جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية
بعنوان:

العوض المالي في الخلع بين الفقه والقانون الجزائري

من اعداد الطالبة :

- دريعي مريم

تحت اشراف الاستاذ:

- الدكتور فشار عطاء الله

السنة الجامعية : 2014/2013

كلمة شكر

قال صل الله عليه وسلم " من صنع لكم معروفا فكافئوه , فان لم تجدوا ما تكافئونه به فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه "

وقال أيضا " من لم يشكر الناس لم يشكر الله "

بدءا نحمد الله العلي القدير حمدا كثيرا يليق بجلال وجهه وعظمة سلطانه لا تضاهي آلائه ونعمه المصبغة وان اجتهدنا لذلك.

ونصلي ونسلم ونبارك على شفيعنا محمد عليه الصلاة والسلام

اتقد بجزيل الشكر والتقدير والاحترام إلى الأستاذ الدكتور المؤطر :

" د.فشار عطاء الله"

والى كافة أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية والى كل من قدم لنا يد العون من قريب أو بعيد

الاهـــــداء

قال الله تعالى : "وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا"

إلى من أوصى الله عليهما في قوله تعالى:".....وبالوالدين إحسانا....."

أهدي هذا العمل إلى من انتظر هذا اليوم أكثر مني وكان سندا لي في سبيلي وقوة وعونا في مسيرتي وبحر إرادتي ,ذاك الذي لم يتمن أكثر من تفوقي في الحياة العلمية والعملية أبي حفظه الله .

و اهديه إلى من وقفت إلى جانبي وتعبت لتراني انجح ,إلى صدر البيت إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامها , والى من أوصى الرسول عليه الصلاة والسلام عليها بقوله:"أمك,أمك,أمك,....." إلى أمي الغالية .

كما اهدي عملي هذا إلى زوجي الذي كان ومازال سندي " سفيان"

واهديه أيضا إلى إخوتي وأخواتي : " محمد, سعاد , نسرين, حمزة ونوال " والى الجدة الغالية الحبيبة " فاطمة الزهراء"

والى بنات إخوتي أولادهم : رابح , لامية, شهناز وياسمين وخاصة حبيبة قلبي" مريم توتي "

والى كل أهلي وأقاربي وأهل زوجي.

مقدمـة:

كما نعلم أن الله سبحانه وتعالى خلق الذكر والأنثى ليسكنا إلى بعضهما البعض بالمودة والرحمة لقوله تعالى: " يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا." الآية (01) من سورة النساء[1] .

فمن قدرته سبحانه وتعالى ان خلق من كل شيء حي زوجين لقوله تعالى :" ومن كل شيء خلق زوجين لعلكم تذكرون", وهذا دلالة على ان الله سبحانه وتعالى جعل لنا الزواج وسيلة للاستقرار والسكون وبناء اسرة متماسكة , لكن لكل اصل عام هناك استثناء وهو انه قد يحدث و ان يصيب بعض الاسر التفكك ويحدث وان تنفر الزوجة من زوجها وتصبح العيشة مستحيلة بين الزوجين لاي سبب كان ومن عظمته تبارك وتعالى ان جعل لنا في كتابه الكريم وفي سنة نبيه عليه الصلاة والسلام الحلول والمنافذ لكل المشاكل التي قد تواجه الانسان ومنها المشاكل الاسرية التي تؤدي الى استحالة المعيشة والى دمار هذه الاسر فقد يسر الله سبحانه وتعالى هذا في الطلاق الذي اجازه في الاحوال التي تصعب فيها استمرارية الرابطة الزوجية , رغم انه من ابغض الحلال عند الله لكنه يبقى الوسيلة الوحيدة في العديد من الحالات كما سنرى في لب الموضوع , و هنا قد يكون الطلاق بالارادة المنفردة للزوج بأن يرمي يمين الطلاق على الزوجة لاي سبب من الاسباب وكما نعلم ان الله سبحانه وتعالى جعل الرجل قواما على المرأة اذ جعل يمين الطلاق بيده لكن قد يكون الطلاق بالارادة المنفردة للزوجة وهذا اذا قامت بطلب التطليق وهذا ما اباحه القانون بنصوص المواد 48-53-54 من قانون الاسرة الجزائري سواء كان لاسباب مذكورة في المادة 53 او ان تخالع نفسها وهذا حسب المادة 54 و لكي نتعرض بالتفضيل لموضوع الخلع وذلك لسرعة وكثرة

[1] الاية 01 من سورة النساء

انتشاره لاسيما بعد التعديل الذي طرأ على المادة 54 ق.ا.ج[1] فيما يخص علم الزوج باضافة عبارة " دون علمه "

واتبعت في تحليلي لهذا الموضوع ومناقشة المنهج المقارن اذ قارنت بين نظرة المشرع الجزائري للخلع والعوض المالي النتعلق به وكيفية معالجته وبين نظرة الفقه الاسلامي من اراء الفقهاء وتباينها , وارتايت ان اتبع الخطة التالية لمعالجة الموضوع وقبل التطرق للخطة يجب الوقوف على هذه الاشكاليات :

- ماهو الخلع؟ وماهو حكمه واثاره؟ وما رأي الفقه والقانون في ذلك ؟ وهل للزوجة ان تخالع نفسها على عوض بمجرد كرهها لزوجها؟ وماهي طبيعة هذا العوض ؟

للاجابة على هذه الاشكاليات ولتبسيط هذا الموضوع ارتأينا ان نقدم فصلان ففي الفصل الاول دراسة لماهية الخلع من خلال تعريفه وبيان الفاظه في اللغة والشرع وتعريف الفقهاء للخلع مرورا بشروط الخلع بقيام الرابطة الزوجية وبيان الشروط الواجب توافرها في ملتزم البدل .

وفي فصل ثان عمدنا الى دراسة اخذ العوض المالي من خلال التطرق الى دعوى نسخ احكام الخلع ونسخ اخذ العوض فيه وفي مبحث ثان ناقشت فيه حكم اخذ العوض بسبب كراهية الزوجة ودليل مشروعيته ومبحث ثالث تناولت فيه حكم اخذ العوض بسبب عضل الزوج وفيه مطلبان الاول حكم اخذ العوض بالعضل ظلما واخر به حكم العوض بعضل بسبب اتيان الفاحشة , لنخلص الى الخاتمة ابرزت بها بعض الاراء والملاحظات .

كما يجب ان نشير الى ان الهدف من هذه الدراسة تسليط الضوء على موضوع الخلع لمعرفة الاسباب الحقيقية لتفشي هذه الظاهرة , خصوصا في السنوات الاخيرة .

---

[1] المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري، النصوص الكاملة للقوانين، وتعديلها إلى غاية 27 فبراير 2005، مدعمة بالإجتهاد القضائي.

وانوه في الاخير الى ان الدافع في اختيار هذا العمل يكمن في غاية البحث اكثر في موضوع الخلع والعوض المالي المتعلق به لكونه موضوع الساعة وارقام مهولة نجدها على مستوى المحاكم قسم الاحوال الشخصية يعجز اللسان عن ذكرها وماخفي عنا كان اعظم.

الفــصل الأول

ماهيـــة الخلــع

المبحث الأول : ماهية الخلع:

لمعرفة حقيقة الخلع لا بد لنا من تسليط الضوء على تعريفه لغة و اصطلاحا و ألفاظه في المطلب الأول، ثم لحكمه و دليل مشروعيته و الحكمة منه كمطلب ثان، لنخلص في الأخير إلى طبيعته ضمن المطلب الثالث.

المطلب الأول : تعريفه و ألفاظه.

- في اللغة :

الخَلع بفتح الخاء مصدر قياسي "**خلع**" و يستعمل في الأمور الحسية فيقال : خلع الرجل ثوبه خلعا، أي أزاله عن بدنه و نزعه عنه، و يقال : "خلعت النعل خلعا" أي نزعته مصداقا لقوله تعالى:

{فَلَمَّا أَتَاهَا نُودِي يَا مُوسَى{11} إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى{12}[1] و في هذه الآية الخلع بمعنى النزع و في الأمور المعنوية "كخلع الرجل امرأته خلعا" إذ أزال زوجيتها
و خلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتقدت منه.

و الخُلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل و بالعكس **{هُنَّ لِباسٌ لَكُم و أَنْتُم لِباسٌ لَهُنَّ}**، هذا

---

[1]- سورة طه الآية 11-12.

و قد قال الفقهاء: إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، و الخلع بالضم في إزالة الزوجية.(2)

في اصطلاح الشرع:

عرفه بعض الفقهاء بأنه:"حل لعقدة الزوجية بلفظ الخلع فيما معناه، في مقابل عوض تلتزم به المرأة" كما عُرِّف بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض عن التطليق"(3)

وقد عرَّفه الحنفية:بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه.

وألفاظه عندهم خمسة:

أولها: ما اشتق من الخلع كأن يقول لها :"خالعتك"، "اختلعي"، "اخلعي نفسك"، "أخلعتك". لهذا قالوا: إنه يقع به الخلع بدون نية لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيرا فأصبح كالصريح، فإذا قال لامرأته: "خالعتك" وذكر مالا فالأمر ظاهر، وإذا لم يذكر فإنه يقع به الطلاق سواء نوى أو لم ينو، قبلت أو لم تقبل.

ثانيها: لفظ"بارأتك" فإذا قال لها :"بارأتك على عشرين جنيها" وقَبِلَت وقع طلاقا بائنا، ولزمها العشرون وسقط مهرها، فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء باتفاق، أما إذا لم يذكر البدل و قال لها "بارأتك" وقالت"قبلت" وقع الطلاق البائن وسقط حقها في المهر، فهل يتوقف إيقاع الطلاق بهذا اللفظ

---

2 -"الدكتور محمد مصطفى شلبي" – فقه المذاهب النسبية و المذهب الجعفري و القانوني- أحكام الأسرة في الإسلام – الدار الجامعية للطباعة و النشر- الطبعة الرابعة –صفحة 551-552 لسنة 1983.

3 -"عبد الكريم شهبون"- مدونة الأحوال الشخصية المغربية- صفحة 260

على النية أم لا؟ والجواب إذا كثر استعمالها في الطلاق كالخلع يقع بها الطلاق بدون نية.

ثالثها :لفظ"باينتك" فإنه موضوعاً للخلع، فإن لم يذكر مالاً و قبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، و إن لم تقبل و نوى به الطلاق طُلِّقَتْ و إلا فلا، لأن المباينة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية. أما إذا قال لها "باينتك على عشرين ريالاً" و لم تقبل لا يقع به الطلاق قولا واحداً و لا يلزمها البدل لأنه علق إبانتها على المال.

رابعها: لفظ "فارقتك" فإنه إذا ذكر مالاً فقال: "فارقتك على مائة ريال" و قبلت بانت منه،و لزمتها المائة و سقط حقها في المهر، و إن لم تقبل لا يقع طلاق و لا يلزمها مال.

و إن لم يذكر مالا و قبلت سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إن نوى به الطلاق أو قامت قرينة على إرادة الطلاق و إن لم تقبل، فإن نوى به الطلاق لزمه طلاقا بائنا لأنه كناية و إلا فلا يلزمه شيء.

خامسها: لفظ طلاق على مال فإذا قال لها "طلقي نفسك على عشرين جنيها" فقالت "قبلت" وقع الطلاق بائنا و لزمها العشرون. أما إذا قال لها "طلقي نفسك" و لم يذكر مالا كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع.

و يضيف الحنفية لفظين آخرين: ما اشتق من لفظ البيع و ما اشتق من لفظ الشراء.[4]

---

4 –"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" – ص 343، 344، 345، 346.

و عرّف المالكية الخلع بأنه طلاق بعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ صريحة أو كناية ظاهرة أو أي لفظ آخر إذا كان بنية الطلاق، فإذا قالت له زوجته "طلقني على مهري أو على مائة ريال مثلا" فقال "طلقتك على ذلك" لزمه طلاق بائن و لزمها العوض و كذا إذا أجابها بكناية ظاهرة من كنايات الطلاق، فإنه يقع الطلاق البائن و يلزمها العوض.

و كذا إذا أجابها بأي لفظ ناويا به طلاقها فإنه يلزمه طلاق بائن و لفظا من ألفاظ الطلاق الصريح، فإذا أجابها بقوله "خالعتك" أو "اختلعتك" كان بمنزلة قوله لها "أنت طالق" و إذا قال لها "خالعتك" " أو "اختلعتك" بدون ذكر العوض لزمه طلاق بائن. و قد عرفه بعضهم بأنه عقد معاوضة على البضع تملك الزوجة نفسها و يملك به الزوج العوض.[5]

و عرّف الشافعية الخلع بأنه اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض و يكون بكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعاً يقع به الطلاق البائن.

و عرّفه الحنابلة بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة تنقسم إلى قسمين: صريحة في الخلع و كناية فيه. فأما الصريحة فهي خالعتُ و فسختُ و فاديتُ، فإن استعملها الزوج مع ذكر العوض و لو جُهِل و قبلته الزوجة صح الخلع و يترتب الفراق و إن لم ينوه، فإن لم يذكر العوض أو ذكره و لم تقبله الزوجة لا يقع الخلع و إذا ذكر العوض و قبلت الزوجة كان ذلك فسخاً بائناً تملك به الزوجة نفسها و لا ينقص عدد الطلقات الثلاث، أما إذا نوى الزوج

---

5 –"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" – كمرجع سابق– صفحة 396.

الطلاق فيكون له ذلك

و ينقص به عدد الطلقات التي يملكها.

أما ألفاظ الكناية عندهم فهي اثنان: باريتك، ابنتك، فهذان اللفظان يصح بهما الخلع بالنية أو دلالة الحال، و الحاصل عندهم أن الخلع بألفاظه المخصوصة سواء صريحة أو كناية، فسخ لا ينقص من عدد الطلقات بخلاف الطلاق على عوض بلفظ الطلاق فإنه يكون طلاقا بائنا ينقص من عدد الطلقات بشرط النية و قبول الزوجة.

فالخلع بألفاظ صريحة كانت أو كناية فسخ بائن و الخلع بألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية طلاق بائن ينقص عدد الطلقات بشرط النية.[6]

و قد عرفه "خليل دردير" في مختصره بأنه طلاق بعوض.

و عرفه "ابن حزم الظاهري" بأنه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فيخاف ألا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فلها أن تفتدي منه و يطلقها إذا رضي هو و إلا لم يجيز و إنما يجوز بتراضيهما".

و قد عرفه "الدكتور عبد الرحمن الصابوني": "بأنه إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهراً.

و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة (54) من قانون الأسرة بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها و استعمل لفظ الخلع صراحة دون غيره من الألفاظ الدالة عليه.

---

6 –"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" – كمرجع سابق– صفحة 396.

المطلب الثاني: حكم الخلع و دليل مشروعيته.

اختلف الفقهاء في حكم الخلع، فإذا خالعت الزوجة زوجها مع استقامة الحال كُره لها ذلك،

و يصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة و الثوري و مالك و الأوزاعي والشافعي ويحتمل كلام أحمد تحريمه إذ قال:"الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهو خلع"، وهذا يدل على أن الخلع لا يكون صحيحا إلا في هذه الحال وذاك أيضا قول ابن المنذر وداود، وقال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لأن الله قال في كتابه العزيز:"ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[7] فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال:"تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن اعتدى حدود الله فاولئك هم الظالمون".

