مجلة أنساق للفنون والآداب والعلوم
الإنسانية
الإصدار الثامن عشر
المجلد (٦) العدد (١)
٢٠٢٥ (١-١٧)

الاطار التشريعى للخلع (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون المقارن)

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

م.م مريم جمال جاسم
جامعة المثنى، كلية القانون.

نشر إلكترونياً بتاريخ: ١٩ فبراير ٢٠٢٥م

الملخص

يعد الخلع من المسائل المهمة والمتصلة بالأحوال الشخصية لما يترتب عليه من اثار تفضي الى انهاء الرابطة الزوجية باتفاق بين اطرافها مقابل عوض تمنحه المرأة الى الزوج فهو بمثابة تصرف شرعي وقانوني لذلك يستلزم الشرع والقانون لإيقاعه مجموعة من الشروط والاركان فاذا توفرت شروطه وانتفت موانعه ينعقد صحيحا ويرتب اثاره الشرعية والقانونية المتمثلة بوقوع الطلاق البائن ووجوب العدة وما يتفرع عنهما من مسائل بالإضافة الى كل ما يتعلق بالحقوق الزوجية بين الاطراف وانطلاقا من اهمية هذا الموضوع فقد تطرقت اليه قوانين الاحوال الشخصية ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ وأظهرت كل ما يتعلق به من احكام ولمعرفة الاطار التنظيمي للخلع في التشريع العراقي ومقارنته بالفقه الاسلامي من جانب والقوانين المقارنة من جانب اخر تم تقسيم هذا البحث الى مبحثين خصص الاول لموقف الفقه الاسلامي من الخلع والثاني لألية تنظيم المشرع العراقي للخلع وانهينا البحث بخاتمة احتوت اهم النتائج والمقترحات .

Abstract

Khula is considered one of the important issues related personal status because of its effects that lead to the end of the marital bond ,by agreement between its parties in exchange to compensation paid by the wife to the husband , it is considered a legitimate and legal act therefore ,for its implementation ,sharia and law require a set of conditions and pillars , if its conditions are met and its impediments are absent ,it will be held validly and its , legal and legal effects are arranged , represented by the occurrence of an irrevocable divorce, the obligation of the waiting period and the issues that arise from them ,in addition to everything

related to marital rights between the parties , based on the importance of this topic personal status laws have addressed it , including the Iraqi personal status law no 188 of1959 in force ,and all the provisions related to it have been revealed , in order to know the regulatory framework for khula in Iraqi legislation and compare it with Islamic jurisprudence on the one hand and comparative laws on the other hand , this research was divided into two sections , the first devoted to the position of Islamic jurisprudence on khula and the second to the mechanism of the Iraqi legislators regulation of khula we ended the research with a conclusion that contained the most important results and proposals

*** المقدمة**

لله الحمد والامتنان والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للأنام محمد وآله الطاهرين وعلى اصحابه المنتجبين. أما بعد ، فان الزواج قانون الهي شرعه الله لمنفعة المجتمع فضلا على انه رابطة بين الرجل والمرأة لزيادة النسل وانشاء الاسرة الصالحة لذلك حثت الشريعة الاسلامية عليه وسعت الى حمايته وجعلته من ضروريات الحياة وبما ان الخلع هو انهاء للرابطة الزوجية وهو ذو ارتباط وثيق بالمرأة فقد يخل الزوج بالالتزامات المترتبة على العلاقة الزوجية ومنها سوء المعاملة او سوء المعاشرة الزوجية او قد يكون متعسفا في سلطته على زوجته فهذا ما يدفع الزوجة الى انهائها مقابل فدية تدفعها الى زوجها من اجل خلاصها والخلع من المواضيع التي نظمتها الشريعة الاسلامي بشيء من التفصيل ابتداءً من تعريفه واحكامه وانتهاءا بالآثار المترتبة عليه ولأهمية هذا الموضوع فقد عنت به القوانين الوضعية ومن بينها قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ وما يهمنا هو معرفة الاطار التنظيمي لهذا الموضوع في التشريع العراقي ومقارنته مع الفقه الاسلامي بالإضافة الى توضيح موقف القوانين المقارنة كقانون الاحوال الشخصية السوري وقانون الاحوال الشخصية اليمني ومدونة الاسرة المغربية لذا استلزمت مقدمة البحث ان تكون بالشكل الآتي :

اولاً: اهمية البحث

ان موضوع الخلع يعتبر من المسائل المهمة لأنه ذو اتصال مباشر بلاسرة التي عدها الاسلام نواة المجتمع وهو حق منحه الله تبارك وتعالى للمرأة من باب التوازن بين حقوق الرجل والمرأة كما أمر الشارع المقدس وتتجلى اهمية الموضوع من خلال التعرف على التنظيم القانوني الذي وضحه المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ومقارنته بما ورد حول الخلع من احكام فقهية متمثلة بموقف فقهاء المذاهب الاسلامي وإجراء المقارنة بين موقف القانون العراقي والفقه الاسلامي .

ثانياً: اسباب اختيار الموضوع

من الاسباب التي استدعت الى اختيار موضوع البحث:-

١- معرفة موقف المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية النافذ فيما يتعلق بالطلاق الخلعي ومقارنته بما جاء من احكام في الفقه الاسلامي.

٢- ومما لاشك ان موضوع الخلع من المسائل المهمة بما له من علاقة وثيقة بلاسرة

الامر الذي دعا الى دراسة علمية تتناول موضوع الخلع واحكامه الشرعية ليتسنى لنا معرفة الاحكام الشرعية له ليتضح موقف القانون من هذه الاحكام من ناحية الموافقة او المخالفة لها.

ثالثاً: اشكالية البحث

تتمثل مشكلة الدراسة بما ان الخلع اقره الشرع المقدس للمرأة وجعله من حقوقها مقابل تشريع الطلاق للرجل ومع تعدد اراء المذاهب الاسلامية بخصوص الخلع، اصبح من الضروري معرفة احكامه الفقهية بما يتوافق من نص المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية النافذ التي اشارت الى ضرورة الحكم وفقا لمبادئ الشريعة الملائمة لنصوص القانون وينتج عن هذه المسألة عدة امور منها: -

١- ما معنى الخلع عند الفقهاء وفي القانون

٢- ما الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع هل هو طلاق ام فسخ

٣- ما هي الاثار المترتبة على وقوع الخلع

رابعاً: مجال البحث

يتحدد نطاق البحث بين قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وأحكام الشريعة الاسلامية المتعلقة بالحقوق الناشئة عن الخلع والمتمثلة بآراء فقهاء المذاهب وسنقتصر في البحث على المذاهب الاسلامية الخمسة الجعفري والمالكي والحنفي والشافعي والحنبلي بالإضافة الى الاستئناس بنصوص قوانين الاحوال الشخصية التي تطرقت الى موضوع الخلع.

*** مفهوم الخلع**

يعد الخلع من المسائل المهمة التي تناولها فقهاء الشريعة الاسلامية ابتداءاً من تعريفه وحكم مشروعيته واركانه وانتهاءا بأثاره وبناء على ذلك قسم هذا المبحث الى ما يلي:-

*** تعريف الخلع وادلة مشروعيته**

لمعرفة معنى الخلع ومشروعيته تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين خصص الاول لتوضيح المعنى اللغوي والفقهي للخلع والثاني لمعرفة ادلة مشروعيته

*** معنى الخلع**

للإحاطة بمعنى الخلع في اللغة ومدلوله الفقهي قسمت هذا الفرع بالشكل الاتي: -

اولاً: المعنى اللغوي للخلع

للخلع في اللغة عدة معان منها: الازالة يقال خلع الرجل ثوبه أي نزعه عن جسده وأزاله، والخلع من المخالعة فيقال خالعت المرأة زوجها ببدل أي اذا طلبت تطليقها منه والمثال ان تقول الزوجة لبعلها خالعني على كذا فيقول الزوج خالعتك على هذا (ابن منظور، ١٩٩٧ م، ص٢٩٧).

