حوليات آداب عين شمس المجلد ٤٩ (عدد إبريل – يونيه ٢٠٢١)
http://www.aafu.journals.ekb.eg
(دورية علمية محكمة)
جامعة عين شمس
كلية الآداب

سلطة القاضي في الخلع بدون رضا الزوج
دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون

حارث علي ابراهيم*

كلية القانون / جامعة بغداد/ العراق
Woh82@gmail.com

المستخلص

تذهب اغلب الاتجاهات الفقهية والتشريعات القانونية الى عد الخُلع عقدا رضائيا بين الزوجين، فاذا ابغضت الزوجة زوجها وكرهت العيش معه فلا تملك مخالعته الا برضاه، وقد يتعنت الزوج ويمتنع عن المخالعة مما يؤدي في بعض الاحوال الى ظلم الزوجة. فجاءت هذه الدراسة لبيان مدى تدخل سلطة القاضي في الزام الزوج بالخلع اذا طلبت الزوجة ذلك وامتنع الزوج عن ايقاعه، وذلك ببيان موقف فقهاء الشريعة الاسلامية من هذه المسالة، وتضمنت هذه الدراسة مناقشة اقوال الفقهاء و ادلتهم مناقشة فقهية مقارنة، والوصول الى الراجح منها، كما تضمنت الدراسة موقف التشريعات القانونية من ذلك، وانتهت بخاتمة لاهم النتائج والتوصيات.

© جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة لحولية كلية الآداب - جامعة عين شمس ٢٠٢١.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد وعلى الـــه وصحبه اجمعين وبعد:

مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث بان اغلب الاتجاهات الفقهية والتشـــريعات القانونيـــة عدت الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين، فاذا ابغضت الزوجة زوجها وكرهت العيش معه فلا تملك مخالعته الا برضاه، فاذا تعنت الزوج وامتنع عن المخالعة لم تحصـــل الزوجـــة على التفريق مما يؤدي في بعض الاحوال الى ظلم الزوجة وعدم الامساك بالمعروف، او التسريح بإحسان.

وبناء على ما ذكر يبرز السؤال الاتي: ما مدى تدخل سلطة القاضي للتفريق بين الزوجين بالخلع؟ وما موقف الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية من ذلك؟

فرضية البحث وتأتي فرضية البحث في اتساق الخلع بواسطة القضاء مع مبادئ الشـــريعة الاسلامية الضابطة للعلاقة الزوجية والمحددة لمن يمتلـــك العصـــمة، واعطـــاء الســـلطة للقاضي العادل في الخلع القضائي ليكون محققا للتوازن بين طرفي دعوى الخلع، ومحققـــا للعدالة بينهما .

منهجية البحث: اعتمدت في بحثي هذا علـــى المـــنهج التحليلـــي للنصـــوص الشـــرعية، واستقراء احكام المخالعة في كتب الفقهاء، واستخراج اقـــوالهم ومقارنـــة تلـــك الاقـــوال، ومناقشة ادلتهم مناقشة فقهية مقارنة، وترجيح ما يظهر لي بالدليل رجحانـــه مـــع بيـــان مسوغات الترجيح، بعد توفيق الله تبارك وتعالى .

وتمثلت خطة هذه الدراسة وفق ما يأتي: المبحث الاول جاء في تعريـــف الخلـــع و بيان دور القاضي فيه، وجاء المبحث الثاني لبيان مدى اجبار القاضي للزوج على الخلـــع، اما المبحث الثالث فجاء لبيان موقف التشريعات القانونية من سلطة القاضي في الخلع . ثم خاتمة وتوصيات بأهم ما توصلنا اليه في هذه الدراسة .

المبحث الاول: تعريف الخلع وبيان دور القاضي فيه

المطلب الاول: تعريف الخلع لغة واصطلاحا

اولا: تعريف الخلع لغة: دلت مصادر اللغة على ان الخلع يأتي بمعنى التجرد، ومن ذلك ما جاء في لسان العرب: خَلَعَ الشيء يَخْلَعُه خَلْعاً واختَلعه: وخلَعَ النعل والثوب والرِّداء يَخْلَعُه خَلْعاً: اي جرَّده[١]..

ويأتي بمعنى الفراق بين الزوجين فيقال: خَلَعَ الرجل امرأته خُلْعاً، بالضَّمِّ، وخِلاعاً فاختلَعَت وخالَعَتْه: أزالها عن نفسِه وَطَلَّقَهَا على بَذْل مِنْهَا لهُ، فَهيَ خالعٌ، وَالاسم الخُلْعةُ، وقد تَخالعا، واخْتَلَعَت منه اخْتِلاعاً فهي مخْتَلِعةٌ،

وسُمّي هذا الفِراق خُلْعاً لأن اللّه تعالى جعل النساء لباسا للرجال، والرجال لباسا لهنَّ، فقال:((هُنَّ لِباسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِباسٌ لَهُنَّ)) (البقرة من الآية ١٨٧)؛ فإذا افتدت المرأة بمالٍ تعطيه لزوجها ليُبينها منه فأجابها إلى ذلك، فقد بانت منه وخلع كل واحد منهما لباسه عن صاحبه [٢]

ثانيا: الخلع في اصطلاح الفقهاء:

تنوعت اقوال الفقهاء في تعريف الخلع على النحو الاتي:

١-عرف الحنفية الخلع: ((إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع))[٣].

٢- وعرفه المالكية بانه: ((الطلاق بعوض))[٤]

٣-وعرفه الحنابلة: بانه ((هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة))[٥]

٤-وعرفه الشافعية بانه: ((فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج (بلفظ طلاق أو خلع).[٦]

٥-وعرفه الامامية بانه: ((طلاق بعوض مقصود، لازم لجهة الزوج))[٧]

٦- وعند الظاهرية الخلع: ((الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فلها أن تفتدي منه ويطلقها، إن رضي هو))[٨]

يتلخص لنا مما تقدم من تعاريف الفقهاء، انها تنصب على معنى واحد مشترك فيما بينها هو وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما، وبعوض تدفعه الزوجة لزوجها وعلى ذلك فهو كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية ولكن يختلف عنه بان الخلع يتوقف وقوعه على رضا الزوجين وببذل الزوجة مالا او عوضا لزوجها، اما الطلاق فهو تصرف بإرادة منفردة من الزوج او من قبله وبدون عوض و قد عرفه الدكتور عبد الكريم زيدان بالاتي: ((الخلع هو ازالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة لزوجها بألفاظ مخصوصة))[٩]

ثالثا: تعريف سلطة القاضي في الخلع .

