

حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال قانون الأسرة الجزائري
**The Right of the Wife to Unknot the Marital Bond
 In the Algerian Family Law**

بن عيسى أحمد^{1*}، بن فردية محمد²

¹ مخبر السياحة، الإقليم والمؤسسات، جامعة غرداية، benaissi.ahmed@univ-ghardaia.dz

² جامعة غرداية ، mohabenferdia32@gmail.com

تاريخ النشر: 2023/01/15

تاريخ القبول: 2022/10/21

تاريخ الاستلام: 2022/09/04

ملخص:

يهدف هذا المقال إلى تسليط الضوء على حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطليق والخلع، فقد عزز المشرع الجزائري هذا الحق بعد تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، فوسّع من حالات التطليق، وارتقى بالخلع من الرخصة إلى الحق الأصل. وذلك حتى يحقق توازنا بين مركزي الرجل والمرأة أو بالأحرى الزوج والزوجة في إنهاء عقد الزواج.
 كلمات مفتاحية: التطليق، الخلع، الطلاق، الزواج، المرأة.

Abstract:

This article aims to shed light on the wife's right to break the marital bond through divorce and khul'. The Algerian legislator strengthened this right after amending the Family Code by virtue of Ordinance 05-02, expanding the cases of divorce, and raising the khul' from the license to the original right. This is in order to achieve a balance between the positions of men and women in the termination of the marriage contract.

Keywords: The Divorce; The Khul; The Dissolution of the marital bond; The marriage; The women.

* المؤلف المرسل

1. مقدمة:

الزواج رباط مقدس، وسمّاه القرآن ميثاقاً غليظاً ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾¹، وعرفه قانون الأسرة الجزائري² في المادة 4 منه بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ولكن هذه العلاقة قد تتعرض لهزات، نتيجة خلافات بين الزوجين، وعدم انسجام وعدم تفاهم، ومع تعذر الإصلاح بينهما، فلا يبقى إلا طريق واحد وهو الفراق، فإذا اتفق الزوجان على إنهاء هذا العقد فلا يثار أي إشكال ونكون أمام الطلاق بالتراضي، وإذا كان الزوج هو الذي لا يرغب في استمرار هذا الزواج فإنه يملك حق الطلاق بإرادته المنفردة دون حاجة إلى موافقة الزوجة، ولكن ماذا لو كانت الزوجة هي التي تريد قطع هذه العلاقة. في مقابل حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة، منح المشرع الجزائري الزوجة حق فك الرابطة الزوجية، ليحقق توازناً في العلاقة بين طرفي عقد الزواج، ويُعطى المرأة الحق في التخلص من زواج لا ترغب في استمراره وزوج لا تريد العيش معه.

والإشكال المطروح هنا هو؛ ما هي طرق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، وكيف يكون ذلك؟ وهذا ما سنتناوله في هذا المقال بالدراسة والتحليل، معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي التحليلي، وهو ما نراه مناسباً لهذا النوع من الدراسة. وقانون الأسرة الجزائري نص على طريقتين لفك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة، الطريقة الأولى هي التطليق ونصت عليه المادة 53، والطريقة الثانية هي الخلع ونصت عليه المادة 54، وبهذا فإننا خطتنا تشمل قسمين أو جزأين (الأول عن التطليق والثاني عن الخلع)، وتبعاً لذلك تم تقسيم هذه الورقة البحثية إلى محورين رئيسيين:

- حق الزوجة في التطليق؛ وفيه التطليق في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده.
- حق الزوجة في الخلع دون اشتراط موافقة الزوج؛ وفيه الطبيعة القانونية للخلع، واشتراط موافقة الزوج على الخلع، وبدل الخلع.

2. حق الزوجة في التطليق

إذا كانت حكمة الشريعة، قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها، أو بما اصطلح على تسميته ب(التطليق) وبناء على هذه الصورة يمكن للزوجة أن تفك زوجيتها.

