مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

الخلع والطلاق الانفرادي مساواة وتقابل أم تفاوت وتباين

–قراءة للقرار رقم 656259 المؤرخ في 2011/09/15–[1]

The khula and unilateral divorce, equality and opposition, or disparity and discrepancy

– a reading of Decision No. 656259 of 09/15/2011–.

مروان سارة [1]*

[1] جامعة الجيلالي بونعامة– خميس مليانة (الجزائر)،s.merouane@univ-dbkm.dz، مخبر نظام الحالة المدنية

طحطاح علال[2]

[2] جامعة الجيلالي بونعامة– خميس مليانة (الجزائر)،alleltahtah@yahoo.fr، مخبر نظام الحالة المدنية

تاريخ الإرسال: 2022/12/07	تاريخ القبول: 2023/02/01	تاريخ النشر: 2023/03/01

*المؤلف المرسل

الملخص:

يتناول هذا المقال وسيلتي الخلع والطلاق الانفرادي بين مفهومي المساواة والتفاوت ، فبعد إلغاء المشرع الجزائري لرضا الزوج في الخلع بموجب القانون 02/05 تغير مفهوم الخلع من التصرف الرضائي إلى التصرف الانفرادي الأمر الذي جعل بعض الفقه القانوني والقضاء لاسيما في القرار محل القراءة ينظر إلى هاذين النظامين نظرة التقابل والتساوي وهو الأمر الذي ترفضه خصوصية كل منهما ويستنكره الفقه الإسلامي وسنتناول بالدراسة من خلال هذا المقال أهم مواطن الاختلاف والتشابه بين الخلع الذي يعتبر وسيلة تستعملها الزوجة لإنهاء الزواج والطلاق الانفرادي الذي يملكه الزوج في إطار العصمة الزوجية من خلال قراءة استقرائية للقرار رقم 656259 الصادر من المحكمة العليا.

الكلمات المفتاحية: الخلع ؛ الطلاق الانفرادي، المساواة، التفاوت.

Abstract:

This article deals with the two means of "Khula" and unilateral divorce between the concepts of equality and disparity. After the Algerian legislator abolished the husband's consent in "Khula" under Law 05/02, the concept of "Khula" changed from consensual to unilateral disposal, which made some legal jurisprudence and the judiciary, especially in the decision in question, look at These two systems view opposition and equality, which is rejected by the privacy of each of them and denounced by Islamic fiqh Through this article, we will study the most important points of difference and similarity between khula', which is considered a means used by the wife to end the marriage, and unilateral divorce that the husband has within the framework of marital infallibility through an inductive reading of Resolution No. 656259 issued by the supreme court.

Keywords : khula ; unilatiral divorce ; equality ; inequality.

مقدّمة:

أدى عدم وضوح نص المادة 54 من القانون 84/ 11 المتضمن قانون الأسرة قبل التعديل إلى تضارب في عديد من قرارات المحكمة العليا بين من يقر رضا الزوج بالخلع ويعترف به وبين من لا يعتبر لهذا الرضا ، ما أدى بالمشرع الجزائري إلى إدخال نص المادة 54 السابقة الذكر مع النصوص القابلة للتعديل، فجاء الأمر 05/ 02 المعدل للقانون 11/84 يحمل في نصوصه مضمونا جديدا لنص المادة المتعلقة بالخلع وذلك بإضافة عبارة " دون موافقة الزوج" إلى هذا النص، الأمر الذي نتج عنه خلاف في فهم مضمون هذه المادة مما أدى إلى صدور قرارات أقرت المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية واعتبار الخلع حق انفرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج.

إذ وبتاريخ 2011/09/15 أصدرت غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا قرارا قضائيا قضى برفض طعن الزوج وتأييد الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية خلعا بين الطاعن وزوجته.

وتتلخص وقائع القضية في أن الطاعن(ب، ع) كانت تربطه علاقة زوجيه بالمطعون ضدها ، فرفعت المطعون ضدها في حقه دعوى قضائية تطالب فيها بفك الرابطة الزوجية بينها وبين الطاعن (ب، ع) بواسطة الخلع،

فاستجابت محكمة تندوف لطلبها وأصدرت حكما قضائيا بتاريخ 2008/01/24 قضى بفك الرابطة الزوجية بينهما بالخلع والأمر بتسجيل الحكم في سجلات الحالة المدنية لبلدية تندوف.

وبما أن الأحكام الصادرة في الطلاق لا تقبل الاستئناف في غير الجوانب المادية، طعن الزوج في الحكم الصادر عن محكمة تندوف مباشرة أمام المحكمة العليا بتاريخ 2009/08/04 مؤسسا طعنه على وجه وحيد مفاده" أن قضاة الموضوع أي قضاة الدرجة الأولى استجابوا لما طلبته الزوجة دون أي سبب جدي".

وحاصل هذه الوقائع أن المحكمة العليا قضت برفض الطعن المثار من الزوج وتأييد قضاة الدرجة الأولى، وتبنت مبدأ " الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج"، بحيث وضعت بهذا المبدأ الخلع في كفة واحدة مع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة لتبتدع مفهوما جديدا للخلع، ما فتح المجال لدراسة هذا القرار ومبدئه الذي **يثير التساؤل عن الأساس الشرعي والقانوني الذي اعتمدته المحكمة العليا في هذا الاجتهاد من ناحية صحة المبدأ وصحة إيقاع الخلع؟**، ليتفرع عن هذا التساؤل الرئيسي مجموعة من التساؤلات الفرعية الآتية

– هل أصابت المحكمة العليا عندما قضت بالفرقة خلعا بين الزوجين دون اعتبار إرادة الزوج ودون وجود السبب الجدي؟

–ما القاسم المشترك بين الخلع والطلاق بإرادة الزوج المنفردة الذي جعل المحكمة العليا تضعهما في مرتبة واحدة.

