جامعة الأزهر

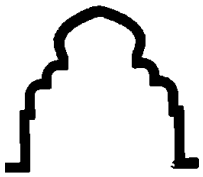
كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات

بالإسكندرية

الفرقة بين الزوجين بالخُلع

دكتورة

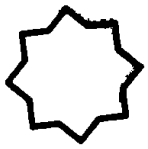
وفاء حسنة بكر



قالى تعالى:

" وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إلا أَنْ يَخَافَا ألا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ ألا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ "

صدق الله العظيم «البقرة ٢٢٩»



﴿١٢٩﴾

المقدمة

أحمد الله سبحانه وتعالى على توفيقه وهدايته، وأشكره على عظيم فضله وجزيل احسانه، وأصلى وأسلم على صفوته من خلقه وحبيبه ومجتباه سيدنا ومولانا محمد بن عبد الله، صلوات الله وسلامه عليه وعلى من والاه.

وبعد:

ان من سمات التشريع الإسلامى أنه أتى لكل زمان ومكان، تشريع عام لكل الناس ولجميع البيئات، فلابد أن يضع من العلاج ما يصلح لكل طائفة ويلائم كل نوع.

ولقد أباح الله تبارك وتعالى لعباده المؤمنين الزواج ليكون التآلف والمحبة بين الرجل والمرأة، فقال تعالى «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً»(١).

وأمر عز وجل بحسن العشرة فيه فقال «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»(٢) وقال «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ»(٣) وملك الأزواج أمر الزوجات بما جعل إليهم من الطلاق ونهاهم أن لا يعتدوا فيما جعل إليهم من ذلك فقال «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا»(٤) وقال تعالى «فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ

---

(١) سورة الروم آية ٢١.
(٢) النساء/ ١٩.
(٣) البقرة/ ٢٢٨.
(٤) البقرة/ ٢٣١.

﴿١٣٠﴾

تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»[1] فإن أحب الرجل المرأة أمسكها وان كرهها فارقها.

وأيضاً: إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدى حق الله تعالى فى طاعته فقد أجاز لها التشريع الإسلامى أن تتخذ لنفسها سبيلاً، ولكن بشرط أن تعوض الزوج عما لحق به من غرم مالى كى تتحقق العدالة وينتفى الاحتيال.

ومع أن الاسلام قد أباح للزوجة طلب الافتداء، إلا أنه حذرها من قطع رابطة الزوجية لمجرد هوى أو نزوة، ولهذا يقول النبى صلى الله عليه وسلم «أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة»[2].

ومما دعانى للكتابة فى هذا الموضوع «الفرقة بين الزوجين بالخلع»، ما رأيته من اختلاف الناس بين مؤيد ومعارض عند اقرار القانون المصرى له مؤخراً.

لذا رأيت أن أكتب فيه لأبين الأدلة الشرعية على جوازه وآراء الفقهاء واختلافهم فيما ورد بشأنه.

أما عن المنهج الذى اتبعته فى البحث فهو منهج المقارنة وكان على النحو التالى:

---

(١) البقرة/ ٢٢٩.

(٢) أخرجه أبو داود فى سننه باب الخلع جـ ٢ رقم ٢٢٢٦، وابن ماجة فى كتاب الطلاق رقم ٢٠٥٥ باب كراهية الخلع للمرأة والترمذى فى سننه جـ ٣ رقم ١١٨٧، وقال أبو عيسى هذا حديث حسن، مطبعة دار الحديث.

بيان المسألة المتفق عليها بين الفقهاء، ثم المختلف فيها، ثم ذكر سبب الخلاف مع بيان أدلة كل فريق ومناقشة الأدلة والرد على بعضها، ثم ترجيح لبعض الآراء بالحجج والأدلة.

خطة البحث:

تشتمل على: مقدمة وسبعة مباحث وخاتمة.

المبحث الأول في: حقيقة الخلع وحكمه.

المبحث الثاني في: الفاظ الخلع والتكييف الفقهي له.

المبحث الثالث في: حكم أخذ العوض فيه.

المبحث الرابع في: ثبوت الرجعة فيه.

المبحث الخامس في: وقوع الطلاق على المختلعة.

المبحث السادس في: ما يصلح عوضاً فيه ويشتمل على

أولاً: حكم الخلع على مال غير متقوم.

ثانياً: حكم الخلع على المجهول وما فيه غرر.

المبحث السابع في: من يجوز له الخلع.

الخاتمة: وتشتمل على أهم نتائج البحث.

وأسأل الله عز وجل العون والسداد والتوفيق اللهم مدنا بعونك وأجزل علينا العطاء بفضلك فإنك تعطى الكثير دون مقابل وأسألك أن تجعل هذا العمل خالصاً لوجهك الكريم وأن تنفع به كل من أراد أن يطلع عليه، وأن تجعله موضع قبول من الجميع إنك سميع قريب.

دكتورة
وفاء حسنى بكر
مدرس الفقه المقارن
كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات
الاسكندرية

﴿١٣٢﴾

المبحث الأول

حقيقة الخلع

الخلع لغة: النزع، والنزع اخراج الشئ من الشئ. يقال: خلع الشئ يخلعه خلعاً واختلعه: كنزعه، والخلعة من الثياب: ما خلعته فطرحته.

وخلع: بضم اللام: ترك الحياء وركب هواه.

وخَلع الرجل امرأته خُلعاً بالضم وخلاعا فاختلعت، وخَالعتُهُ:

أى أزالها عن نفسه، وفى الدعاء: ونخلع ونهجر من يكفرك، والخلع بالضم: الاسم، وبالفتح المصدر.

قال ابن الأعرابى

مولعات بهات هات فإن شَفّ[1]

فر مال أردن منك الخلاعا[2]

تعريفه شرعاً:

عرف الحنفية الخلع: بأنه إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع، ومعنى إزالة

---

(١) شفّ مال: أى قل.

(٢) راجع لسان العرب لابن منظور جـ ٢ ص ١٢٣٢ باب الخاء طبعة دار الشعب، المعجم الوجيز لمجمع اللغة العربية حرف الخاء ص ٢٠٨ طبعة وزارة التربية والتعليم، مختار الصحاح للرازى باب العين فصل الخاء ص ٢٨٥ مطبعة دار احياء الكتب العربية، المصباح المنير للمقرى الفيومى كتاب الخاء ص ١٧٨ دار المعارف.

﴿١٣٣﴾

ملك النكاح: اى اخراج الزوجة من النكاح وذلك بإخراجها من سائر الأحكام[١].

وعرفه المالكيه: بأنه بذل المرأة العوض على طلاقها[٢]، وعرفه بعضهم بأنه طلاق بعوض[٣].

وعرفه الشافعية: بأنه افتراق الزوجين على عوض[٤].

وعرفه الحنابلة: بأنه فراق زوج زوجته بعوض بألفاظ مخصوصة[٥].

ومن خلال التعاريف السابقة نجد أن الفقهاء قد اتفقوا على أنه فراق بعوض، وسمى ذلك الفراق خلعاً لأن الله تعالى جعل النساء لباساً للرجال، والرجال لباساً لهن فقال تعالى «هن لباس لكم وأنتم لباس لهن»[٦] فإذا افتدت

---

(١) راجع شرح فتح القدير على الهداية لابن الهمام جـ ٤ ص ٥٨ طبعة دار احياء التراث العربى، بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٤ ص ١٩٠٨ مطبعة الإمام بمصر حاشية رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٤٣٩، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم جـ ٤ ص ٧٧ مطبعة دار الكتاب الإسلامى.

(٢) راجع بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٧٨ مكتبة الكليات الأزهرية، مقدمات ابن رشد بهامش المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٥٦، مطبعة دار الفكر.

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفه الدسوقى جـ ٢ ص ٣٤٧ مطبعة دار الفكر، بلغة السالك لأقرب المسالك جـ ٢ ص ١٤٨، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للشيخ صالح الأزهرى جـ ١ ص ٣٣٠ مطبعة دار الفكر.

(٤) راجع الحاوى الكبير للماوردى جـ ١٠ ص ٤ مطبعة دار الكتب العلمية، بجيرمى على الخطيب للشيخ سليمان البجيرمى جـ ٣ ص ٤١٠ مطبعة مصطفى الحلبى.

(٥) راجع شرح منتهى الإرادات للبهوتى جـ ٣ ص ٥٧ مطبعة دار الفكر كشاف القناع للبهوتى جـ ٥ ص ٢١٢ مطبعة دار الفكر.

(٦) سورة البقرة آية ١٨٧.

﴿١٣٤﴾

المرأة نفسها بمال فأجابها زوجها بانت منه وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه.

وأرى أن تعريف ابن رشد القرطبى المالكى هو أفضل ما ورد من هذه التعريفات حيث جاء موضحاً ممن يكون العوض بقوله: بذل المرأة العوض.

وقد ترك الفقهاء تعريف النوع الآخر من الخلع، وهو الخلع بغير عوض وذلك لأنه بديهيا.

حكم* الخلع

الخلع على ضربين

إحداهما: أن يكون عن سبب كأن تكره المرأة من زوجها سوء خلقه

---

* الحكم لغة: القضاء وأصله المنع، وينقسم إلى خمسة أقسام ١- عقلى ٢- حسى ٣- لغوى ٤- عادى ٥- شرعى، والأخير هو ما يعنينا، وقد عرف الأصوليون الحكم الشرعى بأنه خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع. وعند الفقهاء: مدلول خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع، كما فى قوله تعالى: «وأقيموا الصلاة» فالنص نفسه هو الحكم عند الأصوليين أما عند الفقهاء فهو الأثر المأخوذ من هذا النص. ومعنى بالاقتضاء: أى الطلب، وهو إما طلب الفعل أو طلب الترك، فطلب الفعل إن كان جازماً مقتضياً للوعيد على الترك فهو الإيجاب، وإن كان غير جازم فهو الندب، وطلب الترك إن كان جازماً مقتضياً للوعيد على الفعل فهو التحريم وإن كان جازماً فهو الكراهة، ومعنى التخيير: أن يأتى الخطاب بتخيير المكلف بين الفعل والترك فهذا هو الإباحة ومعنى الوضع: أى الخطاب المتعلق بجعل الشيئ سبباً لشئ آخر أو شرطاً أو مانعاً، أو الحكم بنحو صحة أو فساد أو غير ذلك. من هذا التعريف يتبين أن الحكم الشرعى ينقسم إلى قسمين الأول: الحكم التكليفى ومتعلقة الأحكام الخمسة: الوجوب، التحريم، الندب، الكراهة الإباحة، والثانى: الحكم الوضعى ويسمى خطاب الأخبار، لأن الله تعالى يخبرنا فيه بوضع شئ سبباً لشئ آخر، كدلوك الشمس الذى هو سبب لوجوب الصلاة - أو شرطاً له أو مانعاً منه. (راجع شرح التلويح على التوضيح للتفتازانى جـ ١ ص ١٧، ٢٠، ٢٦، مطبعة محمد على صبيح، حاشية العلامة

أو سوء فعله أو قلة دينه أو قبح منظره أو عجزه عن المال أو الاستمتاع، فترى لكراهتها له بأحد هذه الوجوه أن تفتدى نفسها منه فتخالعه على مال.

الثانى: أن يكون عن غير سبب.

أولاً: حكمه عند الفقهاء إذا كان عن سبب

اختلف الفقهاء فى حكم الخلع عند وجود سببه على أربعة أقوال.

القول الأول: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية أن الخلع جائز وينفذ ما دام النشوز من جهة المرأة وإن لم يأذن به القاضى[1].

= التفتازانى وحاشية الشريف الجرجانى جـ ١ ص ٢٢٠: ٢٢٥، دار الكتب العلمية).

(١) راجع المبسوط للسرخسى جـ ٦ ص ١٧١ مطبعة دار المعرفة حاشية رد المحتار جـ ٣ ص ٤٤٥ البحر الرائق لابن نجيم جـ ٤ ص ٧٨، مختصر اختلاف العلماء للطحاوى جـ ٢ ص ٤٨٤ مسألة ٩٨ دار البشائر الاسلامية، بدائع الصنائع لكاسانى جـ ٤ ص ١٨٩٤ مطبعة الإمام بمصر، ملتقى الأبحر لإبراهيم بن محمد جـ ١ ص ٢٨٠ مؤسسة الرسالة، المدونة الكبرى للإمام مالك جـ ٢ ص ٢٣١، بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٧٨، بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوى جـ ٢ ص ١٤٨، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٨٦، المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٤٨٩، تكملة المجموع شرح المهذب للاستاذ محمد المطيعى جـ ٦ ص ٦ مطبعة الإمام بمصر، بجيرمى على الخطيب للبجيرمى جـ ٣ ص ٤١١، روضة الطالبين للنووى جـ ٥ ص ٦٨٠ مطبعة دار الكتب العلمية، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥١، المقنع لابن قدامة ص ٢٢٦ مطبعة دار الكتب العلمية، كشاف القناع للبهوتى جـ ٥ ص ٢١٢، مجموعة فتاوى ابن تيمية جـ ٤ ص ١٢٤، المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٦ دار التراث، السيل الجرار جـ ٢ ص ٣٧٠، الأحكام الجعفرية فى الأحوال الشخصية للحلى ص ٩٤ دار الرقى.

والثانى: ما ذهب إليه الحسن البصرى وابن سيرين وسعيد بن جبير: أن الخلع جائز بشرط صدور إذن من القاضى(١).

الثالث: ما ذهب إليه بكر بن عبد الله المزنى التابعى أن الخلع لا يحل لأنه منسوخ(٢).

الرابع: ما ذهب إلي أبو قلابة أن الخلع لا يحل إلا إذا أتت بالفاحشة(٣).

الأدلـــة

استدل الفريق الأول بالقرآن والسنة واجماع الصحابة والقياس.

أولاً: القرآن

قوله تعالى: «وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إلا أَنْ يَخَافَا أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا»(٤).

---

(١) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٨٩٤، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٢، البحر الزخار لابن المرتضى جـ ٣ ص ١٧٨.

(٢) فتح القدير على الهداية جـ ٤ ص ٥٨، بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٧٨ المغنى جـ ٧ ص ٥١، المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٦، نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ٢٤٧ مطبعة دار التراث، فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر جـ ٩ ص ٣٢٥ دار احياء التراث العربى.

(٣) فتح البارى لابن حجر جـ ٩ ص ٣٣٠، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥١، المحلى لابن حزم جـ ١ ص ٢٣٦.

(٤) البقرة /٢٢٩.

وجه الدلالة من هذه الآية:

دلت هذه الآية على جواز الخلع عند الخوف من إقامة حدود الله، لأن الله سبحانه وتعالى خاطب الأزواج وحذرهم أن يأخذوا من أزواجهم ما آتوهم من الصداق بغير طيب نفس، ثم قال «إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» والخوف ها هنا بمعنى الظن، وتقديره: إلا أن يظنا ألا يقيما حدود الله.

وقد فسر العلماء قوله تعالى «إِلا أَنْ يَخَافَا أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» الخوف من أن يكره كل واحد منهما الآخر، وقيل: الخوف من الزوجة أن لا تطيع للزوج أمراً، ومن الزوج ألا يؤدى لها حقا[1].

ثانياً: السنة:

ما رواه البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما: أن امرأة ثابت بن قيس أتت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين ولكنى أكره الكفر فى الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتردين عليه حديقته؟» فقالت: نعم، قال رسول الله

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى جـ ٢ ص ٢٦٧ مطبعة المعرفة، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٥٨، أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٢ مطبعة دار الفكر، بيروت، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٧٨، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٨٦، تفسير القرآن العظيم لابن كثير جـ ١ ص ٢٧٣ مطبعة التراث الإسلامى، بجيرمى على الخطيب للبجيرمى ص ٣ ص ٤١١، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٤، المغنى جـ ٧ ص ٥١، كشاف القناع للبهوتى جـ ٥ ص ٢١٢، الفروع لابن مفلح جـ ٥ ص ٣٤٣ مطبعة عالم الكتب، سبل السلام للصنعانى جـ ٣ ص ١٠٧٣، المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٤٣، السيل الجرار جـ ٢ ص ٣٧٠.

﴿١٣٨﴾

صلى الله عليه وسلم «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[١].

وفى رواية عن عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبه بنت سهل عند بابه فى الغلس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما شأنك؟» قالت: لا أنا ولا ثابت لزوجها فلما جاء ثابت قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم «هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر» وقالت حبيبة: يا رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطانى عندى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس «خذ منها» فأخذ منها وجلست فى أهلها[٢].