ويقال في اللغة العربية: خلع الانسان ثوبه أي نزعه، وجرد نفسه منه، وكلمة (خَلع) فعل ماضي وكل فعل له مصدر فكما نقول فتح يفتح فتحا، تقول خلع يخلع خلعا بفتح الخاء وتسكين اللام فالمصدر للفعل الماضي خلع هو الخلع بفتح الخاء وهذ اما ذهب اليه بعض اللغويين كما قال ابن منظور الى ان (خلع الشيء يخلعه خلعا) (الهمام، ١٩٩٥ م، ص١٨٨)

اما الخلع (الخُلع) بضم الخاء وتسكين اللام فليس مصدر للفعل (خَلع) وانما اسم مصدر (زكريا ، ١٩٩٨م

، ص٦٨) ، وكلمة الخلع هي استعارة بلاغية من نزع الثوب وخلعه لأن كل من الزوجين لباس ساتر للأخر فاذا نفذا الخلع وكأنما كل منهما نزع ثوبه وهذ ما اشار اليه القران الكريم بقوله تعالى (هن لباس لكم وانتم لباس لهن) (سورة البقرة ، الآية ،١٨٧)

نستنتج من ذلك وان اختلفت الالفاظ اللغوية للخلع الى إن مدلولها واحد وهو ان القصد من الخلع هو الازالة او النزع.

ثانياً: المعنى الفقهي للخلع

لمفردة الخلع تعريفات متعددة عند فقهاء المذاهب الاسلامية فقد عرف فقهاء الحنفية الخلع بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة ولابد ان يكون بلفظ الخلع او بما في معناه" (البابرتي، دون سنة طبع ، ص٥٧) وايضا عرفه ابن نجيم الحنفي بقوله : "اذا كان الخلع نظير عوض مالي يدفع للمرأة يكون خلعا ، اما اذا كان بغير عوض يعتبر طلاقا"(الحنفي ، ١٩٩٧ م، ص٤٧)

وتعقيبا على معنى الخلع عند الحنفية الملاحظ إن فقهاء الحنفية ذكروا إن للخلع نوعان اذا كان بعوض مال كأن يقول لزوجته خالعتك على مليوني دينار، او ان يكون بغير عوض كأن يقول خالعتك دون ان يذكر العوض وهذا النوع يعطيه فقهاء الحنفية حكم الطلاق.

وقد عرف الخلع فقهاء المالكية بقولهم:"الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة او من غيرها من ولي او غيره بلفظ الخلع" (الدردير ، دون سنة طبع ، ٢٩) ، في حين عرفه فقهاء الشافعية بأنه : "فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ الطلاق او الخلع كأن يقول الرجل لزوجته طلقتك او خالعتك على كذا فتقبل" (الشربيني ، دون سنة طبع ، ص٤٣) ، أما الحنابلة فذكروا تعريفا للخلع بأنه : "فراق الزوج إمراته بعوض يأخذه منها او من غيرها بألفاظ مخصوصة" (البهوتي ، بدون سنة طبع ،ص١١٢) ، أما فيما يخص فقهاء الامامية فقد ذكرو للخلع تعريفات منها ما ذكره السيد علي السيستاني بقوله: " الخلع هو الطلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها " (السيستاني ، بدون سنة طبع ، ص١٩١) وذات المعنى ذكره الحلي :"طلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها ، والفدية تكون بمقدار المهر او اقل منه او أكثر" (الحلي ،١٤١٨، ص١٥٦) ، وايضا ذكر الحر العاملي معنا للخلع بقوله :"لا يصح الخلع ولا يحل العوض حتى تحل الكراهة من المرأة" (العاملي ، بدون سنة طبع ، ص١٣٩).

يتضح من المقارنة بين ما ذكره فقاء المذاهب من معان للخلع كل هذه المعان تشير الى مدلول واحد وهو أن الخلع يعني إزالة الرابطة الزوجية بعوض مالي تدفعه الزوجة لزوجها مقابل كراهيتها له.

*** الادلة الشرعية على الخلع**

إن مشروعية الخلع ثابتة في القران الكريم والسنة النبوية وكذلك الاجماع والعقل أي ان القول بحكم الخلع له سند وارد في مصادر استنباط الاحكام الشرعية الاصلية والتبعية: –

اولاً: القران الكريم

قال ارتفع شأنه:{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 ، الاية ، ٢٢٩) .

يدل المعنى الظاهري في الاية المذكورة اعلاه ان هناك إجازة صريحة للزوجة أن تدفع مال لزوجها مقابل افتداء نفسها، وقبول الزوج بهذا المال في لقاء ايقاع الفرقة عندما لا يتمكنا من الاستمرار في العلاقة الزوجية (المثني، ٢٠٠٨ م، ص٥٤)، فإذا كرهت الزوجة زوجها أجاز لها الشرع المقدس ان تفتدي نفسها ببدل تقدمه للزوج مقابل طلاقها منه ووقوع الطلاق بهذا الشكل هو ما يسمى عند الفقهاء بالخلع (الغزالي، ٢٠٠٩ م، ص٣٥٧).

ثانياً: السنة النبوية

وردت في السنة الشريفة روايات كثيرة على جواز الخلع نكتفي بواحدة للاستدلال على مشروعيته من السنة النبوية ما رواه ابن عباس أن امرأةَ ثابت بن قيس بن شَمَّاس أتت النبيَّ صلى الله عليه واله وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابتُ بن قيس، ما أعتِبُ عليه في خُلُق ولا دِين، ولكني أكرَهُ الكفرَ في الإسلام، فقال رسولُ الله صلى الله عليه واله وسلم: " أترُدِّين عليه حديقتَه"، قالت: نَعم، قال رسولُ الله صلى الله عليه واله وسلم:" اقبَلِ لحديقة وطلِّقْها تطليقة " (العسقلاني، بدون سنة طبع، ص٣٠٧)

فهذا دليل صريح على إباحة افتداء المرأة نفسها مقابل إيقاع الخلع من قبل زوجها.

ثالثاً: الاجماع

أجمع جمهور الفقهاء على مشروعية الخلع وإباحته من خلال ما استدلوا عليه من القران الكريم والسنة النبوية.

فمن القران الكريم ما ورد من نصوص قرآنية بإباحة تطليق المرأة نفسها من زوجها مقابل المال الذي تقدمه له ومن السنة النبوية ما ورد من روايات صحيحة السند بشأن ايقاع الطلاق الخلعي إذا وجد ما يبرره اذا كانت الزوجة كارهة لزوجها او تسئ عشرة الزوج (مغنية، ٢٠٠٩ م، ص٤٣٦).

ما عدا أحد فقهاء المذهب الشافعي وهو بكر بن عبد الله المزني الذي قال ان الآية التي اشارت للخلع منسوخة لكن قوله مردود بالكتاب والسنة والقول بذلك يخالف السنة الثابتة في قضية ثابت ابن قيس (الزيباري، ١٩٩٨ م، ص٥٩).

يتبين لنا أن حكم الخلع مشروع من الناحية الفقهية وهذا الامر المجمع عليه بين الفقهاء.

