



جامعة العين
AL AIN UNIVERSITY

مجلة جامعة العين للأعمال والقانون

مجلة علمية دولية محكمة

المجلد (5) العدد (1)، 2021

aau.ac.ae

الإمارات العربية المتحدة

ISSN 2521 - 439x



جامعة العين
AL AIN UNIVERSITY

مجلة جامعة العين للأعمال والقانون

مجلة علمية دولية محكمة

المجلد (5) العدد (1)، 2021

aau.ac.ae

الإمارات العربية المتحدة

ISSN 2521 - 439x

توصيف المجلة

الأهداف والنطاق

مجلة جامعة العين للأعمال والقانون هي منشور مرجعي رسمي في جامعة العين. إنها تنشر مقالات علمية محكمة في تخصصات الأعمال والقانون على أساس الأصالة العلمية والأهمية التخصصية. إنها مكرسة بشكل رئيس للمقالات البحثية إلا أنها تقبل أيضاً المحاورات القصيرة والمراجعات ومراجعات الكتب. إن لجنة التحكيم والمحكمين المختصين والتي تتكون من باحثين مميزين حول العالم تمثل التخصصات التي تغطيها المجلة.

مجلة جامعة العين للأعمال والقانون مفهومة في:

Google Scholar •

Ulrichsweb •

رئيس التحرير

د. نور الدين صبحي عطاطرة
المدير المفوض لجامعة العين

مدير التحرير

أ. د. غالب عوض الرفاعي
رئيس جامعة العين

المحررون المشاركون

- أ. د. حبيب شبشوب، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
أ. د. وليد فؤاد المحاميد، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
أ. د. مصطفى المتولي قنديل، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
أ. د. نور حمد الحجايا، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
أ. د. محمود عبدالحكم، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
أ. د. بسام أحمد حرب، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
أ. د. عبد الحفيظ قدور بلعربي، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
أ. د. عامر محمد قاسم، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
د. ظفر حسين، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
د. أبو رضا إسلام، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
د. ابراهيم نيانكارا، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
د. رمزي أحمد ماضي، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
د. طارق عبد الرحمن كميل، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة
د. ظاهرة ياسمين، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة

المحررون الاستشاريون الدوليون

- أ. د. سعد غالب ياسين، جامعة الزيتونة الأردنية، عمان، الأردن
أ. د. نعمان أحمد الخطيب، المحكمة الدستورية، الأردن
أ. د. حسين علي بخيت، Universiti Tenaga National، ماليزيا
أ. د. جمال أحمد أبو راشد، Mount St. Joseph University، الولايات المتحدة الأمريكية
أ. د. دربال عبد القادر، جامعة وهران، الجزائر
أ. د. جيم هان، Florida Atlantic University، الولايات المتحدة الأمريكية
أ. د. بيدرو بيليت، Nova Southeastern University، الولايات المتحدة الأمريكية
أ. د. أمين دواس، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت
أ. د. شحاتة غريب محمد شلقامي، جامعة أسبوط، جمهورية مصر العربية
أ. د. مهدي الحسيني، California State University, Bakersfield، الولايات المتحدة الأمريكية
أ. د. صائب الجنايدة، جامعة الزيتونة الأردنية، عمان، الأردن
أ. د. كمال عبد الرحيم العلاوين، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن

التدقيق اللغوي (بحوث اللغة العربية)

د. محمد حسين فقيه، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة



مجلة جامعة العين للأعمال والقانون هي مجلة علمية دولية محكمة تصدر بشكل نصف سنوي من قبل عمادة البحث العلمي والدراسات العليا في جامعة العين.

توجه جميع المراسلات والبحوث إلى العنوان الآتي:

جامعة العين

عمادة البحث العلمي والدراسات العليا

صندوق بريد: 64141 العين، الإمارات العربية المتحدة.

هاتف: +971 3 7024888

فاكس: +971 3 7024777

البريد الإلكتروني: aaubl@aau.ac.ae

الموقع الإلكتروني: aau.ac.ae

رقم الترخيص: NMC-ML-01-F06

قواعد النشر

- (1) ترسل البحوث إلى عنوان البريد الإلكتروني: aaujbl@aau.ac.ae
- (2) أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإضافة إلى المعرفة.
- (3) ألا يكون البحث قد سبق نشره، أو قُدم لأية جهة أخرى من أجل النشر.
- (4) أن يحتوي البحث باللغة العربية على عنوان البحث والملخص باللغتين العربية والإنجليزية في صفحة واحدة، وألا يتعدى عدد الكلمات (300) كلمة لكل ملخص، وتكتب أسماء الباحثين باللغتين العربية والإنجليزية كما تُذكر عناوين وظائفهم الحالية ورتبهم العلمية والبريد الإلكتروني.
- (5) يجب ألا تزيد الكلمات المفتاحية عن (5) كلمات.
- (6) تستخدم العناوين الرئيسية والفرعية داخل البحث لتقسيم أجزاء البحث حسب أهميتها، وتتسلسل منطقي، وتشمل العناوين الرئيسية: عنوان البحث، الملخص، الكلمات المفتاحية، المقدمة، إجراءات الدراسة، النتائج، مناقشة النتائج، التوصيات، والمراجع.
- (7) يجب ألا يزيد عدد صفحات البحث عن (30) صفحة من حجم قياس (A4).
- (8) تكتب البحوث بخط (Time New Romans) حجم (12)، مع ترك مسافة (Single Space) بين السطور.
- (9) تُدرج الجداول في النص وترقم ترقيماً متسلسلاً وتكتب أسماؤها في أعلاها.
- (10) تُدرج الرسوم البيانية والأشكال التوضيحية في النص، وتكون باللونين الأبيض والأسود وترقم ترقيماً متسلسلاً، وتكتب أسماؤها في أسفلها.
- (11) يجب كتابة المراجع حسب نظام (APA).
- (12) عند قبول البحث للنشر تنقل حقوق ملكية البحث إلى جامعة العين.
- (13) لا تُجيز المجلة بأي حال من الأحوال سحب الأبحاث بعد قبولها للنشر ومهما كانت الأسباب.
- (14) لهيئة التحرير الحق بإجراء أية تعديلات من حيث نوع الحرف ونمط الكتابة، وبناء الجملة لغوياً بما يتناسب مع نموذج المجلة المعتمد.
- (15) قرار هيئة التحرير بالقبول أو الرفض قرار نهائي مع الاحتفاظ بحقها بعدم إبداء الأسباب.
- (16) يُزود الباحث بنسخة واحدة من العدد الذي نشر فيه بحثه.
- (17) هيئة تحرير المجلة غير مسؤولة عن الآراء الواردة في الأبحاث لأنها تعبر عن آراء أصحابها.

