سلطة القاضي في توقيع الخلع فاقد الأهلية

The authority of the judge to sign khula is incompetent

بعاكية كمال[1] حبار أمال[2]

[1] احمد بن بلة كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران1 (الجزائر)
kamelbaakia3@gmail.com

[2]احمد بن بلة كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران1(الجزائر)
amalgemeaux@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2020/01/09 تاريخ القبول:2021/04/04 تاريخ النشر: جوان/2021

الملخص

إن الخلع هو عقد مبني على التراضي و لا يكون الرضا سليما إذا انعدمت فيه الأهلية، وتنعدم هذه بالصغر والجنون والسفه والسكر، وهذه العوارض قد تكون في الزوجة كما قد تكون في الزوج، لهذا قد تطرقت في هذا المقال إلى مفهوم الخلع وحكمه، كمطلب أول ثم إلى سلطة القاضي في توقيع خلع الصغير والمجنون كمطلب ثاني، والمطلب الأخير تناولت فيه سلطة القاضي في توقيع خلع السفيه والسفيهة، ذاكرا بذلك موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وموقف المشرع الجزائري مقارنا ببعض التشريعات العربية.

الكلمات المفتاحية: الخلع، فاقد الأهلية، الصغر، الجنون، السفه، سن التمييز.

Abstract

"el khula" is an agreement whitch is based on nutual consent, this latter can't be proper with incapacitated people .

Being incapacited man means mainly that you are letter young or crasy, silly or alecoholic, this symptoms many exist in both the husband and the wife .

In this essay, I addressed first: the definition of "khula" and its judgement .second :the authority of judge in approving .

Khula for the young and the crasy and lastly : the authority of judge in approving the silly man or woman.

Inaddition to, imention the attitude and position of scholors in islamic shari'a and combine the algerian legistive with different arabian legislations.

Key words: khula- incapacitated-young-craziness-silliness-age of discernment

المؤلف المرسل: بعاكية كمال، الإيميل:kamelbaakia3@gmail.com

المقدمة

إن الله سبحانه وتعالى شرع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، كما شرع أيضا الخلع للزوجة تستعمله متى أصبحت تبغض الحياة الزوجية وخشيت أن لا تقيم حدود الله، لكن في بعض الأحيان يحدث التخالع بين زوجين فاقدي الأهلية كلاهما أو أحدهما، وفَقْدُ الأهلية قد يكون بالصغر أو الجنون، أو السفه ،ففي هذه الحالة ما هو موقف الشريعة الإسلامية من ذلك ؟ وما هي سلطة القاضي في توقيع الخلع ؟ وللإجابة على هذه التساؤلات اتبعت الخطة التالية :

المطلب الأول :مفهوم الخلع

المطلب الثاني :سلطة القاضي في توقيع خلع الصغير والمجنون

المطلب الثالث : سلطة القاضي في توقيع خلع السفيه والسفيهة والسكران

المطلب الأول : مفهوم الخلع

من خلال هذا المطلب يمكن توضيح مفهوم الخلع لغة وفقها وقانونا، مع بيان حكم الخلع شرعا ذاكرا حكم الخلع بسبب وبغير سبب.

الفرع الأول:تعريف الخلع

1-**تعريف الخلع لغة** :من خلع نعله ،وقائده، وخلع عليه خلعة ،وخلع الولي عزله
ومنه أطلق على خلع الزوجة وذلك بطلب فراقه بعوض كي تتخلع منه[1].

2-**تعريف الخلع فقها** :لقد اختلفت تعريفات الفقهاء للخلع حسب نظرتهم لطبيعة الخلع ،لكن كلهم يتفقون في أن الخلع لابد له من عوض . وهذه بعض تعارفهم:

أ-المالكية :فقد عرفه ابن عرفة "بأنه عقد معاوضة على البضع،تملك به الزوجة نفسها ،ويملك به الزوج العوض "[2]من خلال هذا التعريف يتضح أن الخلع لا بد فيه من التراضي ،لأن ابن عرفة عرفه على أساس أنه عقد والعقد لابد فيه من التراضي، والتراضي قد يكون حول وقوع الخلع ،وقد يكون التراضي فيه على البدل .

ب-الحنفية:الخلع عند الحنفية هو افتداء المرأة من زوجها الكارهة له بمال تدفعه إليه ليتخلى عنها [3]، فقد جعل الحنفية في تعريفهم أن شرط الخلع أن تكون المرأة كارهة للزوج ولابد فيه من مال تدفعه للزوج .

ج-الحنابلة: هو فراق الزوجة بعوض بلفظ مخصوص[4]،إذن الخلع عند الحنابلة لابد أن يكون بلفظ مخصوص وعوض .

د-الشافعية: الخلع عندهم هو فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج. [5]

هـ-الظاهرية: قد عرف الظاهرية الخلع على أنه افتداء المرأة زوجـــها، مخافة ألا توفيه حقه، أو خافت أن

يبغضها فلا يوفها حقها، فلها أن تفتدي منه و يطلقها إن رضي هو، وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي إنما يجوز بتراضيهما[6]، فقد اشترط الظاهرية في تعريفهم للخلع مجموعة من الشروط ،أولها أن تكون الزوجة كارهة له، ثانيها الخوف من ألا توفيه حقه أو أن يبغضـــها ،ثم تقدم له العوض مع توفر شرط رضا الزوج و الزوجة .

3-**تعريف الخلع في قانونا:** سوف أتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الخلع في قانون الأسرة الجزائري مع ذكر بعض قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية .

أ-في قانون الأسرة الجزائري: لم يعرف المشرع الخلع في قانون الأسرة الجزائري الأمر 02-05 واكتفى بذكر أنه رخصة تستعملها الزوجة متى شاءت، لكن بالرجوع إلى اجتهاد المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1980/02/25 قرار تحت رقم 21305 "الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبولها "[7]، ما يلاحظ على هذا الاجتهاد القضائي أنه لم يتعرض إلى رضا الزوج، أو أن الخلع هو عقد بل اكتفى بذكر العوض .

ب-عند المشرع الكويتي : لقد عرف المشرع الكويتي الخلع في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناه "[8]، من خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع الكويتي جعل الخلع طلاق ،لكنه يختلف عن الطلاق الذي يصدره الزوج بأنه طلاق نظير عوض، كما أنه جعل التراضي على العوض و ليس أصل الخلع .فكان على المشرع الجزائري أن يكون أكثر وضوحا و يعرف الخلع في قانون الأسرة الجزائري بدل من ترك القضاة يتيهون في اختلافات فقهية .

تعريف المختار: هو عقد إزالة ملك النكاح بين الزوجين بعوض.

-قلت هو عقد أقصد أن التراضي فيه يكون على البدل و ليس أصل الخلع.

-و قلت بعوض أقصد إذا انعدم العوض لا يقع الخلع إلا إذا كان بلفظ الطلاق فيقع رجعيا.

الفرع الثاني: حكم الخلع

الأصل في الخلع جائز ولم يخالفهم في ذلك إلا المزني فإنه لم يجزه رغم أن آية الخلع منسوخة بقوله تعالى و إن أردتم استبدال زوج مكان الزوج ..."[9]

وهذه بعض أقوال جمهور الفقهاء في جواز الخلع .