---

(١) اختلف المحدثين فى امرأة ثابت بن قيس فذكر البخارى انها جميلة ووقع فى رواية لإبن الزبير أن اسمها زينب بنت عبد الله بن أبى بن سلول والرواية الأولى أصح لاسنادها وثبوتها من طريقين وبذلك جزم الدمياطى، وقال البيهقى اضطرب الحديث فى تسمية امرأة ثابت ويمكن أن يكون الخلع تعدد من ثابت، وقال ابن عبد البر اختلف فى امرأة ثابت فذكر البصريون أنها جميلة بنت أبىّ وذكر المدنيون انها حبيبة بنت سهل، قال الحافظ: الذى يظهر لى أنهما قصتان وقعتا لامرأتين. لشهرة الخبرين وصحة الطريقين بخلاف ما وقع فى تسمية جميلة ونسبتها فإن سياق قصتها متقارب فأمكن رد الاختلاف فيه والحديث الأول: أخرجه البخارى فى الخلع وكيف الطلاق فيه جـ ٣ ص ٢٧٣، والبيقهى فى كتاب الخلع والطلاق جـ ٧ ص ٣١٤، دار الفكر، والزيلعى فى نصب الراية جـ ٣ ص ٢٤٥ المكتبة الإسلامية والنسائى فى سننه باب ما جاء فى الخلع جـ ٦ ص ١٦٩.

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ ص ٤٦٨، وأخرجه أيضا أصحاب السنن منهم البيهقى جـ ٧ ص ٣١٣، والنسائى جـ ٦ ص ١٦٩، وأبو داود فى سننه باب فى الخلع رقم ٢٢٢٧ جـ ٢ ص ٢٦٨، وانظر فتح البارى لابن حجر جـ ٩ ص ٣٢٨، وبلوغ المرام لابن حجر ص ٢٦٥.

﴿١٣٩﴾

وجه الدلالة من الحديث

دلت الروايتان على جواز الخلع وصحته وأنه يحل أخذ العوض من المرأة لقول النبى صلى الله عليه وسلم «خذ منها» والمعنى: خذ منها ما أعطيته لها وطلقها[١].

وقولها أكره الكفر فى الإسلام: أى أكره من الإقامة عنده أن أقع فيما يقتضى الكفر، والمراد: ما يضاد الإسلام من النشوز وبغض الزوج وغير ذلك، أطلقت على ما ينافى خلق الإسلام الكفر مبالغة، ويحتمل غير ذلك، أما الدليل على جواز الخلع دون السلطان فهو: قول النبى صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت أتردين عليه حديقته فقالت نعم «فقال للزوج خذها وفارقها» فلم يسألهما النبى صلى الله عليه وسلم عن إقامتهما لحدود الله ولا خاطب الزوج بقوله اخلعها بل كان يخلعها منه ويرد عليه حديقته وان أبيا أو واحد منهما كما أسندت فرقة المتلاعنين إلى الحاكم لم يقل للملاعن خل سبيلها بل يفرق بينهما كما روى عن سهل بن سعد أن النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين، وقال فى حديث آخر «لا سبيل لك عليها» ولم يرجع ذلك إلى الزوج فثبت بذلك جواز الخلع دون السلطان[٢].

---

(١) راجع شرح فتح القدير لابن الهمام جـ ٤ ص ٦٣، تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٢ ص ٢٦٨، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٨٦ الحاوى الكبير للموواردى جـ ١٠ ص ٤، تكملة المجموع جـ ١٦ ص ٦، بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١١ المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٢، سبل السلام للصنعانى جـ ٣ ص ١٠٧٣، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٢.

(٢) راجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٥.

﴿١٤٠﴾

ومن الأثر: ما رواه عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد ابن عقيل أن الربيِّع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها «اختلعت من زوجها بكل شئ تملكه فخوصم فى ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه، وأمره أن يأخذ عقاص[1] رأسها فما دونه»[2].

وجه الدلالة من الأثر

هذا الأثر يبين أن الخلع قد وقع دون علم عثمان به فلم ينكره، فدل على جوازه بدون علم الحاكم.

ثالثاً: الإجماع:

قال بجواز الخلع عمر وعثمان وعلى وغيرهم من الصحابة لم يعرف لهم فى عصرهم مخالفاً فيكون اجماعاً.

قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحداً خالف إلا بكر بن عبد الله المزنى فإنه لم يجزه وزعم أن الخلع منسوخ.

---

(١) العقاص: جمع عقصة وهو ما يربط به شعر الرأس بعد جمعه (راجع لسان العرب لابن منظور جـ ٤ ص ٣٠٤١).

(٢) اخرجه عبد الرزاق فى مصنفه من طريق معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل، كما أخرجه أيضاً من طريق معمر عن أيوب عن نافع جـ ٦ رقم ١١٨١١، ١١٨١٢، وأخرجه أيضاً البيهقى فى السنن الكبرى عن طريق روح عن عبد الله ابن محمد بن عقيل جـ ٧ ص ٣١٥ وأخرجه الزيلعى فى نصب الراية جـ ٣ ص ٢٤٤ ط ثانية.

رابعاً: القياس:

لما جاز أن يملك الزوج البضع بعوض، جاز أن يزيل ملكه عنه بعوض كالشراء والبيع، فيكون عقد النكاح كالشراء والخلع كالبيع[١].

أدلة الفريق الثانى:

استدل من قال بتوقف صحته على صدور إذن من القاضى بالكتاب.

قال تعالى: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»[٢].

وجه الدلالة من الآية:

فى هذه الآية دليل على أن الخلع المشروع مشروط بخوف الأئمة والحكام إذ هم المخاطبون بقوله: فإن خفتم، فتوقف على إذنهم[٣].

أدلة القول الثالث

استدل من قال بحرمة الخلع بالقرآن والسنة.

فمن القرآن

---

(١) راجع تبين الحقائق للزيلعى جـ ٢ ص ٢٦٨، البدائع جـ ٤ ص ١٨٩٤ الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٨٦، الحاوى الكبير للماوردى جـ ١٠ ص ٤، ٥ بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١١، نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ٢٤٧، فتح البارى جـ ٩ ص ٣٢٦ المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥١: ٥٢، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٣.

(٢) البقرة /٢٢٩.

(٣) راجع شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٠٢.

﴿١٤٢﴾

قوله تعالى: «وَإِنْ أَرَدتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا»(١).

وجه الدلالة من الآية:

دلت هذه الآية على تحريم الخلع ونسخ ما تقدم من أباحته في قوله تعالى: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»(٢).

ومن السنة

١- ما رواه الحسن البصرى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: «المنتزعات والمختلعات هن المنافقات»(٣).

---

(١) النساء/ ٢٠، ٢١.

(٢) راجع فتح القدير على الهداية جـ ٣ ص ٢٠٠، احكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٢، تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٣٢٧، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٧٨ الحاوى الكبير للماوردى جـ ١٠ ص ٤، ٥، فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر جـ ٩ ص ٣٢٥، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥١، نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ٢٤٧.

(٣) سند الحديث كما رواه النسائى فى سننه أخبرنا إسحاق بن ابراهيم قال أنبأنا المخزومى وهو المغيرة بن سلمة قال حدثنا وهيب عن أيوب عن الحسن عن أبى هريرة... الحديث قال الحسن لم أسمعه من غير أبى هريرة، قال أبو عبد الرحمن الحسن لم يسمع من أبى هريرة شيئا، ورواه الترمذى بلفظ «المختلعات هن المنافقات» قال أبو عيسى حديث غريب وليس اسناده بالقوى، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد روى من طريق قيس بن الربيع وثقة الثورى وشعبة وفيه ضعف وبقية رجاله رجال الصحيح راجع سنن الترمذى جـ ٣ رقم ١١٨٦، سنن النسائى بشرح السيوطى جـ ٦ ص ١٦٨، والسنن الكبرى للبيهقى جـ ٧ ص ٣١٦، مجمع الزوائد للهيثمى جـ ٥ ص ٥ مكتبة القدسى، نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦

﴿١٤٣﴾

٢- ماروا أبو قلابة عن أسماء الرحبى عن ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»(١).

وجه الدلالة من الحديثين:

دل الحديثان على حرمة الخلع لوصفه المختلعة فى الحديث الأول بالمنافقة وفى الحديث الثانى الوعيد الشديد لسائلة زوجها الطلاق من غير بأس(٢).

أدلة القول الرابع

استدل القول الرابع على ان الخلع لا يحل إلا عند الفاحشة بالقرآن.

قال تعالى " وَلا تَعْضُلوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إلا أنْ يَأتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ "(٣).

وجه الدلالة من الآية:

دلت الآية على أن الخلع لا يحل إلا إذا أتت بالفاحشة والفاحشة المبينة هى الزنا(٤).

= ص ٢٥١ دار التراث.

(١) رواه أبو داود فى باب الخلع جـ ٢، ٢٢٢٦، وابن ماجة باب كراهية الخلع رقم ٢٠٥٥، والترمذى فى سننه جـ ٣ رقم ١١٨٧ وقال أبو عيسى هذا حديث حسن، ورواه البيهقى فى كتاب الخلع والطلاق جـ ٧ ص ٣١٦.

(٢) راجع المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٦.

(٣) النساء /١٩.

(٤) راجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٢، فتح البارى جـ ٩ ص ٣٣٠، نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٤٨، المغنى جـ ٧ ص ٥١.

﴿١٤٤﴾

المناقشة

ناقش الفريق الأول وهم (الجمهور) أدلة الفريق الثانى فقالوا: إن قوله تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» ليس خطاب للحكام فقط بل يتناول الحكام والأولياء.

ثم ناقشوا أدلة الفريق الثالث فقالوا:

دعوى النسخ الوارد فى قوله تعالى «وإن أردتم استبدال زوج» لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع، وأن الآية الناسخة متأخرة عن قوله تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» ولم يثبت شئ من ذلك، ومع هذا فإن النهى الوارد فى قوله تعالى «فلا تأخذوا منه شيئاً» متعلق بما إذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها، وكان النشوز من جانبه، أما قوله تعالى «فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به» فمطلق فكيف تكون الآية الأولى ناسخة لهذه[1]. أما ما استدل به هذا الفريق من حديث أبى هريرة فهو منقطع، لأن الحسن البصرى لم يسمع من أبى هريرة، وقد صرح بذلك فسقط الاحتجاج به.

وما استدلوا به من حديث أبى قلابة «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق» فلا حجة فى الاستدلال به على عدم مشروعية الخلع، لأنه ليس فيه إلا الوعيد لسائلة الطلاق من غير بأس، وليس فى البأس أعظم من أن يخافا

---

(١) راجع فتح التقدير على الهداية جـ ٤ ص ٦٢، أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٢، الحاوى الكبير للماوردى جـ ١٠ ص ٤، ٥ ، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٢.

ألا يقيما حدود الله فى الزوجية[1].

ثم ناقشوا أدلة الفريق الرابع - الذى قال أن الخلع مشروط بإتيان الزوجة بالفاحشة - فقالوا:

إن قوله تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» وما جاء فى قصة امرأة ثابت من أنها طلبت فراق زوجها لبغضها إياه وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجها بفراقها بعد أن ردت عليه ما أصدقها نص فى محل النزاع فيجب العمل به.

اما ما ورد فى قوله تعالى «إلا أن يأتين بفاحشة مبينة» فمقصور على ما إذا كان النشوز من قبله قاصداً الإضرار بها[2].

الرأى الراجح

وبعد النظر فيما ورد من أراء وما استدل به كل رأى نرى ترجيح ماذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز الخلع لما فيه من رفع الحرج والظلم وهذا ما نادى به التشريع الإسلامى.

وما فعله الصحابة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم خير دليل على إجازته من هذا ما روى أيوب عن كثير مولى سمرة أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة ناشز فأمر بها إلى بيت كثير الزبل فحبسها فيه ثلاثا ثم دعاها، فقال كيف وجدت مكانك؟ قالت: ما وجدت راحة مذ كنت عنده إلا هذه الليالى التى

---

(١) راجع المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٦.

(٢) راجع احكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٢.

حبستني، فقال لزوجها: اختلعها ولو من قرطها[١].

وروى عن عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت معوز بن عفراء حدثته قالت: كان لي زوج يقل على الخير إذا حضر، ويحرمني إذا غاب، قالت: وكانت مني زلة يوماً، فقلت: أخلع منك بكل شئ 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[٢].

فهذه قضية امامين بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخلع لم يخالفهما فيه من الصحابة أحد فدل على إجماعهم على ثبوت حكمه.

ثانياً: حكم الخلع إذا كان عن غير سبب

الخلع بغير سبب هو : أن لا يكون من أحد الزوجين تقتصر في حق صاحبه ولا كراهة له.

وقد اختلف فيه الفقهاء على قولين:

القول الأول: يصح الخلع إذا كان من غير سبب وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية وهو قول الثورى والأوزاعى[٣].

---

(١) رواه البيهقى فى السنن الكبرى جـ ٧ ص ٣١٥ كتاب الخلع والطلاق.

(٢) رواه البيهقى فى السنن الكبرى جـ ٧ ص ٣١٥ كتاب الخلع والطلاق.

(٣) راجع شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٥٨ ملتقى الأبحر جـ ١ ص ٢٨٠، المدونة الكبرى للإمام مالك جـ ٢ ص ٢٣١، بلغة السالك جـ ٢ ص ١٤٨، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٧، بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١١ تكملة المجموع جـ ١٦ ص ٦، روضة الطالبين للنووى جـ ٥ ص ٦٨١.

إلا أن مالكاً اشترط أن يكون الخلع اختياراً من الزوجة وحبا فى فراق الزوج عن غير اضرار أو إكراه فإن أضر بها أو أكرهت يقع طلقه رجعية والعوض مردود عليها وقال أبو حنيفه: الخلع صحيح ولكن الزوج يقع فى معصية.

القول الثانى: الخلع فاسد وبه قال الزهرى وعطاء والنخعى وداود الظاهرى والشيعة الزيدية والإمامية، وهو المحتمل من كلام أحمد بن حنبل قال: «الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع» وهذا يدل أنه لا يكون الخلع صحيحاً إلا فى هذه الحال[1]، وقيل عنه هو مكروه[2].

الأدلـــة

استدل الفريق الأول على جوازه.

من القرآن

قوله تعالى: «فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا»[3].

---

(١) راجع البحر الزخار لابن المرتضى جـ ٤ ص ١٧٨، سبل السلام للصنعانى جـ ٣ ص ١٠٧٣ المغنى جـ ٧ ص ٥٤، المقنع لابن قدامة ص ٢٢٦، مجموعة فتاوى ابن تيمية جـ ٤ ص ١٢٤، المحلى جـ ١٠ ص ٢٣٧، الأحكام الجعفرية للشيخ عبد الكريم الحلى ص ٩٤.

(٢) راجع كشاف القناع للبهوتى جـ ٥ ص ٢١٢.

(٣) النساء/ ٤.

﴿١٤٨﴾

وجه الدلالة من الآية:

دلت الآية على جواز الخلع، لأنه إذا حل له أن يمتلك ما طابت به نفسها من غير أن يملكها به بضعها فأولى أن يحل له إذا ملكها به بضعها[١].

ومن القياس

أن كل عقد صح مع الكراهة فأولى أن يصح مع الرضى، وكسائر العقود من البيوع وغيرها[٢].

أدلة الفريق الثانى:

استدل الفريق الثانى على فساد الخلع بالآتى:

من القرآن

قوله تعالى «وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلا أَنْ يَخَافَا أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»[٣].

وجه الدلالة من الآية

دلت الآية على فساد الخلع من وجهين:

---

(١) راجع المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٤٨٩، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٧، المغنى جـ ٧ ص ٥٤، سبل السلام جـ ٣ ص ١٠٧٣.

(٢) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٧.

(٣) البقرة/ ٢٢٩.

﴿١٤٩﴾

أحدهما: تحريم الخلع إلا مع الخوف.

الثاني: لحوق الجناح بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال «تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون»(١).

ومن السنة

١- ما روى عن ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»(٢).

٢- ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «المختلعات والمنتزعات هن المنافقات»(٣).

٣- ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»(٤).

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

دلت هذه الأحاديث على تحريم المخالعة لغير حاجة، لأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرم(٥).

---

(١) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٧، المغنى جـ ٧ ص ٥٤، المحلى جـ ١٠ ص ٢٣٧.

(٢) تقدم تخريجة ص ١٦.

(٣) تقدم تخريجة ص ١٥.

(٤) رواه مالك بن أنس عن عمرو بن يحى عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «لا ضرر ولا ضرار» مرسلا، ورواه البيهقى فى السنن الكبرى عن أبى سعيد الخدرى وقال: تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوى جـ ٦ ص ٦٩.

(٥) راجع المغنى جـ ٧ ص ٥٤، كشاف القناع للبهوتى جـ ٥ ص ٢١٢، فتح البارى لابن حجر جـ ٩ ص ٣٣٢.

﴿١٥٠﴾

المناقشـــة

ناقش الجمهور أدلة المذهب الثانى فقالوا:

الاستدلال بقوله تعالى: «إلا أن يُخافا ألا يقيما حدود الله» قد قرأها حمزة بضم الياء ويكون المعنى: إلا أن يخاف الحاكم ان لا يقيما الزوجان حدود الله تعالى، فهذه القراءة تسقط أن يكون خوف الزوجين شرطاً فى جواز الخلع، وقرأ جماعة القراء «إلا ان يخافا» بفتح الياء إشارة إلى الزوجين فعلى هذا يكون ذلك معدولاً به عن الشرط الظاهر لأحد أمرين: **أحدهما:** ورودها على سبب من الخوف، وإن كان حكمها عاماً.