وحتى يعتبر فك الرابطة الزوجية تطليقا لا بد فيه من شروط:

1. أن يكون بطلب من الزوجة.
 2. أن يحكم به القاضي.
 3. أن تتوفر فيه حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة.
- ويسمى الطلاق في هذه الأحوال بالتطليق، ويُعرّف التطليق بأنه فك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة متى كانت متضررة من الحياة الزوجية، ويتم التطليق بحكم قضائي رغم معارضة الزوج، ويفرق القاضي بينهما طبقا لقواعد العدالة والإنصاف.³ فإن كانت الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري غير متوفرة فإن دعوى التطليق ترفض لعدم تأسيسها.

1.2 حالات التطليق في قانون الأسرة قبل التعديل:

- في قانون الأسرة قبل التعديل لسنة 1984 أورد المشرع الجزائري سبع (07) حالات لطلب التطليق، جاء ذكرها في نص المادة 53 كما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:
1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.
 2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
 3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
 4. الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج، لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
 5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
 6. كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 أعلاه.
 7. ارتكاب فاحشة مبينة."

2.2 حالات التطليق في قانون الأسرة بعد التعديل⁴:

تحقيقا للتوازن بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية، قام المشرع بإضافة وزيادة حالات للتطليق، ويتعلق الأمر بإضافتين هامتين تكريسا لقضاء المحكمة العليا المستقر عليه بهذا الخصوص. فإثر التعديل الحاصل سنة 2005 بموجب الأمر 05-02 عزز المشرع حالات الأسباب التي يجوز معها للزوجة

- طلب التطلاق من سبع حالات إلى عشر، حيث عدل المادة 53 التي جاء نصها كالتالي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:
1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.
 2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
 3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
 4. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
 5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
 6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه. (مضافة بموجب الأمر 05-02)
 7. ارتكاب فاحشة مبينة.
 8. الشقاق المستمر بين الزوجين. (مضافة بموجب الأمر 05-02)
 9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. (مضافة بموجب الأمر 05-02)
 10. كل ضرر معتبر شرعا."

فبههدف تعزيز المركز القانوني للمرأة في صور إنهاء الرابطة الزوجية، أضاف المشرع الجزائري ثلاث حالات للتطلاق، هذه الحالات هي:

1.2.2 مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه:

لقد أحال المشرع القاضي إلى المادة 08 من قانون الأسرة، وذلك بأنه يجوز للزوجة طلب التطلاق إذا لم تحترم الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات، وذلك يتجلى في حالة التدليس من طرف الزوج على زوجته بأنه غير متزوج فإذا به ظهر خلافا لذلك، وكذلك في حالة ما إذا تم استصدار الرخصة القضائية دون احترام الشروط المتعلقة بالتعدد؛ من حيث العذر أو نية العدل أو ليست له القدرة الكافية لتحمل تكاليف الزواج، ففي كل هذه الحالات إضافة إلى الحالة التي ترفض فيها الزوجة التعدد مع توافر الشروط، فإنه يجوز لها طلب التطلاق حتى ولو وافقت على التعدد غير أن الزوج لم يكن عادلا ماديا نحو زوجاته.

2.2.2 مخالفة الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج أو بعده:

طبقا للمادة 19 من قانون الأسرة المعدلة، والتي تتيح للزوجين أن يدرجا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق الشروط التي يريانها ضرورية في الحياة الزوجية، لاسيما منها شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة. وعليه فإن أي مخالفة لأيٍّ من الشروط إن وجدت في عقد الزواج يكون سببا موجبا للتطليق، ما لم تكن هذه الشروط مخالفة لأحكام قانون الأسرة، وهذا يُعدُّ إتبعا من المشرع للمذهب الحنبلي، بخصوص الأثر المترتب عن مخالفة الشروط المنصوص عليها في العقد، ويشترط في هذا الأمر أن يكون قد تم الدخول، أما قبل الدخول فلا يمكن تسميته بالتطليق بل يسمى فسخا.⁵

