

إجراءات قضائية

إعداد

د. ناصر بن إبراهيم المحيميد

عضو المجلس الأعلى للقضاء ورئيس التفتيش القضائي
خبير الفقه والقضاء بجامعة الدول العربية

التأصيل الفقهي لإثبات الطلاق والخلع

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:
بدأنا في العدد السابق الحديث عن التعريف بالطلاق وبيان مشروعيته، وفي هذا العدد سوف يتم إكمال الحديث عن هذا الأمر، وذلك ببيان التأصيل الفقهي لإثبات الطلاق والخلع كما يلي:

التأصيل الفقهي لإثبات الطلاق والخلع

يثبت الطلاق بتلفظ المطلق وإنشائه للطلاق، أو بإقراره بأن الطلاق قد حصل منه في وقت مضى، فيثبت منه أو من ينوب عنه في ذلك كوكيله في الطلاق، والخلع كالطلاق في ذلك فإنه يقع بإقراره، فإن أنكرته المرأة، بانت بإقراره، ولم يستحق عليها عوضاً، وعليها اليمين على نفي الخلع^(١).

ويتحقق الطلاق وينفذ إذا وجدت أمور هي:

الأول: المطلق: وهو من ملك بالساق.

الثاني: اللفظ وما يقوم مقامه من الفعل.

الثالث: القصد. ويتوهم اختلاله بما يلي:

أ- سبق اللسان. ب- الجنون. ج- الجهل. د- الإكراه.

الرابع: المحل الذي له ولاية عليه، وهي الزوجة؛ أو الرجعية^(٢).

(١) المغني ٣١٨/١٠، وكشاف القناع ٥/٢٣٣.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢/١٦١-١٧٧.

وينقسم الطلاق إلى عدة أقسام بحسب وجهة النظر المرادة في التقسيم، وهي كما يلي:

أولاً: من حيث موافقته السنة والبدعة فينقسم إلى قسمين هما:

أ- الطلاق السنّي:

وهو الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ وهو الطلاق في طهر لم يصبها فيه، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها.

ولا خلاف في أنه إذا طلقها في طهر لم يصبها فيه، ثم تركها حتى ينقضي عدتها، أنه مُصِيب للسنة، مطلق للعدة التي أمر الله تعالى في قوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٣).

ب- الطلاق البدعي:

وهو أن يطلق الزوج زوجته وهي حائض، أو في طهر أصابها فيه، فإن فعل أثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم، ويستحب له أن يراجعها لأمر النبي صلى الله عليه وسلم عبدالله بن عمر رضي الله عنه بمراجعة زوجته التي طلقها وهي حائض^(٤).

ومن الطلاق البدعي أن يجمع المطلق ثلاث طلاقات في طهر لم يجامعها فيه^(٥) وفي تفصيل ما ذكر حديث طويل، وخلاف بين أهل العلم يمكن مراجعته في مظانه^(٦).

ثانياً: وينقسم الطلاق من حيث صفة وقوعه على الزوجة وإبانتها من عدمه

إلى أقسام ثلاثة:

أ- الطلاق الرجعي:

وهو أن يطلق الزوج زوجته بعد دخوله بها أقل من ثلاث طلاقات بغير عوض،

(٣) سورة الطلاق، الآية: ١.

(٤) سبق تخريجه في ص ٨٧٢ من هذا البحث.

(٥) المغني ١٠/٣٢٥-٣٣٥.

(٦) الهداية شرح بداية المبتدي ١/٢٤٧-٥٠٤، وعقد الجواهر الثمينة ٢/١٥٥-١٥٩، والحاوي الكبير ١٠/١١٤-١٣، ومغني المحتاج ٤/٤٩٦-٥٠٤، والمغني ١٠/٣٢٥-٣٣٥.

فله مراجعتها ما دامت في العدة إجماعاً^(٧).