–ما مدى صحة المبدأ الذي تبنته المحكمة العليا في أن الخلع يقابل حق العصمة للزوج.

–هل خالف القانون في المادة 54 من قانون الأسرة والقضاء في القرار رقم 656259 الشريعة الإسلامية

–كيف ينظر الفقه القانوني والإسلامي للطلاق بالخلع والطلاق الذي بيد الزوج؟؟

هذه التساؤلات تقود للبحث في صحة مسألتين هامتين وهما إرادة الزوج في الخلع و اقتران الخلع بالسبب الجدي، حيث سأدرس ذلك انطلاقا من القرار رقم 656259 معتمدة على المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية التي لها صلة بالموضوع والمنهج الوصفي لسرد الآراء الفقهية سواء تلك الشرعية أو تلك المتعلقة بآراء الفقه القانوني والمنهج الاستقرائي لاستقراء حيثيات القرار محل القراءة، وتقسيم الدراسة إلى محورين أساسيين **المحور الأول بعنوان تكييف القضاء للخلع بأنه حق إرادي للزوجة** أدرس فيه (أولا) الاعتداد القضائي بإرادة الزوجة وإلغاء إرادة الزوج في الحكم بالخلع و(ثانيا) المساواة القضائية بين الخلع والطلاق الانفرادي من حيث الإرادة، أما **المحور الثاني فبعنوان عدم ربط القضاء للخلع بالسبب الجدي** أدرس فيه (أولا) انعدام السبب الجدي في الخلع ثم (ثانيا) المساواة القضائية بين الخلع والطلاق الانفرادي من حيث انعدام السبب الجدي.

المحور الأول: تكييف القضاء للخلع بأنه حق إرادي للزوجة

وضعت المادة 54 من تقنين الأسرة الجزائري بعد التعديل حدا لرضا الزوج وكذلك فعلت المحكمة العليا في القرار السابق حيث ربطت الخلع بإرادة الزوجة عندما رفضت الطعن المقدم من الزوج (ب، ع) فذهبت إلى اعتباره حقا إراديا ، واعتدت بإرادة الزوجة وألغت إرادة الزوج وساوت بين الخلع والطلاق بإرادة الزوج المنفردة من حيث عنصر الإرادة وهذا ما سنتعرض له في هذا المحور.

أولا: الاعتداد القضائي بإرادة الزوجة وإلغاء إرادة الزوج في الحكم بالخلع

جاء في حيثيات القرار رقم 656259 ما يلي" حيث إنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة سببت حكمها بأن الخلع حق إرادي يقابل حق العصمة للطاعن ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن واستندت فيه إلى نص المادة 54 من قانون الأسرة، وبالتالي فإن الحكم المطعون فيه مسبب بما فيه كفاية ما دام أن قاضي المحكمة قام بإجراء محاولة الصلح وتوصل إلى أن المطعون ضدها تمسكت بالخلع"

من خلال ذلك فإن قضاة المحكمة العليا في هذا القرار رأوا أن الخلع جائز كحق للمرأة تستطيع من خلاله فك الرابطة الزوجية التي تجمعها بالزوج دون الاعتداد بإرادته في الموافقة أو الرفض، باعتبار أنه حق إرادي للزوجة يتوقف على رغبتها في مفارقة زوجها وإبداءها لهذه الرغبة أمام القضاء، وهذا ما قامت به المطعون ضدها التي رفعت دعوى قضائية طالبت فيها بمخالعة الزوج، والأساس القانوني الذي أسس عليه قضاة الدرجتين الابتدائية والعليا رأيهم هو نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري التي قضت بأنه" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...."[2] ،وهو الحكم الذي تبناه المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 ، أما عن الأساس الشرعي الذي جعلها تلغي إرادة الزوج فذلك يتطلب البحث عن مسألة الاعتداد بإرادة الزوج في الخلع من عدمه في الفقه الإسلامي، وبالبحث عن أصل لهذا الرأي والوقوف على التكييف الفقهي للخلع من الناحية الشرعية وكذا الفقهية تصفحت مجموعة من المراجع الفقهية القانونية وأخرى فقهية إسلامية.

