رضا الزوج
في الخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري.

د. داودي كريم
جامعة كلية الحقوق. سيدي بلعباس

مقدمة:

المودة والرحمة والتعاون دعائم العلاقة الزوجية وأصلها التي تستند إليه ،وحارسها الذي يحميها مما يعترضها في غمرة الحياة وصخبها، وديمومة الزواج هي مقصد الإسلام وغايته التي أولاها عنايته ، كما لم يغفل الإسلام عن وجود حالات من الخلاف بين الزوجين لا تجدي معها كل تلك العناية فكان لابد من تشريعات تضبط الفراق كما ضبطت الزواج من قبل، فشرع من القوانين والأحكام ما يعطي الزوج حق إنهاء هذه العلاقة إذا وجد هذه العلاقة لا تسير على النحو الذي يتوخاه الرجل في أهله من المودة والرحمة ،فكانت أحكام الطلاق تعبيرا عن حق الرجل في إنهاء العلاقة الزوجية بشكل يضمن لزوجة حقها بما أن الزوج اختار إنهاء تلك العلاقة ،وفي الوقت ذاته لم تغفل الشريعة حاجة المرأة لإنهاء العلاقة الزوجية إذا تبين لها عدم القدرة على مواصلة العشرة بينهما ،فكما أن لرجل حق الطلاق أعطى الإسلام حق الخلع للمرأة لتتخلص من زوجها الكارهة له ،وتخشى أن لاتقيم معه حدود الله معه التي أوجبها نحو زوجها ،فشرع الخلع لذلك .

طرح الإشكالية: ولقد أثارت تعديلات قانون الأسرة الجزائري سنة2005كثيرمن الجدل بين المعارضين والمؤيدين قبل التعديل وبعده بين نخب المجتمع الجزائري،ومن هذه المواد ا المادة54من فانون الأسرة الجزائري التي جعلت الخلع عند القاضي بطلب من الزوجة ، وعدم إعتبار رضا الزوج فيه

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

،فالأسئلة التي تطرح هل هذا الخلع موافق للكتاب والسنة؟ وما هي مرجعيته ؟ وما هي حجج المعارضين والمؤيدين؟ وهل الخلع بهذ الطريقة له إيجابيات على الأسرة الجزائرية؟وهل مشروعية الخلع كحالة شرعية خاصة يمكن أن يبنى عليها حكم؟وهل الطرق المعمول بها الآن في المحاكم الجزائرية في إيقاع هذا الخلع يحافظ على مقاصد الزواج ؟

المبحث الأول تعريف الخلع ومشروعيته.

المطلب الأول: تعريف الخلع: لغة خلع الشيء يخلعه خلعا و اختلعه : كنزعه إلا أن في الخلع مهلة ،وسوى بعضهم بين الخلع والنزع.وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا: جرده.والخلعة من الثياب: ما خلعته فطرحته على آخر.

وخلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه ، وسمي ذلك الفراق خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال ، والرجال لباسا لهن ، فقالَ: هُنَّ لِباسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِباسٌ لَهُنَّ؛وهي ضجِيعهُ وضَجيعتهُ فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها لذلك ، فقد بانت منه وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه ، والاسم من كل ذلك الخُلْعُ، والمصدر الخَلْع[1]

اصطلاحا عرفه المالكية وهو أن تبذل المرأة أو غيرها لرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عليه حقا لها عليه فتقع بذلك طلقة بائنة [2] ،وعرفه الحنفية وهو أن تفتدي المرأة نفسها بمال ليخلعها به فإذا فعلا لزمها المال ووقعت تطليقة [3]وعرفه الشافعية هو فرقة بعوض يأخذه الزوج [4] ،وعرفه الحنابلة هو فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة، [5]ومن خلال هذه التعريفات يمكن إعطاء التعريف الآتي للخلع هو حل العقدة الزوجية بالتراضي بين الزوجين سواء كان المقابل الممنوح من الزوجة أقل من المهر أو أكثر .

المطلب الثاني: دليل مشروعيته: من الكتاب: قوله تعالى: " وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ "[6]قال القرطبي في تفسيره: الآية خطاب للأزواج، نهوا أن يأخذوا من أزواجهم شيئاً على وجه المضارة، وهذا هو الخلع الذي لا يصح إلا بألا ينفرد الرجل بالضرر، وخص بالذكر ما آتى الأزواج نساءهم لأن العرف من الناس أن يطلب الرجل عند الشقاق والفساد ما خرج من يده لها صداقاً وجهازاً، فلذلك خص بالذكر..[7] و من السنة: حديث ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلاَ دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الكُفْرَ فِي الإِسْلاَمِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اقْبَلِ الحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»[8] وقال ابن تيمية: وأما الرواية هل هي جميلة بنت أُبي أو سهلة بنت سهيل أو أخرى، فهذا مما اختلفت فيه الرواية، فإما أن يكونا قصتين أو ثلاثاً، وإما أن أحد الراويين غلط في اسمها، وهذا لا يضر مع ثبوت القصة، فإن الحكم لا يتعلق باسم امرأته، وقصة خلعه لامرأته مما تواترت به النقول، وأجمع العلماء على مشروعية الخلع.[9]

المطلب الثالث حكمه الشرعي:كونه طلاقا فالأصل فيه الكراهة اتفاقا لقولهَ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – «أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ»[10] فإن المراد بالحلال في الحديث ما قابل الحرام ويقصر على المكروه فيحكم حينئذ بتعلق البغض به وبأن أبغضه الطلاق. [11]ولكن تعتريه الأحكام الأخرى ،فقد يكون مباحا في حالة التراضي وزوج يقوم بواجباته وهي كارهة له لسبب من الأسباب تخشى الزوجة أن تتعدى الحدود ،وقد يكون مكروها كما إذا خالعت زوجها من غير سبب مع استقامة الحال، وقد يكون حراما إذا منعها حقها ليدفعه لطلب الخلع ،وقد يكون مندوبا عند الحاجة إليه، كأن يحلف بالطلاق الثلاث على عدم فعل ما لابد من فعله ثم يفعل المحلوف عليه فيكون وسيلة للتخلص من وقوع الثلاث.[12]

المطلب الرابع الحكمة من مشروعيته نلخصها فيمايلي:هي رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص عندما يفوت الغرض من الزواج لانعدام

