مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ISSN: 2335-1039
المجلد: 08 العدد:05 السنة 2019 ص 273 - 296

تاريخ الإرسال: 2019/07/23 تاريخ القبول:2019/09/26

إشكالات الطلاق بالخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مدعما باجتهادات المحكمة العليا

Problems of divorce in Islamic jurisprudence and Algerian family law, supported by the jurisprudence of the Supreme Court

د.ربيحة إلغات RBIHA ILGHET
ilrebiha2019@gmail.com
جامعة الجزائر 1 University of Algiers1

الملخص:

قد يحدث في الحياة الزوجية أن تكره الزوجة زوجها وتتضرر من بقائها معه لأنه لا يفي بحقوقها أو لا يفي بمتطلبات عقد الزواج. وقد تلجأ الزوجة إلى القضاء لطلب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، حيث يتعين عليها أن تتفق مع زوجها على فك العصمة، وتسمى الفرقة في هذه الحالة بالخلع

إن الخلع الذي جاء به الكتاب والسنة هو أن تكره الزوج البقاء مع زوجها، فتعطيه المهر الذي قدمه لها .

الكلمات المفتاحية: الطلاق، الخلع، الزوجين، الفقه، الرضا

Abstract

It may occur in mariage life that the wife hates her husband and is harmed by her survival with him because, he does not give her rights or does not meet the requirements of the marriage contract. The wife may resort to the judiciary to request the dissolution of the marital union through the khul'aa ELkhoulaa, where she must agree with her husband to decipher the infallibility, and the band is called in this case dislocation.

المؤلف المرسل: ربيحة إلغات ، الإيميل: ilrebiha2019@gmail.com

The khul ', which the Qur'aan and Sunnah has stated, is that the husband hates to stay with her husband, and she will give him the dowry that he offered to her.
Key words: Divorce,Khoula,Couples,Jurisprudence, Satisfaction.

مقدمة:

الطلاق بالخلع من أسباب انحلال الزواج بالإرادة المشتركة للزوجين، فقد يحدث في الحياة الزوجية أن تبغض المرأة زوجها فتتضرر من بقاءها معه، لأنه لا يوفيها حقوقها، أو لا يقوم بمطالب الزواج، فلها أن تلتجئ إلى القضاء لطلب فك العصمة، ويعتبر هذا طريقا لإزالة الضرر، كما لها أن تتفق مع زوجها على فك العصمة وتسمى الفرقة في هذه الحالة خلعاً.

والخلع الذي جاء به الكتاب و السنة، هو أن تكون المرأة كارهة للزوج تريد فراقه فتعطيه الصداق الذي قدمه إليها فداء لنفسها كما يفتدى الأسير.

ولما كانت الزوجة لا تملك الطلاق، وكرهت الاستمرار في الحياة الزوجية لقرار في البيت أو غير ذلك من أسباب نفورها من زوجها وترغب في الخلاص منه، فيرفض الزوج حرصا على ماله، عندئذ فتح الشارع للمرأة باب الافتداء لتذليل ما يترتب على الطلاق من عقبات مالية بتعويض الزوج مما انفق عليها من مال لقوله تعالى:(**وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾**[1] .

ولا يرد على هذا النظام الإسلامي المتراضي، أن الزواج طالما تمّ باتفاق إرادتين، فيجب كذلك ودائما أن ينتهي باتفاق بين الرجل والمرأة، فقد أباح الشرع للمرأة أن تقدم لزوجها ما تخلّص به نفسها منه حينما لا تطيق عشرته بغضا، دون إيذاء أو ضرر.

أما إذا ثبت بدليل أن ضيّق الرجل عليها ودفعها إلى طلب الطلاق دفعاً، للإضرار بها والافتداء بمال تدفعه إليه كارهة غير راضية، فإنه يكون ظالما لها بأخذه الفداء، ولا يكون هو الخلع المشروع، فإذا أخذ المال في تلك الحال وطلقها، كان الحكم فيما تختار، أن ينفذ الطلاق عليه مع رد المال الذي أكرهها على دفعه، هذا وسنبحث موضوع الخلع في النقاط المباحث التالية:

المبحـث الأول: مفهوم الخلـــع

نبحث في هذا المبحث تعريف الخلع و أركانه و شروطه و كذا طبيعته القانونية.

المطلب الأول: تعريف الخلع

نتطرق فيه إلى التعريف اللغوي و الفقهي.

الفرع الأول: تعريف الخلع لغة

لغة هو الإزالة، يقال خلع الرجل ثوبه خَلعا بفتح الخاء؛ أي: أزاله عن جسده، وخلع الرجل زوجه خُلعا (بضم الخاء) أي أزال عصمتها، أو يراد به أيضا إنهاء عقد الزواج على عوض تدفعه الزوجة لزوجها.

– جاء في النهاية: الخروج من الشيء وتركه، ومنه حديث كعب بن مالك « إنّ من تَوْبتي أن أنْخَلِعَ من مالي صَدَقةً » أي أخْرُجَ منه جميعه وأتَصَدَّقَ به وأعْرَى منه كما يَعْرَى الإنسانُ إذا خلع ثوبَهُ[2] .

– جاء في مختار الصحاح: خلع [خ ل ع]: خَلَعَ ثوبه ونعله وقائده وخلع عليه خِلْعةً، كله من باب قطع، وخلع امرأته خُلْعاً بالضم، وخُلِعَ الوالي عزل، وخَالَعَتِ المرأة بعلها أرادته على طلاقها ببدل منها له فهي خالِعٌ، والاسم الخُلْعَةُ بالضم وقد تَخَالَعَا واخْتَلَعَتْ فهي مُخْتَلِعَةٌ[3].