*** أركان الخلع**

للخلع عدة اركان حددها فقهاء الحنفية بالإيجاب والقبول أما عند الامامية وبقية المذاهب فتتمثل بأطراف الخلع والفدية والصيغة سنتطرق اليها بالشكل الاتي: –

*** الايجاب والقبول**

يعرف الايجاب بأنه التعبير الصادر من احد اطراف الرابطة الزوجية يعرض فيه على الطرف الاخر انهائها مقابل عوض ولا فرق بين صدوره من الزوجة او من الزوج لأن الخلع يعد من عقود المعاوضة(الجندي، ٢٠٠٠ م، ص١٣٨) ويشترط في الايجاب ان يكون صادرا من شخص أهلا لإيقاعه وبناء على ذلك لا ينعقد الخلع من نافص الاهلية او فاقدها ويجب أن يصدر الايجاب من الزوج او الزوجة وهذا ما ذهب اليه غالبية الفقه (الجندي ، ٢٠٠٠ م، ص١٣٩) ،أما بالنسبة للقبول بوصفه من اركان الخلع فيعني التعبير البات من إرادة الطرف الثاني لقبول ما أوجبه الطرف الاول ويمكن أن يصدر من الزوجة اذا وجه اليها الإيجاب من الزوج او قد يصدر من الزوج اذا كانت الزوجة هي من وجهت الايجاب وسواء كان من قبل الخلع الزوج او الزوجة فيجب أن يكون أهلا لانعقاده وعليه فلا

يصح خلع من لا يكون اهلا لأجراء التصرف(موسى، ٢٠٠٨ م، ص ٣٢) ويجب ان يكون القبول مطابق للإيجاب بأن يتضمن لفظ القبول بشكل صريح او ضمني حتى ينعقد الخلع صحيحا والخلع عند جمهور الفقهاء من المعاوضات فهو بمثابة الطلاق على مال بالنسبة للزوج وهو معاوضة من جانب الزوجة ولذلك اعتبروه فسخا لا طلاقا (موسى ،٢٠٠٨ م، ٨١ــ ٨٤) .

*** الفدية (البدل)**

وهو العوض الذي تقدمه الزوجة لزوجها مقابل خلعها من عصمته (الحلي، ١٤٠٨ه، ص ٣٧) ويصح كمقابل للخلع كل ما جاز ان يكون مهرا للزوجة وقد يعرف بأنه المال الذي تبذله الزوجة مقابل ايقاع الخلع من الزوج ومشروعية الفدية جاءت من القران الكريم بدلالة قوله تعالى (فأن خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) (العاملي ، بدون سنة طبع ، ص١٩٩) ،اما فيما يتعلق بمقدار الفدية التي تقدمها الزوجة لزوجها مقابل الخلع ى فذهب جمهور الفقهاء الى القول بجواز الخلع بأي عوض سواء كان قليلا او كثيرا وسواء كان مساويا للمهر او اقل منه (المثني، ٢٠٠٨ م، ص ٧٢) اما الحنابلة فقالوا لا يستحب ان يأخذ الزوج اكثر مما اعطى الزوجة من مهر (كشاد ، ٢٠١٧ م، ص٢٣) اما عند الامامية فبدل الخلع لا يقدر ويجوز ان يكون بمقدار المهر او اكثر منه (الحلي، ١٤٠٨ ه، ص٣٧) .

*** الصيغة**

المقصود بالصيغة الالفاظ الصريحة او الكنائية التي يقع بها الخلع من الزوج وقبوله من الزوجة وقد ذكر فقهاء المذاهب الاسلامية ان للخلع الفاظ خاصة تدل على معنى الفراق فقال الحنفية ان الفاظ الخلع خمسة طلقني، اخلعني بارئني، اشتريت منك طلاقي (الزيباري، ١٩٩٧ م، ص٢٧)

وايضا عند الشافعية كلفظ خالعتك او فاديتك وكذلك عند فقهاء المذهب المالكي الخلع والفدية والصلح اما فيما يخص فقهاء المذهب الحنبلي فذكروا الفاظ الخلع منها بارئتك او فاديتك او خالعتك فكلها الفاظ تدل على الخلع (الدسوقي ، بدون سنة طبع ، ص٣١٢)، (المقدسي ، بدون سنة طبع ، ص٥٧) ، اما بالنسبة الى فقهاء المذهب الامامي ذكروا الفاظ مخصوصة للخلع لا يقع بدونها منها أن يقول الزوج لزوجته: خَلَعْتُكِ عَلَى كَذَا، أَوْ أَنْتِ مُخْتَلِعَةٌ عَلَى كَذَا، ثُمّ يُتْبِعَهُ بِالطّلَاقِ (الحلي ، ١٣٨٧ه ،ص٣٨٦) .

ويشترط في الصيغة التصريح اما بلفظ الخلع او بلفظ الطلاق بالإضافة الى تجريدها من الشروط فلو خالعها بشرط او طلقها بشرط فلو قال الزوج خالعتك إن شئت وشاءت يبطل الخلع (الحلي ،١٣٨٧ ه، ص ٣٨٤).

يتضح من خلال ما تقدم ان الطلاق الخلعي لا يقع بدون اركانه الاربعة المتخالعان والايجاب والقبول وصيغة الخلع والفدية المقدمة من الزوجة الى الزوج مقابل خلعها وان اختلف الفقهاء في عدد هذه الاركان الا ان الخلع بدونها لا يصح.

*** أثار الخلع عند الفقهاء**

يترتب على الخلع مجموعة من الاثار التي ذكرها الفقهاء بشكل مفصل سنكتفي في هذا المطلب بالإشارة الى الاثار الرئيسية للخلع كثبوت الطلاق البائن بين المتخالعين وثبوت العدة للخلع حاله حال الطلاق بالإضافة الاثر المتعلق بسقوط الحقوق الزوجية سنتطرق الى هذه الاثار كل منها بفرع مستقل عن الاخر: –

*** وقوع الطلاق البائن**

يترتب على ايقاع الخلع بين الزوجين ثبوت الطلاق البائن والذي يعني انه لا يجوز للزوج مراجعة زوجته في حال انقضاء عدتها الا بعد زواجها من شخص اخر وهنا تبين المرأة بينونة كبرى في حال طلقها طلقتين فتكون طلقة الخلع الطلقة (السيستاني ، بدون سنة طبع ، ص ١٩٧) اما اذا لم تنتهي عدتها فيحق له مراجعتها ولكن بشرط رجوعها عما بذلته من مال لزوجها مقابل ايقاع الخلع وهذ ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (الزيباري ، ١٩٩٨م ، ص ٢٣٧_٢٣٨) ، وذات القول ذهب اليه فقهاء المذهب الامامي يحق للمرأة أن ترجع عن البذل في العدة، وفي مثل هذه الحالة يكون الطلاق رجعي ويحق للزوج الرجوع فيه إلى زوجته (السيستاني ، بدون سنة طبع ، ص١٩٨)

*** ثبوت العدة**

العِدَة: هي المدة التي تنتظرها المرأة ولا يحل لها أن تتزوج فيها بعد وفاة زوجها أو حدوث الطلاق، بينها او حصول الفرقة مع زوجها وقد أجمع علماء الإسلام على وجوبها لقول الله: {وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ} (السيستاني، بدون سنة طبع ص١٦٦) (سورة البقرة، الآية: ٢٢٨) ولا خلاف بين الفقهاء بثبوت العدة للمرأة من الطلاق الخلعي الا انهم اختلفوا حول مدة العدة الى رأيين: –

اولاً: عدة المختلعة ثلاثة قروء

وهذا ما ذهب فقهاء المذهب الامامي أن عدة المرأة التي طلقها زوجها طلاق بائن أو فُسخ عقدها، تعتد بثلاثة أقراء (ثلاثة أطهار من الحيض)، وبما ان بالطلاق الخلعي يثبت الطلاق البائن فعدتها ثلاثة قروء اذا لم تكن المرأة حاملا اما كانت المرأة حامل، تنتهي عدتها بوضع الحمل(مغنية ، ٢٠٠٩ م، ص ٤٤٣) وذات المعنى ذهب اليه فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية على الاغلب (كشاد ،٢٠١٧ م، ص٥٧_٥٨) واستندوا في ذلك ما روي ان الرسول (ص) قد امر ثابت بن قيس ان يقبل العوض الحديقة ويطلق زوجته فهذا نص صريح من السنة ان الفرقة بينهما هي طلاقا (الزيباري ، ١٩٩٨م، ص ٢٢٤) .

