الخلع القضائي بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني

د. إسماعيل محمد البريشي*

تاريخ وصول البحث: 2008/1/27م تاريخ قبول البحث: 2008/9/9م

ملخص

يعد موضوع الخلع القضائي من الموضوعات المهمة في عصرنا الحالي، وقد استحدثته بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية الإسلامية؛ بهدف حل مشكلة الضرر الواقع على المرأة من قبل الزوج في حال استمرار العلاقة الزوجية بينهما وهي كارهة ومبغضة لزوجها، وفي حال رفض الزوج إجابة طلبها للطلاق.

وقد تناولت هذه الدراسة بالبحث والتأصيل الفقهي مدى مشروعية قيام الزوجة بمخالعة زوجها قضائياً، عارضة لأقوال الفقهاء وأدلتهم ومرجحة ما يظهر بالدليل رجحانه، ومعرجة على قانون الأحوال الشخصية الأردني، وبخاصة فيما يتعلق بالتعديلات الطارئة عليه لتشريع هذا النوع من الخلع ومركزة على الإشكالية الكبرى لهذا البحث، وهي مدى مشروعية هذا النوع من الخلع، وما هي النتائج والانعكاسات المترتبة على إقراره، ومتوصلة إلى القول بعدم جوازه، طارحةً جملة من البدائل التي هي بمثابة توصيات، وهي مبثوثة في ثنايا البحث.

Abstract

The judicial deposal issue is one of the significant issue in our present age, which has been created by some of our civil status laws in the Arab and Islamic countries with the aim of acting the injustice by the husband on his wife in case the marital status goes on dejected and unwilling to keep such marital relationship continuous and rejection by husband to accept her request for divorce.

This study has addressed by research and juristic basis and principles how far the wife, legitimately, can depose her husband judicially through the juristic views, opinions and their evidences, and preponderating by evidence its casting weight and soliating Jordanian civil status law particularly amendment that took over it to legitimate such type of deposal, and concentrates on the main problem for this research and that is how the legality of this type of deposal, in addition to discussing the results and reflected influences upon the adoption of it, and concludes that this type of deposal is not accepted and illegal, and gives some alternatives as recommendations instead of it, which were put through the research.

المقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين وبعد:

فإنه قد يعرض للحياة الزوجية ما يعكر صفوها ويقطع الود والسكن بين طرفيها، الأمر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وتحقيقها للأهداف المتوخاة منها، فكان لا بد من حلول ناجعة لهذه الإشكالية التي قد تعصف بالحياة الزوجية التي أراد لها الشرع أن تكون هانئة آمنة ، ومن عظـــمة تشريع الله سبحانه وتعالى، أن شرع الخلع الرضائي؛ لإقامة العدل ورفع الضرر الواقع على كل من الزوجين جراء استمرار حياة زوجية لا تحقق أهدافها وحكمها، ومنعاً لتعسف الزوج في استخدام حقه في الطلاق.

ولما كانت دعوى الخلع القضائي "الجبري" من الدعاوى الحديثة التي شرعت في قوانين الأحوال الشخصية للبلدان العربية والإسلامية، وثار الجدل حول مشروعية هذه الدعوى بين مؤيد ومعارض لها، فقد رأيت أن أبحث في هذا الجانب من حيث التأصيل

* أستاذ مساعد، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

الفقهي للموضوع، وبيان مشروعية هذه الدعوى من مصادر التشريع المعتبرة، دراسة فقهية مقارنة، وذلك عبر ثلاثة مباحث، أفردت أولها لبيان مفهوم الخلع القضائي، وخصصت ثانيها لمشروعية هذا النوع من الخلع، بينما عالجت في ثالثها موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني من الخلع القضائي، ثم ختمت البحث بخاتمة أودعت فيها أهم النتائج والتوصيات التي خلصت إليها من هذه الدراسة.

مشكلة الدراسة:

جاءت هذه الدراسة لبيان مفهوم الخلع القضائي، ومدى مشروعيته من الناحية الفقهية، ومدى صلاحية القاضي في إيقاع الخلع القضائي عند طلب الزوجة له إذا أبغضت وكرهت العيش مع زوجها، ورفض الزوج إجابة طلبها، فهل للقاضي سلطة إيقاع الخلع القضائي دون أن يتوقف ذلك على رضا الزوج أو موافقته؟ وما مدى اتساق الخلع القضائي مع المبادئ الشرعية الضابطة للعلاقة الزوجية والمحددة لمن يمتلك العصمة؟ وهل يعتبر تشريع الخلع القضائي محققاً للتوازن بين أطراف دعوى الخلع؟ وما مدى الحماية التي يقدمها هذا النوع من الخلع لأطراف الدعوى؟ وما موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني في تعديلاته الأخيرة من هذا النوع من الخلع؟ وما هي الآثار التي يرتبها فيما يختص بمعجل المهر ومؤجله ونفقات الزواج؟

منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث على المنهج التحليلي للنصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، واستقراء أحكام المخالعة المبثوثة في الكتب الفقهية القديمة، ومقارنة أقوال الفقهاء، ومناقشتها وترجيح ما يظهر بالدليل رجحانه مع بيان مسوغات الترجيح.

المبحث الأول: مفهوم الخلع القضائي

لبيان مفهوم الخلع القضائي فإن الباحث يجد نفسه مضطراً لتعريف الخلع بشكل عام في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الخلع لغة

الخلع لغة: (بفتح الخاء) هو النزع والإزالة، يقال: خلع فلان ثوبه خلعاً، أي نزعه وأزاله[1].

يقال: خلع ثوبه ونعله وخلع عليه (خِلْعةً) كله من باب قطع، وخلع امرأته (خُلعاً) بالضم، فاختلعت وخالعته: أزالها عن نفسه وطلقها على عوض تبذله له[2]، وسمي ذلك الفراق خلعاً؛ لأن الله تعالى جعل النساء لباساً للرجال، والرجال لباساً لهن، **فقال:[هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ]**[187: البقرة].

فإذا افتدت المرأة نفسها بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك، فقد بانت منه وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه[3]، والاسم من كل ذلك الخُلْع (بالضم) والمصدر الخَلْع (بالفتح)[4].

المطلب الثاني: الخلع في الاصطلاح الفقهي

عرف الفقهاء الخلع بتعريفات متعددة مع وجود بعض الاختلافات الطفيفة بينها وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الحنفية:

عرفه ابن نجيم بقوله:"إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها، بلفظ الخلع أو ما في معناه"[5].

قيود التعريف:[6]

- قوله: "إزالة ملك النكاح" خرج به الخلع في النكاح الفاسد وبعد البينونة والردة فإنه لغو؛ لأن النكاح الفاسد لا يفيد ملك المتعة، وبالبينونة والردة حصلت الإزالة قبله، فلم يكن في الخلع إزالة، والتي هي من أهم معاني الخلع اللغوية.
- قوله: "المتوقفة" صفة للإزالة.
- قوله: "على قبولها": أي المرأة، حيث لا بد من قبول المرأة إذا كان الخلع على مال، أما إذا كان

بلفظ خالعتك أو اختلعي ولم يذكر المال، ناوياً به الطلاق، فإنه يقع طلاقاً غير مسقط للحق؛ لعدم توقفه على قبول المرأة.

- قوله: "بلفظ الخلع"، متعلق بلفظ الإزالة حيث تصح بهذا اللفظ، وخرج به الطلاق على مال فإنه لا يسقط الحقوق، بينما الخلع يسقط المهر ونفقة الزوجة.
- وقوله: "أو ما في معناه"، يدخل فيه لفظ المبارأة، والفدية.

ومن الملاحظ على هذا التعريف أمران:

الأول: أن فيه دوراً وذلك في قوله بلفظ الخلع، إذ معرفة التعريف تتوقف على معرفة المعرف، وهذا دور، إلا أن يقال:إن هذا اللفظ لم يكن جنساً في التعريف ولا فصلاً فيه، وإنما كان منقولاً على جهة الحكاية.

الثاني: أن هذا التعريف أغفل العوض المالي الذي غالباً ما تبذله الزوجة مقابل افتدائها نفسها، إلا أن يقال:إنه ليس ركناً ولا شرطاً عند الحنفية [7]، فلا يلزمهم إدخاله في التعريف.

ثانياً: تعريف المالكية:

عرف المالكية الخلع بأنه "الطلاق بعوض"[8].

- قولهم: "الطلاق": جنس شمل الخلع وغيره من أقسام الطلاق.
- وقولهم: "بعوض"، يفهم منه أنه عقد معاوضة أو نظير عوض للزوج من زوجته أو من غيرها، قلَ ذلك العوض أو كثر[9].

وقد عرفه الشيخ عليش بأنه "عقد معاوضة على البضع، تملك به الزوجة نفسها، ويملك به الزوج العوض"[10].

وعرفه القرطبي بأنه: "بذل المرأة العوض على طلاقها"[11].

نلحظ من خلال التعاريف السابقة أن المالكية قد اهتموا ببيان أن الخلع هو عقد معاوضة بين الزوجة وزوجها، ولكنهم أغفلوا الخلع إذا عري عن البدل، كأن يقول لها خالعتك ولم يسم شيئاً وقبلت الزوجة، فإنه خلع مسقط للحقوق، إلا أن يقال: إن المراد بالتعريف هو غالب أنواع الخلع، وهي إنما تتم بعوض.

ثالثاً: تعريف الشافعية:

عرفه معظم[12] الشافعية بقولهم : "هو فرقة بعوض مقصود من زوجة أو غيرها راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع"[13].

شرح التعريف:

- قولهم: "بعوض": أخرج الفرقة بغير عوض؛ لأنها طلاق رجعي[14].
- وقولهم: "مقصود": صفة للعوض، وخرج به العوض غير المقصود وهو المال غير المتقوم، كأن يخالعها على ميتة أو خنزير أو دم أو حشرات[15].
- قولهم: "راجع لجهة الزوج": قيد يدل على أن العوض يستحقه الزوج[16] وهو وصف ثان للعوض[17].
- وقولهم: "بلفظ طلاق أو خلع": أي سواء أكان لفظ المخالعة بلفظ الطلاق الصريح أم الكنائي[18].

نلحظ مما سبق أن فقهاء الشافعية قد ساروا في تعريفهم للخلع على منهج فقهاء المالكية وعدَوا الخلع عقد معاوضة بين الزوجة وزوجها، ولكنهم أغفلوا بعض الأمور، أبرزها ما إذا كان العوض غير معلوم، هل يقع الخلع بينهما؟ إلا أن يكون مراد الشافعية تعريف الخلع الصحيح لا الفاسد، وحينئذٍ يستقيم التعريف من هذه الناحية، وما نوع هذه الفرقة أيضاً، هل هي طلاق أم خلع؟ وما هو البدل المترتب على الزوجة؟ ولذا أرى الأَولى أن يحدد هذا العوض، وإلا فإن المخالعة تقع طلاقاً بائناً بمهر المثل. ويؤخذ أيضاً على هذا التعريف ذكره لفظ الخلع، الأمر الذي يفضي إلى الدور.

رابعاً: تعريف الحنابلة:

عرف الحنابلة الخلع بأنه "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"[19].

نلحظ مما سبق أن الحنابلة في تعريفهم السابق كانوا أكثر دقة من غيرهم حيث اشترطوا للفرقة ألفاظاً مخصوصة، ولم يقصروا المخالعة على لفظ الخلع فقط إذ يرون صحة لفظ المبارأة والفدية[20].

وأيضاً اشترط الحنابلة العوض في المخالعة، واعتبروه ركناً فيها لا يصح تركه في الراوية الراجحة عندهم، فإن خالعها بغير عوض لا يكون خلعاً ولا طلاقاً إلا إذا كان بلفظ الطلاق أو نية الطلاق، فيقع طلاقاً رجعيا، وفي الرواية الأخرى يصح بغير عوض؛لأنه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق[21].

وبناءً على ما سبق، فإن أقرب التعاريف إلى بيان حقيقة الخلع وآثاره هو تعريف الحنابلة.

التعريف المختار:

من خلال إدامة النظر في التعريفات السابقة يظهر لنا أن الفقهاء يتفقون على ماهية الخلع وهو أنه "بذل المرأة المال لزوجها لتقع الفرقة بينهما"، وبناءً على ذلك يمكننا أن نعرف الخلع بأنه: "**إزالة ملك النكاح بألفاظ مخصوصة، لقاء عوض مخصوص من الزوجة، أو غيرها يدفع للزوج**".

قيود التعريف ومحترزاته:

1. اشترط التعريف قيام الزوجة الصحيحة، وبه تخرج المنكوحة بنكاح فاسد، والبائنة والمرتدة.
2. اشترط لصحة الخلع أن يقع بألفاظ مخصوصة، وبه يخرج الطلاق على المال؛ لأنه يكون مقابل الإبراء وليس خلعاً.
3. اشترط وجود العوض الذي تدفعه الزوجة للزوج؛ لأن الفرقة الحاصلة بدون ذكر العوض تكون رجعية.