الفرع الثاني: تعريفه شرعا

عرف الفقهاء الخلع شرعا بتعريفات شتى حسب نظرة وتصور كل فريق لمسألة الخلع، وقد اهتم بتحليل وطرح المفاهيم المختلفة لمعنى الخلع شرعا العديد من فقهاء وأئمة المذاهب الإسلامية الأربعة وغيرهم من فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى، وسنتعرض لبعض هذه الآراء فيما يلي:

– عرفه الكاساني الحنفي في البدائع بقوله: الخلع نوعان : خلع بعوض، خلع بغير عوض، أما الذي هو بغير عوض: فنحو أن يقول لامرأته : خالعتك ولم يذكر العوض فإن نوى به الطلاق كان طلاقا، وإلا فلا، لأنه من كنايات الطلاق عندنا، ..وأما الثاني: وهو أن يكون مقرونا بالعوض بأن قال خالعتك على كذا وذكر عوضا، واسم الخلع يقع

عليهما، إلا أنه عند الإطلاق ينصرف إلى النوع الثاني في عرف اللغة والشرع فيكون حقيقة عرفية و شرعية[4].

– وجاء في المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس: " إذا كان النشوز من قبل المرأة يحل للزوج أن يأخذ منها ما أعطته على الخلع، إذا رضيت بذلك ولم يكن منه في ذلك ضرر لها، ويكون الخلع بهذا تطليقة بائنة"[5].

– وعرفه البهوتي في كشاف القناع – فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة، وفائدته تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها، وإذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أي صورته الظاهرة أو الباطنة أو كرهته لنقص دينه أو لكبره أو ضعفه أو نحوه ذلك، وخافت إثما بترك حقه، فيباح لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه، لقوله تعالى:﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ ويسن له إجابتها[6].

المطلب الثاني: حجية الخلع

لقد وردت أحكام الخلع في القرآن والسنة وانعقد الإجماع على ذلك.

الفرع الأول: الخلع في القرآن الكريم

وردت آيات كثيرة اتخذ منها الفقهاء أحكام الخلع، واستنبطوا القواعد الفقهية التي سنبنيها في هذا المبحث، وتجدر الإشارة إلى أن الآية التي جاءت بأحكام الطلاق، هي الآية التي جاءت بأحكام الخلع قال الله تعالى:

﴿ **الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** ﴾[7] .

فبعد أن ذكر الله تعالى أن الطلاق مرتان، وعقب كل مرة – إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ذكر الله بعد ذلك أن أخذ المال من الزوجة مما أعطاها محرم، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي : إذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما: كبغض واستحالة العشرة بين الطرفين لقبح أو سوء معاملة أو نحو ذلك، ففي مثل هذه الحالات

التي يحصل فيها النزاع بين الطرفين لكره أحدهما للآخر أو سوء سلوكه كارتكاب فاحشة فأصبحت حياتهما لا يراعى فيها حدود الله المشروعة للزوجين، ففي مثل هذه الحالات يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لطلاقها، ويسمى هذا بالخلع.

وقد جاءت أحكام الخلع في آيات أخرى.

قال تعالى : ﴿ **وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُبِيناً** ﴾[8].

هذه الآية تمنع الزوج أن يأخذ من زوجته مالا ليطلقها إذا كان النشوز من جانبه، لقوله تعالى: **(وإن أردتم استبدال...)** فالخطاب هنا موجه للزوج ومعنى هذا: أن الزوج إذا أراد أن يستبدل زوجته، أو أن يتزوج بأخرى فلا يظلم زوجته الأولى حتى تفتدي نفسها منه.

وقال الله تعالى: ﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلا جُنَاحَ عَلَيهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ** ﴾[9] .

وقال تعالى: ﴿ **وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلّاً مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً** ﴾[10]

ومعنى الآية: إذا خافت المرأة من بعلها نفورا أو كراهة أو إعراضا أو نشوزا، أو حبا لغيرها، فلا إثم عليها في هذه الحالة أن يصلح بينهما والصلح خير، أي خير من الفراق، فلم يذكر الفراق، ولكن إذا لم يتم فلابد من الفراق لاستحالة استمرار الحياة بين الزوجين، حيث أنهما لا يقيمان حدود الله في معاشرة كلا منهما للآخر.

الفرع الثاني: الخلع في السنة النبوية

تعتبر السنة المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي بعد القرآن الكريم.

– روي عن النبي عليه الصلاة والسلام في كتب الحديث الصحيحة روايات كثيرة، في مشروعية الخلع، وإن كانت تدور حول موضوع واحد، بل حول خلع امرأة جاءت تشكو زوجها إلى النبي صلى الله عليه وسلم والتي منها استمد الفقهاء أحكامهم.

– فعن ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم « أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة»[11] قال أبو عيسى هذا حديث حسن، ويروى هذا الحديث عن أيوب عن أبي قلابة عن أبي أسماء عن ثوبان، ورواه بعضهم عن أيوب بهذا الإسناد ولم يرفعه.

– وعن حبيبة بنت سهل الأنصارية : « أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من هذه؟ قالت: أنا حبيبة بنت سهل، قال ما شأنك، قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس (زوجها) فلما جاء ثابت بن قيس قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: هذه حبيبة بنت سهل، فذكرت ما شاء الله أن تذكر، وقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس : خذ منها فأخذ منها، وجلست في أهلها»[12] . رواه أبو داود في سننه وأحمد في مسنده . وأخرجه النسائي.

– وجاء في صحيح البخاري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : «جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس[13] إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين و لا خلق إلا إني أخاف الكفر[14]، فقال عليه الصلاة والسلام: أفتردين عليه حديقته.....؟ قالت: نعم فردت عليه فأمره ففارقها، وفي رواية أخرى للبخاري، أقبل الحديقة وطلقها تطليقه"[15]. وخرّج بهذا اللفظ – البخاري – وأبو داود – والنسائي وهو حديث متفق على صحته.

المطلب الثالث: الإجمـــاع

أجمع فقهاء المسلمين على مشروعية الخلع، ولم يخالفه إلا بكر بن عبد الله المزني، ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه.

– قال مالك في المدونة: لم أزل أسمع من أهل العلم –وهو الأمر المجتمع عليه عندنا– أن الرجل إذا لم يصل للمرأة ولم يأت إليها، ولم تؤت المرأة من قبله، وأحبت فراقه فإنه يحل له أن يقبل منها ما افتدت به؛ وقد فعل ذلك النبي بامرأة ثابت بن قيس بن شماس حين جاءت فقالت: لا أنا ولا ثابت لزوجها، وقالت يا رسول الله كل ما أعطاني عندي وافر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "خذ منها" فأخذ منها وترك[16].

