الخلع بين النص القانوني والإجتهاد القضائي

Divorce between the legal text and the jurisprudence

الحمصي فريدة

جامعة يوسف بن خدة 1 –

كلية الحقوق- (الجزائر)

Al.homsi.farida@outlook.fr

ملخص:

تعالج هذه الورقة البحثية موضوع الخلع، الذي أباحه الدين الإسلامي، وأقره المشرع في قانون الأسرة، لكن هذا الحق الذي خوله الشرع للمرأة استعمل بطرق عشوائية خاصة في غياب نص قانوني يضبطه، إذ أصبح يستعمل في غير ما شرع من أجله ما جعله يصبح ظاهرة استفحلت المجتمع الجزائري.

كلمات مفتاحية: الخلع، بدل الخلع، الاجتهلد القضائي.

Abstract:

This research paper deals with the topic of khula, which is permitted by the Islamic religion, and approved by the legislator in the family law, but this right that the law granted to women was used in random ways, especially in the absence of a legal text controlling it, as it is used in a manner other than that was prescribed for it, what made him become a phenomenon that worsened Algerian society.

Keywords:

Khula, allowance for khula, jurisprudence

المقدمة:

يعتبر الخلع الحق المخوّل للزوجة في فك الرابطة الزوجية، وقد منحها هذا الحق الشرع وسار مساره قانون الأسرة لسنة 1984، ليجرى تعديل على هذا الحق بموجب الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة؛ هذا التعديل كان نتاج تضارب الإجتهادات القضائية حول مسألة الرضائية في الخلع، بحيث أضاف عبارة "دون موافقة الزوج" ليحوّل بذلك الخلع من رخصة للمرأة لإزالة ملك النكاح؛ إلى حق أصيل لا يتوقف على توقيع إرادة الزوج.

ليجد المشرع إستنكارا للمبدأ الذي أقره من قبل رجال الدين؛ لحياده عن مبدأ الخلع في الشريعة الإسلامية من جهة؛ ومن جهة أخرى اعتبره البعض بمثابة تكريس لحق المساواة بين الرجل والمرأة في فك الرابطة الزوجية، إذ أن الخلع بهذا المبدأ يعتبر الصورة المقابلة لتوقيع الزوج الطلاق بالإرادة المنفردة.

وأمام هذا وذاك؛ وباعتبار السلطة القضائية السلطة المخولة بالإجتهاد القضائي في حالة صعوبة تطبيق مادة أو تعدد المفاهيم حولها أو وجود تصوّر فيها يثور الإشكال التالي: هل التعديل الأخير للمادة 54 من قانون الأسرة كان تكريسا لما استقر عليه الإجتهاد القضائي أم أنه جاء من باب تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة؟

وفي هذه الحالة ماهو الدور الذي يلعبة القضاء من خلال الإجتهاد القضائي للإستقرار بين المبادئ التي أقرها القانون وعدم الحياد عن مبادئ الشريعة الإسلامية؟

من خلال هذه الورقة البحثية سنحاول الإجابة عن التساؤلات السابقة من خلال ابراز وتكييف الخلع في المذاهب الفقهية في المحور الأول، وما الدور الذي لعبه القضاء في تطبيق نص المادة 54 من قانون الأسرة قبل وبعد التعديل في المحور الثاني.

المحور الأول: الخلع فقها

أولا: تعريفه ومشروعيته

الخلع في اللغة هو الإزالة؛ خلع الرجل ثوبه بفتح الخاء أي أزاله عن جسده وسمي فرقة الزوجة عن زوجها بإرادتها خلعا لأن الله سبحانه وتعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن، فإذا افتدت المرأة نفسها بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها بذلك يكون قد خلع كلّ واحد منهما لباس صاحبه[1].

أما تعريف الخلع اصطلاحا فتباين من مذهب لآخر حسب نظرة وتصور كلّ للخلع؛ لكن في الأخير تبقى تعريفات الفقهاء تدور حول معنى مشترك وهو لابدّ لتحقيق الخلع من تراضي الزوجين وعوض تدفعه الزوجة لزوجها[2].

والأصل في الخلع أنه مباح شرعا؛ والأصل في إباحته ومشروعيته ما جاء في الآية الكريمة: **"الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُون**[3] وجاء في معنى الآية أنه لا يحل للرجل أن يأخذ من الزوجة صداقها لكونه نحلة عن نية، "إلاّ أن يخافا ألاّ يقيما حدود الله" وفي تأويل ذلك أن يظن كل واحد منهما بنفسه ألا يقيم حق النكاح لصاحبه حسبما يجب عليه فيه لكراهية يعتقدها، فلا حرج على المرأة أن تفتدي ولا على الزوج أن يأخذ[4].

ومن السنة جاء حديث خالد عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة 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 صلى الله عليه وسلم أفتردين عليه حديقته، قالت نعم فقال رسول الله اقبل الحديقة وطلقها تطليقة[5].