وتبدو العلاقة واضحة بين التعريف الاصطلاحي للخلع وكافة الاطلاقات اللغوية التي اشتق منها، ذلك أن الخلع هو إزالة مخصوصة محددة بينها الشارع، بينما يطلق الخلع في الاصطلاح اللغوي على كل إزالة، ومن هنا فإن المعنى الاصطلاحي هو جزء من المعنى اللغوي؛ لأن المعنى اللغوي يتناول كل إزالة؛ بينما يختص المعنى الاصطلاحي بالإزالة المخصوصة، وهي العلاقة الزوجية بين المرأة المطالبة بالمخالعة وزوجها.

تعريف الخلع القضائي:

ليس للفقهاء المتقدمين كلام في موضوع الخلع القضائي؛ وذلك لأن هذا النوع من الخلع أمر حادث في أوائل هذا القرن–الحادي والعشرون– اقتضته ظروف معينة تتعلق بمطالبة الجمعيات والحركات والاتحادات النسائية، وبعض منظمات المجتمع المدني، في كثير من الدول العربية والإسلامية بتعديل قوانين الأحوال الشخصية في تلك البلاد، وذلك بإدخال تعديلات تجيز الخلع القضائي، جراء قيام بعض الأزواج بإساءة استخدام حقهم في الطلاق، وعدم إجابتهم زوجاتهم إلى الطلاق، بالرغم من تعذر استمرار الحياة الزوجية. ونظراً لما يكتنف دعاوى الشقاق والنزاع من إشكاليات تتعلق بإثبات الضرر الواقع على الزوجة، بالإضافة إلى ما يكتنف هذا النوع من الدعوى من إجراءات معقدة وطويلة تستمر في كثير من الدعاوى سنوات كثيرة مما يفاقم من الضرر الواقع على الزوجة؛ كونها الطرف الأكثر تضرراً من اختصاص الزوج بحق الطلاق، لذا فإن أغلب هذه الكتابات والدراسات حول هذا الموضوع، إنما هي لباحثين معاصرين.

ومن خلال الاستقراء للتعديلات التي أدخلت على قوانين الأحوال الشخصية في أكثر من بلد عربي أو إسلامي، **يمكن للباحث أن يُعرِّف الخلع القضائي بأنه: قيام القاضي بإيقاع الطلاق البائن بعوض، بناءً على طلب من الزوجة ودون أن يتوقف ذلك على رضا الزوج، وذلك في حالة امتناع الزوج من التطليق دون وجه حق**".

- فقولنا "قيام القاضي بإيقاع الطلاق" يعني أن المحكمة هي التي تتولى إيقاعه، وليس الزوج كما هو الحال في الخلع الرضائي.
- قولنا "بعوض" للدلالة على أن العوض مشترط في دعوى الخلع القضائي.
- قولنا "بناء على طلب من الزوجة" يفيد أنه لا بد لتحريك دعوى الخلع، من قيام الزوجة بتقديم طلب للمحكمة تطالب فيه بإيقاع الفرقة بينها وبين زوجها.
- "دون توقف ذلك على رضا الزوج " للدلالة على أن موافقة الزوج على هذا النوع من الخلع غير مشترطة.

المبحث الثاني: مشروعية الخلع القضائي

إذا كرهت الزوجة زوجها وخشيت عدم إقامة حدود الله، وطلبت من زوجها أن يطلقها فرفض ذلك، فهل للزوجة إقامة دعواها أمام القضاء لإلزام الزوج بذلك مقابل العوض الذي تبذله؟ والتفريق بينهما دون رضا الزوج واختياره؟ أم إنّ الأمر راجع إلى اختيار الزوج وإرادته ورضاه، فيكون الخلع بذلك رضائياً وليس قضائياً؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على النحو الآتي:

الفريق الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة[22] والظاهرية[23] إلى القول باستحباب إجابة الزوج طلب زوجته الخلع، وأنه غير ملزم بالموافقة على هذا الطلب والقبول به.

قال السرخسي:"والخلع جائز عند السلطان وغيره؛ لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود، وهو بمنزلة الطلاق بعوض، وللزوج ولاية إيقاع الطلاق ولها ولاية التزام العوض..."[24].

وقال المرداوي:"وأما الزوج، فالصحيح من المذهب: أنه يستحب له الإجابة إليه، وعليه الأصحاب"[25].

الفريق الثاني: ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية في أحد قوليه[26]، وبعض أئمة المذهب الإمامي، وهو أبو جعفر الطوسي [27]، وبعض فقهاء الزيدية المتأخرين كالصنعاني[28]، والشوكاني[29] إلى القول بعدم اشتراط رضا الزوج في المخالعة ووجوب إجابة الزوج لزوجته إذا طلبت الخلع.

وقد تبنى هذا القول بعض العلماء المعاصرين ومنهم: عبد الرحمن الصابوني [30]، والخفيف[31] والزيباري[32]، والمودودي [33]، والشيخ الغزالي [34]، وأمير محمد مطاوع[35]، وبعض القضاة الشرعيين في الأردن[36].

أدلة الفريق الأول: استدل الفريق الأول لقولهم باشتراط رضا الزوج في المخالعة بما يلي:

1. **قوله تعالى:[وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ]**[229: البقرة].

والدلالة في هذه الآية من وجهين:

1) **قوله تعالى: [فلا جناح]** يفيد رفع الإثم، بمعنى أن الفدية على الطلاق مباحة وليست بواجبة وهي مقيدة بألا يأخذها الزوج من زوجته إلا بعد الخوف من ألا يقيما حدود الله[37]، ولذا وجب فيها – أي المخالعة – رضا كل من الزوجين واختيارهما.

2) **قوله تعالى: [فلا جناح عليهما]** الخطاب فيها للأزواج؛ لأن الزوجين هما المعنيان بالتراضي على مقدار المال في عقد المخالعة، فالزوجات هن المفتديات والأزواج هم الآخذون للفدية[38].

2. حديث ابن عباس وفيه، أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ε فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، **فقال رسول الله ε:"أتردين عليه حديقته؟". قالت: نعم. قال رسول اللهε: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة**[39].

وجه الدلالة: **قوله ε "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة**" أن أمره ε لثابت بن قيس إنما هو للإرشاد والإصلاح، لا للإيجاب والإلزام[40]، كما سيأتي قريباً.

3. قياس الخلع على الطلاق، فكما أن الطلاق حق للزوج لا يصح أن يكره على إيقاعه فكذا الخلع لا يحق لأحد أن يكره الزوج على القيام به، فكما أن طلاق المكره لا يقع، فكذا خلعه بجامع الإكراه في كل، ومعلوم أن الإكراه هو أحد عيوب الإرادة وأحد عوارض الأهلية التي تسقطها[41].

4. من المعقول:

أ- أن في الخلع معنى المعاوضة[42]، وعقد المعاوضة لا بد فيه من رضا الطرفين حين انعقاده ولذا فلا يجوز إلزام الزوج به دون رضاه.

قال السرخسي: "والخلع جائز عند السلطان وغيره؛ لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود، وهو بمنزلة الطلاق بعوض، وللزوج ولاية إيقاع الطلاق، ولها ولاية التزام العوض، فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد"[43].

ب- ولأنه قطع عقد بالتراضي فأشبه الإقالة [44]، فكما أن التراضي على الإقالة يقطع عقود المعوضات، فالتراضي على الخلع يقطع عقد النكاح، وبما أن الإقالة لا تصح إلا برضا الطرفين فكذا الخلع، لا يصح إلا برضا الزوجين.

أدلة الفريق الثاني:

1. **قوله تعالى: [فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ]**[229: البقرة].

وجه الدلالة:

إن **قوله تعالى "فإن خفتم"** الخطاب فيها موجه للولاة والحكام وليس للزوجين، ولو أراد الزوجين لقال "فإن خافا"، ولكن جعل الخوف فيها لغير الزوجين[45].

2. قوله ε لثابت بن قيس في الحديث الذي يرويه ابن عباس "**طلقها تطليقة**"[46].

والدلالة في هذا الحديث من وجهين:

الوجه الأول: قوله "طلقها" وهذا أمر، والأمر للوجوب ما لم تصرفه عن الوجوب إلى غيره قرينة، وليس في الحديث ولا في غيره من النصوص قرائن صارفة لهذا الأمر عن ظاهره وهو الوجوب إلى غيره.

الوجه الثاني: أن النبي ε قد أمر ثابتاً بتطليقها بكونه قاضياً وحاكماً ملزماً، لا بكونه نبياً مرشداً موجهاً، وإلا لسأله هل ترضى بأن تطلقها، أو لقال له "وطلقها تطليقة" إن شئت[47].

3. استدلالهم بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"[48].

وتعني أن الضرر الواقع على الإنسان في دينه أو نفسه يجب إزالته، وعليه فإن المرأة إذا كرهت زوجها، فإن هذا الإضرار قد يوصلها إلى الإضرار بدينها أو نفسها أو عرضها، ويجب إزالة هذا الضرر بطلاق الزوج لزوجته، أو بالمخالعة الرضائية، فإن رفض ذلك طلق عليه القاضي جبراً عنه لإزالة الضرر الواقع على المرأة وذلك تطبيقاً لهذه القاعدة التي جاءت بمقصد شرعي، هو رفع الضرر عن الناس.

المناقشة والترجيح:

ثمة جملة من الاعتراضات والإيرادات والمناقشات توجهت نحو الأدلة التي استدل بها كل من الفريقين ويمكن تلخيص أبرزها فيما يأتي:

أولاً: مناقشة أدلة الفريق الأول:

يتجه على أدلة الفريق الأول جملة من الإيرادات والاعتراضات أهمها:

1. يعترض على استدلالهم بالآية "**فإن خفتم...**" أن المخاطب بها الحكام لا الأزواج، وليس العكس كما زعم أصحاب الفريق الأول، ويؤيد ذلك ما ذكر من توجيه للآية فيما سبق، وأيضا فإن جل ما تفيده الآية هو إباحة الخلع بين الزوجين، وإباحة أخذ الزوج للمال وذلك ما تضمنته في أولها بقوله تعالى: "ولا يحل لكم..."، وأيضاً آخرها بقوله تعالى: "فيما افتدت به" ولا يتم ذلك-أي إيقاع المخالعة وإباحة أخذ الزوج للمال- إلا بعد القضاء به من قبل القاضي الذي هو نائب عن الحاكم.

ويجاب عن هذا الاعتراض: بأن القاضي لا يستقل بالقضاء في المخالعة ابتداءً بدون رضا الطرفين، وإنما إيقاع المخالعة من عمل القضاء المبني على تراضي الطرفين، وحَمْلُ الخطاب في الآية على أنه موجه للحكام، ليس بأولى من حمله على أنه موجه للأزواج، فقد قال القرطبي في تفسيره للآية المذكورة بقوله: "والخطاب للأزواج، وهي دليل على أن أخذ الزوج للفدية على الطلاق جائز ولكنه مقيد بألا يأخذها إلا بعد الخوف ألا يقيما حدود الله... وعلى فرض أن الخطاب للحكام فإن هذا لا ينافي اشتراط رضا الزوجين في المخالعة، غاية ما في الأمر أن الحكام ملزمون بإنفاذ ما تراضا عليه الزوجان حيث يرفع الأمر إليهم[49].

وأضاف بأن قوله تعالى: [أن يخافا] الخطاب للأزواج؛ لأن ضمير المثنى في (يخافا) راجع لهما[50].

2. ويعترض على استدلالهم بحديث ثابت بن قيس بأن النبي ε أمر ثابتاً بتطليق زوجته على سبيل الإرشاد والإصلاح: بأن النبي ε أمره بصفته قاضياً[51] لا بصفته نبياً مرشداً، إذ ورد في إحدى الروايات "وأمره يُطلّقها"[52].

ومعلوم أن خير ما يفسر به الإجمال الوارد في بعض روايات الحديث هو ما وضح في روايات أخرى، ومن المعلوم أيضاً أن الأمر في قوله "فأمره" هو للوجوب ما لم تصرفه عن الوجوب قرينة فأين القرنية الصارفة؟

ويجاب عن هذا الاعتراض أيضاً: بأن الأمر لو كان للوجوب لما شاوره النبي ε في أمر طلاقها وقبول الفدية كما ثبت في كثير من الروايات [53]، ولما قال له طلقها وأسند الأمر إليه، بل ولطلقها ε هو عليه، فدل على أنه لا بد فيه من اختيار الزوج ابتداءً وانتهاءً.

ويجاب على أن أمر النبي ε كان بصفته قاضياً: بأن النبي ε كان في هذه الحادثة مشرعاً ومرشداً لأمته وليس قاضياً، وتولى الفصل بهذه القضية كونها الأولى في هذا الجانب؛ ولأنهما- أي حبيبة وزوجها ثابت- تخاصما إليه ε قبل الخلع، فصار الخلع تبعاً للتخاصم، وبهذا يقول الماوردي: "ولأن بيان حكم الخلع مأخوذ عنه- أي الرسول ε فجاز أن يتولاه وليس كذلك غيره من حكام أمته"[54].