حيث تبين أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا حول رضا الزوج بالمخالعة بين من لا يعتبر الخلع واقعا إلا إذا قبله الزوج وبين من يجيز عدم الأخذ بقبوله إذا لم يقبل وبالتالي إيقاع الخلع دون موافقته فحسب الرأي الأول إن كرهت الزوجة زوجها وطلبت من القاضي أن يفرق بينهما لم يكن لها ذلك وهو قول جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنفية وحنابلة ووافقهم الظاهرية فالخلع عندهم جائز بتراضي الزوجين ولا يتم إلا إذا اتفق الزوجان عليه لأنه معاوضة ولا يحتاج إلى الحاكم كالبيع والنكاح ولأنه عقد بالتراضي فأشبه الإقالة التي تتم بالتراضي ، فيتطلب الخلع عند كل من المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية و الظاهرية أن يتفق الزوجان ،لأنه عقد على الطلاق بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض من الزوجة بدون القبول في مجلس الإيجاب أو مجلس العلم به في الغيبة ولا ينعقد بإرادة المرأة وحدها من غير قبول الزوج[3]، فالزوجة تخالع نفسها من زوجها إن أرادت لكن يتوقف ذلك على قبول الزوج ولا يتم إلا بموافقته لأنه عقد يتم بالتراضي، أما بالنسبة للرأي الثاني إن كرهت المرأة زوجها فلها أن تطلب من القاضي أن يخالعها من زوجها ولا تخالع نفسها بل القاضي هو من يتولى ذلك لأن الخلع لا يتم إلا أمام القاضي ومنه سواء رضي الزوج به أو لم يرضى وهذا القول قد نقله ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد عن الحسن البصري وابن سيرين وهو قول شاذ لم يقل به الجمهور فقال" والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة نفسها وشذ الحسن وابن سيرين وقالت لا يجوز إلا عند السلطان".[4]

واستدل أصحاب هذا القول بأن النبي صلى الله عليه وسلم في قصة امرأة زيد بن ثابت قضى بالمخالعة ونفذها دون موافقة ثابت ولما وصل الأمر إلى ثابت أعلن قبوله لما قضى به النبي صلى الله عليه و سلم وهذه الرواية صريحة في عدم وقوع الإيجاب بين الزوجين وأن امر النبي صلى الله عليه و سلم في هذه الواقعة للوجوب[5]

وسئل الشيخ العثيمين عن الحالة التي لا يجيب فيها الزوج طلب الزوجة بالمخالعة فقال" اختلف العلماء رحمهم الله في هذه المسألة فأكثرهم يقول لا يلزم الزوج ولا يجبر وبيده الأمر، والرأي الراجح أنه يلزم إذا قالت الزوجة أنا لا مانع عندي في أن أعطيه مهره وإن شاء أعطيته أكثر لأن بقاءها معه على هذه الحال شقاء له ولها و النبي صلى الله عليه و سلم عندما طلب من ثابت أخذ الحديقة وتطليقها يدل عليه والأصل في الأمر الوجوب وقول الجمهور أنه للإرشاد فيه نظرة".[6]

ومن خلال ما سبق بيانه فإن الفقه الإسلامي قد كان موقفه متأرجحا بين من يعتبر الخلع عقد رضائي يعتد فيه برضا الزوج الذي يعتبر عنصرا جوهريا فيه وبالتالي مركز أساسي لهذا الرضا في إيقاع الخلع وبين من لا يضفي عليه هذه الجوهرية ويوقفه على إرادة الزوجة في طلبه، والملاحظ في ذلك أن القانون بعد التعديل اعتمد رأيا فقهيا واردا في الآراء الفقهية ولو كان مخالفا لرأي فقهاء المذاهب الأربعة والمحكمة العليا سارت على هذا المنوال فأيدت حكم قضاة الموضوع الذين أسسوا حكمهم على رأي موجود فقها تطبيقا للنص القانوني الذي أخذ بهذا الرأي.

فإرادة الزوج في قانون الأسرة الجزائري قد ألغيت صراحة من طرف المشرع ولو أخذ القاضي بغير ذلك لعرض حكمه للنقض مخالفة للنصوص القانونية، فينتج عن ذلك أن المحكمة العليا أصابت في الحكم للزوجة بالخلع دون أن تشترط رضا الزوج عليه ويكون قرار المحكمة العليا في هذا الشق موافق للنص القانوني المستمد من الرأي الفقهي.

ثانيا: المساواة القضائية بين الخلع والطلاق الانفرادي من حيث الإرادة

إن القول بأن الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج يجعلنا نفهم أن الخلع مثل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة الذي يجعل العصمة بيد الرجل ، خاصة وأن المحكمة العليا قد اعتبرته كذلك في القرار محل التعليق عندما لم تعتد بإرادة الزوج في الحكم بالخلع الأمر الذي جعلهما في مرتبة واحدة، لأن طلاق الزوج لزوجته بإرادته المنفردة لا يعتد فيه بإرادة الزوجة ولم يشترط الفقه ولا القانون توافق إرادة الزوج والزوجة عليه ، وعلى هذا الأساس أيدت المحكمة العليا ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية في الاستجابة لطلب الزوجة وبالتالي الحكم بالفرقة بينها وبين الزوج خلعا، مما يساوي بينهما في المرتبة من حيث هذا العنصر أي عنصر الإرادة المنفردة ، وهذا القول قد قال به الكثير من أساتذة القانون الذين لا يمكن حصرهم ، ومنهم على سبيل المثال الدكتور رشيد بن شويخ الذي يرى أن الخلع بالصورة الجديدة التي جاءت بها المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا.[7]

ومنهم أيضا الدكتور الغوثي بن ملحة الذي قابل حق الزوجة في الخلع بحق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة بقوله" وفي رأينا أن تطليق الزوجة عن طريق الخلع هو بيد الزوجة مثل ما أن حل الرابطة الزوجية هو بإرادة الزوج.[8]

وهذا الرأي تبنته الكثير من المراجع القانونية مستشهدين بما ذكره ابن رشد في نهاية المجتهد " أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"[9] ، فيقول الأستاذ شوقي بناسي" أنه يفهم من كلام ابن رشد أن الخلع تصرف انفرادي بيد الزوجة يقابل الطلاق باعتباره تصرفا انفراديا بيد الزوج"[10]

و خلافا لهذا الرأي ومن وجهة نظري فإن إعطاء الزوجة الحق في مخالعة الزوج طبقا لنص المادة 54 السابقة الذكر دون موافقته لا يعني أن الخلع يقابل حق العصمة للزوج إطلاقا لأن الفرق والتفاوت واضحين بينهما على الرغم من أن كلا منهما حق إرادي.

