أحكام البدل في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

PROVISIONS OF THE ALLOWANCE IN ISLAMIC JURISPRUDENCE AND COMPARATIVE LAW

ط.د/ أحمد طرشي*

جامعة الجزائر 01 (الجزائر)a.terchi@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال: 2021/06/03 تاريخ القبول: 2021/06/13 تاريخ النشر: 2021/06/30

الملخص:

أولت الشريعة الإسلامية للخلع أهمية بالغة ليكون سببا للمرأة في فك الرابطة الزوجية في حال كرهها لزوجها.وقد جاء الهدف من وراء هذا البحث بيان الحكم الشرعي في مسائل بحث الخلع،المقارنة بين الخلع في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري،إظهار مدى حاجة المرأة لهذا الحكم الشرعي، وقد اعتمدت في بحثي على المنهج التحليلي حيث تناولت المسألة من الجانب الفقهي أخذا برأي فقهاء الإسلام في الموضوع مستشهدا بالنص الأصلي من القرآن والسنة مقابلا لرأي المشرع الجزائري في المسألة، كما جاءت النتائج على النحو التالي: بينت الدراسة أن المشرع اعتبر في قانون الأسرة الخلع حقا مكتسبا وحقا إراديا للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة من دون البحث في الأسباب وذلك من خلال نص المادة 54 المعدلة بالأمر 02/05 من ق أ بعكس الشريعة الإسلامية التي اعتبرته عقدا رضائيا يتطلب استيفاء شروط معينة لوقوعه وهي الشروط التي أغفلها المشرع الجزائري لاعتباره الخلع حقا شخصيا لا فرق بين الطلاق على مال والخلع،لأن معناهما واحد،والعبرة للمعنى وليس للفظ،فإن تحقق معنى الخلع وقع بأي لفظ كان .لا يقع الخلع إلا ببدل تدفعه الزوجة تحقيقا للعدل.

الكلمات المفتاحية: الخلع,أحكام البدل, الفقه الاسلامي, القانون المقارن

Abstract:

Islamic law has attached great importance to khula as a reason for women to break the marital bond in the event that she hates her husband. The aim of this research was to explain the Sharia ruling in matters of discussing khul ', the comparison between khula in Islamic law and Algerian law, to show the extent of the woman's need for this legal ruling In my research, I relied on the analytical method, where I dealt with the issue from the jurisprudential side, taking the opinion of Islamic jurists on the subject, citing the original text of the Qur'an and the Sunnah, in contrast to the opinion of the Algerian legislator on the issue, and the results were as follows: The study showed that the legislator considered in the family law khula a right Acquired and voluntary right of the wife to break the marital bond by her own will without researching the reasons, through the text of Article 54 amended by order 02/05 of QA,

KEY WORDS: khula ', rulings of exchange, Islamic jurisprudence, comparative law

* المؤلف المرسل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة

جعل المولى سبحانه وتعالى من كل شيء حي زوجين،فخلق الذكر والأنثى ليسكنا إلى بعضهما البعض بالمودة والرحمة فقال جل وعلى:" يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا" وقال جل شأنه:" يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة،وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا"[1].

فالمودة والرحمة هما الأساس الذي ارتضاه رب العزة للعلاقة الزوجية، قال تعالى:" وجعل بينكم مودة ورحمة".[2] فيعلم كل طرف ما عليه من واجبات فيؤديها للطرف الآخر وهو الشيء الذي تترتب عليه حياة زوجية سعيدة هنيئة، غير أنه في حالات أخرى قد يحدث ما يزيل هذه المودة ككره الزوجة لزوجها أو العكس فتصبح الحياة جحيما لا يطاق، ونارا لا تهدأ، وقد لا تفلح دواعي الإصلاح ولا تجدي ومن ثمة لا يكون هناك مفر من إنهاء العلاقة الزوجية.

فإذا كان الإكراه والشقاق من جانب الرجل فقد خوله الشرع مكنة إنهاء العلاقة الزوجية بإيقاع الطلاق، وبالتالي يكون ملزما بكل ما ترتب على الزواج من آثار مالية، وإذا كان الكره أو الشقاق من جانب المرأة فقد خولها الشرع إمكانية الخلع، ومقتضاها أنها تفتدي نفسها وخلاصها بأن تؤدي إلى الزوج ما دفعه من مهر، وإمكانية الخلع للزوجة ليست بإرادتها المنفردة فإما أن تتراضى مع زوجها على الخلع أو بإقامتها لدعوى الخلع، حيث نصت المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على أن للزوجة الحق في أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي دون موافقته.

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع أعطى الخلع كطريق تستخدمه المرأة في فك الرابطة الزوجية دون تبرير ودون موافقة الزوج وهو حكم نابع من مقاصد الشريعة الإسلامية التي تقر بالخلع كحق للمرأة، إضافة إلى كونه حل في إنهاء الزواج في حال كرهت زوجها.