ب- الطلاق البائن:

بينونة صغرى، وله صور:

الأولى: أن يطلق الزوج زوجته قبل الدخول بها، فلقد أجمع أهل العلم على أنها تبين بطلقة واحدة، ولا يستحق مطلقها رجعتها؛ وذلك لأن الرجعة إنما تكون في العدة، ولا عدة قبل الدخول؛ لقول الله سبحانه: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهنَّ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(٨).

الثانية: أن يطلق الرجل زوجته المدخول بها طلقة واحدة، وتعتد لذلك، وتنقضي عدتها، ولم يراجعها خلال العدة، فإنها تكون بائنة بينونة صغرى، لا رجعة عليها بعد انقضاء عدتها، ولا نفقة لها، وإن رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب، يتزوجها برضاها بنكاح جديد، وترجع إليه بطلقتين. وإن طلقها طلقتين، ثم تزوجها رجعت إليه بطلقة واحدة.

الثالثة: الخلع فإنه إذا حصل فإنه يعتبر بينونة صغرى عند من يرى أنه طلاق، لا فسخ، وهو لا يثبت به رجعة، سواء قلنا هو فسخ أو طلاق؛ وبذا يعتبر بينونة صغرى^(٩).

ج- الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو أن يطلق الرجل زوجته عدد طلاقه الذي له، وهو ثلاث طلاقات مع حرثه، فإن زوجته تبين منه بينونة كبرى، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره إجماعاً، وسنده قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ

(٧) الهداية شرح بداية المبتدي ٢/٢٨٤، والمبدع ٧/٣٩٠.

(٨) سورة الأحزاب، الآية: ٤٩.

(٩) المغني ١٠/٥٤٧-٥٤٨-٣٧٤-٢٧٨، المبدع ٧/٢٢٧، وكشاف القناع ٥/٢١٦، وبداية المجتهد ٢/٦٥.

زَوْجًا غَيْرَهُ ﴿١٠﴾، نكاح رغبة لا تحليل^(١١).

ومن صح طلاقه صح توكيه فيه، وذلك لأن من صح تصرفه في شيء لنفسه مما تجوز الوكالة فيه صح توكيه وتوكله فيه؛ ولأن الطلاق إزالة ملك، فجاز التوكيل فيه كالعتق، ويملك الوكيل من الطلاق وصفته ما خوله موكله بإيقاعه، ولا يملك سوى ذلك^(١٢).

وأما الخلع:

فهو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج منها، أو من غيرها بألفاظ مخصوصة، فائدته هي تخليص الزوجة من زوجها على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها، فيباح لها أن تخالعه إذا وجد ما يدعو إليه لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١٣). ويسن للزوج إجابة زوجته إلى الخلع إذا طلبته مع وجود المسوغ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إنني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكنني لا أطيقه. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم. فردت عليه، وأمره ففارقها» رواه البخاري^(١٤). ولا يفتقر الخلع إلى حكم حاكم، لأننا إن قلنا إنه عقد معاوضة كان كالبيع، وإن قلنا: إنه قطع عقد بالتراضي كان كالإقالة، وكل منهما لا يفتقر إلى حاكم. «ويصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه، وتصح الوكالة في إيقاعه، ومن ملك إيقاع الطلاق بغير عوض، فإنه يملكه بالعوض من باب الأولى.

(١٠) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠

(١١) المبدع ٤٠٣/٧، والمغني ٥٤٨/١٠، وبداية المجتهد ٤٦/٢، ٥٦.

(١٢) كشاف القناع ٢٣٨/٥.

(١٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(١٤) صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري، كتاب الطلاق، باب الخلع ٣٩٥/٩.

ولا بأس بالخلع في الحيض والطمهر الذي أصابها فيه؛ لان المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه، وذلك أعظم من ضرر طول العدة، فجاز رفع أعلاهما بأدناهما، ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها، ولأن ضرر تطويل العدة عليها، والخلع يحصل بسؤالها، فيكون ذلك رضاً منها به، ودليلاً على رجحان مصلحتها فيه»^(١٥).

