جمهورية مصر العربية

وزارة التعليم العالي

جامعة المنصورة/كلية الحقوق

قسم الشريعة الاسلامية

الخلع وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون العراقي وتطبيقاته في قضاء إقليم كوردستان

بحث مقدم الى كلية الحقوق جامعة المنصورة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق

إشراف

الأستاذ الدكتور محمود محمد حسن

رئيس قسم الشريعة

إعداد طالب

به ختيار محسن عبدالله

١٤٣٤هـ

٢٠١٢_____٢٠١٣م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى

{وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}

الروم:٢١

وقال تعالى

{الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ}

البقرة:٢٢٩

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

«يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ»

متفق عليه

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

«أَبْغَضُ الْحَلَال إِلَى اللَّه الطَّلَاقُ»

أخرجه البيهقي في سننه الكبرى

الإهداء

- الى والدي الذين تربياني وأمداني بتوجيهاتهما وإرشاداتهما ونصائحهما لكي أسلك طريق الصالحين وأكون عضوا وفردا نافعا ومفيدا لنفسي ولأسرتي وللمجتمع بأسرها.

- والى كل أساتذتي الذين أرشدوني الى طريق الهدى وعلموني علم التقى وعلى وجه الخصوص أستاذي الفاضل الأستاذ محمود محمد حسن الذي شرفتني فرصته ليكون مشرفا على بحثي.

- والى زوجتي الحبيبة أم سه نا وسايه التي صبرت وتحملت لأجل إنجاز البحث بشكل جيد.

- والى إبنتي سه نا وسايه اللتان قرة عين لي وأدعواالله أن يجعلهما من المتفقهات في دينه والعاملين به.

- والى كل من يريد طريق الخير والسعادة في الدنيا والآخرة لنفسه وللآخرين.

- والى كل من ساعدني لإتمام وإستكمال البحث ولوبكلمة في كل المراحل التي مر بها البحث.

- والى كل القاريء الذي يقرئه بعين القلب وعين الرأس.

التقدير والشكر

بعد الحمد والشكر لله الذي خلقني، وهداني للإسلام، وعلمني، ووفقني لكتابة البحث.

أرى من الوفاء، وواجبا علي أن أقدم شكري وتقديري لأستاذي المحترم الفاضل الدكتور محمود محمد حسن بالأخص، وذلك شرفتني فرصته ليكون مشرفا على بحثي، وأرشدني بتوجيهاته، ونصائحه القيمة، والطيبة، أشكره على ما حصلت من حضرته ما ينبغي أن أعلمه، وأقدم شكري وتقديري إلى كل أساتذتي بقسمي الشريعة الإسلامية والقانون الخاص في كلية الحقوق جامعة المنصورة، وباقي الاساتذة الكرام في كليتنا.

ويحق علي أن أتقدم بوافر الشكر والتقدير لأبي الشيخ ملا محسن القبراني، وهو طالب في الدراسات العليا بالسودان بقسم أصول الفقه، الذي أمدني بنصائحه القيمة وإرشاداته النافعة، كما وأرى انه لزام علي أن أشكر أمي الحبيبة على تشجيعاتها لي، أن أحرص على الدراسة، وان احاول للحصول على الدرجات العالية في الدراسة.

كما وأشكر شريكة حياتي أم سه نا وسايه التي تحملت وصبرت على غربتها مني خلال فترة الدراسة لبعض الشهور.

وأقدم شكري وتقديري، الى كل من أمد يده وأعانني في كتابة هذا البحث ولو بكلمة لان من لم يشكر الناس لم يشكر الله.

المقدمة

الحمد والشكر لله الذي خلق الإنسان في أحسن تقويم وعلمه مالم يعلم وسخر له ما في السموات والأرض جميعا والصلاة والسلام على خير خلق الله محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه الى يوم الدين.

وبعد:

فبما أن الزواج لبنة أساسية في بناية المجتمع فهو محل إهتمام وإلمام التشريعات السماوية والقوانين الوضعية، فمن التشريعات السماوية التي إهتمت بالزواج في غاية الإهتمام هي الشريعة الإسلامية، بحيث أن إهتمامها تشمل الجوانب مختلفة، وكل المراحل التي تمر بها حياة الزوجية، فهي لم تهمل أي جانب من هذه الجوانب، فنظمت الشريعة الإسلامية الزواج واهتمت به من بداية تكوينه، الى انتهائه، سواء ينتهي بسبب عارض كالطلاق، ونحوه أو بسبب طبيعي كالموت، ووضعت أحكاما كثيرة لتنظيم المراحل التي تمر بها حياة الزوجية، مراعيا فيها حقوق كل من الزوج والزوجة، دون إجحاف بحق واحد منهما أي بدون إعطاء حق أكثر لأحدهما على حساب الاخر، بخلاف الشرائع السماوية المنحرفة، والشرائع والتقاليد السابقة على الإسلام التي تميل دائما الى تفضيل الذكر على الانثى، على حساب الانثى.

وكذلك إن وظيفة القانون بصورة عامة هي تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم وقانون الأحوال الشخصية تنظم تلك المسائل والعلاقات والموضوعات التي تتعلق بالإنسان أي بحال الإنسان من حين ولادته الى حين وفاته، وقانون الأحوال الشخصية العراقي تستمد قواعده من الفقه الاسلامي الاكثر ملائمة للواقع، بحيث تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل الأحوال الشخصية أي جميع ما تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مباديء الشريعة الإسلامية، كما تنص المادة الاولى من الأحكام العامة لهذا القانون في فقرتيه الاولى والثانية على هذا، فمن المسائل والموضوعات التي تنظمها هذا القانون الزواج والطلاق اللذان إحتلا مساحة كبيرة في هذا القانون وذلك لان للزواج أهمية كبيرة في حياة الأفراد والمجتمع، وكذلك الطلاق لان ما ينتج من الطلاق من آثار سلبية تمتد الى الأولاد بالدرجة الاولى أي هم متضررين والى عائلة كل من الزوج والزوجة. لذلك لايجوز الإلتجاء الى الطلاق الا للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ولكن بسبب أن طبائع الناس مختلفة وفي بعض الاحيان نجد أن طرفا عقد الزواج لاينسجمان ولايستطيعان أن يداوم حياتهما الزوجية لسبب من الأسباب سواء مادية منها أو معنوية ولاسبيل لحل هذه المشاكل والاسباب الخلافية بعد إجتياز كل من المراحل التى يجب إتخاذها قبل المرحلة النهائية وهو الطلاق وفي هذه الحالة أجاز الله سبحانه وتعالى إستخدام الطلاق، كوسيلة نهائية لحسم هذه المشاكل والمنازعات الاسرية بين الزوجين.

مع أن ألاصل في إنهاء رابطة الزوجية بيد الرجل ولكن نستطيع أن نقول بان المرأة لها حق في إنهاء وانحلال الرابطة الزوجية في كثير من الحالات سواء لسبب مادي أو لسبب غير مادى وان كان ليس لها هذا الحق كأصل، فمثلا لها انشاء هذا الحق لنفسها باشتراطه على الرجل عند عقد الزواج أن يكون الطلاق بيدها وإذا لم تشترط في العقد فلايسقط حقها بل لها ايضا طلب التفريق من القاضي لسبب من الاسباب المبينة في الكتب الفقهية والقوانين الأحوال الشخصية وعلاوة على هذا كذلك لها حق في أن تطلب التفريق للشقاق ووجود موانع أو أسباب مادية(جسدية) ونفسية والعاطفية التى تمنعها أن تداوم مع زوجها حياة الزوجية أي أن هذه الاسباب تؤدي الى خلق كراهية الزوجة لزوجها وبغضها له، مما يؤدي ذلك الى الخوف من عدم إقامة حدودالله، وفي هذه الحالة يجوز للمرأة أن تفتدى بمهرها(صداقها)، وبما لها من مالها ولو كان الزوج لم يرض بهذا الطلاق وهذا ما يسمى في الفقه الاسلامي والقوانين الأحوال الشخصية ب(الخلع) أو التفريق الاختياري، واخترت هذا الموضوع للبحث تحت عنوان(الخلع وآثاره في الفقه الاسلامي والقانون العراقي وتطبيقاته في قضاء إقليم كوردستان). للحصول على درجة الماجستير في الحقوق.

أسباب إختيار موضوع البحث:-

والتي دفعتني الى إختيار هذا الموضوع للبحث تحت هذا العنوان، الاسباب أو الدوافع الآتية رغم وجود بعض الدراسة على هذا الموضوع قديما وحديثا ولكن على غير هذا النمط والاسلوب :-

١- بيان مدى حرية المرأة في ظل الشريعة الإسلامية ومكانتها وإعطاء حقوقها في كل المجال، وخاصة في مجال الطلاق.

٢- بيان أو توضيح ماهو غير واضح مما سبق الدراسة عليه من مفردات هذا الموضوع (الخلع) الهام والخطير في المجتمع.

٣- رد أقوال الجهلة الذين يقولون بهتانا وزورا على الشريعة بأن المرأة محرومة من حقوقها تحت ظل أحكامها.

٤- بيان ماجرى من تعديلات على قانون الأحوال الشخصية العراقي بهذا الشان.

٥- عرض بعض تطبيقات قضائية لبيان النصوص القانونية بين النظرية والتطبيق.

٦- تزويد الأزواج بمعرفة الخلع وأحكامه وذلك لعدم علم كثير من الازواج بهذا النوع من الطلاق مما يؤدي الى خلق بعض المشاكل والمنازعات يصعب الحل عليهما بطرق أخرى.

٧- أخيرا أن لكل باحث أسلوبه الخاص في الكتابة والتركيب يجعله يختلف عن ما كتبه الباحثون آخرون.

منهج البحث:-

إن المنهج الذي إتبعته واعتمدت عليه لكتابة البحث يمكن أن أوجزه فيما يلي:-

١- إتخذت الاسلوب الوصفي لكتابة البحث أي طريقة البحث عن الخلع في الفقه الاسلامي والقانون الأحوال الشخصية العراقي هي دراسة وصفية، بحيث اقتصرت الدراسة على وصف الخلع وبيانه في الفقه الاسلامي وعرض أقوال فقهاء المذاهب والنصوص التي جاءت في مراجع هذه المذاهب وما استدلوا به من الادلة إن وجد، وإلا إكتفيت بذكر ما جاءت في كتبهم من نصوص.

