د/ بن شويخ رشيد
أستاذ ورئيس قسم القانون الخاص كلية الحقوق
-جامعة البليدة-

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيد المرسلين.

مقدمة

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتباره القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء، ولذلك فإن كل تشريعات الدول والأنظمة المختلفة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها.

كما أن نظام الأسرة يحتل مكانة بارزة في النظام الإسلامي ،باعتباره أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع . وقد حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز وإظهار مكانة ومتانة النظام الأسري من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة .

كما رسمت معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتت والضياع.ويكفي أن القرآن الكريم سمى عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيما له .وأما الأهداف المرسومة من الزواج فتتجلى في قوله تعالى ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾. [سورة الروم] الآية20.

فهذه الأهداف تتمثل في المقام الأول في الحفاظ على النوع البشري من خلال التناسل، زيادة على تحقيق الراحة والطمأنينة والمحبة والتراحم بين أفراد الأسرة لتكون نواة حقيقية للمجتمع الموسع.

لقد شكل صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 أهمية بالغة باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي صار يحكم العلاقات الأسرية[1]، وفي هذا المقال نقدم جملة من الملاحظات تتعلق بقانون الأسرة ،كما نتعرض إلى دراسة بعض النصوص القانونية الغامضة أو المعيبة من حيث الشكل والمضمون على سبيل المثال.

والحقيقة أن المشرع الجزائري بإصداره لقانون الأسرة قد خطى خطوة موفقة في إيجاد الإطار القانوني المناسب للعلاقات الأسرية، رغم بعض النقائص الموجودة فيه، وهو أمر طبيعي يحدث في كل القوانين التي تصدر لأول مرة.

كما تشمل هذه الدراسة أيضا الإشارة إلى المصادر سواء القانونية أو الشرعية، لأن قانون الأسرة قد استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية بما يحمله هذا المصطلح من معنى واسع .

كما أن قانون الأسرة من الناحية التاريخية يعتبر آخر ما صدر من القوانين في البلاد العربية . وبدون شك فقد تأثر ببعض هذه القوانين خصوصا تلك التي تتقارب في تقاليدها وأعرافها وتركيبتها السكانية، فضلا عن عامل اللغة والدين .ولذلك نجد بعض نصوص قانون الأسرة مستمدة من هذه القوانين.

إن الوجه الحقيقي والصورة الكاملة والواضحة لأي تشريع لا يظهر إلا في الجوانب التطبيقية والعملية من خلال القضايا التي تطرح أمام المحاكم، وعندها يمكن

الحكم على هذا القانون بما له وما عليه، ولهذا لابد من الرجوع في هذه الدراسة إلى الأحكام والاجتهادات القضائية لمعرفة مدى ما توصل إليه القضاء في تطبيق وتفسير وشرح أحكام هذا القانون.

بما أن الصياغة التشريعية تتطلب سلامة الشكل والمضمون،فالواجب أن تتعقب أحدث ما وصل إليه فن التقنين من حيث التعبير و الترتيب والتنسيق مستندة إلى الرصد الفقهي الهائل في مجال تشريع الأسرة.

فقد تكون الصياغة عالمية،أما المادة الخام التي يستمد منها التشريع الأحكام القانونية فهي دائما لها مصادرها الخاصة وبيئتها المصاحبة[2].

وفي هذا الإطار يجب أن ينظر إلى المخزون الفقهي على أنه مجموعة متكاملة لا تفاريق مذهبية،وبهذه الصورة فقط يستطيع المشرع اختيار الحلول الملائمة للمشكلات على ضوء التطورات الجديدة.

وهذا في الحقيقة هو الهدف من هذه الدراسة، التي أردت من خلالها أن أنظر إلى قانون الأسرة نظرة موضوعية هادفة بعيدة عن أي مزايدة من أي نوع كانت .

أولا: مفهوم قانون الأحوال الشخصية (قانون الأسرة)

أولا: اتفقت أغلب الدول العربية الإسلامية على إطلاق مصطلح الأحوال الشخصية على القانون الذي يحكم العلاقات الأسرية، وكان أول من استعمل هذا المصطلح هو الفقيه المصري قدري باشا الذي وضع مجموعة فقهية سماها "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية "[3].