من خلال هذا التقديم نطرح الإشكال التالي: ما المقصود بالبدل في الخلع؟ و ما هي الأحكام المتعلقة به ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سنقوم بدراسة الموضوع في مبحثين أساسيين، حيث سنقوم في المبحث الأول بالتطرق للتأصيل الشرعي والقانوني للبدل في الخلع ،أما المبحث الثاني فسنتعرض فيه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لطبيعة البدل في الخلع في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري مع الإشارة لحكم الخلع في بعض التشريعات العربية.

المبحث الأول–التأصيل الشرعي والقانوني للبدل في الخلع

المطلب الأول–تعريف الخلع

أولا–لغة : هو خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه كنزعه ،وخلع النعل والثوب والرداء، يخلعه خلعا ،جرده، وخلع امرأته خلعا وخلاعا فاختلعت وخالعته، طلقها على بذل منها له.[3] والفرق بين الخلع والخلع بضم الخاء وفتحها للتفرقة بين الإزالة الحسية والمعنوية، فبالفتح تستعمل في الإزالة الحسية كنزع الثوب و بالضم تستعمل في الإزالة المعنوية.[4]

ثانيا–اصطلاحا: لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الخلع بل أشار إليه من خلال المادة 54 من القانون 11/84 [5] بقوله:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". فقد ركز المشرع على أن يكون اتفاق الطرفين منصبا على مال كبدل للزوجة، و في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الأمر إلى القاضي الذي يحدد البدل غالبا نقدا على ألا يتجاوز صداق المثل.إلا أن المشرع الجزائري بإصداره للتعديل الجديد لقانون الأسرة من خلال الأمر 02/05 نص في المادة 54 على أنه: يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي،إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم في حين عرفه الفقهاء بعدة تعاريف منها:

عرفه الحنفية بأنه: إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها أي الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه [6]

عرفه المالكية بأنه: طلاق بعوض[7]،وعرف ابن رشد الخلع بأنه:بذل المرأة العوض على طلاقها.[8]

وعرفه الشافعية بأنه: فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع[9]

وعرفه الحنابلة بأنه:فراق الزوج زوجته على عوض منها أومن غيرها بألفاظ مخصوصة.[10]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في حين ابن قدامة بقوله : هو كل ما يصلح أن يكون مهرا من مال أو منفعة تقوم بالمال،غير أنه ليس لبدل الخلع حد أدنى بخلاف المهر.فيتحقق الخلع بأي بدل كثير أو قليل ويستحب ألا يأخذ الرجل أكثر مما أعطى المرأة من الصداق عند أكثر العلماء.[11]

المطلب الثاني: التكييف القانوني المقارن للبدل في الخلع

أولا–في القانون الجزائري

1. اعتبار الخلع فسخ أم طلاق

اعتبر المشرع الخلع طلاقا من خلال إدراجه للخلع ضمن الباب الثاني بعنوان" انحلال الزواج" وضمن الفصل الأول بعنوان الطلاق،ولو كان يقصد به فسخا لأدرجه في الفصل الثالث المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل،ففي حالة وجود عيب يشوب العقد كاختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته،في حين أن الخلع يقع على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجة عن العقد تستهدف حل الرابطة الزوجية.[12] وقد صدر في هذا الشأن عن المجلس الأعلى قرار بتاريخ 69/02/05 يؤكد ذلك بقوله:" لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح".

2– **اعتبار الخلع معاوضة من الجانبين أو أنه يمين من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب الزوجة:** كيف المشرع الجزائري الخلع كالطلاق على مال وذلك من خلال م 54 من ق أ ج رغم الاختلاف الشرعي حول المسألة ،فاعتبره يمينا من جانب الزوج بتعليقه طلاق الزوجة على شرط قبول المال .واعتبر المعاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة تدفع له مبلغا من المال في مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية.[13]

أما بالنسبة لمبدأ الاتفاق على الخلع فقد مر المشرع الجزائري بمرحلتين في تحديد رؤيته بشأن رضائية الخلع و عدم رضائيته.