فإذا كانت المادة 19 من قانون الأسرة تنص صراحة أنه يجوز لكلا الطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية، شريطة أن لا تخالف هذه الأخيرة أحكام قانون الأسرة ومن ثم يجوز للطرفين الاتفاق على عدم التعدد، وكما يجوز للمرأة أن تشتترط مواصلة الدراسة أو العمل بعد الدراسة، أو استمرارية عملها، بل لها كذلك أن تشتترط عليه أي شرط تراه ضروري، شريطة أن لا يتنافى مع ما جاء به المشرع في قانون الأسرة. فإذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ورفض الزوج أن يمثل لما وافق عليه سابقا، كرفضه لعمل الزوجة، ففي هذه الحالة يجوز لها ليس أن تخالف إرادة الزوج وتبقى مستمرة في عملها فحسب، وإنما لها الحق في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق. ويشترط في هذه الحالة أن يكون الشرط مكتوب في عقد رسمي.

وكذلك سمح المشرع الجزائري بمقتضى المادة 2/37 من قانون الأسرة للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما والمكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك مع تحديد النسب، فإنه لا يمكن للزوج أن يقوم بتغيير أو تعديل هذا الشرط بإرادته المنفردة، وإذا لم توافق الزوجة في ذلك بحيث مثلا أراد أن تصبح نسبة حق الزوجة بشأن تلك الأموال مقدرة بـ 15% بدلا من نسبة 30% المتفق عليها سابقا، ففي هذه الحالة يجوز لها طلب التطليق مع حقها في الأموال المشتركة وفقا للنسبة الأصلية المتفق عليها وهي 30%.

3.2.2 الشقاق المستمر بين الزوجين:

رفعا للضرر الواقع بالزوجة التي لا تتحمل الشقاق المستمر، أضاف المشرع هذه الحالة التي لم يكن منصوبا عليها من قبل، حيث اعتبر الشقاق المستمر ضررا يوجب للزوجة الحق في التطليق، إذ

على القاضي، إن تبين له أن الحياة الزوجية صارت جحيما لا يطاق ولا أمل في الصلح، أن يحكم لها بالتطليق.⁶

إضافة للأسباب المذكورة آنفا، أردنا أن نخصص الحديث عن آخر سبب جاءت به المادة 53، باعتباره يشمل كل الأسباب المذكورة، مما يدعم المركز القانوني للمرأة في إنهاء الرابطة الزوجية بواسطة التطليق.

4.2.2 كل ضرر معتبر شرعا:

من بين حالات تطليق الزوجة من زوجها ما جاءت به المادة 10/53 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "كل ضرر معتبر شرعا"، وأن أول ما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بسبب واسع النطاق، لأن المشرع لم يقيد حق المرأة في التطليق لضرر معين، مانحا بذلك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تقدير الأضرار التي يمكن للزوجة أن تطلب بمقتضاها التطليق، وأن هذه السلطة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، ويكون المشرع بذلك قد أخذ بعين الاعتبار العادات والتقاليد المنتشرة داخل المجتمع الجزائري، بحيث أن الضرر المعتبر لدى جماعة معينة ليس ذاته عند جماعة أخرى، ويختلف كذلك الأمر من مكان إلى مكان آخر ومن زمان إلى زمان آخر.

والواقع فإنه كان بإمكان المشرع أن يستغني عن جميع الأسباب الواردة في المادة 53 أعلاه، ويبقى على هذا السبب لأنه يشملها جميعا، ومن ثم متى تضررت الزوجة من تصرفات الزوج فلها أن ترفع أمرها للقاضي، ولها أن تثبت له بجميع وسائل الإثبات أن الزوج لا يحسن معاملتها؛ وعندئذ فما على القاضي في حالة الإثبات إلا أن يستجيب لطلبها وذلك لرفع الظلم، وإن عجزت عن إثبات ذلك فينبغي على القاضي أن يقوم بتعيين حكمين للتوفيق بينهما، حكما من أهله وحكما من أهلها وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا له عن مهمتهما في أجل شهرين (المادة 56 ق.أ.ج).