ويقصد بالأحوال الشخصية، الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من حقوق والتزامات مختلفة .

ولم يكن هذا المصطلح معروفا عند الفقهاء المسلمين الأولين، وإنما كانوا يستعملون جملة من المصطلحات الشرعية ككتاب النكاح والطلاق والنفقة والفرائض والتبرعات وغيرها من المسائل المتعلقة بالأسرة.

وقد أصدرت محكمة النقض المصرية سنة 1934 قرارا أوضحت فيه المقصود بالأحوال الشخصية بأنه مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية، كما أوضحت المادة 13 من قانون تنظيم القضاء المصري الصادر سنة 1939، على أن المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية هي : المسائل المتعلقة بأحوال الناس وأهليتهم، ونظم الأسرة، والطلاق، والبنوة، والنسب، والولاية، والوصاية، والحجر، وكذا المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

ثانيا: تطور قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية

لم تصدر في البلاد العربية قوانين الأحوال الشخصية إلا في العهد العثماني، حيث كان القضاة في البلاد الإسلامية يحكمون بالنصوص الشرعية والأحكام الفقهية حسب المذاهب السائدة في البلاد الإسلامية .

وكان أو ل ما صدر هو قانون حقوق العائلة العثماني الصادر سنة 1917، الذي قنن أحكام الأسرة في الزواج والطلاق، وما يتميز به هذا القانون أنه لم يتقيد بمذهب معين وإنما أخذ من المذاهب الأربعة .

تم تلاه ما جاء به الفقيه المصري محمد قدري باشا من خلال مجموعته التي سماها (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية) والتي اعتمد عليها الفقه والقضاء كثيرا، وهي أول محاولة في البلاد العربية يتم فيها جمع مختلف المسائل المتعلقة بالأسرة، إلا أنها استمدت من الفقه الحنفي .

وفي مرحلة تالية ظهرت الحاجة لوجود قانون للأحوال الشخصية غير مقيد بمذهب معين، وكان أول قانون ظهر في مصر بشكل رسمي سنة 1920 تضمن أحكام الزواج والطلاق، ثم تلاه قانون 1929 ،تم ظهرت سلسلة من القوانين الأخرى نظمت أحكام الميراث 1943 ،وقانون الوصية سنة 1946، وقانون الولاية على المال سنة 1952.

وفي سوريا صدر قانون الأحوال الشخصية سنة 1953، والمعدل سنة 1975 .

وفي العراق صدر قانون الأحوال الشخصية سنة 1959، وعدل العديد من المرات كان آخرها سنة 1988 .

وفي المملكة الأردنية صدر قانون جديد سنة 1976 وهو المعمول به حاليا، بعد قانون سنة 1951.

وفي المملكة المغربية صدرت مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957 وتم تعديلها.

وفي الجمهورية التونسية صدر ت مجلة الأحوال الشخصية التونسية سنة 1956 وتم تعديلها أيضا.

وأما قانون الأسرة الجزائري فهو آخر القوانين العربية من الناحية التاريخية ،حيث صدر سنة 1984 .

وقد تم الاعتماد فيه على الفقه المقارن، فلم يتقيد واضعوه بمذهب محدد وإنما أخذ من المذاهب الأخرى على غرار باقي التشريعات العربية .

وقد كان العمل القضائي قبل صدور القانون يعتمد على النصوص الشرعية والأحكام الفقهية الموجودة في الكتب منذ العهد الاستعماري وحتى مرحلة ما بعد الاستقلال إلى حين صدور قانون الأسرة، وهذا بالرغم من صدور العديد من المراسيم خلال الحقبة الاستعمارية في الجزائر وحتى بعد الاستقلال . وبصدور قانون الأسرة سنة 1984 تكون الجزائر قد حققت مكسبا آخر في المجال التشريعي يضاف إلى القوانين الأخرى، وهذا بعد مخاض عسير.