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

الانسجام في الحياة الزوجية . إعطاء فرصة للزوجة الكارهة لزوجها لحل العقدة الزوجية في حالة عجزها عن إثبات السبب لتطليقها فتنتقل إلى طلب الخلع لأن قضية المشاعر لا يمكن إثباتها قضائيا، و كذلك إيجاد التوازن في حالة التنافر ،فإذا الشرع أعطى لرجل الكاره لزوجته حق حل العقدة الزوجية عن طريق الطلاق فأعطى للزوجة الكارهة لزوجها حق طلب الفراق من زوجها مقابل عوض يقول ابن رشد (والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من اللطلاق فإنه لما جعل الطلاق في يد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل).[13]

المطلب الخامس موقف المشرع الجزائري من الخلع عرف المشرع الجزائري في المادة 54من قانون الأسرة:الخلع "يجوز لزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"[14]وهذا تعديل 27–02–2005بينما المادة السابقة كانت تنص" على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه "هذه المادة لم تبين حالة رفض الزوج لخلع زوجته ولكن إجتهاد المحكمة العليا بين أن الخلع لن يتم إلا بموافقة الزوج ،وأن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفة صريحة لأحكام الشريعة "وقد جاء في قرار المحكمة العليا سنة1969مبينا صراحة "من المقرر شرعا وقانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه،ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج"وسار هذا المبدأ بعد وضع قانون الأسرة سنة84فقد جاء في قرار المحكمة العليا لسنة88"من المقرر فقها وقضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي،وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج،ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لأحكام الفقه.لما كان من الثابت –في قضية الحال–أن المطعون طلبت التطليق ،ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت إستعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من زوجها،فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع. ومتى كان كذلك إستوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة"معنى ذلك هو أن تخالع المرأة زوجها و لو

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

كان رافضا لذلك مقابل مالي" فالمالكية تعريفهم كان أدق هو طلاق بعوض و لو من غير الزوجة و أن قبل البناء "[15]و قالوا أن هذا الطلاق بالتراضي [16]هذا ما كان عليه في ق.أ الجزائري في1984ثم تغير هذا التكييف من المحكمة العليا منذ سنة 1992معتبرة أن موافقة الزوج في المخالعة ليست أمر وجوبي ،بل يجوز لزوجة أن تخالع زوجها دون موافقة الزوج ولكن لم يشر إلى مستندته الفقهية و هذا ما كرسته المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21" [17]من المقرر قانونا أنه يجوز لزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ،فإن لم يتفقا علع شيء يحكم القاضي بما لايتجاوز 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 إتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الإلتفات 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 القانون ،ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"و في 1999/03/16جعلت الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ، وإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ، المادة 54 من قانون الأسرة لا تشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع ولا لمبلغ الذي يطلبه منعا للابتزاز و الاستغلال وأن القرار المنتقد برفض طلب الطاعنة الرامي للخلع على أساس أنها لم تعرض مبلغا معينا لايقوم على أي أساس والوجه غير مؤسس ويتعين معه نقض وإبطال القرار" [18]من خلال استقراء معظم قرارات المحكمة العليا التي جوزت مخالعة الزوجة لنفسها من زوجها دون موافقة الزوج نستشف مسوغات هذا التكييف وهي : فإن كان الخلع هو حق لزوج لأنه طلاق عند المشرع الجزائري فلا يجوز له أن يتعسف في استعمال هذا الحق بمنع المرأة من أن تفدي نفسها

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

لخروج من حياة لا تقيم فيها حدود الله –إن في خلع المرأة نفسها من زوجها دون موافقته فيه تكافئ الحقوق الذي يمنع الاستغلال المفضي إلى الغبن الذي هو عيب من عيوب الإرادة–احترام سلطان الإرادة وخاصة في العقود الغير الرضائية مثل الخلع–الخلع رخصة لمرأة تكره زوجها والله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه، ولعل أسباب هذا التناقض في تفسير المحكمة العليا للمادة54 من قانون الأسرة قبل تعديلها :–هو التسبيب العام والناقص لقراراتها من جهة مما يكشف عن عدم نضج اجتهادي يوحد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ، وهذا المطلوب منها دستوريا في المادة 152–وغموض نص المادة 54 التي جعلتها سهل لتأويل وهذا ما ذكر في أسباب التعديل في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة المعروض على البرلمان سنة 2004"يهدف هذا التعديل المدخل على المادة54 إلى توضيح أحكام الخلع،عن طريق تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال المستقر عليه منذ 97،وتأكيد حق المرأة في خلع نفسها من زوجها دون حاجة إلى قبول الزوج.[19]

ومن الدول العربية السباقة في تعديل قانون الخلع وجعله بيد القاضي ودون موافقة الزوج مصر حيث جاء في القانون رقم 1لسنة2000المنشور في الجريدة الرسمية العد 4مكرر الصادر في 22شوال سنة120هـ الموافق2901–2000م في المادة20مايلي:للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت بنفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاها لها حكمت المحكمة بتطليقها" [20]و كذلك محاولات سنه وجعله قانونا دستوريا في الأردن ،حيث كان ذلك في عام 2002و2004م ثم تم إلغاء ذلك بعد فترة وجيزة [21]ومن خلال المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري يمكن إعطاء تعريف خاص بالخلع القضائي فقد عرفه أحد الباحثين بأنه "قيام القاضي بإيقاع الطلاق البائن بعوض بطلب من الزوجة دون أن يتوقف على رضا الزوج وذلك في حالة امتناع الزوج من التطليق دون وجه حق" [22] وعرفته الباحثة منال المشني"هو

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

الطلاق البائن الذي تحصل عليه الزوجة بحكم القاضي عند إصرارها على دعواها دون إعتبار لرضا الزوج مقابل إعادة الزوجة المهر مع إعتباره فسخا لاطلاق"،[23]وهذا التعريف منتقد لما حواه من تناقض لأنه لايمكن إعتباره في أول التعريف أنه طلاق وفي آخره فسخ والتعريف الذي نرتضيه "هو أنه حل لرابطة الزوجية تحصل عليه الزوجة بحكم القاضي دون إعتبار لرضا الزوج مقابل إعادة الزوجة المهر لزوجها بإعتباره فسخ"للأسباب الآتية –لأن الإيجاب والقبول بين الزوجين أصبح ليس له إعتبار عند المشرع ،وهذا الأمر يكون عند الفسخ وليس الطلاق –أن الإعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فإن كان غير راجع لزوجين مثل تدخل القاضي في إيقاع الطلاق هوسبب خارجي.

المبحث الثاني حجج الرافضين والمؤيدين للخلع الجبري.

المطلب الأول :إيجابيات التعديل من أهم الأسباب التي جعلت بعض الباحثين وبعض الجمعيات النسوية تتبني هذا الرأي القاضي بخلع المرأة دون موافقة زوجها والدعوة إليه في البرلمان الجزائري والحكومة مايلي :

–فيه وضع حد لاختلال موقع المرأة وهشاشته بالنظر لموقعها في القانون المدني .

–تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة المكرس دستوريا في المادة 29"كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي وأي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي"ومن تم يجب إزالة هذا التناقض الموجود بين المادة 54 من قانون الأسرة والدستور الذي يجب أن تتوافق جميع القوانين معه.

–يعد الخلع دون رضا الزوج وسيلة تجنب المرأة نشر غسيل زوجيتها خصوصا فيما يتصل بالمحضور منها كعجز الزوج وانحرافه الجنسي ونحوهما حيث تتفادى الكثير من

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

النساء البوح بتفاصيل مثل هذه القضايا عن طريق دعاوي التطليق في ساحات القضاء لما فيذلك من حرج.

– هذا الخلع يحمل الأزواج على ضبط تصرفاتهم تجاه الأزواج.

– يقلل جرائم الاعتداء على الزوجات لأن الزوجات وجدن في الخلع مخرجا وحلا لمشكلاتهم حينما تصل العشرة بين الزوجين إلى حد اتقام الزوج منها. [24]

المطلب الثاني سلبيات التعديل وقد تمسك دعاة رفض هذا التعديل بعدة اعتبارات دينية وواقعية وخاصة بعد تطبيقه سواء في الجزائر أو بعض الدول العربية وأهمها –هذا الخلع يجعل المرأة تتسلط على زوجها بتهديده بالخلع.

– هذا الخلع يجعل العصمة بيد المرأة مع أن الزوج هو الذي عليه تبعات البيت أكثر من المرأة وهو أملك لنفسه وأملك لغضبه ويفتح الباب لأهواء النساء.

– المخلوع عريس مرفوض مجتمعيا لأنه فقد هيبته، ففي دراسة اجتماعية في مصر: بينت أغلب النساء يرفضن الزواج من رجل مخلوع مما يزيد في ظاهرة العنوسة[25]

– الخلع الجبري يؤدي إلى التفكك الأسري في المجتمع لاستقلال المرأة بإيقاعه وسهولة الإجراءات المتبعة أمام المحاكم عكس إجراءات التطليق المعقدة وتستهلك الأموال والأوقات الطويلة التي تجعل المرأة تعيش الأمرين ويتركها تعيش كالمعلقة ما هي مطلقة وما هي متزوجة ،ولتبيان ذلك فقد أشارت دراسة جامعية أن عدد الخلع في الجزائر كان في 2005سنة تطبيق هذا القانون 1170لينحوا كل سنة منحى تصاعديا ليصل سنة 2013–8663خلع وقع من طرف نساء معظمهن من العاملات بحسب إحصائيات لوزارة العدل[26]. –أنة ليس حلا لمشكلة وإنما هو بداية لمشاكل عديدة يكتوي بنيرانها الرجال والنساء والأولاد، وتطبيقاته لمدة عشر سنوات في الجزائر بينت هذه المشاكل

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

،مما جعل رئيس الجمهورية يأمر بتعديل قانون الأسرة، وخاصة ما تعلق بباب الطلاق ،فواقعة حديث فاطمة كانت حلا لمشكلة فزواجهما كان حديثا ،ولم يكن بينهما أولاد ،وواضح من سياق القصة أنها لم تره إلا في ليلة زفافها فلما رأته ذميم الوجه فكرهته فأرشدها إلى طريق الصحيح لتريح نفسها ويحقق كرامة الرجل ولكن هذا القانون لن يريح لا المرأة و لا الرجل ولا الأولاد.[27]

–القضاء على نعمة التعدد فالمرأة إذا رأت زوجها يريد التعدد هددته إما أن يظل معها ،أو يطلقها وفي كلا الحالتين الأمة خاسرة.

– هذا الخلع خطوة من الخطوات المتبقية للوصول بقانون الأسرة إلى قانون مدني يسلخ الأسرة الجزائرية من هويتها الإسلامية ،وبذلك يحقق أهداف المنظمات الدولية الغربية ،وهذا ما عجز عنه الاستعمار في حينه من ترك الأحوال الشخصية لتشريع الإسلامي.[28]

المطلب الثالث الأسباب الحقيقية لتعديل المادة54 من قانون الأسرة الخاصة بالخلع دون موافقة الزوج

المشرع الجزائري إعتمد على دواعي قانونية في تعديله لمادة 54لم يصرح بها في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة الذي عرض على البرلمان الجزائري سنة2004فماهي هذه الدواعي وخلفياتها في هذا الاتجاه؟

تبنى المشرع الجزائري نظرية وحدة القانون مع سمو القانون الدولي على القانون الداخلي وجعله في مرتبة أدنى من الدستور فالمادة 132تنص على ذلك"فالاتفاقية بعد المصادقة عليها من رئيس الجمهورية ،حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور،تسمو على القانون" ،[29]فالإتفاقية بعد المصادقة عليها تكون لها أولوية على القانون الداخلي لكنها تبقى خاضعة لدستور حيث الاتفاقية الدولية تغير القانون الداخلي من أجل موافقة هذه المعاهدة ،ولقد وقعت الجزائر على جميع الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان خاصة تلك المتعلقة بحقوق المرأة ولعل أكثر المعاهدات تأثيرا في قانون الأسرة اتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة ،المسماة اتفاقية

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

سيداو المكونة من 30مادة التي دعت إلى المساواة المطلقة في الحقوق بين المرأة والرجل في جميع الميادين والحرية الجنسية المطلقة فأباحت زواج المثليين وألغت مفهوم الزنا المتعارف لدى الأديان. أصبحت سارية سنة1981[30]وقدصدقت عليها الجزائر في 22–01–1996مع التحفظ على بعض المواد التي تخالف قانون الأسرة ، وتحت إصرار لجنة "سيداو "على رفع التحفظات جاءت تعديلات تمس مركز المرأة ومساواتها بالرجل وخاصة في مجال الأسرة ،ولوحظ هذا الاتجاه في تعديلات 2005وعلى رأسها حق المرأة في المخالعة دون موافقة الزوج ،وإعطاء المرأة الحق في عقد زواجها بنفسها المادة11 من قانون الأسرة الجزائري[31]،والمادة الخاصة من سيداو التي تعتبر مرجعية في صياغة المادة 54من قانون الأسرة الجزائري هي المادة16/1–2–3التي نصت على"أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وأن تضمن بوجه خاص –على أساس تساوي الرجل والمرأة:نفس الحقوق والمسئوليات أثناء الزواج وفسخه،"[32]ومن تم أصبح للمرأة الحق في حل العقدة الزوجية عن طريق الخلع الذي جاء في المادة 54 من ق ا ج ومن تم عمليا هذا المادة ألغت حق المرأة في التطليق لأن أسبابه صعبة الإثبات ومن تم تلتجئ المرأة للخلع لأنه سهل في دعوته وإجراءاته كما ألغت جعل الطلاق بيد الرجل فقط .