فمن غير المقبول أن يجعل نظامين مختلفين اختلافا ظاهرا في مرتبة واحدة وذلك لعدة اعتبارات يمكنني تعدادها وفقا لما يلي:

–إن دور الإرادة المنفردة في الخلع يختلف تماما عن دور الإرادة المنفردة في الطلاق الذي يملكه الزوج بلفظه، فالإرادة في الطلاق الذي بيد الزوج تنتج الأثر مباشرة وذلك بوقوع الطلاق بمجرد تلفظ الزوج به،" فالزوج يستطيع إيقاع الطلاق بمجرد تلفظه دون الحاجة إلى الرجوع إلى القضاء أما الزوجة فلا يمكنها خلع زوجها بمجرد التلفظ بل يجب عليها إرضاءه أولا أو المرور على الحكمين أو رفع الأمر إلى القضاء وكأن الخلع من هذه الزاوية يشبه التطليق لسبب غير ظاهر كالبغض لهذا سماه البعض بالخلع القضائي تمييزا له عن الخلع الاتفاقي" .[11]

–إن الطبيعة القانونية للحكم القاضي بالخلع تختلف تماما عن طبيعة الحكم القاضي بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة ، خاصة في الحالة التي لا يرفع فيها الزوج دعوى الطلاق مباشرة أمام القضاء بل يمارس حقه من خلال الاستعمال اللفظي لهذا الحق فيطلق زوجته لفظا، و قد يدخلنا هذا في دائرة النزاع القائم حول الطبيعة القانونية للحكم القاضي بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة بين من يرى أن الحكم منشئ للطلاق وهو رأي الكثير من الفقه القانوني ومن بينهم الدكتور الرشيد بن شويخ[12]وبين من يراه كاشفا له وهو رأي كل الأستاذ الدكتور طحطاح علال[13] و الأستاذ الدكتور لمطاعي نور الدين[14]، والمنطقي أن الحكم الصادر في الخلع هو حكم منشئ ، و الحكم الصادر في الطلاق بإرادة الزوج المنفردة هو حكم كاشف، وما يؤكد الاختلاف الظاهر بين الخلع والطلاق بإرادة الزوج من حيث طبيعة الحكم هو الحجة التي جاء بها الأستاذ الدكتور طحطاح علال وهو بصدد مناقشة الإشكالات التي تثيرها المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي مفادها "أن القواعد الإجرائية الواردة في قانون الإجراءات المدنية تقضي أن يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق فالقاضي في هذه الحالة لا دور له إلا في التأكد من وجود إرادة الزوج أي إثبات وجودها أما بشأن التطليق فيعاين القاضي ويتأكد من التأسيس ودوره إيجابي منشئ فالقاضي يكيف الوقائع ثم يفصل إما بالقبول أو الرفض فالعبرة في الطلاق بإرادة الزوج وليس بحكم القاضي لأن إرادة الزوج هي التي تنتج الأثر والقاضي ليس له دور سوى في التأكد من وجودها أي إثبات وجودها" 15 ، وهو الرأي المستصاغ في اعتقادنا والذي يتوافق ومبدأ العصمة الزوجية التي يملكها الزوج من جهة ومع الخلع القضائي الذي قال به بعض من الفقه والذي أخذ به القانون الجزائري ومع الرأي الذي تبنيناه بأن الخلع يختلف عن الطلاق بإرادة الزوج من حيث دور الإرادة وكذا طبيعة الحكم القضائي، فالخلع والتطليق لا يكون لهما أي أثر إلا إذا تقدمت الزوجة للقاضي من أجل ذلك ومن ثم لا يكون لهما أي وجود إلا ابتداء من تاريخ الحكم القاضي بالتطليق أو الخلع ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد[16]

إذن فالفرق واضح بين الخلع والطلاق بإرادة الزوج من حيث عنصر الإرادة وطبيعة الحكم القضائي ودر القاضي في كل منهما، فإن توقف كل منهما على هذه الإرادة إلا أن إرادة الزوجة في الخلع تقف عند إظهار الرغبة في مفارقة

الزوج وهذه مبادرة فقط دون إيقاع الفرقة التي لا تقع إلا بحكم القاضي، أما الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فالإرادة فيه تنتج الأثر مباشرة، فحتى عند الرأي الذي يقول أن القانون لم يعترف بالطلاق العرفي إلا أنه في هذا النوع من الطلاق الأثر إن لم يترتب قانونا يترتب من الناحية الشرعية على خلاف الخلع الذي لا يترتب من الناحية الشرعية إلى إذا وافق عليه الزوج عند من يقول أنه رضائي أو يحكم به القاضي عند من لا يعتبر بإرادة الزوج فيه وفقا للتفضيل السابق، يعني في الحالة التي لا يعتد فيها بإرادة الزوج يعتد فيها بإرادة القاضي.

