مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية
المجلد 13، العدد 3، (السداسي الثاني 2021م)، ص. 99- 124

أثر الفقه الإسلامي في الصناعة التقنينية لأحكام الأسرة في التشريع الجزائري
- أحكام الخلع نموذجا -

The impact of Islamic jurisprudence on the standardization industry of family rulings in Algerian legislation
- Rulings of khula model -

د/ سهام حمادي*
جامعة محمد بوضياف –المسيلة، الجزائر، siham.hamadi@univ-msila.dz

تاريخ الاستلام: 2021/05/12 تاريخ القبول: 2021/06/05 تاريخ النشر: 2021/09/30

ملخص:

تتجلى أهمية هذه الدراسة في إبراز مكانة الفقه الإسلامي في المنظومة القانونية الجزائرية وبالأخص ما تعلق بشؤون الأسرة، حيث يتمحور إشكال الدراسة حول مدى تأثر المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي في تقنينه وتنظيمه لأحكام الأسرة من خلال التطرق لنموذج الخلع كآلية لفك الرابطة الزوجية، وذلك وفق المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، وقد خلصنا في النهاية إلى أن الخلع نظام تفردت به الشريعة الإسلامية وأخذه عنها المشرع الجزائري حيث نظم الأحكام المتعلقة به وفق ما اقره فقهاء الإسلام .

الكلمات المفتاحية: الفقه الإسلامي؛ التقنين؛ قانون الأسرة الجزائري؛ الخلع .

* المؤلف المرسل

المنارة للاستشارات

Abstract:

The importance of this study is evident in highlighting the position of Islamic jurisprudence in the Algerian legal system, especially in relation to family affairs, where the problem of the study revolves around the extent to which the Algerian legislator is affected by the provisions of Islamic jurisprudence in its codification and organization of family rulings by addressing the model of khul` as a mechanism for breaking the marital bond, according to the descriptive approach And analytical and comparative, and we concluded in the end that khula is a system unique to Islamic law and taken from it by the Algerian legislator, where he regulated the provisions related to it according to what was approved by the Islamic jurists.

Keywords: Islamic jurisprudence; legalization;, Algerian family law; divorce .

مقدمة:

لقد أولت الشريعة الإسلامية الأسرةَ عناية فائقة باعتبارها اللبنة الأساسية في بناء المجتمع، ويتجلى ذلك من خلال إحاطتها بمنظومة من التشريعات حتى تعيش آمنة مطمئنة، محققة للمقاصد والغايات التي وجدت لأجلها .

ولكن قد يحدث وأن تتغير العلاقة بين الزوجين وتدب المشاحنات بينهما، وتُستبدل المودة والرحمة بالبغضاء والكراهية مما يجعل الأسرة تحيد عن مقاصدها التي وجدت لأجلها، عندها شرع الإسلام فك الرابطة بين الزوجين ،فمنح الرجل حق الطلاق يستعمله كآخر حل بعد استنفاذ كل الوسائل الممكنة للإصلاح ،ومنح بالمقابل للمرأة الخلع تستعمله درءًا للضرر الذي قد تتعرض له.

وبالمقابل فإن قانون الأسرة الجزائري قد أقر الخلع كآلية لفك الرابطة الزوجية، تلجأ إليه المرأة عند استحالة استمرارها في العلاقة الزوجية ،والإشكال المطروح : ما مدى استناد المشرع الجزائري على أحكام الفقه الإسلامي في صياغته وتنظيمه لأحكام الخلع ؟.

المنارة للاستشارات

ونطمح من خلال طرق هذا الموضوع إلى تحقيق جملة من الأهداف تتلخص في :

.الاطلاع على التنظيم الدقيق لأحكام الخلع في الفقه الإسلامي .

.بيان مدى استفادة المشرع الجزائري في صياغته لأحكام الخلع .

.بيان مدى تأثر قانون الأسرة الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي .

. بيان أن أحكام الفقه الإسلامي تشكل مرجعية يعتمد عليها المشرع الجزائري في صياغته لأحكام الأسرة .

أما المنهج المتبع في هذه الدراسة فتنوع بين الوصفي والتحليلي والمقارن، فالمنهج الوصفي من أجل الإلمام بموضوع الخلع، أما التحليلي فمن خلال تحليل الآراء الفقهية و النصوص القانونية ، والمقارن من أجل المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بالأحكام المنظمة للخلع حتى يتجلى لنا مدى تأثر هذا الأخير بأحكام الفقه الإسلامي.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في تنظيمه لأحكام الخلع قد تبنى أحكام الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين مما يؤكد الاثر البالغ والمكانة المرموقة للفقه الاسلامي في قانون الاسرة الجزائري .

المنارة للاستشارات

المبحث الأول : طبيعة الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري :

إن مبنى عقد الزواج على الديمومة والاستمرار ،غير أنه قد تعتري العلاقة الزوجية ما يكدر صفوها ويبعدها عن تحقيق أهدافها ؛ حيث يصبح الاستمرار في هذه العلاقة لا فائدة منه مما يضطر الطرفين إلى حلها ، فكما جعل الشارع للزوج إنهاء العلاقة الزوجية عن طريق الطلاق منح للزوجة إنهاء هاته العلاقة عن طريق الخلع ، وسنحاول من خلال هذا المبحث التعرف على طبيعة الخلع من الناحية الفقهية ومن الناحية القانونية من خلال بيان معناه وحكمه والحكمة منه .

المطلب الأول : مفهوم الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري :

أولا : تعريف الخلع :

أ . لغة :

الخلع في اللغة النزع والإزالة، خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه كنزعه إلا أن في الخَلع مهلة، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرده، وخلع امرأته خُلعا وخِلاعا فاختلعت، وخالعته أزالها عن نفسه و طلقها على بذل منها له، والاسم الخُلع والمصدر الخَلع[1] .

جاء في القاموس المحيط : والخَلع النزع إلا أن في الخَلع مهلة، وبالضم طلاق المرأة ببذل منها أو من غيرها كالمخالعة والتخالع.[2]وسمي فراق الزوجين خُلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن[3] وذلك في قوله تعالى: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾البقرة 187.

والفرق بين الخُلع والخَلع بضم الخاء وفتحها للتفرقة بين الإزالة الحسية والإزالة المعنوية، فبالفتح تستعمل في الإزالة الحسية كنزع الثوب وبالضم تستعمل في الإزالة المعنوية[4].

