الإلزام القضائي للزوج بالخلع

دراسة فقهية

د. راشد بن سعود الراشد العميري

الأستاذ المشارك بقسم الفقه وأصوله

كلية الشريعة، جامعة الكويت

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، حمدًا كثيرًا طيبًا مباركًا فيه ملء السماوات والأرضين، وصلى الله وسلم على إمام المتقين، محمد عبده ورسوله إلى المكلفين، ورضي عن آله الأقربين، وأصحابه، خير الأمم أجمعين، أما بعد:

فيُعد الخلع أحد صور الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، ويجري كما هو مشهور باتفاق بينهما، حيث تفتدي الزوجة نفسها مقابل عوض تبذله لزوجها، ومع تطور الأنظمة القانونية في الدول العربية برزت تشريعات أهدرت حق الزوج في الامتناع عن الاستجابة لزوجته إذا ما دعته للخلع، وذلك عن طريق إلزامه بذلك قضائيًا، وجرت نسبة هذا المسلك للشريعة.

فأضحى من اللازم البحث في تراث الفقهاء للتحقق من اجتهاداتهم في سلطة القاضي في حالة الفرقة بالخلع، فأتت هذه الدراسة لتتناول من الخلع هذه المسألة فحسب، فلن يجري تناول قضايا أخرى مختلف فيها، مثل مشروعية الخلع بأكثر مما مَهَر الزوج زوجته، أو الخلاف في طبيعة الخلع: أهو فسخ أم طلاق؟ أو غير ذلك.

مشكلة البحث:

تسعى الدراسة للإجابة عن هذه الأسئلة:

- هل للقاضي دور في الخلع؟

- هل يملك القاضي أن يقضي بالخلع دون رضا الزوج؟

- هل يملك القاضي الامتناع عن القضاء بالخلع في حال إصرار الزوجة على إيقاعه؟

الدراسات السابقة:

وإذا تجاوزنا كتب الفقه المتقدمة التي تناولت المسألة في ثناياها إلى الدراسات المعاصرة، فإننا نجد بعضها يتناول أحكام الخلع بشكل عام، إما تحديدًا مثل: «أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية» لعامر الزيباري، أو يتناولها ضمن أحكام الزوجية مثل: «المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم» لعبد الكريم زيدان، ولا نجد فيها إشارة إلى مسألة سلطة القاضي في الإلزام بالخلع.

وتوجد دراسات أخرى تناولت سلطة القاضي في الإلزام بالخلع تحديدًا، مثل:

- الخلع كآلية من آليات فك الرابطة الزوجية، لمريم سعيود، مجلة التربية والتنمية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، مجلد ٢، عدد ١، مارس ٢٠٢٣م.

- إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، لصافة خيرة، مجلة القانون: المجتمع والسلطة، جامعة وهران ٢ محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مجلد ١١، عدد ٢، ٢٠٢٢م.

أشارتا فيهما إلى قوانين مجموعة من الدول العربية، لكنّ الدراستين لا تشبعان غليل الباحث في الجانب الفقهي.

وقد تميزت هذه الدراسة بالتركيز على الجانب الفقهي باستقراء ما يتعلق بقضية البحث، مع الإشارة إلى الاجتهادات التشريعية الحديثة، ومدى توافقها مع التراث الفقهي.

منهج البحث:

ويكتب فيها التالي:

التزمت في هذا البحث المنهج العلمي المتبع في البحوث الشرعية، ومن أبرز ملامحه:

١. الاعتماد على المصادر الأصلية، مع ترتيبها تاريخيًا، من الأقدم، عند ذكرها في نسق واحد في هامش البحث.

٢. عزو الآيات لسورها، مع بيان أرقامها في صلب البحث.

٣. تخريج الأحاديث من كتب السنة، فإن كان الحديث في الصحيحين اكتفيت بتخريجه منهما.

٤. عزو نصوص العلماء لكتبهم، فإن لم يمكن فللأقرب زمنا لهم.

٥. الاكتفاء بذكر المعلومات التفصيلية لمصادر البحث في ثبت المصادر.

٦. الاكتفاء بذكر سنة الوفاة للأعلام الوارد ذكرهم في البحث عند الإشارة لهم أول مرة، عدا الصحابة ورجال الأسانيد.

خطة البحث:

اشتمل البحث على مقدمة تحوي مشكلة البحث وخطته مع الإشارة لدراسات سابقة، وتمهيد يشتمل على وصف التغيرات التي حصلت مؤخرًا في بعض تشريعات الدول العربية بشأن طبيعة الخلع، إذ هي الدافع للبحث ولا بد لفهم موضوعه من الإحاطة بها، ومبحثين، وخاتمة فيها أبرز نتائج البحث، وتفصيل المبحثين كالتالي:

المبحث الأول: في حقيقة الخلع ومشروعيته:

المطلب الأول: تحرير مدلول الخلع بدراسة تطور دلالته بين أهل اللغة وأهل الفقه.

المطلب الثاني: دليل مشروعية الخُلع.

المبحث الثاني: دور القاضي في الخلع:

المطلب الأول: مسألة اشتراط حضور القاضي الخلع مع الزوجين لترتب آثاره.

المطلب الثاني: مسألة إلزام القاضي الزوج بالخلع عند الترافع إليه.

تمهيد

كان العمل القضائي في البلاد الإسلامية على أن الخلع عقد قائم على التراضي بين الزوجين، حتى أصدرت مصر في مطلع الألفية تعديلًا تشريعيًا جعل الخلع يحصل قضائيًا -في واقع الأمر- بإرادة الزوجة المنفردة، إذ جعل التشريع دور القاضي إجرائيًا عند نظره طلب الزوجة الخلع، فهو يبدأ سلسلة إجراءات الغرض منها مراجعة الزوجة قرارها، لكن بنهاية هذه الإجراءات لا يملك القاضي سوى إجابة طلبها بالتفريق إذا أصرت عليه.

ويتبين ذلك بوضوح من تصريح ممثلة مصر في إحدى لجان الأمم المتحدة، حيث «أبلغت الممثلة اللجنة بالقوانين والتشريعات التي اتخذت مؤخرًا، والرامية إلى القضاء على التمييز بين المرأة والرجل، ومن بينها:...القانون رقم (١) لعام ٢٠٠٠م الذي دخل حيز النفاذ في ١ آذار/ مارس ٢٠٠٠م، وتمّ سنّه بعد فترة ١٠ سنوات من التشاور، وهو يمنح المرأة الحق بالخلع أو الطلاق برغبتها المنفردة، عن طريق فسخ عقد الزوجية، دون الحاجة إلى إثبات تعرضها للأذى»[(١)].

وتنص المادة (٢٠) من القانون المشار إليه -الصادر في شأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية- على أن «للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فان لم يتراضيا عليه

(١) الأمم المتحدة: تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، ٣٩.

وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي دفعه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه، ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر...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».

وإذا كانت مصر السابقة في تغير الإرادة التشريعية فإن الجزائر سبقتها في تغير المزاج القضائي لتفسير نصوص تشريعاتها نحو الاتجاه إلى جعل الخلع حقًا للمرأة كما الطلاق حق للرجل، قبل أن تتبع مصر في تغيير تشريعاتها في هذا الشأن.

حيث تنص المادة (٥٤) من قانون الأسرة الجزائري لسنة ١٩٨٤م بأنه «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم».

وكان توجه القضاء لديهم في تفسير هذه المادة أن الخلع لا يتم إلا باتفاق الزوجين، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ ٢١/ ١١/ ١٩٨٨م أن «من المقرر فقهًا وقضاء أن قبول الزوج للخلع

أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفًا لأحكام الفقه»[1].