الثانى: ورودها على الأغلب من الخلع فإنه لا يكون إلا عن خوف، وإن جاز فى حال نادرة ليس معها خوف، وإن كانت هذه النادرة لابد أن يقترن بها خوف وإن قل، لأن المرأة لا تبذل مالها لاقتداء نفسها وهى راغبة[1].

وناقش المذهب الثانى استدلال المجوزين بالآية فقالوا: الخصوص الذى جاء فى قوله تعالى «إلا أن يخافا ان لا يقيما حدود الله» يجب تقديمه على العموم الذى جاء فى قوله تعالى «فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» مع ما عضدها من الأخبار[2].

الرأى الراجح:

وبعد عرض الآراء وما جاء عليها من أدلة ومناقشات نرى أن المنع

---

(١) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٧.

(٢) راجع المغنى جـ ٧ ص ٥٤.

﴿١٥١﴾

الذى جاء فى قوله تعالى «ولا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا» فهو ينصب على أخذ المال لا على الخلع، أما الخلع نفسه مع عدم النشور فنرى أنه غير مستحب لما فيه من هدم للحياة الزوجية من غير حاجة إليه.

اجابة الزوج لطلب الزوجة إذا أرادت الخلع

اختلف الفقهاء فى حكم إجابة الزوج لطلب الزوجة إذا أرادت الخلع على قولين.

الأول: ما ذهب إليه أكثر أهل العلم وهو أنه لا يجب على الزوج اجابة لطلب الزوجة للخلع وإنما يندب له ذلك.

قال الكاسانى فى البدائع:

«من شروط وجوب العوض: قبول العوض، لأن قبول العوض كما هو شرط وقوع الفرقة من جانبه فهو شرط لزوم العوض من جانبها» فهذا الكلام يدل على أن الزوج إذا لم يقب العوض لا تجب عليه إجابة الزوجة إذا أرادت الخلع(١).

وقال القرطبى فى تفسيره: إن الرجل إذا خالع امرأته فإنما هو على ما يتراضيان به ولا يجبره السلطان على ذلك(٢).

وقال ابن حجر فى فتح البارى: عند شرحه لقول النبى صلى الله عليه وسلم «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» قال: هو أمر ارشاد واصلاح

---

(١) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٨٩٧.

(٢) راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ٢ ص ٩٤٦.

﴿١٥٢﴾

لا أمر إيجاب[١].

وقال الماوردى فى الحاوى: من حالات الخلع: أن تريد الزوجة الطلاق ولا يريده الزوج فلا طلاق وقد سألته ما لم يجبها إليه، ولا يلزمها ما بذلت من العوض لأنه لم يحصل لها ما سألت من الطلاق[٢].

وقال البهوتى فى كشاف القناع: «إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو كرهته لنقص فى دينه وخافت إثما بترك حقه فيباح لها أن تخالعه، ويسن له اجابتها لطلب الخلع لحديث ابن عباس «جاءت امرأة ثابت بن قيس...»[٣].

وقال ابن حزم الظاهرى: «يطلقها إن رضى هو وإلا لم يجبر ولا تجبر انما يجوز بتراضيهما[٤].

وقال ابن مفتاح فى شرح الأزهار «لا يصح الخلع إلا من زوج مكلف مختار»[٥].

القول الثانى: يجب على الزوج الخلع إذا أرادت الزوجة ذلك، ذهب إليه الصنعانى والشوكانى.

استدل هذا القول على وجوب الإجابة من الزوج بالقرآن والسنة.

---

(١) راجع فتح البارى لابن حجر جـ ٩ ص ٣٢٩.
(٢) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٣٣.
(٣) راجع كشاف القناع للبهوتى جـ ٥ ص ٢١٢.
(٤) راجع المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٣٥.
(٥) السيل الجرار على حدائق الأزهار جـ ٢ ص ٣٦٣.

﴿١٥٣﴾

فمن القرآن

قوله تعالى «فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»(١).

وجه الدلالة من الآية

دلت الآية على أنه يجب على الزوج أحد أمرين إما الإمساك بالمعروف أو لطلبها للفراق، فيتعين عليه التسريح بإحسان(٢).

ومن السنة

وما رواه البخارى فى حديث جميلة «تردين عليه حديقته» قالت نعم فقال النبى صلى الله عليه وسلم «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أمر النبى صلى الله عليه وسلم ثابت بتطليق زوجته، والظاهر بقاء الأمر على أصله من الإيجاب، لأنه ليس من صارف يصرف الأمر عن الوجوب(٤).

الرأى المختار

وبالنظر فيما ورد من آراء نرى ترجيح ما ذهب إليه الرأى الثانى من وجوب إجابة الزوج لطلب المزوجة إذا أرادت ذلك، لأن الله سبحانه وتعالى

---

(١) البقرة /٢٩٩.
(٢) سبل السلام للصنعانى جـ ٣ ص ١٠٧٤.
(٣) تقدم تخريجه ص ١١.
(٤) راجع نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ٢٤٨، سبل السلام جـ ٣ ص ١٠٧٤.

﴿١٥٤﴾

لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا كره المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا كرهت الرجل، فلا يحتاج إلى رضا الزوج إذ لو قلنا باشتراط رضا الزوج لانتفت الحكمة من مشروعية الخلع.

وأيضاً: فإن زوجة ثابت عندما التجأت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسألها إلا عن مهرها، ثم سألها أن ترده إليه، ثم طلب من ثابت أن يطلقها وقال له: «خذ الحديقة وطلقها تطليقة»، فالأمر هنا يدل على الوجوب لأنه لم يصرفه عن الوجوب شيئ.

وعلى من أرادت أن تختلع من زوجها عن طريق القضاء أن تراعى حدود الله وترد إلى زوجها كل من أمهرها به كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع امرأة ثابت حيث رد إلى زوجها حديقته التى كانت مهراً لها، ولا تكتفى بما هو مكتوب فى قسيمة الزواج، إذا كان المكتوب غير المتفق عليه من المهر، لأن الإسلام دين الرحمة والنبى صلى الله عليه وسلم يقول: "لا ضرر ولا ضرار".

المبحث الثانى
الفاظ الخلع والتكييف الفقهى له

أولاً: الفاظ الخلع

إذا تخالع الزوجان لم يخل عقد الخلع بينهما من اللفظ الصريح الدال على الطلاق أو الكناية.

فإن عقداه بصريح الطلاق كقوله: قد طلقتك بألف، أو فارقتك بالف أو سرحتك بألف، فهذا صريح فى الطلاق مع العوض ولا يكون فسخاً.

﴿١٥٥﴾

وإن عقداه بلفظ الخلع والمفاداة كقوله قد خالعتك أو فاديتك، فهاتان اللفظتان إذا تجردت عن عوض ففيهما قولان:

الأول: أنها تجرى مجرى سائر كنايات الطلاق وهو مذهب الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة، والثانى: أنه صريح وهو مذهب بعض الشافعية.

فأما مع العوض ففيهما قولان أيضاً الأول: أنه كناية وهو مذهب بعض الشافعية والثانى وهو أصح القولين: أنه صريح وتقع به الفرقة دون الرجوع إلى نية الزوج، لأن ذكر العوض دليل على إرادة الطلاق وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية وبعض الشافعية والحنابلة.

وألفاظ الخلع عند الأحناف سبعة وهى: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، طلقى نفسك على ألف، والبيع كبعت نفسك، والشراء كاشترى نفسك، وركنه الإيجاب والقبول لأنه عقد على الطلاق بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول. وعند المالكية: أربعة ألفاظ وهى: الخلع، والفدية، والصلح، والمبارأة، وزاد الشيخ العدوى المالكى: ألفاظ أخرى كأنت بارزة عن ذمتى، أو أنت خالصة منى، أو لست لى على ذمة. وعند الشافعية والحنابلة تنقسم إلى صريح وكناية فالصريح المتفق عليه عندهم لفظان: لفظ خالعتك لأنه ثبت له العرف والمفاداة لأنه ورد به القرآن بقوله سبحانه «فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» وزاد الحنابلة لفظ ثالث للصريح وهو: الفسخ أى فسخت نكاحك لأنه حقيقة فيه أما الكناية مثل: بارأتك، وأبرأتك، وأبنتك وذلك لأن الخلع أحد نوعى الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق[1].

---

(١) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٨٩١، ١٨٩٤، المبسوط للسرخسى جـ ٦ ص ١٧٢،

﴿١٥٦﴾

وقد اتفق الفقهاء على أن الخلع لا يصح إلا إذا قبلت المرأة ويكون ذلك ببذل العوض أو باللفظ الدال على قبولها، ثم اختلفوا فى حصول الخلع بمجرد بذل المال من غير لفظ الزوج على قولين:

الأول: ما ذهب إليه الجمهور أن الخلع لا يحصل بمجرد بذل المال من غير لفظ الزوج فلابد من اعتبار اللفظ.

الثانى: ما ذهب إليه على رضى الله عنه وإبراهيم النخعى والحسن وبعض المالكية وأبو حفص العكبرى وابن شهاب من الحنابلة، أن الخلع جائز بقبول الزوج للعوض دون التلفظ، فإذا قبل الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح.

قال على رضى الله عنه: من قبل ما لا على فراق فهى تطليقه بائنة لا رجعة لها فيها.

وقال ابراهيم النخعى: أخذ المال تطليقة بائنة[1].

وقال بعض المالكية: إن ما يقوم مقام اللفظ فى الدلالة على القبول - وقال كالسكوت منزل منزلة اللفظ[2].

- ص ١٧٣ حاشية رد المحتار جـ ٣ ص ٤٤٠، ٤٤٤، شرح فتح القدير لابن الهمام جـ ٤ ص ٥٩ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٥١ مطبعة دار الفكر، بلغة السالك جـ ٢ ص ١٤٨، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٠١ دار الكتب العلمية، قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٣١٣، نهاية المحتاج للرملى جـ ٦ ص ٤٠٥، دار الفكر، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٨، تكملة المجموع شرح المهذب للمطيعى جـ ١٦ ص ١٤، بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١٤، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٦٨٢ الفروع لابن مفلح جـ ٥ ص ٣٤٥، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٨، المغنى جـ ٧ ص ٥٧: ٥٨، المقنع ص ٢٢٧، سبل السلام جـ ٣ ص ١٠٧٤.

(١) راجع المغنى جـ ٧ ص ٥٨.

(٢) راجع حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٥١.

﴿١٥٧﴾

استدل الفريق الأول بالآتى

ما رواه البخارى فى حديث جميلة «ترديـن عليـه حديقتـه» قـالت نعـم فقال النبى صلى الله عليه وسلم «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»(١).

وجه الدلالة من الحديث:

الحديث صريح فى اعتبار اللفظ، ولأنه تصرف فى البضع بعوض فلم يصح بـدون لفـظ كالنكـاح والطـلاق، ولأن أخـذ المـال قبـض لعـوض فلـم يقـم بمجرده مقام الإيجاب، كقبض أحد العوضين فى البيع.

واستدل الفريق الثانى بالآتى:

مـا روى عـن النبـى صلـى اللـه عليـه وسـلم لجميلـة «أتردينـن عليـه حديقته؟» قالت نعم ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال «خذ ما أعطيتها ولا تزد»(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

دل الحديث على عـدم اعتبـار اللفـظ لأنـه لـم يستدع منـه لفظـاً، ولأن دلالة الحال تغنى عن اللفظ بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاه استحقا الأجرة وإن لم يشترطا عوضاً

ثانياً: التكييف الفقهى له

اختلف الفقهاء فى كون الخلع طلاقاً أو فسخاً على قولين

أحدهما: أنه صريح فى الطلاق وبه قال من الفقهاء أبـو حنيفـة ومـالك

---

(١) تقدم تخريجه ص ١١.

(٢) تقدم تخريجه ص ١١.

﴿١٥٨﴾

والشافعي، وأحد قولي أحمد، وابن حزم الظاهري والزيدية والإمامية والأوزاعي والثوري، ومن الصحابة: عثمان وعلي وابن مسعود[١].

والقول الثاني: أنه فسخ وبه قال من الفقهاء الشافعي في القديم وأحمد في المشهور، واسحاق وأبو ثور، ومن الصحابة عبد الله بن عباس وعبد الله ابن عمر[٢].

ويتلخص الفرق بين الطلاق والفسخ في الآتي:

١- أنه إذا نكح الرجل المرأة بعد الفسخ كانت معه على ثلاثة، ولو نكحها بعد الطلاق كانت معه على اثنتين.

٢- أنه لو كان قد طلقها طلقتين ثم فسخ حلت له قبل زوج ولو طلق لم تحل له إلا بعد زوج.

٣- أنه لو فسخ نكاحها في ثلاثة عقود حلت له قبل زوج، ولو طلقها في ثلاثة عقود لم تحل له إلا بعد زوج.

---

(١) راجع المبسوط للسرخسي جـ ٦ ص ١٧١، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٥٨ ملتقى الأبحر للشيخ ابراهيم بن محمد جـ ١ ص ٢٨١، المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٣١، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٨١، بلغة السالك جـ ٢ ص ١٤٨، جواهر الإكليل جـ ١ ص ٣٣٠ الفواكه الدواني جـ ٢ ص ٨٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٠١، قليوبي وعميرة جـ ٣ ص ٣١٣، بجيرمي على الخطيب جـ ٣ ص ٤١٤، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٦٨٢، فتح الباري لابن حجر ص ٩ ص ٣٣١، المقنع ص ٢٢٧ المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ٢٣٩، السيل الجرار جـ ٢ ص ٣٦٨، سبل السلام جـ ٣ ص ١٠٧٤، نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٥٠، الأحكام الجعفرية للحلي ص ٩٥.

(٢) الفروع لابن مفلح جـ ٥ ص ٣٤٦، المقنع لابن قدامة ص ٢٢٧، كشاف القناع للبهوتي جـ ٥ ص ٢١٦.

﴿١٥٩﴾

الأدلـــة

استدل الفريق الأول على أن الخلع طلاق بالآتى

من القرآن

قوله تعالى «الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإحْسَانٍ» إلى قوله: «فَإنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»(١).

ثم قال بعده: «فَإنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ»(٢).

وجه الدلالة من الآية

أنه لما ذكر الخلع بين طلاقين علم أنه ملحق بهما(٣).

ومن السنة

١- ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس حين نشزت عليه امرأته خل سبيلها» وفى بعض الألفاظ «فارقها» بعد ما قال للمرأة «ردى عليه حديقته» فقالت: قد فعلت(٤).

---

(١) البقرة/ ٢٢٩.

(٢) البقرة / ٢٣٠.

(٣) راجع احكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٧، البدائع جـ ٤ ص ١٨٩٢ بداية المجتهد جـ ٢ ص ٨١، تفسير القرآن العظيم لابن كثير جـ ١ ص ٣٧٥ الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٩، قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٣١٤.

(٤) تقدم تخريجه ص ١١.

﴿١٦٠﴾

وجه الدلالة من الحديث

دل الحديث على أن الخلع يكون طلاقا لا فسخا، لأن من يقول لامرأته قد فارقتك أو قد خليت سبيلك ونيته الفرقة انه يكون طلاقا، فدل ذلك على ان خلعه اياها بامر الشارع كان طلاقا. وأيضا: لا خلاف انه لو قال لها قد طلقتك على مال، أو قد جعلت أمرك اليك بمال كان طلاقا، وكذلك لو قال لها قد خلعتك بغير مال يريد به الفرقة كان طلاقا كذلك إذا خلعها بمال(١).

٢- ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «الخلع تطليقه بائنة»(٢).

وجه الدلالة من الحديث

دل الحديث على أن الخلع طلاق، والمعنى فيه: أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، والخلع بعد تمام العقد والنكاح لا يحتمل الفسخ ولكن يحتمل القطع فى الحال، فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد فى الحال مجازا

(١) راجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٦، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦١: ٦٢، المحلى جـ ١٠ ص ٢٣٩، السيل الجرار جـ ٢ ص ٣٦٨.

(٢) رواه عبد الرزاق فى مصنفه مرسلا عن داود بن أبى عاصم عن سعيد بن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم، ورواه الدار قطنى عن ابن عباس وسكت عنه الا أنه روى عن ابن عباس خلافه (راجع نصب الراية للزيلعى جـ ٣ ص ٣٤٣، سبل السلام جـ ٣ ص ١٠٧٤.

وذلك انما يكون بالطلاق، ألا ترى أن الرجل يقول خلعت الخف من رجلى يريد به الفصل فى الحال[١].

ومن القياس

أن لفظ الخلع لا يملكه غير الزوج فوجب أن يكون طلاقا كالطلاق، ولو كان فسخا لما جاز على غير الصداق كالإقالة.

ومن المعقول

ان الفسخ ما كان عن سبب متقدم كالعيوب، والخلع يكون مبتدأ من غير سبب فكان طلاقا أولى من أن يكون فسخا[٢].

