تاريخ الإرسال: 2021/05/01 تاريخ القبول: 2021/05/21

الخلع بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

Khol'à between Islamic Sharia and Algerian family law

ط،د. عبد الكريم نذير [*1]، أ.د نور الدين حمادي [2]

[1] جامعة زيان عاشور، الجلفة، (الجزائر)، nadirkrim9@gmail.com

[2] جامعة زيان عاشور، الجلفة، (الجزائر)، hamadi_17lyahoo.fr

مخبر التنمية والديمقراطية وحقوق الانسان في الجزائر، جامعة الجلفة.

الملخص:

الحياة الزوجية مبنية على حسن المعاشرة والطمأنينة، والرحمة، وقيام كل من الزوجين بواجباتهم اتجاه الآخر، ولكن في بعض الحالات قد يحدث تنافر بين الزوجين ،فان كانت الكراهية من جهة الرجل فبيده الطلاق، فهو حق من حقوق الزوج يستعمله في حدود الشريعة الاسلامية والقانون، وان كانت الكراهية من جهة الزوجة ،فهذا لا يعني أنه لا يمكن للزوجة فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة ،فتقوم بطلب التطليق أو الخلع ،فالخلع هو حق من حقوق الزوجة لها تطلبه في حدود ما شرعه الله على أن تخلع نفسها وذلك بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، فموضوع الخلع يعتبر أحد أشكال الانفصال بين الزوجين وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية: الخلع، المشروعية، أركان، شروط.

*المؤلف المرسل

Abstract:
Marriage is based on good cohabitation, tranquility, affection ,and each spouse carries out hisduties to wards the other, but in some cases there may be dishar mony between the spouses, and if the hate is on the part of the man ,then he can divorce, soit is a right of the husband that he uses with in the limits of Islamic law and the law.And if the hate is on the part of the wife, this does not mean that she cannot break the marriage by her own will, so she applies for divorce or khol'à, khol'àis one of the right sof the wife ,she can ask for it within the limits of what God has prescribed, provided that she divorces herself by waiving all her legitimate financial rights. The issue of Khol'à,is consideredas a form of separation between spouses, and this is what the Algerian legislator has confirmed in Article 54 of the Algerian Family law**.**
Key words: Khol'à , legitimacy , pillars , conditions .

مقدمة:

قد حرص الإسلام كل الحرص، على أن تقوم الرابطة الزوجية، التي هي النواة الأولى للأسرة ،على المحبة والتفاهم والإنسجام ، فشرع جميع المناهج الحية والهادفة إلى إصلاح الأسرة ونموها.

فاذا لم يتحقق هذا المعنى في الحياة الزوجية ،وساءت العشرة، فإن الزوج مأمور بالإصطبار والعمل على الإصلاح ما وسعه ذلك، فإن تعسر العلاج ،فتسريح الزوجة بإحسان ، وأما إذا وجدت المحبة من جانب الزوج ،ولم توجد من جانب الزوجة، بأن كرهت خلق زوجها، أو كرهت خلقه، أو كرهت نقص دينه، أو خافت إثما بترك حقه، فإنه في هذه الحالة يباح لها أن تطلب فراقه على عوض تبذله له تفتدي به نفسها.

كما أجازت المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ،وعليه فإن الخلع كطريقة انحلال للرابطة بين الزوجين ،هو تشريع أقره الإسلام ووضع أسسه وضوابطه فقهاء الشريعة الإسلامية .

إذن من خلال هذا المنطلق تطرح هذه الدراسة الإشكالية التالية : هل جسد المشرع الجزائري في قانون الأسرة الحق الذي منحته الشريعة الاسلامية للزوجة في خلع نفسها علي عوض بمجرد كرهها لزوجها ؟

الهدف من البحث :

-بيان الحكم الشرعي في مسائل بحث الخلع .