٢- إكتفيت في البحث عن الخلع في الفقه الاسلامي بالاعتماد على المذاهب الاربعة في الغالب، رغم هذا ذكرت أقوال الصحابة رضي الله عنهم والتابعين والمذاهب الاخرى ولكن ليس في الغالب.

٣- ذكرت النصوص التي جاءت في القانون الأحوال الشخصية العراقي رقم/ ١٨٨/لسنة/١٩٥٩ المتعلق بالخلع ثم أردفته بما جاءت في القانون الأحوال الشخصية في إقليم كوردستان رقم/١٥/لسنة ٢٠٠٨، وذلك لبيان ما جرت فيه التعديل.

٤- ذكرت مانص عليه القانون في أحكام الخلع، ولم أذكر ما لم ينص عليه مكتفيا بما جاء في القفه الاسلامي، وذلك لما نص عليه القانون الأحوال الشخصية في الأحكام العامة في المادة الاولى، بالرجوع الى ما تقتضي مباديء الشريعة الإسلامية وما يستنبطها الفقهاء من الأحكام.

الفصل التمهيدي

المبحث الاول

الزواج وأهميته

المطلب الاول

تعريف الزواج في الفقه الاسلامي والقانون الأحوال الشخصية العراقي

الفقرة الاولى

تعريف الزواج لغة وإصطلاحا

أولا: الزواج لغة:

الزواج: الإسم من التزوج[١]، وهو كل ماله نضير من جنسه[٢]، والتزاوج والمزاوجة والإزدواج بمعنى[٣].

والزوج: مصدر زاج وجمعه أزواج وزوجة وجمع جمعه أزاويج.

---

[١] المنجد في اللغة والاعلام، طبعة المئوية الاولي، الطبعة الثالثة والاربعون سنة ٢٠٠٨، دار المشرق (بيروت – لبنان) حرف الزاي، فعل زاج، ص/٣١٠.

[٢] التوفيق على مهمات التعاريف للمناوي، فصل الزاي، ج/١٦، ص/٥٣.

[٣] مختار الصحاح، ص/١٣٨.

والتزويج: مصدر لفعل زوج (فعل رباعي متعد بحرف) زوجت وأزوج وزوج، يقال زوجه امرأة، أو بأمرأة، أو لأمرأة. أي عقد له عليها. وتزوج أمرأة أوبأمرأة: يعني تأهل بها[١].

ثانيا: تعريف الزواج(النكاح) إصطلاحا:

عند الحنفية:

عرف الحنفية عقد الزواج (النكاح): بانه عقد موضوع، يفيد ملك المتعة قصدا[٢].

عند المالكية:

عرف المالكية عقد الزواج : بانه عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حرمتها أن حرمت بالكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر[٣].

عند الشافعية:

عرف بعضهم بانه : عقد يتضمن ملك وطء بلفظ انكاح أوتزويج.

---

[١] انظر لسان العرب لأبن منظور، ص/١١٦- ١١٩، والمنجد في الاعلام واللغة طبعة المئوية الاولي، الطبعة الثالثة والاربعون سنة ٢٠٠٨، ص/٣١٠، والمحكم والمحيط الاعظم، ج/٣/ص/٣٢٩، والمحيط في اللغة لأبن عباد، ج/٢/ص١٢٨.

[٢] الهداية في شرح بداية المبتدي، ج/١/المجلد(١، ٢) ص/١٨٥، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ٣٢٦/١، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٨٥/٣ وما بعدها.

[٣] مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ٤٠٣/٣، والفواكه الدواني، ٣/٢.

ولكن التعريف الراجح للزواج عندهم هو: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أوتزويج أوترجمته[١].

عند الحنابلة:

عرف الحنابلة النكاح بانه: هو عقد التزويج.[٢].

الفقرة الثانية

تعريف الزواج في القانون الأحوال الشخصية العراقي

عرف القانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم/١٨٨لسنة ١٩٥٩في الباب الاول فصل الاول المادة الثالثة الفقرة الاولى عقد الزواج بانه: عقد بين رجل وإمرأة، تحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل.[٣]

ولكن التعديل الذي أجرى برلمان إقليم كوردستان العراق، لقانون الأحوال الشخصية العراقي المذكور أعلاه، بقانون رقم ١٥ / لسنة ٢٠٠٨ أوقف العمل بالفقرة الاولى من المادة الثالثة، ليحل محله الفقرة الاولى من المادة الثالثة في القانون الجديد التي عرفت الزواج بانه:عقد تراضي بين رجل وامرأة، يحل به كل

---

[١] تكملة المجموع شرح المهذب، ج/١٩/ص/٤-١١، وإعانة الطالبين، ج/٣/ص/٢٥٥، ٢٥٤، ومغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج/٣/ص/١٢٣ومابعدها.

[٢] المغني لابن قدامة، ٣/٧، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٤/٨، وكشاف القناع للبهوتي، ٥/٥.

[٣] متن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته وقانون حق الزوجة المطلقة في السكن وقانون الأحوال الشخصية للاجانب اعداد المحامية سولاف البرزنجي، المكتبة القانونية بغداد،ص/٤.

منهما للآخر شرعا، غايته تكوين الاسرة على أسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة طبقا لأحكام هذا القانون. [1]

المطلب الثاني

أهمية الزواج

لو نتأمل عن مفهوم الزواج وماهيته وما يترتب عليه، لنجد أن الزواج أو أن قضية الزواج ذا أهمية كبيرة وفوائد جمة متعددة الجوانب والنواحي، أي أن للزواج أهمية من الناحية الدينية، والناحية الاجتماعية، والناحية الاخلاقية، والناحية الاقتصادية وغير ذلك من النواحي وليس من ناحية فحسب. بل نرى أمرنا الله به في قوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٣٢﴾ ﴾ النور: ٣٢.

وكذلك أمرنا به رسول الأكرم (صلى الله عليه وسلم) ووصفه بسنته، وهوايضا من سنن انبياء الله (عليهم السلام)، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى نجد أن الزواج سبب للقرابة والمصاهرة وإزدياد النوع الإنساني، وبقائه على وجه الأرض، وكذلك جعل الله من الزواج السكينة والطمأنينة والمودة والرحمة التي تنعكس إيجابيا على سلوك الأفراد في المجتمع.

---

[1] أحكام ومواد القوانين والقرارات المتعلقة بالأحوال الشخصية النافذة في أقليم كوردستان – العراق، اعداد القاضي عوني البزاز عضو برلمان أقليم كوردستان سابقا، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة ٢٠١١م، ص/١٦.

ولقد نرى كثير من الدول المتقدمة تعاني من أزمة قلة يد العاملة، فمن الطبيعي والبديهي هذه الازمة احدى أسبابها هي عدم اهتمام المجتمع بقضية الزواج، وما يدعو الزواج من التناسل، والتكاثر لنوع الإنساني، فقلة يد العاملة في أي دولة كانت تجبرها على استيراد العمال من الخارج، الذي يشكل عبئا ماليا وإقتصاديا وإجتماعيا وأمنيا أكثر على هذه الدولة، بالمقارنة فيما لوكانت هذه العمال من مواطنيها، وبالتالي تؤثر على حركة الانتاج، وإزدياد تكلفة المنتجاة، وغلاء الاسعار في الاسواق، وكذلك عدد السكان يؤثر على الدولة في توجيه سياساتها الخارجية والداخلية.

وأخيرا كل ما أوردناه من اهمية الزواج وفوائده هي أن الزواج هو أساس المجتمع، لان الاسرة يتكون بالزواج، والمجتمع يتكون من عدة اسر. لذلك قيل اذا صلحت الاسرة، صلح المجتمع، واذا فسدت، فسد المجتمع[١].

---

[١] أنظر الجامع لأحكام القران، (تفسير القرطبي) ج/٩/ص/٣٢٧، وموسوعة الزواج الاسلامي السعيد، للشيخ محمود المصري، ص/١٦- ٣٠، وفقه الاسرة ، للدكتور القصبي زلط، دار الصحابة لتراث بطنطا، ص/٣٠، ٣١، وفي ظلال القران لسيد قطب، ج/١/ ص ٢٣٥، و منهج القران الكريم في اصلاح المجتمع، للدكتور محمد السيد يوسف ص/٣٥١-٣٥٣، و تفسير صفوة التفاسير للشيخ محمد على الصابوني ج/٢/ص/٨١٩، و تفسير القران العظيم لابن كثيرج/٦/١١٧، و دروس في علم الاجرام ج/١/ص١١٦,٩٤.

المبحث الثاني

مكانة المرأة قبل الاسلام ومكانتها في الاسلام

المطلب الاول

مكانة المرأة قبل الاسلام

يجدر بنا اذا أردنا أن نبحث عن مكانة المرأة قبل الاسلام، أن نعود الى الماضي، أي حال المرأة عند بعض الامم السابقة قبل الاسلام، وعند العرب قبل مجيء الاسلام، لكي نرى كيف عاشت المرأة آنذاك، وليبين للناس عموما، وللنساء خصوصا، أن هناك إجماعا عالميا قد تجاوز حدود الزمان والمكان، على ظلم المرأة وتجريدها من كافة حقوقها الإنسانية والقانونية عندهم.

وكانت المرأة عند بعض الامم السابقة، كالاغريق والرومان والصينيين القدماء والهنود والفرس واليهود والنصرانية وعند بعض قبائل العرب قبل الاسلام، محرومة من حقوقها كانسان، كحقها في الحياة أو في التصرف بمالها أو حقها في ممارسة حقوقها الاجتماعية والاسرية وغير ذلك من الحقوق وذلك لانهم لم ينظروا اليها مساوية للرجل في الإنسانية، بل وأكثر من ذلك فمنهم رأى أن المرأة مخلوق آخر أو أنها إنسان ولكن خلقت لخدمة الرجل فقط أو أنها متاع كأي أمتعة أخرى، وعاملوا معها على هذا الأساس [1].