السلطة تعني: السيطرة والتحكم والتمكن، يقال: سَلطهُ عليهِ مكنهُ منهُ وحكمه فيه، وسلطه: أطلق له السلطان والقدرة [١٠]

والقاضي: هو الذي تُعيّن ونُصِب من جهة مَن لـه الأمـرُ لأجـل القضـاء، أي فصـل الخصومات وحسم الدعاوى والمنازعات وغير ذلك بين الناس [١١]

وعليه يمكن ان نعرف سلطة القاضي في الخلع باعتباره لفظا مركبا بانه:

قيام القاضي بالتفريق البائن بين الزوجين بعوض بناء على طلب الزوجة، ودون ان يتوقف ذلك على رضا الزوج، وذلك في حالة امتناع الزوج من التطليق دون وجه حق[١٢]

المطلب الثاني: دور القاضي في الخلع

بما ان الخلع عقد بين الزوجين لإنهاء العلاقة الزوجية وقطع تلك الرابطة بالتراضي وبإيجاب احدهما وقبول الاخر، فهل يشترط لهذا التخالع ان يكون امام القاضي؟ ام يكفي مجرد التراضي بين الزوجين سواء حصل امام القاضي ام لا؟

لا خلاف بين الفقهاء على مشروعية الخلع امام القاضي، ولكن اختلف الفقهاء في اشترط اذن القاضي في الخلع على قولين:

القول الاول: ذهب اصحاب هذا القول الى اشتراط اذن القاضي في الخلع، ولابد للزوجين ان يتخالعا امام القاضي[١٣]، وهذا قول الحسن البصري[١٤] ومحمد بن سيرين[١٥] وسعيد بن جبير[١٦] وهو قول بعض الامامية[١٧] .

القول الثاني: ذهب اصحاب هذا القول الى عدم اشتراط اذن القاضي في الخلع، ويكفي تراضي الزوجين لصحة الخلع، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والامامية والظاهرية[١٨]

الادلة ومناقشتها:

استدل اصحاب المذهب الاول على قولهم:

اولا: قوله تعالى ((فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...)) البقرة: الآية ٢٢٩، وقوله تعالى ((وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...)) النساء الآية:٣٤

وجه الدلالة: ان المعنيين بالخطاب بقوله تعالى: (فان خفتم) هم غير الزوجين، فجعل الخوف لغير الزوجين ولم يقل (فإن خافا)، والمراد بغير الزوجين هنا هم الولاة، فدل ذلك على وجوب الترافع امام الولاة لأخذ الاذن منهم لإجازة الخلع بين الزوجين[١٩]

ويجاب على ذلك: بان المراد من الآية الكريمة إذن الولاة والائمة من تمكينهم من الخلع إذا خافوا عليهما عدم القيام بالمواجب فيما ارتفعوا إليهم، وليس المراد وجوب الترافع اليهم لأخذ الاذن منهم لإجازة الخلع فيما بينهم، وعلى اعتبار ان هذا هو المراد من الآية الكريمة، فان الائمة والحكام يمنعونهم من الخلع عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى وليس بالحكم والالزام[٢٠]

ثانيا: استدلوا بحديث امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[٢١]

وجه الدلالة: دل الحديث النبوي ان النبي صلى الله عليه وسلم تولى الخلع بنفسه بوصفه قاضيا، وهذا دليل على ان الخلع يكون امام القاضي، فلو كان يجوز لهما التفرد به لأوكله اليهما[٢٢]

ويرد على ذلك: ان قول النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس: "أتردين عليه حديقته؟ " فقالت: نعم فقال للزوج: " اقبل الحديقة وطلقها " يدل على ان لو كان الخلع إلى السلطان شاء الزوجان أو أبيا إذا علم أنهما لا يقيمان حدود الله لم يسألهما النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا خاطب الزوج بقوله "اقبل وطلقها " بل كان يخلعها منه ويرد عليه حديقته، وإن أبيا أو واحد منهما [٢٣]

ويستدل اصحاب المذهب الثاني فضلا عما تقدم من اجابتهم لأدلة اصحاب المذهب الاول بـــالاتي:

اولا: ان حكم اخذ البدل من الزوجة مقابل فراقها امر مباح مبدؤه الرضا، لقولـــه تعـــالى ((فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ..)) قال الجصاص: ((كتـــاب الله يوجـــب جـــوازه –اي الخلع– وهو قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فأباح الأخذ منها بتراضيهما من غير سلطان))[٢٤]

ثانيا: يؤيد ذلك كله هو ما جاء عن عمل الصحابة الكرام كعمر وعثمان رضي الله عنهما فقد اجازا الخلع دون السلطان[٢٥]

ثالثا: ان الخلع عقد معاوضة يعتمد التراضي كسائر العقود الاخرى، فلم يفتقر الى القاضي كعقد البيع، وعقد الزواج، وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج الحـــق بإيقـــاع الطـــلاق وللزوجة التزام العوض، ولا حاجة لوجود القاضي فيه. ولأنه قطع عقد بالتراضي فأشـــبه الاقالة[٢٦].

القول الراجح: وفي ضوء ما تقدم يتبين لي رجحان قول جمهور الفقهاء ان الخلع يكـــون بتراضي الزوجين دون حاجة الى اذن السلطان او القاضي، وذلك لقوة الادلة التي استدلوا بها وضعف حجة الفريق الاخر.

ومع ذلك اقول: انه يمكن الجمع والتوفيق بين الادلة فيصار الى قول اخر يمكن ان نجمع به بين اقوال اهل العلم في هذه المسالة، وحاصل هذا القول ما يأتي:

اذا كان الخلع عن تراض تام واتفاق بين الزوجين، فلا يشترط اذن القاضي عندئذ، واذا كان الخلع نتيجة خصومة وشقاق وخلاف بين الزوجين، او نتيجة تعســـف او تعنـــت بينهما، لابد في هذه الاحوال ان يكون امام القاضي، فذلك ادعى لإقامة حدود الله عزوجل ولقطع النزاع وانصاف المظلوم منهما [٢٧]. والله تعالى اعلم.

المبحث الثاني: اجبار القاضي للزوج على الخلع.

في ضوء ما تقدم تبين لنا ان الخلع يكون برضى الزوجين معا، ولا يشـــترط فـــي حالة الرضا ان يكون امام القاضي، ولكن اذا طلبت الزوجة الخلع ورفض الزوج ذلك هل يجوز ان ترفع امرها الى القاضي، ويحكم القاضي بالخلع دون رضى الزوج؟. للفقهاء في ذلك ثلاثة مذاهب:

المذهب الاول: ذهب اصحاب هذا المذهب الى القول ليس للقاضي ان يجبر الزوج علـــى الخلع، اذا طلبت الزوجة الخلع وامتنع الزوج، لان الخلع يكون باختياره ورضاه، ذلـــك ان الخلع عقد معاوضة يعتمد على التراضي بين الزوجين، وهذا مذهب جمهور الفقهاء مـــن الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والامامية والظاهرية[٢٨]

المذهب الثاني: ذهب اصحاب هذا المذهب الى القول: ان على القاضي ان يحكم بـــالخلع اذا طلبت الزوجة ذلك، وان رفض الزوج وذلك لان الخلع جُعل للمرأة في مقابل الطـــلاق الذي هو بيد الرجل، وهذا قول بعض المالكية [٢٩] قال ابن رشد ((والفقه أن الفـــداء إنمـــا جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطـــلاق بيـــد الرجـــل إذا فرك[٣٠] المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل))[٣١]