جاء في الحاوي الكبير "جواز الخلع لقوله تعالى (لا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا) البقرة الآية 229، وهذا خطاب للأزواج حذر الله تعالى عليهم أن يأخذوا من أزواجهم ما أتوهم من صداق بغير طيب أنفسهم، ثم قال (إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله)"[10].

كما جاء أيضا في التوضيح شرح مختصر لابن الحاجب " قال مالك : ولم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر الصداق "[11]، من خلال هذا القول يتضح أن الخلع جائز عند الإمام مالك . كما ورد أيضا في كشاف القناع " إذا كرهته لنقص دينه أو لكبره أو لضعفه أو نحو ذلك و خافت إثما لتركه فيباح لها أن

تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه "[12]من خلال هذه الأقوال يتضح أن الخلع مباح في أصله، لكن اختلف الفقهاء في مسألة ما هي الحالة التي يجوز فيها الخلع لهذا ارتأيت أن أبين كل حالة على حدا .

الحالة الأول الخلع بسبب : إذا كان الخلع بسبب فإنه يختلف حكمه حسب السبب الذي يقع به .فقد يكون مباحا إذا كرهت المرأة زوجها و خافت أن لا توفيه حقوقه فتكون عاصية لأمر الله تعالى [13] ودليل ذلك قوله تعالى "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به "سورة البقرة الآية 229 و يكون واجبا إذا علمت الزوجة أن زوجها طلقها ثلاثا و لا دليل لها على ذلك و هو ينكر و يأبى طلاقها، ففي هذه الحالة يجب عليها أن تفتدي نفسها منه [14] وقد يكون حراما إذا عضل الزوج زوجته وضارها قاصدا أن تفتدي منه [15]كما قد يكون مكروها إذا طلبت الخلع في حالة الوفاق أي من غير سبب[16].

الحالة الثانية الخلع بغير سبب:وهي الحالة التي يكون فيها الزوجان متوافقان وليس بيـــنهما أي شقاق ولا خصومة.

–ذهب جمهور العلماء إلى جواز الخلع في هذه الحالة مستدلين على ذلك بقوله تعالى "فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا" سورة النساء الاية4. فالآية عامة تشمل حالة الشقاق والوفاق ،ثم استدلوا بما أنه يجوز لها أن تبذل مهرها بدون مقابل فمن باب أولى أن تبذله في مقابل أن تصير مالكة لنفسها ،كما استدلوا أيضا بأنه عقد رضائي جعل لدفع الضرر فيصح من غير ضرر كالإقالة في البيع .

–ذهب جماعة من الفقهاء[17] إلى عدم جواز الخلع إلا في حالة وقوع الشقاق بينهما واستدلوا بقوله تعالى "فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به "[18] سورة البقرة الآية 229 وبما روي عن الربيع بنت معود "أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها "[19]وبما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال "أبغض الحلال إلى الله الطلاق "[20] .

قد قوبل هذا القول بالرد جاء في الرد المحتار على الدر المختار "بأنه ذكر الخوف في الآية جرى مجرى الغالب ،فلا مفهوم له،وإن سلمنا أن له مفهوم فغاية ما يستفاد منه هو النهي عن الخلع في حالة الوفاق ،وهو لا ينافي المشروعية كالبيع وقت صلاة الجمعة ، فيفيد النهي الكراهة لما فيه من قطع الوصية بلا سبب ،وعلى هذا يحمل الحديث الأخير ،وأما ما روي في امرأة ثابت فأجبت عنه بأنها لم تشكه لذلك بل لسبب آخر،وهو البغض وقبح الخلقة ،كما ورد في حديث آخر وإن كانت شكته ذلك فهي واقعة حال ،فلا يقاس عليها "[21] .

كما استدل آخرون[22] على عدم جوازه إلا في حالة وقوع الزنا من الزوجة لقوله تعالى "ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " سورة النساء الآية 19.وفسر الفاحشة بالزنا فقال في هذه الآية حرم على الزوج مـــضارتها لأخذ بعض الصداق إلا أن يظهر منها على زنا ،فإنه يجوز له في هذه الحالة أخذ الفدية منها كما هو مفهوم من الإستثناء "[23].

فهذه الآية يفهم منها تحريم المضارة قصد الخلع ، فهذا لا يعني أنه يستفاد منها التحريم.
والذي أرجحه والله أعلم وأعلى أنه مباح لقوة أدلة الفريق الأول ،ثم أنه لما طلبت الخلع بدون سبب فهي طالبة للفرقة فطلبها هذا يعتبر سبب لأنه لا يمكن لعاقل أن يقبل هذا، أي أن المرأة تطلب الخلع وهي تعيش في سعادة ورفاهية ثم إنها تريد أن تفارق هذه النعمة بنقمة الفراق ،إلا إذا كانت مجنونة والمجنون رفع عنه القلم ولا تخالع نفسها .

كما نجد أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن الخلع بسبب أو بغير سبب مكتفيا بذلك بطلب الزوجة الخلع وذلك في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على عكس المشرع المصري الذي اشترط لقبول دعوى الخلع أن تبرر ذلك ،وهذا حسب المادة 20 من قانون 1 لسنة 2000.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في توقيع خلع الصغير والمجنون

قبل أن أتكلم عن صحة أو عدم صحة خلع الصبي المميز، يجب أن أوضح سن التمييز عند فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري.

1-سن التمييز:

أ-فقها : سن التمييز مختلف فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية منهم من اعتبره سبع سنين[24] ومنهم من اعتبر عشر سنين هي سن التمييز[25] .

ب-قانونا : سأتناول في هذا العنصر موقف المشرع الجزائري مقارنا ببعض التشريعات العربية

-**المشرع الجزائري** :قد جعل المشرع الجزائري سن التمييز هو بلوغ الصبي (13)ثلاثة عشر سنة وأقل من تسعة عشر سنة وذلك حسب المادة 42 من القانون المدني التي جاء النص فيها " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة " كما جاء أيضا في المادة 40 من نفس القانون " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ن يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 تسعة عشر سنة كاملة "[26] من خلال هاتين المادتين يتضح أن المشرع خالف سن الفقهاء الشريعة الإسلامية الذي اعتبره بعضهم سبع سنين والبعض الأخر عشر سنوات كما أوضحت سابقا، وهذا فرق واضح بين فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري وهذا مبالغ فيه .

-**المشرع الإماراتي** :ورد في المادة 164 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ما يلي "الصغير الغير المميز من لم يتم السابعة من عمره، والصغير الغير المميز هو من أتم السابعة من عمره "

-**المشرع الأردني**:جاء في المادة 210 من قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 ما يلي " سن التمييز سبع سنوات كاملة " .

من خلال عرض المادتين 164 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي و المادة 210 من قانون الأسرة الأردني، نجد أنهم وافقوا أحد قولي فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو أقرب إلى الصواب، بعكس

المشرع الجزائري الذي جعله 13 ثلاثة عشر سنة.

2-**توقيع خلع الصغير والمجنون:**الصغير في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، قد يكون مميز وغير مميز، فهما يختلفان من حيث الأحكام هذا ما سأتناوله .