وروى ثوبان قال:"قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم– أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة".وروى أبوداود وعن أبي هريرة عن النبي–صلى الله عليه وسلم– قال:"**المختلعات والمنتزعات هن المنافقات**". رواه أبو حفص، ورواه أحمد في مسنده، وذكره محتجا به وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة، لأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرمه لقوله عليه الصلاة والسلام"لاضرر ولا ضرار".

واحتج من أجازه بقوله سبحانه وتعالى:"فإن طبن عن شيء منه فكلوه هنيئا مريئا".

7– سورة البقرة–الآية 221

و قال "ابن المنذر":"لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة، بدليل الربا، حرمه الله في العقد و أباحه في الهبة و الحجة مع من حرمه، و خصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز.[8]

فإن عضل زوجته و ضارها بالضرب و التضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة و نحو ذلك لتفتدي نفسها منه، ففعلت، فالخلع باطل و العوض مردود. روى ذلك عن ابن عباس و عطاء و مجاهد
و الشعبي و النخاعي و القاسم بن محمد و عروى بن شعيب و حميد بن عبد الرحمن و الزهري وبه قال مالك و الثوري و قتادة و الشافعي و إسحاق و قال أبوحنيفة: العقد صحيح و العوض لازم و أثم عاصٍ. [9]

و قال الشافعية أن الأصل في الخلع الكراهة، ويكون مستحبا إذا أساءت المرأة المعاشرة ولا يوصف بغير ذلك فلا يكون حراما ولا يكون واجبا.

فبعد أن ذكر الله تعالى في سورة البقرة أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وأضاف –عز وجل– أن أخذ المال من الزوجة مما أعطاها محرم، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي إذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما، كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها. ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا وهذا ما يعرف بالخلع.

وحكم الخلع إذا استوفى شروطه الجواز ودل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع.

---

8 –"الدكتور عبد الرحمن الجزيري"–كمرجع سابق – صفحة 396– 397

9– الإمامان موفق الدين بن قدامى و شمس الدين بن قدامى المقدسي– المغني و يليه الشرح الكبير – دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع– الجزء الثامن –177 –178 .

من الكتاب:

فقوله تعالى: **{ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ{229}**[10]

و وجه الدلالة من الآية :"لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله و أداء الحقوق الزوجية بينهما مثل بغض الزوجة لزوجها و كراهيتها له، ففي هذه الحالة التي استفحل فيها الشقاق و النشوز، إذا تعذر الإصلاح و التوفيق، أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها.

من السنة :

ما رواه البخاري و النسائي عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت ابن قيس بن شماس إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم– فقالت: يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق و لا دين

و لكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله –صلى الله عليه و سلم–: أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله – صلى الله عليه و سلم–: " **اقبل الحديقة و طلقها تطليقة**" و هذا أول خلع في الإسلام. و معنى الحديث أن جميلة بنت عبد الله بن أُبَيّ، ذكرت لرسول الله –صلى الله عليه و سلم– أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لا يسيء إليها و لا يقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها و

10– سورة البقرة الآية 229

أنها تخشى أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في الحقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها.

من الإجماع:

فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع و لم يخالفهم إلا بكر ابن عبد الله الملزيني و لكن الإجماع انعقد قبل خلافه.

و قال الإمام مالك بهذا الصدد: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم و هو الأمر المجمع عندنا و أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة و لم يسئ إليها و لم تأت من قبله و أحبت فراقه فيحل له أن يأخذ منها ما افتدت به، كما فعل النبي –صلى الله عليه و سلم–.

و أساس مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري هو المادة (54) منه التي نصت: "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".

المطلب الثالث: طبيعة الخلع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة الخلع من حيث كونه فسخا أو طلاقا وقد نجم عن هذا الاختلاف عدة آراء، نوردها بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: الموقف الفقهي

يرى الحنفية أن الخلع جائز وهو تطليقة بائنة، وحجتهم في ذلك ما روي عن النبي –صلى الله عليه وسلم– في حديثه:"إقبل الحديقة وطلقها تطليقة" لأن النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ مادام قد نشأ صحيحا وأن الخلع لا يكون إلا بعد تمام

هذا العقد، فيكون لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازا، واعتبروه طلاقا بائنا حتى ولو بطل الخلع، وأضافوا أنه إذا خالع الزوج زوجته بعد أن طلقها وهي في العدة فإن الخلع لا يصح، أما إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم خالعها في العدة على مال فإن الخلع يصح، ويلزم المال لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح.

وفي مسألة الزواج الفاسد قالوا: أنه إذا نكح امرأة نكاحا فاسدا فإن الخلع لا يصح له لأنه فاسد إذ هو إزالة ملك النكاح والعقد الفاسد لا يترتب عليه ملك النكاح (11)

أما الشافعية فقد صنفوا الخلع ضمن فرق النكاح بالطلاق والتي تنقسم إلى:

- ألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية.
- الخلع.
- فرقة الايلاء.
- فرقة الحكمين.

أما المالكية فقالوا أن الخلع طلاق يعوض، وتعريف الطلاق عندهم يشمل الطلاق بأنواعه وهو الصريح والكناية الظاهرة أو أي لفظ آخر بنية الطلاق.

أما الحنابلة، فقد اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع ، ففي إحدى الروايتين أنه فسخ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور، وأحد قولي الشافعي.

11-"الدكتورعبد الرحمن الجزيري"-كمرجع سابق-صفحة 388

وفي الرواية الثانية أنه طلقة بائنة، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيسة وشريح والمجاهد وأبي سلمى ابن عبد الرحمن والنخاعي والشعبي والزهري وابن مسعود. لكن ضعف أحمد الحديث عندهم فقال:"ليس في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس لقوله تعالى:"الطلاق مرتان"، ثم قال:" فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، ثم قال:"فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره".

فذكر تطليقتين والخلع تطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكان فسخاكسائرالفسوخ.

ووجه الثانية أنها بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصدا فراقها فكان طلاقا لا خلعا".

و فائدة الروايتين أنه إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فينقص بها عدد طلقاته وإن خالعها ثلاثا، طلقت ثلاثا.فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، وإن قلنا هو فسخ لم تحرم عليه وإن خالعها مائة مرة وهذا بخلاف إن كان خالعها بغير لفظ الطلاق ولم يَنوِه، فأما إن بذلت له العوض فهو طلاق لا اختلاف فيه، وإن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ نوى به الطلاق فكانت كذلك كما لو كان بغير عوض فإن لم ينو به الطلاق فهو الذي في الروايتين.[12]

ويساند الرواية الأولى لأحمد ابن القيم في كون الخلع فسخا، ودليله في ذلك أن الله سبحانه وتعالى رتب الطلاق بعد الدخول الذي لم يستوف عدده ثلاثة أحكام كلها مختلفة عن الخلع وهي:

12-الإمامان "موفق الدين ابن قدامى" و"شمس الدين ابن قدامى المقدسي"- كمرجع سابق-صفحة180- 181 .

-أن الزوج أحق بالرجعة فيه.

-أنه محسوب من الثلاث فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد دخول الزوج وإصابته.

- أن العدة فيه ثلاثة قروء.

في حين ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع، وثبت بالسنة وأقوال الصحابة أن العدة فيه حيضة واحدة، وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين، ووقوع ثالثة بعدها وهذا ظاهر جدا لكونه ليس بطلاق. [13]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

يترتب عن الخلع طلاق، ويحسب ضمن عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك لأن انحلال الرابطة الزوجية تارة يكون طلاقا وتارة يكون فسخا.

والطلاق هو حل عصمة تالزوجية بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية.

وقد ساير مشرعنا موقف جمهور العلماء من حكم الخلع واعتبره طلاقا. وبالرجوع إلى موضع النصوص المتعلقة بالفسخ نجده أورد أحكامه في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة المعنون "بالزواج" في المواد (32) وما بعدها.

بينما أوردت أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون "بانحلال الزواج "، وقد أورد حكم الخلع في المادة (54) من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق.

13-"الدكتور سيد سابق" - صفحة261.

فيكون المشرع الجزائري قد اتجه إلى اعتبار الخلع طلاقا ويكون في ذلك مصيبا لأن الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة ، لا يشوبها أي عارض يعيب العقد وإنما نتيجة ظروف وعناصر خارجة عنه مست العلاقة الزوجية، والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق. ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المؤرخ في 5 فبراير 1969 بما يلي: "لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح".

وفي هذا الشأن يقول الدكتور "العربي بلحاج":" لا يقع الطلاق على المرأة المتزوجة بعقد زواج فاسد لأن الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح وعليه فلا طلاق في عقد الزواج الفاسد، بل يجب التفريق حالا بين الزوجين، وفسخ العقد بقوة القانون سواء كان هذا الفسخ بسبب يوجب حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة أم اختلال في أركانه الأساسية طبقا للمواد (31-32-33-34) من قانون الأسرة".[14]

ويضيف أنه يشترط لصحة الخلع ما يشترط في إنشاء الطلاق، وعليه فما سبق ذكره عن الطلاق ينطبق على الخلع إذ حسب الدكتور بلحاج العربي ما هو إلا طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة.

يُعد تطرقنا لماهية الخلع ودراستنا لمختلف ألفاظه الصريحة والكناية التي يقع بها، والوقوف على اجماع الجمهور على جوازه في حالة كره الزوجة لزوجها ونفورها منه.

فالسؤال الذي يطرح نفسه : هل للزوجة الحرية التامة في ممارسة هذا الحق أم هناك شروط تقيدها؟

14-"الأستاذ بلحاج العربي" -الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول. صفحة 246-247.

هذا ما سوف نوضحه في المبحث الثاني متطرقين لهذه الشروط وكذا موقف المشرع الجزائري من كل شرط.

المبحث الثاني: شروط الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع بل أهملها واكتفى بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان أو يحدده القاضي عند خلافهما على مقداره، بحيث لا يتجاوز مهر المثل، ولهذا ستعالج هذه الشروط اعتمادا على قواعد الفقه العامة وذلك في ثلاثة مطالب، نتناول فيها: قيام الرابطة الزوجية، الصيغة والبدل.

المطلب الأول: قيام رابطة الزوجية و الشروط الواجب توافرها في ملتزم البدل والزوج :

يشترط في الخلع قيام رابطة الزوجية، فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا عنها أو تربطها به رابطة غير الزوجية، بل لا بد من توفر عقد زواج صحيح، فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة، فلا يقع الخلع وكذلك لو انفصمت عرى الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن.

وإذا كانت قائمة من عقد صحيح، ولم يقع دخول أو طلاق، فإن الخلع يقطع هذه الرابطة. ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها، لأن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة من جهة وملكية الاستمتاع بها لم ترفع من جهة أخرى.

فإذا توافر شرط الرابطة الزوجية فالسؤال المطروح حينها:من يصح خلعه؟ لا سيما أن الخلع تصرف يحتمل النفع والضرر وآثاره خطيرة ولهذا فهو لا يقع من كل زوج ولا في كل الأحوال، بل لابد لصحة إيقاعه وجوازه قانونا أن يكون من يصدر عنه بالغا عاقلا، لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة

التصرفات وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء وهي:"كل من صح طلاقه صح خلعه".[15]

ولأن الخلع طلاق بعوض فإذا جاز الطلاق بلا عوض فمن باب أولى جوازه بالعوض وعلى هذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المخالع ما يشترط في المطلق فإذا كان الزوج لا يمكنه إيقاع الطلاق فبالتبعية لا يمكنه أن يخالع زوجته مادام لا يتمتع بالأهلية الكاملة للطلاق.[16]

ولكون الخلع في أصله تصرفا قانونيا يصدر من الزوج والزوجة فهو مركب يصح تجزئته فكما يشترط في الزوج أن يكون أهلا للطلاق، يشترط في الزوجة الملتزمة بالعوض أن تكون أهلا للتصرف المالي وهو ما سنتعرض إليه بشيء من التفصيل في الفقه والقانون.

الفرع الأول: الموقف الفقهي :

اختلف الفقهاء حول شروط ملتزم العوض وبذلك نجم عن هذا عدة آراء:

رأي الحنفية:

قالوا لا يصح للصغيرة أن تلتزم العوض المالي فإذا قال لها الزوج:"خلعتك على عشرين جنيها" وقالت:"قبلت" وهي مميزة تعرف أن الطلاق يوجب الفرقة بينهما ويحرمها من زوجها فإنها تبين منه ولا يلزمها المال، لأنه تبرع والصغير ليس أهلا للتبرعات.

15–"الدكتور عامر الزيباري"–أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية–صفحة93.

16 –"الدكتورعبد الرحمن الجزيري"– كمرجع سابق– صفحة 352

وقد نتساءل هنا: هل للأب أن يختلع ابنته الصغيرة؟ والجواب: أنه إذا اختلعها بمالها أو بمهرها وقع الطلاق و لا يلزمها شيء كما لا يلزم الأب شيء في الأصح، ذلك لأنه معلق على قبوله، ولا يلزمها الأب، وبعضهم يرى أنه معلق بلزوم المال فإذا لم يلزم فلا طلاق، هذا وإذا اختلعها الأب على مالها وهي صغيرة ثم كبرت وأجازت ذلك صح الخلع ولزمها البدل، أما إذا اختلعها بماله فإنه يصح الخلع ويلزمه المال، وكما لا يصح للصغيرة أن تخالع زوجها بمال فكذلك لا يصح للسفيهة، فإذا خالعت زوجها على مال وقع الطلاق ولا يلزمها المال.

أما عن الكبيرة الراشدة فلا يصح لأحد أن يخالع عنها من مالها بدون إذنها فإذا خالع عنها الأب من ماله بدون إذنها فإنه يصح ويلزمه المال ولا يتوقف على قبولها.

أما إذا كانت مريضة مرضا ماتت فيه وخالعته على مال في ذلك المرض، فإنه يصح بشرط أن يكون في حدود الثلث لأنه تبرع.

أما اشتراط أهلية الزوج المخالع أو المطلق فهي ضرورية فلا يصح طلاق الصغير ولا المجنون ولا المعتوه بخلاف السفيه فإن طلاقه يقع لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط، فهل للأب أن يخالع عن ابنه الصغير؟ والجواب: أنه لا يصح، فلو قالت زوجة الصغير للأب: "خالعني على عشرين جنيها، أو على صداقي نيابة عن ولدك" فقال لها: "خالعتك على ذلك" كان ذلك لغوا من القول لا أثر له، وإذا خالع الصغير زوجته أو طلقها فخلعه أو طلاقه باطل لا يصح، ولا تتوقف صحته على إجازة الولي أصلا ومثله المجنون والمعتوه".[17]

17-"الدكتورعبد الرحمن الجزيري" -كمرجع سابق-صفحة-352-353-354-355.

رأي المالكية:

قالوا:لا يصح للصغيرة ولا للسفيهة ولا للرقيقة أن يباشرن مخالعة الزوج بعوض مالي، ومثلهن الأجنبية المتصفة بهذه الصفات. فإن خالعهن الزوج على مال وقبضه فلا يصح الخلع ويجب عليه رد المال الذي قبضه إلا إذا أذن الولي أو السيد في الخلع، فإذا أذن فإنه يصح الخلع ولزم العوض .