-المقارنة بين الخلع في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

منهجية البحث: اعتمدنا في دراسة هذا البحث على منهجين وهما المنهج الاستقرائي من خلال تبين تعريف الخلع ومشروعيته، والمنهج المقارن في المسائل الخاصة بالبحث بين كل من قانون الأسرة الجزائري وما جاءت به الشريعة الإسلامية.

و تبعا لذلك وضعنا خطة علمية منهجية متوازنة ، رأينا من المناسب تقسيم بحث الدراسة الى مبحثين ، حيث يتضمن كل واحد منهما مطلبين على النحو التالي :

- المبحث الاول : مفهوم الخلع
- المطلب الاول : تعريف الخلع و دليل مشروعيته
- المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للخلع
- المبحث الثاني : أركان الخلع و شروطه و الآثار المترتبة عنه
- المطلب الاول : أركان الخلع
- المطلب الثاني : شروط الخلع والآثار المترتبة عنه

المبحث الاول : مفهوم الخلع

المطلب الاول : تعريف الخلع ودليل مشروعيته

سنتطرق في هذا المطلب الى تعريف الخلع و هذا في الفرع الاول ، اما في الفرع الثاني الى مشروعية الخلع

الفرع الاول : تعريف الخلع

الخلع هو فراق بين الزوجين نظيره عوض من طرف الزوجة، وهو في الشرع أخذ مال الزوجة بإزاء ملك النكاح وفيه تفتدي الزوجة من زوجها مال تبذله للزوج.[1]

ومن هنا يظهر لنا أن للخلع عدة تعريفات من بينها نجد التعريف اللغوي ، والتعريف الاصطلاحي ،والتعريف الفقهي ،والتعريف القانوني.

-التعريف اللغوي:

خلع الشيء ويخلعه خلعا ،واختلعه كنزعه إلا أن في الخلع مهلة ، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع ، وخلع الثوب والرداء يخلعه خلعا جرده .[2]

-التعريف الاصطلاحي:

الخلع هو إنهاء العلاقة الزوجية بتراضي مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها ، كما يقال أن الخلع فرقة على عوض راجع إلى الزوج.[3]

-التعريف الفقهي:

-**المالكية**: وهو الطلاق بعوض، سواء أكان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره أو هو بلفظ الخلع وهو يدل على أن الخلع نوعان:

-الأول : وهو الغالب ما كان في نظير عوض.

-الثاني : ما وقع بلفظ الخلع، ولو لم يكن في نظير شيء، كأن يقول لها :خالعتك أو أنت مخالعة.

فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض.[4]

-**الشافعية** : يعرفون الخلع بأنه :فرقة بعوض بلفظ الطلاق أو الخلع وبمقتضى ذلك لا يكون عندهم فرق بين الخلع والطلاق على مال فهما شيء واحد في اصطلاحهم.[5]

وقيل أن الخلع فدية، لأن المرأة فدت نفسها منه لمالها ،كفدية الأسير بالمال.[6]

-**الحنابلة** : بأنه فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة يعني فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذ منها زوجها بألفاظ معينة وهي قسمان :

ا-صريحة في الخلع كالمفادات والخلع والفسخ .

ب-كناية في الخلع المبارأة ، المباينة والمفارقة.

ومقتضى التعريف أن الخلع لا يكون عندهم إلا بعوض، وهو رواية عن أحمد ، ويفرقون بين الخلع ، والطلاق على المال.[7]

-**الحنفية** :عرف الخلع بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة باللفظ الخلع أو ما في معناه.[8]

-**التعريف القانوني** : لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الخلع،إلا أنه أشار إليه في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري :"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 ".[9]

فالمشرع الجزائري يلغي إرادة الزوج إذا طالبت المرأة بالخلع، ولا تحتاج في ذلك إلى موافقة الزوج.