أ-حكم توقيع خلع الصبي المميز :

-فقها :

ذهب جمهور علماء إلى أن خلع الصبي المميز الذي لم يبلغ غير واقع[27]، وأكثر الروايات عن أحمد أن طلاق الصبي المميز يقع وهو اختيار القاضي وروي عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى إثنى عشر[28] وعن السعيد بن المسيب "إذا أحصى الصلاة وصيام رمضان جاز طلاقه"[29].

-قانونا :

1-**المشرع الجزائري** :نص المشرع الجزائري في المادة 83 من قانون الأسرة على ما يلي " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقاضي". من خلال هذه المادة يتضح أن من لم يبلغ سن الرشد وبلغ سن التمييز تعتبر تصرفاته باطلة إذا كانت نافعة له وتعتبر صحيحة إذا كانت ضارة له ضررا محضا أما إن كانت دائرة بين النفع والضرر متوقفة على إجازة الولي أو الوصي، وعليه إن خالع الصبي المميز زوجته فإن كان هذا التصرف دائر بين النفع والضرر فهي متوقفة على إجازة الولي، هذا إذا اعتبرنا أن المشرع الجزائري يقصد بالتصرفات هي التصرفات المتعلقة بالأموال والخلع والطلاق، لكن يطرح إشكال آخر وهو إذا كان هذا الصبي يبلغ من العمر (18) ثمانية عشر سنة فعند الفقهاء هو بالغ وعند المشرع الجزائري هو صبي غير مميز فما حكم طلاقه عند المشرع الجزائري، وإذا قلنا أن الصبي يخضع للمادة 7 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء النص فيها على مايلي" تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمـــصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات" من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع أخضع من لم يبلغ سن الرشد وأراد الزواج للسلطة التقديرية للقاضي إن شاء رخص له وإن لم تتوفر فيه القدرة لا يرخص له، لكن إن تزوج هذا الصبي الغير المميز زواجا عرفيا ودخل عليها ثم أراد توثيق عقد الزواج فالقاضي ملزم بتثبيت عقد الزواج للضرورة، فهل هذا التثبيت هو عبارة عن ترشيد أم للضرورة .فإنه لزاما على المشرع الجزائري إعادة النظر في المادة 7 والمادة 83 من قانون الأسرة من حيث سن الرشد وماذا يقصد بالتصرفات في المادة 83، لأن الطلاق والخلع ليس كأي تصرف مالي محض بل تتعلق به الحل والحرمة من حيث العشرة الزوجية.

2-**المشرع الأردني** : جاء في المادة 103 " يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق، والمرأة محلا له وأهلا للالتزام بالعوض وفق أحكام هذا القانون " ،كما ورد أيضا في المادة 204 من نفس القانون "أ-لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .
ب-وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز " كما ورد أيضا في المادة 210 من نفس القانون "سن التمييز سبع سنوات كاملة " من خلال عرض هذه المواد يتضح أن طلاق وخلع المميز واقع، وذلك من خلال نص المادة 204 سالفة الذكر التي تشترط في الشخص الذي يمارس حقوقه المدنية بلوغ سن التمييز .

3-**حكم توقيع خلع الصغير غير المميز والمجنون :**

أ-فقها:

الاتفاق حاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن خلع الصغير غير المميز لا يقع، لانعدام القصد عنده، جاء في المغنى لابن قدامة "من لا يصح طلاقه -كالطفل والمجنون لا يصح خلعه، لأنه ليس أهلا للتصرف فلا حكم لكلامه"[30].

ب-قانونا :

لقد أكد المشرع الجزائري في المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري على أن الصغير غير المميز تقع تصرفاته باطلة، فقد جاء النص فيها ما يلي " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " سواء هذه التصرفات مالية أو تصرفات متعلقة بالطلاق أو الخلع، والصغير غير المميز في التشريع الجزائري من لم يبلغ سن 13 سنة كاملة وذلك طبقا للمادة 42 من القانون المدني " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد الأهلية لصغر في السن، أو عته أو جنون .

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة "، لكن ما يلاحظ على هذه المادة أنها تخالف أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة سن عدم التمييز، فقد ذهب الشافعية[31] والحنفية[32] والمالكية في قول[33] وأكثر الحنابلة[34] إلى أن سن التمييز هو سبع سنوات، وبمفهوم المخالفة أن الأقل من سبع سنوات غير مميز، وفي قول آخر للمالكية[35] وبعض الحنابلة[36] أن سن التمييز عشر سنوات والأقل يعتبر غير مميز، والذي أرى والله أعلم وأعلى أن تحديد سن التمييز فيه هضم للحقوق وإسقاط لبعض أحكام الشريعة الإسلامية ذلك إن مسألة سن التمييز من عدمه أو البلوغ من عدمه متعلقة بكل شخص على حسب تركيبته النفسية والتربوية والبيولوجية، فقد يكون الصبي مميز في سبع سنوات وقد يكون الأخر في 10 سنوات، فعند تحديد سن التمييز والبلوغ من عدمها قد جعلنا الناس سواسية رغم وجود اختلاف، فهذا مسقط للإحكام، فلما لا يجعل المشرع الـــجزائري مسألة التمييز من عدمها من السلطة التقديرية للقاضي، أو يرجع ذلك إلى الخبرة من أهل الاختصاص، أو يجعل لها علامات تدل عليها ، وذلك قياسا على فعله صـــلى الله عليه وسلم مع بني قريضة حين أمر أن يرى إلى العانة حـــتى يعلم البالغ من غيره ولم يحدد

النبي صلى الله عليه وسلم لذلك سنا تفاديا لظلم الصبيان .

ثم إن المشرع الجزائري متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة اعتبار الطفل غير المميز فاقد الأهلية، وأن جميع تصرفاته باطلة ولكن السؤال الذي يبقى مطروح هو :هل يمكن لولي غير المميز أو المجنون أن يخالع عنه أم لا ؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك ؟

بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية قد ذهبوا في ذلك إلى رأيين مختلفين :

الرأي الأول :يرى أصحاب هذا الرأي أنه يجوز للولي أن يطلق عن ابنه الصغير، ذهب إلى ذلك مالك وأحمد[37]، جاء في المدونة للأمام مالك " خلع الأب عن ابنه أو ابنته قلت : أرأيت ما حجة مالك حين قال يجوز خلع الأب والوصي عن الصبي ويكون ذلك تطليقة ؟ قال جوز ذلك من وجهة النظر للصبي، ألا ترى انكحاها إياه عليه جائز وكذلك خلعهما "[38].