وقد تضمن هذا القانون قضايا الزواج والطلاق والآثار المترتبة عنهما . كما تضمن النيابة الشرعية، بالإضافة إلى أحكام الميراث . وفي الأخير تضمن أحكام التبرعات كالهبة والوصية والوقف، وهي أمور انفرد بها قانون الأسرة الجزائري عن غيره من التشريعات العربية، وخصوصا موضوع الهبة والوقف التي لم تتضمنها التشريعات في قوانين الأحوال الشخصية العربية، وإنما نظمتها في قوانين مستقلة كما هو الحال عليه في الوقف، وأما الهبة فنظمته ضمن القانون المدني .

ومهما يكن من أمر فلا بد من إبداء بعض الملاحظات التي نراها ضرورية في بداية الأمر، ويمكن أن نلخصها فيما يلي :

أولا: أن هذا القانون في حقيقة الأمر لم يأت بجديد من حيث المضمون، بل إنه أتى بأقل مما كان أو ما يجب أن يكون، لأن ما كان قبل صدور القانون هو النصوص الشرعية والكتب الفقهية فهو أوسع نطاقا من تلك النصوص القانونية المحدودة العدد .

وأما ما يجب أن يكون فلأن هذا القانون بعد صدوره وجدناه منقوصا بحيث لم يشمل كل المسائل المتعلقة بالأسرة ،زيادة على أن ما هو موجود به كثير من العيوب الشكلية والموضوعية.

ثانيا: أن ظهور هذا القانون في شكل نصوص قانونية محدودة العدد قد سهل على القاضي والمتقاضين في نفس الوقت، لأن المتقاضين كانوا لا يعلمون الحكم الذي سيطبقه القاضي عليهم لأنه لا توجد نصوص قانونية معلومة سلفا، وخصوصا عندما يتعلق الأمر بالمسائل التفصيلية التي يرجع القاضي فيها للفقه .

ثالثا:بصدور هذا القانون أصبح كل فرد في الأسرة يعرف ما له وما عليه من حقوق وواجبات بالتالي يستطيع الاطلاع بسهولة على هذه الحقوق والواجبات للمطالب بها عند الاقتضاء، كما أن القاضي صار من السهل عليه الحكم في القضايا المعروضة عليه باستناده إلى نصوص قانونية لكي يكون حكمه صحيحا .

رابعا:أنه وفر على المشتغلين في الحقل القانوني (القضاة والمحامون)، وكذا الدارسين وكل المهتمين بقضايا الأسرة، من الخوض في كتب الفقه المتناثرة والتي لا حصر لها، كما أن تنوع الآراء واختلافها حسب المذاهب الفقهية يجعل من الصعب الترجيح بين هذه المذاهب، وهذه الصعوبة يعترف بها حتى أهل التخصص، ناهيك عن غير

المتخصص في الموضوع، فضلا عن أنه لا يوجد عندنا قضـــاة شـــرعيون في مســـائل الأحوال الشخصية .

خامسا: بصدور القانون صار الجميع ملزما بالتقيد بأحكامه المنصوص عليها، فيكـــون بذلك قد أغلق الباب في كل المسائل المنصوص عليها فقط، بينما المسائل التي لم ينـــص عليها، فإنه ترك المجال للقاضي في الرجوع إلى أحكام السريعة الإسلامية لإيجاد الحلـول المناسبة للقضايا المعروضة عليه بما فيها الأحكام الفقهية دون التقيد بمذهب معين، وهذه ميزة تحسب للقانون الجزائري، حيث لم يقيد القاضي بمذهب معين، في حين لو نظرنـــا لمختلف التشريعات العربية نجدها تقيد القاضي بالمذهب الفقهي السائد في تلك البـــلاد كالتشريع السوري (المذهب الحنفي)(4)والمغربي (المذهب المالكي).

سادسا :وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري توالت ردود الفعل على هذا القـــانون وتوالت الانتقادات ولا زالت إلى حد الآن ،حيث قيل عنه الكثير سواء في الجوانـــب الإيجابية للمؤيدين، أو الجوانب السلبية التي يراها المعارضين لهذا القانون .

كما أن الجوانب التطبيقية لهذا القانون أظهرت في الحقيقة العديد من النقـــائص بسبب سوء الصياغة القانونية، كما أظهرت البعض مـــن التناقضـــات في النصـــوص والأحكام الشرعية، مما أدى بالمهتمين بمسائل الأسرة إلى المطالبة بمراجعة هذا القـــانون بإعادة صياغة نصوصه بما يحقق الانسجام بين الجوانب القانونية والجوانب الشـــرعية، لأن المصطلح الشرعي له دلالته والمصطلح القانوني له دلالته أيضا، ولابد مـــن إيجـــاد صيغة توفق بين المصطلحين معا .