– قال ابن قدامه في الخلع[17]: " وهو قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة، ولم يعرف لهم في عصرهم مخالفا – فيكون – إجماعا –".

– وقد جاء في فتح الباري[18]: وأجمع العلماء على مشروعيته، إلا بكر بن عبد الله المزني الشافعي.

– وقد ذكر الشوكاني في فتح القدير: بعد أن حكى رأيه، قال: وهو قول خارج عن الإجماع، وقال ابن عبد البر، ولا نعلم أحدا خالفه إلا عبد الله المزني ، فالإجماع منعقد على مشروعية الخلع.

المطلب الثاني: أركان الخلع

أركان الخلع: هي العناصر التي يتكون منها ويتحقق بها وجوده، فلكي يكون الخلع صحيحا منتجا لآثاره لا بد من توافر أركان التالية:

الفرع الأول: الزوج

الخلع تصرف يصحبه أثر مالي من جانب الزوجة، فهو إذن تصرف قانوني يقتضي شروطا خاصة بكل من الزوجين.

و يشترط في الزوج أن يكون بالغا واحدا وعشرين سنة، إلا إذا دعت الضرورة إلى خفضها، وهذا يغنينا عن الكلام عن شرط الأهلية، فلا بد للزوج أن يكون مؤهلا عند مخالعة زوجته، بمعنى أن يكون متصفا بكامل قواه العقلية وغير محجوز عليه طبقا لأحكام المادة 85 من قانون الأسرة وإلا وقع تصرفه هذا باطلا، وكذا بالنسبة للسفيه الذي اعتبره المشرع الجزائري عديم الأهلية[19].

وطبقا لهذه المادة فإن الزوج إذا كان سفيها أو معتوها يكون يفتقر إلى الأهلية منذ صدور التصرف منه أو إليه، ويصبح تصرفه باطلا ولا ينتج أي أثر، لأن الخلع تصرف قانوني له أثر مالي، فهو بحاجة إلى أهلية التصرف، وبفقدانها أو نقصانها، كان لابد أن ينوب عنه وليه، طبقا لأحكام المادة 2/210[20].

فالخلع يصح من كل زوج يصح طلاقه[21] مسلما كان أو ذميا لأنه إذا ملك الطلاق، وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء، فلأن يملكه محتملا للعوض أولى.

الفرع الثاني: الزوجة

بعد التعرض إلى الركن الأول وهو الزوج، نتطرق إلى الركن الثاني وهو الزوجة وما يشترط فيها .

الفرع الأول : الأهلية

الخلع بالنسبة للزوجة تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه تتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة 20 من قانون الأسرة[22]؛ لأن الغرض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه، رغم أن الزوجة تملك فديتها مقابل هذا الدفع، ولكن ما يملكه بعد ذلك لا يقوم بمال فهو ليس معاوضة لما دفع، وبالتالي لا يصح اعتباره عقد معارضة على أغلب الآراء .

وعليه فإن كانت سفيهة محجور عليها، لا تستطيع الالتزام بمبالغ من المال، لأن السفيه في نظر القانون الجزائري عديم الأهلية، كالمجنونة والمعتوهة والصغيرة عديمة التمييز .

الزوجة الصغيرة إما أن يحصل الخلع بين أبيها وزوجها ، أو يحصل بينها وبين زوجها، فإذا كان الخلع بين أبيها و زوجها بدون عوض، بأن قال الأب للزوج "اخلع ابنتي " فقال الزوج "خالعتها" يقع الطلاق، لأن الزوج ينفرد بإيقاع الطلاق، وإذا كان الافتداء بعوض، كأن يقول الزوج لأب الزوجة خالعت ابنتك على مهرها، وقبل الأب وقع الطلاق، لأن الطلاق معلق في هذه الحالة على موافقة الأب، وهناك رأي بعدم الوقوع، لأن الطلاق وإن حصل يكن المال غير لازم فيفّوت عوض الزوج.

وإذا قال الأب للزوج – خالع ابنتي على مهرها وإني ملتزم بتسليم مثل المهر إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا، لا يسقط شيء من مهر الزوجة، لأن الأب التزم بدفع المال فيجب عليه.

وجاء في الإنصاف[23] : وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها.

الفرع الثالث : الصيغة

وهي الركن الثالث من أركان الخلع بعد – الزوج– الزوجة – فينعقد الخلع بلفظين يعبر بهما في الماضي في اللغة[24]. وهل ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل وهو الأمر والاستفهام؟

وجملة الكلام فيه أن العقد لا يخلو إما أن يكون بلفظة الخلع، وإما أن يكون بلفظة البيع والشراء، وكل ذلك لا يخلو أن يكون إما بصيغة الأمر أو بصيغة الاستفهام .

فإذا كان بلفظة الخلع على صيغة الأمر، يتم إذا كان البدل معلوما مذكورا بلا خلاف، بأن قال لها: اخلعي نفسك على ألف دينار فتقول: خلعت، أما إذا لم يكن البدل مذكورا من جهة الزوج، بأن قال لها أخلعي نفسك مني فقالت: خلعت بألف دينار لا يتم الخلع حتى يقول الزوج: خلعت.

وإن كان بصيغة الاستفهام بأن قال الزوج لها: أخلعت نفسك مني بألف دينار فقالت: خلعت، اختلف الفقهاء في هذا الصدد، فقال بعضهم يتم العقد، وقال بعضهم لا يتم مالم يقبل الزوج .

وفصّل بعضهم فقال: إن نوى به التحقيق يتم، وإن نوى به لوم وعتاب لا يتم، لأن قوله أخلعت نفسك مني يحتمل اللوم.

الفرع الرابع: العوض

العوض أو مقابل الخلع أو بدل الخلع: هو ما تقدمه الزوجة إلى زوجها ليطلقها بحيث لا يمكن أن يكون إلا مبلغا من المال، والمال كما نص عليه قانون الأسرة يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة المتداولة داخل الوطن، ويمكن أن يكون النقود والأوراق المالية المتداولة خارج الوطن، كما يمكن أيضا أن يكون من نوع الأشياء التي يمكن تقويمها بمال شرعا.