وهل للمرأة المريضة مرضا مخوفا أن تخالع زوجها على مال، وإذا خالعته هل يقع الطلاق ويلزم العوض أم لا؟

والجواب: أنه يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض، ولكن إذا وقع الخلع بينهما في مرض الزوجة فإن الطلاق البائن ينفذ ولا يتوارثان ولو ماتت هي في العدة. أما الزوج المريض مرضا خطيرا فإنه إذا خالع زوجته فإن الخلع ينفذ والعوض يلزم ولكنه حرام. إلا أنَّ الزوجة ترث منه إذا مات، سواء كانت في العدة أو انقضت عدتها حتى لو تزوجت غيره من أزواج أما هو فلا يرثها إن ماتت قبله لأنه أضاع ما بيده.

أما ما يتعلق بالزوج المخالع فيشترط فيه ما يشترط في المطلّق، ومنها أن يكون مسلما، مكلفا فلا يصح خلع الصبي والمجنون، فهل لأب الصغير والمجنون أن يخالع زوجتيهما؟ والجواب:نعم، يصح بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما، وهل لأب الصغير والمجنون أن يطلق عنهما بغير عوض؟ وفي هذا خلاف. فبعضهم يقول أنه لايصح، وبعضهم يقول أنه يصح إن كان في طلاقه عنهما مصلحة، كما إذا ظهر أخلاق فساد أخلاق الزوجة.

أما السفيه البالغ فيصح أن يتولى الخلع بنفسه، فإن كان المال الذي خالع به يساوي المال الذي يخالع به مثله فذاك وإن خالع بدونه، فإنه يجب على ملتزم

العوض أن يكمله له ولكن المال الذي يخالع به السفيه لا يسلم له، بل لا بد من تسليمه لوليه، حتى تبرأ ذمة الزوجة أو ملتزم العوض منه، فلا يجوز لأبيه أن يخالع عنه لأن السفيه البالغ يملك الطلاق.[18]

رأي الشافعية:

قالوا أنه يشترط في ملتزم العوض المالي أن يكون مطلق التصرف في ماله فلا يكون محجوزا عليه حجر سفه، سواء كانت الملتزمة الزوجة أو غيرها. فإذا كان محجوراً عليه لسفه فإنه لا يصح التزامه لعوض الخلع ولو بإذن وليه فإن أذن له وليه وفعل لا يلزمه المال في مثل عوض الخلع.

أما ملتزمة العوض المريضة مرض الموت فيصح أن تخالع زوجها في حدود التصرف في مالها بغير تبرع. فإن كان العوض يساوي مهر المثل، فإنه ينفذ لأن مهر المثل في نظير حل العصمة، فليس فيه تبرع، أما إذا كانت الزيادة على مهر المثل، فذلك يعد تبرعا وفي هذه الحالة ينظر إن كانت الزيادة أقل من الثلث، فإن له أخذها بدون اعتراض وإن كانت أكثر وأجاز الورثة فإنه يأخذها.

ولهذا يقال أن المريضة مرض الموت مطلقة التصرف في العوض الذي يساوي مهر المثل وما زاد عن ذلك تجري عليه أحكام الوصية.

أما شروط الزوج المخالع فيشترط فيه أن يكون مكلفا فلا يصح الخلع من صبي أو مجنون أو معتوه إلا السكران فيصح خلعه تغليظا عليه أما خلع السفيه

18–"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" – كمرجع سابق–صفحة 355–356.

المحجور عليه فيصح، ولا يبرأ ملتزم العوض بالدفع للولي إلا إذا قيد أحدهما الطلاق بالدفع له.[19]

رأي الحنابلة:

قالوا يشترط في ملتزم العوض أن يكون أهلا للتصرفات المالية، فلا يصح الخلع بعوض من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه، ولو بإذن الولي، لأن مال الخلع تبرع ولا إذن للولي في التبرعات و قد أجازه البعض إذا كان في ذلك مصلحة.

أما شروط الزوج المخالع فهي شروط المطلق فيصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه، فيصح خلع المسلم والبالغ والصبي المميز الذي يعرف معنى الطلاق ويفعله والرشيد والسفيه لأن كل واحد منهم زوج يصح طلاقه فيصح خلعه.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

لم يرد في نص المادة (54) من قانون الأسرة الشروط الواجب توافرها في كل من الزوجة والزوج والتي سبق وأن تناولناها في الفقه، إلا أنه بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضا من أحكامها، ذلك لأن المشرع في نص المادة السابعة من قانون الأسرة نص على أن:"تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة" ولا يكون هذا إلا بأمر من القاضي وهذه المادة تكفينا للتكلم عن شروط الأهلية عند مخالعة الزوج لزوجته أي أن يكون متمتعا بقواه العقلية، وغير محجورٍ عليه طبقا لنص المادة (85) من قانون الأسرة والتي تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه،

19-"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" -كمرجع سابق- صفحة 356-357-358-359.

وإلا وقع تصرفه باطلا، ولا ينتج أي أثر لأن الخلع تصرف قانوني ذي أثر مالي يحتاج إلى أهلية التصرف وبغيابها ينوبه وليه طبقا للمادة (2/210) من قانون الأسرة[20].

كما يرى الأستاذ "فضيل سعد" أن الخلع هو:" تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة (203) من قانون الأسرة" [21]،لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أن الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع، و لكن ما تملكه بعد ذلك لا يقوّم بمال فهو ليس عوضا لما دفعته. و بالتالي لا يصح اعتباره عقد معاوضة و بذلك فإذا كانت سفيهة محجوراً عليها، فلا تستطيع الالتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية، كالمجنونة و المعتوهة و الصغيرة عديمة التمييز فإن أرادت أن تخالع نفسها و هي على هذا الحال فإن أباها هو الذي يتكفل بذلك ، و في حالة غياب هذا الأخير، يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له.

و لكن الحال الذي يستدعي النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني – فهل يصح لها ذلك؟ ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية و تصرفاتها تخضع لإجازة وليها طبقا للمادة (83) من قانون الأسرة الجزائري.[22]

20– تنص المادة 2/210 من قانون الأسرة "وإن كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

21 –تنص المادة 203 قانون الأسرة "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسعة عشرة (19) سنة و غير محجور عليه".

22 –تنص المادة 83 "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا 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"

كما يجوز للقاضي أن إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج، إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن و باعتماد القاعدة الفقهية "كل من صح طلاقه صح خلعه" فإن من لا يملك الزواج إلا بإذن، لا يملك الخلع إلا بإذن.

أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت–هنا عرض الزوجة للمخالعة مقبول – وتكون ملزمة ببدل الخلع، لأنها أهل لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليها عندئذ بحكم قضائي، فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالعها زوجها عليه.

وفي حالة وفاتها فبدل الخلع يكون لازما على أن لا يتجاوز ثلث التركة و إن زاد على مهر المثل، لأنها تملك حق التصرف في مالها ما عدا التبرع بأكثر من الثلث، فإذا كان عوض الخلع يساوي مهر المثل فإنه ينفذ ولو زاد على الثلث، لأن الأصل في بدل الخلع أن يساوي قيمة الصداق وأما إذا كان أكثر من ذلك فلا ينفذ، لكون بدل الخلع بالنسبة للزوجة يأخذ حكم الهبة، و تطبيقا للمادة 204 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى المادة 185 من نفس القانون فإن الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

المطلب الثاني: صيغة الخلع

لا بد للخلع من صيغة و فلا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالاً و تخرج من داره بدون أن يقول لها: "اختلعي على كذا"، فتقول له: "اخلعني على كذا"، فيقول لها: "خلعتك على ذلك"، فالإيجاب و القبول بالقول لا بد منه، أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع، و إن نوى به الطلاق، أو كان به الطلاق متعارفاً.

و في صيغة الخلع و شروطها نتعرض لتفصيل المذاهب في ذلك ثم موقف المشرع الجزائري و ما توصل إليه الإجتهاد القضائي.

الفرع الأول: الموقف الفقهي.

رأي الحنفية:

قالوا بشأن الأحكام التي تتعلق بالصيغة أنه يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون عالمة بمعنى الخلع و اعتبروا يمينا من جانب الزوج ، فلو ابتدأ الخلع بقوله: "خالعتك على مائة" مثلاً، فإنه لا يملك الرجوع عنه، و كذا لا يملك فسخه، و لا نهي المرأة عن قبوله. و له أن يعلقه على شرط، و يضيفه إلى وقت.

أما الخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال، لأنها تعطي الرجل مالاً ملكاً له في نظير الطلاق، و ذلك معنى المعاوضة بين اثنين، أحدهما يعطي مالاً لغيره على سبيل الملك، و ثانيهما يعطي بدلاً في نظير تمليك ذلك المال، فإذا كان كذلك يصح لها أن ترجع قبل القبول، فلو بدأت الخلع هي، فقالت: "اختلعت نفسي منك بألف"، أو "خالعني على صداقي و نفقة عدتي" فلها أن ترجع قبل أن يقول الزوج: "خالعت على ذلك"، و يبطل بقيام أحدهما عن المجلس قبل القبول، و لا يصح للزوجة أن تعلقه على شرط و لا أن تضيفه إلى وقت.

و يشترط الحنفية: مطابقة الإيجاب للقبول، فإذا قال لها: "أنت طالق أربعاً بثلاث مائة"، فقالت: "قبلت ثلاثاً"، لم تطلق، لأنه علق الخلع على قبولها الأربع، فإذا قبلت ثلاثا لم يتحقق المعلق عليه و إذا قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، ثم قال: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، ثم قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، فإنه يقع ثلاث تطليقات بثلاثة آلاف، و هذا بخلاف ما إذا قال لها: "خالعتك و لم يذكر بدلاً"، فقالت: "قبلت"، ثم أعاد لها اللفظ، فقالت: "قبلت"، فإن الثاني لا يقع لأن الأول وقع بائنا فلا يلحقها الثاني.

و الفرق بين العبارتين أن الأول مذكور فيه العوض، فلا يقع إلا إذا قبلت و لما كرره لها بالعوض قبلت، فيقع الثلاث جملة واحدة بالعوض المكرر، أما الثاني فلم يذكر فيه العوض، فلا يتوقف وقوع الطلاق على قبولها متى نواه أو كان بلفظ خالعتك فإنه لا يحتاج إلى نية على قول. و إنما الذي يتوقف على قبولها سقوط حقها، و حينئذ يقع الطلاق باللفظ دون قبولها و هو بائن. فإذا كرره فإن الثاني لا يلحقه، هذا إذا بدأ الزوج بالعوض، أما إذا بدأت الزوجة بأن قالت: "خالعت نفسي منك بألف" و كررتها ثلاثا، فقال: "قبلت"، فإنه لا يقع إلا بواحدة بألف على الصحيح. [23]

رأي المالكية:

قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن تكون لفظا – بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحاً أو كناية فإذا عمل عملاً يدل على الطلاق بدون نطق، فإنه لا يقع به الطلاق، إلا إذا جرى به العرف.

الشرط الثاني: أن يكون القبول في المجلس، إلا إذا علّقه الزوج بالأداء أو الاقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس. فإذا قال لها: "إن أقبضتني عشرين جنيها أو أديت إلي كذا فأنت طالق"، فإن لها أن تقبضه بعد المجلس، و متى فعلت ذلك بانت منه، إلا إذا طال الزمن بعد الانصراف عن المجلس، بحيث تمكث مدة، يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس فإنه يُعمل بها فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل.

---

23 –"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" –كمرجع سابق– صفحة 368–369

الشرط الثالث: أن يكون بين الإيجاب و القبول توافق في المال، فإذا قال لها: "طلقتك ثلاثا بألف" فقالت: "قبلتها واحدة بثلث الألف"، لم يلزمه طلاق، فإن له أن يقول: "إنني لم أرض بطلاقها إلا بألف"، و هذا بخلاف ما إذا قالت له: "طلقني ثلاثا بألف" فطلقها "واحدة بألف"، فإن الطلاق ينفذ و العوض يلزم، و ذلك لأنها تملك نفسها بهذا و تبين به فما زاد عليه لم يتعلق به غرض الشارع و لا فائدة لها منه و كذا إذا قالت له: "طلقني واحدة بألف"، فطلقها ثلاثا، فإنه يصح لحصول عرضها
و زيادة.[24]

رأي الشافعية:

قالوا: صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية و من كناياته لفظ: بيع
و فسخ، فإذا قال لها: "بعتك نفسك بألف" ناويا بذلك الطلاق، فقالت: "قبلت"، كان خلعا صحيحا تبين به، و يلزمها العوض و مثل ذلك ما إذا قال: "فسخت نكاحك بألف"، و في هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقا ينقص عدد الطلقات و مثال صريح الطلاق في الخلع أن تقول له: "طلقني على عشرين"، فقال: "طلقتك على ذلك" فإنه يكون طلاقا صريحا بائنا يقع بدون نية، فإذا نوى به أكثر من واحدة لزمه ما نواه، أما إذا قالت له: "أبني على عشرين"، فقال لها: "أبنتك"، فإنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية،
و هكذا في كل ألفاظ الكنايات التي تقدمت.

24- "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" -كمرجع سابق- صفحة 370-371

هذا و إذا بدأ الزوج بالطلاق على مال فذكر العوض، كان الخلع عقد معاوضة مشوب و معلق على دفعها للعوض، فلا يقع به الطلاق إلا إذا قبلت، فكأنه قال لها: "إذا قبلت دفع العوض، فأنت طالق" و على هذا يصح له الرجوع قبل قبولها نظراً لجهة العوض.

أما شروط الصيغة فهي:

- أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر و لمن يقرب منه من الحاضرين، و منها أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب، و منها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق. فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه، فإنه لا يصح، و منها أن لا يتخلل بين الإيجاب

و القبول كلام، و منها أن يتفق الإيجاب مع القبول، فإذا قال لها: "طلقتك بألف"، فقالت: "قبلت بألفين لا يقع شيء"، و إذا قال لها "طلقتك ثلاثا بألف" فقالت: "قبلت واحدة بألف" فإن الثلاث تقع بألف، و ذلك و إن لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق، لكنه وافقه في المال، و الزوجة تملك المال و الزوج يملك الطلاق و قد وافقته فيما تملك، فتلزم به و يلزم بالثلاث.[25]

رأي الحنابلة:

يشترط في صيغة الخلع عدة شروط:

أولها: أن تكون لفظا، فلا يصح الخلع بالمعاطاة و لو نوى بها الطلاق، بل لا بد فيه من إيجاب و قبول.

ثانيها: أن يكون الإيجاب و القبول في المجلس، فإذا قال لها: "خالعتك بكذا" و قام من المجلس قبل قبولها، فإنه لا يصح و كذا إذا قامت هي و لم تقبل.

---

25 -"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" -كمرجع سابق- صفحة 371-372

ثالثها: ألا يضيف الخلع إلى جزء منها، فإذا قال لها: "خالعتك يدك أو رجلك بكذا" و قبلت كان لغواً، و ذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق، بخلاف الطلاق الذي يقع عندما يضاف إلى جزء المرأة.

رابعها: أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها: "إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا يصح
و لو بذلت له ما سماه، بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه، و إذا اجتمع شرطا مع الخلع فإن الخلع يصح، و الشرط يبطل مثل ذلك ما إذا اشترط الخيار، كما قال لها: "خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام"، فإن الخلع يصح و الخيار يبطل فيقع الخلع فوراً و له الحق في العوض.[26]

من خلال ما سبق تبين لنا إجماع الفقهاء على ضرورة تطابق الإيجاب مع القبول، فيما يخص صيغة الخلع.