البحوث باللغة العربية:

رقم الصفحة

عنوان البحث

- الخُلع: نظرة تحليلية لقضاء المحكمة العليا مقارنة بالفقه الإسلامي
سمير شيهاني، قاسي سي يوسف
08
- اتجاهات الطلبة الجامعيين نحو استخدام اليوتيوب والإشباع المتحققة
دراسة ميدانية على عينة من طلبة جامعة العين
رحيمة عيساني، غالب عوض الرفاعي
26
- الحماية الدستورية لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في الأردن
نعمان الخطيب، رزان الخطيب
56

الخُلع: نظرة تحليلية لقضاء المحكمة العليا مقارنة بالفقه الإسلامي

سمير شيهاني*، قاسي سي يوسف

جامعة بويرا - الجزائر

*s.chihani@univ-bouira.dz

ملخص:

وضع المشرع الجزائري عدّة طرق لفك الرابطة الزوجية، ومن هذه الطرق «الخُلع»، الذي مقتضاه أن تطلب المرأة الفرقة من زوجها مقابل مالٍ تُعرضه عليه، فإذا قَبِلَ الزَّوج الخُلع والعرض معًا فلا إشكال، وإن قَبِلَ الخُلع ورفض العرض، كان للقاضي تحديد بدل الخُلع على أساس مهر المثل، أمّا إن رفض الخُلع من أصله، فإنّ القضاة اختلفوا - سابقا- في الأمر بسبب عدم وضوح النص في المسألة، بخلاف الأمر بعد تعديل تقنين الأسرة سنة 2005. وقد تطلّب المرأة الخُلع قبل إتمام مراسيم الزواج المادّية، أي قبل الدخول، وهنا تواجهنا إشكالية استجابة القضاة لطلبها.

وتهدف هذه الورقة البحثية إلى تبيان حقيقة ما ذهب إليه القضاة عمومًا، وقضاة المحكمة العليا خصوصًا، بشأن هل يُعدّ الخُلع حقًا خالصًا للمرأة أم أنّ للرجل فيه نصيبًا؟ وهل فعلا لا يصحّ الخُلع قبل البناء لمخالفته للقانون أو لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية؟

وقد استعنا في بحثنا المنهجين الوصفي والتحليلي، إضافة إلى المنهج المقارن، وخلصنا إلى أنّ قضاة الموضوع كانوا يشترطون رضا الزوج بالخُلع، لكنهم مستقرون الآن على أنه حق خالص للمرأة، لا سيما بعد تعديل نص المادة 54 من تقنين الأسرة. كما أنهم شبه مُجمّعين على عدم جواز الخُلع قبل الدخول، أما قضاء المحكمة العليا فهو مستقرٌّ على ذلك. وقد وصلنا إلى أن هذا ليس له سندٌ قانوني، إذا لا نصّ يمنع من ذلك، كما أنه ليس له أساسٌ من الشّرع إذ إنّ فقهاء المذاهب الأربعة مُجمّعون على جوازه.

الكلمات المفتاحية: الخُلع؛ الدخول بالمرأة؛ البناء؛ تراضي الزوجين؛ فك الرابطة الزوجية.

Khol'â (the dislocation): An Analytical View of the Supreme Court's Judges Compared to Islamic Jurisprudence

Samir Chihani*, Kaci Si Youcef

University of Bouira –Algeria

*s.chihani@univ-bouira.dz

Abstract:

The Algerian legislator has developed several ways and methods to release the marital union. One of these is the Khol'â or the dislocation whereby the woman requests divorce from her husband in exchange for money that she offers to him. If the husband accepts both Khol'â or the dislocation and the offer, then there is no problem. In case he accepted the dislocation and rejected the offer, the judge would have to determine the allowance on the basis of the dowry of similar cases. Before the amendment of the family code in 2005 and due to the lack of clarity in the text, the judges' opinions differed if the husband refused dislocation altogether.

A woman may request Khol'â before completing the physical marriage procedures, that is, before consummation, and here we face the problem of the judges' response to her request. This research paper aims to clarify the truth of what judges in general, and Supreme Court justices in particular, have said, regarding whether Khol'â is considered a pure right for women or men had a share in it. And, whether it is really not valid to divorce before consummation because it violates either the law or the provisions of Islamic law.

In our research, we have used the descriptive and analytical methodology, in addition to the comparative method. At the end we have deduced that the judges used to stipulate the husband's consent for the Khol'â. But now they have established that it is a pure right for women, especially after amending Article 54 of the family law. They are also almost unanimous in the non-permissibility of Khol'â before consummation, while the Supreme Court is settled on that. We have come to the conclusion that this does not have a legal basis, that means there is no text that prohibits it not even in Sharia, as the jurists of the four schools are all agreed upon its validity.

Keywords: Khol'â the dislocation; the wedding night; consummation; spouses mutual consent; matrimonial breakdown..

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الهادي إلى صراطه المستقيم، وعلى آله وصحبه ومن والاه إلى يوم الدين، وبعد.

إن الله جعل الزواج من أقدس العقود؛ ولهذا سماه بالميثاق الغليظ، وقصد به ديمومة العشرة بين الزوجين، وهذه الديمومة يفترض أن تكون مبنية على حسن العشرة بين الزوجين، وعلى المودة والتعاون بينهما، فإن انتفت كان للزوجين أن يحلوا هذا الرباط، بالطرق التي شرعها وبينها في كتابه وفي سنة نبيه، والتي أقرها المشرع الجزائري في تقنين الأسرة؛ فأعطى الزوج حق الطلاق باعتبار العصمة بيده، كما أعطى المرأة إمكانية طلب التطلق إذا ما توافرت شروطه التي ذكرها المشرع في نص المادة 53 من تقنين الأسرة، فضلا عن إمكانية تراضي الطرفين على فك الرابطة الزوجية.