قام المشرع بتعديل قانون الأسرة رقم 11/84 بموجب الأمر 02/05 حيث أماط اللبس والغموض الذي اكتنف المادة 54 منه وبموجب هذا التعديل أصبح الخلع حقا أصيلا للزوجة تمارسه بعيدا عن

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إرادة الزوج،وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 21 جويلية 1992،وبالتالي أصبحت توجب على القاضي الحكم للزوجة بالخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج.[14] فالخلع أصبح طلاقا بيد الزوجة مقابل لحق العصمة الزوجية الممنوح للزوج وهو ما ورد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2015/09/15 ما نصه:" الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج".[15]

فالتعديل الأخير لقانون الأسرة أزال الجدل الذي أثير سابقا حول طبيعة الخلع بحيث أضحت موافقة الزوج غير ضرورية خلافا لما كان عليه الأمر قبل التعديل.[16]

فقد انقسم شراح القانون في تكييف الخلع فذهب فريق إلى القول بمبدأ رضائية الخلع،إذ لا خلع بدون موافقة الزوج فقالوا بأنه:" عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بدفع الزوجة لمبلغ من المال مقابل طلاقها،وقبول صريح من الزوج لهذا الغرض وللطلاق"،وبالتالي فهو عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة،هدفه إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر.[17] فإذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي مخالعة.[18]

في حين ذهب الفريق الثاني إلى القول بأن الخلع غير رضائي باعتبار أنه يمكن للزوجة اللجوء إلى الخلع دون موافقة زوجها واستندوا في ذلك بنص المادة 54 من الأمر 02/05 على أن يكون اتفاق الطرفين منصبا على مال كبدل للزوج،وفي حال عدم الاتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الأمر للقاضي[19]، فقد نصت المادة 54 على أن إزالة عقد النكاح بالخلع جائز للمرأة بإرادتها المنفردة ولا حاجة بصدور قبول من الزوج،حيث أن الاتفاق بين الزوجين لا علاقة له بالخلع لكن بالمال المفتدى به.[20]

من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع قد خالف من قال بأن الخلع عقد رضائي يشترط فيه موافقة الزوج و رضاه في ذلك،ولذلك فإن الخلع كالطلاق،لما كان بيد الرجل فإنه لا ينظر فيه إلى موافقة المرأة أم موافقتها في ذلك،فكذلك الخلع بالنسبة للرجل فلا يعتد لعدم موافقته.

مما سبق نلاحظ كيف ارتقى مفهوم الخلع من مجرد رخصة للزوجة،إلى حق أصيل لها والذي يمكنها اللجوء إليه متى شاءت دونما حاجة إلى رضا موافقة الزوج.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا– موقف التشريعات المغاربية من البدل في الخلع

نص المشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية في الكتاب الثاني تحت عنوان" انحلال ميثاق الزوجة وأثره" في القسم الخامس من الباب الثاني على الأحكام التي تنظم الخلع من خلال نصوص المواد من 115 إلى 120 منه.[21] من خلال هذه المادة ذهب المشرع المغربي إلى اعتبار الخلع طلاقا رضائيا يقع بين الزوجين،وليس فسخا،وهو ما يتجلى من خلال نص المادة 115 التي تنص على :" أن للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 "،كما نصت المادة 116 على أن:" تخالع الراشدة عن نفسها،والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق،ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي".

من خلال المواد السابقة يفهم بأن المشرع المغربي اعتبر الخلع طلاقا يقع بالرضا بين الزوجين،ويقع الخلع من الراشدة،أما غير الراشدة فيقع الطلاق ولكن لا تدفع بدل الخلع إلا بموافقة وليها على ذلك،كما وبين أنه في حال خلاف الزوجين على قيمة العوض تحاول المحكمة الصلح بينهما وإن تعذر ذلك تقدر قيمة العوض مع مراعاة قيمة الصداق،وفترة الزواج،والحالة المادية للزوجة،وأسباب الخلع أخذا بما ورد في نص المادة 120 منه،وبالتالي يكون قد رتب التوافق بين الزوجين باستثناء في حال كون الزوجة غير راشدة بموافقة وليها يتدخل القاضي لمحاولة الصلح بينهما ماليا،مع مراعاة بعض الشروط في تقدير بدل الطلاق.

في حين تغاضى المشرع التونسي عن التطرق لمسألة الخلع بصورة مفصلة،بل عالج الطلاق بصورة عامة من خلال الفصل 31 و 32 من مجلة الأحول التونسية التي تطرقت للطلاق بالتراضي أين نجد الإسقاط يتحقق مع الخلع باعتباره رضائيا بين الزوجين بغض النظر عن تفاصيل الشروط التي يشترطها الطرفين لحصول فك الربطة الزوجية مادام الزوجين متفقين،وفي حال عدم الاتفاق يكون اللجوء إلى القاضي الذي يتدخل محاولا الصلح بينهما والتوفيق في وقوع الطلاق أو شروط وقوعه وله سلطة تقديرية في تحديد الجوانب المالية لوقوع الطلاق أو الخلع. [22]