وفيما يتعلق بالحقوق المتعلقة بالطرفين جراء الخلع ،فالقانون الجزائري لم يورد أي نص في هذا الشأن[10]، مما يوجب الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية ".[11]

الفرع الثاني : دليل مشروعية الخلع

اثبتت مشروعية الخلع في القرآن الكريم و السنة و الاجماع

-القرآن الكريم :

قال الله تعالى: ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ "[12].

معنى الآية أنه لا حرج ولا إثم على الزوجة التي تخاف أو تخشى ألا تؤذي زوجها في أن تفتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها نظير طلاقها كما أنه لا حرج ولا إثم على الزوج في قبول هذا المال ، وهو مال طيب لا خبث فيه وذلك حتى لا يتضرر بخسارة زوجته وخسارة ماله.

يقول ابن العربي في تفسير قوله تعالى "تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا "إذا كان أحد الزوجين لا يطيع الله تعالى ولا يطيع صاحبه في الله فلا خير لهما في الاجتماع بل يجب على الزوجة تنفيذ ما أمر الله به من أحكام الخلع الواردة في الآية الكريمة[13].

وقال تعالى "فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا " ، وجه الدلالة في الآية أنه يحل للرجل أن يأخذ و أن يأكل مما تطيب به نفس المرأة من غير فراق ومادام كذلك فيحل له اكل ما طابت به نفسها عوضا من الفراق.[14]

السنة النبوية :

أخرج البخاري في صحيحه، قال:" حدثنا أزهر بن جميل :حدثنا عبد الوهاب الثقفي، حدثنا خالد ، عن عكرمة عن إبن عباس :أن المرأة ثابت إبن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " قبل الحديقة وطلقها تطليقة ".[15]

فمعنى قول زوجة ثابت بن قيس "أني أخاف الكفر في الإسلام " أي أخاف على نفسي وأنا مسلمة ما ينافي حكم الإسلام من نشوز وكراهية وبغض غير ذلك مما يتوقع من زوجة مبغضة لزوجها فأطلقت على ما ينافي مقتضى الإسلام الكفر.[16]

وفي رواية أخرى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها :أتدرين عليه حديقته التي أعطاك ؟ قالت :نعم وزيادة ،فقال النبي صلى الله عليه وسلم :"أما زيادة فلا ولكن حديقته " فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال:قد قبلت قضاء رسول الله.[17]

-الإجماع :

فقد إنعقد إجماع المسلمين من السلف والخلف على جواز الخلع الرضائي بين الزوجين بالاتفاق.[18]

ودليلهم قوله تعالى :"إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ".

حيث قال بن عبد البر :"ولا تعلم مخالفا لذلك الا بكر بن عبد المزني فانه لم يجزه وزعم آية الخلع منسوخة [19]، بقوله تعالى :"وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا".[20]

-المعقول:

إن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الرجل، وقد ترغب المرأة بالخلاص من الزوج لسبب أو لآخر ، وهي لا تملك حق الطلاق ، فتتفق مع زوجها على مقدار من المال تدفعه له مقابل طلاقه لها ، فإذا رضي بذلك وكانت المخالعة بينهما إفتداء لها من حياة لا ترغب فيها و تخاف الا تقيم حدود الله فترد للزوج ما قدمه لها من أموال ، وبما ان الفرقة مشروعة بإرادة الزوج منفردة بالطلاق جازت بإتفاق الزوجين من باب اولى[21].

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للخلع

الفرع الاول : نوع الفرقة الواقعة بالخلع في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في ذلك الى قولين :

–القائلون بأن الخلع طلاق وأدلته :وهو منسوب للجمهور، واستدلوا لذلك بالآية الكريمة: قال الله تعالى :"الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ".