ويبنى الخلع على جملة من الشروط من أهمها مايلي:

-طرفا الخلع: وهما الزوج والزوجة،واشترط فيهما بالإضافة إلى الأهلية لزوم أن تكون الزوجية بينهما قائمة أثناء الخلع، وعليه تثور إشكالية حول إمكانية مخالعة الزوجة لزوجها أثناء فترة العدة؛ وفيه للزوجة مخالعة زوجها في الطلاق الرجعي ذلك لأن ملكية النكاح قائمة في فترة العدة والعلاقة الزوجية ماتزال

محتملة، أما إذا كان الطلاق بائنا فلا يصح الخلع؛ وذلك لأن ملك النكاح قد زال بإبانتها[6]

- **بدل الخلع**: لابد في بدل الخلع أن يكون مالا مشروعا ذو قيمة؛ ويصح أن يكون عرض تجارة أو مهرا أو نفقة عدة أو أجرة رضاع أو حضانة، وقد اختلف الفقهاء بين إلزامية العوض في الخلع إذ ذهب المالكية إلى جواز الخلع بعوض أو بدون عوض في حين اشترط الشافعية والحنابلة بدل الخلع لصحته[7]؛ هذا واتفق الفقهاء على أنه لابد لقيمة الخلع أن تكون مقدار المهر ولا تتعداه إلا أن ابن العربي في كتابه أحكام القرآن استدل بالحديث في قصة ثابت ابن قيس على جواز الخلع بجميع ما أعطاها، وعموم القرآن يدل على جوازه بأكثر من ذلك لقوله تعالى: **فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**، فكل ما كان فداء فجائز على الإطلاق[8].

صيغة الخلع: وجاء في الفقه أنه لابد في الخلع من صيغة، كأن تقول إخلعني على كذا؛ فيقول لها خلعتك على ذلك، فالإيجاب والقبول بالقول لابد منه ولا يجوز الخلع بالمعاطاة كأن تعطيه مالا وتخرج من داره بدون أي قول وهذا إتفاق الجمهور عدى المالكية الذين أخذو بالخلع بالفعل على أن يكون هذا الفعل في عرفهم يدل على الخلع في لك مثال أن تخلع الزوجة إسورتها وتعطيها زوجها وتخرج من منزله دون أن يمنعها.

كما يشترط في الصيغة أن يكون الإيجاب والقبول في نفس المجلس.فإذا قال لها خالعتك وقام من المجلس قبل قبولها فإنه لا يصح وكذا إذا قامت هي ولم تقبل.

ثانيا: تكييف الخلع فقها

الخلع شرعا هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض، وقد يكون هذا العوض من الزوج فيسمى يمين؛ بحيث يعلّق الزوج الطلاق على قبول الزوجة دفع مبلغ معين من المال يحدّده هو، كما يمكن أن يكون معاوضة من الزوجة بحيث تعطي زوجها مالا نظير طلاقها، وعلّق البعض على مصطح المعاوضة أنه لا يمكن اعتبارها معاوضة خالصة ذلك لأن المعاوضة لا تكون إلاّ في نظير مال أو ما في ما معناه فالمرأة بدل المال هو افتداء نفسها[9].

كما انقسمت الآراء حول تكييف الخلع بين اعتباره فسخ أم طلاق؛

إذ رأى كل من الإمام الشافعي والإمام أحمد ابن حنبل أن الخلع فسخ وذلك استدلالا بالآية **"الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُون"**[10]

إذ ذكر الطلاق مرتين ثم ذكر بعده الإفتداء ثم ذكر الطلقة الثالثة، فلو كان الخلع طلاقا لكان عدد الطلقات حسي ما ورد في الآية أربعا وهذا غير صحيح[11].

كما استدلوا في ذلك من السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه أمر زوجة ثابت ابن قيس أن تعتد بحيضة واحدة بعد أن خلعت زوجها ولو كان الخلع طلاق لأمرها أن تعتد بثلاث حيضات لقوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"[12].

وقد حاجهم في ذلك كل من الحنفية والمالكية على أن الخلع طلاق وليس بفسخ ذلك أن الآية **{فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُون**[13] تدل أن الخلع طلاق لأنه لو عدّ فسخا لما عدّ طلقة، ذلك أن الله تعالى ذكر الطلاق مرتين وذكر الخلع بعده وذكر الثالث بقوله تعالى **"فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"** ولو كان كل مذكور في معرض هذه الآية لا يعد طلاقا لوقوع الزيادة على الثلاث لما كان قوله تعالى: **أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** طلاقا؛ لأنه يزيد به عن الثلاث لأن الله قال في الآية الكريمة: **الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ.**

فإن وقع شيء من هذا الطلاق بعوض كان ذلك راجعا إلى الأولى والثانية دون الثالثة التي هي "تسريح بإحسان" حسبما

تقدم، فلا جناح عليه فيه، فإن طلقها ثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره إن كان بفدية أم بغير فدية[14].