وإذا تبين من تقرير الحكمين أنه هناك ضرر من الزوج على زوجته وفشلا في التوفيق بينهما، فما على القاضي عندئذ إلا الحكم بالتطليق وإلزام الزوج بالتعويض إذا طلبته الزوجة، وما يلاحظ على النص الجديد مقارنة مع النص القديم، أن المشرع قد حذف من النص الجديد العبارات التالية: "ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 والمادة 37 أعلاه".

والضرر لا يكون سببا للتطليق إلا بتوافر الشروط التالية:

- أن يكون صاحب الضرر الزوج، وليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته.

- يجب أن ينتج عن الخطأ الصادر عن الزوج أضرار تلحق بالزوجة أو أحد فروعها أو أصولها.
- أن يكون مرتكب الضرر راشدا وأهلا للتصرفات القانونية.
- لا يمكن أن يعاقب الزوج بسبب الضرر الذي لحق بالزوجة نتيجة لممارسة حقه الشرعي، كرفضه مثلا أن تكون تربية الأولاد على ديانة أهمهم المسيحية.
- وإذا اجتمعت هذه الشروط يجوز للمرأة حينئذ طلب التطلق طبقا للمادة 10/53 من قانون الأسرة.

3. حق الزوجة في الخلع دون اشتراط موافقة الزوج

لقد ركزت اتفاقية سيداو⁷، على جعل المرأة في نفس مرتبة الرجل بخصوص إنهاء الرابطة الزوجية، ويُعدّ الخلع أكبر مظهر من مظاهر المساواة بين المرأة والرجل في هذا الخصوص. فما هو الخلع؟ الخلع هو افتداء المرأة من زوجها الكارهة له، بمال تدفعه إليه ليتخلى عنها،⁸ وعرفه المالكية بأنه: "طلاق المرأة بعوض تبذله هي أو غيرها برضاها، فيلزم".⁹

والخلع مشروع ومباح لما فيه من دفع الأذى عن المرأة وتعويض للزوج عما أنفقته. ولقد ثبتت مشروعيتها في الكتاب والسنة. ففي القرآن قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجْرُ 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﴾¹⁰. وقوله: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾¹¹.

أما في السنة النبوية فقد ورد أن: "زوجة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: أترددين عليه حديثه؟ فقالت: نعم، فقال ﷺ لزوجها: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة". رواه البخاري¹²، وهو أول خلع وقع في الإسلام.

1.3 الطبيعة القانونية للخلع:

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الخلع بالتفصيل ولا لطبيعته القانونية، تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 ق.أ.

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن الخلع عقد ثنائي الطرف، لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في عقود المعاوضة لكليهما، لأنه يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة، التي تدفع له مبلغا من المال في مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية وسلطان زوجها التي أصبحت لا تطبق الحياة المشتركة معه، قال بن رشد: "وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق، وبه قال مالك، وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ"، وقال الشافعي هو فسخ.¹³

1.1.3 الخلع فسخ: فالذين اعتبروا الخلع فسخ كأحمد وداود وابن عباس وعثمان وهم صحابة الرسول ﷺ استندوا في ذلك إلى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾¹⁴، فلو افترضنا بأن الافتداء يقصد به الطلاق ل زادوا عدد الطلقات على ثلاث. ووجه الاستدلال أن الله تعالى عندما ذكر الطلاق ذكره مرتين ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ ثم ذكر بعده الافتداء ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ثم ذكر الطلقة الثالثة ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ فلو كان الخلع طلاقا، لكان عدد الطلقات هنا حسب ما ورد في الآية الكريمة أربعة، وهذا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجا آخر، فإن هو دخل بها دخولا شرعيا ثم طلقها، فتحل لزوجها الأول.¹⁵

وما يدل أيضا على أنه فسخ هو أن النبي ﷺ أمر ثابت بن قيس أن يطلق امرأته في الخلع تطليقة ومع هذا أمرها أن تعتد بحيضة وهذا صريح في أنه فسخ.