كما أن الأصل أنه ε مبلغ ومشرع، فالأصل في أقواله وأفعاله التشريع إلا أن يدل الدليل على خلاف ذلك من أنه ε كان في هذه الواقعة أو تلك إماماً أو ولياً أو قاضياً، وليس في مجمل روايات الحديث ما يؤيد ذلك، فيبقى الأمر على مقتضى الأصل.

3. أما استدلالهم بأن الخلع فيه معنى المعاوضة وهي تقتضي رضا الطرفين: فيعترض عليه بأن الفقهاء مختلفون في تكييف الخلع أهو يمين من جهة الزوج فتراعى فيه أحكام اليمين، أم معاوضة من جهة الزوجة فتراعى فيها أحكام المعاوضات والتبرعات، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الصاحبان: إنه يمين من الجانبين[55]. وفي كلا الحاليتين فإن الاستناد إلى أن الخلع عقد معاوضة ينتقض من أساسه فلا يبقى لهذا الاستدلال ما يسنده؛ لأن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

ويجاب على ذلك: بأن المخالعة من عقود الإسقاطات التي تقابل بعوض، ولا تصح دون تراضي طرفي العقد[56]، وبهذا يقول ابن حزم:"قلها أن تفتدي منه ويطلقها، إن رضي هو، وإلا لم يجبر هو، ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما"[57].

ولا يخفى ضعف هذا الجواب وتكلفه؛ وذلك لأن كون المخالعة من عقود الإسقاطات المقابلة بالعوض هو بذاته دعوى تحتاج إلى دليل، فلا يصح أن تكون الدعوى بذاتها دليلاً وذلك لأن هذا استدلال على الدعوى بالدعوى، فلا يصح الاستدلال والحالة هذه، إذ الدعوى لا يصلح أن تكون دليلاً، ثم أن الزعم بأن الخلع هو من الإسقاطات، ليس مسلماً؛ ذلك أن الإسقاط هو صورة واحدة من صور الخلع لا يمكن تعميمها على سائر الصور وجعلها عنواناً للصور كلها، ثم بناء الحكم عليها.

4. ويجاب عن قولهم أنها قطع عقد معاوضة بالتراضي فأشبه الإقالة من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن عقد الزواج عقد معاوضة، إذ ينبغي تنزيه عقد الأزواج عن الابتذال بوصفه أنه عقد معاوضة، وما يذكره بعض الفقهاء في كتبهم بأن المعقود عليه بالزواج من الانتفاع بمرافق البضع، أمر غير صحيح؛ ذلك أن الاستمتاع أمر مشترك لا يخص الزوج وحده أو الزوجة دونه، فضلاً عن أن مثل هذه العبارات فيها إزراء بالمرأة ومكانتها وكأن المرأة تبذل نفسها مقابل دريهمات هي مهرها، وهذا ولا ريب فيه خدش للكرامة الإنسانية فضلاً عن مجافاته لحقيقة الزواج وماهيته ومقاصده وحكمه.

الوجه الثاني: ثم إن قياس عقد الزواج على عقد البيع ومن ثم قياس الخلع على الإقالة، غير متجه، فهو قياس مع الفارق لوضوح الفرق بين عقد الزواج وعقد البيع من حيث المحل والمقاصد والحكم والأهداف.

ثانياً: مناقشة أدلة الفريق الثاني:تتوجه على أدلة الفريق الثاني عدة إيرادات ومناقشات فيما يأتي أهمها:

1. أما استدلالهم **بقوله تعالى:** "**فإن خفتم...**" فيجاب عنها بأن جل ما تدل عليه الآية هو مشروعية الخلع الرضائي الذي يحدث بين الزوجين، وجواز أخذ الزوج للبدل، وهذا ما أفادته الآية الكريمة بمنطوقها حيث إنها أسندت فعل المخالعة للزوجين وبهذا يقول الرازي عند تفسيره للآية: "**فلا جناح عليهما...**" الخطاب فيها للأزواج؛ لأن الزوجين هما المعنيان بالتراضي على مقدار المال، فالزوجات هن المفتديات والأزواج هم الآخذون للفدية"[58].

وأيضاً فعلى فرض احتمال أن المخاطب بالآية هم الحكام –القضاة– فإن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال.

ثم إن **قوله تعالى [فإن خفتم...]** لا يلزم أن يكون المخاطب به الحكام بدليل قوله **سبحانه وتعالى: [فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ]**[3: النساء]، فلا شك أن المخاطب **بقوله تعالى:** "**فإن خفتم**" هم الأزواج، مع أن الخطاب في **قوله تعالى: [فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء]** هو للأمة كلها، ثم إنه لا يتجه أن يكون المخاطب **بقوله تعالى:** "**فإن خفتم**" الحكام؛ لأن الخوف من عدم إقامة حدود الله أمر يتعلق بالأزواج الذين يتضررون من عدم إقامة حدود الله أكثر من تعلقه بالقضاة والحكام؛ لأن الأزواج هم المعنيون بإقامة حدود الله فيما بينهم، إذ بهذه الإقامة تستقيم حياتهم وتحصل السكينة والمودة والرحمة، وهي من أهم الحكم المتوخاة من الزواج، وبعكس ذلك يقع عليهم الضرر، وبالجملة فهم المعنيون بالإقامة والمتضررون من عدمها، فكان الخوف في حقهم أعظم وبهم الصق.

2. أما استدلالهم بحديث ثابت بن قيس بأن النبي ε أمره بأن يطلق زوجته، فيجاب عنه بأن جل ما يدل عليه الحديث أن قضاء القاضي شرط لصحة الخلع، وليس للقاضي سلطة إجبار الزوج على المخالعة إذا رفض مخالعة زوجته، بدليل أن ثابتاً لو لم يرض بالخلع لراجع النبي ε في ذلك كما فعل الصحابي لقيط بن صبرة عندما أرشده النبي ε بطلاق زوجته ولنترك لقيطاً يحدثنا عن هذه القصة حيث يقول: "**قلت يا رسول الله إن لي امرأة وإن في لسانها شيئاً، يعني البذاء، قال: فطلقها إذا، قلت: يا رسول إن لي صحبة، ولي منها ولد، قال فمرها يقول، عظها، فإن يك فيها خير فستفعل، ولا تضرب ظعينتك كضربك أمتك**"[59].

فقد غير النبي ε إرشاده لما علم من حاله–أعني لقيطاً– وأنه راغبٌ في زوجته، لاسيما إذا علمنا حرصه ε على استمرار الحياة الزوجية وسلوك كل ما يديم العشرة بين الزوجين، وبذا يتضح أن أمره ε ثابتاً كان للإرشاد والتوجيه، لا للحتم والإيجاب والإلزام.

3. وأما استدلالهم بأن قوله ε "طلقها" يدل على أن الأمر للوجوب لا للندب، وأنه لا يوجد ما يصرفه عن الوجوب إلى الندب، فيجاب عنه بما يأتي:

أ- إن شراح الحديث قد بينوا أن الأمر للإرشاد وليس للإيجاب، فقد ورد عن ابن حجر العسقلاني أنه قال: "هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب"[60].

وقال الزرقاني:"هو أمر إرشاد وإصلاح لا أمر إيجاب[61].

وقال العيني: "الأمر فيه للإرشاد والإصلاح لا للإيجاب والإلزام"[62].

فهؤلاء المحدِّثُون قد استنبطوا من الحديث أنه للإرشاد والتوجيه، وهذا الاستنباط مبني على علمهم برواياته وجمعهم بين تلك الروايات وهم لا شك أعلم بالحديث وبطرقه وبرواياته من غيرهم ويؤيد ما ذكره هؤلاء الشراح أن النبي ε قد استشار ثابتاً في أمر قبول الفدية وطلاق زوجته، فقد روى البيهقي في سننه[63] ما يؤيد ذلك: "قالت: **فقال النبي ε: ماذا أعطيتها؟ قال: قطعتين من نخل أو حديقتين، قال: هل لك أن تأخذ بعض مالك وتترك لها بعضه؟ قال: هل يصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: "نعم"، فأخذ إحداهما ففارقها.**

ب- إن المقرر عند علماء الأصول أن صيغة "إفعلْ" إذا ثبت أنها ظاهرة في الطلب، لا بد وأن يكون فعله راجحاً على تركه، فإن كان ممتنع الترك، كان واجباً، وإن لم يكن ممتنع الترك، فأما أن يكون ترجيحه لمصلحةٍ أخروية، فهو المندوب**كقوله تعالى: [فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً]**[33: النور]، وإما لمصلحة دنيوية، فهو الإرشاد[64] **كقوله تعالى:[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ]** [282: البقرة].

ويفرق بين الندب والإرشاد كما بينه علماء الأصول: أن الأول مطلوب لثواب الآخرة، بينما الثاني مطلوب للتنبيه على مصلحة أو منافع الدنيا[65]، وبالتدقيق في حديث الخلع المذكور نجد أن موضوعه متعلق" بأمر الدنيا، ومعاش الناس، وهو غير ممتنع الترك -لا يترتب عليه إثم إذا تركه المأمور به- ولذا فإن مقتضى الأمر فيه الإرشاد والإصلاح لا الوجوب أو الندب، وهذا ما قال به العديد من شراح الحديث كما سبق.

وبناء على ذلك فإن قوله ε لثابت "طلقها" يفيد غير الوجوب: لكون هذا الطلب غير ممتنع الترك؛ وذلك لأن الزوج إذا تمسك بزوجته ورفض إجابتها الخلع لفرط حبه لها، وعدم صبره على فراقها، يترتب على ذلك أنها لا تحرم عليه، كما هو الحال في الملاعنة حيث فرق النبي ε بين المتلاعنين بقوله للملاعن "لا سبيل لك عليها"[66].

ج- إن صيغة الأمر الواردة في الحديث مصحوبة بقرائن صرفتها عن مقتضى الوجوب إلى الإصلاح والإرشاد، إذ إنه من المقرر عند علماء الأصول أن من القرائن الصارفة عن مقتضى الوجوب إلى الإصلاح والإرشاد، وجود الدافع الذي يحمل المأمور على الإتيان بما أمر به، وبيان ذلك أنه إذا ورد الأمر بشيء يتعلق بالمأمور، وكان عند المأمور وازع بحمله على الإتيان بما أمر به، كان الوازع قرينة صارفة للأمر من الوجوب إلى الندب[67].

قال الإسنوي: "المقصود من الإيجاب إنما هو الحث على طلب الفعل، والحرص على عدم الإخلال به، والوازع الذي عنده يكفي في تحصيل ذلك"[68].

وبناء على ذلك فإن العرض الذي عرضه النبيε على ثابت فيه حض على التطليق وأخذ الفدية وهو بحد ذاته دافع له إلى الامتثال خصوصاً إذا علمنا أن لدى ثابت الدافع والوازع لفعل ذلك، ومع ذلك احتاج إلى حض من النبي ε ويعبر عن وجود الدافع والوازع عنده مبادرته إلى قول "هل يصلح ذلك يا رسول الله"؟ قال: نعم، ومبادرته أيضاً إلى إيقاع الطلاق بعد جواب النبيε دون أن يراجعه، أو يستشفعه لديها كما فعل زوج بريرة مولاة عائشة-رضي الله عنها- عندما أمرها بمراجعة

زوجها-جليبيب- فقالت أتأمرني يا رسول الله؟ قال، لا إنما أنا شافع، قالت: لا حاجة لي فيه[69].

4. وأما استدلالهم بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" فيجاب عن الاستدلال بها بأن هذه القاعدة مقيدة بقاعدة أخرى وهي "الضرر لا يزال بمثله"[70] وتعني: إذا كانت إزالة الضرر واجبة، فلا يزال الضرر بضرر مثله أو أشد.

فالخلع الجبري قد ينشأ عنه من الإضرار بالزوج وأفراد أسرته ما يفوق بكثير الضرر الواقع على الزوجة. ثم إن الاستدلال بهذه القاعدة مبني على التسليم بحجية القواعد الفقهية بشكل عام، وهذا أمر مختلف فيه، والمعتمد فيه أن القاعدة الفقهية إنما يؤخذ بها للاستئناس عند وجود غيرها ولا يستدل بها استقلالاً، إلا أن يكون المستدل إنما أراد الاستدلال بالحديث الذي اشتقت من لفظه القاعدة المذكورة، وعليه حينئذٍ أن يصرح بذلك بإسناد الحديث إلى النبي ε وعندها تكون الحجة في لفظ الحديث باعتباره حديثاً، لا في القاعدة الفقهية، ثم بعد ذلك فهذا نص عام مخصوص بحالات يتحمل فيها الضرر الأصغر لرفع ضرر أكبر منه.