وبناء على تم ذكره في هذه المحطة فإن الخلع يشبه الطلاق بإرادة الزوج المنفردة من حيث أن كلاهما ناتج عن إرادة منفردة وهذا تشابه وليس تساوي، فالتشابه قد يتأكد وجوده بمجرد وجود قاسم مشترك أو وجه شبه أو وجهين أو حتى مجموعة من الأوجه وهذا التشابه ليس مبررا لوضع نظامين كالخلع والطلاق في مرتبة واحدة، فالمحكمة العليا على الرغم من أنها أصابت في تأييد ما ذهب إليه قضاة الدرجة الأولى الذين قضوا بالفرقة خلعا دون الأخذ بموافقة الزوج إلا أنها حادت عن الصواب عند إقرارها لمبدأ التقابل بين الخلع و الطلاق دون الأخذ بعين الاعتبار خصوصية كل منهما .

المحور الثاني: عدم ربط القضاء للخلع بالسبب الجدي

أثار الزوج أمام المحكمة العليا مسألة انعدام السبب الجدي، وأن المحكمة الابتدائية حكمت للزوجة بالفرقة خلعا بالرغم من عدم وجود السبب الذي يقتضي ذلك وفي المقابل فإن المحكمة العليا لم تعتد بما أثاره الزوج وأيدت حكم الدرجة الأولى، وسنتعرض في هذا المحور إلى نقطتين هامتين هما انعدام السبب الجدي في الخلع (أولا) المساواة القضائية بين الخلع والطلاق الانفرادي من حيث انعدام السبب الجدي (ثانيا)

أولا: انعدام السبب الجدي في الخلع.

لم يختلف الفقهاء حول ثبوت الخلع كحق للزوجة تستطيع من خلاله فك الرابطة الزوجية بينها وبين الزوج فهو حق جائز شرعا وفقها وقانونا، وهذا الأمر هو ما سار عليه القضاء في القرار محل التعليق، لكن على الرغم من جوازه في كل هذا إلا أن مسألة اقترانه بالسبب الذي يقتضيه مسألة بالغة الأهمية تستدعي البحث، باعتبار أن المحكمة الابتدائية حكمت للزوجة في قضية الحال بالخلع دون سبب جدي و إثارة الزوج لهذه المسألة أمام المحكمة العليا التي أيدت ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية، و للوقوف على مدى صحة ما ذهبت إليه المحكمة بالحكم بالخلع دون البحث في سببه و تقييد الزوجة بإثبات وجود السبب، ودون مراقبة قضاة المحكمة العليا لوجود السبب أو جديته، فإن الأمر يتطلب الرجوع إلى الآراء الشرعية في هذه المسألة ، وبالعودة إلى الأحكام الشرعية الواردة في الفقه الإسلامي حول حكم الخلع فإن الخلع من الناحية الشرعية إذا كان بسبب فيختلف حكمه بحسب اختلاف السبب وصاحب السبب فيكون مباحا إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو دينه أو ضعفه ويجوز لها أن تخالعه بعوض ويباح للزوج أخذ العوض ، و يكون مكروها لسبب يعود إلى الزوجة كأن تميل إلى غير زوجها فتخالع زوجها لتلتحق بمن مالت إليه، وحراما إذا ضيق الزوج على زوجته وغصبها وضايقها بالضرب ونحوه كي تختلع منه وتعطيه مقابلا عن ذلك[17].

إذن من خلال معرفة الحكم التكليفي للخلع يتضح أن سببه مرتبط بحكمه، ففي الحالة التي يكون فيها الخلع مباحا فإنه مقرون بسبب مقبول شرعا، وفي الحالات التي يكون فيها مكروها أو حراما فإن سببه غير مقبول شرعا، وأما الخلع

بدون سبب وقد اصطلح عليه الفقه بالخلع حال الوفاق وفيه 3 أقوال[18] فيحرم ولا يقع ويرد العوض لأنه إضرار بالزوجة وهذا رأي للإمام أحمد، ويكون مكروها ويقع الخلع في المشهور للإمام أحمد، ويكون جائزا وهو قول جمهور الفقهاء من مالكية، شافعية، وحنفية.

فالخلع بدون مقتضى عند أغلب علماء الشريعة مكروه، إذ يجوز إذا كان هناك سبب مقبول شرعا يستوجبه كأن يكون الرجل معيبا في خلقه أو سيئا في خلقه أو لا يؤدي للزوجة حقها أو أن تخاف المرأة ألا تقيم حدود الله فيما يجب عليها من حسن الصحبة وجميل المعاشرة، فإن لم يكن هناك سبب يقتضيه فهو محظور أو مكروه.[19]

وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن طلب المرأة الطلاق بدون سبب فقال " أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة "[20]، ومن هنا فيكره للمرأة من الناحية الشرعية أن تطلب الخلع من غير سبب أو بسبب تافه لأن الشارع الحكيم شدد في الوعيد لمن تفعل ذلك، فالخلع والافتداء مقيد بمجموعة من الضوابط هي أن تكره المرأة زوجها لخلقه او دينه أو كبره أو ضعفه وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته وأما إن كان بدون سبب أو بسبب لكن دون أن تخاف من مضيعة حقوق زوجها فيجب أن تتراجع عن قرار الخلع لما في ذلك من وعيد وعقاب لها عند الله تعالى.[21]

إذن فعلماء الشريعة الاسلامية يربطون الخلع بالسبب المعنوي وهو الكره أو البغض بسبب الدين أو الخلق أو الخلق وهو أمر نفسي معنوي تستطيع الزوجة إن شعرت به ان تطلب مفارقة الزوج.