---

[1] ابن منظور أبو الفضل جمال الدين ، لسان العرب، ط3، بيروت .لبنان ، دار صادر ، (1414ه)، 76/8 .

[2] الفيروزابادي مجد الدين، القاموس المحيط، ط 8، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، بيروت .لبنان ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، د ت ، 713/1 .

[3] ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق ، 76/8.

[4] العسقلاني بن حجر، د ط، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت - لبنان ، دار المعرفة، (1379 ه) ،395/9 .

المنارة للاستشارات

ومن معاني الخلع كذلك النقض والعزل، تخالع القوم نقضوا الحلف والعهد بينهم[5].

الملاحظ على المدلولات اللغوية للخلع أنها كلها تصب في معنى واحد وهو النزع والإزالة والتنحية.

ب. شرعا:

عرف فقهاء المذاهب الخلع بتعريفات متعددة نقتصر على ذكر بعض منها :

1/ عند الحنفية : الخلع عند الأحناف : " إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع"[6]

أو هو : إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه" [7]

2/ عند المالكية : من التعريفات التي ذكرها المالكية للخلع : "أنه: الطلاق بعوض"[8] ، أو هو" أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها عليه".[9]

3/ عند الشافعية : أما الخلع عند الشافعية فهو : " الفرقة بعوض يأخذه الزوج "[10]

أو هو : "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع"[11]

4/ عند الحنابلة : الخلع عند الحنابلة: "فراق الزوجة بعوض بألفاظ مخصوصة."[12]

أو هو : "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته و غيرها بألفاظ مخصوصة."[13]

من خلال تعريفات الفقهاء يتبين أنهم يعتبرون الخلع طريقا لانحلال رابطة الزواج؛ حيث يتمحور معناه حول فراق الرجل زوجته ببدل يحصل عليه الزوج وبألفاظ مخصوصة.

---

[5] انظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق،76/8. الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ط5 ، صيدا. بيروت، المكتبة العصرية. الدار النموذجية ،(1420هـ.1999 م)، ص 95 .

[6] ابن عابدين محمد أمين بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ط 2، بيروت، دار الفكر، (1412هـ . 1992م)، 439/3 .

[7] ابن نجيم المصري زين الدين ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،ط 2، دار الكتاب الإسلامي ،د ت ، 77/4 .

[8] الحطاب شمس الدين أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3،دار الفكر،(1412هـ. 1992م)،19/4 .

ابن جزيء أبو القاسم ، د ط ، القوانين الفقهية،(د ت) ، ص154.[9]

[10] النووي أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المتقين، د ط، بيروت. دمشق. عمان، المكتب الإسلامي،(1412هـ.1991م)، 37/7 .

[11] الشربيني شمس الدين احمد بن محمد مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط1، دار الكتب العلمية،(1415هـ . 1994م)،430/4.

[12] البهوتي منصور بن يونس الروض المربع شرح زاد المستقنع، د ط ، دار المؤيد. مؤسسة الرسالة،(د ت) ، ص 552.

[13] البهوتي منصور بن يونس ، كشاف القناع عن متن الإقناع، د ط، دار الكتب العلمية،(د ت)، 212/5 . .

المنارة للاستشارات

ج .قانونا :

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الخلع إلا انه نص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة[14] حيث اختزل نظام الخلع بأكمله في مادة واحدة بقوله : "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم "

لذلك فقد اجتهد شراح قانون الأسرة في تقديم تعريف للخلع؛ حيث ذكروا أن الخلع عبارة عن : "دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، والخلع يقتضي افتداء الزوجة لنفسها برد مهرها وتنازلها عن حقوقها."[15]

عرفه بن شويخ رشيد بقوله : "هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها"[16]. وللإشارة فان هذا التعريف مبني على نص المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديلها .

فالخلع كسبب للتفريق بين الزوجين ليس من وضع المشرع الوضعي، فلم يأت بناء على اجتهاد وإنما هو نظام وضع له الإسلام قواعده وضبط أحكامه.[17]

ثانيا : مشروعية الخلع وحكمه :

أ. مشروعية الخلع : ثبتت مشروعية الخلع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

1/ من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة : 22]

---

[14] الأمر 05- 02 المؤرخ في27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم للقانون 84 . 11 المؤرخ في 9يونيو 1984 الجريدة الرسمية ،العدد 15 لسنة 2005 .

[15] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ط4، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ،(2004) ،263/1 .

[16] بن شويخ رشيد ،أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة- الجزائر ، عدد9 ، جويلية 2004،ص 236.

[17] الجندي أحمد نصر ، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، د ط،مصر، دار الكتب القانونية، (2001) ، ص 477.

المنارة للاستشارات

الخطاب في الآية موجه للأزواج حيث نهوا أن يأخذوا من زوجاتهم شيئا على وجه المضارة، إلا أن الشارع الحكيم خص هذا النهي العام بخوف الزوجين ترك إقامة حدود الله فيما يلزمها من مواجب الزوجية لما يحدث من نشوز المرأة وسوء خلقها، فإن ظن كل واحد منهما بنفسه ألا يقيم حق النكاح لصاحبه حسب ما يجب عليه فيه لكراهة يعتقدها فلا حرج على المرأة أن تفتدي، ولا حرج على الزوج أن يأخذ مقابل تحصيل رغبتها بطلب الفرقة.[18]

وقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ٤ ﴾ [النساء : 04] .

فدلت الآية على أن للمرأة التصرف في صداقها الذي أصدقها إياه زوجها، فإن طابت هي له به بعد تسميته أو عن شيء منه فليأكله حلالا طيبا[19]، و في هذا دليل على جواز هبة المرأة مهرها لزوجها إذا كان بطيب نفس منها بقطع النظر عن زمن العطاء هل يكون في الخلع أم لا ومن ثم جوازه في الخلع وغيره.[20]

2/ من السنة :

استدل القائلون بمشروعية الخلع من السنة بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي -ﷺ- فقالت : يا رسول الله : ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله -ﷺ - : (أتردين عليه حديقته ؟) فقالت : نعم، فقال-عليه الصلاة والسلام- : (اقبل الحديقة وطلقها تطليقة).[21]

قال ابن عبد البر في الاستذكار : "هذا الحديث أصل في الخلع عند العلماء".[22]

---

[18] انظر: الزمخشري أبو القاسم محمود، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل،ط3، بيروت، دار الكتاب العربي، (1407ه)،275/1 . القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، د ط، القاهرة، دار الكتب المصرية، (1384ه. 1964 م). 136/3، 137 .