الترجيح

وبعد هذا التجوال والتطواف بين المذاهب وأقوالها، وأدلتها، وإيراداتها، على أدلة المخالفين، فإن الذي يظهر للباحث رجحانه، بعد إدامة التأمل وإجالة البصر، وتكرار النظر القول برجحان مذهب الجمهور القائلين بندب أو استحباب إجابة الزوج طلب زوجته الخلع وعدم إجباره على ذلك، لما يأتي:

أولاً: إن جميع الآيات القرآنية التي تحدثت عن الطلاق كان المخاطب بها الأزواج، وأن آية الخلع لا يمكن أن تكون استثناءً من هذه الآيات كلها؛ وذلك لأن الأزواج هم الذين بيدهم عقدة النكاح من حيث الدوام، وأن الأولياء هم الذين بيدهم عقدة النكاح ابتداءً، وأن الخطاب لم يوجه للحكام والقضاة في أي من آيات الزواج والطلاق؛ لأن هذا أمر شخصي يتصل بأصحاب العلاقة وذوي الشأن في تكوين الأسرة، وهم الأزواج، ولا علاقة للحكام أو القضاة بأمور شخصية كهذه.

وفيما يأتي جملة من هذه الآيات:

- قوله تعالى: **[يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ]**[1: الطلاق].
- وقوله تعالى: **[وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النَّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ]** [231: البقرة].
- وقوله تعالى **[لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً]**[236: البقرة].

وواضح أن المخاطب في هذه الآيات وفي غيرها هم الأزواج.

ثانياً: أما حديث ثابت بن قيس، فإن الجمهور أسعد به من مخالفيهم، فهو أدل على مذهبهم وقولهم منه على مذهب مخالفيهم وقولهم خصوصاً إذا جمعنا كل الروايات وحملنا مجملها على مفسرها، ومطلقها على مقيدها، وبالتدقيق في هذه الروايات نلحظ عدم إلزام ثابت بمخالعة زوجتيه له وهما: حبيبة بنت سهل، وجميلة بنت عبد الله ابن أبي سلول، إذ الثابت أنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقين، واختلاف السياقين[71].

ولدى التدقيق في مجموع روايات حديث ثابت ابن قيس في الخلع يتأكد لنا أن ثابتاً كان موافقاً ابتداءً على المخالعة، ولكنه توقف عن النطق بها ليرى مصير حديقته، فلما حكم بها النبي ε قال: رضيت بقضاء النبي ε.

فهذا يدل على أن هناك مداولات ومشاورات بين النبي ε وثابت، ويؤيد هذا قول النبي ε لزوجة ثابت: "أتردين عليه حديقته"، فلما اطمأن ثابت على عودة الحديقة له قبل بالإرشاد النبوي.

وفيما يأتي بعضا من روايات حديث ثابت بن قيس وذلك على النحو التالي:

1. ما أخرجه أبو داود من طريق عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم عن عمرة عن عائشة: أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس، فضربها فكسر بعضها، فأتت الرسول ε بعد الصبح، [فاشتكته إليه]، فدعا النبي ε ثابتاً فقال: "خذ بعض مالها وفارقها" فقال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: نعم، قال: فإني أصدقتها حديقتين وهما بيدها، فقال النبي υ: "خذهما وفارقها" ففعل[72].

وجه الدلالة: أن قول ثابت: "**ويصلح ذلك يا رسول الله**"، دليل على أن ثابت كان في مفارقته لزوجته صادراً عن رضا واختيار؛ لأنه ما كان ليسأل هذا السؤال المتعلق بالبدل إلا بعد موافقته على المخالعة.

وفي رواية: قالت: **فقال النبي ε:"ماذا أعطيتها؟" قال: قطعتين من نخل أو حديقتين، قال: "فهل لك أن تأخذ بعض مالك وتترك لها بعضه؟ قال: هل يصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: "نعم" فأخذ إحداهما ففارقها**[73].

2. ما أخرجه سعيد بن منصور عن هشيم بن بشير قال: أخبرني يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن: أن حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وكان في خَلْقٍ منه إليها [74]**، فجاءت بالغلس حتى قعدت على باب رسول الله ε فلما خرج υ، قال: "من هذه؟" قالت: أنا حبيبة بنت سهل. قالت: لا أنا ولا ثابت قال: "إن ثابتاً ليثنى عليه" قالت: وهو كذلك**[75] **ولكن لا أنا ولا هو، فلم يك شيء حتى جاء ثابت، فقال الرسول υ: "إنه يأخذ حديقته" فقالت: ليأخذها، وكان أصدقها إياها، فأخذ حديقته، وجلست عند أهلها**[76].

وجه الدلالة:

أ- تدل رواية سعيد بن منصور المذكورة أعلاه، على أن النبي ε لم يقض بشيء حتى جاء ثابت ورضي بالخلع باختياره من غير إلزام من النبي عليه الصلاة والسلام له بذلك "فلم يك شيء حتى جاء ثابت"، وليس فيها ما يدل على خلاف ذلك، وكأن النبي ε شاوره في شأن زوجته فوجده راغباً في مفارقتها مع رد الحديقة التي أصدقها إليه.

ب- يشعر الحديث بأن ثابتاً بنخوته ومروءته لم يقبل بأن يكره زوجته أن تعيش معه وهي مبغضة له لقولها: "لا أنا ولا هو".

ج- إن مدار الحديث كان حول الحديقة، إذ إنّ زوجة ثابت عندما وافقت على إعادة الحديقة واطمأن ثابت على شرعية استرداده للمهر "الحديقة" الذي أمهرها إياه، حصل الخلع بينهما برضاه "فأخذ حديقته، وجلست عند أهلها".

3. ما أخرجه عبد الرزاق الصنعاني قال: أخبرنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم أن سعيد بن المسيب أخبره: أن امرأة[77] **كانت تحت ثابت بن قيس، وكان أصدقها حديقة وكان غيوراً، فضربها فكسر يدها، فجاءت النبي ε فاشتكت إليه، فقالت: أنا أرد إليه حديقته، قال: "أو تفعلين؟" قالت: نعم، فدعا زوجها، فقال: "إنها ترد عليك حديقتك" قال: أو ذلك لي؟ قال: نعم، قال: فقد قبلت يا رسول الله، فقال النبي ε: "اذهبا فهي واحدة"، ثم نكحت بعده رفاعة العابدي، فضربها، فجاءت عثمان، فقالت أنا أرد عليه صداقه، فدعاه عثمان، فقبل، فقال عثمان: اذهبي فهي واحدة، قال ابن جريج وأخبرني عن عمرو بن شعيب مثل خبر داود**[78].

فهذه الرواية تدل بما لا يدع مجالاً للشك، أن النبي ε ترك الأمر لثابت في إجابته طلب زوجته للخلع، ولم يجبره، وإنما خيره بذلك فقبل بالخلع بعد أن استفسر عن أخذه للفداء الذي قدمه لزوجته مهراً وسئل عن شرعية أخذه، فلما علم جواز ذلك طلق امرأته وكذلك فعل عثمان بن عفان، فإنه لم يلزم رفاعة بمخالعة زوجه، وإنما خيره، فقبل، الأمر الذي يدل على أن الصحابة- رضوان الله عليهم- إنما فهموا من أمره ε لثابت الندب والاستحباب، لا الإلزام والإيجاب. وهذا هو أيضاً مذهب علي بن أبي طالب- رضي الله عنهما -فقد

أخرج سعيد بن منصور عن حماد بن زيد عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال: أتى علياً رجل وامرأة، ومعهما فئام من الناس، فبعث علي حكماً من أهلها وحكماً من أهله، ثم قال للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما، فقالت المرأة، رضيت بكلمات الله لي وعليّ، فقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال عليّ τ: كلا والله حتى تقر بما أقرت به[79].

وأخرجه أيضاً عن هشيم بن بشير قال: أخبرنا منصور وهشام عن ابن سيرين، عن عبيدة بمثله، إلا أنه قال فيه علي τ: ليس ذاك لك، لست ببارح حتى ترضى بمثل ما رضيت به[80].

قال أبو جعفر الطحاوي: فدل على أن مذهبه أنهما لا يفرقان إلا برضا الزوج[81].

ثم إنه لو لم يكن لرضا الزوج وموافقته أثر في الخلع لما انتظر النبي ε جواب ثابت بن قيس وقوله "قبلت".

ولو افترضنا أن قول ثابت "قبلت" كان مبادرةً منه وتعجلاً لبين النبي ε بما لا يدع مجالاً للشك أنه ليس لقبوله ثمرة ولا فائدة ثم إن استفصال النبي ε ثابتاً بشأن الحديقة وردها دال على أن الأمر في النهاية له إذ لم يمكن ذلك كذلك لما كان لاستفصال النبي ε فائدة، ولكان عبثاً ينزه عنه كلام المصطفى ε.

4. ما أخرجه الطبري من حديث ابن عباس قال: إنّ أول خلع كان في الإسلام في أخت عبد الله بن أبي، أنها أتت النبي ε، فقالت: يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبداً، إني رفعت جانب الخباء- فرأيته أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سواداً، وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجهاً، قال زوجها: يا رسول الله إني أعطيتها أفضل مالي حديقةً، فإن ردت علي حديقتي! قال: "ما تقولين؟" قالت: نعم، وإن شاء زدته؛ قال: ففرق بينهما"[82].

فهذه الرواية أيضاً ليس فيها ما يدل على إلزام النبي ε ثابتاً بمخالعة زوجته، وإنما تضمنت الأسباب التي من أجلها أفصحت الزوجة- أخت عبد الله بن أبي ولم يذكر اسمها- للنبي ε عن رغبتها الانفصال عن زوجها وهي: شدة السواد، وقصر القامة، وقباحة الوجه، وهذه الأوصاف قلما توجد في شخص واحد، وقد وجدت في ثابت، يضاف إلى ذلك أنه ضربها فكسر يدها، فكانت حالة خاصة- عالجها النبي ε بمشاورة ثابت بمخالعة زوجته باختياره ورضاه، دون إلزامه وإكراهه، وهذا الحالة الخاصة لا ينبغي أن يبنى عليها حكم عام يستوجب المخالعة الجبرية على الزوج من قبل زوجته.

ثالثاً: القواعد الفقهية:

أ- فعلى القاعدة التي تقول:" كل من له قبل غيره حق يمكن استيفاؤه منه، لم يجز له نقله إلى بدل غيره إلا برضا من عليه الحق"[83].

بالاستناد إلى هذه القاعدة لا يجوز إلزام الزوج بالخلع إلا برضاه.

قال أبو بكر الجصاص وهو يتحدث في آيات القصاص عن **قوله تعالى: [فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ]**[178: البقرة]: إذا كان الواجب هو القود لا غيره -يعني من القاتل- فلا جائز لولي المقتول أخذ المال إلا برضا القاتل؛ ذلك أن القصاص حق للولي على القاتل من غير إثبات تخيير له بين القود وغيره، من هنا كان لهما جميعاً نقله إلى البدل بتراضيهما، ألا ترى أن الرجل قد يملك العبد والدار ولغيره أن يشتريه منه برضاه، وليس في جواز ذلك نفي الملك للأصل لمالكه الأول ولا موجبا لأن يكون ملكه موقوفاً على الخيار، وكذلك الرجل يملك طلاق امرأته ويملك الخلع، وأخذ البدل عن الطلاق، كما قال ε لامرأة ثابت بن قيس حين جاءت تشكوه: "أتردين عليه حديقته؟" قالت: نعم. ومعلوم أن رضا ثابت قد كان مشروطاً فيه وإن لم

يكن مذكوراً في الخبر؛ لأن النبي ε لم يكن يلزم ثابتاً الطلاق، ولا يملكه الحديقة إلا برضاه[84].

ب- وعلى قاعدة "الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل" وقاعدة "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه" وقاعدة: لا يقضى لأحد في ملك غيره إلا بإذنه"[85].

بناء على هذه القواعد لا بد من موافقة الزوج ورضاه بخلع امرأته ما دام عاقداً عليها بعقد شرعي صحيح، فهو إذن مالك لعصمة النكاح، وهو صاحب الحق في حلها، فلا يجوز لغيره أن يتصرف فيها ولو كان ذلك الغير هو القاضي.

وبناء على ما سبق ذكره فإني أرى أن ما اعتل به بعض الباحثين المعاصرين، وجعله حجة في إلزام الزوج بناء على القاعدة التي تنص على أنه "لا ضرر ولا ضرار" في الإسلام، فاعتلاله غير متجه؛ لأن هذه القاعدة سبق أن ذكرنا بأنها مقيدة بما ذكرناه من القواعد، وأيضاً فإن هذه القاعدة إذا أعملناها في هذه المسألة- وهي إلزام الزوج بالمخالعة القضائية- لخرمت القواعد السابقة الذكر التي اعتمدناها في الاستدلال بهذه المسألة بأنه لا يقضي لأحد في ملك غيره إلا بإذنه، وتخرم أيضاً القاعدة الأخرى التي اعتمدناها أيضاً والتي تقضي بأن كل من له قبل غيره حق يمكن استيفاؤه منه..."، ومعلوم أن ذلك غير جائز، إذ من الواجب هنا إعمال القواعد التي هي أقرب مساساً بالموضوع، وألصق؛ ذلك أن القاعدتين الآنفتي الذكر صلتهما إلى الحكم القضائي واضحة، بخلاف قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" فإنها إلى الحكم الأخلاقي أقرب منها إلى الحكم القضائي.