ثانياً: عدة المختلعة حيضة واحدة

وهذا ما ذهب اليه القائلون بان الخلع يعد فسخا وليس طلاقا وهو رأي البعض من فقهاء الشافعية والقول الاظهر لفقهاء الحنابلة قالوا ان عدة المرأة المختلعة حيضة واحدة (الشربيني، بدون سنة طبع، ص٣٦٧) .

ويبدو لنا ان ما ذهب اليه فقهاء الامامية من ان عدة المرأة المختلعة ثلاثة قروء هو الرأي الاصوب لان الخلع يعد طلاق وعدة الطلاق ثلاثة قروء والسبب في جعلها طيلة هذه المدة للتأكد من خلو رحم المرأة من الحمل خلال هذه المدة.

*** سقوط الحقوق الزوجية**

ان مسالة سقوط الحقوق الزوجية باعتبارها من اثار الخلع احدثت خلاف بين فقهاء المذاهب الاسلامية في سقوط هذه الحقوق من عدمها وهناك رأيين بخصوص هذه المسالة: –

١– الراي الاول: مذاهب اليه فقهاء المذهب الحنفي وعلى راسهم ابي حنيفة ان بالخلع يسقط كل حق ثابت بين الزوجين كالمهر والنفقة المتجمدة (كشاد ، ٢٠١٧ م، ص٥٧) ، للزوجة سواء كان الخلع بلفظه المخصوص او بلفظ المباراة لان الغاية من الخلع هو انهاء الرابطة الزوجية وهذا الامر لا يتحقق الا بأسقاط الحقوق المرتبطة بها فمثلا لا يحق للزوجة اذا انعقد الخلع المطالبة بمهرها

التي لم تقبضه من زوجه وفي المقابل لا يحق للزوج مطالبتها بما دفعه لها من مهر(الحنفي ، بدون سنة طبع ،ص ٢٣٣_ ٢٣٤) .

٢- الرأي الثاني :ما ذهب اليه فقهاء المذهب الامامي بقولهم ان الخلع لا يؤدي الى سقوط الحقوق الزوجية ولا يوجب أي حق الا اذا اتفق الزوجان على ذلك وسواء وقع الخلع بلفظه او بغيره من الالفاظ فالخلع شبيه بالتفاوض فالزوجة بعد الخلع يحق لها المطالبة بالمهر ان لم تكن قبضته اذا تقرر ان تدفع للزوج مالا اخر غير المهر ولها حق المطالبة بنفقتها المتجمدة (شيرازي، بدون سنة طبع ، ص٩١) ، وهذا الراي ذهب اليه ابي يوسف في ان الطلاق الخلعي لا يؤدي الى سقوط الحقوق الزوجية الا اذا تم الاتفاق بين الزوجين وذكر في عباراتهما سواء كانت بلفظ الخلع او المباراة (الحنفي، بدون سنة طبع ، ص٢٣٥)

ويبدو لنا ان الرأي الراجح هو ما ذهب اليه فقهاء المذهب الامامي وابي يوسف من عدم اسقاط أي من الحقوق الزوجية الثابتة كالحضانة والنفقة لأنه يوافق العقل ولأن الخلع هو معاوضة واتفاق بين الزوج والزوجة فلا يسقط الا ما اتفقا عليه اما غير ذلك فلايسقط .

يتضح ان فقهاء المذاهب الاسلامية قد اتفقوا على بعض الاثار المترتبة على ايقاع الخلع بين الزوجين منها اعتبار الخلع طلاق بائن بالإضافة الى وجوب العدة من المرأة المختلعة الا انهم اختلفوا في مسألة سقوط الحقوق الناتجة عن الزواج على اعتبار ان الخلع هو فك الرابطة الزوجية وانهائها بين الزوجين.

*** الخلع واحكامه في التشريع العراقي**

تطرق المشرع العراقي الى الخلع واحكامه القانونية في الفصل الثالث من الباب الرابع من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩حيث كان عنوانه (انحلال عقد الزواج) وقسمه على ثلاثة فصول افرد الفصل الاول لتنظيم الطلاق الذي يقع بناءا على رغبة الزوجين وبين الاحكام الخاصة به اما الفصل الثاني فقد خصصه للتفريق القضائي التي تدفع القاضي الى الحكم به في حين تطرق الى التفريق الاختياري وهو ما يسمى الخلع في الفصل الثالث من القانون ذاته والذي نظمه في المادة (٤٦) التي تضمنت ثلاثة فقرات:-

اشتملت الفقرة الاولى على تحديد معنى الخلع في القانون اما الفقرة الثانية احتوت شروط ايقاع الخلع المعتبرة في القانون في حين اشتملت الفقرة الثالثة على الاثار المترتبة على الخلع اما فيما يخص التكييف القانوني للخلع وهل عده المشرع العراقي طلاقا ام فسخا فهذه المسألة لم يشر اليها بشكل صريح وانما اكتفى بقوله ويقع بالخلع الطلاق البائن ولتوضيح الالية الي نظم بها المشرع العراقي الخلع ارتأيت تقسيم هذا المبحث الى مطلبين: -

١- تعريف الخلع وطبيعته القانونية

٢- شروط الخلع وآثاره القانونية

*** تعريف الخلع وطبيعته القانونية**

سوف أتحدث في هذا المطلب حول تعريف الخلع في القانون العراقي وحول طبيعته القانونية وبناء على ما ذكر تم تقسيم هذا المطلب بالشكل الاتي:

*** التعريف القانوني للخلع**

تطرق المشرع العراقي الى تعريف الخلع بشكل صريح ومباشر بقوله "أن الخلع يعني إزالة قيد الزواج بلفظة الخلع او بما يدل عليه، ويقع بإيجاب وقبول أمام القاضي

" وهذا ما اشار له المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية النافذ [1] .

وتعقيبا على تعريف المشرع العراقي للخلع ان التعريف المذكور من ناحية اللفظ والمعنى لا يختلف عن ما ذكره فقهاء المذاهب الاسلامية من معان للخلع إلا ان ما يميز هذا التعريف عن التعاريف الفقهية إن المشرع العراقي ذكر ان الخلع يتم بموافقة وتراضي الزوجين امام القاضي وكأن الخلع هو اتفاق بين الزوجين المتخالعين.

وقد تطرقت القوانين المقارنة الى تعريف الخلع منها قانون الاحوال الشخصية الكويتي الذي حدد الخلع بأنه "هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه، بلفظ الخلع او الطلاق او المباراة او ما في معناها "[2]وقد عرفه المشرع اليمني في المادة (٧٢) بأنه"هو فرقة بين الازواج في مقابل عوض تقدمه الزوجة او من غيرها مالا او أي منفعة" [3]، في حين ان بعض القوانين المقارنة لم تشر الى تعريف الخلع وانما اكتفت بذكر احكامه[٤] .

*** الطبيعة القانونية للخلع**

لم يتعرض المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية النافذ الى مسالة الخلع بشيء من التفصيل ولا لتوضيح الطبيعة القانونية للخلع تاركا هذه المسائل لمبادئ الشريعة الاسلامية التي تعد مصدر لنصوص القانون استنادا لنص المادة الاولى التي احالت المسائل التي لا يوجد نص يحكمها الى مبادئ الشريعة الاكثر ملائمة لنصوص القانون والى الاحكام التي استقر عليها القضاء في البلدان التي تتقارب قوانينها مع القانون العراقي [5] .