2.1.3 الخلع طلاق: أما الذين اعتبروا بأن الخلع طلاقا فإنه روي عن عثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعن جماعة من التابعين أن الخلع يعد طلاقا، وفي ذلك قال الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي، وهذا الحكم مؤكد سواء كان الخلع على مال أم كان بغير ذلك؛ لأن الله شرع الخلع كي تملك الزوجة نفسها وهذا ما يتعارض مع الطلاق الرجعي.

وأدلة الخلع على أنه طلاق؛ حديث الرسول ﷺ لامرأة ثابت بن قيس "ردي عليه حديثه"، ومفهوم الرد هو المفارقة والتخلية التي يقع بها الطلاق.

قال جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والأحناف أن الخلع يقع به الطلاق بائنا، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ أو تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴿وقوله أيضا: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ثم قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما.¹⁶

وأساس الاختلاف يكمن في الاعتداد بالطلاق فمن رأى بأنه طلاق احتسبه طلقة بائنة، ومن رأى أنه فسخ لم يحتسبه.

ولذلك فالتكييف القانوني للخلع هو كالطلاق على مال، فيعتبر يمينا في جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة من جانب المرأة، لأنه شبه بالتبرعات بحيث تدفع له مبلغ من المال في مقابل افتداء نفسها من رابطة زوجية أصبحت لا تطبقها.

3.1.3 موقف المشرع الجزائري: أما موقف المشرع الجزائري بالنسبة لهذه المسألة فلم يتطرق إليها على الإطلاق، لكن يمكن أن نستخلص بأنه اعتبر الخلع طلاقا على أساس أنه أورده تحت باب انحلال الزواج في الفصل الخاص بالطلاق، لأنه لو كان يقصد به الفسخ لذكره في الفصل الخاص بالفسخ.

إضافة إلى ذلك أن الفسخ يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد كاختلال أحد أركانه، بينما لو نظرنا إلى الخلع فهو يرد على علاقة زواج شرعية لم يعترها أي عارض يعيب العقد، ومن ثم يرد عليه الطلاق وليس الفسخ.

فالفسخ في مفهوم المشرع الجزائري يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد، ويتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، وبينما الأمر يختلف عليه في الخلع، إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعترها أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة عن العقد تستهدف حل الرابطة الزوجية.¹⁷

2.3 اشتراط موافقة الزوج على الخلع:

غير أنهم اختلفوا في وجوب رضا الزوج في الخلع من عدمه.¹⁸

1.2.3 الرأي الأول: رضا الزوج شرط لصحة الخلع (قانون الأسرة قبل التعديل): يرى أصحاب هذا الرأي بأن الخلع لا يكون صحيحا إلا إذا رضي به الزوج، وقد نص قانون الأسرة قبل التعديل لسنة 1984 في المادة 54 منه على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع زوجها على مبلغ من المال يتم الاتفاق عليه..".

وقد قيل عن هذه المادة أنها غير واضحة وأنها لم تبين هل القاضي ملزم بالحكم بالخلع للزوجة دون رضا زوجها، أم أن رضا الزوج ضروري ولا بد منه.

لكن الاجتهاد السائد حينها أنه لا يحق للزوجة المطالبة بالانفصال عن طريق الخلع إلا بالموافقة الصريحة للزوج، على اعتبار أنه عقد رضائي، ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه. وأكد هذا قرار صادر عن المحكمة العليا في 1988.02.21 إذ جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه".¹⁹

نفهم من خلال هذا القرار أنه كان يشترط لصحة الخلع رضا الزوج، أي بمفهوم المخالفة أنه إذا لم يرض الزوج بذلك فلا يقع الخلع؛ رغم أن الزوجة أصبحت لا تطيق العيش معه. وهذا غير منطقي لأن الخلع شرع أصلا لمصلحة الزوجة، في صورة رخصة وذلك لتمكينها من طلب التظليق من الزوج الذي أصبحت لا تحتمله وخافت من أن تقع في الحرام.