مدى اعتبار الخلع فسخاً أو طلاقاً: مسألة خلافية بين أهل العلم فلم فيها قولان، هما:

القول الأول: إن الخلع فسخ، وهو قول الشافعي رحمه الله القديم ورواية للإمام أحمد رحمه الله، وقد قال به جملة من الصحابة كأبي بكر^(١٦) وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم واستدل أصحاب هذا القول بما يلي^(١٧):

١- قول الله تعالى: ﴿أَطْلَقَ مَرَّتَيْنِ﴾، إلى قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١٨)، ثم قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(١٩).

ووجه الدليل:

انه لو كان الخلع طلاقاً لصار مع الطلقتين المتقدمتين ثلاثاً، وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، لأنه قد طلقها الثالثة، وصار التحريم متعلقاً بأربع طلاقات لا بثلاث.

٢- أن الفرقة في النكاح تكون بطلاق وفسخ، فلما كانت الفرقة بالطلاق تتنوع

(١٥) المغني ١٠/٢٦٧-٢٦٩، وكشاف القناع ٥/٢١٢-٢١٣.

(١٦) هو عبدالله بن عثمان بن عامر بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة التيمي، ابو بكر بن أبي قحافة، الصديق الأكبر، خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم، مات في جمادى الأولى سنة ثلاث عشرة وله ثلاث وستون سنة، تقريب التهذيب ص ٣١٣.

(١٧) الحاوي الكبير ٩/١٠، والمغني ١٠/٢٧٤.

(١٨) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(١٩) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

نوعين بعوض وغير عوض، وجب أن تكون الفرقة بالفسخ تتنوع نوعين بعوض وغير عوض.

٣- أن النكاح عقد معاوضة، فإذا لحقه الفسخ إجباراً جاز أن يلحقه الفسخ اختياراً كالبيع.

٤- أن الخلع فُرْقَةٌ خَلَّتْ عن صريح الطلاق ونيته، فيكون فسخاً، كسائر الفسوخ. القول الثاني: إن الخلع طلاق بائن، وهو قول الحنفية والمالكية وأحد قولي الشافعي ورواية عن الإمام أحمد رحمهم الله جميعاً وقد قال به جملة من الصحابة كعثمان، وعلي، وابن مسعود رضي الله عنهم^(٢٠). واستدل أصحاب هذا القول بما يلي^(٢١):

١- قول الله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾، إلى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٢٢)، ثم قال بعده: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(٢٣).

ووجه الدليل:

- ١- أنه لما ذكر الخلع بين طلاقين علم أنه ملحق بهما.
- ٢- أن الخلع لفظ لا يملكه غير الزوج فوجب أن يكون طلاقاً كالطلاق.
- ٣- أن الفسخ هو ما كان عن سبب متقدم كالعيوب، الخلع يكون مبتدأ من غير سبب، فكان طلاقاً، لأنه يكون من غير سبب أولى من أن يكون فسخاً لا يكون إلا عن سبب.

(٢٠) الهداية شرح البداية ٢/٢٩٢، وبداية المجتهد ٢/٦٩، والحاوي الكبير ١٠/٩، والمغني ١٠/٢٧٤.

(٢١) الحاوي الكبير ١٠/٩، المغني ١٠/٢٧٥، وفتح الباري ٩/٣٩٦.

(٢٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٢٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

٤- أن المخالغ قد جاء بكناية الطلاق، قاصداً فراقها، فيكون ما وقع منه طلاقاً، كغير الخلع.

٥- أن الفسخ يوجب استرجاع البدل كالفسخ في البيع، فلو كان الخلع فسخاً لما جاز إلا بالصداق، وفي جوازه بالصداق وغيره دليل على خروجه عن الفسخ ودخوله في الطلاق.

٦- أن المخالعة بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقاً.