وأيضاً: فإن لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على الفسخ، لأنه مأخوذ من الخلع وهو النزع، والنزع اخراج الشئ من الشئ فى اللغة، قال تعالى: «وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِنْ غِلٍّ[٣]» أى أخرجنا، وقال سبحانه وتعالى «وَنَزَعَ يَدَهُ فَإِذَا هِيَ بَيْضَاءُ لِلنَّاظِرِينَ[٤]» أى أخرجها من حبيبة فكان معنى قوله نزعها: أى أخرجها عن ملك النكاح وهذا معنى الطلاق البائن، وفسخ النكاح: رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن، فلا يتحقق فيه معنى الإخراج، وإثبات حكم اللفظ على وجه يدل عليه اللفظ لغة أولى[٥].

---

(١) راجع المبسوط للسرخسى جـ ٦ ص ١٧١.
(٢) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٩.
(٣) الأعراف/ ٤٣.
(٤) الأعراف/ ١٠٨.
(٥) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٨٩٢.

﴿١٦٢﴾

واستدل الفريق الثانى على أن الخلع فسخ بالآتى

من القرآن

قوله تعالى «الطَّلاقُ مَرَّتَانِ» إلى قوله تعالى: «فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»(١)، ثم قال: «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ»(٢).

وجه الدلالة من هذه الآية:

ذكر الله سبحانه الطلاق مرتين، ثم ذكر الخلع بقوله «فلا جناح عليهما فيما افتدت به، ثم ذكر الطلاق أيضاً بقوله عز وجل «فَإِنْ طَلَّقَهَا» فلو جعل الخلع طلاقاً لازداد عدد الطلاق على الثلاث وهذا لا يجوز(٣).

ومن الأثر

١- ما روى عن سفيان عن عمرو عن طاوس، أن ابراهيم بن سعد ابن أبى وقاص سأله عن رجل طلق امرأته تطليقتين، ثم اختلعت منه، أينكحها؟ قال ابن عباس: نعم ذكر الله الطلاق فى أول الآية وآخرها، والخلع بين ذلك(٤).

---

(١) البقرة /٢٢٩.

(٢) البقرة /٢٣٠.

(٣) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٠، المغنى جـ ٧ ص ٥٧، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٦، زاد المعاد لابن القيم جـ ٥ ص ١٩٩، سبل السلام جـ ٣ ص ١٠٧٤.

(٤) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه رقم ١١٧٧١ وسنده صحيح، والبيهقى فى السنن الكبرى جـ ٧ ص ٣١٦ وقال ليس فى الباب أصح من حديث ابن عباس.

﴿١٦٣﴾

٢- ما روى عن يحى بن سعيد عن سفيان، عن عمرو عن طاوس، عن ابن عباس أنه قال: «الخلع تفريق وليس بطلاق»(١).

٣- ما روى عن نافع مولى ابن عمر، أنه سمع الربيع بنت معوذ بن عفراء وهى تخبر عبد الله بن عمر رضى لله عنه أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان، فجاء عمها إلى عثمان بن عفان فقال له: إن ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم، أفتنتقل؟ فقال عثمان: لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل. فقال عبد الله بن عمر: فعثمان خيرنا وأعلمنا»(٢).

وجه الدلالة من هذه الآثار

دلت هذه الآثار على أن الخلع فسخ لأن ابن عباس لم يحتسب الخلع تطليقه حين جمع بين الرجل والمرأة بعد طلقتين وخلع. وما روى عن عثمان بن عفان يدل على أن الخلع فسخ لا طلاق(٣).

ومن القياس

ان الفرقة فى النكاح تكون بطلاق وفسخ، فلما كانت الفرقة بالطلاق تتنوع نوعين بعوض وغير عوض، وجب أن تكون الفرقة بالفسخ تتنوع

---

(١) ذكره ابن حزم فى المحلى جـ ١٠ ص ٢٣٧ وسنده صحيح وأخرجه الدار قطنى فى سننه جـ ٣ ص ٣٢٠.

(٢) أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه رقم ١١٨٥٨، وابن حزم فى المحلى جـ ١٠ ص ٢٣٧، والبيهقى فى السنن الكبرى جـ ٧ ص ٣١٦ وسنده صحيح.

(٣) راجع زاد المعاد لابن القيم جـ ٥ ص ١٩٧، سبل السلام جـ ٣ ص ١٠٧٤، فتح البارى جـ ٩ ص ٣٣١.

﴿١٦٤﴾

نوعين بعوض وغير عوض، ولأن النكاح عقد معاوضة، فإذا لحقه الفسخ اجباراً اجاز أن يلحقه الفسخ اختياراً كالبيع[1].

المناقشة

ناقش الفريق الثانى أدلة الفريق الأول فقالوا.

ما روى عن على رضى الله عنه أنه جعل الخلع طلاق لا يصح، فقد قال أبو محمد بن حزم: قول على بن أبى طالب «لا تكون تطليقة بائنة إلا فى فدية أو إيلاء» رويناه من طريق لا يصح، ثم غايته إن كان محفوظاً أن يدل على أن الطلقة فى الخلع تقع بائنة لا أن الخلع يكون طلاقاً بائناً، وبين الأمرين فرق ظاهر.

والذى يدل على أنه ليس بطلاق أن الله سبحانه وتعالى رتب على الطلاق بعد الدخول الذى لم يستوف عدده ثلاثة أحكام، كلها منتفية عن الخلع.

أحدها: أن الزوج أحق بالرجعة فيه.

الثانى: أنه محسوب من الثلاث، فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد زوج وإصابة.

الثالث: أن العدة فيه ثلاثة قروء.

وقد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة فى الخلع، وثبت بالسنة وأقوال الصحابة أن العدة فيه حيضة واحدة، وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين ووقوع ثالثة بعده، وهذا ظاهر جداً فى كونه ليس بطلاق.

---

(١) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٠.

﴿١٦٥﴾

ثم من نظر إلى حقائق العقود ومقاصدها دون ألفاظها يعد الخلع فسخاً بأى لفظ كان حتى بلفظ الطلاق، وقواعد الفقه وأصوله تشهد أن المُرعِىَّ فى العقود حقائقها ومعانيها لا صورها وألفاظها.

ومما يدل على هذا:

أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر ثابت بن قيس أن يطلق امرأته فى الخلع تطليقة ومع هذا أمرها أن تعتد بحيضة، وهذا صريح فى أنه فسخ ولو وقع بلفظ الطلاق(١).

وناقش الفريق الأول أدلة الفريق الثانى فقالوا:

إن تقدير الخلع فى الآية على أنه فسخ لاطلاق خطأ، وذلك لأن قوله تعالى «الطلاق مرتان» أفاد حكم الاثنتين إذا أوقعهما على غير وجه الخلع، واثبت معهما الرجعة بقوله تعالى «فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ»، ثم ذكر حكمهما إذا كانتا على وجه الخلع وأبان عن موضع الحظر والاباحة فيهما والحال التى يجوز فيها أخذ المال أو لا يجوز، ثم عطف على ذلك قوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» فعاد ذلك إلى الاثنتين المقدم ذكرهما على وجه الخلع تارة وعلى غير وجه الخلع أخرى، فإذا ليس فيه دلالة على ان الخلع بعد الاثنتين ثم الرابعة بعد الخلع(٢).

أما ما روى عن طاوس: فيقال هذا مما أخطأ فيه طاوس، وكان كثير

---

(١) راجع زاد المعاد لابن القيم جـ ٥ ص ١٩٩، ٢٠٠.

(٢) راجع بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٨٩٢، احكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٧، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦١.

﴿١٦٦﴾

الخطأ مع جلالته وفضله وصلاحه، يروى أشياء منكرة منها أنه روى عن ابن عباس انه قال: من طلق ثلاثاً كانت واحدة، وقد روى من غير وجه عن ابن عباس ان من طلق امرأته عدد النجوم بانت منه بثلاث، قالوا: وكان أيوب يتعجب من كثرة خطأ طاوس، وذكر ابن أبى نجيح عن طاوس انه قال: الخلع ليس بطلاقاً، قال: فأنكره عليه أهل مكة فجمع ناسا منهم واعتذر إليهم وقال: إنما سمعت ابن عباس يقول ذلك[1].

وفى اتفاق الجميع على جواز الخلع بغير مال، وبأقل من الصداق دلالة على أنه طلاق بمال، وأنه لا فرق بينه وبين قوله قد طلقتك على هذا المال، فلو كان فسخاً لما جاز إلا بالصداق[2].

الرأى الراجح:

وبعد عرض الآراء وما ورد عليها من أدلة ومناقشات نميل إلى أن الزوج إذا خلع زوجته لا تحسب عليه طلقة إلا إذا جاء بلفظ الطلاق أو بما يدل عليه عند من يرى ذلك، أما إذا لم يقع منه لفظ بل تركها وشأنها فإن هذا لا يحسب عليه طلاقاً بل فسخاً وبهذا نجمع بين الأدلة ويرتفع الإشكال.

والذى ينبغى العمل به أن عدة المختلعة حيضة واحدة لا غير، سواء كان بلفظ الطلاق، أو بغيره مما يشعر بتخلية السبيل، ويكون الوارد فى الطلاق الكائن فى الخلع مخصصاً لما ورد فى عدة المطلقة فى قوله تعالى

---

(١) راجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٦.

(٢) راجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٦، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٩.

﴿١٦٧﴾

«وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ»[1] فتكون عدة الطلاق ثلاثة قروء إلا إذا كان الطلاق مع الفداء فإنه حيضة واحدة، وذلك لإن العدة إنما جُعلت ثلاث حيض ليطول زمن الرجعة، فيتروى الزوج، ويتمكن من الرجعة فى مدة العدة، فإذا لم تكن عليها رجعة، فالمقصود مجرد براءة رَحِمِها من الحمل، وذلك يكفى فيه حيضة، وهذا ما قاله عثمان بن عفان لعم الربيع بنت معوذ حين سأله، أفتنتقل فقال عثمان: «لتنتقل ولاميراث بينهما، ولا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل»[2].

المبحث الثالث

حكم أخذ العوض فى الخلع

اختلف الفقهاء فى القدر الذى يحل للزوج أخذه من عوض على ثلاثة أقوال:

الأول: الخلع يجوز بما اتفق الزوجان عليه من العوض، قليلاً كان أو كثيراً سواء كان بمثل المهر أو أقل أو أكثر، وسواء كان من جنسه أو غير جنسه، وهذا قول أبى حنيفة فى رواية، ومالك والشافعى وأحمد، وابن حزم الظاهرى، إلا أن أحمد كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاها، وقال مالك يجوز لكنه ليس من مكارم الأخلاق. وبه قال من الصحابة عمر وعثمان وابن عمر

---

(١) البقرة /٢٢٨.

(٢) تقدم تخريجه ص ٣٦

﴿١٦٨﴾

وابن عباس، ومن التابعين مجاهد وعكرمة وعثمان البتى[١].

القول الثانى: إذا كان النشور من قبلها حل له أن يأخذ منها ما أعطاها ولا يزداد، وإن كان النشوز من قبله يحرم عليه أن يأخذ منها شيئاً، فإن فعل جاز فى القضاء والحكم، وهو القول الثانى لأبى حنيفة، وزفر وأبى يوسف ومحمد[٢].

القول الثالث: لا يجوز الخلع إلا بالمهر من غير زيادة عليه، وهو قول على بن أبى طالب من الصحابة والحسن وابن المسبب والشعبى وعطاء وسعيد بن جبير من التابعين، وهو أيضاً قول الزيدية[٣].

فالقول الأول شبهه بسائر الأعواض فى المعاملات فرأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا، أما القول الثانى والثالث فقد رآه من باب أخذ المال بغير حق[٤].

---

(١) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٩٠٤، شرح فتح القدير لابن الهمام جـ ٤ ص ٦٢، ملتقى الأبحر جـ ١ ص ٢٨٠، تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٢ ص ٢٦٩ المدونة الكبرى للإمام مالك جـ ٢ ص ٢٣٤، الكافى ليوسف النمرى القرطبى ص ٢٧٦، بلغة السالك جـ ٢ ص ١٤٨، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٨٦، قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٣١٠، بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١٤، روضة الطالبين للنووى جـ ٥ ص ٦٩٣، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٣، المقنع ص ٢٢٧، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٩ المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٤٠.

(٢) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٩٠٤، ملتقى الأبحر جـ ١ ص ٢٨٠، حاشية رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٤٤٥، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦٢، تبيين الحقائق جـ ٢، ص ٢٦٩.

(٣) أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٣، المغنى جـ ٧ ص ٥٣، السيل الجرار للشوكانى جـ ٢ ص ٣٦٥.

(٤) راجع بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٧٩.

﴿١٦٩﴾

الأدلـــة

استدل الفريق الأول بالآتى

من القرآن

قوله تعالى: «فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»(١).

وجه الدلالة من الآية

دلت الآية على رفع الجناح عنهما فى الأخذ والعطاء من الفداء من غير فأصل بين ما إذا كان مهر المثل أو زيادة عليه فيجب العمل بإطلاق النص.

وأول الآية يتضمن النهى عن أخذ ما أعطى فقال تعالى: «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً» وآخرها يتضمن أخذ الفداء فقال تعالى «فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» فلم يخص خصوص أولها فى النهى بعموم آخرها فى الإباحة، لأن النهى ضد الإباحة فلم يجز أن يخص أحدهما بالآخر(٢).

---

(١) البقرة /٢٢٩.

(٢) راجع تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٩٤٥، المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٣٤، مقدمات ابن رشد بهامش المدونة جـ ٢ ص ٢٥٧، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٨٦، تفسير القرآن العظيم لابن كثير جـ ١ ص ٢٧٣، بجيرمى على الخطيب لسيمان البجيرمى جـ ٣ ص ٤١٤، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٣، المغنى جـ ٧ ص ٥٣، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٩، سبل السلام جـ ٣ ص ١٠٧٣، المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٤٢.

ومن الأثر

ما روى عن الربيع بنت معوذ بن عفراء أنها اختلعت من زوجها بكل شئ تملكه فخوصم فى ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه، وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه[1].

وجه الدلالة من الأثر

دل الأثر على جواز الخلع بالقليل والكثير، لما أمضاه عثمان من أخذ ما دون عقاص الرأس، ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيكون إجماعاً.

ومن القياس

ان ما استعيد من الأبدال بعقود المعاوضات لم تتقدر كالأثمان، ولأنه إذا حل له أن يأكل ما طابت به نفسا على غير فراق حل له أن يأكل ما طابت به نفساً وتأخذ الفراق به[2].

أدلة الفريق الثانى

استدل هذا الفريق على حرمة أخذ شئ إذا كان النشوز من قبل الزوج بالقرآن:

---

(١) تقدم تخريجه ص ١٣

(٢) فتح البارى لابن حجر جـ ٩ ص ٢٢٦، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٣، المغنى جـ ٧ ص ٥٣، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٩.

قال تعالى:

«وَإِنْ أَرَدتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا»(١).

وقال تعالى: «وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ»(٢).

وجه الدلالة من الآيتين

فى الآية الأولى نهى عن أخذ شئ مما آتاها من المهر، وأكد النهى بقوله «أتأخذونه بهتانا واثما مبينا».

والمعنى فى الآية الثانية: لا تضيقوا عليهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن ينشزن، فقد نهى الأزواج عن أخذ شئ مما أعطوهن واستثنى حال نشوزهن، وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه، فيقتضى حرمة أخذ شئ مما أعطوهن عند عدم النشوز منهن، وهذا فى حكم الديانة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث، ولا يحل مال المسلمين...»(٣).

أما جواز ذلك فى الحكم والقضاء: فلأن الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به والزوج من أهل الإسقاط والمرأة من أهل المعاوضة

---

(١) النساء/ ٢٠.

(٢) النساء/ ١٩.

(٣) اخرجه البخارى عن عبد الله بن عمرو فى كتاب الوصايا باب ٨ جـ ٢ ص ١٢٧.

والرضا فجاز فى الحكم والقضاء.

وأيضاً: فإن النهى لم يتعلق بمعنى فى نفس العقد، وإنما تعلق بمعنى فى غيره وهو أنه لم يعطها مثل ما أخذ منها فحصل الإضرار وشبهة الربا، ولو كان قد اعطاها مثل ذلك لما كان ذلك مكروها، فلما تعلق النهى بمعنى فى غير العقد لم يمنع ذلك جواز العقد فى الحكم والقضاء، كالبيع عند آذان الجمعة، وبيع حاضر لباد.

وأيضاً: لما جاز العتق على قليل المال وكثيرة، وكذلك الصلح عن دم العمد كان كذلك الطلاق، وكذلك النكاح لما جاز على اكثر من مهر المثل وهو بدل البضع كذلك جائز أن تضمنه المرأة بأكثر من مهر مثلها لأنه بدل من البضع فى الحالين(١).

ثم استدل هذا الفريق على عدم جواز الزيادة على المهر بالآتى:

من القرآن

قوله تعالى: «وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إلا أَنْ يَخَافَا أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» إلى قوله «فلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»(٢).

وجه الدلالة من هذه الآية:

فى هذه الآية نهى عن أخذ شئ مما أعطاها من المهر واستثنى القدر

---

(١) راجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٣: ٣٩٥، البدائع جـ ٤ ص ١٩٠٤، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦١: ٦٢.