من جهة أخرى، أعطى المرأة الحقّ في طلب الخُلع إذا لم يقدّم الزوج بتطليقها، أو لم تتوافر شروط طلب المرأة للتطليق، أو لم يتراضيا على الطلاق. وهذا الحقّ مرّ بمراحل وتصوّرات تشريعية وقضائية؛ حيث مرّ تشريعياً بمرحلتين: أولاً إعطاء المرأة إمكانية طلب الخُلع أمام القضاء، لكنه لم يكن واضحاً وقاطعاً في ألفاظه ومعانيه، وهذا ما خلق عدّة تصوّرات لدى القضاة؛ فبعضهم اعتبره رخصة ممنوحة من المشرع للمرأة، وبعضهم اعتبره حقّاً لها؛ وبناءً على هذا اختلفت القرارات الصادرة عنهم.

وفي المرحلة الثانية كان أكثر وضوحاً؛ حيث أعطى للمرأة إمكانية طلب الخُلع، وجعل الأمر منوطاً بإرادتها لا بإرادة الزوج، أي أنّ الخُلع لا يخضع لموافقة الزوج بل لرغبة الزوجة وحدها، وعلى القاضي أن يستجيب لطاقتها. غير أنّ هذا الوضوح لم يكن كافياً بالنسبة للقضاء بخصوص الخُلع قبل البناء، أي قبل الدخول بالزوجة، حيث يصرّ كثير من قضاة المحاكم على أنّ الخُلع لا يكون إلا بعد البناء، أمّا قبله فلا؛ لمخالفته القانون حسبهم، أو لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية، مساييرين في ذلك قرارات صدرت عن قضاة المحكمة العليا.

لهذا أردنا البحث في هذا الموضوع لتبيّن حقيقة ما ذهب إليه القضاء عمومًا، وقضاة المحكمة العليا خصوصًا، هل فعلاً يُعدّ الخُلع حقّاً خالصاً للمرأة أم أنّ للرجل فيه نصيباً؟ وهل فعلاً لا يصحّ الخُلع قبل البناء لمخالفته للقانون أو لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية؟

المبحث الأول: الخُلع بين رضا الزوج به وأحقية المرأة فيه

لا شك أنّ من أهم مقاصد الزواج تحقيق المودة والرحمة، غير أنّ هذا المقصد لا يتحقّق دومًا، فتكون العشرة بين الزوجين على غير وفاق؛ ممّا يؤدي إلى تحول تلك المودة والرحمة إلى بُغض وحقد، وهذا قد يُتصوّر حتى قبل اجتماع الزوجين تحت سقف واحد، وحينها قد يكون الحلّ الأمثل -في نظر الزوجين أو أحدهما- هو الانفصال. وإذا اختارت الزوجة الانفصال عن زوجها ولم تجد سبباً غير مُخالعته، ورفعت دعوى بذلك أمام القضاء، فهل تُجاب إلى دعواها إذا لم تُفلح جلسات الصلح في تئيبها عن قرارها، أم أنّ طلبها هذا لا يكفي حتى يقبل به الزوج؟

هذا التساؤل مرجعه أنّه في ظلّ تقنين الأسرة السابق، وقبل تعديله بموجب الأمر رقم 05-02 لم يكن هناك نصّ صريح كفاية لتحديد هل يشترط في الحكم بالخُلع أن يقبل الزوج ما عرضته عليه الزوجة أم لا؛ ولهذا انقسم القضاء بشأنه بين موجب لرضائه وبين مُستبعدٍ له، مثلما اختلف الفقهاء بهذا الشأن (ابن رشد، 2004: ج3، ص90)، بخلاف الأمر بعد تعديل تقنين الأسرة، إذ أصبح حقّاً خالصاً لها، وليس فيه للزوج ولا للقاضي أدنى نصيب.

المطلب الأول: اشتراط موافقة الزوج على الخُلع

سار بعض القضاة - تطبيقاً لنصّ المادة 222 من تقنين الأسرة، الذي جاء فيه: «كل ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»- على خطأ جمهور فقهاء المسلمين، الذين يرون أنّ من أركان الخُلع الإيجاب والقبول، ومن ثمّ أوجبوا أن تحصل المرأة على موافقة الزوج على الخُلع، فإن لم يرضَ بذلك، فلا خلع بينهما. ومن هذه القرارات نذكر:

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/06/11 (المجلة القضائية، 1989: عدد 3، ص38)، الذي ورد فيه:

«من المقرر شرعاً أن الخُلع يعتبر عقداً رضائياً، ولا يجوز حينئذٍ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكاً لمبادئ الشريعة الإسلامية في الخُلع.

إذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخُلع وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين وكان الزوج غير راضٍ بمبلغ الخُلع المحكوم به، وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخُلع تلقائياً انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية».

هذا القرار نصّ صراحةً بأن الخُلع عقد رضائي، لا بد فيه من إيجاب وقبول مطابق له، وجعل ذلك من مبادئ

الشريعة الإسلامية، في حين أنه من مبادئ الفقه الإسلامي وليس من مبادئ الشريعة الإسلامية، إذ لو كان كما ذكروا لما صح أن يكون بشأنه خلاف، فمدلول الشريعة الإسلامية هو ما شرعه الله للناس عن طريق الوحيين: القرآن والسنة، في حين أن الفقه الإسلامي يتمثل في فهم العلماء لنصوص القرآن والسنة الصحيحة، وهذا لا شك فرق له أثر بارز في تقرير الأحكام. كما يتبين من القرار أن الرّوج كان موافقا على مبدأ الخلع، وكل ما في الأمر أنه كان رافضا لمبلغ الخلع، وفرق بين عدم الرضا بالخلع من أساسه وبين عدم الرضا بمبلغ الخلع.

وهناك قرار آخر للمحكمة العليا، صدر بتاريخ 1988/11/21 (المجلة القضائية، 1990: عدد 3، ص72)، جاء فيه:

«من المقرر فقهاً وقضاءً أن قبول الرّوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الرّوجين دون رضا الرّوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها طلبت التظليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولاً من هذا الأخير، فإن القضاء بتظليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع».

هذا القرار كان أكثر دقة من حيث المصطلحات؛ حيث ذكر أن قبول الرّوج مقرّر «فقهاً» ولم يقل «في الشريعة الإسلامية»، وذكر بأن القضاء بالخلع دون موافقة الرّوج يعد مخالفاً للقواعد الفقهية ولم يقل «يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية»، ولو أنّ القواعد الفقهية لها مجال آخر، وقبول الرّوج للخلع لا يدخل ضمن القواعد الفقهية بالمعنى الدقيق، لكنه في الأخير وصل إلى نتيجة مفادها أن الحكم بالخلع مع رفض الرّوج له غير صحيح، ولا يقع.

