

## دراسة فقهية للمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري

أ. العيفاوي القايد

معهد الحقوق والعلوم السياسية

المركز الجامعي-مرسلي عبد الله.

ملخص:

الخلع هو وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية يتم بلفظ الخلع أو فيما معناه في مقابل عوض تلتزم به الزوجة لقاء التفريق بينهما، ولقد ثبت جواز الخلع في الشريعة الإسلامية، واتفق جمهور العلماء على أن الخلع يتم بموافقة الزوج واقتدى بذلك المشرع الجزائري إلا أن هذا الأخير تأرجح في تكييف الخلع هل هو رخصة للزوجة وبالتالي يكون بموافقة الزوج ، أو هو حق لها دون موافقة الزوج، فقبل تعديل قانون الأسرة 11/84 كان الخلع بموافقة الزوج مقابل عوض تدفعه الزوجة له، وبعد تعديل القانون السالف الذكر بالأمر 02/05 نص المشرع الجزائري صراحة على أنه دون موافقة الزوج، ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري أخذ بالخلع عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية وانتقل بين طرفي نقيض في اعتبار رضا الزوج على مبدأ الخلع، ثم نص أخيراً على أن الخلع يتم دون موافقة الزوج، دون تعريف للخلع ولا بيان لشروطه، و قول جمهور العلماء برضاية الخلع هو الأصلح للأسرة الجزائرية، خاصة مع إرتفاع نسب معدلات فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

### Summary:

The Algerian legislator stated before the amendment that Khul 'is done with the consent of the husband ... After the amendment of the family law, it was stated that khula' is done without the husband's consent. This has led to serious repercussions on Algerian society with increasing divorce cases. Algerian to take the words of the majority of scholars in this subject. The majority of sholars agree that khul is a consensual contract. this is the most appropriate for Algerian societ

## مقدمة:

إن الزواج نظام إلهي شرعه الله تعالى لمصلحة المجتمع وسعادة أفرادهِ، وهو رابطة تربط الرجل بالمرأة لتكوين أسرة صالحة، ولقد حثت الشريعة الإسلامية على الزواج ووضعت له أحكام وضوابطاً لما فيه من السكن والمودة والرحمة بين الزوجين، مصداقاً لقوله تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " وهذا الأصل في الحياة الزوجية أن تكون مبنية على المحبة والألفة والسكن، لكن قد يطرأ على العلاقة الزوجية طارئ يعكر صفوها، مما قد يجعل إستمرار الحياة الزوجية أمراً عسيراً، و تستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية، فإذا كانت الكراهية من طرف الزوج فبيده الطلاق وهو حق من حقوقه وله أن يستعمله في حدود ما شرعه الله، وإن كانت الكراهية من الزوجة فقد أجاز الشارع لها أن تتخلص من زوجها عن طريق التطليق أو الخلع، هذا الأخير الذي قد تلجأ إليه الزوجة التي تبغض زوجها ويستعصي عليها معالجة أسباب الكراهية، فيكون حلها الوحيد هو الخلع وهو وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية يتم بلفظ الخلع أو في معناه في مقابل عوض تلتزم به الزوجة لقاء التفريق بينهما، ولقد ثبت جواز الخلع في الشريعة الإسلامية، واتفق جمهور العلماء على أن الخلع يتم بموافقة الزوج واقتدى بذلك المشرع الجزائري إلا أن هذا الأخير تأرجح في تكييف الخلع هل هو رخصة للزوجة وبالتالي يكون بموافقة الزوج عليه، أو هو حق لها دون موافقة الزوج، فقبل تعديل قانون الأسرة 11/84 كان الخلع بموافقة الزوج مقابل عوض تدفعه الزوجة له، وبعد تعديل القانون السالف الذكر بالأمر 02/05 نص المشرع الجزائري على أن الخلع يتم دون موافقة الزوج مقابل عوض تدفعه الزوجة له، ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري أخذ بالخلع عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية وانتقل بين طرفي نقيض في اعتبار رضا الزوج على مبدأ الخلع، ثم نص أخيراً على أن الخلع يتم دون موافقة الزوج، دون تعريف للخلع ولا بيان لشروطه، وهنا تبرز الإشكالية فيما لو كان هذا هو نظام المخالعة فكيف يتأتى تطبيقه؟ حيث لو طلبت

الزوجة المخالعة، هل يقع الفراق بينهما بمجرد التماسها ذلك؟ أم يشترط لإيقاع الطلاق خلعا أن يتراضيا به الزوجان؟  
ولمعالجة ذلك لا بد من تعريف الخلع وبيان شروطه وطبيعته ثم التطرق لمدى اعتبار رضائية الزوج على مبدأ الخلع في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، وذلك من خلال الخطة التالية:

### المبحث الأول: مفهوم الخلع

المطلب الأول: تعريف الخلع وطبيعته

المطلب الثاني: مشروعية الخلع وشروطه

المبحث الثاني: مشروعية رضا الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: مشروعية رضا الزوج بالخلع في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: مشروعية رضا الزوج بالخلع في قانون الأسرة الجزائري

### المبحث الأول: مفهوم الخلع

المطلب الأول: تعريف الخلع وطبيعته:

#### أولا- تعريف الخلع

لغة: يقال خالعت المرأة زوجها مخالعة، وقد اختلعت من زوجها بأن تفتدي نفسها منه بشيء تبذله له منها أو من غيرها ويخلعها على ذلك<sup>1</sup>.  
ويقال خلع امرأته خلعا، أي طلقها بفدية من مالها.  
والخلع أن يطلق الرجل زوجته على فدية منها<sup>2</sup>.  
والخلع هو استعارة من من خلع اللباس لأن كل واحد من الزوجين هو لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه<sup>3</sup>.

في الاصطلاح الشرعي: اختلفت تعاريف المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة له .

فعرفه المالكية بأنه طلاق بعوض ولو من غير الزوجة أو بغير لفظ الخلع أي كناية دون استعمال لفظ الخلع<sup>4</sup>.

الحنفية: فراق إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ خلع أو فيما في معناه وقبول الزوجة<sup>5</sup>.

الشافعية: فرقة بين الزوجين بعوض مقصود لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع<sup>6</sup>.

وعرفه الحنابلة بأنه: فراق الزوج زوجته على عوض منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة<sup>7</sup>.

وفي الاصطلاح الفقهي القانوني هو عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته انهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر، تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعا تدفعه الزوجة، فينتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي<sup>8</sup>.

والمشروع الجزائري نص على الخلع في المادة 54 المعدلة بالأمر 05/9، حيث نصت المادة على " أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

#### ثانيا: طبيعة الخلع:

لقد اختلف أهل العلم في تحديد طبيعته، فقول الجمهور من المالكية<sup>10</sup>، والأحناف<sup>11</sup>، والصحيح من قول الشافعية<sup>12</sup>، إلى أن الخلع طلاق، وذهب الحنابلة في إحدى الروايتين عنهم أنه فسخ<sup>13</sup>.

وفائدة الخلاف أنه لو كان الخلع فسخا لم يعد طلاقا، فلا يحسب من عدد الطلقات<sup>14</sup>، فليس على المختلعة في هذه الحالة عدة الطلاق بل تستبرئ بحیضة<sup>15</sup>.

والخروج من الخلاف مستحب، لهذا أرجح رأي الشافعية من إيقاع الخلع بأن يتلفظ الزوج بالطلاق<sup>16</sup>.

وملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور واعتبر الخلع طلاق بنصه في المادة 48 من ق أ على أنه " ... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

## المطلب الثاني: مشروعية الخلع وشروطه:

## أولاً: مشروعية الخلع:

من الكتاب قوله تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تآخذوا مما آتيتموهن شيئاً إن يخافا ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"<sup>17</sup>

وجه الدلالة من الآية الكريمة : لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته مالا تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء الحقوق الزوجية بينهما، مثل بغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها، فإذا حدث شقاق ونشوز في هذه الحالة وتعدر الإصلاح بينهما، أجاز الشرع للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها<sup>18</sup>، لطلاقها وهذا ما يسمى الخلع.

و جاءت أحكام الخلع في آيات أخرى:

قال تعالى " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثماً مبين"<sup>19</sup>

هذه الآية تمنع الزوج أن يأخذ من زوجته مالا ليطلقها إذا كان النشوز منه، وقال تعالى : " وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير"

قال تعالى " وإن يتفرقا يغن الله كل من سعته وكان الله عليماً حكيماً"<sup>20</sup>

ومن السنة النبوية عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: " جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أكره الكفر في الإسلام، فقال صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديثه، قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إقبل الحديقة وطلقها تطليقة"<sup>21</sup>

ووجه الاستدلال من الحديث النبوي أنه يجوز للمرأة أن تطلب الإختلاع من زوجها، إن خافت لو بقيت تحت عصمته أن لا تقيم حدود الله، وذلك بأن لا تقدر على تأديتها واجباتها

نحو زوجها فتد له الصداق الذي أعطاها ويفترقا، وإن لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فإنه يكره للزوجة أن تطلبه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"<sup>22</sup>

### ثانيا: شروط الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

سأتطرق إلى شروط الخلع اعتمادا على قواعد الفقه الإسلامي وعلى ما جاء في نص المادة 54 المعدلة بالأمر 02/05 من قانون الأسرة الجزائري، ومن الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري اعتمادا على المادة السابقة، شرط قيام الرابطة الزوجية، وشرط استعمال لفظ الخلع، وأن ينبنى على إيجاب وقبول، وأن يكون على مبلغ من المال تقدمه الزوجة للزوج.