إلا أنه لم يتضح لنا في شأن ماذا يتم هذا التطابق، هل يقصد به تطابق الإيجاب و القبول في مبدأ الخلع بحد ذاته؟ أو تطابق ذلك على البدل؟ و بالتالي هل يكون للخلع صفة العقد يستلزم قبول الزوج، أم هو مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟ أم هو حق إرادي تمارس من خلاله الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة؟

اختلفت الآراء حول طبيعة الخلع، فهناك من يعتبره عقداً و هناك من يعتبره مكنة للزوجة و لكل في ذلك حججه.

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع عقد فنجد الدكتور "محمد أبو زهرة" يقول أنه:"عقد ينعقد بالإيجاب و القبول" أي أنه يخضع لمبدأ العقد شرعية المتعاقدين، و في هذه

---

26 -"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" -كمرجع سابق- صفحة 373

الحالة فلا يوجد إشكال بالنسبة للقاضي لأن دوره ينحصر في تثبيت ما اتفق عليه الزوجان و هذا يأخذ حكم الطلاق بالتراضي و هو ما ذهب إليه الدكتور "عبد الرحمن الصابوني" في تعريفه للخلع على أنه:"إنهاء للحياة الزوجية بين الزوجين أو بالتراضي أو بحكم القاضي، على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغ من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهراً".

و قد عرفه الأستاذ" غوتي بن ملحة" على أنه:"عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج و قبول الزوجة".

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع مكنة للزوجة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فقد ذهب الإمام مالك في مدونته في جزئها الخامس إلى شرح الحالة التي تستطيع فيها الزوجة الكارهة أن تلجأ إلى القاضي للمطالبة بالخلع، هذا الأخير يعين حكمين للصلح بين الزوجين فإن لم يتوصلا إلى الإصلاح ، فرق القاضي بينهما بغير رضا الزوج. (27)

و جاء في شرح الزرقاني ما نصه:"فإن تعذر الإصلاح فإن أساء الزوج طلق بلا خلع إن لم ترض بالمقام معه و بالعكس فإن كانت هي المسيئة فقد ائتمانه عليها و خالعناه منها، بقدر المخالع له ولو زاد على الصداق."

في حين ذهب ابن رشد في بداية المجتهد إلى أن:"الفداء إنما جُعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق" و بهذا اعتبر أن للمرأة حق فك الرابطة الزوجية بالخلع في مقابل حق الطلاق الذي منح للزوج.

و عليه فإن الزوجة تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج، فإذا قبل ذلك انعقد الاتفاق بينهما، أما إذا رفض فينشأ تبعا لذلك حق إرادي

27- موطأ "الإمام مالك"- الجزء الخامس -صفحة 05.

يسمح لها بإنهاء العلاقة الزوجية،

و من ثمة فلا يملك القاضي حق رفض طلب التفريق بالخلع و ليس له أية سلطة تقديرية في ذلك. [28]

و هذا استنادا لقوله سبحانه و تعالى: **{لا جناح عليهما فيما افتدت به}** و لقوله – صلى الله عليه و سلم–: "**.... اقبل الحديقة و طلقها تطليقة**" و الذي جاء بصيغة الأمر و مما يدل أن الخلع حق للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج.

موقف المشرع الجزائري:

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض في المادة (54) منه، لمسألة الصيغة و شروطها تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له، تطبيقا لنص المادة (222) التي تنص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

حتى أن المادة (54) بنصها على أنه "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإذا لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم" لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عمليا، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط لإيقاع الخلع.و منهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضى.

و قد انقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين:

28–"الأستاذ زودة عمر" – صفحة 60.

1. الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا و قد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 و الذي جاء فيه:" من المقرر فقهاً و قضاءاً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج و من ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق و لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرق للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع و متى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته". [29]

- القرار الصادر بتاريخ 1991/04/03 و تحت رقم 73885 جاء فيه:"من المقرر شرعا و قانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع و خطأ في تطبيق القانون"[30].

2. الاتجاه الذي لا يشترط رضى الزوج بالخلع:

هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع و قد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

---

29 -القرار الصادر في 21-12-1988 رقم الملف 51728 المجلة القضائية لعام 1990 – العدد الثالث- الصفحة 32.

30 -القرار الصادر في 03-04-1991 المجلة القضائية لعام 1993 -العدد الثاني- الصفحة 55.

- القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 و الذي جاء فيه:"من المقرر قانونا 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 الطرف على نوع المال و قدره و في حالة عدم اتفقاهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا. و عليه فإن قضاة الموضوع –في قضية الحال– لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك رفض الطعن"[31]

- القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 و الذي جاء فيه :"الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، و من ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن" [32]

- من خلال العرض السابق للآراء الفقهية و سكوت المشرع الجزائري و عدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضى الزوج، فإننا نرى أن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسته الشريعة الإسلامية، و هو ما اهتدى إليه المذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري و الذي سبق و أن وضحنا رأيه في المسألة من جواز الخلع دون الأخذ برضى الزوج، وقد صدر عن المحكمة العليا –غرفة الأحوال الشخصية– قرار تحت رقم 141262

---

31 – قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 92/07/21 ملف رقم 83603– الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 – العدد الخاص صفحة 134

32 – قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 99/03/16 ملف رقم 216239– الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 – العدد الخاص صفحة 138

المؤرخ في 1996/07/30 و الذي قضى :" أن طعن الزوج بالخلع إنتهى إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا، إستنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء، و ليس عقدا رضائيا بين الزوجين"[33] و بالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع و تعذر إعادة الوفاق بين الطرفين، و يبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين.

المطلب الثالث: بدل الخلع.

إن الخلع كما سبق: هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدى به الزوجة نفسها. فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع. و بدونه لا يتحقق، فإن قال الزوج لزوجته: "خالعتك" و سكت لم يكن ذلك خلعاً، و إن نوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً. و إذا لم ينو شيئا "لم يقع به شيء لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية".

فبدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها و خلاص نفسها منه.

فما حكم أخذ الزوج لبدل الخلع؟ و ما يصح أن يكون بدلا؟ و ما يشرط غيره؟

و للإجابة عن هذه الإشكاليات نتناول ذلك على ضوء كل من الفقه و القانون و كذا اجتهادات المحكمة العليا.

33-القرار الصادر بتاريخ 1996/07/30 تحت رقم 1141262 -غير منشور - مأخوذ عن كتاب الأستاذ "زودة عمر" -المرجع السابق-صفحة 159.

الفرع الأول: الموقف الفقهي.

1. حكم أخذ الزوج لبدل الخلع:

يجوز شرعاً أن يأخذ الزوج مالاً أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منه، و لا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى:"فلا جناح عليهما فيما افتدت به" فإذا كان البدل مساوياً لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه. أما إذا كان أقل من قيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى و هذا بإجماع الفقهاء. إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البدل أكثر مما قدم إليها من مهر، و في هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه.

رأي الحنفية:

انقسم الحنفية إلى روايتين أولاهما: أن أخذ الزيادة جائز، لا شيء فيه، لإطلاق الآية السابقة:"فلا جناح عليهما فيما افتدت به" و التي رفعت الجناح عنهما في الأخذ و العطاء من الفداء، من غير فصل بين ما إذا كان هذا البدل مساوياً للمهر أو زائدا عليه.

و استدلوا على رأيهم بقوله تعالى**{ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}**[34] إذ أن الآية نفت الجناح (الإثم) عن الرجل فيما يأخذ من فدية (بدل الخلع) قل أو كثر، و استدلوا بقصة الربيع بنت معوذ –رضي الله عنها– فقد شكت إلى عثمان –رضي الله عنه– زوجها و أنها انفلتت منها كلمة "أنا أفتدي بما لي كله"، فقال الزوج: "قد قبلت" قال عثمان:"خذ منها" فأخذ مالها كله، و في رواية أخرى أنه ورد عن الربيع بنت معوذ قالت: "قلت له لك كل شيء و

34–سورة البقرة الآية 229

فارقني"، فقال: "قد فارقت"، فأخذ و الله كل شيء ، فجئت و هو محصور فقال:"الشرط أملك خذ حتى عقاس رأسها" [35]

ولأن الخلع معاوضة والبدل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فإن الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون عن طيب خاطر لقوله تعالى: **{وَآتُواْ النَّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً }** "[36]

وثانيهما: أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة:"فلا جناح عليهما فيما افتدت به" لأن آخر الآية مردود إلى أولها والتي تنهى الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما آتوهن من مهور، واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله. ويؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابت أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قال:"أتردين عليه حديقته؟" فقالت: "نعم وزيادة"، فقال: "أما الزيادة فلا" وبذلك نهى الرسول –صلى الله عليه وسلم– عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها.[37]

رأي الجعفرية:

يرى الجعفرية أنه إذا كانت الكراهة من قبل الزوج وحده و بذلت له الزوجة المال ليخالعها "لا يصح الخلع كما لا يحل له البدل، و عند وقوع النزاع بينهما يجوز الخلع على بدل تدفعه الزوجة، لكن إذا كانت الكراهة من جانبهما جاز له أن يخالعها على أكثر مما أعطاها من المهر، و إن كانت منهما معاً لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها" [38].

35– العقاس: جمع عقسة و هو ما يربط شعر الرأس بعد جمعه

36– سورة النساء الآية 4

37–"الدكتور محمد مصطفى شلبي – ص 570–571

38 –الدكتور " محمد مصطفى شلبي"– مرجع نفسه– ص 571

رأي الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر. و لا فرق أن يكون البدل عيناً أو ديناً أو منفعة و ضابطه أن "كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون عوضاً في الخلع لعموم **قوله تعالى: { فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِه}**[39]

رأي المالكية:

يرى المالكية أنه لا يحل للزوج شرعاً أن يأخذ شيئاً من زوجته إذا كان سبب النشوز منه، و إن أخذ وجب عليه أن يرده إليها، و إن التزمت بشيء في مقابل الخلع سقط عنها التزامها [40] و استدلوا في رأيهم بقوله تعالى: **{وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُن}** [41] و قوله تعالى: **{ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا}** [42].

1. ما يصح أن يكون بدلاً للخلع و شروطه:

كل ما صح أن يكون مهرا صح أن يكون بدلاً في الخلع، و لا تقدير فيه باتفاق جمهور الفقهاء، فيصح أن يكون من النقد أو العقار أو المنقول، كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة، أو على حضانته المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها أو تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة و عليها الوفاء بذلك، فإن امتنعت عن القيام بما

39–سورة البقرة الآية 229

40 –"الدكتور أحمد محمود الشافعي"– الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الاسلامية– دار الهدى للمطبوعات– الإسكندرية. 1997 صفحة 77

41 – سورة النساء الآية 19 .

42 – سورة البقرة الآية 231.

التزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعها الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية.[43]

و إذا لم يستوف الزوج ما اتفق عليه يرجع على الزوجة ببقية حقه أو على ورثتها إن ماتت أثناء المدة المتفق عليها.

و إذا خالعها على ما يعتقد أنه حلال و تبين أنه حرام كما لو قالت له: اخلعني على ما في هذا الإناء من الخل، فتبين أنه خمر، قال الإمامية و الحنابلة: يرجع عليهما بمثله خلاً، و قال الحنفية: يرجع عليها بالمهر المسّمى، كما أضاف الشافعية: يرجع عليها بمهر المثل.

أما إذا خالعته على مال باعتقاد أن البدل ملك للزوجة، فظهر أنه لغيرها، قال الحنفية و الامامية: "إذا أجاز المالك صح الخلع و أخذ الزوج المال و إن لم يجز كان البدل له من المثل أو القيمة"، كما قال الشافعية: له مهر المثل استنادا إلى ما هو مقرر عندهم من متى ذكر البدل الذي لا يصح بدلاً يبطل
و يثبت بمهر المثل، و قال المالكية: يقع الطلاق بائن و يبطل العوض.

و ليس للمطلق شيئاً حتى و لو أجاز المالك [44] و أضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلالاً، فلا يصح الخلع على خمر أو خنزير أو مال معصوب مثل المسروق فإذا خالعته على شيء من ذلك وقع الطلاق بائنا، و يبطل العوض، فإن كان مغصوباً وجب عليه أن يرده إلى صاحبه، فإن كان خمراً وجبت عليه إراقته، و إن كان خنزيراً وجب قتله و قيل يسّرح و لا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

---

43 -"الدكتور محمد مصطفى شلبي"- كمرجع سابق- ص 565-566

44 -"الدكتور عبد الكريم شهيون"- ص 268.

– أما إذا خالعته على شيء بعضه حلال و بعضه حرام، كما إذا خالعته على خمر و ثوب فإن الخلع ينفذ و العوض يبطل، فلا شيء للزوج مطلقا [45] أما لو علمت الزوجة بالحرمة دون الزوج فلا يلزمه الخلع.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

لقد نصت المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

لم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدلاً للخلع و شروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه، لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا، باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع،

و المال يمكن أن يكون من النقود و الأوراق المالية المعروفة و المتداولة و كذا كل الأشياء النى يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، و بعبارة فقهية أكثر دقة:"أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل خلع"، و لهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع و الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً و قانوناً.

و لكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة هي حق للمحضون، و ليس للزوجة حق الغير بدلاً للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه.

و في جميع الأحوال يجب أن يكون في مقابل الخلع معلوماً و متفقاً عليه بين الزوجين.

45–" الدكتور عبد الرحمن الجزيري" – كمرجع سابق – ص 362.

– أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع و لم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب آداؤه فيحكم بالطلاق خلعاً مقابل مال لا تتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

و قد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها ما ورد في القرار المؤرخ في 26 ماي 1968 عن المجلس الأعلى سابقا، و الذي جاء فيه:

"إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع و ليس على مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءاً على صداق مؤجل و ما ثبت لهم من ظلم يراه المجلس الأعلى أنه ينجر عنه الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج بدون حاجة إلى اشتراط أدائه فوراً، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه كما يسوغ أن يكون الشيء غير موجود وقت الاتفاق" (46)

– كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22–04–1985 تحت رقم 36709 جاء فيه:"من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع
و الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره بعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع و من ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق.

---

46 – قرار منشور في مجموعة الأحكام القضائية – الجزء 1

و تأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها و اشترط الزوج مبلغاً قدره خمسين ألف دج (000 50دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معاً" (47)

و خلال تربصنا الميداني لدى محكمة سيدي بلعباس و مجلسها القضائي عاينا بعض التطبيقات حول الخلع من أمثلتها:

- الحكم الصادر في 2000/06/04 و الذي تتلخص وقائعه فيما يلي:

رفعت المدعية (ع م) دعوى في 2000/04/02 ضد (ق م) جاء فيها أنها تزوجت به في
1998/07/08 و صدر حكم بشع ضدها عن محكمة سيدي بلعباس في
2000/01/16 قضى بإرجاعها إلى بيت الزوجية و لم يسع الزوج إلى إرجاعها و طلبت في دعواها التطليق.