وبعبارة فقهية أكثر دقة أن كل ما صح أن يكون صداقا ومهرا شرعا، صح أن يكون عوضا أو مقابل الخلع، سواء كان مبلغا مالي مقدر بالدينار الجزائري أو العملة الصعبة، عقارا كان أو منقولا، ويمكن أن يكون دينا للزوج على الزوجة –أو مؤجل صداقها أو نفقة المحضون لعدة سنين أو نفقة العدة المقررة شرعا وقانونا.

لكن لا يجوز للزوجة أن تتنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها فعلا، لأن الحضانة فيها حق للمحضون، وليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في استمرار الحياة الزوجية معه.

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوما ومتفقا عليه من الجانبين وهما الزوج والزوجة .

ويجوز الخلع بالقليل والكثير والدين والعين والمال والمنفعة، لأنه عقد على منعة البضع فجاز ذلك كالنكاح[25] فإن خالعها على أن تكفل ولده، وقدّر النفقة وصفتها، فالمنصوص أنه يصح.

– أما مقدار ما يجوز أن تختلع به المرأة[26]، فإن الأئمة –مالك والشافعي وجماعة من الفقهاء قالوا: جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها، إذا كان النشوز من قبلها، وبمثله وبأقل منه.

وقال آخرون: ليس له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت، فمن شبهه بسائر الأعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا، ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك، وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق.

المطلب الثالث: شروط الخلع

نتعرض في هذا المبحث للشروط الواجب توافرها لصحة وقوع الخلع وهي:

الفرع الأول: قيام رابطة الزوجية

اشترط القانون أن تخالع الزوجة زوجها، فإن كان أجنبيا عنها أو بينهما رابطة غير رابطة الزوجية ، فلا يصح أن تخالعه إطلاقاً، وأن تكون العلاقة الزوجية قائمة بينهما حقيقة وحكماً. فلو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعتها نفسها من زوجها، لأن الطلاق رجعي والعلاقة الزوجية ما تزال محتملة على أمل العودة لمحل الزوجية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى أن ملكية الاستمتاع لم ترتفع.

– وسواء كانت الزوجية الحكمية قائمة من بناء بها ودخول، أو كانت قائمة من عقد صحيح لم يقع بموجبه دخول بها ولا طلاق يقطع هذه الرابطة، ففي هذه الحالة تكون الرابطة الزوجية قائمة قياما صحيحا.

أما إذا كان الطلاق بائنا فلا يصح الخلع أصلا.

– أما إن كانت رابطة الزوجية فاسدة طبقاً لنصوص المواد 32 /34 من قانون الأسرة، فلا يقع الخلع، وكذلك لو انقطعت رابطة الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن.

الفرع الثاني: أن تستعمل لفظ الخلع

لقد اشترط المشرع في ذلك لفظاً خاصاً فقال: " يجوز للزوجة أن تخالع" أي تقول لزوجها قولا عماده لفظ: " أخلعني" أو أختلع منك" أو "أريدك أن تخالعني".

فإذا لم تستعمل إحدى هذه الألفاظ فلا تكون مخالعةً لزوجها، وإنما تكون في وضعية قانونية أخرى غير وضعية الخلع.

وذهب البعض إلى اعتبار غياب لفظ الخلع مع وجود المال، لا يكون خلعاً وإنما طلاقاً على مال، كأن قالت له: " خالعني على أن أسلم لك مبلغ كذا وتذكر القيمة"

ولكن مذهب الإمام مالك وكذا مذهب الإمام الشافعي يريان أن وجود المال مهما كان اللفظ الذي استعمله أحد الزوجين هو الخلع المشروع.

غير أن الإمام مالك زاد على ذلك فقال: بأن الخلع يتحقق ولو لم يذكر المبلغ المالي، فاللفظ خالعني– أو اختلعني – يكفي لحصول الخلع.

وبهذا أخذ المشرع الجزائري حين قرر أنه في عدم التفاهم على الخلع رجع الأمر إلى القاضي الذي يحكم بما لا يتجاوز صداق المثل، فالمفهوم من النص القانوني، أنه لا مانع من أن يتراضيا على غير عوض، ويكون الخلع صحيحا، فإذا عجزا عن تحديد المبلغ، يتدخل القاضي لتحديه بما لا يتجاوز مهر المثل وقت صدور الحكم.

والخلاف بين المالكية والشافعية، يكمن في أن الشافعية يكتفون بوجود العوض فلا عبرة باللفظ المستعمل، بينما المالكية يقولون ذلك ويكتفون باللفظ إن لم يذكر المال طالما أن اللفظ هو " الخلع" وطالما أن العودة في تحديد المبلغ ستكون إلى القاضي، والذي لن يتجاوز قيمة صداق المثل كحد أقصى.

الفرع الثالث: أن ينبني على إيجاب وقبول

يتم ذلك بتفاعل الطرفين ويتوقف حصول الفعل على إرادتهما، بأن تكون هي البادئة، وهو المكمل، أو هو البادئ وهي المكملة، لا حصول للفعل بدون إرادتهما.

وعليه فإما أن تكون هي الموجبة وهو القابل أو العكس، فإن كان هو الموجب، فإن رفضها لإيجابه يجعله لغواً و يسقط، سواء كان رفضاً صريحاً أو ضمنياً، كأن قال لها مثلاً: أخلعي نفسك مني على مبلغ 40000 دج وقالت لا أقبل فإيجابه يسقط، وكذلك لو

قال لها وغادرت المكان– أي مجلس صدور هذا الإيجاب– فإنه يسقط بالرفض الضمني ولا يترتب عليه شيء.

غير أنها لو قالت له ذلك، فلها أن ترجع فيه قبل صدور القبول منه، ويسقط إيجابها، فإن قال بعد ذلك قبلت يكون كلامه لغواً، لكونها تراجعت عن الإيجاب ولها ذلك، وهو ليس له أن يتراجع ولكن يبطل إيجابها إذا قام الزوج من المجلس الذي صدر فيه منها الإيجاب إليه.