(٢) البقرة/ ٢٢٩.

الذى أعطاها من المهر عند خوفهما ترك إقامة حدود الله والنهى عن أخذ شئ من المهر نهى عن أخذ الزيادة على المهر من طريق الأولى، كالنهى عن التأفف فى قوله تعالى «فلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ»(١) أنه يكون نهيا عن الضرب الذى هو فوقه بالطريق الأولى.

وأيضا: فإنه ذكر فى أول الآية ما آتاها فكان المذكور فى آخرها وهو قوله «فيما افتدت به» مردودا إلى أولها فكان المراد من قوله «فيما افتدت» أى بما آتاها(٢).

ومن السنة

ما روى عن ابن عباس أن رجلاً خاصم امرأته إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال النبى صلى الله عليه وسلم «تردين إليه ما أخذت منه» قالت: نعم وزيادة فقال النبى صلى الله عليه وسلم «أما الزيادة فلا»(٣).

وجه الدلالة من الحديث

نهى النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها وبه تبين أن المراد من قوله «فيما افتدت» قدر المهر لا الزيادة عليه، فالحديث مخصص لظاهر الآية وإنما جاز تخصيص هذا الظاهر بخبر الواحد من قبل أن قوله تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فلا

---

(١) الإسراء/ ٢٣.

(٢) راجع احكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٤: ٣٩٥، البدائع جـ ٤ ص ١٩٠٥، ١٩٠٦.

(٣) رواه البيهقى فى السنن الكبرى كتاب الخلع والطلاق جـ ٧ ص ٣١٤ وأرسله.

جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» لفظ محتمل لمعان والاجتهاد سائغ فيه وقدروى عن السلف فيه وجوه مختلفة(١).

أدلة الفريق الثالث

من القرآن

قوله تعالى: «ولا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إلا أَنْ يَخَافَا ألا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ»(٢).

وجه الدلالة من الآية:

فى هذه الآية نهى عن أخذ شئ مما أعطاها من المهر إلا عند الخوف، فكان ذلك عائداً إلى ما أعطى من المهر دون غيره(٣).

ومن السنة:

ما روى عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن جميلة بنت سلول أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما أعيب على ثابت فى دين ولا خلق ولكن أكره الكفر فى الاسلام لا أطيقه بغضا، فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم «أتردين عليه حديقته؟» قالت نعم، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد»(٤).

---

(١) راجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٤، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦٢.
(٢) البقرة /٢٢٩.
(٣) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٣، السيل الجرار للشوكانى جـ ٢ ص ٣٦٥.
(٤) رواه البيهقى فى السنن الكبرى كتاب الخلع والطلاق جـ ٧ ص ٣١٤ وقال كذا رواه =

﴿١٧٥﴾

وجه الدلالة من الحديث

دل الحديث على حرمة الزيادة على المهر لأن النبى صلى الله عليه وسلم منعه من الزيادة فدل على حظرها(١).

ومن القياس

ان الخلع بدل فى مقابلة فسخ فلم يزد على قدره فى ابتداء العقد كالعوض فى الإقالة(٢).

المناقشة

ناقش الفريق الأول أدلة المانعين للزيادة فقالوا: الجواب عن خلع النبى صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بالمهر الذى أعطاها فهو دليل على جوازه بالمهر، ولا يمنع من الزيادة عليه كما لا يمنع من النقصان منه، لأن الزوج لم يطلب زيادة كما لم تطلب الزوجة نقصانا(٣).

وأيضا: فإنه لم يثبت رفعها وأنه مرسل، وإن ثبت رفعها فلعله خرج

= ابن عبد الأعلى عن سعيد بن أبى عروبة موصولا وأرسله غيره، وأخرج الدارقطنى عن أبى الزبير: أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها: «اما الزيادة فلا ولكن حديقته، قالت: نعم فأخذها» قال الدارقطنى: وقد سمعه أبو الزبير من غير واحد وإسناده إلى أبى الزبير صحيح (راجع سنن الدارقطنى جـ ٣ ص ٢٥٥.

(١) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٣، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٣. سبل السلام جـ ٣ ص ١٠٧٣.

(٢) المغنى جـ ٧ ص ٥٣.

(٣) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٣.

مخرج المشورة عليها والرأى، وأنه لا يلزمها، لا أنه خرج مخرج الإخبار عن تحريمها على الزوج[١].

وأجاب الفريق الثانى على الفريق الأول فقالوا: قول من قال أنه لما جاز أخذ مالها بغير خلع فهو جائز فى الخلع خطأ، لأن الله تعالى قد نص على الموضعين فى أحدهما بالحظر وهو قوله تعالى «وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ»[٢] وقوله تعالى «وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلا أَنْ يَخَافَا أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ»[٣]، وفى الآخر بالإباحة وهو قوله تعالى «فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا»[٤] فقول القائل لما جاز أن يأخذ مالها بطيبة من نفسها من غير خلع جاز فى الخلع قول مخالف لنص الكتاب.

أما استدلال القول الثالث بالقياس على الإقاله وقولهم إن الخلع فسخ للعقد خطأ وإنما هو طلاق مبتدأ كهو لو لم يشرط فيه بدل ومع ذلك فلا خلاف أنه ليس بمنزلة الإقالة لأنه لو خلعها على أقل مما أعطاها جاز بالاتفاق، والإقالة غير جائزة باقل من الثمن ولا خلاف أيضاً فى جواز الخلع بغير شئ[٥].

---

(١) راجع سبل السلام جـ ٣ ص ١٠٧٤.
(٢) النساء/ ٢٠.
(٣) البقرة/ ٢٢٩.
(٤) النساء/ ٤.
(٥) راجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٤: ٣٩٥.

الرأى الراجح:

بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء وأدلة كل فريق نرى ترجيح ما ذهب إليه الفريق الثانى من حرمة أخذ شئ من الزوجة إذا كان النشوز من قبل الزوج، وكذلك حرمة أخذ شئ يزيد على المهر لأن النبى صلى الله عليه وسلم يقول «لا ضرر ولا ضرار» فإذا كره الزوج زوجته فليس له تطليق زوجته مقابل فديه لأن الضرر فى ذاك الوقت واقع على الزوجة لا على الزوج وفى قوله تعالى «ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن» إلى قوله تعالى «أتأخذونه بهتاناً وأثماً مبيناً» مبالغة عظيمة فى تحريم أخذ المال عند عدم التراضى أما إذا كان النشوز من قبلها فله المهر ولا يزيد إلا إذا تراضيا على ذلك وطابت به نفسها لقوله تعالى «فإن طبن لكم عن شئ منه نفساً فكلوه هنيئا مريئاً».

يقول الشوكانى عند ترجيحه للنهى عن الزيادة:

«وتكون الروايات المتضمنه للنهى عن الزيادة مخصصة لعموم قوله تعالى «فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» ومرجحة على تلك الروايات المتضمنة للتقرير لكثرة طرقها وكونها مقتضية للحصر، وهو أرجح من الاباحة عند التعارض على ما ذهب إليه جماعة من أئمة الأصول[1].

(١) راجع نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٥١.

﴿١٧٨﴾

المبحث الرابع

حكم ثبوت الرجعة فى الخلع

ذهب جمهور الفقهاء: من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن فرقة الخلع لا يملك الزوج فيها الرجعة وإن كانت المختلعة فى العدة سواء خلعها بلفظ الخلع أو لفظ الطلاق، وسواء قيل إن الخلع فسخ أو طلاق(١).

فإن كان طلاقاً فالزوج لا يملك فيه الرجعة لأنه يكون طلاقاً بائناً، حيث أنه طلاق على مال، وهذا النوع لا يكون طلاقاً رجعياً فلا يملك الزوج فيه مراجعة زوجته إلا بإذنها ورضاها وبعقد ومهر جديدين ما لم يكن هذا الطلاق هو المكمل للثلاث.

وعند من يرى أنه فسخ لا طلاق لا يملك الزوج فيه الرجعة أيضاً لأن الفسخ ليس من لوازمه الرجعة، ولكن الرجعة من لوازم الطلاق.

وحكى عن سعيد بن المسَيِّب والزهرى: أن الزوج بالخيار بين أن يتمسك بالمال فتسقط الرجعة وبين أن يرد المال فتثبت له الرجعة.

---

(١) راجع شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦٤، تبيين الحقائق جـ ٢ ص ٢٦٨ ملتقى الأبحر جـ ١ ص ٢٨١، المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٣١، بلغة السالك جـ ٢ ص ١٤٨، المقدمات لابن رشد بهامش المدونة جـ ٢ ص ٢٥٧، جواهر الاكليل جـ ١ ص ٣٣٠، الكافى لأبى عمر يوسف المالكى ص ٢٧٦، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٨٦: ٨٧، فتح المعين للمليبارى ص ١١٥ مطبعة مصطفى الحلبى، تكملة المجموع للمطيعى جـ ١٦ ص ٣٢، بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١٤، الحاوى للفتاوى للسيوطى جـ ١ ص ١٩٨ مطبعة دار الكتب العلمية، روضة الطالبين جـ ٥ =

وقال أبو ثور: إن خالعها بلفظ الطلاق فله الرجعة، وإن خالعها بلفظ الخلع فليس له الرجعة لأن الخلع عنده فسخ(١).

الأدلـــة

استدل جمهور الفقهاء على عدم ثبوت الرجعة بالآتى:

من القرآن:

قوله تعالى: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»(٢).

وجه الدلالة من الآية:

دلت الآية على عدم ثبوت الرجعة لأن الافتداء هو الخلاص والاستنقاذ، مأخوذ من افتداء الأسير وهو خلاصه واستنقاذه، فلو ثبتت الرجعة فيه لما حصل به الخلاص والاستنقاذ، فدل على أن الافتداء يمنع من ثبوت الرجعة(٣).

ومن القياس

= ص ٦٨١، زاد المعاد جـ ٥ ص ١٩٧، المقنع ص ٢٢٧.

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٨٢، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١١، تكملة المجموع جـ ١٦ ص ٣٢، المغنى جـ ٧ ص ٥٩، المحلى جـ ١٠ ص ٢٣٩.

(٢) البقرة/ ٢٢٩.

(٣) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٢، تفسير القرآن العظيم لابن كثير جـ ١ ص ٢٧٦ تكملة المجموع جـ ١٦ ص ٣٢، المغنى جـ ٧ ص ٦٠.

﴿١٨٠﴾

أن الزوجة ملكت بضعها بالخلع كما ملك الزوج بضعها بالنكاح، فلما كان الزوج ملك بضعها بالنكاح ملكاً تاماً لا سلطان فيه للزوجة وجب أن تملك الزوجة بضعها بالخلع ملكاً تاماً لا سلطان فيه للزوج.

ومن المعقول

أن الزوج قد ملك عوض الخلع فى مقابلة ملك الزوجة للبضع، فلما استقر ملك الزوج للعوض حتى لم يبق للزوجة فيه حق وجب أن يستقر ملك الزوجة للبضع وأن لا يبقى للزوج فيه حق(١).

واستدل أبو ثور لمذهبه: بأن العتق يوجب الولاء، كما أن الطلاق يوجب الرجعة، ثم ثبت أن دخول العوض فى العتق لا يمنع من ثبوت الولاء كذلك ثبوت العوض فى الطلاق لا يمنع من ثبوت الرجعة(٢).

وأجيب عن هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه

أحدهما: أن العتق لا ينفك من ثبوت الولاء فلذلك استوى حاله مع وجود العوض وعدمه، وليس كذلك الطلاق لأنه قد ينفك من ثبوت الرجعة، فلذلك اختلف حاله فى وجود العوض وعدمه.

الثانى: أنه ليس فى ثبوت الولاء ما يمنع من مقصود العتق فى زوال الرق وجواز التصرف، فثبت الولاء مع العوض، كما يثبت مع عدمه، وثبوت الرجعه تمنع من مقصود الخلع فى اسقاط حق الزوجة وإزالة ضرره فلذلك لم تثبت الرجعه فيه.

---

(١) راجع شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦٤، البدائع جـ ٤ ص ١٨٩٣ المبسوط للسرخسى جـ ٦ ص ١٧٣، مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٥٧، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٢.

والثالث: أن ثبوت الولاء لا يقتضى عود العبد إلى ملك السيد، والرجعة تقتضى عود الزوجة إلى نكاح الزوج فافترقا[١].

حكم ثبوت الرجعة إذا اشترطها الزوج

اختلف الفقهاء إذا اشترط الزوج لنفسه الرجعة فى الخلع فقال أبو حنيفة ومالك فى رواية، وبعض الشافعية والحنابلة، يقع الطلاق بائناً لا رجعة فيه ويبطل الشرط[٢].

وقال الشافعى فى رواية وبعض الحنابلة يقع الطلاق رجعياً ويبطل العوض[٣].

الأدلة

استدل القول الأول لصحة ما ذهب إليه من وقوع الطلاق بائناً بالآتى:

١- ان الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح.

٢- أن لفظ الخلع يقتضى البينونة فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط

---

(٢) الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١١: ١٢، المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٩.

(١) الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٢، تكملة المجموع جـ ١٦ ص ٣٢.

(٢) راجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٨٢، الفواكه الدوانى جـ ٢ ص ٨٧، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٥١ ط دار الفكر، المغنى جـ ٧ ص ٦٠، المقنع ص ٢٢٧، كشاف القناع للبهوتى جـ ٥ ص ٢١٧.

(٣) قليوبى وعمير جـ ٣ ص ٣١٧، بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١٤، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٤، تكملة المجموع جـ ١٦ ص ٣٢، المقنع ص ٢٢٧، المغنى جـ ٧ ص ٦٠.

كالطلاق الثلاث[1].

واستدل القول الثانى على ثبوت الرجعة بأربعة أشياء:

أحدهما: أنه لما تنافى ثبوت الرجعة واستحقاق العوض، ولم يكن بد من ثبوت أحدهما وإسقاط الآخر، كان ثبوت الرجعة وسقوط العوض أولى من ثبوت العوض وسقوط الرجعة، لأن الرجعة تثبت بغير شرط والعوض لا يثبت إلا بشرط، وما ثبت بغير شرط أقوى مما لا يثبت إلا بشرط.

والثانى: أن فى اثبات الرجعة وإسقاط العوض تصحيحاً لأحد الشرطين وإبطالاً للآخر.

والثالث: أنه لما تعارض الشرطان وتنافا اجتماعهما ولم يكن اثبات أحدهما أولى من الآخر وجب اسقاطهما واعتبار طلاق لا شرط فيه، وذلك موجب الرجعة، فلذلك ثبتت الرجعة.

والرابع: أن الاعتياض على زوال الملك يكون مقصوراً على ما قصد زواله من الملك اعتباراً بالبيع والإجارة، لا يدخل فيهما إلا المسمى، والزوج لم يزل ملكه عن البضع إلا مع استيفاء الرجعة فلم يجز أن يزول ملكه عن الرجعة[2].

الرأى الراجح:

---

(١) راجع المغنى جـ ٧ ص ٦٠.

(٢) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٥.

﴿١٨٣﴾

ونرى بعد ذكر أقوال الفقهاء فى ثبوت الرجعه للزوج وعدم ثبوتها ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذى قال إن طلاق المختلفة طلاق بائن لا تثبت فيه الرجعة للآتى:

أولاً: أنه طلاق بعوض وقد ملك الزوج العوض بقبولها فلابد وأن تملك هى نفسها تحقيقاً للمعاوضة، ولا تملك نفسها إلا بالبائن.

ثانياً: أنها إنما بذلت العوض لتخليص نفسها ولا يحصل ذلك إلا بالبائن.

ثالثاً: انه لو كان للزوج حق الرجعة ما كان لافتدائها معنى.

المبحث الخامس

حكم وقوع الطلاق على المعتدة من خلع

اختلف الفقهاء فى وقوع الطلاق على المعتدة من خلع على ثلاثة أقوال:

الأول: ان المختلعة إذا طلقها زوجها فى العدة لا يلحقها طلاق، سواء طلقها بصريح الطلاق أو بكنايته.

وبه قال من الفقهاء: مالك والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن الصحابة: ابن عباس وابن الزبير[1].

---

(١) المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٣٨، الكافى فى فقه أهل المدنية لشيخ الإسلام يوسف النمرى ص ٢٧٦، نهاية المحتاج للرملى جـ ٦ ص ٣٩٨، تكملة المجموع شرح المهذب للأستاذ محمد المطيعى جـ ١٦ ص ٣١، بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١٤، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٧، الفروع لابن مفلح جـ ٥ ص ٣٤٦، المقنع =

﴿١٨٤﴾

الا أن مالك قال: لا يلحق المعتدة طلاق إلا إذا كان الكلام متصلا[١].

والقول الثاني: ان المختلعة يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية، والطلاق المرسل وهو أن يقول كل امرأة لى طالق وبه قال من الفقهاء: أبو حنيفة، ومن التابعين سعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهرى والحكم وحماد[٢].

والقول الثالث: ان طلقها فى مجلس خلعه طلقت وإن طلقها فى غيره لم تطلق.

وبه قال الحسن البصرى[٣].