و في عريضة إضافية اقترحت أن تدفع للمدعى عليه قيمة صداقها المقدرة بعشرين ألف دينار جزائري بدلا للخلع (000 20دج) في حين طلب المدعي عليه الرجوع إلى بيت الزوجية و احتياطيا في حالة تمسكها بالخلع فله الحق في صداقها المتمثل في سلسلة ذهب قيمتها ألفي دينار جزائري (2000دج) و تعويضا قيمته خمسة آلاف دينار جزائري (5000دج) و سبعيات بثلاثين ألف دينار جزائري (30.000دج) و سلسلة قيمتها سبعمائة دينار جزائري (700دج).

47- القرار الصادر بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709- المجلة القضائية لسنة 1989- العدد الأول- صفحة 92

و في جلسة الصلح تم الاتفاق بين الزوجين على مبلغ عشرين ألف دينار جزائري(000 20دج) كبدل للخلع و سلسلة كتاب.

فحكم قاضي الأحوال الشخصية لمحكمة سيدي بلعباس المرفوعة أمامه الدعوى حضوريا علنيا ابتدائيا نهائيا بالطلاق بالتراضي بين الطرفين على أساس الخلع، و الإشهاد أن المطلق تسلم مبلغ قدره عشرين ألف دينار جزائري (000 20دج) نقدا و سلسلة كتاب مقابل خلعها و سلمتها المطلقة بالجلسة و بحضور دفاعها و الإشهاد بأنها تنازلت عن باقي حقوقها.[48]

وفي قضية أخرى عرضت على محكمة سيدي بلعباس في سنة 1991 و تتلخص وقائعها فيما يلي:

رفعت السيدة (ع ز) أمام محكمة سيدي بلعباس في 1991/06/15 دعوى مخالعة ضد المدعى عليه (ع ق) الذي كانت تزوجت به في 1990/08/08 و عرضت عليه مقابل خلع قدره عشرة آلاف دينار جزائري (000 10دج) و طلبت نفقة إهمال شهرية قدرها ستمائة دينار جزائري (600دج) تسري من تاريخ 1990/10/18 إلى غاية النطق بالحكم و نفقة عدة قدرها ثلاث آلاف دينار جزائري (3000دج) والتمست تمكينها من أثاثها و ذكرت قائمة الأثاث المتروك في بيت الزوجية مؤسسة طلبها على فساد أخلاق المدعى عليه و سوء طباعه في مضجع الزوجية.

في حين فند المدعى عليه أقوال المدعية بخصوص فساد أخلاقه، و تمسك برجوعها إلى بيت الزوجية و التمس احتياطيا قبول طلبها المتعلق بالخلع لكن بمقابل قدره ستين ألف دينار جزائري (000 60 دج).

48– حكم محكمة سيدي بلعباس صادر في 2000/06/04

و لم تفلح محاولة الصلح بين الطرفين إذ تمسكت الزوجة بمخالعة نفسها و تغيب المدعى عليه عن حضور هذه الجلسة، و جاءت حيثيات الحكم كما يلي:

"حيث أن الخلع عقد رضائي بين الطرفين و قد عرفه الفقهاء بأنه عقد إتفاقي و ثنائي الأطراف يكون عادة بعرض الزوجة لمبلغ من مال معلوم ممن تقوم شرعا، مقابل طلاقها و بقبول صريح من الزوج لهذا العرض و قد ورد ذكره في المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري بدون تفصيل تاركا المشرع للمحكمة إمكانية الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة(222) من قانون الأسرة "

فعرَّف هذا الحكم الخلع و كيَّفه فقها و قضاءاً ثم بين أصله في القرآن و في السنة كما يلي:

"حيث أن أصل الخلع ما جاء في قوله تعالى: **{ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ }**[49]

حيث أن أصل الخلع ما جاء في أحاديث الرسول –صلى الله عليه و سلم– منها حديث الحافظ الذي أخرجه "البراز" من حديث "عمر" و كذا في موطأ "الإمام المالك" عن" يحيى بن سعيد" عن" عمرة بنت عبد الرحمن بن زرارة".

كما عرفه و كيَّفه على ضوء المذهب المالكي في إحدى حيثياته: "حيث أنه جاء في بداية المجتهد للفقيه المالكي "ابن رشد" ما يلي: و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق فأنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذ فرك المرأة جعل الخلع للمرأة.

49–سورة البقرة الآية 229.

ثم رجع إلى القضية المعروضة عليه و كيّف الوقائع على أن عرض الزوجة لمقابل الخلع و إبداء الزوج معارضته في طلب الرجوع قدم طلبا احتياطيا مبينا رغبته في الخلع بمقابل ستين ألف دينار جزائري (000 60دج) أي ست مرات (6) ما عرضته زوجته و هو ما جعل القاضي يستنتج قرينة على أن الطرفين متفقين على مبدأ المخالعة، لكنهما اختلفا حول مقدار بدل الخلع، ثم رجع إلى أحكام الشريعة لتعريف و تحديد مقابل الخلع فجاء في إحدى حيثياته:" حيث أنه ثبت عن الرسول – صلى الله عليه و سلم– أن مبلغ المخالعة يكون في حدود مقدار الصداق الذي أداه الزوج لزوجته يوم الزواج منها، و إن كان هناك أقوال بأخذ الزيادة. إلا أن معظم الفقهاء كرَّهوا ذلك.

ثم رجع إلىالمادة (54) من قانون الأسرة التي منحت للمحكمة سلطة تقدير البدل في حالة عدم الإتفاق عليه بما لا يجاوز صداق المثل وقت الحكم، و بالتالي فإن طلب الزوج لمبلغ ستين ألف دينار جزائري (000 60دج) كبدل للخلع، مبالغ فيه و عرض الزوجة لمبلغ عشرة آلاف دينار جزائري (000 10دج) مجحف في حقه مما أدى إلى تقديره بما يعادل صداق المثل، و حدده القاضي آنذاك بمبلغ عشرين ألف دينار جزائري (000 20دج) تلتزم الزوجة بأدائه مقابل خلع نفسها منه.

و بالنسبة لتوابع الخلع حكم القاضي بعدم استحقاق الزوجة المختلعة لمؤخر الصداق و النفقة الواجبة، و رفض طلبها المتعلق بنفقة الإهمال و نفقة العدة لبينونة المدعية، و إلزام الزوج المخالع بتمكين مخالعته من الأثاث، لأنه أقر قائمته.

المبحث الثالث:آثار الخلع

إن الخلع اعتباره أحد طرق فك الرابطة الزوجية لطلب من الزوج يرتب آثارا منها ما يتعلق الجانب الإجرائي المتمثل في طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأنه و منها ما يتعلق بالجانب الموضوعي المتمثلة في توابع الخلع و تتناول هذا المبحث ضمن مطلبين

المطلب الأول :طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

تنتهي دعوى الخلع إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه، إن يستشق من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا عند نظر الطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم و المجالس القضائية الفاصلة في الخلع انقسامها إلى اتجاهين :الأول يقبل الطعن بالإستئناف في أحكامها و الثاني لا يقبل الطعن فيها بذلك.

الإتجاهالأول:أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع تصدر إبتدائية نهائية إستنادا إلى المادة (57) من قانون الأسرة التي تنص :"الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدافي جوانبها المادية" إضافة إلى ما أوردته المادة(48) أيضا و التي اعتبرت الخلع طلاقا و بذلك فهو غير قابل للإستئناف.

و بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوي الخلع غير قابلة للإستئناف و ذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الإبتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه، كما تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الإستئنافات المرفوعة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقص إلى قبولها شكلا و رفضها موضوعا.

و قبول المحكمة العليا الطعن بالنقص مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائية.

و قد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جولية 1996 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994 عن محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر العاصمة إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا، إستنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الإقتضاء و ليس عقد رضائيا بين الزوجين [50]

لكن على جانب هذا الإتجاه يوجد اتجاه معاكس لذلك و هو ما سنراه فيما يلي:

الإتجاه الثاني: أحكام الخلع قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالإستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالإستئناف إنتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى و بعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى و صرح من جديد بالتفريق بالخلع و تكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالإستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى إلى اللافت للإنتباه أن المحكمة العليا

50–الأستاذ "عمر زودة" –كمرجع سابق صفحة 162.

لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوى الخلع يجري على درجة واحدة لتصرحت بنقض القرار المطعون فيه و بدون إحالة.[51]

و نحن نرجع هذا الإتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب ذلك أن كه الزوجة لزوجها في فترة ما و لظروف مؤقتة يجعلها تبغضه و لا تطيق عشرته تدفعها لمخالعته إلا أنه و بزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها و تندم على طلبها عندما يبرز لها جليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة و الإنفصال و هذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعها الله في نفس الرجل و المرأة لاسيما هذه الأخيرة التي تغلب عليها العاطفة و الرجعة أشد لها حفاظا على تكامل الأسرة هذا من جهة و من جهة أخرى فقد أجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاقا بائنا استنادا إلا قوله –صلى الله عليه و سلم– :"**إقبل الحديقة و طلقها تطليقة**" و اعتبروها بينونة كبرى لتناقض البدل مع الرجعة حتى و لو اشترط الزوج الرجعة في الخلع، فإنه في نظر الفقهاء يصح الخلع و الشرط يبطل و في رأينا أن البينونة المقصودة هي البينونة الصغرى إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعته بمهر و عقد جديدين لكل هذا جعل حكم الخلع ابتدائيا قابلا للإستئناف.

أما البينونة الكبرى فتكمن فقط في التفريق باللعان و كذا الطلاق المكمل للثلاث.

المطلب الثاني:توابع الخلع

أورد قانون الأسرة الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق و تندرج آثار الخلع في هذا الفصل باعتباره طريقا من طرق حل الرابطة الزوجية مع اختلافات ينفرد بها الخلع و تتمثل هذه الآثار في

51–الأستاذ "عمر زودة"–كمرجع سابق صفحة 161.

التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع و اعتدادها و نفقة عدتها و سقوط الحقوق الزوجية بالخلع.

الفرع الأول :الآثار التي ينفردبها الخلع

1. إلتزام المختلعة تسديد بدل الخلع:

متى وقع الإيجاب و القبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به إلتزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البدل المتفق عليه أو المحكوم به قضاءا أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق و أقل العموم قوله تعالى: **{فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }** إن هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أم كثيرا زائدا عن المهر أو أقل منه.

2. اعتداء المختلعة:

اختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين:

القول الأول: أن الممختلعة تعتد بثلاثة قروء لعدة المطلفة و به قال "أبو حنيفة" و "مالك" و "الشافعي" و "أحمد" في رواية لهم و استدلوا على ذلك بمايلي:

قوله تعالى**{وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ }**[52] و ما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية.

قال أبو داود حدثنا القصنبي عن مالك عن شافع عن ابن عمر أنه قال:عدة المختلعة عدة المطلقة"

52– **سورة البقرة الأية 228**

القول الثاني: المختلعة تعتد بحيضة واحدة، و ذهب إليه ابن تيمية و ابن قيم و هي رواية معتمدة عن أحمد واستدلوا في ذلك :

- روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال:"إن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي –صلى الله عليه و سلم– فأمرها أن تعتد بحيضة.
- و روى عن "الربيع بنت معودبن عفراء": أن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر يدها و هي جميلة بنت عبد الله بن أبي فجاء أخوها يشتكيه إلى رسول الله –صلى الله عليه و سلم– فأرسل رسول الله إلى ثابت فقال :"**خذ التي لك عليها–و خل سبيلها، قال نعم فأمرها الرسول أن تتربص حيضة واحدة و تلحق بأهلها**".

من خلال القولين يمكن أن نقول أن الأرجح هو الإعتداد بثلاث حيضات و ذلك لعموم الآية الكريمة المذكورة أعلاه، ما أن الحكمة من جعل العدة ثلاث حيضات هو الإحتياط لماء المطلق حتى يغلب على الظن بتكرر الحيض ثلاث مرات أن الرحم لا يشتمل على حمل منه، و دلالة ثلاثة حيضات أبلغ من دلالة حيضة واحدة.

و كذا المادة (558) من قانون الأسرة الجزائري نصت أن المشرع جعل من عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء و ما دام لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فإنها تمتد هي أيضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص، و ويستتيع ذلك أن اليائس من المحيض تعتد بثلاثة أشهر و الحامل بوضع الحامل.

3. <u>سقوط الحقوق الزوجية:</u>

تسقط الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوج و الزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع، و لا أثر لهذا الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج، و في سقوط هذه الحقوق المالية من عدم سقوطه ثلاثة آراء:

الرأي الأول:

يرى "أبو حنيفة" أن الخلع يسقط به كل حق ثابت الفعل لكل من الزوجين على الآخر، كالمهر و النفقة المتجمدة للزوجة، سواء كان الخلع بهذا اللفظ أو بلفظ المبارأة و مشتقاتها، لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة و المنازعة بين الزوجين و هذا لا يتحقق إلا بإسقاط كل حق يتعلق بالزواج فليس للزوجة المطالبة بمهرها التي لم تقبضه و ليس لزوجها المطالبة بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقعا عليه، أما مالم يثبت كنفقة العدة و السكن، فلا تسقط بالخلع بالإتفاق و مثل ذلك حق الطفل في الحضانة

و أجرة الرضاعة غير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع[53].

53–"الدكتور محمد مصطفى شلبي"–المرجع السابق صفحة 572.

الرأي الثاني:

ترى الجعفرية أن الخلع لا يسقط به أي حق و لا يوجب به إلا ما اتفق عليه الزوجين، بأي لفظ وقع لأنه شبيه بالمفاوضة، و لأن كلا من لفظي الخلع و المبارأة صريحا في الدلالة على سقوط تلك الحقوق، فللزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر إن لم تكن قبضته و بنفقتها المتجمدة و غير ذلك من الحقوق.

الرأي الثالث:

يفرق أبو يوسف بينما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع، و بينما إذا وقع بلفظة المبارأة ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقنا عليه و في الثاني لا تسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة، مع ما اتفق عليه فهو في الأول مع الجعفرية و في الثاني مع الحنفية و وجه التفرقة أن المبارأة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه و هي لم تقيد شيء دون غيره فتحمل على الإيداء كل ما يتعلق بالزواج، أما لفظ الخلع و ما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى إن اقتصر فيه على ما اتفق عليه[54]

يتضح مما سبق أن المسألة اجتهادية لعدم ورود نصوص شرعية أو قاونية تخصصها، و لكن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع لأن هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه، و لا يسقط غيره، و في حالة المخالعة عن طريق القضاء فإن المادة (54) من قانون الأسرة تجعل فترة تقدير العوض من سلطة القاضي في حالة عدم اتفاق الزوجان عليه،

و هنا ورد اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 1968/05/22 جاء فيه "من المقرر شرعا

54- ا"الدكتور محمد مصطفى شلبي"-المرجع السابق صفحة 573.

أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، و ليس مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناءا على الصداق المعجل و ما ثبت لديهم من الظلم".

ورد في حكم محكمة النقض السوري "يجب أن يحد الإبراء في عقد المخالعة الحقوق التي يشملها
و لا يصح استنتاج ذلك استنتاجا .

و يتضح ن اجتهاد المحكمة العليا و محكمة النقض السورية يتماشى و الفقه الحالي الذي يرى أن الخلعه لا يسقط حق من الحقوق إلا ما اتفق عليه باعتباره كالطلاق على مال.