2.2.3 الرأي الثاني: رضا الزوج ليس شرطا لصحة الخلع (قانون الأسرة بعد التعديل): لا يشترط لصحة الخلع رضا الزوج وإنما يكفي عرض الزوجة لمقابل الخلع، وفي هذا الشأن صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا تقضي بذلك منها القرار المؤرخ في 2000/11/21 الذي جاء فيه: "أن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه، غير مشروط قانونا وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين".²⁰ وفي نفس السياق صدر قرار آخر جاء فيه: "إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج، وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل".²¹

لهذا فإن المشرع الجزائري قد نص في المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02، على أنه: "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". حيث نستخلص من المادة 54 بأن الخلع عقد معاوضة بين الزوجين، شرع لمصلحة الزوجة لغرض إنهاء الحياة الزوجية وإيرادتها المنفردة ودون موافقة الزوج، مقابل عوض أو مبلغ من المال تقدمه لزوجها.²²

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أكد صراحة على أن رضا الزوج في الخلع غير مشروط، وأنه حق للزوجة تمارسه بإرادتها المنفردة؛ مستندا إلى الاجتهاد المتواتر والمستقر عليه من المحكمة العليا منذ سنة 1997، وأخذا برأي المالكية في هذه المسألة، رغم أن الجمهور يرى وجوب رضا الزوج بالخلع.

وهو ما يجد تبريره في أن اشتراط رضا الزوج يفتح الباب أمام ابتزاز الأخير للزوجة الراغبة في الخلاص منه، وهو أمر يتنافى والمقصود الأساسي من تشريع الخلع، ومُنهيها في ذات الوقت ما كانت تثيره المادة 54 قبل تعديلها من لبس بنصها على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه."

وهو رأي حسن يتماشى والحكمة من مشروعية الخلع من تمكين الزوجة من رفع الضرر اللاحق بها، وفك الرابطة الزوجية متى أصبحت استمرارية الحياة غير ممكنة، كما أنه أداة أعطيت للمرأة، في مقابل ما للزوج من حق في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة عن طريق الطلاق.

ونحن بالنسبة لهذين الاتجاهين فإننا نميل إلى الاتجاه القائل بعدم اشتراط رضا الزوج في الخلع؛ على أساس أن الخلع هو حق للزوجة منحتها لها الشريعة الإسلامية،²³ وأكدته لها القانون، فهو بيد الزوجة، كما هو الطلاق بيد الزوج.

كما أنه لو اشترط رضا الزوج؛ لتعسف في ذلك وظلم الزوجة وأبقاها معلقة وألحق بها أضراراً خاصة إذا لم تستطع إثبات هذه الأضرار من أجل رفع دعوى الخلع. وعلى أساس ذلك فإن الخلع يتم بناء على الشروط التالية:

- أن يتم دون موافقة الزوج.
- لا يتم الخلع إلا في عقد الزواج الصحيح.
- أن لا يكون الزوج قد أساء إلى زوجته ولحققتها أضرار من جراء تصرفاته، ففي هذه الحالة فإن الزوج هو الذي يرغب في أن يتخلص من زوجته ويريد من وراء ذلك الحصول على مقابل، لذلك فإنه يقع الطلاق ولا يأخذ الزوج شيئاً مهما كان مهرها.
- يشترط في هذا النوع من الطلاق الأهلية الكاملة خاصة بالنسبة للزوجة التي يشترط فيها أهلية التبرع.

3.3 بدل الخلع: والمقصود به هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها لقاء طلاقها، ولا يمكن أن يكون هذا المقابل طبقاً للمادة 54 ق.أ إلا مبلغاً من المال؛ وينبغي أن يكون المقابل مالا معلوماً ومتقوماً شرعاً، غير أنه لا يجوز أن يكون مقابل الخلع حضانة الأولاد؛ لأنه لا يجوز التصرف في حق الغير، بينما يجوز أن يكون مؤجلاً المهر أو نفقة العدة، غير أنه تنص المادة 2/54 من قانون الأسرة على أنه:

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".²⁴

فالمسألة هنا مرتبطة بموافقة الزوج؛ فإذا طلبت منه الزوجة مخالعتها بدون أن تذكر بدل الخلع، ووافق الزوج على ذلك ولم يطالبها به، فهنا نكون أمام فك للرابطة الزوجية بطريق الخلع وهذا أخذا بالمذهب المالكي.