وبما ان الخلع من المسائل التي لم يكيف المشرع العراقي طبيعتها فيمكن الرجوع لتحديد هذه الطبيعة وفق ما ذكره فقهاء المذاهب فالخلع في رأي الفقهاء يعد من المعاوضات لأنه لا ينعقد الا بإيجاب وقبول ولكن هذا الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للمرأة المتخالعة والزوج الخالع، فالتكييف القانوني له ينصرف الى امرين: –

اولاً: الخلع يمين من جانب الزوج

الخلع يكون بمثابة اليمين من جانب الزوج لأنه علق طلاق زوجته على قبول المال والتعليق يمينا ويترتب على عد الخلع يمينا من جانب الزوج مجموعة من الامور:

١– اذا كان الزوج هو من بدا ايجابه فلا يملك حق الرجوع فيه لأنه تعليق والتعليق لا رجعة فيه حتى لو ترك مجلس الخلع فلو قال الزوج لزوجته خالعتك او بارئتك على مليون دينار او على مهرك المؤجل فلا يملك حق الرجوع بهذا الايجاب (زهرة ١٩٥٧م، ص ٣٣٠)، وقال الشافعية يحق له الرجوع

---

[1] - انظر المادة (٤٦) الفقرة الاولى قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

[2] _ انظر نص المادة (١١١) قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤,

[3] _ قانون الاحوال الشخصية اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢.

[4] _ انظر مدونة الاسرة المغربية رقم (٠٣_ ٧٠) لسنة (٢٠٠٤) المادة (١١٥) التي اشارت الى ما يلي "يمكن للزوجين ان يتفقا على الطلاق مع مراعاة احكام المدة ١١٤ من القانون ; وايضا قانون الاسرة الجزائري رقم (٨٤_ ١١) لسنة ١٩٨٤ في المادة (٥٤) .

[5] _والمعنى المذكور في متن البحث ذكرته المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ في فقرتها الثانية والثالثة والتي وضحت الآتي:
ف٢ " اذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون "
ف٣ " تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها الفقه والقضاء في العراق وفي البلاد الاسلامية التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية ".

اذا قامت الزوجة من مجلس العقد من غير قبول لأن الخلع معاوضة والعقود المالية تبطل اذا تفرقت المجالس بعد الايجاب (محمود، ١٩٩٤ م، ص٣٥٢)

٢- يحق للزوج ان يعلق ايجابه على شرط كما يجوز له ان يضيفه الى زمن المستقبل كأن يقول لزوجته خالعتك على ثلاثة ملايين اذا قبل ابوك او طلقتك على مهرك المعجل اذا عدت من السفر فاذا قبلت الزوجة وتحقق الشرط وقع الخلع وتلزم بدفع ما اتفق عليه من (عبد الحميد ،٢٠٠٧ م، ص٣٣١) .

٣- اذا كان الزوج هو من بدأ ايجابه في الخلع لا يجوز له ان يشترط لنفسه الخيار في الخلع لمدة يحددها لأن الزوج لا يحق له الرجوع في إيجابه واشتراط الخيار يمنحه حق الرجوع في الايجاب خلال مدة الخيار وهذا الشرط يخالف مقتضى التصرف الصادر من الزوج فاذا اشترط الزوج مثل هذا الشرط يبطل الشرط ولا يبطل الايجاب وعليه اذا قبلت الزوجة ثبت الخلع ولزم دفع البدل (محمود، ١٩٩٤ م، ص ١٧٦) .

ثانياً: الخلع معاوضة من جانب الزوجة

فقهاء المذهب الحنفي يعتبرون الخلع معاوضة اذا كان من جانب الزوجة لأنها تقدم للزوج مالا مقابل الطلاق واعتبار الخلع معاوضة يترتب عليه جملة امور: -

١- اذا كانت الزوجة هي من صدر منها الايجاب يحق لها الرجوع في الخلع فلو قالت لزوجها طلقني على مهري المؤجل او خالعني على مليون دينار يجوز لها الرجوع عن هذا الايجاب قبل قبول الزوج لان المعاوضات يجوز الرجوع فيها قبل القبول وكذلك اذا ترك الزوج مجلس الخلع قبل القبول يحق لها الرجوع بما اوجبته (كشاد، ٢٠١٧ م، ص٢٧).

٢- اذا كانت الزوجة حاضرة في مجلس الخلع فيجب عليها القبول فيه، اما اذا لم تكن حاضرة فلابد من قبولها في المجلس الذي تعلم فيه بانعقاد الخلع فاذا قامت من المجلس بعد صدور الايجاب من الزوج او بعد علمها بالخلع في هذه الاحوال لا يقع الطلاق حتى اذا قبلت لان المعاوضات المالية تكون باطلة بتفرق المتعاقدين بعد الايجاب وقبل القبول (محمود ، ١٩٩٤ م، ص٣٥٣) ، يضاف الى هذا الامر اذا كان الايجاب صادرا من الزوجة لا يحق لها تعليقه على شرط اوان تضيفه الى المستقبل لان الخلع من جانبها بمثابة معاوضة وتمليك لا يجوز فيها التعليق او الاضافة (عبد الحميد ،٢٠٠٧ م، ص٣٣٢) .

٣- اذا كان الايجاب صادرا من الزوجة يحق لها اشتراط الخيار لنفسها خلال مدة معينة ويكون لها حق الرجوع قبل صدور القبول من الزوج فاذا قالت الزوجة لزوجها خالعني على مهري المعجل ولي الخيار مدة شهر فاذا قبل الزوج هذا الشرط يصح الايجاب لكن يجوز لها قبول الخلع او عدم قبوله خلال مدة الشرط (الكبيسي، ٢٠١٠ م، ص ١٩١ــ ١٩٢).

وبما ان المشرع العراقي لم يشر الى الطبيعة القانونية للخلع كما مر آنفا لذا يجب على القاضي العراقي الرجوع الى المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية النافذ التي أحالت المسائل التي لا يوجد نص يحكمها الى مبادى الشريعة المتوافقة مع نصوص القانون بالإضافة الى احكام القضاء.

*** الاحكام القانونية للخلع**

سنتحدث في هذا المطلب حول الشروط التي اوجب المشرع العراقي توفرها في الخلع لاعتباره صحيحا بالإضافة الى الاثار المترتبة عليه فيما لو انعقد بتوفر الشروط

وانتفاء الموانع وتأسيسا على ذلك قسمت هذا المطلب الى الفرعين الآتيين: –

*** شروط الخلع**

لكي ينعقد الخلع صحيحا لابد من توفر مجموعة من الشروط التي يمكن ان نستشفها من نص المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية النافذ وتقسم هذه الشروط على عدة مسائل منها شروط تتعلق بالزوجة وشروط تتعلق بالزوج وشروط تتعلق بصيغة الخلع ويضاف لها الشروط المتعلقة ببدل الخلع والتي سأوضحها بالشكل الاتي: –

اولاً: الشروط بالنسبة للزوج الخالع

من الشروط التي اشار اليها المشرع العراقي لاعتبار وقوع الخلع صحيحا أن يكون الزوج اهلا لإيقاع الخلع عندما يكون أهلا لإيقاع الطلاق (كريم، ٢٠٠٤ م، ص٢٢٣)، ويترتب على ذلك ان يكون الزوج متمتعا بالأهلية [١] ، ويقصد هنا اهلية الاداء الكاملة وهي تمام الثامنة عشر من العمر غير مصاب بعرض من عوارضها او عيب من عيوبها كالمجنون او السكران والمعتوه والمكره فهذه الفئات ناقصة الاهلية والبعض منها عديم الاهلية فلا يصح وقوع الخلع منهم [٢] والسبب في ذلك عدم صحة وقوع طلاقهم وكذا الحال يطبق على الخلع وهذا ما بينته المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية التي ميزت بين فئتين لا يعتد بطلاقهم : –

١– الاولى: السكران والمجنون والمعتوه ومن كان فاقد التمييز

٢– الثانية: الشخص المريض مرض الموت او هو في حالة يغلب معها الهلاك

وتوفر اهلية الزوج الخالع من الشروط المهمة التي اشارت اليها القوانين المقارنة اسوة بالمشرع العراقي ومن هذه القوانين ما ذكره المشرع المغربي الذي عد الخلع تصرف قانوني لابد من توفر الاهلية في اطرافه وهو بلوغ سن الرشد ويجب ان يكون الرضا خالي من أي عيب من عيوب الارادة[٣]. وايضا نص المشرع السوري في قانون الاحوال الشخصية لاشتراط صحة الخلع ان يكون الرجل أهلا لإيقاعه[٤] .