سابعا: إن ردود الفعل المتباينة على قانون الأسرة قد جعلها تسير في ثلاثة اتجاهات رئيسية وهي :

الاتجاه الأول وهو المعارض لتعديل قانون الأسرة، حيث يرى بأنه ما دام قانون الأسرة مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية، فلسنا في حاجة إلى تعديله لأن فتح الباب لتعديله قد يؤدي إلى الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية، وهو أمر مرفوض من المجتمع الجزائري عموما .

الاتجاه الثاني وهو المطالب بإلغاء قانون الأسرة جملة وتفصيلا، فهو على النقيض مع الرأي الأول، لأنه يرى بأن قانون الأسرة يقف عقبة أمام تطور العائلة الجزائرية والمرأة على الخصوص، علاوة على أنه لا علاقة له بالشريعة الإسلامية حسب زعمهم

الاتجاه الثالث معتدل ووسط بين الاتجاهين السابقين حيث يرى بأن قانون الأسرة استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية بما تحمله هذه الكلمة من معنى واسع سواء

تعلق الأمر بالنصوص القطعية

أو تعلق الأمر بالمسائل الفقهية الفرعية .

كما أن التطبيقات العملية لنصوص قانون الأسرة أظهرت العديد من النقائص وفي العديد من القضايا بعضها شكلي يتعلق بسوء الصياغة القانونية، وبعضها موضوعي أدى في بعض الأحيان إلى التناقض بين النص القانوني والحكم الشرعي .

ومن هنا ظهرت الحاجة للمطالبة بتعديل هذه النصوص حتى يكون القانون أكثر انسجاما يراعى فيه الجوانب القانونية والشرعية ويأخذ في الحسبان التطورات الحاصلة في المجتمع من الجانب الاقتصادي والاجتماعي والعلمي تحقيقا لمصلحة الأسرة والمجتمع.

ثامنا: إن تعديل قانون الأسرة لا يعتبر بدعة من المشرع الجزائري بل يجب أن ينظر لهذا القانون على أنه كباقي القوانين الأخرى في المجتمع والتي خضعت كلها إلى التعديل في العديد من المرات، وينبغي وضع قانون الأسرة في هذا السياق أيضا، لأن الهدف من التعديل هو تحسين القانون وتصحيح الأخطاء التي حدثت من المشرع، وكذا مواجهة المسائل المستجدة ومعالجتها .

وقد سبقتنا لتعديل قوانين الأحوال الشخصية العديد من الدول فلا يخلوا قانون إلا وعدل قبل قانون الأسرة، وعلى سبيل المثال فإن القانون العراقي قد عدل منذ صدوره سنة 1959 أكثر من خمس(5) مرات كان آخرها سنة 1988.
وكذلك القانون السوري الصادر سنة 1953، كان آخر تعديل له سنة 1975 .

وأما في جمهورية مصر العربية فقد صدر قانون الأحوال الشخصية سنة 1920 تم عدل سنة 1929، ثم صدر العديد من القوانين المكملة له بعد ذلك كقانون الميراث 1943 وقانون الوصية 1946 وقانون الولاية على المال 1952 .كما عدل قانون 1920 وكذا قانون 1929 بالقانون رقم 100لسنة 1985 يتعلق بالنفقة وبعض مسائل الطلاق، وكان أحدث تعديل صدر هو قانون رقم 1 لسنة 2000 يتعلق بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

لهذه الأسباب كلها نرى أنه من الأهمية بمكان التفكير بجدية في تعديل قانون الأسرة الجزائري على أن يمر هذا التعديل عبر دراسة متأنية موضوعية من طرف كل الجهات المختصة ،وكذا المهتمة بقضايا الأسرة في المجتمع .

مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية المجتمع الجزائري المسلم بالحفاظ على المسائل الشرعية القطعية وتراعى فيه التطورات المستجدة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والعلمية.

ثالثا: الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة.