يضاف إلى القرارين السابقين، قرار آخر صادر بتاريخ 1991/04/23 (المجلة القضائية، 1993: عدد 2، ص55)، جاء فيه: «من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الرّوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون».

وهذا القرار رغم أن تسببيه كان عاماً؛ كونه أشار فقط إلى مخالفته لأحكام الخلع، واعتبره خطأ في تطبيق القانون، إلا أنه ذكر مسألة غاية في الأهمية، ألا وهي مسألة عدم إمكانية القاضي فرض الخلع على الرّوج، بمعنى أنّ الرّوج هو من بيده الأمر، وهذا التعميم غير سليم؛ لأنه يغلّ يد القاضي حتى ولو تبين له أنّ رفض الرّوج كان بغرض الإضرار بالزوجة لا غير، كما أنه يجعل الرّوج متحكماً في الطلاق والخلع معاً، وهذا ما لم يُقصد به تشريع الخلع.

ولهذا جاءت قرارات عدة للمحكمة العليا - قبل تعديل تقنين الأسرة سنة 2005 - تخالف تلك القرارات المذكورة آنفاً نوردها في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: الخلع حق خالص للمرأة يقابل حق الطلاق بالنسبة للرجل

خلافاً للقضاة الذين اعتبروا الخلع عقداً رضائياً بين الرّوجين، وأنه لا يقع إلا إذا وافق الرّوج عليه، وأنه لا يمكن جبر الرّوج على الموافقة عليه؛ أصدر قضاة المحكمة العليا عدة قرارات تقضي بأن الخلع حق خالص للمرأة، وأن ليس فيه للزوج نصيب، ومن هذه القرارات نذكر ما يأتي:

قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/07/21 (المجلة القضائية، 2001: عدد خاص، ص134)، والذي جاء فيه:

«من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم. إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صدق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الرّوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة؛ لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً. وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضوا بتظليق الزوجة خلعاً دون موافقة الرّوج طبقوا صحيح القانون...».

فهذا القرار يبين أن الخُلع جائزٌ في حق المرأة، لتنتهي علاقة الرّواج بينها وبين زوجها، وهذا أمرٌ طبيعي بالنظر إلى نصوص تقنين الأسرة، لكنه صرّح بأمر غاية في الأهمية، يتمثل في عدم الاعتداد بعدم موافقة الرّوج على الخُلع في حد ذاته، أو في انتفاء حصول الاتفاق على مقدار الخُلع؛ فإن كان عدم الاتفاق محصوراً في مقدار الخُلع، كان الحل إعطاء الرّوجة له ما لا يجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم بالخُلع، أمّا إن كان عدم الاتفاق يتعلق بأصل الخُلع، فلا ينظر بتأناً إلى قول الرّوج ويُحكم عليه بوجود الخُلع، مع منحه طبعاً تعويضاً بما لا يجاوز مقدار مهر المثل كما أشرنا سابقاً.

وتعليل ذلك، أنّه لما كان للمرأة أن تطلب الخُلع من زوجها، فإنه ينبغي أن تجاب إلى طلبها، مثلما يجاب الرّوج إلى طلبه في الطلاق بإرادته المنفردة، فإن رُفضَ وحُكم له وليس لها، واعتبر بأنّ حقّه أو قوله أقوى من حقّها أو طلبها، فإن هذا سيؤدي إلى تعسفه في استعمال هذا الحق، وذلك إما بابتزازها وطلب بدل خلع كبير ومرهق للزوجة، وإما بإبقائها على ذمته وعدم تسريحها إضراراً بها، إلى درجة قد تصل بها إلى الانتحار! فمنعاً لهذا الإضرار وسداً للذريعة، قرر قضاء المحكمة العليا في هذا القرار إنفاذ طلب الخُلع من الرّوجة رغم رفض الرّوج له.

غير أن الدكتور عبد العزيز سعد (1996: ص253)، يرى خلاف ذلك؛ حيث يقول بأن الخُلع عقد رضائي ولا يجوز إجبار الرّوج عليه من طرف القاضي - وهو حقيقة قول جمهور الفقهاء-، وأن القضاء بخلاف هذا ليس له أساس من الشرع أو القانون وما هو إلا حكم تعسفي ومتحيز، كما أنه يعدّ خرقاً لمبدأ حرية التعاقد التي يبنّي عليها الخُلع، بل هو مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية!

ونعتقد أن كلام الدكتور عبد العزيز سعد فيه مبالغة ومغالاة؛ ذلك أن القول بأنّ ليس لمثل هذا الحكم أساس من الشرع أو القانون غير مسلم به؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم - في حادثة خلع ثابت بن قيس - لم يسأله هل ترضى برد الحديقة إليك، بل كان السؤال فقط للمرأة «هل تردّين عليه حديقته»، فلما أجابت: نعم، كان قول النبي صلى الله عليه وسلم: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»، فهذا أمر منه وليس سؤالاً له (سابق، 1977: ج2، ص299؛ العثيمين، 1427هـ: ج12، ص480)، فضلاً عن أن المسألة فيها خلاف فقهي كما هو معلوم.

أضف إلى ذلك أنّ الفقهاء الذين قالوا بوجود موافقة الرّوج على الخُلع، أجازوا الخُلع إذا كان في بقاء العلاقة الزوجية ضرر على الرّوجة؛ فالحنفية يجعلون التصرفات القولية مثل النكاح والطلاق والظهار واللعان وغيرها صحيحة لا يؤثر فيها الإكراه، بخلاف التصرفات الفعلية، وهذا راجع إلى أنّه لا يمكن لأحد أن يستعمل لسان غيره، بأن يتكلم غير ما يعتقد قلبه جبراً، وعليه، فكل إنسان حقيقةً مختارٌ حين يتكلم لا مكره (الكاساني، 1986: ج7، ص182-184)، كما أنّ كلّ ما يصحّ مع الهزل يصحّ مع الإكراه (ابن نجيم، دون سنة: ج8، ص136 & ابن عابدين، 2003، ج9، ص191-192).

أما الشافعية فيفرون بين الإكراه بحق والإكراه دون وجه حق، حيث قالوا: «التصرفات القولية التي يُكره عليها بغير حقّ باطلة سواء الرّدة والبيع والإجارة وسائر المعاملات والنكاح والخُلع والطلاق والإعتاق وغيرها وأمّا ما أُكره عليه بحقّ فهو صحيح» (النووي، 1982: ج9، ص186).