---

[1] انظر عودة الحجاب المرأة بين تكريم الاسلام واهانة الجاهلية، لمحمد بن اسماعيل المقدم، ص/٤٨,٤٧، والمراة والمجتمع دراسة في علم الاجتماع ، دكتور حسين عبدالحميد أحمد

المطلب الثاني

مكانة المرأة في الاسلام

إن الشريعة الإسلامية في نظرتها ومعاملتها للانسان عموما والمرأة خصوصا، مبني على أساس العدل، والمساواة، فهذان الاساسان متجسدان بوضوح في كثير من النصوص في القران الكريم والاحاديث الرسول (صلى الله عليه وسلم).

إن المرأة في ظل شريعة الاسلام أدركت انها انسان، وانها ذات مكانة وإعتبار، بحيث أعطت الشريعة الإسلامية للمرأة الحق في ممارسة حقوقها الدينية والاجتماعية والاقتصادية والمالية كحقها في التصرف بمالها ومنحها كافة حقوق القانونية على المال والسياسية وحررها من قيد التمييز من الناحية

رشوان، دكتوراه في علم الاجتماع ، كبير مدرسي علم الاجتماع بدرجة مدير العام / استاذ جامعة الاسكندرية، الطبعة الثانية ٢٠١١م، الناشر دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر– الاسكندرية، ص/١٨، و حضارات الهند، تاليف الدكتور غوستاف لوبون، نقل الى العربية عادل زعيتر، دار العالم العربي القاهرة، الطبعة الاولى ٢٠٠٩م، ص٤٤٧، ٤٤٦، و بحر العلوم، المؤلف، السمرقندي، ج/٢/ص/٤٦٩، و دراسات اسلامية في الاسرة والمجتمع، تنظيم الاسلام للمجتمع، ص/١٠,١١.

الإنسانية بخلاف نظرة وتعامل مجتمعات والمعتقدات السابقة على الاسلام، لانهم لم ينظروا ولم يتعاملوا معها كانسان[١].

المبحث الثالث

تعريف الطلاق والوقاية من الوقوع في الطلاق

المطلب الاول

تعريف الطلاق في الفقه الاسلامي والقانون الأحوال الشخصية العراقي

الفقرة الاولى

تعريف الطلاق في الفقه الاسلامي لغة واصطلاحا

أولا: تعريف الطلاق لغة:

رفع القيد الحسي أو المعنوي[٢]: حسيا كقيد الفرس، وقيد الاسير، ومعنويا كقيد النكاح. **أو** إزالة القيد والتخلية[٣].

---

[١] المرأة في الفكر الاسلامي، للدكتور جمال محمد فقى باجلان، ص/٥٣، وما بعدها، و دراسات اسلامية في الاسرة والمجتمع، المجتمع الإنساني في ظل الاسلام، الامام محمد ابو زهرة، ص/١٦٢، و المرأة في الحضارة الإسلامية، للدكتور رعد محمود البرهاوي، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ديوان وقف السني، بغداد، الطبعة :الاولى، ١٤٣٠هـ – ٢٠٠٩م، ص/٢٠– ٢٤، ونظرية النيابة في التصرفات في التشريع الاسلامي والقانونين المصري والكويتي،للدكتور محمود محمد حسن، دار القلم بالمنصورةص/٣٧، ٣٨.

[٢] تعريفات ومصطلحات فقهية في لغة معاصرة، ج/١/ص/٤٤.

[٣] التعريفات للجرجاني، ص/١٨٣.

ثانيا: تعريف الطلاق اصطلاحا:

عند الحنفية:

جاء في البناية شرح الهداية: هو (رفع قيد النكاح من أهله في محله)[١].

عند المالكية:

وجاء في المقدمات الممهدات: هو(حل العصمة المنعقدة بين الزوجين)[٢].

عند الشافعية:

وجاء في أسنى المطالب في شرح روض الطالب: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[٣].

عند الحنابلة:

وجاء في المغني لابن قدامة: هو حل قيد النكاح[٤].

---

[١] البناية شرح الهداية، ٢٨٠/٥.

[٢] المقدمات الممهدات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ٤٩٧/١.

[٣] أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢٦٣/٣.

[٤] المغني لابن قدامة، ٣٦٣/٧.

الفقرة الثانية

تعريف الطلاق في القانون الأحوال الشخصية العراقي

عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩في المادة الرابعة والثلاثون في فقرتها الاولى الطلاق بانه:(رفع قيد الزوج بايقاع من الزوج أو من الزوجة وان وكلت به أو فوضت أو من القاضي ولايقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعا)[١].

وعرف قانون الأحوال الشخصية العراقي في اقليم كوردستان رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ المعدل لقانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩في المادة الرابعة والثلاثون في فقرتها الاولى الطلاق بانه (الطلاق رفع قيد الزواج بصيغة صريحة تدل عليه شرعا وقانونا دون التقييد بصيغة محددة أو لغة معينة بايقاع من الزوج أو الزوجة أن وكلت أو فوضت به أو من القاضي)[٢].

---

[١] الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته لاستاذ الدكتور فاروق عبدالله كريم، طبع على نفقة جامعة السليمانية ، سنة ٢٠٠٤م، ص/ ١٦٦، وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته وقانون حق الزوجة المطلقة في السكن وقانون الأحوال الشخصية للاجانب، اعداد المحامية سولاف البرزنجي، المكتبة القانونية بغداد، ص/٢٣.

[٢] أحكام ومواد القوانين والقرارات المتعلقة بالأحوال الشخصية النافذة في اقليم كوردستان – العراق، اعداد القاضي عوني البزاز ، الطبعة الثانية سنة ٢٠١١م ، ص/٣١ ، والأحوال الشخصية في اقليم كوردستان العراق، تعليق على نصوص القانون، المستشار احمد نصر الجندي، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر والبرمجيات، سنة ٢٠١١م ، ص/٨٥.

المطلب الثاني

الوقاية من الوقوع في الطلاق

فالطلاق كما هو موضح في تعاريف الفقهاء هوحل وفك لهذه الرابطة المقدسة، والذي سماه الله في كتابه العزيز بالميثاق الغليظ، وتشتت لما جمع بالزواج الذي كان سبب الراحة والاطمئنان، والتودد والرحمة، والذي مسكن روحي للزوج والزوجة، لذلك من الواجب المحافظة على هذا العقد والرابطة المقدسة، والميثاق الغليظ بكل طرق وسبل الوقائية لحمايته من الشقاق والخلل والمشاكل المؤدية الى الطلاق، وان لانلجأ الى الحل الاخير وهو الطلاق الذي لم يشرع الله الا لحل المشاكل التي تعيق استمرار حياة الزوجية وهذه المشاكل سواء مادي اوحسي أو معنوي اوعاطفي، وإذا وجد الخلاف والشقاق (النشوز) بينهما فعلى الزوج اتباع المراحل التي امر الله بها قبل اللجوء الى الفرقة والطلاق. ولان الطلاق ابغض الحلال الى الله سبحانه، لذلك يجب عدم اللجوء اليه الا في حالات التي ليس لها حل سوى الطلاق لان الطلاق هدم وخراب لما بني بالزواج، وخاصة اذا لم يستخدمه الرجل في موقعه وأسباب موجبه.

فعلى هذا الاساس لابد لنا أن نسلك كل طرق واساليب التي تسعد الزوجين وتحل المشاكل والخلافات والانشقاقات وتدوم بالحياة الزوجية وتجنب الطلاق لانهاء الرابطة الزوجية، فمن المسلم به لو غلقنا وسددنا ابواب وطرق

المؤدية للوقوع في الطلاق لقلت نسبة الطلاق الى حد يتناسب مع الحكمة التي شرع الله الطلاق من اجله.

لذلك نمكن أن نحقق هذا الأمل العظيم لو سرنا على قاعدة التي تقول الوقاية خير من العلاج، واتخذناه منهجا للسير عليها، لأن الطلاق علاج والوقاية هو سد ابواب المؤدية الى الطلاق، فالوسائل الوقائية للوقوع في الطلاق تعني تقليل نسبة الطلاق وليست افنائه لان الطلاق في عدة حالات هو افضل الحل والعلاج ولابد منه.

الفقرة الاولى

الوسائل الوقائية قبل الزواج

١- السن المناسب للزواج:

٢- القدرة على الزواج من الناحية المالية والمعنوية.

٣- الصدق في اعطاء المعلومات كل منهما للاخر.

٤- الاختيار الصحيح.

الفقرة الثانية

الوسائل الوقائية بعد الزواج

الوسائل الوقائية بعد الزواج يتمثل في حقوق الزوج على الزوجة وحقوق الزوجة على الزوج:

أولا: حقوق الزوج على الزوجة:

١- اطاعة الزوجة لزوجها في معروف:

٢- القيام بالواجبات اليومية والموسمية والاحتفاظ بما يجب عليها الاحتفاظ به: [١].

ثانيا: حقوق الزوجة على الزوج:

١- الصداق والنفقة

- المهر (الصداق)
- النفقة

٢- المعاشرة بالمعروف[٢].

---

[١] شرح أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، معلقا عليها بأحكام المحمكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض، من قلم المرحوم الامام الشيخ: احمد ابراهيم بك، والمستشار: واصل علاء الدين احمد ابراهيم، طبع بمطابع دار الجمهورية للصحافة، طبعة:٢٠١٣، ص/٦٦٣، و الاسرة، الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم،الطبعة الاولى، ١٤٥٨هـ – ٢٠٠٧م، ص/١٤٠- ١٤٨.

[٢] فقه الاسرة، للدكتور القصبي زلط، ص/١٥١، و محاضرات في عقد الزواج وآثاره، للدكتور الهادي عرفه، ص/٢٤٣، والاسرة، الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، ص/١٥٢- ١٥٥، العشرة الزوجية، نورالدين ابو لحية، دار الكتاب الحديث، ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م، ص/٢٠٧ – ٢٠٨، والمراة على الزوجة في الزواج الاسلامي، نور الدين ابولحية، دار الكتاب الحديث، ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٧م، ص/٥٦,٥٧.