المذهب الثالث: وذهب اصحاب هذا المذهب الى القول: للقاضي ان يوقع الخلع اذا طلبـــت الزوجة ذلك، ورفض الزوج، وذلك عند تعسر الامور وتصاعد الخـــلاف والشـــقاق بـــين الزوجين، وهذا قول بعض المالكية والحنابلة وبعض الاماميـــة والزيديـــة[٣٢]. واضـــاف المالكية ان سلطة التفريق يمكن ان تكون للحكمين المنتدبين لحل الخلاف بين الزوجين قال

الفندلاوي –من فقهاء المالكية–: ((اذا قبح ما بين الزوجين، وخيف عليهما الا يقيما حدود الله، بعث الحاكم حكما من اهله، وحكما من اهلها، فان رأيا ان يفرقا فرقا وان كره الزوجان ذلك، وان رأيا للإصلاح وجها اصلحا، وان ريا لأخذ الفداء من الزوجة على الطلاق وجها اخذا. وذلك كله جائز))[٣٣]

الادلة ومناقشتها:

استدل اصحاب المذهب الاول لقولهم بـــ:

اولا: بقوله تعالى: ((الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ..)) {البقرة الآية ٢٢٩}

وجه الدلالة: حرم الله تعالى في هذه الآية ألا يأخذ الزوج شيئا مما دفعه لزوجته، إلا بعد الخوف ألا يقيما حدود الله، فيجوز للزوجين الخلع اذا خافا عدم اقامة حدود الله عزوجل، فقوله تعالى ((فلا جناح)) دلت على رفع الاثم، فلا اثم على الرجل في الأخذ، وعلى المرأة في الإعطاء، فيمكن للزوجة ان تبذل المال لتفتدي نفسها، ويمكن للزوج قبول المال وفراقها باختيارهما، و لا يوجد في الآية ما يجبرهما على ذلك.[٣٤]

واعترض عليه: ان الخطاب في الآية الكريمة موجه الى الحكام وولاة الامر، وليس الى الازواج بدليل قوله تعالى ((فَإِنْ خِفْتُمْ)) ولم يقل((فان خافا))[٣٥]

واجيب عن ذلك: بان المراد من الآية الكريمة هو خطاب للأزواج ومما يؤكد هذا الخطاب ان الآية الكريمة اسندت فعل المخالعة للزوجين، فقوله تعالى ((الا ان يخافا)) وقوله ((فلا جناح عليهما ..)) هي صيغ خطاب موجهة للأزواج، لان الزوجين هما المعنيان بالتراضي على مقدار المال في المخالعة [٣٦] يقول القرطبي في تفسيره ((حرم الله تعالى في هذه الآية ألا يأخذ إلا بعد الخوف ألا يقيما حدود الله، وأكد التحريم بالوعيد لمن تعدى الحد. والمعنى أن يظن كل واحد منهما بنفسه ألا يقيم حق النكاح لصاحبه حسب ما يجب عليه فيه لكراهة يعتقدها، فلا حرج على المرأة أن تفتدي، ولا حرج على الزوج أن يأخذ. والخطاب للزوجين. والضمير في" أن يخافا" راجع لهما)).[٣٧] وعلى فرض ان الخطاب موجه للحكام فلا يمنع ذلك من اشتراط رضا الزوجين في المخالعة، لان الحكام ملزمون بتنفيذ ما تراضا عليه الزوجان حين يرفع الامر اليهم[٣٨]

ويرد على ذلك: ان الله تعالى اوجب على الزوج احد امرين اما الامساك بمعروف او تسريح بإحسان، فاذا كانت الزوجة كارهة لزوجها وطلبت الفراق، فهنا قد تعذر الإمساك بمعروف لطلبها للفراق فيتعين عليه التسريح بإحسان فيجب عليه ان يستجيب لطلبها ويفارقها بإحسان[٣٩]، واذا امتنع عن مفارقتها فرقها القاضي حتى يتحقق معنى الاحسان في الآية الكريمة.

ثانيا: واستدلوا بحديث امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[٤٠]

وجه الاستدلال: ان قول النبي عليه الصلاة والسلام (اقبل الحديقة وطلقها تطليقة) هو أمر منه عليه الصلاة والسلام على سبيل الإرشاد والتوجيه والإصلاح لا الإيجاب والإلزام لذلك قال ابن حجر العسقلاني: ((قوله اقبل الحديقة وطلقها تطليقة هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب))[٤١]

واعترض عليه: ان قول النبي عليه الصلاة والسلام ((اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)) جاء هذا على سبيل الامر الدل على الحتم والالزام، وليس على سبيل الارشاد والتوجيه لان ذلك هو المعنى الاصلي لصيغة الامر وهو طلب المأمور به على وجه الالزام والحتم، فلا ينصرف هذا المعنى الا بوجود قرينة، وليس هنا قرينة تصرف الامر من الايجاب الى غيره كالإرشاد والإصلاح قال الشوكاني: ((قال ابن حجر: هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب. ولم يذكر ما يدل على صرف الأمر عن حقيقته)) (٤٢)

يجاب على ذلك من وجهين: الاول: أن الصارف للأمر عن الوجوب هنا هو قوله تعالى: {فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به} فنفى الجناح في مخالعة المرأة زوجها على عوض حين لا تستقيم الحال بينهما، دليل على عدم الوجوب، فحمل الامر في الحديث على الاستحباب جمعاً بينه وبين الآية (٤٣).

الثاني: ان من المقرر عند علماء الاصول ان صيغة الامر الدالة على طلب الفعل بصيغة (افعل)، اذ ثبت انها ظاهرة في الطلب لابد ان يكون فعله راجحا على تركه، فان كان ممتنع الترك كان واجبا، وان لم يكن ممتنع الترك فأما ان يكون ترجيحه لمصلحة اخروية فهو المندوب واما لمصلحة دنيوية فهو الارشاد(٤٤)، وبالنظر الى الحديث المذكور نجد ان موضوعه متعلق بأمر الدنيا وهذا غير ممتنع الترك، اي لا يرتب اثما اذا تركه، ولذلك فان مقتضى الامر هنا للإرشاد والاصلاح لا الوجوب والندب.