والحنابلة لا يختلفون عموماً عن الشافعية في المسألة؛ فقد قال ابن قدامة (1997: ج10، ص273): «فأما إن صرّبها على نُسوزها، ومنعها حقّها، لم يحرم خُلعها لذلك...». وقال المرادوي: «...وأما الرّوج، فالصحيح من المذهب: أنّه يستحبّ له الإجابة إليه. وعليه الأصحّ أب. واختلف كلام الشّيخ تقيّ الدين - رحمه الله - في وجوب الإجابة إليه. والرّم به بعض حُكّام الشّام المُفادسة الفضلاء» (المرادوي، 1956: ج8، ص382). وهذا الكلام فيه بيان وإشارة إلى أنّ من الحنابلة من حكم بإلزام الرّوج بإجابة المرأة إلى طلب الخُلع.

وقد جاء فتاوى ابن تيمية (1987: مج3، ص332-333) أنه سئل: «في امرأة مُبغضة لزوجها طلبت الإخلاع منه، وقالت له: إن لم تُفارقني وإلا قتلْت نفسي؛ فأكرهه الولي على الفرقة، وتزوجت غيره، وقد طلبها الأول، وقال: إنّه فارقها مكرهاً، وهي لا تُريد إلا التّاني؟»، فكان جوابه: «إن كان الرّوج الأول أكره على الفرقة بحقّ: مثل أن يكون مُفصّراً في واجباتها، أو مُضراً لها بغير حقّ من قول أو فعل كانت الفرقة صحيحةً، والتّكاح التّاني صحيحاً، وهي

رُوجَةُ الثَّانِي. وَإِنْ كَانَ أَكْرَهُ بِالضَّرْبِ أَوْ الْحَبْسِ وَهُوَ مُحْسِنٌ لِعِشْرَتِهَا حَتَّى فَارَقَهَا لَمْ تَقَعْ الْفُرْقَةُ...».

وقال ابن عثيمين (ج12، ص480-481)، بأنه إذا أبى الزوج أن يطلق الزوجة، وأبت الزوجة أن تبقى مع زوجها، فإن القول الصحيح هو إلزامه بالخلع؛ لأنه لا سبيل لفك النزاع بينهما إلا بهذا الطريق، وفك النزاع بين المسلمين واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

أما بخصوص القانون فليس هناك نصّ ينفي أو يثبت ما ذهب إليه الدكتور، وميله إلى القول بمخالفة القانون ما هو إلا تحميل للنصوص ما لا تحتمل.

وبخصوص مسألة وصف الحكم بالخلع دون موافقة الزوج بأنه تعسفي ومتحيز، فهو مبني على وجهة نظره بأن الخلع عقد رضائي، وهذا أمر غير مسلم به أيضاً، إذ يمكن الرد عليه بأن الخلع حق خالص للمرأة، وهو مقابل لحق الرجل في الطلاق بإرادته المنفردة، مثلما ذكر العديد من الفقهاء والشراح، وعلى رأسهم ابن رشد الحفيد (ج3، ص90)؛ فلماذا لم يقل الدكتور نفس الكلام بشأن طلاق الزوج زوجته دون إمكان القاضي أن يمنعه أو يعترض على إرادته، فالتحيز هو إعطاء حق مطلق لطرف - وهو هنا حق الطلاق للزوج -، وإسقاطه على طرف آخر - وهو هنا حق الخلع للزوجة؛ فكما يعطى هذا يعطى ذلك، وإلا كان ذلك تعسفاً وتحيزاً.

أما بخصوص وصف ذلك بأنه مخالف لمقاصد الشريعة، فنعتقد أنه مجاني للصواب، إذ من مقاصد الشريعة في عقد الزواج تحقيق المودة والرحمة وحسن المعاشرة بين الزوجين، وعند افتقار الزواج لهذا الأمر لا سبيل إلا حلّ الزواج، وهذا يكون إما بطلاق الزوج زوجته أو بتطبيق الزوجة له إن ثبت مبرر ذلك وفقاً لنص المادة 53 من تقنين الأسرة، فإن لم يتم الزواج بطلاق زوجته، ولم تتمكن الزوجة من إثبات مبرر التطلاق، لم يكن أمامها إلا طريق الخلع، الذي كما قلنا هو مقابل لحق الرجل في الطلاق بإرادته المنفردة، وهذا درءاً للضرر اللاحق بها.

وهناك قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 16/03/1999 (المجلة القضائية، 2001: عدد خاص، ص138)، قريب من القرار السابق، لكنه يبين وصف الخلع، حيث جاء فيه: «الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفساد نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمّ فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعة دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون...».

فهذا القرار، وإن قضى بأن الخلع يقع دون النظر إلى موافقة الزوج، إلا أنه أعطى لنا وصفاً قانونياً للخلع، حيث عدّه رخصة قانونية (سعد: ص252)، تستعملها الزوجة إن أرادت الانفصال عن زوجها، شرط أن تدفع له مبلغاً من المال تعرضه عليه ليقبله، فإن لم يقبله أو لم يقبل الخلع أساساً، قضى بالخلع، مع دفعها له ما لا يجاوز مقدار مهر المثل، مثلما بيّناه سابقاً.

والرخصة ليست حقاً كما هو معلوم، فهي تمثل مكنة واقعية أو إباحة يسمح بها القانون بخصوص حرية من الحريات العامة، كحرية العمل والتملك؛ فمثلاً: إذا أراد شخص أن يشتري شيئاً فإنه قبل الشراء، أي قبل صدور الإيجاب والقبول، يكون له حق تملك هذا الشيء - كما يكون له حق تملك غيره من الأشياء - فيسمى هنا رخصة. أما بعد الشراء فإنه يتملك هذا الشيء، ويسمى هنا حقاً وليس رخصة (السنهوري، 1998: ص9)، في حين أن الخلع ليس من الحريات العامة؛ ولذلك لا يعتبر رخصة بل يعدّ حقاً كما سنبينه لاحقاً.