أولا الأحكام الثابتة: المقصود بالأحكام الثابتة في هذا المجال تلك الأحكام والمواضيع التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري،والتي تعتبر من المواضيع الأساسية المستقرة والتي لابد من أن تتجسد في القانون نظرا لأهميتها.

وهذه المواضيع عادة ما نجدها مستمدة من النصوص القطعية فهي ثابتة من حيث الأصل إلا أن ضبط أحكامها ونصوصها القانونية قد يحتاج الأمر فيه إلى تنظيم وإعادة صياغة.ومن ضمن هذه المواضيع، أحكام الزواج والطلاق وآثارهما،أحكام الميراث وأحكام النيابة الشرعية وغيرها من المواضيع المهمة.

ثانيا الأحكام المتغيرة: كما نعني بالأحكام المتغيرة في هذا الموضوع تلك المواضيع التي تضمنها قانون الأسرة و التي نرى بأنه يمكن إخراجها من هذا القانون و ضمها إلى قوانين أخرى كموضوع الهبة باعتبارها من التصرفات التي تنتج آثارها في الحال وإن كان هذا الموضوع يحمل صفة التبرع،فمكانها الطبيعي هو القانون المدني.كذلك موضوع الوقف والذي تضمنه قانون الأسرة إلا أنه بصدور قانون الوقف سنة 1991،صار عندنا قانونين لأحكام الوقف بالتالي نرى إخراجه من قانون الأسرة، ووضع قانون مستقل للوقف هذا من جهة.

ومن جهة أخرى قصدنا أيضا بالأحكام المتغيرة تلك النصوص القانونية التي أخطأ المشرع في صياغتها من حيث الشكل أو من حيث المضمون،بحيث لا بد من تعديلها بما يحقق الانسجام التام بين المقتضيات الشرعية والقانونية ،لأن المصطلح الشرعي له دلالته والمصطلح القانوني له دلالته أيضا ولابد من إيجاد صيغة توفق بين المصطلحين معا.

كذلك يتعلق الأمر بالمواضيع التي نرى إضافتها للقانون لأهميتها، وهذه المسائل نجدها في أبواب متفرقة من القانون.

رابعا: مصادر قانون الأسرة

من خلال دراستنا واطلاعنا على مختلف المواضيع التي تعرض لها قانون الأسرة الجزائري تبين لنا بأن جل النصوص القانونية استمدت من أحكام الشريعة الإسلامية بما تحمله هذه الكلمة من معنى واسع بحيث تتضمن النصوص الشرعية القطعية سواء من القرآن والسنة النبوية ،أو من المصادر الأخرى المعروفة في علم أصول الفقه (المصادر الأصلية والمصادر التبعية).بالإضافة إلى أحكام الفقه الإسلامي بحيث أن واضعي القانون لم يتقيدوا بمذهب فقهي معين وإنما أخذوا من مختلف المصادر الفقهية،وهي ميزة إيجابية تحسب للقانون الجزائري .

خامسا: مواضيع التعديل في قانون الأسرة

في الحقيقة ينبغي أن ننبه منذ البداية إلى أن جل المواضيع التي نظمها قانون الأسرة تحتاج إلى تعديل وإعادة الصياغة القانونية ،ومن هذه المواضيع أحكام الزواج والطلاق والنفقة والنسب والحضانة وغيرها من المواضيع الأخرى .ونحاول في هذا المقال أن نتعرض لأحد المواضيع التي أقترح إعادة صياغته على نحو سليم ومتكامل،وهو موضوع الخلع .

تعرض قانون الأسرة لبعض الصور التي يتم بواسطتها الطلاق أمام القضاء وهي:

أولا: الطلاق بواسطة الخلع.

نصت المادة 54 من قانون الأسرة على ما يلي:"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 ".

الخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها، ولهذا أجاز لها الشرع الإسلامي أن تفدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها.

وقد دل على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[5].

والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا،فإذا كره العيش مع المرأة،وغابت عنه السكينة دون تقصير من الزوجة، جاز له أن يفارقها بالحسنى لقوله تعالى" فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف"[6]،وقوله"فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا"[7].