[19] ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر،(1419ه)، تفسير القرآن العظيم ،ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2/ 187 .

[20] بن الصغير محفوظ ،(1430.1429 ه/2008. 2009م، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر - باتنة1، الجزائر، ص 614 .

[21] رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، حديث رقم 5273، 406/3. .

[22] ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله ،التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، د ط، المغرب ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، (1387ه)،76/6 .

المنارة للاستشارات

وفي الحديث دلالة على جواز الخلع إذا كرهت المرأة صحبة زوجها لسوء خلقه أو دينه، أو تحرجت من الإخلال ببعض حقوقه الأمر المفضي إلى كفران العشير وعدم القيام بحق الله تعالى فيه، ويعد هذا أول خلع وقع في الإسلام.[23]

3/ من الإجماع :

أجمع العلماء على مشروعية الخلع وجوازه إذا توافرت شروطه الشرعية[24]

قال القرطبي : "قال مالك لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي - ﷺ- في امرأة ثابت بن قيس.[25]

4/ من المعقول :

إذا كان للزوج أن يملك الانتفاع بالبضع بمقابل هو المهر حال الزواج، جاز له أن يزيل ملكه بمقابل هو العوض حال الخلع، إضافة إلى أنه إذا كان استمرار الزوجة في العلاقة الزوجية يسبب لها الضرر فباستطاعتها إزالته عن طريق الخلع، ولكن عليها أن تزيل كذلك ما سيقع من ضرر على الزوج إذا طلقها وذلك ببذلها عوضا يزيل عنه الأضرار المادية في محاولة منها للتخفيف، خاصة إذا كان الزوج غير راغب في الفرقة.[26]

ب. حكمه :

سنتطرق في هذا العنصر إلى حكم الخلع بالنسبة للزوجين من حيث الإباحة والتحريم، وحكم إجابة الزوج زوجته إذا طلبت الخلع منه .

1/ بالنسبة للزوجين :

يعتبر الخلع تصرف شرعي تعتريه الأحكام الخمسة من حيث الإباحة و الوجوب والندب والكراهة والتحريم وتفصيل ذلك فيما يأتي :

الخلع المباح : يكون الخلع مباحا إذا وجد الشقاق بين الزوجين، أو إذا تراضيا على ذلك.[27]

---

[23] انظر : النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، 374/7 .

[24] انظر : العسقلاني، فتح الباري، مرجع سابق، 395/9.- ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، د.ط.، القاهرة، دار الحديث، (1425هـ.2004م)، 89/3.

[25] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، 139/3.

[26] بن الصغير، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 615 .

[27] ابن رشد، بداية المجتهد مرجع سابق ،90/3.

المنارة للاستشارات

كما يباح للزوجة طلب الخلع إذا وجدت في نفسها بغضا وكراهية لزوجها لصفاته الخُلقية أو الخَلقية، أو لكبر سنه وعجزه عن أداء حقوقها وخشيت أن يؤدي بها ذلك إلى تفريطها بحقه وما يترتب على هذا التفريط من لحوق الإثم بها، فتكون بذلك عاصية لأمر الله تعالى.[28]

الخلع الواجب : يكون الخلع واجبا إذا كان الزوج تاركا للصلاة متلبسا باعتقاد أو فعل يخرجه من الإسلام، ولا تستطيع الزوجة إثبات ذلك أمام القضاء حتى يفرق بينهما مع امتناعه عن طلاقها، فعليها في هذه الحالة أن تلجا إلى مخالعة زوجها ولو على مال تدفعه له.[29]

الخلع المستحب : يكون طلب الخلع مستحبا إذا كان الزوج مقصرا في حقوق الله تعالى كالعبادات المفروضة، ففي هذه الحال يكون طلب الزوجة الخلع مندوبا إليه.[30]

الخلع المكروه : يكره للمرأة أن تطلب الخلع إذا كانت العلاقة بينها وبين زوجها مستقيمة والعشرة بينهما حسنة[31]،لحديث ثوبان أن النبي ﷺ قال : **(أيما** امرأة سألت زوجها طلاقا من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة).[32]

ولأن مثل هذا السلوك فيه تهديم للأسر وتقويض للمجتمع وإضرار بالطرفين وبالأولاد إن وجدوا، وفي هذا ضرر وإضرار وهو منهي عنه [33] ، لحديث رسول ﷺ (لا ضرر ولا ضرار).[34]

---

[28] انظر : البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 126/3، الأصبحي مالك بن أنس، (1415هـ. 1994م)، المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، 241/2.

[29] زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط.1، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1413هـ 1993م)، 122/8 .

[30] المرجع نفسه ، ص 122 .

[31] البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 126/3 . ابن قدامة ،المغني، مرجع سابق ، 53/7 .

[32] رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في الخلع، حديث رقم 2226، 268/2، ورواه في سننه، باب كراهية الخلع للمرأة، حديث 2055، 451/3.

[33] طواهرية كاملة، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة- الجزائر ، ع.39 ، جوان 2015، ص 324 .

[34] رواه ابن ماجة في سننه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ،حديث رقم 2340 ، 784/2. ورواه الدار قطني في سننه ، كتاب البيوع ، رقم الحديث 3079 ، 51/4.

المنارة للاستشارات

الخلع المحرم : يكون الخلع حراما إذا عضل الزوج زوجته وأضر بها بأن منعها حقوقها أو أساء معاملتها لأجل أن تفتدي منه وتطلب الخلع.[35]

2/ حكم تلبية الزوج لطلب زوجته المخالعة :

اختلف الفقهاء في حكم إجابة الزوج لطلب زوجته الخلع وذلك بناء على الاختلاف في دلالة الأمر الوارد في حديث النبي -ﷺ-(اقبل الحديقة وطلقها تطليقة) على أقوال :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء[36] (المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية) إلى أنه يستحب للزوج إجابة زوجته لطلب الخلع من غير إلزام، مما يعني أنه يستطيع رفض طلبها وبالتالي لا تستطيع الزوجة فك الرابطة الزوجية دون رضى الزوج .