إلا أن توجه المحكمة العليا في تفسير المادة (٥٤) تغير في التسعينيات، إذ نصت في قرارها الصادر بتاريخ ٣٠/ ٠٧/ ١٩٩٦م على أنه «من المقرر قانونًا وشرعًا أن الخلع حق خوّلته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك رابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدًا رضائيًا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لـمّا قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعًا، وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعَلوا طبّقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة (٥٤) من قانون الأسرة»[2].

ويظهر جليّا أنهم بقرارهم الأخير لم يعيدوا تفسير المادة (٥٤) فحسب، بل إنهم نسبوا للشريعة أمرًا مناقضًا لما نسبوه لها في الثمانينيات، ومن نافلة القول إنهم لم يستدلوا لما نسبوه للشريعة، لا في قرارهم هذا، ولا في قرارهم السابق.

ثم صدر تعديل تشريعي للمادة ٥٤ في فبراير ٢٠٠٥م، فصارت صيغتها على النحو التالي:

«يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

(١) جمال: قانون الأسرة الجزائري، ١٩٥-١٩٦.
(٢) جمال: قانون الأسرة الجزائري، ١٩٦-١٩٧.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم».

فأضحى النص التشريعي متوافقًا مع العمل القضائي صراحة، بل تجاوز الأمر إلغاء اعتبار إرادة الزوج إلى تهميش دور القاضي في إيقاع الخلع متى اتجهت إليه إرادة الزوجة، فصار من المتعارف عليه أن عمله المتعلق بإيقاع الخلع مقصور على الكشف عن إرادة الزوجة، ثم الحكم بمقتضاها، وهو المعنى الذي صرحت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ ١٥/ ٠٩/ ٢٠١١م الذي نصت فيه على أن «الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج»[١].

وقد حرص الباحث في هذه الدراسة على استقراء كلام الفقهاء من أجل الكشف عن حقيقة ما نُسب للشريعة في هذا الشأن.

(١) جمال: قانون الأسرة الجزائري، ١٩٢-١٩٣.

المبحث الأول
في بيان حقيقة الخلع ومشروعيته

المطلب الأول: تحرير مدلول الخلع بدراسة تطور دلالته بين أهل اللغة وأهل الفقه:

ذكر الخليل بن أحمد (١٧٠هـ) -أول المعجميين- خلع الزوج زوجته ضمن أمثلة معنى الخلع، فلم يزد على أنه مرادف للنزع، ولم يشر إلى العوض الذي يحوزه الزوج، ولا أنه جزء من حقيقة الخلع لدى أهل اللغة(١)، وعلى هذا جرى جمع من المعجميين كابن دريد (٣٢١هـ) والصاحب ابن عباد (٣٨٥هـ) وابن سيدة (٤٨٥هـ)، حيث عدّوه طلاقًا، ولم يفصّلوا في طبيعته(٢).

ووجه التعبير في لفظ الخلع عن معنى الطلاق لدى العرب: أن المرأة إذا تزوجت صارت كاللباس لزوجها وصار كاللباس لها، لتماسّ بدنيهما، فإذا فارقها فإنه نزع بدنها عن بدنه، فيجري التعبير عن ذلك بأنه نزع لباسه وأنها نزعت لباسها استعارة، فسمي خلعًا لهذا المعنى(٣).

وعبّر عن هذا المعنى امرؤ القيس الجاهلي في معلقته، بقوله:

(١) الخليل: العين، ١/ ١١٨،
(٢) ابن دريد: جمهرة اللغة، ١/ ٦١٣، الصاحب: المحيط في اللغة، ١/ ١٢٥، ابن سيده: المحكم، ١/ ١٣٩.
(٣) الأزهري: الزاهر، ٣٢٤، الماوردي: الحاوي: ١٠/ ٣، الفيومي: المصباح المنير، ١٥١.

وإن تَكُ قَد ساءَتكِ مني خَليقةٌ
فَسُلِّي ثيابي مِن ثيابِكِ تَنْسُلِ[1]

وأشار له النص القرآني في قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة/ ١٨٧].

ويميل الباحث إلى أن إطلاق الخلع على الفرقة بعوض إنما هو اصطلاح فقهي لم تعهده العرب، ولا يعكّر على ذلك ما نقله العسكري (نحو ٣٩٥هـ) عن عامر بن الظرب الجاهلي، أنه فرّق بين ابنته وابن أخيه وردّ له مهره، وأن ذلك أول خلع وقع.

فليس فيما نقله سوى بيان أن الصورة الموصوفة بالخلع لدى الفقهاء أول ما وقعت في الجاهلية، ولم يبتكرها الشرع، وليس في القصة ما يقتضي أن العرب تعارفوا على تسمية الفرقة بعوض خلعًا، بل إن في عبارة ابن الظرب -وإن استعمل لفظ الخلع- ما يشير إلى أن العوض أمر زائد عن الخلع، إذ قال لابن أخيه: «إن كانت نفَرت عنك من غير تنفير منك فذلك الداءُ الذي لا دواءَ له، وإلَّا يكن وفاقٌ ففراقٌ، وأجمل القبيح الطلاقُ، ولن يترَكَ أهلُكَ مالَكَ، وقد خلعتها منك، وأعطيتك مهرها»[2]، فإنه سمّى ما حكم به طلاقًا وخلعًا، ثم أشار إلى أنه مع ذلك سيرد له المهر.

(١) الزوزني: شرح القصائد السبع، ١٠٩.
(٢) العسكري: الأوائل، ٧٥.

ويبدو أن إطلاق الخلع على التفريق بين الزوجين عند فرضه من طرف خارجي استعمالٌ يوجد ما يشهد له، فبالإضافة إلى قصة ابن الظرب السالفة نجد أنه نُسب لابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال: «لأحكمن عليهما بالخلع، ثم لأفرقن بينهما»[1]، حين جُعل حكماً في الشقاق بين عقيل بن أبي طالب وامرأته فاطمة بنت عتبة، وليس في قصتهما ما يشير إلى أنها عرضت على زوجها فدية.

ولعل عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أول من نقل عنه استعمال لفظ الخلع في معنى الفرقة بعوض، فإنه أُتي بامرأة ناشز، فوعظها فلم تقبل، فقال لزوجها: «اخلعها -ويحك- ولو من قُرطها»[2].

ونجد أن الاصطلاح على لفظ الخلع تعبيرًا عن هذا المعنى اشتهر بعده لدى الفقهاء، حتى تسرب إلى معاجم اللغة، فأدرج بعضهم هذا المعنى

(١) أخرجه سحنون في المدونة (٥/ ٥٤) عن ابن وهب مرسلا، وأخرجه عبد الرزاق متصلا في كتاب الطلاق، باب: الحكمين (برقم: ١٢٧٤٩)، وليس فيه من كلام ابن عباس سوى: «لأفرقن بينهما».
ورواية ابن وهب -بزيادة لفظ «الخلع»- وإن لم يمكن تصحيحها عن ابن عباس على طريقة أهل الحديث، إلا أنه يصلح الاحتجاج بها من جهة الاستعمال اللغوي، فعبد الله بن وهب (١٩٧هـ) عربي عاش في عصور الاحتجاج في اللغة، واستعماله لفظ «الخلع» بمعنى التفريق مطلقًا مع نسبته ذلك لابن عباس يفيد صحة ذلك الاستعمال.
ويؤيد ذلك أيضًا استعمال أبي عبيد القاسم بن سلّام (٢٢٤هـ)، كما ستجري الإشارة له لاحقًا، بإذن الله.

(٢) أخرجه عبد الرزاق: في كتاب الطلاق، باب: المفتدية بزيادة على صداقها (برقم: ١٢٧١٣).