فإذا طلقها للكراهية لا يكون متعسفا في حقها. لأن الحب والكره مسألة نفسية لا يستطيع الإنسان التحكم فيها .ولذلك جعل الله لكل منهما مخرجا، فأباح للزوج أن يفارق زوجته بالحسنى مع إعطاءها كامل حقوقها المقررة شرعا كالمهر والنفقة والمسكن خلال العدة وحقها في نفقة المتعة .

كما أباح للزوجة أن تفارق زوجها بواسطة الخلع مقابل مال يتم الاتفاق عليه بينهما .

وسبب إلزامها بدفع المقابل هو أن الفرقة جاءت من طرفها دون تقصير من زوجها،وبالتالي لابد من أن تتحمل نتائج هذه الفرقة .

والخلع بهذا المعنى والمقرر بالمادة 54 يختلف عن التطليق المقرر بالمادة 53 وإن كانا يشتركان في أن طلب الفرقة يكون من الزوجة إلا أن أسبابهما مختلفة .

فالطلاق المقرر بالمادة 53 بني على أسباب مادية ذكرتها المادة .وينبغي على الزوجة إثباتها أمام القاضي حتى يقضي لها بالطلاق،زيادة على حقها في طلب التعويض.

أما الخلع المقرر بالمادة 54 فيبنى على سبب نفسي وهو الكراهية .ولا يتطلب الأمر وجود شقاق بين الزوجين بل يكفي فيه ألا تجد الزوجة راحتها النفسية والسكينة وهي الهدف الأول من الزواج .فإذا لم تتحقق السكينة والطمأنينة بين الزوجين فلا فائدة ترجى من هذا الزواج .

وتطبيقا لهذا المفهوم قضت السنة النبوية بذلك.حيث جاء في البخاري عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله:أتردين عليه حديقته ؟ قالت: نعم ،قال رسول الله :أقبل الحديقة وطلقها تطليقة[8].

فدل هذا الحديث على ثبوت الخلع بمقابل ،وقد يكون المقابل هو ما قدمه من مهر ترده الزوجة لزوجها .كما أجاز الفقهاء تقديم مقابل آخر يتفق عليه شريطة أن يكون من ما هو مباح شرعا .

ويتضح من نص المادة 54 المذكورة آنفا ما يلي:

-لابد من حصول اتفاق بين الزوجين على الطلاق بواسطة الخلع ،وهذا هو الأصل في الخلع .لكن المشكلة تكمن فيما لو أن الزوج لم يقبل الفرقة فهنا يتحتم عليها اللجوء

إلى القضاء لطلب المخالعة كما حدث في واقعة المرأة التي اشتكت للرسول، إلا أن النص تكلم فقط عن الموافقة ولم يتحدث عن الخلاف في الخلع سوى في الجانب المالي . ونعتقد أنه من حق الزوجة أن تطلبه من القاضي إذا تبين لها تعنت الزوج في القبول أو فرض عليها مبلغا لا تقدر عليه.

أما على المستوى التطبيقي فإننا نجد بعض قرارات المحكمة العليا،ومنها القرار الصادر بتاريخ 16 /1999/03،أكدت فيه على أن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون(9)

-لابد في الخلع من عوض وهو المقابل المالي الذي يحصل به الاتفاق ،وفي حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي بفرض قيمة صداق المثل وقت الحكم .

ولا يمكن أن يقال بأن هذا إجحافا في حق الزوجة لأن المخالعة جاءت من طرفها بالتالي تتحمل نتائجها.وفي المقابل فإن الطلاق الذي يأتي من الزوج للكراهية أيضا يتحمل الزوج نتائجه أيضا .

كما أن القانون لم يتحدث عن صورة ما إذا صرحا بأنهما يريدان المخالعة دون مقابل فهل يتحقق الخلع أم لا ؟.

هذه الوضعية في الحقيقة تحيلنا إلى المادة 48 أي إلى الطلاق باتفاق الطرفين ،ولهذا يكون طلاقا باتفاق الزوجين وليس خلعا لأن الخلع فيه العوض .بل أن هذا العوض منصوص عليه شرعا .

كما أن بقاء النص على الصورة الحالية يفتح الباب أمام الزوجين للابتزاز في بعض الحالات.

فقد يتعسف الزوج في طلب المقابل لمنع الزوجة من الخلع بفرضه مبلغا مرتفعا لا تقوى الزوجة على دفعه له مما قد يسبب لها ضررا وحرجا كبيرا.