جاء في منتهى الإرادات : "وتسن إجابتها أي الزوجة إذا سألته الخلع على عوض ."[37]

ودليلهم في ذلك :

ـ أن الأمر الوارد في حديث ابن عباس للإباحة "فهو أمر قصد به إباحة أخذ العوض للزوج من المرأة وتطليقه إياها من غير إلزام لأحدهما".[38]

قال الباجي من المالكية : "وأخذ ذلك مما جاء في بعض روايات الحديث مما رواه مالك في الموطأ من قوله - ﷺ- لثابت بن قيس : (خذ منها)، فأخذ منها وجلست في بيت أهلها، وهو عند البخاري بلفظ (اقبل الحديقة وطلقها تطليقة) ولعل وجه دلالته على الإباحة عنده أنه جاء لرفع ما يتوهم من المنع بأخذ العوض لتطليق المرأة".[39]

واستدلوا كذلك بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة : 229] .

---

[35] ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد،، المغني ، د ط، مكتبة القاهرة، (1338هـ ، 1968م)، 327/7 .

[36] انظر : السرخسي محمد بن أحمد، المبسوط، د ط، دار المعرفة . بيروت، (1414هـ. 1993)، 171/6 ـ الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، د ط، بيروت .لبنان ، دار الكتب العلمية، (1424هـ. 2003م)،347/4 وما بعدها .

[37] البهوتي محمد بن إدريس، شرح منتهى الإرادات،ط1، عالم الكتب، (1414هـ. 1993م)،57/3 .

[38] القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق ، 139/3 .

[39] الباجي أبو الوليد سليمان، المنتقى شرح الموطأ، د ط ،بجوار محافظة مصر مطبعة السعادة ، (1332هـ)،61/4 .

المنارة للاستشارات

فنفي الله تعالى الجناح في مخالعة المرأة زوجها على عوض حين لا يستقيم الحال بينهما دليل على عدم الوجوب، فحمل الأمر على في الحديث على الاستحباب جمعا بينه وبين الآية.[40]

القول الثاني :

ذهب المالكية[41]، وابن تيمية[42] والشوكاني[43] إلى وجوب تلبية الزوج لطلب زوجته في المخالعة، ومن ثم فللمرأة الإرادة المنفردة في الحصول على الطلاق بالخلع بإجبار الزوج عليه. واستدلوا على ذلك بان الأمر الوارد في حديث ابن عباس(اقبل الحديقة وطلقها تطليقة) يفيد الوجوب لانتفاء قرينة تصرفه عن دلالته الأصلية.[44]

كما ذكروا أن الخلع جعل للمرأة في مقابل جعل الطلاق بيد الرجل، جاء في بداية المجتهد :" فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"[45]، فإنه لما كان للرجل أن يطلق زوجته دون رضاها فلها أن تخلعه دون رضاه، كما أن الإبقاء على زوجة كارهة لزوجها وبيتها قد يؤدي إلى مفاسد وخيمة والخروج بالزواج عن المقصد الذي وضع لأجله.[46]

الترجيح :

من خلال عرض أدلة الفريقين فان رأي الجمهور القائل باستحباب استجابة الزوج لطلب زوجته الخلع منه هو الأقرب إلى تحقيق أهداف ومقاصد الزواج، ذلك أن إلزام الزوج وإجباره على قبول الخلع يجعل الزوجة تحصل على الانفصال متى أرادت مما يتسبب في كثرة حالات الطلاق، وهدم الأسر وضياع المقصد الشرعي من الزواج، كما أن إلزام الزوج بخلع زوجته يفتح الباب واسعا لانحلال رابطة الزواج وهذا مخالف لما قرره الشرع بخصوص الطلاق حيث ضيق من مجالاته وجعله حلا استثنائيا لا يُلجأ إليه إلا إذا تعذرت كل سبل الإصلاح بين الزوجين.[47]

---

[40] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ، مرجع سابق ، 3/141،140 . .

[41] ابن رشد، بداية المجتهد ، مرجع سابق ، ص 93 .

[42] ابن تيمية تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية ،(1408.1987م) ،3/334..

[43] الشوكاني محمد بن علي،(1413هـ.1993م)، نيل الأوطار ،ط1، مصر ، دار الحديث 6/294.

[44] المرجع نفسه ، 6/294 .

[45] ابن رشد ،بداية المجتهد، مرجع سابق ،3/90 .

[46] حسانين نجلاء جمعة، إرادة المرأة في الزواج والطلاق ، د ط، كلية دار العلوم، القاهرة ،(2005)، ص 362 .

[47] بن الصغير، الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق ، ص 628.

المنارة للاستشارات

وذهب عبد الكريم زيدان إلى أنه يستحب للزوج إجابة طلب زوجته في الخلع إن رأى منها صدق الطلب وعزمها عليه لأن ذلك دليل على كراهيتها له، ولكن إذا كان له ميل قوي نحوها فيستحب للزوجة أن تصبر على زوجها وترضى بالمقام معه ولا تطلب الخلع.[48]

2.2 الحكمة من الخلع :

شرع الله سبحانه وتعالى الزواج وجعله ميثاقا غليظا، وجعل من أهم مقاصده تحقيق السكن والمودة والرحمة بين الزوجين، قال تعالى : ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾ [الروم : 21] .

غير أنه قد تعتري الحياة الزوجية تصدعات وتدب فيها الخلافات، فتتحول السكينة والمودة والرحمة إلى شقاق وتنافر وتشاجر مما يضيع معه مقصود الزواج ، فالإسلام في هذه الحال يوصي بالصبر والاحتمال، وينصح بعلاج ما عسى أن يكون من أسباب الكراهية وذلك كما في قوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾ ﴾ [النساء : 19] .

فإذا اشتد الخصام وفشلت محاولات الإصلاح رخص الإسلام بفك عرى هاته الرابطة، فكما جعل للرجل حق الطلاق يستعمله في حدود ما شرع له، منح المرأة حق فك رابطة الزواج عن طريق الخلع الذي يتجلى مقصده الأساسي في إزالة الضرر الذي يلحق الزوجة بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه ، وبالتالي التوقي من تعدي حدود الله التي حدها للزوجين من حسن المعاشرة وقيام كل منهما بحق الآخر.[49]

ثم إن بعض الأزواج يكيدون بزوجاتهم للإضرار بهن بتركهن معلقات لا هن زوجات ولا هن مطلقات، فترفع الزوجة أمرها إلى القضاء لتطليقها من أجل الضرر الواقع عليها، غير أنه يصعب في كثير من الأحيان إثبات الضرر من جهة، ومن جهة أخرى قد تطول المدة لأجل التأكد من قيام الضرر وتستمر القضايا أمام القضاء لسنوات، مما يدفع بالمرأة إلى المخالعة مباشرة اختصارا لطول مدة التقاضي وتجنبا لسوء الخصومات.[50]

---

[48] زيدان ، المفصل في أحكام المرأة ، مرجع سابق ، ص 124 .