الترجيح:

الراجح من القولين - والله أعلم بالصواب - هو القول الأول القائل بان الخلع فسخ، وقد رجّح ذلك واختباره شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم رحمهما الله، والشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رحمه الله وذلك لأن الله تعالى رتب على الطلاق بعد الدخول الذي لم يستوف عدده ثلاثة أحكام، كلها منتفية عن الخلع وهي كما يلي:

أحدها: أن الزوج أحق بالرجعة فيه.

الثاني: أنه محسوب من الثلاث، فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد زوج وإصابة. الثالث: أن العدة فيه ثلاثة قروء، وقد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع، وثبت بالسنة وأقوال الصحابة أن العدة فيه حيضة واحدة، وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين، ووقوع ثالثة بعده، وهذا ظاهر جداً في كونه ليس بطلاق، فإنه سبحانه قال: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ وَلَا يُحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْنَهُمْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ

بِهِ» ﴿٢٤﴾. وهذا وإن لم يختص بالملقة تطليقتين، فإنه يتناولها وغيرها، ولا يجوز أن يعود الضمير إلى من لم يذكر، ويُخلى فيه المذكور، بل إما أن يختص بالسابق أو يتناوله وغيره، ثم قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ﴾ ﴿٢٥﴾. وهذا يتناول من طلقت بعد فدية وطلقتين قطعاً لأنها هي المذكورة، فلا بد من دخولها تحت اللفظ، وهكذا فهم ترجمان القرآن الذي دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعلمه الله تأويل القرآن، وهي دعوة مستجابة بلا شك.

وإذا كانت أحكام الفدية غير أحكام الطلاق، دل على أنها من غير جنسه، فهذا مقتضى النص، والقياس، وأقوال الصحابة، ثم من نظر إلى حقائق العقود ومقاصدها دون ألفاظها يُعَدُّ الخلع فسخاً بأي لفظ كان حتى بلفظ الطلاق... ومن اعتبر الألفاظ ووقف معها، واعتبرها بأحكام العقود، جعله بلفظ الطلاق طلاقاً، وقواعد الفقه وأصوله تشهد أن المرعي في العقود حقائقها ومعانيها لا صورها وألفاظها ﴿٢٦﴾.

وتظهر ثمرة الخلاف في الخلع إذا وقع هل يعتد به ي التطلقات أو لا ﴿٢٧﴾؟ فلو نكحها بعد الفسخ كانت معه على ثلاث، ولو نكحها بعد الطلاق كانت معه على اثنتين، ولو كان قد طلقها طليقتين، ثم فسخ حلت له قبل زوج، ولو طلق لم تحل له إلا بعد زوج، ولو فسخ نكاحها في ثلاثة عقود حلت له قبل زوج، ولو طلقها في ثلاثة عقود لم تحل له إلا بعد زوج.

فإذا قلنا طلقة. فخالعها مرة، حُسِبَتْ طلقة، فنقص بها عدد الطلاق، وإن خالعها

(٢٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٢٥) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٢٦) زاد المعاد في هدي خير العباد ١٩٩/٥-٢٠٠، وانظر مجموع فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ - رحمه الله - ٣٠٩/١٠.

(٢٧) بداية المجتهد ١/٦٩.

ثلاثاً، طُلِّقَتْ ثلاثاً، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره. وإن قلنا هو فسخ. لم تحرم عليه، وإن خالعاها مائة مرة^(٢٨).

وقففة :

الشريعة الإسلامية الغراء أباحت النكاح ودعت له، كما أباحت الفراق عند قيام موجب، وما ذاك إلا المراعاة ما يحقق الاقتران بين الذكر والأنثى وفق ما هو أصلح لهما، وإن لم يتحقق الصلاح في ذلك، فإن الفراق هو أحد الحلول الكبيرة لتقويم حال الأسرة وسعادتها. والله الموفق وصلى الله وسلم على نبينا محمد.

(٢٨) الحاوي الكبير ١٠/١٠، المغني ١٠/٢٧٥.