المبحث الثالث :مشروعية قبول دعوى المرأة للخلع أمام القضاء دون رضا الزوج في شريعة الإسلامية:

المطلب الأول: فنقول:المسألة خلافية بين الفقهاء ذهب الفريق الأول منهم ابن تيمية والصنعاني والشوكاني من القدامى ومن المعاصرين الغزالى والمودودي وعبدالرحمن الصابوني [33]إلى جواز الخلع دون إذن الزوج ذلك واستدلوا بالأدلة الآتية:

أولاً:من القرآن الكريم في سورة البقرة آية 229 (ا وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) قال القرطبي في تفسيره: (وأما كونه لا بد من التراضي بين الزوجين فلقوله

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

تعالى: {فَلا جُنَاحَ عَلَيهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ} [النساء:128][وأما اعتبار إلزام الحاكم فلارتفاع ثابت وامرأته إلى النبي صلى الله عليه وسلم وإلزامه بأن يقبل الحديقة ويطلق ولقوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا} [النساء:35] وهذه الآية كما تدل على بعث حكمين تدل على اعتبار الشقاق في الخلع ويدل على ذلك قوله تعالى: {وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ} [البقرة:229] ويدل عليه قصة امرأة ثابت المذكورة وقولها أكره الكفر بعد الإسلام وقولها لا أطيقه بغضا فلهذا اعتبرنا الشقاق في الخلع.[34]

ثانياً:ومن السنة حديث ابن عباس في صحيحي البخاري والنسائي المار ذكره في قصة امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله هذا ثابت بن قيس ما أعيب عليه من خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته فقالت نعم: فقال رسول الله عليه السلام لثابت: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة) فامتثل.قال الإمام محمد الأمير الصنعاني: (وما أمره صلى الله عليه وسلم بتطليقه لها فهو أمر إرشاد لا إيجاب – كذا قيل – والظاهر بقاؤه على أصله من الإيجاب ويدل له قوله تعالى: (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) فإن المراد يجب عليه أحد الأمرين حصراً وهنا قد تعذر الإمساك بمعروف لطلبها الفراق فتعين عليه التسريح بإحسان.[35] وقال الإمام الشوكاني– في شرح هذا الحديث: (قال ابن حجر في كتابه فتح الباري هو أمر إرشاد وإصلاح لا أمر إيجاب ولم يذكر ما يدل على صرف الأمر عن حقيقته)، أي في الوجوب والفرض كما هو ثابت في علم أصول الفقه إذ لا يصرفه عن الوجوب إلا صارف وألا يبقى على حقيقته للوجوب.وعبارة الشوكاني واردة في هذا المعنى ومعناه في مثل هذه الدعوى أن المرأة إذ عرضت على زوجها افتداء نفسها مقابل أن يطلقها أنه يجب عليه أن يطلقها فإن أبى فالسلطان يوقعه عليه ومعلوم أن السلطان نائب عن الأمة و الشرع و ينوب عنه القاضي المختص بذلك.[36]فرواية

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

البخاري والدارقطني ورواية ابن جرير الطبري لحديث ثابت بن قيس فهذه الروايات الثلاث أثبتت أن رسول الله بعد أن تيقن من تصميم الزوجة على الفراق أمر الزوج بطلاقها،أو فرق هو بينهما مباشرة،بل رواية الدارقطني تفيد أنه طلقها والزوج غائب فلما بلغه الخبر قال قبلت قضاء رسول الله"ويتأكد من ذلك أن موافقة الزوج على توقيع الطلاق بالخلع ليس أمرا ضروريا.

فثابت بن قيس فهم من رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن الأمر للوجوب فلم يراجعه في حقيقة أمره مع أن الصحابة كانوا يراجعون في أمر الزوجية والفرقة ،ودليل ذلك قصة بريرة مع زوجها لما عتقت فقد جاء في الحديثعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا يُقَالُ لَهُ مُغِيثٌ، كَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَيْهِ يَطُوفُ خَلْفَهَا يَبْكِي وَدُمُوعُهُ تَسِيلُ عَلَى لِحْيَتِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعبَّاسٍ: «يَا عَبَّاسُ، أَلاَ تَعْجَبُ مِنْ حُبِّ مُغِيثٍ بَرِيرَةَ، وَمِنْ بُغْضِ بَرِيرَةَ مُغِيثًا» فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَوْ رَاجَعْتِهِ» قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ تَأْمُرُنِي؟ قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا أَشْفَعُ» قَالَتْ: لاَ حَاجَةَ لِي فِيهِ [37]وحديث أخر يبين ذلك فعَنْ عَاصِمِ بْنِ لَقِيطِ بْنِ صَبْرَةَ، عَنْ أَبِيهِ لَقِيطِ بْنِ صَبْرَةَ، قَالَ: كُنْتُ وَافِدَ بَنِي الْمُنْتَفِقِ – أَوْ فِي وَفْدِ بَنِي الْمُنْتَفِقِ – إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: فَلَمَّا قَدِمْنَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَلَمْ نُصَادِفْهُ فِي مَنْزِلِهِ، وَصَادَفْنَا عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ، قَالَ: فَأَمَرَتْ لَنَا بِخَزِيرَةٍ فَصُنِعَتْ لَنَا، قَالَ: وَأُتِينَا بِقِنَاعٍ – وَلَمْ يَقُلْ قُتَيْبَةُ: الْقِنَاعَ، وَالْقِنَاعُ: الطَّبَقُ فِيهِ تَمْرٌ – ثُمَّ جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: «هَلْ أَصَبْتُمْ شَيْئًا؟ – أَوْ أُمِرَ لَكُمْ بِشَيْءٍ؟» قَالَ: قُلْنَا: نَعَمْ، يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: فَبَيْنَا نَحْنُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جُلُوسٌ، إِذْ دَفَعَ الرَّاعِي غَنَمَهُ إِلَى الْمُرَاحِ، وَمَعَهُ سَخْلَةٌ تَيْعَرُ، فَقَالَ: «مَا وَلَّدْتَ يَا فُلَانُ؟»، قَالَ: بَهْمَةً، قَالَ: «فَاذْبَحْ لَنَا مَكَانَهَا شَاةً»، ثُمَّ قَالَ: " لَا تَحْسِبَنَّ وَلَمْ يَقُلْ: لَا تَحْسَبَنَّ أَنَّا مِنْ أَجْلِكَ ذَبَحْنَاهَا، لَنَا غَنَمٌ مِائَةٌ لَا نُرِيدُ أَنْ تَزِيدَ، فَإِذَا وَلَّدَ الرَّاعِي بَهْمَةً، ذَبَحْنَا مَكَانَهَا شَاةً " قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ لِي امْرَأَةً وَإِنَّ فِي لِسَانِهَا شَيْئًا – يَعْنِي الْبَذَاءَ – قَالَ: «فَطَلِّقْهَا إِذًا»، قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