الفصل الاول

تعريف الخلع ومشروعيته وحكمه واسبابه

المبحث الاول

تعريف الخلع في الفقه الاسلامي والقانون الأحوال الشخصية العراقي

المطلب الاول

تعريف الخلع في الفقه الاسلامي لغة واصطلاحا

الفقرة الاولى: الخلع لغة

والخلع في اللغة العربية يدل على اكثر من معنى فتارة يدل على النزع والازالة وتارة يدل على الفصل والعزل والمبارئة وكذلك يدل على العطاء والمنحة وله معان كثيرة كما هو مبين في الكتب اللغة والمعاجم[١]:

الفقرة الثانية: تعريف الخلع اصطلاحا:

١- تعريف الخلع عند الحنفية:

جاء في البحر الرائق شرح كنز الدقائق في تعريف الخلع بانه: (إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه)[٢].

---

[١] انظر مختار الصحاح، ص/٩٥، والمصباح المنير، ١٧٨/١، وتاج العروس، ٥١٨/٢٠ وما بعدها، ومعجم اللغة العربية المعاصرة، ٦٨٢/١.

[٢] بحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج/٨/ص/٢٠١.

٢- تعريف الخلع عند المالكية

جاء في كتاب أقرب المسالك في تعريف الخلع بانه (الطلاق بعوض وان من غيرها أو بلفظه)[١].

٣- تعريف الخلع عند الشافعية:

جاء في نهاية المحتاج في تعريف الخلع بانه (هو فرقة بعوض مقصود بلفظ الطلاق أو الخلع راجع لجهة الزوج أو لسيده)[٢].

٤- تعريف الخلع عند الحنابلة:

عرف فقهاء الحنابلة الخلع بانه:(فراق الزوج لزوجته بعوض بالفاظ مخصوصة)[٣].

٥- تعريف الخلع عند الظاهرية:

جاء في كتاب المحلى بالآثار في تعريف الخلع بانه:(هو الافتداء اذا كرهت المرأة زوجها فخافت الا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها)[٤].

٦- تعريف الخلع عند المذهب الشيعة الجعفرية:

---

[١] اقرب المسالك لمذهب الامام مالك، لاحمد بن محمد بن احمد الدردير، مكتبة ايوب كانو- نيجيريا، طبعة ٢٠٠٠م - ١٤٢٠هـ ، ص/٦٨.

[٢] نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ٣٩٣/٦.

[٣] انظر المبدع شرح المقنع، ٢٦٧/٦، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٣٨٢/٨، والروض المربع شرح زاد المستنقع، ٥٥٢/١، وشرح منتهى الارادات للبهوتي، ٥٧/٣،

[٤] المحلى بالآثار، ٥١١/٩.

عرفوا الخلع بانه (ازالة النكاح بفدية من الزوجة اذا كرهت زوجها أو مع الكراهة منهما)[١].

المطلب الثاني

تعريف الخلع في قانون الأحوال الشخصية العراقي

عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ الخلع في المادة السادسة والاربعون في الفقرة الاولى بانه (إزالة قيد النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بايجاب وقبول امام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون)[٢].

وعرف قانون الأحوال الشخصية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ الصادر من قبل برلمان اقليم كوردستان – العراق المعدل لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المادة السادسة والاربعون في الفقرة الاولى الخلع بانه (إزالة قيد النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض لايزيد عما قبضته من المهر

---

[١] الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب الاربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الزواج والطلاق ، بدران ابو العينين بدران، دار النهضة العربية بيروت، ص/٣٩٣)

[٢] قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته وقانون حق الزوجة المطلقة في السكن وقانون الأحوال الشخصية للاجانب، اعداد المحامية سولاف البرزنجي، المكتبة القانونية – بغداد، ص/٣٣، و الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، للدكتور احمد الكبيسي، الجزء الاول، ص/ ٣٧١,٣٧٠.

المسمى ولا يشترط رضى الزوج في الخلع اذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم أن الزوجة لاتطيق العيش معه)[1].

المبحث الثاني

مشروعية الخلع والحكمة من مشروعيته

المطلب الاول

مشروعية الخلع

فالخلع مشروع عند جمهور الفقهاء رغم وجود الاختلاف حول أحكامه وآثاره، واستدلوا لمشروعية الخلع بدليل من الكتاب والسنة والاجماع والمعقول، ولكن ذهب الامام بكر بن عبدالله المزني الى خلاف ما ذهب اليه جمهور الفقهاء في مشروعية الخلع اذ أن الخلع عنده غير مشروع واستدل قوله بعدم جواز ومشروعية الخلع بالكتاب والسنة.

لذلك نعرض كلي رايين في الفقرتين مع ما استندوا اليه من الدلائل وبيان قوة استدلال كل منهم، وما هو راجح عند الفقهاء في الفقرة الثالثة.

---

[1] أحكام ومواد القوانين والقرارات المتعلقة بالأحوال الشخصية النافذة في اقليم كوردستان – العراق، اعداد القاضي عوني البزاز، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة سنة م٢٠١١ مكتبة تبايي للطبع والنشر، ص/٣٩، والأحوال الشخصية في اقليم كوردستان تعليق على نصوص القانون المستشار احمد نصرالجندي ص/١٢٩).

الفقرة الاولى

رأي جمهور الفقهاء وادلتهم من الكتاب والسنة والاجماع والمعقول

ذهب جمهور الفقهاء الى جواز ومشروعية الخلع واستدلوا لقولهم بجواز الخلع بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول وفيما يلي عرض لما يستدل به جمهور الفقهاء.

أولا: دليل 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 ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩. [1].

ثانيا: دليل من السنة:

إستدل جمهور الفقهاء بالوقائع التي جاءت صريحة في الدلالة على جواز الخلع ومشروعيته في السنة النبوية وقد جاء ذكر هذه الوقائع بروايات مختلفة في كتب الحديث ولكن كلها يدل على جواز ومشروعية الخلع، منها:

---

[1] تفسير القران العظيم، (تفسير ابن كثير)، ج/١/ص/٦١٨، وتفسير صفوة التفاسير للشيخ محمد علي الصابوني، المكتبة العصرية صيدا – بيروت، ج/١/ص/١٢٣، و تكملة المجموع شرح المهذب، ج/٢٠/ص/٢٧٦. و أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة رسالة مقدمة الى قسم الشريعة الإسلامية للحصول على درجة الدكتوراه، من اعداد سامح عبد السلام محمد، ص/٦٧.

١- عن ابن عباس أن إمرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة[١].

٢- وفي رواية اخرى عن ابن عباس أن إمراة ثابت بن قيس اتت رسول الله (صلى اله عليه وسلم) فقالت: يارسول الله لايجتمع راسي وراس ثابت ابدا، اني رفعت جانب الخباء فرايته اقبل في عدة – أي جماعة- فاذا هو اشدهم سوادا وأقصرهم قامة واقبحهم وجها وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها فقال أتردين عليه حديقته قالت نعم وان شاء زدته ففرق بينهما)[٢].

ثالثا: دليل الاجماع:

فقد اجمع ائمة المسلمين على جواز الخلع الا الامام بكر بن عبدالله المزني حيث ذهب الى عدم جواز الخلع، ونورد ما استدل به في قوله بعدم مشروعية الخلع عند عرض رايه في مشروعية الخلع.

رابعا: الدليل العقلي:

إستدل القائلون بجواز الخلع رغم ورود الادلة من القران والسنة والاجماع كذلك بدليل العقلي، ونستطيع أن نعرض ما استدلوا به عقليا من خلال هذه النقاط.

---

[١] صحيح البخاري،ج/٧/ص٤٦/رقم/٥٢٧٣.

[٢] فتح الباري شرح صحيح البخاري، ٩/٤٠٠.

١- أن المرأة يجوز لها أن تهب مهرها من غير أن تحصل على شيء وقد اشار القران الكريم الى ذلك في قول المولى عز وجل:﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ٤ ﴾ النساء: ٤. فيجوز أن تهب مهرها لتملك به أمر نفسها من باب أولى.

٢- القياس على الشراء والبيع، اذ قاسوا النكاح على الشراء وقاسوا الخلع على البيع، فقالوا انه لما كان الزوج يملك حق الانتفاع بالبضع بعوض، جاز له أن يزيل ذلك الملك بعوض كذلك – كالشراء والبيع.

٣- القياس على القصاص، اذ أن ملك النكاح حق للرجل، فيجوز له أن ياخذ العوض عنه شان حقه في القصاص[١].

الفقرة الثانية

رأي الامام بكر بن عبدالله المزني

إستدل الامام بكر بن عبدالله المزني لقوله بغير مشروعية الخلع وعدم جوازه بالكتاب والسنة.

أولا: دليل من الكتاب:

يقول الامام أن الآية التي تستدل بها لمشروعية الخلع منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا

[١] المجموع ج/٢٠/ص/٢٧٦,٢٧٧، وأحكام الخلع في الشريعة الإسلامية اعداد الباحث سامح عبد السلام محمد، ص/ ٧٣، ٧٤.

تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ ﴾النساء: ٢٠.أي أن هذه الاية نسخت قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩.

ثانيا: دليل من السنة:

فقد إستدل الامام بقوله (صلى الله عليه وسلم): (أيما إمرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة)[١].

الفقرة الثالثة

الرأي الراجح

والراجح ماذهب اليه جمهور الفقهاء وذلك لقوة ادلتهم ووضوح دلالة هذه الادلة على مشروعية الخلع وجوازه [٢].