وحتى لو سلمنا خلو هذه القاعدة عما أوردناه وصحة الاحتجاج بها، فإنه يقع بالخلع القضائي على المرأة من الأضرار أضعاف ما يتوهم من رفعها عنها.

ثم إن في مذهب الجمهور جمعاً بين الأدلة، وأعمالاً لها كلها، ولا شك أن إعمال الأدلة كلها أولى من إعمال بعضها وإهمال البعض الآخر.

فتجويز إيقاع الطلاق، "الخلع" من المحكمة بموافقة الزوج ورضاه، فيه إعمال للأدلة كلها.

ثم إن هذا المذهب -الجمهور- هو الأقرب إلى مقاصد الشريعة من الزواج المتمثلة في إدامة العشرة الزوجية وسلوك كل السبل التي تحافظ على هذه العشرة وتمنع من الطلاق لما في الطلاق من تفكيك للأسرة وهدم لبنيانها؛ ولأن الطلاق هو آخر الدواء، فلا يلجأ إليه إلا بعد استنفاد كل الوسائل وفي آخر مرحلة.

ثم إن في هذا المذهب إعمالاً لمقصد حفظ النسل أو النسب الذي إنما يتأتى باستدامة العشرة الزوجية وعدم صيرورتها إلى طلاق لا تحمد عقباه.

ثم إن الخلع القضائي فيه إضرار بالزوجة، وبخاصة إذا علمنا أن المرأة بطبيعتها عاطفية ومزاجية ومتقلبة، وإن إجابتها إلى طلبها والحالة هذه يوقع الضرر بها، وفيه تنكر لطبيعة المرأة وحدة مزاجها، وغلبة العاطفة لديها على القدرة على التمحيص، والتدقيق، والنظر إلى مآلات الأمور.

رابعاً إن المرأة تملك دفع الضرر عن نفسها إن كان واقعاً ومحققاً برفع دعوى الطلاق للشقاق والنزاع، وهذه الدعوى فيها من الاحتياطات ما يضمن رفع الضرر إن ثبت من جهة، وفيها ما يضمن عدم التعجل في إيقاع الطلاق من جهة أخرى، وهذا فيه من المصلحة التي تعود على الزوجين ومن حولهم ما لا يخفي.

خامسا إن الذين يُنادون بالخلع القضائي هم الذين يدعون إلى تحديد الطلاق الواقع من قبل الرجل لتقليل حالات الطلاق في المجتمع، وفي هذا تناقض، فإذا كانت نسب الطلاق في المجتمعات الإسلامية مرتفعة قبل فتح هذا الباب، فما بالك بعده ؟

سادساً بعد وقوع المخالعة جبراً على الرجل فإنه يُطالب بأجرة الحضانة؛ لأن الأم تضم الأبناء إليها، ثم تأخذ تطالبه بنفقة الأولاد، عدا عن حرمانه من رؤيتهم إلا في ظروف غير طبيعية، فكيف يُحمّل الرجل كل هذه الأعباء لمجرد أن المرأة طلبت الطلاق لضرر تدعيه، وقد تكون صادقة في دعواها، وقد تكون غير صادقة.

المبحث الثالث: الخلع القضائي في قانون الأحوال الشخصية الأردني

جرى تعديل قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لسنة 1976م، حيث أدخلت بعض التعديلات على القانون المذكور وذلك بموجب القانون المؤقت رقم (82) لسنة 2001م، وما يهمنا من تلك التعديلات ما يتعلق بالمادة (126) منه والتي هي موضوع بحثنا، حيث أضيفت الفقرتان (ب) و(ج) إلى المادة المذكورة من القانون الأصلي لمعالجة حالات الخلع القضائي.

لذا فقد رأيت أن أسلط الضوء على هذه المادة وأن أقوم بدراستها بشكل مفصل مبرزاً أهم التعديلات الواردة على المادة المذكورة ومتناولاً بالشرح والتعليق لهذه التعديلات، والآثار المترتبة عليها.

المطلب الأول: المادة (126) من قانون الأحوال الشخصية الأردني

لا بد لنا وقبل توضيح الفقرتين المضافتين إلى المادة (126) من قانون الأحوال الشخصية الأردني من الإشارة إلى أن هذه المادة لم تأت في سياق الخلع، وإنما جاءت في معرض فسخ النكاح بسبب الإعسار الناشئ عن عجز الزوج عن دفع المهر قبل الدخول، ومن ثمَّ فإن هذه التعديلات تعتبر مقحمة في غير بابها، وفيما يلي بيان لنص الفقرتين المضافتين إلى المادة المذكورة مع الشرح والتوضيح لهما:

أ- نصت الفقرة (ب) على ما يأتي: للزوجة قبل الدخول أو الخلوة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا استعدت لإعادة ما استلمت من مهرها، وما تكلف به الزوج من نفقات الزواج، وللزوج الخيار بين أخذها عيناً أو نقداً، وإذا امتنع الزوج عن تطليقها يحكم القاضي بفسخ العقد بعد ضمان إعادة المهر والنفقات.

ب- نصت الفقرة (ج): للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه أقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع، مبينة بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية، وخالعت زوجها، وردت عليه الصداق الذي استلمته منه، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين، فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائناً.

إن القراءة المتأنية للمادة السابقة تظهر لنا ما يأتي:

أولاً: فيما يتعلق بالفقرة "ب":

1 - إن الفقرة (ب) قد أعطت الزوجة قبل الدخول أو الخلوة الحق في إقامة دعوى التفريق للخلع القضائي، وذلك إذا أعادت للزوج ما دفعه لها من المهر ونفقات الزواج، وللقاضي الحق في فسخ العقد إذا رفض الزوج إجابة طلبها التفريق.

أ- إنها أعطت الزوجة الحق بطلب التفريق للخلع القضائي مطلقاً، أي سواء أكانت تبغض الزوج أم لا. وهذا خلاف ما ادعته امرأة ثابت بن قيس عندما قالت: ".. ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام.."[86].

ب- إنها قصرت دور القاضي على ضمان رد الزوجة للمهر ونفقات الزواج لزوجها، ولم تنص على أي دور للقاضي لبذل الجهد للمصالحة بين الزوجين أو حتى

معرفة السبب، وأصبح القاضي مجبراً على إجابة طلب الزوجة، دون أن يتحقق من الأسباب الموجبة لطلب الخلع، مع أن الرسول ε قد تأكد من كره وبغض امرأة ثابت لزوجها حتى إنها في إحدى الروايات قالت: "لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبداً، إني رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سواداً، وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجهاً..." [87] وعندها شاور النبي ε ثابت في أمر فراق زوجته، فقال له ε: "فهل لك أن تأخذ بعض مالك وتترك لها بعضه؟" [88]، وفي رواية "خذ بعض مالها وفارقها" [89]، وهذا ما لم تتعرض له المادة من قريب أو من بعيد.

ج- أعطى التعديل المذكور للزوج الخيار في استرداد ما دفعه مهراً أو نفقات عيناً أو نقداً، ولم تفرق المادة في التعديل المذكور بين ما إذا كان أداه إلى الزوجة عيناً أو نقداً، وكان الأولى بالقانون أن ينص على إلزام الزوج بأخذ ما أداه عيناً إن قدمه للزوجة عيناً أو نقداً إن قدمه نقداً.

وعليه يرى الباحث أن المرأة إذا أثبتت أنها متضررة من بقاء الزوجية وكان الضرر الواقع عليها من قبل زوجها، فإنه لا يجب عليها أن تعيد شيئاً من ذلك- المهر أو النفقات-؛ لأن إعادتها ما قبضته من المهر أو نفقات الزواج حال كونها مظلومة جراء إساءة الزوج لها فيه ظلم لها.

ويرى الباحث أن تلجأ هذه الزوجة إلى البديل الذي سأعرضه في المطلب الأخير من هذا المبحث.

د- أعطى التعديل المذكور للزوج الحق في استرداد ما دفعه من نفقات الزواج، ويمكن للباحث تسجيل بعض الملاحظات على هذه الفقرة أهمها:

اتسام هذه العبارة بالغموض مع أن الأصل في المواد القانونية كونها نصوصاً قانونية آمرة أن تتسم بكثير من الوضوح حتى لا تخضع لتفسيرات متضاربة ومتعارضة من قبل الخصوم أو وكلائهم، الأمر الذي يطيل أمد المحاكمة مما يلحق ضرراً بأطراف الدعوى، ويمكن إدراك ما يكتنف هذه المادة من غموض من خلال عدم وضوح الإجابة عن الأسئلة الآتية:

ما هي النفقات التي تلزم الزوجة بإعادتها؟ هل تشتمل هذه النفقات على أجور الصالات التي أقيمت فيها حفلة الزواج، أو نفقات الضيافة في هذه الصالات؟ وهل من هذه النفقات تذاكر السفر والإقامة للزوج الذي جاء من بلد آخر لإتمام عقد الزواج؟ وهل تشمل كذلك رسوم الزواج وغير ذلك من النفقات التي تختلف باختلاف البيئات والأعراف؟

ثم من هي الجهات التي ستقدر هذه النفقات؟ ووفق أي اعتبار سيتم ذلك التقدير؟ وهل تدخل المصاريف والنفقات، التي تزيد عن الحد والتي يشوبها الإسراف أو التبذير؟ ثم في حالة محاكمة المدعى عليه غيابياً كيف ستقدر المحكمة هذه النفقات، ولا سيما أن الزوجة ربما تدعي أرقاماً غير حقيقية لتلك المصاريف والنفقات تكون أقل بكثير مما دفعه الزوج، ولا يوجد هناك من يصدقها أو يكذبها لغياب المدَّعىَ عليه وعدم توكيله من ينوب عنه في المحاكمة.

ثم هل للمحكمة أن تطلب من المدعية تقديم كفالة عدلية، تتضمن استعداد الكفيل برد جميع النفقات التي قد تحكم بها المدعية، بالغة ما بلغت، إذا ثبت للمحكمة أن المدعية غير محقة في ادعائها فيما يتعلق بالنفقات، ولذا فإن مسألة النفقات لم يحسمها القانون في تعديله المذكور، وأرى أن الخوض فيها من قبل المحكمة سيطيل أمد المحاكمة بين الطرفين المتداعيين.

من خلال الأسئلة الآنفة الذكر وغيرها مما يضيق المجال عن حصره في هذه العجالة ندرك مدى ما يكتنف هذه المادة من غموض وعدم وضوح، ربما يلحقان أبلغ الضرر بالزوج أو بالزوجة، أو بهما معاً من خلال طول الإجراءات القضائية [90]. وعدم وضوحها، وإمكانية تضارب الاجتهادات القضائية في مثل هذه الأوضاع.

2 - الآثار المترتبة على التعديل المذكور في الفقرة (ب) :

1. إن الفرقة الحاصلة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة تكون فسخاً لا طلاقاً[91].

ومن الملاحظ في هذا الإطار أنه ليس ثمة ما يؤيد اعتبار التفريق الحاصل بين الزوجية قبل الدخول أو الخلوة الشرعية فسخاً لا طلاقاً.

2. عدم وجوب العدة على الزوجة، وعدم استحقاق النفقة، فضلاً عن عدم وجوب التوارث فيما بينهما، وهذا الأثر ينتظم كل أنواع الفسخ أو الطلاق البائن بما في ذلك الخلع القضائي.
3. سقوط المهر المعجل والمؤجل، وإعادة الزوجة معجل المهر إلى زوجها، بالإضافة إلى إعادة النفقات التي تكبدها الزوج بسبب الزواج.

وبعبارة أخرى: منع الزوجة من مطالبة المدعى عليه بأي حق من حقوقها الزوجية، بما فيها المهر المعجل، والمؤجل، وللمدعى عليه الحق في استرداد المهر، والنفقات المودعة من قبل الزوجة لدى أمانات صندوق المحكمة؛ وذلك عند اكتساب الحكم الدرجة القطعية.

ثانياً: أما فيما يتعلق بالتعديل الذي حملته الفقرة (ج) فيمكن للباحث إبداء الملاحظات الآتية:

أ) إن هذه الفقرة قد منحت الزوجة حق اللجوء للمحكمة لطلب التفريق بينها وبين زوجها في حالة عدم إجابة الزوج للمخالعة الرضائية، وذلك مقابل استعداد الزوجة للتنازل عن كامل حقوقها الزوجية وإعادة ما قبضته من مهرها.

