

العلم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

د/ عبد السلام عبد القادر

— جامعة باتنة —

مقدمة:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

المبحث الأول: تعريف الخلع ومشروعيته وحكمه والحكمة من تشريعه

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

الفرع الأول: تعريف الخلع لغة

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

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

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

وفي حديث كعب: إن من توبتي أن أتخلع من مالي صدقة أي أخرج منه جميعه وأنصق به وأعري منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه، وخلع قائده خلعا: أزاله، وخلع الربيعة عن عنقه: نقض عهده، وتخالع القوم: نقضوا الحلف والعهد بينهم.. وخلع امرأته خلعا، بالضم، وخلعا فاختلعت وخلعته: أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له، فهي خالع والاسم الخلعة وقد تخالعا واختلعت منه اختلاعا مختلعة فهي مختلعة أنشد بن الأعرابي:

مولعات بهات وهات، فإن شفاََ رمال أردن منك الخلاعا

شفر مال: قل⁽³⁾.

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

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

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

الفرع الثاني: تعريف الخلع اصطلاحا

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

أولا/ تعريف الخلع عند الحنفية:

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

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

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

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

ثانيا/ تعريف الخلع عند المالكية:

عرف بعض المالكية الخلع بأنه: "طلاق بعوض"⁽⁹⁾.

والذي يحمل على التعريف أنه غير مانع، لأنه يشمل الطلاق على مال وهو وإن اتفق مع الخلع في وجوب البيونة إلا أنهما يختلفان في بعض الأحكام. كما أنه غير جامع، لأنه لا يشمل إلا نوعا واحدا من الخلع، وهو الخلع الذي يكون بعوض، مع أن الطلاق بلفظ الخلع بلا عوض خلع صحيح، والتعريف بما هو عليه يسقطه.

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

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

عن الوجه الثاني: أن التعريف يشملته لأنه من لوازم كونه خلعا جريان أحكامه عليه، ومنها سقوط نفقتها أيام عدتها، وهذا عوض محقق وإن لم يدخل عليه (10).

ثالثا / تعريف الخلع عند الشافعية:

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

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

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

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

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

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

رابعا: تعريف الخلع عند الحنابلة:

عرف بعضهم بأنه: "قراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة" (13).

فالخلع عندهم يجب أن يكون تظهير عوض، ويروي عن عبد الله بن أحمد ما يفيد أنه يمكن أن يكون بلا عوض⁽¹⁴⁾.

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

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

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

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

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

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

- أن يكون الخلع حال قيام الزوجية.

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

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

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

المطلب الثاني: مشروعية الخلع

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

ودليل مشروعيته ثابت بالكتاب والسنة والإجماع والأثر.

الفرع الأول: مشروعية الخلع من الكتاب

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

المرأة أن لا تؤدي حق الله في طاعته نكراهيتها العيش معه، لأسباب قد تكون جدية مردها إلى خلقته أو خلفه أو دينه أو حتى قوته وضعفه، فيكون لها سلوك هذا السبيل⁽¹⁸⁾ ولا حرج في ذلك.

الفرع الثاني: مشروعية الخلع من السنة

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

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

الفرع الثالث: مشروعية الخلع من الإجماع:

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

الفرع الثالث: مشروعية الخلع من الأثر

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

وعن سفيان الثوري والحارث عن أيوب بن تميم السخيتاني عن كثير مولى بن سمرة بنحو هذا الحديث وقد قال: 'عمر لزوجها اخلعها ولو من قرطها' (24).

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

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

المطلب الثالث: حكم الخلع

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

الفرع الأول: حكم طلب الخلع من الزوجة

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

أولاً- الخلع المباح: الأصل في الخلع أن يكون مباحاً إذا كرهت الزوجة

زوجها لسبب مشروع كنقص في دينته أو في أدائه لواجباته الشرعية، أو لكير في سنه أو ذمامة أو قبح في خلقه. وخافت أن يؤدي بها ذلك إلى تفريط بحقه؛ إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة، وخافت ألا تؤدي حقه، جاز أن تخالعه على عوض، لقوله عز وجل: "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"⁽²⁶⁾. وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلق أو خلقه أو دينه أو كبره أو نحو ذلك وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفندي به نفسها منه لقوله تعالى: "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"⁽²⁷⁾.

ثانياً- الخلع المكروه: وقد يعترى الخلع الكراهة، إذا كانت العلاقة بين

الزوجين جيدة، والحياة مستقرة والعشرة حسنة، ولا يوجد ما يدعو إلى طلبه سوى أن الزوجة كانت في نفسها ميل إلى غيره مثلاً، فرغبت في الخلع لتكبح غيره لقوله صلى الله عليه وسلم: "المختلعات المنتزعات هن المنافقات"⁽²⁸⁾. أي التي تخالعت زوجها لميلها إلى غيره⁽²⁹⁾. ولو خالعه لغير ما ذكرناه كره لها ذلك ووقع الخلع⁽³⁰⁾..

ثالثاً- الخلع المحرم: قد يكون الخلع حراماً إذا كان من غير بأس لقوله

صلى الله عليه وسلم: "أبما امرأة سألت زوجها الطلاق بغير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁽³¹⁾. وقوله صلى الله عليه وسلم: "أبما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس

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

الفرع الثاني: حكم طلب الخلع من الزوج: قد يكون طلب الخلع من

الزوج مباحا كما قد يكون حراما.

أولا/ الخلع المباح بطلب من الزوج(34):

يباح للزوج طلب المخالعة من زوجته على مال تدفعه له إذا رأى منها ما يدعو إلى ذلك، ولما كان له أن يضيق عليها في مثل هذه الحالة لتطلب الخلع منه، فكان جوازه من غير تضيق أولي.