المطلب الثاني

الحكمة من مشروعية الخلع

والحكمة من مشروعية الخلع انه إذا كانت الزوجة هي المتضررة، والراغبة في المفارقة، فليس الطلاق منقذا لها، لان أمره ليس بيدها، ولما بقاؤها زوجة على هذه الحالة، يؤدي الى النشوز والشقاق، وعدم القيام بما فرض الله عليها من حقوق للزوج، مثل: حسن العشرة والطاعة وغيرهما، وقد لاتسمح نفس الزوج

---

[١] سنن ابن ماجة، ٢٠٥٥/٦٦٢/١، ومسند الامام احمد، ٢٢٤٤٠/١١٢/٣٧، وسنن ابي داود، ٢٢٢٦/٢٦٨/٢، والسنن الكبرى للبيهقي، ١٤٦٨٠/٥١٧/٧.

[٢] المجموع ج/٢٠/ص/٢٧٦,٢٧٧.

بطلاقها مجانا، لانه بذل المال في سبيل النكاح والولاية عليها، وفوق ذلك: فان كرامته المهينة بكراهيتها له، قد تدفعه الى امساكها، اضرارا بها وانتقاما منها، لهذا أجاز الشارع الحكيم للزوجة: أن تفتدي منه بالمال، وأجاز له: أن ياخذه عوضا عما بذله، وترضية عما لحقه، لتسمح نفسه بطلاقها، وليجد من هذا العوض إن كان معسرا ما يمكنه من نكاح غيرها[١].

المبحث الثالث

الأصل في الخلع وحكمه التكليفي

بعد أن عرضنا رأي جمهور الفقهاء بمشروعية الخلع وأدلتهم، على أنهم يجوزون الخلع بإعتبار أن الخلع نوع من أنواع الفرقة التي شرعها الاسلام ليكون حلا للمشاكل والشقاق فيما بين الأزواج، ولكن هذا لاينافي مع كون إختلافهم حول الأصل في مشروعية الخلع أي هل أن الخلع مباح؟ أو محظور؟ بإعتبار الأصل، إتباعا لهذا الإختلاف نعرض هذا الموضوع والأحكام التكليفية للخلع من خلال مطلبين نخصص المطلب الاول لتأصيل حكم الخلع عند الفقهاء والمطلب الثاني للبحث عن الأحكام التكليفية له .

[١] تكملة المجموع شرح المهذب للامام النووي، ج/٢٠/ص/ ٢٧٤,٢٧٠- ٢٧٦.

المطلب الاول

تأصيل حكم الخلع عند الفقهاء

ان الفقهاء الشريعة عند بحثهم في اصل الخلع فمنهم قال باباحة الخلع حسب الاصل ومنهم قال بتحريمه، تبعا لذلك فان الفقهاء على قولين في ذلك:-

القول الاول: أن الأصل في الخلع الاباحة، وذلك بالنظر الى انه معاوضة على العصمة، أي يجوز للزوج أن يخالع زوجته بدون سبب وللزوجة كذلك. ذهب الى هذا القول الشافعية والمالكية في المشهور عندهم[١].

القول الثاني: أن الاصل في الخلع الحظر لا الاباحة الا لحاجة وضرورة. أي يحرم المخالعة بدون سبب ومبرر، وذلك بالنظر الى أنه طلاق، وذهب الى هذا القول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية وغيرهم[٢].

---

[١] انظر الحاوي الكبير، ٧/١٠، وتكملة المجموع شرح المهذب، ٢٧٨/٢٠، وشرح مختصر خليل للخرشي، ١٢/٤، و وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ٣٤٧/٢.

[٢] انظر المبسوط للسرخسي، ٢/٦، ومجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر، ٣٨١/١، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، ١٨/٤، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢/ ٥٣٥، والحاوي الكبير، ٧/١٠، والمغني المحتاج، ٤٣٠/٤، والمغني لابن قدامة، ٣٢٦/٧، والشرح الكبير على متن المقنع، ١٧٦/٨، و الفقه المقارن للاحوال الشخصية لبدران أبو عينين بدران، ٣٩٥.

المطلب الثاني

الحكم التكليفي للخلع

طلب الخلع قد يصدر من الزوجة، وهو الغالب، اذ تطلب من زوجها اجراء الخلع معها لقاء مال تدفعه له، وقد يصدر طلب الخلع من الزوج اذ يطلب هو منها اجراء الخلع معه.

والطلب في الحالتين يعتبر فعلا من افعال المكلفين، وافعال المكلفين يتعلق بها خطاب الشارع على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع، وتعلق هذا الخطاب بها على وجه الاقتضاء – أي على وجه الايجاب أو الندب أو التحريم أو الكراهة. وتعلقه بها على وجه التخيير – أي على وجه الاباحة.

واثر هذا التعلق الاقتضائي أو التخيير لخطاب الشارع بفعل المكلف، جعله واجبا أو مندوبا أو محرما أو مكروها أو مباحا[1].

---

[1] المهذب للشيرازي، ٤٨٩/٢، و كشاف القناع للبهوني، ٢١٢/٥، و المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، دار الفكر – بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ٥١١/٩، والفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب الاربعة والمذهب الجعفري والقانون، لبدران أبوالعينين بدران، ص/٣٩٥، و المفصل في أحكام المرأة د عبد الكريم زيدان، ج/٨ص/١١٩ – ١٢٥.

المبحث الرابع

أسباب الخلع

المطلب الاول

يجوز الخلع في حالة الوفاق مطلقا (بدون أسباب)

ذهب الشافعية والمالكية في المشهور عندهم الى جواز الخلع مطلقا ولم يشترطوا لجواز الخلع وجود حالة خاصة أي يجوز الخلع ولو لم يكن هناك شقاق أو نشوز بين الزوجين، واشترطوا لجواز الخلع بدون سبب شرط عدم الاضرار بالزوجة وحملها على المخالعة أي لايجوز الخلع في حالة عضل الزوج زوجته لتخالعه عندهم، وكذلك يجوز الخلع في حالة الوفاق وعدم الشقاق أو النشوز من قبل الزوج اذا تراضيا مع كراهة اخذ العوض من الزوجة عند الحنفية والحنابلة[1].

---

[1] انظر الحاوي الكبير، ٧/١٠، والبيان في المذهب، ٨/١٠، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢٤١/٣، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٩٠/٣، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ٣٤٧/٢، والاختيار اتعليل المختار،١٥٧/٣، والعناية شرح الهداية، ٢١٥/٤، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٨٣/٤، والكافي لابن قدامة، ٩٦/٣، والشرح الكبير على متن المقنع، ١٧٥/٨، وكشاف القناع، ٢١٢/٥.

المطلب الثاني

يجوز الخلع في حالة وجود الكراهية والنشوز (وجود مبرر)

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة الى جواز الخلع في حالة كراهية الزوجة لزوجها وهي الغالب سواء كرهها له نتيجة لخَلقه أو خُلقه أي سواء ينتج الكراهية من أسباب جسدية وجمالية أو من أسباب عاطفية ومعنوية ونفسية وفي حالة النشوز والشقاق أي في حالة عدم الوفاق والوئام، وهذا يعني انهم اتفقوا على جواز الخلع في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله[1].

ولكن ما يبدوا لي أن الرأي الراجح هو الرأي القائل بجواز الخلع في حالة الشقاق وفي حالة عدم الوئام والانسجام، وسواء كان الشقاق والاختلاف نتيجة لاسباب مادية أو معنوية، وذلك لان الله سبحانه وتعالى قيد جواز الخلع بالمخافة من عدم اقامة حدود الله من قبل الزوجين، بقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ ﴿٢٢٩﴾﴾ البقرة: ٢٢٩. وكذلك مايدل على جوازه من الاحاديث هو في حالة وجود الكراهية.

---

[1] انظر العناية شرح الهداية، ٢١١/٤، ولسان الحكام، ٣٢٩/١، و اللباب شرح في شرح الكتاب، ٦٤/٣، ورد المحتار على الدر المختار، ٤٤١/١، والمدونة الكبرى، ٢٤٦/٢، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٩٠/٣، والام للامام الشافعي، ١٢١/٥، والمهذب للشيرازي، ٤٨٩/٢، والبيان في المذهب الامام الشافعي، ٧/١٠، وجواهر العقود، ٨٩/٢، والكافي لابن قدامة، ٩٥/٣، والعدة شرح العمدة، ٤٣٧/١، وكشاف القناع، ٢١٢/٥.

الفصل الثاني

التكييف الشرعي والقانوني للخلع ودور الارادة فيه

المبحث الاول

التكييف الشرعي والقانوني للخلع

المطلب الاول

التكييف الشرعي للخلع

نحاول في هذا المطلب الكشف عن طبيعة الخلع من الناحية الشرعية وذلك من خلال تكييف الفقهاء للخلع، كما ناتي به فيما يلي:-

أولا: عند الاحناف:

ان الحنفية يرون أن الخلع من جانب الزوج يمين أو في معنى اليمين وذلك لان طلاق الخلع معلق على قبول الزوجة كما هو مصرح به عندهم، وانه معاوضة من جانب الزوجة لانها تبذل بدلا مقابل افتداء نفسها منه أي من الزوج [1].

ثانيا: عند المالكية:

---

[1] انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٢/ص٢٦٧، و الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي، ص/٢٣٤.

يرى الماكلية أن الخلع معاوضة أي انهم كيف الخلع بالمعاوضة وذلك بالنظر الى ما عرفوا به الخلع بانه (هوالطلاق بعوض)[١].

ثالثا: عند الشافعية:

والطبيعة الشرعية للخلع من جانب الزوج – أي التكييف الشرعي – عند الشافعية تختلف وفق الصيغة المستعملة في الخلع، فاما تكون الصيغة المستخدمة صيغة المعاوضات واما تكون الصيغة بصيغة التعليق، فتبعا لذلك يكون التكييف حسب الصيغة المستعملة للخلع عندهم.

اما بالنسبة لطبيعة الخلع من جانب الزوجة فلا يتغير بتغير الصيغة وانما له تكييف واحد وهومعاوضة فيها شوب الجعالة [٢].

ثالثا: عند الحنابلة:

فتكييف الخلع عند الحنابلة يختلف بالنسبة الى كل من الزوج والزوجة، لهم قولان في التكييف الشرعي بالنسبة للزوج، فالقول الاول ذهب الى أن الخلع بالنسبة للزوج معاوضة، والقول الثاني ذهب الى أن الخلع بالنسبة له تعليق وليس معاوضة [٣].