سبب اختلاف الفقهاء:

يرجع سبب اختلاف الفقهاء إلى أن العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق، وعند أبى حنيفة من أحكام النكاح، ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها فمن رآها من أحكام النكاح ألحق بالمعتدة الطلاق، ومن لم يرى ذلك لم يلحق بالمعتدة طلاق[٤].

= ص ٢٢٧.

(١) راجع بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٨٢.

(٢) المبسوط للسرخسى جـ ٦ ص ١٧٥.

(٣) راجع تكملة المجموع شرح المهذب جـ ١٦ ص ٣١، تفسير ابن كثير جـ ١ ص ٢٧٦.

(٤) راجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٨٢.

﴿١٨٥﴾

الأدلـــة

استدل الفريق الأول بالآتى:

من القرآن

قوله تعالى: «الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»[١].

وجه الدلالة من الآية

جعل الله سبحانه وتعالى التسريح لمن له الإمساك، فلما لم يكن لـزوج المختلعة إمساكها، لم يكن به تسريحها وطلاقها[٢].

ومن الاجماع

انه مروى عـن ابـن عبـاس، وعبـد اللـه بـن الزبـير، ولا يعـرف لهمـا مخالفا فى عصرهما فكان إجماعا.

ومن القياس

أنها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخـول أو المنقضية عدتها.

ولأنها امرأة لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية[٣].

---

(١) البقرة /٢٢٩.

(٢) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٧.

(٣) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٧، تكملة المجموع جـ ١٦ ص ٣١ كشاف القنـاع جـ ٥ ص ٢١٧، المغنى جـ ٧ ص ٥٩.

أدلة الفريق الثانى:

من القرآن

قوله تعالى: «الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»(١).

ثم قال: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ "(٢).

وجه الدلالة من الآية

اتفق فقهاء الأمصار على أن تقدير الآية وترتيب أحكامها كالآتى:

أفاد قوله تعالى: «الطَّلاقُ مَرَّتَانِ» حكم الاثنتين إذا أوقعهما على غير وجه الخلع واثبت معهما الرجعة بقوله تعالى «فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ» ثم ذكر حكمهما إذا كانتا على وجه الخلع وأبان عن موضع الحظر والاباحة فيهما والحال التى يجوز فيها أخذ المال أو لا يجوز، ثم عطف على ذلك قوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» فعاد ذلك إلى الاثنتين المقدم ذكرهما على وجه الخلع تارة وعلى غير وجه الخلع أخرى.

فإذا كان الترتيب كما سبق وحصلت الثالثة بعد الخلع، وحكم الله بصحة وقوعها وحرمتها عليه أبدا إلا بعد زوج فدل ذلك على أن المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت فى العدة(٣).

---

(١) البقرة / ٢٢٩.

(٢) البقرة /٢٣٠.

(٣) راجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٣٩٧.

ومن الأثر:

كان عمران بن الحصين وابن مسعود يقولان فى التى تفتدى من زوجها لها طلاق ما كانت فى عدتها.

وجاء عن أبى يوسف فى أمالية عن النبى صلى الله عليه وسلم «المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت فى العدة»[1].

ومن المعقول:

أن المختلعة باعتبار قيام العدة محل للطلاق، والطلاق يجعل تعليقاً من الزوج شرط القبول وقد قبلت ولكن لا يجب عليها الجعل[2].

واستدل الحسن البصرى على أن المختلعة يلحقها الطلاق فى مجلس الخلع بالآتى:

من القرآن:

قوله تعالى: «الطَّلاقُ مَرَّتَانِ» إلى قوله تعالى: «فلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»[3] يريد الخلع.

---

(١) قال ابن التركمانى فى الجوهر النقى: روى فى مصنف ابن أبى شيبة كان عمران بن الحصين وابن مسعود يقولان فى التى تفتدى من زوجها لها طلاق ما كانت فى عدتها» ورجال هذا السند على شرط الجماعة (راجع الجوهر النقى بهامش السنن الكبرى للبيهقى جـ ٧ ص ٣١٧) وما رواه أبو يوسف لم أجده فى كتب السنن.

(٢) راجع المبسوط للسرخسى جـ ٦ ص ١٧٥.

(٣) البقرة / ٢٢٩.

﴿١٨٨﴾

ثم قال: «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ»[١].

وجه الدلالة من هذه الآيات:

دلت هذه الآيات على أن الطلاق بعد الخلع واقع، فإن طلقها فى مجلس خلعه طلقت، وإن طلقها فى غيره لم تطلق[٢].

المناقشة

ناقش الفريق الأول أدلة الفريق الثانى فقالوا: ما روى من حديث «المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت فى العدة» لا نعرف له أصلا، ولا ذكره أصحاب السنن[٣].

وعلى فرض صحته فإننا نتناوله بأحد تأويلين: إما أن يحمل على أن الخلع طلاق وليس بفسخ وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى، أو يحمل على أن لفظ الخلع بغير بدل إذا اقترن به النية كان طلاقا[٤].

الرأى الراجح

ونرى بعد عرض الآراء وأدلة كل فريق ترجيح ما ذهب إليه الفريق الأول أن المختلعة لا يلحقها الطلاق وهى فى العدة لأنها بالخلع أصبحت أجنبية عنه.

---

(١) البقرة / ٢٣٠.
(٢) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٧.
(٣) راجع المغنى جـ ٧ ص ٥٩، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٧.
(٤) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٧.

﴿١٨٩﴾

المبحث السادس
ما يصلح عوضا فى الخلع

اتفق الفقهاء على أن كل مال متقوم معلوم موجود وقت الخلع يصلح أن يكون عوضا، وكذلك اتفقوا على أن المهر المسمى للزوجة ومهر المثل يصلح أن يكون كل منهما عوضاً فى الخلع، ثم اختلفوا فيما إذا كان العوض المذكور فى الخلع مالا غير متقوم، أو مجهولاً على آراء، وإليك التفصيل.

أولاً: حكم الخلع على مال غير متقوم

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الزوج إذا خلع زوجته على شئ غير متقوم كالخمر والخنزير والميتة والدم وقع الطلاق، ثم احتلفوا فيما إذا كان يجب على الزوجة رد ما استحقته أم لا على قولين:

القول الأول: ما ذهب إليه أبو حنيفة ومالك وأحمد قالوا: يقع الطلاق ولا يجب على الزوجة شئ ولا يستحق الزوج عوضا، إن كانا يعلمان أنه محرم، وإن كانا يجهلان أنه محرم صح الخلع وكان له بدله أى قيمته، الا أن أبا حنيفة قال: إن غرته فله المهر(١).

الثانى: ما ذهب إليه الشافعى قال: يجب للزوج مهر المثل(٢).

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٨٩٨، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦٤، تبيين الحقائق جـ ٢ ص ٢٦٩، ملتقى الأبحر جـ ١ ص ٢٨١، حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٤٦، المبسوط جـ ٦ ص ١٩١، المدونة جـ ٢ ص ٢٣٧، جواهر الاكليل للازهرى جـ ١ ص ٣٣١، لمغنى جـ ٧ ص ٧٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتى جـ ٣ ص ٦٢، لمقنع ص ٢٢٧، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٩، الفروع جـ ٥ ص ٣٤٦.

(٢) حاشيتان قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٣١١، بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١٤، الحاوى الكبير جـ ١ ص ٣٦، ص ٦٣، روضة الطالبين للنووى جـ ٥ ص ٦٩٤، نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٧: ٣٩٨.

﴿١٩٠﴾

الأدلـــة

أدلة القول الأول

استدل هذا الفريق على وقوع الطلاق بالأتى:

أن الخلع بعوض معلق بقبول المرأة ما جعل عوضاً ذكراً وتسمية، سواء كان المسمى مما يصلح عوضاً أولاً، لأنه من جانب الزوج تعليق الطلاق بشرط القبول وقد قبلت، فصار كأنه صرح بتعليق الطلاق بقبولها العوض المذكور فقبلت، ولو كان كذلك لوقع الطلاق إذا قبلت كذا هذا.

ثم استدل على عدم وجوب شئ للزوج على الزوجة بالآتى:

١- أن الخلع طلاق والطلاق قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض، والميتة والدم ليست بمال في حق أحد فلا تصلح عوضاً، والخمر والخنزير لا قيمة لهما في حق المسلمين فلم يصلحا عوضاً في حقهم فلم تصلح تسمية شئ من ذلك، فإذا خلعها عليه فقد رضى بالفرقة بغير عوض فلا يلزمها شئ.

٢- أن الخلع من جانب الزوج اسقاط الملك، وإسقاط الملك قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض كالإعتاق، فإذا ذكر ما لا يصلح عوضاً أصلاً أو ما لا يصلح عوضاً في حق المسلمين فقد رضى بالإسقاط بغير عوض فلا يستحق عليها شيئاً.

٣- أن منافع البضع عند الخروج عن ملك الزوج غير متقومة، لأن المنافع في الأصل ليست بأموال متقومة إلا أنها جعلت متقومة عند المقابلة

بالمال المتقوم، فعند المقابلة بما ليس بمال متقوم يبقى على الأصل، ولأنها أخذت حكم التقوم فى باب النكاح عند الدخول فى ملك الزوج احتراما لها تعظيماً للآدمى لكونها سبباً لحصوله فجعلت متقومة شرعاً صيانة لها عن الابتذال.

والحاجة إلى الصيانة عند الدخول فى الملك لا عند الخروج عن الملك لأن بالخروج يزول الابتذال فلا حاجة إلى التقوم فبقيت على الأصل(١).

واستدل الشافعى على وجوب مهر المثل بالقياس فقال:

أن الخلع معاوضة بالبضع، فإذا كان العوض محرماً وجب مهر المثل كالنكاح(٢).

وأجيب: بأن قياس الخلع على النكاح قياس مع الفارق لأن النكاح تمليك البضع بعوض، والخلع اسقاط الملك بعوض وبغير عوض، وكذا منافع البضع عند الدخول أعطى لها حكم التقوم شرعاً لكونها وسيلة إلى حصول الآدمى المكرم، والخلع إبطال معنى التوسل فلا يظهر معنى التقوم فيه(٣).

ثانياً: حكم الخلع على مجهول:

اختلف الفقهاء فى حكم الخلع بالمجهول على قولين

---

(١) راجع بدائل الصنائع جـ ٤ ص ١٨٩٨: ١٨٩٩، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦٤ المبسوط جـ ٦ ص ١٩١، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٦٢.

(٢) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٦٤.

(٣) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٨٩٩، المغنى جـ ٧ ص ٧٣.

الأول: ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة يجوز الخلع بالمجهول وله ما جعل له.

إلا أن الحنفية قالوا: يجوز الخلع بالمجهول جهالة قليلة أو كثيرة ما لم تكن متفاحشة(١).

القول الثاني: ما ذهب إليه الشافعي قال: لا يجوز الخلع على ما فيه غرر كالمجهول، ولا على ما لم يتم ملكه عليه، ولا ما لا يقدر على تسليمه، فإن طلقها على شئ من ذلك وقع الطلاق ويرجع عليها بمهر المثل(٢).

ووافق ابن حزم الشافعي على عدم جواز الخلع على مجهول إلا أنه قال بعدم وقوع الطلاق لأنه عقد فاسد، وكل طلاق لم يصح إلا بصحة ما لا صحة له فهو غير صحيح، وإذا كان غير صحيح فلم يطلق أصلا(٣).

وسبب اختلاف الفقهاء:

تردد العوض ههنا بين العوض فى البيوع أو الأشياء الموهوبة

---

(١) راجع المبسوط للسرخسى جـ ٦ ص ١٨٦، البدائع جـ ٤ ص ١٨٩٨، تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٩٤٩ المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٣٢، جواهر الاكيل شرح مختصر خليل جـ ١ ص ٣٣١، الكافى ص ٢٧٦، ٢٧٧، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٧٩، المقنع ص ٢٢٧، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢٢٢، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٢٦، الفروع جـ ٥ ص ٣٤٧.

(٢) راجع قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٣١١، بجيرمى على الخطيب لسليمان البجيرمى جـ ٣ ص ٤١١ ط أخيرة، نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٩٨ تكملة المجموع شرح المهذب للمطيعى جـ ١٦ ص ٢٥.

(٣) راجع المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٤٣.

والموصى بها، فمن شبهه بالبيوع اشترط فيه ما يشترط فى البيوع وفى أعواض البيوع، ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك[١].

الأدلـــة

استدل المذهب الأول بالقرآن والقياس

فمن القرآن

قوله تعالى: «فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»[٢].

وجه الدلالة من الآية:

دلت الآية على جواز الخلع بالغرر والمجهول لأنه الظاهر من عموم الآية.

والخلع ليس طريقه طريق المبايعات التى تبتغى فيها الأثمان وإنما المبتغى فيه تخليص الزوجة من ملك الزوج فلا يضر الجهل بالعوض، ألا ترى أن النكاح لما لم يكن طريقه طريق المبايعات المحضة وكان المبتغى فيه المكارمة والاتصال جاز على عبد غير موصوف وعلى متاع بيت غير موصوف وما أشبه ذلك من الغرر اليسير الذى لا يُزال جملة فيبقى البضع بلا صداق، لأن الصداق حق الله تعالى فلا يجوز اسقاطه، والخلع لا حق لله فيه فجاز بالغرر الكثير من جميع جهاته، وإن ذهب جملة فيبقى الخلع بلا عوض[٣].

---

(١) راجع بداية المجتهد جـ ٢ ص ٧٩.
(٢) البقرة /٢٢٩.
(٣) راجع مقدمات ابن رشد بهامش المدونة جـ ٢ ص ٢٥٧.

﴿١٩٤﴾

ومن القياس

ان الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية[١].

أدلة المذهب الثانى

استدل الشافعى على عدم جواز الخلع بما فيه غرر بالقياس فقال: إن طلقها على شئ مجهول وقع الطلاق، لأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح ويرجع عليها بمهر المثل لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله[٢].

المناقشة

ناقش الفريق الأول قياس الشافعى فقالوا:

قياس الخلع على النكاح قياس مع الفارق، لأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شئ، والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح، وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لأنها لم تبذله ولا فوتت عليه ما يوجبه فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو رضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها

---

(١) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٦١، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢٢٢، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٦٤.

(٢) راجع بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١٤، الحاوى للفتاوى للسيوطى جـ ١ ص ١٩٨، التكملة الثانية للمجموع جـ ١٦ ص ٢٥.

شئ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبى لم يجب للزوج عوض، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج، ولو طاوعت لم يكن للزوج شئ وإنما يتقوم البضع على الزوج فى النكاح خاصة، وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله فأما ايجاب شئ لم ترض به فلا وجه له(١).

وناقش ابن حزم الفريق الأول فقال: الآية عامة لكن لما يحل عقده وملكه، لا للحرام ولو كان ذلك لجاز أن يفتدى من زوجته بأن يزنى بها متى أراد وبزق حمر(٢).

الرأى الراجح

وبعد عرض الآراء وأدلتها وما ورد عليها نرى ترجيح ما ذهب إليه الفريق الأول من جواز الخلع بالمجهول وما فيه غرر ما دام اتفق الزوجان عليه وله ما جعل له.

ومن صور الخلع بالمجهول

١- أن تقول له اخلعنى على ما فى يدى من الدراهم أو الجنيهات ففعل فإن كان فى يدها شئ فهو له، وإن لم يكن فى يدها شئ لزمه ثلاثة دراهم أو ثلاثة جنيهات لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم أو الجنيهات وهذا عند الحنفية والحنابلة، أما عند الشافعى فالطلاق يقع بائناً وعليها مهر المثل،

---

(١) راجع المغنى جـ ٧ ص ٦١: ٦٢.

(٢) راجع المحلى جـ ١٠ ص ٢٤٤.

﴿١٩٦﴾

وقال بعض الشافعية إن لم يكن فى كفها شئ يقع الطلاق رجعياً.

٢- ان تقول له اخلعنى على ما فى بيتى من متاع فإن كان هناك متاع فهو له قليلاً كان أو كثيراً معلوماً أو مجهولاً وهذا عند الحنفية والحنابلة، أما إذا لم يكن فيه متاع فعند الحنفية يرجع عليها بالمهر لأنها غرته بتسمية مال متقوم فيلزمها ضمان الغرور وهو رد المهر المستحق، وقال بعض الحنابلة له أقل ما يقع عليه اسم المتاع لأنها ما التزمت له المهر المسمى كما قال الحنفية، ولا مهر المثل كما قال الشافعى فلم يلزمها، ولأن المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب بغير رضا ممن يجب عليه؟ (١).

٣- أن تخالعه على إرضاع ولده أو نفقته.

أولاً: الرضاع:

ذهب فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية إلى جواز الخلع مقابل إرضاع الولد، إلا أن أصحاب الشافعى قالوا باشتراط ذكر مدة الرضاع ليصير معلوماً ينتفى عنه الجهالة(٢).

---

(١) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٨٩٨، المبسوط جـ ٦ ص ١٨٦، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٦٦، البحر الرائق جـ ٤ ص ٨٤، بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١٤، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٦٩٣، المغنى جـ ٧ ص ٦٣، الفروع لابن مفلح جـ ٥ ص ٣٤٧.