أما قانون الأحوال الشخصية الموريتاني فقد تطرق للخلع في المواد 92–94 منه،حيث لم يحدد الشروط الواجبة لتحقق الخلع معالجا إياه بصورة عامة، مع السماح لولي الزوجة بأن يخالعها من زوجها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا كانت قاصرة وفقا لما نصت عليه المادة 94 [23] .فقد مكن المشرع الموريتاني المرأة من استرجاع مقابل الخلع متى ثبت تضررها من طرف زوجها، واعتبره بذلك طلاقا وفقا لنص المادة 93 التي نصت على :" إذا ثبت للقاضي أن المرأة إنما قبلت أن تخالع زوجها لتنجو من ضرره أو سوء معاشرته فإن الطلاق ينفذ ويعاد لها ما بذلته، وكذلك الشأن إذا صدر الخلع من صغيرة أو سفيه". فالملاحظ من محتوى هذه المادة أنها أعفت القاصرة أو السفيهة من دفع بدل مالي عن الخلع، وبذلك عد التشريع الموريتاني استثناء عن باقي التشريعات العربية في دفه بدل الخلع.

أما المشرع العراقي فقد أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذي عد الخلع عقد معاوضة يعتمد على التراضي بين الزوجين ولا سلطة للقضاء فيه، فلا تسمح هذه التشريعات بالخلع عند طلب الزوجة وامتناع الزوج،لأن الخلع لا بد أن يكون باختيارهما ورضاهما.فقد نظم المشرع العراقي الخلع في قانون الأحوال الشخصية تحت الرقم 188 لسنة 1959 فجاءت المادة 46 منه بقولها:" 1. الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة 39 من هذا القانون 2. يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وأن تكون لزوجة محلا له ويقع بالخلع طلق بائن 3.للزوج أن يخلع زوجته على عوض أقل أو أكثر من مهرها".[24]

من خلال هذا النص القانوني نفهم أن الخلع يكون باتفاق الطرفين على إزالة قيد الزواج باختيارهما ورضاهما وهذا واضح من قول المشرع (بإيجاب وقبول أمام القاضي) وبذلك يكون المشرع العراقي قد رجح قول جمهور الفقهاء وعد الخلع عقد رضائيا ولا دخل للقضاء فيه إلا بالقدر المتعلق من حاجة الإيجاب والقبول إلى الحضور إلى مجلس القضاء ليتأكد القاضي من حرية الزوجة في البذل وعدم تعسف الزوج وتحقق الشروط الواجب توفرها في كلا المتخالعين.[25]

المبحث الثاني: طبيعة البدل في الخلع

المطلب الأول: في حالة الاتفاق

باستقراء نص المادة 54 من ق أ ج يتضح بأن المشرع يأخذ كأصل عام في الخلع الاتفاق حول المخالعة وهو ما نص عليه الفقه والقانون،وإن كانت صيغة النص لا تشير صراحة إلى موافقة الزوج وإنما يستفاد ضمنا من عبارة "دون موافقة" وهي الصيغة التي انفرد بها المشرع الجزائري دون غيره من

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التشريعات العربية[26]،وهو مذهب المالكية[27] والشافعية[28] والحنابلة[29].يقول الإمام مالك:" لا بأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها"[30] واستدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى:" فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[31]ووجه الاستدلال أن كل ما كان فداء صح للمخالعة قل أو كثر.[32]

إن طبيعة الخلع ليست واحدة فيما يتعلق بالمتخالعين حيث يرى الفقهاء ما يلي:

. يعتبر الخلع من جانب الزوج يمينا فتراعى فيه أحكام اليمين ويرجع ذلك عندما يتفق الزوجان نظير مبلغ معين من المال تدفعه الزوجة لزوجها وهكذا يعلق الزوج طلاق زوجته على قبول المال والتعليق يسمى يمينا هنا عند الفقهاء

. يعتبر الخلع معاوضة من جانب الزوجة لأنه بدفعها المال نالت خلاصها من زوجها لتفتدي به نفسها إلا أنها ليست معاوضة محضة بل هي أشبه بالتبرع لأن البدل الذي تدفعه الزوجة لا يقابله مال ولا أي منفعة من جانب الزوج بينما المعاوضات المحضة يكون كل عوض من العوضين مالا أو ما في حكمه.[33]

فقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تحديد مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها: القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/04/22 والذي جاء فيه:" من المتفق عليه فعلا في حكم الشريعة الإسلامية أنه في حال الاتفاق بين الزوجين على بدل الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تحديده يعود لقاضي الموضوع باعتبار ذلك اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثمة يتعين على القاضي تجديد قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق".[34]