---

[١] حاشية الصاوي على الشرح الكبير، ج/٥/ص/٢٤٢، و حاشية الرهوني ج/٤/ص/٥٢ وما بعدها.

[٢] مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ٤/٤٤٠، ٤٤١، و نهاية المحتاج ج/٦/ص/٤٠٠، ٤٠١.

[٣] كشاف القناع ج٥/ص٢١٨، وما بعدها، و المفصل في أحكام المرأة، للدكتور عبدالكريم زيدان، ٨/١٢٦– ١٣٢.

المطلب الثاني

التكييف القانوني للخلع

نبحث في هذا المطلب عن التكييف القانوني للخلع أي الطبيعة القانونية للخلع، فبالنظر لتعريف الذي ورد في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩في مادته السادسة والاربعون في فقرتها الاولى للخلع بانه (الخلع ازالة قيد الزوج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بايجاب وقبول امام القاضي مع مراعات أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون). يتبين أن القانون عندما عرف الخلع ونص على أن الخلع ينعقد بايجاب وقبول وهذا يعني لابد لانعقاد الخلع من ايجاب وقبول ولافرق في أن يكون الإيجاب من جانب الزوج أو من جانب الزوجة. غير أن الطبيعة القانونية للخلع من جانب الزوج تختلف عن الطبيعة القانونية للخلع في جانب الزوجة وذلك لان الخلع من جانب الزوج في معنى اليمين أو يمين وكونه يمينا من جانب الزوج لانه عبارة عن شرط وجزاء في المعنى ولانه علق طلاقها على قبولها البدل (المال)، والتعليق: يمين في اصطلاح الفقهاء فلهذا الاعتبار يكون الخلع يمينا من جانب الزوج، ولكن من جانب الزوجة معاوضة، ووجه كون الخلع من جانبها معاوضة انها رضيت بدفع البدل الى الزوج لتفتدي نفسها وتشتري عصمتها[١].

---

[١] شرح قانون الأحوال الشخصية، للدكتور احمد علي والدكتور حمد عبيد والدكتور محمد عباس ، الطبعة الاولى ١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م القسم الاول الزواج والطلاق، ص/١٦٣.

المبحث الثاني

دور الارادة في الخلع

الفقرة الاولى

دور إرادة الزوجة في الخلع

ان أمر الخلع منوطٌ بمصلحة المرأة و إختيارها ، ولا خيار للزوج فيه، كما يدل عليه واقعة إمراة ثابت بن قيس، ما رواه البخاري عن إبن عباس رضي الله عنهما أن إمرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام فانه عليه الصلاة والسلام قال : فَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَديقَتَهُ ؟ فقالَتْ : نَعَمْ . فَرُدَّتْ عَلَيْهِ ، وأمَرَهُ ففارَقَها.

إذن فطريق الخلاص للمرأة، إذا لم تطق الصبر مع زوجها . منفتح ، وليست أسيرة رهن إرادة الرجل محضاً.

لذلك للزوجة أن تطلب الخلع من زوجها، بارادتها اذا ادعت الظروف اليه، بان كان هناك أسباب تبرر ذلك وان كان من الفقهاء يجوز الخلع في حالة الوفاق وعدم الشقاق، أي بدون سبب، كما جاء في المهذب في الفقه الشافعي (وان لم تكره منه شيئاً وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عز وجل:

﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيـًٔا مَّرِيـًٔا ﴿٤﴾ ﴾ النساء: ٤. ولانه رفع عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالإقالة في البيع)[١].

وعلى هذا فان للزوجة حرية كاملة في توجيه ارادتها للطلب بالخلع من زوجها في حالة وجود اسباب تبيح الخلع ولا يجوز لاحد أن يكرهها على الخلع باية وسيلة كانت لانها صاحبة ارادتها ولا سلطان لاحد عليها في ذلك.

الفقرة الثانية

دور إرادة الزوج في الخلع

للزوج أن يطلب من زوجته أن تخالع مقابل بدل ما تدفعه له، في الحالات التي يجوز له في الشرع، لوجود ما يبيح له طلب الخلع، وان يرجع في طلبه للخلع من زوجته، ولكن إرادة الزوج في الرجوع عما طلبه مقيد بطبيعة الخلع بالنسبة له، فعلى تكييف الخلع باليمين من جانبه، عند من قال بان الخلع من جانب الزوج يمين، فان إرادته مقيد بأحكام اليمين أي يطبق على الخلع من الأحكام التي يطبق على اليمين[٢].

---

[١] بدائع الصنائع للكاساني، ٧،ج/٣/ص١٥٠، و البيان والتحصيل لأبي الوليد، ج/٥/ ص/٢٣٣، والمهذب للشيرازي،ج/٢/ص/٤٨٩، و المغني لابن قدامة، ج /٧/ ص/٣٢٧.

[٢] بدائع الصنائع للكاساني، ج/٣/ص/١٤٥، و المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة ، ج/٣/٣٥٥، و مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، ج/٥/ ص/٣٠٧.

ولكن من الفقهاء قالوا بان الخلع معاوضة من جانب الزوج، فعلى تكييف الخلع من جانب الزوج بالمعاوضة يمكن أن نقول أن في هذه الحالة يتوسع دائرة إرادة الزوج مقارنة بتكييفه باليمين، لان من قال بان الخلع معاوضة فيطبق أحكام المعاوضات على الخلع من جواز الرجوع قبل صدورالقبول من الطرف الاخر وجواز خيار الشرط وعدم جواز التعليق والاضافة الى المستقبل وغيره من الأحكام الاخرى[١].

الفقرة الثالثة

مدى سلطان القاضي وإرادته في التفريق عن طريق الخلع

هناك رايين عن مدى سلطان القاضي وإرادته في التفريق عن طريق الخلع:-

الرأي الاول: يجب أن يكون الخلع أمام القاضي وللقاضي أن يجبر الزوج على ايقاع الطلاق: [٢].

الرأي الثاني: يجوز الخلع بدون السلطان أي ليس بواجب امام القاضي ولا يجوز له اجبار الزوج بايقاع الطلاق: [٣].

---

[١] المقدمات الممهدات، ج/١/ص/٥٥٨، والحاوي الكبير ج/١٠/ص/٣٠، و كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي ج/٥/ص/٢١٧.

[٢] الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج /١٢/ ص/ ٤٨٠، و انوار التنزيل وأسرار التأويل، (تفسير البيضاوي) ، ج /١ /ص/١٤٢، و تفسير القران العظيم، (تفسير إبن كثير)، ج/٢/ ص / ٢٩٧.

وقانون تعديل الأحوال الشخصية في اقليم كوردستان رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ اخذ بالرأي الاول القائل بجواز التفريق من قبل القاضي في حالة عدم رضاء الزوج بالطلاق. بحيث تنص المادة السادسة والاربعون في فقرتها الاولى بقولها (.....ولايشترط رضى الزوج في الخلع اذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم أن الزوجة لاتطيق العيش معه). بخلاف قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨/لسنة/١٩٥٩ بحيث لم ينص على سلطان القاضي بالتفريق في حالة عدم رضا الزوج بالطلاق جبرا عنه.

الفصل الثالث

أركان الخلع

المطلب الاول

الصيغة

والصيغة في الخلع هي ركن من اركانه لانه عقد بين الزوجين أو من يقوم مقامهما على إنهاء الرابطة الزوجية على عوض تقدمه الزوجة أو غيرها الى الزوج فالمراد بصيغة الخلع ما ينعقد به عقد الخلع المتمثل بالايجاب والقبول بحيث أن الإيجاب من احد طرفي هذا العقد والقبول من الطرف الاخر،

---

(٣) أحكام القران للجصاص، ج/١/ ص/٤٧٨، و الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، ج/١٠/ص/١٠، ١١.

والايجاب عند الاحناف هو ما صدر اولا سواء من المالك أو المتملك والقبول هو ما صدر ثانيا سواء من المالك أو من المتملك، ولكن عند الجمهور الايجاب هو ما صدر من المالك سواء صدر منه اولا أو ثانيا، والقبول هو ما صدر من المتملك سواء صدر منه اولا أو ثانيا، والقانون العراقي اخذ بتعريف الحنفية، وصيغة العقد بصورة عامة هي ما يتحقق به الايجاب والقبول، فهي صورته في الخارج التي يوجد بوجودها، وبعبارة اخرى أن صيغة الخلع ما يعبر بها اطراف عقد الخلع من الفاظ لوقوع الطلاق به، اذ لابد من صيغة تعبر عن وقوع الخلع.

والصيغة في انشاء العقود تكون باللفظ، وهذا هو الاصل فيها، فان تعذر اللفظ كما في الاخرس والخرساء، فالصيغة، أي الايجاب والقبول أو احدهما يكون بالاشارة، أو بالكتابة منهما أو يكون صيغة الخلع بالافعال أي بالمعاطاة دون تلفظ بالايجاب والقبول [1].

---

[1] الدر المختار، شرح تنوير الابصار، ص/٢٣٤، ورد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين الحنفي، ج/٣/ص/٤٤٠، والجوهرة النيرة، ج/٢/ص/٦٠، والتاج والإكليل لمختصر خليل، ج/٥/ص/٢٩٧، و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج/٢/ ص/٣٥١، و الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج/١٠/ص/ ١٥٠، وص/٨، و تكملة المجموع شرح المهذب للامام النووي،ج/٢٠/ص/٢٩٥، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، ج/٣/ص/٩٧، ٩٨، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج/٥/ص / ٢٩٦، والمبدع في شرح المقنع، ج/٦/ص/٢٧٣ والفقه على المذاهب الأربعة، ج/٢/ص/ ١٥١، وج/٤/ص/٣٦٨، وما بعدها، و المفصل في أحكام المرأة للدكتور عبد الكريم

المطلب الثاني

الزوج المخالع

وان الزوج المخالع هو طرف في عقد الخلع مع زوجته التي هي الطرف الثاني في هذا العقد، وانما يكون الزوج المخالع طرفا في عقد الخلع اذا توافرت فيه شروط معينة تمكنه أو تؤهله من اجراء هذا العقد، على هذا الاساس أن الزوج المخالع هو ركن من اركان الخلع عند من لم يحصر أركان الخلع في الصيغة فقط، ويسمى المخالع أو الخالع [1].