**1- قيام الرابطة الزوجية:** فالغرض من الخلع هو خلاص الزوجة من قيد الزوجية، وهذا القيد إنما يكون في النكاح الصحيح، و لا يمكن للمرأة أنتخالع رجلا إلا إن كان يجمعهما رابطة زوجية، بعقد صحيح حقيقة أو حكما، كما لو كانت في عدتها من الطلاق الرجعي<sup>23</sup>، وعليه فلا حاجة للخلع في النكاح الفاسد المنصوص عليه في المواد 32، 33، 34 من قانون الأسرة، فهذه علاقة زوجية واجبة الانفصال بحكم الشرع والقانون.

**2- أن لا يعتمد الزوج أذية الزوجة حتى تحتلع منه،** فإن فعل فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا أبدا ورد عليها مالها، وهو بهذا عاص، والخلع يقع طلاقا بائنا، فلو أراد مراجعتها لا يحل له إلا بعد عقد جديد<sup>24</sup>.

**3- أن لا تطالب الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر،** تخاف معها أن لا تقيم حدود الله تعالى في نفسها أو في حقوق زوجها.

**4- أن يرد اللفظ الدال على الخلع:** قال الأحناف: ألفاظ الخلع هي الخلع، والمبارأة، والمفارقة، والبيع، والشراء وقال المالكية هي أربعة: الخلع والمبارأة والصلح والفدية، وقال الشافعية والحنبلة يقع الخلع بلفظ الطلاق الصريح والكناية مع النية<sup>25</sup>، وللخروج من الإختلاف هذا ولو أن جميع الألفاظ تصح، فالأفضل أن يرد الخلع بصيغة الطلاق لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " إقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

5- أن ينبنى على إيجاب وقبول: ويتم ذلك بتفاعل بتفاعل الطرفين ويتوقف حصول الفعل على إرادتهما، بأن تكون هي البادئة وهو المكمل، أو العكس، أي يكون الفعل بإرادتهما<sup>26</sup>

6- أن يكون الخلع بمقابل: فحتى يكون الخلع صحيحا ومنتجا لآثاره، يجب على الزوجة الكارهة لزوجها أن تقدم مبلغا من المال نظير خلعها منه، فتقول له مثلا خالعتك على مبلغ كذا وتحدد قيمته، أو على أي شيء متقوما بمال حسب الاتفاق، وقال جمهور العلماء في جواز أن تعطي الزوجة مقابل تسريح الزوج لها كل ماها له<sup>27</sup> لعموم قوله تعالى " فلا جناح عليهما فيما افتدت به"<sup>28</sup>.

7/- ألا يكون الخلع محل طلب مقابل: أي يجب أن ترفع الزوجة دعوى الخلع دون مقابل ما يرفع الزوج أو يطلبه، هذا ما جاء صريحا في القرار المؤرخ في 15/سبتمبر 2011 أنه " ترفع دعوى التطليق أو الخلع بدعوى مستقلة لا يكون التطليق أو الخلع محل طلب مقابل، ما لم يوافق الزوج عليه، من دون قيد أو شرط"<sup>29</sup>.

ولكن مادة واحدة مقتضبة في الخلع ليست كافية خاصة وأنها تعتبر في نظر الكثيرين حقا خالصا للمرأة، له من الأهمية والحساسية ما يستدعي تخصيص أكثر من مادة للتعرض لشروط الإلتجاء إليه، وربما وضع بعض القيود عليه حتى لا تستعمله المرأة دون وجه حق أو دون أن يتحقق الجانب النفسي الذي من أجله أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس أن يطلق زوجته، كما أن المشرع الجزائري لم يذكر أي شرط يخص طرفي المخالعة، كما لم يتعرض للأمور التي لا ينبغي أن تكون بدلا في الخلع كعدم جواز التنازل عن حضانة الأولاد أو نفقتهم، كما لم يتعرض للإجراءات الخاصة التي لا بد للقاضي أن أن يسلكها للصلح بين الزوجين، وأخص بالذكر تعيين الحكّمين لمحاولة الصلح قبل الحكم بالخلع، وهذا لا يعني عدم تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/01/14 والذي قضى بأن القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري<sup>30</sup>.