الفرع الثاني: الآثار العامة

و هي الآثار التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفكم الرابطة الزوجية فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه، و على القاضي الإيتجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة، و نفقة المحضون و سكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه و نظرا سبق التفصيل فيه نتعرض لها بإيجاز و هي:

1. نفقة العدة:

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعها طيلة مدة عدتها و يجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة و على المحكمة أن تحكم بها و تحدها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك و لمتنازل عن حقها هذا صراحة أمام القاضي طبقا لنص المادة من قانون الأسرة "و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق" و على القاضي أن يراعي في تقدير نفقة العدة حال الزوجين و تجدر الإشارة إلى أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلا للخلع و بالتالي يسقد هذا الحق و ليس المطالبة به.

2. نفقة الإهمال :

نصت المادة (74) من قانون الأسرة بأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها الدخول بها فإذا قدمت المختلعة ما يثبت أن مخالعها لم ينفق عليها يحق لها طلب نفقة الإهمال، تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع و تقدر نفقة الإهمال حسب مقدور الزوجين و هي شهرية.

3. الحضانة:

عرفت المادة (62) من قانون الأسرة الحضانة بأنها "رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة و خلقا" و يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق بين الزوجين ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لأنها أولى، ثم يليها من هم أحق بالحضانة و بعدها حسب نص المادة (64) من قانون الأسرة و على القاضي ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها قانونا لسبب من الأسباب أو وجوب مانع و تنتهي حضانة الولد ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ما لم تتزوج الأم ثانية.

4. نفقة المحضون:

إن مسألة نفقة المحضون و سكناه تضمنتها المادة (72) من قانون الأسرة "نفقة المحضون

و سكناه من ماله الخاصة إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيء له سكنا" فإذا كان للمحضون مال خاص به فذلك، و إلا تعين على القاضي الحكم للوالد بالنفقة على محضونه، كما يجب على الأب توفير مسكن له فإذا لم يستطع ذلك، يقوم بدفع أجرة السكن حسب مقدور الأب، تبدأ من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا.

الفصل الثاني

احكام اخذ العوض في الخلع

المبحث الأول

دعوى نسخ أحكام الخلع ونسخ أخذ العوض فيه

نقل العلماء عن بكر بن عبد الله المزني عدم مشروعية أخذ العوض في الخلع مطلقاً, وذهب إلى أن حكم العوض في الخلع منسوخ.

ففي تفسير ابن جرير الطبري (قال عقبة ابن أبي الصهباء: سألت بكراً عن المختلعة أيأخذ منها شيئاً؟ قال: لا, وقرأ +وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا" [النساء: 21].

وبسنده عن عقبة بن أبي الصهباء قال: سألت بكر بن عبد الله عن رجل تريد امرأته منه الخلع قال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً. قلت: يقول الله تعالى ذكره في كتابه: +فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ" قال: هذه نُسخت, قلت: فإني حفظت. قال: حفظت سورة النساء, قول الله تعالى ذكره: +وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا" [النساء: 19][1].

وقد أجاب العلماء على دعوى النسخ بما يلي:

1. أن دعوى النسخ لا تسمع إلا إذا عرفت الآية الناسخة متأخرة وتعذر الجمع.

قال ابن قدامة: (ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع, وأن الآية الناسخة متأخرة, ولم يثبت شيء من ذلك)[2].

أما الجمع بين الآيتين فإن آية (وإن أردتم استبدال زوج) [النساء: 20].

---

(1) تفسير الطبري 161/4.
(2) المغني 268/10 وانظر فتح القدير لابن الهمام 200/3, وفتح باب العناية بشرح النقاية 142/2.

تفيد منع الرجل من أن يأخذ من المرأة شيئاً مما آتاها إذا أراد استبدال زوج بزوج, ولم يكن نشوز من المرأة على الرجل, فإن كان الأمر كذلك فأخذه شيئاً من مالها حرام, وأما الآية التي في سورة البقرة فإنها إنما دلت على إباحة الله أخذ الفدية من الزوجة في حال الخوف عليهما ألا يقيما حدود الله بنشوز المرأة, وطلبها فراق الرجل.

قال ابن جرير: (الآية التي في سورة النساء إنما حرم الله فيها على زوج المرأة أن يأخذ منها شيئاً مما آتاها, فإن أراد الرجل استبدال زوج بزوج من غير أن يكون هنالك خوف ألا يقيما حدود الله, ولا نشوز من المرأة على الرجل, وأما الآية التي في سورة البقرة فإنها إنما دلت على إباحة الله . تعالى ذكره . له أخذ الفدية منها في حال الخوف عليهما ألا يقيما حدود الله بنشوز المرأة وطلبها فراق الرجل)[1].

وقال الماوردي في رده على دعوى النسخ: (وهذا خطأ؛ لأن هذه الآية . آية سورة النساء . منعت من أخذ ما لم تطب به نفساً, ولم تمنع مما بذلته بطيب نفس واختيار كما قال تعالى: +فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"[2].

2. الإجماع منعقد على مشروعية الخلع.

قال ابن جرير في رده على دعوى النسخ: (إجماع الجميع من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المسلمين على تخطئته وإجازة أخذ الفدية من المفتدية نفسها لزوجها, وفي ذلك الكفاية عن الاستشهاد على خطئه بغيره)[3].

وقال ابن عبد البر: (قول بكر هذا خلاف السنة الثابتة في قصة ثابت بن قيس وحبيبة بنت سهل, وخلاف جماعة العلماء والفقهاء بالحجاز والعراق والشام)[4].

---

(1) تفسير الطبري 162/4 باختصار, وانظر أحكام القرآن لابن العربي 368/1.
(2) الحاوي الكبير 257/12, وانظر الناسوخ والمنسوخ للنحاس 68, وانظر التمهيد لابن عبد البر 369/23.
(3) تفسير الطبري 162/4.
(4) التمهيد 376/23, والاستذكار 176/17.

3. أجاب الماوردي عن دعوى النسخ بما يلي:

(لما جاز أن يملك الزوج البضع بعوض, جاز أن يزيل ملكه عنه بعوض كالشراء والبيع, فيكون عقد النكاح كالشراء والخلع كالبيع)[1].

(1) الحاوي الكبير 257/12, وانظر الإقناع للشربيني 147/2.

المبحث الثاني

حكم أخذ العوض بسبب كراهية الزوج

المرأة إذا كرهت زوجها لخَلقِه أو خُلُقه أو دينه أو كبره أو ضعفه, ونحو ذلك, وخشيت ألا تؤدي حق الله تعالى في طاعته, جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها.

وقد دل على ذلك الكتاب, والسنة, والإجماع, والقياس.

أ . أما الكتاب:

فقوله تعالى: +ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ" [البقرة: 229].

وجه الدلالة من الآية: أن المرأة إذا لم تقدر على معاشرة الزوج, وأبغضته, وخشيت عدم القيام بحقوقه, فلها أن تفتدي منه بما أعطاها.

قال ابن كثير: (إذا تشاقق الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته فلها أن تفتدي منه بما أعطاها, ولا حرج عليها في بذلها له, ولا حرج عليه في قبول ذلك منها)[1].

ب . وأما السنة:

فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: إن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي × فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه خلقاً ولا ديناً, ولكني أكره الكفر في الإسلام[2]. فقال رسول الله ×: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله

---

(1) تفسير ابن كثير 280.

(2) قال الطيبي: (أخاف على نفسي في الإسلام ما ينافي حكمه من بغض ونشوز وغير ذلك مما يتوقع من الشابة الجميلة =

×, اقبل الحديقة وطلقها تطليقة.

وفي رواية عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله × فقالت: يا رسول الله إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني لا أطيقه فقال رسول الله ×: فتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم[1].

وعن عائشة رضي الله عنها, أن حبيبة بنت سهل[2] كانت عند ثابت بن قيس بن شماس فضربها فكسر بعضها, فأتت رسول الله × بعد الصبح فاشتكته إليه, فدعا النبي × ثابتاً فقال: خذ بعض مالها وفارقها, فقال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: نعم. قال: فإني أصدقتها حديقتين وهما بيدها, فقال النبي ×: خذهما وفارقها. ففعل[3].

جـ . أما الإجماع فقد حكاه أكثر الفقهاء.

قال ابن عبد البر: (وأجمع العلماء على إجازة الخلع بالصداق الذي أصدقها

=

المبغضة لزوجها, فنسبت ما ينافي مقتضى الإسلام باسم ما ينافيه) شرح الطيبي على مشكاة المصابيح 324/6, وقال الحافظ ابن حجر: (كأنها أشارت إلى أنها قد تحملها شدة كراهتها له على إظهار الكفر لينفسخ نكاحها منه, وهي كانت تعرف أن ذلك حرام لكن خشيت أن تحملها شدة البغض على الوقوع فيه, ويحتمل أن تريد بالكفر كفران العشير إذ هو تقصير المرأة في حق الزوج) فتح الباري 400/9.

(1) رواه البخاري حديث رقم (5273, 5275) 395/9, والنسائي (169/6). وابن ماجه حديث رقم (2056) 663/1. وابن الجارود في المنتقى حديث رقم (750) 69/3 والبيهقي في السنن الكبرى (313/7), والبغوي في شرح السنة حديث رقم (2349) 193/9 كلهم من طريق عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً. ومن طريق عمرة بنت عبد الرحمن الأنصارية, أخرجه مالك في الموطأ 564/2 ومن طريقه أخرجه الشافعي في الأم 101/5, والإمام أحمد في المسند حديث رقم (27444) 432/45, وأبو داود في السنن حديث رقم (2227) 667/2, والنسائي 169/6, وابن حبان حديث رقم (4280) 110/10, والطبراني في المعجم الكبير 223/24 حديث رقم (567).

(2) اختلفت الروايات في نسبة امرأة ثابت بن قيس, ففي رواية أخت عبد الله بن أبي وفي رواية جميلة بنت أبي وفي رواية جميلة بنت عبد الله بن أبي, وفي رواية جميلة بنت سلول وفي رواية زينب بنت عبد الله بن أبي بن أبي سلول قال ابن حجر: (واحتمال أن لها اسمين أو أحدهما لقب فالذي وقع فيه أخت عبد الله بن أبي وهي أخت عبد الله بلا شك, لكن نسب أخوها في رواية إلى جده أبي كما نسبت هي في رواية إلى جدتها سلول, فهذا يجمع بين المختلف. وجاء في رواية مريم المغالية وتسميتها مريم يمكن رده للأول؛ لأن المغالية نسبة إلى مغالة وهي امرأة من الخزرج, فبنو عدي بن النجار يعرفون كلهم ببني مغالة, فيكون الوهم وقع في اسمها, أو يكون مريم اسماً ثالثاً أو بعضها لقب لها.
والقول الثاني في اسمها حبيبة بنت سهل, ويمكن أن يقال: إنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقين واختلاف السياقين, بخلاف ما وقع من الاختلاف في تسمية جميلة ونسبها فإن سياق قصتها متقارب, وأمكن رد الاختلاف فيه إلى الوفاق) فتح الباري 398/9 بتصرف.

(3) رواه أبو داود حديث رقم (2228) 669/2, والطبري في تفسيره 138/4, والبيهقي في السنن الكبرى 315/7, والحديث صححه الألباني في صحيح سنن أبي داود حديث رقم 1949, 420/2.

إذا لم يكن مضراً بها, وخافا ألا يقيما حدود الله)[1].

وقال الرافعي: (وأصل الخلع مجمع عليه, وقد اشتمل القرآن على ذكره قال الله تعالى: +فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ" [البقرة: 229][2].

وقال ابن القيم: (ومنع الخلع طائفة شاذة من الناس خالفت النص والإجماع)[3].

وقال الحافظ ابن حجر: (وأجمع العلماء على مشروعيته إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور)[4].

د . أما القياس فما ذكره ابن قدامة بقوله: (لأن حاجتها داعية إلى فرقته, ولا تصل إليها إلا ببذل العوض, فأبيح لها ذلك, كشراء المتاع)[5].

وقد ذهب بعض العلماء منهم طاوس إلى أن الذي يبيح للرجل أخذ الفدية أن يكون خوف ألا يقيما حدود الله منهما جميعاً لكراهية كل واحد منها الآخر.

قال طاوس: (إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله فيما افترض لكل واحد منهما على صاحبه في العشر, والصحبة)[6].

قال الطبري: (الأمر في ذلك بخلاف ما ظننت, وذلك أن في نشوزها عليه داعية له إلى التقصير في واجبها ومجازاتها بسوء فعلها به, وذلك هو المعنى الذي يوجب للمسلمين الخوف عليهما ألا يقيما حدود الله, فأما إذا كان التفريط منهما فليس هناك للخوف موضع إذ كان المخوف قد وجد)[7].

---

(1) التمهيد 368/23 وانظر الاستذكار 176/17.
(2) العزيز شرح الوجيز 395/8.
(3) زاد المعاد 193/5.
(4) فتح الباري 395/9.
(5) الكافي 406/4.
(6) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف 109/5, وابن أبي حاتم في تفسيره 420/2 (2216) عن ابن عليه عن طاوس, وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه 496/6 رقم (11818) بسقط أشار إليه المحقق, والطبري في تفسير 145/4 عن ابن جريج عن طاوس, وعلقه البخاري عن طاوس في صحيحه 348/9, انظر: تعليق التعليق على صحيح البخاري 461/4.
(7) تفسير الطبري 146/4 بتصرف. وانظر فتح الباري 401/9.

وما تقدم من حديث ثابت نص في المسألة, فإن الكراهة من زوجته دون ثابت رضي الله عنه.

قال الحافظ ابن حجر: (وفي الحديث من الفوائد . حديث ثابت . أن الشقاق إذا حصل من قبل المرأة فقط جاز الخلع والفدية, ولا يتقيد ذلك بوجوده منهما جميعاً, وأن ذلك يشرع إذا كرهت المرأة عشرة الرجل ولو لم يكرهها ولم ير منها ما يقتضي فراقها)[1].

(1) فتح الباري 401/9.

المبحث الثالث

حكم أخذ العوض بسبب عضل الزوج زوجته

عضل الرجل لزوجته بالحبس أو التضييق والإضرار بها إما أن يكون ظلما أو بسبب إتيان المرأة الفاحشة.

المطلب الأول: حكم أخذ العوض بالعضل ظلماً:

العضل يأتي بمعنى الحبس والمنع, يقال: عضل المرأة عن الزواج وحبسها, وعضل الرجل أيمه يعضلها منعها الزواج ظلماً.

قال تعالى: +فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ" [البقرة: 232].

ويأتي بمعنى الإضرار, يقال: عضل الزوج امرأته، وهو أن يضارها ولا يحسن عشرتها ليضطرها بذلك إلى الافتداء منه بمهرها, كما في قوله تعالى: +وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ" [النساء: 19] سماه الله تعالى عضلاً لأنه يمنعها حقها من النفقة وحسن العشرة، كما أن الولي إذا منع المرأة من التزويج فقد منعها الحق الذي أبيح لها من النكاح(1).

وقد بحث الفقهاء العضل بمعنى منع المرأة من التزويج, وبمعنى الإضرار بالزوجة, والمعنى المراد في البحث هو إضرار الزوج امرأته ليضطرها إلى الافتداء.

وقد اتفق العلماء على تحريم عضل الرجل زوجته ظلماً بالتضييق عليها ومنعها من حقوقها.

قال الجصاص: (وقال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد: إذا كان النشوز من قبلها حل له أن يأخذ منها ما أعطاها ولا يزداد, وإن كان النشوز من قبله لم يحل له أن يأخذ منها شيئاً)(2).

