ بِتَطْلِيقَةٍ وَاحِدَةٍ" وَلَا وَجْهَ لِلْفَرْقِ، وَقَدْ مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ فَلَا يُعْتَبَرُ الْقَبْضُ.» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 266.

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) «وَدَلِيلُنَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ وَالْإِفْتِدَاءُ هُوَ الْخُلَاصُ وَالِاسْتِنْقَادُ، مَأْخُودٌ مِنَ افْتِدَاءِ الْأَسِيرِ وَهُوَ خُلَاصُهُ وَاسْتِنْقَاذُهُ، فَلَوْ ثَبِتَ الرَّجْعَةُ فِيهِ لَمَا حَصَلَ بِهِ الْخُلَاصُ وَالِاسْتِنْقَادُ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْإِفْتِدَاءَ يَمْتَنِعُ مِنْ ثُبُوتِ الرَّجْعَةِ. » أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 12.

(3) «وَأَمَّا يَكُونُ فِدَاءً إِذَا خَرَجَتْ بِهِ عَنْ قَبْضَتِهِ وَسُلْطَانِهِ، وَإِذَا كَانَتْ لَهُ الرَّجْعَةُ، فَهِيَ تَحْتَ حُكْمِهِ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ إِزَالَةُ الضَّرَرِ عَنِ الْمَرْأَةِ، فَلَوْ جَازَ ارْتِجَاعُهَا، لَعَادَ الضَّرَرُ. » عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 189.

(4) «وَكَذَلِكَ كُلُّ طَلَاقٍ يُجْعَلُ فَهُوَ بَائِنٌ، لِأَنَّ الرَّوْجَ مَلَكَ الْبَدَلَ عَلَيْهَا فَتَصِيرُ هِيَ بِمُقَابَلَتِهِ أَمْلَكَ لِنَفْسِهَا، وَلِأَنَّ غَرَضَهَا مِنَ الزَّيْمِ الْبَدَلَ أَنْ تَتَخَلَّصَ مِنَ الرَّوْجِ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِوُقُوعِ الْبَيِّنُونَةِ، فَإِنْ قَالَ الرَّوْجُ: لَمْ أَعْنِ بِالْخُلْعِ طَلَاقًا، وَقَدْ أَخَذَ عَلَيْهِ جُعْلًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي الْحُكْمِ، لِأَنَّهُ أَخَذَ الْجُعْلَ عَلَى سَبِيلِ التَّمَلُّكِ، وَلَا يَتِمُّ ذَلِكَ إِلَّا بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا. » محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 172.

هذا واعتبر المذهب الثاني بدوره فرقة الخلع قاطعة للرجعة، إلا أن الزوج بالخيار بين قبول المال وسقوط الرجعة، وبين ثبوتها مع رد العوض، وهو قول سعيد بن المسيب، والزهري، وإليه ذهب الظاهرية⁽¹⁾، والإمامية⁽²⁾، وجانب من الزيدية⁽³⁾.

واحتجوا من الكتاب العزيز بقوله ﷻ: ﴿وَيُعُولَهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾⁽⁴⁾، وبقوله ﷻ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾⁽⁵⁾، وهذا هو أمر الله في الطلاق، فلا تجوز الزيادة عليه، كما أن الزوج أخذ منها العوض كي لا تكون في عصمته، فإذا تخلف حصول مرادها، فمالها - الذي بذلته في سبيل ذلك - مردود عليها، إلا أن تكون على بينة من أن الطلقة التي أوقعها الزوج عليها رجعية ورضيت بها، فلا مجال عندئذٍ للرد⁽⁶⁾.

(1) «وَهُوَ طَلَاقٌ رَجْعِيٌّ، إِلَّا أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا، أَوْ آخِرَ ثَلَاثٍ، أَوْ تُكُونُ غَيْرَ مَوْطُوءَةٍ. فَإِنْ رَاجَعَهَا فِي الْعِدَّةِ جَازَ ذَلِكَ أَحَبُّتْ أَمْ كَرِهَتْ - وَيُرَدُّ مَا أَخَذَ مِنْهَا إِلَيْهَا.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 511.

(2) «(وَإِذَا تَمَّ الْخُلْعُ فَلَا رَجْعَةَ لِلزَّوْجِ) قَبْلَ رُجُوعِهَا فِي الْبَدَلِ (وَالزَّوْجَةُ الرُّجُوعُ فِي الْبَدَلِ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ) إِنْ كَانَتْ ذَاتَ عِدَّةٍ، فَلَوْ خَرَجَتْ عِدَّتُهَا، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهَا عِدَّةٌ كَعَبْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا، وَالصَّغِيرَةِ، وَالْيَتَامَةِ فَلَا رُجُوعَ لَهَا مُطْلَقًا (فَإِذَا رَجَعَتْ) هِيَ حَيْثُ يَجُوزُ لَهَا الرُّجُوعُ صَارَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ مِنَ التَّفَقُّةِ، وَتَحْرِيمِ الْأُخْتِ وَالرَّابِعَةِ (وَرَجَعَ هُوَ إِنْ شَاءَ) مَا دَامَتْ الْعِدَّةُ بَاقِيَةً، وَلَمْ يَمْنَعْ مِنْ رُجُوعِهِ مَانِعٌ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ بِأُخْتِهَا، أَوْ رَابِعَةٍ قَبْلَ رُجُوعِهَا إِنْ حُوزَ نَاقَةُ.» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 4، ص 104. «إِذَا صَحَّ الْخُلْعُ، فَلَا رَجْعَةَ لَهُ، وَلَهَا الرُّجُوعُ فِي الْفِدْيَةِ، مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ، وَمَعَ رُجُوعِهَا يَرْجِعُ إِنْ شَاءَ.» جعفر المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، المرجع السابق، ج 4، ص 164.

(3) «...بَلْ يُخَيَّرُ بَيْنَ أَخْذِ الْعَوْضِ وَلَا رَجْعَةٍ أَوْ تَرْكِهِ وَلَهُ الرَّجْعَةُ فَمَتَى قَبَضَهُ بَطَلَ خِيَارُهُ.» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 266.

(4) سورة البقرة، الآية 228.

(5) سورة الطلاق، الآية 2.

(6) «وَأَمَّا رَدُّهُ مَا أَخَذَ مِنْهَا فَإِنَّمَا أَخَذَهُ لِقَلَّا تُكُونُ فِي عِصْمَتِهِ، فَإِذَا لَمْ يَسَمَّ لَهَا مُرَادُهَا فَمَالُهَا - الَّذِي لَمْ تُعْطِ إِلَّا لِذَلِكَ - مُرْدُودٌ عَلَيْهَا، إِلَّا أَنْ يُبَيَّنَّ عَلَيْهَا أَنَّهَا طَلَّقَتْ لَهُ الرَّجْعَةَ فِيهَا، فَتَرْضَى، فَلَا يَرُدُّ عَلَيْهَا شَيْئًا.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 518 و 519.

أما المذهب الثالث، فيميز بين فرض حصول الخلع بلفظ الطلاق، وبين إيقاعه بألفاظ الافتداء من خلع ونحوها، حيث تثبت الرجعة للزوج على زوجته - في الفرض الأول - مادامت في العدة، بينما تنتفي في ثاني الفرضين، وإليه ذهب أبو ثور⁽¹⁾، وبعض الزيدية⁽²⁾.

وحجة هؤلاء أن الخلع إذا وقع بلفظ الخلع، سلب حق الرجعة من يد الزوج، ليس لأنه طلاق بائن، وإنما لكونه فسخ، أما إذا أتى بلفظ الطلاق ثبت للزوج حق الرجعة، لأن هذه الأخيرة من متعلقات الطلاق، فلا ينال العوض منها إسقاطاً كشأن الولاء مع العتق، أي أن العتق يوجب الولاء، كما أن الطلاق يوجب الرجعة، فلما كان دخول العوض في العتق لا يمنع من ثبوت الولاء، فإن دخول العوض في الطلاق لا يمنع من ثبوت الرجعة⁽³⁾.

إلا أن قياس الطلاق على العتق قياس فاسد، لافتراقهما في أمور منها أن العتق لا يتجرد من ثبوت الولاء بحال، يستوي في ذلك وجود العوض وعدمه، وليس كذلك الطلاق، لأنه قد يأتي عارياً من ثبوت الرجعة كما في الطلاق قبل الدخول، والطلاق المكمل للثلاث، فاختلف حاله في وجود العوض وعدمه⁽⁴⁾، كما أن ثبوت الولاء لا يمنع من مقصود العتق في زوال الرق، فثبت الولاء مع العوض كما ثبت مع عدمه، بينما يمنع ثبوت الرجعة من تحقق مقصود الخلع في إسقاط حق الزوج وإزالة ضرره، لذلك لم تثبت الرجعة فيه، وأخيراً لا يقتضي ثبوت الولاء عود العتق إلى ملك من أعتقه، أما الرجعة فتستوجب عود الزوجة إلى عصمة الزوج فاختلفاً⁽⁵⁾.

(1) «وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ: إِنْ خَالَعَهَا بِلَفْظِ الطَّلَاقِ فَلَهُ الرَّجْعَةُ، وَإِنْ خَالَعَهَا بِلَفْظِ الْخُلْعِ فَلَيْسَ لَهُ الرَّجْعَةُ» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 12.

(2) «وَقِيلَ: إِنْ وَقَعَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ صَحَّتْ الرَّجْعَةُ لِعُمُومِ قَوْلِهِ «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ» وَلَفْظُ الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ لَا رَجْعَةَ لِاقْتِضَائِهِمَا ذَلِكَ.» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 266.

(3) «وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ إِنْ كَانَ الْخُلْعُ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ، فَلَهُ الرَّجْعَةُ، لِأَنَّ الرَّجْعَةَ، مِنْ حُقُوقِ الطَّلَاقِ، فَلَا تَسْقُطُ بِالْعَوَضِ، كَالْوَلَاءِ مَعَ الْعِتْقِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 331.

(4) «وَفَارَقَ الْوَلَاءَ، فَإِنَّ الْعِتْقَ لَا يَنْفَكُ مِنْهُ، وَالطَّلَاقُ يَنْفَكُ عَنِ الرَّجْعَةِ فِيمَا قَبْلَ الدُّخُولِ، وَإِذَا اكْتَمَلَ الْعَدَّةُ.» عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 189.

(5) «وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَيْسَ فِي ثُبُوتِ الْوَلَاءِ مَا يَمْنَعُ مِنْ مَقْصُودِ الْعِتْقِ فِي زَوَالِ الرِّقِّ وَخَوَازِ التَّصْرِيفِ، فَتُبَيَّنَ الْوَلَاءُ مَعَ الْعَوَضِ، كَمَا يَتَّبْتُ مَعَ عَدَمِهِ، وَثُبُوتُ الرَّجْعَةِ يَمْنَعُ مِنْ مَقْصُودِ الْخُلْعِ فِي إِسْقَاطِ حَقِّ الزَّوْجَةِ وَإِزَالَةِ ضَرَرِهِ فَلِذَلِكَ لَمْ تَتَّبَتِ الرَّجْعَةُ فِيهِ. وَجَوَابُ ثَالِثٍ وَهُوَ أَنَّ ثُبُوتَ الْوَلَاءِ لَا تَقْتَضِي عَوْدَ الْعَبْدِ إِلَى مِلْكِ السَّيِّدِ، وَالرَّجْعَةُ تَقْتَضِي عَوْدَ الزَّوْجَةِ إِلَى نِكَاحِ الزَّوْجِ فَافْتَرَقَا.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 12.

والرأي المستحق للترجيح في تقديرنا، هو رأي جمهور الفقهاء - القائل بأن الخلع طلاق بائن لا يملك فيه الزوج رجعةً على زوجته - لقوة أدلتهم وحسن توجيهها، ولما في هذا المذهب من حفظٍ لحق الزوجة، لأنها إنما دفعت العوض إلا لطلب الخلاص، ورفع الضرر عن نفسها، فإذا ثبت للزوج حق الرجعة اتجاهها، تخلف الغرض الذي بذلت المال في سبيله، وفي ذلك مجافاة للعدالة دون ريب، كما أن استحقاق الزوج للعوض يكون في مقابلة سقوط حقه في رجعتها، وبالتالي فإن استحقاق العوض مع ثبوت الرجعة أمران متنافيان، لا يجوز للزوج أن يجمع بينهما، فإذا استحق العوض سقط حقه في الرجعة، وإذا استحق الرجعة سقط حقه في العوض، وهو ما نصص عليه المشرع الأردني في المادة (113) من قانون الأحوال الشخصية بقوله: «الخلع والطلاق على مال يقع بهما الطلاق بائناً».

لكن ماذا لو اشترط الزوج على زوجته الجمع بين العوض والرجعة؟ كأن يقول لها: خالعتك بكذا، على أن تكون لي الرجعة.

لقد اختلف الفقهاء في أثر هذا الشرط على الخلع، وهم في ذلك ثلاثة مذاهب، أخلد أولها إلى القاعدة العامة - التي ذكرنا - من عدم جواز الجمع بين الأخذ والرجعة، فأبطلوا الشرط وصححو الخلع، وإليه ذهب الحنفية⁽¹⁾، والحنابلة في الراجح من المذهب⁽²⁾، وهي إحدى الروايتين عن الإمام مالك⁽³⁾، وبه قال المزني من الشافعية⁽¹⁾، واستندوا - فيما ذهبوا إليه - إلى أن شرط الرجعة في الخلع

(1) «وَلَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ بَأْنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَيْ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ وَيَصِحُّ الْخُلْعُ إِذَا قِيلَتْ: «عَلَاءُ الدِّينِ أَبُو بَكْرٍ الْكَاسَانِي، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص145. «قَوْلُهُ وَصَحَّ خِيَارُ الشَّرْطِ لَهَا لَا لَهُ (...) وَيَنْفَرُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ مَسَائِلُ مِنْهَا مَا لَوْ قَالَ أَنْتَ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَيْ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَبِلَتْ بَطَلَ الْخِيَارِ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ». زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج4، ص92.

(2) «قَوْلُهُ (فَإِنْ شَرَطَ الرَّجْعَةَ فِي الْخُلْعِ: لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ)، وَهُوَ الْمَذْهَبُ، اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ، وَصَحَّحَهُ فِي التَّصْحِيحِ». علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج8، ص396. «وَإِنْ شَرَطَ الرَّجْعَةَ فِي الْخُلْعِ لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) حَزَمَ بِهِ فِي "الْوَجِيزِ"، وَقَدَّمَهُ فِي "الْفُرُوعِ" كَشَرَطِ الْخِيَارِ، وَلَأنَّ الْخُلْعَ لَا يَفْسُدُ بِالْعَوَضِ الْفَاسِدِ، فَلَا يَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْقَاسِدِ كَالنِّكَاحِ». إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج6، ص275.

(3) «قُلْتُ: أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّهَا أَعْطَتْهُ شَيْئًا عَلَى أَنْ يُطَلَّقَ وَيَشْتَرِطَ رَجْعَتَهُ؟ قَالَ: إِذَا بَخِضِي عَلَيْهِ الْخُلْعُ وَتَكُونُ الرَّجْعَةُ بَاطِلًا، لِأَنَّ شُرُوطَهُ لَا تَجُلُّ، لِأَنَّ سُنَّةَ الْخُلْعِ أَنَّ كُلَّ مَنْ طَلَّقَ بِشَيْءٍ وَلَمْ يَشْتَرِطْ شَيْئًا وَلَمْ يُسَمِّهِ مِنَ الطَّلَاقِ كَانَ خُلْعًا، وَالْخُلْعُ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ لَا رَجْعَةَ لَهُ فِيهَا» مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج2، ص246. «وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ (أَوْ عَلَى الرَّجْعَةِ) إِلَى أَنَّهُ إِذَا نَصَّ عَلَى الرَّجْعَةِ مَعَ الْعَوَضِ بِأَنْ أَعْطَتْهُ شَيْئًا وَقَالَتْ لَهُ طَلَّقْنِي طَلَقَةً رَجْعِيَّةً فَأَخَذَ مِنْهَا وَطَلَّقَهَا فَإِنَّهُ يَقَعُ بَائِنًا لِأَنَّ حُكْمَ الطَّلَاقِ مَعَ الْعَوَضِ الْبَيْتُونَةُ فَلَا يُخْرِجُهُ عَنْهَا النَّصُّ

يحول دون تحقق المقصود منه، لأن الغرض من ورائه ينحسر في فكاك الزوجة واسترجاع بضعتها، فإذا أقحمت الرجعة فيه لفائدة الزوج، أفرغت المخالعة من ذلك كله، الأمر الذي يجعل من الرجعة - وفق هذا المنظور - شرط منافعٍ لمقتضى العقد، فوجب ألا تثبت معه، تماماً كما هو الشأن بالنسبة لاشتراط عدم الوطء في النكاح، وأوسع منه مقابلة مجموع الخلع، بالزواج كله في المشاركة، لأن النكاح عقد والخلع حل، ولما كان الشرط الفاسد في النكاح، موجباً لثبوت العقد وسقوط الشرط، وجب بالتبعية أن يكون الشرط الفاسد في الخلع موجباً لذات الأثر⁽²⁾.

غير أنه لا يستقيم الأخذ بهذه المقابلة على إطلاقها لأن فساد الشرط في النكاح إذا عاد إلى العوض لم يكن مفسداً للعقد، وكذلك الأمر بالنسبة للخلع إذا تعلق فساد الشرط بالبدل لم يكن بدوره مفسداً للخلع، أما فساد الشرط في النكاح إذا عاد إلى البضع كالشغار والخيار أوجب فساد النكاح، كذلك الشأن فيما يتعلق بالخلع، بحيث إذا ارتبط فساد الشرط فيه بالبضع كاشتراط الرجعة، وجب فساد الخلع برمته، وهو ما يقوم حجةً للمذهب المخالف.

هذا واحتجوا من جهة أخرى، بعدم سقوط الرجعة - حال اشتراط سقوطها - في الطلاق الذي تثبت فيه، فوجب عدم الأخذ باشتراط ثبوتها في الأحوال التي تنتفي فيها من الطلاق⁽³⁾. في المقابل جرح أصحاب المذهب الثاني إلى القول بثبوت الرجعة وبطلان الخلع، وإليه ذهب الشافعية في المنصوص عندهم⁽¹⁾، والحنابلة في رواية⁽²⁾.

عَلَى الرَّجْعَةِ، وَمِثْلُ نَصِّهِ عَلَى الرَّجْعَةِ مَعَ الْعَوَضِ نَصُّهُ عَلَيْهَا مَعَ لَفْظِ الْخُلْعِ. «محمد بن عبد الله الخروشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج4، ص15.

(1) «وَكَذَلِكَ إِذَا طَلَّقَهَا بِدَيْنَارٍ عَلَى أَنَّ لَهُ الرَّجْعَةَ لَا يُبْطِلُهُ الشَّرْطُ». إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني (المتوفى: 264هـ)، مختصر المزني، (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعي يقع في الجزء 8 من كتاب الأم)، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1410هـ - 1990م، ج8، ص290. «وإن طلقها بدینار علی أن له الرجعة (...)» وقال المزني يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر المثل «أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج2، ص494.

(2) «أَنَّ الْخُلْعَ فِي مُقَابَلَةِ النِّكَاحِ، لِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ وَالْخُلْعُ حَلٌّ ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ فِي النِّكَاحِ يُوجِبُ ثُبُوتَ النِّكَاحِ وَسُقُوطَ الشَّرْطِ وَوُجُوبَ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ فِي الْخُلْعِ مُوجِباً لثُبُوتِ الْخُلْعِ وَسُقُوطِ الشَّرْطِ وَاسْتِحْقَاقِ مَهْرِ الْمِثْلِ». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص14.

(3) «وَالثَّانِي: أَنَّ مَا أَثْبَتَ الرَّجْعَةَ مِنَ الطَّلَاقِ لَوْ شَرِطَ سُقُوطُهَا فِيهِ لَمْ يَسْقُطْ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ مَا انْتَفَتَ عَنْهُ الرَّجْعَةُ مِنَ الطَّلَاقِ إِذَا شَرِطَ ثُبُوتُهَا فِيهَا لَمْ تَثْبُتْ». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص14.

وحجتهم في ذلك أن استحقاق العوض وثبوت الرجعة أمران متنافيان، فتعين إبقاء أحدهما وإسقاط الآخر، ولما كان ثبوت الرجعة وسقوط العوض، أولى من ثبوت العوض وسقوط الرجعة، وجب المصير إليها لأنها مما يستتب بغير شرط، خلافاً للعوض الثابت بالشرط أصلاً، وما ثبت بغير شرط أقوى مما لا يثبت إلا به⁽³⁾ عملاً بالقاعدة الفقهية « مَا ثَبَتَ بِالشَّرْعِ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا ثَبَتَ بِالشَّرْطِ. »⁽⁴⁾، بل ويمكن القول أيضاً، أنه لما تعارض الشرطان وتنافى اجتماعهما، ولم يكن بالإمكان إعمال أحدهما دون الآخر وجب إسقاطهما معاً، فينتج طلاقاً لا شرط فيه من أحكامه الشرعية إيجاب الرجعة أصلاً لا مشاركة، كما أن الاعتياض على إزالة الملك يكون مقصوداً على ما قصد المالك إزالته عبرةً بالبيع والإيجار اللذان لا يدخل فيهما إلا المسمى، والزوج لم يزل ملكه عن البضع إلا مع استفاء الرجعة، فلم يجز - تبعاً لذلك - أن يزول ملكه عنها⁽⁵⁾.

هذا وذهب المالكية في الرواية الثانية عنهم، إلى إقرار الشرط، وثبوت الرجعة، فيقع الطلاق رجعياً بالعوض المسمى، لأن البذل المؤدى يكون في مقابلة ما يسقط من عدد الطلاق دون زوال

(1) «لو خالعهما بطلقة بدينار على أن له الرجعة.. فالطلاق لازم، وله الرجعة، والدينار مردود.» أبو الحسين يحيى العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج 10، ص 37. «وإن طلقها بدينار على أن له الرجعة سقط الدينار وثبت له الرجعة» أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 17، ص 31.

(2) «(والوجه الثاني) يصح ويطل العوض فتثبت الرجعة» عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 189. «وَإِنْ شَرَطَ الرَّجْعَةَ فِي الْخُلْعِ (...) (وَفِي الْآخَرِ: يَصِحُّ الشَّرْطُ، وَيَبْطُلُ الْعَوْضُ) أَي: فَيَنْعُ رَجْعِيًّا بِلَا عَوْضٍ.» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج 6، ص 275.

(3) «(فَإِنْ شَرَطَهَا عَلَيْهَا) كَخَالَعَتِكَ أَوْ طَلَّقَتْكَ بِدِينَارٍ عَلَى أَنَّ لِي عَلَيْكَ الرَّجْعَةَ (فَرَجْعِيٌّ) يَنْعُ فِي الْمُسْأَلَتَيْنِ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الرَّجْعَةِ وَالْمَالِ مُتَنَافِيَانِ فَيَسْقُطَانِ وَيَبْقَى مُجَرَّدُ الطَّلَاقِ» شمس الدين الخطيب الشيريني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 443. «لِأَنَّ شَرْطَ الْعَوْضِ وَالرَّجْعَةِ مُتَنَافِيَانِ، فَإِذَا شَرَطَاهُمَا سَقَطَا، وَبَقِيَ مُجَرَّدُ الطَّلَاقِ فَتَثْبُتُ الرَّجْعَةُ بِالأَصْلِ لَا بِالشَّرْطِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 331.

(4) «(مَا ثَبَتَ بِالشَّرْعِ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا ثَبَتَ بِالشَّرْطِ) وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ (...) وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّ لِي الرَّجْعَةَ، سَقَطَ قَوْلُهُ "بِأَلْفٍ" وَيَنْعُ رَجْعِيًّا، لِأَنَّ الْمَالَ ثَبَتَ بِالشَّرْطِ، وَالرَّجْعَةُ بِالشَّرْعِ، فَكَانَ أَقْوَى...» أبو بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 149.

(5) «أَنَّ الْإِعْتِيَاظَ عَلَى زَوَالِ الْمَلِكِ يَكُونُ مَقْصُودًا عَلَى مَا قَصَدَ زَوَالَهُ مِنَ الْمَلِكِ اعْتِيَاظًا بِالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ لَا يَدْخُلُ فِيهِمَا إِلَّا الْمُسَمَّى وَالزَّوْجُ لَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنِ الْبُضْعِ إِلَّا مَعَ اسْتِيفَاءِ الرَّجْعَةِ فَلَمْ يَجْزَ أَنْ يَزُولَ مِلْكُهُ عَنِ الرَّجْعَةِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 14.

العصمة، ذلك أن الزوجة عندما أجابت زوجها إلى طلبه، دل الأمر على أنها بذلت المال نظير نقصان عدد الطلاق⁽¹⁾، وهو قول غير منضبط، لأن الزوج إذا ملك العوض وثبتت له الرجعة على صاحبه وردّها إلى عصمته فعلاً، ثار التساؤل عن المعوض الذي استحق بموجبه العوض، فإن قيل أنه كان في مقابلة إنقاص عدد الطلاق الذي يملكه على زوجته كما ذكرنا سابقاً، فهو تأصيل غير سديد، ذلك أن المرأة التي تفرك زوجها وترغب في الفكّ منه إذا حصل وأن بذلت مالها، فإنها تؤديه لا محالة في إشباع غرض تام لها بالألا يكون للزوج حق عليها، لا أن تبذله فيما دون ذلك كإنقاص عدد الطلاق.

نخلص مما سبق، إلى أن أقرب الآراء إلى الصواب - في تقديرنا - ما جرح إليه فقهاء المذهب الثاني، القائلون ببطان الخلع ووقوع الطلاق رجعيّاً، لرجحان الأدلة التي سقناها سابقاً.

الفرع الثاني

أثر الخلع في الحقوق المالية

إذا حدث وأن خالع الزوج زوجته، بعوض معلوم تم الاتفاق عليه بينهما، صح الخلع ونفذ قطعاً فيما انصرفت إليه إرادتهما، ومع ذلك قد تتلبس بهذا الاتفاق بعض تبعات النكاح كالمهر، وتحالطه حقوقاً من متعلقاته كنفقتها في العدة ونفقة ولدها الصغير منه، وغيرها من الديون الثابتة بينهما خارج نطاق الزوجية، فهل ثمة تأثير للمخالعة عليها من حيث براءة ذمة كل واحد منهما تجاه صاحبه منها، أم أنها تقبّع سارية دون أن يكون الخلع مسقطاً لها؟

لا خلاف بين الفقهاء في شأن حصانة الحقوق التي لا علاقة لها بعقد النكاح من السقوط بفعل المخالعة في كل الأحوال، لأن الزوجين فيها كالأجانب، إلا أنهم اختلفوا انتهاءً بخصوص ما بينهما من حقوق تتعلق بالزوجية (أولاً) وبالصغار (ثانياً).

أولاً: أثر الخلع في الحقوق الزوجية

تنصرف هذه الحقوق إلى الأحكام المالية المرتبطة بعقد النكاح وبحله، وتتناول المهر (أ) والنفقة والسكنى (ب).

(1) «فَلَوْ بَذَلَتْ لَهُ الْعُوضَ وَشَرَطَ الرَّجْعَةَ، فَفِيهَا رَوَايَتَانِ رَوَاهُمَا ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ: إِحْدَاهُمَا ثُبُوتُهَا، وَبِهَا قَالَ سَحْنُونُ (...) وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُمَا قَدْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ يَكُونَ الْعُوضُ فِي مُقَابَلَةٍ مَا يَسْتَقُطُّ مِنْ عَدَدِ الطَّلَاقِ.» شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج3، ص146.

(أ) أثر الخلع في المهر: في الفروض التي يخالغ فيها الزوج زوجته على عوض معلوم، ويكون هذا الأخير مساوياً للمهر أو أزيد منه، يستحقه الزوج بالغاً ما بلغ، ولا مجال للحديث عن الإسقاط بداهة، لأنه لم يبق من المهر ما يمكن أن يطاله الإسقاط، إن في حال المساواة أو الزيادة، أما إذا كان البذل دون الصداق، فقد اختلف الفقهاء فيما بقي منه - وهو القدر الزائد عن العوض - على ثلاثة مذاهب.

يميل أولها إلى القول بأن الخلع إذا وقع بلفظه أو لفظ المبرأة كان مسقطاً لكل حق ثابت في المهر لأحد الزوجين قبل الآخر، ومن ثمة لا يكون لأحدهما تجاه صاحبه دعوى في المهر مقبوضاً كان أو غير مقبوض، يستوي حدوث الخلع قبل الدخول أو بعده، وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة⁽¹⁾ والإمام مالك⁽²⁾.

وحجتهم في ذلك أن لفظ الخلع يفيد - بوصفه انتزاعاً - براءة الزوجين جميعاً مما عليهما من حقوق كل من جهته صوب الآخر، لأن مجرد بقاء شيء من هذه الحقوق لأحدهما قبل صاحبه يقوض ما في الخلع من معاني الانتزاع والاختلاع، ويفرغه مما ينطوي عليه من حسم يحول دون استمرار

(1) «وينسقط الخلع والمبرأة كل حق لكل منهما على الآخر بأن يقول هو لامرأته برأت من نكاحك بكذا وتقبل هي ولا يبقى لأحدهما دعوى في المهر مقبوضاً كان أو غير مقبوض قبل الدخول أو بعده (...) وهذا كله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى». أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشحنة الثقفي الحلبي (المتوفى: 882هـ)، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البايع الحلبي - القاهرة، الطبعة الثانية، 1393هـ - 1973م، ص 330. «...لو خالغها أو بارأها بمال معلوم كان للزوج ما سمى له، ولم يبق لأحدهما قبل صاحبه دعوى في المهر مقبوضاً كان أو غير مقبوض قبل الدخول بها أو بعده» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 94.

(2) «قلت: أرايت المختلعة أكون لها المنة إذا اختلعت قبل البناء بها وقد فرض لها أو لم يفرض لها إذا اختلعت قبل البناء بها، أكون لها المنة في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا منة للمختلعة ولا للمبارقة. قال ابن القاسم: ولم يختلف هذا عندنا دخل بها أو لم يدخل بها سمى لها صداقاً أو لم يسم لها صداقاً». مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج 2، ص 240. «ولا منة للمختلعة ولا للمصالحة ولا للمفتدية ولا للملاعة ولا للأمة تعتق فتختار نفسها، دخل بمن أم لا، سمى لمن صداقاً أم لا». خلف بن أبي القاسم الأزدي، التهذيب في اختصار المدونة، المرجع السابق، ج 2، ص 380.

النزاع⁽¹⁾، ويعطف عليه لفظ المبرأة لأنه يقتضي التقايل من الجانبين مطلقاً، لاسيما وأنه صيغة مفاعلة من البراءة⁽²⁾.

هذا وقصر المذهب الثاني أثر الإسقاط على المبرأة دون الخلع، بحيث إذا تم الافتداء بلفظ الخلع، لم يكن مسقطاً لما بينهما من حقوق تناول المهر إلا بقدر ما وقعت عليه التسمية وانصرف إليه الاتفاق، بينما تنال صيغة المبرأة من كل حق بين الزوجين يتعلق بالمهر، وإليه ذهب أبو يوسف من الحنفية⁽³⁾.

ويعزى سبب التفرقة بين اللفظين في مذهبه، إلى أن صيغة المبرأة صريح في إيجابها، من منطلق ثبوتها نصاً، فاقتضى ذلك جريانها مطلقاً، فتسري بهذا التوصيف على جميع الحقوق القائمة بينهما بسبب النكاح ومنها الصداق، أما لفظ الخلع فليس فيه ما يوجب البراءة نصاً لعدم انطوائه على ما يفيد صراحة، بل تثبت فيه اقتضاء، والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون كذلك من جميع الوجوه، فيسري الإسقاط في كنفه بقدر ما وقعت عليه التسمية دون سواها⁽⁴⁾.

(1) «قَالَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - (وَيُسْقَطُ الْخُلْعُ وَالْمُبَارَاةُ...) وَلَأَبَى خَيْفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّ الْخُلْعَ أَيْضًا يَفْتَضِي الْبَرَاءَةَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، لِأَنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ الْخُلْعِ وَهُوَ الْفَضْلُ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إِلَّا إِذَا لَمْ يَبْقَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِيلَ صَاحِبِهِ حَقٌّ وَإِلَّا تَحَقَّقَتِ الْمُنَازَعَةُ بَعْدَهُ.» «عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج2، ص272.

(2) «الْمُبَارَاةُ مُفَاعَلَةٌ مِنَ الْبَرَاءَةِ وَقَضِيَّتُهَا الْبَرَاءَةُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مُطْلَقًا، إِلَّا أَنَّا افْتَصَرْنَا عَلَى مَا وَقَعَتِ الْمُبَارَاةُ لِأَجْلِهِ وَهُوَ حُقُوقُ النِّكَاحِ.» أبو الفضل عبيد الله البلدحي، الاختيار، المرجع السابق، ج3، ص160.

(3) «وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْخُلْعَ، وَالْمُبَارَاةَ عِنْدَ أَبِي خَيْفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - تَوْجِبَانِ بَرَاءَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ مِنَ الْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ بِالنِّكَاحِ (...) وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يُوجِبَانِ إِلَّا الْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ (...) وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - فِي الْخُلْعِ الْجَوَابُ كَمَا قَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -، وَفِي الْمُبَارَاةِ الْجَوَابُ كَمَا قَالَ أَبُو خَيْفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - «مُحَمَّدُ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيِّ، الْمَبْسُوطُ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ج6، ص189.» «قَوْلُهُ وَالْخُلْعُ وَالْمُبَارَاةُ يُسْقِطَانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْآخَرِ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ عِنْدَ أَبِي خَيْفَةَ (...) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْمُبَارَاةِ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي خَيْفَةَ وَأَمَّا الْخُلْعُ فَهُوَ كَالطَّلَاقِ عَلَى مَا لَا يُسْقِطُ إِلَّا مَا سَمَّيَاهُ.» أبو بكر بن علي الزَّيْدِي، الجوهرة النيرة، المرجع السابق، ج2، ص61.

(4) «قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْخُلْعِ، وَالْمُبَارَاةِ أَنَّ الْمُبَارَاةَ صَرِيحٌ فِي إِبْجَابِ الْبَرَاءَةِ، لِأَنَّهَا إِثْبَاتُ الْبَرَاءَةِ نَصًّا فَيَقْتَضِي ثُبُوتَ الْبَرَاءَةِ مُطْلَقًا فَيَطْهَرُ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ الثَّابِتَةِ بَيْنَهُمَا بِسَبَبِ النِّكَاحِ، فَأَمَّا الْخُلْعُ فَلَيْسَ نَصًّا فِي إِبْجَابِ الْبَرَاءَةِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي لَفْظِهِ مَا يُنْبِئُ عَنِ الْبَرَاءَةِ، وَإِنَّمَا تُثَبِّتُ الْبَرَاءَةُ مُقْتَضَاهُ، وَالثَّابِتُ بِطَرِيقِ الْإِقْتِضَاءِ لَا يَكُونُ ثَابِتًا مِنْ جَمِيعِ الْوُجُوهِ فَتَبَيَّنَتْ الْبَرَاءَةُ بِقَدْرِ مَا وَقَعَتْ التَّسْمِيَةُ لَا غَيْرَ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص151.

وعلى النقيض مما قرره أصحاب المذهب الأول، جنح بعض الفقهاء إلى القول بأن الخلع والمبارأة لا يسقطان من حقوق المهر إلا ما وقع عليه الاتفاق، ومفاد ذلك أن الزوج إذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فإنهما يتراجعان فيما بينهما من حقوق تتناول الصداق، فإذا حدث وأن خالعا قبل الدخول استحققت نصف المهر وإن كان الزوج قد عجله إليها جميعاً تعين عليها رد نصفه، أما إذا كانت مفوضة⁽¹⁾ كما لو طلبت من وليها أن ينكحها دون مهر وجبت لها المتعة، وإلى هذا ذهب عطاء بن أبي رباح، والنخعي، والزهرى⁽²⁾، والشافعي⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، وابن حزم الظاهري⁽⁵⁾، والزيدي⁽⁶⁾، ومحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية⁽⁷⁾.

(1) «والتَّفْوِضُ الصَّحِيحُ، أَنْ تَأْذَنَ الْمَرْأَةُ الْجَائِزَةُ الْأَمْرَ لَوَلِيِّهَا فِي تَزْوِيجِهَا بِعَيْرِ مَهْرٍ.» عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 83.

(2) «إِذَا خَالَعَ زَوْجَتَهُ، أَوْ بَارَأَهَا بِعَوْضٍ، فَإِنَّهُمَا يَتَرَجَعَانِ بِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْحُقُوقِ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ، وَإِنْ كَانَتْ قَبْضَتْهُ كُلَّهُ، رَدَّتْ نِصْفَهُ، وَإِنْ كَانَتْ مُفَوَّضَةً، فَلَهَا الْمُتَعَةُ. وَهَذَا قَوْلُ عَطَاءٍ، وَالنَّخَعِيِّ، وَالزُّهْرِيِّ...» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 328.

(3) «وَإِنْ تَخَالَعَا وَقَدْ سَمِيَ لَهَا صَدَاقًا وَلَمْ يَذْكُرْهُ فَهُوَ كَمَا وَصَفْتُ، لَهَا الصَّدَاقُ إِنْ دَخَلَ وَنِصْفُهُ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فَإِنْ كَانَ الصَّدَاقُ فَاسِدًا فَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا إِنْ دَخَلَ وَنِصْفُ مَهْرٍ مِثْلِهَا إِنْ لَمْ يَدْخُلْ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَمِيَ صَدَاقًا فَلَهَا الْمُتَعَةُ وَالْخُلْعُ جَائِزٌ» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 5، ص 216. «وَالْخُلْعُ عَلَى غَيْرِ الصَّدَاقِ قَبْلَ قَبْضِهِ لَا يُسْقِطُ حَقَّهَا مِنْهُ، وَبَعْدَ قَبْضِهِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ لَا يُسْقِطُ حَقَّ الزَّوْجِ مِنْ نِصْفِهِ عِنْدَنَا.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 436.

(4) «وَإِذَا تَخَالَعَا بِلَفْظِ الْخُلْعِ أَوْ الْمَفَادَةِ أَوْ الْفَسْخِ تَرَجَعَا بِمَا بَيْنَهُمَا مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ كَمَا لَوْ كَانَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ وَعَنْهُ تَسْقُطُ إِنْ سَكَتَ عَنْهَا» عبد السلام أبو البركات مجد الدين بن تيمية، احرر، المرجع السابق، ج 2، ص 48. «(وَإِذَا تَخَالَعَا) أَيُّ الزَّوْجَانِ (أَوْ تَطَلَّقَا) بِأَنْ سَأَلَتْهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَأَجَابَهَا (تَرَجَعَا بِمَا بَيْنَهُمَا مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ فَلَا يَسْقِطُ شَيْءٌ مِنْهُمَا) أَيُّ مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ بِالْخُلْعِ وَلَا بِالطَّلَاقِ (وَلَوْ سَكَتَ عَنْهَا) خَالَ الْخُلْعُ قَبْلَ الدُّخُولِ (فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ فَإِنْ كَانَتْ قَدْ قَبْضَتْهُ رَدَّتْ نِصْفَهُ وَإِنْ كَانَتْ مُفَوَّضَةً فَلَهَا الْمُتَعَةُ) لِأَنَّ الْمَهْرَ حَقٌّ فَلَا يَسْقِطُ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ وَلَا الْخُلْعِ.» منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 230.

(5) «وَمَنْ خَالَعَ امْرَأَتَهُ خُلْعًا صَحِيحًا (...) وَلَا يَسْقِطُ بِذَلِكَ عَنْهُ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ صَدَاقِهَا - قَلٌّ أَوْ كَثُرَ.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 525.

(6) «وَلَا يُوجِبُ الْخُلْعُ بَرَاءَةَ الزَّوْجِ مِنْ سَائِرِ الْحُقُوقِ كَالطَّلَاقِ.» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 303.

(7) «(لِمُحَمَّدٍ أَنَّ هَذِهِ) أَيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ مُعَاوَضَةٌ وَفِي الْمُعَاوَضَاتِ يُعْتَبَرُ الْمَشْرُوطُ لَا غَيْرُ» محمد أكمل الدين البابرتي، العناية، المرجع السابق، ج 4، ص 234. «وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَسْقِطُ إِلَّا مَا سَمَّيَاهُ فِيهِمَا أَيُّ فِي الْخُلْعِ وَالْمُبَارَاةِ.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 452.

وحجتهم في ذلك أن الخلع طلاق بعوض، فأشبهه الطلاق على مال، والجامع بينهما أن الحق في منعة من السقوط ما لم تتجه إرادة صاحبه إلى إسقاطه، وليس ثمة - إن في صيغة الخلع أو المبرأة - ما يوجب حمل إرادة العاقد على قبول إسقاط ما لم تنعقد النية على إسقاطه فعلاً⁽¹⁾، كما أن طبيعة الإبراء تقتضي أن يرد على حقوق قائمة قبل الخلع، وليس كذلك نصف المهر الذي صار إلى الزوج بمقتضاه، لأنه لم يكن قد وجب إليه بعد قبل الخلع، فلم يسقط بالمبرأة كنفقة العدة⁽²⁾، ومع ذلك لا يجوز قياس المهر على نفقة العدة في هذا المقام، لأن هذه الأخيرة لا تثبت أصلاً إلا دبر الفرقة بخلاف الصداق، والخلع مسقط للواجب لا مانع من الوجوب⁽³⁾.

بعد هذا العرض، نقدر أن أكثر الآراء اتفاقاً مع الواقع، ما ذهب إليه الإمامان أبو حنيفة ومالك، من حيث إسقاط الخلع لكل الحقوق المتعلقة بالمهر، إذ تبرأ به ذمة الزوج، من جميع الحقوق الثابتة لها عليه بمقتضى النكاح، كالصداق والمتعة، كما تبرأ به ذمة الزوجة أيضاً، فلا يرجع الزوج عليها بشيء إن كانت قد قبضت المهر، يستوي حدوث ذلك قبل الدخول أو بعده، لما في هذا الحل من حسم للخصومة وقطع للنزاع، وهو ما قرره المشرع الأردني في المادة (107) من قانون الأحوال الشخصية بقوله: «إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت الخلع برئ كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية». وإن قصر المسألة على فرض عدم تسمية البدل وقت الاختلاع.

(ب) أثر الخلع في نفقة المختلعة وسكناها: لقد علمنا فيما سبق أن الخلع - في الراجح

من الأقوال - طلاق بائن تملك به الزوجة نفسها ملكاً تاماً، بحيث لا يبقى معه للزوج سبيل في ردها إلى عصمته سواء كانت في العدة أو بعدها.

(1) «إنَّ الْخُلْعَ طَلَاقٌ بِعَوْضٍ فَأَشْبَهَ الطَّلَاقَ عَلَى مَالٍ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ حَقَّ الْإِنْسَانِ لَا يَسْقُطُ مِنْ غَيْرِ إِسْقَاطِهِ، وَلَمْ يُوْجَدْ فِي الْمُؤْضِعَيْنِ إِلَّا إِسْقَاطُ مَا سَمِيَ، فَلَا يَسْقُطُ مَا لَمْ يَحْزَ بِهِ التَّسْمِيَةُ، وَلِهَذَا لَمْ يَسْقُطْ بِهِ سَائِرُ الدُّيُونِ الَّتِي لَمْ يَحْبِ بِسَبَبِ النِّكَاحِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص151.

(2) «وَلَكِنَّا أَنَّ الْمَهْرَ حَقٌّ لَا يَسْقُطُ بِالْخُلْعِ، إِذَا كَانَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ، فَلَا يَسْقُطُ بِلَفْظِ الْخُلْعِ، وَالْمُبَارَاةُ، كَسَائِرِ الدُّيُونِ وَنَفَقَةِ الْعِدَّةِ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، وَلَئِنْ نِصَفَ الْمَهْرَ الَّذِي يَصِيرُ لَهُ لَمْ يَحْبِ لَهُ قَبْلَ الْخُلْعِ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِالْمُبَارَاةِ، كَنَفَقَةِ الْعِدَّةِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص328.

(3) «وَنَفَقَةُ الْعِدَّةِ لَمْ يَحْبِ بَعْدُ وَالْخُلْعُ مُسْقَطٌ لِلْوَاجِبِ لَا مَانِعٍ مِنَ الْوُجُوبِ.» عثمان فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج2، ص272.

ورغم انقضاء الزوجية بهذه البينة على نحوٍ حالٍ، أجمع الفقهاء على وجوب النفقة للمختلعة إذا كانت حاملاً مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽¹⁾، حيث اقتضى النص السامي لزوم النفقة للحوامل المطلقات طلاقاً بائناً ومنهن المختلعة⁽²⁾.

أما إذا كانت حائلاً، فقد اختلفوا في استحقاقها للنفقة والسكنى، حيث ذهب البعض إلى القول بوجوب هذه الحقوق كاملةً، ولا أثر للخلع في إسقاط أيٍّ منها، وروي هذا الرأي عن عمر ابن الخطاب، وعبد الله بن مسعود⁽³⁾، وإليه ذهب الحنفية⁽⁴⁾، والظاهرية⁽⁵⁾، واحتجوا لرأيهم من القرآن الكريم بقوله ﷺ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾⁽⁶⁾، وفيه أمر بعدم إخراجهن أو خروجهن من بيت الزوجية بعد الطلاق، فدل ذلك على استحقاق السكنى لعموم المطلقات.

(1) سورة الطلاق، الآية 6.

(2) «وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فِي عِدَّتِهَا رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا نَفَقَةٌ لِلْمَبْنُوتَةِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا.» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ص 403 و 404. «قُلْتُ: أَرَأَيْتَ الْمُخْتَلِعَةَ وَالْمُبَارِئَةَ أَيْكُونُ هُمَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ فِي قَوْلِ مَالِكٍ؟ قَالَ: إِنْ كَانَتَا حَامِلَيْنِ فَلَهُمَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فِي قَوْلِ مَالِكٍ» مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج 2، ص 51. «وَأَمَّا الْمَبْنُوتَةُ إِمَّا بِالْخُلْعِ أَوْ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَلَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 11، ص 465. «إِذَا خَالَعَتِ الْحَامِلَ زَوْجَهَا، وَلَمْ تَبْرَثْهُ مِنْ حَمْلِهَا، فَلَهَا النِّفَقَةُ وَالسُّكْنَى» شمس الدين محمد الزركشي، شرح الزركشي، المرجع السابق، ج 6، ص 29.

(3) «وَإِنْ كَانَتْ حَائِلًا فَقَدْ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي وَجُوبِ السُّكْنَى وَالنَّفَقَةِ لَهَا عَلَى ثَلَاثَةِ مَذَاهِبٍ: (...) وَالثَّانِي: هُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةَ. وَبِهِ قَالَ مِنَ الصَّحَابَةِ عُمَرُ وَابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 11، ص 465.

(4) «وَالْمُخْتَلِعَةُ، وَالْمُبَارِئَةُ النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى مَا دَامَ فِي الْعِدَّةِ» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 172. «لَأَنَّ لِلْمُخْتَلِعَةِ وَالْمُبَارِئَةِ النَّفَقَةَ وَالسُّكْنَى مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ» محمد أكمل الدين البابرتي، العناية، المرجع السابق، ج 4، ص 233.

(5) «وَمَنْ خَالَعَ امْرَأَتَهُ خُلْعًا صَحِيحًا لَمْ يَسْقُطْ بِذَلِكَ عَنْهُ نَفَقَتُهَا وَكِسْوَتُهَا وَإِسْكَانُهَا فِي الْعِدَّةِ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ ثَلَاثَةً تَجْمُوعَةً أَوْ مُفَرَّقَةً.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 525.

(6) سورة الطلاق، الآية 1.

فإذا قيل: أن المستهدفة بالآية الكريمة إنما هي المطلقة رجعيًا بدليل قوله ﷺ فيما يليها كلامه الكريم: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ مُحَدِّثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾⁽¹⁾، وقوله ﷺ: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾⁽²⁾، والجواب عليه، أن أول الآية عام في الرجعية والبائن، وما تم الاحتجاج به خاص بالثانية دون الأولى، وهذا جائز مألوف في القرآن، كما في قوله ﷺ: ﴿وَالْمُطَلَّقَتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁽³⁾، فهو حكم شامل للرجعية والبائن، ثم خصت الأولى بعده بإمكان الرجعة مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾⁽⁴⁾، فلم يمنع ذلك من انصراف أول الآية للمطلقات جميعاً⁽⁵⁾.

كما استشهدوا أيضاً بقوله ﷺ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾⁽⁶⁾، في إشارة إلى وجوب نفقة المبتوتة استدلالاً بالقول الكريم من ثلاثة أوجه، أحدها أنه، لما كانت السكنى حقاً في مالٍ ثابتٍ بنص الكتاب الكريم للمبتوتة والرجعية، اقتضى ذلك وجوب النفقة لهما معاً من بابٍ أولى، باعتبار السكنى حق في مالٍ، وهي بعض النفقة، والثاني، قوله ﷺ: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾⁽⁷⁾، والمضارة تقع في النفقة كما تقع في السكنى، أما الوجه الثالث، فقوله ﷺ: ﴿لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾⁽⁸⁾، والتضييق قد يكون في النفقة أيضاً⁽⁹⁾.

(1) سورة الطلاق، الآية 1.

(2) سورة الطلاق، الآية 2.

(3) سورة البقرة، الآية 228.

(4) سورة البقرة، الآية 228.

(5) أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 11، ص 247.

(6) سورة الطلاق، الآية 6.

(7) سورة الطلاق، الآية 6.

(8) سورة الطلاق، الآية 6.

(9) أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج 3، ص 614.

وقد نوقش هذا الدليل من جهة انصرافه إلى الرجعية، فيكون خارجاً عن محل النزاع، وأن التضييق وارد في السكنى لا في النفقة بدليل ما قبله ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾⁽¹⁾، وهو رأي يبطل بما بطل به الاعتراض السابق.

واحتجوا من القرآن أيضاً بقوله ﷻ: ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَ﴾⁽²⁾، ووجه الدلالة أن المولى ﷻ أوجب النفقة للحامل، والنفقة في هذا الفرض لا تخلو من أن تكون مستحقة للحمل - لأنه ولده، فيلزمه الإنفاق عليه، ولا يمكنه ذلك إلا بالإنفاق على أمه - أو للحامل بوصفها محبوسة على الزوج في بيته، فلما اتفق الجميع على أنها واجبة بالنص للرجعية لا لحملها من منطلق احتباسها على المطلق، وجب أن تكون مستحقة للمبتوتة لذات العلة⁽³⁾.

هذا وساقوا من السنة النبوية الشريفة ما روي عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس «أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، فَلَمْ يَجْعَلْ لَهَا النَّيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَفَقَةً وَلَا سُكْنًى»، قَالَ: فَذَكَرَ ذَلِكَ لِإِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ فَقَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: «لَا نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَلَا سُنَّةَ نَبِينَا لِقَوْلِ امْرَأَةٍ: لَهَا النِّفَقَةُ وَالسُّكْنَى.»⁽⁴⁾

وما جاء عن أبي إسحاق، قَالَ: «كُنْتُ مَعَ الْأَسْوَدِ بْنِ يَزِيدَ جَالِسًا فِي الْمَسْجِدِ الْأَعْظَمِ، وَمَعَنَا الشَّعْبِيُّ، فَحَدَّثَ الشَّعْبِيُّ بِحَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لَمْ يَجْعَلْ لَهَا سُكْنًى وَلَا نَفَقَةً»، ثُمَّ أَخَذَ الْأَسْوَدُ كَفًّا مِنْ حَصَى، فَحَصَبَهُ بِهِ، فَقَالَ: وَيْلَكَ تُحَدِّثُ بِمِثْلِ هَذَا، قَالَ عُمَرُ: «لَا نَتْرُكُ كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِقَوْلِ امْرَأَةٍ، لَا نَدْرِي لَعَلَّهَا حَفِظَتْ، أَوْ

(1) سورة الطلاق، الآية 6.

(2) سورة الطلاق، الآية 6.

(3) أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج 3، ص 614.

(4) محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان، المرجع السابق، الحديث رقم: 4250، ج 10، ص 63. سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1359، ج 1، ص 363. إسحاق بن راهويه، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 2367، ج 5، ص 225. أبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 4522 و 4523، ج 3، ص 67 و 68. أبو بكر محمد بن المقرئ، المعجم، المرجع السابق، الحديث رقم: 711، ص 221. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 15730، ج 7، ص 781.

نَسِيَتْ، لَهَا الشُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾.⁽¹⁾

وما رواه إبراهيم، عن الأسود، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أَنَّه لَمَّا بَلَغَهُ قَوْلُ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ قَالَ: "لَا نَدْعُ كِتَابَ اللَّهِ لِقَوْلِ امْرَأَةٍ لَعَلَّهَا نَسِيَتْ"».⁽²⁾

وما ورد عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: «كَانَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ قَيْسٍ تُحَدِّثُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ لَهَا: "اعْتَدِي فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ"، وَكَانَ مُحَمَّدُ بْنُ أُسَامَةَ بْنُ زَيْدٍ يَقُولُ: كَانَ أُسَامَةُ إِذَا ذَكَرَتْ فَاطِمَةُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا، رَمَاهَا بِمَا كَانَ فِي يَدِهِ، قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ: فَهَذَا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ قَدْ أَنْكَرَ مِنْ ذَلِكَ أَيْضًا مَا أَنْكَرَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَقَدْ أَنْكَرَتْ ذَلِكَ أَيْضًا عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا».⁽³⁾

وأما من الأثر، فما روي عن الحسن بن عطية، عن قيس قال: «قُلْتُ لِابْنِ أَبِي لَيْلَى: قَوْلُ عُمَرَ: "لَا نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا لِقَوْلِ امْرَأَةٍ لَا نَدْرِي حَفِظَتْ أَوْ نَسِيَتْ"، أَيْنَ هُوَ فِي الْقُرْآنِ؟ قَالَ: فَلَمْ يَدْرِ قَالَ قُلْتُ: بَلَى هُوَ فِي قِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾».⁽⁴⁾

يستفاد من هذه الأخبار مجتمعة، وجوب النفقة والسكنى للمختلعة بوصفها بائناً، لأنه أنكر على المبتوتة فيها، ما حدثت به عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، بقول عمر ابن الخطاب: "لا ندع كتاب ربنا وسنة

(1) مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1480، ج 2، ص 1118. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5712، ج 5، ص 316. أبو نعيم الأصبهاني، المسند المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 3504 و 3505، ج 4، ص 168 و 169. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 3549، ج 6، ص 209. أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 4615، ج 3، ص 183. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3960 و 3961، ج 5، ص 45 و 47. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 2291، ج 2، ص 288.

(2) أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 15731، ج 7، ص 781. أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3959 و 3964 و 3965، ج 5، ص 45 و 49.

(3) أبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 4526، ج 3، ص 68.

(4) أبو سعيد بن الأعرابي، المعجم، المرجع السابق، الأثر رقم: 1358، ج 2، ص 678.

نبينا" فاقترضى أن يكون ذلك نصاً من النبي ﷺ في إيجابها⁽¹⁾، غير أن أساطين التحقيق يرون أن ما نسب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أثر منقطع، بل ويكون حديث فاطمة بنت قيس أولى منه حتى في فرض اتصاله، لأن الخبر وارد فيها، فكانت بما تضمنه أخبر، قياساً على أخذ الفقهاء في التقاء الختانين بحديث عائشة وقولها: "فعلته أنا ورسول الله ﷺ فاغتسلنا"⁽²⁾.

كما استدل هذا المذهب لرأيه من المعقول بوجوب النفقة للمطلقة رجعيّاً إبان عدتها اتفاقاً، فوجب أن تستحقها المبتوتة تبعاً، لاشتراكهما في معنى واحد، قوامه أنها معتدة من طلاق، وأنها محبوسة على زوجها بحكم عقد صحيح، وأنها مستحقة للسكنى.

غير أن قياس المبتوتة على الرجعية في هذا المقام قياس غير سديد، لأن وجوب النفقة للثانية إنما يكون نظير رجعتها، بينما تأخذ البائن حكم الأجنبية لعدم التوارث، وسقوط الزوجية، وثبوت الحرمة بينهما مما يحول دون الاستمتاع بها، فافترقا، وأما التعليل بأنها محبوسة لحق زوجها عن غيره، فيفسد بالمطوعة شبهة والمعتدة من وفاة، كما يبطل قياس استحقاقها للنفقة على السكنى، من حيث أن المعنى في هذه الأخيرة يستهدف تحصيل ماء الزوج، فاستوى ثبوتها في حال الزوجية وبعدها، أما النفقة فتبذل لأجل التمكين، وهو ما يتحقق حال الزوجية لا دبر زوالها.

وعلى النقيض مما سبق، جنح نفرٌ من الفقهاء إلى القول بوقوف الخلع دون الحق في النفقة والسكنى، وروي هذا الرأي عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس، وجابر، وعطاء، وطاوس، والحسن وعكرمة، وميمون بن مهران، وإسحاق، وأبي ثور، وداود، والحنابلة في ظاهر المذهب⁽³⁾.

(1) أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج 3، ص 615 و 616.

(2) «وَأَثَرُ عُمَرَ فَمِنْ مَقْطُوعٍ، لِأَن رَاوِيَهُ النَّخَعِيُّ وَلَمْ يَلْحَقْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَإِنْ اتَّصَلَ لَكَانَ حَدِيثُ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ أَوَّلَ مِنْهُ، لِأَنَّ الْجَبَرِ فِيهَا وَارِدٌ فَكَانَتْ بِمَا تَضَمَّنَتْ أَخْبَرَ كَمَا أَخَذَ الْفُقَهَاءُ فِي التَّقَاءِ الْخِتَانَيْنِ بِحَدِيثِ عَائِشَةَ وَقَوْلِهَا: "فَعَلْتُهُ أَنَا وَرَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَاعْتَسَلْنَا" أَبُو الْحَسَنِ الْمَاورِدِي، الْحَاوِي الْكَبِيرُ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ج 11، ص 466.

(3) «وَجُمْلَةُ الْأَمْرِ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا، فَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ ثَلَاثًا، أَوْ يَخْلَعُ، أَوْ بَائِنًا بِفَسْخٍ (...) وَإِنْ كَانَتْ حَائِلًا (...) وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ، لَا سُكْنَى لَهَا، وَلَا نَفَقَةٌ وَهِيَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَقَوْلُ عَلِيٍّ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَجَابِرٍ، وَعَطَاءٍ، وَطَاوُسٍ، وَالْحَسَنِ وَعَكْرَمَةَ، وَمَيْمُونِ بْنِ مِهْرَانَ، وَإِسْحَاقَ، وَأَبِي ثَوْرٍ، وَدَاوُدَ...» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 8، ص 232. «قوله: (أو طلاق) البائن بطلاق، كأن يكون بعوض، أو يكون آخر ما يملك من العدد (...) قوله: (لها ذلك إن كانت حاملاً) أي: للبائن بفسخ أو طلاق النفقة إن كانت حاملاً، وإن لم تكن حاملاً فلا شيء لها (...) هو المشهور من مذهب الإمام أحمد.» محمد بن صالح العثيمين، الشرح المتمم، المرجع السابق، ج 13، ص 465.

واستندوا في عدم استحقاق المختلعة لهذه الحقوق إلى السنة النبوية الشريفة، وما جاء فيها عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن فاطمة بنت قيس من أن « أبا عمرو بن حفص طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ بِالشَّامِ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكَيْلُهُ بِشَعِيرٍ فَسَخِطَتْهُ، فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا لَكَ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، فَجَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: "لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ، وَأَمْرُهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكِ"، ثُمَّ قَالَ: "تِلْكَ امْرَأَةٌ يَعْشَاهَا أَصْحَابِي، اعْتَدِّي عِنْدَ عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى تَضَعِينَ ثِيَابَكَ عِنْدَهُ، فَإِذَا حَلَلْتَ فَأَذِينِي"، قَالَتْ: فَلَمَّا حَلَلْتُ ذَكَرْتُ لَهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ وَأَبَا جَهْمٍ بْنَ هِشَامٍ خَطَبَانِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُغْلُوكَ، لَا مَالَ لَهُ، أَنْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ، قَالَتْ: فَكَرِهْتُهُ، ثُمَّ قَالَ: "أَنْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ" فَتَكَحَّتْهُ، فَجَعَلَ اللَّهُ فِي ذَلِكَ خَيْرًا، وَاعْتَبَطْتُ بِهِ. »⁽¹⁾.

وروي في ذات الواقعة عن الشعبي أنه قال: « دَخَلْتُ عَلَى فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ فَسَأَلْتُهَا عَنْ قَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ: طَلَّقَهَا زَوْجُهَا الْبَتَّةَ، فَقَالَتْ: فَخَاصَمْتُهُ إِلَى رَسُولِ

(1) مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، الحديث رقم: 67، ج2، ص580. محمد بن إدريس الشافعي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 1315، ج3، ص131. أبو بكر بن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 18842، ج4، ص153. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 27327، ج45، ص309. مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1480، الحديث رقم: 1480، ج2، ص1114 و1115. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2284، ج2، ص285. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5989، ج5، ص445. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، ج6، ص75. عبد الله بن الجارود، المنتقى من السنن المسندة، المرجع السابق، الحديث رقم: 760، ص191. أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 4139 و4588 و4636، ج3، ص42 و176 و187. أبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 4506 و4508 و4515 و4518، ج3، ص64 و65 و66. محمد بن حبان البستي، الإحسان، المرجع السابق، الحديث رقم: 4289 و4290، ج10، ص124 و125. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، ج24، ص366 و367. أبو داود سليمان بن داود بن الجارود الطيالسي البصري (المتوفى: 204هـ)، مسند أبي داود الطيالسي، المحقق: الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، الناشر: دار هجر - مصر، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1999م، الحديث رقم: 1750، ج3، ص214. سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 589، ج1، ص189. أبو سعيد بن الأعرابي، المعجم، المرجع السابق، الحديث رقم: 116، ج1، ص80.

الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي السُّكْنَى وَالنَّفَقَةِ، قَالَتْ: "فَلَمْ يَجْعَلْ لِي سَكْنَى، وَلَا نَفَقَةً، وَأَمَرَنِي أَنْ أَعْتَدَ فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ".⁽¹⁾

وفيهما أيضاً عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أنه قال: «أَنَّ أَبَا عَمْرٍو بْنَ حَفْصِ بْنِ الْمُغِيرَةِ، خَرَجَ مَعَ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ إِلَى الْيَمَنِ، فَأَرْسَلَ إِلَى امْرَأَتِهِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ بِتَطْلِيقَةٍ كَانَتْ بَقِيَتْ مِنْ طَلَاقِهَا، وَأَمَرَ لَهَا الْحَارِثُ بْنُ هِشَامٍ، وَعَيَّاشُ بْنُ أَبِي رِبْعَةَ بِنَفَقَةٍ، فَقَالَا لَهَا: وَاللَّهِ مَا لَكَ نَفَقَةٌ إِلَّا أَنْ تَكُونِي حَامِلًا، فَأَتَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَذَكَرَتْ لَهُ قَوْلَهُمَا، فَقَالَ: "لَا نَفَقَةَ لَكَ"، فَاسْتَأْذَنَتْهُ فِي الْإِنْتِقَالِ، فَأَذِنَ لَهَا، فَقَالَتْ: أَيْنَ يَا رَسُولَ اللهِ؟ فَقَالَ: "إِلَى ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ" وَكَانَ أَعْمَى، تَضَعُ ثِيَابَهَا عِنْدَهُ وَلَا يَرَاهَا، فَلَمَّا مَضَتْ عِدَّتُهَا أَنْكَحَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا مَرْوَانُ، فَبَيْصَةَ بْنَ ذُوَيْبٍ يَسْأَلُهَا عَنِ الْحَدِيثِ، فَحَدَّثَتْهُ بِهِ، فَقَالَ مَرْوَانُ: لَمْ نَسْمَعْ هَذَا الْحَدِيثَ إِلَّا مِنْ امْرَأَةٍ، سَنَأْخُذُ بِالْعِصْمَةِ الَّتِي وَجَدْنَا النَّاسَ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ فَاطِمَةُ، حِينَ بَلَغَهَا قَوْلُ مَرْوَانَ: فَبَيْنِي وَبَيْنَكُمْ الْقُرْآنُ، قَالَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾، قَالَتْ: هَذَا لِمَنْ كَانَتْ لَهُ مُرَاجَعَةٌ، فَأَيُّ أَمْرٍ يَخْدُثُ بَعْدَ الثَّلَاثِ؟ فَكَيْفَ تَقُولُونَ: لَا نَفَقَةَ لَهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا؟ فَعَلَّامٌ تَحْسِبُونَهَا؟»⁽²⁾.

وعن أبي بكر بن أبي الجهم قال: «سَمِعْتُ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ، تَقُولُ: أَرْسَلَ إِلَيَّ زَوْجِي أَبُو عَمْرٍو بْنُ حَفْصِ بْنِ الْمُغِيرَةِ، عَيَّاشُ بْنُ أَبِي رِبْعَةَ بِطَلَاقِي، وَأَرْسَلَ مَعَهُ بِخُمْسَةِ أَصْعِ تَمْرٍ، وَخُمْسَةِ أَصْعِ شَعِيرٍ، فَقُلْتُ: أَمَا لِي نَفَقَةٌ إِلَّا هَذَا؟ وَلَا أَعْتَدُ فِي مَنْزِلِكُمْ؟ قَالَ: لَا، قَالَتْ: فَشَدَدْتُ عَلَيَّ ثِيَابِي، وَأَتَيْتُ

(1) مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 42، ج 2، ص 1117. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 12026، ج 7، ص 23. أبو بكر عبد الله الحميدي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 367، ج 1، ص 355. سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1356 و 1357، ج 1، ص 362. محمد بن عيسى الترمذي، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1180، ج 2، ص 476. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5711، ج 5، ص 316. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 3548، ج 6، ص 208. أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 4613 و 4621، ج 3، ص 182 و 185.

(2) مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1480، ج 2، ص 1117. إسحاق بن راهويه، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 2377، ج 5، ص 231. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2290، ج 2، ص 287. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5715، ج 5، ص 318. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 3552، ج 6، ص 210. أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 4601، ج 3، ص 179.

رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. فَقَالَ: "كَمْ طَلَّقَكُمْ؟" قُلْتُ: ثَلَاثًا، قَالَ: "صَدَقَ، لَيْسَ لَكَ نَفَقَةٌ، اعْتَدِي فِي بَيْتِ ابْنِ عَمِّكَ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ، فَإِنَّهُ ضَرِيرُ الْبَصَرِ، تُلْقِي ثَوْبَكَ عِنْدَهُ، فَإِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُكَ فَأَذِينِي" قَالَتْ: فَخَطَبَنِي خُطَابٌ مِنْهُمْ مُعَاوِيَةُ، وَأَبُو الْجَهْمِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّ مُعَاوِيَةَ تَرِبَ، خَفِيفُ الْحَالِ، وَأَبُو الْجَهْمِ مِنْهُ شِدَّةٌ عَلَى النِّسَاءِ - أَوْ يَضْرِبُ النِّسَاءَ، أَوْ نَحْوَ هَذَا - وَلَكِنْ عَلَيْكَ بِأَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ".⁽¹⁾

كما جاء عن ابن عباس أنه قال: « أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ، قَالَتْ: "لَمْ يَجْعَلْ لِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُكْنَى وَلَا نَفَقَةً، وَاعْتَدْتُ عِنْدَ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ وَكَانَتْ قَدْ طَلَّقْتُ ثَلَاثًا". »⁽²⁾.

وهو خبر قاطع في عدم ثبوت النفقة والسكنى للمختلعة باعتبارها بائناً، إلا أنه - وبوصفه خبر آحاد يشترط للاعتداد به - أن يتعرى من نكير السلف، وقد ثبت إنكار بعض الصحابة له كما سبق وأن بينا مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وما روي عن عائشة أنها قالت: « مَا لِفَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ خَيْرٌ فِي أَنْ تَذْكُرَ هَذَا الْحَدِيثَ. »⁽³⁾، وما قاله سعيد بن المسيب: « تِلْكَ امْرَأَةٌ فَتَنَتِ النَّاسَ كَانَتْ لِسِنَّةٍ عَلَى أَحْمَائِهَا. »⁽⁴⁾، وما ذكره محمد بن أسامة عن زيد بقوله: « كَانَ أُسَامَةُ إِذَا ذَكَرَتْ فَاطِمَةَ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا، رَمَاهَا بِمَا كَانَ فِي يَدِهِ. »⁽⁵⁾. فلم يُنكر الصحابة عليها كل هذا النكير، إلا وقد علموا بطلان ما كانت تحدث به.

⁽¹⁾ مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1480، ج 2، ص 1119. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 27320، ج 45، ص 303 و 304. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5581، ج 5، ص 259. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 3418، ج 6، ص 150. محمد بن حبان البستي، الإحسان، المرجع السابق، الحديث رقم: 4254، ج 10، ص 66 و 67.

⁽²⁾ أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الحديث رقم: 4633، ج 3، ص 186. أبو بكر بن أبي عاصم، الآحاد والمثاني، المرجع السابق، الحديث رقم: 3183، ج 6، ص 7.

⁽³⁾ مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الأثر رقم: 1481، ج 2، ص 1120. أبو عوانة، المستخرج، المرجع السابق، الأثر رقم: 4638، ج 3، ص 187. أبو نعيم الأصبهاني، المسند المستخرج، المرجع السابق، الأثر رقم: 3511، ج 4، ص 171. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 15490، ج 7، ص 711.

⁽⁴⁾ أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الأثر رقم: 12038، ج 7، ص 26. إسحاق بن راهويه، المسند، المرجع السابق، الأثر رقم: 2378 و 2379، ج 5، ص 232. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الأثر رقم: 2296، ج 2، ص 289.

⁽⁵⁾ أبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 4526، ج 3، ص 68. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، ج 23، ص 410. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الأثر رقم: 15472، ج 7، ص 705.

هذا وساقوا من المعقول، أن النفقة والسكنى حقان يجريان مجرى واحداً لاجتماعهما في الوجوب وفي السقوط، إذ يثبتان للزوجة حال الزوجية ويتخلفان بنشوزها، كذلك الشأن بالنسبة للفرقة، لأنها إن طلقت رجعيةً كان لها الحق فيهما معاً، حتى إذا بُتت سقط حقها في النفقة فوجب بالتبعية ألا يكون لها حق في السكنى، غير أنها حجة داحضة، لأن الجمع بين الحقين في الإسقاط والوجوب غير لازم، لكون سكنى الزوجية من حقوق الآدميين كالنفقة، فسقطت عن الزوج متى اتجه قصد الزوجة إلى إسقاطها، بينما تختص سكنى العدة باعتبارها حق لله تعالى، فتحصنت بهذا الوصف من الإسقاط⁽¹⁾.

وبين الرأيين السابقين توسط مذهب ثالث في إقرار حق السكنى للمختلعة دون النفقة، وروي هذا عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، والليث بن سعد⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾.

(1) «وَأَمَّا اسْتِدْلَالُهُمْ بِالْجَمْعِ بَيْنَ النَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى فِي الْوُجُوبِ وَالْإِسْقَاطِ فَالْجَوَابُ عَنْهُ أَنَّ السُّكْنَى فِي الزَّوْجِيَّةِ مِنْ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ كَالنَّفَقَةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى النَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى فِي الْعِدَّةِ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى الَّتِي لَا تَسْقُطُ بِاتِّفَاقٍ عَلَى التَّقْلَةِ فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِ النَّفَقَةِ مَا كَانَ مِنَ سَكْنَى الزَّوْجِيَّةِ لِاتِّفَاقِهِمَا فِي الْمَعْنَى وَلَمْ يَسْقُطْ سَكْنَى الْعِدَّةِ لِاخْتِلَافِهِمَا فِي الْعِلَّةِ، وَبِهَذَا الْمَعْنَى وَثَبَّاهُ فِي الْعِدَّةِ بَيْنَ السُّكْنَى وَالنَّفَقَةِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 11، ص 248.

(2) «وَأَمَّا الْحَائِلُ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي وَجُوبِ النَّفَقَةِ لَهَا عَلَى ثَلَاثَةِ مَذَاهِبٍ (...) وَالْمَذْهَبُ الثَّلَاثُ: أَنَّ لَهَا السُّكْنَى وَلَيْسَ لَهَا النَّفَقَةُ، وَبِهِ قَالَ مِنَ الصَّخَابَةِ ابْنُ عُزَيمٍ، وَعَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا، وَمِنْ التَّابِعِينَ: سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ، وَمِنْ الْفُقَهَاءِ الشَّافِعِيُّ، وَمَالِكٌ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى، وَالْليثُ بْنُ سَعْدٍ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 11، ص 246.

(3) «أَرَأَيْتِ الْمَرْأَةَ تَخْتَلِعُ مِنْ زَوْجِهَا وَهِيَ حَامِلٌ أَوْ غَيْرَ حَامِلٍ، عَلِمَ بِحَمْلِهَا أَوْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ؟ قَالَ: إِنْ كَانَتْ غَيْرَ حَامِلٍ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا (...) فُكِّلُ بَائِنٍ مِنْ زَوْجِهَا وَلَيْسَتْ حَامِلًا فَلَهَا السُّكْنَى وَلَا نَفَقَةٌ لَهَا وَلَا كُسُوءٌ، لِأَنَّهَا بَائِنٌ مِنْهُ، وَلَا يَتَوَارَثَانِ وَلَا رَجْعَةٌ لَهُ عَلَيْهَا. قَالَ: وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالْكُسُوءُ وَالْمَسْكَنُ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا.» مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج 2، ص 243. «والمبتوتة لها السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا فإن كانت حاملا كان لها السكنى والنفقة وكل مطلقة بائن كالمختلعة وغيرها فيه بمنزلة المبتوتة والسكنى لكل مطلقة حامل وغير حامل مبتوتة وغير مبتوتة.» أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 627.

(4) «(وَالْحَائِلُ الْبَائِنُ بِخُلْعٍ) أَوْ فَسَخٍ، أَوْ انْفِسَاحٍ بِمُقَارِنٍ، أَوْ عَارِضٍ خِلَافًا لِمَنْ وَهَمَ فِيهِ (أَوْ ثَلَاثٌ لَا نَفَقَةَ) لَهَا (وَلَا كُسُوءَ) لَهَا قَطْعًا لِلْخَبَرِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَلَا نِفَاءً سُلْطَنِيَّةً عَلَيْهَا وَإِنَّمَا وَجِبَتْ لَهَا السُّكْنَى لِأَنَّهَا لِتَحْصِينَ الْمَاءِ الَّذِي لَا يَفْتَرِقُ بِوُجُودِ الزَّوْجِيَّةِ، وَعَلَيْهَا.» أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج 8، ص 334. «(وَالْحَائِلُ الْبَائِنُ بِخُلْعٍ) أَوْ فَسَخٍ أَوْ انْفِسَاحٍ بِمُقَارِنٍ أَوْ عَارِضٍ عَلَى الرَّاجِحِ (أَوْ ثَلَاثٌ لَا نَفَقَةَ) لَهَا (وَلَا كُسُوءَ) لَهَا قَطْعًا لِلْخَبَرِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَلَا نِفَاءً سُلْطَنِيَّةً عَلَيْهَا وَإِنَّمَا وَجِبَتْ لَهَا

واستدل هؤلاء في عدم وجوب النفقة للبوائن ومنهن المختلعة، بما احتج به المذهب السابق، وزادوا عليه من الكتاب العزيز، قوله ﷺ: ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽¹⁾، حيث جعلت الآية الكريمة نفقة المبتوتة مشروطة بالحمل، فدل ذلك - بمفهوم المخالفة - على ألا نفقة للحائل، واستشهدوا من السنة العطرة بما روي عن النبي ﷺ في واقعة فاطمة بنت قيس، حيث جاء في بعض الروايات أنه قال ﷺ: «إِنَّمَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى لِلْمَرْأَةِ إِذَا كَانَ لِرَّوْجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ»⁽²⁾، وهو الثابت أيضاً في شأن المتوفى عنها زوجها مصداقاً لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِلْحَامِلِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا رَوْجُهَا نَفَقَةً»⁽³⁾، والجامع بينهما انقضاء الزوجية في حقهما جميعاً.

واستشهدوا في وجوب السكنى بعين الحجج التي استند إليها أصحاب المذهب الأول، وعزوها من السنة الشريفة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال لفريرة بنت مالك - وهي أخت أبي سعيد الخدري حين أخبرته بمقتل زوجها، ولم يتركها في مسكن يملكه - : «امْكُثِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ»⁽⁴⁾، فلما أثبت لها الشارع حق السكنى في عدة الوفاة، أولى أن تجب لها في عدة الطلاق البائن ومنه الخلع.

السُّكْنَى لِأَنَّهَا لِتُخَصِّصَ الْمَاءَ الَّذِي لَا يَفْتَرِقُ بِوُجُودِ الزَّوْجِيَّةِ وَانْتِفَائِهَا» شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج7، ص211.

(1) سورة الطلاق، الآية 6.

(2) أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 12026، ج7، ص23. أحمد بن حنبل، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 27100 و27348، ج45، ص53 و335. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 5566، ج5، ص253. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الصغرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 3403، ج6، ص144. أبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، الأثر رقم: 4531، ج3، ص69. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، المرجع السابق، الحديث رقم: 7109، ج7، ص144. سليمان أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المرجع السابق، ج24، ص378.

(3) أبو الحسن الدار قطني، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3950، ج5، ص39.

(4) مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، الحديث رقم: 87، ج2، ص591. محمد بن إدريس الشافعي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 1323، ج3، ص135. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 12075، ج7، ص34. سعيد بن منصور، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1365، ج1، ص364. محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان، المرجع السابق، الحديث رقم: 4292، ج10، ص128. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المرجع السابق، الحديث رقم: 2832، ج2، ص226.

خلاصة القول، نرى أن ما ساقه الفقهاء من أدلة في مسألة الحال، تكاد تكون جميعها محتملة، ليس فيها ما يقطع النزاع على نحوٍ حديٍّ، ومن ثمة نقدر عقلاً، أن ما نحى إليه الحنابلة ومن والاهم - في عدم ثبوت النفقة والسكنى للمختلعة - هو أرجح الأقوال من عدة أوجهٍ أهمها، أن عمدة المخالفين اعتبارهم للمختلعة بائناً مثل غيرها من البوائن، بجامع عدم الرجعة في حق الكل، وهو قياس غير صحيح، حتى إذا سلمنا جدلاً بوجود النفقة والسكنى للبائن، فإن ذلك لا ينطبق حتماً على المختلعة لأنها سعت بمحض إرادتها لتحصيل الطلاق، خلافاً للبائن التي انفرد زوجها بإيقاعه دون الاكتراث بمشيئتها، فوجبت عليه من هذا المنطلق نفقتها.

أضف إلى ذلك أن الزوجة إذا نشرت حال الزوجية سقط حقها في النفقة، لأن هذه الأخيرة التزام على عاتق الزوج، في مقابل ماله على زوجته من تمكين، فإذا اختلعت المرأة كانت بلا ريب أشد نشوزاً من الناكح الناشز، سيما وقد خرجت عن نكاحه بمحض مشيئتها، فوجب ألا تستحق النفقة قياساً على الأولى.

ثم أن الخلع في نهاية المطاف ليس سوى طلاقاً بائناً نظير عوضٍ تؤديه الزوجة لزوجها، فأولى ألا تستحق عليه شيئاً، وقد لا بسه بدلاً أخرجه عن الطلاق الصرف الموجب لحقوق الفرقة، وإلا كنا إزاء تصرفٍ أقرب إلى المقاصة منه إلى المعاوضة، كما أنه لا يصار إلى الخلع في الشائع الأعم إلا إذا استحكمت أسباب الشقاق وانفرط عقد الوفاق، ومن ثمة فإن إقرار هذه الحقوق مفضٍ - بلا شك - إلى إطالة أمد النزاع بينهما، وهو ما لا يتوخاه الشارع حتماً.

هذا وتكون المخالعة في فرض الحال عالمةً بسقوط حقوقها، فتحتاط لنفسها بتقليب الأمر ملياً قبل الشروع في طلب الخلع، يضاف إلى هذا وذاك، أنها من بادر قولاً أو إثارة إلى انحلال النكاح، فوجب أن تحرم مما يتصل بحله من حقوق تكون مستحقة لها فيما لو استأثر الزوج بفك عراه.

وأخير يمكننا الاستدلال من السنة - في عدم وجوب هذه الحقوق للمختلعة - بما رواه مالك عن يحيى بن سعيد أن النبي ﷺ قال لثابت بن قيس: « خُذْ مِنْهَا، فَأَخَذَ مِنْهَا، وَجَلَسْتُ فِي بَيْتِ أَهْلِهَا. »⁽¹⁾، وفي رواية «...وَأَعْتَدْتُ عِنْدَ أَهْلِهَا»، وفيه دلالة أن النبي ﷺ لم يجعل للمختلعة حق في السكنى إبان عدتها، فأولى ألا يكون لها حق في النفقة، لكون هذه الأخيرة تابعة لوجوب الأولى في

(1) سبق تخرجه.

الرجعية وفي الحامل وحال الزوجية نفسها، وبالجملة، حيثما وجبت السكنى في الشرع، وجبت النفقة، لأن التفريق بينهما عسير، ووجه عسره ضعف دليله⁽¹⁾.

والذي عليه القضاة عندنا، وجوب هذه الحقوق للمختلعة⁽²⁾، وقد ذهب المشرع الأردني بشأنها إلى النص في المادة (109) من قانون الأحوال الشخصية على أن: « نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في الخلع. ».

ثانياً: نفقة الأبناء

من جملة آثار النكاح، ما يترتب هذا العقد من حق في النفقة للأبناء إزاء المولود له بإقامة من الشارع، ومن ثمة يثور التساؤل حول إمكان إسقاطها عن طريق الخلع بوصفها التزاماً في ذمة الزوج (ب)، غير أن السياق يقتضي - قبل الخوض في ذلك - بيان المراد بها، وحصر مشتملاتها ولو على نحو موجز (أ).

(أ) المراد بنفقة الأبناء: ويقصد بها، ما يسد حاجة الصغار من طعامٍ وشرابٍ وملبسٍ ومسكنٍ ورضاعٍ إن كان المنفق عليه رضيعاً⁽³⁾، ومن مشتملاتها أيضاً مصاريف التطبيب والعلاج حال المرض، إذ لا غنى للصغير عنها، تماماً كحاجته إلى الطعام وغيره من ضروريات الحياة، لذلك نصص عليها قانون الأسرة صراحةً بقوله: « تشتمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما

(1) «وَأَمَّا التَّفْرِيقُ بَيْنَ إِجْبَابِ النَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى فَعَسِيرٌ، وَوَجْهُ عُسْرِهِ ضَعْفُ دَلِيلِهِ.» ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج3، ص114.