أما من الناحية القانونية فإن قانون الأسرة الجزائري لم يخض في أسباب الخلع بخلاف ما فعله في أسباب التطليق التي عددها في المادة 53 منه ، ولا يشترط القانون لا بالنص الصريح ولا الضمني وجود سبب جدي ولا يحظر الخلع لسبب تافه ،بل اكتفى المشرع بالنص على جواز الخلع دون موافقة الزوج من دون التفصيل في الأسباب لأن سبب الخلع كما ذكرنا سابقا سبب معنوي لا يتحكم الطرفان فيه ولا الشرع ولا القانون، وبالتالي فإن القضاء في قضايا الخلع لا يلزم الزوجة بإثبات السبب ولا يبحث القاضي في السبب الذي استندت إليه الزوجة في الخلع وإن بحث فلا يتقيد بوجوده أو غيابه للحكم بالفرقة خلعا، وبالتالي صحة ما ذهبت إليه المحكمة العليا في عدم إلزام قضاة المحكمة الابتدائية بالبحث عن الأسباب وعدم إلزامهم للزوجة بإثبات السبب الجدي لأن القانون الذي لا يقيدهم عند الحكم بالخلع بالبحث عن هذه الأسباب ولا يحاسب القضاء اذا قضى دون وجودها .

ثانيا: المساواة القضائية بين الخلع والطلاق الانفرادي من حيث انعدام السبب الجدي.

بالعودة إلى المادتين 49 و 54 من تقنين الأسرة الجزائري فإنه هاتين المادتين لم تقيدا الطلاق الانفرادي للزوج والخلع الذي تستعمله الزوجة بسبب بخلاف ما يلاحظ على المادة 53 التي تناولت التطليق وعددت فيه الأسباب التي يجوز للزوجة فيها طلبه وهي عشرة أسباب، ومن خلال إجراء مقارنة بسيطة بين الخلع والطلاق بإرادة الزوج المنفردة واستخراج أوجه التشابه بينهما للوقوف على صحة ما ذهبت إليه المحكمة العليا عندما ساوت بينهما من حيث السبب وبالتالي اعتمادها للمبدأ الذي اعتبرت من خلاله الخلع مقابلا لما بيد الرجل، فإن الخلع والطلاق الذي هو بيد الزوج يشتركان من حيث السبب في أمرين:

الأول: وهو أن كلا من الخلع والطلاق بالإرادة المنفردة للزوج غير مقيدان بسبب من الناحية القانونية فالقانون لم يشترط وجود سبب يقتضي الفرقة في كلا نوعي الفرقة أما من الناحية الشرعية فمقرونان بسبب وهو الكراهية المتأتية من سوء خلق بفتح الخاء أو الخوف من عدم إقامة حدود الله وفقا للتفصيل السابق ، فمتى كره الزوج زوجته استعمل حقه في أن يطلقها دون شرط أو قيد ومتى كرهت الزوجة زوجها كان لها أن تطالب بمخالعته.

الثاني: وهو الحرية في عدم إبداء سبب الرغبة في استعمال حق الفراق أو إبداؤه، فالزوج غير مقيد بإبداء السبب الذي جعله يطلق زوجته والزوجة كذلك، فلا الشرع ولا الفقه ولا القانون ألزمهما بإثبات السبب والتصريح به.

وقد جاء في بداية المجتهد لابن رشد " أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل)22 ، فإن كانت الكراهية من جهة الرجل فبيده الطلاق وهو حق من حقوقه وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله، وإن كانت الكراهية من طرف الزوجة فإن الإسلام قد أباح لها أن تطلب حل الرابطة الزوجية بطريق الخلع وفقا للضوابط المحددة شرعا بأن تعطي الزوج ما كانت قد أخذت منه باسم الزوجية لينهي علاقته بها.[23]

وهذا القول وقد ذكرت ذلك سابقا قد استشهد به بعض من الفقه القانوني لتأكيد التشابه المطلق بين الخلع والطلاق من حيث الإرادة والسبب، ولكن في اعتقادي فإن القول الذي جاء به ابن رشد إنما يجعل الخلع والطلاق الانفرادي الذي يملكه الزوج يتشابهان من حيث السبب وليس في أمر آخر، فكما يمارس الرجل حقه في الطلاق إذا فرك الزوجة أي كرهها فلها هي أيضا أن تطالب بمخالعته إن فركته، والفرك بكسر الفاء أو فتحها يعني "البغض والكره"، فيقال امرأة فارك وجمعها فوارك وهي من تبغض زوجها ويقال رجل فرك زوجته أي أبغضها [24]

إذن نعم، الفقه قد ساوى الطلاق الذي يملكه الزوج بالخلع المرخص به للزوجة من حيث السبب و هو الكراهية وللزوجة أن تبدي هذا السبب كما يمكن لها ألا تبديه وهو نفس الأمر بالنسبة للزوج، فالأمر المشترك بينهما هو طبيعة السبب من حيث أنه معنوي، من حيث عدم إبدائه، ومن حيث عدم البحث عن وجوده أو جديته وتفاهته خاصة قانونا، ومن هذا الجانب فإن المحكمة عندما لم تبحث في السبب طبقت القانون الذي لا يلزمها بمراقبته