الفرع الرابع: أن يكون الخلع على مبلغ من المال تقدمه الزوجة:

حتى يكون الخلع صحيحا ومنتجا لآثاره، يجب على الزوجة الكارهة لزوجها أن تقدم له مبلغا من المال نظير خلعها منه، وقد أوجب الشرع والقانون ذلك فتقول له مثلا: خالعني على مبلغ كذا وتحدد قيمة المبلغ، أو على أي شيء آخر حسب الاتفاق بينهما ويمكن تقويمه بمال ، فإن قبل الزوج المبلغ وقع الخلع، وإن لم يقبل رجع الأمر إلى القاضي على هذا الخلاف، فيحكم القاضي بالخلع، ويقدر المبلغ الذي يجب أن تقدمه الزوجة لزوجها، على أن سلطة القاضي في ذلك محدودة بحد أقصى و هو صداق المثل فلن يستطيع مجاوزته.

ولنا في هذا المقام أن نستشهد بقضاء المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية، حين فصلت في القرارين المرفوعين إليها بما يلي:

– القرار الأول:ملف رقم: 83603 قرار بتاريخ 1992/07/21، قضية(ع–م) ضد: (ب–د ن):

« من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة 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 الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.

وعليه فإن قضاة الموضوع– في قضية الحال– لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح»[27].

القرار الثاني: ملف رقم: 216239 قرار بتاريخ 1999/03/16، قضية(ب–ع و) ضد: (ش– ن):

« الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج، طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»[28]

المطلب الرابع: الطبيعة القانونية للخلع

بعد التعرض لمختلف المسائل المتعلقة بالخلع، نحاول باختصار دراسة الطبيعة القانونية للخلع، حيث عرفته المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

– ففي حالة اتفاق الزوجين على دفع الزوجة مبلغا من المال مقابل انفصالهما بإيجاب وقبول، سمي هذا مخالعة.

فالخلع إذا: عقد ينعقد بإيجاب وقبول فهو إذْنٌ ثنائي الطرف، ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق، والذي يقال في هذا الصدد أن رجال القانون قد أخذوا الحكم أو الصفة التي أضفاها فقهاء الإسلام على الخلع، وقد سبق الحديث عن ذلك.

إذا التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال فيعتبر ضمنيا في جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبول المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب المرأة التي تدفع له مبلغا من المال في مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية وسلطان زوجها التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه.

– وقد دل الشرع على أن المرأة إذا كرهت زوجها أو خافت ألا تقيم حدود الله فلا حرج عليها أن تفتدي نفسها، كما أنه لا جناح على الزوج أن يأخذ منها ما تفتدي به، وإذا لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فإن الشرع الحنيف يكره للزوجة أن تطلبه لقوله ﷺ : « أيما

امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة»[29] ، كما أنه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، أو تبرئه من مؤخر الصداق كما يفعل بعض الجهلة في عصرنا الحاضر طمعا في أموال زوجاتهم.

فالخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل ما تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها (Divorce par compensation financière) طلاق بدون مخاصمة (Divorce négocie)30

وعليه فإنه من الخطأ الاعتقاد بأن الخلع كالطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 48 من قانون الأسرة، لأن الخلع في الفقه المالكي هو طلاق بعوض أو هو طلاق على مال ولا فرق بينهما، وأطلق فقهاء الغرب على الخلع اسم الطلاق بالتراضي أو التطليق على مال مما أدى إلى الخلط بين المفاهيم والنظم.

ولا يصبح الخلع لازما إلا إذا تم فيه الإيجاب والقبول، وقبل تمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع على الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الأخر، كما أن الخلع لا يشترط فيه أية شكلية معينة أو خاصة.

أما ما يمكن أن يلاحظ بشأن تدخل القاضي في تحديد مبلغ الخلع وتدخله للحكم به بناء على طلب الزوجة وحدها دون مراعاة قبول زوجها.

فبالنسبة لتحديد مقدار المبلغ المختلف فيه، فالقاضي هو حَكَمٌ فقط، ويجب عليه بمقتضى وظيفته أن يكون محايدا، ولا يجوز له أن يتدخل لصالح أحد الخصمين فيرفع مقدار الخلع أو يخفضه لصالح أحد المتخاصمين المتفقين والمختلفين على مقداره أو قيمته.

وبالنسبة إلى تدخل القاضي من أجل الحكم بانحلال الزواج بالخلع بناء على طلب الزوجة وحدها دون توفر موافقة الزوج، فإن للزوج أن يقول أن مثل هذا الحكم هو حكم تعسفي ومتحيز ولا أساس له في الشرع ولا في القانون.

ونعتقد أن الحكم بالخلع دون إرضاء الزوج أو دون موافقته على مقدار أو مبلغ العوض المعروض عليه من الزوجة، يعتبر من قبيل إجبار الخروج على التطليق دون أي مبرر شرعي ولا قانوني، ويعتبر خرقا لمبدأ حرية التعاقد التي هي أساس الخلع، من حيث أن هذا الأخير هو في الواقع عقد رضائي بين الزوجين هدفه حل الرابطة الزوجية بعوض

وبإرادة متبادلة، في حين أن الطلاق بالتراضي كما ذكر سابقا يتم بموافقة الزوجين ولكن بدون مقابل.

وفي هذا المعنى أقرت المحكمة العليا مبدأ تضمنه القرار الصادر بتاريخ 1976/02/23 في القضية رقم: 1176 أشار فيه إلى أنه: ((ليس للقاضي أن يصرح بالخلع من تلقاء نفسه، بل لا بد فيه من وجود التراضي بين الزوجين)).

وقررت مبدأ آخر تضمنه القرار الصادر بتاريخ 1968/03/13 جاء فيه: ((إن عدم قبول الزوج للعوض الذي تقدمت به الزوجة يجعل الخلع غير صحيح)).

المبحث الثاني: أثار الخلع

إن الأثر الذي يرتبه الخلع بين الزوجين هو الفرقة بينهما، فهل يمكن أن تعتبر هذه الفرقة طلاقا تبقي في عدد الطلقات أو أنها فسخ؟ وإذا قال أنت طالق هل هو طلاق رجعي أم بائن؟

ومذاهب الفقهاء في هذا على أربعة آراء:

1- منهم من قال أنه طلاق بائن.

2-ومنهم من قال أنه رجعي.

3-ومنهم من قال أنه بائن وينقلب، رجعي في حالات.