(2) محكمة سعيدي، قسم شؤون الأسرة، حكم رقم: 13/03341 بتاريخ 2013/10/14. محكمة سعيدي، قسم شؤون الأسرة، حكم رقم: 13/02062 بتاريخ 2013/05/15. والقرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء سعيدي المؤيد له تحت رقم: 13/01836 بتاريخ 2013/12/12. محكمة سعيدي، قسم شؤون الأسرة، حكم رقم: 13/00697 بتاريخ 2013/02/07.

(3) «فَنَفَقَةُ الْأَقَارِبِ مُقَدَّرَةٌ بِالْكَفَايَةِ بِلَا خِلَافٍ، لِأَنَّهَا تَجِبُ لِلْحَاجَةِ فَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ وَكُلُّ مَنْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ نَفَقَةُ غَيْرِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ لَهُ الْمَأْكَلُ وَالْمَشْرَبُ وَالْمَلْبَسُ وَالسُّكْنَى وَالرِّضَاعُ إِنْ كَانَ رَضِيعاً، لِأَنَّ وَجُوبَهَا لِلْكَفَايَةِ وَالْكَفَايَةُ تَتَعَلَّقُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج4، ص38. «وَحَقِيقَتُهَا كَمَا قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: مَا بِهِ قِوَامُ مُعْتَادِ خَالِ الْأَدَمِيِّ دُونَ سَرَفٍ وَأَسْبَابُهَا ثَلَاثَةٌ: الزَّوْجِيَّةُ وَالْمَلِكُ وَالْقَرَابَةُ» أحمد شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني، المرجع السابق، ج2، ص68. «...بَيَانٌ أَنَّ عَلَى الْأَبِ أَنْ يَتَوَمَّ بِالْمُؤْنَةِ الَّتِي فِي صَلَاحِ صِغَارِ وَلَدِهِ مِنْ رِضَاعٍ وَنَفَقَةٍ وَكِسْوَةٍ وَخِدْمَةٍ.» محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج5، ص94. «اعْلَمْ أَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ: وَجُوبُ نَفَقَةِ أَبَوَيْهِ وَإِنْ عُلُوًّا، وَأَوْلَادِهِ وَإِنْ سَفَلُوا بِالْمَعْرُوفِ (...) وَكَذَلِكَ يَلْزَمُهُ هُمُ الْكِسْوَةُ وَالسُّكْنَى» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج9، ص392.

يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.⁽¹⁾، يضاف إلى هذا وذاك نفقات الدراسة والتعليم لا سيما ما تعلق منه بالمبادئ الأساسية باعتبارها من حاجات الإنسان.

وأدلة وجوب النفقة على الأولاد من القرآن الكريم قوله ﷺ: ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁾، وقد جاء في معنى هذه الآية أنها: «دليل على وجوب نفقة الولد على الوالد لعجزه وضعفه، فحعل الله تعالى ذلك على يدي أبيه لإقاربه منه وشفقته عليه، وسمى الله تعالى الأم لأن الغداء يصل إليه بوساطتها في الرضاعة.»⁽³⁾.

ومن السنة النبوية ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد الغليا خير من اليد السفلى، وأبدأ بمن تعول تقول المرأة: إِمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي، وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي، وَيَقُولُ الْعَبْدُ: أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمِلْنِي، وَيَقُولُ الْإِبْنُ: أَطْعِمْنِي، إِلَى مَنْ تَدْعُنِي.»⁽⁴⁾، وما روي عنه ﷺ من طريق عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول.»⁽⁵⁾، وما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: «قالت هند أم معاوية لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجلاً شحيحاً، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرّاً؟ قال: «خذي أنت وبنوك ما يكفيلك بالمعروف.»»⁽⁶⁾، فدلّت هذه الأخبار على وجوب نفقة الأقارب ومنهم الأبناء.

(1) المادة (78) من قانون الأسرة الجزائري.

(2) سورة البقرة، الآية 233.

(3) القاضي محمد أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج 1، ص 274.

(4) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 5355، ج 7، ص 63. المهلب بن أحمد الأسدي، المختصر النصيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 946، ج 2، ص 238.

(5) أبو بكر عبد الله الحميدي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 610، ج 1، ص 508. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 9131، ج 8، ص 268. أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المرجع السابق، الحديث رقم: 8526، ج 4، ص 545.

(6) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 2211، ج 3، ص 79، ورقم: 5364 و 5370، ج 7، ص 67، ورقم: 7180، ج 9، ص 71. مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1714، ج 3، ص 1338. 1338.

هذا وقد أجمعت الأمة منذ عهده عليه السلام على وجوب إعالة الأبناء والإنفاق عليهم في حدود الاستطاعة وقدر الكفاية⁽¹⁾.

(ب) الخلع على نفقة الأولاد وحضانتهم: لقد تقدم بحث هذه المسألة في الفصل السابق ضمن الحديث عن عوض الخلع، وانتهينا حينها إلى القول بجواز اتفاق الزوجين على سقوط نفقة الصغير أو أجر إرضاعه أو مقابل حضنته عن كاهل المخالعة كبديل للخلع، بوصفها حقوقاً للأبناء في ذمته، وانتقالها إلى المخالعة نظير ما دخل في ذمته من ملك، ولم يشذ عن هذا المذهب سوى الظاهرية، وحجتهم في ذلك ما يلبس نفقة الصغير من جهالة إبان المخالعة، باعتبارها أمراً مستقبلاً غير معلوم القدر، ومن ثمة قد يزيد أو ينقص، فيؤدي ذلك إلى المنازعة حتماً، أضف إليه، أن النفقة ليست ملكاً للزوجة بل هي حق للصغير، ومخالعتها بما لا تملك باطلة لما فيها من جور نحوه⁽²⁾.

بينما يرى جمهور الفقهاء أن ما يعتري النفقة من جهالة، يسيرة محتملة غير متفاحشة، ولا ينطوي الاتفاق على إسقاطها أو إسقاط بعضها عن الزوج، وتحمل الزوجة لها ما يمس بحق الصغير، كما لو خالع الزوج زوجته على إرضاع ولدها منه بلا أجر، وجب في حقها القيام بذلك طوال ما تم الاتفاق عليه من مدة، أو إلى أن ينقضي أجل الرضاعة - ومدته عامين من الولادة - في حالة إطلاقهما، حتى إذا نكلت الزوجة عن الوفاء بالتزامها حق للزوج أن يرجع عليها بأجرة رضاعة الطفل أو قيمة ما بقي من مدتها، ويسري عين الحكم إذا هلك الرضيع⁽³⁾، أما إذا هلك هي، استوفى الزوج ذلك من تركتها

(1) «وَأَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ، عَلَى أَنَّ عَلَى الْمَرْءِ نَفَقَةَ أَوْلَادِهِ الْأَطْفَالِ الَّذِينَ لَا مَالَ لَهُمْ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 8، ص 212.

(2) «وَلَا يَجُوزُ الْخُلْعُ عَلَى أَنْ تُبْرِيَهُ مِنْ نَفَقَةِ حَمْلِهَا أَوْ مِنْ رِضَاعِ وَلَدِهَا - وَكُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومِ الْقَدْرِ، وَقَدْ يَزِيدُ السَّعْرُ وَقَدْ يَنْقُصُ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ لَهَا بَعْدُ، فَمُخَالَعَتُهَا بِمَا لَا تَمْلِكُهُ بَاطِلٌ وَظَلَمٌ.» ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج 9، ص 529.

(3) «وَلَوْ تَزَوَّجَهَا، أَوْ هَرَبَتْ، أَوْ مَاتَتْ أَوْ مَاتَ الْوَلَدُ رَجَعَ بِبَقِيَّةِ نَفَقَةِ الْوَلَدِ وَالْعِدَّةِ إِلَّا إِذَا شَرَطَتْ بَرَاءَتَهَا.» محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 3، ص 456. «وَيُحْمَلُ هَذَا الْكَلَامُ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَجْرُ عُزْفٌ بِالإِسْقَاطِ بِأَنْ جَرَى الْعُزْفُ بِالرُّجُوعِ أَوْ لَمْ يَجْرُ شَيْءٌ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ كَمَوْتِهِ تَشْبِيهُ فِي السُّقُوطِ وَهُوَ مُحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا جَرَى الْعُزْفُ بِالإِسْقَاطِ وَإِلَّا رَجَعَ عَلَيْهَا بِبَقِيَّةِ نَفَقَةِ الْمُدَّةِ كَمَا يُفِيدُهُ أَبُو الْحَسَنِ عَلَى الْمُدَّةِ.» محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4، ص 23. «لَوْ خَالَعَهَا عَلَى رِضَاعَةِ وَلَدٍ سَنَتَيْنِ مَثَلًا ثُمَّ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ فَهَلْ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهَا بِأَجْرَةِ مِثْلِ مَا يُقَابَلُ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ، أَوْ بِالْقِسْطِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ بِاعْتِبَارِ مَا يُقَابَلُ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ فِيهِ نَظَرٌ وَالْأَقْرَبُ الثَّانِي، لِأَنَّ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ بِمَنْزِلَةِ الْمَحْذُولِ وَالْوَلَايَةِ مَعَ جَهْلِ الْعَوَظِ مَهْرُ الْمِثْلِ اهـ.» أحمد بن محمد الهيثمي، تحفة المحتاج، المرجع السابق، ج 7، ص 469. «قَوْلُهُ

باعتباره ديناً، حتى وإن استغرقها جميعاً، لأن الدين مقدم على الوصية والميراث، هذا ويرى المالكية أن يوقف ما استخلصه الزوج من تركتها لاحتمال هلاك الرضيع قبل تمام مدة الرضاعة، على أن يقبضه مقسطاً، فإن مات الطفل بدوره قبل انقضائها، رُدَّ باقي الأجرة على ورثة الزوجة⁽¹⁾.

غير أن القول بجواز الخلع على نفقة الصغير أو أجرة حضنته، لا يعني بحال إقرار سقوطها عن أبيه، بل كل ما في الأمر أنها انتقلت إلى ذمة الزوجة استثناءً بمقتضى الاتفاق، فإذا نكلت أو تقاعست أو تعذر عليها القيام بها، لزم الأب وجوباً، وعاد هذا الأخير عليها بما التزمت به عند يسارها، وهو الرأي الذي تبناه قانون الأحوال الشخصية الأردني في مادته (110) بالقول: «إذا اشترط في الخلع أن تقوم الأم بإرضاع الولد أو حضنته دون أجر أو الإنفاق عليه مدة معينة فلم تقم بما التزمت به كان للأب أن يرجع عليها بما يعادل نفقة الولد أو أجرة رضاعه أو حضنته عن المدة الباقية أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت، إذا كانت الأم المخالعة معسرة وقت الخلع أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم.»، ونصص عليه المشرع المغربي في المادة (119) من مدونة الأسرة بقوله: «لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة، إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها، وجبت النفقة على أبيهم، دون مساس بحقه في الرجوع عليها.»

أما عن أثر الخلع على الحضانة نفسها، ففي المسألة وجهان أولهما، أن تلتزم الزوجة بالحضانة وتوابعها لمدة معلومة، في الأحوال التي لا يلزمها الشارع بذلك، كما لو اختلعت على أن تمسك الولد إلى وقت البلوغ، فقد نقل عن جمهور الفقهاء جواز ذلك في حق الأنثى شريطة عدم إضرار هذا الاتفاق

(وإن خالعتها على رضاع ولديه عامين، أو سكنت داراً صح. فإن مات الولد، أو خربت الدار: رجعت بأجرة باقي المدة). من أجرة الرضاع والدار. وهذا المذهب. علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 400.

(1) «قوله ويُؤخذ من تركتها في مؤتها مقدار ما يفي برضاعه في بقية الحولين أي ولو استغرق ذلك جميع التركة لأن الدين يُقدم على جميع الورثة ثم إنه إذا أخذ يُوقف ولا يأخذه الأب لاحتمال موت الولد قبل تمام بقية مدة الرضاع وإذا وقف فكلما مضى أسبوع أو شهر دفعت أجرته من ذلك المؤقف فإن مات الولد رد الباقي لورثة الأم يوم مؤتها اهـ.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 348 و 349.

بمصلحتها، لا في حق الغلام، لأن الذكر يحتاج إلى معرفة أدب الرجال والتخلق بأخلاقهم، فإذا طال مكثه مع الأم تخلق بأخلاق الإناث وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى⁽¹⁾.

والوجه الثاني، أن يكون الخلع على إسقاط حضانة الأم، عندما يخولها الشارع هذا الحق، فينتقل الصغير بمقتضى اتفاقهما إلى كفالة أبيه، وهي مسألة تنافر الفقه بشأنها إلى مذهبين، حيث جنح الأحناف إلى القول بصحة الخلع وبطلان الشرط، لأن الأم إنما تكون أحق بالولد لحق الولد لا لمصلحتها هي، وكونه في كفالتها زمن الحضانة أنفع له من كل وجه، ولما كان الأمر من حق الولد لا من حقها، امتنع عليها إبطال حضانتها إياه بالمشاركة⁽²⁾، وأقرب منه ما قرره الشافعية من وقوع الطلاق بائناً بمهر المثل⁽³⁾، بينما ذهب المالكية إلى القول بجواز ذلك، أي أن يكون العوض في الخلع إسقاط الأم لحضانة ولدها، وانتقال هذا الحق إلى الوالد، حتى وإن تقدمه من هو أولى منه استحقاقاً له⁽⁴⁾.

(1) «قوله: صح في الأنثى لا الغلام» لأنه يحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم، فإذا طال مكثه مع الأم يتخلق بأخلاق النساء، وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى، كذا في الفتاوى الهندية. قال المقدسي: وفي قوله صح في الأنثى بحث لأن المفتي به الآن أن الأنثى لا تبقى عند الأم إلى البلوغ فتأمل اهـ. محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج3، ص457. «فإن خالعهما على أن تكفل ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها فالمنصوص أن يصح» أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج2، ص492. «وكذا لو خالعه الزوج (على كفالته) أي الولد مدة معينة (أو) خالعه على نفقته مدة معينة كعشر سنين ونحوها) صح ولو لم يصف النفقة، فلا يشترط ذكر الطعام وجنسه كما يأتي» منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج5، ص221.

(2) «وإذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز، والشرط باطل، لأن الأم إنما تكون أحق بالولد لحق الولد، فإن كونه الولد عندها أنفع له، ولهذا لو تزوجت، أو كانت أمة، والولد حر لم تكن أحق بالحضانة، لأنّها مشغولة بخدمة زوجها، أو مؤلاها، فلا منفعة للولد في كونه عندها، وإذا ثبت أن هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج6، ص169. «لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل، لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجاً» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج4، ص180.

(3) «قوله وقع بائناً بمهر المثل (...) ومثله أيضاً ما لو طلقها على إسقاط حقها من الحضانة.» شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج3، ص482.

(4) «(و) جاز الخلع (بإسقاط حضانتها) أي على إسقاطها للأب حضانتها لولده ويتنقل الحق له ولو كان هناك من يستحقها غيره قبله.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص349. «(و) جاز الخلع (بإسقاط حضانتها) لولده ويتنقل المحق له ولو كان هناك من يستحقها غيره قبله، وهذا هو المشهور، ولكن الذي جرى به العمل وبه الفتوى انتقائها لمن يليها في الرتبة.» أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك، المرجع السابق، ج2، ص522.

ولعل أقرب الآراء إلى الحكمة في مسألة الحال، ما انتهى إليه الظاهرية من عدم جواز إسقاط حقوق الصغار كبديل للخلع أيا كانت هذه الحقوق، وهو ما نصصت عليه بعض التشريعات العربية صراحةً ومنها قانون الأحوال الشخصية المصري في المادة (20) منه بقوله: « لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانه الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم... ».

المطلب الثاني

الاختلاف في الخلع

لقد ذكرنا فيما تقدم، أن الخلع بوصفه عقداً يسوغ إيقاعه أمام القاضي أو دونه، فإذا حدث وأن تم دون إشهاد القضاء، فإنه لا يخلو من فرض اختلاف المتخالفين بشأنه، سيما وأنه نتاج حالة فركٍ وشقاق في الغالب، ولا يخرج ما قد يشوبه من تداعٍ واختلاف - في كل الأحوال - عن إنكار الخلع نفسه (الفرع الأول) أو التجاحد بشأن عوضه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاختلاف في أصل الخلع

إذا اختلف الزوجان في أصل الخلع، فلا يخلو ذلك من أحد احتمالين، أن يقره الزوج وتنكره الزوجة (أولاً)، أو العكس، أن تقره الزوجة وينكره الزوج (ثانياً).

أولاً: إنكار الزوجة للخلع

إذا ادعى الزوج الخلع وأنكرته الزوجة بأن جحدته من أساسه، أو ادعت فرقةً غيره، كالطلاق بلا عوضٍ، وجب حينها، إن كان للزوج بينة الحكم بها، فإن تعذر ذلك، اعتبر قول الزوجة بيمينها في انتفاء الخلع وعدم لزوم العوض لإنكارها، ولأن الأصل في الأشياء براءة الذمة، مما يقتضي براءة ذمتها وعدم ثبوت البديل في جانبها، يبدأ أنها تبين بمقتضى هذه المخالعة من زوجها وإن كانت جاحدة لها، لإقرار الزوج لها بالبينونة⁽¹⁾.

(1) «وإن كان الزوج هو المدعي للخلع والمراة منكراً (...) لزومه الطلاق بإقراره» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج4، ص233. «من أقر بخلع على شيء فأنكرته امرأته ولا بينة وقَعَ الفراق ولا شيء له وحلفت ما خالعتة.» محمد أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج5، ص299. «(قوله وإن ادعى الخلع...) (قوله فالحكم ما قاله المصنف) أي فلا شيء له في دعواه الخلع ويقع الطلاق بائناً.» محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص360. «(وإن قال طلقك بكذا) كالف (فقلت) بل طلقني (بحاناً) أو لم تطلقني (بانت) بقوله (ولا عوض) عليها للزوج إن حلفت على نفيه، أما

ولكن ألا يكون إنكار الزوجة للخلع مانعاً من حقوق الطلاق بها؟ باعتبار الخلع عقد معاوضة كالبيع، فيسري في حقها بمقتضاه ما ينطبق على المشتري عند إنكاره للشراء، من عدم دخول الملك في ذمته رغم إقرار البائع له بذلك، تماماً كما أقر لها الزوج بالطلاق، والحقيقة أن العقدان وإن اتحدا في بعض الجوانب، افترقا في غيرها، ومنها تفرد الزوج بإيقاع الطلاق في الخلع، فلزمه الطلاق بإقراره، وليس للبائع أن يتفرد بتمليك المشتري، فلم يلزمه التملك بإقراره⁽¹⁾.

لقد ذكرنا آنفاً أنه، إذا أقام الزوج البيئة قُضي له بما لكونه مدعياً، لكن ماذا لو اختلف الشهود حول مقدار العوض، كأن يدلي أحدهما بعين مقدار البدل الذي ادعى الزوج حصول المخالعة عليه، وشهد الآخر بما دونه؟

لقد أجاز الفقهاء شهادتهما على أقل المقدارين، ذلك أن الطلاق قد وقع بإقرار الزوج، ولم يبق من المنازعة سوى دعوى المال، وفيها، من ادعى على غيره مالا، وشهد له أحد الشهود به، والآخر بما دونه، قبلت شهادتهما على الأقل، لاتفاقهما عليه لفظاً ومعنى، فإن ادعى الزوج الأقل ردت الشهادة برمتها، لأنه يكون بما ادعى قد كذب أحد شاهديه، وهو الذي قال بالأكثر منهما، والمدعي إذا كذب شاهده، بطل ما أدلى به في حقه، والطلاق واقع بإقراره في كل الأحوال⁽²⁾.

هذا وإن تراجعت الزوجة بعد الإنكار فاعترفت للزوج بما ادعاه، لزمها أداء العوض إليه، أما إذا عاد الزوج وصدقها على عدم مخالطته إياها، لم يشفع له ذلك في رفع الطلاق، لأنه من أقر بالتحريم قبل منه، ومن رجع عنه لم يقبل منه⁽³⁾.

الْبَيْتُونَةُ بِإِقْرَارِهِ. «شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص453. «وإذا اختلفا فقال خالعتك بألف فأنكرته أو قالت إنما خالعت غيري بانته بقوله والقول قولها مع يمينها في نفي العوض» عبد السلام أبو البركات مجد الدين بن تيمية، المحرر، المرجع السابق، ج2، ص49. «إِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ خَالَعْتُكَ بِأَلْفٍ مَثَلًا فَأَنْكَرَتْهُ أَيْ: الْخُلْعُ بِأَلْفٍ بَانَتْ بِإِقْرَارِهِ، وَتَخْلَفُ لِنَفْيِ الْعَوْضِ» منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج3، ص70. «وَالْقَوْلُ لَهَا فِي عَدَمِ إلْزَامِ الْعَوْضِ، إِذْ هُوَ الْأَصْلُ، وَتَثَبُّتِ الْبَيْتُونَةِ بِإِقْرَارِهِ. «أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج7، ص343.

(1) «فَإِنْ قِيلَ: فَهَلَا كَانَ إِنْكَارُ الزَّوْجَةِ لِلْخُلْعِ مَانِعًا مِنْ وَقْعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا، كَمَا كَانَ إِنْكَارُ الْمُشْتَرِي لِلشَّرَاءِ مَانِعًا مِنْ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لَهُ، وَالْبَائِعُ مُقَرَّرٌ لَهُ بِالْمِلْكِ، كَمَا أَنَّ الزَّوْجَ مَقَرَّرٌ لَهُ بِالطَّلَاقِ، قِيلَ: لِأَنَّ لِلزَّوْجِ أَنْ يَنْقَرِدَ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ فَلِزِمَهُ الطَّلَاقُ بِإِقْرَارِهِ، وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَنْقَرِدَ بِتَمْلِيكِ الْمُشْتَرِي، فَلَمْ يَلْزَمَهُ التَّمْلِيكُ بِإِقْرَارِهِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص89.

(2) محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج6، ص186.

(3) أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج10، ص89.

ثانياً: إنكار الزوج للخلع

إذا ادعت الزوجة الخلع وأنكره الزوج، صدق هذا الأخير بيمينه، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع، فإذا حلف، فلا طلاق عليه ولا عوض له وإن اعترفت له الزوجة به، لأنه لم يدعيه⁽¹⁾.
فإن أقامت الزوجة البينة على صدق دعواها، قبل حلف الزوج أو بعده، قُبلت وبانت منه، وثبت الخلع، ولا يحق له مطالبتها بالعوض لأنه ينكره⁽²⁾.

هذا وإن عاد الزوج فاعترف بالخلع قبل البينة أو بعدها، قضى له به، لأن الطلاق قد لزمه، والزوجة معترفة له ببطله⁽³⁾، وقيل يكون العوض لبيت المال، لإنكار استحقاقه من قبل الزوج عند تعيينه⁽⁴⁾.

وإذا أقامت الزوجة شاهدين في هذا الفرض بوصفها مدعية، وشهد أحدهما بالخلع على عوض معين، وأدلى الآخر بما يخالفه، وقعت الشهادة باطلة، لأن الزوجة تدعي أحد الأمرين لا محالة، فتكون بادعائها هذا، مكذبة للشاهد الآخر، ولأن الخلع في جانبها قياس البيع، وشهود البيع إذا اختلفوا في

(1) «لَوْ اخْتَلَفَا فَقَالَتْ الْمَرْأَةُ: الْخُلْعُ بَيْنَنَا صَحِيحٌ وَقَالَ: قُتِمْتُ ثُمَّ خَلَعْتُ الْقَوْلُ قَوْلُهُ وَهُوَ إِنْكَارُ الْخُلْعِ» لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 1، ص 500. «إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ أَنَّه اشْتَرَطَ عَلَيْهَا أَنَّهَا إِنْ دَفَعَتْ الْمَالَ إِلَيْهِ فَهِيَ طَالِقٌ وَأَنْكَرَتْ ذَلِكَ فَلَا يَلْزِمُهُ طَلَاقٌ وَلَا يَكُونُ لَهُ مَالٌ، انْتَهَى.» شمس الدين أبو عبد الله الحطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 38. «(وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) أَيُّ الرُّوْحِ (إِذَا) اتَّفَقَا عَلَى وَفُوعِ الطَّلَاقِ بِعَوْضٍ أَوْ لَا» محمد عيش، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 33. «(إِذَا) (ادَّعَتْ) أَيُّ الرُّوْحَةِ (خُلْعًا فَأَنْكَرَهُ) الرُّوْحُ وَلَا بَيِّنَةٌ (صُدِّقَ بِيَمِينِهِ) إِذْ الْأَصْلُ بَقَاءُ النِّكَاحِ وَعَدَمُ الْخُلْعِ» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 453. «وَإِنْ ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ، وَأَنْكَرَهُ الرُّوْحُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِذَلِكَ، وَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهَا عَوْضًا» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 359 و 360. «فَإِنْ ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ وَأَنْكَرَهُ الرُّوْحُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ كَذَلِكَ وَلَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهَا عَوْضًا لِأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ.» عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 229. «فَإِنْ أَنْكَرَهُ الرُّوْحُ لِيُثْبِتَ الرَّجْعَةَ، فَالْقَوْلُ لَهُ أَيْضًا كَذَلِكَ، فَإِنْ بَيَّنَّتْ بَطْلَتِ الرَّجْعَةُ وَلَزِمَهَا الْأَلْفُ (ي) فَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 343.

(2) «فَإِنْ أَقَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ رَجُلَيْنِ عَمِلَ بَهَا وَلَا مَالٌ، لِأَنَّهُ يُنْكَرُهُ إِلَّا أَنْ يَعُوذَ وَيَعْتَرِفَ بِالْخُلْعِ فَيَسْتَحِقُّهُ.» سليمان بن عمر الجمل، فتوحات الوهاب، المرجع السابق، ج 4، ص 319.

(3) «فَإِنْ عَادَ الرُّوْحُ فَاعْتَرَفَ بِالْخُلْعِ قَبْلَ الْبَيِّنَةِ أَوْ بَعْدَهَا قُضِيَ لَهُ بِالْأَلْفِ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ قَدْ لَزِمَهُ، وَالزَّوْجَةُ مُعْتَرِفَةٌ لَهُ بِالْأَلْفِ.» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 89.

(4) «...قُلْتُ: بَلْ لَيَبُتِ الْمَالُ لِإِنْكَارِهِ اسْتِحْقَاقَهُ حِينَ غَيْرَ.» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 343.

جنس الثمن، أو في مقداره بطلت الشهادة، فكذا الأمر هنا، لقول كل واحدٍ منهما بعوضٍ مغاير، فتعذر إيجاب أحد البديلين في حقها، إذ لو حُكِمَ بالطلاق - والحالة هذه - لجاء بغير عوض، وقد اتفق الشاهدان على أن الزوج ما أوقع الطلاق بغير عوض⁽¹⁾.

بقي معنا، إذا أقرت الزوجة بأصل الخلع وادعت أنها كانت مكروهة عليه، وأنكر الزوج ذلك، فهي تدعي بقولها هذا براءتها من عوض الخلع، فلا تصدق في دعواها، ويكون القول قول الزوج بيمينه، لأن الأصل عدم الإكراه، وقيل تقبل دعواها لأن الأصل براءة ذمتها من عوض الخلع، ويثبت لزوجها حق الرجعة⁽²⁾، وأما إذا ادعى الزوج أنها كانت مكروهة، وبالتالي يكون له عليها حق الرجعة، وأنكرت الزوجة ذلك، كان القول قولها، دون قول الزوج، وعليه رد المال إن كان قد قبضه، لاعترافه بعدم استحقاقه له⁽³⁾.

الفرع الثاني

الاختلاف في بدل الخلع

لا يشفع الاتفاق على أصل الخلع أحياناً، من وقوع المنازعة بين الزوجين حول بدله، ولا ينشأ الخلاف في مسألة الحال، عن الانصراف إلى كنه العوض نفسه (أولاً) أو أن يكون متعلقاً بملزمته (ثانياً).

(1) محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 186 و 187.

(2) «فَإِنْ قَالَتْ: خَالَعْتِكِ مُكْرَهَةً فَوَجَّهَانِ: الْقَوْلُ لَهَا إِذْ الْأَصْلُ بَرَاءَةُ الدَّمَةِ، وَلِلزَّوْجِ إِذْ الْأَصْلُ عَدَمُ الْإِكْرَاهِ.» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 344.

(3) «تَخَالَعَا ثُمَّ قَالَ هُوَ: كُنْتُ مُكْرَهَةً، فَلِي الرَّجْعَةُ فَأَنْكَرْتُ الْإِكْرَاهَ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الظَّاهِرِ، وَعَلَيْهِ رَدُّ الْمَالِ لِاعْتِرَافِهِ. وَلَوْ ادَّعَتْ الْإِكْرَاهَ، فَأَنْكَرَ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَلَزِمَهَا الْمَالُ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 436.

أولاً: التداعي والاختلاف في كنه العوض

والمراد بالتداعي في كنه العوض ما يشوبه من اختلاف في قدره أو صفته أو عينه أو في أوانه (أ) وما يعتريه من نزاع في جنسه (ب).

(أ) التداعي والاختلاف في قدر العوض أو عينه أو صفته أو أوانه: إذا اتفق الزوجان على أصل الخلع، واختلفا في العوض سواء أكان في قدره كأن يدعي عشرةً وتدعي دونهما، أو في جنسه كأن يدعي داراً وتدعي مركبةً أو في صفته كأن يدعي عشرةً صحاحاً وتدعي مثلهن مكسورات، أو في أوانه كأن يدعي مخالعتها على مئة حالة، وتدفع بوقوع الخلع على مثلها مؤجلة، فإن كان لأحدهما بينة تم الاحتكام إليها، وإن تعذر ذلك، تباينت أقوال الفقهاء على ثلاثة مذاهب: نحي أولها إلى اعتبار قول المرأة، وإليه ذهب الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والأمام أحمد في المنصوص عنه⁽³⁾، والزيدية⁽⁴⁾، والإمامية⁽¹⁾.

(1) «وَكَذَا لَوْ اِخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ الْجُعْلِ بَعْدَ اِتِّفَاقٍ عَلَى الْخُلْعِ، أَوْ قَالَتْ اِخْتُلِعْتُ بِغَيْرِ شَيْءٍ فَأَلْقُوْهُمَا وَابْيَنُ الْبَيِّنَةُ الرَّوْحُ» كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، المرجع السابق، ج 4، ص 233. «وفيه لو اختلفا في مقدار العوض فألقوا لها عندنا» زين الدين بن نجيم المصري، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 94.

(2) «(أَوْ) اِتَّفَقَا عَلَى الْخُلْعِ وَادَّعَى (قَدْرًا) كَثِيرًا كَعَشْرَةٍ وَادَّعَتْ هِيَ أَقَلَّ كَخَمْسَةٍ (أَوْ) ادَّعَى (جَنَسًا) كَعَبْدٍ وَادَّعَتْ غَيْرُهُ كَشَاةٍ (خَلْفَتْ) (...) وَدَّعَتْ مَا ادَّعَتْهُ (...) فَإِنْ نَكَلَتْ خَلَفَ وَأَخَذَ مَا ادَّعَى فَإِنْ نَكَلَ فَالْخُكْمُ مَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ (...) أَي (...) لَهُ مَا قَالَتْ فِي دَعْوَى الْجَنَسِ وَالْقَدْرِ. محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 360. «(وَإِنْ) اِتَّفَقَا عَلَى وَفُوعِ الطَّلَاقِ وَ (ادَّعَى) الرَّوْحُ (قَدْرًا) مِنْ نَحْوِ الدَّرَاهِمِ وَادَّعَتْ الرَّوْحُ قَدْرًا دُونَهُ (أَوْ) اِتَّفَقَا عَلَيْهِ وَادَّعَى الرَّوْحُ (جَنَسًا) مِنْ الْمَالِ كَعَبْدٍ وَادَّعَتْ الرَّوْحُ جَنَسًا غَيْرَهُ كَعَوْضٍ (خَلْفَتْ) الرَّوْحُ (...) بِاللَّهُ عَلَى نَفْيِ دَعْوَاهُ وَتَحْقِيقِ دَعْوَاهَا (وَبَآئَتْ) مِنْ رَوْجِهَا (...) وَتَدْفَعُ لَهُ مَا ادَّعَتْ (...) فَإِنْ نَكَلَتْ خَلَفَ وَأَخَذَ مَا ادَّعَى (...) فَإِنْ نَكَلَ أَيْضًا (...) لَهُ مَا قَالَتْ فِي الْأَخِيرَتَيْنِ. محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج 4، ص 33.

(3) «(وَإِنْ) اِخْتَلَفَا أَيْ: اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ عَوْضِهِ أَيْ: الْخُلْعِ، بِأَنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ بِأَلْفٍ فَقَالَتْ بَلْ سَبْعِمِائَةٍ فَقَوَّاهَا (أَوْ) اِخْتَلَفَا فِي (عَيْنِهِ) أَيْ: الْعَوْضِ، بِأَنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى هَذِهِ الْأُمَةِ فَقَالَتْ: بَلْ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ فَقَرَّ لَهَا (أَوْ) اِخْتَلَفَا فِي (صِفَتِهِ) أَيْ: الْعَوْضِ بِأَنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى عَشْرَةِ صِحَاحٍ فَقَالَتْ: بَلْ مَكْسَرَةٍ فَقَوَّاهَا (أَوْ) اِخْتَلَفَا فِي (تَأْجِيلِهِ) أَيْ: عَوْضِ الْخُلْعِ بِأَنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى مِائَةِ حَالَةٍ. فَقَالَتْ: بَلْ مُؤَجَّلَةٍ (فَ) الْقَوْلُ (قَوْلُهَا) نَصًّا، لِأَنَّهَا مُنْكَرَةٌ لِلزَّائِدِ فِي الْقَدْرِ، وَالصَّفَةِ. منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج 3، ص 70. «(وَإِنْ) اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْعَوْضِ، أَوْ عَيْنِهِ، أَوْ تَأْجِيلِهِ، أَوْ صِفَتِهِ - فَأَلْقُوْهُمَا مَعَ بَيِّنَتِهَا» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج 6، ص 290.

(4) «فَإِنْ اِخْتُلِفَ فِي قَدْرِ عَوْضِ الْخُلْعِ أَوْ فِي جَنَسِهِ أَوْ نَوْعِهِ أَوْ عَيْنِهِ فَمِنَ الشَّرْطِ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهَا وَفِي الْعَقْدِ الْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ بَيِّنَتِهَا لِأَنَّهَا قَدْ طَلَّقَتْ بِالْقَبُولِ وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ. أحمد بن يحيى بن المرتضى، التاج المذهب، المرجع السابق، ج 3، ص 103. «وَالْقَوْلُ لِلرَّوْحَةِ

ذلك أنهما اتفقا على المعوض في جهته، واختلفا بشأن العوض الثابت في ذمتها مقابل انتقال البضع إليها، فوجب أن يكون القول قولها مع يمينها، لأن الأصل براءة ذمتها مما يدعي عليها، ولأن الزوج يستدعي منها قدراً أو صفة أو نوعاً تنكره فيكون القول قولها⁽²⁾ عملاً بما روي عن النبي ﷺ من طريق بن عباس: «اليمين على المدعى عليه»⁽³⁾.

في حين ذهب المذهب الثاني إلى اعتماد قول الزوج، وبه قال الإمام أحمد في رواية عنه، لأن البضع إنما يخرج من ملكه، فوجب أن يكون القول قوله في عوضه⁽⁴⁾.

واتجه رأي ثالث إلى القول بتحالفهما، وإليه ذهب الشافعية⁽⁵⁾، والحنابلة في رواية⁽¹⁾، لكونه اختلاف في مقدار عوض ملكه الزوج بعقد معاوضة، فوجب أن يكون عدم البينة عليه موجباً لتحالف

في قدر العوض وجنسه وعينه، وعدم التأجيل بالطلاق، إذ الأصل براءتها وعدم الأجل. أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 343.

(1) «ولو تنازعا في القدر أي: قدر الفدية (خلقت) لأصالة عدم زيادتها عما تعرف به منها، (وكذا) يُقدّم قولها مع اليمين». زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 4، ص 105. «إذا اتفقا في القدر، واختلفا في الجنس، فالقول قول المرأة». جعفر المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، المرجع السابق، ج 4، ص 173.

(2) «ولكن، أنه أخذ نوعي الخلع، فكان القول قول المرأة، كالاتفاق على مال إذا اختلفا في قدره، ولأن المرأة منكبة للزيادة في القدر أو الصفة، فكان القول قولها» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 360.

(3) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 2211، ج 3، ص 79، ورقم: 2514، ج 3، ص 143، ورقم: 4552، ج 6، ص 35. مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1711، ج 3، ص 1336. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 3619، ج 3، ص 311.

(4) «وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد، أن القول قول الزوج، لأن البضع يخرج من ملكه، فكان القول قوله في عوضه». موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 360. «وعنه أن القول قول الزوج، حكاه القاضي عن أحمد لأن البضع يخرج عن ملكه فكان القول قوله في عوضه». عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 229. «ويخرج أن القول قول الزوج هذا رواية حكاه القاضي، لأن البضع يخرج عن ملكه، فقبل قوله في عوضه» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج 6، ص 290.

(5) «اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قدره أو صفته في الصحة والتكسر والأجل، ولا بينة، تحالفا وحصلت البيئونة، وإنما أثر التحالف في العوض». أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 431. «وإن اختلفا في (...) صفته كصحاح أو مكسرة (أو) في (قدره) كآلف فقالت بل بحسب ما (...) (ولا بينة) لواجب منهما (تحالفا) كما في البيع (ووجب) لبيئتهما بفسخ العوض منهما أو من أحدهما أو الحاكم (مهتر مثل).» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 453.

المختلفين فيه كالبيع والإجارة، ولأن كل واحد من الزوجين قد صار بالاختلاف مدعياً ومدعى عليه، لذلك لم تكن اليمين في حقه أولى من لزومها في حق الآخر، فاقتضى الأمر أن يستويا فيها، لاستوائهما في الإنكار⁽²⁾.

وبالجملة نرى أن ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول من قبول قول الزوجة بيمينها هو الراجح، لأن الخلاف متعلق بالبدل الذي خرج من ذمتها، والزوج يدعي عليها بشأنه قدرأً أو جنساً أو صفةً هي تنكرها، فيكون القول قولها.

(ب) التداعي والاختلاف في نوع العوض: الفارق بين النوع والجنس - وإن اضطربت عبارات الفقهاء في ضبطه - جلي بَيِّن، ذلك أن الجنس أعم من النوع، إذ تصنف الأشياء من حيث طبيعتها إلى أجناس، وتنقسم الأجناس بدورها إلى أنواع، فالغنم على سبيل المثال جنس، حتى إذا انصرف القصد إلى سلالة منها كنا إزاء نوعٍ من الجنس، والنقود جنس، وتعيين عملةٍ بعينها نوع من هذا الجنس، فإذا حدث وإن اتفق الزوجان على العوض من حيث عدده وجنسه وأجله ولكنهما اختلفا في نوعه، كأن يتخالعا على مئة ألفٍ، ثم يتنازعا بشأنها، فتدعي الزوجة إرادة الدنانير، ويدعي الزوج الدراهم، كنا إزاء اختلافٍ في نوع البدل.

لكن، ألا يكون الاختلاف في نوع البدل مثله مثل التجاحد حول جنسه، فتسري عليه بهذا الاعتبار، ذات القواعد التي تنطبق على هذا الأخير؟

في الواقع لا يمكننا قياس الاختلاف في نوع البدل، على التجاحد في جنسه، لأن الزوجين أقرأ في الفرض الأول بالمقدار والجنس، ولم يصرحا بالنوع إبان التعاقد فاختلفا فيه، والاختلاف هنا متعلق بالنية وهي من ضمائر القلوب التي لا تعلم إلا بالقول، فلم يصح التحالف بشأنه قياساً على الاختلاف في الجنس، لأن الزوجين صرحا به قطعاً عند التخالع، إلا أنهما تجاحدا بشأنه لاحقاً.

(1) «وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَتَخَالَفَا وَيَرْجِعَ إِلَى مَهْرِهَا الْمُسَمَّى، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّى فَمَهْرُ الْمُثَلِّ.» محفوظ أبو الخطاب الكلوذاني، الهداية، المرجع السابق، ص 645. «وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَتَخَالَفَا، إِنْ لَمْ يَكُنْ بَلْفُظٍ طَلَّاقٍ، وَيَرْجِعَا إِلَى الْمَهْرِ الْمُسَمَّى إِنْ كَانَ، وَإِلَّا إِلَى مَهْرِ الْمُثَلِّ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّى.» علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 8، ص 423.

(2) «وإن اختلفا في قدر العوض أو في عينة أو صفته أو في تعجيله أو تأجيله تحالفا لأنه عوض في عقد معاوضة فتحالفا فيه على ما ذكرناه كالبيع فإذا تحالفا لم يرتفع الطلاق وسقط المسمى ووجب مهر المثل كما لو اختلفا في ثمن السلعة بعدما تلفت في يد المشتري.» أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج 2، ص 499.

على كلٍّ، تنافر الفقه بشأن هذه المنازعة إلى مذهبين، أوجب أولهما لزوم مهر المثل، أو ما كان بينهما من صداقٍ مسمى في النكاح، لأن اختلاف الزوجين في نوع العوض يجعل منه بدلاً مجهولاً، فافتضى ذلك المصير إلى العوض الذي ذكرنا، وإليه ذهب الحنابلة من غير يمينٍ في رأي مرجوح⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، وبعض الإمامية⁽³⁾ مع لزوم التحالف، لأنه لما جازت مساواة النية للفظ في صحة العقد عند الاتفاق، جاز أن تكون مثله عند الاختلاف، والمتعاقدان إن اختلفا في اللفظ تحالفا.

هذا ويُغلب المذهب الثاني حل الرجوع إلى غالب نقد البلد، لأن العاقدين لو أطلقا، صحت التسمية، ووجب في حقها المقدار المسمى من غالب نقد البلد، دون أن يشكل الإطلاق جهالة تمنع صحة العوض فكذلك الحال عند اختلافهما⁽⁴⁾، وهو المذهب الأولي بالقبول، لأن البدل وإن كان مجهولاً، فجهازته يسيرة كجهالة الإطلاق لا تنال بحالٍ من صحة التعاقد عليه، والرجوع إلى غالب نقد البلد هو المتعارف عليه عند عدم التعيين، فوجب الأخذ به حسماً للنزاع.

ومن فروض هذه المنازعة أيضاً، فيما لو اختلف المتخالعان في أصل الإرادة بعد أن اتفقا على عدم ذكر الجنس، فادعى أحدهما أرادة جنسٍ معينٍ، وقال الآخر بالإطلاق، رُدَّ النزاع إلى دعوى الصحة

(1) «وَقَالَ الْقَاضِي: إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْإِرَادَةِ، وَجَبَ الْمَهْرُ الْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ، لِأَنَّ اخْتِلَافَهُمَا يَجْعَلُ الْبَدَلَ مَجْهُولاً، فَيَجِبُ الْمُسَمَّى فِي النِّكَاحِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 360. «وقال القاضي إذا اختلفا في الإرادة وجب المهر المسمى في العقد لأن اختلافهما يجعل البدل مجهولاً فيجب المسمى في النكاح» عبد الرحمن شمس الدين بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 8، ص 230.

(2) «(وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ عَوْضِهِ) أَذْرَاهُمْ أَوْ دَنَانِيرُ (...) وَلَا بَيِّنَةٌ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا (تَحَالَفَا) كَمَا فِي الْبَيْعِ (وَوَجِبَ) لِبَيِّنَتَيْهَا يَفْسُخُ الْعَوْضُ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا أَوْ الْحَاكِمِ (مَهْرٌ مِثْلٌ).» شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 4، ص 453. «وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ عَوْضِهِ أَذْرَاهُمْ أَمْ دَنَانِيرُ (...) وَلَا بَيِّنَةٌ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا تَحَالَفَا وَوَجِبَ مَهْرٌ مِثْلٌ.» محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج، المرجع السابق، ص 407. «وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجِنْسِ فَقَالَ الرَّوْحُ: أَلْفٌ دِينَارٍ، وَقَالَتِ الزَّوْجَةُ: أَلْفٌ دِرْهَمٍ، تَحَالَفَا أَيْضًا، وَحُكِمَ لِلزَّوْجِ مَعَ تَحَالَفِهِمَا بِمِثْلِ» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 37.

(3) «(لَوْ تَنَازَعَا فِي الْجِنْسِ) مَعَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى الْقَدْرِ بِأَنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةٌ لَكِنْ ادَّعَى أَنَّهَا دَنَانِيرُ، وَادَّعَتْ أَنَّهَا دَرَاهِمُ (...) وَيُحْتَمَلُ تَحَالَفُهُمَا لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُنْكَرٌ لِمَا يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ، وَهِيَ قَاعِدَةُ التَّحَالَفِ، وَحِينَئِذٍ فَيَسْقُطُ مَا تَدَّعَايَاهُ بِالْفُسْخِ أَوْ الْإِنْفِسَاحِ، وَيُثْبِتُ مَهْرُ الْمِثْلِ.» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 4، ص 105.

(4) «وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْإِرَادَةِ، كَانَ حُكْمُهَا حُكْمَ الْمُطْلَقَةِ، يَرْجِعُ إِلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ (...) وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، لِأَنَّهَا لَوْ أُطْلِقَا، لَصَحَّتِ التَّسْمِيَةُ، وَوَجِبَ الْأَلْفُ مِنْ غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَلَمْ يَكُنْ إِطْلَاقُهُمَا جَهَالَةً تَمْنَعُ صِحَّةَ الْعَوْضِ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 360.

والفساد، ومفادها تقديم قول مدعي الإرادة منهما مع يمينه، وقيل يقدم قول منكرها لأن الأصل عدمها، وقيل يقدم قول الزوجة لرجوع النزاع إلى إرادتها⁽¹⁾.

ثانياً: التداعي والاختلاف في ملتزم العوض

إذا اتفق الزوجان على أصل الخلع والعوض، ولكنهما اختلفا بشأن ملتزمه، كأن تقر الزوجة لزوجها بالبدل المسمى، وتدعي ضمان الغير لها إزاء المخالعة، أو تدعي أنه في ذمة غيرها، أو تدفع بمخالعة الغير لها بعوض في ذمته، فهذه حال تنطوي على ثلاثة فروض أولها، أن يتفق المتخالعان على وقوع الخلع بينهما بالعوض المقدر، فتدفع الزوجة عند المطالبة بأدائه أنه مضمون من غيرها، وهو إدعاء لا يشفع في سقوطه عنها، بل تكون ملزمةً ببذله لاعترافها به، وللزوج تحصيله منها لأن دعواها الضمان لا تبرؤ ذمتها منه، باعتبار الضمان زيادة وثيقة لا تخلي جانب المضمون عنه مما عليه من التزام نحو العاقد الآخر، ويكون لصاحب الحق مطالبة المدين الأصلي، دون أن يحول الضمان بينه وبين ذلك، ومن غير أن يلزم الأجنبي بشيء من دعواها عليه، إلا أن يقر لها بذلك⁽²⁾.

وأما الفرض الثاني فيتحقق حال اتفاقهما على الخلع بعوض تدعي الزوجة أنه لها على الغير، وأن الزوج أخرج بضعتها من ذمته عليه، فإن أقر لها الزوج بذلك، ثبت له العوض في ذمة هذا الغير، ولا شيء له عليها، أما إذا ادعى الزوج أن الخلع وقع على العوض المعين في ذمتها، فالمسألة محل خلاف وفيها ثلاثة آراء، فحوى الأول منها، الاعتداد بقول الزوج مع يمينه، وإليه ذهب الحنابلة⁽³⁾.

(1) «وَلَوْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا فِي أَصْلِ الْإِرَادَةِ مَعَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى عَدَمِ ذِكْرِ الْجَنَسِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: أَرَدْنَا جِنْسًا مُعَيَّنًا، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنَّا لَمْ نُرِدْ، بَلْ أَطْلَقْنَا رَجَعَ النَّزَاعُ إِلَى دَعْوَى الصَّحَّةِ وَالْفَسَادِ وَمُقْتَضَى الْقَاعِدَةِ تَقْلِيدُ مَدْعِيهَا مِنْهُمَا مَعَ يَمِينِهِ وَيُحْتَمَلُ تَقْلِيدُ مُنْكَرِهَا، وَالْبُطْلَانُ، لِأَصَالَةِ عَدَمِهَا وَهُوَ ظَاهِرُ الْقَوَاعِدِ، وَتَقْلِيدُ قَوْلِ الْمَرْأَةِ، لِرُجُوعِ النَّزَاعِ إِلَى إِرَادَتِهَا كَمَا هُوَ ظَاهِرُ التَّخْرِيرِ.» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج4، ص106.

(2) «تَخَالَعَا بِأَلْفٍ فَطَالَبَهَا بِهِ، فَقَالَتْ: ضَمِنْتُ زَيْدًا، لَمْ يَنْفَعَهَا هَذَا الْجَوَابُ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَا يَقْطَعُ الطَّلَبَ عَنْهَا.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج7، ص435. «فَإِنْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فَقَالَتْ: نَعَمْ إِلَّا أَهَّا فِي ضَمَانِ زَيْدٍ، لَزِمَهَا الْأَلْفُ.» محفوظ أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية، المرجع السابق، ص418. «أَمَّا لَوْ قَالَتْ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ ضَمِنْتُهَا فَلَا نَعْيَ، أَوْ دَفَعْتُهَا، أَوْ أَتْرَأْتُي، وَنَحْوَ ذَلِكَ فَعَلَيْهَا الْمَالُ مَعَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ.» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج4، ص107.

(3) «أَوْ قَالَتْ: عَوَضُ الْخُلْعِ (فِي ذِمَّتِهِ) أَيُّ: الْغَيْرِ (قَالَ الرَّوْجُ: بَلَى (فِي ذِمَّتِكَ لَزِمَهَا) الْعَوَضُ.» منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج3، ص70. «لَأَنَّهَا مُقَرَّرَةٌ بِالْخُلْعِ مَدْعِيَّةٌ عَلَى الْغَيْرِ ضَمَانَ الْعَوَضِ فَلَزِمَهَا الْعَوَضُ لِإِقْرَارِهَا وَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهَا عَلَى الْغَيْرِ وَكَذَا لَوْ قَالَتْ نَعَمْ لَكِنْ بِعَوَضٍ فِي ذِمَّةِ غَيْرِي فَقَالَ فِي ذِمَّتِكَ.» منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج5، ص230.

والشافعية⁽¹⁾، وبعض الإمامية⁽²⁾، لأن الأصل في عوض الخلع، أن يكون في ذمة الزوجة، فإذا ادعت ثبوته في ذمة غيرها لم تسمع دعواها، لأصالة عدم انتقاله عن ذمتها⁽³⁾، أضف إليه، أنها أقرت - والحالة هذه - وقوع الخلع على بدل مسمى غير مختلف فيه، فيلزمها عوضه في ذمتها إذا ادعى الزوج ذلك، ولا تسمع دعواها بثبوته في ذمة غيرها ما لم يصدقها هذا الغير، فإن فعل، لزمه الغرم لاعترافه بذلك⁽⁴⁾.

في المقابل، أخذ الرأي الثاني بقول الزوجة مع يمينها، وهو وجه عند الشافعية⁽⁵⁾، وبعض الزيدية⁽⁶⁾ وبعض الإمامية⁽⁷⁾، ذلك أن الزوج يدعي ثبوت المال عليها، وهي منكرة له، فاقتضت الحال أن تكون اليمين في جانبها، ولأن الأصل أيضاً، براءة ذمتها من دعوى الزوج عليها.

وأما على الرأي الثالث فيتخالفان، وبه قال الشافعية في الأصح عندهم⁽⁸⁾، باعتباره وجه ادعى فيه الزوج على زوجته العوض، وادعته هي في ذمة غيرها، وما في ذمتها، غير ما في ذمة غيرها، فكان أشبه بما لو اختلافاً حول العوض، كأن يدعي الزوج وقوع الخلع على عين، وتدفع الزوجة بحصوله

(1) «وَلَوْ قَالَتْ: قَبِلْتُ الْخُلْعَ بِأَلْفٍ لِي فِي ذِمَّةِ زَيْدٍ، فَقَبِلْتُ خِلَافَ مَبْنِيٍّ عَلَى بَيْعِ الدَّيْنِ، وَحَاصِلُهُ أَزْنَعُهُ أَوْجُهُ (...) وَالرَّابِعُ: هُوَ بَيِّنَتُهُ.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 435.

(2) «وَلَوْ قَالَ خَلَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فِي ذِمَّتِكَ فَقَالَتْ: بَلْ فِي ذِمَّةِ زَيْدٍ (...) وَقَالَ ابْنُ الْبَرَّاجِ: عَلَيْهِ الْيَمِينُ...» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 4، ص 107.

(3) «لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي مَالِ الْخُلْعِ أَنْ يَكُونَ فِي ذِمَّتِهَا فَإِذَا ادَّعَتْ كَوْنَهُ فِي ذِمَّةِ غَيْرِهَا لَمْ تُسْمَعْ، لِأَصَالَةِ عَدَمِ انْتِقَالِهَا عَنْ ذِمَّتِهَا.» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 4، ص 107.

(4) «(أَوْ) قَالَتْ: عَوَّضُ الْخُلْعِ (فِي ذِمَّتِهِ) أَيُّ: الْغَيْرِ (قَالَ) الرَّوْجُ (بَلْ فِي ذِمَّتِكَ، لَرِمَتِهَا) الْعَوَّضُ، لِإِقْرَارِهَا بِالْخُلْعِ، وَدَعَاها أَنَّهُ فِي ذِمَّةِ غَيْرِهَا، أَوْ أَنَّهُ ضَمِنَهُ غَيْرُ مَسْمُوعَةٍ، مَا لَمْ يُصَدِّقْهَا الْغَيْرُ، فَإِنْ صَدَّقَهَا فِي أَنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ، لَرِمَتُهُ الْغُرْمُ، لِاعْتِرَافِهِ بِذَلِكَ.» مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى، المرجع السابق، ج 5، ص 317.

(5) «وَلَوْ قَالَتْ: قَبِلْتُ الْخُلْعَ بِأَلْفٍ لِي فِي ذِمَّةِ زَيْدٍ، فَقَبِلْتُ خِلَافَ مَبْنِيٍّ عَلَى بَيْعِ الدَّيْنِ، وَحَاصِلُهُ أَزْنَعُهُ أَوْجُهُ (...) وَالثَّلَاثُ: تُصَدِّقُ هِيَ بَيِّنَتُهَا.» أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج 7، ص 435.

(6) «فَإِنْ قَالَتْ: خَالَعَتْنِي عَلَى أَلْفٍ لِي فِي ذِمَّةِ زَيْدٍ (ي) فَالْقَوْلُ لَهَا، إِذْ الْأَصْلُ بَرَاءَتُهَا» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 349.

(7) «لَوْ قَالَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فِي ذِمَّتِكَ، فَقَالَتْ: بَلْ فِي ذِمَّةِ زَيْدٍ، فَالْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ وَالْيَمِينُ عَلَيْهَا، وَيَسْقُطُ الْعَوَّضُ مَعَ بَيِّنَتِهَا، وَلَا يَلْزَمُ زَيْدًا.» جعفر المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، المرجع السابق، ج 4، ص 175.

(8) «وقالت: بل خالعتني على ألف درهم في ذمة زيد لي، ففيه وجهان: أحدهما: أنهما يتخالفان، لأنهما اختلفا في عين العوض فتحالفا.» أبو الحسين يحيى العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المرجع السابق، ج 10، ص 62.

على عين غيرها، فإنهما يتحالفان، فكذلك الحال هنا، لأن اختلاف الذمتين كاختلاف البدلين في مثالنا⁽¹⁾.

ولعل الراجح، ما نحى إليه أصحاب الرأي الأول من قبول قول الزوج بيمينه، لأن الأصل في العوض ثبوته في ذمة الزوجة ما لم يتم الاتفاق على خلافه، فيكون الزوج تبعاً لذلك مدعياً في الأصل، ثم أن الزوجة لما أقرت به، وادعت أنها أحالت الزوج على دين لها عند الغير، وأنكر الزوج ادعاءها، وجب أن يكون القول قوله، ناهيك عما في التحالف - في حال المصير إليه - من التناهي بالمسألة عن دائرة الخلاف الذي ينصب أساساً على تعيين الذمة المطالبة بأداء العوض، هل هي ذمة الزوجة أم ذمة الأجنبي؟

كما أنهما لو تحالفا ثبت مهر المثل على القول الأخير، وهو ما لا يستقيم حتماً وقد اتفق الزوجان على عوضٍ مسمى لا خلاف فيه، ثم أن القول بمهر المثل، مثبت للبدل في ذمتها على كل حال، فافتضى الأمر اعتبار العوض المعين بقول الزوج من باب أولى لصحة تسميته.

بقي معنا من مبتدأ المسألة، فرضها الثالث ومفاده، إذا ادعى الزوج وقوع الخلع على بدلٍ معين في ذمتها، ودفعت حصوله على ذات البدل بإقامة من غيرها في ذمته، فالقول قول الزوجة في نفي العوض عنها، لأنها منكراً له، ولا يثبت للزوج عليها شيئاً، ولا يقبل قولها على الغير بأنه خالع عنها إلا إذا أقر الغير بما ادعت عليه، ويقع طلاق الزوج بئناً، لتصريحه بذلك، من منطلق إقراره ببينونتها منه على العوض الذي ادعى استحقاقه عليها⁽²⁾.

لكن، ألا يمكننا القول أن الزوج وقد تخلف استحقاقه للعوض على الزوجة لجحودها إياه، فيلزم من ذلك ألا يثبت عليه الطلاق الصادر في حقها بإقراره قياساً على البيع، كما لو ادعى أحدهم

(1) «وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ تَقُولَ: خَالَعْتَنِي عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ لِي فِي ذِمَّةِ غَيْرِي، وَيَقُولُ الزَّوْجُ: بَلْ خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ فِي ذِمَّتِكَ (...)» فَصَارَ ذَلِكَ كَاخْتِلَافِهِمَا فِي الْعُوضِ فَيَقُولُ الزَّوْجُ: خَالَعْتُكَ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ، فَتَقُولُ الزَّوْجَةُ: بَلْ خَالَعْتَنِي عَلَى هَذَا الْعَبْدِ الْآخَرِ فَيَتَحَالَفَانِ كَذَلِكَ هَا هُنَا، لِأَنَّ اخْتِلَافَ الذَّمَّتَيْنِ كَاخْتِلَافِ الْعَبْدَيْنِ وَيَكُونُ لَهُ مَهْرُ الْمَثَلِ فِي ذِمَّتِهَا. «أَبُو الْحَسَنِ الْمَاورِدِي، الْحَاوِي الْكَبِيرُ، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ج 10، ص 38.

(2) «أَوْ قَالَتْ: إِنَّمَا خَالَعْتُكَ غَيْرِي بِعُوضٍ فِي ذِمَّتِهِ، بَانَتْ بِإِقْرَارِهِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نَفْيِ الْعُوضِ مَعَ يَمِينِهَا، لِأَنَّهَا مُنْكَرَةٌ.» مَوْفِقُ الدِّينِ بْنِ قَدَامَةَ، الْكَافِي، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ج 3، ص 105. «وَإِذَا قَالَ خَالَعْتُكَ بِأَلْفٍ فَأَنْكَرْتَهُ وَقَالَتْ إِنَّمَا خَالَعْتُ غَيْرِي بَانَتْ بِإِقْرَارِهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا فِي الْعُوضِ لِأَنَّهَا مُنْكَرَةٌ» عَبْدُ الرَّحْمَنِ شَمْسُ الدِّينِ بْنِ قَدَامَةَ الْمَقْدِسِي، الشَّرْحُ الْكَبِيرُ، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ج 8، ص 229.

بيع داره لآخر على ثمن معين وأنكر هذا الأخير، لم يزل ملك الأول عن الدار التي أقر بيعها لتخلف الثمن بجحود الثاني.

والحقيقة أن الفرق بين الأمرين يكمن في عدم إمكان انفكاك البيع عن الثمن، إذ يلزم من عدم وجود الثاني عدم وجود الأول، بينما يتصور انفكاك الطلاق عن العوض، بل أن الأصل في الطلاق وقوعه مجرداً، فجاز أن يلزمه الطلاق الذي أقر به وإن لم يحصل له العوض⁽¹⁾.

(1) «الفرق بينهما أن البيع لا ينفك عن الثمن، فإذا لم يحصل له الثمن لم يلزمه البيع، والطلاق قد ينفك عن العوض، فجاز أن يلزمه الطلاق، وإن لم يحصل له العوض» أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 38 39.

المبحث الثاني

تبعات الخلع المستحدث

من المؤكد أن المشرع لم يضع في حسبانته عندما خطط لنظام الخلع، أن المسألة ستفضي إلى مضاعفات خطيرة تخضت عنه فور إنفاذه، ولم يكن من المتوقع أيضاً أن ينال هذا النص وبهذه الحدة من استقرار الأسرة (المطلب الأول) وأن يُظهر على وجه الخصوص نوعاً جديداً من السباب اتجاه الرجل المخلوع افقده اعتباره وغير من نظرة المجتمع والمرأة إليه، هذه الأخيرة وإن صيغ النص لمصلحتها ابتداءً واستُهدفَ به ترقية مركزها القانوني تحديداً، فقد ردف لها انتهاءً بعض ما لم يتم استشرافه، كالمساس بمركزها الاجتماعي، ناهيك عما أنفك عن أعماله من تبعاتٍ - كغيره من فرق النكاح - في حق الناشئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الخلع وظاهرة التفكك الأسري

لقد انتشرت ظاهرة الخلع في المجتمع الجزائري - كغيره من المجتمعات العربية التي استحدثت الخلع القسري - انتشار النار في الهشيم، حيث صارت بصفاتها هذه، وعلى مدى عشر سنوات التي أعقبت دخول قانون الأسرة المعدل حيز التنفيذ تشكل خطراً حقيقياً على تماسك الأسرة ومصدر تهديدٍ لكيانها بالتفكك والانفجار، لاستقلال المرأة بإيقاعه وسهولة الإجراءات المتبعة أمام المحاكم، وللتدليل على ذلك نشير على سبيل المثال إلى أن عدد قضايا فرق النكاح قاطبةً، بلغت سنة (2007م) حوالي (34137) حالة من أصل 300 ألف عقد زواج، أي ما يربو عن (11.38%) استحوذ منها الخلع على نسبة (01%) تقريباً ب (2481)، وهو مؤشرٌ ينذر بحالة طواريٍ قصوى يمكن الوقوف عليها من خلال قراءة إحصائية مقارنة لظاهرة الخلع مع غيرها من فرق النكاح الأخرى (الفرع الأول) وما كرسه من مظاهر لتآكل الأسرة كقيمة اجتماعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

قراءة إحصائية

وهي دراسة تحليلية تتناول أرقاماً وبياناتٍ للخلع مقارنةً بغيره من فرق النكاح خلال الفترة الممتدة ما بين (1994م و2013م)⁽¹⁾، وإن آثرنا التركيز على الفترة التي أعقبت عام (2005م)، باعتبارها السنة التي دخل فيها نص الخلع المستحدث حيز التطبيق.

(الجدول رقم: 1)

حالات انحلال النكاح خلال الفترة الممتدة من سنة 2005م إلى 2013 على المستوى

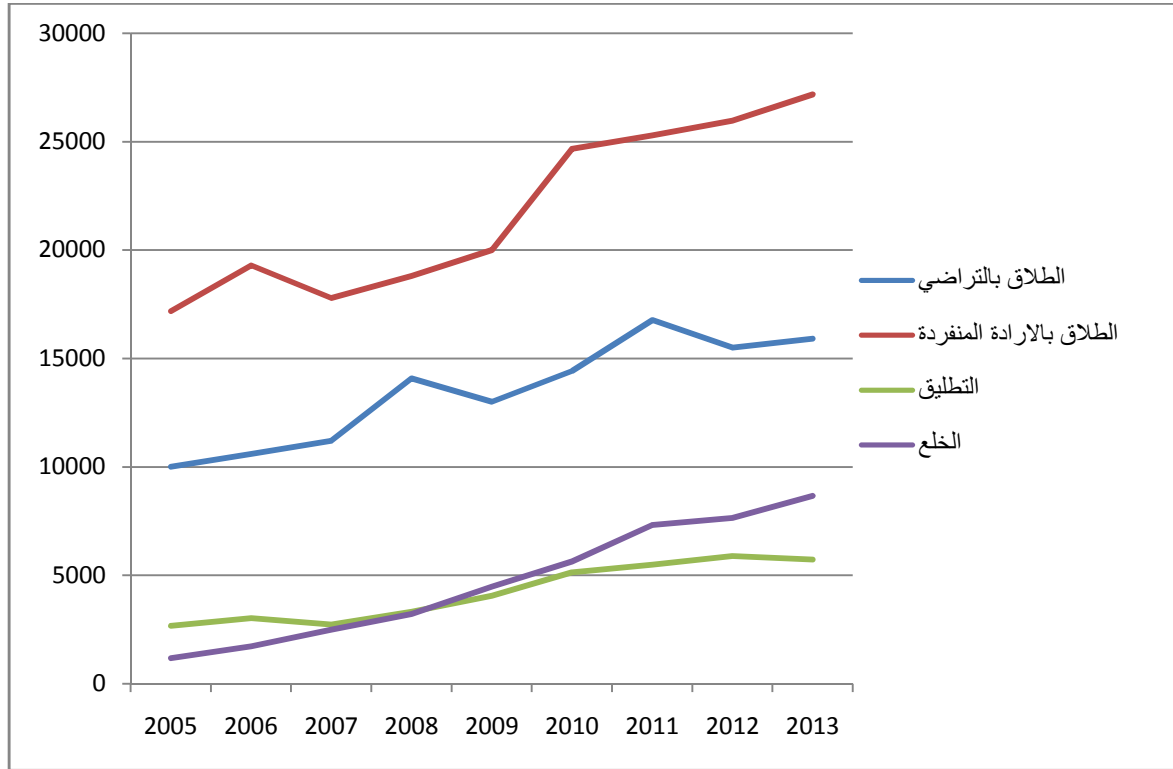
الوطني

نوع الفرقة				السنوات
الخلع	التطليق	الطلاق بالإرادة المنفردة	الطلاق بالتراضي	
1170	2667	17175	10009	2005
1720	3025	19280	10598	2006
2481	2720	17733	11203	2007
3210	3320	18794	14072	2008
4465	4050	19996	12994	2009
5629	5135	24663	14418	2010
7313	5479	25275	16759	2011
7649	5884	25956	15496	2012
8663	5721	27169	15908	2013
42300	38001	196041	121459	المجموع

(1) إحصائيات حصلنا عليها من وزارة العدل في شهر أكتوبر 2014.

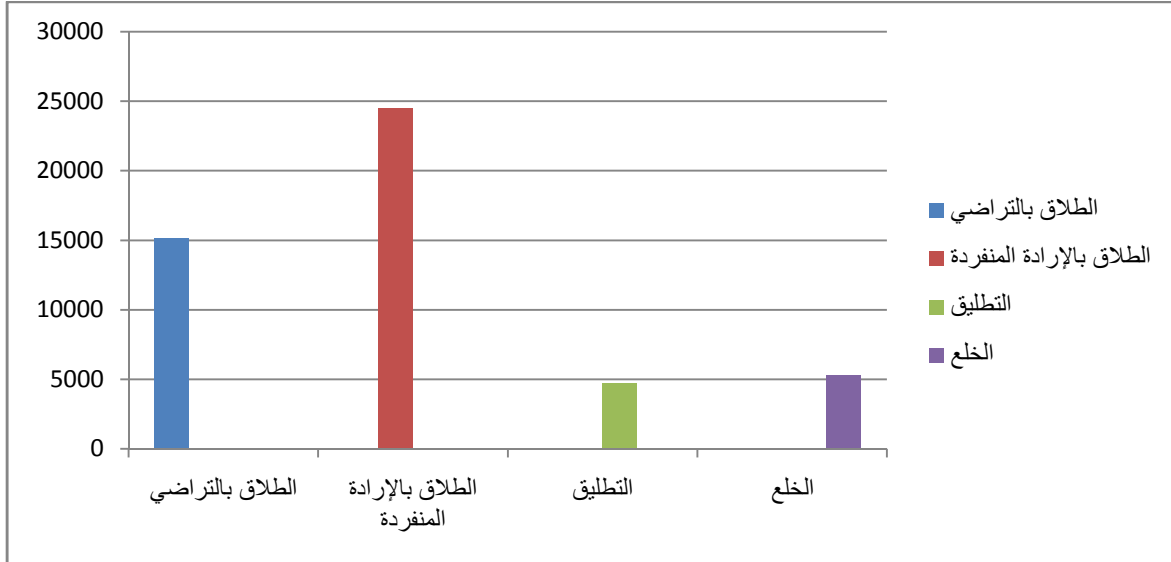
(الشكل رقم: 1)

التمثيل البياني لحالات انحلال النكاح خلال الفترة الممتدة من سنة 2005م إلى 2013 على المستوى الوطني

متوسط معدل كل حالة من حالات انحلال النكاح في السنة

- المتوسط السنوي لمعدل حالات الطلاق بالتراضي: (15182.38) حالة.
- المتوسط السنوي لمعدل حالات الطلاق بالإرادة المنفردة: (24505.13) حالة.
- المتوسط السنوي لمعدل حالات التطليق: (4750.13) حالة.
- المتوسط السنوي لمعدل حالات الخلع: (5287.50) حالة.

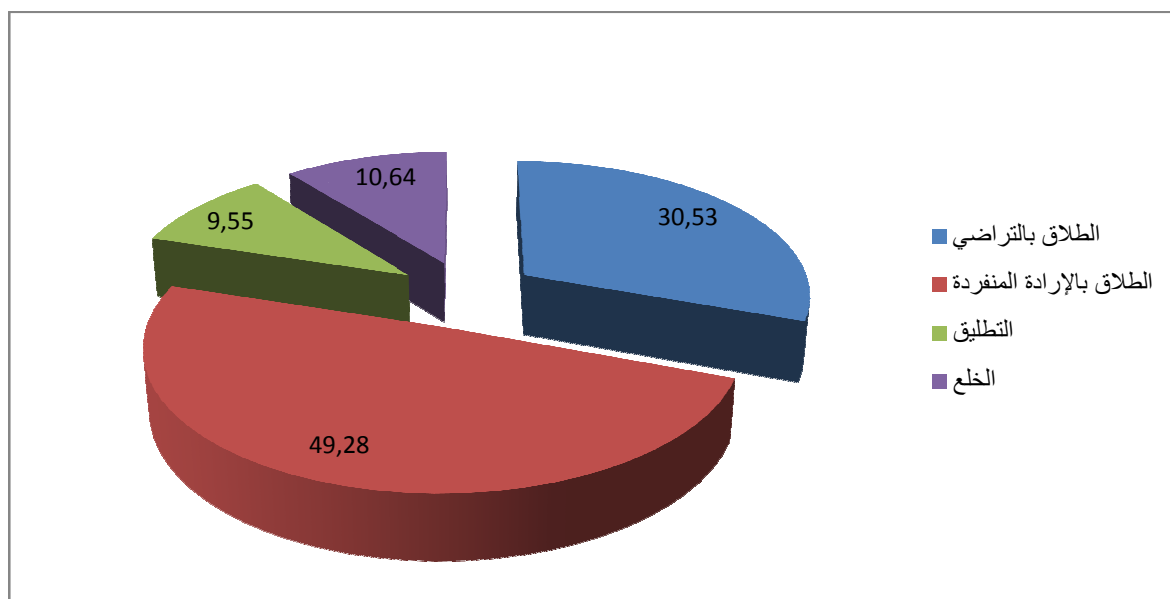
(الشكل رقم: 2)

التمثيل البياني لمتوسط معدل كل حالة من حالات انحلال النكاح في السنةالنسبة المئوية لمتوسط معدل كل حالة من حالات انحلال النكاح في السنة، بالنسبة لمعدلمجموع الحالات

- النسبة المئوية لمتوسط المعدل السنوي لحالات الطلاق بالتراضي بالنسبة للمعدل السنوي لمجموع حالات انحلال النكاح: (30.53%).
- النسبة المئوية لمتوسط المعدل السنوي لحالات الطلاق بالإرادة المنفردة بالنسبة للمعدل السنوي لمجموع حالات انحلال النكاح: (49.28%).
- النسبة المئوية لمتوسط المعدل السنوي لحالات التطليق بالنسبة للمعدل السنوي لمجموع حالات انحلال النكاح: (9.55%).
- النسبة المئوية لمتوسط المعدل السنوي لحالات الخلع بالنسبة للمعدل السنوي لمجموع حالات انحلال النكاح: (10.64%).

(الشكل رقم: 3)

التمثيل البياني للنسبة المئوية لمتوسط معدل كل حالة من حالات انحلال النكاح في السنة،
بالنسبة لمعدل مجموع الحالات



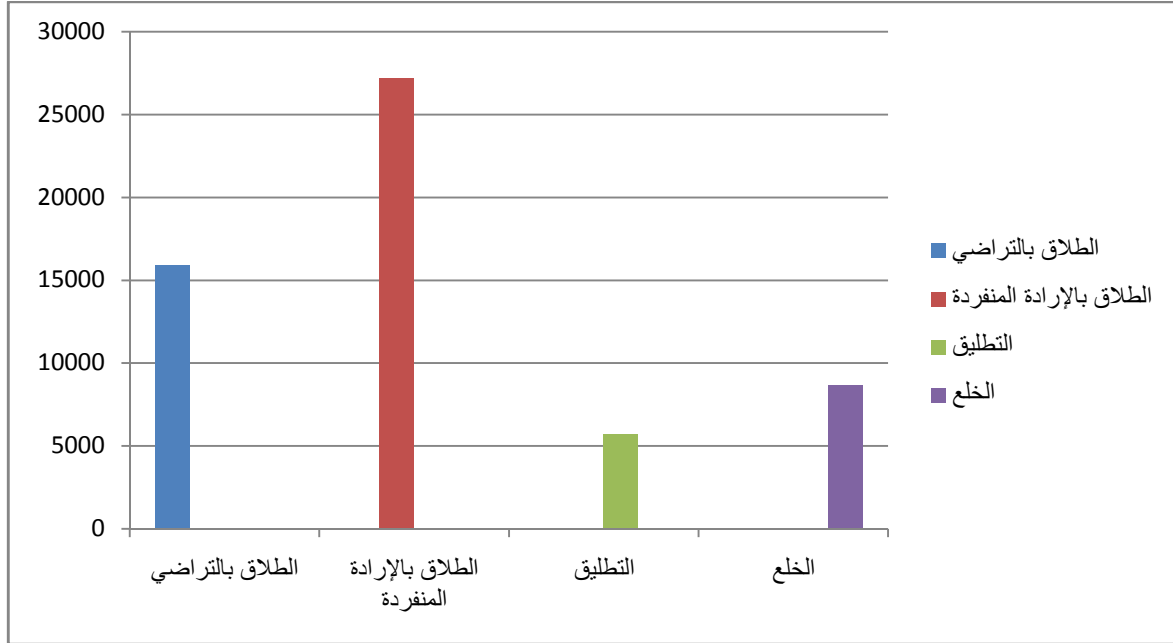
(الجدول: رقم 2)

عدد كل حالة من حالات انحلال النكاح خلال سنة 2013

نوع الفرقة				السنة
الخلع	التطليق	الطلاق بالإرادة المنفردة	الطلاق بالتراضي	
8663	5721	27169	15908	2013

(الشكل رقم: 4)

التمثيل البياني لعدد كل حالة من حالات انحلال النكاح خلال سنة 2013



(الجدول: رقم 3)

النسبة المئوية لعدد كل حالة من حالات انحلال النكاح خلال سنة 2013، بالنسبة لمعدل

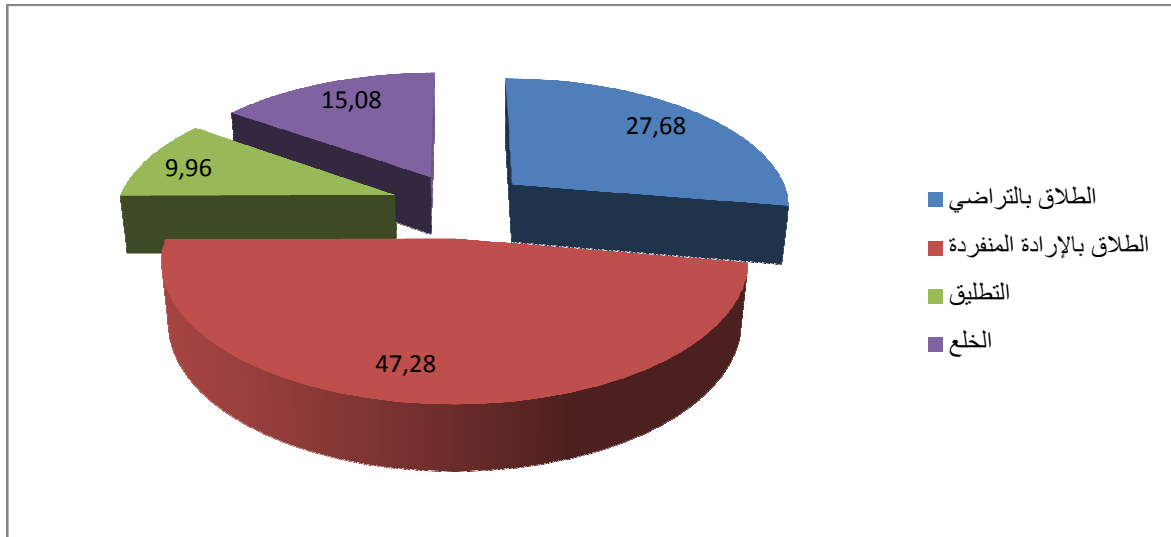
مجموع الحالات إبان نفس السنة

س ن ة	نوع الفرقة						
	الطلاق بالتراضي	النسبة المئوية	الطلاق بالإرادة المنفردة	النسبة المئوية	التطليق	النسبة المئوية	الخلع
13	15908	27.68	27169	47.28	5721	9.96	8663
							15.08

(الشكل رقم: 5)

التمثيل البياني للنسبة المئوية لعدد كل حالة من حالات انحلال النكاح خلال سنة 2013،

بالنسبة لمعدل مجموع الحالات إبان نفس السنة



يستفاد من البيانات السابقة أن المتوسط السنوي لمعدل حالات الطلاق بالإرادة المنفردة خلال الفترة الممتدة ما بين (2005م و2013) تربع على عرش فرق النكاح، حيث بلغ (24505.13) حالة، وهو ما يمثل نسبة (49.28%)، يليه مباشرة الطلاق بالتراضي الذي وصل متوسطه السنوي خلال ذات الفترة إلى (15182.38) حالة، أي ما يناهز نسبة (30.53%)، ثم يأتي الخلع في المرتبة الثالثة بمتوسط سنوي قدره (5287.50) حالة، وهو ما يعادل نسبة (10.64%) من معدل مجموع الحالات إبان عين الفترة متفوقاً بذلك على التطليق الذي لم يتعد معدله السنوي (4750.13) حالة، بنسبة قدرها (9.55%).

وهي النتائج التي تؤكدتها بيانات سنة (2013م) التي بلغ فيها عدد قضايا الطلاق بالإرادة المنفردة (27169) حالة، بنسبة مئوية قدرها (47.28%) من مجموع الحالات خلال نفس السنة، ويليه الطلاق بالتراضي ب (15908) حالة، وهو ما يعادل نسبة (27.68%)، ثم الخلع ب (8663) حالة، أي بنسبة (15.08%) وأخيراً التطليق ب (5721) حالة، وهو ما يناهز (9.96%).

(الجدول رقم: 4)

تطور عدد حالات كل فرقة من سنة لأخرى

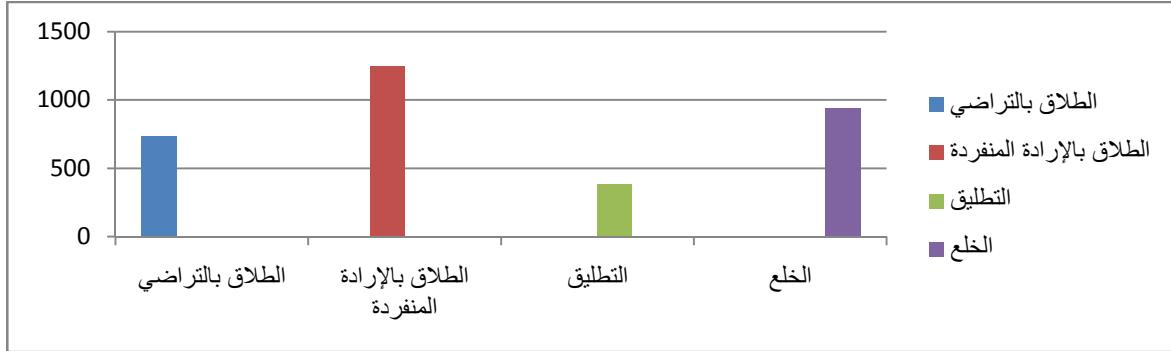
السنوات	نوع الفرقة			
	الطلاق بالتراضي	الطلاق بالإرادة المنفردة	التطليق	الخلع
2005	-	-	-	-
2006	589 +	2105 +	358 +	550 +
2007	605 +	1547 -	305 -	761 +
2008	2869 +	1061 +	600 +	729 +
2009	1078 -	1202 +	730 +	1255 +
2010	1424 +	4667 +	1085 +	1164 +
2011	2341 +	612 +	344 +	1684 +
2012	1263 -	681 +	405 +	336 +
2013	412 +	1213 +	163 -	1014 +
المجموع	5899	9994	3054	7493

متوسط معدل الزيادة السنوية بالنسبة لكل فرقة

- متوسط معدل الزيادة السنوية في حالات الطلاق بالتراضي: (737.38) حالة.
- متوسط معدل الزيادة السنوية في حالات الطلاق بالإرادة المنفردة: (1249.25) حالة.
- متوسط معدل الزيادة السنوية في حالات التطليق: (381.75) حالة.
- متوسط معدل الزيادة السنوية في حالات الخلع: (936.63) حالة.