كما ركزت المادة 54 من ق أ أن للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما ويتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حال عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح باب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[35]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويبدوا أن الأساس الذي بنت عليه المحكمة العليا اجتهاداتها القضائية تلك راجع إلى الموقف الفقهي الذي كان المشرع الجزائري متبنيه حينها، والمتمثل في موقف جمهور الفقهاء من المالكية[36] في حالة الخلع الاتفاقي (ذلك أنهم يقولون بنوعين من الخلع الاتفاقي[37] والجبري الذي يوقعه الحكمان عند الشقاق[38]،الشافعية[39] والحنابلة[40] الذين يعتبرون الخلع عقد معاوضة ،يتوقف على قبول وموافقة الزوج في حين يرى الحنفية[41] بأنه يمين من جهة الزوج (لأنه علق طلاقها على قبول المال والتعليق يمينا، ومعاوضة من جهة الزوجة (لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها وخلاصها من الزوج ،غير أنها أشبه عند الحنفية بالتبرع، لأن بديل العوض لا يقابله مال ولا أي منفعة من جانب الزوج ،وإنما هو افتداء المرأة نفسها.[42]

فقد اختلف فقهاء الإسلام في حكم بذل الزوجة عوضا لزوجها لمفارقتها له هل هي فسخ أم طلاق،فذهب الجمهور من المالكية[43] والحنفية[44] والشافعية[45] ورواية عن أحمد[46] إلى اعتبار الخلع تطليقة واحدة بائنة.

واستدلو: بما رواه عكرمة عن ابن عباس:" إن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي عليه الصلاة والسلام فقالت : يارسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام :أتردين عليه حديقته ؟ قالت:نعم قال رسول الله عليه الصلاة والسلام:اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[47]

ووجه الدلالة أن أمره عليه الصلاة والسلام بطلاقها مقابل إرجاع الحديقة بلفظ الطلاق صريحا وجعله طلاقا.[48] كما ذكروا بأن الزوجة بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ،فوجب أن يكون طلاقا[49]

في حين ذهب الفريق الثاني من الحنابلة إلى اعتباره فسخ لعقد الزواج لا طلاقا وهي الرواية الثانية عن أحمد،وقد ورد في مغني المحتاج عن الشافعي في رأيه القديم(أن الخلع فسخ)[50]

واستدلوا بأن الأحاديث دلت على أن الخلع لا يترتب عليه وجوب العدة ولكن الاستبراء بحيضة واحدة،ولو كان طلاقا لاستتبع العدة لقوله تعالى:" والمطلقات يتربصن بأنفسهم ثلاثة قروء".[51]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: في حالة الاختلاف

يكون الخلع بالاتفاق كما ويكون بالاختلاف أيضا عند الاقتضاء في حال عدم اتفاق الزوجين عليه بحيث تبقى الزوجة متمسكة بطلب الخلع في حين يبقى الزواج ممانعا في إعطائها الموافقة لسبب أو لآخر ،وقد دل الفقه الإسلامي على أن المرأة إذا كرهت زوجها أو خافت ألا يقيم حدود الله فلا حرج عليها أن تفتدي نفسها،وللزوج أن يأخذ منها ما تفتدي به نفسها دون حرج،ففي حال عدم وجود أي سبب لطلب الخلع فإن الشريعة كرهت طلب الزوجة لذلك.

فقبل تعديل نص المادة 54 من ق أ لم تكن المحكمة تستجيب لطلب الزوجة للخلع رغم توفرها على الأسباب التي شرع الخلع من أجلها لمجرد أن الزوج لم يعطها الموافقة لا لشيء ،وإنما للإضرار بالزوجة الطالبة للفرقة،فما جدوى الإبقاء على العلاقة الزوجية وهو يعلم بأن زوجته لا ترغب في الاستمرار معه رغم وجود النص القاطع في القرآن في حال انعدام الإمساك بالمعروف،أو التسريح بالإحسان،وليس من التسريح بالإحسان إجبار الزوجة على الاستمرار في الحياة الزوجية رغما عنها،وبالتالي لا يعقل قانونا حرمان الزوجة من حقها في طلب الخلع كون الزوج يرفض ذلك خاصة في حال كونه متعسفا.فللزوجة أن تخالع دون موافقة زوجها،حيث أصبح من حق الزوجة أن تطلبه من القاضي إذا تبين لها تعنت الزوج عن القبول أو فرض عليها مبلغا لا تقدر عليه مقابل موافقته على المخالغة بعد القيام بكل محاولات الصلح الذي يعد إجراء جوهريا يجب على القاضي إجراؤه وجوبا ،فقد صدرت عدة أحكام قضائية في هذا الشأن عن المحاكم الجزائرية منها ما يلي:" حيث إنه تطبيقا لنص المادة 49 من ق أ عقدت المحكمة بتاريخ 2018/05/24 و 2018/06/07 جلستين لمحاولة إصلاح ذات البين بين الطرفين ومحاولة إقناع طالب الطلاق في العدول عن طلبه".