ثانياً: الشروط بالنسبة للزوجة المختلعة

ويشترط لصحة الطلاق الخلعي ان تكون الزوجة محلا له وهذا ما اكدته الفقرة الثانية من المادة المذكورة سابقا ولكي تعتبر الزوجة محلا للخلع يلزم ان تكون اهلا لإيقاعه لن الخلع ما هو الا اتفاق وتراضي بين الزوجين وهو بمثابة التصرف القانوني والزوجة لا تكون اهلا الا اذا كانت كاملة الاهلية فلا ينعقد الخلع من المجنونة والمعتوهة والمحجور عليها لسفه لأن هذه الاصناف تكون غير كاملة الاهلية ولا يكفي لوقوع الخلط ان تكون الزوجة اهلا بل لابد من قيام الزوجية حقيقة وهذ يعني

[١] _ ينصرف معنى الاهلية الى صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة وعليه وتنقسم الى نوعين الاول: اهلية الوجوب: وهي صلاحية الانسان لثبوت الحقوق له أما اهلية الاداء: فهي صلاحية الانسان لصدور الافعال والاقوال على وجه يعتد به شرعا وقانونا. راجع مصطفى ابراهيم الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ،ط١، مطبعة إحسان ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٤، ص١٣٢_١٣٣.

[٢] _ انظر المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

[٣] _ انظر المادة (١١٤) والمادة (١١٦) مدونة الاسرة المغربية.

[٤] _ انظر المادة (١٢٢) من قانون الاحوال الشخصية السوري.

ان يكون الزواج من عقد صحيح (العاني ، ١٩٧٠م، ص١١٠) .

اما فيما يخص القوانين المقارنة ومنها المشرع المغربي وكما تم ذكره في اهلية الزوج الخالع اشترط ان يكونا طرفا الخلع كاملا الاهلية وكذلك المشرع السوري اشار الى ذات المعنى[١] .

ثالثاً: الشروط المتعلقة بصيغة الخلع

المراد بالصيغة التي ينعقد بها الخلع هما الايجاب والقبول فلإيجاب يصدر من احد الزوجين والقبول من الاخر ويشترط في صيغة الخلع ان تكون بلفظ الخلع او بلفظ الطلاق كأن يقول لزوجته (خالعتك على كذا) او (طلقتك على مهرك المعجل) (العاني، ١٩٧٠ م، ص١٠٩)، وقد ذكر المشرع العراقي هذا الشرط بشكل صريح عندما تطرق الى تعريف الخلع بقوله ان يكون رفع قيد الزواج بلفظ الخلع او بما في معناه [٢] .

وشرط الصيغة اشار له المشرع السوري بقوله:"ان المخالعة تقع بالألفاظ كما تقع كتابة" [٣]، وكذلك المشرع اليمني وان لم يوضح بشكل مباشر صيغة الخلع الا انه اشار في المادة (٧٣) الى وجوب توفر شروط الطلاق في الخلع ومن شروط الطلاق الصيغة [٤]، في حين اشار المشرع الكويتي الى هذا الشرط بشكل صريح عندما تحدث عن تحديد معنى الخلع[٥] .

رابعاً: الشروط المتعلقة بالفدية (بدل الخلع)

كما مر تعريفه البدل (عوض الخلع) ما تقدمه الزوجة لزوجها من مال مقابل طلاقها بشرط ان تكون الزوجة هي الكارهة لزوجها اما اذا كانت الكراهة من الزوج فلا يحق له ان يأخذ منها عوضا (الحلي، ١٣٨٧ه ، ص٣٨٦) ، ويصح ان يكون بدلا للخلع كل مال ومنفعة او زراعة او ارضاع طفل وقد اجاز القانون ان يكون هذا البدل بمقدار المهر او اقل منه او اكثر وايضا يصح ان يكون بدل الخلع المهر المسمى في العقد كما لو قالت المرأة(خالعني على المهر الذي استلمته منك وقد يكون البدل المهر المؤجل) (الجندي، ٢٠٠٠ م، ص٥٥٤) .

وقد يكون شئ من غير المهر على ان يكون هذا الشيء مال متقوم يجوز التعامل به من الناحية الشرعية والقانونية (الجندي، ٢٠٠٠ م،ص ١٣٩)، وهذا الامر اشار اليه نص المادة (٤٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المذكورة سابقا .

وتطرقت التشريعات المقارنة الى بدل الخلع والى ما يصح ان يكون عوضا منها قانون الاسرة المغربي الذي اشار الى كل ما يصح الالتزام به من الناحية الشرعية يصح ان يكون عوضا في الخلع، وذات الامر ذكره المشرع الكويتي في المادة (١١٤) من قانون الاحوال الشخصية [٦] .

من خلال مناقشة شروط الخلع في القانون العراقي والقوانين المقارنة والفقه الاسلامي نلاحظ ما يلي: –

---

١ _ انظر المادة (٩٥) الفقرة الاولى من قانون الاحوال الشخصية السوري بقولها "يشترط لاعتبار الخلع صحيح اهلية الازواج لإيقاعه "; والمادة (٧٣) من قانون الاحوال الشخصية اليمني .

٢ _ المادة (٤٦) الفقرة الاولى المذكورة سابقا.

٣ _ وهذا ما بينته المادة (٨٧) من قانون الاحوال الشخصية المتعلقة بالطلاق.

٤ _ انظر المادة (٧٣) المشار اليها سابقا.

٥ _ المادة (١١١) من القانون المذكور

٦ _ انظر مدونة الاسرة المغربية المادة (١١٨) ; قانون الاحوال الشخصية الكويتي الذي اشار الى كل ما يصح الالتزام به شرعا يمكن ان يكون عوضا للخلع.

١- لابد من وجود عوض في الطلاق الخلعي على اعتبار ان الخلع بمثابة معاوضة فكل يطرف يحصل على مقابل بالإضافة الى توفر صيغة مخصوصة ينعقد بها الخلع.

٢- ان المشرع العراقي ومشرعي القوانين المقارنة كالمشرع المغربي والسوري والكويتي سايروا ما ذهب اليه الفقه الاسلامي بوجوب ان يكون البدل مما يصح التعامل به او قد يكون الصداق او اكثر منه وهذا الامر واضح جليا في نص المادة (٤٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

*** الاثار القانونية للخلع**

يترتب على وقوع الخلع مجموعة من الاثار القانونية والتي تكون بمثابة الضمان لكل طرف من اطرافه على اعتبار ان الخلع هو تراضي واتفاق بين الطرفين ومن اهم هذه الاثار: -

اولاً: وقوع الطلاق البائن

يقصد بالطلاق البائن هو " الطلاق الذي لا يحق فيه للزوج الرجوع الى زوجته الا بعقد جديد وبرضاها او بزواجها من شخص اخر وحصول الطلاق بينهما " (الجندي، ٢٠٠٠ م،ص٩٩)، ومن خلال التعريف المذكور يقسم الطلاق البائن الى قسمين الاول: الطلاق البائن بينونة صغرى والذي يجوز فيه رجوع الزوج المطلق الى زوجته بعقد جديد ومهر جديد اما النوع الثاني: الطلاق البائن بينونة كبرى وفيه لا يحق للزوج مراجعة زوجته الا بعد زواجها من شخص اخر وحصول الطلاق بينهما (الجندي ، ٢٠٠٠ م، ص٩٤) ، وبالنظر للطلاق البائن باعتباره اثر من اثار الخلع بمعنى تقابل الايجاب والقبول من الزوجين المتخالعين يقع بالخلع طلاق بائن وهذا ما اشار له المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ[١] ، والطلاق البائن يسوغ للزوج ان يعود لزوجته مرة ثانية بعقد جديد ومهر جديد برضاها ولكن يشترط لعودة الزوج ان لا تكون عدة الزوجة قد انتهت بالإضافة الى ذلك ان لا تكون المرأة قد تطلقت من الزوج مرتين (السيستاني، بدون سنة طبع ، ص١٥٧_ ١٥٨)، ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي لم يوضح نوع البينونة في الخلع هل هي صغرى ام كبرى وهذا ما يؤخذ عليه .