فمن جهة لا تطيق العيش معه فهي تريد الخلع ومن جهة أخرى لا تقوى على دفع المبلغ الذي يطلبه الزوج لأنه قد يستغل الوضع في هذه الحالة.

وهنا تكون الزوجة مضطرة لرفع دعوى الخلع إذا لم ترض بالمبلغ الذي يطلبه الزوج، والنص القانوني يقضي بأن يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم وهذا الحكم يؤدي إلى أن الزوجة قد تستغل الوضع ،خصوصا إذا كان المهر الذي قدمه الزوج لها يفوق بالكثير صداق المثل .

فالزوج قد يكون طالب بحقه في استرداد المهر فقط وهو حقه الشرعي. لأن السنة النبوية دلت على وجوب استرداد المهر .

لكن الزوجة قد تتعمد عدم الموافقة على إرجاع المهر مما يصبح تقديره من اختصاص القاضي الذي يتوجب عليه هنا تطبيق النص بتقدير صداق المثل وقت الحكم. وصداق المثل قد يكون أقل بكثير مما دفعه الزوج لها .

فلو فرضنا أنه أمهرها بمبلغ **100000** د.ج، وصداق المثل **50000** د.ج ،فإن الزوج هنا سوف لن يتحصل إلا على نصف صداقه وهي مسألة مضرة بالزوج .فما دامت الزوجة هي التي تطلب الخلع فعليها أن تتحمل تبعته بشكل متوازن ،لأن طلب الزوج استرداد المهر هو طلب مؤسس شرعا .

ومع ذلك فإننا نرى –ولأسباب موضوعية –بأن الزوجة لا تقوى على إرجاع الصداق كاملا في بعض الأحيان لكونها عديمة الدخل أو أن المهر تصرفت فيه بعد

الزواج وبحسن نية ،مما يصعب عليها إرجاعه للزوج.ومن هنا يتوجب على القـــاضي إعادة النظر في الموضوع لإيجاد توازن بين مصلحة الطرفين يسارا وإعسارا.

ولهذا السبب لابد من إعادة صياغة النص بشكل يمنع التحايل والاستغلال علـــى النحو التالي:

– يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ،فـــإن لم يتفقـــا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .

–وإذا تبين للقاضي أن صداق المثل يقل عن المهر المقدم استكمل للزوج الفرق بينهما.

–إذا تبين للقاضي أن الزوج فرض على الزوجة مبلغا يخرج عن المألوف قضى بإنقـــاص المبلغ إلى الحد المعقول على ألا يقل عن مقدار الصداق المدفوع أو عن صـــداق المثـــل وقت الحكم).

– إذا تبين للقاضي بأن الزوجة معسرة قدر المبلغ الذي يـــراه مناســـبا يدفـــع مـــرة واحدة،أو على أقساط.

هذه من ضمن الملاحظات التي أردنا التطرق إليها في هذا المقال على سبيل المثـــال للدلالة على أن الكثير من نصوص قانون الأسرة تحتاج إلى تعديل وإعادة صياغة لتغطية النقص المسجل في العديد من المواضيع.ولنا عودة بحول الله لمواضيع أخرى في مقالات قادمة.

الهوامش

1– القانون رقم 84–11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

2– أنظر:د/محمد كمال الدين إمام،في الصياغة التشريعية،دراسة لبعض أحكام الأسرة في ضوء منهجية التقنـين،دار المطبوعات الجامعية.الإسكندرية19977 ص3.

3- أنظر: د/ عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج1، ط7، منشورات جامعة دمشق 1996،ص 11.

4- أنظر المادة 305 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة1953 المعدل بالقانون رقم 34/ لسنة 1975

5- سورة البقرة، الآية 229.

6- سورة البقرة، الآية 231

7- سورة النساء، الآية 19.

8- أنظر: الإمام ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج5، ص 192، وأشار في الهامش إلى أن الحديث رواه البخاري .

9- أنظر: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص لسنة2001، ص138، ص 134.، وفي قرار آخر صادر سنة 1992 قررت المحكمة بأن تطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج تطبيق صحيح للقانون.، نفس المرجع ،ص134.