دون تنبيه إلى أنه اصطلاح فقهي[1]، ولم يقف الباحث على من نبّه لذلك سوى الأزهري (٣٧٠هـ)، حيث نصّ على أن «هذا معنى الخلع لدى الفقهاء»[2]، موضحًا بذلك أنه استعمال متأخر لم تعرفه العرب.

ونجدهم اصطلحوا على تمييز لفظ الخلع بضمّ خائه عند استعماله في الفرقة بين الزوجين، بينما هي باقية على الفتح في سائر معانيه[3].

فإذا ما انتقلنا إلى الفقهاء في كتبهم نجد أنهم على اختلاف مذاهبهم في العبارات، وفي تفصيلات أخرى جزئية، إلا أنهم اتفقوا على قدر مشترك معبر عن حقيقة الخُلع يتميز به عمّا سواه من فُرق النكاح، فهو: فرقة غير رجعية، مقابل عوض تبذله الزوجة لزوجها، بتراضيهما[4].

فهو عقد معاكس لعقد النكاح، من حيث إن الزوج يملك بضع الزوجة ببذله عوضًا لها في النكاح، أما في الخلع فإنها هي التي تملك بضعها ببذلها عوضًا للزوج[5].

(١) انظر على سبيل المثال: الجوهري: الصحاح، ٣/ ١٢٠٥، ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ٢/ ٢٠٩، الفيروزابادي، القاموس، ٧١٣.
(٢) الأزهري: تهذيب اللغة، ١/ ١٦٤.
(٣) الجوهري: الصحاح، ٣/ ١٢٠٥، الفيومي: المصباح المنير، ١٥١، الفيروزابادي، القاموس، ٧١٣.
(٤) انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق، ٢/ ٢٦٧-٢٦٨، المرداوي: التنقيح المشبع، ٢/ ٢٣١-٢٣٣، الشربيني: مغني المحتاج، ٣/ ٢٦٢-٢٦٣، الخرشي: شرح الخرشي، ٤/ ١١.
(٥) الرصّاع: شرح حدود ابن عرفة، ٢٧٥، ابن الهمام: فتح القدير، ٣/ ٢٠٢.

ومن اللافت اشتهار لفظ الخلع لديهم في هذا المعنى على الرغم من عدم ورود نصّ شرعي به، مع أن الشارع عبّر عن هذا المعنى بلفظ آخر يندر استعمالهم له، وهو الافتداء[1]، إذ قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة/ ٢٢٩]، ولعل السبب في قلّة استعمالهم له في هذا المعنى أنه يشترك مع أنواع أخرى من الافتداء، كلّها وردت في كتاب الله، كافتداء الأسرى، وفدية الإفطار بنهار رمضان، وفدية انتهاك محظورات الإحرام[2]، فلعلّهم آثروا التعبير عن هذا المعنى بلفظ اصطلاحي ينفرد به دفعًا للالتباس.

المطلب الثاني: دليل مشروعية الخُلع:

ودليله من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة/ ٢٢٩][3].

(١) الأزهري: الزاهر، ٣٢٣، الماوردي: الحاوي: ١٠/ ٣.

(٢) انظر: محمد/ ٤، البقرة/ ١٨٤، ١٩٦.

(٣) القاضي عبد الوهاب: المعونة، ١/ ٥٨٩، الماوردي: الحاوي: ١٠/ ٣، المرغيناني: الهداية، ٣/ ١٩٩، ابن قدامة: المغني، ١٠/ ٢٦٧، وقال القرطبي (٦٧١هـ): «تمسك بهذه الآية من رأى اختصاص الخلع بحالة الشقاق والضرر، وأنه شرط في الخلع...والذي عليه الجمهور من الفقهاء أنه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر، كما دل عليه حديث البخاري وغيره، وأما الآية فلا حجة فيها، لأن الله عَزَّوَجَلَّ لم يذكرها على جهة الشرط، وإنما ذكرها لأنه الغالب من أحوال الخلع، فخرج القول على الغالب» (القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ٣/ ١٤٠).

أما دليله من السنة فقصة ثابت بن قيس وزوجته[1]، فعن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وأن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح، فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس، فقال رسول الله: «**من هذه؟**»، فقالت: أنا حبيبة بنت سهل، يا رسول الله، قال: «**ما شأنك؟**»، قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس -لزوجها-، فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله ﷺ: «**هذه حبيبة بنت سهل، قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر**»، فقالت حبيبة: يا رسول الله، كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس: «**خذ منها**»، فأخذ منها، وجلست في أهلها[2].

وعن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله، ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق، إلا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله ﷺ: «**فتردين عليه حديقته؟**» فقالت: نعم، فردت عليه، وأمره ففارقها[3].

---

(١) القاضي عبد الوهاب: المعونة، ١/ ٥٨٩، الماوردي: الحاوي: ١٠/ ٣، ابن قدامة: المغني، ١٠/ ٢٦٧،

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الخلع (برقم: ٢٠٨٢)، ومن طريقه أحمد في مسنده (برقم: ٢٧٤٤٤)، وصحح إسناده الأرنؤوط محقق المسند.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب: الخلع (برقم: ٥٢٧٦).
ونقل أبو المعالي الجويني (٤٧٨هـ) الإجماع على مشروعية الخلع، ورأى الاكتفاء بالاستدلال به وبالكتاب، وأن حديث امرأة ثابت لا دليل فيه على مشروعية الخلع، لأنه ليس فيه إشارة إلى رضا ثابت بالطلاق، ولم يرد فيه لفظ المخالعة، =

المبحث الثاني
دور القاضي في الخلع

المطلب الأول: مسألة اشتراط حضور القاضي الخلع مع الزوجين لترتب آثاره:

الرأي الأول:

ذهب الحسن البصري وسعيد بن جبير، من فقهاء التابعين، إلى أن الخلع لا يتم إلا عند السلطان[1]، ولو جرى الخلع بغير محضر السلطان

= وحمل الحادثة على أن النبي ﷺ كان حكمًا بينهما، وأنه حكم بالتفريق بسبب الشقاق (الجويني، نهاية المطلب: ١٣/ ٢٨٥-٢٨٦، ٢٩٢).
وهذا تأويل بعيد، فإنه ﷺ استأذن امرأة ثابت في ردّ صداقها، وجعل الفراق بيد ثابت حين قال له: «**اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة**» (البخاري، برقم:٥٢٧٣)، وهذا يفيد أنه لم يكن ﷺ حكمًا في هذه الحادثة، فالحاكم يحكم بالتفريق والتعويض دون رجوع إلى الزوج أو الزوجة، أما غياب لفظ المخالعة فليس دليلًا على أن ما حصل لم يكن خلعًا، إذ الألفاظ في مثل هذه التصرفات ليست تعبدية، كألفاظ الأذان أو أذكار الصلاة، فالنكاح والطلاق يصحّان بعديد من الألفاظ سوى لفظ النكاح والطلاق، والخلع لا يختلف عنهما.

(١) ابن أبي شيبة: المصنف، ١٠/ ٤٧، الطحاوي: أحكام القرآن، ٢/ ٤٤٩-٤٥٠، النحاس: الناسخ والمنسوخ، ٢/ ٥٢، ابن عبد البر: التمهيد، ٢٣/ ٣٧٦، ونسب ذلك أيضًا لابن سيرين، إلا أن العبارة المنسوبة له غير حاسمة في اتخاذه ذلك مذهبًا له، إذ روى يحيى بن عتيق أنه سمع محمدًا بن سيرين يقول: «كانوا يقولون: لا يجوز الخلع إلا عند السلطان» (الطحاوي: أحكام القرآن، ٢/ ٤٤٩)، ونقل عنه أيضًا القول بجواز الخلع دون السلطان، فقد روى هشام بن حسان عن ابن سيرين أنه قال: «الخلع جائز دون السلطان»، (ابن أبي شيبة: كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الخلع: يكون دون السلطان، برقم: ١٨٧٨٧)، ولـ=

فلا حق للزوج بالمال الذي افتدت به زوجته منه، فتفارقه زوجته ولا مال له[1]، ولا يقتصر ذلك عندهما على السلطان فحسب، بل يشمل من ينيبه في سلطة الحكم بين الناس، فإنه يقوم مقامه، كالقاضي.