المبحث الثاني: القضاء بمنع الخلع قبل البناء بين مؤافقته للقانون ومخالفته لهما

قد يحدث أن تطلب المرأة الخلع قبل أن يتم الدخول بها من طرف زوجها، فترفع أمرها إلى القاضي، وهنا نجد أن القضاة شبه مجمعين على أن ذلك غير ممكن، حتى بعد تعديل تقنين الأسرة سنة 2005، وسبب ذلك أنّ الخلع مبني أساساً على البغض، وهذا لا يكون - في اعتقاد القضاة - إلا بعد العشرة الزوجية، أما قبلها فلا، ويؤسسون قضاءهم بمنعه إما على مخالفته للقانون (مطلب أول)، وإما على مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية (مطلب ثان).

المطلب الأول: النظر في وصف الخُلع قبل الدخول بأنه مخالف للقانون

من خلال القرار الوحيد الذي حصلنا عليه بخصوص الخُلع قبل الدخول، والصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14 جوان 2006 (مجلة المحكمة العليا، 2006: ص421)، يظهر بأن الخُلع قبل الدخول غير ممكن بسبب مخالفته للقانون! حيث ورد فيه أن: «...الحُكْمَ مَحَلُّ الطَّعْنِ قَدْ خَالَفتِ القَائِنُونَ وَأَسَاءَ تَطْبِيقُهُ وَذَلِكَ لِأَنَّ طَلْبَ الخُلعِ لَا يُمكنُ لِلزَّوْجَةِ أَنْ تُطالبَ بِهِ قَبْلَ الدَّخولِ بَلْ يُمكنُ لَهَا المُطالبةُ بِهِ فَقطُ بَعْدَ الدَّخولِ، وَعِنْدَ بُلُوغِ حَيَاتِهَا الزَّوْجِيَّةِ مَعَ زَوْجِهَا حَالَةً مِنَ الكَرَاهِيَّةِ وَالنُّفورِ يَتَعَدَّرُ مَعَهُ [مَعَهَا] مُواصلَةُ العِشْرَةِ الزَّوْجِيَّةِ...».

هذا القرار نقض الحكم الذي قضى بصحة الخُلع، على أساس أنه مخالف للقانون وأنه قد أساء تطبيقه؛ لأنه - حسب قضاء المحكمة العليا- حتى ولو أن الخُلع حقٌّ للمرأة إلا أنه لا يَنبَئُ لها ممارستها إلا بعد الدخول بها أما قبله فلا. ليس هذا فقط، بل لا بد أن تعيش معه مدة من الزمن تتحقق فيها إمكانية نفور الزوجة من زوجها وكرهها له، وتعذر استمرارية العلاقة الزوجية، (الشوكاني، 1993: ج6، ص294 & سابق، 1977: ص299).

ويؤخذ على هذا القرار - من حيث اعتبار الخُلع قبل الدخول مخالفاً للقانون- أنه لم يشير إلى أي نص قانوني بشأن ذلك، وحقيقة لا يوجد أي نص في تقنين الأسرة يمنع ذلك، بل على العكس يوجد ما يخالفه؛ حيث إن المشرع الجزائري جعل الفرقة بين الزوجين تقع إما بالطلاق - بالمفهوم العام- أو بالوفاة بمقتضى نص المادة 47 من تقنين الأسرة الذي جاء فيه: «تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة»، ثم جعل الخُلع ضمن الفصل الأول المتضمن الطلاق.

وبما أن نص المادة 16 من ذات التقنين تكلم عن الطلاق قبل الدخول بمفهومه العام، وعن استحقاق المرأة نصف المهر حينها قائلاً: «تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول»؛ فإنه يدخل فيه كل من الطلاق بالمعنى الضيق، والتطليق، والخُلع، ولا يسوغ أن نصرف أحدها دون مبرر.

وحتى لو سلمنا أن الخُلع لا يدخل ضمن نص المادة 16، فإننا سنرجع، في غياب النص، إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى نص المادة 222 من تقنين الأسرة: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية». وفقهاء المذاهب الأربعة يرون صحة ذلك كما سنوضحه أدناه، وبالتالي فإن نعي قضاء المحكمة العليا بأن الخُلع قبل البناء مخالف للقانون غير سديد.

أما المأخذ الآخر عليهم، والذي يتمثل في اعتبار أن النفور والكره لا يمكن تحققهما إلا إذا تمَّ الدخول وحصلت المساكنة بين الزوجين، ومَرَّت مدة زمنية تعاشر فيها و عرفاً طابع بعضهما البعض؛ فلا يمكن التسليم به بتأناً، وهو يجرنا إلى القول بأمرين:

الأول يتمثل في إجبار المرأة على الدخول بها (البناء) رغم أنها غير راضية به، وهذا في اعتقادي غير مقبول قانوناً، وقضاً (مجلة المحكمة العليا، 2008: عدد 1، ص275)، وعقلاً؛ كون الزواج عقداً مبنياً على أساس التراضي، ومن أهدافه تحقيق المودة والرحمة والتعاون مثلما تقتضي به المادة 4 من تقنين الأسرة: «الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب». (القانون رقم 84-11، 84)، وهذه الأمور لا تتأتى بإجبار شخص على إتيان فعل لا يريده، أو حمله على تنفيذ التزام مكنه القانون والشرع من التحلل منه.

والثاني مبني على العنصر الأول، ويتمثل في رفض الحُكْم بالخُلع قبل البناء لانتفاء شروطه -حسبهم-، فإذا انتفى السبب انتفت النتيجة، أي حيثما لا عشرة فلا نفور ولا شقاق، وحيث لا وجود لهذين الأمرين فلا موجب للحكم بالخُلع.

والذي نعتقد صحته أن النهج الذي سار عليه قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة - من خلال هذا القرار- غير سديد، وقضاء شؤون الأسرة عموماً؛ حيث إن معظم قضاء شؤون الأسرة يرون بأن شروط الخلع قبل الدخول غير متوفرة، وعلى رأسها مسألة البغض، ولسنا ندري من أين اختلفوا هذه الشروط في غياب النص المحدد لها مثلما هي محددة بالنسبة للتطليق، كما لسنا ندري كيف لا يُتصور أن تُبغض الزوجة المعقود عليها زوجها قبل الدخول؟!!