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

ثانيا/ الخلع المحرم بطلب من الزوج: إذا كان طلب الخلع من الزوج

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

المطلب الرابع: الحكمة من تشريع الخلع

الحكمة من تشريع الخلع⁽³⁷⁾ تتمثل في رفع الضرر عن الزوجة، وتمكينها من الخلاص من زوجية بات الغرض منها مفوتا ببطل تنفعه لزوجها - باعتبار انفور قد جاء من جانبها- ولعل هذا ما أشارت إليه الآية الكريمة إن صح فهمها في قوله تعالى: " فإن خفتم ألا بقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افكتت به"⁽³⁸⁾، وما أشار إليه الحديث النبوي الشريف بشأن امرأة ثابت بن قيس عندما قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم: "يا رسول الله ما أنعم على ثابت في دين ولا خلق إلا إني أخاف الكفر"⁽³⁹⁾. وما فهمه ابن قدامة عندما قال: "والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من نكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاه بأدناها"⁽⁴⁰⁾.

المبحث الثاني: أركان الخلع

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

المطلب الأول: المخالعة

المخالعة ويسمى الخالعة وهو الزوج، ويلزم فيه أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق، بأن يكون بالغاً عاقلاً راشداً عند الجمهور⁽⁴³⁾، وضابطه أن كل من صح طلاقه صح خلعه، ومنه من لا يصح طلاقه ولا يصح خلعه كالصبي والمجنون والمعوه ومن اختل عقله لمرض أو كبر سن وقد عبرت المذاهب عن وجهة نظرها بالقول: "وشرطه كالطلاق وهو أهنية الزوج"⁽⁴⁴⁾، "وموجبه زوج مكلف، أو وكيله لا صبي ولا مجنون"⁽⁴⁵⁾، وشرطه زوج يصح طلاقه⁽⁴⁶⁾، "ويصح الخلع ويلزم ممن يقع طلاقه"⁽⁴⁷⁾.

المطلب الثاني: المختلعة

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

ولكن ماذا لو كانت صغيرة أو كبيرة مجنونة أو سفية أو مريضة مرض

الموت؟

الفرع الأول: مخالعة الزوجة لنفسها

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

أولا/ أن تكون المختلعة زوجة شرعا(48):

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

ثانيا/ أن كون المختلعة أهلا للتبرع:

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

الفرع الثاني: خلع الصغيرة والسفيمة والمجنونة والمریضة مرض الموت.

أولاً - خلع الصغيرة والسفيمة والمجنونة:

إذا كانت المختلعة صغيرة أو سفيمة أو مجنونة لم يصح الخلع منها ولا من وليها أيا كان أو غيره: فأما المحجور عليها لسهة أو صغير أو جنون فلا يصح بدل العوض منها في الخلع لأنه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لأنه ليس له إذن في التبرعات وهذا كالتيرع⁽⁵⁰⁾.

ثانياً - خلع المريضة مرض الموت:

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

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

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

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

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

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

المطلب الثالث: الصيغة

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

الفرع الأول: صيغة الخلع اللفظية: اختلف الفقهاء حول الصيغة اللفظية

التي يقع بها الخلع على النحو الآتي:

أولاً - الأحناف: يرى الأحناف أن ألفاظ الخلع خمسة وهي: خالعتك، باينتك،

بارأتك، فارتكتك، وطلقتي نفسك على كذا. ويزاد على هذا اللفظ البيع والشراء كبعت نفسك أو طلاقك على كذا. وقالوا: الواقع يلفظ ببيع النفس أو بلفظ المبارأة، الواقع بهذه الألفاظ: طلاق بائن ولو بلا مال، ولكن يشترط أن ينوي بها الطلاق، لأنه من ألفاظ الكنايات فيقع به الطلاق مع النية... فإذا كان بلا مال، أو بطل وجوب المال إذا ذكر، فالواقع به الطلاق رجعي⁽⁵⁶⁾.

ثانياً - المالكية: يرى المالكية أن الخلع يقع بلفظه أي بلفظ الخلع - أو

بما في معناه ومن الألفاظ التي في معناه الصلح والإبراء والافتداء. غير أن هذه الألفاظ توجد بعض الفروق فيما بينها بالنسبة لتبذل الذي تبذله المرأة، جاء في المدونة: قال مالك: المبرأة التي تبارئ زوجها قبل أن يدخل بها فتقول: خذ الذي لك وتاركني ففعل فهي طلقة وقد قال ربيعة ينكحها إن لم يكن زاد على المبرأة ولم يسم طلاقاً ولا البينة في مبرأته (قال) وقال مالك والمختلعة التي تخلع من كل الذي لها والمفتدية التي تعطيه بعض الذي لها وتمسك بعرضه قال مالك: وهذا كله سواء. (57)

ثالثاً: الشافعية: ويرى الشافعية أن الخلع يقع بصرائح الطلاق كما يقع

بكنائياته مع النية بناء على أنه طلاق (58).

رابعاً: الحنابلة:

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

والراجع أن الخلع يقع دونما اشتراط لوقوعه لفظاً معيناً أو صيغة معينة. فكل فرقة بعوض وتراض بين الزوجين هي صيغة صحيحة سواء كانت بلفظ الخلع أو غيره (60).

الفرع الثاني: صيغة الخلع بالمعاطاة

اختلف الرأي حول صحة الخلع بالمعاطاة (61)، فمنهم من قال بجوارده ومنهم

من قال بعدم جوارده.

أولاً / القائلون بالجواز: وبه قال المالكية وبعض الحنابلة.