الرأي الثاني :ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز أن يطلق أو يخالع الوصي، أو الولي عن ابنه الصغير أو المجنون وهو قول للشافعية والحنفية واحد قولي الإمام احمد، جاء في المبسوط للسرخسي الحنفية "خلع الصبي وطلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره ... وكذلك فعل أبيه عليه في الطلاق باطل، لأن الولاية إنما تثبت على الصبي، لمعنى النظر له ولتحقيق الحاجة إليه وذلك لا يتحقق في الطلاق والعتاق "[39] ولما كان الخلع طلاق عند الحنفية فإنه يمنع الخلع على الصبي في نظرهم . كما جاء في الأم للشافعية " قال الشافعي وإن خلع أبو الصبي أو المعتوه أو وليه عنه امرأته أو أبا امرأته فالخلع باطل والنكاح ثابت، وما أخذ من المرأة أو وليها على الخلع فهو مردود كله وهي امرأته بحالها"[40]، وجاء في المغنى لابن قدامة " وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير وخلعه إياه، وسأله أبو صقر عن ذلك فقال قد اختلف فيه وكأنه رآه، قال أبو بكر في هذه المسالة إلا ما رواه أبو صقر فيخرج على قولين "[41] يتضح من هذا القول أن الإمام أحمد له في ذلك قولان أحدهما أنه جواز خلع الولي أو الوصي عن الصبي والمجنون والأخر عدم الجواز .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري نص في المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-09 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 ما يلي "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لإحكام هذا القانون "، من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري لم يوضح في أي مجال ينوب عنه، هل في التصرفات المالية فقط أم ينوب عنه في جميع التصرفات سواء كانت متعلقة بالمال أو بالطلاق والخلع .

والذي أرى والله أعلم وأعلى أنه يجوز للأب أن يخالع عن ابنه الصغير إذا رأى في ذلك مصلحة ولكن تحت السلطة التقديرية للقاضي، فإن رأى في ذلك مصلحة أجاز وإن لم يرى في ذلك مصلحة لم يجز ذلك .

4-توقيع خلع الصغيرة والمجنونة: قد تخالع الزوجة الصغيرة أو المجنونة زوجها فما حكم هذا الخلع؟ لهذا ارتأيت أن أتطرق إلى حكم هذه الحالة فقها وقانونا .

فقها:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بين وقوع خلع الصغيرة و المجنونة من عدمه فقد ذهب المالكية إلى أن اختلاع الصبية لا يلزمها عوض ويقع الطلاق بائن42 ذلك لأنه رضي بالخلع فيقع الطلاق بائن وأنها صغيرة أو مجنونة لم يلزمها العوض لأنها ليس لها التصرف في مالها .أما الحنفية فإنهم يفرقون بين الصغيرة المميزة وغير المميزة والمجنونة، قالوا إن خلع غير المميزة والمجنونة باطل ولا يترتب عليه طلاق لأنه باشر العقد من ليس أهلا لذلك 43.أما الصغيرة المميزة تدرك معنى النكاح ولمعنى الخلع فإذا قبلت وقع الخلع بطلاق بائن ولا يلزمها مال وألحقوا بها المحجور عليها لسفه44 .فقد أوقعوا طلاقها لأنها تدرك معنى الخلع ولم يلزموها بالمال لأنه لا تصرف لها في المال . وأما إذا وقع بلفظ الطلاق فيقع رجعيا ولا يلزم العوض 45 ،أما الحنابلة فلم يوقعوا خلع الصغيرة أو المجنونة أو السفيهة لخلوه عن العوض وإن وقع بلفظ الطلاق يقع رجعيا ولا يلزم العوض 46 ،كما ذكر في عمدة الفقه في المذهب الحنبلي "ويصح الخلع من كل من يصح طلاقه ولا يصح بذل العوض إلا ممن يصح تصرفه في المال"47 يتضح من هذا القول أنه لا يصح بذل العوض من المجنونة أو صغيرة أو السفيهة فإن خالعت السفيهة لا يقع الخلع لأنه إن خلا الخلع عن العوض لا يقع الخلع .أما الشافعية فأوقعوا خلع المجنونة والصغيرة والسفيهة رجعيا لأنه يخلوا من العوض48 .

قانونا :

المشرع الجزائري :

إن المشرع الجزائري تكلم عن التي لم تبلغ السن القانوني في المادة 07من قانون الأسرة الجزائري بقوله "تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"

إن المقصود بالصغيرة عند الفقهاء الشريعة الإسلامية هي التي لم تحض ،أما بالنسبة للمشرع الجزائري هي التي لم تبلغ سن 19 سنة وذلك من خلال لفظة قدرة الطرفين على الزواج لأنه لا قدرة لمن لم تحض.وهذا يطرح إشكال آخر وهو إذا خالعت من كانت تحيض ولم تبلغ السن 19 عند فقهاء الشريعة الإسلامية واقع خلعها لأنها بالغ أما عند المشرع الجزائري لا يطرح أي إشكال إذا كان هو الذي رخص لها وذلك حسب ما ورد في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري لأنه أعطاها أهلية التقاضي أما الإشكال الذي يطرح هو إذا كانت الزوجة التي تخالع زوجها تحيض ولكن لم تبلغ السن القانوني وهو سن 19 ولكنها تزوجت زواجا عرفيا فعند فقهاء الشريعة الإسلامية خلعها واقع، أما عند المشرع الجزائري غير ذلك لأنها غير رشيدة فنكون هنا أمام مخالفة شرعية ذلك لأن المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري جاء النص فيها " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد القانوني طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، وباطلة إذا كانت ضارة وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا

كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقاضي " من خلال نص المادة يتضح أن خلع الصغيرة غير المميزة يعتبر هذا التصرف دائر بين النفع والضرر ويتوقف على إجازة الولي أو الوصي والإشكال الذي يطرح إذا كانت هذه الزوجة بلغت 15 سنة وهي تحيض لكنها في القانون الأسرة الجزائري تعتبر غير مميزة وخلعها غير واقع إلا بإجازة الولي أو الوصي وعند فقهاء الشريعة الإسلامية فهي بالغة وخلعها نافذ فهذه مخالفة شرعية يجب إعادة النظر فيها من طرف المشرع الجزائري .

كما يطرح إشكال أخر وهو فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من اكتساب أهلية التقاضي فإذا كان القاضي هو الذي رخص للزوجة القاصرة بالزواج قبل الدخول بها فإن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك بناءا على المادة 7 من قانون الأسرة، ثم تكتسب الزوجة أهلية التقاضي، لكن الإشكال هو إذا تم الزواج بهذه القاصرة زواجا عرفيا، ثم جاءت لتثبت عقد الزواج أمام القاضي، فإن القاضي ملزم بتثبيت عقد الزواج، بناءا على المصلحة أو الضرورة ،فهل يعتبر هذا ترشيد قانوني، أم أنه مجرد الضرورة هي التي جعلته يثبت عقد الزواج، فإذا قلنا بأنه يعتبر ترشيد قانوني على أي أساس رشدها، وإذا قلنا أنه مجرد الضرورة والمصلحة، فنكون أمام إشكال آخر وهو إذا خالعت الزوجة زوجها فهل الخلع يقع أم لا ؟

وهل يقع رجعيا دون عوض وكيف يتصرف القاضي؟ أم أنها تحكمها المادة 83 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 والتي جاء النص فيها على ما يلي " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقاضي"من خلال هذه المادة يتضح أن خلع الصغيرة المميزة يعتبر تصرفها دائر بين النفع والضرر ويتوقف على إجازة الولي أو الوصي، فإذا أجاز الولي أو الوصي هذا الخلع على مقابل فلا يطرح أي إشكال، ولكن إذا لم يجز الولي أو الوصي هذا التصرف، فهل تنحصر عدم إجازته على البدل فقط ؟ فإذا قلنا أن إجازته تنحصر على مقابل الخلع فقط فهل يقع الخلع طلاقا بائنا أم طلاقا رجعيا أم لا يقع أصلا، فرجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حسب المادة 222من قانون الأسرة الجزائري، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في هذه المسالة كما سبق وأن بينت، أما بالنسبة للمجنونة والمعتوهة والسفيهة فإن تصرفاتها غير نافذة حسب المادة 85 من نفس القانون التي جاء النص فيها "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه "، من خلال هذه المادة يتضح أن خلع المجنونة والمعتوهة والسفيهة غير نافذ وبهذا المعنى يكون المشرع قد أخذ بالمذهب الحنبلي كما أسلفت الذكر .