إذ قد يتحقق التفور والكره وعدم إطاقة العشرة قبل الدخول مثلما أنه قد يحصل بعد الدخول؛ وأبسط مثال على ذلك: أن تسمع المرأة المعقود عليها عن الزوج الذي عقد عليها ولم يتم البناء بعد، ممن تثق به، أمرًا يفرها منه، أو قد تسمع أو ترى منه هي بنفسها ما يغير نظرتها إليه من سوء خلقه، كأن يكون سيكيرًا أو ممن يتناول المخدرات أو يبيعهما، أو لشذوذ فيه، أو أنه ارتكب جريمة - غير ماسة بشرف الأسرة- ودخل السجن بسببها، أو أنه أخفى عنها مرضًا يؤثر عليها أو على أولادها فيما بعد، ولو علمت بذلك لما قبلت الزواج به، أو أن الزوج وعدها - شفهيًا- بتوفير سكن منفرد قبل مراسيم العرس، لكنه لم يوف بذلك... فتريد الانفصال عنه بطريق الخلع؛ كونه لا يريد تطليقها إذا طلبت منه الطلاق، بل يريد إقامة مراسيم الزفاف والدخول بها، وكون القضاء لن يجيبها إلى طلب التلطيح للضرر بناءً على نص المادة 53 من تقنين الأسرة، رغم أن هذا النص أورد في المطبة 10 بأنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التلطيح للأسباب الآتية: 10- كل ضرر معتبر شرعًا»؛ لأن شروط التلطيح - حسب الفضاة- لا تتحقق في مثل هذه الحالات، كما أن القاضي لن يجيبها إلى طلبها بإبطال العقد للخلط طبقًا لما هو مقرر في القانون المدني؛ ذلك أن عقد الزواج ليس عقدًا مثل باقي العقود المدنية، وله من الشروط ما يتعدّد توأدها في مثل هذا الوضع، كما لن يجيبها إلى فسخ العقد أو تقرير بطلانه بسبب عدم تحقق شروطهما.

فعلى أرض الواقع نجد كثيرًا من قضاة شؤون الأسرة يحكمون بالتفريق بين الزوجين، مستعملين اصطلاحات في غير موضعها؛ حيث يسمونه «فك الرابطة الزوجية قبل الدخول»، أو «فسخ الرابطة الزوجية قبل الدخول»؛ فالأول لا وجود له قانونًا كمصطلح مستقل باعتباره طريقة لانفصال الزوجين؛ ذلك أن فك الرابطة الزوجية يكون عن طريق الطلاق أو التلطيح أو الخلع، كما قد يتصور ذلك عن طريق تقرير بطلان العقد إذا انعدم ركن الرضا أو تضمن عقد الزواج شرطًا يتنافى ومقتضيات العقد، أو اشتمل على مانع من موانع الزواج؛ أو عن طريق فسخه قبل الدخول إذا تخلف شرط الولي في حالة وجوبه، أو تخلف الصداق أو الشاهدان، أو في حالة الزواج بإحدى المحرمات؛ طبقًا لنصوص المواد: 32-34 من تقنين الأسرة؛ حيث نصت المادة 32 على أنه: «يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»، كما نصت المادة 33: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل»، بينما نصت المادة 34 على أن: «كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء».

كذلك في حالة عدم استصدار الزوج لترخيص بالزواج من زوجة ثانية من عند القاضي، طبقًا لنص المادة 8 مكرر 1، فإن الزواج يمكن فسخه: «يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصًا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه». أو عن طريق الوفاة طبقًا لنص المادة 47 من ذات التقنين.

أما المصطلح الثاني - الفسخ- فقد نص عليه المشرع في المادتين 2/33 و34، وحدد حالاته التي ذكرناها آنفا على سبيل الحصر. فمن أين اختلق القضاة حالات أخرى لفسخ الزواج قبل الدخول!؟

لذلك فالأحكام التي تحوي مصطلح «فك الرابطة الزوجية قبل الدخول»، لا تتضمن الوصف القانوني المضبوط والسليم؛ ذلك أن كل مصطلح له آثارٌ تختلف كليًا أو جزئيًا عن آثار الآخر. ومن الأحكام الصادرة بهذا الشأن حكم محكمة البويرة (19/01281، 20 مارس 2019)، الذي قضى بـ: «فك الرابطة الزوجية قبل البناء».

أما الأحكام التي تحوي مصطلح «فسخ الرابطة الزوجية قبل الدخول»، مثل حكم محكمة الأربعاء بتاريخ 30 مارس 1983 (المجلة القضائية، 1992: عدد 3، ص72)، فإنها تفنقر إلى الأساس القانوني؛ فهي مخالفة لما ورد في تقنين الأسرة، الذي يحدد حالات تقرير الفسخ كما أسلفنا، ومخالفة لقضاء المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1986، الذي جاء فيه: «من المقرر فقهاً وقضاءً أن الزواج الصحيح المنعقد شرعًا لا يفسخ ولو قبل البناء إلا لأسباب محددة، وليس الفسخ خاضعًا لرغبة أحد الزوجين...» (المجلة القضائية، 1989: عدد 2، ص94).

وهي مخالفة للقرار الصادر بتاريخ 25 جوان 1984، الذي جاء فيه: «...ومن المقرر أيضًا أن لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدًا شرعًا...» (المجلة القضائية، 1989: عدد 4، ص99). وكذلك للقرار الصادر بتاريخ 18 جانفي 2000، الذي ورد فيه: «من الثابت شرعًا أنه يفسخ الزواج بسبب الرضاع». (المجلة القضائية،

2001: عدد 1، ص 261).

ونافذة القول، أن الخُلع في ذاته لا علاقة له أصلاً بمسألة الدخول من عدمها، بل يرتبط بإرادة المرأة بشكل أساسي، مثلما أن الطلاق مرتبط بإرادة الزوج، فهو حق أصيل لها، مقابل لحق الزوج (مجلة المحكمة العليا، 2012: عدد 1، ص 318)؛ ولهذا نصت المادة 1/54 من تقنين الأسرة: «يجوز للزوجة أن تُخالع نفسها دون موافقة الزوج بمقابل مالي»، أي إن للزوجة الحق في حلّ الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها دون النظر إلى موافقة الزوج من عدمها، شريطة أن تقتدي نفسها بمبلغ من المال، مثلما أن الرجل إذا طلق المرأة بإرادته المنفردة كان عليه أن يدفع للمرأة مبلغاً من المال.