ب) إن هذه الفقرة قد وضعت عدة شروط لإجابة القاضي طلب الزوجة التفريق أهمها:

1. تَضمِن دعواها إقراراً صريحاً بأنها تبغض الحياة مع زوجها ولا تطيقه.
2. أن تدعي أنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وتخشى بسبب بغضها أن لا تقيم حدود الله.
3. أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها وتفتدي نفسها منه باستعدادها للتنازل عن جميع حقوقها الزوجية، ورد ما قبضته من المهر المعجل.

ج) أوجبت الفقرة المذكورة على المحكمة بذل الجهد للإصلاح بين الطرفين المتداعيين، فإن لم تستطع كلفت حكمين لمواصلة مساعي الصلح.

د) إن هذه الفقرة لم تلزم الزوجة ببيان أسباب البغض وبخاصة إذا تم تقديم طلب المخالعة بعد مدة من استمرار العشرة الزوجية، فما الذي يُتصوَّر طروؤه أو حصوله بعد هذه المدة يسوغ تحريك دعوى الخلع بسبب بغض لم تفطن إليه الزوجة إلا بعد مضي مدة تطول أو تقصر من العشرة الزوجية.

ه) إغفال المادة طبيعة المرأة وغلبة العاطفة عليها، وأن هذا البغض الذي قامت الزوجة بتحريك دعوى الخلع بسببه ربما يكون غضباً آنياً وموقفاً انفعالياً لم تحسن الزوجة السيطرة عليه أو معالجته.

و) كما أغفلت المادة في التعديل المشار إليه حق الزوج في تفنيد أسباب البغض المدعى به من قبل الزوجة حتى يتبين للمحكمة إن كانت الزوجة محقة في بغضها أم غير محقة، الأمر الذي يتوقف عليه قناعة القاضي في إمكانية استمرار العشرة الزوجية من عدمها، ومن ثمَّ ما هو مدى القناعة المتولدة لدى القاضي بإيقاع الخلع من قبل المحكمة.

الآثار المترتبة على التعديل المذكور في الفقرة (ج)[92]:

1. إن الفرقة الحاصلة بين الزوجين تكون طلاقاً بائناً لا فسخاً.
2. وجوب العدة على الزوجة اعتباراً من تاريخ الحكم، وما يترتب على العدة من حقوق للمختلعة، كنفقة العدة، وحضانة الصغار ونفقتهم، وأجرة مسكن الحضانة وغيرها.

3. سقوط الحقوق المالية الثابتة للزوجة المختلعة، كالمهر المعجل، والمؤجل، ووجوب رد المهر المعجل المقبوض من الزوج.

المطلب الثاني : البديل المقترح عن دعوى الخلع القضائي.

اتضح لنا من خلال القراءة المتأنية للفقرتين المضافتين إلى نص المادة (126) من قانون الأحوال الشخصية في المطلب السابق مدى الملاحظات والمؤاخذات والاعتراضات والإيرادات التي يمكن أن ترد على المادة في فقرتيها المضافتين مما لا يحقق المقصود من التعديل، ولا يساهم في تحقيق الأهداف المتوخاة من المادة في تعديليها المشار إليهما، ومن هنا كان لا بد للباحث من أن يجيل نظره ويعمل فكره من أجل التوصل إلى بدائل مقترحة بعد أن رجح من خلال الدراسة الفقهية النظرية عدم شرعية إجبار الزوج على مخالعة زوجته.

ومن ضمن البدائل المقترحة في هذا الإطار:

1. الرجوع إلى قانون حقوق العائلة الذي كان يعمل به قبل قانون الأحوال الشخصية فيما يخص الشقاق والنزاع حيث تضمنت المادة 96 منه على تسهيل إجراءات دعوى الشقاق والنزاع، وذلك عبر إحالة القضايا التي تحتاج للتحكيم إلى الحكمين عند رفعها مباشرة قبل الدخول في إجراءات الدعوى.

وفي ذلك اختصار للوقت واستثمار له، حيث يكون رأي الحكمين مقدماً قبل استنفاذ الوقت في الإجراءات القضائية التي قد تأخذ وقتاً طويلاً خاصة مع كثرة القضايا وتشعبها، وقلة الكادر القضائي.

2. اختيار بعض الأقوال الفقهية التي تجنح إلى التيسير والمرونة في إثبات دعوى الشقاق والنزاع، حيث ثمة من الأقوال ما يجنح إلى التيسير ومن ذلك ما ورد في الفقه المالكي والذي يتضمن أنه: "إذا اشتكى أحد الزوجين من صاحبه ضرراً ورفع أمره إلى القاضي، فإن أثبت الضرر المشكو منه وطلب الفراق فعلى القاضي أن يفرق بينهما، وإذا لم يثبت الضرر وأصر المدعي على شكواه بعث القاضي الحكمين للإصلاح بين الزوجين، فإن تعذر عليهما ذلك فرقا بينهما، إما على مال إن كان الضرر من الزوجة، أو بدونه إن كان من الزوج"، ولا يحل له –أي الحاكم– أن يتركهما على ما هما من الإثم وفساد الدين، وبخاصَّة وأن المحاكم في الغالب تجنح إلى إطالة إجراءات القضايا من أجل الحد من ظاهرة الطلاق، أو التقليل من القضايا المرفوعة أمام المحاكم، وبخاصة قضايا الشقاق والنزاع[93]

قال الخرشي: ولها التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره... ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها وضربها ضرباً مؤلماً..."[94].

وهذا ما أخذت به مجلة الأحوال الشخصية المعمول بها في تونس في الفصل 25 (في التنازع بين الزوجين) حيث نص على ما يأتي: "إذا شكا أحد الزوجين من الإضرار به ولا بينة له، وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعين حكمين، وعلى الحكمين أن ينظرا، فإن قدرا على الإصلاح أصلحا، ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال"[95].

وهذا ما جاء أيضاً في المادة الثانية والأربعين من قانون الأحوال الشخصية العراقي حيث ورد فيها: "إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة الأربعين من هذا القانون لعدم توافر، واكتسب قرار الرد درجة البتات ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب، فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم وفقاً لما ورد في المادة الحادية والأربعين".

فهذا النص يفيد صراحة أنه يصار إلى التحكيم إذا أقيمت الدعوى ثانية للسبب نفسه بعد أن تكون قد أقيمت ثم ردت لعدم توافر وسائل الإثبات واكتسب الحكم الأول درجة البتات[96].

نلحظ مما سبق أن المذهب المالكي لا يتشدد في إثبات الوقائع في حالة دعوى الشقاق والنزاع؛ وذلك

لأن هذا مما يكون في البيوت فلا يطلع عليه أحد ولم تجر العادة أو العرف بالإشهاد عليه، حيث هو من الأمور التي تخص الزوجين، والتي يتحرج كل من الزوجين من معرفة الجيران والأقارب لها، فضلاً عن استشهادهم عليها.

ومن هنا فإنه يمكن استنباط آليات يتم من خلالها إضفاء المرونة على دعاوى الشقاق والنزاع مما يسهل إجراءات التقاضي فيها، ويختصر الوقت والجهد المبذولين فيها وبخاصة إذا علمنا أن طول دعاوى الشقاق والنزاع، وما يكتنف هذه الدعاوى من تعقيد في الإجراءات، كانت من أهم الأسباب الموجبة التي ساقها أنصار التعديل لتسويغ المطالبة بإدخال هذا النوع من التعديلات.

ولا شك أن البحث فيما يمكن عمله لتبسيط الإجراءات مع المحافظة على الحقوق هو أجدى من إدخال تعديلات استجابة لضغوط الحركات النسائية، ولربما كان من شأن هذه التعديلات نفسها أن تدخل الضرر على أطراف دعوى الخلع، إذ إنّ هذه التعديلات في جلّها لا تعدو أن تكون رد فعل غير مسوّغ ولا محسوب للإجراءات المعقدة التي تكتنف دعاوى الشقاق والنزاع.

وإذا ما أضفنا إلى ذلك كله أن التوازن في الحقوق ومن ضمنها توفير العدالة ينبغي أن يكون حادي القضاء، علمنا عدم جدوى إدخال مثل هذه التعديلات؛ لإخلالها البين بالتوازن الذي يجب أن يحكم مرفق القضاء فيما يتعلق بأطراف الدعوى، ولا يحتاج أي امرئ لكثير ذكاء حتى يدرك أن التعديلات المشار إليها غير متوازنة؛ لأنها تقف إلى جانب المرأة المدعية دون أن تمنح المدعى عليه حق الدفاع وإثبات عكس ما تدعيه المدعية.

ولا يعقل أن تصغي العدالة لطرف واحد من أطراف الدعوى وتجيبه إلى ما طلب بطريقة تلقائية دون أن تترك مجالاً للمدعي عليه ليبدي رأيه، أو يسوق دفاعه، مع أنه المعني بالدعوى مباشرة، والمتضرر من الحكم بالتفريق فسخاً كان هذا التفريق أو تطليقاً.

وبناءً على ما تقدم، فإن الدراسة توصي بتعديلٍ آخر لقانون الأحوال الشخصية، يلغي التعديلين المشار إليهما ويدخل تعديلات أخرى تضمن التوازن بين أطراف الخصومة، وتضفي المرونة على دعاوى الشقاق والنزاع؛ كي تسحب من أيدي دعاة الخلع القضائي وأنصاره الذريعة التي يتذرعون بها لتسويغ مطالبتهم بتعديل قانون الأحوال الشخصية، ولعل في ذلك ما يحقق العدالة ويحفظ التوازن بين أطراف الخصومة وصولاً إلى تحقيق الأهداف المتوخاة والحِكَم المرتجاة من التقاضي، وفي ذلك ما يحقق العدالة ويحفظ لمرفق القضاء حيدته، وموضوعيته، ومهنيته، بعيداً عن ردود الأفعال والحلول المجتزئة، والتي أن سدت ثغرة في مكان فلربما فتحت ثغرات في مكان آخر.

الخاتمة:

بعد إجالة النظر في حقيقة الخلع القضائي وحكمه، وعرض أقوال الفقهاء فيه وأدلتهم فقد خلصت الدراسة من ذلك كله إلى جملة من النتائج فيما يأتي أبرزها:

1. إن موطن الخلاف الرئيس والذي أدى إلى اختلاف الفقهاء في حكم الخلع القضائي، يرجع إلى اختلافهم في فهم المراد بقوله سبحانه وتعالى:**[فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ]**[229: البقرة].

فهل الخطاب في الآية الكريمة للحكّام أم للأزواج؟ فمن فهمه خطاباً للحكام قال بمشروعية الخلع القضائي، وبمشروعية إلزام الحكام للأزواج بالمخالعة، أو قيام القضاة بإيقاع الفرقة بهذا الخلع، ومن فهمه خطابا للأزواج: قال بوجوب موافقة الزوج على الخلع إذا طلبته المرأة، وأنه لا يجوز للقضاة إيقاع الفرقة إلا إذا رضي الأزواج ووافقوا على ذلك.

2. إن اختلاف الفقهاء في فهم دلالة الأمر الوارد في قصة ثابت بن قيس وفيها قوله ε:"**خذ الحديقة وطلقها بطليقة**" ، أدى في جانب كبير منه إلى اختلاف الفقهاء في مشروعية الخلع القضائي، فهل الأمر النبوي في هذه القصة كان للإرشاد والتوجيه، أم للحتم والإلزام؟

فمن فهم من الفقهاء أن الأمر قد كان توجيها منε وإرشادا، شرط موافقة الزوج لحصول الخلع ولم يجز إيقاع الفرقة عليه دون رضاه أو موافقته، ومن فهمه حتما وإلزاما، قال بجواز إيقاع القضاة الفرقة دون رضا الزوج أو موافقته.

3. كان لاختلاف روايات حديث ثابت بن قيس أثر بالغ في تبني الفقهاء لوجهات نظر متباينة فيما يختص بمشروعية هذا النوع من الخلع، فمن رأى بعض الروايات مفسرة للإجمال الوارد في بعضها الآخر، لم يرَ مشروعية لهذا النوع من الخلع، بينما تمسك فريق آخر من الفقهاء بالروايات المجملة ووجهها بتوجيهات تسوغ مشروعية الخلع القضائي، ويرى الباحث رجحان منهج الفريق الأول القائل بعدم مشروعية الخلع القضائي؛ لأن أفضل تفسير وشرح لما جاء في السُنة، إنما هو في سُنة مثلها.

4. إن القول بمشروعية الخلع القضائي فيه سلب لإرادة الزوج في إيقاع الطلاق؛ ذلك أن الخلع القضائي يتم بحكم القاضي بطلب من الزوجة وبإرادتها المنفردة، دون رضا الزوج أو موافقته، وهذا مخالف لأحقية الزوج في امتلاك العصمة.