## المبحث الثاني: مشروطة رضا الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري المطلب الأول: مشروطة رضا الزوج بالخلع في الفقه الإسلامي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج لا يجبر على قبول المخالعة إذا لم يرضى بها، وهذا مذهب الحنابلة، جاء عن ابن تيمية وقد سئل عن من أكرهت زوجها على الخلع ثم تزوجت غيره، هل يصح زواجها الثاني؟، فقال: "إن كان الزوج الأول أكرهه على الفرقة بحق مثل أن يكون مقصرا في واجباتها، أو مضرا لها بغير حق من قول أو فعل كانت الفرقة صحيحة، والنكاح الثاني صحيحا، وهي زوجة الثاني، وإن كان أكره بالضرب أو الحبس وهو محسن لعشرتها حتى فارقها لم تقع الفرقة، بل إذا أبغضته وهو محسن إليها فإنه يطلب منه الفرقة من غير أن يلزم بذلك، فإن فعل وإلا أمرت المرأة بالصبر عليه إذا كان ما يبيح الفسخ<sup>30</sup> .

ورضا الزوج بالخلع مستحب غير لازم عند الشافعية، قال ابن حجر : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إقبل الحديقة وطلقها تطليقة" هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب<sup>31</sup>، وذهب جمهور العلماء إلى أن ذلك الأمر كان للإرشاد والإصلاح، ومن ثم لا يجوز للقاضي شرعا أن يجبر الزوج على المخالعة، وكل ما في الأمر أنه يستحب للزوج أن يفارق زوجته إذا رأى أنها تبغضه ولا تطبيق العيش معه، وفي هذا المعنى يقول الإمام الطبري في تفسيره "غير أني أختار الرجل إستجابا لا تحتيمًا، إذا تبين من امرأته أن إفتدائها منه لغير معصية لله، بل خوفا منها على دينها، أن يفارقها<sup>32</sup> .

وهذا مذهب الأحناف كذلك قال البهوتي: "وتسن إجابتها -ويقصد الزوجة- إذا سأله الخلع على عوض<sup>33</sup>، وإلى هذا أيضا ذهب الظاهرية، قال ابن حزم "الخلع هو الإفتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا توفيه حقه أو خافت أن يبعثها فلا يوفيهها حقها فلها أن تفقدي منه ويطلقها إن رضي هو، وإلا لا يجبر هو ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما<sup>34</sup> . ونقل أن مالكا يرى الخلع بدون رضا الزوج، وذلك لما ورد في المدونة أن مالكا قال في الحكمين: "فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما وإلا فرقا بينهما، ثم يجوز فراقهما دون الإمام وإن رأيا أن يأخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا<sup>35</sup> وأن ابن رشد قال: "والفقه 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<sup>36</sup>، وأن ابن الجوزي قال: " أن يكون خلع المرأة اختيارا منها وحبا في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه بها، فإن انخرم أحد الشرطين نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع<sup>37</sup>

والأمر الواضح هنا أن ما قاله مالك أو ابن رشد أو ابن الجوزي رحمهم الله لا يدل إطلاقا على أنهم يرون الخلع بدون رضا الزوج، بيد أنه إذا اشتد الخصام حتى اضطر القاضي إلى تعيين الحكّمين فإن حكمهما نافذ ولو قضيا بالخلع دون رضا الزوج، فحكم الحكّمين عند المالكية ينفذ حكم الحاكم في الأفضية<sup>38</sup>

وأما ما قاله ابن رشد فلا يزيد على أنه قرر أن الخلع حق للمرأة كما أن الطلاق حق للرجل، لا أن توقعه بالكيفية التي يوقع بها الزوج الطلاق، وفي قوله : والفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق" ما يدل على أن الخلع عنده لا يقع إلا برضا الزوج، يوضح هذا المعنى ما قاله الإمام الشنقيطي من : " أن العوض المبذول للزوج من جهتها إنما بذلته في مقابلة ما يملكه الزوج وهو الطلاق<sup>39</sup>

وليس في قول ابن الجزري كذلك ما قد يوحي أنه يرى الخلع بدون رضا الزوج، بل في تعريفه للخلع في معناه أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل على أن يطلقها<sup>40</sup> وهو ما أخذ به جمهور العلماء .