ويرد عليه: ان النبي عليه الصلاة والسلام امر ثابتا بتطليقها بوصفه قاضيا وحاكما، لابوصفه مرشدا والا لسأله هل ترضى بان تطلقها ؟ او طلقها تطليقة ان شات(٤٥)

ويجاب عن ذلك: ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في هذه الحادثة مشرعا ومرشدا لامته وليس قاضيا، وتولى الفصل بهذه القضية كونها الاولى في هذا الجانب، ولان ثابت وامراته تخاصما اليه قبل الخلع فصار الخلع تبعا للتخاصم ولذلك قال الماوردي: ((ولأن بيان حكم الخلع شرعا مأخوذ عنه، فجاز أن يتولاه وليس كذلك غيره من حكام أمته.))(٤٦)

ويجاب على ذلك: بان النبي صلى الله عليه وسلم وان كان مشرعا ومرشدا هذا لا يمنع ان يكون قاضيا، لأنه فصل بين ثابت وزوجته بحكم قضائي واستخدم سلطة التفريق بينهما بناء على خصومة، وهذا يدل على عمله عليه الصلاة والسلام بوصفه قاضيا، ويؤيد ذلك كله ما جاء في رواية الدارقطني للحديث وفيه ((فأخذها له –اي الحديقة– وخلا سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس، قال: قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم.)) (٤٧)

ثالثا: استدلوا بقياس الخلع على الطلاق، فكما ان الطلاق حق للزوج ويقع بإرادته الحرة ولا يصح منه اذا اكره عليه، فكذلك الخلع لا يحق لاحد ان يكره الزوج على القيام به، كما ان طلاق المكره لا يقع فان خلع المكره لا يقع ايضا.(٤٨)

رابعا: واستدلوا بالمعقول وخلاصة استدلالهم: ان الخلع عقد يكون بإيجاب وقبول وهذا العقد فيه معنى المعاوضة، وعقد المعاوضة لابد فيه من رضا الطرفين حين انعقاده ولذا فلا يجوز الزام الزوج به دون رضاه(٤٩)

واعترض عليه: ان الخلع مختلف في تكييفه من اهو يمين جانب الزوج فتراعى فيه احكام اليمين؟ ام معاوضة فتراعى فيه احكام المعاوضات والتبرعات؟ والامر كذلك بالنسبة للزوجة. وعليه فان الاستناد الى ان الخلع عقد معاوضة ينتقض من اساسه فلا يبقى لهذا الاستدلال ما يسنده، لان الدليل اذا تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال(٥٠)

ويجاب عن ذلك: بان الخلع يعد من عقود الاسقاطات التي تقابل بعوض، ولا تصح دون تراضي طرفي العقد، وبهذا يقول ابن حزم ((فلها أن تفتدي منه ويطلقها، إن رضي هو،

وإلا لم يجبر هو، ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما.))[٥١] وهذا يقتضي الإبراء و إسقاط كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه، كالمتخاصمين في الديون إذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا عليه[٥٢]

ويرد عليه: بان كون المخالعة من عقود الاسقاطات فيه نظر، وذلك لان الاسقاط والابراء يعد صورة من صور الخلع، قال الكاساني ((فالخلع ليس نصا في إيجاب البراءة؛ لأنه ليس في لفظه ما ينبئ عن البراءة، وإنما تثبت البراءة مقتضاه، والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتا من جميع الوجوه فثبتت البراءة بقدر ما وقعت التسمية لا غير))[٥٣] وبالتالي يعد الابراء والاسقاط صورة من صور الخلع فلا يمكن تعميمها وجعلها عنوانا للصور كلها ثم بناء الحكم عليها.

واستدل اصحاب المذهبين الثاني والثالث على قوليهم بالاتي:

اولا: بالأدلة التي تقدمت عند مناقشتهم لأصحاب المذهب الاول انفة الذكر. وبما اوردوه من استدلالات ومناقشات.

ثانيا: كما استدلوا بقاعدة ((لا ضرر ولا ضرار))[٥٤] وبقاعدة ((الضرر يزال))[٥٥] جاءت هاتان القاعدتان بمقصد شرعي وهو ان الضرر الواقع على الانسان يجب ازالته، وعليه فان الزوجة اذا كرهت زوجها فان ذلك قد يؤدي الى الاضرار بدينها او بنفسها، وقد يؤدي ذلك الى الاضرار بالزوج ايضا، وعليه يجب ازالة هذا الضرر بين الزوجين بالطلاق او المخالعة، فاذا رفض الزوج المخالعة طلق عليه القاضي جبرا عنه، لإزالة الضرر الواقع على الزوجة تطبيقا لهذه القاعدة[٥٦].

واعترض على ذلك: بان القواعد المذكورة مقيدة بقاعدة اخرى وهي قاعدة ((الضرر لايزال بمثله)) ومعنى ذلك: اذا كانت ازالة الضرر واجبة فلا يزال الضرر بضرر مثله او اشد[٥٧]، وعليه فإجبار الزوج على الخلع قد ينشا عنه الاضرار بالزوج نفسه او بأولاده اكثر من الضرر الواقع على الزوجة . وعليه فإذا كان الضرر لا تتيسر إزالته إلا بإدخال ضرر على الغير مثله ولا يمكن جبره يترك على حاله[٥٨].

ويجاب عن ذلك: ان ازالة الضرر واجبة عند وقوعه، والأصل أن الضرر يجب إزالته ورفعه بدون ضرر لكن إن لم يمكن إزالته إلا بضرر فإن كان الضرر الناتج عن إزالة الضرر أقل منه جاز رفع الأشد بالأخف، عملا بقاعدة ((الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف))[٥٩] وسلطة القاضي هي المعنية بتقدير الضرر ونوعه، فقد يكون الضرر الواقع على الزوجة اشد من الضرر الواقع على الزوج او اي طرف اخر.

القول الراجح: بعد ذكر اقوال الفقهاء وادلتهم ومناقشتها يبدو لي ان ارجح الاقوال هو ما ذهب اليه اصحاب المذهب الثالث لان قولهم نستطيع ان نجمع به بين كل الادلة، ومعلوم ان الجمع والتوفيق بين الادلة ولو بوجه من الوجوه اولى من اهمالهما او اهمال احدهما كما هو مقرر عند علماء اصول الفقه[٦٠]، وخلاصة ما نرجحه هنا:

١-اذا ثبت للقاضي ان الزوج محسن لزوجته وهي مبغضة له، ففي هذه الحالة يتعذر على القاضي الزامه بقبول الخلع وانما يأمره على وجه الندب والاستحباب.

٢-واذا ثبت للقاضي ان الزوج مقصر في واجباته تجاه زوجته او مضر بها عند ذلك يجوز للقاضي ان يوقع الخلع ويلزم به الزوج اذا طلبت الزوجة ذلك وامتنع الزوج[٦١]، وذلك للأسباب الاتية:

أ- ان الزوجة الكارهة لزوجها والتي باتت لا تطيق استمرار زواجهما، ولا ترغب في الاستمرار بالعيش معه، فانه من المفترض ان يكون موقف الزوج مطابقا لموقفها، والا فكيف يتمسك هذا الزوج بزوجة لا تريده؟!