(الشكل رقم: 6)

التمثيل البياني لمتوسط معدل الزيادة السنوية بالنسبة لكل فرقة

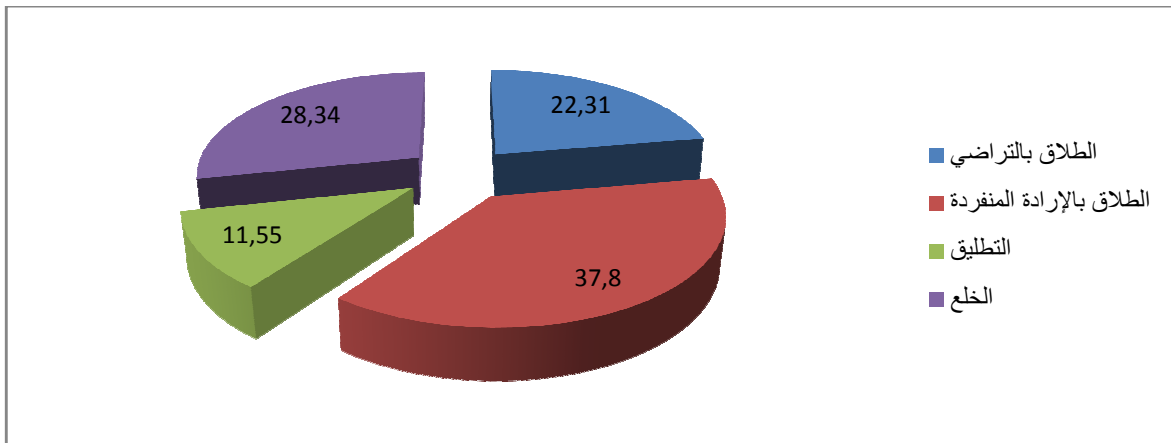


النسبة المئوية لمتوسط معدل الزيادة السنوية لكل فرقة بالنسبة للفرق الأخرى

- متوسط معدل الزيادة السنوية في حالات الطلاق بالتراضي: (22.31%).
- متوسط معدل الزيادة السنوية في حالات الطلاق بالإرادة المنفردة: (37.80%).
- متوسط معدل الزيادة السنوية في حالات التطليق: (11.55%).
- متوسط معدل الزيادة السنوية في حالات الخلع: (28.34%).

(الشكل رقم: 7)

التمثيل البياني للنسبة المئوية لمتوسط معدل الزيادة السنوية لكل فرقة بالنسبة للفرق الأخرى



نستشف من البيانات السابقة أن متوسط الزيادة السنوية في حالات الطلاق بالإرادة المنفردة بلغت (1249.25) حالة، بنسبة مئوية قدرها (37.80%)، يليها الخلع بمعدل (936.63) حالة، تمثل نسبة مئوية قدرها (28.34%)، ثم الطلاق بالتراضي: (737.38) حالة، بنسبة (22.31%)، وأخيراً التطليق بمتوسط زيادة سنوية تصل إلى (381.75) حالة، وتمثل نسبته المئوية بالنسبة لمجموع فرق النكاح الأخرى (11.55%).

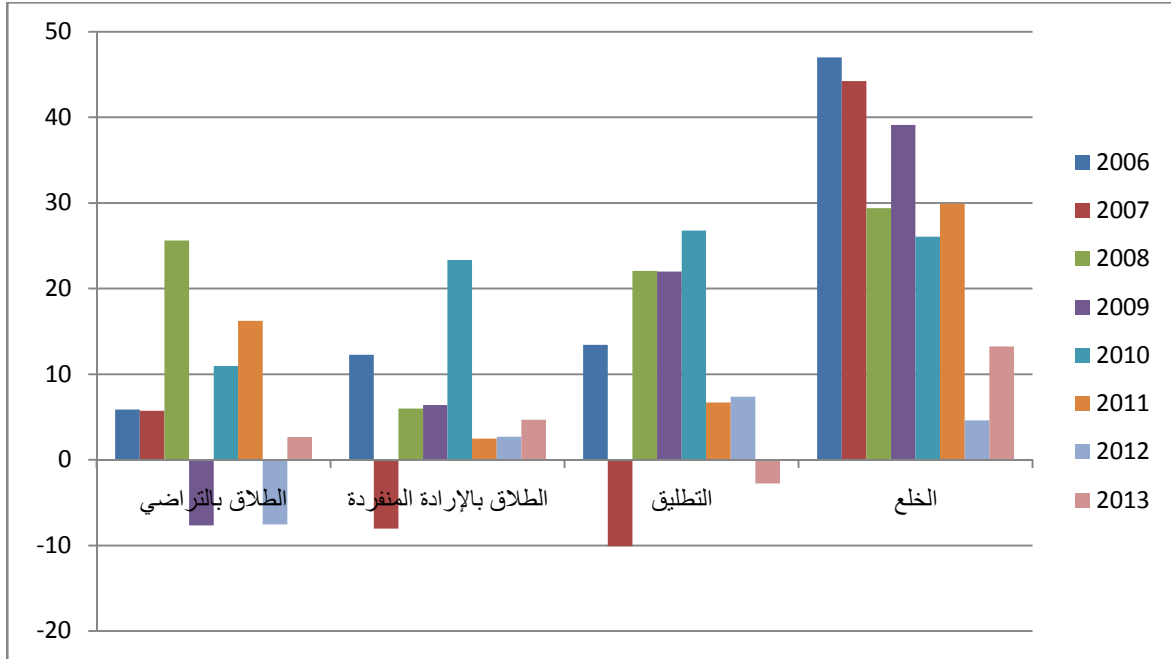
(الجدول رقم: 5)

نسبة تطور كل فرقة بالنسبة للسنة التي سبقتها

س ن ة	نوع الفرقة						
	الطلاق بالتراضي	النسبة المئوية	الطلاق بالإرادة المنفردة	النسبة المئوية	التطليق	النسبة المئوية	الخلع
05	10009	-	17175	-	2667	-	1170
06	10598	05.89	19280	12.26	3025	13.42	1720
07	11203	05.71	17733	8.02 -	2720	10.08 -	2481
08	14072	25.61	18794	05.98	3320	22.06	3210
09	12994	7.66 -	19996	06.40	4050	21.99	4465
10	14418	10.96	24663	23.34	5135	26.79	5629
11	16759	16.24	25275	02.48	5479	06.70	7313
12	15496	7.54 -	25956	02.69	5884	07.39	7649
13	15908	02.66	27169	04.67	5721	02.77 -	8663

(الشكل رقم: 8)

التمثيل البياني لنسبة تطور كل فرقة بالنسبة للسنة التي سبقتها



وهنا تهيمن معدلات الخلع بشكل واضح ودون تناقص، حيث تراوحت الزيادات في الفترة الممتدة من (2006م) إلى (2011م) ما بين (26.07%) و(47.01%) لتسجل أدنى مستوياتها بزيادة قدرها (4.59%) في سنة (2012م)، لتعاود الارتفاع بنسبة (13.26%) في سنة (2013م)، تليه باقي فرق النكاح الأخرى بمعدلات تنازلية في بعض السنوات، حيث تناقصت قضايا التطلق لسنة (2007م) عن سنة (2006م) بنسبة (-10.08%) وعادت الكرة سنة (2013م) عن سنة (2012م) بنسبة (-2.77%)، ونزلت قضايا الطلاق بالتراضي سنة (2009م) بالنسبة لسنة (2008م) ب (-7.66%)، و(2012م) بالنسبة لسنة (2011م) بمعدل (-7.54%)، كما انخفضت قضايا الطلاق أيضاً سنة (2007م) مقارنةً ب (2006م) بنسبة (-8.02%).

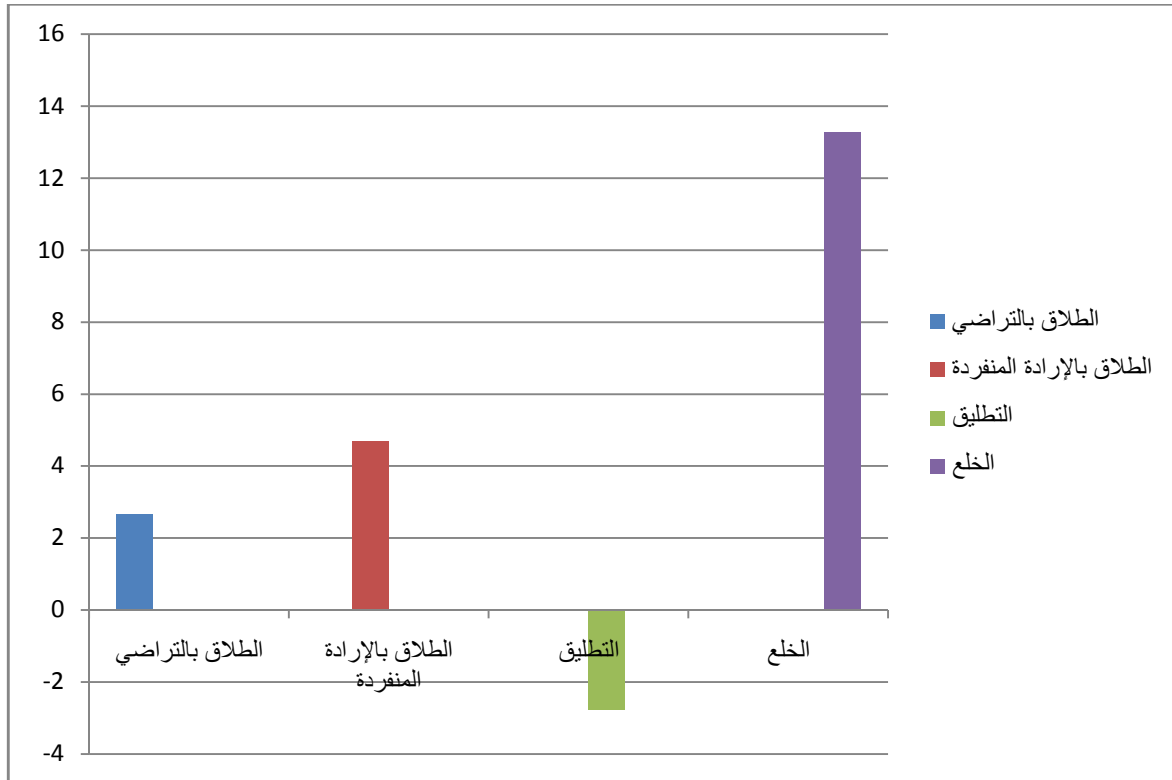
(الجدول رقم: 6)

نسبة تطور كل فرقة بين سنتي 2012 و 2013

السنة	نوع الفرقة						
	الطلاق بالتراضي	النسبة المئوية	الطلاق بالإرادة المنفردة	النسبة المئوية	التطليق	النسبة المئوية	الخلع
2012	15496	-	25956	-	5884	-	7649
2013	15908	2.66	27169	4.67	5721	2.77-	8663
							13.26

(الشكل رقم: 9)

التمثيل البياني لنسبة تطور كل فرقة بين سنتي 2012 و 2013



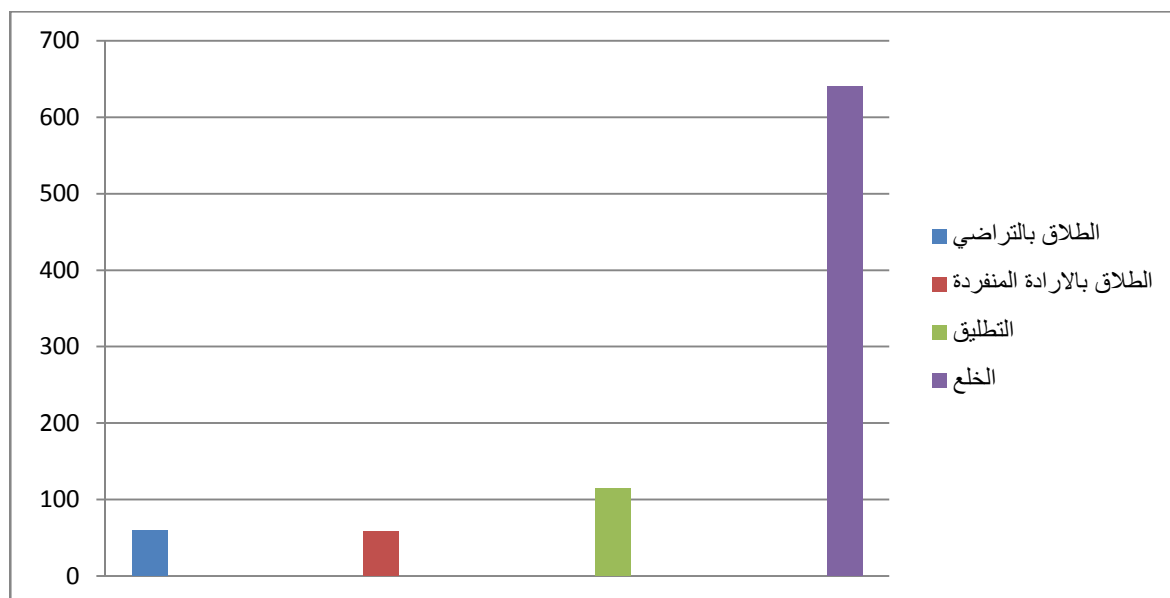
وهنا أيضاً يهيمن الخلع بزيادة قدرها (13.26%) بين سنتي (2012م و2013م)، بينما يهوي التطليق متناقصاً عن نفس المدة بنسبة (- 2.77%)، وهو ما يفسر لحد ما ميل النساء للخلع بدل التطليق، لسهولة إجراءات الأول وصعوبة الإثبات في الثاني، في حين يزداد الطلاق بالإرادة المنفردة والطلاق بالتراضي بنسب معتدلة بلغت على التوالي (4.67%) و(2.66%).

(الجدول رقم: 7)

نسبة تطور كل فرقة بين سنتي 2005 و2013

السنة	نوع الفرقة						
	الطلاق بالتراضي	النسبة المئوية	الطلاق بالإرادة المنفردة	النسبة المئوية	التطليق	النسبة المئوية	الخلع
2005	10009	-	17175	-	2667	-	1170
2013	15908	58.94	27169	58.19	5721	114.51	8663

(الشكل: رقم 10)

التمثيل البياني لنسبة تطور كل فرقة بين سنتي 2005 و 2013

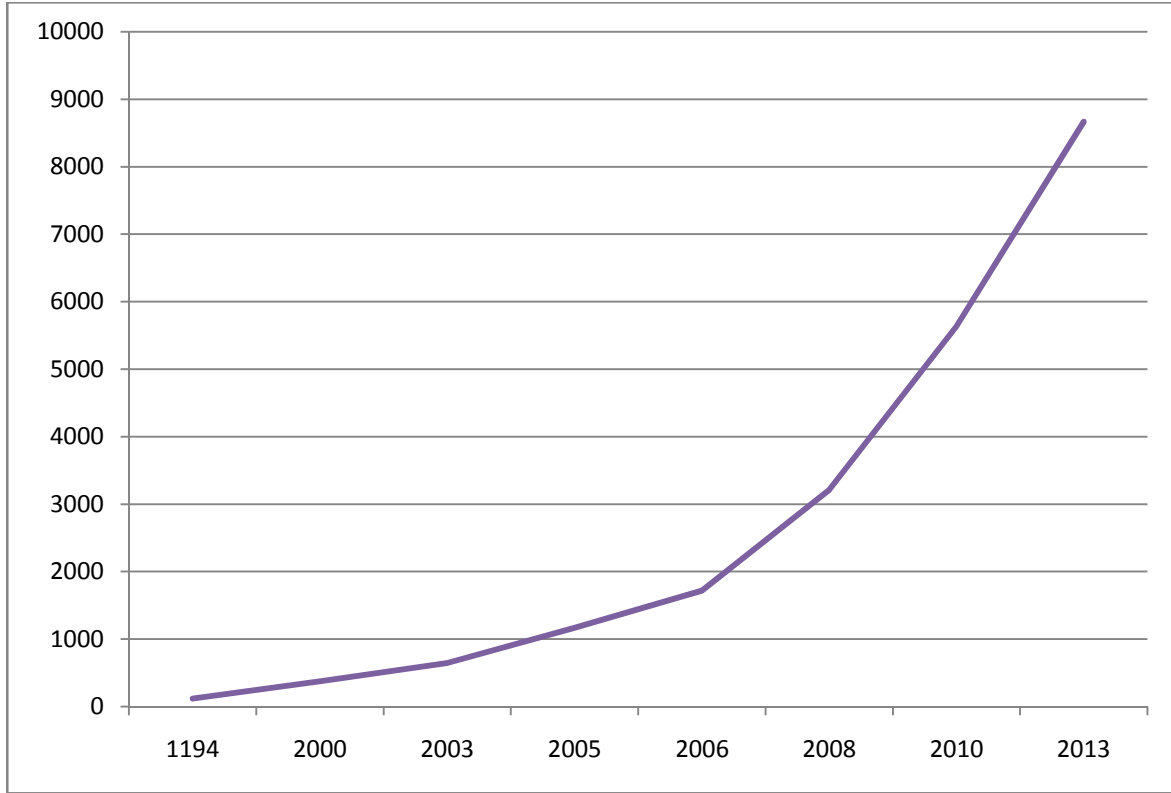
حاولنا أن نرصد بمقتضى البيانات السابقة كل فرقة من فرق النكاح بين سنتي (2005م) و(2013م)، ونتج معنا أن الخلع قفز من (1170) حالة سنة (2005م) إلى (8663) حالة سنة (2013م)، وهو ما يعادل (640.43%)، أعقبه التطلق الذي سجل (2667) حالة سنة (2005م) مقابل (5721) سنة (2013م)، بنسبة زيادة قدرها (114.51%)، في حين زادت نسبة الطلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفردة عن نفس الفترة بنسبة (58.94%) و(58.19%) على التوالي.

(الجدول رقم: 8)

تطور حالات الخلع من سنة 1994 إلى سنة 2013

السنة	1994	2000	2003	2005	2006	2008	2010	2013
العدد	122	378	650	1170	1720	3210	5629	8663

(الشكل رقم: 11)

التمثيل البياني لتطور حالات الخلع من سنة 1994 إلى سنة 2013

يستفاد من البيانات السابقة أن نسبة الطلاق بالتراضي زادت خلال الفترة الممتدة ما بين (2006م) و(2013م) ب (59%)، وهي تقريباً نفس نسبة الطلاق بالإرادة المنفردة خلال ذات المدة (58.19%)، بينما تضاعفت نسبة التطليق لتصل إلى (114.51%)، في حين سجلت حالات الخلع ارتفاعاً جنونياً على مدى الثماني سنوات التي أعقبت دخول قانون الأسرة المعدل حيز التنفيذ حيث شارفت نسبة (700%)، فهي ظاهرة تعرف تقدماً رهيباً بكل المقاييس، ويظهر ذلك جلياً من خلال تتبع الأرقام والإحصائيات المسجلة قبل وبعد صدور نص الخلع المستحدث، حيث قفز عدد حالات الخلع من (122) حالة سنة (1994م) إلى (378) حالة سنة (2000م) ليصل في سنة (2003م) إلى (650) حالة، وإلى (1170) حالة سنة (2005م)، أما في (2006م) فبلغ الرقم (1720) حالة، ليرتفع سنة (2013م) إلى (8663)، وقد شكل دخول قانون الأسرة -

بصيغته الجديدة - حيز التنفيذ نقطة تحول في ارتفاع عدد قضايا الخلع كما يبدو من (الجدول رقم: 8) و(الشكل رقم: 11)، رغم أن موافقة الزوج لم تُعد شرطاً لمباشرة منذ سنة (1992م) في ضوء الاجتهاد الصادر عن المحكمة العليا على النحو الذي فصلنا فيه سابقاً، ويرجع ذلك في تقديرنا، إلى محدودية العلم بهذا الاجتهاد الذي لم ينتج مفعوله الحاد إلا بعد أن أفرع في نصٍ تشريعيٍّ بمقتضى تعديل (2005م).

وليست الظاهرة حكراً على المجتمع الجزائري فحسب، بل بلغت من المضاعفات حداً خطيراً في بعض المجتمعات العربية التي كانت سباقةً في تشريع هذا الإجراء، حيث وصل عدد قضايا الخلع في المحاكم المصرية على سبيل المثال إلى (155) ألف قضية، ووصل عدد الرجال المخلوعين إلى (23) ألف رجل حتى آخر إحصاء رسمي نهاية سنة (2011م)، إلى أن استقرت الحال على خلع رجلٍ متزوج كل (6) دقائق في المتوسط، وانتهت الدراسات البحثية إلى أن (40%) من حالات الخلع كانت لأتفه الأسباب منذ صدور القانون⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مظاهر تآكل بعض القيم الأسرية بفعل إنفاذ النص

على الرغم مما يمكن الاحتجاج به من مزايا لهذا النص، من حيث كونه عاملاً مثبطاً للرجل عند انصراف نيته إلى إساءة استخدام حقوقه المنصوص عليها قانوناً، وهو الوضع الذي تحملت الزوجات وزر تبعاته ردحاً من الزمن، وكرس مناخاً أسرياً ينعدم فيه الحد الأدنى من الروابط السوية. وعلى الرغم مما قيل بشأن إحداثه لنوعٍ من التوازن بين مركزي الزوج والزوجة، من حيث إقراره لعين الرخص - فيما يتعلق بإنهاء النكاح - لكليهما - حيث خول الزوجة - في مقابلة حق الطلاق المعقود بيد زوجها - رخصة فك عرى زوجيةٍ لم يعد بالإمكان إصلاح ما أُلِّمَ بها من مشكلات، وبالتالي الحيلولة دون إمكانية تعليق الزوج لزوجته، وما تفضي إليه حالٌ كهذه من آثارٍ بالغة الضرر على المرأة.

(1) عادل عامر، الفساد التشريعي في مجال قوانين الأسرة وأثرها السلبي على المجتمع، جريدة المطرقة، بتاريخ 13 جوان 2012م.

وعلى الرغم أيضاً مما يحسب له - عند دعاة المساواة الكمية - من حسناتٍ في تكريس توازنٍ في الحقوق والواجبات بين الزوج والزوجة، ومن ثمة تفكيك الأنماط الشائعة للعلاقات الأسرية الأبوية وإعادة تركيبها على نحوٍ موافقٍ لروح العصر ومقتضياته.

وبالجملة فإن نص الخلع المستحدث - وفق هذا المنظور - يعد مخرجاً وعلاجاً لمظاهر يخطئها الحصر، كرد فعلٍ للغبن الواقع على المرأة كزوجةٍ مغلوبةٍ على أمرها يجبرها القانون على المكوث مع زوج تبغضه أو يسيء معاملتها، وما يؤول عن وضع كهذا من مشكلاتٍ اجتماعيةٍ ونفسيةٍ لا حصر لها في حق الزوجة والناشئة بوصفهما الطرف المذعن في الصراع⁽¹⁾.

على الرغم من ذلك كله، فتبعات الخلع المستحدث غير المرغوبة - على النحو الذي أشارت إليه بعض الدراسات - نالت وبشكل كبير من حزمة القيم التي تنبني عليها الأسرة المسلمة، كفكرة القوامه التي تعتبر مداراً لهذا النظام الاجتماعي (أولاً)، كما ولدت في الأنفس ميلاً إلى العزوف عن النكاح وبالتالي تزايد نسبة العنوسة وما ينجر ذلك من مفسد أخلاقية وانحلال (ثانياً).

أولاً: الخلع المستحدث وانهايار مبدأ القوامه

عقد النكاح شأنه شأن سائر العقود الملزمة لجانبين، فيما يرتبه من التزامات متبادلة في ذمة طرفيه، وبالتالي إذا وُقّي الزوج والزوجة - كل من جهته - بما ينفك عنه من واجباتٍ اتجاه صاحبه - على النحو الذي أراده الشارع الحكيم - تحقق بلا ريب صالح عموم أفراد الأسرة من زوجٍ وزوجةٍ وناشئة، وهؤلاء جميعاً يشكلون كياناً معنوياً قائماً بذاته هو الأسرة، التي تحض بحماية قانونية خاصة قررها الدستور الجزائري في مادته (58) بالقول: «تخلى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع»، ولا يمكن تصور هذه الحماية عملياً على أنقاض مبدأ جوهرى تقوم عليه الأسرة بقيمها الإسلامية، ويتعلق الأمر بحق الرجل في القوامه وما يتفرع عنه من التزاماتٍ في ذمته، كالالتزام بالنفقة، وواجبات للزوجة اتجاهه، كالالتزام بطاعته فيما هو مشروع من شؤون الزوجية.

(1) سهير لطفي وآخرون، الأحوال الشخصية في مصر، المركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000م، ص 173 إلى 176. ناهد العجوز، دعوى الخلع والتطليق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م، ص 36. اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا، مشروع بحث نقدي لقوانين الأحوال الشخصية في بلدان عربية مختارة، سلسلة دراسات عن المرأة العربية والتنمية رقم (25)، نيويورك، الأمم المتحدة، 1997م، ص 7.

لقد خول الإسلام حق القوامه للرجل باعتباره الأقدّر على القيام بها، بحكم ما هو مجبول عليه، وبوصفها التكليف الذي يتفق مع طبيعته الجسدية والنفسية، فهي مسؤولية لا تنقطع ولا تتوقف، يحتاج إليها تدبير المعاش، وتوفير الحماية والأمن للأسرة، ومن ثمة يستلزم الاضطلاع بها، توافر مشاعر نفسية خاصة تنبه الذات بمدى جسامة مسؤولياتها، وهو مما لا يمكن منحه إلا للرجولة بكل عناصرها⁽¹⁾.

فقوامه الرجال على النساء مسألة تفرضها ضرورة الحياة الفضلى من الناحيتين الفطرية والفكرية، أما جانب الفطرة، فيتجسد فيما يتميز به كل من الرجل والمرأة عن الآخر من خصائص نفسية، تجعل من الأول العنصر الأمثل لتحمل مسؤولية إدارة شؤون الأسرة، والقيام على رعايتها، وتوجيه الأمر والنهي لأعضائها، وإحكام الربط فيما بين أركانها بنظامٍ متينٍ من التعاطف والمودة والعدل، بينما تجنح المرأة بما فُطرت عليه إلى النفور من ذلك كله، فهي تحب أن ترى في الرجل ملجأً وسنداً، وقوة إرادة، واستقرار عاطفة، وحكمة في تصريف الأمور، وسلطاناً ترى في الانضواء إليه أنسها وأمنها وراحة بالها من أعباء المسؤوليات الجسام.

لذلك لا يخفى أثر هذا التكوين الفطري في كل مجموعة إنسانية، ولو لم تلزمها به أنظمة أو تعاليم، وربما شدّ عنه نفرٌ قليلٌ اختلت فيهم مقادير خصائص الذكورة والأنوثة، فتجاوزت حدودها السوية، وهذه الحالات الشاذة لا تستحق تعديلاً في أصل القاعدة الفطرية التي تشمل معظم الرجال والنساء في المجتمع الإنساني⁽²⁾.

وفي هذا الصدد يقول الشيخ محمد الغزالي: « الرجل في شريعة الله، رب البيت وقيم الأسرة... والغرض منها أن يُسيّر البيت وفق نظامٍ سائدٍ لا وفق مآرب متدافعة ورغبات متنازعة، وتركُ زمام البيت في يد المرأة وضعٌ للأمور في غير نصابها، أو هو تحميل العبء للكاهل الضعيف، والرجل أجدر من امرأته في حق إدارة البيت ورئاسة الأسرة، فإن ما ذراه الله عليه من احتمالٍ وصلابةٍ ومقدرةٍ واسعةٍ على الكسب والنفقة، كل ذلك يجعله أولى بالترجيح، وقد يحدث في بعض البيوت أن يستونق الحمل أو أن

(1) علي يوسف السبكي، نظام الأسرة في الإسلام، دار الكتب المصرية، الطبعة الرابعة، 1425هـ، 2004م، ص212.

(2) عبد الرحمن بن حسن حَبَنَكَة المِيدَانِي الدِمَشْقِي (المتوفى : 1425هـ)، أجنحة المكر الثلاثة وخوافيها : التبشير - الاستِشراق - الاستعمار، دراسة وتحليل وتوجيه ودراسة منهجية شاملة للغزو الفكري، دار القلم، دمشق، الطبعة الثامنة، 1420هـ - 2000م، ص601 وما بعدها.

تكون المرأة أقدر من رجلها، وهنا تسقط منه الرئاسة أو يسقط هو من الرئاسة وتنتقل إمرة البيت إلى المرأة، وهذا الوضع الشاذ لا يقدح في القاعدة العامة، وهو على شذوذه محذور العواقب حيث يقع، ومن الخير أن تراعى طبيعة الحياة التي استتبع هذا الحكم: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (سورة البقرة، الآية 228) أهـ.⁽¹⁾

ولا يلزم من كون الرجال مزودين بخصائص القوامة على النساء، أن تكون قوامتهم استبدادية استقلالية ظالمة آثمة، فالقوامة في الأسرة ولاية صغرى يقع على عاتق متوليها ما يجب على ذوي الولايات الكبرى من مشورة وعدل، وتقيّد بمحدود الله، والمستشارون في هذه الولاية الصغرى هم أعضاء الأسرة، وأمين سرها زوجة الرجل، وهنا تستطيع المرأة العاقلة الحكيمة أن تكون صاحبة السلطان الخفي على قلب صاحب السلطان الظاهر، دون أن تتحمل مسؤوليات القوامة ومشكلاتها، وأعباءها وأخطائها⁽²⁾.

وأما من الناحية الفكرية، فإن الحكمة في المجتمعات الإنسانية تقتضي أن يكون لكل تنظيم - صَغُرُ أو كَبُرَ - قِيَمٌ يقوده ويدير شؤونه، حمايةً له من الفوضى والتصادم والصراع الدائم، والأسرة أحد هذه المجتمعات التي تفتقر أبداً إلى فردٍ مؤهلٍ منها، للقيام بذلك على نحوٍ أمثل.

ولدى أهل الفكر والنظر في مسألة الحال مجموعةً من الاحتمالات، أولها أن يناط الأمر بيد الرجل وحده، وثانيها أن يعهد إلى المرأة باستمرار، وثالثها أن يكون كلٌّ من الرجل والمرأة قِيَمًا على الأسرة شراكةً بالتساوي، ورابعها أن يتناوبا عليها وفق قسمةٍ زمنية، وخامس هذه الاحتمالات أن يتقاسماها نوعياً، بأن يكون لكلٍ منهما اختصاصات يتولى شأنها دون الآخر.

أما الشركة في القوامة، سواء أنصبت على كل شيءٍ وفي كل وقت، أو كانت على سبيل التناوب الزمني، أو تعلق بتقاسم الاختصاصات، ستؤدي حتماً إلى الفوضى والتنازع وذهاب كل قيمٍ بما في قوامته، ولعلا بعضهم على بعض، ما لم يكن شيءٌ من ذلك برأي صاحب القوامة الفرد، وطوعه واختياره، وبدافع من التفاهم والتواد والتراحم بين الزوجين.

(1) سلمان بن فهد العودة، حوار هادئ مع محمد الغزالي، إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الطبعة الأولى، ذو القعدة 1409هـ، ص 55 و 56.

(2) عبد الرحمن حَبَنَّكَ، أجنحة المكر الثلاثة، المرجع السابق، ص 601 وما بعدها.

وقد أيدت تجارب المجتمعات الإنسانية فساد الشراكة في الرئاسة، لذا نجد المسؤولية الكبرى غالباً ما تُركّز في يدٍ واحدةٍ لدى أي نظامٍ من الأنظمة الاجتماعية التي عرفها الناس، ولو كانت تتسم بسيما القيادة الجماعية، فعمل الفئة القائدة - في هذا الفرض - لا يعدو أن يكون فعلاً أقرب إلى المشورة منه إلى ممارسة السلطة، سواء أكانت المشورة إلزاميةً أو اختياريةً، لأن من تتركز بيده السلطة الفعلية، بمقدوره أن يجعل الرأي الغالب موافقاً لما يريد.

وأما إسناد القوامة إلى المرأة دون الرجل، فأمرٌ منافٍ لما تقتضيه طبيعة التكوين الفطري لكل منهما، فتكون بذلك عامل اختلال وإن اجتهدت القيّم في إتيانها، لما في هذا الوضع من عكسٍ لطبائع الأشياء، سيما وأن الأسرة وسط بين الغريزة والاجتماع، فلم يبق معنا من الفروض السابقة سوى احتمال استئثار الرجل بالقوامة التي تستلزم رجحان العقل على العاطفة كما سبق القول، وهذه خاصيةٌ تتوافر في الرجال بصفة عامة أكثر من توافرها في النساء، لأن النساء وبحكم ما هن مجبولات عليه من إناسٍ للزوج، وأمومةٍ حنون، وصبرٍ على تربية الصغار، تترجح لديهن العاطفة على العقل، ولما كانت القوامة في كل أسرةٍ وظيفةً ضروريةً من الوظائف الاجتماعية، كان من الحكمة العقلية والواقعية توجيهها لمن يتمتع برجحان العقل على العاطفة، وهو الرجل غالباً، ولئن كان بعض الرجال أكثر عاطفةً من النساء، وبعض النساء أكثر رويةً وتحكماً للعقل، فذلك أمرٌ نادرٌ لا يصح في ضوءه نقض ما عليه الغالب الأعم من الناس⁽¹⁾.

ومن مرجحات إسناد القوامة في الأسرة إلى الرجل دون المرأة، أنه هو المكلف شرعاً بالنفقة عليها، فمسؤوليته بالإنفاق على أسرته تجعله أكثر تحفظاً واحتراساً من الاستجابة للشهوات العابرة، والانفعالات الرعناء، بخلاف المرأة في ذلك، لأنها وبحكم عدم مسؤوليتها عن البذل والسعي لاكتساب الرزق، يفتر لديها واجب الاحتراس، فتكون في أغلب أحوالها ذات استجابةٍ سريعةٍ لشهواتها وانفعالاتها، التي قد تفضي بها إلى الإسراف في الإنفاق، أو تدفعها إلى التقتير المفرط فيه، من أجل ذلك أيضاً، كان الرجل أصح من المرأة لوظيفة القوامة على الأسرة.

(1) علي يوسف السبكي، نظام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 213.

وقد أشار القرآن الكريم إلى هذين السببين المرجحين في قوله ﷺ: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽¹⁾، وقوله ﷺ: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽²⁾.

هذا وتستلزم قوامه الرجال على النساء أن تنطوي على ما يتخذه لردّ الزوجة إلى طاعته إذا نشزت أو خاف نشوزها، وقد أرشد المولى ﷺ إلى وسائل التربية والتأديب، ابتداءً من الأخف، وارتقاءً في الدرجات إلى الشديد فالأشد، قبل حدوث الشقاق الذي يستوجب تدخل الحكيم مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾⁽³⁾، وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾⁽³⁾.

وقد أثبت التجارب كمال وعظمة تعاليم القوامه الزوجية التي تضمنها هذا النص، ذلك أنه لما اقتضت حكمة توزيع مسؤوليات الأسرة أن يكون الرجل هو القيم على زوجته وولي أمرها، اقتضت أيضاً أن يكون لكل منهما حقوق على الآخر وواجبات نحوه، ومن حقوق الزوج على زوجته ألا تترك عن طاعته، ما لم يأمرها بما فيه معصية لله، أو هضم للحقوق التي أقرها الشارع الحكيم لصالحها.

فأية مؤسسة اجتماعية لا بد وأن يكون في يد ولي أمرها، وسائل تخوله ضبط النظام حتى لا تتعرض للفوضى، فالفساد ثم التفكك والانحلال، ولعل أبرز عناصر الوحدة في أي نظام اجتماعي إنما تكمن في طاعة أعضائها لصاحب الأمر فيها، لأن شق عصا الطاعة، نشوز يهدد المؤسسة بالانحلال الوشيك.

ولما كان في طبائع الناس نزوعٌ إلى التحرر من قيود الطاعة، كانت المؤسسات الاجتماعية الإنسانية عرضة للانحلال والتفكك باستمرار، ما لم تهيمن على أفرادها ضوابط معنوية ومادية، من

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) سورة البقرة، الآية 228.

(3) سورة النساء، الآية 34 و35.

أنجعها صوتاً لوحدة الجماعة، وسائل التربية والتأديب في مواجهة بؤادر النشوز، ويدخل في التأديب أنواع العقاب التي تسمح بها الأعراف الإنسانية الكريمة.

وقد أرشدت الحكمة النظرية والتطبيقية الناس إلى استخدام طائفة من وسائل التربية والتأديب، تتفاوت فيما بينها رغبة ورهبةً، ورفقاً وشدةً، ولطفاً وعنفاً، للمحافظة على استمرار عنصر الطاعة مهيمناً على أفراد الجماعة.

على النقيض من هذا كله جاء نص الخلع المستحدث وعلى النحو الذي صيغ به، ليكرس قيمةً جديدةً، فهو في باطنه - حتى وإن كان يهدف في ظاهره إلى التيسير على المرأة ورفع الضرر عنها - دعوةً صريحةً إلى هدم نظام القوامة، وبالتالي تدمير الأسرة التي تقوم عليه⁽¹⁾، فتقرير حق الانفصال للزوجة بإرادتها المنفردة ودون إلزامها قانوناً بتقديم الأسباب التي حملتها على ذلك، لا أقل من اعتباره إطلاقاً لسلطانها في مواجهة الزوج، ومن ثمة منحه درجة للنساء على الرجال طالما تساوت فرص الفريقين في حل عرى النكاح، دون تحمل الزوجات لواجب الإنفاق الملازم للقوامة الساقطة عن الرجل بموجب النص، بل وبمقتضى القانون برمته.

كما أن النص يشجع وبامتياز النساء على النشوز، والخروج عن أصول الحياة الزوجية السوية والقيم الأخلاقية الإسلامية، التي تأمر المرأة بطاعة زوجها وحفظ بيتها، والسنة النبوية الشريفة زاهرة بهذا الحكم، بل وفي هذا النص مجال أمام المرأة كي تتمتع بالرجل إلى حين ثم تتركه لتذهب إلى غيره، وأنه على هذا النحو، إنما يخدم فاسدات الأخلاق من النساء⁽²⁾.

ثانياً: تفشي ظاهرة العنوسة

ينظر الإسلام إلى ظاهرة العنوسة باعتبارها تعطل مقصداً هاماً من مقاصده، فقد شرع الزواج لغايات سامية، منها أنه وسيلة من وسائل العفاف والإحصان والعفة، لقول النبي ﷺ: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ، وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ

(1) الرأي للشيخ محمد عمر الشحات، أستاذ العقيدة والفلسفة الإسلامية، بجامعة الأزهر. شريف كمال عزب، الخلع والزواج العرفي بين الشريعة والقانون، دار الفتوى للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000م، ص 57 و 58.

(2) الرأي للأستاذ الدكتور عبد الفتاح الشيخ، أستاذ ورئيس قسم أصول الفقه الإسلامي بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر. شريف كمال عزب، الخلع والزواج العرفي بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 106 و 107.

بِالصِّيَامِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ»⁽¹⁾، كما أنه سبب لاستمرار النوع البشري، ووسيلة إيجابية لتحقيق الأمومة والأبوة، وإقامة مجتمع مسلم.

ومع ذلك فقد أصبحت العنوسة شبحاً يهدد جل المجتمعات العربية حيث أشار تقرير أعدته مؤسسة "بشر" ومركز أبحاث "ميسود اند سليوشن للدراسات والأبحاث" سنة (2012م)⁽²⁾، إلى أن عدد العوانس في مصر وحدها بلغ (13) مليون حالة موزعة بين الجنسين بمعدل (5) ملايين للنساء و(8) ملايين بالنسبة للرجال، وسجلت هذه الظاهرة أعلى مستوياتها في كل من لبنان بنسبة (90%) والعراق بنسبة (85%)، تليهما تونس بنسبة (81%)، ثم المغرب والإمارات بنسبة (60%)، حيث بلغ عدد العوانس فيهما (7) ملايين و(175) ألف حالة على التوالي، لتقارب حدود (55%) بالنسبة لسوريا، و(38%) بالنسبة للجزائر التي بلغ فيها عدد العوانس (11) مليوناً، لتصل في كل من البحرين والكويت إلى (20%) و(18%) تبعاً، حيث بلغ عدد العوانس في الأولى (50) ألفاً وفي الثانية (70) ألفاً، بينما بلغت في قطر نسبة (15%)، لتسجل أدنى مستوياتها في كل من السعودية بنسبة (5%) تمثل (1.5) مليون حالة كلها فتيات تقريباً (1.4) مليون فتاة، ثم دولة فلسطين حيث تكاد الظاهرة تنعدم بنسبة (1%).

صحيح أن ثمة أسباب حاسمة في إنتاج هذه الظاهرة منها ما هو اقتصادي ومنها ما هو اجتماعي، إلا أنها تعزى أيضاً في جانب منها، إلى التشريعات المستلهمة من فلسفة المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، التي تعلن الحرب على الزواج المبكر وتعدده فعلاً مذموماً ينبغي القضاء عليه نهائياً، مع التأكيد في ذات الوقت على حق النساء في إشباع احتياجاتهن الجنسية بالصورة التي يرونها وفي

(1) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1905، ج3، ص26، و5065، و5066، ج7، ص3. صحيح مسلم، الحديث رقم: 1400، ج2، ص1018. محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 1845، ج1، ص592. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2046، ج2، ص219. عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 2211 و2212، ج3، ص1383 و1384. أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، الحديث رقم: 10380، ج6، ص169.

(2) الأهرام المصرية، 29 محرم 1443هـ، 13 ديسمبر 2012م، السنة 137، العدد 46028.

الوقت الذي تقتضيه الحاجة بغض النظر عن المرحلة العمرية التي يمرون بها، وبحقهن أيضاً في إنهاء مؤسسة النكاح متى رغبن، وهي ثقافة تدفع بحق إلى العزوف عن النكاح⁽¹⁾.

ناهيك عن الصورة النمطية التي يرسمها الخلع في أذهان الناس عن الرجل المخلوع وعن المرأة المخلوعة، مما يحد من فرصهن في إعادة الزواج، فنسبة العنوسة تتأثر في حالات معينة وفي ظروف معينة بذلك، على أساس أن الكثير من الفتيات يفضلن حالة العنوسة على الارتباط بزواج مخلوع⁽²⁾، وأن كثيراً من الرجال يفكرون ملياً قبل الإقدام على النكاح خوفاً من سيف الخلع المسلط على رقابهم، وهي المسألة التي سنعود إليها فيما يلي بشيء من التفصيل.

المطلب الثاني

تبعات الخلع تجاه أفراد الأسرة

فوق ما ذكرناه في المطلب السابق من تبعات عامة، سنعكف في هذا الضلع من الأطروحة على بحث ما للخلع من آثار في مواجهة أفراد الأسرة، ويتعلق الأمر بالزوجة والزوج باعتبارهما طرفاً المخالعة (الفرع الأول) ثم الناشئة بوصفها ثمره من ثمار الزوجية التي انفصمت عراها بمقتضى المخالعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تبعات الخلع تجاه أطرافه

لا تقتصر آثار الخلع السلبية على محله بوصفه الطرف السالب في وقوعه فحسب (ثانياً) بل تعداه لتتال من الطرف الذي اتجهت إرادته إلى إيقاعه (أولاً) ومع ذلك لا يمكننا غرض الطرف عما يحققه من آثار إيجابية في حق الفريقين لا سيما الزوجة وقد رصدته المشرع لمصلحتها ابتداءً.

(1) الهيثم زعفان، الأمم المتحدة وصناعة العنوسة، موقع (اللجنة الإسلامية الدولية للمرأة والطفل)، 5 مارس 2007م.

(2) أنجي ضيف، "المخلوع" عريس مرفوض (دراسة للدكتورة سهير كامل، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة)، مجلة نصف الدنيا، الأهرام الرقمي، 13 سبتمبر 2009م.

أولاً: في حق الزوجة

من غير اللائق، بل ومن العبث أن نصف نصاً تشريعياً معيناً - وإن تحيز واضعه عند صياغته لمخاطبٍ معين، أو خرج بمقتضاه عن المبادئ التي ينبني عليها وعي الجماعة، أو استهدف بموجبه إشباع غاية ضئيلة بالنظر لمجموع ما ينجر عنه من مفسد - بكونه نصاً عقيماً.

صحيح أن نجاعة النصوص تقاس بمدى تناغمها واتجاهات الضمير الجمعي، فإذا جرت التشريعات بما لا تشتهي هذه الاتجاهات، وقع النص معيماً وإن حقق الغاية - من وراء سنه - كاملةً غير منقوصة.

فإذا نحن أمعنا النظر في نص الخلع المستحدث من هذا المنطلق، أمكننا الجزم بأنه - وعلى الرغم مما يعتريه من مقال - قد أفلح إلى حدٍ كبير في إحراز المرأة لمكاسب عدة (أ) ومع ذلك لا يمكن غض الطرف بحالٍ عما أفضى إليه من مشكلاتٍ في حقها (ب).

(أ) **إيجابيات الخلع في حق الزوجة:** لقد تمكنت المرأة بمقتضاه من نيل حقها الدستوري في المساواة مع الرجل عملاً بما نصت عليه المادة (29) من الدستور الجزائري بقولها: « كلّ المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتدرّج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرّأي، أو أيّ شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي. »، فقبل سنّ هذا النصّ الأسري، لم تتعدّ المساواة التي تحدث عنها القانون الأساسي المستوى النظري، لافتتات قانون الأسرة عليها في الكثير من المواطن، منها استئثار الرجل وحده في ظله بسلطة حلّ الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، بينما اقتصرت سبل المرأة في تحصيل الفكّك، على طلبه من القضاء في فروضٍ محددةٍ واجبة الإثبات، مع أنّها حين أبرمت النكاح، إنما فعلت ذلك بوصفها عاقداً، ليصادر منها القانون - بعد قيامه - القدرة على إنهائه، وفي ذلك ميزٌ بيّنٌ كرسه القانون اتجاهها على أساس جنسي.

وهو الخلل الذي صوبه نص الخلع المستحدث بما خوله للمرأة من سلطةٍ في إنهاء الزواج بإرادتها المنفردة ودون حاجةٍ لتعزيز رغبتها في ذلك بالأسباب التي حملتها على الاختلاع، وبه يكون النص قد ساوى بين مركزي المرأة والرجل مساواةً فعليةً في هذا الضلع من قانون الأسرة.

أما من الناحية العملية، فلا أقل من اعتبار الخلع دون موافقة الزوج وسيلةً مثلى وقرت على النساء الكثير من الوقت والجهد، لا سيما في الأحوال التي يتعذر فيها سلوك طريق التطلاق لعسر إثبات الوقائع التي تقف أسباباً وراء التماس المرأة له، نذكر منها على سبيل المثال، سوء سلوك الزوج وفساد

أخلاقه، بخله وتقتيره مع اقتداره الاقتصادي، إهائته وتعنيفه اللفظي للزوجة⁽¹⁾، وفيه قالت المحكمة العليا في أحد قراراتها: « من المقرر شرعاً أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعاً يعد خرقاً للقواعد الشرعية (...) وحيث أن المطعون ضدها أقامت دعوى قصدت من ورائها تطليقها من زوجها بناءً على أنه يهينها ويسيء إليها وأنه أهملها ولم تأت للمحكمة بالدليل تدعيماً لدعواها (...) وعليه فتطليق امرأة من زوجها من غير أن تكون لديها من الأسباب الشرعية المنصوص عليها فقهاً في باب التطليق بالضرر أو العيوب التي تخول لها ذلك من غير أن تثبتها فيه خرق للنصوص الفقهية وحكم بدون دليل وضعف في التسيب مما يعيب القرار المطعون فيه ويعرضه للنقض...»⁽²⁾، بل وقد تقبّع الزوجة عاجزةً عن بلوغ مرماها في فروضٍ يسهل إثبات وقائعها، ومع ذلك تكون غير منتجة في التدليل على تعرضها للأذى إلا بإقرارٍ من الزوج، كما في حال التعنيف المادي⁽³⁾، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بالقول: « من المقرر شرعاً أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعاً وقانوناً أن تقدم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفةً للقواعد الشرعية والقانونية (...) حيث أن تطليق الزوجة على زوجها يتوقف على أن يكون لها أحد أسبابه الشرعية، وحيث أن الزوجة لم تقدم سوى شهادات طبية التي لا يعمل بها في هذه الأمور وحدها، إذ الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب، وإنما يشهد على ما يراه على جسم الإنسان ومن ثم فلا يوجد أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها، والمجلس إذا حكم بالتطليق فإنه خالف القواعد الشرعية والقانونية، الأمر الذي يستوجب معه النقض دون إحالة...»⁽⁴⁾.

(1) عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع "دراسة مقارنة بين الخلع والتطليق"، إشراف وتحرير د. نادية حليم، مؤسسة مركز قضايا المرأة المصرية، أكتوبر 2005م، ص 57.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 43864 بتاريخ 12/01/1987م، قضية (د أ) ضد (ز ب)، المجلة القضائية لسنة: 1991م، العدد الأول، ص 46.

(3) عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع، المرجع السابق، ص 57.

(4) المحكمة العليا، القرار رقم: 52278 بتاريخ 02/01/1989م، قضية (ب ح) ضد (ز ل)، المجلة القضائية لسنة: 1991م، العدد الرابع، ص 95.

كما يعد الخلع دون رضا الزوج وسيلةً تجنب المرأة نشر غسيل زوجيتها، خصوصاً فيما يتصل بالمحظور منها، كعجز الزوج وانحرافه الجنسي ونحوهما، حيث تتفادى الكثير من النساء البوح بتفاصيل مثل هذه القضايا عن طريق دعاوى التطليق في ساحات القضاء لما في ذلك من حرج لا سيما إذا كنّ ذوات مراكز اجتماعية معينة.

من جهة أخرى، فإن نظام المخالعة - وعلى عكس مما يوحي به الظاهر من حيث كونه وسيلةً تلجأ إليها المرأة لشراء حريتها، وبالتالي فإنه يشكل عبئاً مالياً عليها - يوفر على الزوجة في ضوء بعض النصوص بدلاً اقتصادياً معتبراً، كما هي الحال عليه في القانون الجزائري، لمآله انتهاءً إلى مقاصة بين مهر المثل الثابت في ذمتها بمقتضى الخلع، وما تناله من زوجها جراء الفرقة من حقوق، خلا المتعة باعتبارها تعويضاً، وإن ذهب بعض القضاة إلى الحكم بها لفائدة الزوجة عطفاً على غيرها من متعلقات الفرقة باعتبارها غير داخلية فيما يوجبه الطلاق التعسفي بالإرادة المنفردة للزوج من تعويض، بل وقد تصل المختلعة في بعض الفروض إلى حد الإثراء الفاحش على حساب زوجها كما في الأحوال التي يتصرف فيها هذا الأخير هبةً إبان الزواج بثروات طائلة لمصلحتها وغيرها مما يعجز به الواقع من تصرفات، دون أن يخوله القانون فرصة استرداد ماله من الزوجة حال اختلاعها منه دون رضاه⁽¹⁾.

ومما يوفره الخلع للمفتدية اجتماعياً في الأحوال التي تكون فيها أمماً، استئثارها بحق الحضانة قانوناً وبه تكون قد استبقت على شيءٍ من دفع الأسرة يجنبها آلام الوحدة بخلاف الزوج، لا سيما إذا كانت مستقلة اقتصادياً، ناهيك عما تجنيه المرأة من راحة نفسية بمقتضاه عند خروجها من علاقة زوجية غير سوية تجرعت في كنفها شتى ألوان المهانة والاضطهاد، خاصةً وأنها كانت العنصر الفاعل في إنفائها.

هذا ويعتبر الخلع إحدى الأدوات العملية في استئناف الزوجية إذا انقطع رباطها بطلاق بائن بينونة كبرى، فتفادياً لنكاح التحليل وما يشوبه من حرمة عند جمهور الفقهاء، وارتباط الانفصال فيه بإرادة المحلل الذي قد ينكل عن الوفاء بما تعهد به، يمكن للزوجة في هذا الفرض، أن تتفق مع طليقها - ودون إشعارٍ للمحلل - بالاختلاع فور حصول واقعة الدخول، فتتحقق لهما عملية التحليل دون حصول فعل التواطؤ أو نيته من جانب المحلل.

(1) ناهد العجوز، دعوى التطليق والخلع، المرجع السابق، ص 459.

في الأخير، يمكننا الإشارة باقتضاب إلى بعض فوائد الخلع لمصلحة الزوجة، من بينها - وفق ما جاء في دراسة أجريت على (2500) زوجة لاستطلاع رأيهن حول الخلع - أنه من بين العوامل الحاسمة التي تحمل الأزواج على ضبط تصرفاتهم ومراقبة سلوكهم اتجاه زوجاتهم وإبداء رغبة حقيقية في المحافظة عليهن واحترامهن، كما أنه يقلل من جرائم الاعتداء على الزوجات ويحد من حالات الخيانة الزوجية للأزواج بوصفه سيفاً مسلطاً على رقابهم⁽¹⁾.

(ب) سليات الخلع في حق الزوجة: من تبعات الخلع السلبية في مواجهة النساء تعويم المجتمع لفكرة الخيانة الزوجية والارتباطات الآثمة خارج النكاح على المختلعات، حكم وإن صدق على عينةٍ منهن فإنه لا يصدق قطعاً في شأن أكثرهن، ومع ذلك يمكننا تلّمس هذه الحقيقة لا على المستوى الاجتماعي فحسب، بل وفي نطاق النص التشريعي نفسه، من ذلك ما ذهبت إليه بعض القوانين العربية، ومنها القانون المصري رقم (1) لسنة (2000م) المتضمن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، حيث جاء في المادة (20) منه ما نصه: «... ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين (...)» وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض...»، وما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية الاتحادي لدولة الإمارات رقم (28) لسنة (2005م) حين نص في البند الخامس من المادة (110) على أنه: «...إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً، وخيف ألا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب...»، وما نصص عليه قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (2010م) في البند الثاني من المادة (114) بقوله: «إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها وبينت بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة معه وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض...»، فاقْتَبَسَ هذه النصوص، لعبارة الكراهية الواردة في بعض الأحاديث النبوية على لسان زوجة قيس ابن ثابت: كـ«...كْرِهْتُهُ...» «إِنِّي أَبْغِضُ زَوْجِي وَأُحِبُّ فِرَاقَهُ...»، وللتعبير القرآني المتمثل في الخشية من عدم إقامة حدود الله، واعتمادها إجراءً جوهرياً للقضاء بفرقة الخلع، توحى وكأنما أقحمها المشرع توكيداً لغاية تفيد وقوع طالبة الاختلاع دون رضا زوجها تحت تأثير الغواية.

(1) عدلي السمري، الخلع "دراسة في علم الاجتماع"، دار النصر للتوزيع والنشر، القاهرة، 2000م، ص 130.

وهي الصورة النمطية التي استقرت في ضمير المجتمع فعلاً، لأن الزوجة التي تصرح في ساحات القضاء وبملاء فيها أنها تفرك الحياة مع زوجها، وأنها تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ليست في نظر المجتمع سوى امرأةً مخللةً تملك بديلاً عاطفياً عن الحياة الزوجية التي تستهدف وضع حد لها، ممارسةً قانونيةً أعادت إلى حدٍ كبيرٍ صياغة وعي الناس إزاء فكرة الجنس الأنثوي المرتبطة في الأساس بالحياء والعفة ونقله إلى دائرة تهديد المرأة بالسعي إلى إشباعه ولو بطريقةٍ غير مشروعةٍ إن هي استمرت في الحياة مع زوجها.

هكذا ولدت فكرة تصريح كراهية المرأة لبعلاها وخشيتها من عدم إقامة حدود الله، صورةً في الأذهان عن رغبة الزوجة في اتخاذ خليلٍ أو أنها على علاقةٍ به فعلاً⁽¹⁾، فتكون النصوص قد سوغت بذلك لاختلاعها من زوجها وسوغت معه لقصدها غير المشروع في الالتحاق بعشيقها، وهي حالٌ تضع المرأة في موطن التهمة، وتلقي بسدول الشك والريبة على النساء اللاتي يلجأن إلى الخلع، لأنها تنم وباختصار عن كونهن قابعات تحت جموح الرذيلة⁽²⁾.

فلا أقل عندئذٍ من اعتبار المختلة آثماً في كل الأحوال، وأنها وحدها من يتحمل مسؤولية انهيار الزواج وتشتيت الأسرة، أمر يُنَزَّه بموجبه سلوك الزوج بالتبعية، ويخلى به جانبه كلفةً من الضلوع في ذلك وإن كان - عند التنقيب في بواطن المسألة - هو من دفع الزوجة بإساءته إلى طلب الفكاك⁽³⁾.

لقد بات شبح الاشتباه في المرأة بالفجور والزنا لصيقاً بالنساء اللاتي يباشرن دعاوى الاختلاع في بعض المجتمعات العربية، لذا فإنه من الصعوبة بما كان أن تصير إليه الزوجة دون أن تضع شرفها ومصدقية أخلاقها على المحك، لا سيما في الأحوال التي تعيد فيها الارتباط دبر الاختلاع مباشرةً، لكونه ينم وبأثرٍ رجعي عن سوء سلوكها، أو بالأحرى كأنما أقرت ضمناً - حين أقدمت عليه - بأنها كانت على علاقةٍ آثمةٍ بمن ارتبطت به، وأنها اختلعت من زوجها كي تخلص له⁽⁴⁾.

(1) عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع، المرجع السابق، ص 83.

(2) عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع، المرجع السابق، ص 58.

(3) علياء شكري، قضايا المرأة المصرية بين التراث والواقع "دراسة للثبات والتغير الاجتماعي والثقافي"، تقارير بحث التراث والتغير الاجتماعي، مطبوعات مركز بحوث الدراسات الاجتماعية، كلية الآداب، جامعة القاهرة، 2003م، ص 181.

(4) «Dans la société égyptienne, la suspicion d'adultère relative à l'épouse qui entame cette procédure est omniprésente, si bien qu'il est difficile pour une femme d'y avoir recours sans être discréditée. » Corinne Fortier, Le droit au divorce des femmes (khul') en islam :

والواقع أن هذه الفكرة ليست وليدة انطباعٍ راهنٍ آل عما سنه المشرع من نصوصٍ في مسألة الحال فحسب، بل لها امتدادات في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية نذكر منها قانون الأحوال الشخصية الكويتي، حيث جاء في مادته (23) ما نصه: « لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة أفسدها على زوجها إلا إذا عادت إلى زوجها الأول ثم طلقها، أو مات عنها».

فالتفريق بين المرء وزوجه بإغراء المال أو سواه - من وجهة نظر بعض الفقهاء - إفساد ينبغي ردع مرتكبه، فقد ذهب المالكية إلى تحريم زواج الرجل بمن خببها على زوجها، ولهم في ذلك قولان أرجحهما أن تحرم عليه حرمة مؤقتة، حيث جاء في حاشية العدوي ما نصه: « مَنْ أَفْسَدَ امْرَأَةً عَلَى زَوْجِهَا فَطَلَّقَهَا زَوْجُهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا الْمُفْسِدُ الْمَذْكُورُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا فَلَا يَتَأَبَّدُ تَحْرِيمُهَا عَلَيْهِ وَذَلِكَ لَا يُنَافِي أَنَّ نِكَاحَهُ يُفْسَحُ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَبَعْدَهُ»⁽¹⁾، وحجتهم في ذلك ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ خَبَّبَ خَادِمًا عَلَى أَهْلِهِ فَلَيْسَ مِنَّا، وَمَنْ أَفْسَدَ امْرَأَةً عَلَى زَوْجِهَا فَلَيْسَ مِنَّا»⁽²⁾.

وبالجملة فإن المرأة التي تلجأ إلى الاختلاع - في تقدير المجتمع - تعتبر في أحسن الأحوال زوجةً أنانيةً يعترئها هوس العيش لنفسها دون التفكير في الآخرين عن طريق ما يتوقع منها كامرأة، وما يتعين عليها الاضطلاع به من أدوارٍ رئيسيةٍ بوصفها زوجةً وأمًّا، بخلاف الرجل الذي يفلت من كل إدانةٍ أخلاقيةٍ وإن كان زوجاً مهملاً وأباً سيئاً⁽³⁾.

فينجر عن ذلك كله، ردة فعلٍ بالرفض من قبل المجتمع اتجاه المختلعة التي قد يلاحقها هذا الوصف طوال حياتها ما لم تُفلح في اقتناصِ زوجٍ جديد، وإن كانت فرصها في الوصول إليه تكاد تكون منعدمة، فالخلع يضعف مركز المرأة الاجتماعي لشعور المرأة دبره - وفق ما أكدته بعض الدراسات الاستبائية - بكونها أدنى مرتبةً من البكر والطاق، نتيجة التقاطها لإشارات سلبية من عموم أفراد المجتمع لا سيما الرجال منهم، باعتبارها مثار كثيرٍ من التساؤلات والشبهات من جهة، وبوصفها امرأةً

pratiques différentielles en Mauritanie et en Égypte, Droit et cultures, Numéro 59 (2010-1), p12.

(1) محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج3، ص171.

(2) سبق تخريجه.

(3) عدلي السمري، الخلع "دراسة في علم الاجتماع"، المرجع السابق، ص130. عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع، المرجع السابق، ص57.

مخلّة خارجة عن العادات والأعراف، مارقة عما استقر في ضمير الجماعة من تقاليد، من جهة أخرى⁽¹⁾.

فمباشرة المرأة لحل عرى النكاح بإرادتها المنفردة سلوك مرفوض من قبل المجتمع، فتكون النتيجة بالتبعية امتهان من أقدمت عليه فعلاً، وتعتبر نتائج بعض الاستبيانات عن قبول مجتمعي للزوجة التي ترفع دعوى التطليق للضرر عن تلك التي تبشر دعوى الخلع، إذ لا زالت هناك شريحة عريضة من الجنسين تأبى أن يُنَاط إنهاء العلاقة الزوجية بقرار منفرد من الزوجة، وهو ما أكدته إحدى الدراسات الصادرة عن مؤسسة مركز قضايا المرأة المصرية، حيث مثلت نسبة معارضة المحيطين بالزوجة عند إقدامها على الخلع (43.5%)، في حين لم تتعد في فئة التطليق نسبة (33.1%) فقط، بالرغم من اتجاه إرادة الزوجة في الوضعين إلى إنهاء النكاح، ومع ذلك يظل المصير إلى التطليق مقبولاً بوجه عام إذا ما قُورن بسلوك طريق دعوى الاختلاع، لأن الرواسب الثقافية السائدة لا تتسع البتة لقبول فكرة إنهاء المرأة للعلاقة الزوجية - لاستئثار الزوج بذلك - لا سيما في المناطق المحافظة، التي قد يصل فيها مستوى الرفض إلى حد اعتبار مباشرة المرأة لحل النكاح بإرادتها المنفردة من قبيل "الأفعال الحرام"، لأنه يتعارض مع حياء المرأة، ورغم وجود حالات تحتفظ فيها المرأة بالعصمة في يدها منذ زمنٍ طويلٍ، إلا أن ذلك لم يكن مستساغاً في أي وقتٍ لدى السواد الأعظم من أفراد المجتمع، وظل قاصراً على فئاتٍ بعينها، أما وقد صار الأمر متاحاً لجميع النساء، فلا أقل من اعتباره نيلاً من هذه المفاهيم، وهو ما أحدث ردود فعلٍ غاضبةٍ، رافضةٍ ومستاءة⁽²⁾.

والواقع أن صور معاناة النساء المختلعات على المستوى الاجتماعي كثيرةٌ ومتعددة، إذ أثبتت الدراسات اعتراف الكثير منهن بأن لحظة الانفصال تشكل في حياتهن نهايةً مشكلة، وبدايةً مشكلات عديدة، ففوق شعورهن بالانكسار وفشل حياتهن الزوجية، عادةً ما يخضعن لقيود اجتماعية صارمة على

(1) منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 1429هـ، 2008م، ص236.

(2) عدلي السمري، الخلع "دراسة في علم الاجتماع"، المرجع السابق، ص130. عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع، المرجع السابق، ص58.

تصرفاتهن من قبل الأهل في الأحوال التي يعدن فيها إلى البيت العائلي، وهي الوجهة الأكثر سلوكاً في جميع أحوال الانفصال عموماً⁽¹⁾.

أما على المستوى المادي وفي ظل بعض النصوص الأسرية، فإن الزوجة هي الطرف الخاسر اقتصادياً طالما أن المشرع - وفوق ما ألزمها به من بدلٍ يتمثل في رد الصداق - قد جردها من جميع الحقوق المالية الثابتة للطالق شرعاً⁽²⁾، وهو ما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية، نذكر منها على سبيل المثال ما نصص عليه القانون المصري رقم (1) لسنة (2000م) في مادته (20) بالقول: «...فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافدتت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.»، وضعُ انبرت في ضوءه بعض التيارات التحررية للقول بأن المرأة أقرب ما تكون فيه إلى المكاتبته منه إلى الزوجة، فهي لا تختلف بهذه الضوابط كثيراً عن الأمة التي تسعى لشراء حريتها، وفي ذلك امتهانٌ للمرأة ومساس بكرامتها، وأن ما ورد في هذه التشريعات الأسرية بشأن مسألة الحال يتعارض تعارضاً صارخاً مع ما استقرت عليه نظم الجماعة المتقدمة من مبادئ قانونية عامة بشأن عدم إمكان التنازل عن الحرية الفردية، وهو ما تضمنه على سبيل المثال القانون المدني الجزائري في مادته (46) حين نصص على أنه: «ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية.»⁽³⁾، فالصورة الكلية توحى وكأن المرأة أسترقت بمقتضى عقد النكاح واستردت حريتها بالاختلاع.

هذا وتستمر مضار الخلع في مواجهة الزوجة بعد تحقق الغاية من إعماله وافتراق الزوجين كل إلى حال سبيله، إذ تشير الدراسات النفسية إلى انقلاب كيان المرأة نفسياً دبر فراغها من حل عقدة النكاح بمقتضاه، وإن كان الاضطراب النفسي لصيقاً بكل فرق الزواج سواءً تعلق الأمر بالخلع أو الطلاق، إلا أن علماء النفس يميزون بين الآلام الوجدانية التي يجنيها الزوج - رجلاً كان أو امرأة - بوصفه الطرف الفاعل في إيقاع الفرقة أو باعتباره مجرد محلٍ لها، فالزوجة حين تواجه فك رباط الزوجية

(1) منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، المرجع السابق، ص236.

(2) منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، المرجع السابق، ص236.

(3) لوعل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص105.

بالإرادة المنفردة لبعليها، يُنظر إليها في الغالب وبالمقارنة مع المختلعة على أنها عنصراً مقهوراً، ولا تزيد عن كونها مادةً لهذا الطلاق، وهو ما يوفر لها بعض العزاء والاستقرار النفسي، لأنها تستقي من ملايسات علاقتها الزوجية غير المستقرة إنذاراً مبكراً باتجاه نية زوجها إلى الطلاق، وهي اللحظة التي تمتص فيها القدر الأكبر من الصدمة، ثم تبدأ بالتكيف معها إلى غاية وقوع الفرقة، أما المختلعة وباعتبارها العنصر الموجب في حل النكاح عادةً ما ينصب اهتمامها بادئ الأمر على تحصيل الفرقة فتتشغل عما سيحدثه ذلك من شرخ في نفسها بما يملكها من هاجسٍ في الوصول إلى غايتها، لذلك لا تنشب المعاناة النفسية للمختلعة غالباً إلا بعد الفراغ من تحصيل الطلاق، فيتزامن ذلك مع نظرة المجتمع لها بوصفها امرأةً مخلاةً على النحو الذي ذكرناه سابقاً، مما يجعلها في مواجهة أزمةٍ نفسية ذات بعدٍ مزدوجٍ.

والواقع أن القول بمكابدةٍ نفسيةٍ معينةٍ للمختلعة أو حتى المطلقة على نحوٍ حدي، قولٌ مجانبٌ للصواب لاستقلال كل زيجة بطروفها الخاصة وتباين نفسيات الأشخاص إزاء الأزمات العاطفية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن ما أسعفنا الحظ في العثور عليه من الدراسات العربية في مسألة الحال، لا يخرج في مجموعه عن تناول ما يحدثه الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من آثارٍ في نفسية الزوجة، وهو ما لا يمكن إسقاطه على المختلعة لتخلف عنصر المبادرة في إيقاع الطلاق لدى الزوجة في الفرض الأول وتحققه في حال الاختلاع، مما دفعنا للاستنجاد ببعض الدراسات الغربية، ومحاولة قياس حال المختلعة على وضع الزوجة التي تبادر بقرار الطلاق في الأنظمة الأسرية المدنية، لاشتراكهما في علةٍ واحدة، وهي تفرد الزوجة بحل عقدة النكاح في الفرضين.

والحاصل أن المرأة التي تبادر بتحصيل الطلاق - وفق ما جاء في هذه الدراسات - تمر بسلسلة من المراحل العاطفية من وقت انحلال الزواج إلى غاية تكيفها النهائي مع الوضع الجديد⁽¹⁾، حيث تتأبها ابتداءً حالة من الذهول والإنكار لما حدث، تدفعها إلى التنصل من مسؤولية ضلوعها في وقوع الطلاق ومحاولة إلقاء اللوم على طليقها، لتنتقل بعدها إلى مرحلة "الحداد"، وفيها عادةً ما تنحج إلى الوحدة والانغلاق على نفسها، وكثيراً ما يصعب على المرأة خلالها التركيز في مسؤولياتها، سواء تلك المتعلقة بوظيفة الأمومة، أو الخاصة بأدوارها الاجتماعية، حيث تتوقف حياتها عند لحظة الانفصال،

(1) محمد بن سعيد الغامدي، بعض الآثار المترتبة على الطلاق من وجهة نظر الزوجة، مجلة القاهرة، المعهد العالي للخدمة الاجتماعية، القاهرة، العدد التاسع، 1988م، ص330.

وتنقلب إلى امرأة مزاجية سريعة الغضب كثيرة التوتر، لتغمس بعدها في الاهتمام بعملها وبأبنائها، إذ ينصب جل تركيزها على العناية بهم، كي تستسيغ الأمر انتهاءً فتستدير إلى التفكير - بكل ما استجمعت من قوتها الداخلية - في المستقبل وكيفية مواجهته بمفردها، ومحاولة البحث عن بداية جديدة لإثبات ذاتها والتدليل على صحة قرارها في إيقاع الانفصال.

غير أنها عادةً ما تصدم بموقف المجتمع نحوها، إذ توضح النتائج أن نسبة المختلعات اللاتي أعدن الزواج ضئيلة جداً⁽¹⁾، وعندما تفكر إحداهن في الارتباط ثانيةً، فإنها عادةً ما تتنازل عن الكثير من مبادئها، ومع ذلك لا تفلح غالباً في تحقيق وضع أحسن من وضعها الأسري الأول، وهو ما يحمل الكثيرات ممن لجأن إلى الخلع على الشعور بالندم وعدم الرضا نتيجة تسرعهن وعدم إدراكهن لعواقب الأمور⁽²⁾.

وأخيراً يمكننا أن نشير إلى بعض مساوئ الخلع في مواجهة المرأة على وجه الإجمال، منها أنه يتيح لبعض الأزواج غير الأسوياء - في الأحوال التي يتبرمون فيها من النكاح - فرصة حله دون تحمل أعباء هذا الحل عن طريق إساءة معاملة الزوجات بغية دفعهن للاختلاع، كما أنه يعد وسيلةً مثلى لإشباع الرغبات المريضة عند بعض النساء اللاتي يسيطر عليهن الاندفاع والتصرف دون حكمة أو روية⁽³⁾.

ثانياً: في حق الزوج

لا ريب في أن اهتمام المشرع - عند صياغته لنص الخلع - قد أنصب على كيفية ترقية مركز المرأة، دون أن يضع في حسبانته قطعاً ما قد ينجر عن إعمال هذا النص من تبعات في مواجهة الزوج خاصة، ومع ذلك تكفلت النقاشات الجانبية التي زامنت إعدادة في بعض الدول العربية بالتنقيب عن

(1) علياء شكري، قضايا المرأة المصرية بين التراث والواقع "دراسة للثبات والتغير الاجتماعي والثقافي"، المرجع السابق، ص211. عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع، المرجع السابق، ص84.

(2) منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، المرجع السابق، ص236.

(3) عدلي السمري، الخلع "دراسة في علم الاجتماع"، المرجع السابق، ص130. عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع، المرجع السابق، ص57.

أثاره السلبية لا سيما في حق الزوج (ب) وهو ما لا يمنع حتماً من القول بوجود بعضاً من الايجابيات - التي تصب في مصلحته - على قتلها ومحدودية تأثيرها بل وعدم شرعيتها أحياناً (أ).

(أ): ايجابيات الخلع في حق الزوج: لقد أشرنا في معرض حديثنا عن آثار الخلع في حق المرأة إلى بعض النقاط التي يمكن وصفها بالعملة ذات الوجهين، فهي حين تقوم مكسباً لهذا الطرف تكون في الوقت ذاته مغرمّاً للطرف الآخر، والعكس صحيح، هكذا، وعندما تكون الزوجة محلاً لسوء المعاملة من قبل الزوج بغية حملها على الافتداء، يكون المشرع قد وضع في يد هذا الأخير وسيلة مثلى لابتزاز الزوجة غير المرغوب فيها أصلاً، فبدل أن يسلك طريق الطلاق - مع ما فيه بذلٍ قد يصل إلى حد تعويض طالقه عما نالها من ضررٍ جراء تعسفه في استعماله - ينحرف الزوج عنه إلى خيار الخلع بجبر الزوجة على إتيانه مرغمةً لكونه غير مكلفٍ، بل وقد يثري الزوج في أثره أحياناً على حساب الزوجة، لا سيما في ظل النصوص القانونية التي تلزم هذه الأخيرة برد كامل الصداق والتنازل عن كافة حقوقها الشرعية.

ومع ما في هذا الحل من مكاسب مادية للزوج، لا يمكن وصفه عند التحقيق بالأمر الايجابي لما يكتنفه من حرمة، لأنه متى كان النشوز من جهة الزوج واتجه قصده للنيل من الزوجة بأي ضرب من ضروب الأذى لدفعها إلى الافتداء، ثم حدث أن تهاوت هذه الأخيرة واستجابت لرغبته المريضة بفعل عدم مقدرتها على التحمل، وقع الخلع محرماً بالاتفاق، لانعقاد الإجماع على حرمة أكل مال المسلم بالباطل مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾⁽¹⁾، ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»⁽²⁾، وهذه ما طابت به نفسها ولا رضيت ببذله، بل دُفعت إليه قسراً⁽³⁾، وقد أمر الله ﷻ بعدم الإمساك مُضارّةً في قوله: ﴿وَلَا تُقْسِكُوهُمْ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁽⁴⁾، وهي المعاني التي أجملها الطبري فيما أخرجه عن الربيع بسنده

(1) سورة البقرة، الآية 188.

(2) سبق تخريجه.

(3) «(وَيَحْزَمُ) الْخُلْعُ إِذَا عَضَلَهَا لِتَخْتَلِعَ (وَلَا يَصِحُّ) الْخُلْعُ (إِنْ عَضَلَهَا) أَي: ضَرَبَهَا أَوْ ضَيَّقَ عَلَيْهَا أَوْ مَنَعَهَا حَقَّهَا مِنْ نَفَقَةٍ أَوْ كِسْفَةٍ أَوْ قَسَمٍ وَتَحْوِجُهُ (لِتَخْتَلِعَ) مِنْهُ.» منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج3، ص58.

(4) سورة البقرة، الآية 231.

« قَالَ: إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ رَاضِيَةً مُعْتَبِطَةً مُطِيعَةً، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَضْرِبَهَا، حَتَّى تَفْتَدِيَ مِنْهُ، فَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا شَيْئًا عَلَى ذَلِكَ، فَمَا أَخَذَ مِنْهَا فَهُوَ حَرَامٌ. »⁽¹⁾، ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء بشأن حكم هذا النوع من الخلع على مذهبين، يرى أولهما أن الافتداء باطل والعوض مردود، وروي ذلك عن عبد الله بن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة بن شعيب وحמיד بن عبد الرحمن والزهري، وبه قال الثوري وقتادة وإسحاق⁽²⁾، وإليه ذهب المالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ والزيدية⁽⁶⁾ والإمامية⁽⁷⁾ وذلك لقوله ﷺ: « وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَكَاتٍ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا »⁽⁸⁾، ثم أكد ﷺ هذا النهي بأعظم أوصاف الحرمة فقال: « أَتَأْخُذُونَهُ بِهَتْنَا

(1) محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، المرجع السابق، ج 4، ص 558.

(2) «فَأَمَّا إِنْ غَضَلَ زَوْجَتَهُ، وَضَارَهَا بِالضَّرْبِ وَالتَّضْيِيقِ عَلَيْهَا، أَوْ مَنَعَهَا حُقُوقَهَا؛ مِنَ النَّفَقَةِ، وَالْقِسْمِ وَخَوِ ذَلِكَ، لِتَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ، فَقَعَلَتْ، فَالْخُلْعُ بَاطِلٌ، وَالْعَوْضُ مَرْدُودٌ. رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَعَطَاءٍ وَمُجَاهِدٍ وَالشَّعْبِيِّ وَالنَّخَعِيِّ وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعُرْوَةَ وَعَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ وَحُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَالزُّهْرِيُّ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَالثَّوْرِيُّ وَقَتَادَةُ وَالشَّافِعِيُّ وَإِسْحَاقُ.» موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 327.

(3) «وإباحته مقيدة بما "إذا لم يكن" ذلك عن "ضرر بها" مثل أن ينقصها من النفقة أو يكلفها شغلا لا يلزمها "إن كان" ذلك الافتداء ناشئا "عن ضرر بها رجعت" عليه "بما أعطته ولزمه الخلع" ويكفي في ثبوت الضرر إقامة بينة السماع والحاصل أن المرأة إذا ادعت بعد المخالعة أنها ما خلعت إلا عن ضرر وأقامت بينة السماع بذلك فإن الزوج يرد ما خالعه بها وبانت منه.» صالح بن عبد السميع الآبي، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المرجع السابق، ص 480.

(4) «مَا لَوْ مَنَعَهَا نَفَقَةً أَوْ غَيْرَهَا فَأَفْتَدَتْ لِتَتَخَلَّصَ مِنْهُ انْتَهَى فَإِنْ مَنَعَهَا ذَلِكَ لِتُخَالِعَهُ فَالْخُلْعُ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ إِكْرَاهٌ لَهَا وَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا.» زكريا بن محمد السنيكي، أسنى المطالب، المرجع السابق، ج 3، ص 241.

(5) موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 98. ج 3، ص 96.

(6) «وَأَمَّا الْمَخْطُورُ فَحَيْثُ يَتَضَرَّرُهَا لِتُعْطِيَهُ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى «لَتَذْمُبُوا بِنَعْصِ مَا آتَيْتُمُوهُمْ» فَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا.» أحمد بن قاسم العنسي، البحر الزخار، المرجع السابق، ج 7، ص 257.

(7) «(وَلَوْ أَكْرَهَهَا عَلَى الْفِدْيَةِ فَعَلَ حَرَامًا) لِإِكْرَاهِ بَعْضِ حَقِّ (وَلَمْ يَمْلِكْهَا بِالْبَدَلِ) لِطُلَانِ تَصْرُفِ الْمُكْرَهِ إِلَّا مَا أُسْتُتِي (وَطَلَّقَهَا رَجْعِيًّا) مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ لِطُلَانِ الْفِدْيَةِ.» زين الدين العاملي، الروضة البهية، المرجع السابق، ج 4، ص 102.

(8) سورة النساء، الآية 20.

وَإِنَّمَا مُبَيَّنًا⁽¹⁾، وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾⁽²⁾، ولأنه عوض أكره على بذله بغير حق، فلم يُستحق كالأبدال في سائر المعاوضات⁽³⁾.

في المقابل قرر الحنفية حرمة هذا الخلع ديانةً لملازمة العضل له، وأقروا أن الزوج آثمٌ عاصٍ بفعله، وهي عوار مع جسامتها شرعاً لا تنال من صحة العقد قضاءً، إذ يقع هذا الأخير تأماً مرتباً لآثاره ومنها لزوم العوض، لأن الزوج أسقط بمقتضاه ملك بضعها، ببدل رضيت بأدائه نظير ما دخل في ذمتها، وهو من أهل الإسقاط والزوجة من أهل المعاوضة والرضا⁽⁴⁾.

بمقابلة الرأيين نستنتج رجحان مذهب جمهور الفقهاء، باعتبار الخلع في هذا الفرض قد تم بالإكراه المعيب لسلامة الرضا، وأن ما لا يصح ديانةً في المبتدأ، لا يسوغ إجازته بالقضاء انتهاءً. ولعل أسمى ما يمكن أن يسديه نص الخلع من مصلحة - سواءً للزوج وحده، أو الزوجة وحدها أو هما معاً - دوره كحلٍ مثالي في الأحوال التي يتوخى فيها هؤلاء الستر وعدم إشاعة الأسرار الزوجية التي تقف أسباباً حقيقية وراء المصير إلى الفرقة كما ذكرنا سابقاً⁽⁵⁾، وفيما عدا ذلك، لا نرى له نفعاً في حق الزوج وكأنما صيغ قصداً للنيل منه إن على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي أو النفسي، وهي الحقيقة التي سنحاول تقني أثرها فيما يلي.

(1) سورة النساء، الآية 20.

(2) سورة النساء، الآية 19.

(3) «وَلَأَنَّهُ عَوْضٌ أُكْرِهَتْ عَلَى بَذْلِهِ بغير حقٍّ، فَكَانَ بَاطِلًا كَالَّذِي فِي الْبَيْعِ» إبراهيم برهان الدين ابن مفلح، المبدع، المرجع السابق، ج 6، ص 269.

(4) «وَلِهَذَا لَا يَحِلُّ إِذَا كَانَ النُّشُورُ مِنَ الزَّوْجِ (...) فَأَمَّا فِي الْحُكْمِ الْخُلْعِ صَحِيحٌ، وَالْمَالُ وَاجِبٌ فِي جَمِيعِ الْفُصُولِ عِنْدَنَا.» محمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6، ص 183. «فَحُمِّلَهُ الْكَلَامُ فِيهِ أَنَّ النُّشُورَ (...) إِنْ كَانَ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُ شَيْءٍ مِنَ الْعَوْضِ (...) فَيَقْتَضِي حُرْمَةَ أَخْذِ شَيْءٍ بِمَا أَعْطَوْهُنَّ عِنْدَ عَدَمِ النُّشُورِ مِنْهُنَّ، وَهَذَا فِي حُكْمِ الدِّيَانَةِ، فَإِنْ أَخَذَ جَارَ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ وَلَزِمَ حَتَّى لَا يَمْلِكَ اسْتِزَادَهُ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ أَسْقَطَ مِلْكَهُ عَنْهَا بِعَوْضٍ رَضِيَتْ بِهِ، وَالزَّوْجُ مِنْ أَهْلِ الْإِسْقَاطِ، وَالْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ الْمُعَاوَضَةِ وَالرِّضَا فَيَجُوزُ فِي الْحُكْمِ وَالْقَضَاءِ.» علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 3، ص 150.

(5) منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، المرجع السابق، ص 236 و 237.