الزيدان، ج/٨/ص/١٦٨، وحق الزوجة في حل عصمة الزوجين، نور الدين ابو لحية ، دار الكتاب الحديث، الطبعة ١٤٢٨هـ – ٢٠٠٧م. ص/٢٤١، وأحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، للدكتور عامر سعيد الزيباري، دارابن حزم،ص/١٣١، ١٣٢، والوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، دكتور فاروق عبدالله كريم،٢٢٣، والمباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان – العراق – مقررات هيئة الأحوال الشخصية، القاضي كيلاني سيد احمد، ص/١٤٣.

[1] انظر منح الجليل شرح مختصر خليل، ج/٤/ص/١٤، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج/٤ص/٤٣١، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، ج/٣/ص/٩٦، والمفصل في أحكام المراة، للدكتور عبد الكريم زيدن، ج/٨/ص/١٣٤، وأحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، للدكتور عامر سعيد الزيباري، ص/٩٣، وأحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، سامح عبد السلام محمد، ص/١٥٨.

المطلب الثالث

الزوجة المخالعة

والزوجة المخالعة هي طرف في عقد الخلع، عادة وغالبا هي التي تخالع عن نفسها سواء كانت موجبة للخلع أو قابلة له، فتكون بهذا طرفا في الخلع، وعندئذ تكون تباشر المخالعة بنفسها اذا كانت أهلا لمباشرة المخالعة بنفسها، بان كانت بالغة عاقلة مختارة رشيدة أي أهلا للتبرع، وذلك لان الخلع من جانبها معاوضة شبيه بالتبرع ولايجوز لها ذلك الا اذا كان اهلا للتبرع، لذلك لايجوز ولايقبل منها مخالعتها في حالة الاكراه والسكر والهزل لانها تبذل المال (البدل والعوض) للافتداء عن نفسها وتملك نفسها بهذا العوض. كما قال سبحانه وتعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩.[1].

---

[1] انظر المبسوط للسرخسي ١٧٥/٦، ١٧٦، ورد المحتارعلى الدر المختار لابن عابدين، ٤٤١/٣، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير،٥٣١/٢، ومغني المحتاج، ٤٣٤/٤، والمهذب للشيرازي، ٤٩٠/٢، والمغني لابن قدامة، ٥١٩/٧، والمفصل في أحكام المراة، ١٣٩، وأحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، سامح عبد السلام محمد،١٨٠.

المطلب الرابع

العوض

العوض هو ما تلتزم الزوجة أو من يقوم مقامها ببذله الى الزوج وينعقد عليه عقد الخلع. فبهذا الاعتبار أن العوض من أركان الخلع ولا يصح بدونه، غير أن هذا ليس محل اتفاق بين الفقهاء، لان بعضهم لا يشترط العوض لصحة عقد الخلع فضلا عن أن يجعله ركنا له، ولكن قانون تعديل الأحوال الشخصية في إقليم كوردستان قد حسم هذا الموضوع وذلك بالنص على إشتراط العوض في الخلع بخلاف قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ [١].

---

[١] أنظر تحفة الفقهاء، للسمرقندي، ١٩٩/٢، وبدائع الصنائع للكاساني، ١٥١/٣ وما بعدها، ورد المحتار على الدر المختار لابن عابدين الحنفي،، ٤٤١/٣، المدونة الكبرى، ٢٤١/٢، و الكافي في فقه أهل المدينة،٥٩٣/٢، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٣٤/٢، والتنبية في الفقه الشافعي، ص/١٧١، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ٣٧٦/٧، ونهاية الزين في إرشاد المبتدئين، ١/ ٣١٨، و المغني لابن قدامة، ٣٣٨/٧، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٣٦٣/٥، وكشاف القناع للبهوتي، ٢١٨/٥، والمفصل لأحكام المرأة للدكتور عبد الكريم الزيدان، ١٧٢/٨، ١٧٣، وشرح قانون الأحوال الشخصية رقم/١٨٨/ لسنة /١٩٥٩ وتعديلاته، للقاضي محمد حسن كشكول ، والقاضي عباس السعدي، ص/١٧٩. والمباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان – مقررات هيئة الأحوال الشخصية– القاضي كيلاني سيد أحمد، ١٤٣– ١٤٦، وأحكام ومواد القوانين والقرارات المتعلقة بالأحوال الشخصية النافذة في إقليم كوردستان – العراق، للقاضي عوني البزاز، ص/٣٩.

الفصل الخامس

آثار الخلع

إذا تم عقد الخلع بين الزوجين بحيث توافرت فيه الاركان واستوفى الشروط وفق ما بيناه في ما سبق ذكره في الفصول السابقة، فيترتب على عقد الخلع اثارا، مالية منها وغير مالية، فالخلع كأي تصرف شرعي بمعنى كباقي العقود ينشيء الحقوق والالتزامات فينشيء الحقوق لكلي الطرفين كما ينشيء عليهما الالتزامات، فالزوج يلتزم في عقد الخلع ببعض الالتزامات في مقابل ما له من الحقوق والزوجة تلتزم ببعض الالتزامات في مقابل ما لها من الحقوق، فهذه الحقوق والالتزامات التي يترتب على عقد الخلع هي آثارا للخلع [1].

---

[1] انظر بدائع الصنائع للكاساني،١٥١/٣، والهداية شرح بداية المبتدي،٢٦٤/٢، و فتح القدير لابن الهمام، ٢٣٣/٤، والمدونة الكبرى، ٢٤٧/٢، والكافي في فقه الامام المالك، ٥٩٣/٢، و مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٢٤/٤، وكتاب الام للامام الشافعي، ٥/ ٢١٢، والحاوي الكبير، ٩/١٠، ومغني المحتاج الى معرفة معاني الفظ المنهاج، ٣٩٧/٤، ٣٩٨، والمغني لابن قدامة،٣٢٨/٧، والشرح الكبير على متن المقنع، ٢٢٨/٨، والمحلى لابن حزم، ٥٢٥/٩، و وتفسيرالهداية الى بلوغ النهاية، ٧٦٨/١، وزاد المعاد لابن القيم الجوزية،٥ /٦٠٢، وشرح أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، للمرحوم الامام الشيخ أحمد إبراهيم بك، والمستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، ص/ ٣٦٤، والمفصل، ٢٢٣/٨، و شرح قانون الأحوال الشخصية رقم/ ١٨٨/ لسنة/١٩٥٩، للقاضي محمد حسن كشكول، والقاضي عباس السعدي، ص/١٧٧، وأحكام الخلع، لعامر سعيد الزيباري، ص/ ٢٤٧، و شرح قانون الأحوال الشخصية رقم/١٨٨ لسنة ١٩٥٩، للقاضي محمد حسن كشكول، والقاضي عباس السعدي، ص/١٧٩، والأحوال الشخصية في الفقه والقضاء

الخاتمة

بعد الحمد لله الذي وفقني لاتمام وانهاء هذا البحث، فمن خلال معايشتي مع هذا البحث في فترة الكتابة وما توفقت فيه بالاطلاع على كتب الفقهية والقانونية وغير ذلك من المصادر لانتاجه توصلت الى بعض النتائج فقد جعلته خاتمة لهذا البحث وما توصلته اليها يمكن أن أوجزها فيما يلي:-

١- أن موضوع الزواج في غاية الاهمية في شريعتنا الحنيفة، وما يصدق هذا هو ما نص عليه سبحانه في كتابه العزيز الذي يقول الحق في حقه سبحانه وتعالى:﴿ لَّا يَأْتِيهِ ٱلْبَٰطِلُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِۦۖ تَنزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ ﴿٤٢﴾ ﴾ فصلت: ٤٢. في مواطن كثيرة فمنها تسمية هذا العقد بميثاق غليظ ما يدل على عظمة مكانة هذا العقد وأهميته الخاصة، وجعله السكينة للروح والابدان وجعله سببا لتبادل المودة والرحمة بينهما أي بين الزوج والزوجة، وكذلك مما يدل على أهميته هو ما يحثنا الله سبحانه ورسوله محمد صلى الله عليه وسلم على الزواج، في نصوص كثيرة، لذلك خص فقهائنا الإسلامية في كتبهم موضوع الزواج تحت عنوان مستقل وبحثوا عن مفرداتها مفصلا، وكذلك القوانين في البلاد العربية خصصوا له قانونا خاصا به وكل هذا يدل على ما للزواج من

والقانون، للدكتور أحمد الكبيسي، ٢٧٥/١، متن قانون الأحوال الشخصية لسولاف البرزنجي، ص/٣٣، وأحكام ومواد القوانين والفرارات المتعلقة بالأحوال الشخصية، للقاضي عوني البزاز، ٣٩.

أهمية بالغة في المجتمع، هذا من ناحية، وما له من خطورة على المجتمع لو تجاهلنا أهميته وأهملنا استعدادهم لتحمل هذه الحياة من ناحية اخرى.

٢- وان الاسلام رفع شان المرأة وأعطى حقها من غير إفراط ولاتفريط، بحيث اعطى لها الحقوق مقابل ما عليها من واجبات كما يدل عليه قوله سبحانه :﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴿٢٢٨﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٨.

في حين رسخت العالم تقريبا في حرمان المرأة من حقوقها وإضطهادها بشتى أشكال الاضطهاد، ووضعها في مكانة منحطة، إذ لاإعتبار لها لا في ناحية الإنسانية ولا في ناحية الاجتماعية، هذا فضلا عن حرمانها من حقها في المال والتصرف فيه.