ولم ينقل عنهما استدلالهما لقولهما، حتى إن ابن الهمام (٨٦١هـ) نصّ على أنه لم يقع على استدلال أصحاب هذا الرأي[2].

وأشيرَ إلى أنه يمكن أن يُستَدلّ لهما من كتاب الله بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة/ ٢٢٩]، فبافتراض أن أوّل الكلام خطاب للحكام وهو قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾، وأن آخره خطاب للأزواج، وهو قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، فإنه يُفهم منه أن مشاركة الحاكم لهما في شأن الافتداء شرط فيه[3].

واستُدِلّ لهما من السنة بتولي النبي ﷺ الخلع بين حبيبة وثابت، فقيل: إنه لو جاز لهما التفرد بذلك لوكله إليهما[4].

= كان الأمر كذلك لم أشر في صلب البحث إلى موافقة ابن سيرين للحسن، وإن نقل ذلك بعضهم (انظر: النحاس: الناسخ والمنسوخ، ٢/ ٥٢، ابن عبد البر: التمهيد، ٢٣/ ٣٧٦).

(١) الطحاوي: أحكام القرآن، ٢/ ٤٤٩.

(٢) ابن الهمام: فتح القدير، ٣/ ٢٠٢.

(٣) الماوردي: الحاوي: ١٠/ ١١، ابن الهمام: فتح القدير، ٣/ ٢٠٢.

(٤) الماوردي: الحاوي: ١٠/ ١١.

لكن بمزيد من البحث يتضح أن الدافع للحسن وابن جبير إنما هو ما جرى عليه عمل السلطان في بلدهما البصرة، فقد روى شعبة أنه سأل قتادة عمن أخذ الحسن عدم إجازة الخُلع إلا عند السلطان؟ فأجابه قائلًا: «عن زياد»، يعني زياد بن أبيه (٥٣هـ) الذي أدركه الحسن واليًا على العراق[١].

ولا يحتمل أن يكون عمل زياد حجة، فإنه لم يكن صحابيًا، بل خالف في ذلك من سبقه من الخلفاء الراشدين، ولهذا توقف العمل بسنته بعد موته، إذ جرى الإنكار على من بعده من الولاة في هذا الشأن، فقد أُتي بشر بن مروان (٧٥هـ) في خُلع بين رجل وامرأته فلم يجزه، على ما جرى عليه عمل سلفه في العراق، فقال له عبد الله بن شهاب الخولاني: «شهدت عمر بن الخطاب أُتي في خلع كان بين رجل وامرأته، فأجازه»[٢].

الرأي الثاني:

ذهبوا إلى أن الخلع صحيح بغير حضرة السلطان، وهو رأي المذاهب الأربعة وجمهور العلماء[٣]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ

(١) ابن سعد: الطبقات، ٩/ ١٦٠، النحاس: معاني القرآن، ١/ ٢٠٣.
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة: في كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الخلع: يكون دون السلطان (برقم: ١٨٧٨٤).
(٣) الماوردي: الحاوي، ١٠/ ١٠-١١، السرخسي: المبسوط، ٦/ ١٧٣، ابن قدامة: المغني، ١٠/ ٢٦٨، الخرشي: شرح الخرشي، ٤/ ١٢.

صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ۝٤﴾ [النساء/ ٤]، فإنه تعالى لم يشترط في استعادة الزوج شيئًا من المهر إلا رضا زوجته(١).

وبأنه جرى عمل عمر(٢) وعثمان(٣) من الخلفاء الراشدين، بمحضر الصحابة، على إمضاء الخلع ولو جرى بغير حضرة السلطان(٤).

ولأنه عقد بالتراضي على الطلاق بعوض، حيث للزوج ولاية إيقاع الطلاق، وللزوجة ولاية التزام العوض، فلا معنى لاشتراط شهود السلطان هذا العقد بحيث لا يتم إلا بحضوره، إذ قصارى ما يمكن له فعله أن يردّ الزوجين في مقدار الفدية إلى ما تطيب به أنفسهما، فهو معاوضة كالبيع والنكاح لا يفتقر لحكم حاكم، بل إن تمليك البضع بالخلع أولى بأن لا يفتقر لحكم حاكم من تمليكه بالنكاح، لأن شروط الخلع أخف من شروط النكاح(٥).

(١) الماوردي: الحاوي، ١٠/ ١١.
(٢) أخرجه عبد الرزاق: في كتاب الطلاق، باب: الخلع دون السلطان (برقم: ١٢٦٧٢)، وابن أبي شيبة: في كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الخلع: يكون دون السلطان (برقم: ١٨٧٨٤).
(٣) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الطلاق، باب: طلاق المختلعة (برقم: ٢٠٨٧).
(٤) الماوردي: الحاوي، ١٠/ ١١، ابن قدامة: المغني، ١٠/ ٢٦٨، ابن الهمام: فتح القدير: ٣/ ٢٠٢.
(٥) الطحاوي: أحكام القرآن، ٢/ ٤٥١، السرخسي: المبسوط، ٦/ ١٧٣، الماوردي: الحاوي، ١٠/ ١١، ابن قدامة: المغني، ١٠/ ٢٦٨-٢٦٩.

وأجيب عن ما استدل به للرأي الأول بأنه لا يسلّم للقائلين به هذا الاستدلال بالآية، فإن بعض المفسرين جعلوا الخطاب في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ﴾ لعموم المؤمنين(١)، وجعله بعضهم لمن توسط بين الزوجين، حاكما كان أو غير حاكم، فيشمل السلطان والأولياء وغيرهم من صلحاء المسلمين(٢).

ومن الفقهاء من جعل المخاطبين هم الأزواج، فقالوا إن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ معطوف على قوله: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا﴾ أوّل الآية، والمعطوف عليه خطاب للأزواج، فكذلك المعطوف ينبغي أن يكون كذلك(٣).

وحتى على افتراض أن المخاطب بالآية هم الحكّام فإنه يفهم من الآية حينئذ توجيه الحكّام إلى تمكين الأزواج من الخُلع إذا خافوا عليهم عدم القيام بالواجب من حقوق الزوجية فيما لو ارتفعوا إليهم، لا أنه لا بد من الترافع إليهم(٤).

ولا يمكن الاستدلال بالآية على مقصودهم متى كان تفسيرها محتملًا.

أما الاستدلال بحصول الخلع في قصة ثابت بن قيس وزوجته بحضرة النبي ﷺ فقيل في جواب ذلك إنه حصل اتفاقًا، فإنهما اختصما

(١) الطبري: جامع البيان، ٤/ ١٠٠٣.
(٢) ابن عطية: المحرر الوجيز: ٢٠٣، أبو حيان: البحر المحيط، ٢/ ٤٧٣.
(٣) الماوردي: الحاوي، ١٠/ ١١.
(٤) ابن الهمام: فتح القدير، ٣/ ٢٠٢.

إليه قبل معرفتهما بمشروعية الخلع أصلًا، ثم حصل التراضي بينهما على الخلع بعد ذلك وهما عنده، وأيضًا فإنه ﷺ حين تحرّى من حبيبة عن أمرها، ثم وجّه ثابتًا إلى مفارقتها، إنما كان فعله هذا بوصف المشرّع المبيّن للحكم، لا السلطان، فلا يقاس عليه غيره من حكّام أمته[1].