(ب): سلبات الخلع في حق الزوج:

كان اهتمام الحقوقيين وعلماء الاجتماع منصباً - قبل صدور نصوص الخلع في ثوبها المستحدث على مستوى بعض الأقطار العربية - على كيفية إيجاد حالة من الاستقرار بين الزوجين في علاقتهما داخل النطاق الأسري، وما تثيره من منازعات بينهما تستوجب تحديث سبل حلها إن عن طريق التوفيق أو التقاضي، لأن سبب اختلالها يعزى في نصيبه الأكبر - حسب تقديرهم - لحق الطلاق القاصر على محض إرادة الرجل ومبادرته في غالب الأحيان، لا سيما في الأحوال التي يتعسف فيها هذا الأخير في استخدامه، وما يترتب عن ذلك من آثار اجتماعية سلبية بأشكال وأحجام مختلفة. ولما أقر نص الخلع - على النحو الذي صيغ به - كان من المنتظر أن تتلاشي كل هذه الآثار أو معظمها على الأقل، خاصة وأن المشرع استهدف بموجبه خلق نوع من التوازن بين المركز القانوني للمرأة والرجل في حل عرى النكاح، إلا أن النص - وقد مضى على إصداره ما يربو عن العشر سنوات - أفضى إلى إنتاج جملة من التبعات السلبية في حق الرجل انعكست على موضوعات اجتماعية أسرية، تنصدها نظرة المجتمع عموماً والنساء خاصة للزوج المخلوع .

فقد أكدت إحدى الدراسات التي أجراها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجناائية بجمهورية مصر العربية⁽¹⁾ أن قانون الخلع وبقدر مساهمته في رفع المعاناة عن النساء وإطلاق حريتهن، قد كبل من حرية الرجل المخلوع ونال من صورته اجتماعياً، فقد أصبح هذا الأخير يكابد في ضوئه من نظرة المجتمع، لأنه رسخ في النفوس صورةً نمطية عن الزوج المخلوع قوامها أنه رجلٌ فقد هيئته وجزءاً من رجولته، حتى أنه كثيراً ما يخفق في إعادة الزواج لأن نسبة كبيرة من النساء يرفضن الارتباط به نظراً لاعتقادهن أنه من دفع زوجته للاختلاع منه، حيث أشارت الدراسة إلى أن أكثر من (61%) من عينة النساء المستجوبات في بعض المدن والقرى والنجوع في مصر يرفضن الارتباط برجل مخلوع بينما يفضلن الزواج من رجل مطلق، وحالة الرفض هذه ليست قاصرة على الفتيات اللائي لم يسبق لهن الزواج فحسب، بل تمتد لتشمل المطلقات والأرامل والعوانس أيضاً.

(1) أنجي ضيف، "المخلوع" عريس مرفوض، (دراسة للدكتورة سهير كامل، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجناائية بالقاهرة) المرجع السابق.

وأظهرت ذات الدراسة على عينة من سبع قرى في صعيد مصر أن نسبة عالية من النساء والفتيات والأهل بلغت (89%) ترفض الارتباط بزواج مخلوع، حتى وإن كان من أبناء القرية المقيمين في المدن الكبرى، ووصلت هذه النسبة في قرية طوخ المنيل بصعيد مصر إلى (100%) كما جاء في الدراسة، لتتدرج نحو الانخفاض في المناطق الحضرية متراوحاً بين (45%) و(59%)، ومع ذلك تظل معدلاً مرتفعاً نسبياً، لأن الكثير من الأهل والأقارب وأولياء الأمور يجدون صعوبة في استساغة فكرة التعايش مع رجل مخلوع، والغريب أن هاجس الرفض هذا يتلبس وجدان الرجال المخلوعين أنفسهم، حيث أكدت الدراسة أن نسبة من يجمعون منهم عن خطبة فتاة من عينة المناطق المحافظة خوفاً من رد فعل أهلها ورفضهم التام زادت عن (49%).

وفي الأردن أظهرت دراسة ميدانية أخرى قام بها مركز زاد الأسري⁽¹⁾ رفض النساء لفكرة الزواج من رجل مخلوع، وذلك وفقاً لإجابات (683) فتاة ومطلقة وأرملة من أصل (1050) فتاة وسيدة شاركن في الدراسة كعينة بحثية، وتراوحت أعمارهن ما بين السابعة عشرة والأربعين، وأشارت النتائج إلى أن (65%) من إجمالي العينة العشوائية رفضن تماماً قبول الفكرة أو مجرد طرحها، ووضعتها نحو (11%) ضمن آخر اختيارات الزواج الشرعي المتاحة وأفضل الفرص الضيقة المتاحة، بينما تباينت آراء البقية بين موافقة حذرة وعدم ممانعة، مع الأخذ بعين الاعتبار وجوب تجاوز التجارب الماضية والتركيز على معايير أكثر أهمية، دون إغفال احتساب سبب لجوء الزوجة السابقة للخلع واعتباره عنصراً حاسماً في اتخاذ القرار.

كما بينت إحدى الدراسات المقارنة التي أجراها مركز قضايا المرأة المصرية رد فعل المجتمع تجاه الزوج بعد الحكم في دعاوى الخلع والتطليق⁽²⁾، حيث جاء فيها:

(1) أنجي ضيف، "المخلوع" عريس مرفوض، (دراسة من إعداد مركز زاد الأسري)، المرجع السابق.

(2) عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع، المرجع السابق، ص 74 وما بعدها.

(الجدول رقم: 1)

رد فعل المجتمع تجاه الزوج بعد الحكم في دعاوى الخلع والتطليق

رد فعل المجتمع		الحالة		الخلع		التطليق للضرر	
النسبة المئوية	الكمية	النسبة المئوية	الكمية	النسبة المئوية	الكمية	النسبة المئوية	الكمية
29.6	37	42.2	57	السخرية الدائمة من الزوج			
36	45	46.7	63	الاثام بالقسوة وسوء المعاملة			
21.6	27	31.9	43	عدم قبول النساء الزواج منه			
7.3	9	15.6	21	الطعن في رجولته			
38.4	48	59.3	80	الاثام بالفشل في المحافظة على البيت والأولاد			

ويستشف من هذا الجدول بوضوح، موقف المجتمع القاسي من الرجل المخلوع، بحيث ينعكس في استصغاره والسخرية الدائمة منه ونسبة تفوق كثيراً معدل نظرتة الدونية للزوج محل التطليق للضرر، حيث بلغت في فرض الخلع (42.2%) في مقابل (29.6%) في حالة التطليق، رغم اشتراك الأمرين في اتجاه إرادة الزوجة إلى تحصيل الفرقة في كليهما، إلا أنهما يفترقان - من وجهة نظر المجتمع - في جزئية باتة قوامها أن الزوجة من تملك ناصية إنهاء النكاح في حال الخلع، ولا ولاية للقاضي - حتى وإن خوله القانون فعل التصريح به - على الزوجة متى انصرف قصدها إلى إيقاعه، بينما يظل طلبها للتطليق رهين سلطة القاضي وتقديره، بحيث لا يصير إليه هذا الأخير إلا إذا تحققت الأسباب الموجبة له، فيكون بذلك هو من طلق على الزوج انتهاءً، مما يجعل دور الزوجة فيه فعلاً سلبياً غير مؤثر حتى وإن كانت من التمسته ابتداءً.

هذا وتشتد نظرة المجتمع أكثر على الزوج المخلوع عندما يتعلق الأمر بالطعن في رجولته، حيث بلغت نسبة المستجوبين الذين ينتابهم شكٌ حول رجولة الزوج المخلوع ضعف نسبة من يحملون ذات الحكم تجاه المطلق (15.6%) و(7.3%) على التوالي، ولعل العوامل التي أسهمت في صياغة ضمير الجماعة - في مسألة الحال - على هذا النحو، تكمن أساساً في كون الخلع مسألة تُطرح أمام القضاء

كوحدة مجملية ليس من شرائطها سياقة الأسباب التي دفعت إليها، وأنه عادةً ما تمنح إليها الزوجة طلباً للستر وعدم البوح بأسرار الزوجية في ساحات القضاء لا سيما ما اتصل منها بالنواحي الجنسية نظراً للطابع المحافظ الذي تتسم به المرأة الشرقية عموماً، الأمر الذي أدى بالمجتمع إلى تعويم هذا الحكم على قدرٍ غير يسيرٍ من قضايا الخلع، وإن كانت مبنيةً على دوافع أخرى لا شأن لها البتة بالجوانب الجنسية، بينما تقوم قضايا التطليق على تفصيل واثبات الأسباب الدافعة إليها، ومن ثمة لا يمكن الطعن من خلالها في رجولة المطلق إلا في الأحوال التي تنبني فيها على ذلك فعلاً.

كما يسترسل المجتمع أيضاً في اتهام الرجل المخلوع بكونه زوجاً غير سوي، لا قدرة له في المحافظة على بيته وبصورة أكبر في حالات الخلع (59.3%) في مقابل (38.4%) عن التطليق، ويعزى ذلك إلى رد فعل الزوجة، إذ عادةً ما تلجأ إلى الخلع لتحقيق بموجبه هدفاً مزدوجاً، يتمثل شقه المباشر في تحصيل الفكاك من جهة، وباعتباره أداةً للانتقام والنيل من الزوج بطريق غير مباشرٍ من جهة أخرى، نظراً لاقتناعها الكلي بعدم صلاحية بعلمها من أوجه متعددة للاضطلاع بمسؤوليات الزوجية، في حين تنتفي صفة الانتقام من قضايا التطليق عموماً لقيامها في الغالب على سببٍ مؤثرٍ بالنسبة لزوجته معينة في ظروفٍ محددة، وهو ما يمكن لزوجته أخرى في ظروفٍ مغايرة، التعايش معه والصبر عليه، فتكون الغاية الأولى من طلب التطليق هي حصول المرأة - فوق الفكاك - على حقوقها دون أن توقض فيها هذه الوسيلة غريزة الانتقام، لارتباطها انتهاءً بإرادة القاضي بناءً على أسباب جديّة ثابتة غير مفترضة.

ناهيك عن اتهام المجتمع للزوج بالقسوة وسوء المعاملة (46.7%) في حالات الخلع مقابل (36%) في حالات التطليق، وتنفك عن ذلك كله نتيجة حتمية مفادها اهتزاز صورة الرجل المخلوع اجتماعياً، فيجابه تبعاً لذلك بعدم قبول النساء الزواج منه (31.9%) في حالات الخلع مقابل (21.6%) عن التطليق (الجدول رقم 2).

وحالة الرفض هذه تولد في نفسية الرجل المخلوع شعوراً بعدم القبول، إذ جاء في نفس الدراسة عن المشكلات التي يمكن أن تواجه الزوج إذا حاول الارتباط مرةً أخرى:

(الجدول رقم: 2)

المشكلات التي يمكن أن تواجه الزوج إذا حاول الارتباط مرة أخرى

الحالة		الخلع		التطبيق للضرر	
المشكلات		النسبة	الكمية	النسبة	الكمية
		المئوية		المئوية	
عدم موافقة من يتقدم لها		69.7	83	52.2	48
الخوف من تكرار ما حدث		82.4	98	72.8	67
عدم قبول النساء الزواج منه		31.9	43	21.6	27

وهي معطيات تفيد مرة أخرى موقف المجتمع المتحفظ من قرار الزوجة الانفرادي بإنهاء العلاقة الزوجية، وتعكس مدى امتهانه للرجل الذي تجنح المرأة إلى تسريحه، وضع يؤثر على رؤية الذات لدى الرجل المخلوع ويثير في نفسه هواجس كثيرة - بمناسبة تفكيره في الارتباط ثانية - تتمثل خاصة في الخوف من عدم موافقة النساء عليه وذعره من تكرار ما حدث إذ ترتفع النسبة هنا أيضاً في حالة الخلع (69.7%) و(82.4%) عنه بالنسبة لحالات التطليق (52%) و(72.8%)، وهو ما يشكل عائقاً نفسياً حقيقياً لدى الرجل المخلوع مما يقلل فعلاً من فرص نجاحه في إنشاء علاقة جديدة.

وتتشترك هذه الدراسات كلها، في التأكيد على انحطاط صورة الزوج المخلوع اجتماعياً، ويعزى سبب ذلك في المقام الأول إلى الاعتقاد بأنه فقد جزءاً كبيراً من شخصيته ومروءته وكرامته جراء تسريح الزوجة له، إذ ثمة نسبة كبيرة من النساء لازالت تعتقد أن الرجل يخسر اعتباره وربما جزءاً من رجولته إذا لم يبادر هو بطلاق زوجته، وتقاعس إلى أن باغتنته هي بالاختلاع منه، لذلك كثيراً ما يجنح الزوج إلى إيقاع الطلاق دون تربص أو روية بمجرد شعوره باتجاه قصد الزوجة إلى الافتداء، بل وقد تضطر الزوجة إلى التنازل عن دعواها تحت ضغط الأهل أو الزوج نفسه، مقابل تسريحها طلاقاً - رغم ما يلابس هذا الأخير من أعباء مالية - بدلاً من أن يظل رجلاً مخلوعاً طوال حياته، ويظل رفض الزوجة للعيش معه طيفاً يلاحقه أينما حل وارتحل، ومثاراً للتساؤل عن الدوافع التي حملتها على الفكك منه، وهي ملابسات تجعل منه نموذجاً اجتماعياً غريباً، قر في الأنفس شعور عدم إمكان الاعتماد عليه في حياة

زوجية جديدة، وبذلك صار الزوج المخلوع اجتماعياً أدنى مرتبةً من المرأة الطالق رغم ما يكتنف نظرة المجتمع إليها من محاذير⁽¹⁾.

وقد تضافرت هذه العوامل كلها في بناء نفسية الرجل المخلوع، حتى صار المدلول النفسي لهذه الكلمة سيء الوقع لانصرافه إلى المنبوذ والمرفوض، وهو ما يولد شعوراً بالنقص وامتهان الكرامة بين الأهل والأصدقاء والمعارف، حيث عبر الكثير من الأزواج - وفق ما جاء في الدراسات السابقة - أن التجربة تشكل بكل أبعادها وصمةً في جبينهم لا سيما وأن المجتمع الشرقي يتقبل بصدرٍ رحب طلاق الزوج لزوجته ورفضه لها، ولا يستسيغ أبداً خلع الزوجة لزوجها ورفضها له، وتحت ثقل هذه المؤثرات غالباً ما يعجز الرجال المخلوعون عن التعامل مع آلامهم وغضبهم وإحباطهم، وقد لا ينتبهون إلى حالة الوحدة إلا بعد تخطي المرحلة الأولى من ردود الفعل الأولية، فنفسية الرجل ليست بالقوة المتعارف عليها تجاه مشكلة من هذا النوع، لأنه سرعان ما يشعر بالفراغ بعد الفقرة، وكشفت دراسة ميدانية أن معظم الرجال الذين سبق لهم الزواج وفشلوا فيه معرضون للإصابة بالاضطرابات النفسية، وأشارت إلى أن الرجل المخلوع عادةً ما يؤخر الدخول في تجربة زواج جديدة نتيجة كراهية الجنس الآخر والخوف من رفض الآخرين له، كما أنه يكون شديد الحساسية ومتحفظاً عند تعامله مع زملائه، مما يفضي إلى صعوبة تكيفه اجتماعياً، الأمر الذي يؤدي انتهاءً إلى التأثير سلباً على أدائه المهني، وأشدّ ما يضايق الرجل في هذه المرحلة بالإضافة إلى فقدان دوره كزوج، خسارته لدوره كأب وما يرافق ذلك من آلام نفسية، على عكس المرأة التي تصبح الأب والأم في نفس الوقت⁽²⁾.

أما على المستوى المادي، فلا أقل من اعتبار الزوج الأكثر خسارةً من الناحية الاقتصادية رغم ما تبذله الزوجة لصالحه من عوضٍ نظير اختلاعها منه، لأنه وفوق ما صرفه من أموالٍ في سبيل زيجته المنقضية، وما سيبدله لبناء زوجية جديدة إن أسعفه الحظ في إنشائها، لا يتلقى من زوجته المفتدية في غالب الأحيان سوى مبلغاً زهيداً عادةً ما تعدمه المقاصة بالحقوق الشرعية، ناهيك عما يتكبده بعض

(1) أنجي ضيف، "المخلوع" عريس مرفوض، (دراسة للدكتورة سهير كامل، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجناائية بالقاهرة) المرجع السابق.

(2) منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، المرجع السابق، ص 236 و 237.

الأزواج من خسائر مادية جراء ما أغدقوا به من هبات وهدايا في حالات الصفاء على زوجات اختلعن منهم في نهاية المطاف⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تبعات الخلع على الناشئة

لا تقتصر تبعات الخلع على طرفيه فحسب بل تمتد أيضاً لتتال من الأبناء لا سيما على المستوى النفسي، فقد أثبت الباحثون أن بناء الشخصية يعزى في جانبه الأكبر إلى مجموع الصفات النفسية الموروثة والمكتسبة من تجارب الطفولة والحياة عموماً، وأن وسط التنشئة عامل مهم في تكوين الشخصية، وهو ما دفع ببعض علماء النفس وعلى رأسهم (إريك أركسون) إلى القول بأن المشاكل الاجتماعية الأسرية التي يتعرض لها الفرد أثناء نموه أكثر أهمية من المشاكل البيولوجية⁽²⁾.

والواقع أن فرقة الخلع لا تتميز عن غيرها من أدوات فك عرى النكاح الأخرى بخصائص معينة في هذا السياق، إذ أنها تفضي لذات آثار الطلاق أو التطليق وغيرهما من فرق النكاح على الأبناء، وإن كان الخلع ينفرد عنها بسمّة خاصة تجعل منه أكثر تأثيراً على الناشئة، نظراً للمعطيات التي تلابس إيقاعه من حيث كونه تصرفاً بالإرادة المنفردة للزوجة، وما لذلك من أثر على نفسية الأبناء بشأن صورة أبيهم بوصفه الطرف السالب في عملية الانفصال (ثانياً).

ومع ذلك لا يمكن الجزم على وجه الإطلاق بأن الخلع لا يرتب سوى آثاراً سلبية في مواجهة الأبناء، فهو كغيره من فرق النكاح، قد يكون الحل الأصلح لهم مع ما فيه من مثالب (أولاً).

أولاً: الآثار الإيجابية للخلع في حق الأبناء

بين الباحثون في علم النفس بدايةً من (سبيتز) (1945م) ثم (بولي) (1970م) أن الإنسان ينمو جسدياً ونفسياً بشكل أفضل حين تتم رعايته بواسطة شخص يمنحه الحب والأمان، ولا يتم إشباع هذه الحاجة إلا في وسط أسري مستقر، فحرمان الطفل من إشباع حاجاته الأساسية بسبب الخلافات المستمرة وحالات الشقاق وانشغال الوالدين بمشاكلهما الخاصة، ينعكس بالضرورة على مفهوم الطفل عن ذاته، بل وشعوره في كثير من الأحيان بعدم استحقاقه للرعاية الكافية.

(1) ناهد العجوز، دعوى التطليق والخلع، المرجع السابق، ص459.

(2) موسى عبد الرحمن وتوق محي الدين، المدخل إلى علم النفس، مركز الكتاب الأردني، الطبعة الثانية، 1993م، ص75.

لقد ثبت أن الصراعات الأسرية والمشادات المستمرة بين الوالدين عادةً ما تخلق أجواءً متوترةً تعزز أحساس الصغير بعدم الأمان، حيث يشعر هذا الأخير في وسطه الأسري المشحون بالمشكلات الزوجية بقدر أقل على التعامل مع المخاوف الطفولية العادية، وبعبءٍ نفسي جراء هذه المشكلات التي قد يسيء فهمها أو يعسر عليه الوقوف على أبعادها في غالب الأحيان، هذا ويبالغ الطفل في إبداء هذه المشاعر إذا ما أدرك عدم قدرة الوالدين على التعامل معها، بل وقد يشعر أحياناً أنه هو المسؤول عما يعانيه أبواه، مما ينعكس على مفهومه لذاته فيتبنى مدلولاً سلبياً لها، وهو ما يمهّد لظهور أشكالٍ من السلوكات غير السوية كالعدوانية على سبيل المثال⁽¹⁾ كما بينت ذلك العديد من الدراسات الغربية والعربية على حدٍ سواء، منها دراسة (فان) (1990م) التي وجدت ارتباطاً دالاً بين درجات السلوك الظاهر للأطفال وبين المقاييس الخاصة بالصراع الزوجي، ودراسة (كي) (1991م) ودراسة (هانم الشربيني) عام (1985م) ودراسة (المزروع) (1990م)، والتي خلصت جميعها إلى حقيقةٍ قوامها أن للتوافق الزوجي أثرٌ بالغٌ على توافق الأبناء ونموهم⁽²⁾.

فإذا كان هذا حال الأسر قبل تفككها بالطلاق، فهل يصدق ذلك على تلك التي يأتي عليها الخلع لا سيما وأن الفرق بين الوضعين بيّن، ذلك أن الرجال عادةً ما يترددون قبل المصير إلى الطلاق مما يعني ضمان استمرار المشكلات الأسرية ردحاً من الزمن، في حين أن النساء وبحكم طبيعتهم قد يقطعون دابرهما بالاختلاع بمجرد ظهورها، وهو ما يعني أن الأسرة قبل الخلع لا تكون موبوءةً بمثل أجواء الأسرة قبل الطلاق، فينفك عن ذلك بالتبعية أن وضع الناشئة في حال الخلع أفضل من نظيرتها في حال الطلاق، لوجودهم في مأمنٍ من أثر المشكلات السابقة للفرقة؟

(1) هدية فؤادة محمد علي، الفروق بين أبناء المتوافقين زواجياً وغير المتوافقين في كل من درجة العدوانية ومفهوم الذات، مجلة علم النفس، جويلية أوت ع 47، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، ص8.

(2) كلثوم بلميهوب، مسعودة بدوي، ليديا ولد مادي، أثر اضطراب العلاقة الزوجية على الصحة النفسية لأبناء، مجلة شبكة العلوم النفسية العربية، العدد 21 و22 شتاء وربيع 2009م، ص8. بداوي مسعودة، أساليب المعاملة الوالدية ومشكلات الأبناء المراهقين (دراسة ميدانية في الجزائر العاصمة)، أطروحة دكتوراه في علم النفس التربوي، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2008-2009م، ص101.

لقد دلت بعض الدراسات⁽¹⁾ على أن الأجواء الأسرية التي تسبق لجوء الزوجة للاختلاع هي عين الأجواء التي تمهد للطلاق والتطليق، إذ عادةً ما تكون مشحونة بالخلافات والمشادات الحادة والمستمرة، فقيام الزواج من الناحية الشكلية في هذه الفروض كلها، لا يعني بالضرورة حياة أسرية تبحث عن الاستقرار بقدر ما ينم عن علاقة تدخل طور الاحتضار، وإذا كانت الخلافات المؤقتة عاملاً بإمكانه تنمية قدرة الزوجين وزيادة فرص نجاحهما في مواجهة تلك المشكلات وإنهاءها⁽²⁾، فإن احتدام الشقاق وتفاقمه وعجز الزوجين عن تخطيه، يصل بهما في النهاية إلى استحالة العشرة واستمرار الحياة معاً، ومن ثمة ضرورة السعي لحلها، ويستعرض الجدول التالي الأسباب التي رأت حالات البحث أنها ظروفًا مهيأة لرفع دعاوى خلع أو تطليق للضرر، وهي تعبر في الوقت نفسه عن الأجواء الأسرية السائدة قبل إنهاء النكاح بهاتين الوسيلتين.

(الجدول رقم: 1)

أسباب الخلافات والمشاحنات الأسرية التي تدفع الزوجة إلى رفع دعوى التطليق أو الخلع

التطليق للضرر		الخلع		الحالة
النسبة المئوية	الكمية	النسبة المئوية	الكمية	الأسباب
65.4	89	81.2	112	عدم الإنفاق على الأسرة إما عجزاً أو بخلاً
16.2	22	23.9	33	أرغام الزوجة على المساهمة في المصاريف
64.7	88	89.9	124	الاعتداء المتكرر على الزوجة بالضرب
18.4	25	30.4	42	التعاطي وإدمان المخدرات
16.2	22	10.9	15	العجز أو الضعف الجنسي
28.7	39	54.3	75	غياب الزوج عن المنزل معظم الوقت
14.7	20	10.9	15	الزواج بأخريات

(1) عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

(2) حسن محمود، الأسرة ومشكلاتها، دار المعارف، القاهرة، 1967م، ص 719.

19.9	27	31.9	44	علاقات نسائية خارج نطاق الزواج

وتشير بيانات هذا الجدول إلى العديد من المشكلات القائمة كأسباب للمشاحنات التي تطبع الجو الأسري وتدفع الزوجة إلى طلب إنهاء العلاقة الزوجية إما خلعاً أو تطليقاً، وقد شكل الاعتداء المتكرر للزوج على الزوجة بالضرب سبباً رئيسياً (77.4%) من إجمالي حالات الخلع والتطليق، وإن سجلت ارتفاعاً بيناً في الخلع وصل إلى نسبة (89.9%) مقابل نسبة (64.7%) في التطليق للضرر، وقد برز العامل الاقتصادي في المرتبة الثانية في حالات الخلع أو الطلاق على السواء، حيث يمثل عدم الإنفاق على الأسرة - إما بسبب عدم القدرة عليه أو بسبب بخل الزوج وتقتيره رغم مقدرته المادية - نسبة (73.4%)، بمعدل (81.2%) في حالات الخلع و(65.4%) في حالات الطلاق، وتشكل معاناة الزوجة من قضاء الأزواج أغلب الوقت خارج المنزل سبباً آخر رئيسياً للمشاحنات التي تقف وراء رفع الزوجة لدعاوى الفرقة، حيث سجلت النسبة (54.3%) في حالات الخلع، و(28.7%) في حالات التطليق، ويتفرع عن هذا السبب، عامل آخر يتمثل في وجود علاقات نسائية للأزواج خارج إطار النكاح بنسبة (31.9%) في حالات الخلع، وحوالي (20%) في حالات طلب التطليق، يضاف إليه أيضاً الزواج بأخريات ولكن بنسب أقل، لتتوالى أسباب أخرى تنصرف إلى التعاطي، واتهام الزوجات للأزواج بالضعف الجنسي، وإرغام الزوجات على الإنفاق على الأسرة، ورغم وجود فروق في النسب بين حالات الخلع والطلاق، إلا أن ترتيبها من حيث الشدة متفق عليه عند الفريقين.

للإشارة فإن هذه العوامل التي تعتبر حطاباً لنار المشكلات الزوجية في الأسرة، تنفك عنها ردود أفعال أخرى للأزواج تكتمل بها صورة الأسرة المتأزمة، وهو ما يعكسه الجدول التالي الذي يتناول تصرفات وسلوكيات الزوج خلال تلك الأزمات.

(الجدول رقم: 2)

تصرفات الأزواج مع الزوجات في أوقات الخلافات الأسرية

الحالة		الخلع		التطليق للضرر	
تصرفات الزوج		النسبة	الكمية	النسبة	الكمية
		المئوية		المئوية	
الضرب والإهانة		88.3	121	84.3	102

53.7	65	60.6	83	الهجر والخصام
49.6	60	53.3	73	طرد الزوجة من المسكن
37.2	45	53.3	73	التهديد بالطلاق
35.5	43	35.8	49	ترك المنزل
7.4	9	2.9	4	بلاغات كيدية

تعبّر بيانات هذا الجدول عن حقيقة ما أدلت به الزوجات عن تصرفات الأزواج وردود أفعالهم إزاء الخلافات الأسرية، حيث يأتي التعنيف والإهانة على رأسها بنسبة (86.4%) لا فرق في ذلك بين الفريقين، إذ بلغ (88.3%) بالنسبة للخلع و(84.3%) بالنسبة للتطليق، يليه الهجر بنسبة (57.4%) استحوذ الخلع منها على معدل (60.6%) والتطليق على (53.7%)، ثم الطرد من المسكن بنسبة (51.6%) موزعة بين الخلع بنسبة (53.3%) والتطليق بنسبة (49.6%)، وهي ذات النسب المسجلة في شأن التهديد المستمر بالطلاق التي بلغ معدلها الإجمالي (45.7%) استأثر منها الخلع بنسبة (53.3%) والتطليق ب(37.2%)، ويشكل ترك الأزواج لمنازلهم نسبة أخرى لا يستهان بها وهي (35.7%).

من جماع ما سبق، يستفاد أن الأجواء الأسرية السابقة لفك عرى النكاح خلعا، عادةً ما تكون أجواءً موبوءةً بالصراعات والخلافات وهو ما يؤثر على الاستقرار الوجداني للصغار، ويولد لديهم مشكلات نفسية بالغة الضرر، ومن ثمة فإن الزوجة - وبتقريرها المضي قدماً في طريق الاختلاع لاستحالة الاستمرار في الحياة الزوجية بسبب الخلافات المستعصية - تقدم لأطفالهما درساً بضرورة إيجاد حلول جريئة للمشكلات المستعصية، وعدم البقاء رهائن علاقةٍ تفتقر لأهم مقومات الاستمرار، فهو وعلى الرغم من نتائج المدمرة لطرفيه ولأطفال يظل أفضل من التمادي في علاقة محكومة بالفشل.

من المؤكد أن الأطفال لا يسعدهم تشتت الأسرة، لكنهم عندما يجدون أنفسهم وسط بيئة محكومةٍ بالخلافات، فإن الفرقة سواء كانت خلعاً أو طلاقاً أو تطليقاً، تمثل لهم ما يشبه الوقف الدائم لإطلاق النار، والمتنفس الذي طال انتظاره لأخذ قسطٍ من الراحة، وهي اللحظة التي يقطف فيها هؤلاء نوعاً من السعادة، ومعها يكتسبون الشجاعة لمواجهة ما قد يصادفهم في المستقبل من معضلات،

ويتشبعون في الوقت نفسه بحب الحياة، وضرورة تقديس الزوجية، وعليه يكون من الأصلح للأبناء افتراق الأبوين بدل محاولة الإبقاء على حياةٍ أسريةٍ فاسدةٍ، ومناخاً مشحوناً بالخلافات المستمرة بين الأبوين⁽¹⁾. ومن النتائج الإيجابية للخلع أيضاً بالنسبة للأطفال، سعي كلا الأبوين لإسعادهم وبذل كل ما في وسعهما لتعويضهم عما افتقدوه جراء الفرقة، وذلك من خلال محاولة كل واحدٍ منهما إشعارهم بعدم الضلوع في تدمير حياتهم الأسرية، ومع ذلك يظل للخلع كغيره من أسباب التفكك الأسري آثاره السلبية الكثيرة بالنسبة للناشئة.

ثانياً: الآثار السلبية للخلع في حق الأبناء

يترك انفصال الزوجين - أياً كانت طريقة هذا الانفصال - أثراً عميقاً لدى الأطفال والمراهقين كما تشير إلى ذلك الدراسات النفسية، حيث يميل هؤلاء أكثر من غيرهم للجنوح والانحراف، ويكونون عرضةً للاكتئاب نتيجة استسلامهم لمشاعر عدم الأمن والثقة بالنفس، وهو ما ينعكس في سلوكياتهم، التي غالباً ما تتخذ مظهراً عدوانياً⁽²⁾، فالطفل ضحية الفرقة، يعيش صراعاً داخلياً واضطراباً في النمو الانفعالي والعقلي، يفضي بالتبعية إلى تراجع ملموسٍ في تحصيله العلمي وعلاقاته بالآخرين.

أضف إلى ذلك احتمال سوء الحالة المادية للطفل بعد انفصال والديه، حيث يضطر أحياناً للتكيف - مع ما في ذلك من عسرٍ - مع وضعٍ تعليميٍّ وصحيٍّ وترفيهيٍّ جديدٍ أدنى مما اعتاد عليه، بل وقد يضطر للتنازل عن السكن المناسب فينال ذلك كله من مكانته الاجتماعية بين أقرانه⁽³⁾.

وبالجملة يمكننا تلخيص الآثار السلبية للخلع على الأبناء في خسارتهم للجو الأسري الطبيعي الذي ولدوا فيه وألفوه، وكذا صعوبة اختيارهم أحد الوالدين للعيش معه، مما يعني إمكان تشتت الأخوة وتفرقهم، ناهيك عن النظرة النمطية للمجتمع اتجاههم باعتبارهم أبناء أمٍ خالٍ تمرت على الأعراف والتقاليد والقيم السائدة، وأبٍ مخلوعٍ مرفوضٍ اجتماعياً على النحو الذي قدمنا، مما يولد فيهم إحساساً بالدونية وعدم القدرة على التفاعل الاجتماعي وبمواجهة الآخرين ورفض التكيف خشية التعرض للمهانة والسخرية من أقرانهم، لذا فهم يفضلون العزلة نتيجة إحساسهم بالذل لا سيما الذكور منهم لاهتزاز

(1) منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، المرجع السابق، ص 239.

(2) موسى عبد الرحمن وتوق محي الدين، المدخل إلى علم النفس، المرجع السابق، ص 186 و 187.

(3) عمر معن خليل، علم اجتماع الأسرة، دار الشروق، بدون طبعة، 1994م، ص 234.

صورة الأب في أذهانهم، وهو ما يعني غياب المرجع القوي بالنسبة لهم، مما يضعف إحساسهم بوجود رقابة صارمة على تصرفاتهم، وما ينجر عن ذلك من إمكان انحرافهم وجنوحهم وتراجع مستواهم الدراسي⁽¹⁾.

وقد أكدت الدراسة السابقة⁽²⁾ على هذه الآثار، حيث أشارت إلى حزمة من مشاكل الأبناء، التي تعاني منها الزوجات بعد الاختلاع والتطليق، وهو ما يوضحه الجدول التالي:

(الجدول رقم: 1)

مشكلة الأبناء التي تعاني منها الزوجات

الحالة		الخلع		التطليق للضرر	
مشكلة الأبناء		النسبة المئوية	الكمية	النسبة المئوية	الكمية
تدهور المستوى الدراسي		28.8	30	20.6	21
الانحراف وعدم القدرة على ضبط السلوك		36.5	38	43.1	44
مشاعر سيئة تجاه الأم		27.9	29	25.5	26
زيادة المصاريف		72.1	75	58.8	60

حيث توضح البيانات هيمنة المشكلة الاقتصادية، إذ تشكل المصاريف الدراسية عبئا كبيرا على الأمهات إن في حالات الخلع أو التطليق على السواء بمعدل قدره (65.5%) وإن كان ذلك بنسبة أكبر لدى حالات الخلع (72.1%) عنه في حالات التطليق (58.8%) ويعزى ذلك في تقديرنا لسوء الأحوال الاقتصادية للمصريين، مما يجعل منها خصوصية غير قابلة للتعميم، وتلي ذلك مشكلة عدم القدرة على ضبط سلوك الأبناء وانحرافهم بنسبة (36.5%) للخلع، (43.1%) بالنسبة

(1) محمد بن سعيد الغامدي، بعض الآثار المترتبة على الطلاق من وجهة نظر الزوجة، مجلة القاهرة، المرجع السابق، ص 227 إلى 229. منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، المرجع السابق، ص 240 و 241.

(2) عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع، المرجع السابق، ص 66 و 67.

للتطليق، ثم تدهور مستواهم الدراسي بمعدلٍ كليٍّ قدره (24.8%) يستأثر فيه الخلع بحصة (28.8%) والتطليق بـ (20.6%)، ووجود مشاعر سلبية بينها وبين الأبناء بنسبة (27.9%) في حالات الخلع و(25.5%) في حالات التطليق.

وتتفق هذه المعطيات مع ما أقر به الأزواج من مشكلات للأبناء الذين يعيشون معهم، كما يوضحه الجدول التالي:

(الجدول رقم: 2)

مشكلة الأبناء التي يعاني منها الأزواج

الحالة		الخلع		التطليق للضرر	
مشكلة الأبناء		النسبة المئوية	الكمية	النسبة المئوية	الكمية
تدهور المستوى الدراسي		66.7	14	62.2	15
انحرافات سلوكية		23.8	5	30.4	7
غياب من يرعاهم		80.9	17	56.5	13
سوء العلاقات بينهم وبين الأب		67.2	16	26.1	6

ولعل أول البيانات المثيرة للانتباه ما يتعلق منها بسوء العلاقة بين الأب والأبناء في حالات الخلع (67.2%) أكثر منه في حالات التطليق (26.1%)، وهي جزئية ترتد في أساسها إلى تضائل مكانة الأب المخلوع في نظر أبنائه، وربما عدم إعطائه الاحترام الكافي بسبب عدم القبول الاجتماعي للخلع حتى الآن.

ويشكل غياب من يرعى الأبناء معضلةً كبيرة لدى الآباء، سواء كان ذلك في حالات الخلع (80.9%) أو حالات التطليق (56.5%)، لأن الأم هي من يضطلع في الغالب بهذا الدور، ويتبع ذلك تدهور المستويات الدراسية والانحرافات السلوكية بنسبٍ متقاربة بين الخلع والتطليق.

الفصل الثاني

إشكالات نص الخلع المستحدث

لقد أثّرنا في مواضع متفرقة - من الباب الأول خاصة - بعضاً مما يمكن وصفه بالإشكالات التي يثيرها تطبيق نص الخلع المستحدث، وإن أثّرنا التوقف عن الخوض فيها - لعدم اتساع المقام لذلك حينها - فلا مناص لها هنا من العودة إليها بغية التحقق من وجودها فعلاً، وسبر أغوارها في حال الإيجاب، للوقوف على مدى ملاءمة النص المستحدث في ضوءها لروح القانون وقواعده، ولعل أول المنافذ التي سلكها بعض الشراح للنيل من هذا النص، إخلاله ببعض أحكام أسمى وثيقة في المنظومة القانونية للدولة، ويتعلق الأمر بالدستور (المبحث الأول)، ناهيك عما يثيره من إشكالات عملية بمناسبة تطبيقه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مدى دستورية النص المستحدث

تخضع الجماعة المنظمة - باعتبارها كياناً قانونياً - لنصٍ أساسيٍّ محددٍ للمبادئ الفلسفية الكبرى التي ينبني عليها المجتمع، وهو الموضع الذي سنحاول من خلاله أن نرصد مدى موافقة نص الخلع المستحدث - بوصفه تشريعاً - للنص القانوني الأسمى في شأن بعض هذه المبادئ (المطلب الأول) وبخصوص ما تنطوي عليه هذه الوثيقة أيضاً من ضمانات كبرى تتعلق بحق التقاضي، وما يحكم هذا الحق من مبادئ أساسية لا يمكن المساس بها، وهو المقتضى الذي سنعمل عليه لقياس مدى سلامة النص من حيث احترامه لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإخلال ببعض أمهات المبادئ الفلسفية في الدستور

لقد نحى البعض إلى القول بعدم موافقة ما استحدثه المشرع في شأن الخلع لنصوص الشريعة الإسلامية، وبالتالي لا أقل من اعتباره مخالفاً للدستور، من منطلق اعتناق هذا الأخير لمبدأ الإسلام كدين للدولة (الفرع الأول)، فإذا سلمنا بصحة هذا الطرح جدلاً، فلا ريب أن المشرع قد توخى بسلوكه هذا التوصل إلى مطابقة نصه لأحكام الدستور في شأن مبدأ آخر ويتعلق الأمر بمساواة المرأة للرجل مساواة كمية في الحقوق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المساس بمبدأ الإسلام كدين للدولة

من المبادئ الفلسفية الكبرى المحددة لهوية المجتمع، ما نص عليه الدستور الجزائري لسنة 1996م في مادته الثانية بالقول: « الإسلام دين الدولة .»، ولعل أوضح المظاهر القانونية لتكريس هذا المبدأ العام - زيادةً على الحكم الوارد في نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري القاضي بأنه: « وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية... » وما نص عليه قانون الأسرة في المادة (222) منه بقوله: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية. » - ضرورة كون الشريعة مصدراً مادياً وتاريخياً لصناعة بعض النص التشريعي لا سيما ما تعلق منه بالنواحي ذات الصبغة التعبدية.

ولا ريب في أن أكثر النطاقات اتصالاً بما نحن بصدد، مجال العلاقات الأسرية لما لها من وثيق الصلة بالضمير الجمعي في بعده الديني، حتى أن تقدير نجاعة النص - في هذا المقام - لا تنبني على اعتباره أداءً مارقاً عن نظم الجماعة خارجاً عن أعرفها، بل بقدرته على مساهمة الاتجاه العام للمجتمع والتعبير عن انشغالاته، ذلك أن صناعة النص القانوني أصبحت تعتمد بالدرجة الأولى في المجتمعات الحديثة، على قياس مسبق لاتجاهات الضمير الجمعي.

وبالتالي إذا خرجت السلطة التشريعية عن هذا المبدأ في نطاق الأسري جاء نصها معيباً بمخالفة أحكام الدستور من الناحية النظرية، وقد تم النعي فعلاً على نص الخلع المستحدث بهذه العلة أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر لمناقضته أحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط قبول الزوج للخلع، حيث جاء في حكمها ما نصه: «...وحيث أنه عن النعي بمخالفة النص الطعين لأحكام الشريعة الإسلامية، فإن المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها في سنة 1980 إذ نصت على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز لنص تشريعي يصدر في ظله أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يتمتع الاجتهاد فيها لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثابتها التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، وليست كذلك الأحكام الظنية في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً، فهذه تتسع دائرة الاجتهاد فيها تنظيماً لشئون العباد، وضماناً لمصالحهم التي تتغير وتتعدد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان، وهو اجتهاد وإن كان جائزاً ومندوباً من أهل الفقه، فهو في ذلك أوجب وأولى لولي الأمر،

يبدل جهده في استنباط الحكم الشرعي من الدليل التفصيلي، ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه، توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بعباده، وتسعها الشريعة الإسلامية التي لا تضفي قدسية على آراء أحد من الفقهاء في شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بما مراعاة المصلحة الحقيقية للجماعة التي لا تناقض المقاصد العليا للشريعة، ويكون اجتهاد ولي الأمر بالنظر في كل مسألة بخصوصها بما يناسبها، إخماداً للثائرة، وإنهاء للتنازع والتناحر، وإبطاً للخصومة، مستعيناً في ذلك كله بأهل الفقه والرأي، وهو في ذلك لا يتقيد بالضرورة بآراء الآخرين، بل يجوز أن يشرع على خلافها، وأن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، وكان حقاً عليه عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثماً، فلا يضيق على الناس، أو يرهقهم من أمرهم عسراً، وإلا كان مصادماً لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽¹⁾.

وحيث أنه لما كان الزواج قد شرع في الأصل ليكون مؤبداً، ويستمر صالحاً، وكانت العلاقة الشخصية بين الزوجين هي الصلة التي تجعل الحياة الزوجية صالحة فيبقى الزواج بها، لذلك فقد حرص الشارع عز وجل على بقاء المودة وحثاً على حسن العشرة، ولكن عندما تحل الكراهية محل المودة والرحمة، ويشتد الشقاق ويصعب الوفاق، فقد رخص سبحانه وتعالى للزوج أن ينهي العلاقة بالطلاق يستعمله عند الحاجة وفي الحدود التي رسمها له الشارع الحكيم، وفي مقابل هذا الحق الذي قرره جل شأنه للرجل فقد كان حتماً مقضياً أن يقرر للزوجة حقاً في طلب التطلاق لأسباب عدة، كما قرر لها حقاً في أن تفتدي نفسها فتزد على الزوج ما دفعه من عاجل الصداق وهو ما عرف بالخلع، وفي الحالين، فإنها تلجأ إلى القضاء الذي يطلقها لسبب من أسباب التطلاق، أو يحكم بمخالعتها لزوجها، وهي مخالعة قال الله تعالى فيها: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ ۖ أَوْ تَسْرِحِي بِإِحْسَنِ ۖ وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۚ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽²⁾ بما

(1) سورة الحج، الآية 78.

(2) سورة البقرة، الآية 229.

مؤداه أن حق الزوجة في مخالعة زوجها وافتداء نفسها مقابل الطلاق قد ورد به نص قرآني كريم قطعي الثبوت، ثم جاءت السنة النبوية الكريمة لتنزل الحكم القرآني منزلته العملية، فقد روى البخاري في الصحيح عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شمس إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق، إلا أتي أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فترددين عليه حديثه؟» قالت: نعم وأزيد، فقال لها: «أما الزيادة فلا» فردت عليه حديثه، وأمره ففارقها»⁽¹⁾، وقد تعددت الروايات في شأن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم، منها الرواية السابقة ومنها أنه أمره بتطليقها، وفي رواية أخرى أنه طلقها عليه، وكان ثابت بن قيس غير حاضر، فلما عرف بقضاء رسول الله قال: رضيت بقضائه.

فالخلع إذاً في أصل شريعته، من الأحكام قطعية الثبوت، لورود النص عليه في كل من القرآن والسنة، أما أحكامه التفصيلية فقد سكت عنها العليم الخبير جل شأنه، لحكمة قدرها وتبعه الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم في ذلك، ولذا فقد اجتهد الفقهاء في شأن هذه الأحكام، فمنهم من ذهب إلى لزوم موافقة الزوج على الخلع، قولاً بأن ما ورد بالحديث الشريف من رد الحديقة والأمر بالمفارقة، كان من قبيل الندب والإرشاد، فلا يقع الطلاق بالخلع إلا بموافقة الزوج، على حين ذهب فريق آخر إلى أن الأمر بالمفارقة كان أمر وجوب، فيقع الخلع إما برضاء الزوجين، أو بدون موافقة الزوج وذلك بحكم ولي الأمر أو القاضي، فكان لزاماً حتى لا يشق الأمر على القاضي أن يتدخل المشرع لبيان أي من الرأيين أولى بالإتباع، وهو ما نحا إليه النص المطعون فيه، فأخذ بمذهب المالكية وأجاز للزوجة أن تخالع إذا ما بغضت الحياة مع زوجها وعجز الحكمان عن الصلح بينهما فيخلعها القاضي من زوجها بعد أخذ رأي الحكامين، على أن تدفع إليه ما قدمه في هذا الزواج من عاجل الصداق، وليس ذلك إلا إعمالاً للعقل بقدر ما تقتضيه الضرورة بما لا ينافي مقاصد الشريعة الإسلامية وبمراعاة أصولها، ذلك أن التفريق بين الزوجين في هذه الحالة، من شأنه أن يحقق مصلحة للطرفين معاً، فلا يجوز أن تجبر الزوجة على العيش مع زوجها قسراً عنها، بعد إذ قررت أنها تبغض الحياة معه، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وأنها تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، مما حدا بها إلى افتدائها لنفسها وتنازلها له عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردّها الصداق الذي أعطاه لها، والقول باشتراط موافقة الزوج

(1) سبق تخريجه.

يؤدي إلى إجبار الزوجة على الاستمرار في حياة تبغضها، وهو ما يتعد بعلاقة الزواج عن الأصل فيها، ألا وهو السكن والمودة والتراحم، ويجعل الزوج، وقد تخفف من كل عبء مالي ينتج عن الطلاق، غير ممسك بزوجه التي تبغضه إلا إضراراً بها، وهو إضرار تنهى عنه الشريعة الإسلامية، وتتأذى منه العقيدة الإسلامية فيما قامت عليه من تكامل أخلاقي وسمو سلوكي، ويتنافى مع قاعدة أصولية في هذه الشريعة وهي أنه لا ضرر ولا ضرار.

وحيث إنه لما تقدم، فإن النص الطعين يكون قد نخل من أحكام الشريعة الإسلامية منهاجاً كاملاً، فقد استند في أصل قاعدته إلى حكم قطعي الثبوت، واعتنق في تفاصيله رأي مذهب من المذاهب الفقهية، بما يكون معه في جملة موافقاً لأحكام هذه الشريعة السمحة، ويكون النعي عليه بمخالفتها، ومن ثم مخالفة المادة الثانية من الدستور نعيّاً غير صحيح بما يوجب رفضه...»⁽¹⁾.

والحاصل أن المحكمة الدستورية المصرية قررت في حكمها المذكور مشروعية نص الخلع وعدم مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي عدم وقوعه خارج حوزة الدستور، وسندها في ذلك أن الافتداء في فروعه، من القضايا الاجتهادية التي يسوغ لولي الأمر أن يتعهدا بالتنظيم متبعاً فقه المسألة في أي من المذاهب الفقهية التي يقدر أنها أكثر إيفاءً لغرضه في تحقيق المصلحة الحقيقية للجماعة في رهنها، وقد رجح من بينها - في نازلة الحال - ما ذهب إليه المالكية، ومفاده إمكان مخالعة الزوجة لزوجها عن طريق القضاء دون موافقته، وهو عين السند الذي احتج به واضعو نصوص الخلع المستحدث في البلاد العربية، ومن ثمة لا مناص من العودة إلى مذهب المالكية لتقفي مدى صحة هذا التدليل.

وأول أقوال المذهب التي يلحد إليها هؤلاء ما قرره ابن رشد في مصنفه: «...وَالْفَقْهُ أَنَّ الْفِدَاءَ إِذَا جُعِلَ لِلْمَرْأَةِ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَبِيدُ الرَّجُلُ مِنَ الطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ لَمَّا جُعِلَ الطَّلَاقُ يَبِيدُ الرَّجُلُ إِذَا فَرَكَ الْمَرْأَةَ، جُعِلَ الْخُلْعُ يَبِيدُ الْمَرْأَةَ إِذَا فَرَكَتِ الرَّجُلَ.»⁽²⁾، حيث يستفاد من ظاهر هذه المقابلة ومما استخدمت فيه من سياقات، أن الافتداء جعل بيد المرأة لحل عرى الزوجية إذا كرهت زوجها في مقابل ما هو معقود بيد

(1) المحكمة الدستورية المصرية، حكم حول دستورية المادة (20) من القانون رقم (1) لسنة 2000 في القضية رقم 201 لسنة 23 ق "دستورية بجلسة 2002/12/15، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 52 (تابع) بتاريخ 2002/12/26.

(2) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 3، ص 90.

زوجها من حق في الطلاق إذا كان كارها لها، وبالتالي فإن ما نحت إليه بعض القوانين العربية في هذا الصدد لا يعد دعاً من التشريع واختلاقاً مارقاً عن الشريعة.

وعليه، يحق للزوجة في ضوء هذا التأصيل أن تبشر الخلع - تماماً كما يحق لها إتيانه بالتراضي مع زوجها - باعتباره تصرفاً منفرداً بالتقاضي إذا ما كرهت بعلها، وعجز الحكمان عن الصلح بينهما، شريطة أن ترد عليه ما نحلها من صداق وفق ما ذهب إليه المالكية في تقدير المحكمة الدستورية المصرية ومن خلفها القائلون بمشروعية نص الخلع المستحدث وموافقته للشريعة.

والواقع أن قول ابن رشد، وإن كان يوحي للوهلة الأولى بما يعتبر سنداً لهذا التأويل، فإنه يقوم عند التدقيق حجةً عليه، لأنه كلامٌ مجتثٌ من سياق، وقد ذكر في معرض الأحوال التي يجوز فيها الخلع، حيث قال المصنف: « الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ: وَأَمَّا مَا يَرْجَعُ إِلَى الْحَالِ الَّتِي يَجُوزُ فِيهَا الْخُلْعُ مِنَ الَّتِي لَا يَجُوزُ: فَإِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى أَنَّ الْخُلْعَ جَائِزٌ مَعَ التَّرَاضِي إِذَا لَمْ يَكُنْ سَبَبُ رِضَاهَا بِمَا تُعْطِيهِ إِضْرَارُهُ بِهَا، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ﴾ ⁽¹⁾، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ ⁽²⁾، وَشَدَّ أَبُو قِلَابَةَ، وَالْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ فَقَالَا: لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ الْخُلْعُ عَلَيْهَا حَتَّى يُشَاهِدَهَا تَزْنِي، وَحَمَلُوا الْفَاحِشَةَ فِي الْآيَةِ عَلَى الزَّنا، وَقَالَ دَاوُدُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْخَوْفِ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ عَلَى ظَاهِرِ الْآيَةِ، وَشَدَّ النُّعْمَانُ، فَقَالَ: يَجُوزُ الْخُلْعُ مَعَ الْإِضْرَارِ، وَالْفِقْهُ أَنَّ الْفِدَاءَ إِنَّمَا جُعِلَ لِلْمَرْأَةِ فِي مُقَابَلَةِ مَا بِيَدِ الرَّجُلِ مِنَ الطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ لَمَّا جُعِلَ الطَّلَاقُ بِيَدِ الرَّجُلِ إِذَا فَرَكَ الْمَرْأَةَ، جُعِلَ الْخُلْعُ بِيَدِ الْمَرْأَةِ إِذَا فَرَكَتِ الرَّجُلَ، فَيَحْصُلُ فِي الْخُلْعِ خَمْسَةُ أَقْوَالٍ: قَوْلٌ: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَصْلًا، وَقَوْلٌ إِنَّهُ يَجُوزُ عَلَى كُلِّ حَالٍ - أَيْ: مَعَ الضَّرَرِ -، وَقَوْلٌ: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا مَعَ مُشَاهَدَةِ الزَّنا. وَقَوْلٌ: مَعَ خَوْفٍ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ. وَقَوْلٌ: إِنَّهُ يَجُوزُ فِي كُلِّ حَالٍ إِلَّا مَعَ الضَّرَرِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ. ⁽³⁾

فقد اقتصر قول المصنف على ترجيح الحال التي يجوز فيها الخلع، عطفاً على أقوال بعض التابعين الذين اشترطوا اقتراف الزوجة لفاحشة الزنا، أو الخوف من عدم إقامة الزوجين لحدود الله وغيرها

(1) سورة النساء، الآية 19.

(2) سورة البقرة، الآية 229.

(3) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 3، ص 90.

من الأحوال الموجبة لطلب الافتداء عند الفقهاء، ليقدر في الأخير جوازه حال فرك الزوجة لزوجها، كما هو الشأن بالنسبة للطلاق الذي يكون حال كراهية الزوج لزوجته.

ويؤازر قولنا هذا، ما ذهب إليه المالكية في مسألة الحال - وهو عين ما احتجت به المحكمة الدستورية المصرية - حيث تُسبب إلى الإمام مالك ما نصه: « قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ الْحُكْمَانِ إِنَّمَا ذَلِكَ إِذَا فُتِحَ مَا بَيْنَ الرَّجُلِ وَامْرَأَتِهِ حَتَّى لَا يُثْبِتَهُ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ وَلَا يُسْتَطَاعَ أَنْ يُتَخَلَّصَ إِلَى أَمْرِهِمَا، فَإِذَا بَلَغَا ذَلِكَ بَعَثَ الْوَالِي رَجُلًا مِنْ أَهْلِهَا وَرَجُلًا مِنْ أَهْلِهِ عَدْلَيْنِ فَنَظَرَا فِي أَمْرِهِمَا وَاجْتَهَدَا، فَإِنْ اسْتَطَاعَا الصُّلْحَ أَصْلَحَا بَيْنَهُمَا وَإِلَّا فَرَّقَا بَيْنَهُمَا، ثُمَّ يَجُوزُ فِرَاقُهُمَا دُونَ الْإِمَامِ، وَإِنْ رَأَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهَا حَتَّى يَكُونَ خُلْعًا فَعَلَا...»⁽¹⁾، وجاء في الشرح الكبير أنه إذا: « (تَعَدَّرَ) الْإِصْلَاحُ نَظَرًا (فَإِنْ أَسَاءَ الزَّوْجُ) عَلَيْهَا (طَلَّقًا) عَلَيْهِ (بَلَا خُلْعٍ) أَيِ بَلَا مَالٍ يَأْخُذَانِهِ مِنْهَا لَهُ لِظُلْمِهِ (وَبِالْعَكْسِ) بِأَنْ كَانَتْ الْإِسَاءَةُ مِنْهَا فَقَطْ (اِئْتَمَنَاهُ عَلَيْهَا) وَامْرَأَهُ بِالصَّبْرِ وَحُسْنِ الْمُعَاشَرَةِ (أَوْ خَالَعَا لَهُ بِنَظَرِهِمَا) فِي قَدْرِ الْمُخَالَعِ بِهِ وَلَوْ زَادَ عَلَى الصَّدَاقِ إِنْ أَحَبَّ الزَّوْجُ الْفِرَاقَ أَوْ عَلِمَا أَنَّهَا لَا تَسْتَقِيمُ مَعَهُ (وَإِنْ أَسَاءَا مَعًا) أَيِ حَصَلَتْ الْإِسَاءَةُ مِنْ كُلِّ وَلَوْ غَلَبَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ (فَهَلْ يَتَعَيَّنُ) عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْإِصْلَاحِ (الطَّلَاقُ بَلَا خُلْعٍ) أَيِ إِنْ لَمْ تَرْضَ بِالْمَقَامِ مَعَهُ (أَوْ لهُمَا أَنْ يُخَالَعَا بِالنَّظَرِ) عَلَى شَيْءٍ يَسِيرٍ مِنْهَا لَهُ (وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ تَأْوِيلَانِ) وَفِي الشَّبْرَحِيِّ أَنَّ قَوْلَهُ وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ رَاجِعٌ لِلْقَوْلِ الْأَوَّلِ وَلَمْ تَرِ فِي كَلَامِهِمْ رُجُوعَهُ لِلثَّانِي أَيِ فَكَانَ عَلَى الْمُصَنِّفِ تَقْدِيمُهُ عَلَى قَوْلِهِ أَوْ لهُمَا إِنْ (وَأَتَيْنَا الْحَاكِمَ)»⁽²⁾.

ومفاد ذلك، أن الخلع، كما يصح عن طريق التراضي بحسب الأصل، يمكن المصير إليه استثناءً بحكم الحكمين حال فساد العلاقة بين الزوجين واستحكام النفرة بينهما، وضعٌ يتعين معه على القاضي استخدام حكمين تكون لهما سلطة التفريق بين الزوجين خلعاً ولو بغير رضا الزوجة - إن رأيا ذلك - إذا كان النشوز من جانبها⁽³⁾.

ومن ثمة فإن فرقة الخلع وفق مذهب المالكية هي نتاج إرادة الحكمين، لا إرادة الزوجة كما هو الحال في النص المستحدث، وأن عمل الحكمين لا يقتصر على إصلاح ذات البين كما هو مقرر في النص السالف، وأنها متى عجزا عن ذلك أعلما القاضي الذي لا سبيل أمامه سوى الحكم بالتطليق

(1) مالك بن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج2، ص267.

(2) محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص345.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص340.

خلعاً، فوظيفة الحكمين وفق مذهب المالكية، وإن كان مبتدؤها الإصلاح، قد تفضي انتهاءً إلى فك الرابطة الزوجية خلعاً إذا كان النشوز من جهة الزوجة، وطلاقاً صرفاً إذا كان النشوز من جهة الزوج أو استوت الحال بينهما في ذلك على النحو الذي فصلنا فيه سابقاً⁽¹⁾، وهو ما يخالف مذهب المالكية التي ادعت المحكمة الدستورية أخذ المشرع به.

ثم أن رد فرقة الخلع إلى إرادة الزوجة، وغل يد القاضي إزاءها من منطلق ضرورة تصريحه بما اتجه إليه قصدها، يجعل من الخلع فكاً لعرى النكاح بإرادتها منفردة، وهو ما يناقض قصد الشارع وروح الشريعة في شأن إنهاء الزواج، المرهون بإرادة الزوج أصلاً⁽²⁾ كما دل عليه قول النبي ﷺ: «إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»⁽³⁾، أو اتفاقاً كما هو الشأن بالنسبة للافتداء، أو قضاءً بطلب من الزوجة، وفيه يوكل الأمر للقاضي لإيقاع الفرقة الملائمة في ضوء ما وقف عليه من أسباب إذا أخفق في الإصلاح بين الزوجين.

لكن المشرع وإن خالف مبدأً دستورياً في إحدى جزئياته الرفيعة - على فرض حدوث هذه المخالفة - فلاشك من أنه استهدف بذلك الذود عن مبدأ دستوريٍّ كاملٍ، لا يقل أهميةً عن الأول، ويتعلق الأمر بتحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة في المجال الأسري - الذي تلفحت المرأة بنار اختلافاته العميقة رديحاً من الزمن في تقدير بعض التيارات التحررية - وهي قيمة يقرها الإسلام لا ريب في ذلك.

(1) انظر سابقاً، ص 119.

(2) «وَالطَّلَاقُ لَا يَصِحُّ إِلَّا مِنْ زَوْجٍ وَلَا يَقَعُ إِلَّا عَلَى زَوْجَةٍ، فَيَحْتَصُ الزَّوْجُ بِالطَّلَاقِ وَإِنْ اشْتَرَكَ الزَّوْجَانِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، وَهُوَ أَخَذَ التَّائِيَلَاتِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ (البقرة: 228) أَنَّ الرِّجُلَ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ وَلَا تَمْلِكُهُ الزَّوْجَةُ، فَإِنْ قِيلَ فَلِمَ اشْتَرَكَ الزَّوْجَانِ فِي النِّكَاحِ وَتَفَرَّدَ الزَّوْجُ بِالطَّلَاقِ، قِيلَ لِأَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَكَ الزَّوْجَانِ فِي الْإِسْتِمْتَاعِ جَازَ أَنْ يَشْتَرِكَ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، وَلَمَّا اخْتَصَّ الزَّوْجُ بِالتَّزَامِ الْمُؤَوَّنَةِ جَازَ أَنْ يُخْتَصَّ الزَّوْجُ بِإِيقَاعِ الْفُرْقَةِ، وَالثَّانِي: أَنَّ الْمَرْأَةَ لَمْ يُجْعَلِ الطَّلَاقُ إِلَيْهَا، لِأَنَّ شَهْوَتَهَا تَغْلِبُهَا فَلَمْ تُؤْمِنْ مِنْهَا مُعَاجَلَةُ الطَّلَاقِ عِنْدَ التَّنَافُرِ وَالرِّجُلُ أَغْلَبُ لِشَهْوَتِهِ مِنْهَا، وَأَنَّهُ يُؤْمِنُ مِنْهُ مُعَاجَلَةُ الطَّلَاقِ عِنْدَ التَّنَافُرِ». أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 10، ص 113 و 114.

(3) سبق تخرجه.

الفرع الثاني

مبدأ المساواة كقيمة شرعية ودستورية

تناول الدستور الجزائري في حزمة من مواده فكرة المساواة بين الرجل والمرأة، إما كقيمة منفردة عندما نص في مادته (29) على أن: « كلّ المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتدرّج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أيّ شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي. » ونص في المادة (31) على أن: « تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كلّ المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية. ».

أو كحقّ ضمن مجموع الحقوق والحريات، عندما قضى في المادة (32) بأن « الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة، وتكوّن تراثاً مشتركاً بين جميع الجزائريين والجزائريات، واجبه أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته، وعدم انتهاك حرمة. » وقضى في المادة (33) بأن: « الدّفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية، مضمون. ».

وبناءً عليه فإن أي إجراء تمييزي ضد المرأة بوصفها امرأة يشكل انتهاكاً لأحكام الدستور، ولعل أكثر الأدوات تكريساً لهذا التمييز وخرقاً للدستور بالتبعية، ما انطوى عليه قانون الأسرة قبل تعديله من أحكام تشريعية تعاملت مع "نصف المجتمع" تعاملًا دونيًا، من منطلق إقرارها لكثير من التفاوت في المراكز القانونية بين الرجل والمرأة، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، ما ورد في المادة الثامنة بشأن تعدد الزوجات، وما انطوت عليه المادة الحادية عشر من عدم صلاحية المرأة لولاية نفسها في النكاح، وما جاء في الفقرتين الأولى والثالثة من المادة (39) القاضيتين على التوالي بوجوب طاعة الزوجة لزوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة، واحترام والديه وأقاربه، وما ينفك عن واجب الطاعة والاحترام من حق في التأديب وما يفضي إليه حتماً من تعنيف مبرر، ولعل أكثر المفاصل امتهانا للمرأة في هذا القانون ما تضمنه بشأن انحلال النكاح حين عقده في المادة (48) بإرادة الزوج خالصة دون أن يوفر للزوجة - من باب المساواة - أداة تمكنها من الفكك دون اعتبار لموافقة الزوج، خلا ما أوكله للقاضي - بناءً على طلبها - بنص المادة (53) من تطبيق وما يتلبسه من عُسر في الإثبات، ومحدودية في الأسباب الموجبة له، حتى أن ما جنح إليه بعض القضاة عند تأويلهم للمادة (54) من قانون الأسرة

لمصلحة الزوجة - بتقرير إمكان اختلاعها دون موافقة الزوج - أجهزت عليه المحكمة العليا في قراراتها، حين سلبت القاضي سلطة مخالعة الزوجين دون قبول الزوج ورضائه.

فهذه مواطنٌ تطال المساواة - من منظورها الكمي - في الصميم، مع أن المرأة كما سبق القول تمثل نصف المجتمع لا نصف الرجل! وأما حين أبرمت عقد النكاح - من الناحية النظرية على الأقل - إنما فعلت ذلك بوصفها شريكاً لا محلاً، وبالتالي يتعين أن تتساوى مع الطرف الآخر في جميع أحكامه، بما فيها سلطة حله، إن هي تبرمت من استمراره أو مسها حيفاً من جرائه.

والواقع أن جدلية بهذا الحجم، لا يمكن التعامل معها انطلاقاً من حق واحد، بل ينبغي النظر إليها في صورتها الكلية، باعتبارها وحدة متكاملة لا تقبل التجزئة أو التبعض، ومن ثمة لا جرم في عطف الخلع على غيره من الحقوق، أو بالأحرى ما أفرزناه منها، ومحاولة التصدي له في كنفها بالمناقشة والتحليل، هذا من جهة.

من جهة أخرى، والتزاماً بما يقتضيه النقاش العلمي الجاد - وتفادياً للآراء الراديكالية المبنية على الانفعالات والملاحظات السطحية - سنقتصر في مقامنا هذا، على استعراض بعضاً من الرؤى التحررية المعتدلة القائم خطابها على الحجة والبرهان، من غير تنكّر لواقع المجتمع وهويته الثقافية.

ومرجعية هؤلاء كغيرهم، ما أقره القانون الطبيعي - ومن خلفه المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان المبنية على أساسه - من مساواة في الحقوق بين المرأة والرجل، ومن أهم الصكوك التي تتألف منها الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر من عام 1948م، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبرتوكول الملحق به، اللذان اعتمدتهما الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر من سنة 1966م.

يضاف إلى هذه المجموعة من المواثيق ذات لطابع العام، ما صادقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة من اتفاقيات دولية خاصة، تتناول وضع المرأة مباشرة، ومنها الاتفاقية الدولية بشأن جنسية المرأة المتزوجة التي عرضت للتوقيع والتصديق عليها بقرار الجمعية العامة المؤرخ في 29 يناير 1959م، واتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسنه وتسجيل عقودها التي عرضتها الجمعية العامة للتوقيع والتصديق عليها بقرارها المؤرخ في 05 نوفمبر 1962م، وأخيراً اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد النساء

المعروفة باتفاقية "كوبنهاغن"، التي اعتمدت وعُرضت للتوقيع والتصديق عليها والانضمام إليها بقرار الجمعية العامة المؤرخ في 18 ديسمبر 1979م.

لقد انصب اهتمام هذه الصكوك على وضع المرأة داخل محيطها الأسري خاصة⁽¹⁾، لا سيما ما نحت إليه الاتفاقية الأخيرة، فإلى جانب تنصيبها على أحقية كل إنسان في التمتع بما تنطوي عليه من حقوق - دون أي نوع من أنواع التمييز، ومن غير تفرقة بين الرجال والنساء - نصبت على ضرورة تساوي المرأة والرجل - متى بلغا سن النكاح - في حق التزويج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، وفي ذات الحق عند اختيار الزوج، وفي إبرام عقد النكاح بحرية تامة ورضاً كاملاً، وفي نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء سريان الزواج وعند انحلاله، وفي نفس الحقوق والمسؤوليات المتعلقة بالولاية

(1) انظر على سبيل المثال، المادة (2) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أنه: « لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر، وفضلاً عن ذلك لا يجوز التمييز على أساس الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو الإقليم الذي ينتمي إليه الشخص، سواء أكان مستقلاً أو موضوعاً تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أم خاضعاً لأي قيد آخر علي سيادته.»، والمادة (2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنص على أنه: «تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد بأن تتخذ، بمفردها وعن طريق المساعدة والتعاون الدوليين، ولا سيما على الصعيدين الاقتصادي والتقني، وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، سالكة إلى ذلك جميع السبل المناسبة، وخصوصاً سبيل اعتماد تدابير تشريعية، تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بأن تضمن جعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد بريئة من أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب، للبلدان النامية أن تقرر، مع إيلاء المراعاة الواجبة لحقوق الإنسان ولاقتصادها القومي، إلى أي مدى ستضمن الحقوق الاقتصادية المعترف بها في هذا العهد لغير المواطنين.»، والمادة (2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنص على أنه: «تعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب. تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقاً لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضرورياً لهذا الإعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية. تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد: بأن تكفل توفير سبيل فعال للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها في هذا العهد، حتى لو صدر الانتهاك عن أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية، بأن تكفل لكل متظلم على هذا النحو أن تبت في الحقوق التي يدعى انتهاكها سلطة قضائية أو إدارية أو تشريعية مختصة، أو أية سلطة مختصة أخرى ينص عليها نظام الدولة القانوني، وبأن تنمى إمكانيات التظلم القضائي، بأن تكفل قيام السلطات المختصة بإنفاذ الأحكام الصادرة لمصالح المتظلمين.»

والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، وفي عين الحقوق الشخصية، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة، وغيرها مما لا يتسع المقام لسرده⁽¹⁾.

(1) انظر على سبيل المثال المادة (16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أنه: « للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين . وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله، لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه، الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.»، والمادة (10) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنص على أن: «تقر الدول الأطراف في هذا العهد بما يلي: وجوب منح الأسرة، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصا لتكوين هذه الأسرة وطوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيلهم، ويجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه، وجوب توفير حماية خاصة للأمهات خلال فترة معقولة قبل الوضع وبعده، وينبغي منح الأمهات العاملات، أثناء الفترة المذكورة، إجازة مأجورة أو إجازة مصحوبة باستحقاقات ضمان اجتماعي كافية، وجوب اتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لصالح جميع الأطفال والمراهقين، دون أي تمييز بسبب النسب أو غيره من الظروف . ومن الواجب حماية الأطفال والمراهقين من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي، كما يجب جعل القانون يعاقب على استخدامهم في أي عمل من شأنه إفساد أخلاقهم أو الأضرار بصحتهم أو تهديد حياتهم بالخطر أو إلحاق الأذى بنموهم الطبيعي، وعلى الدول أيضا أن تفرض حدودا دنيا للسن يحظر القانون استخدام الصغار الذين لم يبلغوها في عمل مأجور ويعاقب عليه.»، والمادة (23) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنص على أن: « الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة، يكون للرجل والمرأة، ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة، لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه. تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوى حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله، وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم.» ، والمادة (16) من اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة التي تنص على أنه: « تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة: نفس الحق في عقد الزواج، نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل، نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه، نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول، نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية وبإدراك للتنتائج، عدد أطفالها والفواصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق، نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول، نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل، نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض، ولا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي اثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا.»

فنموذج المرأة الرشيدة - وفق هذا التصور - لا يُستقى إلا مما توفره هذه المواثيق من معايير وأسس ومفاهيم، لأنها تجعل من المرأة أهلاً لمباشرة النكاح وحله، والتمتع بكل الحقوق وتحمل كل المسؤوليات على قدم المساواة مع الرجل أثناء قيام العلاقة الزوجية وعند انقضائها، ولأنها تخول المرأة ذات المسؤولية المعقودة للرجل على أطفالها في شأن ولايتهم والقوامة عليهم... لأنها وباختصار، تعترف للنساء بالحقوق الأساسية للإنسان على قدم المساواة مع الرجال.

والواقع أن الكثير من الدول العربية بما فيها الجزائر، وإن انضمت إلى الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة - التي تنص في مادتها الثانية على أن: « تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتتفق على أن تنتهج، بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء، سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقاً لذلك، تتعهد القيام بما يلي: إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة، واتخاذ كافة التدابير المناسبة، التشريعية منها وغير التشريعية، بما في ذلك الجزاءات الملائمة، لحظر كل تمييز ضد المرأة، وفرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل، وضمان الحماية الفعالة للمرأة، عن طريق المحاكم ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى في البلد، من أي عمل تمييزي، والامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة، وكفالة تصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق وهذا الالتزام، واتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة، واتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة، وإلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزاً ضد المرأة. » - إلا أنها أشهت في وجها حزمة من التحفظات بداعي عدم انسجامها مع الشريعة الإسلامية، الأمر الذي حمل أنصار هذا التيار على القول، بأن السلوك السلبي للدول العربية إزاء بنود الاتفاقية التي تناهض التمييز بين الرجال والنساء، يوحي وكأن الإسلام يكرس اللامساواة بين الجنسين، في حين أنه براءً من ذلك كله⁽¹⁾.

(1) زينب معادي، الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي "دراسة ميدانية: تحليل محتوى 3000 ملف من ملفات قضايا الزوجية بالمحكمة الابتدائية"، المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1988م، ص48.

وحجتهم في ذلك، أن المشرع في البلاد العربية تزلت - عند صياغته للنصوص الأسرية - لمذهب فقهي معين، كما فعل المشرع الجزائري عند سنه لقانون الأسرة، وقد استنسخ - على نحو أقرب إلى الإطلاق - ما ذهب إليه المالكية من أحكام فقهية تشريعية اجتهادية، دون أن يكلف نفسه عناء الاجتهاد الشخصي، وكبد البحث والتنقيب الذاتي عن الحلول الملائمة في الشريعة الإسلامية، من خلال قراءة جديدة وجادة لمصادرها الأصلية بما يوافق روح العصر ويلابسها من مستجدات، وبالتالي فإن ما انطوى عليه هذا القانون من قواعد، ليست مستمدة من الشريعة الإسلامية مباشرة، وقد توسط بينها وبين المصادر الأصلية لهذه الأخيرة عملاً إنسانياً يتمثل فيما انتهى إليه المالكية من اجتهادات فقهية في مسألة الحال، وترتيباً عليه، فإنه من العبد بما كان، وصف هذا القانون باعتباره الشريعة نفسها كما يحرص المشرع على تقديمه لإضفاء طابع القدسية على نصوصه، لأنه في نهاية المطاف ليس سوى تشريعاً وضعياً وقانوناً من إنتاج العقل البشري، مستنسخاً بدوره من قراءة ذاتية وتأويل معين لمصادر الشريعة الإسلامية من قبل مذهب معين بما يتفق مع فهمه لهذه المصادر وفق ظروفه التاريخية والجغرافية والاجتماعية والاقتصادية.

وبناءً عليه، فإن ما أبدته الدول العربية - بما فيها الجزائر - من تحفظات على الاتفاقية الدولية لمحاربة كل أشكال الميز ضد المرأة بعللة عدم انسجام بعض بنودها مع الشريعة الإسلامية، ليس سوى موقفاً أريد به إضفاء غطاءٍ قدسيٍّ على التبريرات التي سبقت، والأصح، هو أن بعض بنود هذه الاتفاقية لا تتلاءم ومقتضيات قانون الأسرة، وأن هذا الأخير - كما سبق القول - ليس هو الشريعة الإسلامية ذاتها، وإنما مجرد تأويل فقهي إنساني لمصادرها، مما يقتضي تعليل تلك التحفظات، بعدم اتفاق الأحكام الواقعة عليها مع ما استقر عليه صاحب المذهب المعتمد لدى كل دولة إسلامية، وليس مع الإسلام نفسه، فالتمييز بين ما هو فقهي تشريعي وضعي، وبين ما هو إلهي شرعي قدسي أمرٌ ضروري، لأنه عادةً ما يقع الخلط بينهما على مستويات متعددة، ويتم الاحتفاء بما لا يتعدى حدود الاجتهاد البشري، باعتباره شرعياً قطعياً غير قابلٍ للأخذ والعطاء.

وهو موقف ينال في مقام ثانٍ من الإسلام ذاته، لأنه يفيد ببساطة أن دونية النساء من صميم هذا الدين، مكرسة في نصوصه القطعية، وأنه من الصعب، بل ومن المستحيل أن تتحقق في كنفه المساواة الفعلية بين الجنسين داخل الأسرة، ومن ثمة يصبح الإسلام وحده مسؤولاً عن وضع المرأة

المسلمة وواقعها المختل، فهل يكرس القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة - كمصدرين أصليين للإسلام - الميز بين الجنسين فعلاً؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل، لا جرم من التذكير ثانيةً بأن النص الشرعي قرآنًا كان أو سنةً لا يتحدث عن نفسه، بل يتولى الترجمة له، مفسرٌ معينٌ أو جماعةٌ معينةٌ من المفسرين، لا يألون جهداً في فهم نصوصه واستخلاص الأحكام منها، لأن النصوص الشرعية على العموم، لا سيما تلك المتعلقة بأحكام الأسرة جاءت مجملّةً غير مفصلةٍ، مما يعني أنها تتيح حيزاً مهماً لإعمال الرأي قصدًا، الأمر الذي يبقى معه كل اجتهادٍ فقهيٍّ بشأن وضعية الجنسين داخل الأسرة مجرد تأويلٍ بشريٍّ غير معصومٍ من الزلل، وبالتالي فإن ما انطوى عليه قانون الأسرة من أحكامٍ خاصةٍ بعلاقة الجنسين، ليست نتاج نصوصٍ شرعيةٍ قاطعةٍ الدلالة، بقدر ما هي مخرجات فقهية متأثرة بالأعراف والتقاليد السائدة، وعليه، فإن العلاقة العرجاء المكرسة بين الجنسين داخل الأسرة العربية عموماً هي مسؤولية الاجتهاد الفقهي لا مسؤولية الإسلام.

وصفة القول، أنه لا يمكن تجاوز النموذج الرجعي لصورة المرأة المكرس في قانون الأسرة، والانتقال - في أعقابه - إلى مستوى النموذج التقدمي لها بالمعنى الوارد في المواثيق الدولية، وأنه من غير الممكن ملائمة قواعد النص الأول ومقتضيات هذه الأخيرة، إلا بالإقلاع عن الاجتهاد الفقهي التقليدي الإنساني باعتباره مصدراً تاريخياً ومادياً للنص التشريعي، والاستعاضة عنه باستقاء الأحكام مباشرةً من القرآن والسنة دون وساطةٍ مذهبية، لأن الاجتهاد فعلٌ مرّنٌ بطبيعته، يدعن كل الإذعان لسنة التبدل والتغيّر كلما تغيرت الظروف التي استدعت المصير إليه، لاسيما في الأحوال التي يقف فيها عاجزاً عن تحقيق مقاصد الشريعة بسبب تطور وتبدل عادات الناس وأعرافهم وأنظمتهم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

فالشريعة أنزلت لإقرار العدل والإنصاف وإزالة الظلم بين البشر، أنزلت لحماية حقوق الفرد ورعاية مصالحه في إطارٍ من العدل، وعدم البغي على حقوق الآخرين، يقول المولى ﷺ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾⁽¹⁾، وفي هذا يقول ابن القيم: «الشريعة مبنية على مصالح العباد: هذا فصلٌ عظيمٌ النفع

(1) سورة النحل، الآية 90.

جَدًّا وَقَعَ بِسَبَبِ الْجَهْلِ بِهِ غَلَطٌ عَظِيمٌ عَلَى الشَّرِيعَةِ أَوْجَبَ مِنَ الْخُرْجِ وَالْمَشَقَّةِ وَتَكْلِيفِ مَا لَا سَبِيلَ إِلَيْهِ مَا يُعْلَمُ أَنَّ الشَّرِيعَةَ الْبَاهِرَةَ الَّتِي فِي أَعْلَى رُتَبِ الْمَصَالِحِ لَا تَأْتِي بِهِ، فَإِنَّ الشَّرِيعَةَ مَبْنَاهَا وَأَسَاسُهَا عَلَى الْحُكْمِ وَمَصَالِحِ الْعِبَادِ فِي الْمَعَاشِ وَالْمَعَادِ، وَهِيَ عَدْلٌ كُلُّهَا، وَرَحْمَةٌ كُلُّهَا، وَمَصَالِحُ كُلُّهَا، وَحِكْمَةٌ كُلُّهَا، فَكُلُّ مَسْأَلَةٍ خَرَجَتْ عَنِ الْعَدْلِ إِلَى الْجَوْرِ، وَعَنِ الرَّحْمَةِ إِلَى ضِدِّهَا، وَعَنِ الْمَصْلَحَةِ إِلَى الْمَفْسَدَةِ، وَعَنِ الْحِكْمَةِ إِلَى الْبُعْثِ، فَلَيْسَتْ مِنَ الشَّرِيعَةِ وَإِنْ أُدْخِلَتْ فِيهَا بِالتَّأْوِيلِ...»⁽¹⁾.

لقد جاءت الشريعة للقضاء على كل تمييز بين الذكر والأنثى، ومن ثمة فإن أية تفرقة بينهما فيما يتم تشريعه من قوانين يعتبر خروجاً عن مبادئ الشرع، وترتيباً عليه، فإن كل حكم فقهي - ولو كان مجمعاً عليه - لا يحقق هذه الغاية السامية للشريعة في واقع اجتماعي معين، يجب العدول عنه إلى حكم أكثر استجابةً لنداء الحياة الصاعد، وأكثر تحقيقاً للعدل ورفعاً للظلم والجور في عين الواقع⁽²⁾، وهو ما لا يتوصل إليه قطعاً إلا بقراءة النصوص الأصلية قراءةً جريئةً جديدةً، وتأويلها تأويلاً تقديمياً، خصوصاً وأن طبيعة هذه النصوص لا سيما القرآني منها - وما يتيح للفكر البشري من إمكانية الاختلاف بشأنه - تسمح بإثرائه عن طريق التأويل، وما يوفره هذا الأخير من تحيين للأفكار، باعتباره قراءةً مستمرةً للنصوص في ضوء النوازل والمناهج المستجدة.

وعلى العموم، فإن مرونة الشريعة الإسلامية وما توليه من عناية للواقع الاجتماعي بمختلف أنظمتها الاقتصادية والثقافية والأخلاقية، تسمح دون أدنى شكّ بجواز هذه القراءة مع مراعاة المقاصد الجوهرية والمبادئ الشرعية العليا للشريعة من عدلٍ ومساواةٍ وإنصافٍ، وهو ما سيحد حتماً من هيمنة الفكر السلفي وعقيدة الأبوية على النظام الأسري، وإحلال مساواة إنسانية عقلانية بين الزوجين، تماشي مع روح الإسلام ومع ما تستهدف المواثيق الدولية تحقيقه.

على كل، من المفاصل التي تضمنها قانون الأسرة قبل تعديله - وسيقت على أنها مما جاءت به الشريعة على وجه القطع - نظام الولاية، وما كرسه من تمييز واضح بين الجنسين إبان إبرام عقد النكاح، فإذا كان للرجل ولايةً قاصرةً تحوله القدرة على إنشاء هذا العقد بنفسه، وله في سبيل ذلك أن

(1) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج 3، ص 11.

(2) أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية "الزواج والطلاق"، دار نشر المعرفة، الرباط، الطبعة الأولى، 1994م، ج 1، ص 13 و 14.

يستقل بالإفصاح عن رغبته في إتيانه إما أصالةً أو وكالة⁽¹⁾، فإن المرأة تقبّع في ظلّه تحت سلطان ولايةٍ متعدية وإن كانت بالغاً عاقلةً، لأنه ليس لها في تقدير جمهور الفقهاء أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج مع استبداده بتولي الصيغة دونها، وهو ما يحول قطعاً دون إبداء قبولها بهذا النكاح في مجلس العقد، ومفاوضة الزوج بشأن شروطه وبنوده.