هذا إن كان بلفظ الخلع أما إن كان بلفظ الطلاق هنا يطرح إشكال آخر هل الطلاق يقع رجعيا ولا عوض للزوج أم أن على القاضي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة لكن الشريعة الإسلامية متعددة المذاهب وأراء الفقهاء ، فكان لزاما على المشرع الجزائري أن يلزم القضاة بالراجح من المذهب المالكي حتى لا يكون هناك اختلاف في الأحكام وتناقض ، أما الذي أرجحه والله

أعلم وأعلى أن خلع المجنونة والصغيرة والمعتوهة والسفيهة أنه يقع طلاقا بائن ولا عوض للزوج لإن الزوج الذي أجاب زوجته على الخلع كان يعلم بحالها فأراد أن يستغل ضعف عقلها ويأخذ مالها فنعاقبه بنقيض قصده .وأخذا بالأحوط في الفروج وحتى يكون عبرة فلا يتطاول غيره على الطلاق فنسد باب الطلاق.والله أعلم وأعلى.ثم أنه لزاما على المشرع الجزائري أن يعيد صياغة الخلع في مواد قانونية يوضح فيها هذه المسائل التي ذكرة تحت باب الخلع لأن الخلع ليس كغيرة من التصرفات المالية حتى نخضعه للتصرفات المالية.

المشرع الكويتي :

لقد نص المشرع الكويتي صراحة في المادة 112 من قانون الأسرة الكويتي أنه يشترط لصحة الخلع أهلية المتخالعين وهذا ما نلمسه من نص المادة "يشترط لصحة المخالعة أهلية الزوجين لإيقاع الطلاق وفق هذا القانون "، إذن المشرع الكويتي لا يفرق بين السفيهة ولا بين المجنونة ولا بين الصغيرة المميزة ولا غير المميزة ولا بين حكم الخلع إذا وقع من السفيهة فكل خلع صدر من فاقد الأهلية باطل ولا يصح.

المشرع الأردني:ورد في المادة 103 من قانون الأسرة الأردني "يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة أهلا للالتزام العوض وفق أحكام هذا القانون "، كما جاء أيضا في المادة 204 لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون "، من خلال عرض لهاتين المادتين يتبين أن خلع الصغيرة والمجنونة لا يقع .

المطلب الثالث : سلطة القاضي في توقيع خلع السفيه والسفيهة والسكران

الفرع الأول : حكم توقيع خلع السفيه والسفيهة فقها :

1-حكم توقيع خلع السفيه:

الاتفاق حاصل بين الأئمة الأربعة على جواز خلع السفيه بناءا على صحة طلاقه.

قال الدسوقي "ولا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه"[49]،يتضح من هذا القول أن خلع السفيه جائز وماض ولو كان غير صحيح لما أجاز أن يعطى البدل لوليه. وجاء في المغنى " وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه و أمواله وهذا بدل الخلع من حقوقه"[50]، ومن المحجور عليهم السفيه فخلعه يقع ولكن لا تبرأ الزوجة إلا بتسليم بدل الخلع لوليه. وجاء في نهاية المحتاج " لو خالع محجور عليه بسفه، صح ووجب على المختلع دفع العوض إلى وليه كسائر أمواله"[51]، وقال الخرشي " لو كان الزوج سفيها، فالخلع جائز وطلاقه نافذ، لأنه إذا كان له أن يطلق بغير عوض، ففيه أولى"[52] .

2-حكم توقيع خلع السفيهة

ذهب المالكية إلى أنه من خالع السفيهة فإن الخلع يقع طلاق بائن ولا شيء للزوج[53]، كما ذهب الشافعية إلى عدم جواز خلع السفيهة، ولكن إن وقع الخلع عليها بعد الدخول فلا شيء عليها من المال ويقع طلاقا رجعيا[54]، كما وافق الحنابلة المالكية في مسالة وقوع الخلع طلاق بائن ولا شيء للزوج[55].

الفرع الثاني :حكم توقيع خلع السفيه والسفيهة قانونا

المشرع الجزائري : لم يتعرض المشرع في قانون الأسرة الجزائري إلى خلع السفيه والسفيهة، لكن بالرجوع إلى المادة 81 من نفس القانون التي جاء النص فيها " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لإحكام هذا القانون" من خلال نص المادة يتضح أن السفيه ينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم، ولكن السؤال الذي يبقى مطروح هو، هل ينوب عنه في إيقاع الخلع وخلع السفيه لا يقع ؟، أو ينوب عنه في قبض البدل وأن خلعه صحيح ؟ فإذا قلنا أن المقصود من المادة أنه ينوب عنه في إيقاع الخلع وخلع السفيه باطل، فهذا مخالف لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وإذا قلنا أنه ينوب عنه الولي في قبض البدل فهذا دليل على أن خلع السفيه يقع .لكن بالرجوع إلى المادة 85 من نفس القانون الذي جاء النص فيها على ما يلي " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفيه " من خلال نص هذه المادة يتضح أن تصرفات السفيه غير نافذة، لكن ماذا يقصد المشرع الجزائري من كلمة التصرفات هل يقصد بها التصرفات المالية فيدخل فيها قبض البدل وهذا لا يطرح أي إشكال وهو موافق لمبادئ الشريعة الإسلامية، أما إن كان المقصود بالتصرفات هي تلك المتعلقة بالخلع والزواج فهذا يعني أن خلع السفيه لا يقع وهذا مخالف لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية . أما إن عاد القضاة إلى المادة 222 من نفس القانون السالفة الذكر ستحيلهم إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وخلع السفيه واقع، إن عدم وضوح المشرع الجزائري في هذه المسالة يجعل أحكام القضاة متناقضة بين إخضاع خلع السفيه للمادة 81 و85 من قانون الأسرة التي بدورهما غير واضحتين ،أم يخضعها إلى المادة 222 من قانون الأسرة .

المشرع الكويتي [56]:

ورد في المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ما يلي "يقع طلاق كل زوج عاقل، بالغ، مختار، واع لما يقول، فلا يقع طلاق المجنون، والمعتوه،والمكره، والمخطئ، والسكران، والمدهوش، والغضبان، إذا غلب الخلل في أقواله وأفعاله." كما ورد في المادة 112 من نفس القانون "يشترط لصحة المخالعة أهلية الزوجين لإيقاع الطلاق، وفق هذا القانون."بما أن المشرع الكويتي لم يذكر السفيه في المادة 102 سالفة ذكر فإن خلع السفيه واقع، وبما أن المشرع الكويتي أجاز للسفيه أن يزوج نفسه فإنه يجوز له أن يخالع نفسه ذلك حسب نص المادة 33 من نفس القانون التي جاء النص فيها "أ .من بلغ سفيها، أو طرأ عليه السفه، له أن يزوج نفسه.