وكذلك فإن مجرد فعل النبي ﷺ ليس فيه حجّة سوى المشروعية، أما الشرطية فتقتضي دليلًا زائدًا عن صورة الفعل فحسب، ولو كان حضور السلطان شرطًا لبينه النبي ﷺ بقوله، فإنه لا يؤخر البيان عن موطن الحاجة.

المطلب الثاني: مسألة إلزام القاضي الزوج بالخلع عند الترافع إليه:

لم ينقل عن الفقهاء في كتبهم عند حديثهم في مبحث الخلع عنه سوى أنه عقد يحصل بالتراضي، فليس للقاضي فيه مدخل بالإلزام.

لكن يعكّر على ذلك أمران:

الأمر الأول: ما رواه أيوب السختياني (١٣١هـ) عن سعيد بن جبير في المختلعة أنه قال: «إن كانت ناشزًا أمره السلطان أن يخلع»[2]، فإن ظاهره أن ابن جبير يفتي بأن القاضي له سلطة إلزام الزوج بالخلع.

(١) الماوردي: الحاوي: ١٠/ ١١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة: في كتاب الطلاق، باب من قال: هو عند السلطان (برقم: ١٨٧٩١).

وقبل أن نتناول الإجابة عن ذلك ينبغي أن نجمع الروايات في ذلك عن ابن جبير، وهي تدور على أيوب وعمرو بن مرّة (١١٦هـ).

أما طريق أيوب التي مرّت فأخرجها ابن أبي شيبة مختصرة، بينما رواها الطبري بسياق أتم، حيث أسند إلى ابن جبير أنه قال في المختلعة: «يَعِظُها، فإن انتهت وإلّا هجرها، فإن انتهت وإلّا ضربها، فإن انتهت وإلّا رفع أمرها إلى السلطان، فيبعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، فيقول الحكم الذي مِن أهلها: يفعل بها كذا، ويقول الحكم الذي من أهله: تفعل به كذا، فأيّهما كان الظالم ردَّه السلطان، وأخذ فوق يديه، وإن كانت ناشِزًا أمره أن يخلع»[(١)]، وكلا الروايتين من طريق عبد الوهاب الثقفي (١٩٤هـ) عن أيوب.

وأخرج القاضي إسماعيل بن إسحاق وابن المنذر من طريق حماد بن زيد (١٧٩هـ) عن أيوب عن سعيد بن جبير في قوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّ﴾، قال: «يعظها، فان هي قبلت وإلا بُعث حكم من أهله وحكم من أهلها، فينظران ممن الضرر، فعند ذلك يكون الخلع»[(٢)].

أما طريق عمرو بن مرّة فقد نُقل عنه أنه سأل سعيدًا بن جبير عن الحكمين، فأجابه قائلًا: «إذا كان بين الرجل وامرأته تدارؤ بعثوا

(١) أخرجه الطبري في تفسيره، ٦/ ١٤٨.

(٢) أخرجه القاضي إسماعيل في تفسيره (ص:١١٤) واللفظ له، وابن المنذر في تفسيره (ص:٦٩٣).

حكمين، فأقبلا على الذي جاء التدارؤ من قِبَله فوعظاه، فإن أطاعهما وإلا أقبلا على الآخر، فإن سمع منهما وأقبل للذي يريدان وإلا ما حكما بينهما من شيء فهو جائز»[1].

بعد جمع الروايات عن سعيد بن جبير يمكن لنا أن نناقش ما يمكن أن يوحيه ظاهر رواية أيوب السختياني عنه بأنه يفتي بأن القاضي له أن يلزم الزوج بالخلع.

الملحظ الأول: إن الرواية عن أيوب اختلفت، فما ظاهره إلزام السلطان الزوج بالخلع رواه عنه عبد الوارث، بينما رواية حماد بن زيد عنه ليس فيها ذلك، فمقتضاها أنه إذا لم يتمكن الحكمان من حلّ الشقاق «فعند ذلك يكون الخلع»، وليس فيها إشارة إلى تدخل السلطان بالإلزام كما في عبارة عبد الوارث.

ورواية حماد أحرى بالقبول لسببين: أولهما أن حمادًا أثبت في روايته عن أيوب من عبد الوارث، كما قرر ذلك علماء الجرح والتعديل[2]،

(١) أخرجه عبد الرزاق: في كتاب الطلاق، باب: الحكمين (برقم: ١٢٧٥٠) واللفظ له، وأبو عبيد في الناسخ والمنسوخ (برقم: ٢١٧)، والطبري في تفسيره (٦/ ١٥٤-١٥٥).

(٢) قال أحمد بن حنبل: «حماد بن زيد أحب إلينا من عبد الوارث»، وقال يحيى بن معين: «حماد بن زيد أثبت من عبد الوارث»، وقال أيضًا: «ليس أحد في أيوب أثبت من حماد بن زيد»، وقال عنه كذلك: «من خالفه من الناس جميعًا في أيوب فالقول قوله، وقال حماد بن زيد: جالست أيوب عشرين سنة»، وقال سليمان بن حرب: «حماد بن زيد في أيوب أكبر من كل من روى عن أيوب» (المزي: تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ٢/ ٢٧٦).

وثانيهما أن الذي تابع أيوب في الرواية عن ابن جبير -وهو عمرو بن مرة- نقل فتوى ابن جبير نفسها في شأن الشقاق والحكمين ولم يذكر فيها السلطان ولا الخلع، مما يعضد رواية حمّاد بن زيد.

وبهذا يكون اللفظ الذي انفرد به عبد الوارث شاذًّا، بحسب مصطلحات أهل الفن، فلا يعوّل عليه.

الملحظ الثاني: أن من نقل مذهب ابن جبير من المتقدمين، ممن هم أقرب زمنًا له، لم يفهم من عبارته أن للسلطان أن يلزم بالخلع، وإنما نقلوا عنه أن الخلع لا يكون إلا عند السلطان، فحسب[1].

الملحظ الثالث: على فرض أن العبارة وردت عنه بالفعل، فلا تُحمل على أنه يعني بها أن السلطان له سلطة إلزام الزوج بالخلع، بل الأوجه حملها على محمل آخر، يتفق مع مذهب ابن جبير في منع الخلع بغير حضرة السلطان.

فإن مما تقرر في علم أصول الفقه أن الأمر بعد الحظر لا يفهم منه الإيجاب، والصارف عن ذلك هو قرينة المنع المتقدم، ولذلك أمثلة في خطاب الشارع، منها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُواْ﴾ [المائدة/ ٢]، فيفهم من صيغة الأمر حينئذ رفع الحظر[2].

(١) ابن أبي شيبة: المصنف، ١٠/ ٤٧، الطحاوي: أحكام القرآن، ٢/ ٤٤٩-٤٥٠، النحاس: الناسخ والمنسوخ، ٢/ ٥٢، ابن عبد البر: التمهيد، ٢٣/ ٣٧٦.
(٢) الآمدي: الإحكام، ١٣٢٦-١٣٢٧.

وعلى هذا فإن ما نقل عن ابن جبير من قوله: «إن كانت ناشزًا أمره السلطان أن يخلع» يكون من هذا الباب، فإن الزوج كان ممنوعًا من الخلع قبل دخوله على السلطان -بحسب مذهب ابن جبير- وبعد استنفاذ سبل رأب الشقاق يعرض الأمر على السلطان، فيأذن إن شاء عندئذ للزوج بإجراء الخلع.