فإذا كان لهذا التصور الاجتهادي - القائم على حماية مصالح المرأة - ما يبرره في أزمنة خلت، فإنه من غير الحكمة تمديد العمل به في راهننا، وقد أصبحت المرأة - التي يعترف لها القانون بالرشد التام عند بلوغها سنّاً معيناً - جزءاً من الحياة العامة، مخالطةً للرجال، على درايةٍ تامةٍ بطبائعهم ومعرفةٍ بمصالحها، فوجب - من باب المنطق - أن يقر لها قانون الأسرة بنفس الحق في مسألة الحال، هذا من جهة.

من جهة أخرى، فإن نظرية الولاية بشأن النكاح، من أكثر النظريات تشعباً وجدلاً في الفقه الإسلامي، ويعزى ذلك إلى عدم وجود نصٍ قرآنيٍّ صريحٍ، أو حديثٍ ثابتٍ عن النبي ﷺ يقرر حكمها بعبارةٍ واضحةٍ لا تقبل التأويل، وهو ما عبر عنه ابن رشد بقوله: «وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ أَنَّهُ لَمْ تَأْتِ آيَةٌ وَلَا سُنَّةٌ هِيَ ظَاهِرَةٌ فِي اشْتِرَاطِ الْوِلَايَةِ فِي النِّكَاحِ، فَضْلاً عَنْ أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ نَصٌّ، بَلِ الْآيَاتُ وَالسُّنَنُ الَّتِي جَرَتْ الْعَادَةُ بِالِاخْتِجَاجِ بِهَا عِنْدَ مَنْ يَشْتَرِطُهَا هِيَ كُلُّهَا مُحْتَمَلَةٌ، وَكَذَلِكَ الْآيَاتُ وَالسُّنَنُ الَّتِي يَحْتَجُّ بِهَا مَنْ يَشْتَرِطُ إِسْقَاطَهَا هِيَ أَيْضًا مُحْتَمَلَةٌ فِي ذَلِكَ، وَالْأَحَادِيثُ مَعَ كَوْنِهَا مُحْتَمَلَةٌ فِي أَلْفَاطِهَا مُحْتَمَلَةٌ فِي صِحَّتِهَا إِلَّا حَدِيثَ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَإِنْ كَانَ الْمُسْقِطُ لَهَا لَيْسَ عَلَيْهِ دَلِيلٌ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ.»⁽²⁾، ويستفاد منه ألا وجود لنصٍ شرعيٍّ قاطعٍ الدلالة في وجوب الولاية من عدمها على المرأة عند إنشاء النكاح، مما يقتضي المصير إلى الإباحة باعتبارها أصلاً، وإسقاط المنع لكونه مما يحتاج إلى دليل.

وترتيباً عليه يمكننا القول، أن الآراء الفقهية التي اشترطت الولاية على المرأة الرشيدة في النكاح، قد تأثرت إلى حدٍ كبيرٍ بواقعها الاجتماعي وبتقاليد وأعراف الأسرة الأبوية التي كانت سائدة آنذاك، ومن ثمة لا جرم اليوم في العدول عنها إلى الآراء الفقهية التي تأخذ بالآيات الصريحة في إضافة النكاح إلى

(1) محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، 1983م، ص 91.

(2) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 3، ص 36 و 37.

المرأة مباشرةً ومن غير إشراك وليها، استجابةً للواقع المعاش وما طرأ على وضعية المرأة من تطور اجتماعي وثقافي واقتصادي.

هذا ويستمر النص القانوني في تكريس علاقةً مختلةً بين الزوجين بعد الدخول، فما يرتبه عقد النكاح من آثارٍ بوصفه مصدرًا لها، تلقفه المشرع بالتنظيم⁽¹⁾ مرسخاً من خلاله سياسة توزيع تقليدي للأدوار داخل مؤسسة الأسرة، حيث حدد لكل واحدٍ من الزوجين مكانةً معينةً، وأناط به دوراً يتعين عليه القيام به تحقيقاً لتلك المكانة داخل النموذج الأسري⁽²⁾، وقد أخلص المشرع في ذلك بامتياز لما قرره الفقه التقليدي المالكي من أحكام وقواعد تتناول تنظيمًا نمطيًا للعلاقة بين الزوجين داخل الأسرة، فعوض الخروج عنه والمبادرة برسم نموذج قانوني مثالي تسوده المساواة في الحقوق والواجبات، فضل الاستمرار في الوفاء له، ففطن لملامح مؤسسة أسرية تفرض ترتيباً هرمياً، يحتل فيه الزوج مكان الصدارة باعتباره رئيساً للأسرة ومعيلاً لها، بينما تقبع الزوجة في أدنى مراتبه بوصفها مرؤوساً ومحلاً للرعاية.

هكذا، وانطلاقاً من التقسيم الجنسي للعمل بين الزوجين، خول المشرع الزوج حق القوامة، وما يتفرع عنها من واجبٍ في القيام بكل المسؤوليات الاقتصادية المترتبة عن الزواج، ومنح الزوجة الحق في النفقة، وما يتصل بها من واجبٍ في الطاعة تنحدر منه جميع حقوق الزوج عليها، وبهذا يكون المشرع قد أعاد إنتاج النموذج التقليدي للأسرة الإسلامية الأبوية، المسيرة بإرادة فردية، والقائمة على توزيع المهام والأدوار بين الزوجين على أساسٍ جنسي ارتكزت عليه مسلمات الخطاب القانوني في ربط الذكورة بالقدرة الاقتصادية وبالرئاسة، وربط الأنوثة بالاستهلاك والطاعة⁽³⁾.

وللوقوف على مدى صحة ما تلوح به الدول الإسلامية من اعتراضٍ في وجه الاتفاقيات الدولية بهذا الخصوص، من منطلق مخالفتها للشريعة الإسلامية، عكف أنصار هذا الاتجاه على دحض فكرة ارتباط التقسيم الجنسي للأدوار داخل الأسرة بصميم النص الشرعي القطعي، حيث ذهبوا إلى

(1) أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية "الزواج والطلاق"، المرجع السابق، ج 1، ص 174 و 197.

(2) زينب معادي، الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي "دراسة ميدانية: تحليل محتوى 3000 ملف من ملفات قضايا الزوجية بالمحكمة الابتدائية"، المرجع السابق، ص 340.

(3) فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي "الجنس معياراً"، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 1992م، ص 355.

القول بأن سند الفقهاء من القرآن في شأن قوامة الرجل ورئاسته للأسرة، قوله ﷺ: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى مختلف التأويلات التي أعطتها الفقهاء لهذه الآية الكريمة⁽²⁾، نستشف أن القرآن لم يمنح الزوج حق الرئاسة الأسرية صراحةً، لأن القول بما نحى إليه الفقه التقليدي من تأويل يفيد أن الشارع الحكيم حمل الزوج بمقتضى هذا النص واجباً دون أن يخوله حقاً مقابلاً، طالما ألقى على عاتقه - وفق هذا الفهم - عبئ إشباع الحاجات المادية للزوجة، وهو ما لا يستقيم حتماً، وبالتالي لا أقل من اعتبار ما ورد في القرآن بشأن قوامة الرجل لا يعدو أن يكون خطاباً عاماً قابلاً لأكثر من تأويل.

إن فكرة رئاسة الرجل للأسرة، مفهوم استقاه الفقهاء من التقاليد الموروثة عن النظام الأبوي، والتي أثرت بشكل حاسم في تفسيرهم لنصوص الشريعة الإسلامية، وبذلك ضمنت هذه التقاليد استمراريتها على نسق واحد من القوة إلى يومنا هذا، نظراً لتلبسها بالشريعة، بل وتقديمها أحياناً على أنها هي الشريعة عينها⁽³⁾.

لقد ثبت علمياً أن البيئة المتحضرة تتجه وبكل عفوية نحو القضاء على إرث النظامين الأبوي والأموي معاً، وأنها تهدف في مسعاها الجديد إلى التفتح على أسلوب قائم على التكافؤ والتكافل لا على الغلبة والقوامة، وهو ما تشهده الأسرة العربية عموماً، سواء في بنيتها أو في العلاقة بين أفرادها، عكس ما يقرره الفقه الإسلامي ومن خلفه قانون الأسرة على المستوى النظري، لأنهما حين أوكلا حق رئاسة الأسرة للزوج، أناطا به وحده تحمل كافة تكاليفها المادية، ولا أدل على ذلك، مما نحى إليه المالكية في فهمهم لنصوص الشريعة الإسلامية، حين أثقلوا كاهل الزوج بمجموع ما يرتبه عقد النكاح - من

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي "الجنس معياراً"، المرجع السابق، ص 17 إلى 37.

(3) فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي "الجنس معياراً"، المرجع السابق، ص 12 إلى 42.

أعباء مالية وواجبات اقتصادية - من مبتدأه إلى منتهاه، دون إشراك الزوجة ولو كانت ذات اقتدار مالي⁽¹⁾.

فإذا سلمنا جدلاً بصحة معيار تقسيم العمل بين الزوجين داخل مؤسسة الأسرة على أساس جنسي، وبسلامة ما يصوره المشرع في ضوء هذا التقسيم، من أن الزوج عنصرٌ قادرٌ اقتصادياً، لذلك فهو المعيل، وأن الزوجة عنصرٌ عاجزٌ عن العمل، وبذلك فهي دائماً بحاجةٍ إلى من يعيلها، حق لنا التساؤل تبعاً وانتهاءً عن مدى استيعاب الواقع المعاش لهذا التصور النمطي؟

يفضي تحليل الواجب الاقتصادي للزوج من الناحية الفقهية والقانونية والواقعية⁽²⁾ إلى عدة مخرجات أهمها، أن الفقهاء ارتكزوا دون ريبٍ في تفسيرهم للنصوص القرآنية المتعلقة بمسألة الحال على ظروف واقعهم، وأولوها انطلاقاً من أنظمتهم الاجتماعية والاقتصادية على نحوٍ يستجيب لضرورات حقهم ومقتضياتها، لذا فإن كل قراءةٍ تحمل بلا شكٍ أثر الفترة التاريخية التي أنتجت في كنفها، مما يحملنا على الجزم باعتبار هذا الواجب صياغةً خالصةً أفرزها النظام الأسري الأبوي، وأقرها الفقهاء باسم الإسلام من خلال طريقتهم في قراءة نصوصه لا بالاحتكام إلى أدلةٍ شرعيةٍ حاسمةٍ في تحديد الأدوار، لعدم توافرها فعلاً، وأن ما ورد في الكتاب والسنة بشأن مسألة الحال، لا يخرج عن كونه خطاباً عاماً، مما يجعل كل نظيرٍ في هذا المجال مجرد اجتهادٍ فقهيٍ مبنيٍّ على التدبر والتأويل⁽³⁾، ومن ثمة فإن أي إضفاءٍ لخاصية الشريعة عليه - كما هو حاصلٌ - من شأنه أن يجرّد الشريعة نفسها مما تتصف به من مرونةٍ باعتبارها صالحةً لكل زمانٍ ومكان، هذا من جهة.

كما توصلت الدراسات والأبحاث من جهة ثانية، إلى حقيقةٍ قوامها أن الزوج وفي الغالب الأعم يجد صعوبةً قد تصل إلى حدّ العجز الكامل عن تجسيد التصور السلفي، وبالتالي فإن النموذج الذي يصوره النص القانوني للزوج ليس سوى نموذجاً مفترضاً، وأن الزوجة التي يقدمها النص كامراً

(1) فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي "الجنس معياراً"، المرجع السابق، ص 42 إلى 65.

(2) فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي "الجنس معياراً"، المرجع السابق، ص 65 إلى 80.

(3) زينب معادي، الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي "دراسة ميدانية: تحليل محتوى 3000 ملف من ملفات قضايا الزوجية بالمحكمة الابتدائية"، المرجع السابق، ص 130.

عاجزة عن إعالة نفسها، تجاوزت بكثير تلك الصورة النمطية، وأصبحت إما شريكاً للزوج في تحمل واجب النفقة أو عائلاً له، ومع ذلك لم يكلف المشرع نفسه عناء إعادة النظر في واجباتها وحقوقها، رغم الاختلال الحاصل في توزيع الأدوار - نتيجة انتقال البذل الاقتصادي الذي أقام عليه الفقه والقانون فكرة القوامة إلى يد الزوجة - إذ يظل الزوج في سدة الرئاسة وإن كان عاجزاً عن تأدية واجبه الاقتصادي، وتقع الزوجة تحت سلطته وإن كانت قائمة على شؤونه المادية، الأمر الذي قلب كيان الأسرة رأساً على عقب، وأدى إلى نشوب صراعات وصدامات بداخلها، تقتضي تدخل المشرع لمعالجتها بمطابقة النص القانوني مع الواقع عن طريق تحقيق المساواة الفعلية بين الزوجين وإشراكهما في تحمل الأعباء الاقتصادية للأسرة، ولن يتسنى له ذلك حتماً إلا بتجاوز الإخلاص للفقه الإسلامي التقليدي.

هذا ويقرر الفقه من جهة ثالثة أنه ليس من المنطق في شيء، أن يضطلع الزوج بحق الرئاسة دون أن تتحلى الزوجة تجاهه بواجب الطاعة لتلازم الأمرين، لذا قلد المشرع الزوج، صفة رب الأسرة وأخضع الزوجة لسلطانه، من غير أن يضع حدوداً لما يجب عليها أن تطيعه فيه، ومن غير بيان لما يملكه في مواجهتها من وسائل التأديب إن هي شقت عصا طاعته، ومع أن القضاء تكفل بذلك، إلا أنه غالباً ما اكتفى بإتباع السلف في تفسيراته وأرائه.

لقد توصل أغلب الفقهاء - انطلاقاً من قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ أَطَعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلاً﴾⁽¹⁾ - إلى أن الطاعة إنما شرعت بنص صريح لمصلحة الزوج على زوجته، فهي حق ثابت بمقتضى القرآن، تؤازره عدة أحاديث نبوية تقرر شرعية هذا التأويل، وبالتالي لا مناص من امتثال الزوجة لزوجها في كل أمر يتصل بالحقوق الزوجية وشؤون الأسرة⁽²⁾.

وعلى الرغم من شيوع هذا التأويل وارتكان المشرع له، ثمة تفسيرات أخرى في الفقه الإسلامي تفيد أن فعل الطاعة في جانب المرأة منصرف لولاية الأمر باعتبارهم محل الخطاب لا الأزواج، ومنها أن النص القرآني في هذا المقام ينهى عن البغي أكثر من تقريره للطاعة، ومنها أيضاً أن الزوجة مطالبة

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي "الجنس معياراً"، المرجع السابق، ص 85 إلى 90.

بصيانة نفسها وإحصائها مراعاةً لحرمة الزوجية، هذا ولا تخلو الأحاديث التي ارتكز عليها الفقه التقليدي من مقال، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى عدم التسليم بصدورها عن النبي ﷺ⁽¹⁾.

يستفاد من هذا التحليل أن واجب الطاعة إنما قرر بمقتضى اجتهاد فقهي إنساني لا بموجب نص قرآني قطعي الدلالة، فالإسلام منزّه عن إنتاج أنظمة من هذا القبيل، لا سيما وأنه قدس الزوجية وخصّها بأوصاف السكن والمودة والرحمة، يقول المولى ﷺ: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽²⁾، ولا مجال قطعاً للقول بهذه المعاني الإنسانية النبيلة في كنف علاقة زوجية مدارها سلطان الرئاسة وغلبة القوامة كما يرى فقهاء الإسلام، لذا وجب تجاوز هذا التصور الاجتهادي التقليدي، لأنه يقف دون تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، وما ترمي إليه من عدل وإحسان ومساواة.

ولعل أكثر المفاسل امتحاناً للمرأة فيما اقتبسه قانون الأسرة من الفقه الإسلامي، ما قرره من ميز بين بينها وبين الرجل في شأن إنهاء النكاح، فعوض أن يخول القضاء ولاية إيقاع الطلاق، وبدل أن يحقق مساواة تامة بين الزوجين في طلبه، احتفظ للرجل بحقه كاملاً في فك عرى النكاح، دون أن يمنح المرأة سبيلاً لذلك، وهو ما نص عليه في المادة (48) بقوله: «الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج...»، فهو تصرف بالإرادة المنفردة للزوج، لا يكبح جماعه ما نصص عليه المشرع في المادة (49) من قانون الأسرة بقوله: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم...» لأن الحكم - في مسألة الحال وفي الراجع من أقوال فقهاء القانون - ينصب على إثبات واقعة الطلاق لا لتمام انعقادها⁽³⁾، وكل ما للزوجة في هذا الفرض لا يتجاوز حدود التعويض، جبراً لخطرها عما أصابها من ضرر إذا أساء الزوج استعمال حقه في طلاقها.

في مقابل ذلك كله، تقبّع الزوجة عاجزة عن إنفاذ رغبتها في إنهاء النكاح إن هي تبرمت منه أو مسها حيف من جرائه، بل ولا يحق لها مجرد كف يد الزوج عن تسريحها إن اتجهت إرادته إلى ذلك

(1) فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي "الجنس معياراً"، المرجع السابق، ص100.

(2) سورة الروم، الآية 21.

(3) انظر لاحقاً، ص456 وما بعدها.

دون وجه حق، فهي لا تملك فعلاً من فرص الفكك سوى ما أتاحه لها المشرع عن طريق القضاء، بناءً على سببٍ من الأسباب الستة الواردة على سبيل الحصر في المادة (53) من قانون الأسرة⁽¹⁾، مع ما يقتضيه التطليق من إجراءات ويستوجب من دلائل إثباتٍ عادةً ما يعسر توافرها، لذلك - وفوق ما يعتريه من طول انتظار - نادرًا ما تنال به الزوجة سؤلها⁽²⁾، ناهيك عما ذهب إليه قضاة النقض من سدِّ أبواب الفكك في وجه الزوجة حين أجهزوا على المادة (54) من قانون الأسرة بتأويلها تأويلاً ضيقاً لا يحق للزوجة معه افتداء نفسها بمالٍ إلا بموافقة الزوج ورضائه⁽³⁾.

(1) تنص المادة 53 من قانون الأسرة على أنه: « يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون، العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، كل ضرر معتبر شرعاً ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه.»

(2) حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما نصه: « من المقرر شرعاً أن تطليق المرأى على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعاً يعد خرقاً للقواعد الشرعية (...) وحيث أن المطعون ضدها أقامت دعوى قصدت من ورائها تطليقها من زوجها بناءً على أنه يهينها ويسيء إليها وأنه أهملها ولم تأت للمحكمة بالدليل تدعيماً لدعواها (...) وعليه فتطليق امرأة من زوجها من غير أن تكون لديها من الأسباب الشرعية المنصوص عليها فقهاً في باب التطليق بالضرر أو العيوب التي تحول لها ذلك من غير أن تثبتها فيه خرق للنصوص الفقهية وحكم بدون دليل وضعف في التسيب مما يعيب القرار المطعون فيه ويعرضه للنقض... » المحكمة العليا، القرار رقم: 43864 بتاريخ 1987/01/12م، قضية (د أ) ضد (ز ب)، المجلة القضائية لسنة: 1991م، العدد الأول، ص 46. وجاء في قرار آخر لها ما نصه: « من المقرر شرعاً أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعاً وقانوناً أن تقدم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليق لا يعمل بما باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفةً للقواعد الشرعية والقانونية (...) حيث أن تطليق الزوجة على زوجها يتوقف على أن يكون لها أحد أسبابه الشرعية، وحيث أن الزوجة لم تقدم سوى شهادات طبية التي لا يعمل بها في هذه الأمور وحدها، إذ الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب، وإنما يشهد على ما يراه على جسم الإنسان ومن ثم فلا يوجد أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها، والمجلس إذا حكم بالتطليق فإنه خالف القواعد الشرعية والقانونية، الأمر الذي يستوجب معه النقض دون إحالة... » المحكمة العليا، القرار رقم: 52278 بتاريخ 1989/01/02م، قضية (ب ح) ضد (ز ل)، المجلة القضائية لسنة: 1991م، العدد الرابع، ص 95.

(3) انظر سابقاً، ص 125 و 126.

لا شك أن الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من أفضع أشكال الميز بين الجنسين داخل الأسرة، فهو قرار لا يمس بمركز من أوقعه ومن وقع عليه فحسب، بل يتعداهما إلى النيل من كيان الأسرة كاملاً بما فيه من ناشئة، ولا يخفى ما في ذلك من زعزعة لأركان المجتمع ومساسٍ بسكينة واستقراره⁽¹⁾. لقد تمكنت التقاليد والأعراف الموروثة عن الأسرة الأبوية من التأثير على الاجتهاد الفقهي وجره معها إلى تبني مفاهيمها في شأن الطلاق، لأنها تقوم في الأساس على قوامة الرجل ورئاسته للأسرة، وما ينجر عن ذلك من تسيير وتوجيه لشؤونها بإرادته المنفردة بما فيها إنهاء العلاقة الزوجية، رغم أن الشريعة تحظر الطلاق دون مبرر مشروع، ولا تجيزه إلا على سبيل الاستثناء، سنياً مستوفٍ لشرائطه الشرعية، وهي ضوابط وشروط تجاوزها جانب من الاجتهاد الفقهي عندما أباح إمكانية فك عرى النكاح طلاقاً وإن انتفى كل سببٍ لحله، بل وإن كان الطلاق اللاحق به بدعياً، مدعياً حرمة التصرف ديانةً، وأن الزوج آثمٌ عاصٍ بفعله لا محالة، إلا أنها عوار مع جسامتها شرعاً لا تنال من صحة الطلاق قضاءً، إذ يقع هذا الأخير تأملاً مرتباً لآثاره، وهو وضعٌ غير مستساغٍ عقلاً، لأن ما لا يصح ديانةً في المبتدأ، لا يسوغ إجازته بالقضاء انتهاءً، وأن الشارع ألزم ولي الأمر بالتدخل لمنع كل تصرفٍ غير مشروع، فكيف يحول الفقه بينه وبين طلاق بدعيٍ يقر هو نفسه بحرمته ديانةً؟

لقد صادف هذا الرأي الفقهي قبولاً وتمكن من الانتشار لتناغمه وتصورات الأسرة الأبوية في مقابل آراء فقهية أخرى - أكثر اعتدالاً وتحقيقاً للإنصاف والمساواة - لا زالت مدفونةً إلى يومنا هذا بين أوراق الكتب والمجلدات⁽²⁾.

إن القول باعتبار الطلاق من حق الرجل وحده ليس سوى اجتهاداً فقهيّاً - تماماً كما هو الشأن بالنسبة لاشتراط رضا الزوج في الخلع، إذ لا وجود لنصٍ في القرآن أو السنة يقتضي ذلك - فإلى جانبه ثمة آراءٌ فقهية تؤكد سبق الشريعة الإسلامية في إقرار نظام الطلاق عن طريق القضاء مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿وإن خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾⁽³⁾.

(1) زينب معادي، المرأة بين الثقافي والقدسي "صورة المرأة في القانون"، دار الفنك، الدار البيضاء، 1992م، ص 83 و 84.

(2) أحمد الخمليشي، وجهة نظر، مطبعة المعارف الجديدة، 1988م، ص 256 و 257.

(3) سورة النساء، الآية 35.

ولما كانت مسألة الحال برمتها فعلاً اجتهادياً خالصاً تعين العدول عنه لتوافر الأسباب الموجبة لذلك في راهننا، ومنها ضعف الوازع الديني لدى الأفراد، وما تنطوي عليه مؤسسة الطلاق على النحو الذي صيغت به من مثالب ومساوئ لا تقف عند حد امتهان المرأة والتعسف في حقها فحسب، بل تتجاوزها للنيل من المجتمع بأكمله، ولما كانت المصلحة تقتضي ألا يبقى إيقاع الطلاق رهن مشيئة أحد طرفي النكاح، وجب إسناد الأمر من باب الحكمة إلى القضاء، طالما أن الشريعة قد بادرت بإقرار ذلك قبل غيرها من النظم انطلاقاً من الآية القرآنية السالف ذكرها وعملاً بمقاصدها الجوهرية وما ترمي إليه من عدالة ومساواة بين الزوجين تستوجب تماثلهما في إنهاء العلاقة الزوجية ورفع ما بينهما من ميز وفروق في النصوص القانونية⁽¹⁾.

وبالجملة فإن المركز القانوني للمرأة كما صاغه الفقه وتبناه التشريع الأسري، أمرٌ كلي غير محسوم في الشريعة، إذ ليس ثمة في مصادر هذه الأخيرة ما يفيد أنها تثبت فروقاً بين الرجل والمرأة، وبالتالي فإن ما أقره فقهاء الإسلام باسم الإسلام، إنما يعبر عن طريقتهم في قراءة النصوص وتأويلها انطلاقاً من واقعهم لا بالاستناد إلى أدلة قاطعة من الكتاب والسنة، لأن ما ورد في الشريعة من نصوص في هذا المقام جاء مجماً، لذا قلما اتفق الفقهاء بشأن تحديد دلالاته، مما يجعل كل اجتهاد فقهي في مسألة الحال، مجرد تفسير أو تأويل بشري من إبداع العقل الإنساني قابل للنقاش.

لقد أفلح هذا الاتجاه - وإن أفرط في النيل من رؤى الفقه الإسلامي وبالغ في ليّ عنق الأدلة الشرعية - من فرض وجهة نظره⁽²⁾، وتميرها بمناسبة ما أقحم من تعديلات في قانون الأسرة سنة 2005م، نذكر منها ما سقناه محلاً للنقاش، حين بادر المشرع بالتضييق على نظام التعدد، وإسقاط الحقوق المتصلة بالقوامة (رئاسة الأسرة وما يتفرع عنها من طاعة) وإبقائه لواجباتها (النفقة)، وكذا إفراغه لنظام الولاية من محتواه وقد حول المرأة صلاحية إبرام نكاحها بنفسها، وأخيراً ما استحدثته في شأن المساواة بين الزوجين في حل النكاح، وقد وسع من فرص التطليق، ووازن بين مركز الزوج كمالك للطلاق بالإرادة المنفردة، ومركز الزوجة عندما خولها حق الاختلاع دون اعتبار لموافقة الزوج ومن غير

(1) زينب معادي، المرأة بين الثقافي والقدسي "صورة المرأة في القانون"، المرجع السابق، ص 89 و 91.

(2) كانت هناك عدة تيارات "محافظ، راديكالي، معتدل...".

حاجة لذكر الأسباب التي حملتها على ذلك، وبه حقق قدراً معتبراً من المساواة، مما يجعله نصاً موافقاً للدستور وروح الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة.

ومع أن المقام لا يتسع لمناقشة هذا التصور في تفاصيله، فإن ما نحي إليه جملةً، ليس من الشريعة في شيء، كل ما في الأمر، أنه استقى من قشور الجدل الفقهي طرْحاً مفاده وجوب التناهي عما انتهى إليه الفقه كلفةً، وإعادة التصدي للنصوص الشرعية بما يحقق توافقاً بينها وبين المواثيق الدولية في شأن تساوي حقوق المرأة مع الرجل مساواةً كميةً.

خلاصةً تزج بنا في حلقةٍ مفرغةٍ، لأنه لا أقل من اعتبار قانون الأسرة - والحالة هذه - منافياً للشريعة حال اتفاهه مع ما نص عليه الدستور من مساواة بين الجنسين، وبالتالي مخالفة هذا الأخير نفسه للشريعة، والعكس، أي تعارض قانون الأسرة والدستور، حال تناغمه مع الشريعة بإقراره لنوع من التفاوت بين الرجل والمرأة في هذا المقام.

والواقع أن التشبث بالفروع والمخرجات، يفضي إلى مزيدٍ من التنافر، لاختلاف المنطلقات الفلسفية ابتداءً، لأن ما ورد في الاتفاقيات الدولية وما اقتبسته النصوص القانونية الداخلية منها على أنها مساواة بين الجنسين ليست كذلك من منظور الشريعة الإسلامية وإن صُحفت دلالات نصوصها، فالمبدأ الذي يركز عليه القانون الطبيعي - ومن خلفه الاتفاقيات الدولية القائمة على أساسه وما ينتاب التشريعات الأسرية العربية من هوسٍ في سعيها لإحداث حالة تطابقٍ معها - يقضي بوجوب تمتع المرأة والرجل بعين الحقوق، لأن المساواة تقوم على رفض حقيقة وجود تمايز في الخصائص والوظائف بينهما، فحقوق المرأة بهذا المفهوم، هي حقوق امرأةٍ أي امرأةٍ تمثل كائناً فردياً منعزلاً، أحادي البعد، لا علاقة له بمرجعية تاريخية أو أخلاقية.

فما يلحد إليه هذا الطرح هو تقديم التماثل على أنه مساواة، مع ما بينهما من اختلاف، لأن الثانية تنبي على عدلٍ توزيعيٍ يراعي الدرجة والقيمة، بينما تقوم فكرة التماثل على التوحد وهو ما لا يقره الإسلام في تقديرنا باسم المساواة، لأنه يعترف للمرأة انتهاءً بما توجه إنسانيتها من حقوق، وما يقتضيه احترام الفطرة التي فطر الله الناس عليها، وتظهر في مجال المرأة باعتبارها إنساناً وأنثى، وأنها والرجل صنوان في الحقوق الإنسانية العامة، وفي خطاب التكليف، وفي الثواب والعقاب، ووضع قيمًا وآدابًا لتنظيم العلاقة بينهما وضبطها.

وبالتالي فإن فكرة المساواة - وعلى النحو الذي تقدم به - تعتبر مناقضةً لأحكام الدستور من منطلق مخالفتها للشريعة الإسلامية باعتبارها ديناً للدولة كما نصص على ذلك القانون الأساسي.

المطلب الثاني

المساس بالقواعد الأساسية للتقاضي

تنص المادة (139) من الدستور الجزائري لسنة 1996م على أنه: «تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية»، ومن آليات تكريس هذه الحماية، كفالة محاكمة حقيقية يتمتع فيها أطراف الخصومة بالحق في الدفاع، ويستأثر فيها القاضي بسلطة التقدير كاملة، وهو ما سنفحص مدى توافره في دعوى الخلع (الفرع الأول) بالإضافة إلى حق المتقاضين - حال عدم اقتناعهم بالأحكام الابتدائية الصادرة في حقهم - بالتظلم ضدها، وهي الضمانة التي أسقطها المشرع في قضايا الخلع بتحسين أحكامه من الطعن عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

صورية المحاكمة في الخلع

وتتجلى هذه الصورية في أمرين اثنين هما: سلب القاضي سلطته التقديرية (أولاً) وحجب الحق في الدفاع عن أحد أطراف الخصومة، ويتعلق الأمر بالزوج المخلوع (ثانياً).

أولاً: سلب القاضي سلطته التقديرية

يكتسي نظام السلطة التقديرية أهمية قصوى في الوظيفة القضائية، لما بينه وبينها من صلة عضوية معقدة، وباعتباره فعلاً أصيلاً تبني عليه حركية هذه الوظيفة، ويؤدي إنكاره حتماً إلى إنكار الطابع الإنساني للوظيفة القضائية - وكبت العمل القضائي في فعلٍ آليٍّ مجردٍ يمكن تصور الاستغناء في كنفه عن القضاة أنفسهم - كما ذهب إليه دعاة الحد من استعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية، لأن جوهر الوظيفة القضائية - في تقديرهم - يجعل من سلطة هذا الأخير - أثناء مباشرته لولاية القضاء - أداءً مقيداً بغاية العمل القضائي، لا رهن حالة وجدانية تعزى في الأساس لنظره وفكره، ناهيك عما يخلفه الإذعان لهذه الآلية من تحكم للقضاة وتضارب في الأحكام، وهي عواملٌ يحيف معها - من وجهة نظرهم - سيف العدالة ويختل بمقتضاها ميزان العدل.

لقد أضحت السلطة التقديرية للقاضي - على الرغم مما نسب إليها من مثالب - إحدى المسلمات المفروضة في مجال العمل القضائي، قبالة شرعية شكلية فقدت مقومات وجودها، وصارت

تشكل - بما يميزها من جمود وقصور - عبئاً ثقيلاً على العدالة، فالسلطة التقديرية إنما تُؤسس لعدالة موضوعية مناطها الضرورات، بفعل ما تلقيه على عاتق القضاة من وجوب تحقيق نوع من المواءمة بين مختلف القيم السائدة في المجتمع وحماية المصلحة العامة للجماعة المنظمة، لا مجرد عدالة شكلية تستأثر فيها سلطة التشريع بصناعة النص كاملةً، وبالنصيب الأكبر من الفعل القضائي عن طريق ما توفره من حلول حاسمة لمختلف النزعات.

على كلٍ تتجه هذه الآلية - أكثر فأكثر - لاحتلال مكانة واسعة في مختلف فروع القانون، لا سيما في مجال الأحوال الشخصية، بما هو مخول للقاضي الأسري من حرية في اقتناص الحلول الملائمة من عموم الشريعة الإسلامية بإحالة من القانون، في الأحوال والظروف التي تستوجب إطلاق نظر القاضي وفكره لإنهاء الخصومة، فهي مكنة أصيلةً تنعقد له بمجرد سكوت النص عن احتواء المسألة أو أن يكون هذا الأخير مبهماً غير قطعي في دلالاته، وغيرها من الأوضاع التي تحتم على المشرع تحاشي الحلول الجاهزة، مما يوفر للقاضي قدراً من الحرية في أعمال فكره ونظره، فيقدر ويقيس الأمور بأشباهها، واضعاً نصب عينه قصد المشرع، متوخياً تحقيق العدالة في مسعاه.

فالسطة التقديرية إذن، ملازمة للسلطة القضائية، فأينما وجدت الثانية وجدت الأولى⁽¹⁾، فهي لصيقة - من منظورها الوظيفي - بممارسة القاضي لنشاطه أيّاً كان موضوع المنازعة، ومن صميم عمله بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون بوصفها مكنة لمواجهة ظروف تطبيق هذا الأخير.

والثابت في مسألة الحال، أنه من الصعوبة بما كان، سك تعريفٍ حدي بين هذه السلطة، لأنها لا تقوم - على الرغم من كونها نظاماً أصيلاً دارجاً - على أساس موضوعي، فهي لا تتباين في ممارستها من قاضٍ إلى آخر فحسب، بل تختلف لدى القاضي الواحد باختلاف الأزمنة والظروف الملائمة للوقائع.

والحاصل أن من جملة ما ورد في تعريفها فقهاً أنها: صلاحية معقودة بيد القاضي للاضطلاع بعمله، تفكيراً وتدبراً بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في المسائل المعروضة عليه في مختلف مراحلها، ابتداءً من قبول سماعتها، إلى تهيئتها لإثبات تأسيسها من عدمه، إلى النطق بالحكم ثم اختيار

(1) محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2007م، ص 81.

الطريق الأنسب لتنفيذه، مع مراعاة أحوال المتقاضين وظروفهم في جميع مراحل الدعوى، لأهمية ذلك وأثره البالغ في الحكم القضائي⁽¹⁾، وأوجز منه قولهم في تعريفها: ما يصدر عن القاضي من نشاط ذهني ونظر عقلي - في مواجهة ما هو مطروح أمامه من وقائع وبحسب ما تمليه ظروف النازلة موضوع النزاع - اجتهداً وقضاءً وفق ما يرى، فيما لم يرد بشأنه نص خاص، أو لظنية هذا الأخير وافتقاره حتماً للاجتهد⁽²⁾.

وغير بعيد عما قرره الأصوليون جرح فقهاء القانون إلى القول بأنها: ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي لفهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تُدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر القاضي أنها أكثر ملاءمة من غيرها لحكم النزاع محل النظر⁽³⁾، وأقرب منه اعتبارها عملية فكرية وعقلية، يستقل في ضوءها القاضي بسلطان الترجيح وتقدير الملاءمة، وقد تختلف - بالنظر لطابعها الذاتي - من قاضي إلى آخر بالنسبة للواقعة الواحدة⁽⁴⁾، أو هي الوسيلة المخولة للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة، وإحقاق الحق، وتحقيق العدالة، بابتداع الحلول المناسبة للقضايا المطروحة، من خلال تقدير مناسبة إعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين تلبيةً لضرورات المجتمع⁽⁵⁾.

يستفاد من جماع ما تقدم أن السلطة التقديرية لا تخرج في مجملها عما يضطلع به القاضي من نشاط ذهني وفكري لفهم الواقع المطروح عليه، واستنباط عناصر هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية يقدر أنها ملائمة لحكم النزاع الذي يتولى التصدي له، ومن ثمة فهي تتألف من عنصرين اثنين، أحدهما شخصي وهو القاضي، والآخر موضوعي وهو القانون.

(1) محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 81.

(2) أحمد الأمrani، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين مقاصد الشريعة والقانون الوضعي، مطبعة دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى، 2011م، ص 23.

(3) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية "دراسة تحليلية وتطبيقية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، 2011م، ص 93. محمد علي محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005م، ص 18 و 19.

(4) عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1970م، ص 23.

(5) حسين عامل، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، 1960م، ص 5.

هذا وتختلف السلطة التقديرية - بالمعنى الذي سقنا - عن التكييف الذي ينصرف إلى تحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع حولها وردّها إلى نظام قانوني معين، فالقاضي حينما يقوم بعملية التكييف إنما يتولى فعلاً غايته إعطاء الوصف القانوني للواقعة محل النظر، ومن ثمة فإن القاضي يخضع بشأنه لرقابة المحكمة العليا بخلاف السلطة التقديرية التي لا عين لقضاة النقض عليه عند مباشرته لها.

وتتميز السلطة التقديرية بكونها سلطة قانونية، ذات مضمون واحد في مختلف فروع القانون وإن اختلف مداها من فرع إلى آخر، شاملة للقواعد الإجرائية والموضوعية على حد سواء، ملزمة للقاضي، فلا يجوز له التحلل منها بحجة غموض النص القانوني أو انعدامه.

ومن بين المجالات الأسرية التي أطلق فيها المشرع العنان لسلطة القاضي التقديرية - بسكوته عن تقنين أحكامها - مسائل فك الرابطة الزوجية سيما من جهة آثارها، إما لأنها غير قابلة للحسم التشريعي بطبيعتها، أو لاستحالة استيعاب النص القانوني لجميع ما يتعلق بها من أحكام بفعل كثافتها، أو بداعي ما يطرأ عليها من مستجدات، فال الأمر وجوباً للقاضي بما أعطي من دور إيجابي وبما له من سلطة الاجتهاد والتقدير الموضوعي في إسقاط الحكم القانوني والشرعي عليها بمناسبة التصدي لها.

إلا أن المشرع - ومن وجهة نظر البعض - جرد القاضي من هذه السلطة قصداً في فرقة الخلع حين نص في الفقرة الأولى من المادة (54) من قانون الأسرة على أنه: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي»، وفيه غلٌ ليد القاضي، والتنائي به كلفة عن أية سلطة تقديرية، وإلزامه التصريح بالفرقة متى اتجهت إليها إرادة الزوجة وإن أحجمت عن ذكر الأسباب التي دفعتها لالتماس الفكك، بل لا يسوغ له - حتى ولو ثبت أنها متعسفة في استعمال حقها، وأقرت أمامه بذلك - رفض طلبها أو تقرير مسؤوليتها إلى جانب قضائه بالخلع، وبالتالي يكون المشرع بتدخله هذا، قد قيد من سلطة المحكمة - بمناسبة قيامها بمهمتها الأصلية في تمحيص المنازعات وحسمها - بكف يدها عن مباشرة ما تجرّه من تحقيق بنفسها تقصياً للحقيقة الموضوعية، وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، حاجباً القاضي بذلك عن الوصول إلى الحقيقة، وجعله مجرد موثق لإرادة الزوجة ومبتغاها⁽¹⁾.

(1) سمير عبد السميع الأذن، التعليق على نصوص قانون تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الجديد (قانون رقم 1 لسنة 2000)، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، الطبعة الأولى، 2001م، ص 84.

ولما كانت سلطة القاضي التقديرية هي جوهر الوظيفة القضائية، فإن إلغاء هذه السلطة ينطوي على تدخلٍ حادٍ في شؤونها، نائياً بالحاكمة عن ضوابطها المنصفة بالمخالفة لأحكام الدستور، لأن اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين لا يخولها البتة التدخل في أعمال أسندها الدستور إلى السلطة القضائية وقصرها عليها، وإلا كان هذا افتئاتاً على عملها، وإخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطتين. هذا ولما كان اختصاص السلطة القضائية بالفصل في المنازعات المطروحة عليها، يقتضي أن تباشر في شأنها كل الحقوق التي يمكن ربطها عقلاً بالوظيفة القضائية، دون أن تنفصل عنها باعتبارها من دوائها، فإن تعطيل المشرع لهذه الوظيفة ولو في بعض جوانبها، يعتبر تحريفاً لها، وإجحافاً مخالفاً للدستور بخصوص الحدود التي تصل بينه وبين السلطة القضائية⁽¹⁾.

صحيح أن النعي على النص بهذه العوار ينطوي على قدرٍ كبيرٍ من الصحة، إلا أن التسليم به على إطلاقه فيه شيءٌ من مجانبة الصواب أيضاً، لأن المشرع - حين نظم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج - لم يخول القاضي من سلطة التقدير بمناسبة التصدي له، أكثر مما خوله من هذه السلطة عند نظر المخالعة بالإرادة المنفردة للزوجة، ومع ذلك لم ينبر أحدٌ للنيل من النص بحجة مخالفته لأحكام الدستور وقد جرد المشرع - بمقتضاه - القاضي من سلطة التقدير إزاء إرادة الزوج في الأحوال التي تستهدف فيها هذه الإرادة إيقاع الطلاق.

غير أن هذه المقابلة - وإن كانت تبدو منصفةً للوهلة الأولى - فإنها تفتقر عند التحقيق إلى أساسٍ شرعيٍّ تثوب إليه، من حيث أن الطلاق المعقود بيد الزوج تلاپسه خاصيةٌ مانعةٌ - بوصفه تصرفاً بالإرادة المنفردة - تحول دون اضطلاع القاضي بإزائه بأية سلطةٍ تقديريةٍ، والسند في ذلك نصوصٌ قطعية الدلالة بإقامة من الشارع الحكيم، وهو الأساس الذي يفتقر إليه الخلع الذي توقعه الزوجة دون موافقة زوجها، ومع ذلك يظل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج - كما هو مقنن له - مجالاً رحباً لسلطة القاضي التقديرية - حتى بوجود النصوص الشرعية المحصنة له من ذلك - لا سيما وأن المشرع خول المحكمة قبل التصريح به، سلطة التنقيب عن أسبابه وبحث دوائها، لتحديد مدى تعسف الزوج في استعماله، وتقرير التعويض المناسب حال ثبوت هذا التعسف، حينما نص في المادة (52) من قانون

(1) يحي إسماعيل، الخلع في القانون المصري (شروطه وأحكامه ومدى دستوريته)، مجلة القضاة، السنة 31، العددان الأول والثاني، يناير - ديسمبر 1999م، ص 24.

الأسرة على ذلك بقوله: « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. »، بينما يقبع الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة في منء عن ذلك كله، وهو الوجه الحقيقي للمقابلة، الذي يمكن من خلاله النعي على نص الخلع بعدم الدستورية في مسألة الحال دون نص الطلاق.

بيد أن القول بتجريد المشرع للقاضي - في مادة الخلع - من سلطته التقديرية كلها، فيه تحاملٌ بيّنٌ على المشرع بغير دليل، إذ لو انصرفت نيته لذلك فعلاً، لما اقتصر تدخله على مادةٍ يتيمةٍ تناولت تحديد الاتجاه العام للمخالعة، تاركاً ما عداه لنظر القاضي واجتهاده، وقد كان بمقدوره حسم المسألة برمتها عن طريق التشريع، ولا أدل على ذلك - فوق تخليته لأحكام الخلع ونحوها - ما نصص عليه في الفقرة الثانية من المادة (54) من قانون الأسرة بقوله: « إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. »، وهو نصٌ جليٌّ في إثبات سلطة التقدير للقاضي، كما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بالقول: « من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً، وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن. »⁽¹⁾.

يستفاد مما سبق، أن سلطة التقدير الموكولة للقاضي بمقتضى هذا النص، وبموجب ما سيق في تأويله من قبل المحكمة العليا، تنصب على عنصرين اثنين هما: كون بدل الخلع مال، وضرورة عدم تجاوزه لمهر المثل، أما عن الوجه الأول، فقد أحجم المشرع عن تحديد ما يصح أن يكون بدلاً للخلع باستخدامه للفظ "المال" الذي لا ينصرف إلى المال بمعناه الضيق فحسب، بل يطال إلى جانبه، كل ما

(1) المحكمة العليا: القرار رقم: 83603 بتاريخ 1992/07/21 قضية (ع م) ضد (ب د ن)، اجتهاد قضائي: 2001م، عدد خاص، ص134.

يمكن تمييزه بمالٍ مما يصلح بطبيعته أن يكون عوضاً في الافتداء من منافع وأعيانٍ على النحو الذي تعرضنا له سابقاً، وضع يتعين معه على القاضي الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي - حال اختلاف الزوجين بشأنه - لتقفي الحل الأنسب.

أما عن الوجه الثاني، حتى وإن تدخل المشرع لتسقيف بدل الخلع لحكمة ارتآها⁽¹⁾، فإنه لا يخفى ما أوكل للقاضي من سلطة تقديرية في تحديده عند اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع واختلافهما حول عوضه، أو حال مباشرة الزوجة له دون موافقة زوجها، ففي هذا الفرض وذاك، يتدخل القاضي لحسم الخلاف القائم بينهما، عن طريق الحكم بمقابلٍ مالي لا يتجاوز قيمة المهر الذي يقدم عادةً مثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع.

بل وفي التحديد التشريعي لعوض الخلع بمهر المثل، قدرأً واسعاً من السلطة التقديرية، يتوجب معه على القاضي مراعاة جملةٍ من الاستدلالات عند تعيينه، لأن مهر المثل الذي يعتبر حداً أقصى له، لا يعين بدوره إلا بالاحتكام إلى الصداق المستحق لمن يماثل المختلعة - من جهة أبيها وقت صدور الحكم بالخلع - في السن والجمال والمال والعقل والبلد والدين، مع استئناس القاضي في ذلك كله بمبلغ الصداق الذي أداه الزوج فعلاً، وأعراف كل منطقة بشأنه، وما عمّره الزواج، وحالة الزوجة المادية باعتبارها الطرف المطالب بالوفاء.

خلاصة القول - وعلى الرغم مما سقناه لتلطيف ما اعترى سلوك المشرع في هذه المسألة من عوار - نقدر أن السياسة التشريعية للنص لم تكن موفقةً إلى حدٍ بعيدٍ في ظل ما تضمنه من قيود تحول دون ممارسة القاضي لوظيفته الطبيعية المتمثلة في النظر والتقدير قبل الحسم، وأن الأقرب من وجهة نظرنا إلى الحكمة التشريعية في كنف تلك السلطة المقيدة للقاضي، أن يضطلع هذا الأخير بنظر قضايا الخلع لا على اعتبار وجود دعوى تستوجب الحكم فيها، بل على أساس طلبات يصدر فيها أوامر بماله من سلطةٍ ولائية، طالما رغب المشرع في تقييد سلطته على هذا النحو، وقفل باب الطعن على أحكام الخلع بالاستئناف.

(1) «المبدأ: أن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانوناً وذلك منعاً للابتزاز والاستغلال بين الزوجين.» المحكمة العليا: القرار رقم: 252994 بتاريخ 2000/11/21م، قضية (ل ف) ضد (ر ك)، المجلة القضائية 2001 العدد 01، ص 293.

ثانياً: الانتقاص من الحق في الدفاع

من المبادئ الأساسية التي تعهد الدستور بكفالتها، الحق في الدفاع، محددًا بعض جوانبه كضمانة مبدئية لصون الحريات في مظاهرها المختلفة، وحماية الحقوق أياً كانت طبيعتها، يستوي في ذلك أن تكون هذه الحقوق والحريات مما جاء في نص الوثيقة الدستورية نفسها، أو انطوت عليه التشريعات المعمول بها، حيث قضى الدستور الجزائري لسنة 1996م في الفقرة الأولى من المادة (151) بأن: «الحق في الدفاع معترف به».

فالدستور - وتعزيزاً منه لضمانة الدفاع - لم يجز للسلطة التشريعية إهدار هذا الحق، أو تقليص محتواه، بما يعطل من فاعليته أو يحد منها، كاشفاً بذلك عن أصالة هذه الضمانة، وأنها لم تعد في رahnنا ترفاً يمكن تجاوزه أو غض الطرف عنه، وأن التعلق بأهدابها الشكلية - دون تعمق في حقائقها الموضوعية - يعتبر بلا ريب تراجعاً فضاً عن مضمون الحق، منافياً لمعنى العدالة مجافياً لمتطلباتها، وأن إنكار هذه الضمانة من أساسها، أو تقييدها، بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها، ليس إلا هدماً للعدالة ذاتها وتقويضاً لها، بما يحول دون وقوفها باعتدال على قدميها، يستوي في ذلك أن يكون الانتقاص من هذه الضمانة أو إعاقته منصرفاً إلى حق الدفاع أصالةً وما يقوم عليه من كفالة حق كل فرد في استعراض وجهة نظره بشأن الواقعة محل التداعي مبنياً حكم القانون بصدددها، أم أن يكون متعلقاً بالدفاع وكالةً، حين يقيم الشخص باختباره محامياً يراه أقدر على تأمين المصالح التي يرمى إلى حمايتها، على أساس من الخبرة والمعرفة القانونية والثقة.

فضمانة الدفاع وإن كانت لا ترتبط لزوماً بمرحلة المحاكمة وحدها، إلا أن الخصومة القضائية تمثل مجالها الأكثر أهمية من الناحية العملية، فهي تنسحب إلى كل دعوى سواء كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية أم جزائية، لذلك كان موقف القضاء الدستوري - تقديراً منه لحق الدفاع وإقراراً لأهميته - واضحاً في مجال تحديده للشروط التي يتعين استجماعها لاعتبار العمل قضائياً، فقد جرى قضاؤه على أن القرار الذي يصدر عن جهة حولها المشرع ولاية الفصل في نزاع معين، لا يكون قراراً قضائياً إذا كانت ضمانة الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التي تنظم هذه الولاية وتبين حدودها⁽¹⁾.

(1) «وحيث إن الخصومة القضائية، تمثل في نطاق ضمانة الدفاع، مجالها الأكثر أهمية من الناحية العملية، وهو ما يجتم انصرافها إلى كل دعوى، سواء كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية، أم كان الاتهام الجنائي موضوعها، وإذا جاز القول بأن تمثيل الشخص بمحام يكون وكيلاً عنه، يعد ضمانة أولية يقتضيها مسار الخصومة القضائية حقاً وإنصافاً Fairness and Right، فإن حرمان الشخص

في ضوء ما تقدم وبناءً عليه، يمكننا الجزم دون مبالغة ولا شطط، أن ما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية في شأن فرقة الخلع - كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري في القانون (1) لسنة 2000 حين نص في الفقرة الثانية من مادته (20): « ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين (...) » وبعد أن تقرر الزوجة صراحةً أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض. »، وما ورد في بعض القوانين العربية التي حذت حذوه، كقانون الأحوال الشخصية الإماراتي الذي نص في البند الخامس من مادته (110) على أنه: « استثناءً من أحكام البند الأول من هذه المادة، إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً، وخيف ألا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب. » وما جاء في المادة (114) من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي قضت في فقرتها الثانية بأنه: « إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها وبينت بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة معه وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وردت عليه الصداق الذي استلمته حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين (...) فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما. » - أن هذه التشريعات وحين أوجبت على القاضي الحكم بالتطليق لمجرد توافر بياناتٍ قوليةٍ تطلقها الزوجة، وإدعاءات بغير تقديم دليلٍ عليها، وأقصى منها ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (54) من قانون الأسرة حين ربط الفرقة بإرادة الزوجة وأعفاها حتى من الإدلاء بهذه الادعاءات الصورية، وحرمت جميعها الزوج من الذود عن نفسه، بإثبات أن ما نحت إليه الزوجة ليس إلا انصياعاً لرغبة التشهير بسمعه، أو إذعاناً لشهوة الانتقام نتيجة ضغائن شخصيةٍ أو نزوةٍ عابرةٍ، وأنها متعسفةٌ في استعمال حقها، وهو ما

من أن يكون أصيلاً في مباشرة الدفاع، إنما يصادم النبض الجماعي لحقائق العدل Sense .f Universal Sh.cking t. a Justice. ولقد كان تقدير المحكمة الدستورية العليا لضمانة الدفاع، وإقرارها لأهميتها، واضحاً وقاطعاً في مجال تحديدها للشروط التي يتعين استجماعها لاعتبار العمل قضائياً، وذلك بما جرى عليه قضاؤها، من أن القرار الذي يصدر عن جهة خولها المشرع ولاية الفصل في نزاع معين، لا يكون قراراً قضائياً، إذا كانت ضمانة الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التي تنظم هذه الولاية، وتبين حدودها...» المحكمة الدستورية المصرية العليا: حكم في القضية رقم 15 لسنة 17 ق دستورية بجلسة 1995/12/02م.

ينطوي حتماً على الحرمان من حقه في الدفاع، والخروج عن ضوابط المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور، ومن ثمة يقع النص في حومة المخالفة الدستورية⁽¹⁾.

وأنه لا يمكن رد هذا الدفع بالاعتماد على تجريد الزوجة من حق الدفاع إزاء طلاقها بالإرادة المنفردة لزوجها⁽²⁾، لأن دعوى الطلاق - وعلى النحو الذي ذكرنا سابقاً - لا تحول دون إبداء الزوجة لما طاب لها من دفعٍ بشأن ظروف الطلاق ودوافعه، وإثبات ألا يد لها في المال إليه، لا لرفعه - لأن الطلاق لا يرتفع بعد وقوعه - وإنما توخياً للحصول على التعويض المناسب متى ثبت تعسف الزوج في إيقاعه، وهي المسألة التي نص عليها المشرع في المادة (52) من قانون الأسرة بقوله: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»، وهو الأمر الذي يفتقر إليه نص الخلع المستحدث.

الفرع الثاني

الحرمان من الحق في الطعن

من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي في المجتمعات المتقدمة، كفالة حق التقاضي على درجتين، وهو مبدأ يفتقر - رغم ذبوعه - لنوع من التحديد، نتولى بيانه في فقرة أولى، على أن نعكف بعدها على فحص مدى صحة نيل المشرع منه، باقتضائه عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة بالخلع (ثانياً).

أولاً: ماهية مبدأ التقاضي على درجتين

يعتبر مبدأ التقاضي على درجتين من الضمانات الأساسية لحسن سير مرفق القضاء وحماية حقوق مستعمليه تحقيقاً للعدالة، ذلك أن القاضي إذا تعرض لموضوع الدعوى وأصدر فيها حكماً حاسماً، انقضت سلطته إزاء النزاع، ولم يعد له بعد البت فيه، أية ولاية لإعادة التصدي له، أو تعديل قضائه بشأنه ولو باتفاق الخصوم، إذ بمجرد النطق بالحكم تخرج الدعوى من يد القاضي، ويصير ما قرره

(1) يحي إسماعيل، الخلع في القانون المصري (شروطه وأحكامه ومدى دستوريته)، المرجع السابق، ص 24 و 25. سمير عبد السميع الأذن، التعليق على نصوص قانون تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الجديد (قانون رقم 1 لسنة 2000)، المرجع السابق، ص 84.

(2) سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، مصر، الطبعة الثانية، 1426هـ، 2005م، ص 389.

بشأنها حقاً للخصوم لا يجوز له تعديله أو العدول عنه، وهو ما يعرف بقاعدة « متى أصدر القاضي حكمه فقد استنفذ قضاءه ».

غير أن المبدأ يتيح للخصوم كقاعدة عامة، إمكانية نقل النزاع - من خلال الطعن في حكمه - إلى درجة قضائية أعلى لتجبل فيه بصرها من جديد، ومن ثمة يكون للمتقاضي الحق في طرح عين النزاع على القضاء مرتين، واحدة أمام أولى درجات التقاضي، التي تعكف على نظر الدعوى وحسم إدعاء صاحبها إما بالرفض أو القبول، وأخرى أمام جهة قضائية أعلى - حال عدم اقتناعه بما صدر في حقه عن الجهة الأولى - كي تتولى إعادة فحص النزاع، من خلال تقدير مدى فقه قاضي الحكم المطعون فيه للمنازعة، وتطبيق الأنظمة السارية في شأنها تطبيقاً صحيحاً، فإذا اقتنعت بسلامة قراره من كل الوجوه قضت بتأييده، وإلا ألغته وأصدرت حكماً آخرًا يقوم مقامه⁽¹⁾.

ويعزى هذا المبدأ في نشأته إلى القانون الروماني، الذي عرف إبان العصر الإمبراطوري ما يسمى بنظام التدرج القضائي⁽²⁾، ورغم استئثار الإمبراطور في كنفه بممارسة السلطة نيابةً عن رعاياه، ظلت الوظيفة العدلية اختصاصاً قضائياً خالصاً يباشره القضاة أنفسهم على درجتين تحت إشراف الإمبراطور، وعلى الرغم مما يوفره نظام الاستئناف من ضمانات، عمد القضاة إلى تقويضه بالتعاس عن أعماله، لما فيه - وفق تقديرهم - من امتهانٍ لأشخاصهم، بل وعزف الخصوم عن اللجوء إليه اتقاء سخط القضاة، حتى جاء "جستينيان" وأقره في دستوره محاولاً ترقية بحث المتقاضين على إتيانه كحق لا انتقاص فيه من حظوة القضاة ومراكزهم، فتأكد المبدأ في إثر ذلك ومورس على ثلاث درجات هي، قضاء المحاكم، فالطعن أمام مفوض الأمير، ثم الاستئناف أمام الإمبراطور⁽³⁾.

وهو المبدأ الذي تلقفه القانون الفرنسي في العهد الملكي، وورثه الإقطاعيون نتيجة احتكارهم للوظيفة القضائية على أراضيهم، ومن مظاهره طعن المتقاضي في الحكم لفساده، وغيرها من صور التظلم التي لم ترتق حينها - وإن تعددت - للتعبير عن حقيقة الاستئناف كآلية لحماية المتقاضي،

(1) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين "حدوده وتطبيقه في القانون المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص3.

(2) لم يكن هذا النظام معروفاً، ولم تكن فكرة الاستئناف قد ظهرت بعد للوجود إبان العصر الجمهوري، لما يوفره الشكل الشعبي من ضمانات للمتقاضي دون حاجة إلى وجود محكمة أعلى.

(3) أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين "حدوده وتطبيقه في القانون المصري والفرنسي"، المرجع السابق، ص486.

وبانحيار النظام الإقطاعي زال عصر القوة، ليبدأ ديب عصر القوانين في ظل هيمنة الكنيسة على مقدرات الحياة في فرنسا، وهي الحقبة التي عرفت ثلاث درجات استئنافٍ هي، قضاء المطران، وقضاء أسقف المقاطعة، وقضاء البابا.

ومع أفول القرن الثاني عشر الميلادي، اشتد عود النظام الملكي ثانيةً، واتجهت إرادة الملك إلى تركيز السلطة في يده، فكان من أثرها على نظام التظلم أن بلغ خمس درجات استئنافٍ منها، القاضي الأول، قضاء التابعين الأدنى للملك، قضاء محاكم الأقاليم (البرلمانات)، وقضاء الملك⁽¹⁾.

والحقيقة أن الهدف من الاستئناف إبان هذه العصور لم يكن مقررًا لتحقيق العدالة والدود عن حقوق المتقاضين، بقدر ما كان وسيلةً لتركيز السلطة القضائية في يد الحاكم إلا ما نذر، ولم تتضح معالم المبدأ على النحو التي عليه الآن، إلا مع الثورة الفرنسية بمقتضى قانون 01 مايو 1790م في مادته (61) حيث تقرر إعماله على درجتين بعد أن أنشئت محاكم استئنافٍ عادية للاضطلاع بهذا الغرض، ومنذ ذاك لا يزال المبدأ ساريًا في فرنسا، إذ يسوغ للمحكوم عليه، طلب إعادة النظر - بمقتضاه - في الحكم الصادر ضده مرةً واحدةً فحسب، تفادياً لتأبيد المنازعة وإطالة أمد الخصومة، حتى تستقر الحقوق لأصحابها، وهي المفاعيل التي تأخذ بها غالبية التشريعات الحديثة⁽²⁾.

هذا ويلج المقام بلا ريب - دبر هذه الإطلالة التاريخية - في طلب المقصود بمبدأ التقاضي على درجتين اصطلاحاً، لاسيما وأن التشريعات الإجرائية المعاصرة توفر لنا كماً غير يسيرٍ من طرق الطعن، فهل إذا أتيح للمتقاضي سلوك أي منها يكون قد مارس حقه في التقاضي على درجتين، أم أن ثمة طريق بعينه متى سُدَّ في وجهه، تخلف حصول المبدأ وإن تيسر لمستعمل القضاء استنفاد سائر سبل الطعن غيره؟

إذا أجبنا من باب الجدل بصحة الفرض الثاني، يسوغ لنا التساؤل استطراداً عن الأسباب التي حصرت المبدأ في طريقٍ معينٍ، وهل يمكن النعي على المشرع بعدم دستورية تصرفه إن هو قيد من إطلاقه في بعض المنازعات؟

(1) إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الفرنسي، دار النهضة العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص 403. محند أمقران بوشير، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1994م، ص 38.

(2) إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الفرنسي، المرجع السابق، ص 403. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين "حدوده وتطبيقه في القانون المصري والفرنسي"، المرجع السابق، ص 3.

تنقسم الطرق التي ينظمها القانون لمراقبة الأحكام وتقويمها ومراجعتها إلى نوعين اثنين هما: طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية، وينبغي التمييز بين النوعين على حزمة من المقومات يمكن من خلالها تحديد العلة الكامنة وراء اعتماد طريق معين كآلية فريدة لتكريس مبدأ التقاضي على درجتين.

في الواقع يختلف طريق الطعن العادي عن نظيره غير العادي من حيث إطلاق المشرع لإتيانه وقد أحجم عن حصر أسبابه وتحديد حالاته، تاركاً للخصوم حرية مباشرة على النحو الذي يروونه مناسباً، في حين قيد طريق الطعن غير العادي بتوافر أسباب حصرية، فلا يصار إليه إلا إذا تم الارتكان إليها، كما ينفك عن الطعن الأول، بتحديد التصدي للنزاع من جميع الوجوه، بينما ينصب النظر في الثاني، على العيوب التي استند إليها الطعن، هذا ويفضي الطعن في الحكم بالطريق العادي إلى إيقاف تنفيذه بحسب الأصل إلا في أحوال استثنائية كأن يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل، في حين يستمر الحكم المطعون فيه - بإحدى الطرق غير العادية - على نفاذه كقاعدة عامة⁽¹⁾.

وعليه يمكننا القول أن مبدأ التقاضي على درجتين لا يتحقق - عملاً بالمعايير السابقة - إلا في حالة واحدة، ويتعلق الأمر بقابلية الحكم للاستئناف، بوصفه وسيلة طعن نموذجية يمكن من خلالها إعادة فحص الدعوى واقعاً وقانوناً⁽²⁾، كما يمكن الجزم باعتباره أداة حقيقية لضمان عدالة الأحكام من وجهين، أولهما علاجي، لتعدد قضاة الدرجة الثانية، وهو ما يعرف بالقضاء المجلسي في مقابل القضاء الفردي أمام جهات التقاضي الابتدائية، أضف إليه تمتع قضاة - من الناحية النظرية - بخبرة أوسع تؤهلهم للوقوف بيسر على عوار أحكام الدرجة الأولى، وتصحيح ما يشوبها من نقائص وأخطاء، هذا من جهة، كما يتصف بكونه وقائي من حيث احتراز قضاة الدرجة الأولى من تعرض أحكامهم للإلغاء مع ما في ذلك من مساس أدبي بمراكزهم، الأمر الذي يحفزهم حتماً على بذل قصارى جهدهم لتفادي الأخطاء ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً.

فالاستئناف إذن، هو مدار مبدأ التقاضي على درجتين وفحواه، ويعرف بكونه طريقاً عادياً للطعن في حكم محكمة ابتدائية أمام أخرى تعلوها درجة، إذ يتجدد عن طريقه النزاع أمامها، ويؤصل

(1) عباس العبودي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر، بدون طبعة، 2009م، ص 360.

(2) عباس العبودي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 369.

بمقتضاه إلى إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله أو تأييده، فهو فرصة يتيحها المشرع للطرف المتضرر من حكم محكمة الدرجة الأولى، لإعادة طرح النزاع بكافة عناصره الواقعية والقانونية مرة ثانية أمام محكمة الدرجة الثانية، بهدف مراجعته وفحصه بواسطة قضاة أكثر خبرة وتجربة، ومن ثمة القيام بإصلاحه إن كان معيماً في إجراءاته أو في تقدير الوقائع أو تطبيق القانون⁽¹⁾.

يستفاد من جماع ما تقدم أن للاستئناف أثراً أولهما أنه إجراء ناقل، بحيث يترتب على رفعه طرح النزاع على محكمة الدرجة الثانية لتفصل فيه من جديد، ولها في سبيل ذلك كل ما هو معقود بيد محكمة الدرجة الأولى من سلطات، فهي تبحث وقائع الدعوى، وتعكف على اتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات الإثبات، كما تعيد تقدير الوقائع من واقع ما قُدم إليها من مستندات ومن دفاع الخصوم، ثم تنبري أخيراً لتطبيق القاعدة القانونية التي تراها صحيحة على وقائع الدعوى⁽²⁾.

هذا ويخضع الأثر الناقل إلى عدة ضوابط منها، عدم قبول الطلبات الجديدة كقاعدة عامة في الاستئناف، إذ يترتب على تقديمها تفويت درجة من درجات التقاضي على الخصم الآخر، فهو قيد يكفل في المقام الأول حماية المبدأ نفسه، بالإضافة إلى وجوب التقيد بما يستهدفه الاستئناف صراحةً، لا المسكوت عنه من مقتضيات النزاع، إذ لا يسوغ لجهة الاستئناف أن تتصدى لها، لأن الطاعن يكون - بسكوته عنها - قد سلم بها فتحوز من هذا المنطلق على قوة الأمر المقضي به، ومن ضوابطه أيضاً الالتزام بعين أطراف خصومة الاستئناف، فلا يستفيد منه إلا الطاعن دون غيره، وأخيراً لا يجوز للقاضي الذي تصدى للنزاع في الدرجة الأولى أن يشارك في هيئة الاستئناف، كي يتحقق تطبيق مبدأ التقاضي على درجتين بمفهومه الفني السليم.

أما ثاني الأثرين فمتعلقٌ بالسمة الموقفة للاستئناف، ويراد بها تعطيل تنفيذ الأحكام المطعون فيها إلى غاية الفصل في الاستئناف كقاعدة عامة.

في الأخير ينبغي التنويه إلى أن مبدأ التقاضي على درجتين وإن كان مقررًا في شأن كافة الأحكام الابتدائية، إلا أن ثمة أحوالاً يكون فيها حكم الدرجة الأولى غير قابلٍ للاستئناف لعدة دواعي واقعية وقانونية، سنكتفي في هذا المقام بالإشارة إلى الثانية منها، وهي التي يستند فيها المشرع - لتقييد

(1) صلاح الدين محمد شوشاري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون طبعة، 2010م، ص 388. عباس العبودي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص 369.

(2) أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، نظرية الأحكام، بدون طبعة، 2005م، ص 101.

المبدأ بالتنصيص على عدم الحق في ممارسته على سبيل الاستثناء - إلى اعتبارات جمة، من أهمها اعتبار الملاءمة المتعلق أساساً بالسياسة التشريعية.

وعلى الرغم مما يوفره مبدأ التقاضي على درجتين من ضمانات، فإنها لم تنهه عن سهام الانتقاد، حيث يميل البعض إلى القول بكونه وسيلةً للنكاية والمماطلة، بما يمنحه من فرصٍ للطرف الخاسر في أطالة أمد النزاع وتعميق اضطراب المراكز القانونية وزيادة نفقات التقاضي، كما يعتبر قضاءً خصباً لصدور أحكامٍ متعارضة وما يفضي إليه وضعٌ كهذا من زعزعةٍ لثقة المتقاضين في أعمال القضاء، ناهيك عما يتسم به هذا النظام من حيفٍ وتمييز في مواجهة الطرف المستأنف ضده، انطلاقاً مما يمنحه من حقٍ للمحكوم عليه أمام محكمة الدرجة الأولى في عرض دعواه لدى جهة الاستئناف، بينما يجرّد خصمه من مباشرة الحق نفسه حين يخسر دعواه أمام المحكمة الأخيرة لاسيما إذا كان الحكم الابتدائي لصالحه، أضف إلى ذلك كله، إمكان زلّ قضاء الجهة الاستئنافية، تماماً كما هو الشأن بالنسبة لنظرائهم في محاكم الدرجة الأولى، فهم ليسوا في منأى عن تأييد أحكامٍ خاطئةٍ أو إلغاء أحكامٍ صحيحةٍ صرح بها قضاة الدرجة الأولى، ولا يشفع لهم ما يقال من أنهم أكثر عدداً وكفاءةً من قضاة الأحكام المخول لهم النظر فيها، بل ويمكن الاستغناء عن المبدأ بتوفير هذه الضمانات ابتداءً لدى محاكم الدرجة الأولى⁽¹⁾.

وهي انتقادات لا تصمد في مجملها أمام ما ينطوي عليه المبدأ من محاسن، وقد أومأنا إلى بعضها بمناسبة بسطنا لمقتضياته.

ثانياً: الخلع ومبدأ التقاضي على درجتين

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل تعديله، على مسألة الطعن في أحكام الخلع صراحةً، إن في جوانبها المالية، أو في أثرها من حيث إنهاء الرابطة الزوجية، وباستقراء قرارات المحكمة العليا - عند نظر الطعون المعروضة عليها بشأن ما صدر عن درجات التقاضي الدنيا من أحكام وقراراتٍ فاصلة في الخلع - نستشف إقرارها تارةً للطعن بالاستئناف، وعزوفها عن قبول ذلك تارةً أخرى، وقد انقسم الفقه خلفها متحزباً لأحد التوجهين، حيث يري البعض، أن أحكام الخلع غير قابلةٍ بطبيعتها للاستئناف، فهي تصدر ابتدائيةً نهائيةً عملاً بأحكام المادة (57) من قانون الأسرة التي تنص على أن: «الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية.»، ولما كان الخلع فرعاً

(1) محند أمقران بوشير، النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 38 و 39.

من الطلاق وجب أن تسري في حقه جميع الأحكام التشريعية المتعلقة بهذا الأخير، ومنها عدم قابلية أحكامه للاستئناف، وقد نص المشرع على طبيعة الخلع صراحةً في المادة (48) من قانون الأسرة بقوله: «الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.»

وهو الاتجاه الذي أكدته المحكمة العليا في بعض قراراتها بقبولها طعوناً بالنقض في أحكام ابتدائية صادرة بالخلع قبل انقضاء آجال استئنافها، وفي قرارات - عن المجالس القضائية - فاصلة في استئنافات مرفوعة ضد أحكام بالخلع انتهت إلى نقضها دون إحالة.

يستفاد مما سبق، أن المحكمة العليا تعتبر أحكام الخلع ابتدائية نهائية، وإلا لم تكن لتقبل ما يرفع ضدها من طعون بالنقض مباشرة دون استنفاد مرحلة الاستئناف أو ترص مرور أجلها، كما يستشف من سلوكها تجاه بعض قرارات الاستئناف المطعون فيها بالنقض، أنها لو كانت تقرر فعلاً بمبدأ التقاضي على درجتين في دعاوى الخلع لصححت بنقض هذه القرارات مع إحالتها لجهة الاستئناف أو رفضها موضوعاً.

وللتدليل على ذلك نسوق في هذا المقام ما صرحت به المحكمة العليا في قرار لها⁽¹⁾ بشأن حكم صادر بتاريخ 14 ديسمبر 1994م عن محكمة الحراش جاء فيه أن «الخلع حق للزوجة لوحدتها لا يشترط فيه موافقة الزوج - الحكم بحفظ حق الزوج في التعويض - تطبيق القانون الصحيح (...)» فلهذه الأسباب قررت المحكمة العليا رفض طعن الطاعن، وتحميله المصاريف القضائية.»، وهو حكم تم الطعن فيه أمام المحكمة العليا مباشرة، وداخل آجال الاستئناف⁽²⁾.

وعلى النقيض من ذلك، جنح اتجاه ثانٍ إلى القول بقابلية أحكام الخلع للاستئناف طالما أن القانون قد سكت صراحةً عن حظر هذا الطعن في مواجهتها، وأن الخلع وإن التقى مع الطلاق في بعض الأوجه، فلا شك في اختلافه عنه في أوجه أخرى، وهي السمة التي تجعل منه نظاماً قائماً بذاته لا يصح معها إسقاط مفاعيل الطلاق عليه، تماماً كما هو الشأن بالنسبة للتطبيق، فعزوف القانون عن

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 141262 بتاريخ 1996/07/30م، قضية (م د) ضد (ر م)، المجلة القضائية لسنة: 1998م، العدد الأول، ص120.

(2) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مطبوعات إنسكلوبيديا، بن عكنون، الجزائر، 2003م، ص162.

التصريح بعدم جواز الطعن عليهما بالاستئناف، يفيد إمكان الطعن لا عدمه، وهو ما كرسه القضاء فعلاً بمناسبة تصدي جهات الاستئناف لأحكام ابتدائية تقضي برفض طلب الخلع، انتهت بوقوعها تحت طائلة الإلغاء و القضاء بالفرقة المطلوبة من جديد.

وهو المعنى الذي أكدته المحكمة العليا من خلال قبولها لطعون بالنقض ضد قرارات صادرة عن المجالس القضائية، يصرح بعضها بتأييد أحكام خلع عن المحاكم الابتدائية، في حين يقضي بعضها الآخر بإلغاء أحكام محاكم الدرجة الأولى والتفريق بالخلع من جديد، وبذلك فإن المحكمة العليا حين أقرت بجواز الطعن بالنقض ضد أحكام الاستئناف في دعاوى الخلع، تكون قد اعترفت ضمناً بجريان التقاضي في تلك الدعاوى على درجتين، لأنها لو كانت تقر فيها بدرجة واحدة للتقاضي لصرحت بنقض القرارات المطعون فيها بالنقض دون إحالة⁽¹⁾.

ومن أمثلة هذا الاتجاه ما صرحت به المحكمة العليا بشأن قرار صادر بتاريخ 15 مارس 1983م عن مجلس قضاء مسيلة قضى بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة بوسعادة في 30 أوت 1982م الذي حكم بتطبيق الطاعنة من المطعون ضده بدون أي مطالبة من المطلقة، وقضى مجلس الاستئناف من جديد على الزوجة الطاعنة بالرجوع إلى محل الزوجية دون قيد ولا شرط، حيث جاء في قرار المحكمة العليا ما نصه: « من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقييم قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها، واشتراط الزوج خلعا قدره 50 ألف دينار، ورغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا (...) فهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف إلى مجلس قضاء مسيلة للفصل فيها من جديد. »⁽²⁾.

وما قرره المحكمة العليا بخصوص نقض قرار صادر بتاريخ 1982/05/03م عن مجلس قضاء بسكرة بين الطاعن وزوجته، المؤيد للحكم الصادر عن محكمة الوادي يوم 1981/10/20

(1) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 161.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 36709 بتاريخ 1985/04/22م، قضية (س خ) ضد (ق م)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الأول، ص 92.

القاضي بالتطبيق بين الزوجين المتخاصمين وعلى الزوجة بدفعها مبلغ 3000 دج مقابل تسريحها خلعاً، حيث جاء في قرار المحكمة العليا: « متى كان من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً، ولا يجوز حينئذٍ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع، إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين، وكان الزوج غير راضٍ بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائياً انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على مخالفة هذا المبدأ الشرعي (...) لهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 1982/05/30 عن مجلس قضاء بسكرة وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس للفصل فيها من جديد طبقاً للقانون.⁽¹⁾ »

وما جاء في قرار آخر لها صدر بناءً على طلب نقض وإبطال قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 2000/03/08م القاضي بتأييد الحكم الصادر عن محكمة عين الحمام يوم 1999/06/23م القاضي برفض دعوى الطاعنة المتعلقة بالتطبيق، حيث نص قرار الطعن على أن « أن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانوناً وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين (...) لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قبول الطعن شكلاً وموضوعاً، نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 2000/03/08 وإحالة القضية والطرفين لنفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد...⁽²⁾ »

أمام وضع كهذا لم يكن أمام المشرع بدٌّ من إعادة النظر في نص المادة (57) من قانون الأسرة لصياغتها على نحو يجعلها إما قاصرة على الطلاق وحده، أو شاملة لكل فرق النكاح دون استثناء، وهو الخيار الذي استقر عليه بمقتضى تعديل سنة 2005م عندما نص في المادة السالفة على أن « تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطبيق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. »

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 33652 بتاريخ 1984/06/11م، قضية (ض الله م ب أ) ضد (بن م ع)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الثالث، ص38.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 252994 بتاريخ 2000/11/21م، قضية (ل ف) ضد (ر ك)، المجلة القضائية لسنة: 2001م، العدد الأول، ص293.

هذا يعني أن الأحكام بالخلع لم تعد قابلة للاستئناف كما كان عليه الوضع قبل تدخل المشرع، بخلاف الأصل في شأن الأحكام الابتدائية - الفاصلة في النزاع الموضوعي - عموماً، من حيث جواز استئنافها، إذ يعتبر نظر النزاع على درجتين - كما سبق القول - ضماناً أساسيةً للتقاضي، لا يجوز بحال حجبها عن الخصوم بغير نص صريح قائم على أسس موضوعية، وأن الخروج عليها لا يفترض بغير مسوغ، سواء تم النظر إلى الطعن بالاستئناف في الأحكام الابتدائية باعتباره طريقاً محتوماً لمراقبة سلامتها وتقوم اعوجاجها، أم كوسيلة لنقل النزاع برتمه وبكامل عناصره إلى المحكمة الاستئنافية لتجليل فيه بصرها من جديد، لأن الحكم الواحد في النزاع لا يقدم - وإن تم الاحتياط لذلك - ضماناً كافياً يرمى العدالة ويؤمن فعالية سيرها، وفقاً للمستويات التي تلتزمها الأمم المتحدة.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري - على غرار ما ذهب إليه بعض القوانين العربية - وباستبعاده لحكم الخلع من الطعن عليه بالاستئناف - على خلاف الأصل المقرر بالنسبة إلى غيره من الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى وبغير مسوغ مقبول - يكون قد أحل بضمانة أساسية من ضمانات التقاضي، وهي وجوب نظر النزاع على درجتين، الأمر المخالف لنص الدستور⁽¹⁾.

صحيح أنه يحق للمشرع تقييد المبدأ، ولكن ينبغي أن يستند هذا التقييد في المقام الأول إلى اعتبارات الملاءمة المتعلقة أساساً بالسياسة التشريعية، وهي الحلقة المفقودة في مسألة الحال، طالما أن الخلع في جوهره لا يعدو أن يكون تطبيقاً يتعين معه إخضاع القاضي الابتدائي للرقابة من خلال إقرار مبدأ التقاضي على درجتين في شأنه، وأن ما جنح إليه المشرع ليس سوى مجرد هوس بترقية المركز القانوني للمرأة في فسخ النكاح، بجعله للخلع مساوياً للطلاق من كل الوجوه.

وأدنى ما يمكن أن يحققه الطعن بالاستئناف على الحكم الصادر بالخلع - لاسيما في الأحوال التي تلحد فيها الزوجة لإيقاعه رغماً عن إرادة الزوج - ما يوفره من فرص مراجعة المختلعة لنفسها، خاصة وأن الفك الذي أقامت على أساسه إدعاءها وحصلت الفرقة بمقتضاه، يبنى في الغالب على أسباب عارضة وظروف مؤقتة سرعان ما تؤول إلى زوال، فإذا أتاح المشرع أو بالأحرى إن هو أحجم عن حظر المبدأ يكون بلا ريب قد فتح الباب أمام الزوجين لرأب ما تصدع من عرى الزوجية بزوال تلك الظروف التي حملت الزوجة على طلب الفرقة.

(1) يحي إسماعيل، الخلع في القانون المصري (شروطه وأحكامه ومدى دستوريته)، المرجع السابق، ص 23.

والواقع أن القول بهذا الرأي وإن كان يصدق على نظام التطليق من منطلق قيامه على حزمة من الأسباب - حصر المشرع بعضها وأسند تحديد بعضها الآخر إلى السلطة التقديرية للقاضي، ومن ثمة فإن تصور زل محكمة الدرجة الأولى بشأن تقديرها مسألةً واردة لا يمكن غض الطرف عنها، وبالتالي كان حرياً بالمشرع أن يقر مبدأ التقاضي على درجتين بخصوص التطليق لا أن يعطفه على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من حيث عدم جواز الطعن عليه بالاستئناف⁽¹⁾ - فإنه لا يتفق حتماً مع نظام المخالعة، وهو المعنى الذي توخاه المشرع بقصره لنظر دعاوى الخلع على درجة واحدة للتقاضي تحقيقاً لأهداف اجتماعية وحقوقية بعينها، أمرٌ - وعلى الرغم من طابعه الاستثنائي - لا خلاف في كونه من صميم المسائل التي يستقل بها المشرع، وتأتي بها نصوصه موافقةً لأحكام الدستور متى استجمعت الشروط الموجبة لإقرارها⁽²⁾.

وأول الشروط بداهةً - لقصر نظر النزاع على درجة واحدة - شرطٌ شكلي، يتمثل في وجود النص التشريعي الصريح الذي يبيح ذلك، على أن يكون هذا النص مبنياً على أسسٍ سائغةٍ من الناحية الموضوعية، والوضع القائم بنص المادة (57) من قانون الأسرة في شأن الخلع، منطوقاً على الشرطين معاً، بدلالة وجود نصٍ صريحٍ يحظر الاستئناف في أحكام الخلع بقوله: « تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية » بخلاف ما عرفه القضاء في موقفه تجاه المبدأ من تذبذبٍ قبل سن النص، وبدلالة قيام هذا الأخير - في الشرط الثاني - على أسس موضوعية لا يخطئها النظر قطعاً، ومنها أن الخلع الاتفاقي - ولكونه اتفاقي - لا يستوعبه مبدأ التقاضي على درجتين بداهةً من منطلق تراضي الطرفين عليه، وأن الأحكام الصادرة بناءً على اتفاق الخصوم لا تقبل الاستئناف بطبيعتها، كما أن الخلع في هذا الفرض لا يخرج عن كونه طلاقاً كما سبق القول، وبالتالي لا يكون الحكم المصرح به سوى سنداً كاشفاً، من منطلق وقوعه بائناً فور التلفظ به، وأنه متى كان كذلك لا يجوز رفعه، وهي الخاصية التي تحصنه فنياً من الطعن عليه بالاستئناف⁽³⁾، هذا

(1) عبد الفتاح تقي، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، مطبعة دار هومة، الجزائر، 2000، ص 185.