[49] بن الصغير، الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق، ص 615 ، 616 .

[50] طواهرية كاملة ، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 330.

المنارة للاستشارات

المبحث الثاني : أثر الفقه الإسلامي على الأحكام المتعلقة بالخلع في قانون الأسرة الجزائري :

المطلب الأول : أثر الفقه الإسلامي على تحديد طبيعة الخلع :

أولا : التكييف الشرعي للخلع :

اتفق الفقهاء على أن الخلع طريق للفرقة بين الزوجين على عوض تدفعه الزوجة، غير أنهم اختلفوا في تحديد طبيعة هذه الفرقة هل تقع طلاقا ينقص عدد الطلقات أم تقع فسخا ينقض العقد إلى قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[51] والمالكية[52] والشافعية[53] ورواية عن أحمد[54] إلى عد الخلع تطليقة واحدة بائنة .

ودليلهم في ذلك :

- قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ﴾ [البقرة : 229]، فالمولى سبحانه وتعالى ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما.[55]

- ما رواه عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام .فقال رسول الله- ﷺ- (أتردين عليه حديقته؟) قالت: نعم .قال -ﷺ- : (اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[56].

---

[51] السرخسي ، المبسوط ، مرجع سابق ، 171/6.

[52] ابن رشد ،بداية المجتهد، مرجع سابق ،91/3 .

[53] الهيثمي أحمد بن حجر، د ط ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ،مصر ، المكتبة التجارية الكبرى ،(1357هـ.1983م) ،458/7 .

[54] البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مرجع سابق ، 60/3.

[55] الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 439/4.

[56] سبق تخريجه .

المنارة للاستشارات

ووجه الدلالة من الحديث أن أمره -ﷺ- بطلاقها مقابل إرجاع الحديقة كان بلفظ الطلاق صريحا وجعله طلاقا.[57]

- أن الزوجة بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا.[58]

- أن الخلع لو كان فسخا لما جاز على غير الصداق، لأن الفسخ يوجب استرجاع البدل فدل على أنه طلاق.[59]

- أما اعتباره طلاقا بائنا فلأن قد بذلت المال لتملك نفسها ولا تعود إليه إلا برضاها إذ لو كان للزوج رجعة في العدة لم يكن لافتداء الزوجة بالمال فائدة فلذا كان بائنا.

القول الثاني:

ذهب الإمام أحمد[60] في رواية عنه، والإمام الشافعي[61] في القديم، وابن تيمية[62] إلى أن الخلع فسخ للنكاح، وهو قول ابن عباس[63] -رضي الله عنهما- وإذا كان فسخا فإنه لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج .

واستدلوا على ذلك :

- قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ [البقرة : 229]، فلو كان الخلع طلاقا لصار مع الطلقتين المتقدمتين عليه ثلاثا فتحرم بذلك المرأة على زوجها ولا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجا غيره، ولما قال بعدها : (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)، لأنه قد طلقها وصار التحريم متعلقا بأربع لا بثلاث[64].

---

[57] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، 143/3 .

[58] العسقلاني، فتح الباري، مرجع سابق، 400/9 ز .

[59] ابن رشد ، بداية المجتهد، مرجع سابق، 92/3 وما بعدها .

[60] المرداوي علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2 ، دار إحياء التراث العربي،(د ت)،392/8.

[61] لشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 439/4.

[62] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق 289/32. .

[63] ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 274.274/10.

[64] انظر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، 143/3 .

المنارة للاستشارات

- ما روي عن ابن عباس من أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد رسول الله فأمرها -ﷺ- أن تعتد بحيضة.[65]

وجه دلالة الحديث أن النبي -ﷺ- أمر المختلعة أن تعتد بحيضة واحدة مع أن عدة المطلقة ثلاث حيضات مما يعني أن الخلع لا يترتب عليه وجوب العدة ولكن الاستبراء بحيضة واحدة، فلو كان طلاقا لاعتدت عدة المطلقة لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[البقرة : 228].

-لا يصح جعل الخلع طلاقا لأنه لو كان كذلك لكان بائنا أو رجعيا، ولا يمكن أن يكون بائنا لأنها طلقة واحدة ،كما لا يمكن أن يكون رجعيا لأن فيه إهدار لبدل المرأة الذي افتدت به نفسها، ولأن الخلع فرقة خلت عن نية الطلاق ولفظه فكانت فسخا.[66]

الترجيح :

وبعد النظر في الأدلة يظهر أن الرأي القائل بأن الخلع طلاق بائن هو الأرجح ؛ وذلك لورود لفظ الطلاق صريحا في الحديث ، كما أن الفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق بخلاف الفسخ الذي يقع تلقائيا، وثمرة هذا الخلاف تظهر في تأثير الخلع في عدد الطلقات؛ فالقائلون بأن الخلع طلاق ينقصون من عدد الطلقات، فلو تكرر الخلع ثلاث مرات بانت المخالعة بينونة كبرى، بخلاف الذين يقولون بأنه فسخ فإنه لا يؤثر في عدد الطلقات[67].

الفرع الثاني : التكييف القانوني للخلع :

بالنظر إلى نص المادة 48 من قانون الأسرة والتي جاء فيها : "مع مراعاة أحكام المادة 49 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".[68]

---

[65] رواه أبو داود في سننه كتاب الطلاق ، باب الخلع، رقم الحديث 2229 ،269/2 . .

[66] انظر : عبد القادر عبد السلام، الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، ع. 12،1429هـ/2008م، ص. 588 ، . بن الصغير، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 622.

[67] الزيباري عامر سعيد،،أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 1، بيروت -لبنان، دار ابن حزم، (1418هـ.1997م)،ص 234 وما بعدها .

[68] المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري 84 . 11 المعدل والمتمم بالامر05 . 02 المؤرخ في 27 فبراير2005 المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2005، العدد15 .