لَهَا صُحْبَةً، وَلِي مِنْهَا وَلَدٌ، قَالَ: " فَمُرْهَا يَقُولُ: عِظْهَا فَإِنْ يَكُ فِيهَا خَيْرٌ فَسَتَفْعَلْ، وَلَا تَضْرِبْ ظَعِينَتَكَ كَضَرْبِكَ أُمَيَّتَكَ " فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَخْبِرْنِي، عَنِ الْوُضُوءِ، قَالَ: «أَسْبِغِ الْوُضُوءَ، وَخَلِّلْ بَيْنَ الْأَصَابِعِ، وَبَالِغْ فِي الِاسْتِنْشَاقِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَائِمًا».[38]ومن هنا نستدل على أن الصحابة كانوا يفرقون بين أوامر الرسول ما كان منها للوجوب وما كان لغير الوجوب. فلو قارنا بين حادثة امرأة ثابت بن قيس ،وحادثة بريرة ، لوجدنا الفرق واضحا، فحينما خاطب بريرة،قال رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صيغة العرض:لوراجعتيه ، ولاتفيد هذه الصيغة الأمر والجزم.أما ثابت فقد أمره ، وقال رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طلقها تطليقة"فعلم أن لاخيار له في الطلاق رغم حبه الشديد لزوجته.ولوكان الأمر لثابت من باب الندب لا لوجوب لربما ناقش النبي مادام الامر يتعلق بزوجته وهولايحب فراقها، لكنه فهم الوجوب من امر رسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ،فلم يكن له محيص من مخافته أو مناقشته.

ثالثا :مبدأ المساواة أقره القرآن والسنة الصحيحة بين الذكر والأنثى ،نذكر منها ما يلي قوله تعالى وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ [39]فالقرآن لم يميز بين رجل وامرأة بل ساوى بينهما في العديد من الآيات الموحية بهذه المساواة والنظرة التقديرية للمرأة ، وجاءت السنة وأكدت هذه المساواة في كثير من حديث منها حديث عَائِشَةَ، قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " إِنَّمَا النِّسَاءُ شَقَائِقُ الرِّجَالِ "[40]و حديث زوجة ثابت ابن قيس المذكور آنفا.

عمل الصحابة:وخاصة الخلفاء الراشدين عمر ابن الخطاب وعثمان ابن عفان وعلي ابن طالب –رضي الله عنهم –كلهم أوقعوا الخلع دون رضا الزوج.عَنْ أَيُّوبَ السَّخْتِيَانِيِّ قَالَ: حَدَّثَنِي كَثِيرٌ مَوْلَى سَمُرَةَ أَنَّ امْرَأَةً نَشَزَتْ مِنْ زَوْجِهَا فِي إِمَارَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَأَمَرَ بِهَا إِلَى بَيْتٍ كَثِيرِ الزَّبَلِ

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

فَمَكَثَتْ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ أَخْرَجَهَا فَقَالَ لَهَا: كَيْفَ رَأَيْتِ قَالَتْ: مَا وَجَدْتُ الرَّاحَةَ إِلَّا فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: " أَخْلَعُهَا وَلَوْ مِنْ قُرْطِهَا "[41]

وعن عَبْدِ اللهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَقِيلٍ، عَنِ الرُّبَيِّعِ بِنْتِ مُعَوِّذِ ابْنِ عَفْرَاءَ قَالَتْ: تَزَوَّجْتُ ابْنَ عَمٍّ لِي فَشَقِيَ بِي وَشَقِيتُ بِهِ وَعَنِيَ بِي، وَعَنَيْتُ بِهِ وَإِنِّي اسْتَأْدَيْتُ عَلَيْهِ عُثْمَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَظَلَمَنِي وَظَلَمْتُهُ وَكَثُرَ عَلَيَّ وَكَثُرْتُ عَلَيْهِ، وَإِنَّهَا انْفَلَتَتْ مِنِّي كَلِمَةُ أَنَا أَفْتَدِي بِمَالِي كُلِّهِ , قَالَ: قَدْ قَبِلْتُ , فَقَالَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: خُذْ مِنْهَا قَالَتْ: فَانْطَلَقْتُ فَدَفَعْتُ إِلَيْهِ مَتَاعِي كُلَّهُ إِلَّا ثِيَابِي وَفِرَاشِي وَأَنَّهُ قَالَ لِي: لَا أَرْضَى وَأَنَّهُ اسْتَأْدَانِي عَلَى عُثْمَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فَلَمَّا دَنَوْنَا مِنْهُ قَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ الشَّرْطُ أَمْلَكُ قَالَ: أَجَلْ فَخُذْ مِنْهَا مَتَاعَهَا كُلَّهُ حَتَّى عِقَاصَهَا قَالَتْ: فَانْطَلَقْتُ فَدَفَعْتُ إِلَيْهِ كُلَّ شَيْءٍ حَتَّى أَجَفْتُ بَيْنِي وَبَيْنَهُ [42]ومن خلال الحديثين نخلص إلى أنه إذا طلبت المرأة الخلع ورفض الزوج ورفع الأمر إلى القاضي أمره بتطليقها وقد جاء في كافة الروايات لخلفاء الراشدين أصدروا أحكامهم في مثل هذه القضايا بقبول المال وبتطليق الزوجة وحكم القاضي يعني بأي حال أن المحكوم عليه ملزم بتنفيذه وإذا لم ينفذه فللقاضي أن يسجنه لأن منزلة القاضي في الشريعة ليست منزلة الناصح المشير

القياس: قياس النفور العاطفي على النفور الذي سببه مرض جنسي بجامع الضرر الذي يلزم القاضي من إيقاع الخلع دون موافقة الزوج، فالضوابط التي ذكرها الفقهاء الكرام في مسألة الزوج العنين والمجبوب والمصاب بالجذام والأبرص والمجنون وبعض المسائل الأخرى أصبح ضرورياً في وجودها أن يحصل القاضي على السلطة المطلقة في خلع المرأة كذلك ،وإلا وقعت النساء فريسة تلك المواقف التي لن يكون أمامهن فيها سوى أن يعشن طول العمر حياة كلها هم وشقاء أو أن ينتحرن أو تجبرهن غرائزهن على التدلي والسقوط في مزالق الرذيلة والفحشاء ،أو يضطررن للارتداد عن دينهن ليتحررن من قيد هذا الزواج.[43]