فقد أورد شيخ المفسرين الطبري ، سبب نزول الآية مصرحا بأنها جاءت لتحديد عدد الطلقات، حيث كان الناس في الجاهلية لا حد لطلاقهم فجاءت الآية لتبين للأزواج عدد الطلقات المسموح بها وبما أن الخلع ورد الكلام عنه في سياق الحديث عن عدد الطلقات ، فلا مناص من النظر إليه على هذا الأساس ، وكل ما هناك أن الآية بينت نوع الطلاق فيه، وأنه يحق للزوج إسترجاع ما بذل من شروط ولم تجعله نوعا مغايرا من الفراق.[22]مما إستدلوا على ذلك بما رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال لثابت بن قيس:" أقبل الحديقة وطلقها تطليقه" فوجه الإستدلال من الحديث أمر الرسول عليه الصلاة والسلام لثابت دلالة ظاهرة على أن الخلع طلاق وليس بفسخ.[23]

–القائلون بان الخلع فسخا و أدلتهم :ويروي هذا عن ابن عباس رضي الله عنه ، وأحمد بن حنبل وهو مذهب الشافعي القديم فهم يرون أن الخلع ليس بطلاق وإنما فسخ . وإستدلوا على ذلك بما روي عن إبن عباس أن الله تعالى ذكر الطلاق مرتان ثم أعقبه بالخلع ،فقال :"فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ".ثم ذكر الطلاق الثلاث بقوله:"فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ".[24]فلو كان الخلع طلاقا لازداد عدد الطلقات على ثلاث وهو لا يجوز وقد أجيب عن ذلك بأن الآية لم تشهد لمذهبهم ، لأن ذكر ما يكون بعوض ، ثم ذكر الثالثة بعد ذلك ، فلم تلزم الزيادة على الثلاث و يجب حمل الآية على هذا لئلا يلزم تغيير المشروع.[25]

الفرع الثاني : نوع الفرقة بالخلع في قانون الأسرة الجزائري

لم يورع المشرع أي نص بخصوص نوع الفرقة الواقعة بالخلع هي طلاق أم فسخ؟ إلا أنه كان واضحا بالتنبيه للإتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقا لا فسخا ، وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به في قانون الأسرة ، فقد خص المشرع في الباب الأول في الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك في المواد 32 ،33 34، 35 من القانون الأسرة .

كما أنه أورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان "إنحلال الزواج" وذلك في المادة 47 التي تنص على طرق فك الرابطة الزوجية، سواء بالطلاق أو الوفاة ، ثم تطرق في المادة 48 من قانون الأسرة إلى النص على أن "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 ،54 من هذا القانون ".

ونجد المادة 54 من قانون الأسرة ،تنص على أن الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في حالة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثر الواضح وتبني المشرع الجزائري كلمة للرأي القائل ، بأن الخلع طلاقا لا فسخا ، على إعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساسا في إختلال أحد أركان العقد إشتماله على مانع وشرط يتنافى ومقتضياته ، بينما الأمر يختلف عليه في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة تمام عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق.[26]

المبحث الثاني : أركان الخلع وشروطه والآثار المترتبة عنه

المطلب الاول : أركان الخلع

يرى جمهور الفقهاء أن أركان الخلع خمسة أركان هي:

1/المخالع: هو الزوج أو نائبه ، ويشترط فيه أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق مسلما كان أو حرا أو عبدا.

-كل من صح طلاقه صح خلعه،فلا يصح الخلع من المجنون، ولا المعتوه ،ولا من المغمى عليه، لأنه لا يصح طلاقهم، لانعدام القصد منهم.

-ولا يصح من الصبي لأنه ليس له قصد معتبرا شرعا خصوصا فيما يضره لقوله صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يعقل ".

2/المختلعة:هي الزوجة أو وليها أو الأجنبي وهو قابل للخلع ، ويشترط فيه أن يكون مطلق التصرف في مال ، صحيح الإلتزام .

فيجوز للزوجة البالغة الراشدة أن تخالع نفسها ، و إما إذا اختلعت المرأة الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها ،لأن الزوج من أهل الإيقاع وايجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها ، وقد تحقق القبول منها فيقع كما لو قال لها إن تكلمت فأنت طالق فتكلمت ، ولكن لا يلزمها المال ، لأن التزام المال من الصبية لا يصح خصوصا فيما لا منفعة لها فيه كالإلتزام بالإقرار والكفالة .