---

(1) انظر: لسان العرب مادة عضل 11/ 451، وجمهرة اللغة 3/ 93.
(2) أحكام القرآن للجصاص 1/ 464 وانظر بدائع الصنائع 3/ 150.

وقال القرطبي: (وأجمعوا على تحظير أخذ مالها إلا أن يكون النشوز وفساد العشرة من قبلها)[1].

قال ابن قدامة: (فأما إن عضل زوجته، وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه، ففعلت فالخلع باطل، والعوض مردود, روى ذلك عن ابن عباس، وبه قال مالك والشافعي)[2].

وقد استدل الفقهاء على تحريم عضل الرجل زوجته ظلماً بما يلي:

1 . قوله تعالى: +وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍۚ" [النساء: 19].

ففي هذه الآية نهي صريح للزوج عن عضل الزوجة.

قال ابن جرير: (نهى الله . جل ثناؤه . زوج المرأة عن التضييق عليها والإضرار بها وهو لصحبتها كاره، ولفراقها محب, لتفتدي منه ببعض ما آتاها من الصداق)[3].

وقال الكاساني: (نهى الأزواج عن أخذ شيء مما أعطوهن, واستثنى حال نشوزهن, وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه, فيقتضي حرمة أخذ شيء مما أعطوهن عند عدم النشوز)[4].

2 . قوله تعالى: +وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔاۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾" [النساء: 20، 21].

---

(1) أحكام القرآن للقرطبي 3/ 137.
(2) المغني 10/ 272 بتصرف، والكافي 4/ 407.
(3) تفسير الطبري 6/ 531 وقد ذكر للآية أكثر من تفسير والتفسير السابق هو ما رجحه ابن جرير وغيره وانظر تفسير الماوردي النكت والعيون 1/ 378.
(4) بدائع الصنائع 3/ 150.

قال الشنقيطي في تفسير هذه الآية: (النهي عن الرجوع في شيء مما أعطى الأزواج زوجاتهم، ولو كان المعطى قنطاراً, وبين أن أخذه بهتان وإثم مبين، وبين أن السبب المبالغ من أخذ شيء منه هو أنه أفضى إليها بالجماع، وبين سبحانه في موضع آخر أن محل النهي عن ذلك إذا لم يكن عن طيب النفس من المرأة, وذلك في قوله تعالى: +فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿٤﴾" [النساء: 4] وأشار إلى ذلك بقوله: +وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ" [النساء: 24])[1].

3 . ومما يستدل به حديث أبي حميد الساعدي، أن النبي × قال: «لا يحل للرجل أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفسه» وذلك لشدة ما حرم رسول الله × من مال المسلم على المسلم [2] .

وعضل الرجل المرأة والإضرار بها بغير حق وأخذ مالها كل ذلك بغير طيب نفس منها.

3 . ومما استدل به أنه عوض أكرهت عليه الزوجة بغير حق فلا يستحقه الزوج. قال ابن قدامة: (ولأنه عوض أكرهت على بذله بغير حق، فلم يحق كالثمن في المبيع والأجرة في الإجارة)[3].

وإذا عضل الرجل زوجته ظلما وأخذ العوض وتم الخلع فقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك العوض والخلع على أقوال:

---

(1) أضواء البيان 1/ 207.

(2) أخرجه الإمام أحمد في المسند حديث رقم (23605) 39/ 19 وأخرجه البزار في مسنده حديث رقم (3717) 9/ 167 وقال: (هذا الحديث قد روي نحو كلامه عن النبي × من وجوه بغير هذا اللفظ, ولا نعلم لأبي حميد طريقاً غير هذا الطريق, وإسناده حسن، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار حديث رقم (2822) 7/ 251، وابن حبان في الصحيح حديث رقم (5978) 13/ 316 قال الهيثمي في مجمع الزوائد 4/ 171: (رواه أحمد والبزار ورجال الجميع رجال الصحيح) وصحح الحديث الألباني بمجموع طرقه في إرواء العليل 5/ 279.

(3) المغني 10/ 272 وانظر شرح منتهى الإرادات 5/ 336.

القول الأول: العوض مردود على المرأة والفسخ باطل:

وهذا القول رواية عن الإمام أحمد.

قال ابن قدامة: (فأما إن عضل زوجته، وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها، من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود)[1] .

وهذا قول من يرى أن الخلع فسخ إذا لم يَنوِ به الطلاق. فلا يقع الخلع وتبقى الزوجة ويرد إليها العوض.

قال ابن قدامة: (وإن قلنا: هو فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء؛ لأن الخلع بغير عوض لا يقع على إحدى الروايتين)[2] .

واستدل الحنابلة على هذا القول بأن العوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحقه الزوج فيرد عليها, وأما الخلع فلا يقع لأن الزوج رضي بالفسخ بالعوض, فإذا لم يحصل له العوض فلا يصح الفسخ[3] .

كذلك استدلوا بأدلة تحريم العضل ظلما السابقة, وإذا حرم عليه العضل حرم عليه أخذ العوض فلا يقع الخلع ويرد العوض.

القول الثاني: العوض يرد على المرأة ويقع الفسخ:

وهذا القول في مذهب الحنابلة, فالعوض يرد لأنها أكرهت على بذله, والفسخ يقع لأنه يصح الخلع بغير عوض.

قال ابن قدامة: (وقال مالك: إن أخذ منها شيئا على هذا الوجه رده ومعنى الخلع عليه . قال ابن قدامة . ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا يصح الخلع بغير عوض)[4] .

---

(1) المغني 10 / 272.
(2) المغني 10/ 272.
(3) المغني 10/ 272 وانظر الشرح الكبير 22/ 13.
(4) المغني 10 / 272 وانظر الشرح الكبير 22/ 13.

القول الثالث: العوض يرد على المرأة ويقع الخلع:

وهو قول الإمام مالك والشافعي ورواية عن الإمام أحمد.

قال الإمام مالك: (في المفتدية التي تفتدي من زوجها أنه إذا علم أن زوجها أضر بها وضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها، مضى الطلاق، ورد عليها مالها)[1] .

وفي المهذب (وإن ضربها أو منعها حقها طمعا في أن تخالعه على شيء من مالها لم يجز لقوله تعالى: +وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍۚ" فإن طلقها في هذه الحالة على عوض لم يستحق العوض؛ لأنه عضل معاوضة أكرهت عليه بغير حق, فلم يستحق فيه العوض كالبيع, فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لأن الرجعة إنما تسقط بالعوض, وقد سقط العوض فتثبت الرجعة)[2].

وقال ابن قدامة: (وإذا لم يملك العوض. وقلنا الخلع طلاق، وقع الطلاق بغير عوض، فإن كان أقل من ثلاث، فله رجعتها، لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض، فإذا سقط العوض، تثبت الرجعة)[3] .

وقد استدل أصحاب هذا القول بأن العوض أكرهت عليه المرأة بغير حق, فلا يحل له أن يأخذ على ترك التعدي عوضاً.

كما استدلوا بأدلة تحريم العضل ظلماً, وإذا حرم عليه العضل حرم عليه أخذ العوض فيه.

واستدلوا على وقوع الخلع بأنه أوقعه باختياره وبدون إكراه، والمرأة إنما دفعت العوض لأجل الخلع فيرد عليها العوض ويقع الخلع.

قال أبو الوليد الباجي: (ما التزمه من طلاق الخلع يلزمه لأنه أوقعه باختياره

---

(1) الموطأ 2/ 565.
(2) المهذب 2/ 71.
(3) المغني 10/ 272.

ويرد ما أخذ منها من العوض, ولا يأخذ منها ما كانت التزمته له من نفقة ورضاع)[1].

القول الرابع: لا يرد العوض ويقع الخلع والزوج آثم عاص:

وهذا قول عند الحنفية, إلا أن العوض لا يرد على المرأة, ويقع الخلع, والزوج عاصٍ وآثم بهذا الفعل.

قال الكاساني: (نهى الأزواج عن أخذ شيء مما أعطوهن, واستثنى حال نشوزهن, وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه, فيقتضى حرمة أخذ شيء مما أعطوهن عند عدم النشوز منهن, وهذا في حكم الديانة, فإن أخذ جاز ذلك في الحكم ولزم)[2].

وقد استدل أصحاب هذا القول بأن المرأة دفعت العوض ورضيت به فلا يعاد لها ويقع الخلع؛ لأن الزوج رضي بذلك, والزوج والزوجة من أهل الإسقاط والمعاوضة فيجوز ذلك في الحكم والقضاء, ويأثم الزوج ديانة لأنه فعل مادلت النصوص على تحريمه.

قال الكاساني: (فإن أخذ . أي العوض . جاز ذلك الحكم ولزم حتى لا يملك استرداده؛ لأن الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به, والزوج من أهل الإسقاط والمرأة من أهل المعاوضة والرضا فيجوز في الحكم والقضاء)[3].

القول الخامس: لا يرد العوض ويقع الخلع مع الكراهة:

وهذا قول عند الحنفية وهو أن الزوج لا يرد العوض ويقع الخلع مع الكراهة.

ففي مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: (وكره تحريما وقيل تنزيهاً له أي: للزوج أخذ شيء من المهر وإن قل لقوله تعالى: +فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا" أن نشز

(1) المنتقى شرح الموطأ 4/ 64.
(2) بدائع الصنائع 3/ 150.
(3) بدائع الصنائع 3/ 150.

الزوج أي كرهها وباشر أنواع الأذى)[1] .

واستدل أصحاب هذا القول بأن النهي في قوله تعالى: +فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا" لمعنى في غيره وهو زيادة الإيحاش, فإن الرجل أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال، والنهي لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية كالبيع وقت النداء يوم الجمعة ويجوز مع الكراهة.

قال علي القاري: (ولنا أن النهي في الآية لمعنى في غيره وهو زيادة الإيحاش والنهي لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة ويجوز مع الكراهة)[2] .

والقول الراجح هو قول الجمهور بأن العوض يرد على المرأة ويقع الخلع.

أما أن العوض يرد فهو مادلت عليه النصوص الصريحة مثل قوله سبحانه وتعالى: +فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا" ولأن المرأة أكرهت على بذل العوض بغير حق فلا يستحقه الزوج بذلك، والعضل ظلماً محرم على الزوج وكذلك العوض محرم عليه أيضا, ويقع الخلع لأن الزوج أوقعه باختياره, والمرأة دفعت لأجله العوض فيقع، ويرد عليها العوض المأخوذ ظلماً.

أما من قال: إن الخلع يقع ولا يرد العوض وهو آثم أو حكمه الكراهة, فنقول: إن ذلك القول مخالف لظاهر النصوص الشرعية من الكتاب والسنة.

قال القرطبي: (وحكى ابن المنذر عن النعمان أنه قال: إذا جاء الظلم والنشوز من قبله وخالعته فهو جائز ماض وهو آثم، لا يحل له ما صنع, ولا يجبر على رد ما أخذه. قال ابن المنذر: وهذا من قوله خلاف ظاهر كتاب الله، وخلاف الخبر الثابت عن النبي ×, وخلاف ما أجمع عليه عامة أهل العلم من ذلك)[3].

---

(1) مجمع الأنهر 1/ 446.
(2) فتح باب العناية بشرح النقاية 2/ 144.
(3) أحكام القرآن للقرطبي 3/ 137.

وقال ابن عبد البر: (قولهم: لا يجوز ويجوز في القضاء قول المحال والخطأ)[1].

(1) الاستذكار 17/ 177.

المطلب الثاني: حكم أخذ العوض بالعضل بسبب إتيان الفاحشة:

إذا أتت الزوجة بالفاحشة التي ذكرها الله سبحانه وتعالى في قوله تعالى: +وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ" [النساء: 19].

فقد اختلف العلماء في حكم تضييق الرجل على المرأة وأخذه العوض منها.

وقبل بيان اختلاف العلماء في المسألة نذكر المراد بالفاحشة في الآية. فقد قيل: المقصود بالفاحشة الزنى. وقيل: المقصود هو النشوز من المرأة.

قال ابن جرير: (وأولى ما قيل في تأويل قوله تعالى: +إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ" أنه معنى به كل فاحشة من بذاءة باللسان على زوجها وأذى له وزنى بفرجها)[1] .

فإذا أتت المرأة بالفاحشة فهل يجوز للرجل العضل وأخذ العوض.

اختلف العلماء في ذلك على الأقوال الآتية:

القول الأول: يجوز للرجل العضل وأخذ العوض:

وهو مذهب مالك وقول عند الشافعي ومذهب الحنابلة.

قال القرطبي: (وقال ابن مسعود وابن عباس والضحاك وقتادة: الفاحشة المبينة في هذه الآية البغض والنشوز قالوا: فإذا نشزت حل له أن يأخذ مالها وهذا هو مذهب مالك)[2].

قال أبو إسحاق الشيرازي: (فإن زنت فمنعها حقها لتخالعه على شيء من مالها ففيه قولان أحدهما: يجوز ويستحق فيه العوض)[3].

قال ابن قدامة: (فإن أتت بفاحشة، فعضلها لتفتدي نفسها منه، ففعلت صح

---

(1) تفسير الطبير 6/ 535، وانظر زاد المسير 2/ 41، وتفسير الماوردي 1/ 379.
(2) أحكام القرآن للقرطبي 5/ 95.
(3) المهذب 2/ 71.

الخلع)[1] .

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1 . قول الله تعالى: +وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ" والاستثناء من النهي إباحة.

2 . لأنها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه.

3 . أن من أتت بالفاحشة فإنها لا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قول الله تعالى: +فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ"[2].

القول الثاني: لا يحل له أخذ العوض ولا العضل:

وهو أحح قولي الشافعي.

قال أبو إسحاق الشيرازي: (فإن زنت فمنعها حقها لتخالعه على شيء من مالها ففيه قولان أحدهما: يجوز ويستحق فيه العوض لقوله عز وجل +إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ" فدل أنها إذا أتت بفاحشة جاز عضلها ليأخذ شيئا من مالها. والثاني: أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض)[3].

واستدلوا بما يلي:

1 . أنه خلع أكرهت عليه بمنع الحق فأشبه إذا منعها حقها لتخالعه من غير زنى.

2 . الآية التي استدل بها على جواز العضل منسوخة بآية الإمساك في البيوت وهي قوله تعالى: +فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ" [النساء: 15].

ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم.

القول الثالث: لا يحل له العضل والعوض إلا عند وقوع الزنى:

قال ابن عبد البر: (قال أبو قلابة ومحمد بن سيرين: لا يحل للرجل الخلع

---

(1) المغني 10/ 273، وانظر شرح الزركشي 5/ 359.
(2) انظر المغني 10 / 273 والمهذب 2/ 71.
(3) انظر المغني 10 / 273, المهذب 71/2.

حتى يجد على بطنها رجلاً)[1].

واستدل أصحاب هذا القول بنص الآية.

وقد رد على هذا القول ابن عبد البر بقوله: (وهذا عندي ليس بشيء؛ لأن الفاحشة قد تكون في النداء والجفاء, ومنه قيل للبذيء فاحش ومتفاحش, وعلى أنه لو اطلع منها على الفاحشة كان له لعانها وإن شاء طلقها, وأما أن يضار بها حتى تفتدي منه بمالها فليس ذلك له)[2].

والقول الراجح هو القول الأول لقوله تعالى: +إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ" ولأن المرأة لم تقم حدود الله فتدخل في قوله تعالى: +فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ" فإذا قيل بنسخ الآية الأولى فإن الآية الأخرى نص في المسألة.