(2) «حيث أن الفصل في هذا النعي يقتضى ابتداء التمييز بين قصر حق التقاضي على درجة واحدة من ناحية، وبين إنكار الحق فيه إنكاراً مطلقاً أو مقيداً من ناحية أخرى، ذلك أن قصر التقاضي في المسائل التي فصل فيها الحكم على درجة واحدة - وهو ما يستقل المشرع بتقديره - ... المحكمة الدستورية المصرية العليا: حكم في قضية 102 لسنة 12 ق، "دستورية بجلسة 19/06/1993م.

(3) بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة، دار الهلال للخدمات الإعلامية، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص 165.

من جهة، ومن جهة أخرى فإن الخلع - وفي الأحوال التي يُباشر فيها دون اعتبار لموافقة الزوج - مناطه إرادة الزوجة خالصة، وأن هذه الأخيرة لا تكون ملزمة عند إيقاعه بإثارة الأسباب التي حملتها عليه، ومن ثمة فإن الأحكام الصادرة به لا تعدو أن تكون بدورها أحكاماً ولائياً عاريةً من سلطة التقدير، قاصرةً على إفراغ إرادة الزوجة في القالب الذي اقتضاه المشرع لنفاذها في مواجهة الغير، وبالتالي فإنه من غير الحكمة إقرار الطعن بالاستئناف عليها، لما في القول بخلافه من إطالة لأمد النزاع بغير جدوى، والحيلولة دون حصول الزوجة على حكمٍ بإنهاء الرابطة الزوجية في مدةٍ معقولةٍ كما هو الشأن بالنسبة للزوج عند إيقاعه للطلاق بإرادته المنفردة، وهو المعنى الذي انتهت إليه المحكمة الدستورية المصرية في قرارها الشهير بالقول: «...وحيث أن التنظيم التشريعي للخلع - طبقاً للنص المطعون فيه - هو تنظيم متكامل ينفرد بكونه وحدة لا تتجزأ في جميع عناصرها ومقتضياتها الشرعية (...) ومن ثم يكون أمراً منطقياً أن ينص المشرع على أن الحكم الصادر بالخلع في جميع الأحوال يكون غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، وتقديراً بان الحكم مبنى هنا على حالة نفسية وجدانية تقررها الزوجة، وتشهد الله وحده على بغضها الحياة مع زوجها وخشيتها هي دون سواها ألا تقيم حدود الله، ومن ثم تنتفي كليةً علة التقاضي على درجتين، حيث تعطى درجة التقاضي الثانية فرصة لتدارك ما عساها تخطئ فيه محكمة أول درجة من حصر اللوائح أو استخلاص دلالاتها أو إلمام بأسباب النزاع، أو تقدير لأدلته، أو إنزال صحيح حكم القانون عليه، بما مؤداه أن دعوى التطليق للخلع تختلف في أصلها وممرها عن أي دعوى أخرى، حيث تقتضي أن يكون الحكم الصادر فيها منهيّاً للنزاع برمته وبجميع عناصره، بما في ذلك ما قد يثار فيها من نزاعٍ حول عاجل الصداق الواجب رده، والقول بغير ذلك يفتح أبواب الكيد واللدن في الخصومة التي حرص المشرع على سدها ويهدم التنظيم من أساسه، فلا يحقق مقاصده الشرعية والاجتماعية المنشودة، ومتى كان ما تقدم، فإن النص الطعين فيما قرره من عدم قابلية الحكم الصادر بالخلع للطعن عليه بأي طريقٍ من طرق الطعن يكون قائماً على أسسٍ موضوعيةٍ تسانده وينهض أيضاً مبرراً لمغايرته - في هذا الشأن - عما سواه من أحكامٍ تصدر بالتطليق للضرر أو لغيره من الأسباب، ومن ثم فلا يكون النص الطعين، فيما تضمنه من عدم قابلية الحكم الصادر بالخلع للطعن عليه بأي

طريق من طرق الطعن، منتقصةً من حق التقاضي أو مارقاً عن مبدأ المساواة، وحيث أن النص الطعن لا يخالف أي حكم آخر من أحكام الدستور، فلهذه الأسباب، حكمت المحكمة برفض الدعوى...»⁽¹⁾.

والمثير للجدل حقاً فيما قرره المشرع المصري بشأن مسألة الحال، وأقرته المحكمة الدستورية عليه، أنه لم يقف عند حد حظر مبدأ التقاضي على درجتين في دعاوى الخلع، بل حصن أحكامه من الطعن عليها بأي طريقٍ من الطرق، بما فيها سبيل الطعن بالنقض، وفقاً لما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة (20) من قانون تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية حين نص على أنه: « ويكون الحكم - في جميع الأحوال - غير قابلٍ للطعن عليه بأي طريقٍ من طرق الطعن »، ولا يخفى بدهشة، ما يمكن أن يؤدي إليه هذا المنع الصارم من مزالت لا سيما في الأحوال التي يكون فيها الحكم بالخلع مشوباً بإحدى أسباب الانعدام أو البطلان كمخالفة قواعد الاختصاص، أو بطلانٍ في الإجراءات الجوهرية⁽²⁾.

غير أن هذا التحصين البات من الطعن على الحكم الصادر بالخلع لا يحول - كما ذهب إليه البعض الآخر وهو الراجح - دون مباشرة صاحب الشأن لدعوى مستقلة ببطلان الحكم المصرح بالخلع متى توافرت شروطها المقررة قانوناً⁽³⁾، وعليه فلا مجال للتحدي بعدم دستورية النص من هذا الوجه، لأن المشرع وإن سدَّ طريق الطعن على حكم الخلع بالاستئناف، لبطلانٍ شابه أو اعتور إجراءاته، فإنه لم يمنع المتقاضي من إقامة دعوى بطلان مستقلة عليه، متى كانت هذه الدعوى مستجمةً لشروطها⁽⁴⁾.

(1) المحكمة الدستورية المصرية العليا، حكم حول دستورية المادة (20) من القانون رقم (1) لسنة 2000 في القضية رقم 201 لسنة 23 ق "دستورية بجلسة 2002/12/15، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 52 (تابع) بتاريخ 2002/12/26.

(2) يحي إسماعيل، الخلع في القانون المصري (شروطه وأحكامه ومدى دستوريته)، المرجع السابق، ص 23.

(3) حسن أحمد حسنين، الخلع شرعاً وقانوناً، دار الصحافة، الطبعة الأولى، 2000م، ص 119.

(4) سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، المرجع السابق، ص 376 و 377.

المبحث الثاني

الإشكالات العملية للخلع المستحدث

بالإضافة إلى الإشكالات الدستورية التي اشرنا إليها فيما سبق، يشير الخلع أيضاً من الناحية العملية بعض المسائل المثيرة للجدل، فهو وإن جاء لتقرير مساواة قانونية لا تفاوت فيها بين المرأة والرجل، نجده قد عجز عن ذلك، بل وأحدث اختلالاً بيناً في المراكز القانونية فيما بين الزوجين (المطلب الأول)، ناهيك عما يفضي من الناحية الفنية من إشكالات في دعاواه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى اتساع النص لفكرة تماثل المراكز القانونية للزوجين

لقد استقيننا من جماع ما أحاط بوضع النص المستحدث من ظروف وملابسات، أن المشرع توخى من ورائه ترقية مركز المرأة والسير بها نحو مساواة كمية مع الرجل، لأن الفلسفة التي ينبني عليها هذا التصور تقوم على أساس التماثل بين الجنسين في الحقوق والواجبات، ولما كان محكم الشريعة يحول بينه وبين ذلك في مسألة إناطة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة كما هو الشأن بالنسبة للزوج، حور واضع النص نظام المخالعة الشرعي في بعض جوانبه بما يخدم هذا التوجه.

غير أن اهتمام المشرع انصب عند صياغته للنص على كيفية تكريس المساواة في حق إيقاع الفرقة دون النظر إليها من جميع الجوانب، وهو ما يحملنا على التساؤل عن مدى تحقيقه - بمقتضى ما استحدثته في مسألة الحال - للمساواة المنشودة بين الرجل والمرأة، من خلال بحثنا لمدى مسؤولية المختلعة عن استعمال حقها في الخلع بإرادتها المنفردة، في مقابل ما هو مقرر قانوناً من مسؤولية للمطلق عند تعسفه في مباشرة حقه في الطلاق بإرادته المنفردة (الفرع الأول)، على النقيض من ذلك، ولما كان الخلع حقاً خالصاً للزوجة يسوغ لها إعماله متى شاءت وكيف شاءت، وأن عمل القاضي إزاءه لا يعدو أن يكون عملاً ولائياً، كما هو الشأن في مواجهة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، يحق لنا التساؤل عن مدى صحة خلعهما لزوجها بإرادتها المنفردة خارج ساحة القضاء، قياساً على اعتداد بعض القضاة بطلاق الزوج لزوجته دون حكم، وتثبيتهم له (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدى مسؤولية المختلعة عن استعمال حقها في الخلع

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة تنصيصاً، الأمر الذي يدعونا لتقفي الحل في عموم الشريعة الإسلامية فيما اتفقت فيه مع التشريع (أولاً)، غير أن تجاوز قانون الأسرة لأحكام الشريعة وتقنيته لخلعه الخاص، يصرفنا إلى القواعد العامة، لبحث مدى اتساعها لاحتواء مسؤولية المختلعة عن استعمال حقها في الخلع (ثانياً).

أولاً: مدى مسؤولية المختلعة من منظور فقهي

سنعكف في المبتدأ على بحث الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية (أ) ثم نحاول انتهاءً إسقاط النظرية على الحق في الخلع (ب).

(أ) أساس المسؤولية: تقوم مسؤولية المختلعة شرعاً على أساس المضاراة أو التعسف في استعمال حقها، ولما كان من غير الممكن تصور التعسف في استعمال الحق إلا بتصور الحق ذاته وجب بيان مفهوم هذا الأخير (١) قبل فحص حقيقة التعسف فيه (٢).

(١) مفهوم الحق: يعرف الحق بكونه اختصاصٌ يخول لصاحبه سلطاناً على الشيء اقتضاءً أو أداءً، من شخصٍ معينٍ قصد تحقيق مصلحةٍ مقصودةٍ شرعاً، أي جديرةً بالرعاية والاعتبار^(١)، وهو تعريف فقهي - على الرغم من تأثيره بما انتهى إليه فقهاء القانون - يظل وفاقاً في مضمونه لقواعد الشريعة، التي يتعين على القاضي الاحتكام إليها في مسألة الحال بإحالة من القانون، ومن خلاله يُستخلص ما توفره الشريعة من حلول بشأن تحديد مسؤولية الزوجة في مسألة الحال.

وبالجملة فإن كلمة الاختصاص التي انطوى عليها التعريف، تفيد الانفراد والاستئثار، أي تفرد صاحب الحق بما أقره الشرع من حقٍ لفائدته، إذ لا وجود لفكرة الحق إلا بوجود عنصر الاختصاص، وتقييد الاختصاص أو الاستئثار بما يقرره الشرع^(٢) يُخرج من التعريف ما تم الاستئثار به دون وجه مشروع، لأنه لا ينشئ لصاحبه - وإن تفرد به - حق فيه.

(١) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف - باء - الأديب، دمشق، الطبعة التاسعة، 1968م، ج3، ص10.

(٢) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1977م، ص95.

فإقرار الشرع لعنصر الاختصاص يضيف عليه صفة المشروعية، التي يتوخى من ورائها الشارع تحقيق مصلحة محددة، إذ يتعين على صاحب الحق استهداف المصلحة التي قصدها الشرع، لأنها علة ما بيده من اختصاص شرعي، وما ينفك عن هذا الأخير من سلطة لفائده، وبالتالي إذا استهدف صاحب الحق بحقه مصلحة غير مقصودة شرعاً، أو اتخذ منه وسيلة للإضرار بغيره، تجرد اختصاصه من صفة المشروعية، لكونه أصبح وسيلة لمقصد مخالفٍ وغرض غير مشروع.

وهي المعالم التي أُسس بمقتضاها لنظرية التعسف في استعمال الحق، من خلال تقييد الحق بمصلحة مشروعة، هي مناط ما لصاحبه من اختصاص واستثثار، فإذا خرج هذا الأخير عن الغاية التي حددها الشارع للحق، زال بمخرجه ما يوفره الشرع من حماية لذلك الاختصاص، فالحق في الفقه الإسلامي إذن، مقيدٌ بالغاية المرسومة له شرعاً، وليس حقاً مطلقاً لا ضابط له ولا حدود.

فالشارع الحكيم حينما أقر الحق للإنسان - بما سنه من أحكام - إنما فعل ذلك لحكمة، هي مصلحة قصد تحقيقها من ورائه⁽¹⁾، وإلا كان المنح بغير غاية، والله تعالى منزّه في تشريعه عن العبث، ذلك أن الأحكام الشرعية كما هو مقرر عند علماء الأصول والمقاصد معللة بغايات مرصودة إما لدرء المفاسد أو جلب المصالح⁽²⁾، أو بتعبير أوجز، وُضعت لمصالح العباد في العاجل والآجل⁽³⁾.

كما أن الأصل فيما أوجده الشرع من حقوق، أنها محددة غير مطلقة، لأنها منحة من الشارع في الأساس، فوجب أن تكون مقيدة بما قيده الشارع ابتداءً، فالحق مبدولٌ لأجل مصلحة قصد الشارع

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ص71.

(2) «وَالشَّرِيعَةُ كُلُّهَا مَصَالِحٌ إِمَّا تَدْرَأُ مَفَاسِدَ أَوْ تَجْلِبُ مَصَالِحَ» أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة منقحة، 1414هـ - 1991م، ج1، ص11.

(3) «فَإِنَّ الشَّرِيعَةَ مَبْنَاهَا وَأَسَاسُهَا عَلَى الْحُكْمِ وَمَصَالِحِ الْعِبَادِ فِي الْمَعَاشِ وَالْمَعَادِ، وَهِيَ عَدْلٌ كُلُّهَا، وَرَحْمَةٌ كُلُّهَا، وَمَصَالِحُ كُلُّهَا، وَحُكْمَةٌ كُلُّهَا، فَكُلُّ مَسْأَلَةٍ خَرَجَتْ عَنِ الْعَدْلِ إِلَى الْجَوْرِ، وَعَنِ الرَّحْمَةِ إِلَى ضِدِّهَا، وَعَنِ الْمَصْلَحَةِ إِلَى الْمَفْسَدَةِ، وَعَنِ الْحُكْمَةِ إِلَى الْبُغْثِ، فَلَيْسَتْ مِنَ الشَّرِيعَةِ وَإِنْ أُدْخِلَتْ فِيهَا بِالتَّأْوِيلِ» ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج3، ص11. «إِذَا، ثَبَتَ أَنَّ الشَّارِعَ قَدْ قَصَدَ بِالتَّشْرِيعِ إِقَامَةَ الْمَصَالِحِ الْآخِرِيَّةِ وَالْدُّنْيَوِيَّةِ، فَذَلِكَ عَلَى وَجْهِ لَا يَحْتَلُّ لَهَا بِهِ نِظَامٌ، لَا يَحْسَبُ الْكُلُّ وَلَا يَحْسَبُ الْجُزْءُ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ مَا كَانَ مِنْ قَبِيلِ الضَّرُورِيَّاتِ أَوْ الْحَاجَّاتِ أَوْ التَّحْسِينِيَّاتِ» إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1997م، ج2، ص62.

تحقيقها بشرعية الحق نفسه، فتعين أن تكون مباشرة الفرد لحقه مقيدة بما يحقق تلك المصلحة، حتى يكون قصده في استعمال حقه موافقاً لقصد الله في التشريع، وإلا كان مناقضاً للشرع، الأمر الذي يستتبع بالضرورة مساءلة صاحبه.

من جهة أخرى فإن الحق في الشريعة ليس غايةً في ذاته، بل هو مجرد وسيلةٍ مهيأةٍ للوصول إلى المقصد الذي شرع من أجله الحق، ويتعلق الأمر بالمصلحة، إذ لو كان الحق هدفاً لجاز للفرد أن يتصرف فيه وفق رغبته وهواه.

صحيح أن الشريعة خولت الفرد حقوقاً شخصيةً، إلا أنها كبلتها بما ألقت على عاتقه من مسؤوليات دينية وديونية تمنع لحوق الضرر بغيره عند ممارسته لها، أي أن حقوق الأفراد في الشريعة الإسلامية مقيدة في استعمالها بمراعاة مصلحة الغير، إذ ليس لصاحب الحق مطلق الحرية في إتيان حقه على النحو الذي يشاء، من غير أن يحد من إرادته وازع أو يقف دونها مانع حتى وإن تعسف في استعمال حقه وألحق ضرراً بالآخرين⁽¹⁾.

لكن ما المقصود بضابط المصلحة الذي تضمنه ما سيق من كلام حول تعريف الحق في الشريعة بوجه عام؟

المصلحة وجمعها مصالح، مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بالنسبة للنفع، وتنصرف لغةً إلى ما فيه الخير والمنفعة⁽²⁾، فكل ما فيه نفع المرء سواء بالجلب كتحصيل اللذات، أو الاتقاء كتلافي الآلام، جدير بأن يسمى مصلحة⁽³⁾.

(1) محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 1969م، ص421.

(2) «مَصْلَحَة (مفرد): ج مَصْلَحَات ومَصَالِح: ما فيه صلاح شيء أو حال (...) ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال العائدة عليه بالنفع "مصلحة شخصية - أضرت بمصالح الآخرين" تضاربت المصالح: تعارضت - زواج مصلحة: زواج يُعقد طمعاً في كسب اجتماعي أو سياسي أو اقتصادي.» أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، المرجع السابق، ج2، ص1314. «(المصلحة) الصَّلاح وَالْمَنْفَعَة.» إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج1، ص520.

(3) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة، الجزائر - مكتبة الرحاب، دمشق - مؤسسة الرسالة، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص24. مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة لمختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم - دار العلوم الإنسانية، الطبعة الثانية، 1983م، ص28 و29.

هذا وتطلق اصطلاحاً على المنفعة التي يتوخاها الشارع الحكيم لحفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال⁽¹⁾، بتحصيل المنفعة نفسها أو درء المضرة⁽²⁾

فالمصلحة إذن هي المنفعة التي يسعى الإنسان لتحقيقها بكفالة من الشرع، فيما أثبتته من حقوق لمصلحته، فهي فطرةٌ جَبَلَ الخالق خلقه عليها، ولا يزال المرء يحصِّل من أسباب العلم ما يضمن له إشباعها، ويدفع عنه المفسدة والضرر، إذ أنه ينتقل من طور إلى طور في المعرفة، إلى أن يصير بصيراً بالمنافع فيقصددها، وبالمفاسد فيتجنبها⁽³⁾.

على أن المنفعة تتسع لتشمل فضلاً عن تحصيل اللذة ما كان وسيلةً لجلبها، وفوق دفع الألم ما كان أداةً لصدده، بتعبير آخر، هي اللذة تحصيلاً أو إبقاءً، فالتحصيل جلب اللذة مباشرة، والإبقاء هو الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها⁽⁴⁾.

هذا ولا يفهم من تعريف المصلحة بدلالة المنفعة، قصور معناها على ما هو حسي من اللذات والآلام، بل يمتد أيضاً ليشمل جانبها المعنوي⁽⁵⁾، فالتعبير عن المصلحة بالمنفعة واللذة، لا يفيد بحال أنها تنحصر برمتها في تلبية الشهوات وإشباع الغرائز الجسمية، بل هي لذات ومنافع متعددة الوجوه والأبعاد،

(1) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 24. مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة لمختلف فيها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 28 و 29.

(2) «أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولنا نغني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصالح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نغني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وماله، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة.» أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1413هـ - 1993م، ص 174.

(3) ابن ناجي الغروي، شرح متن الرسالة، يعلوه شرح زروق على متن الرسالة، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1982م، ج 1، ص 7.

(4) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 27.

(5) «المصالح أربعة أنواع: اللذات وأسبابها، والأفراح وأسبابها. والمقاصد أربعة أنواع: الآلام وأسبابها، والغموم وأسبابها، وهي منقسمة إلى دنيوية وأخروية» أبو محمد عز الدين عبد العزيز السلمي، قواعد الأحكام، المرجع السابق، ج 1، ص 11 و 12. «وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتكمال عيشه، ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق» إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج 2، ص 62.

ومثله يقال عن المفسد⁽¹⁾، ومن ثمة فإن المصلحة هي كل متعة ولذة جسمية كانت أو نفسية أو عقلية أو روحية، والمفسدة هي كل ألم ومعاناة بالمحددات السابقة⁽²⁾.

غير أن هذه المتع واللذات، تعتبر في حدود ما يتوخاه الشارع الحكيم من ورائها، لا بحسب ميول أصحابها، فالمعتبر هو جهة المصلحة التي هي عماد الدين والدنيا، لا جهة هوى النفس⁽³⁾، لذا فإن الشرع لا يحول بين صاحب الحق - عند إتيان حقه - وغاية تحصيله للمنفعة، لأن المنفعة في الأساس، مقصد الحق ومبتغاه بقطع النظر عن كونها شخصية أو ممتدة لغيره، فحب تحقيق المنافع أمر فطري في الإنسان، فلا غرابة عندئذٍ من أن تكون المصالح والمنافع محور تشريع الله لأحكامه، غير أن ميزان هذه المنافع مضبوط بحياتي الدنيا والآخرة معاً، حتى أن النظرة إلى مصالح الدنيا محكومة بسلامتها في الآخرة، مما يضمن ثبات مدلول المنفعة أو المصلحة، وعدم اختلافه باختلاف الأمزجة والميول⁽⁴⁾.

والحاصل أن فكرة المصلحة في الشريعة الإسلامية تكتسي بعداً دينياً تعبدياً، فهي غير محصورة في الشق الدنيوي فحسب - وإن كانت تتعلق بمصالح ومعاش العباد ومعاملاتهم الدنيوية - بل لها بعد أخروي، من منطلق ارتباط التصرف - المراد تحقيق المصلحة من وراءه - بالأجر والثواب في الدار

(1) أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1995م، ص235. «فالتعبير عن المصلحة باللذة والمتعة، لا يعني -أبداً- أن المصلحة منحصرة في تلبية الشهوات وإشباع الغرائز الجسمية، وإنما هي لذات ومتع ومنافع متعددة الوجوه والأبعاد. ومثل هذا يقال عن المفسد.» أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المرجع السابق، ص235.

(2) «وحقيقة المصلحة هي كل لذة ومتعة، جسمية كانت أو عقلية أو روحية، وحقيقة المفسدة هي كل ألم وعذاب، جسمياً كان أو نفسياً أو عقلياً أو روحياً.» أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المرجع السابق، ص235.

(3) «المَصَالِحُ الْمُجْتَلَبَةُ شَرْعاً وَالْمَفَاسِدُ الْمُسْتَنَدَفَةُ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ مِنْ حَيْثُ تُقَامُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لِلْحَيَاةِ الْآخِرَةِ، لَا مِنْ حَيْثُ أَهْوَاءُ النَّفْسِ فِي جَلْبِ مَصَالِحِهَا الْعَادِيَّةِ، أَوْ دَرْءِ مَفَاسِدِهَا الْعَادِيَّةِ، وَالذَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ أُمُورٌ: أَحَدُهَا: مَا سَيَأْتِي ذِكْرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ أَنَّ الشَّرِيعَةَ إِنَّمَا جَاءَتْ لِتُخْرِجَ الْمُكَلَّفِينَ عَنْ دَوَاعِي أَهْوَائِهِمْ حَتَّى يَكُونُوا عِبَادًا لِلَّهِ، وَهَذَا الْمَعْنَى إِذَا ثَبَتَ لَا يَجْتَمِعُ مَعَ فَرْضِ أَنْ يَكُونَ وَضْعُ الشَّرِيعَةِ عَلَى وَفْقِ أَهْوَاءِ النَّفْسِ، وَطَلَبِ مَنَافِعِهَا الْعَاجِلَةِ كَيْفَ كَانَتْ، وَقَدْ قَالَ رَبُّنَا سُبْحَانَهُ: ﴿وَلَوْ أَتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾ (...) فَالْمُعْتَبَرُ إِنَّمَا هُوَ الْأَمْرُ الْأَعْظَمُ، وَهُوَ جِهَةُ الْمَصْلَحَةِ الَّتِي هِيَ عِمَادُ الدِّينِ وَالْدُّنْيَا، لَا مِنْ حَيْثُ أَهْوَاءُ النَّفْسِ» إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج2، ص63 و64. «وقد شرعت القُثُودُ لتناول هذه المَنَافِعِ مِنْ بَيْعٍ وَإِيجَارٍ وَشَرَكَةٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ يَمَّا يَجْلِبُ النَّفْعُ عَلَى الْفَرْدِ وَعَلَى الْجَمَاعَةِ، وَأُقِيمَتْ عَلَى أَسَسِ قَوِيَّةٍ وَلَمْ تَتْرَكْ لِتَرَاثِي الْمُتَعَاقِدِينَ حَسَبِ أَهْوَائِهِمْ بَلْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ.» عطية بن محمد سالم (المتوفى: 1420هـ)، محاسن الشريعة ومساوئ القوانين الوضعية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى - 1393هـ - 1973م، ص23.

(4) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص28.

الآخرة، لأن مشروعية جميع أحكام العباد تعود في نهاية المطاف إلى قدر مشترك من التعبد⁽¹⁾، ولا يوجد - عند التحقيق - حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى⁽²⁾ بقدر ما يلاسه من نية، عملاً بقوله ﷺ فيما روي عنه من طريق عمر بن الخطاب ﷺ: « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَّا نَوَى. »⁽³⁾، ذلك أن الشارع الحكيم قضى - عند وضعه للأحكام - أن يكون اكتساب مصالح الدنيا سبيلاً لنيل سعادة الآخرة، ولا يتوصل إلى ذلك حتماً إلا إذا اتخذ الإنسان من جميع مقومات حياته وسعادته في الدار الأولى، سبيلاً وواسطة لاكتساب سعادة الدار الآخرة، مصداقاً لقوله ﷺ: ﴿ قُلْ إِن صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾⁽⁴⁾.

إن قيمة المصلحة لا تنحصر قطعاً فيما تنطوي عليه من لذة مادية ينشدها الإنسان، بل تنبع من اشتراك حاجات كل من البدن والروح، وضابطها ارتباط تصرف الشخص بقوة عقيدته، فإن توخى هذا الأخير بتصرفه تحقيق مصلحة له، وسعى لها سعيها على النحو الذي أراده الشارع، كان ذلك دليلاً

(1) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 37.

(2) «وَلَا يُوجَدُ حَقُّ الْعَبْدِ إِلَّا وَفِيهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى» أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق المعروف بالفروق، يليه «إدراج الشروق على أنوار الفروق وهو حاشية الشيخ قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط (723هـ) لتصحيح بعض الأحكام وتنقيح بعض المسائل» يليه «تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد بن علي بن حسين مفتي المالكية بمكة المكرمة (1367هـ) ، وفيها اختصر الفروق ولخصه وهذبه ووضح بعض معانيه»، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 1، ص 141. «مَا مِنْ حَقٍّ لِلْعِبَادِ يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِهِمْ أَوْ لَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِهِمْ إِلَّا وَفِيهِ حَقُّ لِلَّهِ» أبو محمد عز الدين عبد العزيز السلمي، قواعد الأحكام، المرجع السابق، ج 1، ص 167.

(3) أبو داود الطيالسي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 37، ج 1، ص 41. أبو بكر عبد الله الحميدي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 168 و 300، ج 1، ص 303 و 393. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1 و 54، ج 1، ص 6 و 20، ورقم: 2529، ج 3، ص 145، ورقم: 3898، ج 5، ص 56، ورقم: 5070، ج 7، ص 3، ورقم: 6689، ج 8، ص 140، ورقم: 6953، ج 9، ص 22. مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، المرجع السابق، الحديث رقم: 1907، ج 3، ص 1515. محمد بن ماجه، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 4227، ج 2، ص 1413. أبو داود، السنن، المرجع السابق، الحديث رقم: 2201، ج 2، ص 262. أبو بكر البزاز، البحر الزخار، المرجع السابق، الحديث رقم: 257، ج 1، ص 380. أبو عبد الرحمن النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 78، ج 1، ص 101، ورقم: 4717، ج 4، ص 443، ورقم: 5601، ج 5، ص 267، ورقم: 11804، ج 10، ص 389.

(4) سورة الأنعام، الآية 162.

على كمال إيمانه، لذا نجد الشرع يحث العبد على تزكية نفسه من شرورها عملاً بما جاء في قوله ﷻ: ﴿كَمَا أَرْسَلْنَا فِيكُمْ رَسُولًا مِّنْكُمْ يَتْلُوا عَلَيْكُمْ ءَايَاتِنَا وَيُزَكِّيكُمْ وَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُعَلِّمُكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁾، وقوله ﷻ: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَن تَزَكَّى ۖ وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾⁽²⁾، ولا ريب أن الغرض من تشريع هذه التزكية ليس الوصول إلى المزيد من الإشباع المادي واللذة الجسدية، بل التصدي لما يعتري روح الإنسان من أمراض لا تتفق انتهاءً مع فطرتها الصافية، وهذه مصلحة مستقلة بذاتها⁽³⁾.

في الأخير يمكننا القول، أن مصلحة الدين مقدمة على كل المصالح الأخرى، باعتبار الدين أساساً لها، وهي خاصية تعزى في وجودها للخاصيتين السابقتين⁽⁴⁾، لأن البعد التعبدى للمصلحة، ومراعاة القيم الروحية لا المادية فقط، وشعور العبد بهما عند تصرفه، ناتج عن مدى تشبعه بدينه، فالسعي إلى إرضاء الله، والرغبة في النعيم بالخلود في جنته، من أعظم المصالح في حياة الإنسان على الإطلاق، لذا وجب أن تُرصد جميع المنافع الفرعية، لخدمة هذه المصلحة العظمى وأن تسخر لتحقيقها، لأنها المصلحة الأقصى نفعاً⁽⁵⁾.

نخلص مما سبق إلى حقيقة قوامها، أن الغاية من فكرة الحق شرعاً - بكل ما تنطوي عليه من ضوابط ومحددات - تكمن في تحقيق مصالح ومنافع يستهدف الشرع تحقيقها لصاحب الحق فرداً كان أو جماعةً، كما يستفاد من جماع ما سقناه آنفاً وجوب مشروعية المصلحة، أي أن يقرها الشرع بحكم يكتسب الحق بمقتضاه حمايةً وحصانةً، بحيث إذا انتفت صفة المشروعية عن المصلحة كانت غير جديرة بالاعتراف، وسقطت في إثرها كل حماية عن الحق، وبالتالي فإن إقرار الشارع لصاحب الحق بالاختصاص واستثارة بموضوعه واستعماله له، ليس مطلقاً، بل يكون مقيداً في كل الأحوال بمشروعية المصلحة، فالشرع لا يحمي قطعاً الصلة القائمة بين صاحب الحق والمصلحة غير المشروعة، لأنها ليست المصلحة المعنية التي حولها الشارع إياه، وقد صارت بمقتضى هذا الوصف غير ذات قيمة.

(1) سورة البقرة، الآية 151.

(2) سورة الأعلى، الآيتين 14 و 15.

(3) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 55.

(4) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 56.

(5) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 57.

ومن حالاتها الأكثر شيوعاً أن ما شرع من مصالح جزئية للأفراد تفقد صفة مشروعيتها، إذا ما تعارضت مع مصالح جزئية أخرى، فنستقي من كل ما سبق، مدى صلة تعريف الحق بنظرية التعسف في استعماله لأن تقييد المصلحة الجزئية - بالألا تتنافى وتعاليم الشريعة ومبادئها العامة ومقاصدها الأساسية، أو ما يعبر عنه أهل القانون بكون المصلحة محمية - هو معيار نظرية التعسف وأساسها.

(٢) حقيقة التعسف في استعمال الحق: لقد عرّفنا الحق بكونه اختصاصاً يخول لصاحبه سلطاناً على الشيء اقتضاءً أو أداءً، من شخص معين قصد تحقيق مصلحة مقصودة شرعاً، أي جديرة بالرعاية والاعتبار، لذا كان التصرف أو الحق - حال لحوق الضرر بالغير جراء استعماله - مخالفاً محظوراً، فصار بهذه الصفة اختصاصاً غير مشروع، لأن منع الضرر ودرأ المفسدة مقصودين شرعاً. في ضوء ما ذكرنا من أسس للحق في مفهومه وفي مراعاة المصلحة الشرعية التي يجب أن يتقيد بها عند استعماله باعتبارها المقصد من إتيانه، وفيما يتعين أن يتحلى به من أبعاد أخلاقية واجتماعية، تجد نظرية التعسف في استعمال الحق معناها الواسع في الفقه الإسلامي، بالإضافة إلى المبادئ العامة للتشريع التي تنبني عليها هذه الأسس ومنها القواعد الفقهية العامة التي صاغها العلماء من استقراءهم للمضمان الشرعية، إلى جانب المؤيدات الواردة في الكتاب والسنة وعمل الصحابة، وسنكتفي بالإشارة إلى بعض هذه القواعد على نحو موجز، ومن أهمها قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ومبدأ سد الذرائع، والأموال بمقاصدها.

أما عن القاعدة الأولى، فما روي عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا ضَرَرَ، وَلَا ضِرَارَ»^(١)، كما روي مرسلاً عن الإمام مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه^(٢)، وقد أرسى هذا الحديث بوجيز عباراته أصلاً من أصول الدين، وفحواه صد الضرر بجميع وجوهه وصوره^(٣)،

(١) سبق تخريجه.

(٢) مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، الحديث رقم: 31، ج 2، ص 745. محمد بن إدريس الشافعي، المسند، المرجع السابق، الحديث رقم: 1493، ج 3، ص 224. أبو بكر البيهقي، السنن الصغير، المرجع السابق، الحديث رقم: 2088، ج 2، ص 303. أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، الحديث رقم: 11385 و 11878، ج 6، ص 115 و 258، ورقم: 20444، ج 10، ص 225. أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المرجع السابق، الحديث رقم: 12255، ج 9، ص 33.

(٣) «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» هَذَا فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى تَحْرِيمِ الضَّرَرِ عَلَى أَيِّ صِفَةٍ كَانَ (...) فَإِنَّهُ قَاعِدَةٌ مِنْ قَوَاعِدِ الدِّينِ تَشْهَدُ لَهُ كُلِّيَّاتٌ وَجُزْئِيَّاتٌ. «محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 5، ص 311.

وقد عكف الشارع الحكيم - إن في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة - تفصيل ما ورد مجملًا فيه، كالنهي عن المضارة في الوصية، وفي الرجعة، وفي الإرضاع.

وعلى الرغم من اختلاف الفقهاء في المراد بالضرر والضرار، حيث قيل: أن الضرر اعتداء مبتدأ من الشخص على الغير في بدنه أو ماله أو شعوره، والضرار أن يلحق ضرراً فيما ذكرنا بمن أضر به، كما قيل أن الضرر أن يضر بغيره مع استهداف المنفعة لنفسه، بينما يقع الضرر صرفاً - في الضرر - بغير نفع⁽¹⁾، فإن الحديث ينصرف إلى حظر الضرر بجميع أنواعه وطرائقه، يستوي أن يكون بالتسبب أو المباشرة، كما يستوي أن يكون الفعل الذي آل عنه التعدي مشروعاً أو غير مشروع، لأن الحديث أقر منع الضرر على نحو مطلق من غير قيد أو شرط، الأمر الذي يجعل منه أصلاً من الأصول التي تبني عليها نظرية التعسف في استعمال الحق، كما قطع به علماء الأصول⁽²⁾، فهو صريح - من جهة إطلاق لفظه - في إرساء هذه النظرية في معيارها المادي المبني على نفي الضرر الناشئ عن الأفعال المباحة أصلاً وغير المباحة من باب أولى⁽³⁾.

وأما القاعدة الثانية، فهي الذريعة، ويراد بها الوسيلة أو السبب إلى الشيء⁽⁴⁾، وحققتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة، سواء كانت الوسيلة المتذرع بها قولاً أو فعلاً⁽¹⁾، أي كل شيء ظاهره الإباحة ويتوصل به إلى فعل المحذور.

(1) «وَاخْتَلَفُوا فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الضَّرِّ وَالضَّرَارِ، فَقِيلَ: إِنَّ الضَّرَّ: فِعْلُ الْوَاحِدِ، وَالضَّرَارُ: فِعْلُ الْإِثْنَيْنِ فَصَاعِدًا، وَقِيلَ: الضَّرَارُ: أَنْ تَضُرَّ بِغَيْرِ أَنْ تَنْتَفِعَ، وَالضَّرُّ: أَنْ تَضُرَّ وَتَنْتَفِعَ أَنْتَ بِهِ وَقِيلَ: الضَّرَارُ: الْجَزَاءُ عَلَى الضَّرِّ، وَالضَّرُّ: الْإِتِّدَاءُ.» محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج5، ص312.

(2) «فَالْأَصْلُ عِصْمَةُ الْإِنْسَانِ عَنِ الْإِضْرَارِ بِهِ وَإِلَافَتُهُ.» إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج3، ص78. «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» وَهُوَ عَامٌّ فِي كُلِّ حَرَجٍ وَضِرَارٍ، ضَرُورُهُ كَوْنُهُ نَكِيرَةً فِي سِيَاقِ النَّفْيِ. «أَبُو الْحَسَنِ سَيِّدُ الدِّينِ الْأَمَدِيُّ، الْإِحْكَامُ فِي أَصُولِ الْأَحْكَامِ، المرجع السابق، ج4، ص229.

(3) «يَعْتَبَرُ قَانُونًا عَامًّا فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ، هُوَ الَّذِي يَقُومُ عَلَيْهِ كُلُّ نَظَرِيَّةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ، فَإِنْ فَحَوَى هَذِهِ النَظَرِيَّةُ هُوَ مَنَعُ اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ عَلَى وَجْهِ يُلْحِقُ الضَّرَرَ بِالْغَيْرِ أَوْ عَلَى وَجْهِ يَكُونُ فِيهِ الضَّرَرُ الَّذِي يُلْحِقُ الْغَيْرَ أَكْثَرَ مِنَ النِّفْعِ الَّذِي يَعُودُ عَلَى صَاحِبِ الْحَقِّ بِحَيْثُ يَنْعَدِمُ التَّنَاسُبُ بَيْنَهُمَا، وَهَذَا مَا نَصَّ الْحَدِيثُ عَلَى مَنَعِهِ وَأَفَادَ وَجُوبَ إِزَالَةِ آثَارِهِ إِذَا وَقَعَ.» عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة، ص68.

(4) «الذَّرِيعَةُ، كَسَفِينَةٍ: الْوَسِيلَةُ وَالسَّبَبُ إِلَى شَيْءٍ، يُقَالُ: فَلَانٌ ذَرِيعَتِي إِلَيْكَ، أَيْ سَبَبِي وَوَصْلَتِي الَّذِي أَتَسَبَّبُ بِهِ إِلَيْكَ.» مرتضى الزبيدي، تاج العروس، المرجع السابق، ج21، ص12. «ثُمَّ جُعِلَتِ الذَّرِيعَةُ مَثَلًا لِكُلِّ شَيْءٍ أَذْنَى مِنْ شَيْءٍ وَقَرَّبَ مِنْهُ» محمد بن

ولما كانت الذريعة سببا موصلاً إلى المحذور، أي إلى المفسدة، أوجب العلماء سدها وقطع الطريق أمامها، حتى صار هذا الأصل معروفاً بمبدأ سد الذرائع، وقوامه حسم مادة أسباب الفساد ووسائله دفعاً له⁽²⁾.

وقد صنف الفقهاء التصرفات من حيث مآلها - في ضوء هذا المبدأ - إلى المضرة والمفسدة، فأفصحوا بذلك عن الضوابط التي يقاس بها الفعل المأذون فيه من حيث مآله، سواء كان المعيار ذاتياً، أي متعلقاً بقصد المتصرف حين تتجه نيته إلى إحداث الضرر، أو مادياً ينبني في تقديره للتعسف على الضرر المترتب عن التصرف، وفق مبدأ الموازنة بين المصلحة المرجوة والضرر الحاصل، فإذا رُجح جانب هذا الأخير عن الأولى وجب منع العمل بصرف النظر عن دوافع ومرام صاحب الحق من وراء إتيان حقه.

فلسفة التشريع الإسلامي المبنية على الاحتياط، تتناغم وهذا المبدأ الذي يمثل جانبها الوقائي في صد المفاسد والأضرار، وهو عين دور نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي⁽³⁾، مما يحملنا على الجزم بتطابق المبدأ والنظرية، لمراعاة كليهما دوافع التصرف ومآله في قياس مدى مشروعيته.

مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر- بيروت، الطبعة الثالثة - 1414هـ، ج8، ص96.

(1) «حَقِيقَتُهَا التَّوَسُّلُ بِمَا هُوَ مَصْلَحَةٌ إِلَى مَفْسَدَةٍ». إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج5، ص183. «وهي في الاصطلاح: كل وسيلة مباحة قصد التوصل بها إلى المفسدة أو لم يقصد التوصل إلى المفسدة، لكنها مفضية إليها غالباً، ومفسدة أُرِجِحَ من مصلحتها، فسد الذرائع هو: حسم مادة وسائل الفساد بمنع هذه الوسائل ودفعها، أو تقول هي: التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة». عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المذهب في علم الأصول المقارن (تحرير لمسألة ودراستها دراسة نظرية تطبيقية)، مكتبة الرشد- الرياض، الطبعة الأولى، 1420هـ - 1999م، ج3، ص1016.

(2) «وَلِذَلِكَ يَقُولُونَ سَدُّ الذَّرَائِعِ وَمَعْنَاهُ حَسْمُ مَادَّةٍ وَسَائِلِ الْفَسَادِ دَفْعًا لَهَا». أبو العباس شهاب الدين القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج2، ص32. «ثُمَّ هَذِهِ الذَّرَائِعُ إِذَا كَانَتْ تُفْضِي إِلَى الْمُحَرَّمَ غَالِبًا فَإِنَّهُ يُحَرِّمُهَا مُطْلَقًا وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ قَدْ تُفْضِي وَقَدْ لَا تُفْضِي لَكِنَّ الطَّبْعَ مُتَقَاضٍ لِإِفْضَائِهَا، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ إِنَّمَا تُفْضِي أحياناً فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَصْلَحَةٌ رَاجِحَةٌ عَلَى هَذَا الْإِفْضَاءِ الْقَلِيلِ، وَإِلَّا حَرَّمَهَا أَيْضًا». تقي الدين أحمد ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ج6، ص173.

(3) «وَالشَّرِيعَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ وَالْأَخْذِ بِالْحَزْمِ، وَالتَّحَرُّزِ بِمَا عَسَى أَنْ يَكُونَ طَرِيقًا إِلَى مَفْسَدَةٍ، فَإِذَا كَانَ هَذَا مَعْلُومًا عَلَى الْجُمْلَةِ وَالتَّفْصِيلِ، فَلَيْسَ الْعَمَلُ عَلَيْهِ بِبَدْعٍ فِي الشَّرِيعَةِ، بَلْ هُوَ أَصْلٌ مِنْ أَصْلُهَا، رَاجِعٌ إِلَى مَا هُوَ مُكْمَلٌ، إِنَّمَا لِضُرُورٍ، أَوْ حَاجَةٍ، أَوْ تَحْسِينٍ» إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج3، ص85.

وأما القاعدة الثالثة، فهي الأمور بمقاصدها، وأصلها ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى. »⁽¹⁾، وغيره من الأحاديث الشريفة التي تنصب على اعتبار النية، ومفاد هذه القاعدة أن جميع تصرفات المكلفين تقاس بما فيها من خير أو شر، ويتوصل إلى ذلك بنية الشخص وما توخاه بفعله من أثر⁽²⁾، فأفعال العباد رهينة نواياهم، إذ تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية باختلاف مقاصدهم وغايتهم من وراء تلك الأعمال والتصرفات⁽³⁾، أي أن الحكم المترتب على تصرف ما، يقوم على مقتضى ما هو مقصود من ذلك التصرف، وأن مدى مشروعية العمل تقاس في الأساس بمقصود المكلف دون التوقف على ظاهر الفعل، ومرد هذا كله إلى اعتداد الفقهاء بفكرة الباعث في التصرفات⁽⁴⁾، وإن افترقوا في مراعاته، ويعزى ذلك إلى الصبغة الدينية والبعد الأخلاقي للذات يتصف الفقه الإسلامي كما أشرنا إليه سابقاً، ومع ذلك يظل الجانب الموضوعي في التصرفات عنصراً مرغياً، إذ يرتكن بعض الفقهاء إلى الأخذ بالعبارة والظاهر في بناء الأحكام كما ذهب إليه الإمام الشافعي ونفر من الحنفية باعتبار صعوبة إثبات النوايا، وهذا بخلاف ما جنح إليه المالكية والحنابلة حين اعتدوا بالإرادة الباطنة، واعتبروا القصد والنية أساساً للأحكام، لأن العبارة - في تقديرهم - ليست سوى دليلاً على النية وإخباراً عن القصد، فإذا انحرفت عن الإرادة الحقيقية كان الإخبار بها إخباراً كاذباً، فالعبرة عندهم بما انعقد عليه العزم، إذ الأعمال بالنيات⁽⁵⁾، ويستدل على الإرادة الباطنة بالقرائن والأدلة المنبئة عنها.

وعلى الرغم مما يتصف به الفقه الإسلامي من نزعة مادية ظاهرة، لكونه يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، إلا أن هيمنة ما يسوده من عوامل خلقية ودينية اقتضت الاعتداد فيه بفكرة

(1) سبق تخریجه.

(2) محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 274.

(3) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج 2، ص 965.

(4) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص 207 و 208.

(5) محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 558 و 559. «وَقَاعِدَةُ الشَّرِيعَةِ الَّتِي لَا يَجُوزُ هَدْمُهَا أَنَّ الْمَقَاصِدَ وَالْإِعْتِقَادَاتِ مُعْتَبَرَةٌ فِي التَّصَرُّفَاتِ وَالْعِبَارَاتِ كَمَا هِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي التَّقَرُّبَاتِ وَالْعِبَادَاتِ، فَالْقَصْدُ وَالنِّيَّةُ وَالْإِعْتِقَادُ يَجْعَلُ الشَّيْءَ حَالًا أَوْ حَرَامًا.» ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج 3، ص 79.

الباعث التي يقاس بها شرف النوايا وطهارة المقاصد⁽¹⁾، وهي مفاعيل تعكس مدى صلة المقصد بالتعسف، إذ يمثل الباعث في التصرفات المعيار الذاتي في نظرية التعسف، وتأكيداً لهذا المعنى تفرعت عن هذه القاعدة الأصلية قاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" تخصيصاً لها في مجال العقود.

نخلص من مجمل ما سبق من قواعد، وما أجمع عليه أغلب الفقهاء بشأن نسبية الحقوق ووجوب استعمالها على نحو مشروع شكلاً ومظهراً وقصدًا وغايةً، إلى حقيقة قوامها استواء فكرة التعسف في استعمال الحق عند الفقهاء المسلمين على أصولها وإن لم تسم باسمها، واستقرارها وفق معايير ثابتة تقوم على ضوابط وأسس تقتضي ضرورة استعمال الحق بحسب الغرض منه، وأن صاحب الحق يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا قصد من وراء إتيانه الإضرار بغيره، أو لم يترتب عنه نفع لصالحه وولد ضرراً لغيره، أو إذا نتج عنه ضرر عام، أو إذا أصاب الغير من جراء العمل ضرر غير عادي.

فالتعسف إذن هو: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»⁽²⁾، والمراد بمناقضة قصد الشارع مخالفته والخروج عما سنه، وقد علمنا أن غاية التشريع من الحقوق تحصيل المصالح لا إتيان المضار، وقد تكون مناقضة قصد الشارع مقصودة بأن يستعمل الشخص حقه لمحض الإضرار، أو أن يتخذة ذريعة إلى تحقيق ممنوع أو إسقاط واجب، لأن العبرة ليست بموافقة التصرف شكلاً، وإنما بالقصد من التصرف والباعث عليه⁽³⁾، فإن لم يكن موافقاً بأن قصد المكلف استعمال حقه في غير ما شرع له، كان مناقضاً لقصد الشرع، والمناقضة مبطله للعمل، أي أن التعسف لا ينبني على تحقق الضرر فقط، وإنما يقوم أيضاً على القصد والنية والباعث، وهو ما يؤسس لمعاري التعسف الموضوعي والشخصي.

(1) أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4، ص53.

(2) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص87.

(3) «قَصْدُ الشَّارِعِ مِنَ الْمُكَلَّفِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُ فِي الْعَمَلِ مُوَافِقًا لِقَصْدِهِ فِي التَّشْرِيعِ» إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج3، ص23.

أما المقصود بقوله مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، فلحصر دائرة التعسف في الأفعال المشروعة تمييزاً له عن التعدي الذي مجاله العمل غير مشروع، لأن إتيان العمل غير المأذون فيه أصلاً، أو تجاوز الحدود المشروعة للتصرف يعتبر تعدياً لا تعسفاً.

(ب) إسقاط النظرية على الحق في الخلع: لقد ذكرنا أن الخلع كما شرعه الإسلام، اتفاق يُصار إليه في الغالب بإثارة من الزوجة إذا اعترأها شعور الخوف من عدم إقامة حدود الله، وهي حال مبعثها أسباب أشار إليها الشارع تمثيلاً على الأرجح، ومنها سوء خلق زوجها أو دمامة خلقه، أو فضاضة طبعه، ونحوها من العلل التي انطوت عليها السنة النبوية الشريفة، ومن ثمة لا نرى غضاضة في القياس عليها للأخذ بكل ضرر معتبر كسبب شرعي للخلع.

فالاحتكام إلى هذا المعيار يفضي قطعاً إلى اختلاف حكم الخلع باختلاف طبيعة السبب المؤدي إليه، فالأصل أنه مباح، وأن الزوجة استعملته فيما شرع له متى كان سببه مشروعاً ولا سبيل للنعي عليه أو الطعن فيه أو مطالبة الزوجة على إثره بالتعويض، أو حتى القول بإثمها ديانةً، لأنها باشرت حقها وتوخت من خالاله مصلحة قصد الشارع تحقيقها، وأن ما استندت إليه من أسباب مشروعة ينم عن سلامة نيتها وطهارة قصدها، وبالتالي لا مجال للقول بتعسفها في استعمال حقها حتى وإن ترتب عن إتيانه لحق بعض الضرر بزوجه، لأنه يتعذر انتفاء حصول الضرر في مثل هذه التصرفات، ما لم يثبت أنها خالعتة لمحض الإضرار به.

وعلى النقيض من ذلك قد تباشر الزوجة حقها في الخلع دون سبب شرعي - كأن يعرفها هوى جامع إلى غير زوجها بغية نكاحه، فتفتدي لاستخلاص عصمتها كي تقتن بمن مالت إليه، والزوج مقيم بحقها - كانت حينها متعسفة في استعمال حقها بلا شك، لانتفاء المصلحة المشروعة من مباشرته، ومن ثمة يفترض أن يكون تصرفها - في ضوء ما سقناه من ضوابط - تصرفاً باطلاً، أو أن تلزم - في حال عدم موافقة هذا الجزء - بتعويض زوجها عما أصابه من ضرر، ويقوم ضابط انتفاء المصلحة، الحاصل بتخلف السبب المشروع قرينة على سوء نيتها وفساد قصدها.

فهل يجوز فعلاً - والحالة هذه - إعمال ما سيق من جزاءات شرعاً، حال تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع؟

قبل الإجابة عن هذا السؤال، ينبغي بادي الأمر أن نحدد الجزاءات التي يربتها الشارع على المضارة أو التعسف في استعمال الحق، وهي لا تخرج عن أربعة أضرب، جزاء عيني، جزاء تعويضي، جزاء تعزيري، وجزاء أخروي.

أما الجزاء العيني، فغاياته إبطال التصرف، وإعدام كل أثر له في التصرفات القولية، وإزالة الضرر ما أمكن ذلك في التصرفات الفعلية، بينما يقوم التعويض على فكرة جبر الخاطر وتلطيف آثار الضرر عن طريق بذل المال، ويصار إليه في الأحوال التي لا يمكن فيها إزالة الضرر المادي بعينه، وأما الجزاء التعزيري فيتمثل في إنزال العقاب على المتسبب في الضرر، وهو أمر موكل للقاضي بحسب ما يراه وفق سلطته التقديرية، وختاماً الجزاء الأخروي، وتنفرد به الشريعة الإسلامية امتيازاً، لما تصطبغ به من بعد ديني في جميع أحكامها، ذلك أن مصدر الحق في الإسلام يرتد إلى الحكم الشرعي النابع من خطاب الله عز وجل، وحكم التعسف شرعاً المنع والتحريم، فإذا ما تجاوز صاحب الحق حدود حقه يكون قد اجترح محظوراً أو منهياً عنه يؤثم عليه ديانةً، مع الإشارة إلى إمكان اجتماع هذه الجزاءات أو بعضها في دعوى واحدة، غير أن التلازم بينها ليس أمراً حتمياً.

ومع ميل بعض الفقه الإسلامي المعاصر إلى الجزم بأن حق الزوجة في الخلع مقيد في استعماله بمبدأ حسن النية، أي أن تقصد من وراء مباشرته تحقيق الحكمة الغائية التي شرع من أجلها، لا أن يكون الباعث على إتيانه مجرد الإضرار بالزوج، لأنها إن فعلت، كان فعلها غير جائز، لكون الحقوق مشرعة للإصلاح لا للإضرار⁽¹⁾.

ومع تسليمنا بسلامة هذا التأصيل، وبأن الحقوق إنما شرعت لتحقيق مصلحة جديدة بالاهتمام والرعاية لا أن تخل بحقوق الآخرين، وبأن المختلعة إذا استهدفت النيل من زوجها عن طريق استعمال حقها في الخلع كانت متعسفة فيه بلا ريب وفق ما رأيناه من ضوابط عند عرضنا للنظرية. إلا أن ما يشوب هذا الرأي من توقف في عدم بيان الجزاء الملائم حال ثبوت التعسف، يحملنا على القول بنقصانه، لأن تحقق ثبوت الإخلال بالحكم يوجب ترتب الجزاء، سواء كان هذا الجزاء عينياً أو تعويضاً أو تعزيراً أو أخروياً تبعاً لطبيعة الحق المعتدى عليه.

(1) عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2010م، ص 672.

فالقول بتوقيع الجزاء العيني، يعني نقض عقد المخالعة من أساسه، وإبطال كل أثر من أثاره، حال تعسف الزوجة في إيقاعه، وهو ما لم ينبر أحد للقول به، لعدم اتفائه أصلاً وطبيعة الخلع باعتباره طلاقاً، لأن الطلاق لا يرتفع بعد وقوعه بحال.

بقي معنا من الجزاءات المدنية تعويض الزوج عما أصابه من ضرر جراء تعسف الزوجة في استعمال حقها، وهو الجزاء الأقرب فنياً إلى المنطق في مسألة الحال، وقد وجب المصير إليه لتعذر أعمال الجزاء العيني، ومع ذلك نقدر عدم ملاءمته للمخالعة، من منطلق قيامها على رضا الطرفين بوصفها عقداً، وأن الزوج قد راعى بقبول ما تم الاتفاق عليه من عوض جميع ما اعتري المخالعة من ملايسات بما فيها الأضرار الحاصلة والمحتملة لكونه الأقدر على تحديدها، والأحرص على تضمينها بدل الخلع مقدماً، وإلا كان مقصراً لا يجوز له المطالبة بما دبر تمام الخلع، فالمسألة تقوم إذن على فرض انطواء بدل الخلع على العوض المقرر شرعاً مضافاً إليه تعويض الزوج عما أصابه من ضرر في الأحوال التي تتعسف فيها الزوجة في استعمال حقها، وأنه لا يسوغ للزوج بحال بعد المخالعة أن يطالب الزوجة بتعويضه عما أصابه من ضرر بدعوى تعسفها في اختلاعه منها.

ويمكننا تعويم هذا الحل أيضاً على التطبيق خلعاً عن طريق الحكمين رغماً عن إرادة الزوجين، لما فيه من افتراض مراعاتهما - عند اقتطاع المال من ذمة الزوجة لفائدة زوجها - لجميع عناصر المنازعة بما فيها تقدير الأضرار، لنشوزها لا لتعسفها، لأنها في هذا الفرض وإن تسببت في المصير إلى الخلع ابتداءً، إلا أنه لم يكن نتاج إرادتها انتهاءً.

ولعل أمثل الجزاءات الشرعية، وأكثرها ملائمةً لتعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع، هو الجزاء الأخروي، أي أنها تأثم ديانةً عند مباشرتها للاختلاع من زوجها دون سبب مشروع، أو بغية الإضرار به، وحجتنا في ذلك ما روي عن النبي ﷺ من طريق أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: « الْمُخْتَلَعَاتُ وَالْمُنْتَزَعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ. »⁽¹⁾، فقد خلع رسول الله ﷺ صفة النفاق على المختلعة، وهي حالة نفسية باطنية يجازي عليها المرء جزاءً أخروبياً، وليس المقصود بالمختلعة في هذا المقام عموم المفتدية من زوجها، بل يراد بها تلك التي تستدعي الخلع دون سبب يحملها على طلبه، لأن الزوجة التي تستهدف الاختلاع دون مسوغ شرعي تكون جديرة بهذا الوعيد، أما إذا توخت رد بأس عن نفسها،

(1) سبق تخريجه.

كخشيتها من عدم إقامة حدود الله، فلا مجال للقول بهذا الحكم، إذ ليس ثمة بأس أعظم من تعدي حدود الله.

غير أن ثمة فرض قد تتعسف فيه الزوجة في استعمال حقها في الخلع إزاء الغير لا في مواجهة زوجها، ويتعلق الأمر بورثتها ودائنيها عند اختلاعها في مرض الموت، وهي حال قد تحملها على إثارة زوجها ميلاً إليه أو نكايَةً في خلفها العام والخاص، أو هما معاً، من خلال مخالعةٍ، يفوق فيها البدل الذي تلقاه نصيب ميراثه منها، فنكون والحالة هذه، إزاء معاوضة أشبه بالتبرع من حيث الصورة، وتبرع صرف من حيث المعنى في القدر الزائد عن حقه في مالها بطريق الميراث، لذلك رمقها الشارع بعين الريبة، واعتبر خلعها لزوجها في مرضها المخوف، مشوباً بمظنة إثارة إياه وإضرارها بغيره، فقرر بشأنه جزاءً عينياً يتمثل في إزالة الضرر الحاصل، أي بمعاملة المختلعة بنقيض قصدها، وهي المسألة التي تعرضنا لها بالتفصيل في الفصل الثاني من الباب الأول⁽¹⁾.

ثانياً: التعسف في استعمال حق الخلع المستحدث

إذا اتفق الزوجان على افتداء الزوجة نفسها، باعتباره أحد نوعي المخالعة التي يوفرها نص المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري، كنا إزاء خلعٍ شرعيٍّ، وبالتالي إذا تعسفت الزوجة في استعماله وجب الاحتكام بشأن ما صدر عنها من تعسفٍ في حق زوجها إلى أحكام الشريعة الإسلامية بإحالة من القانون لخلو هذا الأخير من تنظيمه، وهي المسألة التي رجحنا عدم إمكان خضوع الزوجة فيها للجزاءات المدنية، اللهم إلا إذا باشرت الخلع إبان مرض موتها وتجاوز فيه العوض الذي بذلته لزوجها نصيب ميراثه منها، كنا - والحالة هذه - إزاء محاباة افترض الشارع اتجاه إرادة الزوجة إلى إتيانها قصداً بغرض الإضرار بورثتها ودائنيها، فقرر بخصوصها جزاءً على التفصيل الذي ذكرنا سابقاً.

هذا عن الشطر الأول من الدعوى، أما شطرها الثاني فيتحقق عند إيقاع الزوجة للخلع بإرادتها المنفردة عملاً بما استحدثه النص السابق من حقها في الفكك دون موافقة زوجها.

لقد انتهينا في بعض ما طويناه من فقرات، إلى أن الخلع المستحدث حق للمرأة تملك ناصية إعماله كيف ومتى شاءت، فهو حق أناطه المشرع بإرادتها خالصةً في مقابل ما هو معقود بيد زوجها من طلاقٍ بإرادته المنفردة، إذ يستخلص من نص المادة (54) من قانون الأسرة بعد تعديلها - إن في

(1) انظر سابقاً، ص 233 وما بعدها.

إجراءاته أو نتيجته - أن « الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج. »⁽¹⁾ كما عبرت عنه المحكمة العليا في أحد قراراتها الحديثة نسبياً.

فعند مباشرتها للخلع، تكون الزوجة بصدد إتيانها لحقٍ أقره القانون لها، بصرف النظر عما يؤول عنه من آثار عرضية تمس بغيرها عند مزاولتها إياه، فهل يعني ذلك أنها ليست مسؤولة بحالٍ عما يلحق زوجها من أضرار مادية ومعنوية جراء استخدامها لهذا الحق، أم أنها تكون ملزمة عند ممارسته - كما هو الشأن بالنسبة لغيره من الحقوق - بالألا تتخطى حدوداً رسمها له القانون، وإلا كانت محلاً للمساءلة؟

في الواقع لم يبادر أي زوج مخلوع منذ صياغة النص المستحدث إلى يومنا هذا بمساءلة زوجته قضاءً عما أصابه من ضررٍ إثر اختلاعها منه رغماً عن إرادته، ويعزى سبب ذلك في تقديرنا لقناعة المتقاضي المسبقة بسلبية القضاء إزاء هذه الدعوى، خاصةً وأن المشرع لم يلزم الزوجة عند الاختلاع من زوجها بإثارة الأسباب التي حملتها على ذلك، فهي من هذه الجهة صاحبة حقٍ مطلقٍ من الصعب تقييده بحدودٍ إذا تجاوزتها كانت مسؤولةً في مواجهة زوجها، أو لاقتناع القاضي بذلك فعلاً في غياب نصٍ خاصٍ، أو لا متعلق للمساءلة بالنواحي الفنية، بل ترد في مجملها لنواحي أسرية تقتضي الستر وعدم التشهير.

صحيح أن المرأة - عند إيقاعها للخلع دون موافقة زوجها - تكون بصدد أعمالٍ حقٍ بإقامة من المشرع، يبدأ أن صفة الحق هذه - على الرغم مما يتصف به هذا الحق من إطلاق - هي التي تجعل من صاحبته محلاً للمساءلة بغض النظر عن طبيعته ومرومه، ولا يشفع لها ما ذكرناه من تخلية القانون لها في إتيانه على النحو الذي تريد، ذلك أن الحق في عمومته لا يخرج عن كونه استثنائي يقره القانون لشخص من أشخاصه، فيكون لهذا الأخير بمقتضاه التسلط على شيءٍ معينٍ، أو اقتضاء أداءٍ معينٍ من شخص آخر تحقيقاً لمصلحة متوخاة.

فالمرأة شأنها شأن غيرها من أشخاص الحق بإمكانها التعسف دون شكٍ في استعمال حقها، والحق في الخلع مثله مثل سائر الحقوق، من المتصور أن يكون مطية للإضرار، ولا ينزه عن ذلك بما عززه

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 656259 بتاريخ 2011/09/15م، قضية (ب ع) ضد (ط ي)، المجلة القضائية 2012 العدد 01 ص 318.

المشرع من إطلاق في استعماله، فقد يكون الزوج رجلاً قوياً ناجحاً صالحاً قائماً في حق زوجته وأسرته على الوجه الأكمل، ومع ذلك تعتمد الزوجة إلى الاختلاع منه - وهو متعلق بها، ممثل للصلح معها رغم تعنتها - لأسباب ودوافع ذاتية غير متصلة به⁽¹⁾، ففي هذا الفرض ومثله، تكون الزوجة بلا ريب قد أساءت استعمال حقها وانحرفت به عن غايته ومبتغاه، مما يوجب قيام مسؤوليتها قبل زوجها، لتوافر العلة المنطقية التي تلزمها بتعويضه عن الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة به جراء هذا التعسف، وفيه ما يمكن الجزم باعتباره ضابطاً موضوعياً وقانونياً وأخلاقياً لاستعمال هذا الحق.

نحن لا نرى في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها ما يتعارض مع القانون أو المنطق أو العقل، لوجود العلة الموجبة لذلك، وهي ضرورة ضبط استعمال هذا الحق تفاعلاً مع معطيات الواقع غير المتناهية ببسط هذه القاعدة فيما تتضمنه من رقابة أخلاقية واجتماعية وقانونية، واعتمادها في رسم حدود له إذا خرج عنها كانت صاحبه متعسفة في استعماله.

أضف إلى ذلك أن مسؤولية المختلعة إنما تجد أساسها في القواعد القانونية المقررة - قياساً ومقابلةً - أسوة بما هو مقرر للمطلقة إذا أساء الزوج استعمال حقه في تطليقها، وفقاً لنص المادة (52) من قانون الأسرة القاضية بأنه: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»، بل وفي المادة (55) من ذات القانون - والتي نصها: «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر» - ما يمكن اعتماده أساساً لمساءلة المختلعة، لكون الزوجة التي استعملت حقها في الخلع بغير مسوغ شرعي، لا أقل من اعتبارها زوجة ناشراً⁽²⁾ وقد أقرت بموجب دعواها أنها خرجت عن طاعة زوجها بغير حق ولا عذر مقبول.

ومن ثمة نرى أن تقرير هذا الأمر، لا يستلزم استصدار تشريع خاص، لما في القواعد العامة التي أشرنا إليها من مفاعيل تجزئ عن سن نص لتنظيمه، وتستأهل بجدارة لأن تكون أساساً قوياً له، فضلاً عما تقتضيه قواعد المساواة المبنية على فلسفة التماثل بين الجنسين التي أستند إليها واضعو النص المستحدث، فالمساواة في هذا المقام واجبة وأجدر بالإقرار، سيما وأنها بصدد مناقشة مراكز قانونية، لا

(1) ناهد العجوز، دعوى التطليق والخلع، المرجع السابق، ص 458 وما بعدها.

(2) أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، بدون طبعة، 2003م، ص 22 وما بعدها.

السفسطة حول كليات لا معنى لها تحت مسمى المساواة بين الرجل والمرأة⁽¹⁾، وإثارتها في غير مواضعها، وإغفال ما هو جوهري منها، وأحق بالإحقاق كأمرنا في ضلعه هذا، إذ أنه لا حق دون التزام، ومنه إذا أساءت الزوجة استعمال حقها في الخلع بإرادتها المنفردة وجب أن يقابله قطعاً التزامها بتعويض زوجها عما لحقه من ضرر جراء ذلك.

للإشارة فإن جانباً من هذا المذهب - يخالف ما اعتمدناه أساساً لهذه المسؤولية - ويلحد إلى القول بقيامها على أساس التعدي في إطار ما توفره نظرية المسؤولية التقصيرية من حلول في هذا الشأن⁽²⁾.

وعلى النقيض من هذا كله، جنح اتجاه آخر إلى القول بعدم جواز التعويض عن استعمال الزوجة حقها في الخلع⁽³⁾، وحقته أن في اعتناقه ما يتعارض مع المبادئ الشرعية المقررة لهذا النظام، ذلك أن الخلع - وفق هذا الطرح - لا يخرج إيقاعه عن أحد طريقين لا ثالث لهما، فإما أن يباشر بالاتفاق أو أن يتم بالاقتضاء، ولا مجال للقول بتعويض الزوج في الفرض الأول لرضائه ببدل الخلع قبل إيقاع الطلاق، وهو عين ما انتهينا إليه عند بسطنا مدى مسؤولية المختلعة من منظور شرعي، وأن التعويض على فرض التسليم به يكون متضمناً في العوض الذي أسهمت إرادة الزوج في تحديده، ومن ثمة لا يجوز لهذا الأخير أن يطالب بالتعويض زيادةً عليه.

أما الخلع قضاءً، وقد قرره الشريعة الإسلامية حال نشوز الزوجة، فلا خلاف في استحقاق الزوج بموجبه للنفاء الذي ألزم به الشارع الزوجة، وبالتالي لا أقل من اعتباره تعويضاً للرجل عما أصابه قطعاً جراء خلع قسري جرى بما لا تشتهي إرادته، لأن القول بخلافه، تعجيزٌ للزوجة بغير وجه حق، وسدٌ لمخارج الفكك في وجهها، سيما وأن التي تسلك هذا السبيل، ليس لها طريقاً سواه للتخلص من زوج لا ترغب فيه، ولا يرغب بتعنته في تسريحها بإحسان بما له من ولاية الطلاق عليها، فمجرد التلويح بطلب تعويض قائم بذاته في وجهها - زيادةً على العوض الذي أدته - إن هي باشرت خلعاً بغير مسوغ على النحو الذي قال به الرأي السابق، يثنيها لا محالة عن المصير إليه، والعدول عنه، وفي ذلك

(1) أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

(2) ناهد العجوز، دعوى التطليق والخلع، المرجع السابق، ص 459 و 460.

(3) سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، المرجع السابق، ص 344 وما بعدها.

ما لا يخفى من المفسد، لعل أكثرها تجلياً إكراهها دون مقتضى على نكاحٍ قر في نفسها استحالة استمرارها فيه، وإجبارها على الحياة مع زوجٍ تكن له من البغض ما يحملها على طلب الخلاص منه، وبالتالي تعطيل حكمٍ شرعيٍّ دون مبرر، ونص قانوني دون مسوغ.

ولعل اللبس الذي وقع فيه صاحب هذا الرأي يكمن في انطلاقه من مسلمات خاطئة مفادها أن الخلع المعقود بإرادة الزوجة، نظام أقره الشارع الحكيم ضمن عموم الافتداء الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، وهو قولٌ غير صحيح، وقد سبق التفصيل في هذه المسألة بمناسبة تعريفنا للخلع والحديث عن تكييفه، ومن ثمة لا غرابة في وصوله إلى مخرجات خاطئة، وسقوطه فيما برر له من زلل، ومع ذلك فإن هذا النوع من الخلع وإن لم يكن خلعاً شرعياً بمقتضى نصٍ في الشريعة، فهو قطعاً خلعٌ مشروعٌ بمقتضى نصٍ في التشريع، وبالتالي لا يجب التنائي به عن إطاره الطبيعي المتمثل فيما سنه المشرع من نصوص والسعي لمناقشته خارج حدودها، ومحاولة التسويغ له من الشريعة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القول بأن ما أدته الزوجة من بدلٍ في الأحوال التي تباشر فيها الخلع دون موافقة زوجها هو عينه التعويض الذي يستحقه الزوج، قول مردود، لأن العوض بالغاً ما بلغ ليس سوى أحد مقومات الخلع وعنصراً من عناصره، فلا يستقيم الرأي باعتباره شرطاً وتعويضاً في الوقت نفسه، لأنه يكون لازماً في كل الأحوال، يستوي أن تتعسف الزوجة في استعمال حقها أو أن تباشره وفق ضوابطه وداخل حدوده، ولا يشفع له في اعتباره تعويضاً، توسع المشرع في تحديده من حيث رد الزوجة لزوجها ما سبق وأن أداه لها من صداقٍ وعدم تحميله لأية التزام - من الالتزامات التي يربتها إيقاع الطلاق - قبلها، ناهيك عما انطوت عليه بعض التشريعات العربية، حين حددت البديل بصداق المثل مجرداً ومنها قانون الأسرة الجزائري، الأمر الذي يقطع بعدم اعتباره عوضاً وتعويضاً في الوقت نفسه.

وأما القول بأن إقرار حق التعويض للزوج، فيه من التعجيز ما يحول قطعاً دون ممارسة الزوجة لحقها، فمنطوي على شيءٍ من الحقيقة، لما في تحديد الخلع بذلك من منفعةٍ يمكن اعتمادها كأحد الضوابط الأخلاقية للحق في إتيانه، لأن أعمال التعويض سيفضي حتماً لأن تكون طالبة الخلع بإرادتها المنفردة أكثر تعقلاً وروية، فلا تصير إليه مدفوعةً بآثفه الأسباب و بما يحيطها من مغريات، حفاظاً على لمّ شعث الأسر والحيولة دون تفككها⁽¹⁾.

(1) ناهد العجوز، دعوى التطليق والخلع، المرجع السابق، ص 462.

ليعكف صاحب هذا الرأي انتهاءً على انتقاد أسس المسؤولية التي سقناها بمناسبة عرضنا للاتجاه الأول، وإن كنا نشاطره الرأي فيما ذهب إليه بشأن قبح فرض مساءلة الزوجة على أساس المسؤولية التقصيرية حال مباشرتها للخلع دون مسوغ شرعي لعدم تحقق أحد أهم عناصر هذه المسؤولية، ويتعلق الأمر بشرط التعدي من جانب الزوجة، لأنها أوقعت فعلاً مأذوناً فيه قانوناً بحسب الأصل، فخرج بهذا التحديد عن دائرة الأعمال غير المشروعة الموجبة للمسؤولية التقصيرية، فإننا نخالفه فيما انتهى إليه من ترجيحه لحل المسؤولية العقدية، لإخلال الزوجة في تقديره برباط عقدي، وهو كما لا يخفى حلٌ فاسد، لأننا بصدد تصرفٍ بالإرادة المنفردة للزوجة لا إزاء الإخلال بعلاقةٍ اتفاقيةٍ بينها وبين زوجها.

ليولي أدراجه في الختام، مقرأً بمسؤولية الزوجة على أساس تقصيري بقوله: «... أن عدول المرأة عن الاستمرار في العلاقة الزوجية وطلبها الخلع ذاته لا يكون سبباً للتعويض، لأنه حق لها، والحق لا يترتب عليه تعويض قط - فلسنا إذا أمام مسؤولية عقدية أو إساءة لاستعمال الحق - ولكن ربما تكون المختلعة قد تسببت في أضرار نزلت بالزوج المخلوع لا بمجرد الخلع منه - فلسنا أمام نظرية الفعل الضار - كأن تطلب الزوجة نوعاً من الجهاز الغالي الثمن أو تطلب إعداد مسكن باهظ التكاليف ثم يكون العدول بالخلع والضرر قبل إتمام الزفاف، فالضرر كان من الطرف الذي عدل عن إتمام الزفاف - وبعد إبرام العقد - فيعوض، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض، وعلى ذلك يكون الضرر قسمين، ضرر ينشأ - وللمختلعة دخل فيه غير مجرد الخلع - وسواء كان ضرراً مادياً كالمثالين السابقين، أو معنوياً أدياً كما لو أثارَت المختلعة الشائعات المغرضة عن الطرف الآخر مما أصاب الأخير بضرر أدبي، وضرر ينشأ عن مجرد الخلع من غير عمل من جانب المختلعة، فالأول يعوض والثاني لا يعوض، إذ الأول فيه تغرير والتغرير يوجب الضمان، ومن ثمة فإن أساس المسؤولية القانونية الناشئة عن الخلع لا يمكن تصورها إلا في المسؤولية التقصيرية المترتبة أو الناشئة عن أفعال أخرى مستقلة عن مجرد الخلع استقلالاً تاماً وكانت هذه الأقوال أو الأفعال ألحقت ضرراً مادياً أو أدياً بالزوج المخلوع، فإنها تكون مستوجبة التضمن على من وقعت عليه، ذلك أن عقد الزواج يجب أن يتوافر للمتعاقدین فيه كامل الحرية في مباشرته والاستمرار فيه، لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون، إذا كانت الزوجة مهددة بالتعويض إذا حاولت استخدام حقها في طلب الخلع، نخلص مما تقدم إلى القول بأن مجرد الخلع ولجوء الزوجة له لا يكون سبباً

موجباً للتعويض، أما إذا اقترنت بالخلع أفعال أخرى ألحقت ضرراً بالزوج، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.⁽¹⁾

وهو إقرار من جانبه بمسؤولية المختلعة مسؤوليةً تقصيريةً لا على أساس الأضرار الناشئة عن استعمال حقها في الخلع، بل ما يترتب من ضررٍ عن أفعالٍ مستقلةٍ عن مجرد الخلع استقلالاً تاماً، وإن كانت ملابسةً له، كأن تشترط الزوجة على زوجها إعداد مسكنٍ باهظ التكلفة، ثم توقع الخلع بإرادتها المنفردة قبل الدخول، فلا شك في حقوق الضرر بزوجها في هذا المقام بما صدر عنها من اشتراطٍ، لا بمباشرة حقها في الاختلاع.

وإن كنا نسلم معه بصحة هذا الطرح، لأن الأفعال الضارة المستقلة عن التصرف - حتى وإن وقعت بمناسبته - تكون موجبةً للمسؤولية التقصيرية، إلا أننا نفتقر معه انتهاءً فيما يؤول عن التصرف ذاته من أضرار، فهذه حال، وتلك حال أخرى، إذ من المتصور - زيادة عما آل عن الفعل الملابس من ضررٍ - أن يترتب عن الخلع ضرر مغاير فيما إذا أوقعت الزوجة دون سبب معقول، فكلا الضرران موجبان للمسؤولية، إذ ينبني الأول على المسؤولية التقصيرية لمآله عن التعدي، بينما يقوم الثاني على أساس التعسف في استعمال الحق لتجاوز الزوجة حدود حقها في الخلع، ولا مانع من تلازم الأمرين معاً. ومن المسائل التي أثّرت على سبيل التمثيل - وإن كانت خارجة عن السياق - مسألة الاختلاع قبل الدخول، إذ ليس ثمة ما يحول دون طلب التطليق خلعاً قبل استهلاك النكاح في القانون المصري لعمومية نص المادة (20) من القانون رقم (1) لسنة 2000م، وإن كنا نقدر أن النص يفتقر فعلاً إلى التفرقة بين الوضعين، لا سيما وأنه يشترط ضرورة إقرار الزوجة صراحةً بأنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، وهي مشاعر لا يمكن تصور حصولها قبل الدخول بأي حال، وقد تنبّهت بعض التشريعات لذلك، فميزت بين الوضعين كما هو الشأن بالنسبة للقانون الأردني⁽²⁾، وما ذهب إليه القضاء الجزائري حين قصر الحق

(1) سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، المرجع السابق، ص 354 إلى 356.

(2) ميزت المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بين حالتين، قبل الدخول وبعده، حيث قضت في فقرتها الأولى بالنسبة للفرض الأول بأنه: «إذا طلبت الزوجة التفريق قبل الدخول وأودعت ما قبضته من مهرها وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج وامتنع الزوج عن ذلك بذلت المحكمة جهدها في الصلح بينهما فإن لم يسطلحا أحالت الأمر إلى حكّمين لموالاتة مساعي الصلح بينهما خلال مدة ثلاثين يوماً فإذا لم يتم الصلح تحكم المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين بعد إعادة ما قبضته الزوجة من المهر

في الاختلاع على النكاح المستهلك كما صرحت بذلك المحكمة العليا في أحد قراراتها بالقول: « حيث أن الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه وذلك لأن طلب "الخلع" لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول، وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية...»⁽¹⁾.

بقي معنا من مفاصل هذا الرأي، أي عدم جواز مطالبة المختلعة بالتعويض عن مباشرتها للخلع بإرادتها المنفردة، أن ما سقناه من لزوم قياس التعويض في هذا الفرض، على ما هو مقرر للزوجة من حق في التعويض عن الطلاق التعسفي، يبقى من وجهة النظر هذه قياساً مع الفارق، ذلك أن المتعة وردت لحكمة خاصة قوامها، تعويض الزوجة عن طلاق وقع عليها دون رضاها أو بسبب من قبلها، فقد قُدرت لها شرعاً وقانوناً لكونها طرفاً ضعيفاً مدعناً في علاقة طلاق من غير المستبعد أن تنال منها نفسياً واجتماعياً، كأن تظل بعدها أيماءً، نظراً لما يثيره الطلاق بإرادة الزوج من شكوكٍ وسمعة سيئة بين الناس في حقها، خاصة في مجتمعاتنا الشرقي، ولا مجال للقول بذلك في حق الزوج لما يتصف به من قوة وقوامة، كما أن المتعة مقررّة بنص خاص، ولم يرد مثله بالنسبة للزوج لا في الشريعة ولا في القانون⁽²⁾.

وهو كلام تعوزه الدقة، من منطلق تأصيله للمسألة من منظور بيولوجي يفنده دعاء المساواة أنفسهم، فالضرر الناتج عن الفرقة لا يختلف - بوصفه مركزاً قانونياً - في حال الزوجة عنه بالنسبة للزوج، ولا ينبغي الاحتكام بشأنه لعناصر لا يراعيها القانون في ضبطه، كقوة هذا وضعف ذاك، وقوامة هذا واحتباس ذاك، أما ما قيل عن المتعة فلا خلاف في سننها شرعاً لجبر خاطر الزوجة عما أصابها من ضرر جراء تسريح الزوج لها بإرادته المنفردة، ومن ثمة لا أقل من اعتبارها تعويضاً كما ذهب إليه الفقه

وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج.»، ونصت في فقرتها الثانية بخصوص الفرض الثاني على أنه: « إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها وبينت بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة معه وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وردت عليه الصداق الذي استلمته حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فان لم تستطع أرسلت حكّمين لموالاته مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً فان لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما. ».

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 258613 بتاريخ 2006/06/14م، قضية (ب ح) ضد (ق ل)، المجلة القضائية لسنة: 2006م، العدد الثاني، ص421.

(2) سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، المرجع السابق، ص352 و353.

الإسلامي وأكدته بعض قرارات القضاء⁽¹⁾، غير أنها لا تفيد - على الأرجح - عين المعنى في إطار القانون (وهو المجال الذي ينبغي حصر المناقشة في كنفه، طالما أننا بصدد بحث مسألة قانونية)، حيث ذهب القضاء في بعض قراراته إلى التمييز بينها وبين التعويض، وأن الحكم بها لمصلحة الزوجة - حال الطلاق التعسفي - لا يفيد بحال سقوط حق هذه الأخيرة في المطالبة بالتعويض زيادةً عليها، ومن جملة هذه القرارات ما قضت به المحكمة العليا بقولها: « من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي. »⁽²⁾، كما جاء في قرار آخر ما نصه: « أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق (...) حيث أن النفقة والتعويض المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال، وهذه مبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41 و124 من ق.م، وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتان المادتان، فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون وأن قرارهم يكون سليماً، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقاً لمقتضيات المادة 124 من ق.م، فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك. »⁽³⁾.

(1) « إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية » المحكمة العليا، القرار رقم: 35912 بتاريخ 1985/04/08م، قضية (ر أ) ضد (أ م)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الأول، ص 89.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 41560 بتاريخ 1986/04/07م، قضية (س ف) ضد (س ل)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الثاني، ص 69.

(3) المحكمة العليا، القرار رقم: 235367 بتاريخ 2000/02/22م، قضية (خ خ) ضد (ع س)، المجلة القضائية لسنة: 2001م، العدد الأول، ص 275.