فقانون الأسرة الجزائري لم يحدد في مقابل الخلع حدا معينا،بل أطلق القول في ذلك عندما نص في المادة 54 على أنه:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي"وبالتالي فإن أي مقابل مالي يتراضى الزوجان عليه يصح به الخلع،سواء كان مثل صداق المثل أو أقل أو أكثر ،وهو الموافق لقول المالكية والشافعية،في حين كان نص المادة قبل تعديلها أكثر وضوحا إذ جاء نصها كالتالي يجوز للزوجة أن تخالع زوجها على مال يتم الاتفاق عليه"أي الشرط الوحيد اتفاقهما مهما كان المبلغ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما جاء قرار المحكمة العليا موافقا لما قررته المحكمة الابتدائية ،حيث أكدت أن على قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون.[52] فما يفهم من هذا القرار أنه لا يشترط لطلب الزوجة الرامي إلى الخلع أن يوافق الزوج عليه،فالنص المعدل هو مجرد تكريس لما قررته المحكمة العليا،وما كان معمولا به في المحاكم الجزائرية التي تبنت اجتهاد المحكمة العليا،وعليه فحالة عدم الاتفاق بين الزوجين حول مبدأ الخلع لم يعد يثير صعوبات من الناحية التطبيقية ،فقد اختصر المشرع الطريق أمام الزوجة الراغبة في الخلع بأن أعطاها حق مخالعة نفسها حتى في حال رفض الزوج. [53]

غير أن هناك حالات يكون فيها استعمال مبدأ عدم الاعتداد بإرادة الزوج في المخالعة طريقا لتعسف الزوجة في توقيع الخلع لأسباب غير منطقية وأحيانا منفذا للتحلل من رابطة الزواج للتخلص من الزوج وبناء علاقة أخرى وهنا وجب على القاضي التثبت للحكم للزوج بتعويض يتناسب وحجم التعسف الذي مورس عليه من خلل في دفوع كلا الطرفين.[54]

ومما ورد في التعديل الجديد أن القانون وإن لم يجز الاستئناف في دعاوى الخلع،لأنه يقع بمجرد صدور الحكم ،إلا أن الجوانب المادية تبقى قابلة للاستئناف،وبذلك سوى القانون بينها وبين الطلاق والتطليق،وهذا ما يقتضيه المنطق،لأن الخلع طلاق تدفع فيه الزوجة مالا،والطلاق والتطليق يدفع الزوج فيه مالا يسمى المتعة،فسوى القانون بين الجميع وأجاز الاستئناف في الأمور المادية لأنها قابلة للمناقشة،دون غيرها لتعلقها بأحكام دينية لا تقبل الاستئناف بطبيعتها.

من خلل العرض السابق للآراء الفقهية،وسكوت المشرع الجزائري،وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة رضا الزوج جاءت المادة 54 بعد التعديل صريحة في هذا الصدد ،وعليه فإن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسته الشريعة الإسلامية،وهو ما اهتدى إليه الفقه المالكي المعتمد في القانون الجزائري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خاتمة

بناء على ما سبق التطرق له يمكننا القول بأن الشريعة الإسلامية وأغلب التشريعات العربية أعطت للمرأة الحق في الخلع وجعلته وسيلة لحل الرابطة الزوجية في حال كره الزوجة لزوجها وعدم قدرتها على العيش معه كما ولا يحصل ذلك إلا بمقابل مالي تدفعه الزوجة لزوجها مقابل أن تخالع نفسها منه ودون انتظار موافقته،فلم تعد الزوجة تستعمل الخلع كرخصة لها تتوقف على إجازة الزوج أو القضاء وسبب ذلك التطور الذي وصلت إليه مسألة الخلع متمثل في التساوي بين الزوجة والزوج في إحداث الأثر القانوني والشرعي.

فالمشرع الجزائري كان صريحا في اعتبار الخلع حقا للزوجة تستعمله لفك الربطة الزوجية دون موافقة زوجها مقابل التزامها بدفع مقابل مالي،واعتبار دور القاضي تقديري بما لا يتجاوز صداق المثل،غير أنه أغفل تفصيل نقاط مهمة كان لابد به من التطرق لها أهما:

- تحديد شروط الخلع سواء تلك الشروط المتعلقة بالزوجة أو الزوج
- تحديد نوع العوض ومقداره وما يصح أن يكون عوضا
- تحديد الآثار المترتبة عن الخلع وإعطاء الزوج الحق في التعويض إضافة للبدل عملا بمبدأ المساواة بين الزوجين،حيث أن ما فهم من نص المادة 54 من ق أ أن المشرع منح هذا الحق للزوجة في الطلاق والتطليق

النتائج:

- بينت الدراسة أن المشرع اعتبر في قانون الأسرة الخلع حقا مكتسبا وحقا إراديا للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة من دون البحث في الأسباب وذلك من خلال نص المادة 54 المعدلة بالأمر 02/05 من ق أ بعكس الشريعة الإسلامية التي اعتبرته عقدا رضائيا يتطلب استيفاء شروط معينة لوقوعه وهي الشروط التي أغفلها المشرع الجزائري لاعتباره الخلع حقا شخصيا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- أراد الله الخلع بنظامه الفريد ليكون حلا لكثير من المنازعات،ورفعا لكثير من الظلم الذي يقع من أحد الزوجين على الآخر

- لا فرق بين الطلاق على مال والخلع،لأن معناهما واحد،والعبرة للمعنى وليس للفظ،فإن تحقق معنى الخلع وقع بأي لفظ كان

- لا يقع الخلع إلا ببدل تدفعه الزوجة تحقيقا للعدل،ولأنه ركن فيه،والبدل هو ما يعطي الخلع خصوصيته ومغايرته للطلاق الرجعي

- إذا بادر الزوج بالطلاق،يتحمل وحده الأعباء المالية لإنهاء عقد اختار قطعه بمفرده،بالمقابل تتحمل المرأة الأعباء المالية إذا قررت هي قطع الزواج،وفي هذا غاية العدل،فالذي يقرر منهما قطع الزوجية يتحمل العبء المالي وحده

- إن كان بدل الخلع معلوما ومساويا للمهر أو أقل منه فلا خلاف في أخذ الزوج له أما إذا كان بدل الخلع أكبر من المهر فهنالك خلاف في جواز أخذ الزيادة من عدمها والراجح عدم جواز أخذ الزيادة

التوصيات

- نظرا للظروف المستجدة فيما يتعلق بالخلع نقترح تعديل المادة 54 من ق أ وفقا لما أخذ به الجمهور باعتبار الخلع عقدا رضائيا على النحو التالي:" الخلع عقد رضائي بين الزوجين تملك به الزوجة نفسها،ويملك به الزوج العوض.

إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع،واختلفا في قيمة العوض،حكم القاضي للزوج بمهر المثل وقت صدور الحكم".

وبالتالي وفقا لهذا الطرح وجب على المشرع الأخذ بقول المالكية بتقنين أحكام الخلع الإلزامي إذا تعلق الأمر بدعوى الشقاق والضرر فيعطي للحكمين الخيار بالإصلاح بين الزوجين أو التفريق بينهما خلعا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- إضافة فقرات لأخرى لتوضيح نوع البدل وما يمكن أن يكون محله
- ضرورة التكييف القانوني في حسم ما إذا كان الخلع عبارة عن طلاق أم فسخ نظرا لاختلاف كلا الحالتين عن بعضهما البعض
- يجب على المشرع حسم مسألتي إجراء الصلح بتقريره هل هو إجباري بحيث يترتب البطلان عند عدم القيام به أم هو اختياري،والعوض بمعنى هل يستطيع الزوج أخذ أكثر مما أعطى لزوجته كمهر
- وضع آليات التقاضي في الخلع والنص على آثاره بشكل واضح وذكر مسقطاته وفقا لما قرره إجماع الفقهاء[55]

الهوامش

1- سورة النساء:الآية 1

2- سورة الروم:الآية 21

3- جمال الدين ابن منظور:لسان العرب،1414هـ،ص 76

4- علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني:فتح الباري شرح صحيح البخاري 1379هـ ،ص 395

5- راجع القانون 11/84،المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ،ل 9 جوان 1984،المتضمن قانون الأسرة ،ج ر، السنة 1984،العدد 24

6- محمد أمين بن عابدين:رد المحتار على الدر المختار ،1987،ص83

7-سيدي خليل، ضياء الذين الجندي المالكي:مختصر العلامة خليل، 1426،1هـ-2005م،ص 112

8- محمد بن رشد القرطبي:بداية المجتهد ونهاية المقتصد،1403هـ-1983م،ص 66

9- محمد الخطيب الشربيني:مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،1994،ص430

10- ابن حسن بن إدريس البهوتي :كشاف القناع عن متن الإقناع ،ص 212

11- ابن قدامة عبد الله بن أحمد :المغني،ص 52

12- سليم سعدي:الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ،ص 53

13- بلحاج العربي:الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،2005،ص 263

14- سمية بوكايس: المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ،2013-2014، ص 131

15- راجع قرار المحكمة العليا،غرفة شؤون الأسرة والمواريث،2011/09/15 ،الملف رقم 656659،م ق ،2012،العدد2،ص 318

16- أمينة بن جناحي: دور القاضي في الخلع" دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، 2014،ص 86