4- وذهب فريق آخر إلى أنه فسخ.

المطلب الأول : الخلع طلاق بائن

الخلع طلاق بائن لأنه من كنايات الطلاق[31]، لأنه طلاق بعوض، وقد ملك الزوج العوض بقبولها، فلابد وأن تملك هي نفسها تحقيقا للمعاوضة، ولا تملك نفسها إلا بالبائن، فيكون طلاقا بائنا، ولأنها إنما بذلت العوض لتخلص نفسها عن حبالة الزوج، ولا تتخلص إلا بالبائن لأن الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي فلا تتخلص منه ويذهب مالها هدرا، فكان الواقع بائنا.

وجاء في الروضة الندية: واتفق أهل العلم على أنه إن طلقها على مال فقبلت فهو طلاق بائن[32].

والخلع لا يكون طلاقا بائنا[33] إلا إذا وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولا ينوي به الطلاق فيكون فسخا.

أدلة من قال أن الخلع طلاق بائن:

ما ذكره أهل العلم في كتبهم فيما رواه ابن عباس عن النبي عليه السلام أنه قال لثابت: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة، وإن قيل غير ذلك فالعبرة بالرواية لا بالقول

وقد روى مالك عن نافع في قصة خلع الربيع بنت المعوذ أن عدة المختلعة هي عدة المطلقة.

جاء في فتح القدير لابن الهمام ما رواه سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة وإن كان مرسلا، لكن مراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين.

ما روى هشام عن عروة عن أبيه عن جيهان أن أم بكرة الأسلمية كانت تحت عبد الله بن أسيد فاختلعت منه فقدما إلى عثمان بن عفان فأجاز ذلك وقال: هي واحدة إلا أن تكون سمت شيئا فهو على ما سمت.

المطلب الثاني: الخلع طلاق رجعي

– قال المصنف: وإن طلقها بدينار على أن له الرجعة سقط الدينار وثبتت له الرجعة، وقال المزني: يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر المثل؛ لما قال الشافعي فيمن خالع امرأة على عوض، وشرطت المرأة أنها متى شاءت استرجعت العوض وثبتت الرجعة أن العوض يسقط، ولا تثبت الرجعة، وهذا خطأ، لأن الدينار والرجعة شرطان متعارضان فسقطا وبقي طلاق مجرد، فتثبت معه الرجعة.

– وذهب ابن المسبب والزهري إلى أنه بالخيار، إن شاء أخذ العوض ولا رجعة له، وإن شاء ترك العوض وله الرجعة.

قال في المغني: ولا يثبت في الخلع رجعة[34] سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي، فإن شرط في الخلع أن له الرجعة قال أبو حامد: يبطل الشرط ويصح الخلع، وهو قول أبي حنيفة وعن الإمام مالك في إحدى الروايتين، لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسدا، فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح، ولأنه لفظ يقتضي البينونة، فإذا اشترط الرجعة معه، بطل شرط الرجعة معه كالطلاق الثلاث، ويحتمل أن

يبطل الخلع وتثبت الرجعة لأن شرط العوض والرجعة متنافيان على رأي الإمام الشافعي، فإن شرطها سقط وبقي مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط، ولأنه شرط في العقد وما ينافي مقتضاه أبطله كما لو شرط أن يتصرف في المبيع.

المطلب الثالث: الخلع طلاق بائن وينقلب رجعيا

ما ذكره معظم الفقهاء عن خلع حبيبة زوجة ثابت بن قيس بن شماس عندما اشتكت زوجها للنبي فقال صلى الله عليه وسلم : "أقبل الحديقة، وطلقها تطليقة"، هو نفي في كونه طلاقا. والزيدية قالوا بأن الخلع طلاق بائن لكنه ينقلب إلى طلاق رجعي إذا اختلت بعض شروطه، وإذا اختل قيد من القيود التي اعتبرت في الخلع بعد أن وقع القبول فإنه يصبح رجعيا والأمثلة عن ذلك كثيرة.

1- أن يطلقها بغير عوض سواء كان عمدا أو سهوا[35]

2-أن يكون الخلع بعوض صائر كله إلى غير الزوج لا بعضه، فيصبح خلعا بقدر ما صار إليه.

3-أن يكون العوض من غير مال.

وقد أضاف بعض الفقهاء ما إذا خالعها وهي غير صحيحة التصرف، فينقلب الخلع رجعيا.

فالخلع إذن طلاق بائن ينقلب رجعيا، إذا رجعت المرأة عما دفعته لزوجها من عوض، ولا يجوز رجوع الزوج قبل رجوع الزوجة.

المطلب الرابع: الخلع فسخ وليس بطلاق

جاء في المغني[36] أن الخلع فسخ في إحدى الروايتين، حيث اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع، ففي أحداهما أنه تطليقة بائنة، وفي الأخرى أنه فسخ، وهذا أيضا أحد قولي الشافعي وابن عباس وغيرهم بأنه فسخ أيضا.

وجاد في حاشية الشيخ الشرقاوي[37] لو كان الخلع فسخا لما جاز على غير الصداق؛ لأن الفسخ يوجب استرجاع البدل.

وورد في الإنصاف[38] : الصحيح من المذهب أن الخلع فسخ قال: في الخلاصة فهو فسخ على الأصح.

وما روي عن عمرو بن دينار أنه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول: ما أجازه المرء فليس بطلاق؛ لأن النبي أمر زوجة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة، ولو كان طلاقا ما أمرها بذلك.

قال صاحب الروضة: لا ملازمة بين الاعتداء بصفة وبين الفسخ، بل إذا ورد في بعض المطلقات ما يدل على مخالفة عدتهن لعدة سائر المطلقات المصرح بها في القرآن، كان ذلك مخصصا لعموم العدة.

وفي رأينا أن حكمة المشرع بالغة الأهمية، حيث فرق بين عدة المختلعة بثلاثة قروء، وعدة المختلعة بحيضة واحدة لبراءة رحمها.

ولم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لآثار الخلع، لكن يمكن أن تستخلص من مضمون القواعد العامة التي اشتمل عليها قانون الأسرة، وأيضا من القواعد العامة الواردة في الفقه الإسلامي.