لا يجوز مخالعة السفيهة المحجور عليها ، لأنها ليست من أهل التزام العوض، سواء كان ذلك بإذن الولي أو بغير إذنه.

3/المعوض:ويشترط فيه أن يكون مملوكا للزوج ،فلا يصح مخالعة المرأة البائنة بطلاق أو بخلع ، لأن الخلع إنما يكون لزوال ملك الزوج مقابل العوض الذي تدفعه المرأة ، وملك الزوج قد زال ، فلم تبق المرأة محلا لإيقاع الخلع.أماإذا كانت في العدة من طلاق رجعي فإنه يصح و يجوز الخلع في الحيض والطهر الذي جامعها فيه.

4/الصيغة :هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج و قبوله من الزوجة وهي تنقسم إلى صريح أوكناية.

فالصريح :ما كان من لفظ الخلع كخالعتك ونحوه ، و كذلك لفظ المفاداة يكون صريحا في الخلع لأنه قد ورد به القران الكريم قال تعالى :"فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ".

الكناية :فهو كل لفظ يفيد الفرقة مع القرينة كقوله بعتك طلاقك بكذا ،وبعتك عصمتك بكذا ونحوها .

5/العوض: وهو ما تعطيه الزوجة أو وليها أو أجنبي للزوج ، مقابل خلعها من عصمته. ويرى الفقهاء أن كل ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون عوضا في الخلع فيجوز بكل ماله قيمة مالية معترف بها شرعا معلومة ومملوكة [27].

المطلب الثاني : شروط الخلع و الآثار المترتبة عنه

الفرع الاول : شروط الخلع في الفقه الإسلامي :

-**أهلية الزوج لإيقاع الطلاق:** بأن يكون بالغا عاقلا في رأي الجمهور،و أجاز الحنابلة أن يكون مميزا يعقله،فكل من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه كالصبي والمجنون والمعتوه ومن اختل عقله لمرض أو كبر سن.

-**خلع السفيه :** يصح الطلاق من كل مكلف،رشيد أو سفيه ،حر أو عبد،لأن كل واحد منهم يصح طلاقه،فيصح خلعه ،و لأنه إذا ملك الطلاق بغير عوض فبالعوض أولى ،ولا يصح من غير الزوج او وكيله.

-**خلع الولي :** يصح الخلع من الحاكم ولي غير المكلف من صبي أو المجنون إذا كان في الخلع مصلحة ولم يجز ابوحنيفة والشافعي و أحمد للاب خلع زوجة ابنه الصغير والمجنون ولا طلاقها ،وهكذا كل من لا يجوز له أن يطلق على الصغير والمجنون لا يجوز أن يخالع عليهما ،لقوله صلى الله عليه وسلم "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"والخلع في معنى الطلاق .

وقال مالك : "يخالع الأب على ابنه الصغير وابنته الصغيرة ،لانه عنده يطلق على الابن ويزوج الصغيرة.

-**خلع المريض :** يصح خلع المريض مرض الموت،لأنه لو طلق بغير عوض لصح ،فلأن يصح بعوض أولى ،ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شئ ،وعبر المالكية عن ذلك بقولهم:"ونفذ خلع المريض مرضا مخوفا ،إشارة إلى أنه لا يحرم ابتداء لما فيه من إخراج وارث،وترثه على المشهور زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه ككل مطلقة بمرض موت مخوف،حتى ولو إنتهت عدتها وتزوجت بغيره،ولا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله ،ولو كانت مريضة حال الخلع أيضا ،لأنه هو الذي اسقط ما كان يستحقه.[28]

الفرع الثاني : شروط الخلع في القانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى شروط الواجب توفرها لصحة الخلع مكتفيا بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان وفي حالة عدم إتفاقهما يحدده القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل الأمر الذي يتعين معه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، إستنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة كل ما لم يرد عليه في هذا القانون يرجع لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولهذا يشترط لصحة الخلع توفر الأهلية القانونية لكل من الزوجين وأن تكون هناك علاقة زوجية بينهما بالإضافة إلى أن يكون للخلع مقابل مال[29].