ولهذا نفهم من ذلك بأنه لا يشترط ذكر البدل في المخالعة، فبمجرد اتفاق الطرفين على المبدأ حتى وإن لم يتعرضوا إلى ذكر البدل ولم يطالب به الزوج فيقع الخلع.

وهنا يُطرح السؤال التالي: هل يجوز للزوج أن يطلب بدل الخلع أكثر من المهر الذي أعطاه لها؟ هناك آراء مختلفة بالنسبة لهذه المسألة، فهناك من يرى بأنه يمكن للزوج أن يأخذ من زوجته مقابل خلع يفوق المهر الذي أصدقه إياها، مستندين في ذلك على قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾²⁵. وهذا عام يتناول القليل والكثير. وفي هذا الشأن قال الإمام مالك ابن أنس أنه لا بأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاه.

وهناك من يرى بأنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطاه، وهذا استنادا لما رواه الدارقطني عن أبي الزبير: "إن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبي بن سلول وكان أصدقها حديقة فقال الرسول ﷺ: أتردين عليه حديقته التي أعطاك، قالت نعم وزيادة، فقال النبي ﷺ: أما الزيادة فلا ولكن حديقته، قالت نعم فأخذها له وخلي سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ".²⁶

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة فنجد أنه قد أخذ بالمذهب المالكي، بحيث أنه ترك مسألة تحديد مقابل الخلع للطرفين؛ أي لهما كامل الحرية في تقدير المبلغ، فإذا تم الاتفاق بينهما فلا يثار هناك أي إشكال، أما إذا لم يتم الاتفاق بينهما على مقابل الخلع؛ فهنا أعطى المشرع الحق للقاضي في التدخل لحسم هذا الخلاف وتقديره شريطة أن لا يتجاوز صداق المثل.

4. خاتمة:

إذا كان المشرع الجزائري قد أعطى الزوج حق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة بواسطة الطلاق، فقد عزز المشرع مركز المرأة (الزوجة) القانوني، وذلك بمنحها حق فك هذه الرابطة بواسطة الخلع والتطليق، وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية وثبته قانون الأسرة الجزائري، وإن كان الخلع والتطليق

يتفقان في كونهما بطلب من الزوجة إلا أنهما يختلفان في المرجعية والأساس، وكذا من حيث السلطة التقديرية للقاضي والآثار المترتبة عن كليهما. ومما سبق ذكره يتضح لنا الفرق بين الخلع والتطليق، ونلخصه فيما يلي:

أوجه الاتفاق بين الخلع والتطليق:

- يكونان بمبادرة وطلب من الزوجة.
 - تتم الفرقة بين الزوجين بحكم قضائي.
 - الفرقة فيهما هي طلاق بائن.
 - الأحكام فيهما غير قابلة للاستئناف، فيما عدا جوانبها المادية (المادة 57 من قانون الأسرة).²⁷
- أوجه الاختلاف بين الخلع والتطليق

- التطليق يبنى على أسباب مادية (يتطلب إثبات إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة)، بينما الخلع يبنى على أسباب نفسية (لا يتطلب أي إثبات).
- التطليق يُعطي الحق للمرأة في المطالبة بالتعويض، بينما في الخلع هي التي تدفع مقابل الخلع.
- في التطليق تحديد مقدار التعويض يكون بناء على السلطة التقديرية للقاضي، بينما في الخلع إما الاتفاق على مبلغ الخلع وإما يقدره القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.²⁸

النتائج:

- وسّع المشرع الجزائري طرق فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة، وذلك بالزيادة في الأسباب التي تجيز للمرأة طلب التطليق، ومنها عدم وفاء الزوج بشروطها (المادة 53).
- ارتقى التعديل الأخير بالخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل للزوجة، فأصبح للزوجة الحق في الخلع دون اشتراط موافقة الزوج (المادة 54).