ومما يؤكد أن المالكية لا يرون الخلع إلا برضا الزوج، أنهم لم يوقعوه إلا بتلفظ الزوج بالطلاق<sup>41</sup> وبالتالي فإن جمهور الفقهاء بمن فيهم علماء المالكية، يرون الخلع لا يقع إلا برضا الزوج كأصل عام، إلا إذا قضى به الحكّمين<sup>42</sup> وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إقبل الحديقة وطلقها تطليقة" هو أمر إيجاب ولكن ما صرفه للندب والاستحباب هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنما الطلاق لمن أمسك بالساق<sup>43</sup>، وهذا دليل على أحقية الرجل بإيقاع الطلاق، ومما يؤكد هذا أيضا قوله تعالى: " فلا جناح عليهما فيما افتدت به<sup>44</sup> أن

الخطاب موجه للزوجين معا فدل لفظ عليهما على أن تنصرف إرادة كل منهما إلى إيقاع الخلع وما يتعلق به، إلا أن شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله قال بالتمييز بين حالتين: **الحالة الأولى:** إذا ثبت للقاضي أن الزوج فعلا مقصر في واجباته نحو زوجته، أو مضر لها بغير حق، سواء بالقول أو الفعل، ورغم ذلك لا يريد هذا الزوج قبول الخلع، جاز للقاضي أن يلزمه بذلك.

**الحالة الثانية:** إذا ثبت للقاضي أن الزوج محسن لزوجته، ولكنها رغم ذلك تبغضه، ففي هذه الحالة يتعذر على القاضي أن يجبره على قبول الخلع، وإنما يأمره على وجه الإستحباب بفراقها، ويأمر المرأة بالصبر عليه إن لم يوجد ما يبيح الفسخ<sup>45</sup>. لكن في هذه الحالة لا يجب أن يأخذ قول ابن تيمية رحمه الله على إطلاقه، بل في حالة تعنت الزوج وعدم قبوله المخالعة وتيقن القاضي من تضرر المرأة من ذلك واستحال التوفيق بينهما، ففي هذه الحالة استثناء ويبقى الأصل لزوم رضا الزوج على مبدأ الخلع.

### المطلب الثاني: مشروطة رضا الزوج بالخلع في قانون الأسرة الجزائري

نظم المشرع الجزائري غداة صدور قانون الأسرة الجزائري موضوع الخلع بمادة واحدة، جاءت غامضة في صياغتها، فلم تحدد ما إذا كان الخلع عقدا رضائيا وبالتالي عدم جبر الزوج على الخلع، ام تصرفا إنفراديا من طرف الزوجة، لكن بعد التعديل فصل المشرع في هذا الموضوع و أجاز صراحة للزوجة الخلع دون موافقة الزوج.

فالإجتهاد القضائي في الجزائر نحي في أول الأمر منحى جمهور الفقهاء من إشتراط رضا الزوج على الخلع، ومما جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع"<sup>46</sup>

و جاء في القرار المؤرخ في 1 نوفمبر 1988 أنه " من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه"<sup>47</sup>

إلا أنه سرعان ما غير الإجتهد القضائي موقفه فقضى في القرار المؤرخ في 19/أفريل 1994 على: "إن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج"<sup>48</sup> وفي قرار آخر في نفس التاريخ قضى "أن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه ق أ وسواء رضي به الزوج أو لم يرض فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى موافقة الزوج"<sup>49</sup> وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري بعدها إلى حين أتت المادة 54 من ق أ والمعدلة بموجب الأمر 02/05 لتحسم بنصها "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها بمقابل مالي..."

والملاحظ هنا أن الخلع في الجزائر انتقل بين طرفي نقيض، فلما كان لا يقع إلا برضا الزوج صار بعد ذلك حقا خالصا للمرأة توقعه دون الحاجة إلى رضا الزوج.

وجاء في عرض الأسباب أن التعديل المدخل على هذه المادة يهدف إلى توضيح أحكام الخلع عن طريق تكريس الإجتهد القضائي للمحكمة العليا، وتأكيد حق المرأة في خلع نفسها من زوجها دون الحاجة إلى موافقة الزوج، وصدرت أحكام عدة بعد هذا التعديل قضت بخلع الزوجة دون موافقة الزوج، ومال الفقه الجزائري إلى تأييد هذه الأحكام، فكتب الدكتور الغوثي بن ملح: "وفي رأينا أن تطبيق الزوجة عن طريق الخلع، هو بيد الزوجة، مثل ما أن حل الرابطة الزوجية هو بإرادة الزوج"<sup>50</sup>، ولكن هذا قول فاسد شرعا، فلو كانت صحيحة فلماذا كان الخاب موجه للزوجين عا في قوله تعالى "ولا يحل لكم أن تآخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به: في حين أن الخطاب عندما تعلق بالطلاق كان موجها للرجال فقط "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"، ولماذا سمى الله سبحانه الخلع فدية وهي تتضمن معنى المعاوضة ومن ثم كانت تستلزم التراضي؟ وإذا كان الأمر كذلك فلماذا عرف الفقهاء بالإجماع الخلع أنه عقد على الطلاق بعوض، ومنهم من قال أنه لو جعلنا الخلع بموافقة الزوج لكننا أمام طلاق بالتراضي، ولكن الفرق واضح هنا، فالخلع يقه بمقابل في حين أن الطلاق بالتراضي دون مقابل، وفي هذا يقول الدكتور بلحاج العربي: "فالخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل مال