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

القواعد الفقهية 1–وطلب المرأة الافتراق مقابل الافتداء المسمى بالخلع إن كان عن ضرر من جانب الزوج فمبرره القاعدة الشرعية (الضرر يزال) وإن كان لا عن ضرر منه وإنما لسبب من جهتها كبغضها إياه أو كراهيتها أو ضيقها بظروفه التي لا تناسبها ولا دخل له فيها فمبرره العدالة بين البشر، وتساويهما في الحرية الإنسانية في اعتبار أن لها الحق في أن تحب وتبغض وتطيع وترفض وأن تعيش عمرها المحدود بصدق وصراحة بما يتفق ورغبتها وطموحها [44]

2–قاعدة إذا التقى ضرران فارتكاب أخف الضررين، فالرسول صلى الله عليه وسلم قد اعتبر دمامة الزوج وقبح شكله وكراهية امرأته له سبباً كافياً للخلع ،واستجاب لطلبها بذلك لأن عواقب ربط رجل وامرأة في علاقة زوجية بالجبر والإكراه في حال وجود النفرة والكراهية بينهما ستكون أوخم وأشد إفساداً للدين والأخلاق والمجتمع من تطليقها منه ،فهناك خوف وخطر من أن تموت أغراض الشريعة من هذا الزواج ،واستدلالهم بالقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار أَي لَا فعل ضَرَر وَلَا ضرار بِأحد فِي ديننَا، أَي لَا يجوز شرعا لأحد أَن يلْحق بآخر ضَرَرا وَلَا ضِرَارًا، وَقد سيق ذَلِك بأسلوب نفي الْجِنْس ليَكُون أبلغ فِي النَّهْي والزجر.وعليه فإن المرأة إذا كرهت زوجها،فإن هذا الإضرار قد يوصلها إلى الإضرار بدينها أو نفسها أو عرضها ،ويجب إزالة هذا الضرر بطلاق الزوج لزوجته،أو بالمخالعة الرضائية ،فإن رفض ذلك طلق عليه القاضي جبرا عنه لإزالة الضرر الواقع على المرأة وذلك تطبيق للقاعدة الفقهية الضرر يزال.[45]

2المطلب الثاني .المذهب الثاني أدلة القائلين وهم الجمهور أنه لا يجوز خلع المرأة دون موافقة الزوج

استدلوا بالآية« وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

الظَّالِمُونَ "دلت من وجهين 1–قوله فلا جناح تفيد رفع الإثم بمعنى أن الفدية على الطلاق مباحة وليست واجبة وهي مقيدة ألا يأخذها الزوج إلا بعد الخوف ألا يقيما حدود الله ولذا وجب في المخالعة رضا الزوجين واختيارهما

2–"فلا جناح عليهما "الخطاب فيها للأزواج لأن الزوجين هما المعنيان بالتراضي على مقدار المال في عقدالخلع[46]

2–ومما يدل أن لا يجوز للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع قول النبي لامرأة ثابت بن قيس "أتردين عليه حديقته "فقالت: نعم .فقال :للزوج خذها وفارقها ."يدل على ذلك ،لأنه لو كان الخلع إلى السلطان –شاء الزوجان أو أبيا ،إذا علم لا يقيمان حدود الله لم يسألهما النبي عن ذلك ،ولا خاطب الزوج بقوله اخلعها ،بل كان يخلعها منه ويرد عليه حديقته وإن أبيا أو أحد منهما ،كما لما كانت فرقة المتلاعنين إلى الحاكم ،لم يقل للملاعن خل سبيلها ،بل فرق بينهما،كما روي سهل بن سعد أن النبي فرق بين المتلاعنين ،كما قال في حديث آخر "لا سبيل لك عليها [47]"ولم يرجع ذلك إلى الزوج ،فثبت بذلك جواز الخلع بدون السلطان.[48]

–ومما يدل على أن الإكراه لايوقع الخلع ،عدم الاعتداء بهذا الإكراه في أي أمر حتى لوكان على الكفرلقوله تعالى "إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ [49]

–ولحديث ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ سَيِّدِي زَوَّجَنِي أَمَتَهُ، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا، قَالَ: فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ الْمِنْبَرَ، فَقَالَ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ، مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ، ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا، إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاق [50] أي الطلاق حق الزوج الذي له أن يأخذ بساق المرأة لا حق المولى ولا الزوجة و لا القاضي ،فالزوج هو صاحب العصمة فهو الوحيد الذي تحل به العقدة الزوجية ولا يحل لأحد أن يكرهه على الطلاق ولو كان القاضي.

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

3– قياس الخلع على الطلاق فكما أن الطلاق حق للزوج لا يصح أن يكرها عليه فكذا الخلع لا يحق لأحد أن يكره الزوج عليه فكما أن طلاق المكره لا يقع فكذلك خلعه بجامع الإكراه في الكل ومعلوم أن الإكراه من عيوب الإرادة ،ومن المعقول أن الخلع عقد معاوضة وعقد المعاوضة لابد فيه من رضا الطرفين حين انعقاده ،وحين الإقالة،ولذا فلا يجوز إلزام الزوج به بدون رضا.[51]

القواعد الفقهية : من بينها الأمر بتصرف في ملك الغير باطل والقاعدة لا يقضى في ملك الغير بدون إذنه" لابد من موافقة الزوج ورضاه فهو إذن مالك العصمة وهو صاحب الحق في حلها ولا يجوز للقاضي التصرف في قضية ليست من اختصاصه لأن القاضي في الخلع ماهو إلا كاشف عن إرادة الزوجين وليس منشئ لها.[52]

المطلب الثالث مناقشة أدلة الفريق الأول:يعترض على استدلالهم بالآية من سورة البقرة 229فإن المخاطب بها الحكام لا الأزواج ،لأن جل ما تفيده الآية هو إباحة الخلع بين الزوجين ،وإباحة أخد المال وذلك ما تضمنته في أولها "ولايحل لكم "وأيضا أخيرها "فيما افتدت به"ولا يتم ذلك إلا بعد القضاء به من قبل القاضي الذي هو نائب عن الحاكم، أما نصوص العدالة على المساواة مطلقا فهذا غير مسلم على إطلاقها ونحن نؤمن الإيمان المطلق بأن دين الإسلام هو دين العدل، ومقتضى العدل التسوية بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين، و يخطىء على الإسلام من يطلق أنه دين المساواة دون قيد؛ لأن المساواة المطلقة تقتضي أحياناً التسوية بين المختلفين، وهذه حقيقة الظلم، ومن أراد بالمساواة العدل فقد أصاب في المعنى وأخطأ في اللفظ، ولم يأت حرفٌ واحدٌ في القرآن يأمر بالمساواة بإطلاق، إنما جاء الأمر بالعدل، فأحكام الشريعة قائمة على أساس العدل، فتسوي حين تكون المساواة هي العدل، وتفرق حين يكون التفريق هو العدل.