ب- ما دامت الزوجة هي من ترغب بالمفارقة وتتمسك به فيجب عليه ان يستجيب لهذا الطلب، ويعمل على تلبيته ولاسيما اذا فشلت مساعي الاصلاح بينهما، وهذا هو التسريح بإحسان المنصوص عليه بقوله تعالى ((فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان))

ج- اذا تعذر على الزوج الامساك بالمعروف، ورفض ان يسرح زوجته بإحسان، هنا يأتي دور القاضي لكي يحقق معنى الاحسان ورفع الظلم عن الزوجة المأمور به في الآية الكريمة وفي هذا اقامة لحدود الله تعالى ويتأكد هذا المعنى بالتحذير الالهي بقوله تعالى: ((تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ.))

د- يذهب اكثر اهل العلم الى اعطاء الحق للقاضي ان يفرق بين الزوجين اذا كان هنالك سبب يستدعي التفريق كالضرر الواقع على الزوجة من قبل الزوج، او في حالة بعد الزوج عن زوجته او اصابته ببعض الامراض والعلل وغيرها من الاسباب التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية، ويرتب على هذا التفريق في اغلب صوره حقوقا كاملة للزوجة فهي تحصل بواسطة القضاء على التفريق والحقوق المترتبة عليه، وفي صورة الخلع هنا ان الزوجة متنازلة عن حقوقها مقابل حصولها على التفريق، فاذا ما قارنا بين تدخل القضاء في الصورتين، نجد ان تدخل القاضي في الخلع يكون من باب اولى لان الخلع لا يرتب حقوقا يدفعها الزوج بل على العكس من ذلك هو من يأخذ البدل مقابل التفريق.

وفي ضوء ذلك ارى انه لا مانع من اعطاء القاضي حق ايقاع الخلع اذا رأى في ذلك مصلحة راجحة ودرء مفسدة عن الزوجين ولكن بشرط ان يدقق النظر، ويحكم بما يظهر له انه الافضل لان تصرف الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة. والله اعلم

المبحث الثالث: موقف التشريعات القانونية من سلطة القاضي في الخلع

تمهيد

تباينت مواقف التشريعات القانونية المقارنة في البلاد العربية من سلطة القاضي في الخلع واخذت بذلك ثلاثة اتجاهات مختلفة لذلك سوف ابحثها بثلاثة مطالب:

المطلب الاول: التشريعات القانونية التي عدت الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين

اخذت اغلب التشريعات القانونية العربية بمذهب جمهور الفقهاء، والذي عد الخلع عقد معاوضة يعتمد على التراضي بين الزوجين ولا سلطة للقضاء فيه، فلا تسمح هذه التشريعات بالخلع عند طلب الزوجة وامتنع الزوج، لان الخلع لابد ان يكون باختيارهما ورضاهما. و من انصار هذا الاتجاه هو المشرع العراقي، والسوري، والاردني، والكويتي. وتفصيل ذلك بالاتي:

اولا: نظم المشرع العراقي الخلع في قانون الاحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، فجاء في المادة السادسة والاربعين منه: ((١- الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول امام القاضي مع مراعاة احكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون 2. يشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج اهلا للإيقاع الطلاق وان تكون الزوجة محلا له ويقع بالخلع طلاق بائن 3. للزوج ان يخالع زوجته على عوض اكثر او اقل من مهرها.))

وفي ضوء هذا النص القانوني نفهم ان الخلع يكون اتفاق بين الطرفين على ازالة قيد الزواج باختيارهما ورضهما وهذا واضح من قول المشرع ((بإيجاب وقبول امام القاضي..)) وبذلك يكون المشرع العراقي قد اخذ بقول جمهور الفقهاء وعد الخلع عقدا رضائيا ولا دخل للقضاء فيه الا بالقدر المتعلق من حاجة الايجاب والقبول الى الحضور الى مجلس القضاء ليتأكد القاضي من حرية الزوجة في البذل وتحقق الشروط الواجب توفرها في كلا المتخالعين.(٦٢)

ثانيا: المشرع السوري: و بالاتجاه ذاته سار قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣، والذي تناول الخلع في المواد ٩٥الى ١٠٤ والتي يفهم منها ان الخلع عقد رضائي يتم بين الزوجين ولكل واحد منهما الحق بالرجوع عن الايجاب في المخالعة قبل قبول الاخر وهذا ما جاء في المادة ٩٦ منه اذ نصت على ((لكل من الطرفين الرجوع عن ايجابه في المخالعة قبل قبول الطرف الاخر)) وذهب الفقه السوري الى ان المخالعة لا تتم الا برضا الطرفين لأنها من العقود الملزمة لجانبين، لذلك فالخلع الواقع بالإكراه باطل، والبدل يستوجب الرد(٦٣)

ثالثا: المشرع الاردني: لم يبتعد المشرع الاردني عن سابقيه كثيرا فقد نظم قانون الاحول الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ الخلع واطلق عليه ضمن الفصل الثالث من القانون المذكور اسم (الخلع الرضائي) فنظمه في المواد رقم ١٠٢ الى ١١٣ فعرف الخلع في المادة ١٠٢ منه بقوله: ((الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع او الطلاق او المباراة او ما في معناها)) واكد مبدا الرضا بين المتخالعين في المادة ١٠٤ اذ نصت على: ((لكل من الطرفين الرجوع عن ايجابه في المخالعة قبل قبول الطرف الاخر)) وهو بذلك يقتفي اثر المشرع السوري بالنص نفسه للدلالة على ان المخالعة تتم برضا الطرفين ولا دخل للقضاء فيها (٦٤)

رابعا: المشرع الكويتي: وجاء قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ ليعد الخلع عقدا رضائيا ايضا، اذ جاء في المادة ١١١ منه ((أ- الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع او الطلاق او المبارأة او ما في معناها. ب- ولا يملك الخلع غير الزوجين او من يوكلانه))(٦٥)

وبذلك يكون المشرع الكويتي قد اكد على رضائية عقد الخلع، واكد هذه الرضائية بقوله ((ولايملك الخلع غير الزوجين او من يوكلانه))، وهو بذلك حصر الخلع بإرادة الزوجين فقط و لا دخل للقضاء فيه.

المطلب الثاني: التشريعات القانونية التي اقرت الخلع القضائي الى جانب الخلع الرضائي.

اولا: المشرع المصري: نظم المشرع المصري الخلع بقانون رقم (١) والذي صدر عام ٢٠٠٠م واعطى هذا القانون صلاحية للمحكمة ان توقع التفريق بين الزوجين بالخلع قضاء اذا لم يستجب الزوج لطلب الخلع المقدم من قبل زوجته ويعد هذا التشريع اول تشريع عربي تطرق الى موضوع الخلع القضائي، فجاء في المادة ٢٠ من القانون المذكور ما يأتي:

((للزوجين ان يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فان لم يتراضيا عليه واقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.ولا تحكم المحكمة بالتطليق بالخلع إلا بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين ، وندبها لحكمين لمواالاة مساعي الصلح بين الزوجين، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة اشهر وعلى الوجه المبين بالفقرة

الثانية من المادة ١٨ والفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٩ من هذا القانون، وبعد ان تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وانه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ولا يصح ان يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار او نفقتهم او اي حق من حقوقهم. ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاقا بائنا. ويكون الحكم- في جميع الأحوال- غير قابل للطعن عليه باي طريق من طرق الطعن.))[٦٦]

ويبدو ان المشرع المصري يعول على الاصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالخلع لذلك وضع شروطا للخلع القضائي نستطيع ان نلخصها بما يأتي:

١-ان تطلب الزوجة صراحة ان تخالع زوجها، وثمن ذلك هو تنازلها عن جميع حقوقها المالية والشرعية.