الأمر الثاني: ما نقله ابن مفلح (٧٦٣هـ) عن بعض قضاة زمنه حيث قال: «وألزم به [أي الخلع] بعض حكام الشام المقادسة الفضلاء»[(١)]، فإن ظاهره مخالف لاتفاق الفقهاء على أنه عقد بالتراضي.

ويمكن الإجابة عن ذلك بجوابين:

الجواب الأول: أن في ذلك تسامحًا من ابن مفلح في العبارة، وأن ما جرى من بعض قضاة زمنه ليس إلزاما للزوج بالخلع، بل هو تفريق للضرر فحسب.

فإن الزوجة قد تبدأ دعواها بطلب الخلع، ثم يحكم القاضي -بعد النظر- بالتفريق بين الزوجين لتعذر الصلح، مع تحميل الزوجة بذل

(١) ابن مفلح: الفروع، ٨/ ٤١٧، ويبدو أنه يشير بالمقادسة إلى تلك الأسر المنتسبة إلى مذهب أحمد، ممن هاجر إلى الشام من بيت المقدس وما حوله بعد استيلاء الصليبيين عليه، وأشهرها آل قدامة. (انظر: التركي: المذهب الحنبلي، ١/ ٢٦٠-٢٦٥).
ويشار إلى أن عمل آحاد القضاة من غير القرون المفضلة لا يعدّ امتدادًا لآراء فقهاء المذاهب، أو محلّا للاحتجاج، وسيرد لاحقًا إنكار الحجاوي (٩٦٨هـ) على أحد قضاة الحنابلة من معاصريه فهمه لطبيعة الخلع، ووصفه له بالجهل.

عوض للزوج لكون الشقاق من جهتها[1]، فيظهر للمتابع أن القاضي حكم أخيرًا بما طلبته الزوجة أولا، وهو الخلع.

وهذا مما نلمسه من اختصاصات القاضي في زمننا، فإن لمحكمة الموضوع سلطة فهم الدعوى وتكييف الطلبات بما تتبينه من الوقائع المعروضة عليها، والأدلة والبينات المقدمة لها، وعليها أن تنزّل عليها وصفها القانوني الذي تراه صحيحًا، دون أن تتقيد في ذلك بالوصف الذي يضفيه المدعي على دعواه، طالما لم تخرج في حكمها عن نطاق الطلبات ومقصود الخصوم منها[2].

وذلك مبدأ قديم متوارث لدى الهيئات القضائية، ومن ضمنهم القضاة الشرعيون، وإن أعوزت النصوص فيه في التراث الفقهي، لكن يمكن أن يستأنس في الممارسة القضائية الشرعية لهذا المبدأ بما قرره القاضي علي حيدر أفندي[3] (١٣٥٣هـ) حيث استخدم قاعدة مشهورة

(١) سيمر معنا أن المالكية يحكمون مع التفريق بالأخذ من مال الزوجة تعويضًا للزوج في بعض أحوال الشقاق، وقال الشافعي: «على السلطان إن لم يرضيا بحكمين، عندي أن لا يجبرهما على حكمين، وأن يحكم عليهما، فيأخذ لكل واحد منهما من صاحبه من نفقة وقسم، ويجبر المرأة على ما عليها، وكل واحد منهما على ما يلزمه، وله أن يعاقب أيهما رأى إن امتنع بقدر ما يستوجب» (الشافعي: الأم، ٦/ ٣٠٠).

(٢) إبراهيم: النظرية العامة للتكييف، ٧٦.

(٣) فقيه حنفي، كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز، وأمين الفتيا، ووزير العدل في الدولة العثمانية، ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بإسطنبول.

-رددها فقهاء المذاهب جميعهم[1]- مستندًا إليها في إثبات شيء من تطبيقات المبدأ الذي جرت الإشارة إليه، وهي أن الأصل أن يكون الاعتبار للمعاني لا للألفاظ والمباني، إذ قال موجّها القضاة:

«إن تفريق المدعي من المدعى عليه من مسائل الدعوى التي يبنى عليها مسائل مهمة، حيث إذا لم يُفرِّق بينهما لا يعلم لمن يكون الإثبات، ولا لمن يكون اليمين، ألا يُرى أن كلام شخص يكون في صورة الدعوى، إلا أنه يكون معنى ليس بدعوى، بل إنكارًا، كما هو الحال في المودع والمستودع.

مثلًا: لو ادعى المستودع رد الوديعة، فهو وإن كان صورة مدعيا إلا أنه معنى منكر للزوم الرد والضمان ولانشغال الذمة، وحيث إنه مدعى عليه فيحلف على عدم لزوم الرد والضمان، ولا يحلف على كونه رد وأعاد الوديعة، لأن اليمين تكون على النفي أبدًا، حيث إن الاعتبار للمعاني لا الألفاظ والمباني.

وإذا أنكر المودع رد الوديعة فهو في الحقيقة ليس منكرًا، بل هو مدع انشغال ذمة المستودع»[2].

بل إن محكمة النقض المصرية عبرت عن المبدأ السابق باستخدام القاعدة الفقهية نفسها حيث قررت أن «العبرة في التكييف هي بحقيقة

(١) انظر: معلمة زايد: ١٦/ ٧.
(٢) حيدر: درر الحكام، ٤/ ١٧٥.

المقصود من الطلبات المقدمة فيها [أي: في الدعوى]، لا بالألفاظ التي صيغت فيها هذه الطلبات»[1].

الجواب الثاني: أن بعض الفقهاء -وفي هذه الحالة نفترض أن ابن مفلح منهم- لم يلتزم بالاصطلاح المشهور، وتعامل مع لفظ الخلع بمعناه اللغوي الأصلي، إما قبل استقرار المصطلح، أو تساهلًا بعد استقراره.

فمن القسم الأول أبو عبيد القاسم بن سلّام (٢٢٤هـ)، فإنه جعل التفريق للضرر نوعًا من الخلع، حيث جعل الخلع على ضربين:

الأول: رضائي يملكه الزوجان باتفاقهما، وهو الذي فيه الفدية، وينطبق عليه اصطلاح الخلع الذي تواطأ عليه الفقهاء.

والثاني: ما كان دافعه الشقاق بين الزوجين وارتفعا بسببه إلى القضاء، فحكم الحكمان أو القاضي بالتفريق بسببه، ولا يلزم أن يُحكم فيه بعوض للزوج[2]، وهو هو التفريق للضرر عند سائر الفقهاء، وتعريف الخلع اصطلاحًا لا يشمله، لكنّ أبا عبيد كتب ما كتب قبل استقرار الاصطلاحات الفقهية، فهو من علماء القرن الثاني، وهو -والإمام الشافعي عصريّه- من أول المصنفين في الفقه الذين بلغتنا مصنفاتهم.

(١) إبراهيم: النظرية العامة للتكييف، ٧٨.
(٢) أبو عبيد: الناسخ والمنسوخ، ١١٧-١١٨.

فعلى هذا يشمل الخلع عند أبي عبيد التفريق الذي يلزم به القاضي، ولا فدية فيه أصلًا.

أما بعد استقرار المصطلح فنجد كثيرًا من الفقهاء أطلق لفظ «الخلع» على تفريق الحكمين أو القاضي بين الزوجين بسبب الشقاق، متى حُكم للزوج بتعويض من مال زوجته، وإن بغير رضاها، لشبهه بالخلع صورة[1].