الا ان ما استقرت عليه محاكم الاحوال الشخصية في العراق وفي العديد من قراراتها القضائية ان بالخلع يقع الطلاق البائن بينونة صغرى فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية: "الطلاق الخلعي الواقع بين الزوجين يكون طلاق بائن بينونة صغرى لا تحل له الا بعقد جديد ومهر جديد وعلى الزوجة العدة الزوجية ثلاثة قروء اعتبارا من تاريخ الطلاق "[٢].

وتعليقا على موقف القضاء العراقي من مسألة نوع الطلاق الواقع بالخلع فقرار محكمة التمييز اعلاه عد الطلاق الواقع بين الزوجين المتخالعين بائن بينونة صغرى.

فيما يخص نوع الطلاق البائن بالخلع في القوانين الوضعية المقارنة نلاحظ ان المشرع اليمني اشار بشكل صريح الا انه ينعقد بالخلع الطلاق البائن بينونة صغرى [٣]، اما المشرع المغربي في مدونة الاسرة لم ينص بشكل صريح على نوع البينونة بالخلع في المادة ١٢٣التي اشارت الى

[١] _ الفقرة الثانية من المادة (٤٦)

[٢] _ قرار محمة التمييز رقم ٣٨٦/ طلاق / ٢٠٠٨ بتاريخ ٣/٢٧/ ٢٠٠٨، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى في العراق www.hjc.iq تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٦/١٠.

[٣] _ فقد ذكرت المادة (٧٤) من القانون الى ان بالخلع يعتبر الطلاق بائن بينونة صغرى.

الطلاق الرجعي واستثنت منه الطلاق الخلعي والطلاق المكمل للثلاث[1].

ثانياً: وجوب البدل

متى ما انعقد الخلع بتوافق الايجاب والقبول من الزوج والزوجة يدفع عوض الخلع من قبل الزوجة الى الزوج سواء كان هذا البدل ما تم الاتفاق عليه بين المتخالعين كما و قال الزوج لزوجته (خالعتك على خمسة ملايين دينار) فهذا المبلغ يجب على الزوجة ان تدفعه للزوج على اعتبار انه بدل للخلع وقد يكون الاتفاق على ان البدل هو مقدار المهر او اكثر منه (كريم ، ٢٠٠٤م، ص٢٥٠) ، وقد يحدد بدل الخلع من قبل القاضي اذا لم يتم الاتفاق بين الزوج والزوجة على مقداره وهنا يختلف حسب اسباب الخلع[2].

لم تحدد التشريعات الوضعية ومنها المشرع العراقي قدر معين لعوض الخلع وانما اكتفت بالإشارة الى انه بدل الخلع قد يكون بمقدار المهر او اكثر منه او اقل وذات الامر اشار اليه المشرع الكويتي الى انه اذا وافق الزوجان على بدل الخلع فيجب على الزوجة الالتزام بما تم الاتفاق عليه وكذلك المشرع السوري واليمني لم يبين مقدار البدل وانما اشار الى ان الخلع لا يقع الا بمقابل[3].

ثالثاً: سقوط الحقوق المالية الثابتة للمتخالعين بعد ايقاعه

بالنسبة الى مسألة سقوط الحقوق الزوجية بين المتخالعين في حال وقوع الخلع فأن موقف المشرع العراقي من هذا المسألة انه لم يتعرض لها بنصوص صريحة الا ان هذا الامر لا يمنع القاضي من الرجوع الى الاحكام القانونية الواردة في المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية النافذ التي اجازت للقاضي الرجوع الى احكام الفقه الاسلامي واحكام القضاء في حال عدم وجود نص يحكم مسألة معينة وبما ان مسألة سقوط الحقوق الزوجية لا يوجد نص يحكمها فيحكم وفق ما جاء في المادة المذكورة [4]وهذا ما سار عليه القضاء العراقي في اغلب القضايا المتعلقة بالخلع في عدم سقوط الحقوق الزوجية الثابتة بين المتخالعين اذا انعقد الخلع بتقابل الإيجاب والقبول بين اطرافه ما لم يوجد اتفاق على اسقاطها حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية " لا تسقط حقوق الزوجة المطلقة طلاق خلعي الا بالنسبة لما وقع عليه البذل دون بقية الحقوق الاخرى " (المشاهدي ، ١٩٨٩م، ص٦٤) ، وعليه فلا يسقط حق الزوجة بمالها من نفقة في ذمة الزوج اذا لم يدفعها لها ولكن بشرط عدم تنازلها عنها او تضمن الخلع اتفاق على اسقاطها وفي المقابل لا يسقط حق الزوج المختلع من المطالبة بما دفع لزوجته من نفقة مقبوضة عن أية مدة سابقة عل وقوع الخلع (كريم ، ٢٠٠٤م،ص ٢٢٦) .

وتعليقا على موقف القضاء العراقي حول مسألة سقوط الحقوق الزوجة بالخلع الملاحظ ان القضاء العراقي يقترب من رأي المذهب الامامي حول مسألة عدم سقوط الحقوق الزوجية بين المتخالعين.

---

[1] _ التي اشارت الى ان"كل طلاق يوقعه الزوج هو طلاق رجعي باستثناء الطلاق بالثلاث وطلاق الخلع" .

[2] _ وهذا ما وضحه المشرع المغربي في مدونة الاسرة المادة (١٢٠).

[3] _ وهذا المعنى ذكرته المادة (٤٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي في فقرتها الثالثة ; وذات الموضوع اشار اليه المشرع الكويتي في المادة (١١٥) ، والمشرع السوري في المادة (٩٨) ، والمشرع اليمني في المادة (٧٤).

[4] _ المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

اما بالنسبة الى موقف القوانين المقارنة كالقانون السوري والقانون المغربي والقانون اليمني من مسألة سقوط الحقوق الزوجية نلاحظ ان هذه القوانين لم تشر بنصوص صريحة اليها لأنها مسألة اجتهادية الا ان هذا لا يمنع من الرجوع الى الاحكام الفقهية التي تتعلق بها والتي من بينها اراء فقهاء المذاهب الاسلامية.

* **الخاتمة**

بعد ان انهينا كتابة البحث لابد لنا من ايراد النتائج التي تم التوصل اليها من خلال هذه الدراسة والمقترحات المتعلقة بها

اولاً: نتائج البحث

١- تبين لنا من البحث فيما يخص تعريف الفقه الاسلامي للخلع ان الفقهاء اتفقوا على ان المقصود من الخلع هو حصول الفرقة بين الزوجين مقابل عوض تدفعه الزوجة للزوج مع الاشارة الى ان فقهاء المذهب الحنفي ميزوا بين الخلع والطلاق فإذا كانت الفرقة بعوض نكون اما خلع اما اذا لم يكن هناك مقابل فتأخذ الفرقة حكم الطلاق، وساير المشرع العراقي القوانين المقارنة ما سار عليه الفقه الاسلامي من اعتبار الخلع ازالة للرابطة الزوجية وهذا يبدوا جليا في نص المادة (٤٦) من قانون الاحوال الشخصية النافذ التي تطرقت الى تعريف الخلع .

٢- نستشف من البحث ان الخلع بوصفه انهاء للرابطة الزوجية وردت مشروعيته في القران الكريم والسنة النبوية واجمع فقهاء المذاهب الاسلامية على القول بصحة وقوعه.