٢-ان تحاول المحكمة الاصلاح بين الزوجين، وان تعجز عن الوصول اليه بعد ان تبذل جهدا فيه وان يكون عرض الصلح مرتين على الاقل اثناء نظر الدعوى. تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولاتزيد عن ستين يوما اذا كان بين الزوجين ولد (وهذا ما ارشدت اليه المادة ١٨ من نفس القانون المشار اليها ضمن هذه الفقرة)

٣-اذا عجزت المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين، ندبت حكمين لمولاة مساعي الصلح بين الزوجين بعد تكليفها كلا الزوجين بتسمية حكم من اهله وحكما من اهلها

وفي ضوء ما تقدم يبدو ان المشرع المصري قد اخذ بقول اصحاب المذهب الثالث وهو قول بعض المالكية والحنابلة ان للقاضي ان يوقع الخلع اذا طلبت الزوجة ذلك، واذا فشلت جهود الاصلاح بين الزوجين، ولكنه تعسف باشتراط التنازل عن كل الحقوق، والشريعة الاسلامية كانت واضحة باشتراط ارجاع ما اعطى الزوج لها ويدل على ذلك حديث فاطمة بنت قيس المتقدم ذكره.

ثانيا: المشرع الاماراتي: نظم قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ الخلع واقر بهذا التنظيم الخلع القضائي الى جانب الخلع الرضائي، فجاءت المادة ١١٠ منه لتوضح ذلك((١- الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها.

٢- يصح في مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر، ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الاولاد او حضانتهم .

٣- إذا لم يصح البدل في الخلع وقع الخلع واستحق الزوج المهر.

٤- الخلع فسخ.

٥- استثناء من أحكام البند (١) من هذه المادة، إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً، وخيف ألا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدلٍ مناسب))[٦٧].

هنا عد المشرع الاماراتي الخلع عقدا رضائيا الزوجين، ثم ما لبث حتى اورد استثناء على ذلك وفسح المجال للتدخل القضائي اذا كان رفض الزوج للخلع تعنتا وخيف على الزوجين الا يقيما حدود الله اذا ما استمر زواجهما، وفي هذه الحالة يحكم القاضي بالخلع ويقدر لذلك بدلا مناسبا .ويبدو ان المشرع الاماراتي قد رجح قول اصحاب المذهب الثالث ايضا واخذ بقول فقهاء الحنابلة وبعض المالكية والذي اعطى الحق للقاضي ان

يوقع الخلع اذا طلبت الزوجة ذلك، ورفض الزوج، وذلك عند تعسر الامور وتصاعد الخلاف والشقاق بينهما.

المبحث الثالث: التشريعات القانونية التي عدت الخلع خلعا قضائيا فقط.

لم يذهب بهذا الاتجاه سوى المشرع الجزائري والذي عد الخلع حقا انفراديا للزوجة لا يحتاج لموافقة الزوج، ولا يملك القاضي سلطة رفض طلبها وانما هو ملزم بالاستجابة لها

فقد جاء في قانون الاسرة الجزائري المرقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل، وتحديدا في المادة ٥٤ والتي نصت على: ((يجوز للزوجة دون موافقه الزوج ان تخلع نفسها بمقابل مالي . اذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم))[٦٨]

فعبارة المشرع الجزائري ((دون موافقة الزوج)) دلالة صريحة على تبني المشرع الجزائري للراي القائل بان الخلع تصرف انفرادي للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج، فيمكن للقاضي ان يجبر الزوج على الخلع اذا ما رفض طلب الزوجة في الخلع وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اخذ بقول ابن رشد الحفيد (المذهب الثاني) الذي بين ان على القاضي ان يستجيب لطلب في الخلع، متى ما طلبت ذلك ورفض زوجها.

في ضوء ما تقدم اتضح لي ان كل التشريعات العربية والتي تناولت مواقفها اعترفت بان الاصل في الخلع هو رضا الطرفين وهذا قدر متفق عليه عند الجميع ما عدا المشرع الجزائري، والبعض استثنى من هذا الاصل خلع اطلق عليه فيما بعد باسم (الخلع القضائي) والذي اجاز للقاضي ان يوقع الخلع جبرا على الزوج اما بعد محاولة الصلح بين الزوجين، كما اشار الى ذلك المشرع المصري، واما بعد تعنت الزوج وتحقق عدم اقامة حدود الله تعالى وهذا ما ذهب اليه المشرع الاماراتي، ولذلك كان ينبغي على المشرع الجزائري تبني احد الاتجاهين وجعل الرضا هو الاصل في الخلع والاستثناء هو الخلع القضائي.

ويبدو لي ان المشرع الاماراتي كان اكثر التشريعات القانونية توفيقا، فقد عد الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين اصلا، واستثنى من ذلك صورة تعنت الزوج في الخلع وسمح بتدخل القضاء في هذه الصورة وايقاع الخلع بواسطة القاضي وبذلك يكون المشرع الاماراتي قد توافق مع ما توصلنا اليه من راي راجح في هذا البحث.

الخاتمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى اله وصحبه اجمعين وبعد: فقد كان لهذه الدراسة النتائج الاتية:

اولا: لا يشترط اذن القاضي للخلع اذا كان الخلع عن تراض تام واتفاق بين الزوجين، واذا كان الخلع نتيجة خصومة وشقاق وخلاف بين الزوجين، او نتيجة تعسف او تعنت بينهما، لابد في هذه الاحوال ان يكون امام القاضي، فذلك ادعى لإقامة حدود الله تعالى ولقطع النزاع وانصاف المظلوم.

ثانيا: اذا ثبت للقاضي ان الزوج مقصر في واجباته تجاه زوجته او مضرا بها عند ذلك يجوز للقاضي ان يوقع الخلع ويلزم به الزوج اذا طلبت الزوجة ذلك وامتنع الزوج عن المخالعة، واذا ثبت للقاضي ان الزوج محسن لزوجته وهي مبغضة له، ففي هذه الحالة يتعذر على القاضي الزامه بقبول الخلع وانما يأمره على وجه الندب والاستحباب.

ثالثا: تباينت مواقف التشريعات القانونية من سلطة القاضي في الخلع، ويعد المشرع الاماراتي اكثر التشريعات القانونية توفيقا، فقد عد الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين اصلا، واستثنى من ذلك صورة تعنت الزوج في الخلع وسمح بتدخل القضاء في هذه الصورة

وايقاع الخلع بواسطة القاضي وبذلك يكون المشرع الاماراتي قد توافق مع ما توصلنا اليه من راي راجح في هذا البحث.