أ-قيام الرابطة الزوجية : حسب المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري فإنه يشترط القانون لكي تخالع الزوجة زوجها لابد أن يكون هناك زواج شرعي وقانوني صحيح سواء كان قد سجل في سجلات الحالة المدنية أم لم يسجل لكن لا يقبل الحكم بالخلع إلا بعد تسجيل عقد الزواج.فلو كان الزوج مثلا أجنبيا عن الزوجة أو لا تربطه به علاقة زواج فلا يصح أن تخالعه ولا يمكن حصول هذا الخلع طلاقا.والعلاقة الزوجية قائمة حكمها كتلك القائمة حقيقة فلو كانت الزوجة في عدتها من طلاق الرجعي فلا مانع من مخالعة نفسها من زوجها لأن الطلاق الرجعي لا تزال فيه الرابطة الزوجية قائمة من جهة فملكية الإستمتاع لم ترتفع من جهة اخرى.أما في حالة ما إذا كان عقد فاسدا لنصوص المواد 32 الى 34 من قانون الاسرة الجزائري فلا يقع الخلع.[30]

ب- أن يستعمل لفظ الخلع : أن تكون المخالعة بلفظ الخلع أو بلفظ يدل على معنى الخلع يفيد معناه نحو قول بارئتك ، فارقتك ، باينتك ،وفسخت نكاحك ،فتكون الصيغة دالة على الخلع.[31]

الفرع الثالث : الآثار المترتبة عن الخلع

-من آثار الطلاق بالخلع استنادا على اتفاق الزوجين ،مقابل مال محدد ،هو أن الخلع يسقط كل الحقوق بين الزوجين،مثل المهر المؤجل والنفقة الواجبة ،إلا حق نفقة العدة لأنه حتى يكون بعد نشوء الطلاق ،وهو حق يبقى في ذمة الزوج،ومن حق الزوجة أن تطالبه به ماعدا إذا وقع النص في عقد الخلع على الإعفاء منه او المقاصة فيه بضمه الى بدل الخلع.

-كذلك لا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع،و إذا وقع اتفاق الزوجين على أن يقلقها مقابل أن تتنازل عن حقها في حضانة الأولاد ،فإن الخلع يكون صحيحا وملزما أما التنازل فسيكون باطلا فإن الحضانة فيها حق الطفل وحق للحاضنة ،وإذا كان في إمكانها أن تتصرف في حقها كحاضنة ،فلا يجوز لها ان تتصرف في حق غيرها وهو المحضون.[32]

ومن آثار الخلع أيضا يقع به طلقة بائنة ،ولو بدون عوض أو نية في رأي الحنفية والمالكية ،والشافعية في الراجح ،و أحمد في رواية عنه لقوله تعالى :"فلا جناح عليهما فيما إفتدت به".

و إنما يكون فداء إذا خرجت المرأة من سلطان الرجل،ولو لم يكن بائنا لملك الرجل الرجعة ،وكانت تحت حكمه وقبضته،ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة ،فلو جازت الرجعة لعاد الضرر.[33]

خاتمة:

في الختام وبعد الدراسة والتحليل توصلنا إلى أن الإسلام قضي على مبدأ التفرقة بين الرجل والمرأة في القيمة الإنسانية المشتركة مثلما عليها من الحقوق والواجبات ،حيث أعطى لها الحق في خلع نفسها من زوجها إذا رأت ما يحمله على كراهته و تيقنت أنها عاجزة عن معاشرته بالمعروف وخافت ألا تقيم حدود