كما استدلوا من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بعدما قبلت رد الحديقة التي أهداها إياها مقابل تطليقها إذ قال له الرسول خذ الحديقة وطلقها تطليقة، فهذا دلّ على أن الخلع طلاق.

المحورالثاني: الخلع بين القانون والقضاء

جاء الخلع في نص المادة 54 من قانون الأسرة[15] "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"

تعتبر المادة الوحيدة التي تحدث المشرع من خلالها عن الخلع؛ ويتضح أن المشرع أجاز للزوجة إنهاء الرابطة الزوجية دون الإعتداد بإرادة الزوج؛ وجعل إرادة الزوج مقتصرة على بدل الخلع؛ ولم يجعل إرادته في ذلك مطلقة بل أعطى للقاضي الحق في تحديد بدل الخلع في حالة عدم الإتفاق عليه؛ من هنا يفهم أن المشرع جعل الخلع مقابل للطلاق بالإرادة المنفردة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1996/07/30 "...حيث أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحاء للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء، وليس عقدا رضائيا كما يزعم الطاعن في عريضة طعنه وأن قاضي الحكم المطعون فيه عندما استجاب لطلب الزوجة المطعون ضدها في الطلاق خلعا وقضى لها به إنما طبق في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية وما تنص عليه المادة 54 من قانون الأسرة "[16]

وعليه ومن خلال ما تقدّم يلاحظ أن المشرع إثر تعديله للمادة 54 من قانون الأسرة بالأمر 05-02 أراد أن يوضح مسألة الرضائية في الخلع إذ أخذ بالإجتهادات القضائية التي إعتبرت حق الزوج يتمثل في الرضا عن التعويض دون الخلع بعدما كان هناك تضارب حول هذه المسألة وفقا لنص المادة القديم[17].

والمشرع من خلال قانون الأسرة كيف الخلع على أنه طلاق؛ ذلك لإدراج الخلع في المادة 48 من قانون الأسرة التي بين من خلالها طرق انحلال الرابطة الزوجية جاء نصها "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين53 و 54من هذا القانون"، كما أن نص المادة 54 المتعلقة بالخلع جاء تحت الفصل الأول المعنون بالطلاق، وجعل الفسخ في الحالات التي يكون فيها العقد مشوبا بعيب وغالبا يكون في النكاح الفاسد والباطل لاشتمال الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وعليه لا يمكن للخلع أن يكون فسخ في مفهوم القانون الجزائري إذ أن الفسخ يرد على العقد الذي يشوبه عيب في حين أن الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة[18].

الخاتمة:

في نهاية هذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية:

- جاء نص المادة 54 من قانون الأسرة قاصرة إذ نظمت الخلع من جانب تراضي الزوجين وبدل الخلع؛ مهملة باقي أركان الخلع والأحكام المتعلقة به.
- عدم مراعات المشرع لرضا الزوج في الخلع بتعديل المادة 45 من قانون الأسرة فتح من خلاله باب تعسف الزوجة في استعمال هذا الحق نتج عنه زيادة في نسب الإنفصال بين الأزواج.
- اعتبار المشرع الجزائري الخلع طلاق لكن لم يوضح هل يكون طلاق بائن أم رجعي خاصة أن المسألة فيها اختلافات فقهية تأثر على الإجتهادات القضائية.

وعليه يمكن تسجيل التوصيات التالية:

- إعادة النظر في صياغة نص المادة 54 من قانون الأسرة وإخضاعها للمبادئ
- التي أقرتها الشريعة الإسلامية، من باب الحد من تفاقم ظاهرة الإنفصال.
- تخصيص المشرع فصل للخلع ذلك لأن أحكامه خاصة تختلف عن أحكام الطلاق.

التهميش

[1] ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ص1232.

[2] باديس دياب، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر ،2007، ص 60.

[3] الآية 229 من سورة البقرة.

[4] محمد ابن عبد الله، أحكام القرآن، مركز الشرق الأوسد الثقافي، بيروت، الطبعة الأولى، 2011، ج02، ص 28.

[5] أبوعبد الله محمد البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت ج06، 1993، رقم 4971، ص 2022.

[6] عبد الرحمان الجزيري، ، الفقه على المذاهب الأربعة، مركز الشرق الأوسط الثقافي، سوريا، ج09، ص116.

[7] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 135.

[8] محمد ابن عبد الله، المرجع السابق، ص 30.

[9] الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1950، ص 331.

[10] الآية 229 من سورة البقرة.

[11] أبو بكر عبد الله، المرجع السابق، ص 3029.

[12] الآية 228 من سورة البقرة.

[13] الأية 230 من سورة البقرة.

[14] أبو بكر عبد الله، المرجع السابق، ص 29-30.

[15] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9يونيو1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير سنة 2005.

[16] المجلة القضائية، 1998، العدد1، رقم القرار 141262، ص120.

[17] حررت في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 09يونيو 1984 كمايلي: يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت لحكم.

[18] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دراسة مدعمة بالإجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 68-69.