الاقتراحات:

نقترح حذف الفقرة 10 من المادة 53 (كل ضرر معتبر شرعا) لأن كل الحالات المذكورة هي "ضرر معتبر شرعا"، وإعادة صياغة المادة على النحو التالي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا لا سيما في الحالات التالية:..."، وهذا لكي يُفهم أن الأصل في طلب التطليق هو الضرر المعتبر شرعا، وأن الحالات المذكورة هي على سبيل المثال وليست على سبيل الحصر.

5. الهوامش:

- 1 سورة النساء الآية 21.
- 2 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984
- 3 محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر بن عكنون 2002/2001، ص 64.
- 4 تم التعديل بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.
- 5 آت ملويا لحسين بن شيخ، قانون الأسرة مفسرا مادة مادة للمبتدئين والممارسين، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى 2008، ص 58.
- 6 محمد توفيق قديري وميلود بن حوحو، تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري (قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجا)، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس عشر، سبتمبر 2017، ص 275.
- 7 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، تعتبر الشريعة العالمية لحقوق جميع النساء، والتي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعرضتها على الدول الأعضاء في المنظمة الدولية، قصد التوقيع والتصديق والانضمام إليها في 18 ديسمبر 1979. ثم بعد ذلك دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1981 حال تصديق الدولة العشرين عليها، وهي تمثل صك شامل يجمع كل الحقوق المنصوص عليها في الإعلانات والاتفاقيات السابقة المتعلقة بحقوق الإنسان بشكل عام وحقوق المرأة بوجه خاص، ويضيف إليها قائمة كاملة بالحقوق التي من حق المرأة أن تتمتع بها
- 8 أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، الطبعة الرابعة، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص 368.
- 9 رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية-، مجلة تاريخ العلوم، العدد السابع، مارس 2017، ص 79.
- 10 سورة البقرة الآية 229
- 11 سورة النساء الآية 19.
- 12 محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مؤسسة زاد للنشر والتوزيع، القاهرة، السنة 2012، الطبعة الأولى، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم 5273، ص 772.
- 13 رابح بن غريب، المرجع السابق، ص 80.
- 14 سورة البقرة الآية 230.

- 15 منال محمود المشني: الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الطبعة 1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 6.
- 16 جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهللي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2003، ص 111-112.
- 17 سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ص 53-54.
- 18 ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية أنه للزوج رفض طلب زوجته في الخلع ولا بجبر عليه، الأمر الذي يترتب عليه انتفاء إرادة الزوجة في إيقاع الخلع دون رضا الزوج، فيما ذهب المالكية إلى القول بوجود استجابة الزوج لرغبة امرأته في طلب الخلع، ومن ثم للمرأة الإرادة المنفردة في الحصول على الطلاق بالخلع بإجبار الزوج عليه لوجوبه.
- 19 المجلة القضائية 1990، عدد 3، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51728، بتاريخ: 1988.11.21، ص 72.
- 20 المجلة القضائية 2001، عدد 1، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 252994، بتاريخ: 2001/11/21، ص 293.
- 21 المجلة القضائية 1994، عدد 1، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 103793، بتاريخ: 1994/04/19، ص 96.
- 22 عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الثالث عشر، جوان 2015، ص 106.
- 23 لأن ثابتاً وزوجته رفعا أمرهما إلى النبي ﷺ، وألزمه الرسول ﷺ بأن يقبل الحديقة ويطلقها تطليقة بما تقدم من الحديث، دون أن يطلب موافقته. فالخلع حق للمرأة جعله الله لها تمارسه حتى بدون موافقة الزوج، في مقابل حقه هو وحده في إيقاع الطلاق دون رضاها.
- 24 رابح بن غريب، المرجع السابق، ص 82.
- 25 سورة البقرة الآية 229.
- 26 نفس المرجع السابق، ص 83.
- 27 رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية-، مجلة تاريخ العلوم، العدد السابع، مارس 2017، ص 86.
- 28 نفس المرجع السابق، ص 87.