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

– قياس الزواج وما يتعلق به من طلاق وخلع بالبيع قياس مع الفارق ،لأن الزواج قائم على المكارمة والبيع قائم على المكايسة، زيادة هذا القياس يحط من كرامة المرأة الإنسانية التي تجعل بضعها مقابل درهيمات مع أن الانتفاع حاصل لرجل والمرأة على السواء في قضية المتعة الجنسية .

المطلب الرابع مناقشة أدلة الفريق الثاني :توجه على أدلة الفريق الثاني عدة اعتراضات أهمها:أما استدلالهم بالآية" فإن خفتم"فيجاب عنها بأن جل ماتدل عليه الآية هو مشروعية الخلع الرضائي الذي يحدث بين الزوجين، وجواز أخذ الزوجة البدل ،وهذا ما أفدته الآية بمنطوقها حيث أسندت فعل المخالعة لزوجين، وأيضا فعلى فرض احتمال أن المخاطب بالآية هم القضاة فإن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

– الاعتراض على حديث" إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"من حيث السند فهو ضعيف ،لا يجوز الاستدلال به في الأحكام، فيه ابن لهيعة وهو ضعيف، وفي رواية دارالقطني فيه شيوخ مجاهيل[53]، أم من حيث الدلالة فالحديث جاء في علاقة بين عبدين ونحن نتكلم على الأحرار.

أما استدلالهم بالقاعدة الفقهية التصرف في ملك الغير باطل فهو استدلال في غير محله، فالقاضيي أعطي له حق حل رابطة الزواج في عدة حالات من بينها تطليق للضرر المادي الواقع على المرأة، والبغض العاطفي ضرر معنوي يقاس على التطليق يجوز للقاضي حل الرابطة وخاصة في حالة الرفض والعجز عن إثباته في حالة الخلع.

أما استدلالهم بحديث ثابت بن قيس بأن النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – أمره يفيد الوجوب،فيجاب عنه بأن جل مايدل عليه الحديث أن قضاء القاضي شرط لصحة الخلع ،وليس للقاضي سلطة إجبار الزوج على المخالعة إذا رفض

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

مخالعة زوجته بدليل أن ثابتا لو لم يرض بالخلع لراجع النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –كما فعل الصحابي لقيط بن صبرة عندما أرشده بطلاق زوجته.

– من الظلم بمكان اعتبار الإكراه في حق الزوج ، وعدم اعتباره في حق الزوجة، وأن ذلك تكليف بما لايطاق الذي ترفضه الشريعة.

الترجيح من خلال عرض أدلة الفريقين يتبين قوة أدلة الفريق الثاني التي يدعمها مايلي:–1قول النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاق أي أن الزوج هو صاحب العصمة وهو الوحيد الذي يحلها: 2–القواعدالفقهية إن قصة الخلع واقعة حال، أبيح الخلع لضرورة أي أن الأصل فيه الحضر ،وإعطاء المرأة حق الخلع دون موافقة الزوج قانونيا يناقض هذه القاعدة وشروطها وهي إن الضرورات تبيح المحظورات وضوابطها: أن الضرورات لاتبيح كل المحظورات بل يجب أن تكون المحورات دون الضرورات أما إذا الممنوعات أكثر من الضرورات فلا يجوز إجراؤها ولا إباحتها، زيادة على أن القاعدة ليس على إطلاقها بل هي مقيدة بقاعدة أخرى أن الضرورة تقدر بقدرها،[54]بالتالي تعديل المشرع الجزائري لم يكن موفقا زيادة على ما ذكرناه من أدلة الفريق الثاني فإنه يوسع من ظاهرة الطلاق في المجتمع لأنه فيه مخالفة صريحة لشرع بإعطاء المرأة العصمة وبالتالي حل الرابطة الزوجية.

3–الآثار التي خلفها تعديل المادة 54 سنة 2005 من ازدياد ظاهرة التفكك الأسري مما دعى الحكومة لمراجعة قانون الأسرة وخاصة باب الطلاق[55]

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

خاتمة :

من خلال هذا البحث نستنتج مايلي :1– أن المشرع الجزائري لم يوفق في بعض تعديلاته لمواد قانون الأسرة بسبب التسرع وخاصة في باب الطلاق .

2–المشرع الجزائري في تعديله للمادة 54من قانون الأسرة سنة2005 الخاصة بالخلع استند لاتفاقية سيداو وخاصة المادة16في جزء منها لتحقيق المساواة بين الزوجين .

3–كان بالإمكان للدولة الجزائرية أن توافق على اتفاقية " سيداو "مع التحفظ على موادها التي تخالف الشريعة.

4–مفهوم الأسرة في الغرب ليس نفس المفهوم في مجتمعاتنا العربية المسلمة ولذا يجب الحذر من تطبيق بنود هذه الاتفاقيات الغربية لأن مقاصدها تحقيق المساواة ،ما يناقض مقصد الشريعة في أحكام الزواج وهي الحفاظ على ديمومة الأسرة.

5–على المشرع في تعديله لمواد باب الطلاق أن ينطلق من الشرع وسلبيات تعديل 2005في المجتمع الجزائري ويفعل دور النخب الجامعية في إثراء مواد قانون الأسرة.

6–نقترح إضافة هذه الفقرة في المادة المتعلقة بالخلع في قانون الأسرة الجزائري المادة 54حتى نزيل الغموض وهو أن الزوج ليس ملزماً بقبول طلب المرأة للخلع، لكنه يستحب له أن يقبل إذا طلبت منه ذلك، وأن لا يمسكها وهي كارهة، ثم إذا أصرَّت على طلب الخلع فعلى القاضي أن يتدخل للنظر في المتسبِّب في الشقاق من الزوج أو الزوجة، وأن يبعث حكمين للنظر في شأنهما، . فمسألة الحكمين مسألة مهمة في الشريعة، فإذا ظهر أن الضرر

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

ناشئ من قبل الزوج أوقعا الطلاق وإذا ظهر أن الضرر ناشئ من قبل الزوجة طلب منها أن تلتزم بآداب الزوجية، فإذا لم يقع بينهما صلح فإن القاضي يطلب من الزوج أن يقبل خلعها.