٣- توضح لنا من البحث ان هناك الفاظ مخصوصة ذكرها فقهاء المذاهب الاسلامية فلا ينعقد الخلع بدونها وذات الامر ذكره المشرع العراقي والقوانين المقارنة بوجوب ان يقع الخلع بلفظ مخصوص.

٤- ظهر لنا من البحث ان الخلع لا ينعقد الا بوجود اركانه كالإيجاب والقبول والفدية والصيغة وتوافر شروطه فإذا انعقد بوجود الاركان والشروط رتب الاثار الشرعية والقانونية كوقوع الطلاق البائن والعدة وغيرها من المسائل.

٥- تجلى لنا فيما يخص سقوط الحقوق الزوجية كأثر من اثار الخلع فأن فقهاء المذاهب الاسلامية انقسموا الى رأيين الاول: قالوا بسقوط الحقوق الزوجية على اعتبار ان الخلع هو انهاء للرابطة الزوجية وكل ما يتعلق بها اما الثاني: فقالوا ان الحقوق الزوجية لا تسقط الا اذا وجد اتفاق بين الزوجين على ذلك وقد ساير القضاء العراقي الرأي القائل بعدم سقوط الحقوق الزوجية الا اذا كانت مقابل لإيقاع الخلع.

ثانياً: مقترحات البحث

١- نأمل من المشرع العراقي ذكر الكراهة الموجبة لإيقاع الخلع من جانب الزوجة من ضمن التعريف الوارد في المادة (٤٦) اسوة بما بينه فقهاء المذاهب الاسلامية عند تعريفهم للخلع.

٢- نقترح على المشرع العراقي بيان نوع الطلاق الواقع بالخلع لآن الطلاق بشكل عام ينقسم الى قسمين طلاق بائن بينونة كبرى وطلاق بائن بينونة صغرى ولكل من هذين النوعين احكامه الخاصة مثلما فعل المشرع اليمني الذي نص بشكل صريح على ان بالخلع يقع الطلاق البائن بينونة صغرى.

٣- نوصي المشرع العراقي بتخصيص عدة مواد قانونية تتعلق بموضوع الخلع ابتداءً من تعريفه وشروطه وانتهاءً بلاثار المترتبة عليه ومن بينها مسألة سقوط الحقوق الزوجية على اعتبار ان الخلع هو فرقة حاصلة بين الزوجين تؤدي الى انهاء الرابطة الزوجية حاله حال الطلاق وتنظيمه اسوة بتنظيم التفريق.

*** المراجع**

زكريا، احمد بن فارس (١٩٩٨م) معجم مقاييس اللغة، ط١، ج٥، بيروت ــ لبنان، دار احياء التراث العربي.

٢ابن منظور، جمال الدين مكرم (١٩٩٧) لسان العرب، ج٢، بيروت ــ لبنان، دار صادر للنشر.

الدردير، احمد بن محمد (دون سنة طبع) الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، ج٢، القاهرة، دار المعارف.

العسقلاني، احمد بن علي (دون سنة طبع) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لبنان ــبيروت، دار الريان للتراث.

الحلي، الحسن بن يوسف بن علي (١٤١٨ه) قواعد الاحكام، ج٣، قم المقدسة، مؤسسة النشر الاسلامي.

الحلي، الحسن بن يوسف بن علي (١٤٠٨ه) شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ج٣، ط١، قم المقدسة، مؤسسة اسماعيليان.

الحلي، الحسن بن يوسف بن علي (١٣٨٧) ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج٣، قم المقدسة، مؤسسة اسماعيليان.

الحنفي، زين الدين بن نجيم (١٩٩٧م)البحر الرائق في شرح كتر الدقائق ، ط١، بيروت ــلبنان ، دار ابن حزم .

العاملي، شمس الدين محمد بن مكي (بدون سنة طبع)، اللمعة الدمشقية في فقه الامامية، دار التراث.

الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب (بدون سنة طبع)، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج٤، بيروت، دار الكتب العلمية.

الدسوقي، شمس الدين محمد (بدون سنة طبع حاشية الدسوقي، ج٢، بيروت، دار احياء الكتب العربية.

السيستاني، علي الحسيني (بدون سنة طبع)، منهاج الصالحين، ج٣، ط١، دار المؤرخ العربي.

الزيباري، عامر سعيد (١٩٩٧م) احكام الخلع في الشريعة الاسلامية، ط١، بيروت، دار ابن حزم.

الحنفي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (بدون سنة طبع) شرح فتح القدير، ج٤، بيروت، دار الفكر.

١٣العاملي، محمد حسن، (بدون سنة طبع) الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية، ج٧، ط١، قم المقدسة، منشورات ذوي القربى.

مغنية، محمد جواد (٢٩٩٩م) الفقه على المذاهب الخمسة، ط١، قم المقدسة، دار الغدير.

المقدسي، موفق الدين احمد بن قدامة (بدون سنة طبع) المغني، ج٧، بيروت، دار الكتاب العربي.

الزلمي، مصطفى ابراهيم (٢٠١٤م) المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، ط١، مطبعة احسان.

البهوتي منصور بن يونس البهوتي(بدون سنة طبع) كشف القناع عن متن الاقناع ، ج٥، بيروت ،دار عالم الكتب.

البابرتي، محمد بن محمود (بدون سنة طبع) العناية شرح الهداية، بيروت، دار احياء التراث العربي.

المشاهدي، إبراهيم (١٩٨٩م) المبادئ القانونية لقضاء محكمة التمييز في الاحوال الشخصية، ط١، بغداد، مطبعة اسعد.

الغزالي، احمد بخيت (٢٠٠٩م) احكام الاسرة في الفقه الاسلامي، ط١، الاسكندرية، دار الفكر العربي.

الكبيسي، احمد (٢٠١٠م)، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية، ج١، ط٣، القاهرة، دار العاتك.

الجندي، احمد نصر (٢٠٠٠م)، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، القاهرة، دار الكتب القانونية.

محمود، عبد المجيد (١٩٩٤م) الوجيز في احكام الاسرة الاسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية.

٦كريم، فاروق عبدالله (٢٠٠٤م) الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، مكتبة جامعة السليمانية.

عبدالحميد، محمد محي (٢٠٠٧م) الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، بيروت، المكتبة العلمية.

زهرة، محمد (١٩٥٧م) الاحوال الشخصية، ط٢، القاهرة، دار الفكر العربي.

٩العاني، محمد شفيق (١٩٧٠م) احكام الاحوال الشخصية في العراق، مكتبة جامعة الدول العربية.

المثني، منال محمود (٢٠٠٨م) الخلع في قانون الاحوال الشخصية اثاره وأحكامه دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط١، دار الثقافة.

شيرازي، ناصر مكارم (بدون سنة طبع) موسوعة الفقه الاسلامي المقارن، ج٢، قم المقدسة، المكتبة المرتضوية. بدون سنة طبع.

موسى، اسماعيل (٢٠٠٨) احكام الخلع في الشريعة الاسلامية، اطروحة دكتوراه قدمت لجامعة النجاح الوطنية، نابلس _ فلسطين.

كشاد، مهدي (٢٠١٧م) احكام الخلع بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة خيضر _ كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.

قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

قانون الاحوال الشخصية اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢.

قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤.

مدونة الاسرة المغربية رقم (٠٣_ ٧٠) لسنة ٢٠٠٤.

القرار ٣٨٦/ طلاق / ٢٠٠٨ بتاريخ ٢٧/ ٣/ ٢٠٠٨. منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى في العراق www.hjc.iq تاريخ الزيارة: ١٠/ ٦/ ٢٠٢٤.

القرار (رقم ١٥٢٩ / احوال شخصية / ١٩٧٤ بتاريخ ١٩/٢/ ١٩٧٥).