المنارة للاستشارات

بالرجوع إلى مضمون نص المادة وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع أدرج الخلع ضمن الفصل الأول الذي عنونه بـ : "الطلاق"، وهو الفصل الذي أدرجه ضمن الباب الثاني المعنون بـ : "انحلال الزواج" حيث أورد الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق بخلاف الفسخ الذي أورد أحكامه في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة المعنون بـ : "الزواج" في المادة 32 وما بعدها، وهذا يعني أن المشرع يعتبر الخلع طلاقا وليس فسخا، وبذلك يكون قد تأثر بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من حيث اعتبار الخلع طلاقا بائنا وبالتالي يأخذ أحكام الطلاق حيث[69] :

. لا يثبت الخلع إلا بحكم شأنه في ذلك شأن الطلاق .

. أن مراجعة الزوجة بعد صدور الحكم بالخلع لا يكون إلا بعقد جديد شأنه شأن الطلاق البائن .

. أن الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق والتطليق والخلع تكون نهائية غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية .

المطلب الثاني : أثر الفقه الإسلامي على تحديد بدل الخلع :

إن ما يميز الخلع عن غيره من سبل فك الرابطة الزوجية هو التزام الزوجة ببدل أو عوض تدفعه لزوجها لقاء تسريحها من عصمته، وسنحاول من خلال هذا المطلب بيان موقف الفقه الإسلامي من كيفية تحديد بدل الخلع، ثم نعرج إلى موقف المشرع الجزائري .

أولا : موقف الفقه الإسلامي من بدل الخلع :

اتفق الفقهاء على أن ما يجوز أن يكون مهرا يجوز أن يكون بدلا في الخلع، أي أن يكون مشروعا معلوما مملوكا للباذل غير أنهم اختلفوا في مقدار هذا البدل على النحو الآتي :

[69] عبد القادر عبد السلام ، الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق : ص 588..

المنارة للاستشارات

الاتجاه الأول : تقدير بدل الخلع متوقف على ما اتفق عليه الزوجان :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[70] والمالكية[71] والشافعية[72] والحنابلة[73] إلى أنه لا اعتبار لحد أدنى أو سقف أعلى لبدل الخلع طالما أن ذلك يتم عن تراض بين الزوجين، حيث يجوز للمرأة مخالعة زوجها على ما تشاء أن تخالعه به قل ذلك عن صداقها أو كثر .

ودليلهم في ذلك :

- قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة : 229].

مدلول عموم الآية أن المولى - سبحانه وتعالى- أطلق الفداء ولم يقيده بحد مما يدل على جواز الخلع بأقل أو أكثر مما أعطاه[74] .

- ما روي عن أبي سعيد الخدري أنه قال : كانت أختي تحت رجل من الأنصار فارتفعا إلى رسول الله -ﷺ- فقال لها : ("أتردين حديقته عليه؟) قالت : وأزيده، فخلعها فردت عليه حديقته وزادته[75] .

فقد دل الحديث على أن ما زاد عن الصداق في الخلع جائز، ولو لم يكن كذلك لما أجازه – عليه الصلاة والسلام-[76]

- ما روي عن كثير بن أبي كثير أن امرأة نشزت على زوجها فرفعها إلى عمر بن الخطاب فقال عمر لزوجها: (اخلعها ولو من قرطها).[77]

الاتجاه الثاني : عدم جواز زيادة بدل الخلع عن المهر :

ذهب الحنفية[78] وأبو بكر من الحنابلة[79] إلى أنه يكره للزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطاها أي لا يجوز له أن يأخذ أكثر من المهر الذي أمهرها إياه .

---

[70] ابن نجيم ، البحر الرائق، مرجع سابق ، 83/4 .

[71] بن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق ، 92/3. .

[72] الشربيني، مغني المحتاج ، مرجع سابق ، 265/3..

[73] ابن قدامة ، المغني، مرجع سابق، 175/8.

[74] القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق ،140/3.

[75] رواه البيهقي في سننه ، كتاب الخلع والطلاق ، باب الوجه الذي تحل به الفدية ، رقم الحديث 14850 ،514/7.

[76] الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق ، 251/6.

[77] الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، د ط، بيروت، دار الكتب العلمية، 484/2. .

[78] الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق 150/3.

[79] ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 325/7. .

المنارة للاستشارات

واستدلوا على ذلك بما ورد عن أبي الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبي بن سلول وكان أصدقها حديقة، فقال النبي -ﷺ- : (أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟) قالت نعم وزيادة، فقال النبي - عليه الصلاة والسلام - : (أما الزيادة فلا ولكن حديقته)، قالت : نعم ، فأخذها وخلى سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء رسول الله -ﷺ-[80] فكان هذا القول من رسول الله -ﷺ- نفيا لإباحة أخذ ما زاد على ما أعطاها فيكون أخذ الزيادة مكروها.[81]

الترجيح :

إن الناظر لأدلة الفريقين يرى مدى قوة أدلة الجمهور القائل بأنه لا حد أدنى ولا سقف أعلى لبدل الخلع مادام هناك تراض بين الزوجين وهذا هو الأرجح[82] لأن التراضي هو أساس التعامل بين الطرفين، حسما لأي نزاع، بشرط أن لا يستغل الزوج الفرصة فيتعسف في طلب العوض.

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من بدل الخلع :

جاء في المادة 54 المتعلقة بالخلع : "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم "

من خلال هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري يجيز للزوجة مخالعة نفسها بمقابل مالي غير أنه لم يحدد مقدار هذا المقابل تاركا أمر تحديده لاتفاق الزوجين، وبهذا يكون قد أخذ برأي الجمهور الذي جعل بدل الخلع خاضعا لاتفاق الزوجين، وهذا يعتبر دليلا على مدى تأثر المشرع بالفقه الإسلامي، غير أنه عند التنازع بين الزوجين وعدم اتفاقهما يتدخل القاضي فيحدد مقدار بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم .

[80] رواه البيهقي في سننه، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، رقم الحديث 14849، 514/7 .

[81] زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، 193/8.

[82] نظر : الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ، ص 176 .

المنارة للاستشارات

المطلب الثالث : أثر الفقه الإسلامي على الآثار المترتبة عن الخلع :

أولا : انحلال الرابطة الزوجية بالخلع :

أ. في الفقه الإسلامي :

ذكرنا سابقا في تحديد طبيعة الخلع في الفقه الإسلامي أن الخلاف دائر حول اعتباره طلاقا أو فسخا، وسواء أخذنا بتكييف الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية الذين يعدون الخلع طلقة بائنة، أو أخذنا بتكييف الحنابلة والذين يعدونه فسخا، ففي كلتا الحالتين يتحتم فك الرابطة بين الزوجين مع انتفاء حق الزوج في ارتجاع الزوجة إلا برضاها و بعقد جديد[83].