ب .إذا كان زواجه بعد الحجر فلولي المال أن يعترض على ما زاد على مهر المثل."كما ،أنه بالرجوع إلى المادة 343 من نفس القانون التي تحيل القضاة إلى الراجح من المذهب المالكي التي جاء النص فيها ما يلي "كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حـــكم أصلا، طبقت المبادئ العامة في المذهب." وعليه فإن خلع السفيه

يقع وخلع السفيهة واقع ولا شيء للزوج .

المشرع الاردني [57]:ورد في المادة 205 من قانون الأسرة الأردني 36 لسنة 2010 مايلي "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " كما ورد أيضا في المادة 213 من نفس القانون "أ- يسري على تصرفات المحجور عليه للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام، ولكن ولي السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده أو وصيهما حق الولاية" من خلال هاتين المادتين 205 و213 نجد أن المشرع الأردني اعتبر أن السفيه ناقص الأهلية، كما أخضع تصرفات السفيه لأحكام الصبي الغير المميز وعليه فإن التصرفات النافعة له صحيحة والتصرفات الضارة له باطلة والدائرة بين النفع والضرر متوقفة على إجازة الولي وذلك حسب نص المادة 210 من نفس القانون

"أ- تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

ب- أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في حدود ما يجوز فيها له التصرف ابتداءا أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد " ولكن هل يقصد المشرع الأردني بالتصرفات المالية فقط أم المتعلقة بالخلع والطلاق ؟

الفرع الرابع: سلطة القاضي في توقيع خلع السكران:قد يوقع الزوج الخلع وهو في حالة سكر، فما حكم هذه الحالة فقها وقانونا ؟

-فقها

السكر عند فقهاء الشريعة الإسلامية حالتان، الحالة الأولى أن يكون السكران غير متعديا بسكره، كأن يشرب خمرا ظانا أنها ماءا أو مكرها على شربها ففي هذه الحالة اتفق العلماء على أن طلاقه لا يقع[58] والخلع طلاق فتعتريه أحكام الطلاق من حيث الإرادة .أما الحالة الثانية أن يكون متعديا بهذا السكر وذلك بشربه متعمدا، فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة بين وقوع سكره وعدم وقوعه إلى قولين :

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن احمد أن خلع السكران يقع . جاء في المبسوط "وخلع السكران يقع و عتاقه"[59] .وفي الأم "قال ويجوز طلاق السكران من الشراب المسكر، وعتقه ويلزمه ما صنع، ولا يجوز طلاق المغلوب على عقله من غير مسكر "[60] كما جاء أيضا في المدونة الكبرى " قلت أيجوز طلاق السكران ؟ قال نعم قال مالك : طلاق السكران جائز، قلت لابن القاسم : و مخالعة السكران جائزة ؟ قال نعم و مخالعته "[61] .واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " السناء الآية 43 .قد ثبت في هذه الآية أن التكليف لا يزول عنه بالسكر بدليل أن الله نهى السكارى من الاقتراب من الصلاة وهم على هذه الحالة، لأن النهي تكليف ولما كان كذلك فان الخلع والطلاق كذلك تكليف[62].فيقاس عليه النهي عن الصلاة لأن كلاهما تكليف .

كما ورد في حديث النبي صـــلى الله عليه وسلم " كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله "[63].

-قياسا على الحدود والقصاص، فلو قذف السكران أو قتل لزمه الحد والقصاص فناسب ذلك أن يلزمه طلاقه وخلعه[64].

القول الثاني :ذهب الشافعية في القديم، ورواية ثانية للإمام أحمد أن طلاق وخلع السكران لا يقع .

جاء في المهذب " وروى المزني أنه قال في القديم : لا يصح ظهاره (أي السكران)، والطلاق والظهار واحد فمن أصحابنا من قال فيه قولان، أحدهما لا يصح وهو اختيار المزني وأبي ثور، لأنه زائل العقل فأشبه النائم، أو مفقود الإرادة فأشبه المكره "[65]، كما ورد أيضا في المغنى ورواية ثانية لا يقع طلاقه (أي السكران)، وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وعليه مذهب كثير من التابعين ولا نعلم أحدا من الصحابة خالفه، وقال أحمد : حديث عثمان أرفع شيء فيه، وهو أصح"[66] .

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بأقوال واردة عن عثمان رضي الله عنه " ليس لمجنون ولا لسكران طلاق " وقول ابن عباس رضي الله عنه " طلاق السكران والمستكره ليس جائز"[67] . كما استدلوا أيضا بالقياس، أي قاسوا زائل العقل بالســـكر على زائل العقل بالجنون والنوم والعته لأن كل منهـــم زائل العقل أو مكره[68].

والذي أرجحه والله أعلم وأعلى أنه يجب أن نفرق بين السكر الشديد الذي لا يعلم فيه السكران ما يقول وبين السكر الذي يعلم فيه ما يقول .

فالذي لا يعلم ولا يدري ولا يتذكر ما قال فهذا طلاقه غير واقع للأدلة التالية

-قوة أدلة الفريق الثاني.

-أن من استدلوا بقوله تعالى " ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " النساء الآية لا تدل على وقوع طلاق السكران بقدر ما تدل على عدم وقوعه لأن النهي انصب إلى عدم الاقتراب من الصلاة لعدم صحتها من السكران لأنه لا يعلم ما يقول فكذلك الخلع والطلاق .كما أن الخطاب موجه للمؤمنين الذين هم في كامل العقل لأنهم يعلمون ويدركون خطاب الله حتى يمنعوا السكارى من الاقتراب من الصلاة وليس الخطاب موجه للسكارى، ولو كان الخطاب موجه للسكارى لقال يا أيها السكارى ولما كان السكير لا يفقه في خطاب الله وجه الخطاب للذين امنوا.

-أما استدلاله بقول النبي صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله" فهو أيضا دلالة على عدم وقوع طلاق وخلع السكران لأن السكران يدخل في المغلوب على عقله والمغلوب على عقله قد يكون بالجنون والعته كما قد يكون بالسكر .

ومن قالوا أن خلعه وطلاقه يقع عقوبة له على السكر، فأن الله قد عاقبه على ذلك بالجلد، فلما الزيادة في شرع الله .

-أما من قاسوا القاذف والقاتل الســـكران على المطلق والمخالع فذلك قياس مع الفارق لأن القتل والقذف

متعلق بحقوق الغير و أما الخلع والطلاق متعلق بحقه.

الفرع الثاني : قانونا

المشرع الجزائري :لم ينص المشرع الجزائري صراحة على وقوع أو عدم وقوع خلع السكران لكن المشرع الجزائري أحال القضاة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك طبقا لإحكام المادة 222 من قانون الأسرة ولكن نكون أمام نفس الإشكال وهو اختلاف الفقهاء، ثم إذا اعتمد القاضي على المادة 85 من قانون الأسرة التي جاء النص فيها على ما يلي "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه " فان القاضي لا يوقع خلع السكران لأنه فاقد العقل ذلك أن تصرفات المجنون والسفيه والمعتوه غير نافذة لأنه فاقد العقل فكذلك يلحق به السكران، إذن بسبب هذا الفراغ القانوني في مسألة خلع السكران يجعل من قرارات القضاة متناقضة فمن يلجأ إلى المادة 222السالفة الذكر سيجد نفسه أمام اختلافات الفقهاء، ومن يرجع إلى المادة 85 السالفة الذكر فكل قاض يفسرها حسب فهمه فعلى المشرع الجزائري أن يوضح موقفه من هذه المسالة .