خاتمة:

من خلال دراسة استقرائية للقرار رقم 656259 الصادر بتاريخ 2011/09/15، ومن خلال البحث في الآراء الفقهية والقانونية في كل ما سارت عليه المحكمة العليا اتضح جليا التفاوت والتباين بين الخلع والطلاق الانفرادي لاسيما من ناحية الإرادة وخرجنا بالنتائج التالية

–الخلع دون موافقة الزوج جائز في القانون الجزائري باعتراف من المشرع في المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، وبهذا يكون القانون قد أخذ بالرأي المعترف بالخلع غير الرضائي القضائي وهو رأي سعيد بن جبير والحسن البصري وابن سيرين زما ما أفتى به الشيخ العثيمين وقد خالف فيه القانون المذاهب الفقهية الأربعة التي تأخذ بالخلع الرضائي دون الخلع غير الرضائي وبالتالي صحة ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار 656259 عند عدم الاعتداد بإرادة الزوج في الحكم بالخلع في هذا الشق فقط.

–التقدير القضائي الخاطئ لدور الإرادة في الخلع ومساواته بدور الإرادة في الطلاق الانفرادي الذي يملكه الزوج بالرغم من وجود التفاوت الظاهر بينهما من حيث هذا العنصر.

–ينفرد الطلاق الانفرادي الذي يملكه الزوج بخاصية الأثر المباشر للفرقة، إذ ترتب الإرادة المنفردة للزوج أثرها في إيقاع الفرقة بين الزوجين بمجرد التلفظ به وهذا ما يفتقده الخلع الذي هو وسيلة تستعملها الزوجة للمطالبة بفك الرابطة الزوجية أمام القضاء.

–أحقية الزوجة بالمطالبة بالخلع خاصة عند وجود السبب ولو كان معنويا لأن الخلع يؤخذ فيه بالسبب المعنوي وهذا الحكم ليس على إطلاقه فتبقى الزوجة مقيدة بالحكم القضائي الذي ينشئ الطلاق بخلاف الطلاق الانفرادي الذي يملك فيه الزوج إنشاء الطلاق بالتلفظ فقط.

–يشترك الخلع والطلاق الانفرادي في وجود الإرادة من حيث أن كلا منهما ناتج عن إرادة منفردة، ويختلفان في دور الإرادة، ويشتركان أيضا من حيث السبب في جوانب ثلاثة وهي الوجود والعدم، حرية التصريح به، وعدم توقف إيقاعهما على جدية السبب أو تفاهته، فسبب كل منهما هو الكراهية وهي أمر معنوي، ولا يشترط القانون في كلا نوعي الفرقة أن يكون السبب جديا أو تافها أو موجودا، كما لا يقيد القانون المستعمل للحق سواء كان زوجا أو زوجة بإثبات السبب وإبدائه للقاضي في الطلب.

–عدم صحة المبدأ الذي تبنته المحكمة العليا في أن الخلع حق إرادي يقابل حق العصمة للزوج فإن اشترك هاذين النظامين في قاسم أو قاسمين أو تشابها في وجه ما، فإن ذلك لا ينفي الاختلاف الموجود بينهما ولا يبرر المساواة المطلقة بينهما، فالخلع نظام مستقل عن الطلاق، والطلاق نظام منفرد عن كل الأنظمة من حيث الطبيعة والأحكام والآثار، كما أن العصمة التي يملكها الزوج لها خصوصيتها وهي مصطلح واسع يتجسد في حقه في الطلاق بإرادته المنفردة دون التوقف على أي أمر آخر يكملها ولا شيء يقابلها أو يساويها في المرتبة، و وتتجسد أيضا في الحق في تفويض حقه هذا إلى زوجته وهو الأمر المنعدم في الخلع فلا تستطيع الزوجة أن تفوض حقها في الخلع للزوج.

–إن تطبيق المبدأ الذي جاءت به المحكمة العليا على إطلاقه دون الاعتبار بخصوصية كل نظام على حدى يؤدي إلى ضرب مبدأ العصمة الزوجية عرض الحائط مما يؤدي إلى تعد غير مغتفر على أحكام الشريعة الإسلامية وبالأخص الأحكام الشرعية التي جاء بها الشارع الحكيم في نصوص القرآن الكريم وأحاديث السنة النبوية القطعية التي لا تقبل أي مخالفة أو تضارب مفتعل في مضامينها.

وبناء على هذه النتائج خرجت بالتوصيات الآتية:

–نقترح ضرورة تعديل نص المادة 54 وهي المادة الوحيدة المتعلقة بالخلع وذلك للحفاظ على كيان الأسرة خاصة أمام الفهم الخاطئ والتقدير السيء لمفهوم الخلع من طرف القضاة والباحثين ، فالاستمرار بتطبيق هذه المادة على الوجه الذي جاء في القرار اعتراف صريح بهدم الأسرة الجزائرية، وذلك من خلال النص صراحة على دور القاضي في عملية الخلع وعدم حصر دوره في عملية تحديد قيمة بدل الخلع فقط ليتضح الأمر للعامة ويصحح الفهم بالنسبة للقضاة والباحثين.

– ضرورة العلم بالأحكام الشرعية من طرف القاضي ولا نقصد الإحاطة بها فالأحكام الشرعية واسعة بقدر اتساع مجالها ومصدرها وإنما القدرة على البحث في الآراء الفقهية وإصدار الأحكام والقرارات المتماشية مع هذه الأحكام وليس مخالفتها سواء في المبادئ أو مضامين الأحكام والقرارات.