بعد هذا العرض، وعلى الرغم من ذبوع الرأي الرافض لفكرة تعويض الزوج المخلو، على كثرة مثالبه، وارتكان القضاء إليه، لا شطط في سلامة تأصيلنا للمسألة من المنظور الفني على الأقل، لأن العقل والعدالة والأخلاق وروح القانون تتضافر كلها في إقرار هذا الحق لمصلحة الزوج جراء إساءة استعمال المختلعة لحقها في الخلع، لكن كيف يتيسر له ذلك وقد حصن المشرع حق الزوجة في الاختلاع بعدم إثارة الأسباب التي تحملها عليه؟

القاعدة أن البيئة على المدعي، أي أن يقع على عاتق من ادعى حقاً على غيره عبئ إثبات دعواه، والمدعي هنا هو الزوج الذي يطالب زوجته المدعى عليها بالتعويض عن إساءة استعمال حقها في إيقاع الخلع، فيكون ملزماً والحالة هذه بإقامة الدليل على توافر عناصر التعسف في حقه، إذ يُرخص له إثبات ذلك بكافة الطرق المقررة قانوناً، كأن يقيم البيئة على انحراف زوجته عن المسار المألوف للزوجة العادية، وأن لا يد له فيما أقدمت عليه بإساءة عشرتها أو التقدير عليها ونحوه، بل باشرت الاختلاع أنانيةً منها ولدوافع ذاتية، وقد لحق به وبأسرته جراء تصرفها هذا ضرراً بليغاً، ولها بالطبع أن تقارع الدليل بالدليل في نفي ما تقدم، حتى إذا خلص القاضي إلى توافر عناصر المسؤولية في جانبها قضى للزوج بالتعويض وفقاً للقواعد القانونية المقررة.

ولكن ألا يحول ما قرره القانون - من عدم إلزام الزوجة بالإفصاح عن الأسباب التي دفعتها لطلب الخلع على اعتبار أنها إنما تستعمل حقاً لها - دون مناقشة دعوى التعويض على النحو الذي أسلفنا؟

في الواقع، لا يستقيم القول بهذه الحجة، للدفع بعدم ملاءمة دعوى التعويض، ذلك أن المشرع وإن لم يلزم الزوجة بإبداء الأسباب التي دفعتها إلى الاختلاع بمناسبة تصدي القاضي لدعواه، فليس ثمة في القانون ما يمنع من التعرض لهذه الأسباب وفحصها والتدقيق فيها من خلال دعوى مغايرة، ويتعلق الأمر بدعوى التعويض عن إساءة استعمال الحق، فهي تختلف سبباً وموضوعاً عن الأولى، ويسري عليها ما يسري على غيرها من الدعاوى، وبالتالي يحق للمحكمة التعرض للعناصر المتعلقة بمدى مسؤولية الزوجة عن ذلك، ومن ضمنها الأسباب الموضوعية التي دفعتها إلى استعمال هذا الحق، وكذا الأضرار الناجمة عن هذا التعسف في حالة ثبوته، طبقاً لمقتضيات المادة (124) مكرر من القانون المدني الجزائري والتي نصها: « الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه

الحصول على فائدة غير مشروعة.⁽¹⁾، وعليه يمكننا القول دون تردد، أنه يحق للزوج ملاحقة زوجته بالتعويض حال اختلاعها منه دون موافقته، إذا أقام البينة على تعسفها في استعمال حق الخلع، وأنه قد تضرر جراء هذا التعسف، إذ القاعدة أنه كلما ثبت الإخلال وجبت المسؤولية، وبه تتحقق المساواة العادلة من كل وجه بين المرأة والرجل بخصوص حل عرى النكاح.

في الأخير نرى أنه إذا باشرت الزوجة المريضة مرض الموت الاختلاع من زوجها دون اعتبارها لموافقته، كانت متعسفة في استعمال حقها، لأنها متهمة عند إيقاعه بالفرار من توريث زوجها، وهي حالة تقتضي جزاءً عينياً يتمثل في معاملتها بنقيض نيتها، وتوريثه منها رداً لقصدتها السيئ، كما رددنا عليه قصده عند طلاقه إياها في مرضه المخوف، ولا ميراث لها منه حال هلاكه، لأنها لم تفارقه بناءً على رغبته ورضاه.

فإذا كان الطلاق البائن في مرض الموت موجباً لميراث الطالق، وإن زالت العصمة بمجرد صدوره، ولا ميراث منها للمطلق إن قضت قبله، لكون المريض متهم عند إيقاعه، بالفرار من توريث زوجته، تعين أن يكون الخلع - بوصفه فرقةً بائنةً وتصرفاً بالإرادة المنفردة للزوجة - مرتباً لعين الحكم، لتوافر علة الفرار الموجبة له.

الفرع الثاني

المساواة في الإثبات

لقد تردد القول - بالتصريح حيناً وبالتعريض أحياناً أخرى - أن الخلع الذي تمارسه الزوجة دون موافقة زوجها، تصرفٌ بالإرادة المنفردة من جانبها، فلا أقلّ إذن من اعتباره مساوياً للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، مساواةً موضوعية استهدفها واضع النص ابتداءً، وأثبتنا تحققها انتهاءً، نتوخى زيادةً عليها ومن وراء إثارتنا لها في هذا الموضوع من الأطروحة، فحص مدى تحققها من الناحية الشكلية، فإذا افترضنا صحة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج متى تم إتيانه خارج ساحة القضاء ودون الشكل الذي اقتضاه المشرع لإيقاعه بوصفه تصرفاً قولياً نافذاً بمجرد التلفظ به (أولاً) فهل يمكننا قياساً عليه - من الناحية الفنية الصرفة لا الواقعية - تصور وقوع الاختلاع بالإرادة المنفردة للزوجة دون الرجوع للقاضي،

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 235367 بتاريخ 2000/02/22م، قضية (خ خ) ضد (ع س)، المجلة القضائية لسنة: 2001م، العدد الأول، ص 275.

احتكاماً لنص المادة (54) من قانون الأسرة وما توفره من غطاءٍ بردها للاختلاع إلى إرادة الزوجة صراحةً، وأسمى منها قوةً، إطارها الفلسفي المتمثل في الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة بما نصت عليه في مادتها (1/15): «تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون: تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل (...) وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية...»، وما جاء في مادتها (16): «أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وأن تضمن بوجه خاص - على أساس تساوي الرجل والمرأة: (...) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه...» (ثانياً).

أولاً: إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

الثابت شرعاً أن الطلاق تصرفٌ بالإرادة المنفردة، إذ يكفي لوقوعه تلفظ الزوج به أو اتخاذه موقفاً يدل عليه مما هو معتدٌ به شرعاً من الطرائق الواجبة لنفاده، دون مراعاة شكلٍ معينٍ ينبغي أن يفرغ فيه، فمتى جاء مستجمعاً لشرائطه، تعين على الزوجة أن ترتبص دبره بنفسها فترة العدة لتبين بعدها من زوجها إما بينونةً صغرى وإما بينونةً كبرى.

لكن وعلى الرغم من صحة هذا الطلاق من الوجهة الشرعية، فقد درجت بعض التشريعات المعاصرة على غل إرادة الزوج في إيقاعه باشتراط ضرورة التصريح به أمام القضاء، كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (49) من قانون الأسرة بقوله: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم...»، ومن ثمة لا يمكن تصور وقوعه دون تدخل القضاء (أ) إلا أن الواقع العملي يشهد بخلاف ذلك (ب).

(أ) ثبوت الطلاق بحكم قضائي: تبدو مسألة إثبات الطلاق - للوهلة الأولى - مسألة

يسيرةً، غير أن الطبيعة المركبة لقانون الأسرة، وولاء المخاطبين بنصوصه لأحكام الشريعة الإسلامية بصرف النظر عن النصوص التي تزامنها في ضبط تصرفاتهم الأسرية، وما يكتنف النص التشريعي الذي يتناول إثبات الطلاق من غموض، عواملٌ أسهمت إلى حد كبير في إثارة حزمةٍ من الإشكالات تتمحور حول الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق، فيما إذا كان منشأً أو مقررًا؟

كما أن خصوصية الطلاق - بوصفه تصرفاً بالإرادة المنفردة للزوج - تحول من باب المنطق دون مناقشة القاضي له والتصدي لدخائله متى اتصل به، ومن ثمة يثور التساؤل حول وظيفة القاضي في شأن الطلاق، هل هي وظيفة ولائمة أم قضائية؟

لقد أثر المشرع عند صياغته لنص المادة (49) من قانون الأسرة، توظيف اصطلاح "لا يثبت الطلاق"، مع أن اللغة القانونية توفر زخماً هائلاً من الألفاظ البديلة التي تدل على معانٍ محددة بخلاف اللفظ المستخدم، ومنها على سبيل المثال عبارة "لا ينعقد" أو "لا ينشأ" أو "لا يقع الطلاق إلا بحكم"، الأمر الذي يدعونا للتساؤل عن قصد المشرع ومرماه من وراء استخدامه لهذه العبارة التي تتسع لأحد فرضين، أولهما إمكان وقوع الطلاق دون الاحتكام للقضاء مع جواز إثباته باللجوء إليه، وثانيهما أن الطلاق لا يكون إلا بحكم، وما خلاه لغو لا يعتد به قانوناً.

يستفاد من ظاهر المادة (49) من قانون الأسرة أن المشرع استهدف بحكمها، قصر ولاية القضاء على إثبات الطلاق، مع الاعتراف به يستوي وقوعه أمام القاضي أو دون إشرافه، غير أن ثبوت الطلاق بحكم كما أشار إليه المشرع، تعزز - فرض تقريره لإنشاء الطلاق لا لإثباته - مواد أخرى من قانون الأسرة، منها ما نصت عليه المادة (58) بقولها: «تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.»، وفحواه أن احتساب العدة يبدأ من تاريخ تصريح القاضي بالطلاق لا من لحظة تلفظ الزوج به، ومنها أيضاً ما انطوت عليه المادة (50) حين قضت بأنه: «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.»، ويستخلص منه أن الطلاق الواقع بحكم طلاق بائن، وبالتالي لا مراجعة بعد صدوره رغم كونه مبتدأ احتساب العدة، وأنه على المطلق إذا راجع زوجته أن يفعل ذلك إبان محاولة الصلح، وهو ما يحملنا على التساؤل مجدداً عن طبيعة الرجعة من حيث اعتبارها طلقة تدخل ضمن ما يملكه الزوج من طلاقات شرعية على زوجته؟

فإذا سلمنا جديلاً باحتساب الرجعة - والحالة هذه - ضمن الطلاقات الثلاث التي قررها الشارع للزوج تجاه زوجته، نكون قد قررنا تبعاً اعتراف المشرع ضمناً بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، وإذا قلنا بخلافه، فلا مكان معه لوجود طلاق رجعي في مفهوم قانون الأسرة، لأن الزوجة تبين من زوجها بمجرد صدور الحكم بالطلاق، ولا يملك هذا الأخير بحال مراجعتها إلا بعقد جديد ومهر جديد.

الثابت في مسألة الحال، أن المشرع أمهل الزوجين مدة ثلاثة أشهر - ابتداءً من اتصال القاضي بدعوى الطلاق - يجوز لهما خلالها مراجعة نفسيهما، وعليه لا يسوغ للمحكمة أن تتصدى للطلاق قبل انقضائها، وإن سكت القانون عن ترتيب جزاء حال تخطيها.

ولعل في إقرار المشرع بهذه الفترة، ما يحملنا على القول بأنها إنما حُددت قياساً على الغالب من مدة العدة، لذا جرح القانون إلى اعتبارها - زيادةً على كونها فترةً للصالح - مدّةً لتربص الطالق بنفسها يجوز فيها للزوج أن يراجعها دون عقدٍ جديد، الأمر الذي يفيد اعتراف المشرع ضمناً بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، ومن ثمة فإن مراجعة الزوج لزوجته بعد انقضاء هذه المدة وقبل صدور الحكم بالطلاق تكون مراجعةً باطلةً، وأن التي تباشر قبل انتهاء هذه المدة وبعد إعلان القاضي للطلاق - على فرض صحة حكمه - تكون مراجعةً صحيحةً، لأن الزوجية التي حولته سلطان ردها، لا تزال قائمةً من الوجهة الشرعية، وإن بدت زيجّةً جديدةً من حيث توثيقها.

وبالجملة نرى أن المشرع الجزائري - إذا نحن احتكنا إلى حرفية النص وسلمنا بفكرة عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء - لم يميز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، ولا مناص من اعتباره لهذا التمييز، حال اعتدادنا بوقوع الطلاق دون رعاية القاضي مع إمكان ثبوته بحكم قضائي، ولعل هذا الفرض الأخير هو الأولى بالاعتبار، من منطلق تفرقة المشرع بين الطلاق البائن بينونة كبرى ونظيره البائن بينونة صغرى، من خلال المادة (51) من قانون الأسرة بقوله: « لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء. »، وأقوى منه ما صرحت به المحكمة العليا بشأن الطلاق الرجعي والطلاق البائن في أحد قراراتها بالقول: « من المتفق عليه فقهاً وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناءً على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقع القاضي بناءً على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض

القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً.⁽¹⁾، وما قررت به بقولها: « من المقرر شرعاً وعلى ما جرى به قضاة المجلس الأعلى إن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضاً أن الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة فإن هذا لا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناءً عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته، كان عليه إتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعة، وكان على قضاة الاستئناف التقيد بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنهم بقضائهم برجع الزوجة إلى بيت الزوجية، خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة.⁽²⁾، وما جاء في قرار آخر من أن: « مراجعة الزوج لزوجته خلال فترة العدة، جائز شرعاً وقانوناً ما دامت العصمة بيده.⁽³⁾».

وعلى النقيض مما انتهينا إليه، ثمة اتجاه شكلي يعن في التشبث بفكرة ألا طلاق دون ولاية القاضي، وأن الحكم الصادر به، ليس شرطاً لإثباته وإنما عنصر من عناصر انعقاده، وحجته في ذلك اقتضاء المشرع لشرط جوهري ينبغي توافره للاعتراف بالطلاق كتصرف إرادي، وإلا كان هذا الأخير غير ذي أثر عند الإخلال به، وقوام هذا الشرط ضرورة إفراغ الطلاق في الشكل الذي أوجبه القانون للاعتداد به، عندما نصص في المادة (49) من قانون الأسرة على أنه: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح.»، فهو ينفي بقوله هذا، انعقاد الطلاق ما لم يكن مسبقاً بمحاولة صلح يجريها القاضي قبل التصريح به، وترتيباً عليه لا مناص من الإقرار في هذا المقام بعجز إرادة الزوج عارية، وعدم قدرتها على إحداث الأثر القانوني ما لم تستوف الشكل الذي اشترط المشرع إفراغها فيه⁽⁴⁾، لا سيما وأن

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 39463 بتاريخ 10/02/1986م، قضية (ع ح) ضد (ن أ)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الأول، ص115.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 35322 بتاريخ 17/12/1984م، قضية (ف ن) ضد (ب ع ع)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الرابع، ص91.

(3) المحكمة العليا، القرار رقم: 395557 بتاريخ 09/05/2007م، قضية (ش س) ضد (أ ص)، المجلة القضائية لسنة: 2008م، العدد الثاني، ص299.

(4) عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص141.

الشريعة نفسها، كبلت حق الزوج في الطلاق ب قيدٍ زمني - يتعين عليه الالتزام به متى اتجهت إرادته إلى إيقاع الطلاق فعلاً - بأن يكون حال طهرٍ لم يمسه فيها، فإن باشره زمن حيضها أو في طهرٍ مسها فيه، وقع الطلاق قضاءً مع حرمة ديانة، بل ثمة من المذاهب الفقهية من قيده بوجود الإشهاد عليه وإلا كان باطلاً، وهي المسألة التي أسهنا في التصدي لها بمناسبة حديثنا عن شرط الشهادة في الخلع⁽¹⁾. وعليه يميز هذا الاتجاه بين مذهبين في الفقه الإجمالي بشأن الطلاق، مذهب حر يعتد بسلطان الإرادة وحدها، وآخر شكلي يشترط رسوماً لترتيب أثرها، وقد انحاز المشرع الجزائري إلى المذهب الثاني، من منطلق اقتضائه لإفراغ إرادة الزوج في قالب قانوني قضائي خاص⁽²⁾ يقوم مقام الشهادة المعتبرة عند بعض الفقهاء لانعقاده.

غير أن الأعمال الصادرة عن القاضي ليست على نمطٍ واحدٍ، فمنها الأحكام الكاشفة، ومنها الأحكام المنشئة، وينضوي الحكم بالطلاق عند أغلب الفقه ضمن الطائفة الأولى باعتباره سنداً مثبتاً لواقعة الطلاق ليس إلا، لكون هذا الأخير من التصرفات الانفرادية المنوطة بإرادة الزوج أصلاً، والتي لا دخل لقضاة الموضوع في بحث دخائنها عند التصريح بها⁽³⁾.

ورغم إقرار غالبية الشراح بهذه النتيجة، ينبري دعاة الشككية للقول بأن خاصية الطلاق باعتباره تصرفاً بالإرادة المنفردة، لا تشفع لوقوعه بمجرد تصريح الزوج به، وإنما ينبغي زيادةً عليها، أن يصدر حكماً قضائياً بالإعلان عنه، يستوي في ذلك أن يكون هذا الحكم كاشفاً أو منشئاً، وفيه ما يقطع - من وجهة نظرهم - باعتناق المشرع الجزائري للمذهب الشكلي في الفقه الإسلامي الذي يشترط - لصحة الطلاق - حضور شاهدي عدل، يحل محلها في القانون الجزائري، القاضي و كاتب الضبط على نحو غير مباشر⁽⁴⁾.

هذا وترتد فكرة التمييز بين الأحكام الكاشفة والمنشئة - في منبتها على الأرجح - إلى التفرقة بين الأحكام القضائية والأحكام الولائية، فمن يلحد إلى اعتبار الحكم بالطلاق حكماً كاشفاً، يرى أنه

(1) انظر سابقاً، ص 263 وما بعدها.

(2) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 25.

(3) عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 188.

(4) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 34. لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 90.

من الأعمال الولائية التي تتناول أفضية لا نزاع فيها، ذلك أن القاضي لا يواجه في كنفه منازعة فعلية بين الزوج وزوجته، بل كل ما في الأمر، أنه يعكف بتدخله على صب إرادة الزوج في شكل قانوني ترتب الإرادة أثرها بمقتضاه، لأن الأصل فيها أنها طليقة حرة عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، حتى إذا حدها المشرع على سبيل الاستثناء ببعض الرسوم، كاشتراطه شكلاً مخصوصاً للاعتداد بها، وجب اجتماع الأمرين كي تنتج أثرها القانوني في مواجهة الغير، الأمر الذي يجعل من حكم الطلاق الكاشف المفترق للنزاع، مجرد حكم ولائي⁽¹⁾، غايته ترجمة إرادة الزوج في سند قضائي ملزم للغير.

في المقابل يرى نفر من الشراح، أن الحكم بالطلاق لا يعدو أن يكون عملاً قضائياً مثله مثل سائر الأحكام وإن تميز عنها ببعض الخصائص والصفات، فهو من جهة حكم كاشف، كونه يجلي إرادة الزوج الكائنة قبله، ومنشئ من جهة أخرى، لاستحدثه مراكز قانونية لم تكن موجودة قبل تصريحه بها، وهي مركز المطلق والمطلقة، لذا ذهب بعض الفقهاء إلى اعتباره ذي طبيعة مزدوجة، تتقاطع فيها خاصيتا الكشف والإنشاء في الوقت عينه، لأن المشرع وإن أتى الزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة دون إرغامه على إبداء الأسباب التي حملته على ذلك، وحد من سلطان ولاية القاضي إزاءه متى اتجهت إرادة الزوج إليه (مما يجعل منه عملاً ولائياً بامتياز)، فقد قيد هذا الحق قطعاً بوجوب استيفاء الشكل الذي قرره للاعتداد به (وهو معنى ما فيه من خاصية الإنشاء)، لأن القاضي يقرر وجود الطلاق من عدمه فقط، بينما يتكفل القانون بتحديد وقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عنه وليس من تاريخ تصريح الزوج به وما يستتبع ذلك من أحكام وأثار.

ومع تسليمنا بصحة هذه النتيجة مع ما فيها من لفظية في النسق واضطراب في المعنى، فإنها تجافي حتماً ما هو ثابت بالحس والمعاينة من تطبيقات قضائية تقرر بالطلاق العرفي.

(ب) الطلاق العرفي في ضوء التطبيقات القضائية: لقد درج القضاة في مختلف محاكم

الجمهورية - وبمباركة من المحكمة العليا - على إثبات وقائع الطلاق العرفي بأثر رجعي من تاريخ حصولها رغم غياب السند التشريعي الذي يخولهم سلطة ذلك، وإن كان لسلوك القضاء هذا ما يبرره قبل صدور قانون الأسرة تطبيقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، فإنه وبعد سن هذا النص لا أقل من الاحتكام إليه، ومن ثمة يثور التساؤل حول اضطراب الأحكام المثبتة للطلاق العرفي بعده، وهل في مسلك القضاة هذا ما

(1) عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 198.

يمكن اعتباره بدعةً يتوجب الإقلاع عنها، أم أن ما توفره المادة (222) من غطاءٍ يسد ما انطوى عليه النص التشريعي من فراغ في هذا الشأن؟

في الواقع لم يتناول قانون الأسرة مسألة ترسيم الطلاق العرفي، ومع ذلك عمد القضاء إلى إثباته، ولعل في مسلك المحكمة العليا ما يغني عن الاستشهاد بأحكام درجات التقاضي التي دونها، حيث جاء في أحد قراراتها ما نصه: « من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التخليق فهو حق للزوجة المتضررة ترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجرؤوا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ.»⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر: « يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود لم تحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس الطلاق لتأكيد صحته، ذلك أن هذه الشهادة يكتنفها الغموض و النقص في محتواها.»⁽²⁾ كما جاء في البند الثاني من قرار ثالث أنه: « من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 35026 بتاريخ 1984/12/03م، قضية (م م) ضد (ب ن)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الرابع، ص 86.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 38105 بتاريخ 1985/11/04م، قضية (ب ح) ضد (م و)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الأول، ص 98.

أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.⁽¹⁾

وصرح قرار آخر ب: « أن الطلاق العرفي الموقع من الزوج والمثبت قضائياً لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية. »⁽²⁾

من خلال ما سبق يتضح أن القضاء يقر بوجود الطلاق العرفي ويرتكز في إثباته على البيئة، من خلال تحقيق يتم بموجبه سماع الشهود حتى وإن أقر الزوج بواقعة الطلاق وصدفته الزوجة على ذلك، مع أن الإقرار في هذا الفرض هو الأساس المثبت لوقوع الطلاق، وأن الشهادة ليست إلا وسيلة مضافة لتوطيد قناعة القاضي بحصول الطلاق فعلاً.

لاشك أن الأعمال الجامد للمادة (49) من قانون الأسرة، مع عدم الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية في شأن إثبات الطلاق يولد أوضاعاً عويصة، نذكر منها ما يتعلق بالطلاق العرفي من زواج عرفي، حيث جاء في المادة 22 من قانون الأسرة ما نصه: « يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقاً لهذا القانون. »، وهو نص يقر المشرع من خلاله بالزواج العرفي وبآثاره كاملة، فإذا حدث وأن طلق الزوج عقبه عرفياً أمام جماعة من المسلمين وانصرف كل واحد من الزوجين إلى حال سبيله، حق لنا التساؤل عن مآل هذا النكاح وما يترتب من آثار إن في مواجهة طرفيه أو في مواجهة الغير؟

لقد استقرت أحكام القضاء في الجزائر على عدم التعاطي مع نتائج الزواج العرفي مباشرة، كتثبيت الطلاق وغيره من الآثار، لوجود مسألة معترضة تتمثل في إثبات النكاح أولاً، وبالتالي لا يسوغ - وفق هذا المنظور - المطالبة بحقوق تالية لواقعة الزواج قبل تثبيته عن طريق إقامة الدليل الكامل أمام القضاء، على مباشرة الأطراف له مباشرةً شرعية، يستوي في ذلك أن يكون المدعى عليه مقراً بالنكاح أو منكراً له، غير أن ذلك لا يعني لزوم الانفصال المادي للأحكام، بأن يُثبِت النكاح أولاً وبشكل منفرد، ثم يسعى المدعي - في أعقابه و بناءً عليه - إلى المطالبة بما يتوخاه من حقوق ناتجة عنه، بتعبير

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 276850 بتاريخ 16/02/1999م، قضية (ب أ) ضد (ق س)، نشرة القضاة لسنة: 2001م، عدد خاص، ص100.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 288322 بتاريخ 25/09/2002م، قضية (ب ع) ضد (ز خ)، المجلة القضائية لسنة: 2003م، العدد الأول، ص375.

آخر أن التلازم بين الأمرين مسألة ممكنة، شريطة أن يتصدى القاضي أولاً، لإثبات النكاح بالدليل الكامل⁽¹⁾، وإن كان يعسر تصور اجتماع الدعويين من الناحية الفنية لاختلافهما.

ومن الإشكالات التي تثار أيضاً، حالة إعادة زواج المطلق أو المطلقة عرفياً، فهي تدق بالنسبة للأول حال نكاحه إحدى المحرمات حرمة مؤقتة، كأخت زوجته التي طلقها عرفياً على سبيل المثال، أو جمعه لأربع نسوة في عصمته دبر طلاقه العرفي، فإذا نحن سلمنا بعدم إمكان إثبات الطلاق العرفي وبأثر رجعي، وقع النكاح الذي تم عقبه فاسداً رغم سلامته من الناحية الشرعية.

هذا ويستشكل الأمر أكثر بالنسبة للزوجة الطالق عرفياً حال إعادة زواجها، وينبغي التمييز في هذا المقام بين فرضين، أولهما أن تطلق عرفياً من نكاح عرفي، وإن كانت مصلحة الطرفين فيه، تقتضي عقلاً عدم الإقدام على تثبيته لما في ذلك من كبد - وقد وجب ترسيم الزواج قبله - فإن وجود أبناء من هذا النكاح، يستدعي إلحاق نسبهم بأبيهم، أمر يتعين معه تسجيل الزواج أولاً، فإلحاق نسب الأبناء ثانياً - والزوجة في ذلك كله على ذمة زوج آخر - ثم السعي لإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي انتهاءً، وهو وضع يقتضي - حتى مع عدم اتساع التشريع لاحتوائه - إعمال الشريعة لعلاج تحقيقاً للمصلحة الاجتماعية.

أما ثاني الفرضين، فحال طلاقها عرفياً من زواج مسجل، إذ يمكن متابعتها - والحالة هذه - بجريمة الزنا، من منطلق عدم اعتراف المشرع بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، رغم انتهاء زوجيتها الأولى من الناحية الشرعية، وفي ذلك تناقض صارخ بين أحكام الجهات القضائية، إذ ينكر قاضي الجناح دفع الزوجة بوقوع الطلاق العرفي وبشرعية زواجها الثاني، بينما يسير قاضي الأحوال الشخصية في اتجاه إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، حال تزامن الفصل في الدعويين.

وإن كان الأمر يستلزم فنياً توقف القاضي الجزائي عن الفصل في دعوى الزنا لوجود مسألة عارضة تتمثل في دعوى ترسيم الطلاق، إذ بثبوتها يخرج فعل الزوجة من دائرة التجريم، فإنه لا يستقيم

(1) «لأن الحكم القاضي بتثبيت الزواج هو نفسه الذي قضى بالتطليق، والأصح أن يكون التطليق في حالة وجود عقد زواج رسمي، رفض الطعن، المبدأ: إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناءً على تثبيته بموجب حكم قضائي.» المحكمة العليا، القرار رقم: 125059 بتاريخ 1995/10/24م، قضية (س ع) ضد (ع ي)، نشرة القضاة لسنة: 1998م، العدد الثالث والخمسين، ص56.

النعي على حكم القاضي الجزائري من الناحية القانونية لعدم اعتراف المشرع بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، و هو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها نذكر منها: « أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها. » بل ذهبت المحكمة العليا أبعد من ذلك إذ اعتبرت أنه « يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائياً. » وقد ورد في قرار آخر أنه: « إذا دفعت المتهمة بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها وبين الشاكي قد انحلت واستشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما فادعى الزوج الشاكي أن هذا الحكم محل استئناف تعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى والقضاء بإدانة المتهمة بالزنا، أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصير نهائياً بعد، وإلا كان قراره مخالفاً للقانون و يستوجب نقضه. »⁽¹⁾.

هذا ومن المسائل التي تثار أيضاً عند تقييدنا بالاتجاه الشكلي في ثبوت الطلاق، مسألة احتساب العدة وما يستتبعها من آثار، ذلك أن الشريعة تقتضي اعتداد الطالق من تاريخ إيقاع الطلاق، بينما يقرر القانون احتسابها ابتداءً من تاريخ التصريح به، وهو وضعٌ مفضٍ لتربص الطالق بنفسها مرتين، إحداهما عدة شرعية تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق، وأخرى قانونية من تاريخ تصريح القاضي به، ومع ذلك يظل هذا الحكم قاصراً على الطلاق المباشر ابتداءً أمام القضاء، ولا ولاية له على الطلاق العرفي الذي يفترض ثبوت العدة فيه بأثر رجعي.

نستشف من جماع ما تقدم، أن المشرع الجزائري وإن لم ينظم الطلاق العرفي صراحةً، فقد أقر به ضمناً، وهو ما ترجمه القضاء في أحكامه كواقع فرضته الظروف الثقافية للمجتمع، وسنده في ذلك ما توفره الشريعة الإسلامية من حلول بإحالة من القانون.

ثانياً: إثبات الخلع

تقتضي المساواة بين الجنسين - بمفهومها الحقوقي الصرف - أن تتبوأ المرأة مركزاً قانونياً مماثلاً لمركز الرجل، وأن تتمتع بعين الحقوق التي يكفلها القانون له دون تفرقة أو تمييز، يستوي أن يتعلق الأمر بموضوع الحق أو كيفية إتيانه، فإذا نحن صوبنا ناصية المسألة تلقاء حرية الزوجين في فسخ النكاح، ألفينا تمتع الزوج بسلطة حل النكاح بإرادته المنفردة إن أمام القضاء أو خارج ساحته على النحو الذي رأينا في الفقرة السابقة، ولعل الخلع الذي استحدثه المشرع وخول الزوجة بمقتضاه ولاية فك عرى الزواج بإرادتها

(1) أحمد بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001م، ص 132.

المنفردة يندرج ضمن تكريس هذه المساواة، ومن هنا يثور التساؤل حول قدر ما حققه النص من هذه المساواة إن في موضوعها أو شكلها، بتعبير أوضح هل يحق للمرأة أن تباشر حقها في الاختلاع - على النحو الذي قرره القانون والقضاء في شأن ممارسة الزوج لحقه في الطلاق - دون قيدٍ شرط؟

قبل الخوض في هذه الجزئية، ينبغي ابتداءً طي مسألة إثبات الخلع الاتفاقي، وهو لا يخرج عن كونه طلاقاً بتوافق إرادة الزوجين، وبالتالي وجب أن يخضع في إثباته من بابٍ أولى لذات القواعد التي تسري على الطلاق بالإرادة المنفردة، وعلى رأسها المادة (49) من قانون الأسرة وما اقتضته من رسومٍ للاعتداد به، لكن إذا حدث وإن بوشر خارج ساحة القضاء - سواء تم إيقاعه دبر نكاحٍ مسجلٍ أو عقب زواجٍ عرقي - تعين على القاضي حينها الاستجابة لطلب صاحب المصلحة في إثباته، إما بإقامة البينة على وقوعه حال وفاة أحد الزوجين أو كليهما، أو بإقرارهما إن وجدا على قيد الحياة، وإن كان القضاء عادةً ما يعززون قناعاتهم بالمصير إلى الشهادة في جل الأحوال، هذا من جهة.

من جهةٍ ثانية، وتذكيراً بجوهر الإشكال، قلنا أن الخلع في أصله، وعلى النحو الذي صيغ به في قانون الأسرة لا يخرج عن كونه حق في فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة نظير بدلٍ تؤديه لزوجها، وفق ما نص عليه المشرع الجزائري صراحةً في صدر المادة (54) من قانون الأسرة بقوله: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.» في مواجهة ما هو معقود لزوجها من حقٍ في حل عرى النكاح بإرادته المنفردة طبقاً لمقتضيات المادة (49) من ذات القانون التي تنص على أنه: «يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...»، تحصيلاً للمساواة التي توخى المشرع تحقيقها من وراء سنه لهذا النص.

في ضوء ما تقدم يمكننا الجزم بأن الخلع بناءً على الإرادة المنفردة للزوجة، لا يختلف من حيث طبيعته القانونية عن الطلاق بناءً على إرادة الزوج منفردة، من حيث كونه رهن مشيئتها، وأنه متى اتجهت إرادتها إلى إيقاعه انحلت بمقتضاه عرى الزوجية، وأنه لا سبيل أمام الزوج لإبداء دفعه والتمسك بمناقشته أو رفضه، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة السابقة بقوله: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج...»، تماماً كما هو الشأن بالنسبة للزوج عند استهدافه الطلاق بإرادته المنفردة.

بيد أن المشرع وإن أطلق يد الزوجة في إتيانه على النحو الذي تريد، فقد أحكم رسنها باقتضائه قالباً قانونياً يتعين صب التصرف فيه للاعتراف به، ويتعلق الأمر بوجود صدور حكم قضائي بالإعلان عنه، وهو ما نصت عليه المادة (49) من قانون الأسرة السالفة الذكر، ومع ذلك يظل

مساوياً للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من هذا الوجه، لخضوع هذا الأخير بدوره لذات الحكم، عملاً بما جاء في المادة السابقة ذكرها.

لكن هل يعتبر صدور الحكم بالخلع في هذا الفرض شرطاً لإثباته أم عنصراً من عناصر انعقاده؟

في الحقيقة، لا يخرج صدور الحكم بالخلع - حين تباشره الزوجة بإرادتها المنفردة - عن كونه مجرد إثباتٍ لواقعة الخلع ليس إلا، ومن الدلائل التي تعزز قولنا هذا، سلبية دور القاضي عند التصدي له، خلا ما خوله القانون إياه حال عدم اتفاق الزوجين على عوضه، إذ ليس لقضاة الموضوع عند التصريح به إلا الإشهاد عليه، دون الخوض في وقائعه، مما يحملنا على الجزم بأن الأحكام الصادرة بالخلع شأنها شأن أحكام الطلاق، لا تعدو أن تكون أحكاماً كاشفةً من غير الصائب إضفاء خاصية الإنشاء عليها دون دليلٍ قوي، لأنها ترتبط في الأصل بعملٍ ولائيٍّ للقاضي⁽¹⁾، لا يواجهه في كنفه هذا الأخير نزاعاً بين الزوجين، بل يقتصر دوره على إفراغ إرادة الزوجة في الشكل الذي اقتضاه المشرع كي يرتب الخلع أثره القانوني.

من هنا يحق لنا التساؤل عن إمكان اختلاع الزوجة من زوجها دون موافقته، ومن غير الاحتكام إلى القضاء، كأن ترد عليه - أمام شهودٍ - مهر الذي أقبضها إياه بمناسبة زواجهما العربي، ثم تنصرف إلى نكاح غيره بعد انقضاء عدتها منه؟

فإذا أجبنا بالسلب - عملاً بالحكم الثابت في الشريعة التي قصرت فك عرى النكاح على إرادة الزوج كقاعدة عامة - وقع تصرف الزوجة في هذا الفرض باطلاً، فيبطل بالتبعية ما بني عليه من تصرفات وإن طال أمدها، وبالتالي إذا قام الزوج بإثبات نكاحه العربي منها لردّها إلى طاعته، وادعت أنها احتلعت منه عرياً دون موافقته أمام جمعٍ من الشهود، وجب رد دعواها، بل ويحق له أن يتابعها بجرم الزنا عن زواجها الثاني وإن كانت تعتريه شبهة العقد.

ومن ثمة، لا محل للقول بالمساواة التي توخى واضع النص تحصيلها من وراء سنه، إذ يظل مركز الزوج - بما له من سلطةٍ في الطلاق بإرادته المنفردة - أقوى بكثيرٍ من مركز الزوجة - بما في يدها من

(1) بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 165. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 164.

حق في الخلع بإرادتها المنفردة - من الناحية الشكلية على الأقل، وقد سوغ له القضاء إمكانية إيقاعه خارج ساحته عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية، في حين تقف إرادة الزوجة عاجزةً لوحدها عن إنفاذ ما عقده المشرع بمشيئتها ابتداءً، إذ لا حق للزوجة في أعمال حقها دون ولاية القاضي لأن الشريعة لا تتسع لذلك.

أما إذا نحن أجبنا من باب الافتراض بالإيجاب، عملاً بحرفية نص المادة (54) من قانون الأسرة، أمكننا القول بجواز ذلك من الناحية النظرية على الأقل لتساوي الحق في الخلع مع الحق في الطلاق بناءً على الأدلة التي ذكرنا سابقاً، وتحصيلاً لما استهدفه المشرع من مساواة بين الجنسين في فسخ النكاح، وهو المعنى الذي صرحت به المحكمة العليا في قرار حديث لها، جاء فيه أن: «الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج»⁽¹⁾، خاصةً وأن الشريعة الإسلامية من وجهة نظر قضاة المحكمة العليا أباحت للزوجة إيقاع الخلع بإرادتها المنفردة كما صرحوا به في العديد من قراراتهم نذكر منها: «من المقرر قانوناً وشرعاً أن "الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً"، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة (54) من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار الطعون فيه»⁽²⁾.

ولعل ما يحول بيننا وبين الجهر صراحةً بإمكان إيقاع الزوجة للخلع خارج ساحة القضاء، ما أوماً إليه المشرع من طرفٍ خفي في نص المادة (48) من قانون الأسرة بقوله: «يُحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.»، إذ يستفاد من هذا النص أن الخلع وإن أقر القانون بكونه تصرفاً بالإرادة المنفردة للزوجة - يسوغ لها أعماله كيف شاءت ومتى شاءت - إلا أنه لا يقع إلا إذا التمسست الزوجة ذلك من القاضي، فهو أقرب من هذا الوجه إلى التطبيق منه إلى الطلاق بالإرادة المنفردة.

(1) المحكمة العليا، القرار رقم: 656259 بتاريخ 2011/09/15م، قضية (ب ع) ضد (ط ي)، المجلة القضائية لسنة: 2012م، العدد الأول، ص 318.

(2) المحكمة العليا، القرار رقم: 141262 بتاريخ 1996/07/30م، قضية (م د) ضد (ر م)، المجلة القضائية لسنة: 1998م، العدد الأول، ص 120.

ومع ذلك، يمكن تخطي مثل هذه الفوارق الإجرائية بالاحتكام إلى الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة بما أشرنا إليه من بعض أحكامها، لا سيما ما نصت عليه في مادتها (1/15): «تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون: تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل (...) وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.»، وما جاء في مادتها (16): «أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وأن تضمن بوجه خاص - على أساس تساوي الرجل والمرأة: (...) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه.»، من منطلق سمو هذا الصك على قانون الأسرة وما يحيل إليه من الشريعة باعتبارها جزءاً منه، وقد بدأ فعلاً بعض المتقاضين في الدول العربية الاحتجاج به، وجاراهم القضاء في تسبب أحكامهم بناءً عليه، حيث طبقت أحكام الاتفاقية في قضية عرضت على المحاكم في دولة البحرين، واسترشد بها قاضي أردني بمناسبة فصله في إحدى الدعاوى الأسرية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

إشكالية تعديل الطلبات وإثارة بعض الدفوع في دعاوى الخلع

تنبني الدعوة القضائية - إن في شكلها أو موضوعها بعد انعقاد الخصومة بين طرفيها - على أساسين هما، الطلبات الأصلية والمقابلة من جهة، والدفوع من جهة أخرى، ولمّا كانت دعاوى الخلع في حقيقتها الإجرائية ليست سوى دعاوى قضائية يحكمها ما يحكم غيرها من الدعاوى القضائية عموماً، فإنها لا تنبئ بهذه الخاصية من الخضوع لذات الأسس التي قد تتور بشأنها بعض الإشكالات العملية، وهو ما سنعكف على بحثه في فرعين متوالين نخصص الأول منهما لمسألة إثارة بعض الدفوع (الفرع الأول) في حين نفرد (الثاني) لدراسة تعديل الطلبات.

(1) تقرير اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا (الإسكوا)، لجنة المرأة، الدورة الخامسة، بيروت من 19 إلى 21 كانون الأول/ديسمبر 2011م، 12 Décembre 2011. E/ESCWA/ECW/2011/IG.1/4. حول التقدم المحرز في تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) في البلدان العربية "تنفيذ الاتفاقية في البلدان العربية: تحليل مقارنة للإنجازات والتحديات"، ص 11.

الفرع الأول

إشكالية إثارة بعض الدفوع

بديهياً أن يُلحد المدعى عليه - في أية دعوى أقيمت ضده أمام القضاء - للذود عن نفسه بإبداء ما يراه مناسباً من الدفوع، والتي يقدر أنها كفيلة بدحض ما استند إليه خصمه في طلباته من أسباب ومسوغات، يستوي أن يتعلق الأمر بالجانب الشكلي أو الموضوعي، والغاية من سعيه هذا إضعاف مركز الخصم فيما ادعاه لإيقاعه دعواه تحت طائلة عدم القبول.

ومن بين الدفوع التي نرى أنها من الأهمية بما كان في مسألة الحال، الدفع بسبق الفصل في موضوع الدعوى، وهل ينطبق هذا المبدأ على دعاوى فك رابطة الزوجية لاسيما دعوى الخلع (ثانياً) ثم الدفع بنشوز الزوجة، طالما أن الخلع لا يخرج عن كونه نشوزاً عند التحقيق (أولاً).

أولاً: الدفع بالنشوز

لقد قدمنا بالقول أن الخلع مناطه فرك الزوجة لزوجها، وهي حالٌ عبر عنها الفقهاء فيما اشترطوه سبباً للخلع، أن يكون النشوز من جانبها، ومن ثمة لا نجانب الصواب إذا قلنا أن الخلع مساوٍ للكراهية من قبل الزوجة، معادلٌ بالتعدي للنشوز، وهو ما يدفعنا للحزم باعتباره قاصراً في دلالة الفقهية على نشوز الزوجة.

وطالما أننا خلصنا إلى أن الخلع مرادفٌ لنشوز الزوجة، وعلته كراهية هذه الأخيرة لبعلهما، وهي حالٌ يلزم من حصولها عقلاً حصول النشوز من قبل الزوجة، لأن الارتباط في هذا المقام هو ارتباط علّة بمعلولها، ولا يصح حمل الكراهية ها هنا على غير هذا المعنى.

وبالتالي إذا اتجهت إرادة الزوجة إلى الاختلاع دون اعتبار لموافقة زوجها تكون قد أقامت - بمقتضى دعواها - الحجة على نفسها بالخروج عما هي ملزمة به من طاعة اتجاه زوجها، وبناءً عليه يحق لنا التساؤل عن إمكان دفع هذا الأخير بنشوزها لقلب دعوى الخلع إلى دعوى طلاقٍ بلا نفقة، لاسيما وأن المشرع لم يجعل من طلبات المدعي أساساً وحيداً لتحديد موضوع النزاع، بل أضاف إليها مذكرات الرد أيضاً⁽¹⁾.

(1) تنص الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير 2008م على أنه: «يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد».

وعلى العموم، فإن النشوز وصف لسلوك الزوجة، مقترن في الأذهان بالنفقة، إذ لا مجال لوجوب هذه الأخيرة متى كانت الزوجة ناشزاً، كما أن الأصل فيه جواز الدفع به من قبل الزوج فيما تدعيه الزوجة ضده، خلافاً للمتبع عملاً أمام القضاء وما يستلزمه من استصدار لحكم بالنشوز مع عدم قبول الدفع به متى جاء عارياً من ذلك.

ومعنى النشوز لغة المكان المرتفع⁽¹⁾، ومنه اشتق المعنى الاصطلاحي الذي ينصرف إلى استعصاء الزوجة على بعلمها و بغضها إياه، وبذلك فهو - من هذا الوجه - خروج عن الأصل في النكاح، لأن الأصل في هذا الأخير يقوم على طاعة الزوجة لزوجها، ومؤداها الاحتباس أو الاستعداد له⁽²⁾، ومن المعلوم فقهاً أن الحق في الطاعة لا يثبت اقتضاءً وإنما يثبت شرعاً، فللزوج على زوجته حق عاطفي وحق مادي من آثارها الاحتباس الفعلي والمعنوي تحقيقاً لمقاصد النكاح، فإذا حدث وأن أخلت الزوجة بأحد هذين الحقين المقررين لزوجها، فلا أقل عندئذٍ من اعتبارها ناشزاً، وهو ما يتفق مع ما انطوى عليه النص القرآني الذي رسم طريقاً لعلاج نشوز الزوجة في قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي خَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾.

(1) «النَّشْرُ: المكانُ المرتفعُ، كالنَّشَارِ، بالفتح، والنَّشْرُ، محرَّكةٌ ج: نُشُورٌ وأنشَارٌ ونَشَارٌ، والارتفاعُ في مكانٍ، يَنْشُرُ وَيَنْشُرُ (...) والمرأةُ تَنْشُرُ وتَنْشُرُ نُشُوراً: استعصتْ على رَوْجِها، وأَبْعَضَتْهُ». مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص 527. «نشر: النَّشْرُ والنَّشْرُ: المُنُّ المرتفعُ مِنَ الأرض، وَهُوَ أَيْضاً مَا ارْتَفَعَ عَنِ الْوَادِي إِلَى الْأَرْضِ، وَلَيْسَ بِالْعَلِيظِ، وَالْجَمْعُ أَنْشَارٌ وَنُشُورٌ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: جَمْعُ النَّشْرِ نُشُورٌ، وَجَمْعُ النَّشْرِ أَنْشَارٌ وَنَشَارٌ مِثْلُ جَبَلٍ وَأَجْبَالٍ وَجِبَالٍ. والنَّشَارُ، بِالْفَتْحِ: كَالنَّشْرِ. وَنَشَرَ يَنْشُرُ نُشُوراً: أَشْرَفَ عَلَى نَشْرِ مِنَ الْأَرْضِ، وَهُوَ مَا ارْتَفَعَ وَظَهَرَ. يُقَالُ: أَقْعَدُ عَلَى ذَلِكَ النَّشَارِ. وَفِي الْحَدِيثِ: أَنَّهُ كَانَ إِذَا أَوُقِيَ عَلَى نَشْرِ كَبَرٍ أَيْ ارْتَفَعَ عَلَى رَأْيَةٍ فِي سَفَرٍ، قَالَ: وَقَدْ تُسَكَّنُ الشَّيْءُ؛ وَمِنْهُ الْحَدِيثُ: فِي خَاتَمِ التَّبَوُّةِ بَضْعَةٌ نَاشِرَةٌ أَيْ قِطْعَةٌ لَحْمٍ مَرْتَفَعَةٌ عَلَى الْجَسْمِ، وَمِنْهُ الْحَدِيثُ: أَنَاهُ رَجُلٌ نَاشِرُ الْجَنَّةِ أَيْ مُرْتَفَعُهَا. وَنَشَرَ الشَّيْءُ يَنْشُرُ نُشُوراً: ارْتَفَعَ. وَتَلَّ نَاشِرٌ: مُرْتَفِعٌ، وَجَمْعُهُ نَوَاشِرٌ... جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج 5، ص 417.

(2) «(مَنْعُهَا رَوْجَهَا عَنْ الدُّخُولِ عَلَيْهَا، وَهُوَ يَسْكُنُ مَعَهَا فِي بَيْتِهَا نُشُورٌ) لِأَنَّهَا حَبَسَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ بِغَيْرِ حَقٍّ فَلَا تَحِبُّ النَّفَقَةَ لَهَا مَا دَامَتْ عَلَى مَنَعَةٍ فَتَحَقِّقُ النُّشُورَ مِنْهَا فَصَارَ كَحَبْسِهَا نَفْسَهَا فِي مَنْزِلٍ غَيْرِهَا هَذَا إِذَا مَنَعَتْهُ، وَمُرَادُهَا السُّكْنَى فِي مَنْزِلِهَا». فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج 6، ص 221. «(قَوْلُهُ مِثْلُ النَّاشِرِ) أَرَادَ بِالنَّاشِرِ مَنْ خَرَجَتْ مِنْ بَيْتِ رَوْجِهَا وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى رَدِّهَا ابْتِدَاءً كَمَا يُسْتَفَادُ مِنْ كَلَامِ الْخَطَّابِ (...) قَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ لَا نَفَقَةَ لِلنَّاشِرِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ وَقِيلَ لَهَا النَّفَقَةُ وَهَذَا فِي بَلَدٍ لَا حُكْمَ فِيهِ وَأَمَّا بَلَدٌ فِيهِ الْحُكْمُ فَيُنْفَقُ لِأَنَّهُ حِينَ لَمْ يَرْفَعْهَا فَقَدْ رَضِيَ قَالَ وَالنُّشُورُ أَنْ تَخْرُجَ إِلَى أَوْلِيَائِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ أَوْ تَمْنَعَهُ مِنَ الْوَطْءِ اهـ». محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4، ص 191 و 192. «أَمَّا نُشُورُ الْمَرْأَةِ عَلَى رَوْجِهَا فَهُوَ امْتِنَاعُهَا عَنْهُ إِذَا دَعَاهَا إِلَى فِرَاشِهِ مَا خُوذَ مِنَ الْإِرْتِفَاعِ، وَلِذَلِكَ قِيلَ لِلْمَكَانِ الْمُرْتَفِعِ نَشْرٌ فَسُمِيتِ الْمَمْنَعَةُ عَنْ زَوْجِهَا نَاشِرًا لِإِرْتِفَاعِهَا عَنْهُ وَامْتِنَاعِهَا مِنْهُ... أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 595. «نشوز المرأة، وهو معصيتها زوجها فيما يجب له عليها من حقوق النكاح». موفق الدين بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 3، ص 92.

وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا⁽¹⁾ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا⁽²⁾، ومن ثمة فإن الزوجة الناشز، وفقاً لتصوير النص السامي تكون قابعةً بمنزل الزوجية، فيكون من باب أولى شاملاً لها إذا خرجت منه، وهو ما يخالف التصوير الدارج الذي استقرت عليه أحكام القضاء⁽³⁾، حيث قررت المحكمة العليا بشأنه ما نصه: « من المقرر شرعاً أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بُلِّغت بالحكم النهائي برجوعها لحل الزوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزاً عن طاعة زوجها...»⁽⁴⁾، وهو ما يعني قصرها للنشوز على صورةٍ من صورته، تتحقق عند مغادرة الزوجة لمنزل الزوجية، فتكون بذلك قد حددت النشوز بتخلف الاحتباس الفعلي فقط دون المعنوي.

وعليه إذا حدث وأن أُنذر الزوج زوجته بالرجوع إلى بيت الزوجية، ورفضت هذه الأخيرة الامتثال له، ومع ذلك أحجم الزوج عن استصدار حكمٍ بالنشوز تودداً إليها ورغبةً في استئناف الحياة معها، إلا أنها امتنعت من تصرفه هذا وباشرت دعوى اختلاعٍ منه نكايَةً فيه، فهل يحق له الدفع بالنشوز في غياب حكمٍ مقرر له؟

في الواقع ليس ثمة ما يمنع القاضي من التصدي للدعوى مرجحاً أحد الوجهين، إذ يسوغ له القضاء بالخلع بناءً على طلب الزوجة، كما يسوغ له الحكم للزوج بالطلاق للنشوز بناءً على دفعه مع التعويض جبراً لخاطره المنكسر، من منطلق أن موضوع الدعوى إنما تحدده طلبات المدعي ورد المدعى عليه وفق ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (25) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر.

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد أشار في المادة (55) إلى تحديد سلطة القاضي فيما يمكن أن يترتب عن نشوز أحد الزوجين بقوله: «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر» وبهذا النص يكون المشرع الجزائري قد اقتصر على ما يمكن أن يترتب عن النشوز، من فائٍ للرابطة الزوجية رفعاً للغبن عن الطرف المتضرر، بالإضافة إلى تعويضه عما لحقه من أضرارٍ جراء ذلك، تاركاً مسألة تعريف النشوز وتحديد أحكامه إلى نصوص الشريعة الإسلامية من خلال نص المادة (222) من ذات القانون.

(3) المحكمة العليا، القرار رقم: 33762، بتاريخ 1984/07/09، قضية (ش م) ضد (ل ف)، المجلة القضائية 1989م، العدد الرابع، ص 119.

بقي معنا من أوجه المسألة ما انتهينا إليه آنفاً من أن الخلع في معناه الفقهي يعني نشوز الزوجة، وهو ما يدفعنا لتحري تاريخ ابتدائه وكيفية إثباته على افتراض انتهاء الدعوى المرفوعة - لطلب الخلع من قبل الزوجة - لسبب آخر غير الحكم به، ومباشرة هذه الأخيرة لدعوى نفقة عن الفترة السابقة لالتماسه، ومن ثمة لا أقل من التساؤل عن مدى أحقية الزوج في الدفع بنشوز زوجته، إبان تلك الفترة لرد طلبها؟

من الثابت قانوناً أن الدعوى القضائية تعتبر مرفوعةً وترتب آثارها بمجرد إيداع العريضة الافتتاحية لدى كتابة الضبط، وعليه متى بادرت الزوجة برفع دعوى الخلع - وكان من ضمن ما انطوت عليه هذه العريضة أنها تأبى الحياة مع زوجها وترغب في الفكك منه خلعاً - تكون قد أقرت عقلاً بمقتضاها، أنها كارهةً لبعْلِها خارجةً عن طاعته.

ويعتبر إقرارها هذا ذا حجيةٍ كاملةٍ في دعوى الخلع، باعتباره إقراراً قضائياً قاصراً على الدعوى التي صدر من أجلها، يبدأ أنه، قد يرتبط بغيرها من الدعاوى كدعوى النفقة، التي تستقل عن دعوى الخلع استقلالاً تاماً، ومن ثمة لا مشاحنة في انقلابه إلى إقرارٍ غير قضائي عند التمسك به في غير الدعوى التي وقع بمناسبتها، ومفاد ذلك أن الإقرار القضائي الوارد من الزوجة في دعوى الخلع، يعتبر إقراراً غير قضائي في غيرها من الدعاوى، فيكتسب بوصفه هذا حجيةً غير قاطعةٍ على المقر، ويكون خاضعاً لتقدير محكمة الموضوع، التي لها مطلق الحرية في اعتباره دليلاً مكتوباً أو مبدأً ثبوت بالكتابة، أو مجرد قرينة، كما أن لها ألا تأخذ به أصلاً، بعد النظر في ملابسات الدعوى وتقدير الظروف التي صدر فيها، ولا معقب عليها في ذلك متى بنت تقديرها على أسابٍ سائغة⁽¹⁾.

وترتيباً عليه إذا بادرت الزوجة برفع دعوى خلع، تداولتها المحكمة مدّةً من الزمن طالت أو قصرت، ثم تنازلت عنها أو انسحبت دون استكمال إجراءاتها تاركَةً إياها للشطب، لتباشر دبرها دعوى نفقةٍ عن المدة مابين تاريخ إيداع عريضة الخلع لدى كتابة الضبط، وتاريخ انتهاء الدعوى، ودفع الزوج بنشوزها إبان هذه المدة، مثبتاً دفعه بنسخةٍ من عريضة دعوى الخلع بما تتضمنه من إقرارٍ بنشوزها، تعين حينها على القاضي - والتزاماً بأحكام الشريعة - أن يستنبط منها قرينةً قضائيةً على قيام هذا النشوز،

(1) محكمة النقض المصرية، نقض 1967/3/9 - مجموعة المكتب الفني، س18، ص509.

دون أن يقوض ذلك من حق الزوجة في دحضها بكافة وسائل الإثبات طالما أنها غير قاطعة في دلالتها كما سبق القول.

غير أن أحكام القضاء جارية على النقيض مما انتهينا إليه، لأن ما حوله القانون للزوجة، يترد في مجمله لإرادتها المنفردة، إذ أنها من يحدد نهج الخصومة ومسارها، وما ستفضي إليه من نتيجة، فهل من المستساغ عقلاً تقرير استفادة الزوجة - فوق ذلك - من النفقة عن المدة ما بين رفع الدعوى وحتى انتهائها بغير القضاء مخالعةً، نتيجة أسباب ترجع إليها على النحو السالف؟

لاشك أن القانون حينما يكرس وضعاً كهذا، يكون مشوباً بكثيرٍ من العوار، بل ويمكن القول دون مبالغة بتعبيره عن صورةٍ فجّةٍ من صور الانحراف التشريعي، وقد أوجد مفارقةً لا مبرر لها، أفضت إلى خللٍ في المراكز القانونية لكلٍ من الرجل والمرأة، إذ كيف يستقيم الأمر، مع أن الزوجة هي من رفع دعوى الخلع، ونشزت عن طاعة زوجها، ثم تسببت بإرادتها في عدم إيقاعه، لتعاود المطالبة بالنفقة عن هذه المدة؟

حال أحجم التشريع عن تنظيمها صراحةً، فأطلق بعزوفه هذا يد القضاة في قصر النشوز على صورةٍ ضيقةٍ من صوره، لا سبيل لانضواء مسألة الحال تحتها وإن كانت تعبر عن أقصى درجات الخروج عن الطاعة والنشوز من الوجهة الشرعية، وهو ما يبرر قضاءهم بالنفقة في هذه الأحوال، وضعّ يفضي دون ريبٍ وبحكم اللزوم العقلي إلى نتيجةٍ شاذةٍ لا يقرها عقل ولا يقبلها منطق، بل ولا نجد لها وصفاً غير كونها حالةً من حالات الإثراء بلا سبب.

لكن قد يقال أن القاضي يحكم - في الأحوال التي تصل فيها الدعوى إلى مداها - بالإضافة إلى فك عرى النكاح خلعاً، بالنفقة عن المدة الماضية، وبالتالي لا مبرر من عدم الحكم بتحصيل الزوجة لها في الأحوال التي تنقضي فيها الدعوى بغير قضائه بالخلع، ومع عدم تسليمنا برجحان هذا الحل، وما أستند إليه من أدلةٍ فقهيةٍ كما سبق وأن بينا بمناسبة حديثنا عن أحكام الخلع، فإنه لا تلازم في تقديرنا بين الأمرين، ذلك أن الحكم بالنفقة في الحال الأولى على فرض سلامته شرعاً، آل عن فك الرابطة الزوجية، وهي نتيجة أعطت النشوز الواقع قبلها مشروعيةً، لأن تحصيل الزوجة للفكاك يقوم قرينةً على سلامة قصدتها شرعاً من وراء خروجها عن طاعة زوجها، أما وقد عادت - في الفرض الثاني - إلى حباله، فلا مجال للقول بذلك، لأنها أثبتت بمعاودة دخولها في طاعته أنها كانت حين مباشرتها لدعوى الاختلاع ناشزاً عليه دون مبرر شرعي.

ثانياً: مدى جواز الدفع بعدم نظر دعوى الخلع لسبق الفصل فيها

لم تجعل الأنظمة القانونية - على اختلاف مشاربها - من الدعوى سلاحاً مطلقاً في يد المدعي، بل أوجدت نوعاً من التوازن بين مركزه ومركز المدعى عليه ضماناً لاستقرار الحقوق والمعاملات، لأنها حين أقرت للمدعى بحقه في مباشرة دعواه وتضمينها ما يراه ملائماً من الطلبات، اعترفت في الوقت عينه للمدعى عليه بالحق في إبداء ما شاء من الدفوع الكفيلة في نظره بتقويض الأسس التي بنى عليها المدعي ادعاءه، ومن جملة هذه الأخيرة، الدفع بسبق الفصل، أو ما يصطلح على تسميته بحجية الشيء المقضي فيه، وهو ما نصص عليه المشرع الجزائري في المادة (67) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت مظلة الدفع بعدم القبول بقوله: « الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع. »، كما اعتبر في موضع آخر من ذات القانون أنه يجوز للخصوم التصالح تلقائياً أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة⁽¹⁾، وأن ما انتهى إليه الأطراف من صلح يعد منهيّاً للنزاع، باعتبار المحضر الذي أفرغ فيه، سنداً تنفيذي، يكتسي هذه الصفة بمجرد إيداعه بأمانة الضبط⁽²⁾، والذي نحاول القبض عليه من خلال ما سبق، أن الحق في رفع الدعوى يكون غير سائغ في الفرضين، لانقضاء الحق في رفعها بأحد الأسباب التي سقنا، متى طرحت طُرحت أمام القضاء بذات العناصر، وهو ما يدفعنا للتساؤل عن مدى إمكان تطبيق هذه المبادئ على دعوى الخلع في الأحوال التي تنتهي فيها هذه الدعوى بالصلح، لاسيما وأن المشرع اقتضاه وجوباً في جميع الدعاوى التي يكون موضوعها فك الرابطة الزوجية، وهل ثمة ارتباط بين الصلح القضائي المفضي للنتيجة التي ذكرنا سابقاً، وإجراء الصلح في قانون الأسرة؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن كثيراً من دعاوى الخلع قد يُصار فيها إلى تنازل الزوجة عن الخصومة واستئناف الحياة الزوجية، ومن ثمة لا مناص من التساؤل عن مدى تأثير ذلك على إعادة تسجيل الدعوى مجدداً، قياساً

(1) تنص المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يجوز للخصوم التصالح تلقائياً، أو بسعي من القاضي، في جميع مراحل الخصومة.» .

(2) تنص المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية.» . وتنص المادة 993 من ذات القانون على أنه: «يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة الضبط.» .

على الأحوال التي يتم فيها التنازل عن الدعوى في الكثير من القضايا المدنية (ب) لكن وقبل الخوض في ذلك يتعين علينا ابتداءً ببيان المقصود بحجية الأمر المقضي ولو على نحو موجز (أ).

(أ) حجية الأمر المقضي به: يمكننا تعريف الحجية بأنها تلك القوة المانعة من قبول دليل ينقضها، أو دعوى جديدة لسبق الفصل في موضوعها بحكم حائز على حجية الشيء المقضي به، كما تتصف بكونها نسبية، فلا تقوم إلا بين الخصوم أنفسهم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الحائز على الحجية، متعلقة بذات الحق - سبباً ومحلاً - ، وقد تكون من النظام العام، إذ تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها ولو بغير طلب، متى استبان لها أن الدعوى قد سبق الفصل فيها بحكم حائز لقوة الأمر المقضي به، أو دفع بذلك المتمسك بحجية هذا الحكم، وهي تقوم على اعتبارين، يتمثل أولهما في كون الحكم الفاصل في النزاع، ملزماً لأطرافه، إذ ليس لهم أو لأحدهم الحق في طرح النزاع مجدداً على القضاء بدعوى جديدة، ولولا هذا الاعتبار الذي تنبني عليه حجية الأحكام، لما انتهت المنازعة الواحدة أبداً وظلت منتجة إلى يوم الدين، أما الاعتبار الثاني فمرصود لغرض التصدي لاحتمال الأحكام المتعارضة، إذ لو فُتح الباب على مصراعيه لطرح النزاع مجدداً أمام القضاء لانفك عن ذلك حصول كل من الخصمين على حكم متعارض مع الحكم الذي حصل عليه خصمه، بشأن ذات النزاع وبين نفس الخصوم، وهي حالٌ يتعذر في كنفها تنفيذ الأحكام القضائية قطعاً.

هذا وتعتبر حجية الأمر المقضي به من النظام العام في الدعاوى الجزائية، إذ تحوز الأحكام الصادرة فيها حجية مطلقة بالنسبة للخصوم والعموم، لأنها تُدين المتهم أو تبرأ ساحتته باسم المجتمع، ومن هنا تعين على القاضي الجزائي أن يثيرها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها الخصوم، أما في الدعاوى المدنية فلا تكتسي هذه الصبغة، إذ أنها ليست أكثر من دليل على الحق، والخصم الذي يملك الحق يملك بالتبعية سلطة التنازل عنه، وبالتالي ليس للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه.

ويشترط لقيام حجية الأمر المقضي أن يكون النزاع قد بُتَّ فيه بمقتضى حكم قضائي صادر عن جهة قضائية ذات اختصاص وولاية قضائية، وأن يكون هذا الحكم قد صدر عن هذه الجهة بموجب سلطتها القضائية لا الولائية، والفارق بين الأمرين يرتد إلى فصله في خصومة من عدمه، كما يشترط أيضاً أن يكون قطعياً، أي فاصلاً في الموضوع ولو كان ابتدائياً قابلاً للطعن عليه بالاستئناف، ويجوز الحكم النهائي الحجية حتى وإن تم الطعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر، كما يجوز نظيره القطعي الفاصل في الخصومة كلها أو بعضها على ذات الحجية، وهي الصفة التي تسري أيضاً على الحكم

الفاصل في الدفع موضوعيا كان أم شكلياً، كالدفع بعدم الاختصاص أو عدم قبول الدعوى أو الحكم بسقوط الخصومة وانقضائها بالترك ...

ويعرف فقهاء القانون الحكم القضائي باعتباره قرار تصدره المحكمة في خصومة مطروحة عليها طبقاً للقانون فصلاً في موضوعها، فخرج بهذا الشرط كل الأحكام غير الفاصلة في الموضوع وغير المنهية للخصومة تمهيدية كانت أم وقتية، ويشترط لحجية الحكم ثلاثة شروط تتمثل في اتحاد الخصوم واتحاد محل النزاع واتحاد السبب.

أما عن الشرط الأول والمتعلق باتحاد الخصوم، فقوامه أن الحكم حجة على الخصوم أنفسهم وبصفتهم، كما أنه حجة على خلفهم عاماً كان أم خاصاً، ومثاله إذا صدر حكم على شخص باستحقاق العين التي وضع يده عليها، فإن هذا الحكم يعتبر حجة على دائنيه، إذ لا يستطيعون التنفيذ على العين المستحقة لكونها غير مملوكة لمدينهم، وعلى العكس من ذلك إذا صدر الحكم في دعوى الاستحقاق لصالح المدين، فإنه يكون حجة للدائنين على المدين لا على الغير، والغير في الحكم لا يختلف عن الغير في العقد، كالمالك في الشيوخ، والمدين المتضامن والكفيل والوارث بالنسبة إلى غيره من الورثة، إذ لو صدر حكم ضد احد الملاك في الشيوخ فإنه لا يكون حجة على المالكين معه إلا إذا اختصموا في الدعوى، أما المدينون والدائنون المتضامنون فإن الحكم الصادر لمصلحة احدهم يفيد الباقيين، ولا يقوم حجة على الآخرين متى كان صادراً ضده، وهو ما يسري في حق الورثة أيضاً، حيث لا يعتبر الحكم الصادر على احدهم حجة على الباقيين، إلا إذا ثبت أن الوارث كان خصماً في الدعوى باعتباره ممثلاً للتركة.

أما شرط الثاني المتمثل في اتحاد المحل، فالعبرة فيه بما طلبه الخصم لا بما أحجم عن طلبه، لأن الحكم لا تكون له حجية إلا بالنسبة لمحل النزاع المدعى به في الدعوى التي صدر فيها الحكم، والعبرة بطلبات الخصوم التي فصل فيها، هذا ويعتبر الحكم في الشيء حكماً فيما يتفرع عنه، لأن القضاء في الكل كالقضاء في الجزء، ومثاله الحكم بصحة بيع قاعدة تجارية، حجة في بيع كل عنصر من عناصرها، والحكم بالدين، حكم بكل قسط من أقساطه.

وأما شرط اتحاد السبب، فهو المصدر القانوني للحق المدعى به أو المنفعة القانونية المتوخاة من الدعوى، وهو لا يعدو أن يكون الواقعة المراد إثباتها مادية كانت أم تصرفاً قانونياً، فدعوى مطالبة المستأجر للمؤجر بتسليم العين المؤجرة سببها عقد الإيجار، فلا يجوز رفعها مجدداً بعد الحكم فيها استناداً

إلى نفس العقد والسبب، فهو إذن الواقعة القانونية التي يستمد منها الخصم الحق الذي يدعيه، يستوي أن يكون مصدره عقداً أم إرادة منفردة أو فعلاً ضاراً أو نصاً قانونياً، وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية التي يستند إليها الخصم.

(ب) الصلح القضائي والتنازل عن الخصومة: من الوسائل التي تأتي على النزاع في دعاوى

فك الرابطة الزوجية - ومنها الاختلاع - مصير الطرفين إلى الصلح (١) وتنازل الزوجة عن الخصومة (٢) فما أثرها على الدعوى حال إعادة مباشرتها بنفس العناصر؟

(١) الصلح القضائي: لقد أوجب المشرع الجزائري على قاضي الشؤون الأسرية - في

الدعاوى الرامية إلى فك رابطة الزوجية - إجراء عدة محاولات صلح سعيّاً منه لثني صاحب الطلب عن قراره، وحثه على مواصلة الحياة الزوجية، على أن يفرغ ذلك في محضر - متضمن لمساعي ونتائج محاولات الصلح - يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين وهو ما أشارت إليه المادتين (49) من قانون الأسرة^(١)، و(443) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية^(٢).

وعليه، لا جدال في اعتبار الصلح بهذه المحددات صلحاً قضائياً، لا يختلف في شكله عن الصلح المنصوص عليه في المواد المدنية، بل ويتميز عن هذا الأخير بما زيد فيه من سعي القاضي لعرضه على الخصمين وجوباً، وهي الخاصية التي تجرنا للتساؤل عن أثره على الدعوى حال إفلاح القاضي في التوصل إليه، بتعبير آخر، هل يكون الصلح في مجال دعاوى فك رابطة الزوجية بما فيها دعوى الخلع منه للنزاع، مسقط للحق في رفع الدعوى من جديد شأنه في ذلك شأن الصلح المدني، أم أنه يختلف عن هذا الأخير من حيث أثره رغم اتفاقهما شكلاً؟

لقد سبق القول أن الصلح في المواد الأسرية إجراء يفرض القانون على القاضي القيام به تفادياً لحل عرى النكاح، من خلال سعيه الحثيث لإقناع الطرفين بالمصير إليه، وهو إجراء وجوبي في حق

(١) تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة (3) أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى. على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.»

(٢) تنص المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يجرى في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي، يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط، يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً.»

القاضي - كما يستفاد من النص القانوني - بحيث إذا حدث وأن أصدر حكمه بفك الرابطة الزوجية دونه، وقع حكمه معيماً معرضاً للنقض.

في ذات الوقت، لا يعد هذا الإجراء أمراً وجوبياً بالنسبة لطرفي الدعوى، إذ لا يمكن إجبارها عليه، غاية ما في الأمر أن يقوم القاضي بعرضه عليهما، وحثهما بالمصير إليه، حتى إذا تصالحا انتهت في إثره الخصومة القائمة بين الزوجين، وحق للزوج بالتبعية أن يراجع زوجته دون حاجة إلى عقد جديد، أما في حالة عدم التوصل إليه، رغم تعدد محاولات القاضي في سبيل ذلك، جاز للمحكمة القضاء بفك الرابطة الزوجية وفقاً للوجه المقدم في الطلب الأصلي أو المقابل حسب الحالة⁽¹⁾، مع وجوب تدوين ما تم التوصل إليه بشأن الصلح في محضر يوقعه القاضي وأمين الضبط وطرفا الدعوى في هذا الفرض وذلك.

لكن وقبل الحديث عن الصلح الخاص بالقضايا الرامية إلى فك الرابطة الزوجية، تقتضي المقارنة تسليط الضوء ابتداءً على طبيعة الصلح في القضايا المدنية وأثره البات في إنهاء النزاع، إذ من الثابت قانوناً أن الصلح عقدٌ يحسم به الأطراف نزاعاً ثار بينهما فعلاً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، بتنازل إرادي من كل طرفٍ عن بعض مطالبه حسبما ورد في المادتين (459) و(462) من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، والصلح بهذه الصيغة لا يكسب حجيةً إلا بعد المصادقة عليه من قبل القضاء، وهو ما نصت عليه المادتين (991) و(992) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف ذكرهما، وذهبت إليه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بالقول: «لما كان من المقرر في قضاء النقض أن المُقرر بنص المادة 103 من قانون المرافعات، أن للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حال تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع كل منهم أو من وكلائهم فإذا كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة وأُثبت محتواه فيه ويكون لمحضر الجلسة في الحالين قوة السند التنفيذي، والمقرر في قضاء هذه المحكمة أن عقد الصلح المُصدّق عليه لا يخرج عن كونه

(1) وهو ما نصت عليه المادة 3/443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالقول: «في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى».

(2) تنص المادة 459 من القانون المدني الجزائري على أنه: «الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه». و462 من ذات القانون على أنه: «ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها. ويتربط عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية».

عقداً يرد عليه ما يرد على سائر العقود وأن القاضي وهو يُصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق.»⁽¹⁾.

ويستفاد استرسالاً من قرار النقض هذا أن القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة، لاقتصار مهمته انتهاءً على إثبات ما تم التوصل إليه من اتفاقٍ أمامه، ومن ثمة فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً، وإن كان يُعطى شكل الأحكام عند إثباته غير أنه ورغم ذلك يجوز حجية الأمر المقضي به، وهو ما صرحت به ذات المحكمة بالقول في عدة قرارات لها: «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القاضي وهو يُصدق على الصلح بإلحاق ما كتبه الخصوم بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه لا يفصل في خصومة بل تنحصر مهمته بمقتضى سلطته الولائية - وليس بمقتضى سلطته القضائية - في إثبات ما اتفقوا عليه، وإن أُعطى الاتفاق شكل الأحكام بيد أنه يجوز حجية الأمر المقضي فيه ويكون الطعن فيه بطرق الطعن المُقررة للأحكام غير جائز، وإنما تُرفع دعوى مُبتدأه ببطالانه طبقاً للقواعد العامة.»⁽²⁾.

هذا وإن كان الصلح في المواد المدنية إجراءً منه لنزاع قائم أو محتمل بين أطرافه حول ذات الموضوع، فلا مجال قطعاً لسريان أحكامه على الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية ومنها دعوى الخلع - خلا في جوانبها المادية - رغم وحدة الأطراف وتحدد ذات النزاع بينهما، وهو ما صرحت به المادة (461) من القانون المدني الجزائري بقولها: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة على الحالة الشخصية.»، ومن ثمة فإن الصلح في المجال الأسري صلح خاصٌ ينفرد عن الصلح المدني في أثره وإن اتفق معه في شكله، لاختلاف طبيعة الموضوع الوارد عليه في كليهما.

فموضوع الصلح الأسري يتناول حالة شخصية، خولت الشريعة في كنفها للزوج حق إيقاع الطلاق مرتين مع إمكان المراجعة مصداقاً لقوله ﷺ: «أَلْطَلَّقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنِ وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ

(1) محكمة النقض المصرية، نقض مدني في الطعن رقم 2324 لسنة 52 قضائية - جلسة 1987/3/1.

(2) محكمة النقض المصرية، نقض مدني جلسة 1985/4/28 مجموعة المكتب الفني - السنة 36 - ص 886. ونقض مدني جلسة 1983/12/29 مجموعة المكتب الفني - السنة 34 - ص 1993.

أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ⁽¹⁾ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الشارع الحكيم، أباح الطلاق على وجه يسوغ معه للزوج مراجعة زوجته، حتى إذا استنفذ ما بيده من الطلقات الثلاث، بانتهى منه بينونة كبرى، تحول بينه وبين ردها إلى عصمته حتى يطأها غيره في نكاح صحيح ثم يموت عنها أو يسرحها، وهي المعاني التي يستفاد منها إمكان تجديد المنازعة والصلح بين الزوجين حتى يبلغ الطلاق نصابه، دون أن يقف الصلح - عند المصير إليه - مانعاً من مباشرة الحق في حل النكاح من جديد، بتعبير آخر، أنه متى استهدف أحد الزوجين أوهما معاً فك رباط الزوجية، وأفلحت المحكمة في ثنيهما عن ذلك والصلح بينهما، ثم اختلفا وأعاد المتبرم منهما طلب إنهاء النكاح، فإنه لا حق لصاحبه في الدفع بما وقع بينهما من صلح، والادعاء بأنه وضع حداً نهائياً للنزاع لما له من حجية الأمر المقضي به، شأنه في ذلك شأن الصلح في المسائل المدنية، من منطلق اختلاف الأمرين، لتعلق الثاني بحقوق مالية قابلة بطبيعتها للتصالح البات، وانصراف الأول إلى الحالة الشخصية، وخصوصية عقد النكاح وطبيعة العلاقة الناجمة عنه، والمعرضة باستمرار للمنازعة والخلاف المتجدد، الأمر الذي يجعل منه إجراءً خاصاً قاصراً على النزاع الذي انتهى بمقتضاه، دون امتداده إلى غيره وإن بوشرت بشأنه دعوى بذات عناصر النزاع الأول.

والحاصل أنه إذا أقامت الزوجة دعوى اختلاع من زوجها، وانتهت بالتصالح بينهما، فإن الحكم الصادر بذلك لا يحوز قوة الأمر المقضي به، إذ يسوغ في أعقابه لذات الزوجة أن تباشر دعوى افتداءً جديدة على زوجها بعين الطلبات السابقة، دون أن يكون لزوجها الحق في الدفع بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها، لأن عقد الصلح في الدعوى الأولى لا يحوز حجية الشيء المقضي به، وإن أُعطي شكل الأحكام عند إثباته.

(٢) التنازل عن الخصومة: قد يرفع المدعى دعواه أمام الجهة القضائية المختصة، ويسعى عبر القنوات القانونية المتاحة إلى تحقيق شروط انعقادها، ثم يتبين له لاحقاً رجحان التنازل عن الخصومة لمصلحة ارتآها، وإرجاء التقاضي بشأن الحق الذي ادعاه إلى وقت آخر، وهو تصرف أقرته القوانين عليه، ومنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائي الذي نص على أن: «التنازل هو إمكانية مخولة

(1) سورة البقرة، الآية 229.

للمدعي لإنهاء الخصومة، ولا يترتب عليه التحلي عن الدعوى، يتم التنازل إما كتابياً وإما بتصريح يثبت بمحضر يحرره رئيس أمناء الضبط.⁽¹⁾

ومن الآثار التي يترتبها تنازل المدعي عن الخصومة، طي القاضي للنزاع دون الفصل في موضوعه، من غير أن يشكل ذلك مانعاً قانونياً لإعادة رفع المدعي لدعواه أمام نفس القاضي شريطة ألا يكون هذا الأخير قد تصدى للموضوع في غير الخصومة المتنازل عنها بموجب حكمٍ حائزٍ على قوة الشيء المقضي فيه.

ومن ثمة فإن التنازل عن الخصومة يختلف في جوهره عن التنازل عن الدعوى، باعتبار هذا الأخير نزولاً من المدعي عن حقه في إقامة الدعوى التي تحمي الحق الموضوعي الذي ينقضي بمقتضى هذا النزول، فهو مجرد بذلك حقه الموضوعي من أية حماية قضائية⁽²⁾.

والأصل في التنازل عن الدعوى أن يتم بالإرادة المنفردة للمتنازل، باعتباره تصرفاً أحادي الجانب، إذ لا يشترط لصحته قبول المدعى عليه، لكونه يصب في مصلحته، فلا يكون له بالتبعية أي مبرر لمقابلته بالرفض، غير أنه لا مانع من إتمام التنازل عن الدعوى في شكل عقدٍ يبرمه المدعي مع المدعى عليه، فإن كان مقابل شيءٍ على عاتق هذا الأخير انقلب إلى صلحٍ بين طرفي النزاع، لأن الأصل فيه كونه عملاً تطوعياً من المدعي ملزم لجانبه دون المدعى عليه، هذا ويجوز للأطراف أن يطلبوا من القاضي إثباته ويندرج في هذه الحالة ضمن طائفة الأعمال التوفيقية أو التصالحية.

ومن آثاره، انقضاء الخصومة بصفة تبعية لانقضاء الحق في الدعوى، وهو ما نصت عليه صراحةً المادة (1/384) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد⁽³⁾، كما ينفك عنه آلياً عدم

(1) نص المادة (231) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) الأنصاري حسن النيداني، التنازل عن الحق في الدعوى "دراسة تأصيلية وتطبيقية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009م، ص4.

(3) « En dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie. L'extinction de l'instance est constatée par une décision de dessaisissement. Il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence. »

جواز رفع الدعوى من جديد تحت طائلة عدم القبول لتنازل المدعي عن حقه فيها، على ألا يحول ذلك دون مباشرة المدعي لدعوى جديدة يختلف فيها الموضوع أو السبب أو الأطراف.

تجدر الإشارة أخيراً، إلى أنه يُحظر التنازل عن الدعوى في الأحوال التي يعد فيها التنازل عن الحق مخالفاً للنظام العام، كأن يتعلق الأمر بالتنازل عن دعوى البنوة، أو حالة الأشخاص أو حرياتهم⁽¹⁾ ومن ضمنها دعاوى الحق في فك الرابطة الزوجية، يستوي أن يكون هذا الحق طلاقاً أو تطليقاً أو خلعاً. وعليه يمكننا القول أنه لا يسوغ لأي طرفٍ من أطراف النزاع في الدعاوى الأسرية الرامية إلى فك رابطة الزوجية بصفة عامة، ودعاوى الخلع بصفة خاصة، أن يدفع بسبق الفصل في الموضوع مستنداً فيما ادعاه إلى أن الطرف الآخر قد سبق له وأن باشر ذات الدعوى وسعى إلى انعقاد خصومتها ثم تنازل عنها، باعتبار التنازل في هذا المقام لا يخرج عن كونه إسقاط للخصومة القائمة وليس تنازل عن الحق في رفع الدعوى، كما أن الحكم المثبت له لم يفصل في الموضوع ولم يحز على قوة الشيء المقضي فيه.

الفرع الثاني

إشكالية تعديل الطلبات والضم في دعاوى الخلع

يقصد بالطلب القضائي، ذلك الإجراء الذي يتقدم به المدعي إلى القضاء، طالباً منه الحكم به لمصلحته⁽²⁾، وهو ما يُحدد بناءً عليه - وعلى ما سيق في مواجهته من دفع - موضوع الدعوى، مضافاً إليه ما قد يطرأ عليه من تعديل أثناء سير الدعوى تماشياً مع ما تقضيه أحوالها وما يعتريها من مدٍّ وجزر بين طرفيها، الأمر الذي يؤدي بالمدعي في الكثير من الأحيان إلى تعديل طلبه الأصلي أو إضافة طلبات طارئة لمواجهة دفع المدعى عليه، أو ما يقدمه هذا الأخير من طلباتٍ مقابلة، تعد هي الأخرى ضمن الطلبات القضائية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يتجه كل زوج من جهته إلى

(1) تنص المادة 46 من القانون المدني الجزائري على أنه: «ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية». كما تنص المادة 461 من ذات القانون على أنه: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية»، فمن بابٍ أولى أنه لا يسوغ التنازل عن الدعاوى الرامية إلى حمايتها.