ونستخلص هذه الآثار فيما يلي:

1- من آثار الطلاق بالخلع استنادا على اتفاق زوجي، مقابل مال محدد، هو أن الخلع يسقط كل الحقوق بين الزوجين، مثل المهر المؤجل والنفقة الواجبة، إلا حق نفقة العدة لأنه حق 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 أو المقاصة فيه بضمه إلى بدل الخلع.

2- ومن بين الآثار أنه لا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع، وإذا وقع اتفاق الزوجين على أن يطلقها مقابل أن تتنازل عن حقها في حضانة الأولاد، فإن الخلع سيكون صحيحا وملزما، أما التنازل فسيكون باطلا فإن الحضانة فيها حق للطفل وحق للحاضنة، وإذا كان في إمكانها أن تتصرف في حقها كحاضنة، فلا يجوز لها أن تتصرف في حق غيرها وهو المحضون.

3- وإذا اتفق الزوجان على أن يكون مقابل الخلع، التزام الأم بنفقتهم لمدة محددة أو غير محددة وتم الطلاق، ووقعت الزوجة في إعسار وعجزت عن النفقة فيجب على الزوج في هذه الحال أن يتولى الإنفاق على أولاده، ويكون ذلك دينا على الزوجة المخالعة، ومن

حقه أن يعود به عليها عند اليسار، أما إن ماتت الزوجة بعد الطلاق بالخلع، وكان الزوجان قد تخالفا على نفقة الأولاد، فإن واجب النفقة ينتقل إلى الزوج وله أن يرجع بها على تركة الزوجة إن كانت قد خلقت ما يورث.

4- ومن آثار الخلع أيضا تفريق الزوجين المتخالعين فورا بطلقة بائنة على المشهور، وفقا للمذهب المالكي والحنفي باعتبار أن الغاية من الخلع عندهما، إزالة الضرر الواقع على الزوجة ولو وقع الطلاق رجعيا لما زال الضرر، خلافا للمذهب الحنبلي الذي يعتبر الخلع فسخا لعقد الزواج لا طلاقا.

أما قانون الأسرة فلم يصف الخلع بأي وصف، ولم ينص لا على أنه طلاق، أو على أنه فسخ، وهذا على عكس القانون المدني الذي وصف الخلع في المادة 67 بأنه طلاق بائن في قوله " كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والخلع".

5- شرع الخلع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة تمكنها من طلب التطليق من زوج أصبحت تمقته وتكرهه ولم تعد تطيقه ولا تحتمل عشرته، ولم يمنحه لها في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، لأنه لو قلنا بأن الخلع حق للزوجة تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة، لكان يجب على القاضي أن يحكم لها بالتطليق بمجرد طلبها أو عرضها مالا مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج، وربما في غيابه وحتى دون علمه.

وأصبح تعريف الفقهاء للخلع بأنه فدية تقدمها الزوجة إلى الزوج كما وردت في القرآن وتعريف الفقهاء المحدثين بأنه عقد يتم بالتراضي لا معنى له، ولأصبح اتفاق الزوج معها على مقدار الخلع كما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة لا معنى له أيضا .

خاتمة

إن المصدر الشرعي للخلع هو ما ورد في الآية 229 من سورة البقرة في قوله تعالى:﴿ **الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ**

عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾.

ومن تحليل هذه الآيات تحليلا مبسطا وبتحفظ، يمكننا أن نستنتج أن الأصل كان ألا يجوز للزوج أن يأخذ من صداق الزوجة أي شيء، وإذا أخذه بدون مبرر شرعي يكون قد فعل شيئا حراما، ولكن استثناء من هذا المبدأ، قرر الشارع جواز أخذ مال الزوجة مما أتاها إياه الزوج في حالة واحدة هي افتداء الزوجة نفسها مقابل تطليقها أو طلاقها من زوجها، وذلك عندما يحصل تنافر بين الزوجين يبلغ حدا لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية في أمن وهدوء وطمأنينة، ويخشى معه من تخلي الزوجة عن واجباتها، أو تخلي الزوج عن واجباته، أو التخلي تماما عن إقامة حدود الله والخوف من انحراف أحدهما عن جادة الصواب، إذ أنه في هذه الحالة فقط يجوز للزوج أن يأخذ مما أعطى زوجته مقابل حل الرابطة الزوجية بينهما بواسطة الخلع.

وعليه؛ فإن من أسباب انحلال الزواج بالإرادة المشتركة للزوجين، الطلاق بالخلع، وهو ما أشارت إليه المادة 54 من قانون الأسرة.

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن ما ستدفعه الزوجة لزوجها من أجل أن يطلقها طلاقا رضائيا، يمكن أن يكون ثمن الخلع الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة المحضون لعدد من السنوات، أو نفقة العدة المقررة شرعا وقانونا، ولكنه لا يجوز للزوجة أن تتنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة فيها حق للمحضون وليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوما ومتفقا عليه من الجانبين اللذين هما الزوج والزوجة .

أما إذا علق الطلاق بالخلع، ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي أو المبلغ النقدي المقابل للخلع، فإنه يجوز للقاضي المطروح عليه قضية الطلاق بالخلع، أن يتدخل ليحسم الخلاف القائم بين الزوجين حول المبلغ أو المقدار المطلوب أداؤه، فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال نقدي أو عيني لا تتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة في وقت صدور الحكم.

الهوامش والمراجع المعتمدة:

1- سورة البقرة – الآية 229.

2 – ابن الأثير، النهاية في غريب الأثر، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان،1979م، 64/02.

3 – أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1995م، ص167.

4 – الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982م، 226/3.

5 – الإمام مالك– الموطأ برواية يحي بن يحي الليثي، إعداد أحمد راتب عرموش– دار النفائس ص 384.

6- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، دار الفكر، 212/5.

7 – سورة البقرة– الآية 229.

8 – سورة النساء– الآية 20.

9 – سورة النساء– الآية 128.

10 – سورة النساء– الآية 130.

11 – أخرجه الترمذي رقم: 1187 وابن ماجة رقم:2055، انظر: محمد فؤاد عبد الباقي– الجامع الصحيح للإمام الترمذي– دار إحياء التراث العربي493/3.