(٢) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٩٠٢، حاشية رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٤٥٥، حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٥٧، المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٣٧، مقدمات ابن رشد بهامش المدونة جـ ٢ ص ٢٥٧، جواهر الاكليل للأزهرى جـ ١ ص ٣٣٥، الكافى ليوسف المالكى ص ٢٢٧، تفسير القرطبى جـ ١ ص ٩٥٠ روضة الطالبين للنووى جـ ٥ ص ٧٠١، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٦٢، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢٢٠، المقنع ص ٢٢٧، الفروع لابن مفلح جـ ٥ ص ٣٤٨.

﴿١٩٧﴾

وقال ابن حزم: لا يجوز الخلع على أن تبريه من ارضاع ولدها فإن وقع فهو باطل[١].

الأدلـــة

استدل جمهور الفقهاء على جواز الخلع بإرضاع الولد بالآتى:

من القرآن

قوله تعالى: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ»[٢].

وقوله تعالى: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»[٣].

وجه الدلالة من الآيتين:

دلت الآية الأولى على أن الرضاع تصح الأجارة عليه، وما جازت المعاوضة عليه فى غير الخلع جاز أن يكون عوضاً فى الخلع.

أما الآية الثانية فقد بينت أن النفقة للولد تستحق على الأب إذا كان باقياً دون الأم فكذلك الرضاع، لأنه يقوم مقام الطعام والشراب فإن عدم الأب وجب الرضاع على الأم كما يجب نفقته عليها إذا مات الأب، فرضاع ولدها مع بقاء الأب واجب عليه دونها وإذا كان كذلك صح الخلع على الرضاع[٤].

---

(١) راجع المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٤٤.
(٢) الطلاق/ ٦.
(٣) البقرة/ ٢٣٣.
(٤) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٩٠٣، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٦٩، المغنى جـ ٧ ص ٦٥، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٦٢.

﴿١٩٨﴾

ثم استدل من لم يشترط ذكر مدة للرضاع بالآتى:

قال تعالى: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ»[١]، وقال تعالى: «وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ»[٢] وقال تعالى: «وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا»[٣].

وجه الدلالة من هذه الآيات

إن الله تعالى قيد الرضاع بالحولين فى الآية الأولى، وفى الآية الثالثة لم يبين مدة الحمل والفصال فحمل على ما فسرته الآية الأخرى وجعل الفصال عامين والحمل ستة أشهر، وعلى ذلك يحمل المطلق من كلام الآدمى على ذلك، ولا يحتاج إلى وصف الرضاع، لأن جنسه كاف كما لو ذكر جنس الخياطة فى الإجارة[٤].

أدلة القول الثانى:

استدل ابن حزم على عدم جواز الخلع على إرضاع الولد بالآتى: قال: إن الخلع على الإرضاع غير معلوم القدر وقد يزيد السعر وقد ينقص، ولأنه لم يجب لها بعد فمخالعتها بما لا تملكه باطل وظلم[٥].

---

(١) البقرة / ٢٣٣.
(٢) لقمان / ١٤.
(٣) الأحقاف/ ١٥.
(٤) راجع المغنى جـ ٧ ص ٦٥، تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٩٥٠.
(٥) راجع المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٤٤.

ثانياً: نفقة الولد وكفالته

من مسائل الخلع بالمعدوم الذى ينتظر وجوده كفالة الولد، وقد اختلف الفقهاء فى جواز أن تكون جعلا فى الخلع على ثلاثة آراء.

الأول: ما ذهب إليه بعض الشافعة فى المنصوص عنهم، والحنابلة واللخمى من المالكية والإمامية يصح الخلع على نفقة الولد إن كانت المدة معلومة.

وأضاف الشافعية شرط آخر فقالوا: مع بيان قدر الطعام وجنسه وقدر الأدم وجنسه ويكون المبلغ معلوماً مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه وما يحل منه كل يوم.

أما الحنابلة فقالوا: لا تسقط عنها النفقة ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله[1].

الرأى الثانى:

ما ذهب إليه الحنفية، وابن القاسم من المالكية، وبعض الشافعية وابن حزم الظاهرى قالوا: لا يصح الخلع على نفقة الولد سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة.

---

(١) راجع حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٥٧، المدونة جـ ٢ ص ٣٣٧ روضة الطالبين جـ ٥ ص ٧٠٢، مجموعة فتاوى ابن تيمية جـ ٤ ص ١٢٧، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢٢٠، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٦٢، الأحكام الجعفرية للحلى ص ٩٧.

﴿٢٠٠﴾

إلا أن ابن حزم أبطل الخلع وقال بعدم وقوع الطلاق لأن العقد فاسد[١].

الرأى الثالث:

ما ذهب إليه المغيرة من فقهاء المالكية قال: يصح الخلع على نفقة الولد، ولا تسقط عنها النفقة مطلقاً قيدت بمدة أم لا، وهو المعتمد عند المالكية[٢].

الأدلـــة

استدل الرأى الأول بالآتى:

- أن النفقة ها هنا تبع للرضاع، وقد يخفف حكم التبع عن حكم الانفراد كما يجوز بيع ما لم يؤبر من الثمرة تبعاً لنخلها، ولا يجوز بيعها بانفرادها، وكما يجوز بيع الحمل تبعاً للأمة، ولا يجوز بيعه مفرداً عنها.

٢- أن الضرورة دعت إلى الجمع بين هذه الأجناس بعقد واحد، لأن عقد الخلع إذا أفرد بأحدهما لم تصح بعده عقد خلع آخر فدعت الضرورة إلى جمعه فى عقد واحد، وليس كذلك غيره من العقود.

٣- أن عقد الخلع مفاداة قصد بها اسنقاذهما من معصية فكان حكمه أوسع من سائر العقود كما وسع فى جواز عقده على الصفات التى لا يجوز

---

(١) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٩٠٣، المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٣٧، حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٥٧، جواهر الاكليل جـ ١ ص ٣٣٥، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٥٢، المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٤٤.

(٢) راجع حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٥٧، بلغة السالك لأقرب المسالك جـ ٢ ص ١٥٠: ١٥١.

مثلها فى عقود البياعات[١].

واستدل الحنابلة على عدم تقدير النفقة، بأن نفقة الزوجة مستحقة على زوجها بطريق المعاوضة وهى غير مقدرة كذا ههنا، وللوالد أن يأخذ منها ما يستحقه من مؤنة الصبى وما يحتاج إليه، لأنه بدل ثبت له فى ذمتها، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره[٢].

واستدل الرأى الثانى بالآتى:

أن النفقة ليس لها مقدار معلوم فكانت الجهالة متفاحشة فلا يلزمها شئ ولكن الطلاق واقع[٣].

الرأى الراجح

بعد هذا العرض للآراء والأدلة نستطيع أن نرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز الخلع على إرضاع الولد لأنه يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة، ولأن الرضيع قد لا يقبل غير أمه.

وأيضاً يجوز أن تكون نفقة الولد مدة معلومة جعلاً للخلع بشرط أن تكون مقدرة ومستوفية كل ما أوجبه عليها من طعام وكسوة جنساً ونوعاً وصفة حتى تنتفى عنها الجهالة، وإن كانت غير مقدرة رجع إلى نفقة المثل.

---

(١) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ٥٢.
(٢) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٦٦، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٦٢.
(٣) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٩٠٣.

﴿٢٠٢﴾

من يجوز له الخلع

أولاً: خلع الرشيدة والصغيرة

اتفق الفقهاء على أن الرشيدة يجوز أن تخالع عن نفسها لأنها من أهل التصرف، ثم اختلفوا فى الصغيرة هل يجوز للأب أن يخالع عنها أم لا؟

فذهب الأحناف إلى أن الأب إذا قام بخلع ابنته الصغيرة من ماله جاز الخلع، وإن كان من مالها لا يجب عليها المال، ووافقهم بعض الشافعية، والحنابلة، والظاهرية والزيدية.

وجه هذا القول: ان الخلع فى جانبها معاوضة المال بما ليس بمال والصغيرة تتضرر بها، وتصرف الإضرار لا يدخل تحت ولاية الولى كالهبة والصدقة[1].

وذهب مالك: إلى أنه لا يجوز الخلع من الصغيرة، لعدم جواز البذل وصحته لكون بازله ليس أهلاً للتبرع، وإذا كان لها أب أو مجبر فإنه يجوز أن يخالع الأب أو المجبر على الصغيرة كما ينكحها، ووافقه بعض الشافعية قالوا: إذا كان الولى المخالع هو الذى بيده عقدة النكاح صح إذا كانت صغيرة

---

(١) راجع حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٥٧، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٧٨، ملتقى الأبحر جـ ١ ص ٢٨٢، المبسوط للسرخسى جـ ٦ ص ١٧٩. روضة الطالبين جـ ٥ ص ٦٩٢، قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٣١٠، بجيرمى على الخطيب جـ ٣ ص ٤١٣، الفروع جـ ٥ ص ٣٤٤، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٤، المقنع ص ٢٢٦، المحلى جـ ١٠ ص ٢٤٤، السيل الجرار جـ ٢ ص ٣٦٣.

أو مجنونة، وأجازه الإمامية بشرط أن يكون فى الخلع مصلحة لها[1].

ثم اختلف القول الأول - الذى قال لا يجب عليها المال - فى وقوع الطلاق عليها وعدم وقوعه.

فذهب بعض مشايخ الحنفية وبعض الشافعية إلى أنه لا يقع عليها الطلاق، ولا يجب المال.

وذهب بعض مشايخ الحنفية، وبعض الشافعية، والحنابلة: إلى أنه يقع عليها الطلاق، أما المال فلا يجب.

إلا أن الشافعية: اختلفوا فى وقوع الطلاق رجعياً أو بائناً على روايتين.

وقال الحنابلة:

إذا قال الأب طلق ابنتى وأنت برئ من صداقها فطلقها وقع الطلاق.

ثم قال أحمد بن حنبل: إنه يرجع على الأب، قال القاضى: هذا محمول على أن الزوج كان جاهلاً بأن ابراء الأب لا يصح فكان له الرجوع عليه، لأنه غره كما لو غره فزوجه معيبة، وإن كان الزوج يعلم أن ابراء الأب لا يصح لم يرجع عليه بشئ، وعلى الموضع الأول يقع الطلاق بائناً، لأنه بعوض، وعلى الموضع الثانى الذى لا يرجع عليه، يقع الطلاق رجعياً لأنه خلا عن العوض.

استدل من قال بعدم وقوع الطلاق بالآتى:

أن الخلع متى وقع على بدل هو مال يتعلق وقوع الطلاق بقبول يجب به

---

(١) راجع بلغة السالك لأقرب المسالك جـ ٢ ص ١٤٩، الكافى لعمر بن يوسف ص ٢٧٦، حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٤٨، تكملة المجموع شرح المهذب للمطبعى جـ ١٦ ص ١٠، الأحكام الجعفرية لعبد الكريم الحلى ص ٩٨.

﴿٢٠٤﴾

المال، وقبول الأب لا يجب به المال، لأنه ليس له ولاية القبول على الصغيرة لكونه ضررا بها.

واستدل من قال بوقوع الطلاق بالآتى:

ان صحة الخلع لا تقف على وجوب العوض، فإن الخلع يصح على ما لا يصح عوضاً كالميتة والدم والخنزير والخمر ونحو ذلك فلم يكن من ضرورة عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق(١).

ثانياً: خلع الصبى والمجنون ووليهما:

اختلف الفقهاء فى خلع الصبى والمجنون وخلع الأب زوجة ابنه الصغير أو المجنون على ثلاثة أقوال.

القول الأول: ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة فى رواية، والشيعة الزيدية والإمامية: أن خلع الصبى والمجنون باطل، وكذلك فعل ابيه عليه فى الطلاق باطل(٢).

الثانى: ما ذهب إليه مالك: انه لا يجوز الخلع من الصبى والمجنون ولكن يجوز لوليه أن يطلق عنه بعوض، ولا يجوز أن يطلق عنه بغير عوض، وهو قول الزهرى(٣).

---

(١) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٨٩٧، تكملة المجموع للمطيعى جـ ١٦ ص ١٠، المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ٨٣ : ٨٤.

(٢) راجع المبسوط جـ ٦ ص ١٧٨، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٦٨٨، ٧٣٢، الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٠٩، كشاف القناع جـ ٥ ص ٢١٤، المغنى جـ ٧ ص ٨٧: ٨٨، السيل الجرار جـ ٢ ص ٢٦٣ الأحكام الجعفرية ص ٧٨: ٧٩، ٩٩.

(٣) راجع المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٣٩، جواهر الاكليل جـ ١ ص ٣٣٠، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٨٠، حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٥٢.

﴿٢٠٥﴾

الثالث: ما ذهب إليه أحمد فى رواية أنه يجوز أن يطلق عنه بعوض وبغير عوض، وهو قول الحسن وعطاء وقتادة[١].

الأدلـــة

استدل القول الأول بالسنة والقياس والمعقول

فأما السنة:

فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الطلاق لمن أخذ بالساق»[٢].

وجه الدلالة من الحديث:

معنى الحديث: إنما يملك الطلاق من ملك الأخذ بالساق، يعنى البضع، والولى لا يملك البضع، فلم يملك الطلاق، وقد قال عمر: إنما الطلاق بيد الذى يحل له الفرج[٣].

وأما القياس:

فان من لم يملك البضع لم يملك بنفسه الطلاق كالأجنبى، ولأنه اسقاط لحقه فلم يملكه كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص.

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٨٧: ٨٨.

(٢) الحديث رواه ابن ماجة فى كتاب الطلاق باب طلاق العبد رقم ٢٠٨١، وتمامه عن ابن عباس قال: «أتى النبى صلى الله عليه وسلم رجل فقال: يا رسول الله سيدى زوجنى أمته، وهو يريد أن يفرق بينى وبينها. قال: فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: «يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق». والحديث فى سنده ابن لهيعة وهو ضعيف وباقى رجاله ثقات.

(٣) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٠٩، زاد المعاد جـ ٥ ص ٢٧٨، المغنى جـ ٧ ص ٨٧.

﴿٢٠٦﴾

وأما المعقول

فإن الصبى ليس له قصد معتبر شرعاً خصوصاً فيما يضره، وذلك لأن اعتبار القصد ينبنى على الخطاب، والخطاب ينبنى على اعتدال الحال.

وفعل أبيه فى الطلاق عليه باطل أيضا لأن الولاية انما تثبت على الصبى لمعنى النظر له، ولتحقق الحاجة إليه، وذلك لا يتحقق فى الطلاق والعتاق(١).

واستدل القول الثانى بالقياس فقال:

إن طلاقه بعوض كالبيع وطلاقه بغير عوض كالهبة، ولوليه أن يبيع ماله، وليس له أن يهبه.

واستدل القول الثالث بالآتى:

انه لما جاز لوليه أن يملكه البضع بالنكاح جاز له أن يزيل ملكه عنه بالطلاق كالمال(٢).

ولأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه، وعن عبد الله بن عمرو: أن المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه وليه، قال عمر بن شعيب: وجدنا ذلك فى كتاب عبد الله بن عمرو(٣).

الرأى المختار:

وبعد عرض الآراء وأدلتها نرى ترجيح ما ذهب إليه الإمام مالك من

---

(١) راجع المبسوط جـ ٦ ص ١٧٨، الحاوى جـ ١٠ ص ١٠٩، المغنى جـ ٧ ص ٨٧.
(٢) راجع الحاوى الكبير جـ ١٠ ص ١٠٩.
(٣) راجع المغنى جـ ٧ ص ٨٧: ٨٨.

أنه يجوز أن يخالع الأب على ابنه الصغير وابنته الصغيرة، كما جاز له أن يزوجها، لأنه يحتمل أن يكون الخلع لصالحها بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف على نفسها منه، ولا يكون دفع المال هنا من باب التبذير، وإنما لتحصيل الحفظ لها.

ثالثاً: خلع المريضة والمريض:

الخلع فى المرض جائز كالصحة، لأنه عقد معاوضة فصح فى المرض كالبيع، ولأن المريض يصح طلاقه بغير بدل فصح بالبدل كالصحيح.

وإذا ثبت جواز الخلع فى المرض كجوازه فى الصحة، فإن كان الزوج مريضاً صح خلعه بالمسمى قل أو كثر لأنه لو طلقها بغير عوض كان صحيحاً فبالعوض القليل أولى.

خلع المريضة

خلع المريضة جائز عند جميع الفقهاء إلا أنهم اختلفوا فى بدل الخلع فذهب أبو حنيفة والصاحبان، ومالك فى رواية، والزيدية والإمامية إلى أن الزوجة إذا اختلعت فى مرضها فبدل الخلع معتبر من ثلث مالها.

قال الحنفية: والحاصل ان المرأة إذا اختلعت فى مرضها بمهرها الذى كان لها على زوجها، فإن ماتت فى العدة فله الأقل من ميراثه ومن المهر إن كان يخرج من ثلث مالها مهر، وإن لم يكن لها مال سوى ذلك فله الأقل من ميراثه منها ومن الثلث، وإن ماتت بعد انقضاء العدة فله المهر من ثلث مالها، وإن برئت

﴿٢٠٨﴾

من مرضها فله جميع المسمى بمنزلة ما لو خالعها فى صحتها[١].