وهم وإن تسامحوا في استخدام المصطلح في هذه الصورة إلا أنهم يميزون بينها وبين صورة الخلع الأصلية -وإن قل من يشير منهم لذلك- فقد قرر خليل (٧٧٦هـ) الفرق بينهما، وأن ما يحكم به الحكمان

(١) يرى المالكية أن الحكمين يحكمان على الزوجين، ويلزمانهما بما قد لا يرضيان به، وليسا بوكيلين عنهما، أما الشافعية والحنابلة فسلطة الحكمين لديهما منقول فيها القولان.
قال القاضي عبد الوهاب المالكي (٤٢٢هـ) عن الحكمين: «فإن رأيا أن يأخذا له شيئًا من مالها ليكون خلعًا فعلا، وكان ذلك لهما على طريق الحكم دون التوكيل» (القاضي عبد الوهاب: المعونة، ١/ ٥٩٣)، وقال الباجي المالكي (٤٧٤هـ): «وإن فرقا بينهما بطلقة بشيء أخذاه له منها فهو خلع» (الباجي: المنتقى، ٤/ ١١٤).
وقال أبو المعالي الجويني الشافعي: «وإن فرَّعنا على القول الثاني، وجعلنا ابتعاث السلطان تحكيمًا، فلهما أن ينفذا ما يريان الصلاح فيه، فإن رأيا الطلاق طلّقا على السخط من الزوج، وذكر الأئمة أنهما يختلعان المرأةَ بشيء من مالها، وإن لم ترض» (الجويني: نهاية المطلب، ١٣/ ٢٨٥).
وقال ابن قدامة الحنبلي (٦٢٠هـ): «وإن قلنا إنهما حكمان، فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع، فينفذ ذلك عليهما، رضياه أو أبياه.» (ابن قدامة: المغني، ١٠/ ٢٦٦).

من تفريق بعوض باجتهادهما بغير تفويض من الزوجين لا يعدّ خلعًا على الحقيقة[1].

ولعل المالكية أكثر من تسامح في استعمال لفظ «الخلع»، حيث أطلقوه على أنواع من الفرقة، فأطلقوه على الفرقة بعوض بالتراضي، وبما يحصل مع عوض بإلزام القاضي أو الحكمين، بل بالطلاق الذي يتلفظ فيه الزوج بلفظ الخلع ولا عوض فيه أصلًا، موافقة للمعنى اللغوي الأعم من المعنى الاصطلاحي، حتى إن الدردير (١٢٠١هـ) استخدم الخلع بهذه المعاني الثلاثة في صفحتين متتاليتين من كتابه[2].

وبالنظر في كتب الفقه لم أقف على من تحاشى استخدام لفظ الخلع في حالة حُكم الحكمين بالتفريق مع تعويض الزوج إلا العمراني (٥٥٨هـ) من الشافعية[3]، وابن تيمية الجد (٦٥٢هـ)، والزركشي

(١) خليل: التوضيح، ٤/ ٢٧١.

(٢) الدردير: بلغة السالك، ١/ ٤٤٠-٤٤١، وينبغي الإشارة إلى أن من قضاة الحنابلة من أضاف للخلع معنى رابعًا، حيث سمّى طلاق الرجل زوجته مع بذله لها شيئًا من المال خلعًا، وأنكر عليه ذلك الحجاوي (٩٦٨هـ) وعدّه جهلًا، مشيرًا إلى أنه لم يقع منه وحده، بل شاركه فيه غيره. (انظر: حاشية على التنقيح، ٢/ ٢٣١).

(٣) قال العمراني: «وإن رأيا التفريق بينهما: فإن رأيا أن يفرقا فرقة بلا عوض أوقعها الحاكم من قبل الزوج، وإن رأيا أنهما يفرقان بينهما بعوض، بذل الحاكم من قبلها العوض عليها، وأوقع الحاكم من قبل الزوج الفرقة» (البيان، ٩/ ٥٣٣).

(٧٧٢هـ)، وابن مفلح الحفيد (٨٨٤هـ)، والمرداوي (٨٨٥هـ) من الحنابلة[١].

(١) قال ابن تيمية الجد عن الحكمين: «يفعلان [أي الحكمان] بتوكيل الزوجين لهما ما يريانه إصلاحًا، من جمع، أو فرقة بعوض، أو بدونه، فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا، وعنه [أي أحمد]: يجبر الزوج أن يوكل في الفرقة بعوض، وغيره، وتجبر المرأة أن توكل في بذل العوض، فإن فعلا وإلا جعله الحاكم للحكمين» (المحرر، ٢/ ٢٠١).
وقال الزركشي: «وعنه [أي أحمد] ما يدل على أنهما حكمان، يفعلان ما يريان من جمع، أو تفريق بعوض، أو غيره، من غير رضى الزوجين، وهو ظاهر الآية الكريمة، لتسميتهما حكمين» (شرح الزركشي، ٥/ ٣٥٢).
وانظر: ابن مفلح الحفيد: المبدع، ٨/ ٥٣، والمرداوي: التنقيح المشبع، ٢/ ٢٣٠.

الخاتمة

توصل الباحث في ختام الدراسة للنتيجتين التاليتين:

أولًا: لم ينقل عن الفقهاء في كتبهم عند حديثهم في مبحث الخلع عنه سوى أنه عقد يحصل بالتراضي، فليس للقاضي فيه مدخل بالإلزام، لكن وقع تسامح في العبارة من بعض الفقهاء في باب الشقاق بين الزوجين، حيث لم يلتزموا حدود مصطلح الخلع التي قرروها في مبحثه في كتبهم، فأطلقوه على تفريق الحكمين والقاضي بين الزوجين بسبب الشقاق، متى حُكم للزوج بتعويض من مال زوجته، لشبهه بالخلع صورة.

ثانيًا: على جميع المعاني المختلفة التي استعمل فيها الفقهاء لفظ الخلع في كتبهم، سواء منها التي لا يظهر فيها إمكان إلزام القاضي للزوج، كما في مبحث الخلع، أو التي يظهر فيها أن للقاضي فِعلَ ذلك، كما في مبحث الشقاق بين الزوجين، لم يجد الباحث مِن الفقهاء مَن جعل حكم القاضي تابعًا لإرادة الزوجة منفردة في إيقاع الخلع.

ويوصي الباحث بدراسة التشريعات القانونية المتعلقة بقوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية من أجل التحقق من صحة نسبة الأحكام المذكورة فيها للشريعة، لما ثبت من وقوع تساهل في نسبة أقوال للفقه الإسلامي هي ليست منه.

فهرس المصادر

١. **إبراهيم**، محمد محمود: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٨٢م.

٢. **ابن أبي شيبة**، عبد الله بن محمد: المصنف، تحقيق: محمد عوامة، جدة: دار القبلة، الطبعة الأولى: ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

٣. **ابن المنذر النيسابوري**، محمد بن إبراهيم: تفسير القرآن، تحقيق: سعد السعد، المدينة النبوية: دار المآثر، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

٤. **ابن الهمام**، محمد بن عبد الواحد: فتح القدير، دمشق: دار النوادر، الطبعة الأولى: ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

٥. **ابن تيمية (الجد)**، عبد السلام بن عبد الله: المحرر، تحقيق: عبد الله التركي ومحمد كريم الدين، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

٦. **ابن حنبل**، أحمد بن محمد: مسند الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

٧. **ابن دريد الأزدي**، محمد بن الحسن: جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي بعلبكي، بيروت: دار العلم للملايين، الطبعة الأولى: ١٩٨٧م.

٨. **ابن عبد البر**، يوسف بن عبد الله: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى العلوي وآخرون، مكة المكرمة: المكتبة التجارية، د. ط، د. ت.

٩. **ابن عطية**: عبد الحق بن غالب: **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، بيروت: دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

١٠. **ابن فارس**، أحمد بن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، بيروت: دار الجيل، د. ط، د. ت.

١١. **ابن قدامة**، عبد الله بن أحمد: المغني، تحقيق: عبد الله التركي، الرياض: دار عالم الكتب، الطبعة الثالثة: ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

١٢. **ابن مفلح (الحفيد)**، إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، تحقيق: خالد المشيقح وآخرون، الرياض: دار أطلس الخضراء، الطبعة الأولى: ١٤٤٢هـ-٢٠٢١م.