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

17- عبد العزيز سعد: الزواج ز الطلاق في قانون الأسرة الجزائرير،1996،ص 248
18- كمال لدرع:الطلاق في قانون الأسرة،دراسة مقارنة،مجلة قسنطينة،جامعة الأمير ع القادر للعلوم الإسلامية،العدد 12،سبتمبر،2002،دار البعث الجزائر،ص 135 ضع عدد الصفحات
19- بلحاج العربي ،ص 263
20- الغوثي بن مالحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه ،2005،ص 111
21 - راجع القانون رقم 70/03 ،المتضمن مدونة الأسرة المغربية،الظهير الشريف رقم 22-04-01،بتاريخ 12 ذي الحجة 1424هـ،ل 03-02-2004،ج ر التشريع،وزارة العدل والحريات،المملكة المغربية
22- انظر الأمر المؤرخ في 6 محرم 1376 ل 13 أوت 1956 ،المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية،منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية،تونس،2018
23- راجع القانون رقم 052/2001،المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية الصادر في 2001/07/19،موقع وزارة العدل الموريتانية،www.justice.gov.mr ،تاريخ الاطلاع 2019/09/21
24- راجع المادة 46 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 م،وقانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم 78 لسنة 1931 ،إعداد مكتبة السنهوري بغداد ،2016م
25- محمد حسن كشكول،عباس السعيدي:شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959،وتعديلته ،بدون تريخ،ص 187
26- صارة بن شويخ:الجوانب العملية للتراضي حول الخلع في قانون الأسرة الجزائري،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية،مجلد8،العدد 4،2019،ص9 عدد الصفحات
27- أحمد بن محمد الصاوي:بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ،ص 518
28- الخطيب الشربيني، ص 435
29- علي بن سليمان المرداوي:الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،ص 398
30- مالك ابن أنس بن عامر الأصبحي:موطأ الإمام مالك ،1372هـ-1952م،ص 565
31- سورة البقرة:الأية 229
32- شمس الدين القرطبي:الجامع لأحكام القرآن،1413هـ-1964م،ص 122
33- منال محمود المشين: الخلع في قانون الأحوال الشخصية ،أحكامه،آثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون2008 ،ص 61
34- راجع قرار المحكمة العليا ،غ ش ،ملف رقم 36709 ،صادر بتاريخ 1985/04/22،المجلة القضائية لسنة 1989،ص 92
35- راجع قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 92/012/21 ،الملف رقم 83603،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،السنة 2001،عدد خاص،ص 134
36- أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير:الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،وبالهامش حاشية أحمد بن محمد الصاوي ،ص 518
37- أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي:الإشراف على نكت الخلاف، 2008،ص 375
38- مالك ابن أنس الأصبحي :المدونة الكبرى ،ص 267
39- ابن الخطيب الشربيني،ص 355

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

40- علاء الدين المرداوي:الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل 1956،ص 412

41- كمال الدين السكندري:شرح فتح القدير،على الهداية،شرح بداية المبتدي ،2003،ص 189

42- وهبة الزحيلي:الفقه الإسلامي و أدلته ،الأحوال الشخصية، 1985،ص 488

43- ابن رشد:بدية المجتهد ونهاية المقتصد،ج3،ص 91

44- السرخسي:المبسوط 1414هـ-1993م،ج171،6

45- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي:تحفة المحتاج في شرح المنهاج ،1357هـ-1983م ،ص 458

46- البهوتي:شرح منتهى الإرادات1414هـ-1993م،ج3،ص 60

47- أخرجه البخاري في صحيحه،ط1،المكتبة السلفية القاهرة،1400هـ،رقم الحدبث 5273،ج3،ص 406

48- تفسير القرطبي ،ج 3،ص 141

49- ابن حجر العسقلاني:فتح الباري شرح صحيح البخاري،ج9،ص 396

50- محمد الخطيب الشربيني ،ص 439

51- سورة البقرة:الآية 226

52- راجع قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16،منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،ص 134

53-.جاء حكم المحكمة الابتدائية بالأربعاء كالتالي:" حيث إنه من المقرر قانونا طبق لنص المادة 54 من ق أ يجوز للزوجة مخالعة نفسها حتى دون موافقة الزوج بمقابل مالي تدفعه كبدل للخلع.

ولما كان من الثابت أن المدعية تمسكت بطلب الخلع في جميع مراحل الدعوى ولو كان ذلك دون تقديم المبررات فإنه لا يسع المحكمة إلا الاستجابة لطلبها مادام مؤسس قانونا . انظر حكم المحكمة الابتدائية بالأربعاء البليدة،رقم 2008/0256 -1065 /2018،صادر بتاريخ 2018/06/28 غير منشور

54- أحمد حسام النجار:الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به ،وإجراءاته العلمية وأحكامه ،2004،ص 59

55- عبد الله عابدي:حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية ،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،رسالة ماجستير في الشريعة والقانون ،كلية الحضارة والعلوم الإسلامية،وهران،2006،ص 197

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com