–باعتبار أن المبادئ القضائية التي يتبناها القضاة في القرارات والاجتهادات القضائية تشكل واجهة هذه القرارات فعلى القضاة أن يختاروا من هذه المبادئ ما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وما يتناسب مع مضامين هذه القرارات والاجتهادات.

–العمل على الاجتهاد وبذل الوسع في تطبيق النص بما يقصده إذا كان واضحا قبل الاجتهاد في مضمونه إذ يتعارض الاجتهاد مع وجود النص ووضوحه تطبيقا لمبدأ لا اجتهاد مع وجود النص.

– وفي الأخير مطالبة الزوجات بالتريث والتفكير المسبق في عقاب الله عز وجل لمن تطلب الطلاق دون حاجة له فإن لم يعاقب القانون ولا الشرع على مخالعة الزوجات لأزواجهن في الدنيا إلا أن العقاب الشرعي مؤجل للآخرة لما في ذلك من ظلم للأزواج وهدم للأسر خاصة عند عدم وجود سبب أو استعمال الحق في المخالعة دون الصبر على الزوج.

المصادر والمراجع

/القوانين:

–القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984المتضمن قانو ن الأسرة الجزائري ، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2005.

2/ الكتب:

– الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق، عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى، 2002، ج3، ص318.

–الإمام حافظ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني ، سنن أبي داوود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مجمد كامل قروبلي، محسن الشياب، الجزء الثالث، دار الرسالة العالمية، 2009.

–الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2008.

–الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، الطبعة ، 2008.

–محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق، الجزء الثالث، الطبعة الأولى ، مكتبة ابن تيمية، القاهرة،1415 هجري.

–وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع ،الطبعة الثانية ،دار الفكر، سوريا ،دمشق، ، 1985.

– وهبة الزحيلي ، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، بيرو ، لبنان، دار الفكر ، دمشق، سوريا، ط4، 2008.

–صالح بن علي بن أحمد الشمراني، الأقوال الشاذة في بداية المجتهد جمعا ودراسة، ط1،دار المنهاج ، الرياض، 1428 هجري.

–السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1977.

المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، دون سنة نشر.

3/ الرسائل الجامعية:

–لمطاعي نور الدين ، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006،.

4/ المقالات في المجلات:

–شوقي بناسي، الإشكالات العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 01، مارس 2019.

– عبد الإله راضي، موافقة الزوج على الخلع، مجلة الشهاب، المجلد السابع، العدد الثاني، 2021.

–طحطاح علال، دراسة نقدية تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، العدد الثامن، 2017.

–محمد أحمد مستريحي، الخلع الرضائي وأحكامه، مجلة دراسات في التعليم العالي، العدد 05، يوليو 2013.

الهوامش:

[1] جاء في مبدأ القرار رقم 656259 أن " الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 656259 المؤرخ في 2011/09/15 ، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2012، ص318، 320.

[2] المادة 54 من القانون رقم 11/8 المؤرخ في 09 يونيو 1984المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2005.

[3] وهبة الزحيلي ، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر المعاصر، بيرو ، لبنان، دار الفكر ، دمشق، سوريا، ط4، 2008، ص327، 328.

[4] صالح بن علي بن أحمد الشمراني، الأقوال الشاذة في بداية المجتهد جمعا ودراسة، ط1،دار المنهاج ، الرياض، 1428 هجري،ص539.

[5] محمد نجيب عوضين المغربي، الخلع دور القاضي في إيقاعه وسلطته في تكييف دعواه، دار النهوض العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص126.

[6] محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع ،المجلد 12، ط1، دار ابن الجوزي، صفر،المملكة العربية السعودية، 1427هجري، ص454

[7] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية ، القبة االقديمة ، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008 ص208.

[8] الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية ، 2008، ص 112.

[9] محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق،مكتبة ابن تيمية، القاهرة،الطبعة الأولى1415 هجري، الجزء الثالث ، ص133.

[10] شوقي بناسي، الإشكالات العملية للخلع في الفقه الإسلامي والمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 01، مارس 2019، ص12.

[11] عبد الإله راضي، موافقة الزوج على الخلع، مجلة الشهاب، المجلد السابع، العدد الثاني، 2021، ص 200-201.

[12] طحطاح علال ، دراسة نقدية تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، العدد الثامن، 2017، ص272.لرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص180.

[14] لمطاعي نور الدين ، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006، ص72.

15 طحطاح علال، مرجع سابق، ص 284.

[16] لمطاعي نور الدين، مرجع سابق، ص73.

[17] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا ،دمشق، الطبعة الثانية ، 1985، ج 7، ص: 484.

[18] محمد أحمد مستريحي، الخلع الرضائي وأحكامه، مجلة دراسات في التعليم العالي، العدد 05، يوليو 2013، ص220، 223.

[19] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1977،ص 299.

[20] الإمام حافظ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني ، سنن أبي داوود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مجمد كامل قروبللي، محسن الشياب، الجزء الثالث، دار الرسالة العالمية، 2009، ص543.

[21] المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة ، دون سنة نشر، ص268.

22محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص133.

[23] السيد سابق ، مرجع سابق، ص 294.

[24] الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق، عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى، 2002، ج3، ص318.