الله، ويكره للزوجة طلب الخلع في غير هذه الحالة ولا يجوز للزوج عضل زوجته لتفتدي منه إلا إذا أتت بفاحشة مبينة ،فإذا طلبت الزوجة الخلع وفشل الصلح بينهما وجب على الزوج إجابة طلبها.إن الشريعة الإسلامية عالجت موضوع الخلع بصفة واسعة ومفصلة، حيث نظمت الخلع من كل نواحيه ،غير أن المشرع الجزائري اكتفى بالإشارة إليه والتنصيص عليه في مادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

ومن خلال ما تم عرضه في هذا البحث من النصوص القانونية و الآراء الفقهية في بعض المجالات خلصت إلى ذكر بعض النتائج والتوصيات المتوصل إليها:

-جعل المشرع الجزائري الطلاق بيد الزوج باعتبار أن العصمة بيده فإن بالمقابل لم يهمل دور المرأة في فك الرابطة الزوجية منها الخلع.

-الطلاق بالخلع هو الحل الوحيد الأخير بيد الزوجة مقابل دفعها مبلغ المالي كعوض للخلع.

-المشرع الجزائري أعطى الحق للزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج حيث جعل الخلع حق أصيل للزوجة وليس رخصة ،وبذلك اعتبر الفرقة عن طريق الخلع طلاقا بائنا.

-يرى الفقهاء أن التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع في حالتين بسبب كراهية الزوجة وخوفا من عدم القيام بواجباتها اتجاهه أو بسبب الشقاق الدائم بينهما.

-الخلع حق اقرته الشريعة الاسلامية للمرأة ووضع له الفقهاء أحكامه الخاصة به إلا أن المشرع الجزائري في كثير من المسائل عن مقصد الشارع الحكيم من تشريع الخلع

-التوصيات:

-تخصيص قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة حتى لا يصعب على المتقاضين معرفة الإجراءات الواجب اتخاذها .

-تكوين قضاة لهم الدراية الواسعة والكافية بشؤون الأسرة بوجه خاص، لأن الخطأ في مسالة أو قضية لا يمس أطرافها فحسب، بل يتعداه إلى أبعد من ذلك

فيجب على القضاة أن ملمين بأحكام الشريعة الإسلامية نظرة الارتباط القانون ارتباطا وثيقا طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

-التركيز على ضرورة طرح قضايا المرأة من خلال وسائل الإعلام ورجال الدين وعلماء الإجتماع من أجل المحافظة على استقرار الأسر .

الهوامش والمراجع المعتمدة:

1-هشام حسن مهدي، الخلع بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2002 ص.14

2-التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المجلد 04، دار الوعي للنشر والتوزيع ،الجزائر، 2009، ص513 .

3-منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه و آثاره، ط 01 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2008 ،ص.38

4-عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،ط01 ،دار الخلدونية والتوزيع ،الجزائر، 2007 ،ص ص 265-266 .

5-عمر جمعة محمود، فسخ عقد النكاح بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط01، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2016، ص184..

6-منال محمود المشني ،المرجع السابق ،ص 40 .

7-عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط01 ،دار ابن حزم ،بيروت، لبنان،،1998، ص51 .

8-منال محمود المشني، المرجع السابق،ص39 .

9-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

10-براهامي العيد ،سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، أطروحة دكتوراه ،جامعة وهران ،الموسم الجامعي 2018/2017 ،ص 86 .

11-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

12-سورة البقرة الآية :229 .

13-أبي بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء الأول، مطبعة عيسى البابي الحلبي للنشر، مصر، ص.264

14-محمد سمارة ،أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ،ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 ،ص.305

15-أخرجه الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري ،كتاب الطلاق، الخلع وكيفية الطلاق فيه عن ابن عباس رضي الله عنه، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، حديث صحيح رقم 5273 ،المملكة العربية السعودية،1998 ،ص 1044 .