المشرع الكويتي : جاء في المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية ما يلي "يقع طلاق كل زوج بالغ، مختار واع لما يقول، فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره والغضبان إذا غلب الخلل في أقواله وأفعاله" إذن المشرع الكويتي لا يوقع طلاق السكران من خلال ذكر (واع لما يقول) والسكران ليس واع لما يقول .

المشرع الإماراتي :لقد جاء في المادة 101 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ما يلي " يشترط في المطلق العقل والاختيار .

لا يقع طلاق فاقد العقل بمحرم اختيارا" فقد حزم المشرع الإماراتي الخلاف صراحة ونص بعدم وقوع طلاق السكران ولو كان عمدا.

المشرع الأردني:ورد في المادة 86 من قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 ما يلي "لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم "، كما جاء أيضا في المادة 80 من نفس القانون "يكون الزوج أهلا للطلاق إذا كان مكلف واعيا مختارا " وورد في نفس القانون المادة 103 الفقرة أ ما يلي "يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق ..." من خلال عرض لهذه المواد وقياس طلاق السكران على خلعه يتبين أن خلع الســـكران لا يقع، لأن الخلع طلاق في نظر المشرع الأردني .

خاتمة

قد يصدر الخلع في من فاقد الأهلية كالصغير والصغيرة أو المجنون والمجنونة أو السفيه والسفيهة أو السكران ، فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم وقوع كل حالة إلى قولين، أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتكلم عن هذه الحالة، لكن بالرجوع إلى قانون المدني الجزائري وبعض مواد قانون الأسرة الجزائري فيمكن القياس عليها في حكم كل حالة، ومن أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال هذا البحث :

النتائج

1-الإتفاق حاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخلع هو عقد بين الزوجين ، تدفع الزوجة عوض لتخلص نفسها من زوجها

2- الأصل في الخلع الجواز

3- الخلع جائز حتى في حالة الوفاق بين الزوجين ولا يشترط الشقاق

4- لم يوضح المشرع الجزائري سبب الخلع الذي يجيز للزوجة أن تطلب الخلع من زوجها

5-هناك فرق شاسع بين سن التمييز المنصوص عليه في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية .

6-لم يفرق المشرع الجزائري بين التصرفات المالية والغير المالية كالخلع والطلاق إذا صدرت من فاقد الأهلية .

7- لم يوضح المشرع الجزائري ما هي التصرفات التي يجوز للولي أن ينوب فيها على فاقد الأهلية هل هي التصرفات المالية أم جميع التصرفات .

8- هناك اختلاف شاسع بين سن الرشد القانوني وسن الرشد في الشريعة الإسلامية

التوصيات:

1-على المشرع الجزائري أن يفرق بين التصرفات المالية والتصرفات المتعلقة بالخلع والطلاق الصادرة من الصبي المميز .

2- على المشرع الجزائري أن يترك سن التمييز للقضاة أو أهل الخبرة والاختصاص، حتى لا تهضم الحقوق

3- على المشرع الجزائري أن يزيح التناقض بين 43 والمادة 85 من قانون الأسرة الجزائري، تارة يعتبر السفيه فاقد الأهلية وتارة يعتبره ناقص الأهلية كما سبق وأن بينت .يجب التفريق بين السكر الشديد والسكر الغير الشديد من حيث وقوع خلع وطلاق السكران .

4- على المشرع الجزائري أن يبين في قانون الأسرة الجزائري حكم خلع ولي السفيه عن ابنه الفاقد الأهلية.

الهوامش

1–المجند في اللغة والإعلام، دار المشرق ،بيروت–الطبعة الثانية والأربعون ص192

2–الحبيب بن طاهر ،الفقه الإسلامي وأدلته، ،الطبعة الثانية 1426هـ 2005م دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ج4 ص08.

3–الشيخ أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر ألقدوري الحنفي البغدادي ،مختصر قدوري في الفقه الحنفي –تحقيق و تعليق الشيخ كامل محمد محمد عويضة، الطبعة الأولى 1998/1414، دار الكتب العلمية – بيروت لبنان ص163

4–عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي ،حاشية الروض المربع –الطبعة الأولى – 1312هـ، الجزء السادس صفحة 458.

5–الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الإقناع حل ألفاظ أبي شجاع ،دراسة وتحقيق و تعليق الشيخ علي محمد عوض –الشيخ عادل أحمد عبد الموجود –قدم له و قرض له الأستاذ الدكتور محمد بكر نلطبعة الثالثة 2004–1425، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ج 2ص284

6–الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار ،تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البندري الطبعة الأولى 1425/2003، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ج9 ص511

7–نشرة القضاة 1980، العدد1 ص79

8–قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61–لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2008 –إصدار وزارة العدل الطبعة الأولى 2001 و إجراءات دعوى النسب و تصحيح الأسماء الموقع الإلكتروني :

https://www.e.gov.kw/sites/kgoarabic/Forms/QanoonAlAhwalAlMadaniyah.pdf يوم 28–09 2019 الساعة 19:26

9–موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعيلي الدمشقي ألصالحي الحنبلي –541هـ–620هـ، المغنى، الطبعة الثالثة 1417هـ–1997م، دار عالم الكتب – الرياض السعودية، ج10 ص313.

10–أبي الحسن علي محمد بن حبيب الماوردي البصري ،الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي ،و هو شرح مختصر المزني ،تحقيق و تعليق الشيخ محمد المعوض –الشيخ عادل أحمد الموجور ،قدمه و قرضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل –الأستاذ الدكتور عبد الفتاح أبو سنة، الطبعة الأولى 1994/1414، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، جزء 10 ص03 .

11–شيخ خليل ابن إسحاق المالكي، التوضيح شرخ مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك ––تحقيق محمد عثمان بدون سنة طبع الجزء، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ،4 ص 04 .

12–الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ،كشاف القناع عن متن الإقناع، سنة الطبع 1983/1403، عالم الكتب بيروت ،جزء5 ص212

13–أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القريشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، طبعة أولى 2002/1423، دار ابن حزم مكتبة دار الريان الجزائر، المجلد الأول ص 441

14–أحمد بخيت الغزالي –أحـــكام الأسرة في الفقه الإسلامي، طبعة1، دار الفكر الجامعي الإســـكندرية مصر، ص357

15–المغنى شرح مختصر ألخرقي مرجع سبق ذكره ج10 صفحة 272 / الشيخ خليل ابن إسحاق ،توضيح شرح مختصر ابن الحاجب المتوفى سنة 772هـ، تحقيق محمد عثمان، الطبع الأولى2011، دار الكتب العلمية – بيروت لبنان، ص14 / أبي إسحاق التلمساني المتوفى سنة 699هـ، اللمع في الفقه المالكي –تحقيق شريف المرسي، الطبعة الأولى ،2011م دار الأفاق العربية القاهرة، ص235/ عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي ،حاشية الروض المربع – الجزء السادس صفحة 462 مرجع سبق ذكره .