جاء في المغني : ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم ... ولنا في قوله تعالى (فيما افتدت به) [البقرة : 229] وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه، ولان القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر."[84]

وجاء في رسالة ابن أبي زيد القيرواني " والخلع طلقة لا رجعة فيها إلا بنكاح جديد برضاها.[85]

ب. في القانون :

لم يكن المشرع واضحا كفاية فيما يتعلق بأحكام الخلع إذ لا يوجد نص صريح يحدد مدة العدة التي تعتدها المختلعة من زوجها، مما يجعلنا نبحث في القرائن لمعرفة نظرته للفرقة الواقعة بسبب الخلع، والملاحظ أن إدراجه للخلع تحت فصل الطلاق فيه دلالة على اعتباره طلاقا .

تنص المادة 57 من قانون الأسرة[86] : "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية" .

---

[83] كاملة طواهرية، أحكام الخلع، مرجع سابق، ص 341 ، 342 .

[84] ابن قدامة، المغني، مرجع سابق 331/7.

[85] الأزهري صالح بن عبد السميع الآبي، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د ط، بيروت، المكتبة الثقافية، (د ت)، ص 481 .

[86] قانون84. 11 المعدل والمتمم بالامر05. 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2005،العدد15.

المنارة للاستشارات

وقبل التعديل (أي في قانون 84- 11) كان النص على جواز استئناف الأحكام المتعلقة بالطلاق فقط[87]، مما يدل على أن المشرع قاصد إلى إزالة الغموض الذي اعترى النص القديم حيث من خلال نص المادة يتبين أن أحكام التطليق والخلع إلى جانب أحكام الطلاق كلها غير قابلة للاستئناف المتعلق بالناحية الشخصية للزوجين بخلاف الجوانب المادية، والهدف من عدم جعل أحكام فك الرابطة الزوجية المتعلقة بالطلاق والتطليق والخلع في درجتين من التقاضي هو عدم إطالة الإجراءات؛ إذ لا يعقل أن يتفق الزوجان على مسائل الخلع، وتخالع الزوجة نفسها ثم تستأنف الحكم[88]، وتأسيسا على ذلك فإن أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قراراتها[89] مما يعني أن الفرقة بين الزوجين لا رجعة فيها؛ إذ يحتاج الزوج إذا أراد مراجعة زوجته إلى عقد جديد الذي يعتبر الرضا ركنه الأساسي، وفي هذا كله دلالة على استناد المشرع الجزائري على أحكام الفقه الإسلامي وبالتحديد على رأي الجمهور في اعتبار الخلع طلاقا بائنا يستوجب التفريق بين الزوجين .

ثانيا : عدة الخلع :

أ. في الفقه الإسلامي : اختلف الفقهاء في عدة المختلعة على قولين :

القول الأول :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[90] والمالكية[91] والشافعية[92] وأحمد[93] في رواية له إلى أن عدة المختلعة ثلاثة قروء إلحاقا لها بعدة المطلقة بناء على اعتبار الخلع طلاقا .

---

[87] نص المادة 57 قبل التعديل "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية "

[88] صغيري سمية ، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، ماجستير قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة حمة لخضر .الوادي، الجزائر، 2015/2014، ص 168 .

[89] انظر على سبيل المثال : القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه : (من المقرر قانونا أن الأحكام الصادرة بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم والقاضي بالطلاق بالخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون) قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 72858، المؤرخ في 1991/03/20، المجلة القضائية ، ع.1 ، س 1993، ص 71 .

[90] ابن الهمام كمال الدين ، فتح القدير ،د ط، دار الفكر ، (د ت) ، 213/4 . .

[91] الباجي أبو الوليد سليمان ، المنتقى شرح الموطأ ،67/4 .

[92] الهيثمي ،تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، مرجع سابق،458/7.

[93] ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، 485/7.

المنارة للاستشارات

ودليلهم في ذلك :

- قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ ﴾ [البقرة : 228]،ومادام اعتبار الخلع طلاقا فإن المختلعة تدخل في عموم الآية فتعتد عدة المطلقة .

القول الثاني :

ذهب الإمام أحمد في رواية عنه[94] وابن تيمية[95] وابن القيم[96] إلى أن عدة المختلعة حيضة واحدة قصد استبراء رحمها وذلك بناء على اعتبارهم أن الخلع فسخا وليس طلاقا .

ودليلهم في ذلك :

. عن ابن عباس -ﷺ- أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي -صلى الله عليه وسلم- فأمرها أن تعتد بحيضة.[97]

. عن الربيع بنت معوذ أن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبد الله، فجاء أخوها يشتكيه إلى رسول الله -ﷺ- فأرسل رسول الله إلى ثابت فقال : (خذ التي لك عليها وخلِّ سبيلها)" قال : نعم . فأمرها رسول الله - ﷺ- أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها.[98]

ففي الحديثين دلالة ظاهرة على أن المختلعة تعتد بحيضة واحدة لا أكثر من ذلك .

ثانيا . في القانون :

ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي جمهور الفقهاء في اعتبار الفرقة بالخلع طلاقا بائنا، وعليه فإن عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء وفق ما جاء به نص المادة 58من قانون الأسرة[99] : "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق " .

---

[94] لمرجع نفسه ،485/7 .

[95] بن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ، مرجع سابق ، 291/32.

[96] ابن القيم محمد بن أبي بكر ، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط27 ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، الكويت ،مكتبة المنار الإسلامية ،(1415هـ.1994م)، 179/5 .

[97] سبق تخريجه .

[98] رواه النسائي في سننه ، كتاب الطلاق ، باب عدة المختلعة ، حديث رقم 3497، 186/6.

[99] قانون الأسرة الجزائري 84.11 المعدل والمتمم بالامر05.02 المؤرخ في 27 فبراير 2005المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2005 ، العدد15.

المنارة للاستشارات

وما دام أنه لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فوجب أن تعتد هي أيضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص ويتبع ذلك أن اليائس من المحيض تعتد بثلاثة أشهر و الحامل فبوضع الحمل ويكون المشرع بذلك قد أخذ برأي الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد) في أن عدة الخلع ثلاث حيضات وهو أبلغ في استبراء الرحم قطعا للشك في وجود أي حمل .