12 – انظر معالم السنن لأبي سليمان الخطابي، تهذيب بن القيم– دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان 142/3.

13 – هو ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك بن امرئ القيس، كان خطيب الأنصار ومن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم، لم يشهد بدرا، وشهد أحداً وبيعة الرضوان – راجع تاريخ الإسلام للذهبي 371/1.

14 – الكفر هاهنا معناه: كفر العشير، ومعنى كلامها " إلا أني أخاف الكفر" أنها تخشى إن بقيت تحت عصمته ألا تقيم حدود الله في معاشرتها لزوجها لأنها لا تستطيع أن تؤدي واجباتها نحوه، وهذا لا يجوز في الإسلام، لذلك طلبت الفرقة،

وتفسر كلمة الكفر– في رواية– أي أنها لا تطيقه بغضا، أي كفران العشير والتقصير فيما يجب له من حقوق بسبب شدة البغض له.

15 – الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري– صحيح البخاري، رقم:4973،دار بن كثير، ط3، 2022/5.

16– مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 245/2.

17 – بن قدامة – المغني– 174/8.

18 – وقع خلاف حول نسبة امرأة قيس بن ثابت أهي بنت سلول، أو بنت عبد الله بن أبي، أو بنت سهل؟ فقد جاء في رواية بن عباس : بنت سلول، وفي بن الزبير أنها بنت عبد الله بن أبي بن سلول، وفي حديث البخاري أنها بنت أبي، وقال ابن الأثير و النووي أنها أخت عبد الله جازما.

وقال ابن سعد في الطبقات: جميلة بنت أبي عبد الله بن أبي، وقال الدمياطي: "والذي وقع في البخاري من أنها بنت أبي وهم"، وقال بن حجر: جميلة هي أخت عبد الله، لكن نسب أخوها إلى أبي، كما نسبت هي إلى جدها سلول.

– وكذلك وقع خلاف حول اسمها، هل هي جميلة أو حبيبة بنت سهل، قال البيهقي: اضطرب الحديث في حبيبة امرأة ثابت ويمكن القول أن الخلع تعدد من ثابت.

قال ابن عبد البر : اختلف في امرأة ثابت بن قيس فذكر البصريون أنها بنت أبي، وذكر المدنيون أنها حبيبة بن سهل.

وقال البيهقي في أعلام النبلاء : اسمها جميلة بن عبد الله بن أبي سلول.

– قال بن حجر: الذي يظهر لي أنهما قضيتان وقعتا لامرأتين، لشهرة الخبرين وصحة الطريقين واختلاف السياقين

– راجع في ذلك: طبقات بن سعد 326/8، فتح الباري 346/9، أعلام النبلاء 69/1.

19– ويعتبر هذا تناقضا مع أحكام المادة 85 من القانون المدني التي تنص على أنه: « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون».

20 – المادة 2/210 من قانون الأسرة الجزائري لعام 2005م: " وإذا كان قاصرا أو محجوزا عليه فيتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

21 – بن قدامة– المغني– مرجع سابق 178/8.

22 – ومن البديهي أن تكون الزوجة كاملة الأهلية للتصرف، كما أن شروط التعاقد أيضا يجب أن تتوفر فعيوب الرضا إذا شابت إرادة احد المتعاقدين خاصة فلا يصح العقد كما في حالة الإكراه ، لكي يقع الخلع أو الطلاق بائنا ، إذا أضاف المال إلى ذمته ويلزم بدفعه، وبعبارة أدق إذا خالعها من زوجها على مال يلتزم بدفعه ، فإن الطلاق يكون بأننا لوجود العوض . وإن أضاف الأثر المالي إلى ذمتها المالية ، فإن الطلاق يكون رجعيا لأن الأب قبله وهو ولي لعديمة الأهلية ، فلا يلزمها مال، ولم يلزم وليها، لأنه لم يلتزم به، فإن أضافه إليها فلا تلتزم به، لأنه يكون قد تبرع من مالها بذلك المبلغ وهذا لا يصحح . وتجدر الملاحظة أنه يشترط في الزوجة المخالعة .

–أن تكون زوجة للمخالع بعقد صحيح ، والأصل أن المخالعة لا تكون إلا بين زوجين وهناك بعض الحالات التي تكون فيها الزوجة غير كاملة الأهلية لصغر أو سفه فينوب عنها وليها، وقد تكون مريضة مرض الموت فتخالع زوجها، كما يجوز أن يتولى المخالعة أجنبي عن الزوجة .

23 – ابن قدامة– المغني– مرجع سابق– 180/8.

24 – الكاسانى– بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع– مرجع سابق– 145/3–146.

25 – النووي– المجموع شرح المهذب– 165/18.

26 – ابن رشد– بداية المجتهد– 68/2.

27– العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، ص54.

28– مرجع سابق، ص 55.

29– أخرجه الترمذي رقم: 1187 وابن ماجة رقم:2055، انظر: محمد فؤاد عبد الباقي– الجامع الصحيح للإمام الترمذي– دار إحياء التراث العربي493/3.

30 - Bencheikh le khoul men D. E A Rennes 1978 P16 et P50.

31 – الكاساني– بدائع الصنائع– مرجع سابق 145/3.

32 – صديق حسن خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية– دار الجيل بيروت لبنان– 60/2.

33– علقمة ابن مسعود ، أنه قال لا تكون تطليقة بائنة إلا في فدية أو إيلاء لكن ابن القيم يقول ليس معنى كلامه أن الخلع طلاق بائن بل قصده أن الطلقة في الخلع بائنة لأن الخلع يكون طلاقا بائنا . وهذا تأويل بعيد ، النووي كتاب المجموع شرح المهذب ، مرجع سابق 173/18–174 أن الطلقة في الخلع تقع بائنة لا أن الخلع يكون طلاقا بائنا.وهذا تأويل بعيد ، كتاب المجموع النووي المرجع السابق ،ص174/173/18

34 – بن قدامة– المغني– 184/8–186.

35 – الكاساني– بدائع الصنائع– 144/3.

36 – صديق حسن خان– الروضة الندية– 61/2.

37 – حاشية الشرقاوي– مرجع سابق 291/2.

38 – المرداوي– الإنصاف– 396/8.