وذهب مالك فى رواية، والحنابلة، إلى أنه يجوز خلع المريضة إذا كان بقدر ميراثه منها أو أقل، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعها به لأنه يتبين أنه ليس بمرض الموت، والخلع فى غير مرض الموت كالخلع فى الصحة[٢].

وذهب الشافعى إلى أن المريضة إذا خالعت زوجها بمهر المثل فما دونه جاز وكان من رأس مالها وأصل تركتها، وإن خالعته بأكثر من مهر المثل كانت الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث كالوصايا[٣].

وذهب زفر من الحنفية إلى أنه يجوز خلع المريضة من جميع المال[٤].

---

(١) راجع البدائع جـ ٤ ص ١٩٠٣، حاشية رد المحتار لابن عابدين جـ ٣ ص ٤٦٠، المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤١، الكافى ص ٢٧٨، مقدمات ابن رشد بهامش المدونة جـ ٢ ص ٢٥٦، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٨٠، السيل الجرار جـ ٢ ص ٣٦٧، الأحكام الجعفرية ص ٩٩.

(٢) راجع المدونة الكبرى جـ ٢ ص ٢٤١، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٨٠ حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٥٣: ٣٥٤، جواهر الاكليل جـ ١ ص ٣٣٤، المقدمات جـ ٢ ص ٢٥٦، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٦٨، المقنع ص ٢٢٨، الفروع جـ ٥ ص ٣٥٨.

(٣) راجع روضة الطالبين جـ ٥ ص ٦٩٢، بجيرمى على الخطيب للبجيرمى جـ ٣ ص ٤١٢: ٤١٣، قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٣١٠، تكملة المجموع جـ ١٦ ص ٣٧، نهاية المحتاج للرملى جـ ٦ ص ٣٩٨.

(٤) راجع المبسوط جـ ٦ ص ١٩٢.

﴿٢٠٩﴾

الأدلـــة

استدل المذهب الأل بالآتى:

ان دخول البضع فى ملك الزوج متقوم وعند الخروج لا يتقوم بدليل أن الأب له أن يزوج ابنه امرأة بماله وليس له أن يخالع إبنته من زوجها بمالها، والخلع ليس من أصول حوائجها فكان بذل الخلع بمنزلة الوصية منها للزوج فيعتبر من الثلث(١).

واستدل المذهب الثانى بالآتى:

استدل هذا الفريق على عدم اعتبار مهر المثل والخلع بقدر الميراث فقط فقالوا: لا يعتبر مهر المثل بدليل أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم، واعتبارمهر المثل تقويم له.

أما إبطال الزيادة على ميراثه فذلك لأنها متهمة فى أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل، كما لو أوصت له أو أقرت له، وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه(٢).

واستدل المذهب الثالث بالقياس فقالوا:

ان بدل الخلع مال بذله أحد الزوجين فى مقابلة البضع، فوجب أن

---

(١) راجع المبسوط للسرخسى جـ ٦ ص ١٩٢، حاشية رد المحتار جـ ٣ ص ٤٦٠.

(٢) راجع كشاف القناع للبهوتى جـ ٥ ص ٢٢٨: ٢٢٩، المغنى جـ ٧ ص ٨٨.

يكون مهر المثل فيه معتبراً من أصل المال كالنكاح.

وأنه عقد معاوضة يصح مؤجلاً ومعجلاً، فوجب أن يكون عوض المثل من أصل المال كالبيع[١].

واستدل المذهب الرابع على أن البدل يكون من جميع المال بالآتى:

ان الخلع يعتبر كالنكاح، فإن المريض لو تزوج امرأة بصداق مثلها اعتبر من جميع ماله لأن ذلك من حوائجه، فكذلك المريضة إذا اختلعت، لأن ذلك من حوائجها لتتخلص به من أذى الزوج[٢].

الرأى المختار

وبعد عرض الآراء وأدلة كل فريق نرى ترجيح ما ذهب إليه الرأى الأول من جعل بدل الخلع فى الثلث إذا كان فى مرض الموت اعتباراً بالوصية.

أما إذا صحت الزوجة من مرضها فله كل ما خالعها به، لأنه تبين أنه ليس بمرض الموت.

---

(١) راجع الحاوى الكبير للماوردى جـ ١٠ ص ١٠٢، تكملة المجموع جـ ١٦ ص ٣٧ نهاية المحتاج للرملى جـ ٦ ص ٣٩٨.

(٢) راجع المبسوط جـ ٦ ص ١٩٢.

﴿٢١١﴾

الخاتمة

مما سبق يتبين أن الإسلام وقف من الزوجة موقف العادل المنصف وقد تجلى هذا فيما سنه من تشريع الخلع.

فالشريع الاسلامى وإن كان قد جعل الطلاق بيد الرجل، لأنه أكثر دراية لعواقب الأمور، وأملك لنفسه عند الغضب إلا أنه أباح للزوجة افتداء نفسها إذا كانت تضيق بعشرة زوجها ولا تسكن إلى الحياة معه، حتى لا تعيش فى هموم تضرها وتؤدى بها إلى التقصير فى واجباته.

وهذا ما أقره القانون المصرى مؤخرا وهذا نصه:

جاء فى المادة ٢٠ من قانون اجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الجديد رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أن «للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها خالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وردت عليه الصداق الذى دفعه لها، حكمت المحكمة بتطليقها منه، وتحكم المحكمة بالتطليق للخلع بعد عرض الصلح بين الزوجين طبقاً لاحكام المادة ١٨ من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ولا يصح أن يكون مقابل الخلع اسقاط حضانة الصغار أو أى حق من حقوقهم، ويقع الخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن، ويكون الحكم فى

﴿٢١٢﴾

جميع الأحوال غير قابل للطعن باى طريق من طرق الطعن»[١].

ومعنى ذلك أن المحكمة لا تحكم بالتطليق إلا بعد محاولة للصلح بين الزوجين وندبهما لمحكمين للصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة شهور.

ومقدم الصداق المكتوب فى قسيمة الزواج هو الذى تلتزم الزوجة برده، فإذا كان ما ورد فى عقد الزواج غير مسمى كأن يكتب الصداق المسمى بيننا وتنازع الطرفان فى قدره طبقت المحكمة حكم المادة ١٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لبيان مقدار مقدم الصداق.

والمادة ١٩ تنص على: «أنه إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهرا لمثلها عرفا فيحكم مهر المثل[٢].

وإلى هنا ينتهى موضوع البحث.... أرجو أن أكون قد وفقت فيه بعد الجهد المتواصل فى البحث والإطلاع وجمع الأدلة ومقارنتها.

الله أسأل أن ينتفع به من يطلع عليه، وأن يهدينى سواء السبيل.

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر بتاريخ ٢٩ يناير لسنة ٢٠٠٠.

(٢) راجع الحصول على الطلاق بالخلع لمصطفى عبد القادر المحامى، بدون طبعة.

المراجع والمصادر

أولاً: كتاب الله الكريم

ثانياً: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن: لمحمد فؤاد عبد الباقى، دار الشعب.

ثالثاً: مراجع التفسير

مراجع التفسير

١- أحكام القرآن: للإمام أبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص، المتوفى سنة ٣٧٠هـ، مطبعة دار الفكر.

٢- تفسير القرآن العظيم: للإمام اسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى، المتوفى سنه ٧٧٤هـ طبعة سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م مكتب التراث الإسلامى، حلب.

٣- الجامع لأحكام القرأن: للإمام محمد بن أحمد بن أبى عبد الله الأنصارى القرطبى، مطبعة درا الشعب القاهرة.

رابعا: السنن

١- السنن الكبرى: للإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى سنه ٤٥٨ هـ دار الفكر.

٢- سنن النسائى: للإمام الحافظ أبى عبد الرحمن بن عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على بن بحر النسائى، شرح جلال الدين السيوطى، وحاشية السندى، المكتبة العلمية بيروت.

﴿٢١٤﴾

٣- فتح البارى بشرح صحيح البخارى: للإمام أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى، ط ثانية سنة ١٤٠٢هـ المطبعة البهية المصرية، دار احياء التراث العربى بيروت.

٤- بلوغ المرام «من جمع أدلة الأحكام» للإمام أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى، تقديم ابراهيم اسماعيل عصر، دار الحديث.

٥- سنن أبى داود: للإمام سليمان بن الأشعث السجستانى الأزدى، المتوفى سنه ٢٧٥، مراجعة محمد محى الدين، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت.

٦- مصنف عبد الرازق: للإمام أبى بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى المتوفى سنة ٢١١هـ، منشورات المجلس العلمى.

٧- نصب الراية «الأحاديث الهداية»: للإمام جمال الدين أبى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنه ٧٦٢هـ المكتبة الإسلامية.

٨- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للإمام نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى المتوفى سنه ٨٠٧ مكتبة القدسى القاهرة.

٩- سنن الدارقطنى: للإمام على بن عمر الدارقطنى المتوفى سنة ٣٨٥هـ، مطبعة عالم الكتب، بيروت.

١٠- الموطأ: للإمام مالك بن أنس، مراجعة فاروق سعد، ط ثانية سنه ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت.

١١- سبل السلام، شرح بلوغ المرام: للإمام محمد بن اسماعيل الأمير اليمنى الصنعانى المتوفى سنه ١١٨٢هـ تحقيق ابراهيم عصر، دار

الحديث القاهرة.

١٢- صحيح البخارى بحاشية السندى: للإمام أبى عبد الله محمد بن اسماعيل البخارى، مطبعة إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى.

١٣- نيل الأوطار «شرح منتقى الأخبار» للإمام محمد بن على بن محمد الشوكانى، المتوفى سنه ١٢٥٥هـ، مكتبة دار التراث، القاهرة.

١٤- سنن الترمذى: للإمام أبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى، المتوفى سنه ٢٧٩، دار الحديث القاهرة.

١٥- سنن ابن ماجة: للحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزويتى ابن ماجة المتوفى سنه ٢٧٥هـ، دار احياء التراث العربى.

خامساً: مراجع الفقه

(١) مراجع الفقه الحنفى

١- ملتقى الأبحر: لابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبى المتوفى سنه ٩٥٦هـ، ط أولى سنه ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م مؤسسة الرسالة، بيروت.

٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع: للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود والكاسانى المتوفى سنه ٥٨٧هـ، مطبعة العاصمة الناشر زكريا على يوسف.

٣- مختصر اختلاف العلماء: للإمام أبى جعفر أحمد ابن محمد بن سلامة الطحاوى ت ٣٢١هـ، اختصار أبى بكر أحمد بن على الجصاص الرازى، تحقيق د/ عبد الله نذير أحمد ط ثانية، دار البشائر الاسلامية بيروت.

٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن نجيم الحنفى، دار الكتب الإسلامى.

٥- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: للإمام فخر الدين عثمان بن على الزيلعى، دار المعرفة.

٦- المبسوط: للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسى ط ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، دار المعرفة بيروت.

٧- حاشية رد المحتار، على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار: للإمام محمد أمين، الشهير بابن عابدين، ط ثالثة المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ١٣٢٣.

٨- شرح فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهام، دار احياء التراث العربى.

(٢) الفقه المالكى

١- الفواكه الدوانى: للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى المالكى الأزهرى المتوفى سنة ١١٢٠ هـ مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر.

٢- بلغة السالك لأقرب المسالك: للشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى الطبعة الأخيرة سنه ١٣٧٢هـ / ١٩٥٢م مطبعة مصطفى البابى الحلبى.

٣- جواهر الاكليل شرح مختصر خليل: للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى، مطبعة دار الفكر.

٤- المدونة الكبرى: للإمام مالك بن أنس، رواية الإمام سحنون بن سعد بن أبى القاسم، وبهامشه مقدمات ابن رشد للإمام أبى الوليد محمد

بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٥٢٠، دار الفكر.

٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: للشيخ أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى المتوفى سنة ٥٩٥هـ تحقيق محمد سالم، شعبان محمد، طبعة سنة ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.

٦- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير: للعلاقة شمس الدين محمد عرفه الدسوقى مطبعة دار الفكر، القاهرة.

٧- الكافى «فى فقه أهل المدينة»: لشيخ الاسلام أبى عمر يوسف النمرى.

(٣) مراجع الفقه الشافعى

١- المهذب للإمام أبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز أباذى الشيرازى، المتوفى سنه ٤٧٦هـ، ضبطه وصححه الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٥م، بيروت.

٢- قليوبى وعميرة: لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبى، وشهاب الدين أحمد البرلس الملقب بعميرة، دار احياء الكتب العربية.

٣- بجيرمى على الخطيب: للشيخ سليمان البجيرمى، وبهامشه الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشيخ محمد الشربينى الخطيب، الطبعة الأخيرة، ١٣٧٥هـ - ١٩٥١م، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر.

٤- الحاوى للفتاوى: لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى ت ٩١١هـ، دار الكتب العلمية.

٥- الحاوى الكبير «شرح مختصر المزنى: لأبى الحسين على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى ط أولى سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م دار الكتب العلمية، بيروت.

٦- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للإمام محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى ت ١٠٠٤هـ ط أخيرة سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، دار الفكر، بيروت.

٧- تكملة المجموع شرح المهذب: للاستاذ محمد المطيعى، مطبعة الإمام بمصر.

٨- فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، للشيخ زين الدين المليبارى الشافعى، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر.

٩- روضة الطالبين: للإمام يحى بن شرف أبى زكريا النووى، دار الكتب العلمية.

مراجع الفقه الحنبلى

١- مجموعة فتاوى ابن تيمية: للإمام أحمد بن عبد الحليم ابن عبد السلام بن تيمية المتوفى سنه ٨٢٧ هـ طبعة دار الفكر، بيروت.

٢- المغنى: لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنه ٦٢٠هـ، على مختصر الخرقى - مكتبة الجمهورية - مكتبة الكليات الأزهرية.

٣- المقنع: لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة دار الكتب العلمية.

٤- زاد المعاد «فى هدى خير العباد» للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر الزرعى الدمشقى، تعليق شعيب الأرنؤوط - عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة.

٥- الفروع: للشيخ شمس الدين المقدسى أبى عبد الله محمد بن مفلح سنة ٧٦٣هـ - ط الرابعة سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، مطبعة عالم الكتب.

٦- كشاف القناع: للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى المتوفى سنه ١٠٥١هـ راجعة الشيخ هلال مصيحلى مصطفى هلال طبعة سنه ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م مطبعة دار الفكر، بيروت.

٧- شرح منتهى الإرادات: للإمام منصور بن يونس ابن ادريس البهوتى، دار الفكر، بيروت.

الفقه الظاهرى

١- المحلى: للإمام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ت سنه ٤٥٦هـ تحقيق أحمد محمد شاكر، دار التراث، القاهرة.

فقه الشيعة الزيدية

١- البحر الزخار «الجامع لمذاهب علماء الأمصار»: للإمام أحمد ابن المرتضى ت ٨٤٠هـ وبهامشه كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار، طبعة سنه ١٣٥٤هـ - ١٩٧٥م مؤسسة الرسالة، بيروت.

٢- السيل الجرار «المتدفق على حدائق الأزهار»: للعلاقة محمد ابن على الشوكانى ت سنة ١٢٥٠هـ، تحقيق محمود ابراهيم زايد، الطبعة الأولى

﴿٢٢٠﴾

١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م دار الكتب العلمية، بيروت.

فقه الشيعة الإمامية:

١- الأحكام الجعفرية «فى الأحوال الشخصية»: لعبد الكريم الحلى ط جديدة سنه ١٩٨٥م، دار الرقى - المؤسسة اللبنانية العربية.

سادساً: مراجع أصول الفقه

١- شرح التلويح على التوضيح: للإمام سعد الدين مسعود ابن عمر التفتازانى الشافعى المتوفى سنه ٧٩٢هـ، مطبعة محمد على صبيح وأولاده.

٢- حاشية العلاقة التفتازانى المتوفى سنه ٧٩١هـ، وحاشية الشريف الجرجانى المتوفى سنه ٨١٦هـ على مختصر المنتهى الأصول للإمام ابن الحاجب المتوفى سنه ٦٤٦هـ، دار الكتب العلمية.

سابعاً: قواعد الفقه الكلية:

١- الأشباه والنظائر: فى قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى سنه ٩٣١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

ثامناً: المعاجم:

١- المعجم الوجيز: لمجمع اللغة العربية، طبعه خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

٢- مختار الصحاح: للإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى، مطبعة، مطبعة عيسى البابى الحلبى.

٣- لسان العرب: لأبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصرى، دار المعارف.

٤- المصباح المنير: للمقرى الفيومى، دار المعارف.

تاسعاً: مراجع قانون:

١- الحصول على الطلاق بالخلع «فى قانون الأحوال الشخصية الجديد» للأستاذ مصطفى عبد القادر المحامى، بدون طبعة.