المنارة للاستشارات

خاتمة:

بعد هذه الدراسة الموجزة يمكننا أن نخلص إلى مجموعة من النتائج نوجزها فيما يأتي :

- نظام الخلع يعكس مدى عدالة الشريعة الإسلامية حيث منحت للرجل حق الطلاق ومنحت للمرأة الخلع .
- أن الخلع نظام أوجدته الشريعة الإسلامية كآلية لفك الرابطة الزوجية وقانون الأسرة الجزائري أخذه عنها .
- أن الفقه الإسلامي أحاط بجميع جوانب الخلع وكل ما يتعلق به أما قانون الأسرة فقد اختزله في نص واحد دون أن يوضح البات تطبيقه تاركا هذه المهمة للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية.
- يستند المشرع في صياغته لنصوص قانون الأسرة إلى مصادر التشريع الإسلامي.
- إذا وجد إغفال أو غموض في بعض نصوص قانون الأسرة فإن المشرع يحيلنا إلى الفقه الإسلامي عموما دون تحديد مذهب معين ،وهذا يبرز جليا مدى تأثر قانون الأسرة بأحكام الفقه الإسلامي.
- أن استناد المشرع الجزائري على أحكام الفقه الإسلامي في صياغته لأحكام الخلع دليل على المكانة المرموقه التي يتمتع بها الفقه الإسلامي .
- أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور من حيث اعتبار الخلع طلاقا بائنا .
- أن المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور كذلك فيما يتعلق بعدم تحديد بدل الخلع وإنما إخضاعه لاتفاق الزوجين.
- أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور من حيث اعتداد المختلعة ثلاث حيضات إلحاقا لها بالمطلقة.

المنارة للاستشارات

قائمة المراجع:

القرآن الكريم .

المؤلفات :

1.الأزهري صالح بن عبد السميع الآبي ،الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، المكتبة الثقافية ، بيروت-لبنان، د.ط.، (د ت) .

2 .الأصبحي مالك بن انس، المدونة، دار الكتب العلمية، ط.1، 1415هـ - 1994م .

3.الباجي أبو الوليد سليمان، المنتقى شرح الموطأ، بجوار محافظة مصر مطبعة السعادة ، مصر، د.ط.، 1332هـ

4 .البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، ط.1، 1422هـ.

5 .بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.4، 2004 .

6 .البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مؤسسة الرسالة، دار المؤيد ، د.ط.، (د ت) .

7 .البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، د.ط.،(د ت)

8 .البهوتي محمد بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، ط.1، 1414هـ.1993م .

9 .البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين ،السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط.3، 1424هـ.2003 .

10 .ابن تيمية تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط.1،1408.1987م .

11 .ابن جزيء أبو القاسم، القوانين الفقهية، د.ط.، (د ت) .

12.الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت.لبنان، 1424هـ.2003م .

13.الجندي أحمد نصر، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2001 .

14. الحطاب شمس الدين أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط.3، 1412هـ. 1992م .

15.حسانين نجلاء جمعة، إرادة المرأة في الزواج والطلاق، كلية دار العلوم، القاهرة –مصر، دد.ط.، 2005 .

16.الدار قطني أبو الحسن علي بن عمر، سنن الدار قطني، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1424هـ.2004م .

17.أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، (د ت).

18.الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، المكتبة العصرية . الدار النموذجية، صيدا . بيروت، ط.5، 1420هـ. 1999 م .

19 .ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة-مصر، د.ط.، 1425هـ. 2004م

20. الزمخشري أبو القاسم محمود، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط.3، 1407هـ .

21.الزيباري عامر سعيد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت -لبنان، ط.1، 1418هـ.1997م

22.زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، بيروت-لبنان، مؤسسة الرسالة، 1413هـ.1993م .

23. السرخسي محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د.ط.، 1414هـ.1993 .

المنارة للاستشارات

24. الشربيني شمس الدين احمد بن محمد مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط.1، 1415هـ.1994م

25. الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار، دار الحديث، مصر، ط.1، 1413هـ.1993م .

26. الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، دار الكتب العلمية، (د.ت.)

27. ابن عابدين محمد أمين بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط.2، 1412هـ . 1992 م .

28. ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، د.ط.، 1387هـ.

29. العسقلاني بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت- لبنان، د.ط.، 1379 هـ .

30. الفيروزابادي مجد الدين، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت .لبنان، ط.8، د ت .

31. ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني ، د ط، مكتبة القاهرة، (1338هـ ، 1968م).

32. القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة-مصر، د.ط.، 1384هـ. 1964 م .

33. ابن القيم محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة-بيروت-لبنان، مكتبة المنار الإسلامية .الكويت، ط27، 1415هـ.1994م .

34. ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط.1،1419هـ.

. 35. ابن ماجة أبو عبد الله، سنن ابن ماجة، دار إحياء الكتب العلمية، د.ط.، (د ت) .

36. المرداوي علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط.2، د ت)

37. ابن منظور أبو الفضل جمال الدين ، لسان العرب، دار صادر، بيروت .لبنان، ط.3، 1414هـ.

38. نجيم المصري زين الدين ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط.2، د ت .

39. النسائي أبو عبد الرحمان،السنن الصغرى، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب-سوريا، ط.2، 1406هـ . 1986م .

40. النووي أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المتقين، المكتب الإسلامي، بيروت . دمشق . عمان ، د.ط.، 1412هـ.1991م .

41. ابن الهمام كمال الدين، فتح القدير، دار الفكر، (د ط)، (د.ت.) .

42. الهيثمي أحمد بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د.ط.، 1357هـ . 1983م .

الأطروحات والمقالات :

43. بن شويخ رشيد، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة- الجزائر ع.9 ، جويلية 2004.

المنارة للاستشارات

44. بن الصغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، (1430.1429 هـ/2009.2008م)،

45. صغيري سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الاسرة الجزائري، ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة حمة لخضر .الوادي، الجزائر، 2015/2014، .

46. طواهرية كاملة، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة- الجزائر ع.39، جوان 2015 .

47. عبد القادر عبد السلام، الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء، تصدر عن كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر .

القوانين :

القانون 84 .11 المؤرخ في 9يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05 .02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

المجلات القضائية :

المجلة القضائية، ع.1، 1993.

المنارة للاستشارات