16– حاشية الروض مرجع سبق ذكره المربع الجزء السادس صفحة 461 /المغنى شرح مختصر ألخرقي مرجع سبق ذكره ج 10ص 270 ا.

17–داوود والزهري وابن سرين والنخعي.

18–المغنى شرح مختصر ألخرقي مرجع سبق ذكره ج10 ص 268

19–محمد بن علي بن محمد الشوكاني ،نيل الاوطار من أسرار منتقى الأخبار ،حققه وعلق عليه أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد –الطبعة الأولى 1426هـ–2005م، دار ابن القيم –دار ابن عفان ، كتاب الخلع رقم الحديث 2869المجلد 8 ص 211.

20– نيل الاوطار من أسرار منتقى الأخبار المرجع سبق ذكره، كتـــاب الطلاق رقم الحديث 2835المجلد 8 ص 151.

21– ابن عابدين ،رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار – مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف – دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل احمد عبد الموجود –الشيخ على محمد معوض – قدمه وقرضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إســـماعيل، طبعة خاصة 1423هـ–2003م، دار عالم الكـــتب الرياض –السعودية ج 5 ص 94.

22–أبو قلابة وابن سرين.

23–رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار مرجع سبق ذكره ص94 ج05.

24– در المـــحتار ج5 ص 101 / تبيين الحـــقائق ج5 ص 191 / تكـــملة الفتح ج7 ص 310 / اللباب ج2 ص 97.

25 –ابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة ،دار الفكر ج1 ص 396

26 –عدلت بالقانون 05–10المؤرخ في 20 يونيو 2005

27– المغنى لابن قدامة ج 10 ص 348، مرجع سبق ذكره

28– المغنى لابن قدامة، مرجع سبق ذكره ج 10 ص 349 –350

29 –نفس المرجع ج10 ص 349– 350

30–المغنى لابن قدامة –مرجع سبق ذكره ج10 ص 311

31 –البحر الرائق شرح كنز الدقائق مرجع سبق ذكره ج4 ص 184

32 –الابهاج في شرح المنهاج لتاج الدين السبكي، مرجع سبق ذكره ج1 ص 160

33 –محمد عايش ،منح جليل شرح على مختصر خليل 1984، دار الفكر بيروت ج4 ص 643

34 –منتهى الارادات لتقي الدين الفتوحي الحنبلي تحقيق عبد الخالق ج12 ص 51

35– البهجة في شرح التحفة لابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي دار الفكر ج ص 396

36 –الإنصاف ج1 ص 396

37– المغنى لابن قدامة، مرجع سبق ذكره ج10 ص312

38–الامام مالك بن انس ، المدونة الكبرى من اصدارات وزارة الشؤون الاسلامية والاوقاف والدعوة والارشاد السعودية، ج5 ص 31

39–شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت لبنان، ج6 ص 178

40–الامام محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ،الطبعة الاولى 1422هـ،2001م، دار الوفاء ،المنصورة مصر ج6 ص 508

41– المغنى لابن قدامة، مرجع سبق ذكره ص312 ج10

42–جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس ت 616هـ، عقد الجواهر الثمينة، تحقيق د– حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي ج2 ص 497

43–عامر سعيد الزيباري ،أحكام الخلع في الشريعة الاسلامية ،الطبعة الاولى 1418هـ–1997، دار بن حزم، بيروت لبنان ص113

44–نفس المرجع ص114

45–نفس المرجع ص114

46–حاشية الروض المربع مرجع سبق ذكرهج6 ص463

47–عمدة الفقه في المذهب الحنبلي مرجع سبق ذكره ص101

48–شهر الدين أبي حفص عمر بن البلقيني ،التدريب في الفقه الشافعي، حققه وعلق عليه أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، الطبعة الأولى 1433هـ– 2012م، دار القبلتين، السعودية ج3 ص209

49–شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات احمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات المحقق محمد عليش ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون سنة الطبع ،دار احياء الكتب العربية، ج2 ص 413

50–المغنى، مرجع سبق ذكره ،ج 10 ص307

51–نهاية المحتاج، مرجع سبق ذكره، ج6 ص 388

52–الخرشي على مختصر خليل من شرح المحقق ابي عبد الله محمد الخرشي على مختصر خليل للامام ابي الضياء سيدي خليل رحمهما الله وبهامشه حاشية على العدوى ط2 سنة 1317 ه، المطبعة الكبرى الاميرية بيولاق مصر المحمية، ج4 ص 17

53–محمد سكحال المجاجي، المهذب في الفقه المالكي، ،ط1 1431ه 2010م، دار الوعي الجزائر، ج2 ص 90–89

54–أبي إسحاق الشيرازي ،المهذب في الفقه الشافعي، تحقيق وتعليق الدكتور محمد الزحيلي، الطبعة الأولى 1417ه، 1996م ،دار القلم دمشق، دار الشامية بيروت ،ج 4ص 256

55– بن الحسن الشيباني ،الاصل، تحقيق ودراسة الدكتور محمد بيونوكالن الطبعة الاولى 1433ه 2012، دار بن حزم بيروت لبنان ،ج4ص 552 / موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ،الكافي في فقه احمد بن حنبل، تحقيق وتعليق محمد فارس –مسعد عبد الحميد السعدني ،لبنان الطبعة الأولى 1414ه–1994م، دار الكتب العلمية بيروت ،ج3 ص 97

56–قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء الموقع الإلكتروني : 2019/09/28 الساعة 19:26 https://www.e.gov.kw/sites/kgoarabic/Forms/QanoonAlAhwalAlMadaniyah.pdf

57–قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 الموقع الإلكتروني 2019/09/28 الساعة 19:26 https://jordan-lawyer.com/wp-content/uploads/2018/11/الجريدة–الرسمية–قانون–الاحوال–الشخصية–الاردني–رقم–36–لسنة–2010–العدد–5809pdf.

58–ابن قدامى، المغنى، مرجع سبق ذكره، ج10 ص 345 / الشيرازي، المهذب في الفقه الشافعي، مرجع سق ذكره، ج4 ص 278 .

59–شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت لبنان، ج6 ص 176.

60–الام للشافعي، مرجع سبق ذكره ج5 ص 257.

61–المدونة الكبرى، مرجع سبق ذكره ج6 ص 24

62–نيل الاوطار، مرجع سبق ذكره ،ج6 ص 237.

63 –الامام محمد الدين ابي السعادات المبارك بن محمد السيباني المعروف بابن الاثير الجزري توفى 606، جامع الأصول في أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ،تحقيق واعتناء وفهرسة ايمن صالح شعبان، ط1 1418ه– 1998م، دار الكتب العلمية – بيروت لبنان ج4 ص 733.

64- نيل الاوطار، مرجع سبق ذكره ،ج6 ص 253.

65- المهذب للشيرازي، مرجع سبق ذكره ،ج2 ص 77

66- المغنى لابن قدامة، مرجع سبق ذكره ج10ص301.

67-نيل الأوطار، مرجع سبق ذكره ،ج6 ص 235

68-المغنى لابن قدامة –مرجع سبق ذكره جج10 ص 300.