5. إن إيقاع الخلع بقرار قضائي وبإرادة الزوجة المنفردة فيه من الإضرار بالزوجة وحرمانها من حقوقها الزوجية، ورد ما دفعه الزوج من مهر أو نفقة، بالإضافة إلى تحميلها مبلغاً إضافياً تفتدي نفسها به في بعض الحالات، مما يجعل القول بمشروعية هذا النوع من الخلع، قولاً غير متجه، بالإضافة إلى كونه منتقصاً من حقوق المرأة ومن كرامتها، والمرأة قد تنسى في لُجة الانفعال، وغمرة الخصام هذا كله، مدفوعة بالانفعالات العاطفية التي غالباً ما تتحكم بقرارات المرأة، سواء في قرار البدء بإقامة العلاقة الزوجية، أو قرار إنهائها.

6. إن تصرف بعض الأزواج وتعسفه لا يسوغ القول بمشروعية الخلع القضائي؛ ذلك أنه لا يمكن أن يعالج الخطأ بالخطأ، أو يعالج التعسف بالتعسف.

7. كما إن الخلع القضائي ينطوي على تهميش لصلاحية القاضي التقديرية في إيقاع الفرقة من عدمه؛ لأن القاضي في هذا النوع من الخلع مجبر على إجابة طلب الزوجة بإراداتها المنفردة فهو مجرد من ممارسة صلاحياته التقديرية في هذا الإطار.

8. إن القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية الغراء، ومنها أحقية الرجل في امتلاك العصمة وأحقيته في القوامة تأبى أن يتم إيقاع الفرقة بينه وبين زوجته بمجرد قيام الأخيرة بتحريك الخلع لما يتضمنه ذلك من عدم تمكين الزوج إبداء وجهة نظره وممارسة حقه المشروع في الدفاع عن بيته المعرض للانهيار، وعن أسرته المعرضة للتفكك.

9. إن التوازن الذي ينبغي أن يسود بين مصالح الأطراف المكونة للأسرة تأبى أن تتم الفرقة من خلال الطرف الذي لا يمتلك أحقية الطلاق أو القوامة، وهو هنا الزوجة.

10. إن تفرقة القانون بين الخلع قبل الدخول وعدِّه فسخاً، وبينه وبعد الدخول وعدِّه طلاقاً أمر لا يوجد ما يبرره أو يسوغه أو ما يؤيده في الفقه الإسلامي.

11. إن التعديلات الواردة على قانون الأحوال الشخصية الأردني بشأن تشريع الخلع القضائي،

ستؤدي لا محالة إلى زيادة نسب الطلاق في المجتمع، مما ينعكس سلباً على النسيج الاجتماعي والتماسك في هذا المجتمع.

كما وتوصي الدراسة بجملة من التوصيات أهمها :

1. تسهيل إجراءات دعاوى الشقاق والنزاع، واختصار إجراءاتها، وإضفاء نوع من المرونة على هذه الإجراءات، بحيث لا ينشأ عنها وضع تكون الزوجة فيه مضطرة لتحريك دعوى الخلع القضائي.
2. إلغاء التعديلات الواردة على المادة (126) فيما يتعلق بالخلع القضائي، إذا إن القول بمشروعيته قول مرجوح لا يسنده دليل من الكتاب أو السنة.
3. إضافة فقرات على قانون الأحوال الشخصية وعلى قانون أصول المحاكمات الشرعية يكون من شأنها الحد من هذا النوع من الدعاوى وتحجيمها إذا لم يتم إلغاء التعديلات التي تسوغ الخلع القضائي.

ومن أمثلة تلك الفقرات:

أ- إلزام القاضي بعدم سماع هذا النوع من الدعاوى إلا بعد التثبت من حصول البغضاء، والتثبت أيضاً من وجاهة الأسباب التي ينبغي على الزوجة تقديمها لتسند بها دعواها.

ب- استمهال القضاة للزوجات قبل البت في هذا النوع من الدعاوى، وتأجيل النظر فيها لمدة محدودة ومعلومة، من أجل إتاحة وقت كاف للزوجة للتفكير في عواقب الفرقة الناشئة عن هذا النوع من الدعوى.

4. كما توصي الدراسة أرباب الفكر والتوجيه بتوعية الناس إلى خطورة هذا النوع من الخلع وآثاره المدمرة على الأسرة والمجتمع، ويكون ذلك من خلال منابر التوجيه المختلفة في المساجد وأجهزة الإعلام المرئية والمسموعة والمقروءة.
5. بث الوعي بين النساء بخطورة هذا النوع من دعاوى الخلع، وتبصيرهن بالأضرار الواقعة والمتوقعة عليهن لدى قيامهن بتحريك دعاوى الخلع القضائي.
6. كما توصي الدراسة باستشارة أهل الاختصاص والاهتمام من القضاة والمحامين والمربين والمحكمين الشرعيين لدى التفكير باتخاذ أي تعديل يتعلق بالأسرة، فلا يكون التعديل رد فعل غير مبرر على تعسف الأزواج وإساءة استخدام حقهم في الطلاق، أو جراء التأخر في البت في دعاوى الشقاق والنزاع، والذي يرجع في جزء كبير منه إلى تعقيد الإجراءات.
7. كما وتوصي الدراسة مؤسسات رعاية الأسرة، ومراكز الأبحاث المعنية بإجراء دراسات إحصائية تبين الآثار النفسية والسيكولوجية التي تلحق الأزواج والزوجات نتيجة هذا النوع من الخلع، وانعكاساته الواقعة والمتوقعة على الأطفال، وارتداداته المفترضة على النسيج الأسري في المجتمع.

الهوامش:

(1) انظر جمال الدين، محمد بن مكرم بن منظور (ت 711هـ) لسان العرب، دار الفكر، بيروت، مادة خلع، ج8، ص 76، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، (ت 817هـ)، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط2، 1987م، ص921.

(2) انظر مجد الدين أبي السعادات المبارك الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 65، إبراهيم أنيس ورفاقه، المعجم الوسيط، دار الفكر، ج 1، ص250، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان 1986م، ص78.

(3) انظر، ابن منظور، لسان العرب ج8، ص76.

(4) انظر، الزبيدي، تاج العروس، ج1، ص1053.

(5) زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، (ت 970هـ) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الباكستانية، الناشر سعيد كمبني كراتشي، ج4، ص70، وانظر، محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ط 2، 1966م، دار الفكر، ج3، ص439-441.

(6) انظر، المراجع السابقة، الأماكن ذاتها، فخر الدين عثمان ابن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، ج2، ص268.

(7) انظر، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت 681هـ)، شرح فتح القدير على الهداية، ط2، دار الفكر، ج4، ص216.

(8) انظر: أبو عبد الله محمد الخرشي، (ت 1101هـ) حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار صادر بيروت، ج4، ص12، أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، مطبعة مصطفى البابي، الطبعة الأخيرة، 1952، ج1، ص441، محمد عليش، شرح منح الجليل، دار صادر ج2، ص182

(9) انظر أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير مطبوع بهامش بلغة السالك، مطبعة مصطفى البابي، الطبعة الأخيرة، 1952، ج1، ص441.

(10) محمد عليش، تسهيل منح الجليل، حاشيته على شرح منح الجليل، دار صادر، ج2، ص182.

(11) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، (ت 595هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد تحقيق ودراسة وتعليق الشيخ علي معوض، والشيخ عادل عبد الموجود، نشردار الكتب العلمية، بيروت ط، 1996، ج4، ص357.

(12) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، (ت 977هـ) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، ج3، ص262، يحيى بن شرف النووي، (ت 676هـ) روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط2، 1985م المكتب الإسلامي، ج 7، ص 374. عبد الحميد الشرواني، وأحمد بن قاسم العبادي (ت 994هـ)، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط 1، 1996م، دار الكتب العلمية، ج9، ص513، أبو بكر المشهور بالسيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، دار الفكر، ج3، ص381، إبراهيم البيجوري، حاشية البيجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، دار الفكر، ج2، ص141.

(13) الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، ص262، يحيى بن شرف النووي، (ت 676هـ) روضة الطالبين وعمدة المفتي، ط 2، 1985م، المكتب الإسلامي، ج 7، ص374، الشرواني، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي، ج 9، ص 513، الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، ج3، ص 381، إبراهيم البيجوري، حاشية البيجوري، ج2، ص141.

(14) انظر، الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، ج3، ص381، البيجوري، حاشية، ج2، ص141.

(15) انظر، المراجع السابق، الأماكن نفسها.

(16) انظر، الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص262.

(17) انظر، الشرواني، حواشي، ج9، ص513.

(18) انظر، الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص262، جلال الدين محمد بن أحمد المحلى (ت 864هـ) شرح منهاج الطالبين، عليه حاشيتان، دار الفكر، ج3 ص307.

(19) انظر منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيليحي هلال، دار الفكر، 1982، ج 5، ص212، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف، صححه وحققه محمد حامد الفقي، ط 1، 1975م دار إحياء التراث العربي بيروت، ج 8، ص 382، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي (ت 884هـ) المبدع شرح المقنع، تحقيق محمد حسن الشافعي، ط 1، 1997م، ج6، ص267.

(20) انظر، البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص216.

(21) انظر، المرجع السابق، المكان نفسه، ابن مفلح، المبدع، ج6، ص275-276.

(22) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج4، ص216، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج2، ص267، القرطبي، بداية المجتهد، ج4، ص 357، الشربيني، مغني المحتاج، ج 3،

ص262، أبو إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، ج2، ص71، علاء الدين أبي الحسن علي ابن سليمان المرداوي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، صححه وحققه محمد حامد الفقي ط1، 1957م دار إحياء التراث العربي، ج 8، ص382، البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص212، شمس الدين المقدسي أبو عبد الله محمد بن مفلح (ت 763هـ) كتاب الفروع، راجعه عبد الستار فراج، ط3 1967م، عالم الكتب– بيروت ج 5، ص343، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن قدامة المتوفى (620هـ) المغني، ط1 1984، دار الفكر، ج8، ص175.

(23) انظر، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق د. عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية1988م، ج9، ص511–512.

(24) انظر شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة 1989م، ج3، ص173.

(25) الإنصاف، ج8، ص382.

(26) انظر، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني ابن تيمية (ت 728هـ) الفتاوى الكبرى، ط 1، دار الجيل 1997م، تخريج عامر الجزار وأنور الباز، ج 32، ص179، المرداوي، الإنصاف، ج8، ص382.

(27) انظر محمد بن الحسن علي الطوسي، (ت 460هـ)، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ط 2، 1980م دار الكتاب العربي، ص529.

(28) انظر، محمد بن إسماعيل الصنعاني (ت 1182هـ) سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، صححه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولي، دار الجيل 1980، ج3، ص1074.

(29) انظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت 1255هـ)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ط 1، 1983، دار الكتب العلمية، ج6، ص248.

(30) انظر، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، مطبعة جامعة دمشق، 1962م، ص625.

(31) انظر، علي الخفيف، محاضرات عن فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ألقاها على طلبة قسم الدراسات العالية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية ط1985، مجلد واحد، ص135.

(32) انظر، عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، بيروت، ط 1، 1997م، دار ابن حزم، ص80.

(33) انظر، أبو الأعلى المردودي، حقوق الزوجين، تعريب: أحمد إدريس، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1985، ص55–67.

(34) انظر، محمد الغزالي، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، مطبعة السعادة، القاهرة، ط1، 1963م، ص169–170.

(35) انظر: أمير محمد مطاوع، الخلع بين الشريعة والقانون، تقديم د. أحمد عمر هاشم، والمستشار عبدالرحمن محمد بن الرحمن، دار الإيمان للطباعة والنشر والتوزيع– الإسكندرية، ص147.

(36) ومنهم القاضي أشرف العمري، والقاضي عوض حسين رواجبه وغيرهم، وذلك في ندوة الخلع التي انعقدت بتاريخ 2003/8/25 تحت إشراف دائرة قاضي القضاة.

(37) انظر، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت 310هـ) تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن، ط1، 1992، دار الكتب العلمية، ج2، ص480.

(38) انظر، الفخر الرازي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، ج5، ص99.

(39) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع وما جاء فيه حديث رقم (4971)، دار إحياء التراث العربي، ج7، ص60.

(40) انظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852هـ) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، ج 9 ص400، بدر الدين محمود بن أحمد العيني، (ت 855هـ) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ضبطه وصححه، عبد الله محمود عمر، ط1، ص2001، دار

الكتب العلمية، بيروت. ج20، ص375، رقم الحديث 5273.

(41) انظر، الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، ص263، ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ص 220، 260 ابن حزم المحلى، ج9، ص511.

(42) انظر، ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج3، ص443، ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص81 الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص151–152، الدسوقي، حاشية، ج2، ص347، الخرشي، حاشية ج 4، ص 12، الشيرازي، المهذب، ج2، ص71–72، الماوردي، الحاوي، ج10، ص11، المرداوي، الإنصاف، ج 8، ص 412، ابن قدامة، المغني، ج8، ص175.