٣- أن الله سبحانه وتعالى جعل الطلاق ومنه - الخلع - كنوع من الطلاق على رأي جمهور الفقهاء وهو الراجح، حلا وعلاجا لداء الشقاق والنشوز والتنافر والخوف من عدم إقامة حدود الله بين الزوجين كعلاج وحل أخير وذلك بعد اليأس من الحل والاصلاح بينهما بالطرق الوقائية والعلاجية التي يمكن الالتجاء اليها قبل اللجوء الى الطلاق، لان الحكمة من الطلاق، تحرير كل من الزوجين من قيد الزواج الذي لايكون فيه سعادتهما بسبب تباعد طبائعهما وعدم انسجامهما كل واحد مع الاخر وإعطاء فرصة لكل من الزوجين لتكوين زواجا آخر عسى أن يكون خيرا لهما، وان يعتبر ما يكون لهما عبرة من الزواج الاولى.

٤- وان الخلع مشروع بدليل الكتاب والسنة والاجماع والعقل وذلك لما له من اهمية كبيرة من الناحية الاجتماعية والدينية، ولكن مع تسليمنا بمشروعية الخلع، يجب على أن ننتبه الى أن مشروعية الخلع مقيدة ومقرونة بأسبابها، وان الاصل فيه الحظر لا الاباحة في الراجح.

٥- فالخلع تصرف شرعي و إرادي وان لكل تصرف شرعي حكما فهو حكم تكليفي يعتريه الأحكام التكليفية الخمسة من الوجوب والندب والحرمة والكراهة والاباحة على التغليب، فالخلع كذلك يعتري عليه هذه الأحكام الخمسة.

٦- وان لارادة الزوجة دور في الخلع، وان كان ما يبدوا من رأي أكثر فقهائنا الاجلاء عدم دور إرادة الزوجة في الخلع، ولكن كنت مع ما ذهب الى أن لها دور فيه، ودور إرادتها هو في إصرارها على مفارقة زوجها ولم يرض الزوج بطلاقها فيجبره القاضي بطلاقها وإلا يفرق القاضي بينهما وذلك لانه إذا لم تكن للزوجة دور في الخلع فلا يبقى لتشريع الخلع فائدة، كما يدل عليه إحدى روايات حديث ثابت بن قيس، وكذلك أن من الحكم العظيمة للخلع هو جعل الله الطلاق بيد الرجل كالاصل وجعل الخلع للمرأة، في مقابل ما أعطى للرجال حق الطلاق، فالرجل حينما أراد أن يفارق زوجته فيطلقها، لانه بيده الطلاق، ولكن لو أرادت المرأة أن تفارق زوجها لولم تكن لها دور في المفارقة بالخلع فما ذا تفعل؟.

٧- وأن للصيغة في الخلع أهمية وهي تميزه بها عن التصرفات الأخرى وعدم إلتباسها بالطلاق العادي وذلك لاختلاف بعض الأحكام والآثار التي يترتب على الخلع، فيما لايترتب على الطلاق العادي، لذلك يجب أن تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما في معناه بحيث لم تدع إختلافا على فهم معناه، ونص القانون الأحوال الشخصية في العراق والاقليم على أن الخلع بلفظ الخلع أو ما في معناه.

٨- ووجوب الأهلية الكاملة للزوجة لقيامها بالمخالعة وذلك لانه من جانبها معاوضة شبيهة بالتبرع، ونص القانون الأحوال الشخصية في العراق والإقليم على هذا الشرط.

٩- جواز العوض في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله والنشوز والكراهية من قبل الزوجة، أي جواز إعطاء الزوجة العوض وأخذه من قبل الزوج في هذه الحالة، وذلك لما يدل عليه النصوص من القران والسنة والاثار، ولكن إختلف الفقهاء في مقدار ما يجوز للزوج أخذه بين جواز أخذه العوض أكثر من الصداق وعدم جواز أخذه العوض أكثر من الصداق، ولكن أرى إذا إتفقا عليه عن رضى تام للزوجة وعدم إكراهها وإجبارها فلا بأس بأخذ الزيادة وان كان أكثر من الصداق، وإلا أرى عدم جوازه بأن كان يستخدم الزوج ليحرج به الزوجة ويجبرها إما على المخالعة وإما بقائها معه.

١٠- فالخلع كأي تصرف شرعي إرادي يترتب عليه آثار منها مالية ومنها غير مالية، فالآثار المالية يشمل العوض أي بدل الخلع إتفاقا واختلفوا في

حقوق اخرى، ولكن كنت مع عدم سقوط حقوق أخرى بدون تسمية، وغيرالمالية هي نوع الفرقة التي تقع بالخلع وعدة المختلعة، فالفرقة طلاق بائن، والعدة حيضة لثبوت ذلك عن كثير من الصحابة.

١١- أن القانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨/لسنة ١٩٥٩، لم ينص على عدم اشتراط رضى الزوج في حالة إصرار الزوجة على الفرقة أي لم يبين إذا أرادت الزوجة أن تخالع عن زوجها ولم يرضى الزوج بان يطلقها هل للقاضي أن يفرق بينهما في حالة عدم رضى الزوج؟ أم لا؟ بخلاف قانون الأحوال الشخصية العراقي في إقليم رقم/١٥/لسنة/٢٠٠٨، الذي نص على هذه الحالة في المادة السادسة والاربعون في الفقرة الاولى (....ولايشترط رضى الزوج في الخلع إذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم أن الزوجة لاتطيق العيش معه)، وهذا يعني أن القانون الأحوال الشخصية في الاقليم قد ادركت موضوعا مهمة وهو دور إرادة الزوجة في الطلاق (الخلع).

١٢- قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل نص على جواز الخلع للزوج على عوض أكثر أو أقل من المهر المسمى، أي أخذ بالرأي القائل بجواز الخلع بأكثر من الصداق، في حين أن القانون الأحوال الشخصية في الاقليم أخذ بالرأي القائل بعدم جواز الخلع بأكثر من الصداق(المهر المسمى)، كما نص عليه في المادة السادسة والاربعون في فقرتها الاولى(..... في مقابل عوض لايزيد عما قبضته من المهر المسمى).

تمت بحمدالله وعونه وتوفيقه

الفهرس

الاية الكريمة والحديث النبوي

الاهداء

التقدير والشكر ١

المقدمة ٢

أسباب الاختيار ٤

منهج البحث ٥

الفصل التمهيدي..... ٧

المبحث الاول: الزواج واهميته..... ٧

المطلب الاول: تعريف الزواج في الفقه الاسلامي والقانون الأحوال الشخصية

العراقي..... ٧

الفقرة الاولى: تعريف الزواج لغة واصطلاحا..... ٧

الفقرة الثانية: تعريف الزواج في القانون الأحوال الشخصية العراقي..... ٩

المطلب الثاني: اهمية الزواج ١٠

المبحث الثاني: مكانة المرأة قبل الاسلام ومكانتها في الاسلام..... ١٢

المطلب الاول: مكانة المرأة قبل الاسلام..... ١٢

المطلب الثاني: مكانة المرأة في الاسلام..... ١٣

المبحث الثالث: تعريف الطلاق والوقاية من الوقوع في الطلاق ١٤
المطلب الاول: تعريف الطلاق في الفقه الاسلامي والقانون الأحوال الشخصية
العراقي..... ١٤
الفقرة الاولى: تعريف الطلاق في الفقه الاسلامي..... ١٤
الفقرة الثانية: تعريف الطلاق في القانون الأحوال الشخصية العراقي..... ١٦
المطلب الثاني: الوقاية من الوقوع في الطلاق..... ١٧
الفقرة الاولى: الوسائل الوقائية قبل الزواج..... ١٨
الفقرة الثانية: الوسائل الوقائية بعد الزواج ١٨
الفصل الاول: تعريف الخلع ومشروعيته وحكمه واسبابه..... ٢٠
المبحث الاول: تعريف الخلع في الفقه الاسلامي والقانون الأحوال
الشخصية العراقي ٢٠
المطلب الاول: تعريف الخلع في الفقه الاسلامي..... ٢٠
الفقرة الاولى: تعريف الخلع لغة ٢٠
الفقرة الثانية: تعريف الخلع اصطلاحا ٢٠
المطلب الثاني: تعريف الخلع في القانون الأحوال الشخصية العراقي..... ٢٢
المبحث الثاني: مشروعية الخلع والحكمة من مشروعيته..... ٢٣
المطلب الاول: مشروعية الخلع ٢٣

الفقرة الاولى: رأي الجمهور ٢٤
الفقرة الثانية: رأي الامام بكر بن عبدالله المزني ٢٦
الفقرة الثالثة: الرأي الراجح ٢٧
المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية الخلع ٢٧
المبحث الثالث: الأصل في الخلع وحكمه التكليفي ٣٨
المطلب الاول: تأصيل حكم الخلع ٢٩
المطلب الثاني: الحكم التكليفي للخلع ٣٠
المبحث الرابع: أسباب الخلع ٣١
المطلب الاول: يجوزالخلع في حالة الوفاق مطلقا (بدون سبب) ٣١
المطلب الثاني: يجوزالخلع في حالة وجود الكراهية والنشوز(وجود مبرر) ٣٢
الفصل الثاني: التكييف الشرعي والقانوني للخلع ودور الارادة فيه ٣٣
المبحث الاول: التكييف الشرعي والقانوني للخلع ٣٣
المطلب الاول: التكييف الشرعي للخلع ٣٣
المطلب الثاني: التكييف القانوني للخلع ٣٥
المبحث الثاني: دور الارادة في الخلع ٣٦
الفقرة الاولى: دور ارادة الزوجة في الخلع ٣٦
الفقرة الثانية: دور ارادة الزوج في الخلع ٣٧

الفقرة الثالثة: مدى سلطان القاضي وارادته في التفريق عن طريق الخلع..... ٣٨
الفصل الثالث: أركان الخلع..... ٣٩
المطلب الاول: الصيغة..... ٣٩
المطلب الثاني: الزوج المخالع..... ٤١
المطلب الثالث: الزوجة المخالعة..... ٤٢
المطلب الرابع: العوض في الخلع..... ٤٣
الفصل الخامس: آثار الخلع..... ٤٤
الخاتمة ٤٥
الفهرس ٥٠