16-أحمد بن علي الرازي ابو بكر الجصاص، أحكام القرآن، الجزء الأول، احياء التراث العربي للنشر والتوزيع ،لبنان 1405 هـــ،ص .153

17-الإمام الحافظ علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني ،الجزء الثاني، ط 01 مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، لبنان، 2004 ،ص354 .

18-منال محمود المشني ،المرجع السابق، ص53 .

19-حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 01 ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر ،2009 ،ص.132

20-سورة النساء ،الآية :.20

21-منال محمود المشني ،المرجع السابق، ص.53

22-حداد فاطمة ،حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماجستير تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الوادي ،الموسم الجامعي 2012/2011 ،ص.53

23-المبروك المصري ،الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، ط 01 ،دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.277
24-سورة البقرة،الآية :230 .
25-بدران أبو العينين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت ،ص304 .
26-أحمد شامي ،قانون الأسرة طبقا لأحداث التعديلات ،دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010 ص222.
27-جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية ،ط 01، دار الجامعية للنشر، 2003 ،ص ص 57-87.
28- وهبة الزحيلي ،موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ،ج8 ،ط1،دار الفكر ،دمشق ،2010 ،ص .482
29-بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي ،الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996 ص265.
30-منال محمود المشني ،المرجع الســــــابق ،ص .71
31عمرو الفقيه، الخلع في الشريعة والقانون، دار النشر الذهبي للطباعة ،القاهرة، مصر، 2000 ،ص30.
32-ربيحة إلغات ،إشكالات الطلاق بالخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،مدعما باجتهادات المحكمة العليا، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ،المجلد 08 ،العدد 05،السنة 2019 .
33-وهبة الزجيلي ،المرجع الســــابق ،ص ص ،468-469.

قائمة المصادر و المراجع :

اولا : المصادر

1-القرآن الكريم

ثانيا : الكتب

1-هشام حسن مهدي، الخلع بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي،ص.14

2-التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المجلد 04، دار الوعي للنشر والتوزيع ، ص513 .

3-منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه و آثاره، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص.38

4-عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية والتوزيع ، الجزائر، ص ص 265-266 .

5-عمر جمعة محمود، فسخ عقد النكاح بين الشريعة الاسلامية والقانون، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ص184..

6-عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الاسلامية ،دار ابن حزم ، ص51 .

7-أبي بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن ، مطبعة عيسى البابي الحلبي للنشر ، ص.264

8-محمد سمارة ،أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع،ص.305

9-أخرجه الامام الحافظ أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري كتاب الطلاق، الخلع وكيفية الطلاق فيه عن ابن عباس رضي الله عنه، بيت الافكار الدولية للنشر والتوزيع، حديث صحيح رقم 5273 ،ص 1044 .

10-أحمد بن علي الرازي ابو بكر الجصاص، أحكام القرآن ، احياء التراث العربي للنشر والتوزيع ،ص .153

11-الامام الحافظ علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني ،مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع،ص354 .
12-حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،ص.132
13-المبروك المصري ،الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري،دار الخلدونية، ص.277
14-بدران أبو العينين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية ،ص304 .
15-أحمد شامي ،قانون الأسرة طبقا لأحداث التعديلات ،دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ص222.
16-جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الاسلامية ، دار الجامعية للنشر،ص ص 57-87.
17- وهبة الزحيلي ،موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ،دار الفكر ،دمشق ص .482
18-بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الاسلامي ،ديوان المطبوعات الجامعية، ص265.
19-عمرو الفقيه، الخلع في الشريعة والقانون، دار النشر الذهبي للطباعة، ص30.

-المجلة العلمية:

1- ربيحة إلغات ،إشكالات الطلاق بالخلع في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ،المجلد 08 ،العدد 05، 2019 .