وقد أجاب ابن جرير الطبري على من قال نسخ الآية بقوله: (فبين فساد قول من قال: قوله تعالى: +إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ" منسوخ بالحدود؛ لأن الحد حق الله . جل ثناؤه . على من أتى الفاحشة التي هي زنى، وأما العضل لتفتدي المرأة من الزوج بما آتاها أو بعضه فحق لزوجها، كما عضله إياها وتضييقه عليها إذا هي نشرت عليه لتفتدي منه حق له, وليس حكم أحدهما يبطل حكم الآخر)[3].

---

(1) الاستذكار 17 / 181.
(2) الاستذكار 17 / 181.
(3) تفسير الطبري 6/ 536.

المبحث الرابع

حكم أخذ العوض في الخلع حالة الوفاق بين الزوجين

إذا كان الزوجان في حال وفاق وعدم شقاق، فهل يحل للزوجة أن تطلب الخلع ويأخذ الزوج العوض والحالة كذلك؟.

اختلف العلماء في حكم هذه المسألة على ما يلي:

القول الأول: يحرم الخلع ولا يقع ويرد العوض:

هذا القول رواية عن الإمام أحمد وهو قول ابن المنذر [1] وداود.

قال أبو الفرج عبد الرحمن بن قدامة: (وعن أحمد ما يدل على تحريمه فإنه قال: الخلع مثل حديث سهلة، تكره الرجل فتعطيه المهر، فهذا الخلع، وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحاً إلا في هذا الحال، وهذا قول ابن المنذر وداود قال ابن المنذر: روي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم)[2] .

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1 . قوله تعالى: +وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ" فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت به من غير خوف.

ثم غلظ الله سبحانه وتعالى بالوعيد فقال سبحانه وتعالى: +وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾" .

2 . ما رواه ثوبان قال: قال رسول الله ×: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق

---

(1) الإقناع لابن المنذر 1/ 317.

(2) الشرح الكبير 22/ 9، وفي الإنصاف 22/ 10 (واختاره أبو عبد الله ابن بطة وأنكر جواز الخلع مع استقامة الحال وصنف فيه مصنفا).

من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة»[1] .

قال المناوي: (البأس الشدة أي: في غير حالة شدة تدعوها وتلجئها إلى المفارقة, كأن تخاف ألا تقيم حدود الله فيما يجب عليها من حسن الصحبة وجميل العشرة لكراهها له, أو بأن يضارها لتختلع منه . فحرام عليها . أي ممنوع عنها رائحة الجنة, وأول من يجد ريحها المحسنون المتقون لا أنها لا تجد ريحها أصلا, فهو لمزيد المبالغة في التهديد)[2] .

3 . حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي × قال: «المنتزعات والمختلعات هن المنافقات»[3] .

قال أبو إسحاق الحربي: (المختلعات يعنى اللواتي يطلبن الخلع من أزواجهن لغير عذر)[4] .

4 . لأنه إضرار بها وبزوجها، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة محرم[5].

القول الثاني: يكره ويقع الخلع.

وهو المشهور من مذهب الإمام أحمد.

قال الزركشي: (والمذهب المنصوص المشهور المعروف حتى أن أبا محمد

---

(1) أخرجه أبو داود حديث رقم (2226) 2/ 667، والترمذي حديث رقم (1187) 3/ 484 وقال: حديث حسن، وابن ماجه حديث رقم (2055) 1/ 662، والإمام أحمد في المسند حديث رقم (22379) 37/ 62 وحديث رقم (22440) 37/ 112، وابن أبي شيبة في المصنف 5/ 271، وابن الجارود في المنتقى حديث رقم (748) 3/ 68، والدارمي في السنن حديث رقم (2275) 2/ 85، وابن حبان في الصحيح حديث رقم (4184) 9/ 490 والبيهقي في السنن الكبرى 7/ 316، والحاكم في المستدرك 2/ 200 وقال: صحيح على شرط الشيخين, والطبراني في المعجم الأوسط حديث رقم (5465) 6/ 220، والطبري في تفسير 4/ 151، وابن المنذر في الإقناع 1/ 317.
وقد صحح الألباني الحديث في إرواء الغليل 7/ 100 حديث رقم (2035).
(2) فيض القدير 3/ 138 وانظر فتح الباري 9/ 402.
(3) أخرجه النسائي في المجتبى 6/ 168 وهو في السنن الكبرى للنسائي حديث رقم (5626) 5/ 276، وأخرجه أحمد في المسند حديث رقم (9358) 15/ 9358 والبيهقي في السنن الكبرى 7/ 316.
والحديث صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة حديث رقم (632) 2/ 210 وفي صحيح سنن النسائي حديث رقم (3238) 2/ 730، وقد حكم بصحة الحديث الشيخ المحدث عبد العزيز بن باز رحمه الله بدرسه في سنن النسائي بسماعنا.
(4) غريب الحديث للحربي 3/ 1053.
(5) انظر المغني 10/ 271، والشرح الكبير 22/ 10.

حكاه عن الأصحاب وقوع الخلع مع الكراهة)[1] .

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1 . قوله سبحانه وتعالى: +فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾" ووجه الاستدلال من الآية أن الله سبحانه أجاز أخذ العوض من المرأة في حالة التراضي وطيبة النفس بذلك, وهذا يفيد وقوع الخلع.

2 . واستدلوا على الكراهة بالأحاديث الواردة بالنهي عن الطلاق بدون سبب, وما جاء في وصف المختلعات بالمنافقات, فتفيد هذه الأحاديث الكراهة, ولما في الخلع من الضرر بها وبزوجها.

القول الثالث: يجوز الخلع:

وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية.

قال أبو الحسن القارئ: (لا بأس بالخلع عند الحاجة لقوله تعالى: +فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ" والمراد بالخوف هنا العلم؛ لأن الخوف من لوازمه، وقيل: الظن وهو الأظهر، والخطاب للحكام أو لأهل الإسلام, وهذا الشرط خرج مخرج العادة لجواز الخلع بدونه)[2].

وقال القرطبي: (والذي عليه الجمهور من الفقهاء أنه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر)[3] .

وقال الشيرازي: (وإن لم تكره منه شيئا وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز)[4] .

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

---

(1) شرح الزركشي 5/ 357 وانظر المغني 10/ 271، والإنصاف 22/ 10.
(2) فتح باب العناية 2/ 142.
(3) أحكام القرآن للقرطبي 3/ 140.
(4) المهذب 2/ 71.

1 . قوله سبحانه وتعالى: +فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾".

فإذا وقع الخلع بالتراضي جاز بنص الآية[1] .

2 . قوله تعالى: +وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ" .

ووجه الاستدلال أنه إذا جاز له الأخذ في هذه الحالة وهو خوف عدم إقامة حدود الله, فأخذه المال في صورة عدم الشقاق من باب أولى[2] .

3 . أن الخلع رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالإقالة في البيع[3] .

وأجابوا عن قوله تعالى: +إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ" .

قال القرطبي: (لأن الله . عز وجل . لم يذكرها على جهة الشرط، وإنما ذكرها لأنه الغالب من أحوال الخلع فخرج القول على الغالب)[4].

وقال ابن العربي: (وقد اتفقت الأمة عن بكرة أبيها على أن الخلع يجوز خوف التقصير في الحدود بالذكر لأنه الغالب في جريانهم, فإن أعطته المرأة شيئا فإنه جاز بطيب نفسها, وإن لم يكن هنالك ضرورة ولا خوف)[5].

أما الأحاديث الوارة في وصف المختلعات بالمنافقات والنهي عن سؤال المرأة طلاقها من غير بأس.

فقال ابن العربي: (حديث ثوبان أن المختلعات من المنافقات وأيضاً أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير ما بأس لم ترح رائحة الجنة هذا باب لم يصح فيه شيء)[6].

---

(1) تفسير القرطبي 3/ 140 والمهذب 2/ 71.
(2) السعديات في أحكام المعاملات 1/ 107.
(3) المهذب 2/ 71.
(4) أحكام القرآن للقرطبي 3/ 140.
(5) عارضة الاحوذي 5/ 159.
(6) عارضة الأحوذي 5/ 159.

والقول الراجح هو القول الثاني أنه يقع مع الكراهة.

لقوله تعالى: +فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ" إذ مفهوم الآية أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف, ثم غلظ الله سبحانه وتعالى الوعيد بقوله سبحانه: +تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾".

قال ابن قدامة: (وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز)[1] .

أما قوله تعالى: +فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾" .

فقد أجاب عن ذلك ابن المنذر بقوله: (لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة بدليل الربا حرمه في العقد)[2].

كذلك الأخبار الواردة في وصف المختلعات بالمنافقات, والنهي عن سؤال المرأة طلاقها من غير بأس, صححها أهل العلم بكثرة طرقها ومخارجها والله أعلم.

---

(1) المغني 10 / 272.
(2) المغني 10/ 272.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

: المصادر.

📖الإمامان موفق الدين بن قدامى و شمس الدين بن قدامى المقدسي- المغني و يليه الشرح الكبير – دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع- الجزء الثامن.

📖لسان العرب –لابن منظور–دار إحياء التراث العربي –بيروت–لبنان.

: الكتب

1. "أشرف نورا" – الدليل في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين – المكتب الفني للموسوعات القانونية.

2. "الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج"/ "الدكتور محمد كمال إمام- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية" – 1999- دار...

3. "الأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبي" – فقه المذاهب النسبية و المذهب الجعفري و القانوني- أحكام الأسرة في الإسلام- الدار الجامعية للطباعة و النشر- الطبعة الرابعة .

4. "الأستاذ العربي بلحاج"- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول- الزواج و الطلاق- ديوان المطبوعات الجامعية.

5. "الأستاذ عبد الكريم شهبون"–مدونة الأحوال الشخصية المغربية–الجزء الأول–الطبعة الثانية- دار النشر المعرفة–الرباط.

6. "الأستاذ عمر زودة" –طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها- دار

النشر أنسكلوبيديا.

7. "الأستاذ فضيل سعد"- شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق- الجزء الأول 1986- المؤسسة الوطنية للكتاب.

8. "الإمام محمد أبو زهرة"- الأحوال الشخصية- دار الفكر العربي.

9. "الدكتور أحمد محمود الشافعي"- الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية- دار الهدى للمطبوعات- الإسكندرية.

10. "الدكتور حسن علي السمني"- الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج و الطلاق و العدة و المتعة و ما يتعلق بها من أحكام – أستاذ القانون 1998- 1999م.

11. "الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي"-أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية- منشورات الحلبي الحقوقية.

12. "الدكتور عامر الزيباري"- أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية – ديوان المطبوعات الجامعية.

13. "الدكتور عبد الرحمن الجزيري"- الجزء الرابع – كتاب الفقه على المذاهب الأربعة- المكتبة التوفيقية.

14. "الدكتور محمد كمال إمام" – الطلاق عند المسلمين-دراسة فقهية و قانونية-دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية- 1997.

15. "المستشار حسن منصور"- المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية- المؤسسة الوطنية للطباعة و النشر و التوزيع 1997.

16. -"المستشار عمرو عيسى الفقي"-التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين-المكتب الفني للموسوعات القانونية.

17. "عبد العزيز سعد" - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري- طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع- الجزائر.

18. السيد سابق – فقه السنة- الجزء الثاني- مكتبة دار التراث

: القوانين.

📖المستشار الدكتور نصر الدين مروك-2004- قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق- دار الهلال للخدمات الاعلامية.

📖الأستاذ "دلاندة يوسف" – قانون الأسرة مدعم بإحدى مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع- الجزائر.

📖قانون الاجراءات المدنية

📖القانون المدني.

: المجلات القضائية.

📖نشرة القضاة لسنة 1986 العدد الأول.

📖المجلة القضائية لسنة 1986 العدد الأول.

📖المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث.

📖المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثالث

📖المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الأول

📖المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثالث

📖المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الرابع

📖المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الثاني

📖المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الرابع

📖المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الأول

📖المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الثاني

📖المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول

📖المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني

📖المجلة القضائية لسنة 1998 العدد الأول

📖 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا- الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.

📖 مجموعة الأحكام القضائية- الجزء الأول.

الفهرس:

مقدمة: 01

الفصل الأول:

ماهية الخلع : في نظر الفقه والقانون الجزائري ومفهومه

المبحث الأول: تعريف الخلع وماهيته 05

المطلب الأول: تعريفه وألفاظه 05

أولا: في اللغة 05

ثانيا: في الشرع 06

ثالثا: التعريف الفقهي 08

المطلب الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته 10

أولا: من الكتاب 12

ثانيا: من السنة 12

ثالثا: من الإجماع 13

المطلب الثالث: طبيعة الخلع 13

الفرع الأول: الموقف الفقهي 13

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري 16

المبحث الثاني: شروط الخلع 19

المطلب الأول: قيام الرابطة الزوجية والشروط الواجب توافرها في ملتزم البدل 19

الفرع الأول: الموقف الفقهي 20

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري 24

المطلب الثاني: صيغة الخلع 26

الفرع الأول: الموقف الفقهي 28

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري 33

المطلب الثالث: بدل الخلع 36

الفرع الأول: الموقف الفقهي 37

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري 41

المبحث الثالث: آثار الخلع وتوابعه 47

المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع 47

المطلب الثاني: توابع الخلع 49

الفصل الثاني:

أحكام اخذ العوض في الخلع

المبحث الأول:دعوى نسخ أحكام الخلع ونسخ اخذ العوض فيه 58

المطلب الأول: نقل العلماء عن بكر بن عبد الله المزني 58

المطلب الثاني: الإجماع منعقد على مشروعية الخلع 59

المبحث الثاني: حكم اخذ العوض بسبب كراهية الزوج 61

المطلب الأول: دليل مشروعية العوض 61

الفرع الأول: من الكتاب 61

الفرع الثاني: من السنة 62

المطلب الثاني:الفرع الأول: من الإجماع 62

الفرع الثاني: من القياس 63

المبحث الثالث: حكم اخذ العوض بسبب عضل الزوج زوجته 65

المطلب الأول: حكم اخذ العوض بالعضل ظلما 65

الفرع الأول:. تحريم عضل الرجل زوجته ظلما 65

. دليل الفقهاء على تحريم عضل الرجل زوجته 66

الفرع الثاني: حكم ذلك العوض والخلع 66

. العوض مردود على المرأة والفسخ باطل 68

. العوض يرد على المرأة ويقع الفسخ 68

. العوض يرد على المرأة ويقع الخلع 69

القول الراجح بأن العوض يرد على المرأة 69

المطلب الثاني: حكم اخذ العوض بالعضل بسبب إتيان الفاحشة 73

الفرع الأول: . يجوز للرجل العضل واخذ العوض 73

الفرع الثاني: . لا يحل له اخذ العوض ولا العضل 73

. لا يحل العضل والعوض إلا حين زنى 74

المبحث الرابع: حكم اخذ العوض في الخلع في حالة وفاق الزوجين 76

المطلب الاول: تحريم الخلع وعدم وقوعه مع رد العوض 76

الفرع الاول: دليل التحريم 76

الفرع الثاني: وقوع الخلع مع كراهيته 77

المطلب الثاني: دليل مشروعيته 78

الفرع الاول: جوازية الخلع 79

الفرع الثاني: القول الراجح ومشروعيته 80

الخاتمة: 81

قائمة المراجع: 82

الفهرس: 86