الهوامش

1–ا محمد بن مكرم بن على، جمال الدين ابن منظور الأنصار لسان العرب ج 8ص 76 الأنصاردار صاد ر بيروت

2– أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي لقوانين الفقهية154 دار القلم

3: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي المبسوط 171/6دار المعرفة – بيروت–ط93

4 – أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي روضة الطالبين 7 / 374 المكتب الإسلامي، بيروت– دمشق– 5– منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ كشاف القناع عن متن الإقناع5 / 212: دار الكتب العلمية .

–6–سورة البقرة الآية 229 .

7–الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 137/3–138مؤسسة الرسالة – بيروت – ط1 – 1427 هـ باختصار.

8–صحيح البخاري صحيح البخاري كتاب الطلاق باب الخلع رقم 5273 .

9– تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني مجموع الفتاوى (329/32).مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية.

10–سنن ابي داود :كتاب الطلاق باب في كراهية الطلاق رقم.2478

11– حمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي حاشية الدسوقي347/2 دار الفكرالطبعة: وبدون تاريخ.

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

12–عامر سعيد الزيباري :أحكام الخلع في الشريعة الإسلاميةص69 الناشر دارابن حزم.

13– محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي فيد بداية المجتهد90/3 دار الحديث – القاهرة.

14–موسى بودهان قانون الأسرة الجزائري المعدل سنة 2005.دار الهدى الجزائر2012.

15–حاشية الدسوقي 2/.347

16–أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي حاشية الصاوي 2/: 518دار المعارف .

17–باديس ديابي قانون الأسرةعلى ضوء الممارسة القضائية ص5.دار الهدى عين مليلة ط2012

18– باديس ديابي قانون الأسرةعلى ضوء الممارسة القضائية ص52.

19–المشروع التمهيدي لقانون الأسرة الشروق اليومي9أوت2004.

20–قانون الأسرة المصري ص10 لجريدة الرسمية العد 4مكرر الصادر في 22شوال سنة1420ه .

21–أحمد كامل الجعافرة الخلع بين الشريعة والقانون ص7 .

22– إسماعيل البريشي الخلع القضائي بين الفقه والقانون الأردني ص10 مقال في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية مج 5 العدد2009 .

23– منال محمود الخلع في قانون الأحوال الشخصية ص235ط2008دار الثقافة الأردنية.

24–هيشور أحمدالخلع بين الشريعة والتشريع 354رسالة دكتورة مقدمة في جامعة الحقوق لسيدي بلعباس سنة 2014

منال محمود الخلع في قانون الأحوال الشخصية ص235ط2008دار . مجلة البيان العد د2009 شلي يوسف قانون الأسرة في الجزائر آخرمعقل يراد دكه 8ص86

25–الخلع بين الشريعة والقانون وتطبيقاته محمد كامل ص258 طبعة جامعية رقم20151910–شريط سمعي بصري :ندوة حول مؤتمر السكان المنعقد في القاهرةسنة 1994تاريخ الندوة23–05–2000 ناقشت سلبيات قانون الخلع بدون رضا الزوج كلمة الأستاذ حسن أبو الأجفان .

26–هيشور أحمدالخلع بين الشريعة والتشريع ص 330 رسالة دكتورة مقدمة في جامغة الحقوق لسيدي بلعباس سنة 2014

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

-الخلع بين الشريعة والقانون وتطبيقاته محمد كامل ص241.

27-محمد كامل لخلع بين الشريعة والقانون ص250 .

28-شريط سمعي بصري ندوة حول مؤتمر السكان المنعقد في القاهرةسنة 1994تاريخ الندوة23-05-2000 .

29-الدستور الجزائري ص35 مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية.

30-هيشور أحمد الخلع بين الشريعة والتشريع من ص327-333بتصرف .

31- -موسى بودهان قانون الأسرة ص08الجزائري المعدل سنة 2005.دار الهدى الجزائر2012.

32-اتفاقية سيدو ص17 انظر قرطاجي نهى :فراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة السيداو www.saaid.net/daeyat/nohakatergi/64.htm.

33-مجموع الفتاوى 22/283-284نيل الأوطار 6/294حقوق االزوجين ص56 مدى حرية الزوجين في الطلاق618 حقوق الإنسان ص108 دار المعرفة الجزائرية سنة1998.

34- الجامع لأحكام القرآن ج3ص136 .

35- محمد الأمير الصنعاني كتابه سبل السلام شرح بلوغ المرام في أحاديث الأحكام33/29 الناشر: دار الحديث.

36- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني المتوفى في كتابه نيل الأوطار ج6 ص289 دار الحديث، مصر1413ه.

37- سنن ابن ماجة :كتاب الطلاق :با ب خيار الامة رقم2075

38- سنن الكبري : جامع الطلاق باب تخليل الأصابع رقم359

39- سورة التوبة الآية71

40- السنن الكبرى لبيهقي :جامع مايوجب الغسل باب المرأة ترى مايرى الرحلج1 ص261 رقم 796

41-سنن الكبرى :كتاب الخلع باب الوحه الذي تفتدى به 14852 .

42- سنن الكبرى :كتاب الخلع باب الوحه الذي تفتدى به14856 .

43- أبو الأعلى المودودي في كتابه الذي نشره عام 1943 باسم حقوق الزوجين دراسة نقدية لقانون الأحوال الشخصية ص49 -55 الدار السعودية لنشر1985..

44-إسماعيل البريشي الخلع القضائي ين الفقه والقانون الأردني ص10.

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com

45– أحمد بن الشيخ محمد الزرقا شرح القواعد الفقهية ص 195 دار القلم – دمشق سورياالطبعة: الثانية، 1409هـ.
46– جامع الأحكام 137/3 .
47–سنن ابن ماجة كتاب الخلع باب اللعان رقم الحديث 2066.
– أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي : 539/1 دار إحياء التراث 48 العربي – بيروت
49– سورة النحل الآية 107 . .
50– سنن ابن ماجة كتاب طلاق31باب ا طلاق العبد رقم2081 .
51– حقوق الزوجين ص49.
52– إسماعيل البريشي الخلع القضائي ين الفقه والقانون الأردني ص13 بتصرف.
53– عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي: مؤسسة الريان – بيروت نصب الراية لأحاديث الهداية 165/4 .
– علي حيدر خواجه أمين درر الحكام في شرح مجلة الأحكام 38/1: دار الجيل 54 الطبعة: الأولى، 1411هـ .
55أحمد هيشور الخلع بين الشريعة والتشريع ص330.

Pdf créé avec la version d'essai pdfFactory Pro www.pdffactory.com