تدفعه الزوجة إلى زوجها إلى زوجها لقاء طلاقها، أو هو طلاق بدون منازعة أو خصام" وعليه فإنه من الخطأ الاعتقاد بأنه كالطلاق بالتراضي، لأن الفرق واضح، ولو كان الطلاق بيد الرجل يعادل الخلع بيد المرأة عند واضعي المادة 54 ق أ فما الذي يفسر مساءلة الزوج إذا أوقع الطلاق بصورة تعسفية، وهذا ما جاء في نص المادة 52 ق أ بعد تعديلها، فلماذا لم تتضمن المادة 54 حكما في نفس الاتجاه بأن تقضي بمسائلة الزوجة إذا أوقعت الخلع تعسفا دون جدوى؟ أي لماذا لا يخضعان لنفس أحكام التعسف في استعمال الحق.

فلو أن المشرع الجزائري نحى منحى جمهور الفقهاء بأن يجعل رضا الزوج هو الأصل، فينص على أن الخلع برضا الزوج إلا إذا قرره الحكمين وقضى به القاضي بعد التأكد من إستحالة العشرة بين الزوجين، لكان هذا أضمن لرعاية المصالح في إنحلال الطلاق.

#### توصيات:

#### إقتراحات بخصوص إعادة صياغة المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري

إن الحكم الذي جاءت به المادة 54 من ق أ أخل بالتوازن الذي أقامته الشريعة الإسلامية في حل الرابطة الزوجية، فالفقهاء قرروا أن الطلاق بيد الرجل، والتطبيق بيد المرأة يوقعه القاضي، والخلع بينهما، وهو رخصة للزوجة ولا يعني بتاتا أن توقعه بنفس الكيفية التي يوقع بها الرجل الطلاق، ولهذا حبذا لو يتم تعديل المادة 54 من ق أ على النحو التالي:

إما أن يتمسك المشرع بقول الجمهور القاضي باعتبار الخلع عقدا رضائيا ويكون نص المادة كالتالي: "الخلع عقد رضائي بين الزوجين تملك به الزوجة نفسها، ويملك به الزوج العوض، إذا إتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في قيمة العوض، حكم القاضي للزوج بمهر المثل وقت صدور الحكم"، وهو ما يسمى بالخلع الإلزامي وفي هذا تبني لموقف السادة المالكية، فيجيز للحكمين عند عجزهما على الإصلاح بين الزوجين التفريق بينهما خلعا ولو قضيا بدون موافقة الزوج، خاصة إذا كانت الإساءة مشتركة بينهما

أو تبني قول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله بحيث نعتبر الخلع كأصل عام عقدا رضائيا، لكن إستثناء من هذا الأصل نجيز للقاضي جبر الزوج على الخلع إذا تبين له أنه مقصر في واجباته نحو زوجته أو مضر لها بغير حق من قول أو فعل وعلى ذلك نقترح إضافة فقرة ثانية لما إقترحته سابقا بأنه إذا تبين للقاضي أن الزوج مقصر في واجباته نحو زوجته أو مضر لها بغير حق من قول أو فعل، جاز له الحكم بالخلع جبرا على الزوج مقابل رد الزوجة للمهر الذي قبضته".

خاتمة:

يجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في صياغة المادة 54 من ق أ، بما يخدم مصالح الأسرة، فالتساهل في إيقاع الخلع فيه تفكيك للأسر وإنحلال للمجتمع، فعليه أن يعمل على رعاية مصالح الطرفين، بما يحقق مصالح الأسرة، وإستقرار المجتمع، وهو ما قرره الشريعة الإسلامية بكل وضوح، فمنحت للرجل الطلاق نتيجة التكاليف الكبيرة التي يتحملها قبل وبعد الزواج، وفي نفس الوقت أجازت للمرأة طلب التطلق، بإشراف من القاضي، إذا وجد مبرر شرعي لذلك، وبين هذين الحقين أجازت للزوجين حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع باتفاق بينهما، فتملك المرأة نفسها مقابل عوض تدفعه لزوجها، فإذا تعسف الزوج في قبول الخلع، وجعله وسيلة للإبتزاز جاز للقاضي عند أهل العلم وفق ضوابط معينة، ان يجبره على ذلك، وهكذا صانت الشريعة الإسلامية حقوق كل طرف في حل الرابطة الزوجية. وتجدد الإشارة هنا إلى تنبيه الزوجة من أن طلب المرأة الطلاق من زوجها من غير سبب كبيرة من الذنوب، قال رسول الله عليه وسلم: "أئما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة" وقال صلى الله عليه وسلم " المختلعات و المنتزعات هن المنافقات"، فلقد قيد الخلع إن خيف عدم إقامة حدود الله تعالى : مصداقا لقوله تعالى: " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"

ونخلص من كل هذا أن التكييف الفقهي الصحيح للخلع، الذي عليه جمهور العلماء هو أنه عقد رضائي بين الزوجين مقابل عوض يترتب عليه الفراق بينهما، وهو التكييف الموافق للقرآن الكريم والأحاديث الصحيحة الواردة في مشروعية الخلع.

### قائمة المصادر والمراجع:

- 1- القرآن الكريم
- 2- الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق ل 27 فبراير 2005م، الذي يعدل ويتمم القانون 11/84 والمتضمن قانون الأسرة، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2015.
- 3- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005م
- 4- أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ( 395 هـ) مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، مصر، الطبعة 3، 1402هـ.
- 5- المعجم الوسيط، أخرجه ابراهيم انيس وآخرون، المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، اسطنبول، تركيا، الطبعة 2
- 6- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، لمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان 1
- 7- أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط8، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، ج2
- 8- البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيم الحنفي، ( ت 970 هـ) دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2 1413هـ
- 9- محمد الشريبي الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج شركة البابي الحلبي و أولاده، مصر، الجزء3
- 10- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، ( ت 1051هـ)، كشاف القناع على متن الإقناع، مراجعة هلال مصيلح مصطفى هلال، مكتبة النصر الحديثة، الرياض الجزء5.
- 11- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2/ دار البعث، 1989،
- 12- محمد أمين الشنقيطي، أضواء البيان، ج1، ط1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 2006،
- 13- ناصر الإسلام الرمفولي، البناء في شرح الهداية، ج5، ط2، دار الفكر، لبنان، 1990
- 14- محمد الشافعي، الأم، ج6، ط1، دار الوفاء المنصورة، 2001،
- 15- أبو محمد بن قدامة، المغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج، ج10، ط3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997،<sup>1</sup> أبو بكر العربي، أحكام القرآن، ج1، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002،
- 16- أبو الفداء بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، ط1، دار الثقافة، الجزائر، 1990
- 17- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط1، 1954م، تفسير الطبري، ج8،
- 18- البخاري، موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة، الطبعة 3، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض
- 19- سنن ابن ماجه، موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة، الطبعة 3، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، 2000
- 20- أنس بن مالك، الموطأ، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 2002م.

- 21- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ج7، ط2
- 22- ربيعة إلغات، الطلاق بالخلع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 2009، العدد04،
- 23- أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ط3، دار الوفاء، تخريج عمار الجزائر، أنور الباز، مكتبة العبيكان، الرياض، 1997،
- 24- أحمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، ط1، دار طيبة الرياض، 2005،
- 25- أبو عفر محمد بن جريري الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 485-486
- 26- منصور البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج5، عالم الكتب، بيروت، 1996،
- 27- أبو محمد بن حزم، المحلى بالآثار، ج10، الطباعة المنيرية، مصر، دون سنة النشر
- 28- محمد الألباني، إرواء الغليل، ج7، ط1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1989،
- 29- تقي الدين بن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء 32، تخريج عمار الجزائر، أنور الباز، مكتبة العبيكان، الرياض.