(2) بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية "نظرية الدعوى نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية"، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الرابعة، ص 118.

مباشرة دعوى بفك الرابطة الزوجية كأن تقيم الزوجة دعوى اختلاع ويأشرك الزوج في الوقت نفسه دعوى طلاق بالإرادة المنفردة، فلا محل للقول قطعاً بوجود تصدي القضاء لكل دعوى على حدا. والذي نحاول رصده في هذا المقام أمران، يتعلق أولهما بتغيير الطلبات أو تعديلها أثناء سير الخصومة (أولاً) وثانيهما ضم ملفين أقيما أمام القضاء بين نفس الأطراف، حول نفس الموضوع، ومدى تأثير ذلك على التحديد النهائي لموضوع الخصومة (ثانياً).

أولاً: تعديل الطلبات الأصلية أثناء سير الخصومة

يجوز للمدعي أثناء سير الدعوى، وقبل التصدي للفصل فيها أن يُعدّل من طلباته الأصلية تماشياً مع ما دفع به المدعى عليه من ردود وطلبات مقابلة، وتوقياً للمنحى الذي قد تسلكه الدعوى في موضوع النزاع إزاء المدعي إذا استشرف أنها تسير في غير مصلحته، وهو المبدأ الذي أقره المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحةً بمنحه للمدعي حق تعديل طلباته الأصلية بتقديم طلبات عارضة، شريطة أن تكون هذه الأخيرة أثناء سير الخصومة، وأن ترتبط بالأولى، بحيث لا ينفك عن العدول إليها، المساس بالوصف الأصلي لموضوع الدعوى⁽¹⁾.

وهو عين ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة (3/124) من قانون المرافعات حين نصص على أنه: « للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله... ».

وعليه، فإنه يسوغ للزوجة - إذا طلبت الخلع ثم عدلت عنه إلى التطليق لأي سبب، أو العكس، أي إذا التمس التتطليق ثم انحرفت عنه إلى الخلع - إتيان ما تراه مناسباً في هذا الشأن، إذ ليس ثمة ما يحول بينها وبين ذلك قانوناً، طالما لم يتم قفل باب المرافعة في الدعوى، شريطة أن تُعلن ما أبدته من طلبات طارئة إلى المدعى عليه إذا لم يتم التعديل في مواجهته، مع منحه أجلاً لإعداد دفاعه في ضوء ما استجد من طلبات إذا التمس ذلك، لأن العبرة بالطلبات الختامية في الدعوى، لا بالطلبات التي تضمنتها العريضة الافتتاحية، وعلى المحكمة أن تتقيد بها، وتقضي فيها طبقاً لأحكام القانون⁽²⁾.

(1) تنص الفقرة الثانية من المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: «...غير أنه يمكن تعديله بناءً على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية... ».

(2) حسن أحمد حسنين، الخلع شرعاً وقانوناً، دار الصحافة، الطبعة الأولى، 2000م، ص 133 و 134.

والحجة في ذلك، هو بقاء موضوع الطلب في الوضعين على حاله، لأن التغيير انصب على سببه فقط، باعتبار قيام كل من التطلق والخلع على علة خاصة، حيث ينبغي الأول على فكرة الضرر الواجب الإثبات من قبل الزوجة، بينما يقوم الثاني على مجرد رغبة الزوجة في الفكك من زوجها جراء فكرها إياه دون أن تكون ملزمة على إبداء الأسباب التي حملتها على ذلك.

ومع ذلك، ذهب بعض الشراح في مصر إلى القول بعدم جواز انتقال المدعية من التطلق إلى الخلع والعكس، لاختلاف دعوى الأول عن دعوى الثاني من حيث السبب والموضوع والشروط والإجراءات، بل ومن حيث جواز الطعن على الحكم الصادر فيها⁽¹⁾، وبالتالي لا يستساغ قانوناً أن يُحول المدعي الجمع بطلبه العارض بين تغيير الموضوع والسبب معاً⁽²⁾.

والذي نميل إل ترجيحه جواز تعديل المدعية لطلبها بالانتقال من طلب التطلق إلى الاختلاع والعكس دون أن يعتبر ذلك خروجاً عن الطلب الأصلي، نظراً لارتباط الطلبين من حيث وحدة الهدف، إذ يرمي كلاهما إلى فك عرى النكاح، وإن اختلف سبب كل واحد منهما عن الآخر، أما جواز الطعن من عدمه فلا يعد مقياساً لإباحة الطلبات الجديدة أو لمنع قبولها، فلكل طلب شروط وإجراءات خاصة به لا متعلق لها بالموضوع⁽³⁾.

ثانياً: الإحالة وضم الملفات

بناءً على الارتباط الموجود بين الملفات، وتوخياً لحسن سير العدالة، أجاز المشرع للقاضي ضمها من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم، ويتحقق ذلك من الناحية الفنية في أحوال جمة ما يتفق منها مع مسألة الحال، وجود علاقة بين قضيتين معروضتين أمام نفس القاضي، ينفك عنهما تسجيل دعويين وانعقاد خصومتين أمام عين الجهة القضائية.

وترتباً عليه، قد تباشر الزوجة دعوى اختلاع من زوجها، ويقيم بدوره دعوى ضدها لفك رابطة الزوجية طلاقاً، تعين حينها على القاضي ضم الملفين من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب أحد الزوجين في ملف واحد، وإصدار حكم واحد بات في الموضوع تفادياً لتناقض الأحكام واستحالة

(1) لكون المشرع المصري يقر مبدأ التقاضي على درجتين في دعاوى التطلق بخلاف المشرع الجزائري الذي يحسن كل أحكام فك الرابطة الزوجية من الاستئناف دون تمييز بينها.

(2) يحيى إسماعيل، الخلع في القانون المصري (شروطه وأحكامه ومدى دستوريته)، المرجع السابق، ص 21.

(3) سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، المرجع السابق، ص 407.

تنفيذها بالتبعية، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (207) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله: « إذا وجد ارتباط بين خصومتين أو أكثر، معروضة أمام نفس القاضي، جاز له ولحسن سير العدالة، ضمهما من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم، والفصل فيهما بحكم واحد.». للإشارة فإن الإجراء لا ينصرف إلى الدعاوى الجديدة فحسب، بل يسري أيضاً على الاستئنافات المرفوعة ضد الحكم واحد، إذ يتوجب ضمها إذا تعددت، وإن كانت قاصرة في مسائل الخلع على الجوانب المادية، لنهائية الأحكام الصادرة به.

نتائج الدراسة

- لقد انتهينا - بعد التنقيب في أغوار هذه المسألة - إلى جملة من النتائج نقدر أنها تركيزُ لبعض مفصل ما ورد في الأطروحة عن الموضوع، والتي يمكن حصرها إجمالاً فيما يلي:
- أن الخلع نظام إسلامي محكم، مارسه الناس على عهد رسول الله ﷺ وصحابته الكرام ﷺ، وسائر المسلمين من بعدهم، ثم تلقفه الفقهاء على مختلف مشاربهم بالبسط والتمحيص، فلم يشدَّ أحدٌ منهم بشأن دلالة أو تكييفه، حيث انعقد إجماعهم على اعتباره اتفاقاً رضائياً خالصاً لا يقوم إلا تناكحت إرادة الزوجين في إيقاعه.
 - وعلى هذا الأساس، يسوغ - كما هو الشأن بالنسبة لسائر العقود - أن يثار قصد مباشرته من أي الطرفين، يستوي في ذلك أن يبادر الزوج بطلبه، أو أن تبتدئ الزوجة بالإيجاب له.
 - ولما كان المآل إلى الخلع في جل أحواله تالياً للفرك والشقاق، حثت الشريعة الزوج على الاستجابة لزوجته استجباً عند طلبها الافتداء، لأنه يملك الخلاص - عند نفوره منها - بما في يده من الطلاق، ولا تملك الفكاك - حال نفورها منه - إلا بمقتضاه.
 - إذا فسدت العلاقة واشتدت النفرة واستحال الفكاك اتفاقاً، جاز للقاضي حينها انتداب حكمين من حقهما أن يفرقا بين الزوجين خلعاً ولو بغير رضا الزوجة إن كان النشوز من جانبها، وهذا الرأي منسوب للإمام مالك، وبه يكون مذهب المالكية أكثر اتساعاً من غيره في احتواء الخصومة قضاءً.
 - ومما يحسب - في تقديرنا - على الفقه الإسلامي في معالجته لجزئيات هذا النظام من الناحية الفنية، إغراقه في إسقاط قواعد البيع تارةً، والطلاق تارةً أخرى، أو هما معاً عليه، حتى انتهى به المقام إلى تقرير إمكان خلع الفضولي للزوجة دون إذنها أو رضاها، فجمهور الفقهاء - كما سبق القول - على جواز مباشرة الأجنبي لهذا العقد عن الزوجة، دون ولاية له عليها أو وكالةٍ منها، فإذا أجابه الزوج وقع الخلع صحيحاً، يستوي أن تكون الزوجة راضيةً به أو كارهةً له، لأنها لم تبذل العوض الذي يستوجب رضاها، فلم يعتبر هذا الأخير في إنشاء الخلع لتفرد غيرها بأداء المال، فصادر بذلك شطر الصيغة من جهتها، فلم تبق غير جهة الزوج الذي قبل إخراج البضع نظير المال، عن طريق إيقاع الطلاق وهو ما يستقل به دونها.

والذي نميل إليه أن الخلع عقدٌ خاص من عقود الأحوال الشخصية، لا يقوم إلا بتراضي طرفيه، ومن ثمة تعين مراعاة رضا الزوجة في كل الأحوال، حتى عند مباشرة الأجنبي له، بأن يبقى موقوفاً على إجازتها، إن فعلت نفذ ووجب المال على من التزم به، وإلا وقع طلاقاً رجعيّاً مع احتفاظ الزوجة بما يقتضيه الطلاق من حقوق.

● لقد أثار نص الخلع المستحدث جدلاً واسعاً في بعض المجتمعات العربية، وكأن واضح النص اكتشف نظاماً شرعياً نائماً منذ خمسة عشر قرناً، مع أن الخلع وعلى النحو الذي ذكرنا مرس ولا يزال حتى في غياب النص التشريعي، وانتهى دعاة هذا النص، إلى القول بأنه من روائع التشريع الإسلامي الذي كرم المرأة بإطلاق يدها في حل عقدة النكاح دون قيدٍ أو ضابط.

● والواقع أن الخلع المستحدث بدعٌ من النظم وصناعةٌ تشريعيةٌ من إنتاج العقل الإنساني، استهدف واضعه ترقية مركز المرأة ومساواة حقوقها بحقوق الرجل مساواةً كمية، بإناطة فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة مقابل ما بيد زوجها من حق في الطلاق، وذلك كله تكييفاً للتشريعات الوطنية مع ما انخرطت فيه الدول العربية من موثائق دولية لحقوق الإنسان وعلى رأسها اتفاقية محاربة كل أشكال الميز ضد المرأة.

● أن نص الخلع المستحدث وفوق ما أفضى إليه إنفاذه من مفاسد اجتماعية - على النحو الذي ذكرنا في متن الرسالة - جاء مخالفاً للدستور من عدة أوجهٍ أهمها: منافاته للشرعية الإسلامية بوصفها ديناً للدولة، وتقييده للسلطة التقديرية للقاضي كجوهرٍ للوظيفة القضائية، ومساسه بحق الدفاع، وقد كبل يد الزوج في الذود عن نفسه حال مصير الزوجة إليه دون اعتبارٍ لرضاه.

● أعطى للنساء على الرجال درجة، لأن التعسف في استعمال حق الطلاق مفترضٌ في كل أحواله، إلى أن يثبت العكس بإقامة الدليل من قبل الزوج على تقييده بالحدود المرسومة لممارسته، وهو ما يفيد ملازمة تعويض الزوجة له في جل فروضه، بينما يُحصّن القانون هذه الأخيرة من الوقوع تحت طائلة عين الجزاء، عند مباشرتها لحق الاختلاع من زوجها، لأنها ليست مجبرةً عند طلبه ببسط الأسباب التي دفعتها إليه.

التوصيات

نعتقد أنه من العيب بما كان الحديث عن تصويب تدبير تشريعي أسري معين على نحو منعزل إذا جاء مخالفاً للشرعية، لا سيما إذا كان هذا الحكم مرصوداً لخدمة اتجاه فلسفي مقصود يكمل بعضه بعضاً.

ولا نغالي إذا قلنا أن المصير إلى نص الخلع المستحدث إنما تمّ في كنف عملية تفكيك وإعادة تركيب لقانون الأسرة برمته، وهو استدلال ينم بوضوح عن نسقٍ من الأحكام المقحمة التي يعضد بعضها البعض، بحيث لا يستوي أعمال حكم الخلع بدونها، ولا يستقيم إنفاذها بدونه، بإقرار ولاية المرأة على نفسها وعلى غيرها، وإسقاط الرياسة من يد الزوج على أسرته، وقوامته عليها، وإعفاء الزوجة من واجب الطاعة اتجاهه، كلها أحكام تتفق قطعاً وتتفاعل بانسجام مع ما أوكل للزوجة من حق في الاختلاع بدون موافقة زوجها ورضاه.

ومع ذلك يمكننا أن نوصي إجمالاً ب:

- العودة إلى قانون الأسرة لسنة 1984م قبل تعديله، ومحاولة إعادة قراءة بعض أحكامه الصارمة، قراءة مرنة، موافقةً لروح الشريعة غير مارقة عنها، ومما يتصل بذلك في مسألة الحال:
- إعادة صياغة المادة (54) من قانون الأسرة على النحو التالي:

(أ) يسوغ للزوجين الاتفاق على الطلاق بالخلع.

(ب) إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رُفِع الأمر إلى القاضي لمحاولة الصلح بينهما، فإن تعذر ذلك، حكم بنفاذ الخلع، مراعيًا في تقدير عوضه، مقدار الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة.

(ت) إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، وتعتن الزوج في الاستجابة لها، جاز لهما اللجوء إلى أحكام الشقاق.

(ث) إذا اتصل القاضي بطلب أحد الزوجين أو كليهما لفض نزاع يخاف منه الشقاق بينهما، تعين عليه إصلاح ذات البين، فإن تعذر ذلك، عيّن حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج للقيام باستقصاء أسباب الخلاف ومحاولة إنهاء النزاع بينهما.

(ج) إذا أفلح الحكماء في الإصلاح بين الزوجين، أثبتنا ذلك في محضر يوقعانه مع الزوجين ويُرفع للقاضي قصد الإشهاد عليه.

- (ح) إذا أخفق الحكماء في إنهاء النزاع، رفعا إلى القاضي تقريراً مفصلاً عن أسباب الخلاف وملايساته، وما يريانه من حكمٍ مناسبٍ له، وهو ما لا يخرج عن أحد فرضين:
- التطليق على الزوج إن كان الافتئات من جانبه، مع الحكم للزوجة بكافة الحقوق الشرعية بما في ذلك التعويض.
 - خلع الزوجة - باقتطاع ما يقدرانه بدلاً ملائماً من ذمتها المالية لمصلحة الزوج - إذا كان الافتئات من جهتها.
- (خ) يقوم القاضي بالإشهاد على ذلك.

- ومثل هذه التدابير تقتضي حتماً تفعيل مؤسسة الحكمين من الناحية العملية.
- كما تستلزم إنشاء محاكم أسرية متخصصة في الأحوال الشخصية معززة بخبراء اجتماعيين ونفسانيين، لمساعدة الزوجين والابتعاد بهما عن الأجواء العامة للتقاضي.

خاتمة

لقد سبق القول، أن تقدير نجاعة النص التشريعي، أياً كان موضوع هذا النص، تعزى في المقام الأول لقدرته على مسايرة الاتجاه العام للمجتمع والتعبير عن انشغالاته، ذلك أن صناعة النص القانوني أصبحت تعتمد بالدرجة الأولى في المجتمعات الحديثة، على قياس مسبقٍ لاتجاهات الضمير الجمعي ومدى تجاوبه مع ما يستهدف المشرع إحداثه.

فإذا نحن أمعنا النظر فيما ذهب إليه المشرع عندنا في مسألة الحال، وقفنا بيسرٍ على انعقاد نيته لمخالفة ذلك كله من وجهين، أولهما شكلي يتمثل في الكيفية التي وضع بها النص، إذ يرتد سبب سنه لمراجعة قانون الأسرة في مجموعه، وهو فعلٌ حملت لواءه منظمات نسوية تمكنت - على الرغم من محدودية انتشار خطابها - من تمرير مطلبها، مستقويةً في ذلك بالمتغيرات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وعلى رأسها حقوق المرأة، خاصةً وأن الجزائر صادقت على جل الصكوك الدولية ذات الصلة، الأمر الذي أكسب هذه الجمعيات شراسةً واستطاعت توحيد نشاطها على المستوى الإقليمي، كمجموعة (95) المغاربية التي طالبت بقانون أسرةٍ قائمٍ على مبدأ المساواة بين الجنسين في الدول المغاربية الثلاث⁽¹⁾، وقد أنشئت فعلاً لجنةً فنيةً لهذا الغرض تعداد أعضائها (52) عضواً.

إلى هذا الحد يظل الأمر داخل نطاقه الطبيعي، إذ ليس ثمة ما يمنع هذه الجمعيات من إيصال صوتها، فهي وعلى ضعف تمثيلها تعتبر جزءاً من المجتمع، يحق له السعي في تحصيل ما يراه ملائماً لحكم المجتمع، كما يتوجب على السلطة أن تراعي مطالبه، هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى يحق لرأس الجهاز التنفيذي في الدولة أن يُنشأ ما شاء من اللجان الفنية لصياغة مسودة قانون ما، لا مشروع نصٍ بحجم قانون الأسرة، وإصداره بمقتضى أمرٍ رئاسي بين دورتي برلمان مع أن موضوع النص لا استعجال فيه، وبالتالي كان من اللائق أخلاقياً إخضاعه لنقاشٍ مجتمعيٍّ موسعٍ هادئ، أو ضيقٍ على الأقل تحت قبة البرلمان، وهي المسألة التي اتجهت نية واضع النص إلى تفاديها منذ المبتدأ⁽²⁾.

(1) كلثوم مسعودي، بن قفة سعاد، الأسرة الجزائرية كما يصورها قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005، الملتقى الوطني الثاني حول الاتصال وجود الحياة في الأسرة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 9 و10 أبريل 2013م.

(2) «تأسيساً على ما سبق، تبين بأن أغلبية القوى السياسية الكبرى التي تحض بتأييد قاعدة شعبية واسعة ترفض المشروع التمهيدي لقانون الأسرة، بحجة مصادمته لمقومات هوية المجتمع الجزائري، خاصة ما تعلق منها بمعالم الدين الإسلامي، إذن فهذا المشروع لا يعكس توجهات غالبية القاعدة الشعبية...» إن الثغرات الموجودة على مستوى الدستور، والتي وسعت من صلاحيات رئيس الدولة قد ألغت من دور المجلس

أما الشق الموضوعي للمخالفة، فيتمثل في سنه لنص منافعٍ مرجعية الضمير الجمعي⁽¹⁾، وأنه وضع نصب عينيه التشريع لحماية المرأة لا لحماية الأسرة، وبذلك يكون قد فصل بين الرجل والمرأة وهو ما سيهدد حتماً استقرار الأسرة ويدس في ثناياها بذور التفكك أكثر من أي وقت مضى، وأما استعارة الأشكال المفرغة من فحواها والأسماء دون المسميات من الشريعة الإسلامية، لا يفيد بحال التزام المشرع بالشريعة، ولا يغني عن القول بانعقاد نيته واتجاهها نحو علمنة هذا القانون ولو على نحو متدرج.

وأما ما يقال عن عجز نظام التطليق في الاستجابة لحاجات النساء، نتيجة ما يكتنفه من عسرٍ في الإثبات والإجراءات، وأنّ تكدس قضاياها على مستوى المحاكم كانت دافعاً عملياً وراء الاستنجاد بنص الخلع المستحدث لتصريفها، وأنه فوق ذلك ينبغي أن تناط المرأة من باب المساواة برخصةٍ لإنهاء الزوجية مقابل ما بيد زوجها من حقٍ في الطلاق، كلها مبررات تنم عن حالةٍ من الاستهتار بقُدسية عقد النكاح وكيان الأسرة، فبدل إنشاء محاكم أسريةٍ متخصصةٍ تتصدى لقضايا التطليق أياً كان عددها، وعوض التنقيب عن أسباب ظاهرة الطلاق لمحاولة الحد منها، قُدر نظام الخلع الذي أضاف به المشرع معول هدمٍ زائدٍ في اليد المقابلة.

ولعل ما ردف للمجتمع جراء تطبيقه، إذ غالباً ما تلجأ إليه المرأة لأسبابٍ تافهة، وما أفضى إليه من مفاسد اجتماعية في حق الأسرة، وفي مواجهة الزوجين والناشئة على النحو الذي ذكرنا، كلها مخرجات تقطع بكونه جسماً غريباً وُطِنَ في جسد التشريع الأسري، ولا تشفع له الشعارات باسم الدفاع عن حقوق المرأة والمساواة بينها وبين الرجل، ومحو ما بينهما من تفاوت وفوارق، وكأن المرأة في قهرٍ ورقٍ في ظل التشريع الإسلامي، وقد فاتهم أن النكاح في ظل هذا الدين نظام ينضوي تحت ظل المودة والرحمة والسكينة مصداقاً

الشعبي الوطني، الذي لم يقوم بدوره في إعداد قانون الأسرة، حيث أسنده الرئيس إلى لجنة غير متجانسة تحمل توجهات أيديولوجية مختلفة، شكلتها جهة معينة، فهي إذن لم تمثل المجتمع ككل، كما هو عليه المجلس الشعبي الوطني المنتخب من طرف النسق الاجتماعي الكلي (القاعدة الشعبية)، فهو إذن يحمل توجهات القاعدة الشعبية عكس لجنة 52، القليلة من حيث العدد، والضعيفة من حيث التمثيل، فكيف يمكن مقارنة مشاركة 384 عضو مقابل 52 عضو، فبالأكيد لا يمكن اعتبار هاته اللجنة كقناة للمشاركة السياسية، لتحل محل المجلس الشعبي الوطني، والذي اقتصر دوره على المصادقة فقط. «كلتوم مسعودي، بن قفة سعاد، الأسرة الجزائرية كما يصورها قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005، المرجع السابق.

(1) «تأسيساً على ما سبق، يمكننا القول أنه بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 قد حمل قيم اجتماعية سلبية غريبة عن قيم ثقافة المجتمع الجزائري المحافظ، تمثل ذلك في قيم المساواة والنزعة الفردية. إلا أن هذا لا يعني أنه لم يتضمن قيم إيجابية (...) بالرغم من ذلك، فقانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 يحمل قيم غريبة عن قيم ثقافة المجتمع الجزائري، فهو إذن سيعمل على تفكيكه، بل تغريبه.» كلتوم مسعودي، بن قفة سعاد، الأسرة الجزائرية كما يصورها قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005، المرجع السابق.

لقوله ﷺ: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁽¹⁾، وليس شداً وجذباً، ونزاعاً وحرباً، ثم إن الزواج يقتضي تنازلات مشتركة، وقيوداً مقبولة ينبغي تحصينها من الانتهاك، لا أن يُعتمد إلى إيقاظ الفتن النائمة في أسر كل أملها أن تحي في طمأنينة، فأين نحن من مصلحة الأسرة، فليتركوا حال الأسرة وآلاف البيوت الآمنة على ما فيها من السعادة والوئام، وليس على ما يضمنون من الخلاف والخصام⁽²⁾.

(1) سورة الروم، الآية 21.

(2) د. شوقي السيد، تساؤلات حول قانون الخلع الجديد، الأهرام 2000/1/19، ورد في: سمير عبد السميع الأذن، التعليق على نصوص قانون تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الجديد (قانون رقم 1 لسنة 2000)، المرجع السابق، ص 83.

قائمة المراجع

❖ المصادر

- المصادر الشرعية

أولاً: القرآن الكريم

- بين دفتي المصحف الشريف، بالرسم العثماني، نالت شرف طباعته مكتبة عبد الوهاب مرزا، مكة المكرمة، بإذن خاص من الدار الشامية للمعارف بدمشق.

ثانياً: السنة النبوية الشريفة

• متون الحديث

1. ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية- فيصل عيسى البابي الحلبي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
2. أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني، سنن الدار قطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2004م.
3. أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، المقصد العلي في زوائد أبي يعلى الموصلي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ.
4. أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، المحقق: محمد عبد الرزاق حمزة، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
5. أبو القاسم عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ الْغَافِقِيُّ، الْجَوْهَرِيُّ الْمَالِكِيُّ، مسند الموطأ للجوهري، تحقيق: لطفي بن محمد الصغير، طه بن علي بوسريخ، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة الأولى، 1997م.
6. أبو القاسم هبة الله بن الحسن بن منصور الطبري الرازي اللالكائي، شرح أصول اعتقاد أهل السنة والجماعة، تحقيق: أحمد بن سعد بن حمدان الغامدي، دار طيبة- السعودية، الطبعة الثامنة، 1423هـ - 2003م.
7. أبو بشر محمد بن أحمد بن حماد بن سعيد بن مسلم الأنصاري الدولابي الرازي، الكنى والأسماء، المحقق: أبو قتيبة نظر محمد الفارابي، دار ابن حزم- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م.
8. أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف باليزاز، مسند اليزاز المنشور باسم البحر الزخار، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله- عادل بن سعد- وصبري عبد الخالق الشافعي، مكتبة العلوم والحكم- المدينة المنورة، الطبعة الأولى، (بدأت 1988م، وانتهت 2009م).
9. أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد- الرياض، الطبعة الأولى، 1409هـ.
10. أبو بكر بن أبي عاصم وهو أحمد بن عمرو بن الضحاك بن مخلد الشيباني، كتاب السنة، يليه «ظلال الجنة في تخريج السنة بقلم: محمد ناصر الدين الألباني»، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1400هـ - 1980م.

11. أبو بكر بن أبي عاصم وهو أحمد بن عمرو بن الضحاك بن مخلد الشيباني، الأحاد والمثاني، المحقق: د. باسم فيصل أحمد الجوابرة، دار الراجعية- الرياض، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م.
12. أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، الأمالي في آثار الصحابة للحافظ الصنعاني، المحقق: مجدي السيد إبراهيم، مكتبة القرآن- القاهرة، بدون طبعة وبدون تاريخ.
13. أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي- الهند، الطبعة الثانية، 1403هـ.
14. أبو بكر عبد الله بن الزبير بن عيسى بن عبيد الله القرشي الأسدي الحميدي المكي، مسند الحميدي، حقق نصوصه وخرج أحاديثه: حسن سليم أسد الداراني، دار السقا- دمشق- سوريا، الطبعة الأولى، 1996م.
15. أبو بكر محمد بن إبراهيم بن علي بن عاصم بن زاذان الأصبهاني الخازن المشهور بابن المقرئ، المعجم لابن المقرئ، تحقيق: أبي عبد الرحمن عادل بن سعد، مكتبة الرشد، الرياض- شركة الرياض للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م.
16. أبو بكر محمد بن هارون الرؤياني، مسند الروياني، المحقق: أيمن علي أبو يمان، مؤسسة قرطبة- القاهرة، الطبعة الأولى، 1416هـ، الحديث رقم: 631 و638 و659.
17. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1415هـ، 1994م.
18. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح معاني الآثار، حققه وقدم له: محمد زهري النجار- محمد سيد جاد الحق، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1994م.
19. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت.
20. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المراسيل، المحقق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ.
21. أبو داود سليمان بن داود بن الجارود الطيالسي البصري، مسند أبي داود الطيالسي، المحقق: الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، الناشر: دار هجر- مصر، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1999م.
22. أبو سعيد بن الأعرابي أحمد بن محمد بن زياد بن بشر بن درهم البصري الصوفي، معجم ابن الأعرابي، تحقيق وتخريج: عبد المحسن بن إبراهيم بن أحمد الحسيني، دار ابن الجوزي- المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م.
23. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2001م.
24. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، المجتبى من السنن، المعروف بالسنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية- حلب، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م.

25. أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2001م.
26. أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1990م.
27. أبو عبد الله نعيم بن حماد بن معاوية بن الحارث الخزاعي المروزي، كتاب الفتن، المحقق: سمير أمين الزهيري، مكتبة التوحيد - القاهرة، الطبعة الأولى، 1412هـ.
28. أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، سنن سعيد بن منصور، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية - الهند، الطبعة الأولى، 1403هـ - 1982م.
29. أبو عوانة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني، مستخرج أبي عوانة، تحقيق: أيمن بن عارف الدمشقي، دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م.
30. أبو عوانة، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، المحقق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ - 1993م.
31. أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ - 1983م.
32. أبو محمد عبد الحميد بن حميد بن نصر الكسبي، المنتخب من مسند عبد بن حميد، المحقق: صبحي البديري السامرائي - محمود محمد خليل الصعيدي، مكتبة السنة - القاهرة، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1988م.
33. أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي، مسند الدارمي المعروف بسنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ - 2000م.
34. أبو محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري المجاور بمكة، المنتقى من السنن المسندة، المحقق: عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب الثقافية - بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1988م.
35. أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار السعادة - بجزيرة محافضة مصر، بدون طبعة، 1394هـ - 1974م.
36. أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1996م.
37. أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم الحنظلي المروزي المعروف بابن راهويه، مسند إسحاق بن راهويه، المحقق: د. عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي، مكتبة الإيمان - المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 1412هـ - 1991م.

38. أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي الموصلي، مسند أبي يعلى، المحقق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث - دمشق، الطبعة الأولى، 1404هـ - 1984م.
39. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ - 2003م.
40. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الصغير للبيهقي، المحقق: عبد المعطي أمين قلعي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان، الطبعة الأولى، 1410هـ - 1989م.
41. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، المحقق: عبد المعطي أمين قلعي، جامعة الدراسات الإسلامية - كراتشي - باكستان، دار قتيبة - دمشق - بيروت، دار الوعي - حلب - دمشق، دار الوفاء المنصورة - القاهرة، الطبعة الأولى، 1412هـ - 1991م.
42. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، شعب الإيمان، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، أشرف على تحقيقه وتخريره أحاديثه: مختار أحمد الندوي، صاحب الدار السلفية ببومباي - الهند، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2003م.
43. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، المحقق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة، بدون طبعة وبدون تاريخ.
44. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية - القاهرة، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
45. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، مسند الشاميين، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1984م.
46. الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، مسند الإمام الشافعي، رتبته: سنجر بن عبد الله الجاوي، أبو سعيد، علم الدين (المتوفى: 745هـ)، حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: ماهر ياسين فحل، شركة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2004م.
47. ضياء الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد المقدسي، الأحاديث المختارة أو المستخرج من الأحاديث المختارة مما لم يخرج البخاري ومسلم في صحيحيهما، دراسة وتحقيق: معالي الأستاذ الدكتور عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، 1420هـ - 2000م.
48. علي بن الجعد بن عبيد الجوهري البغدادي، مسند ابن الجعد، تحقيق: عامر أحمد حيدر، مؤسسة نادر - بيروت، الطبعة الأولى، 1410هـ - 1990م.
49. عمر بن شبة (واسمه زيد) بن عبيدة بن ربة النميري البصري، أبو زيد، تاريخ المدينة لابن شبة، حققه: فهد محمد شلتوت، طبع على نفقة: حبيب محمود أحمد - جدة، بدون طبعة، 1399هـ.
50. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الموطأ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بدون طبعة، 1406هـ - 1985م.

51. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، المعروف بصحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ.

52. محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1988م.

53. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم المعروف بصحيح مسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

54. المهلب بن أحمد بن أبي صفرة أسيد بن عبد الله الأسدي الأندلسي المربي، المختصر النصيح في تهذيب الكتاب الجامع الصحيح، المحقق: أحمد بن فارس السلولم، دار التوحيد، دار أهل السنة - الرياض، الطبعة الأولى، 1430هـ - 2009م.

• كتب التخریج

1. ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، البدر المنير في تخریج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2004م.

2. ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، خلاصة البدر المنير، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1410هـ - 1989م.

3. أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، بدون طبعة، 1414هـ، 1994م.

4. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان البوصيري الكناني الشافعي، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، المحقق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية - بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ، ج2، ص131.

5. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، جامع المسانيد والسنن الهادي لأقوام سنن، المحقق: د عبد الملك بن عبد الله الدهيش، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1419هـ - 1998م.

6. جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، التحقيق في أحاديث الخلاف، المحقق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ.

7. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، المحقق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، دار الوطن - الرياض، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م.

8. علوي بن عبد القادر السَّقَّاف، تخریج أحاديث وآثار كتاب في ظلال القرآن لسيد قطب، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1416هـ - 1995م.

9. مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق : عبد القادر الأرناؤوط- التتمة تحقيق بشير عيون، مكتبة الحلواني- مطبعة الملاح- مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، من 1389هـ ، 1969م إلى 1392هـ ، 1972م.

• شرح الحديث

1. ابن بطل أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري لابن بطل، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد- السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، 1423هـ - 2003م.
2. أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى، 1332هـ.
3. أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة- بيروت، بدون طبعة، 1379هـ.
4. أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الكبرى الأميرية- مصر، الطبعة السابعة، 1323هـ.
5. حمزة محمد قاسم، منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، راجعه: الشيخ عبد القادر الأرناؤوط، عني بتصحيحه ونشره: بشير محمد عيون، مكتبة دار البيان، دمشق- الجمهورية العربية السورية، مكتبة المؤيد، الطائف- المملكة العربية السعودية، 1410هـ - 1990م.
6. علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1422هـ - 2002م.
7. علي بن سلطان محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري، شرح مسند أبي حنيفة، المحقق: الشيخ خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1985م.
8. محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الثانية، 1415هـ.
9. محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمر، سبل السلام، يعلوه « بلوغ المرام لابن حجر»، دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ.
10. محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية- القاهرة، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2003م.
11. محمد بن عبد الهادي التسوي، أبو الحسن، نور الدين السندي، حاشية السندي على سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية- حلب، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م.
12. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث- مصر، الطبعة الأولى، 1413هـ - 1993م.

13. محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو دار إحياء التراث العربي - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

- المصادر التشريعية

أولاً: الاتفاقيات الدولية

1. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979.
2. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.
3. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966.
4. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966.

ثانياً: التشريعات الداخلية

• الوطنية

1. الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بمقتضى المرسوم الرئاسي 438/96 المؤرخ في 26 رجب هام 1417 الموافق ل 7 ديسمبر سنة 1996، (الجريدة الرسمية العدد 76) 06 ديسمبر 1996، المعدل بمقتضى القانون 19/08 المؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1429 الموافق ل 15 نوفمبر 2008، (الجريدة الرسمية العدد 63) 16 نوفمبر 2008.
2. القانون 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية العدد 21) 23 أبريل 2008.
3. القانون 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005، المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، (الجريدة الرسمية العدد 15) 27 فبراير 2005.
4. القانون 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق ل 13 مايو سنة 2007، المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري، (الجريدة الرسمية العدد 31) 13 مايو 2007.
5. المرسوم الرئاسي 426/08، المؤرخ في 28 ديسمبر 2008م، يتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 29 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الجريدة الرسمية العدد 5) بتاريخ 21 يناير 2009م.

• الأجنبية

1. الظهير رقم 22/4/1 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة، (الجريدة الرسمية رقم 5184) الصادرة في 5 فبراير 2004.
2. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010م (الجريدة الرسمية رقم 5061) بتاريخ 2010/10/17.

3. قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة (1991م) بتاريخ 1991/07/24.
4. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959م)، المعدل، (الجريدة الرسمية - الوقائع العراقية -) بتاريخ 1959/12/20.
5. قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (51) لسنة (1984م)، مجموعة التشريعات الكويتية، وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير 2011.
6. قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المعدل، الصادر بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 1953/59 بتاريخ 1953/09/07.
7. قانون الإمارات الاتحادي رقم 28 لعام 2005 بشأن الأحوال الشخصية الصادر في 19 نوفمبر/تشرين الثاني 2005، الجريدة الرسمية عدد 439 (العام الخامس والثلاثين) 14 نوفمبر/تشرين الثاني 2005.
8. قانون المرافعات المصري، المعدل بمقتضى القانون رقم (76) لسنة 2007، (الجريدة الرسمية العدد 22 مكرر) بتاريخ 6 جوان 2007.
9. قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري (الجريدة الرسمية العدد رقم 4) بتاريخ 2000/01/29.

- المعاجم

1. إبراهيم مصطفى- أحمد الزيات- حامد عبد القادر- محمد النجار، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، بدون طبعة وبدون تاريخ.
2. أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسى، الحكم والمحيط الأعظم، المحقق: عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م.
3. أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين- بيروت، الطبعة الأولى، 1987م.
4. أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، غريب الحديث، المحقق: عبد الكريم إبراهيم الغرابوي، وخرج أحاديثه: عبد القيوم عبد رب النبي، دار الفكر، بدون طبعة، 1402هـ - 1982م.
5. أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، كتاب العين، المحقق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، بدون طبعة وبدون تاريخ.
6. أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بدون طبعة، 1399هـ - 1979م.
7. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1429هـ - 2008م.
8. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر- دمشق- سورية، الطبعة الثانية، 1408هـ - 1988م.
9. القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، دستور العلماء المسمى بجامع العلوم في اصطلاحات الفنون، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية- لبنان- بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م.

10. مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي- محمود محمد الطناحي المكتبة العلمية- بيروت، 1399هـ- 1979م.
11. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة الثامنة، 1426هـ - 2005م.
12. محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي- بيروت، الطبعة الأولى، 2001م.
13. محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
14. محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، دار صادر- بيروت، الطبعة الثالثة- 1414هـ.
15. محمد رواس قلعجي- حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1408هـ - 1988م.
16. ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي، أبو الفتح برهان الدين الخوارزمي المَطَرَزِي، المغرب في ترتيب المغرب، دار الكتاب العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
17. نشوان بن سعيد الحميري اليمني، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المحقق: د حسين بن عبد الله العمري- مطهر بن علي الإرياني- د يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر، بيروت- لبنان، دار الفكر- دمشق- سورية، الطبعة الأولى، 1420هـ - 1999م.

❖ المؤلفات

أولاً: كتب التفسير وعلوم القرآن الكريم

1. أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، مدارك التنزيل وحقائق التأويل المعروف بتفسير النسفي، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو، دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م.
2. أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، تحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، الدكتور أحمد محمد صيرة، الدكتور أحمد عبد الغني الجمل، الدكتور عبد الرحمن عويس، قدمه وقرظه: الأستاذ الدكتور عبد الحي الفرماوي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ- 1994م.
3. أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دار القلم، الدار الشامية - دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ.
4. أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي، نيل المرام من تفسير آيات الأحكام، تحقيق: محمد حسن إسماعيل- أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، 2003م.

5. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1420هـ - 1999م.
6. أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزى الكلبي الغرناطي، التسهيل لعلوم التنزيل، المحقق: الدكتور عبد الله الخالدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم - بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ.
7. أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي، تفسير القرآن، المحقق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، دار الوطن - الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م.
8. أبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان أثير الدين الأندلسي، البحر المحيط في التفسير، المحقق: صدقي محمد جميل، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1420هـ.
9. أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، المحقق: الشيخ محمد علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ.
10. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المعروف بتفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ - 1964م.
11. أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد المري الإلبيري المعروف بابن أبي زَمَنِين المالكي، تفسير القرآن العزيز (تفسير بن أبي زَمَنِين)، المحقق: أبو عبد الله حسين بن عكاشة ومحمد بن مصطفى الكنز، الفاروق الحديثة - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2002م.
12. أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، مفاتيح الغيب المعروف بالتفسير الكبير أو تفسير الرازي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثالثة - 1420هـ.
13. أبو عُبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي، الناسخ والمنسوخ في القرآن العزيز وما فيه من الفرائض والسنن، دراسة وتحقيق: محمد بن صالح المديفر (أصل التحقيق رسالة جامعية)، مكتبة الرشد - شركة الرياض - الرياض، الطبعة الثانية، 1418هـ - 1997م.
14. أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن، المعروف بتفسير البغوي، المحقق: حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر - عثمان جمعة ضميرية - سليمان مسلم الحرش، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 1417هـ - 1997م.
15. أبو محمد مكي بن أبي طالب حَمَوْش بن محمد بن مختار القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي المالكي، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، المحقق: مجموعة رسائل جامعية بكلية الدراسات العليا والبحث العلمي - جامعة الشارقة، بإشراف أ. د: الشاهد البوشيخي، مجموعة بحوث الكتاب والسنة - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة، الطبعة الأولى، 1429هـ - 2008م.
16. أحمد بن إسماعيل بن عثمان الكوراني شهاب الدين الشافعي ثم الحنفي، غاية الأمان في تفسير الكلام الرباني، دراسة وتحقيق: محمد مصطفى كوكصو (رسالة دكتوراه)، جامعة صافريا كلية العلوم الاجتماعية - تركيا، بدون طبعة، 1428هـ - 2007م.

17. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، الحنفي، أحكام القرآن، المحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ- 1994م.
18. جابر بن موسى بن عبد القادر بن جابر أبو بكر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، مكتبة العلوم والحكم- المدينة المنورة- المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، 1424هـ- 2003م.
19. جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة الأولى، 1422هـ.
20. دروزة محمد عزت، التفسير الحديث، دار إحياء الكتب العربية- القاهرة، بدون طبعة، 1383هـ.
21. سيد قطب إبراهيم حسين الشاربي، في ظلال القرآن، دار الشروق- بيروت- القاهرة، الطبعة السابعة عشر، 1412هـ.
22. شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني المعروف بتفسير الألوسي، المحقق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ.
23. عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الدر المنثور، دار الفكر- بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
24. عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1420هـ- 2000م.
25. عبد القادر بن ملاً حويش السيد محمود آل غازي العاني، بيان المعاني، مطبعة الترقى- دمشق، الطبعة الأولى، 1382هـ- 1965م.
26. عدلي السمرى، الخلع "دراسة في علم الاجتماع"، دار النصر للتوزيع والنشر، القاهرة، 2000م.
27. علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيعي أبو الحسن المعروف بالخازن، لباب التأويل في معاني التنزيل، المحقق: تصحيح محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ.
28. فيصل بن عبد العزيز بن فيصل ابن حمد المبارك الحريملي النجدي، توفيق الرحمن في دروس القرآن، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: عبد العزيز بن عبد الله بن إبراهيم الزير آل محمد، دار العاصمة، الرياض- دار العليان للنشر والتوزيع، القصيم- بريدة- المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1416هـ- 1996م.
29. القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشيلي المالكي، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ - 2003م.
30. محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت- لبنان، 1415هـ- 1995م.
31. محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، الدار التونسية للنشر- تونس، 1984هـ.
32. محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة، زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
33. محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، دار العروبة- القاهرة، بدون طبعة، 1381هـ- 1961م.

34. محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن المعروف بتفسير الطبري، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن يمامة، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، 1422هـ - 2001م.
35. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة الأولى - 1414هـ.
36. محمد بن محمد بن محمود، أبو منصور الماتريدي، تأويلات أهل السنة المعروف بتفسير الماتريدي، المحقق: د. مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1426هـ - 2005م.
37. محمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق القاسمي، محاسن التأويل، المحقق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ.
38. محمد سيد طنطاوي، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، دار نخضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة - القاهرة، الطبعة الأولى، 1997م إلى 1998م.
39. محمد عبد اللطيف بن الخطيب، أوضح التفاسير، المطبعة المصرية ومكتبتها، الطبعة السادسة، رمضان 1383هـ - فبراير 1964م.
40. محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة الغزالي - دمشق، مؤسسة مناهل العرفان - بيروت، الطبعة الثالثة، 1400هـ - 1980م.
41. محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1997م.
42. محمود بن حمزة بن نصر أبو القاسم برهان الدين الكرمانى المعروف بتاج القراء، غرائب التفسير وعجائب التأويل، دار القبله للثقافة الإسلامية - جدة، مؤسسة علوم القرآن - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
43. ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى - 1418هـ.
44. وهبة بن مصطفى الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشرعية والمنهج، دار الفكر المعاصر - دمشق، الطبعة الثانية، 1418هـ.

ثانياً: أصول الفقه

1. إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1997م.
2. أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي - بيروت - دمشق - لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ.
3. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق المعروف بالفروق، يليه «إدراج الشروق على أنوار الفروق وهو حاشية الشيخ قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاطي لتصحيح بعض الأحكام وتنقيح بعض المسائل» يليه «تهديب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد

- بن علي بن حسين مفتي المالكية بمكة المكرمة، وفيها اختصر الفروق ولخصه وهذبه ووضح بعض معانيه»، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.
4. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، الضروري في أصول الفقه أو مختصر المستصفي، تقديم وتحقيق: جمال الدين العلوي، تصدير: محمد علال سيناصر، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1994م.
5. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1413هـ- 1993م.
6. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1405هـ- 1985م.
7. أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية- القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة منقحة، 1414هـ- 1991م.
8. تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، 1418هـ- 1997م.
9. حافظ ثناء الله الزاهدي، تلخيص الأصول، مركز المخطوطات والتراث والوثائق- الكويت، الطبعة الأولى، 1414هـ - 1994م.
10. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ- 1999م.
11. عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411هـ- 1990م.
12. عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، المحقق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الأولى، 1400هـ.
13. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم الأصول المقارن (تحرير لمسألة ودراستها دراسة نظرية تطبيقية)، مكتبة الرشد- الرياض، الطبعة الأولى، 1420هـ- 1999م.
14. علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1403هـ- 1983م.
15. محمد إبراهيم الحفناوي، دراسات أصولية في القرآن الكريم، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية- القاهرة، 1422هـ - 2002م.
16. مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة لمختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم- دار العلوم الإنسانية، الطبعة الثانية، 1983م.

ثالثاً: الفقه الإسلامي

• فقه حنفي

1. ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المختار على الدر المختار، المعروف بحاشية ابن عابدين، يعلوه «الدر المختار للحصفي شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي» دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، 1412هـ - 1992م.
2. أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّعْدي حنفي، النتف في الفتاوى، المحقق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان، الأردن، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1404هـ - 1984م.
3. أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2004م.
4. أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّيْدِيّ اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، 1322هـ.
5. أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
6. أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، يعلوها «الهداية للمرغيناني»، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ - 2000م.
7. أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشَّحْنَة الثقفي الحلبي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البابي الحلبي - القاهرة، الطبعة الثانية، 1393هـ - 1973.
8. جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم - الدار الشامية - دمشق - سوريا، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1414هـ - 1994م.
9. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، «تليه تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري» وبالحاشية: «منحة الخالق لابن عابدين»، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
10. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
11. عبيد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، عليه تعليقات الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي - القاهرة، بدون طبعة، 1356هـ - 1937م.
12. عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تليه حاشية الشُّلِّي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشُّلِّي (المتوفى: 1021هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313هـ.
13. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م.

14. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ.
 15. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، يعلوه «الهداية للمرغيناني» وتليه تكملته «نتائج الأفكار لقاضي زاده»، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
 16. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1310 هـ، ج 3، ص 9.
 17. محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1414 هـ - 1994 م.
 18. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1414 هـ - 1993 م، ج 6، ص 183.
 19. محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، تليه حاشية الشرنبلالي، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
 20. محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي، العناية شرح الهداية، يعلوه «الهداية للمرغيناني»، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- **فقه مالكي**
1. ابن ناجي الغروي، شرح متن الرسالة، يعلوه شرح زروق على متن الرسالة، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1982 م.
 2. أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلووط)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، يعلوها «كفاية الطالب الرباني»، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1414 هـ - 1994 م.
 3. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، يعلوه «الشرح الصغير للشيخ الدردير لكتابه أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك»، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.
 4. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1408 هـ - 1988 م.
 5. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهديات، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1408 هـ - 1988 م.
 6. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة، 1425 هـ - 2004 م.
 7. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، المحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1400 هـ - 1980 م.

8. أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، المحقق: أبي أو يس محمد بونخبة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2004م.
9. أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، يعلوه «رسالة ابن أبي زيد القيرواني»، دار الفكر، بدون طبعة، 1415هـ - 1995م.
10. خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2002م.
11. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1412هـ - 1992م.
12. صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص 480.
13. عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، وبهامشه: تقارير لإبراهيم بن حسن، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده - مصر، الطبعة الثالثة، بدون تاريخ.
14. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م.
15. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، يعلوه «الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل»، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
16. محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، يعلوه «مختصر خليل»، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1409هـ - 1989م.
17. محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، تليه «حاشية العدوي»، دار الفكر للطباعة - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
18. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ - 1994م.

● فقه شافعي

1. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
2. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1999م.
3. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م.

4. أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، دار الخير - دمشق، الطبعة الأولى، 1994م.
5. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ.
6. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، مع «تكملة السبكي والمطيعي»، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
7. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة، 1412هـ - 1991م.
8. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2005م.
9. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، يليه «حاشية الإمام عبد الحميد الشرواني»، يليه «حاشية الإمام أحمد بن قاسم العبادي»، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، بدون طبعة، 1357هـ - 1983م.
10. أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، يعلوهما «شرح العلامة جلال الدين الخلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي»، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1415هـ - 1995م.
11. إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني، (مطبوع ملحقا بالأم للشافعي يقع في الجزء 8 من كتاب الأم)، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1410هـ - 1990م.
12. زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، تليه «حاشية الإمام أحمد بن قاسم العبادي» و«حاشية العلامة الشرييني»، المطبعة الميمنية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
13. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
14. زين الدين أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي بن أحمد المعبري المليباري الهندي، فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين، دار بن حزم، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.
15. سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمال، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، يعلوه شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
16. سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي، التجريد لنفع العبيد المعروف بحاشية البجيرمي على شرح المنهج، يعلوه «شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري»، مطبعة الحلبي، بدون طبعة، 1369هـ - 1950م.
17. سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بحاشية البجيرمي على الخطيب، يعلوه «الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشرييني»، دار الفكر، بدون طبعة، 1415هـ - 1995م.

18. الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الأم، دار المعرفة- بيروت، بدون طبعة، 1410هـ- 1990م.
 19. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، يليه «حاشية أبي الضياء نور الدين بن علي الشيرازي الأدهري»، يليه «حاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمعري الرشيدي»، دار الفكر- بيروت، الطبعة: ط أخيرة، 1404هـ- 1984م.
 20. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، يعلوه «المنهاج للنووي»، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ- 1994م.
 21. شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسوي ثم القاهري الشافعي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، حققه وخرج أحاديثه: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1996م.
 22. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهرسه: أ. د عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 1428هـ- 2007م.
 23. محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنشر- بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
 24. مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الرابعة، 1413هـ- 1992م.
 25. مصطفى ديب البغا الميداني الدمشقي الشافعي، التذهيب في أدلة متن الغاية والتقريب المشهور بمتن أبي شجاع في الفقه الشافعي، دار ابن كثير دمشق- بيروت، الطبعة: الرابعة، 1409هـ - 1989م.
- فقه حنبلي
1. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، يعلوه «المقنع لموفق الدين بن قدامة»، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ- 1997م.
 2. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل، المحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة السابعة، 1409هـ- 1989م.
 3. أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، الدار العلمية- الهند، بدون طبعة وبدون تاريخ.
 4. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1414هـ- 1994م.
 5. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388هـ- 1968م.
 6. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمعه ورتبه وطبعه على نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم (المتوفى: 1421هـ)، الطبعة الأولى، 1418هـ.

7. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ - 1995م.
8. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1987م.
9. شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، دار العبيكان، الطبعة الأولى، 1413هـ - 1993م.
10. عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، يليه «شرح بهاء الدين المقدسي»، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، 1424هـ - 2003م.
11. عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلبي الخلوتي الحنبلي، كشف المخدرات والرياض المزهرة لشرح أخصر المختصرات، المحقق: قابله بأصله وثلاثة أصول أخرى: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية - لبنان - بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2002م.
12. عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون طبعة وبدون تاريخ.
13. عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف - الرياض، الطبعة الثانية، 1404هـ - 1984م.
14. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
15. محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، المحقق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2004م.
16. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م.
17. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون، 1415هـ - 1994م.
18. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1422 - 1428هـ.
19. محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، كتاب الفروع، يليه «تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي»، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1424هـ - 2003م.
20. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1415هـ - 1994م.

21. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، معه حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.

22. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ - 1993م.

23. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.

24. موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجواي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت - لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ.

25. موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجواي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا، زاد المستقنع في اختصار المقنع، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن للنشر - الرياض.

• فقه ظاهري

1. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

• فقه إمامي

1. جعفر بن الحسن الهذلي المعروف بالمحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان، بدون طبعة وبدون تاريخ.

2. زين الدين بن علي العاملي الجعبي المعروف بالشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، دار العالم الإسلامي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

• فقه زيدي

1. أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، مكتبة اليمن، بدون طبعة وبدون تاريخ.

2. أحمد بن يحيى بن المرتضى، التاج المذهب لأحكام المذهب، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.

رابعاً: مؤلفات شرعية، فقهية، قانونية واجتماعية حديثة

• خاصة

1. أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، بدون طبعة، 2003م.

2. تقي الدين الهاللي، أحكام الخلع في الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق، الطبعة الأولى، 1390هـ.

3. حسن أحمد حسنين، الخلع شرعاً وقانوناً، دار الصحافة، الطبعة الأولى، 2000م.

4. سامح سيد محمد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، مصر، الطبعة الثانية، 1426هـ، 2005م.

5. شريف كمال عزب، الخلع والزواج العربي بين الشريعة والقانون، دار الفتوى للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000م.

6. عادل سلطان، أحمد مرقس وأحمد حسين، الآثار الاجتماعية للخلع "دراسة مقارنة بين الخلع والتطليق"، إشراف وتحرير د. نادية حليم، مؤسسة مركز قضايا المرأة المصرية، أكتوبر 2005م.

7. منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 1429هـ، 2008م.

8. ناهد العجوز، دعوى الخلع والتطليق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م.

9. يحيى إسماعيل، الخلع في القانون المصري (شروطه وأحكامه ومدى دستوريته)، مجلة القضاة، السنة 31، العددان الأول والثاني، يناير - ديسمبر 1999م.

● عامة

1. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الفرنسي، دار النهضة العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ.

2. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، نظرية الأحكام، بدون طبعة، 2005م.

3. أحمد الأمrani، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين مقاصد الشريعة والقانون الوضعي، مطبعة دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى، 2011م.

4. أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية "الزواج والطلاق"، دار نشر المعرفة، الرباط، الطبعة الأولى، 1994م.

5. أحمد الخمليشي، وجهة نظر، مطبعة المعارف الجديدة، 1988م.

6. أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1995م.

7. أحمد بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001م، ص 132.

8. أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

9. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين "حدوده وتطبيقه في القانون المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ.

10. الأنصاري حسن النيداني، التنازل عن الحق في الدعوى "دراسة تأصيلية وتطبيقية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م.

11. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر، 2013م.

12. بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة، دار الهلال للخدمات الإعلامية، بدون طبعة وبدون تاريخ.

13. بن شويخ رشيد، قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية - الجزائر، 2008م.

14. بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية "نظرية الدعوى نظرية الخصومة، الإجراءات الاستثنائية"، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الرابعة.

15. حسن محمود، الأسرة ومشكلاتها، دار المعارف، القاهرة، 1967م، ص 719.

16. حسين عامل، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، 1960م.

17. زينب معادي، الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي "دراسة ميدانية: تحليل محتوى 3000 ملف من ملفات قضايا الزوجية بالمحكمة الابتدائية"، المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1988م.
18. زينب معادي، المرأة بين الثقافي والقدسي "صورة المرأة في القانون"، دار الفنك، الدار البيضاء، 1992م.
19. سلمان بن فهد العودة، حوار هادئ مع محمد الغزالي، إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الطبعة الأولى، ذو القعدة 1409هـ.
20. سمير عبد السميع الأذن، التعليق على نصوص قانون تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الجديد (قانون رقم 1 لسنة 2000)، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، الطبعة الأولى، 2001م.
21. سهير لطفي وآخرون، الأحوال الشخصية في مصر، المركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000م.
22. سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، 1397هـ - 1977م.
23. صلاح الدين محمد شوشاري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون طبعة، 2010م.
24. عباس العبودي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر، بدون طبعة، 2009م.
25. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دار الحرمين - القاهرة، الطبعة الأولى، 1413هـ.
26. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2010م.
27. عبد الرحمن بن حسن حَبَنَكَة الميداني الدمشقي، أجنحة المكر الثلاثة وخوافيها : التبشير - الاستشراق - الاستعمار، دراسة وتحليل وتوجيه ودراسة منهجية شاملة للغزو الفكري، دار القلم، دمشق، الطبعة الثامنة، 1420هـ - 2000م.
28. عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1970م.
29. عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، مطبعة دار هومة، الجزائر، 2000.
30. عطية بن محمد سالم، محاسن الشريعة ومساوئ القوانين الوضعية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى - 1393هـ - 1973م.
31. علي يوسف السبكي، نظام الأسرة في الإسلام، دار الكتب المصرية، الطبعة الرابعة، 1425هـ، 2004م.
32. علياء شكري، قضايا المرأة المصرية بين التراث والواقع "دراسة للثبات والتغير الاجتماعي والثقافي"، تقارير بحث التراث والتغير الاجتماعي، مطبوعات مركز بحوث الدراسات الاجتماعية، كلية الآداب، جامعة القاهرة، 2003م.
33. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مطبوعات إنسكلوبيديا، بن عكنون، الجزائر، 2003م.
34. عمر معن خليل، علم اجتماع الأسرة، دار الشروق، بدون طبعة، 1994م.

35. عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة.

36. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت.

37. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1977م.

38. فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي "الجنس معياراً"، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 1992م.

39. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2004م.

40. محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، 1983م.

41. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.

42. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون طبعة، 1996م.

43. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة، الجزائر - مكتبة الرحاب، دمشق - مؤسسة الرسالة، بدون طبعة وبدون تاريخ.

44. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 1969م.

45. محمد علي محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في القضاء الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005م.

46. محمد نجيب عوضين المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، بدون طبعة، 2006م.

47. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2007م.

48. محند أمقران بوشير، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1994م.

49. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف - باء - الأديب، دمشق، الطبعة التاسعة، 1968م.

50. مناع بن خليل القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، الطبعة الخامسة، 1422هـ - 2001م.

51. موسى عبد الرحمن وتوق محي الدين، المدخل إلى علم النفس، مركز الكتاب الأردني، الطبعة الثانية، 1993م.

52. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية "دراسة تحليلية وتطبيقية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، 2011م.

خامساً: فقه عام، سياسة شرعية، السيرة، الأدب والتاريخ

1. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي،

مختصر اختلاف العلماء، المحقق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة الثانية، 1417هـ.

2. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

3. أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم، آداب الشافعي ومناقبه، قدم له وحقق أصله وعلق عليه: عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2003م.

4. أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، عيون الأخبار، دار الكتب العلمية - بيروت، بدون طبعة، 1418هـ.

5. جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، دار الساقى، الطبعة الرابعة، 1422هـ - 2001م.

6. علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، البهجة في شرح التحفة، المعروف بشرح تحفة الحكام، المحقق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1998م.

7. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ.

8. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.

سادساً: كتب التراجم والطبقات

1. أبو الحسين عبد الباقي بن قانع بن مرزوق بن واثق الأموي بالولاء البغدادي، معجم الصحابة، المحقق: صلاح بن سالم المصري، مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 1418هـ.

2. أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، معرفة الصحابة، تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة الأولى 1419هـ - 1998م.

3. شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، معجم الأدباء، المسمى بإرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، المحقق: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ - 1993م.

4. محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، الثقات، طبع بإعانة: وزارة المعارف للحكومة العالية الهندية، تحت مراقبة: الدكتور محمد عبد المعيد خان مدير دائرة المعارف العثمانية، دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن الهند، الطبعة الأولى، 1393هـ - 1973م.

5. محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، مشاهير علماء الأمصار وأعلام فقهاء الأقطار، حققه ووثقه وعلق عليه: مرزوق علي إبراهيم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - المنصورة، الطبعة الأولى 1411هـ - 1991م.

6. يحيى بن أبي بكر بن محمد بن يحيى العامري الحرزي، بهجة المحافل وبغية الأماثل في تلخيص المعجزات والسير والشماثل، دار صادر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

❖ القرارات والأحكام القضائية

أولاً: قرارات المحكمة الدستورية

1. المحكمة الدستورية المصرية العليا: حكم في القضية رقم 15 لسنة 17 ق دستورية بجلسة 1995/12/02م.

2. المحكمة الدستورية المصرية العليا: حكم في قضية 102 لسنة 12 ق، "دستورية بجلسة 1993/06/19م.

3. المحكمة الدستورية المصرية العليا، حكم حول دستورية المادة (20) من القانون رقم (1) لسنة 2000 في القضية رقم 201 لسنة 23 ق "دستورية بجلسة 2002/12/15، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 52 (تابع) بتاريخ 2002/12/26.

ثانياً: قرارات النقض

1. المحكمة العليا، القرار رقم: 33652 بتاريخ 1984/06/11م، قضية (ض الله م ب أ) ضد (بن م ع)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الثالث.
2. المحكمة العليا، القرار رقم: 33762، بتاريخ 1984/07/09م، قضية (ش م) ضد (ل ف)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الرابع.
3. المحكمة العليا، القرار رقم: 35026 بتاريخ 1984/12/03م، قضية (م م) ضد (ب ن)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الرابع.
4. المحكمة العليا، القرار رقم: 35322 بتاريخ 1984/12/17م، قضية (ف ن) ضد (ب ع ع)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الرابع.
5. المحكمة العليا، القرار رقم: 35912 بتاريخ 1985/04/08م، قضية (ر أ) ضد (أ م)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الأول.
6. المحكمة العليا، القرار رقم: 36709 بتاريخ 1985/04/22م، قضية (س خ) ضد (ق م)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الأول.
7. المحكمة العليا، القرار رقم: 38105 بتاريخ 1985/11/04م، قضية (ب ح) ضد (م و)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الأول.
8. المحكمة العليا، القرار رقم: 39463 بتاريخ 1986/02/10م، قضية (ع ح) ضد (ن أ)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الأول.
9. المحكمة العليا، القرار رقم: 41560 بتاريخ 1986/04/07م، قضية (س ف) ضد (س ل)، المجلة القضائية لسنة: 1989م، العدد الثاني.
10. المحكمة العليا، القرار رقم: 43864 بتاريخ 1987/01/12م، قضية (د أ) ضد (ز ب)، المجلة القضائية لسنة: 1991م، العدد الأول.
11. المحكمة العليا، القرار رقم: 51728 بتاريخ 1988/11/21م، قضية (م ع) ضد (ب س)، المجلة القضائية لسنة: 1990م، العدد الثالث.
12. المحكمة العليا، القرار رقم: 52278 بتاريخ 1989/01/02م، قضية (ب ح) ضد (ز ل)، المجلة القضائية لسنة: 1991م، العدد الرابع.
13. المحكمة العليا، القرار رقم: 73885، بتاريخ 1991/04/23م، قضية (ش م) ضد (أ ع)، المجلة القضائية لسنة: 1993م، العدد الثاني.
14. المحكمة العليا: القرار رقم: 83603 بتاريخ 1992/07/21م قضية (ع م) ضد (ب د ن)، اجتهاد قضائي: 2001م، عدد خاص.

15. المحكمة العليا، القرار رقم: 83603، بتاريخ 1992/07/21 قضية (ع م) ضد (ب د ن)، اجتهاد قضائي: 2001م، عدد خاص.
16. المحكمة العليا، القرار رقم: 103793، بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة لسنة: 1997م، العدد 51.
17. المحكمة العليا، القرار رقم: 115118، بتاريخ 1994/04/19م، قضية (س ص) ضد (ش م)، نشرة القضاة، 1997م، العدد 52.
18. المحكمة العليا، القرار رقم: 125059 بتاريخ 1995/10/24م، قضية (س ع) ضد (ع ي)، نشرة القضاة لسنة: 1998م، العدد 53.
19. المحكمة العليا، القرار رقم: 141262 بتاريخ 1996/07/30م، قضية (م د) ضد (ر م)، المجلة القضائية لسنة: 1998م، العدد الأول.
20. المحكمة العليا، القرار رقم: 141262، بتاريخ 1996/07/30م، قضية (م د) ضد (ر م)، المجلة القضائية لسنة: 1998م، العدد الأول.
21. المحكمة العليا، القرار رقم: 276850 بتاريخ 1999/02/16م، قضية (ب أ) ضد (ق س)، نشرة القضاة لسنة: 2001م، عدد خاص.
22. المحكمة العليا، القرار رقم: 216239 بتاريخ 1999/03/16م، قضية (ب ع و) ضد (ش ن)، اجتهاد قضائي: 2001م، عدد خاص.
23. المحكمة العليا، القرار رقم: 235367 بتاريخ 2000/02/22م، قضية (خ خ) ضد (ع س)، المجلة القضائية لسنة: 2001م، العدد الأول.
24. المحكمة العليا: القرار رقم: 252994 بتاريخ 2000/11/21م، قضية (ل ف) ضد (ر ك)، المجلة القضائية 2001 العدد 01.
25. المحكمة العليا، القرار رقم: 252994 بتاريخ 2000/11/21م، قضية (ل ف) ضد (ر ك)، المجلة القضائية لسنة: 2001م، العدد الأول.
26. المحكمة العليا، القرار رقم: 288322 بتاريخ 2002/09/25م، قضية (ب ع) ضد (ز خ)، المجلة القضائية لسنة: 2003م، العدد الأول.
27. المحكمة العليا، القرار رقم: 258613 بتاريخ 2006/06/14م، قضية (ب ح) ضد (ق ل)، المجلة القضائية لسنة: 2006م، العدد الثاني.
28. المحكمة العليا، القرار رقم: 395557 بتاريخ 2007/05/09م، قضية (ش س) ضد (أ ص)، المجلة القضائية لسنة: 2008م، العدد الثاني.
29. المحكمة العليا، القرار رقم: 656259 بتاريخ 2011/09/15م، قضية (ب ع) ضد (ط ي)، المجلة القضائية لسنة: 2012م، العدد الأول.
30. محكمة النقض المصرية، نقض مدني في الطعن رقم 2324 لسنة 52 قضائية - جلسة 1987/3/1.
31. محكمة النقض المصرية، نقض 1967/3/9 - مجموعة المكتب الفني، س 18.
32. محكمة النقض المصرية، نقض مدني جلسة 1983/12/29 مجموعة المكتب الفني - السنة 34.

33. محكمة النقض المصرية، نقض مدني جلسة 1985/4/28 مجموعة المكتب الفني - السنة 36.

ثالثا: أحكام المحاكم

1. محكمة سعيدة، قسم شؤون الأسرة، حكم رقم: 13/00697 بتاريخ 2013/02/07، المؤيد بالقرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء سعيدة تحت رقم: 13/01836 بتاريخ 2013/12/12.
2. محكمة سعيدة، قسم شؤون الأسرة، حكم رقم: 13/02062 بتاريخ 2013/05/15.
3. محكمة سعيدة، قسم شؤون الأسرة، حكم رقم: 13/03341 بتاريخ 2013/10/14.

❖ تقارير، دراسات ومقالات

1. أنجي ضيف، "المخلوع" عريس مرفوض (دراسة للدكتورة سهير كامل، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة)، مجلة نصف الدنيا، الأهرام الرقمي، 13 سبتمبر 2009م.
2. تعليق اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في جلساتها 492 و 493 المنعقدتين في 19 يناير 2001م حول التقرير الدوري الثالث (CEDAW/C/EGY/3)، والتقريين الدوريين الرابع والخامس الموحدتين لمصر (CEDAW/C/EGY/4-5)، فيما يتعلق بإعمالها لالتزاماتها تجاه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، قد ورد نص هذا التعليق في الوثيقة (A/56/38)، انظر (CEDAW/C/SR.492 و 493).
3. تقرير اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا (الإسكوا)، لجنة المرأة، الدورة الخامسة، بيروت من 19 إلى 21 كانون الأول/ديسمبر 2011م، 12 Décembre 2011. E/ESCWA/ECW/2011/IG.1/4 حول التقدم المحرز في تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) في البلدان العربية "تنفيذ الاتفاقية في البلدان العربية: تحليل مقارنة للإنجازات والتحديات"، ص 11.
4. التقريران الدوريان الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية السيداو، (CEDAW/C/DZA/3-4)، بتاريخ 18 مايو 2009م.
5. عادل عامر، الفساد التشريعي في مجال قوانين الأسرة وأثرها السلبي على المجتمع، جريدة المطرقة، بتاريخ 13 جوان 2012م.
6. كلثوم بلميهور، مسعودة بدوي، ليديا ولد مادي، أثر اضطراب العلاقة الزوجية على الصحة النفسية لأبناء، مجلة شبكة العلوم النفسية العربية، العدد 21 و 22 شتاء وربيع 2009م.
7. كلثوم مسعودي، بن قفة سعاد، الأسرة الجزائرية كما يصورها قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005، الملتقى الوطني الثاني حول الاتصال وجود الحياة في الأسرة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 9 و 10 أبريل 2013م.
8. اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا، مشروع بحث نقدي لقوانين الأحوال الشخصية في بلدان عربية مختارة، سلسلة دراسات عن المرأة العربية والتنمية رقم (25)، نيويورك، الأمم المتحدة، 1997م.
9. لهيثم زعفان، الأمم المتحدة وصناعة العنوسة، موقع (اللجنة الإسلامية الدولية للمرأة والطفل)، 5 مارس 2007م.
10. محمد بن سعيد الغامدي، بعض الآثار المترتبة على الطلاق من وجهة نظر الزوجة، مجلة القاهرة، المعهد العالي للخدمة الاجتماعية، القاهرة، العدد التاسع، 1988م.

11. نظرات اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في التقرير الدوري الثاني للجزائر (CEDAW/C/DZA/2)، في جلستها 667 و668 المنعقدتين في 11 كانون الثاني/يناير 2005، انظر (CEDAW/C/SR.667 و668).

12. هدية فؤادة محمد علي، الفروق بين أبناء المتوافقين زواجياً وغير المتوافقين في كل من درجة العدوانية ومفهوم الذات، مجلة علم النفس، جويلية أوت ع 47، الهيئة المصرية للكتاب، مصر.

❖ الرسائل الجامعية

1. بداوي مسعودة، أساليب المعاملة الوالدية ومشكلات الأبناء المراهقين (دراسة ميدانية في الجزائر العاصمة)، أطروحة دكتوراه في علم النفس التربوي، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، 2008-2009م.

❖ إحصائيات

1. وزارة العدل، قائمة إحصائيات حول الطلاق، التطليق والخلع خلال الفترة الممتدة ما بين 2005 و2013.

المراجع باللغة الفرنسية

- **Textes**

Nouveau Code de Procédure Civile français, J.O. 9 Décembre 1975.

- **Ouvrages**

Corinne Fortier, Le droit au divorce des femmes (khul‘) en islam : pratiques différentielles en Mauritanie et en Égypte, Droit et cultures, Numéro 59 (2010-1).

- **Articles**

TCHOUAR Djilali, Réflexion sur les questions épineuses du code algérien de la famille, OPU.

فہرست

01	مقدمة
13	الباب الأول: ماهية الخلع
15	الفصل الأول: حقيقة الخلع
15	المبحث الأول: وصف نظام الخلع
15	المطلب الأول: دلالة الخلع
16	الفرع الأول: تعريف الخلع
16	أولاً: تعريف الخلع لغةً
16	(أ) معنى لفظ الخلع حقيقةً
19	(ب) معنى لفظ الخلع مجازاً
22	ثانياً: تعريف الخلع اصطلاحاً
23	(أ) تعريف الخلع فقهاً
28	(ب) تعريف الخلع تشريعاً:
33	الفرع الثاني: الحكمة من تشريع الخلع
43	المطلب الثاني: مشروعية الخلع
43	الفرع الأول: أدلة مشروعية الخلع
44	أولاً: المحجّزون للخلع وأدلتهم
44	(أ) الأدلة من المصادر الأصلية
44	(١) الدليل من القرآن الكريم
44	(٢) الدليل من السنة النبوية
49	(ب) الإجماع على مشروعية الخلع
51	(ج) الدليل من المعقول
52	ثانياً: المانعون للخلع وأدلتهم

52	(أ) الدليل من القرآن الكريم
54	(ب) الدليل من السنة النبوية الشريفة
56	الفرع الثاني: معيار مشروعية الخلع
56	أولاً: حدود مشروعية الخلع
56	(أ) أسباب الخلع من الكتاب والسنة
56	(١) السبب الوارد في القرآن
61	(٢) السبب الوارد في السنة
66	(ب) موقف الفقه
66	(١) الاتجاه الفقهي الموسّع
67	(٢) الاتجاه الفقهي المضيق
71	ثانياً: الحكم التكليفي للخلع
71	(أ) الخلع بسبب
71	(١) أن يكون السبب من جهة الزوجة
73	(٢) أن يكون السبب من جهة الزوج
76	(ب) الخلع من غير سبب
76	(١) الرأي المجوّز
77	(٢) الرأي غير المجوّز
79	المبحث الثاني: تكييف الخلع
79	المطلب الأول: الخلع تصرف رضائي
79	الفرع الأول: من حيث المبنى
79	أولاً: الطبيعة العقدية للخلع
88	ثانياً: الطلاق على مال
90	الفرع الثاني: من حيث الأثر
90	أولاً: الخلع من قبيل طلاق
95	ثانياً: الخلع من قبيل الفسوخ

102	المطلب الثاني: الخلع القسري
102	الفرع الأول: الخلع عمل قضائي
103	أولاً: مدى اشتراط إيقاع الخلع بحضور القاضي
108	ثانياً: مدى جواز إكراه الزوج على الخلع من قبل القاضي
110	ثالثاً: دور الحكمين في المخالعة
110	(أ) زمن نذب الحكمين
111	(ب) شروط الحكمين
113	(ج) بيان المخاطب ببعث الحكمين
114	(د) صفة الحكمان
123	الفرع الثاني: الخلع تصرف انفرادي
123	أولاً: الخلع حق انفرادي للزوجة
127	ثانياً: الدواعي التي حملت المشرع على اعتناق هذا الاتجاه
134	الفصل الثاني: مقومات الخلع
135	المبحث الأول: صيغة الخلع
136	المطلب الأول: من حيث الصورة
136	الفرع الأول: ألفاظ الخلع
137	أولاً: ألفاظ الخلع عند الأحناف
144	ثانياً: ألفاظ الخلع عند المالكية
148	ثالثاً: ألفاظ الخلع عند الشافعية
152	رابعاً: ألفاظ الخلع عند الحنابلة
156	الفرع الثاني: الوسائل البديلة للألفاظ في إيقاع الخلع
157	أولاً: الكتابة
157	(أ) أنواع الكتابة وحكمها
162	(ب) المخالعة بالكتابة بين حاضرين
163	(ج) المخالعة بالكتابة بين غائبين (الرسالة)

168	ثانياً: الخلع عن طريق الإشارة
168	(أ) خلع العاجز عن الكلام بالإشارة
174	(ب) خلع القادر على الكلام بالإشارة
177	ثالثاً: الخلع بالمعاطاة
178	المطلب الثاني: من حيث المباشرة
178	الفرع الأول: النيابة في الخلع
179	أولاً: خلع الولي
179	(أ) خلع الولي عن الزوج
181	(ب) خلع الولي عن الزوجة
185	ثانياً: خلع الوكيل
185	(أ) صفة الوكيل
187	(ب) تصرفات الوكيل
187	(١) تصرفات وكيل الزوجة
187	. إطلاق الوكالة
190	. تقييد الوكالة
192	(٢) تصرفات وكيل الزوج
192	. تقييد الوكالة
194	. إطلاق الوكالة
198	الفرع الثاني: خلع الفضولي
208	المبحث الثاني: شروط الخلع
208	المطلب الأول: شروط الانعقاد
208	الفرع الأول: شروط الصيغة
208	أولاً: اتحاد مجلس العقد
213	ثانياً: عدم مخالفة القبول للإيجاب
220	ثالثاً: أوصاف صيغة الخلع

220	(أ) تعليق صيغة الخلع على شرط أو إضافتها إلى أجل
221	(١) حكم الخلع المعلق والمضاف بالنسبة للزوج
223	(٢) حكم الخلع المعلق والمضاف بالنسبة للزوجة
224	(ب) الخيار
224	(١) شرط الخيار في حق الزوج
225	(٢) شرط الخيار في حق الزوجة
226	الفرع الثاني: شروط متعلقة بالعاقدين
226	أولاً: أهلية المخالعة
226	(أ) أهلية الْمُخَالَعَةِ
230	(ب) أهلية المخالعة
232	ثانياً: الخلع في مرض الموت
233	(أ) خلع المريضة
242	(ب) خلع المريض
243	الفرع الثالث: شروط متعلقة بمحل العقد
244	أولاً: أن يكون البضع مملوكاً للزوج
246	ثانياً: كون الخلع في طهر لم يمسه فيها
248	المطلب الثاني: شروط الصحة
248	الفرع الأول: البدل
249	أولاً: مقدار العوض
254	ثانياً: صفة العوض
254	(أ) ما يشترط في العوض إذا كان مالا
254	(١) الخلع بغير عوض
256	(٢) الخلع بمجهول العوض
260	(٣) الخلع بفاسد العوض
261	(ب) الخلع على بعض المنافع والحقوق

261	(١) الخلع على بعض الحقوق
262	(٢) الخلع على بعض المنافع
263	الفرع الثاني: الشهادة
264	أولاً: الإشهاد على الخلع مندوب إليه
268	ثانياً: الإشهاد على الخلع شرط صحة
273	الباب الثاني: تداعيات الخلع
275	الفصل الأول: آثار الخلع
275	المبحث الأول: الأحكام الشرعية للخلع
275	المطلب الأول: متعلقات فرقة الخلع
276	الفرع الأول: المتعلقات غير المالية للفرقة
276	أولاً: عدة المختلعة
283	ثانياً: حقوق المخالعة على المخالعة إبان عدتها
283	(أ) طلاق المعتدة من الخلع
288	(ب) أثر الخلع على الرجعة
296	الفرع الثاني: أثر الخلع في الحقوق المالية
296	أولاً: أثر الخلع في الحقوق الزوجية
297	(أ) أثر الخلع في المهر
300	(ب) أثر الخلع في نفقة المختلعة وسكنائها
312	ثانياً: نفقة الأبناء
312	(أ) المراد بنفقة الأبناء
314	(ب) الخلع على نفقة الأولاد وحضانتهم
317	المطلب الثاني: الاختلاف في الخلع
317	الفرع الأول: الاختلاف في أصل الخلع
317	أولاً: إنكار الزوجة للخلع
319	ثانياً: إنكار الزوج للخلع

320	الفرع الثاني: الاختلاف في بدل الخلع
321	أولاً: التداعي والاختلاف في كنه العوض
321	(أ) التداعي والاختلاف في قدر العوض أو عينه أو صفته أو أوانه
323	(ب) التداعي والاختلاف في نوع العوض
325	ثانياً: التداعي والاختلاف في ملتزم العوض
329	المبحث الثاني: تبعات الخلع
329	المطلب الأول: الخلع وظاهرة التفكك الأسري
330	الفرع الأول: قراءة إحصائية
344	الفرع الثاني: مظاهر تآكل بعض القيم الأسرية بفعل إنفاذ النص
345	أولاً: الخلع المستحدث وانحياز مبدأ القوامة
350	ثانياً: تفشي ظاهرة العنوسة
352	المطلب الثاني: تبعات الخلع تجاه أفراد الأسرة
352	الفرع الأول: تبعات الخلع تجاه أطرافه
353	أولاً: في حق الزوجة
353	(أ) إيجابيات الخلع في حق الزوجة
356	(ب) سلبيات الخلع في حق الزوجة
362	ثانياً: في حق الزوج
363	(أ): إيجابيات الخلع في حق الزوج
366	(ب): سلبيات الخلع في حق الزوج
372	الفرع الثاني: تبعات الخلع على الناشئة
372	أولاً: الآثار الإيجابية للخلع في حق الأبناء
377	ثانياً: الآثار السلبية للخلع في حق الأبناء
380	الفصل الثاني: إشكالات نص الخلع المستحدث
380	المبحث الأول: مدى دستورية النص المستحدث
380	المطلب الأول: الإخلال ببعض أمهات المبادئ الفلسفية في الدستور

381	الفرع الأول: المساس بمبدأ الإسلام كدين للدولة
388	الفرع الثاني: مبدأ المساواة كقيمة شرعية ودستورية
406	المطلب الثاني: المساس بالقواعد الأساسية للتقاضي
406	الفرع الأول: صورة المحاكمة في الخلع
406	أولاً: سلب القاضي سلطته التقديرية
413	ثانياً: الانتقاص من الحق في الدفاع
415	الفرع الثاني: الحرمان من الحق في الطعن
415	أولاً: ماهية مبدأ التقاضي على درجتين
420	ثانياً: الخلع ومبدأ التقاضي على درجتين
428	المبحث الثاني: الإشكالات العملية للخلع المستحدث
428	المطلب الأول: مدى اتساع النص لفكرة تماثل المراكز القانونية للزوجين
429	الفرع الأول: مدى مسؤولية المختلعة عن استعمال حقها في الخلع
429	أولاً: مدى مسؤولية المختلعة من منظور فقهي
429	(أ) أساس المسؤولية
429	(١) مفهوم الحق
436	(٢) حقيقة التعسف في استعمال الحق
441	(ب) إسقاط النظرية على الحق في الخلع
444	ثانياً: التعسف في استعمال حق الخلع المستحدث
454	الفرع الثاني: المساواة في الإثبات
455	أولاً: إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
455	(أ) ثبوت الطلاق بحكم قضائي
460	(ب) الطلاق العرفي في ضوء التطبيقات القضائية
464	ثانياً: إثبات الخلع
468	المطلب الثاني: إشكالية تعديل الطلبات وإثارة بعض الدفوع في دعاوى الخلع
469	الفرع الأول: إشكالية إثارة بعض الدفوع

469	أولاً: الدفع بالنشوز
474	ثانياً: مدى جواز الدفع بعدم نظر دعوى الخلع لسبق الفصل فيها
475	(أ) حجية الأمر المقضي به
477	(ب) الصلح القضائي والتنازل عن الخصومة
477	(١) الصلح القضائي
480	(٢) التنازل عن الخصومة
482	الفرع الثاني: إشكالية تعديل الطلبات والضم في دعاوى الخلع
483	أولاً: تعديل الطلبات الأصلية أثناء سير الخصومة
484	ثانياً: الإحالة وضم الملفات
486	النتائج
488	التوصيات
490	خاتمة
493	قائمة المراجع
521	الفهرس