١٣. **ابن مفلح**، محمد بن مفلح: الفروع، تحقيق: عبد الله التركي، الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.

١٤. **أبو حيان الأندلسي**، محمد بن يوسف: البحر المحيط في التفسير، بيروت: دار الفكر، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

١٥. **الأزهري: محمد بن أحمد: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي**، تحقيق: محمد الألفي، الكويت: وزارة الأوقاف، الطبعة الثانية: ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

١٦. **الأزهري: محمد بن أحمد: تهذيب اللغة**، تحقيق: عبد السلام هارون وآخرون، القاهرة: الدار المصرية للتأليف والترجمة، د. ط، د. ت.

١٧. **الأصبحي (مالك)**، مالك بن أنس: الموطأ، تحقيق: محمد الأعظمي، أبو ظبي: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

١٨. **الآمدي**، علي بن أبي علي: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الله الشهراني وآخرون، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، الطبعة الأولى: ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

١٩. **الأمم المتحدة: تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة (الدورة الرابعة والعشرون: ١٥/ يناير-٢ فبراير ٢٠٠١م**، الدورة الخامسة

والعشرون: ٢-٢٠ يوليه ٢٠٠١م)، الجمعية العامة: الوثائق الرسمية- الدورة السادسة والخمسون-الملحق رقم ٣٨ (A/ ٥٦/ ٣٨)، نيويورك: الأمم المتحدة، ٢٠٠١م.

٢٠. **الباجي: سليمان بن خلف**، المنتقى شرح الموطأ، القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، د ت.

٢١. **البغدادي (القاضي عبد الوهاب)**، عبد الوهاب بن علي: المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٢٢. **التركي**، عبد الله بن عبد المحسن: المذهب الحنبلي (دراسة في تاريخه وسماته وأشهر أعلامه ومؤلفات)، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

٢٣. **التنوخي (سحنون)**، سحنون بن سعيد: المدونة الكبرى، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٤هـ.

٢٤. **الجندي (خليل)**، خليل بن إسحاق: التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد نجيب، دبلن: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى: ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

٢٥. **الجوهري**، إسماعيل بن حماد: الصحاح، تحقيق: أحمد عطار، بيروت: دار العلم للملايين، الطبعة الثانية: ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٢٦. **الجويني**، عبد الملك بن عبد الله: نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم الدّيب، جدة: دار المنهاج، الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

٢٧. **الحجاوي**، موسى بن أحمد: حاشية على التنقيح (مطبوع مع التنقيح المشبع للمرداوي)، تحقيق: نصف العصفور، الرياض: دار أطلس الخضراء، الطبعة الأولى: ١٤٤٣هـ-٢٠٢١م.

٢٨. **حيدر**، علي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، الرياض: بيروت، دار الجيل، الطبعة الأولى: ١٤١١هـ-١٩٩١م.

٢٩. **الخرشي**، محمد بن عبد الله: شرح الخرشي على مختصر خليل، بولاق (مصر): المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الثانية: ١٣١٧هـ.

٣٠. **الدردير**، أحمد بن محمد: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك (مطبوع مع حاشية الصاوي المسماة: بلغة السالك)، القاهرة: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٢هـ-١٩٥٢م.

٣١. **الرصّاع**، محمد بن قاسم: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، بيروت: دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٩٩٣م.

٣٢. **الزركشي**، محمد بن عبد الله: شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق: عبد الله الجبرين، الرياض: مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

٣٣. **الزهري (ابن سعد)**: **محمد بن سعد**، الطبقات الكبير، تحقيق: علي عمر، القاهرة: مكتبة الخانجي، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

٣٤. **الزوزني**، الحسين بن أحمد: شرح القصائد السبع، تحقيق: بلال الخليلي وأحمد عبد الحميد، مصر: درة الغواص، الطبعة الثانية: ١٤٤١هـ-٢٠١٩م.

٣٥. **الزيلعي**، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية (بولاق)، الطبعة الأولى: ١٣١٣هـ.

٣٦. **السرخسي**، محمد بن أبي سهل: المبسوط، بيروت: دار المعرفة، د. ط، د. ت.

٣٧. **الشافعي**، محمد بن إدريس: الأم، تحقيق: رفعت عبد المطلب، المنصورة: دار الوفاء، الطبعة الأولى: ٢٠٠١م-١٤٢٢هـ.

٣٨. **الشربيني**، محمد بن أحمد: مغني المحتاج، بيروت: دار الفكر، د. ط، د. ت.

٣٩. **الصاحب**، إسماعيل بن عباد: المحيط في اللغة، تحقيق: محمد آل ياسين، بيروت: عالم الكتب، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٤٠. **الصنعاني (عبد الرزاق)**، عبد الرزاق بن همام: المصنّف، القاهرة: دار التأصيل، الطبعة الثانية: ١٤٣٧هـ-٢٠١٦هـ.

٤١. **الطحاوي**، أحمد بن محمد: أحكام القرآن الكريم، تحقيق: سعد الدين أونال، إسطنبول: مركز البحوث الإسلامية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٤٢. **العسكري**، الحسن بن عبد الله، الأوائل، تحقيق: محمد الوكيل، طنطا: دار البشير، الطبعة الأولى: ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.

٤٣. **العمراني**، يحيى بن أبي الخير: البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم النوري، جدة: دار المنهاج، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٤٤. **الفراهيدي (الخليل)**، الخليل بن أحمد: كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، بيروت: مؤسسة الأعلمي، بلا تاريخ.

٤٥. **الفيروزآبادي**، محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٤٦. **الفيومي**، أحمد بن محمد: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م.

٤٧. **القرطبي**، محمد بن أحمد: الجامع لأحكام القرآن، بيروت: دار الفكر، د. ط، د. ت.

٤٨. **لجنة متخصصة (معلمة زايد): معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية**، أبو ظبي: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى: ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.

٤٩. **المالكي (القاضي إسماعيل)**، إسماعيل بن إسحاق: أحكام القرآن، تحقيق: عامر صبري، بيروت: دار ابن حزم، الطبعة الأولى: ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

٥٠. **الماوردي**، علي بن محمد: الحاوي الكبير، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٥١. **المرداوي**، علي بن سليمان: التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، تحقيق: نصف العصفور، الرياض: دار أطلس الخضراء، الطبعة الأولى: ١٤٤٣هـ-٢٠٢١م.

٥٢. **المرسي (ابن سيده)**، علي بن إسماعيل: المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٥٣. **المرغيناني**، علي بن أبي بكر: الهداية في شرح البداية (مطبوع مع شرحه فتح القدير لابن الهمام)، دمشق: دار النوادر، الطبعة الأولى: ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

٥٤. **نجمي**، جمال: قانون الأسرة الجزائري (دليل القاضي والمحامي)، الجزائر: دار هومة، طبعة ٢٠١٨م.

٥٥. **النحاس**، أحمد بن محمد: الناسخ والمنسوخ في كتاب الله عَزَّوَجَلَّ واختلاف العلماء في ذلك، تحقيق: سليمان اللاحم، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: ١٤١٢هـ-١٩٩١م.

٥٦. **النحاس**، أحمد بن محمد: معاني القرآن الكريم، تحقيق: محمد الصابوني، مكة المكرمة: جامعة أم القرى، الطبعة الأولى: ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٥٧. **الهروي (أبو عبيد)**، القاسم بن سلاّم: الناسخ والمنسوخ في القرآن العزيز وما فيه من الفرائض والسنن، تحقيق: محمد المديفر، الرياض: مكتبة الرشد، د. ط، د.ت.