التوصيات: في ضوء ما تقدم اوصي المشرع العراقي بتعديل نص (الفقرة ١) من المادة السادسة والاربعين من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة١٩٥٩ المعدل، ليكون النص المقترح كالاتي: ((١- الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على انهاء عقد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول امام القاضي. مع مراعاة احكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون.

٢-يستثنى من ذلك إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً، وخيف ألا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدلٍ مناسب))

والله اعلم بالصواب ... والحمد لله رب العالمين .

Abstract

The power of the judge In the khula Without the consent of the husband Comparative Study in Islamic Jurisprudence and Law

By Harith Ali Ibrahim

The majority of jurisprudential trends and legal legislations go to counting the khula 'contract between the spouses. If the wife disobeys her husband and hates to live with him, she has no benefit except for his consent, and the husband may be stubborn and refrain from delinquency, which leads in some cases to the injustice of the wife. This study was conducted to show the extent to which the authority of the judge intervened in forcing the husband to divorce if the wife requested that and the husband did not refrain from making a statement by stating the position of the Islamic jurisprudents on this issue. This study included a discussion of the jurisprudence of the jurists and a comparison of them. Study the position of legal legislation, and ended with the conclusion of the most important conclusions and recommendations.

الهوامش

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم جمال الدين الأنصاري، **لسان العرب**، الطبعة الثالثة، دار صادر– بيروت (١٤١٤هـ– ١٩٩٣م) ٧٦/٨

(٢) ابن منظور، **لسان العرب**، ٧٦/٨، وانظر ابن الأثير أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، الطبعة الثانية، المكتبة العلمية – بيروت، ١٣٩٩هـ– ١٩٧٩م،٦٥/٢.

(٣) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، **فتح القدير**، (بدون طبعة وتاريخ) ٢١١/٤.

(٤) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت،(بدون طبعة وتاريخ) ٣٤٧/٢

(٥) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية،،(بدون طبعة وتاريخ)، ٥/ ٢١٢

(٦) شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، الطبعة: الأولى، دار الكتب العلمية،، ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م، ٤٣٠/٤.

(٧) زين الدين العاملي، **الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية**، الطبعة الثانية عشر، مجمع الفكر الاسلامي،(١٤٣٧هـ) ١٦٣/٢

(٨) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي، **المحلى بالآثار**، دار الفكر، بيروت (بدون طبعة وتاريخ)، ٥١١/٩

(٩) عبد الكريم زيدان، **المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم**، الطبعة الاولى، مؤسسة الرسالة – بيروت (١٤١٣هـ–١٩٩٣م) ١١٥/٨.

(١٠) أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، **المفردات في غريب القرآن**، الطبعة الاولى، دار القلم – بيروت (١٤١٢هـ)، ص٤٢٠ .

(١١) ابن الاثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**: ٧٨/٤، وينظر: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، **التعريفات الفقهية**، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية لأولى،(١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م)، ص ١٦٩.

(١٢) اسماعيل البريشي، **الخلع القضائي بين الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية**، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية، المجلد الخامس– العدد الرابع، ٢٠٠٩م، ص ٧.

(١٣) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر شمس الدين القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية – القاهرة، ١٣٨٤هـ – ١٩٦٤ م: ١٣٨/٣، ابن قدامة المقدسي، **المغني**: ٣٢٤/٧، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، **الإشراف على مذاهب العلماء**، الطبعة الاولى، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة – الإمارات العربية المتحدة ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤ م: ٢٧٢/٥

(١٤) هو الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد: تابعي، ولد بالمدينة عام ٢١هـ، كان إمام أهل البصرة،

وحبر الأمة في زمنه. وهو أحد العلماء الفقهاء الفصحاء الشجعان النساك، توفي في البصرة عام ١١٠ هـ. ينظر: الاعلام، للزركلي ٢٢٦/٢

(١٥) هو محمد بن سيرين البصري، الأنصاري بالولاء، إمام وقته في علوم الدين بالبصرة. ولد عام ٢٣هـ، تابعي. مولده ووفاته في البصرة. نشأ بزازا، في أذنه صمم. وتفقه وروى الحديث، واشتهر بالورع وتعبير الرؤيا. توفي عام ١١٠ هـ. ينظر الاعلام ١٥٤/٦.

(١٦) هو سعيد بن جبير الأسدي، الكوفي، تابعيّ، أخذ العلم عن عبد الله بن عباس وابن عمر. ثم كان ابن عباس، إذا أتاه أهل الكوفة يستفتونه، قال: أتسألونني وفيكم ابن أم دهماء؟ يعني سعيدا. قال الإمام أحمد بن حنبل: قتل الحجاج سعيدا وما على وجه الأرض أحد إلا وهو مفتقر إلى علمه. (ولد عام ٤٥هـ- وتوفي عام ٩٥هـ) ينظر الاعلام ٩٣/٣.

(١٧) ينظر: ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، **الاستبصار فيما اختلف من الاخبار**، الطبعة الثانية، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات- بيروت، (٢٠٠٥م) ص٦٤١.

(١٨) ينظر: شمس الأئمة السرخسي، **المبسوط**: ١٧٣/٦، محمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**: ٣٤٧/٢، ابن المنذر النيسابوري، **الإشراف على مذاهب العلماء**: ٢٧٢/٥، ابن قدامة المقدسي، **المغني**: ٣٢٤/٧، الحسن بن يوسف المطهر الحلي،**مختلف الشيعة**، الطبعة الاولى، مؤسسة النشر الاسلامي(١٤١٨هـ): ٣٩٣/٧، ابن حزم الظاهري، **المحلى بالآثار**: ٥١١/٩

(١٩) ينظر: أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**: ١٣٧/٣، احمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ: ٣٩٧/٩

(٢٠) ينظر: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، **فتح القدير**: ٢١٥/٤. عبد الكريم زيدان، **المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم**: ٢١٤/٨.

(٢١) اخرجه البخاري، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، رقم الحديث (٥٢٧٣)، ٤٦/٧.

(٢٢) ينظر: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الشهير بالماوردي، **الحاوي الكبير**، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ١٩٩٩م: ١١/١٠.

(٢٣) ينظر: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، **أحكام القران**، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، /١٩٩٤م: ٤٧٨/١

(٢٤) **أحكام القران**: ٤٧٨/١

(٢٥) البخاري باب (الخلع وكيف الطلاق فيه) ٤٦/٧، سنن البيهقي الكبرى ٥١٦/٧

(٢٦) شمس الأئمة السرخسي، **المبسوط**: ١٧٣/٦، ابن قدامة المقدسي، **المغني**: ٣٢٤/٧

(٢٧) ينظر: عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية، الطبعة الثانية، دار الفكر – بيروت، ص ٥٩٠.