(43) المبسوط، ج6، ص173.

(44) انظر، ابن قدامة، المغني، ج8، ص175.

(45) انظر، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص137–138.

(46) سبق تخريجه حاشية رقم 41.

(47) انظر، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3، ص139، الصنعاني، سبل السلام، ج 3، ص1074–1075، أمير مطاوع، الخلع، ص 146.

(48) انظر، علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، تقديم مصطفى الزرقا، ط3، 1994م، دار القلم، ص 287–290، محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية دار النفائس، عمان ط2006، ص170–178.

(49) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص136–137.

(50) انظر، المرجع السابق، ج3، ص137.

(51) انظر، عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار ابن حزم، 1997م، ص214–215.

(52) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب(63) الطلاق، باب (12) الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم (5274)، دار ابن حزم، 2003 نص 10007. وانظر صحيح البخاري، ونسخة المكتبة الإسلامية، استانبول– تركيا، ج6، ص107.

(53) انظر بعض روايات حديث ثابت بن قيس في هذا البحث من صفحة 15–17، وانظر البيهقي (14857)، ج7، ص315، المصنف ج 6، ص 482، حديث رقم (11757).

(54) الماوردي، الحاوي ج10، ص11.

(55) انظر، المبسوط، السرخسي، ج6، ص180، الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص145.

(56) انظر، أحمد الصويعي شليبك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، ط 1، 1419هـ، ص200–201.

(57) المحلى، ج9، ص511.

(58) التفسير الكبير، ج5، ص99.

(59) انظر، سليمان بن الأشعث السجستاني، (ت 275هـ) سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، كتاب الطهارة، باب في الاستنثار حديث رقم 142، ج1.

(60) انظر، ابن حجر العسقلاني فتح الباري، ج9 ص400.

(61) محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت ط1، 1997م، ج3، ص255.

(62) بدر الدين محمود بن أحمد العيني (ت 855هـ) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ضبطه وصححه عبد الله محمود عمر، ط 1، ص 2001، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص375، رقم الحديث5273.

(63) ج7، ص315.

(64) انظر، سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي (ت631هـ) الإحكام في أصول الأحكام، ضبطه وكتب حواشيه الشيخ إبراهيم العجوز، دار الكتب العلمية، المجلد الأول، ج1+2، ص368، محمد بن احمد بن أبي سهل السرخسي، (ت 490هـ) أصول السرخسي، حقق أصوله أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة، 1973م، ج1، ص14.

(65) انظر، علي بن عبد الكافي السبكي (ت 756هـ) وولده عبد الوهاب بن علي السبكي (ت 771هـ)، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية 1995م، ج 2، ص17، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت

730هـ) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدودي، وضع حواشيه عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية، ط1 1997م، ج1، ص 163.

(66) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب صداق الملاعنة، حديث رقم5006، ج5، ص2035.

(67) انظر تفصيل المسألة في: الآمدي، الإحكام، ج 1، ص367–378، السكي، الإبهاج، ج 2، ص 15–27، البزدوي، كشف الأسرار، ج 1، ص 163–167، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الملقب بأبي إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ضبطه ورقمه محمد عبد الله دراز، ط2، 1975م، دار المعرفة، ج3، ص135–153، محمود أحمد عبدالله، الأمر ودلالته على الأحكام الشرعية، دار المنار للنشر، القاهرة، ط1، 1986م، ص63، نعمان جغيم، طرق الكشف عن مقاصد الشريعة، ط1، 2002م، دار النفائس، ص71 –73.

(68) عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق، محمد حسن هيتو، ط1، 1979م، مؤسسة الرسالة، بيروت ص270.

(69) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، كتاب الطلاق، باب شفاعة النبي ε في زوج بريرة، ج9، ص408.

(70) انظر، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق: محمد حسن الشافعي، ط 1، 1998م دار الكتب العلمية، ج 1، ص 178، شبير، القواعد الكلية، ص185.

(71) انظر، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9 ص399.

(72) الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، (ت 275هـ)، سنن أبي داود، ط1، 2002م، دار الفكر، كتاب الطلاق، باب في الخلع، حديث رقم2228، ج2، ص269، وانظر أمين محمود خطاب، فتح الملك المعبود تكملة المنهل العذب المورود شرح سنن الإمام أبي داود، ج3، ص192، ط1، 1959م مطبعة الاستقامة– القاهرة، وانظر، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج 9، ص399–400.

قال الشيخ الألباني: صحيح، وكل رجاله ثقات إلا أبو عمر السدوسي المديني، وهو سعيد بن سلمة بن أبي الحسام العدوي، وهو من رجال مسلم. ولكنه صحيح الكتاب يخطئ من حفظه، وأقول –أي الشيخ الألباني– إن كان حدثه من كتابه فهو صحيح لذاته. (انظر، محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، مؤسسة فراس للنشر والتوزيع، ط 1، 2002م، ج6، ص427). وانظر أيضا الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، بإشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط2، 1985، ج7، ص102–103، رقم الحديث 2036.

أقول–أي الباحث– أن الحديث لا يخرج أبداً من دائرة الصحة؛ لأنه إن لم يكن صحيحاً بذاته، كان صحيحاً لشواهده.

(73) الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، (ت 458هـ) السنن الكبرى، وفي ذيله الجوهر النقي، للعلامة علاء الدين علي ابن عثمان المارديني، الشهير بابن التركماني (ت 745هـ)، دار الفكر، كتاب الطلاق والخلع، باب الرجل ينالها بضرب في بعض ما تمنعه من الحق ثم يخالعها، ج7، ص315.

(74) هذا كناية عن ذمامة خَلقِه، وأنها لم تكن تحبه لذلك، فاشتكت للرسول ε لذمامته، لا لسبب يعيبه في دينه ولا خُلُقُه، ويؤيد ذلك ما قالته في الحديث عندما قال الرسول ε إن ثابتاً ليثنى عليه" قالت: وهو كذلك.

(75) أخرج البخاري في صحيحه قولها: "يا رسول الله إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق" انظر صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع12، ج6، ص170.

(76) سعيد بن منصور، السنن، دار الكتب العلمية ط 1، 1985م، ج1، ص335، رقم الحديث 1430، وانظر، عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل الدارمي، سنن الدارمي، دار الفكر، باب في الخلع، ج2، ص163. حديث حبيبة بنت سهل المختلعة: أرسل هذا الحديث التابعية عمرة بنت عبد الرحمن، وجاء في أحاديث أخرى لها ما يدل دلالة صريحة على أنها أرسلته مثل قولها (جاءت حبيبة)، ولكن هذا الكلام اختلف العلماء

فيه فمنهم من قال أنه مرسل، ومنهم من قال أنه غير مرسل.

يقول الشيخ الألباني–رحمه الله– إن كانت عمرة سمعته من حبيبة أو من عائشة فإسناد الحديث صحيح والرجال في السند كلهم ثقات (انظر الألباني، صحيح سنن أبي داود، ج6، ص426، وانظر الألباني، إرواء الغليل، ج7، ص102.

أقول – أي الباحث– إن عمرة قد روت عن حبيبة وعن عائشة وكلتاهما روت هذا الحديث، وهذا ما يزيد من احتمالية كون عمرة سمعته من عائشة أو من حبيبة، وقد صححه ابن حيان في صحيحه برقم (4280) وابن الجارود في المنتقى، وهذا الحديث له شواهد كثيرة تقويه، لذا يحكم عليه بالصحة.

(77) ذكر البصريون أنها جميلة بنت أبي ابن سلول. (انظر: ابن حجر العسقلاني فتح الباري، ج 9، ص 399، الطبري، تفسير الطبري، ج2، ص475).

(78) عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، ط2، مطبعة المجلس العلمي1972م، ج6، ص482، حديث رقم11757.

ومن طريقه أخرجه أبو داود في المراسيل، 317، دار الصميعي، ط1، 2001م.

وبالرغم من أن هذا الحديث عن سعيد بن المسيب مرسلاً، والأحاديث المرسلة لا يصح الاحتجاج بها عند فريق من العلماء، لكن هناك بعض المراسيل أخذ بها هذا الفريق وذلك بضوابط، منها: أن يكون للحديث شواهد صحيحة تقويه، أو أن يكون المرسل للحديث وهو التابعي، لا يروي إلا عن ثقة، فلا يرسل إلا ما هو صحيح، وهذا ما حصل في هذا الحديث؛ لأن سعيد بن المسيب الذي أرسل الحديث لا يروي إلا عن ثقة، وقد قال العلماء: إن مراسيل سعيد بن المسيب صحيحه.

يقول الإمام صلاح الدين العلائي: (في كتابه جامع التحصيل في أحكام المراسيل، الدار العربية للطباعة، ط1، (سنة 1978م، ص99): "وقد اتفقت كلمتهم على سعيد بن المسيب، وان جميع مراسيله صحيحه وأنه كان لا يرسل إلا عن ثقة".

وإذا نظرنا إلى رجال السند الباقين فإننا نجدهم كلهم ثقات.

(79) أخرجه سعيد بن منصور في سننه – قسم التفسير – (628–629)، ط 1، 1993م، دار الصميعي، ج 4، 1243.

(80) انظر المرجع السابق، المكان نفسه.

(81) أبو بكر الجصاص الحنفي مختصر اختلاف العلماء "وهذا الكتاب اختصار لكتاب اختلاف العلماء للطحاوي، دار البشائر الإسلامية، ط 1، 1995م، مسألة رقم (938)، ج2، 428.

(82) الطبري ج2، ص475.

حيث ذكر الحديث المذكور أعلاه عند تفسير قوله تعالى: **[فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ]**[229: البقرة]. وذكره القرطبي في جامع البيان في تأويل آي القرآن، حديث رقم 3798، دار الفكر، ط 1، 2001م، بتقديم الشيخ خليل الميس، ج2، ص566.

انظر شرح الحديث في ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري، ج 9، ص400.

هذا الحديث له أصل عند الإمام البخاري في صحيحه، ولكنه مختصر وذلك في كتاب الطلاق، باب 12، باب الخلع وكيف الطلاق فيه عن عكرمة (5274) هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن هذا الحديث عند الإمام الطبري نجد أن كل رجاله ثقات عدول إلا عبد الله بن الحسين قاضي سجستان أبي حريز، فإنه ثقة عند بعض العلماء كأبي زرعة وغيره، ولكن البعض ضعفه، وقال أحمد منكر الحديث.

فالحديث من حيث أصله صحيح، وذلك لأنه عند الإمام البخاري، ولكن الزيادات التي عند الطبري تتقوى لمتابعة حديث البخاري لحديث الطبري –والله اعلم–.

(83) انظر: أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد، دراسة وتحقيق د. محمد أحمد سراج، د. علي جمعه محمد، ط 1، 2004م، دار السلام للطباعة والنشر، ج11، ص 5553، محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، (ت 954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط 2، 1978م، ج6،

ص234، الخرشي، حاشية الخرشي، ج 8، ص 5، القرطبي، بداية المجتهد، ج6، ص37 –38.

(84) انظر، الجصاص، أحكام القرآن، ج1، ص190، 193.

(85) انظر، شبير، القواعد الكلية، ص 333، أحمد محمد الزرقا (ت 1938م)، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة الطبعة الأولى د. عبد الستار أبوغدة، ط 2، 1989م، ط3، 1993م، دار القلم–دمشق–، ص459، 461، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريف فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، المجلد الأول، ج1، ص84–85.

(86) سبق تخريجه.

(87) سبق تخريجه.

(88) سبق تخريجه.

(89) سبق تخريجه.

(90) ورد في المادة (126)، فقرة (ج) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2001 ما نصه (... حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين، فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، فإن لم يتم الصلح، حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائناً) والمدة المذكورة في هذه المادة، هي مهلة للمحكمة يتم من خلالها اختيار الحكمين لمباشرة مساعي الصلح، وليست أمداً للبت في القضية.

(91) انظر القرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية في عمان ومنها: 2003/2443– 59032، 2003/629– 57218، 2003/651– 57240، 2003/2405– 58994.

64256–2006/221، 206/282– 64287، 32/ 66421–2007.

(92) انظر القرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية في عمان، ومنها: 2003/2697 – 59286، 2003/2353 – 58942، 2514/ 2003 – 59103، 2004/906 – 60203، 359/ 2007 – 66748، 2007/444 – 66833، 103/ 2007 – 66492، 2007/34 – 66423.

(93) انظر، الخرشي، حاشية، ج4، ص8–9، عليش، شرح منح الجليل، ج 2، ص178–179، الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص16–17.

(94) انظر: حاشية الخرشي، ج4، ص8.

(95) انظر، مجلة الأحوال الشخصية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1999م، ص11.

(96) انظر، فريد فتيان، شرح قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات القانون وأحكام محكمة التمييز، الطبعة الثانية 1986م، دار واسط – لندن، ص144–145.