### قائمة الهوامش:

- 1- أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ( 395 هـ ) مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، مصر، الطبعة3، 1402هـ، ص 209.
- 2- المعجم الوسيط، أخرجه ابراهيم انيس وآخرون، المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، اسطنبول، تركيا، الطبعة 2، ص 250.
- 3- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، لمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان 178/1.
- 4- أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط8، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، ج2، ص66.
- 5- البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيم الحنفى، ( ت 970 هـ ) دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2 1413هـ، ص77.
- 6- محمد الشريبي الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج شركة البابي الحلبي و أولاده ، مصر، الجزء3/ ص 262.
- 7- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، ( ت 1051هـ )، كشاف القناع على متن الإقناع، مراجعة هلال مصيلح مصطفى هلال، مكتبة النصر الحديثة، الرياض الجزء5/ ص 212.
- 8- انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأ108ة الجزائري، ط2/ دار البعث، 1989، ص248.
- 9- الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق ل 27 فبراير 2005م، الذي يعدل ويتمم القانون 11/84 والمتضمن قانون الأسرة، والمنشور في الجريدة الرسمية ، العدد 15، سنة 2015.
- 10- انظر محمد أمين الشنقيطي، أضواء البيان، ج1، ط1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 2006، ص 244.
- 11- انظر ناصر الإسلام الرمفولي، البنية في شرح الهداية، ج5، ط2، دار الفكر، لبنان، 1990، ص 193.

- 12- انظر محمد الشافعي، الأم، ج6، ط1، دار الوفاء المنصورة، 2001، ص504.
- 13- انظر أبو محمد بن قدامة، المغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج، ج10، ط3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، ص274.
- 14- انظر أبو بكر العربي، أحكام القرآن، ج1، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص264.
- 15- انظر أبو الفداء بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، ط1، دار الثقافة، الجزائر، 1990، ص296.
- 16- محمد الشافعي، المرجع السابق، ج6، ص504.
- 17- سورة البقرة، الآية 229.
- 18- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري،، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط1، 1954م، تفسير الطبري، ج8، ص99
- 19- سورة النساء، الآية20.
- 20- سورة النساء، الآية 130.
- 21- رواه البخاري، موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة، الطبعة 3، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ص456
- 22- سنن ابن ماجه، موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة، الطبعة3، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، 2000، ص260.
- 23- انظر أنس بن مالك، الموطأ، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 2002م، ص330.
- 24- المرجع نفسه، ص329.
- 25- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ج7، ط2، ص483
- 26- ربيعة إلغات، الطلاق بالخلع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 2009، العدد04، ص314
- 27- محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 2006، ج1، ط1، ص246
- 28- سور البقرة، الآية 229.
- 29- م، ع، غ، أش، 15-09-2011، ملف رقم 647108، م، م، ع، 2012، ع، 1، ص309.
- 30- ملف رقم477546، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2009، ص279
- 31- أنظر، أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ط3، دار الوفاء، تخريج عمار الجزار، أنور الباز، مكتبة العبيكان، الرياض، 1997، ص179
- 32- انظر أحمد العشقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج12، ط1، دار طيبة الرياض، 2005، ص93.
- 33- أبو عفر محمد بن جريري الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص485-486
- 34- أنظر، منصور البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج5، عالم الكتب، بيروت، 1996، ص243.
- 35- انظر، أبو محمد بن حزم، المحلى بالآثار، ج10، الطباعة المنيرية، مصر، دون سنة النشر، ص235.
- 36- انظر، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص287.
- 37- محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط2، دار المعرفة، لبنان، 1982، ص68.
- 38- انظر، أبو القاسم محمد بن الجوزي، القوانين الفقهية، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص242.

- 39- أنظر، أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج 1، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، 541.
- 40- أنظر، محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، المرجع السابق، ص 249.
- 41- أبو القاسم محمد بن الجوزي، المرجع السابق، ص 242.
- 42- أنظر، أبو محمد بن أبي يزيد القيرواني، متن الرسالة، المكتبة الثقافية، لبنان، ص 174.
- 43- أنظر، أبو الفداء بن كثير، المرجع السابق، ص 242.
- 44- أنظر، محمد الألباني، إرواء الغليل، ج 7، ط 1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1989، ص 107.
- 45- سورة البقرة، الآية 229.
- 46- تقي الدين بن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء 32، تخريج عمار الجزار، أنور الباز، مكتبة العبيكان، الرياض، ص 179.
- 47- المجلس الأعلى، غ، أ، ش، 11/06/1984، ملف رقم 33652، المجلة القضائية 1989، ع 3، ص 38.
- 48- أنظر، قرار، المجلس الأعلى، غ، أ، ش، 21/11/1988، ملف رقم 51728، المجلة القضائية، ع 3، ص 72.
- 49- أنظر، قرار المحكمة العليا، غ، أ، ش، 19/04/1994، ملف رقم 103793، النشرة القضائية، ع 51، 1997، ص 96.
- 50- أنظر، قرار المحكمة العليا، غ، أ، ش، 19/04/1994، ملف رقم 115118، النشرة القضائية، ع 52، 1997، ص 106.
- 51- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 112.