(٢٨) ينظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط: ١٧٣/٦، محمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**: ٣٤٧/٢، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، **المجموع شرح المهذب**، بدون طبعة، دار الفكر- بيروت: ٣/١٧، ابن قدامة المقدسي، **المغني**: ٣٢٤/٧، محمد حسن ترحيني العاملي، **الزبدة الفقهية شرح الروضة البهية**، الطبعة الاولى، دار الكتاب العربي – بيروت: ١٥٦/٧، ابن حزم الظاهري، **المحلى**: ٥١١/٩.

(٢٩) ينظر: أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، بدون طبعة، دار الحديث- القاهرة،٢٠٠٤م: ٩٠/٣.

(٣٠) فرك: بمعنى (بغض) يقال فرك الرجل المرأة اي: ابغضها و فركت المرأة زوجها تفركه، إذا أبغضته. ينظر: . أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩م.: ٤٩٥/٤

(٣١) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**: ٩٠/٣.

(٣٢) ينظر: أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**:١٣٧/٣، محمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**: ٣٤٧/٢، منصور بن يونس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**: ٢١٣/٥.

(٣٣) يوسف بن دوناس الفندلاوي، **تهذيب المسالك في نصرة مذهب الامام مالك**، تحقيق احمد البوشيخي، الطبعة الاولى، دار الغرب الاسلامي– تونس، ٢٠٠٩: ٥٠٥/٢ .
(٣٤) ينظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، **فتح القدير**، الطبعة الاولى، دار ابن كثير– دمشق، ١٤١٤هـ: ٢٧٤/١
(٣٥) ينظر: أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**:١٣٧/٣
(٣٦) ينظر: أبو عبد الله محمد الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي، **التفسير الكبير المسمى مفاتيح الغيب**، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ١٤٢٠هـ: ٤٤٥/٦ .
(٣٧) **الجامع لأحكام القرآن**:١٣٧/٣.
(٣٨) ينظر: فخر الدين الرازي، **التفسير الكبير**: ٤٤٤/٦، أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**:١٣٧/٣.
(٣٩) ينظر: محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، بدون طبعة، دار الحديث – بيروت، بدون تاريخ: ٢٤٦/٢
(٤٠) سبق تخريجه
(٤١) ينظر: ابن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**: ٤٠٠/٩.
(٤٢) ينظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، **نيل الاوطار**، الطبعة الاولى، دار الحديث، مصر ١٩٩٣م: ٢٩٤/٦
(٤٣) ينظر: محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، **فتاوى ورسائل**، الطبعة الاولى، مطبعة الحكومة– مكة المكرمة،١٣٩٩هـ: ٣٠٤/١٠
(٤٤) ينظر: أبو الحسن علي بن محمد بن الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، بدون طبعة، المكتب الإسلامي، بيروت: ١٤٢/٢
(٤٥) ينظر: أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، **الحاوي الكبير**: ١١/١٠.
(٤٦) **الحاوي الكبير** ١١/١٠.
(٤٧) أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني، **سنن الدار قطني**، الطبعة الاولى، مؤسسة الرسالة –بيروت ٣٧٦/٤ رقم الحديث ٣٦٢٩. قال الدارقطني سمعه أبو الزبير من غير واحد: إسناده صحيح: ينظر: أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد الجوزي، التحقيق في أحاديث الخلاف، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٥هـ: ٢٨٨/٢
(٤٨) ينظر: الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ٤٣١/٤، ابن قدامة المقدسي، **المغني**: ٣٢٤/٧.
(٤٩) ينظر: شمس الأئمة السرخسي، **المبسوط**: ١٧٣/٦
(٥٠) ينظر: اسماعيل البريشي، الخلع القضائي بين الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية: ص٧.
(٥١) المحلى: ٥١١/٩.
(٥٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع: ١٥٢/٣.
(٥٣) بدائع الصنائع ١٥١/٣.
(٥٤) اصل هذه القاعدة حديث نبوي شريف، رواه ابن ماجه والدارقطني، وغيرهما، عن ابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنهم: ينظر: سنن ابن ماجه ٧٨٤/٢، برقم ٢٣٤٠، سنن الدار قطني ٤٠٨/٥ برقم ٤٥٤١.
(٥٥) أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، تحقيق مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الثانية، دار القلم – دمشق ١٩٨٩م: ص ١٧٩
(٥٦) ينظر: اسماعيل البريشي، الخلع القضائي بين الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية،٨–٩
(٥٧) ينظر: احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ص ١٩٥
(٥٨) ينظر: احمد الزرقا، مصدر سابق ص ١٩٦
(٥٩) محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، **موسوعة القواعد الفقهية**، الطبعة: الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م: ٢٥٣/٦، ٢٥٧
(٦٠) ينظر: محمود بن عبد الرحمن شمس الدين الأصفهاني، **بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب**، الطبعة الأولى، دار المدني– السعودية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م: ٤٠/٣.

(٦١) ينظر هذا المعنى: في مجموع الفتاوى لابن تيمية، بدون طبعة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، ١٤١٦هـ: ٢٨٣/٣٢.

(٦٢) القاضيان: محمد حسن كشكول، وعباس السعيدي، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، المكتبة القانونية، بغداد، بدون طبعة وتاريخ، ص ١٨٧.

(٦٣) عبد الرحمن الصابوني، **شرح قانون الاحوال الشخصية السوري**، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٤م، ٢٣٩/٢.

(٦٤) عمر سليمان الاشقر، **الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠**، دار النفائس الطبعة السادسة ٢٠١٥م، ص ٢٤٣-٢٤٧.

(٦٥) قانون الاحوال الشخصية المعدل بالقوانين ٦١ لسنة١٩٩٦، و٢٩ لسنة ٢٠٠٤، و٦٦ لسنة ٢٠٠٧، منشور ضمن مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثامن، الطبعة الاولى، ٢٠١١م

(٦٦) موقع موسوعة القانون المصري، شرح قواعد قانونية مدعمه بأحكام محكمه النقض المصرية، على الرابط الاتي: http://mohamedbamby.blogspot.com/٢٠١٣/٠٦/١-٢٠٠٠.html. وقت الزيارة: الساعة ١١:٠٢ يوم ١٥/ ١٠/ ٢٠١٨

(٦٧) قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، القانون الاتحادي رقم (٢٨) لسنة 2005 م، والقوانين واللوائح والأنظمة المتعلقة به وفقاً لأحدث التعديلات، إعداد: قسم الدراسات والبحوث، معهد دبي القضائي، الطبعة الثالثة، 1438هـ 2017- م

(٦٨) قانون رقم ٨٤-١١ المؤرخ في ٩ رمضان ١٤٠٤هـ، الموافق ٩ يونيو ١٩٨٤م، المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم، منشور على الرابط الالكتروني: https://www.joradp.dz/trv/afam.pdf