وقول جمهور الفقهاء بوجوب موافقة الزوج على طلب الخُلع المطلوب من المرأة بناءً على أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس: «أقبلُ الحديقة» (البخاري، 1422هـ: ج 7، ص 46). إنما هو إرشاد وإصلاح منه إلى الزوج وليس أمر إيجاب وإلزام (العسقلاني، دون سنة: ج 9، ص 400) ليس مسلماً به؛ ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما سأل المرأة بصيغة الاستفهام والتخيير قائلاً: «أتردين عليه حديقته؟»، فأجابت بنعم، في حين لم يسأل زوجها بقوله: «أقبلُ الحديقة» بل قال له: «أقبلُ الحديقة»، أي إنه ألزمه بالخُلع، فالأمر هنا يُؤخذ على حقيقته فيكون للإيجاب ما لم يوجد ما يصرّفه عن هذا المعنى. وفعلاً من قال بأنه للإرشاد والإصلاح لم يذكر ما يصرّف دلالة اللفظ على الإيجاب إلى الإرشاد والإصلاح (الشوكاني: ج 6، ص 294 & الصنعاني، 1997: ج 6، ص 195 & سابق: ج 2، ص 299).

كما أن هناك الكثير من الفقهاء قرّروا أن التفريق بين الزوجين غير محصور في إرادة الزوج، بل يمكن ذلك دون إذنه أو موافقته، كأن يتم التفريق بينهما للشقاق من قبل الحاكم - القاضي-، إذ يصح الخُلع ممن يصح منه الطلاق، والقاضي يصح طلاقه (البهوتي، 1983: ج 5، ص 147 & العسقلاني: ج 9، ص 396)، كما يصح ذلك من الحكّمين، وهذا قول الإمام مالك (ابن رشد: ج 3، ص 117 & الزحيلي، 1985: ج 7، ص 528)، لما جاء في الأثر أنه:

«جاء رجلٌ وامرأةٌ إلى عليّ رضي الله عنه ومع كل واحدٍ منهما فنام من الناس فأمرهم عليّ رضي الله عنه فبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ثم قال للحكّمين: «تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتمَا أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتمَا أن تفرقا أن تفرقا»، قالت المرأة: رضييت بكتاب الله بما عليّ فيه ولي، وقال الرجل: أمّا الفرقة فلا، فقال عليّ رضي الله عنه: «كذبت والله حتى تُقرّ بمثل ما أقرت به» (الشافعي، 2004: ج 3، ص 84 & البيهقي، 2003: ج 7، ص 498 & الدارقطني، 2004: ج 4، ص 451).

فقد شبه الإمام مالك الحكّمين بالسلطان؛ ولأن المبعوثين في قوله تعالى: «وإن خفتن شقاقَ بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها»، قاضيان يحكمان بما يريان وليسا وكيلين عن الزوجين. وقد قال بهذا - إضافة إلى الإمام مالك- عُمر بن الخطّاب، وعثمان بن عفّان، وعليّ بن أبي طالب، وابن عباس، والنّجعي، والشّعبي، وسعيد بن جبّير، والأوزاعي، وإسحاق، وابن المنذر، وهو قول للشافعي (القرطبي، 1964: ج 5، ص 176 & ابن قدامة: ج 10، ص 266 & ابن عاشور، 1984: ج 5، ص 46-4).

وفي هذا الصدد قال ابن رشد الحفيد بشكل صريح: «...والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما يبدي الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخُلع بيد المرأة إذا فركت الرجل» (ج 3، ص 90). أي إنه لما ذكر الآراء الفقهية الخمسة بشأن الخُلع، وصل إلى أن الفهم الصحيح يقتضي أن الخُلع متروك لإرادة المرأة، مثلما أن الطلاق متروك لإرادة الرجل، ولا يحتاج أحدهما لموافقة الآخر في وقوعه ونفاذه؛ لأنه لو قلنا بوجوب توقّف الخُلع على رضا الزوج وإلا لم يقع، فإننا نكون قد جمعنا للزوج حقّين هما الطلاق والخُلع، وسلبنا المرأة حق الخُلع ولم نُبّق لها إلا التطبيق للضرر، وأتحنا للزوج أن يستبدّ بما له من حق ويسرنا له طريق التعسف في استعماله.

والنص كما نرى هنا جاءت فيه عبارة «تُخالع نفسها»، وهي ذات العبارة التي كانت في النص القديم أي قبل تعديل 2005. وهذه العبارة ليست كعبارة «تطلب الخُلع»، فلو أن النص احتوى هذه العبارة لسأغ لنا أن نجد مبرراً لما ذهب إليه القضاة من أنه ليس للمرأة أن يُجاب طلبها في الخُلع إلا إذا وافق الزوج على هذا الطلب، وفق تعبير

النص القديم للمادة 54 من تقنين الأسرة. أما والحال أنّ التّصين - القديم والجديد- كلاهما يحتوي ذات العبارة، وأنّ النصّ الجديد أضاف عبارة «دون موافقة الرّوج» تجنّباً للالتباس الذي وقع فيه القضاة في العديد من المرات (المجلة القضائية، 1989: عدد 3، ص38)؛ فإنه لا يسعنا إلا أن نقول بأنّ الخلع حقٌّ للمرأة تمارسه متى رأت نفسها في وضع لا يمكّنها من بناء أسرة قوامها المودة والرّحمة والتّعاون، سواءً كان ذلك قبل البناء أم بعده، وأنّه ليس للقضاة أن يرفضوا طلبها؛ كون مبرّر طلب الخلع نفسياً لا مادياً، وليس للقاضي أن يتدخّل فيما يتعلّق بالجانب النّفسي للشّخص.

ونشير هنا إلى أن القضاء سبق التشريع في تقرير أن الخلع لا يتطلب رضاء الرّوج به، من ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/07/30، (زودة: ص159)، الذي ورد فيه: «...الخلع هو حقّ خوّلته الشّريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الرّوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائياً بين الرّوجين»؛ والقراران الصادران في: 1992/07/21 & 1999/03/16، المشار إليهما سابقاً.

المطلب الثاني: نقد القول بأن الخلع قبل الدّخول مخالف لأحكام الشريعة

يستند أغلب قضاة شؤون الأسرة في رفضهم للخلع قبل الدّخول إلى كونه مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويؤيدون قضاءهم بما استقر عليه قضاء المحكمة العليا بهذا الشأن، والحقيقة أننا بحثنا عن قرار منشور للمحكمة العليا بهذا الشأن، أي الذي جعل الخلع قبل الدّخول غير جائز لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية، ولكننا لم نجده، وطلبنا المساعدة من بعض القضاة، ولكننا لم نحصل عليه، بل وطلبنا حتى من المسؤولين عن الأرشيف في المحكمة العليا، غير أن طلبنا قُوبل بالرفض!

غير أننا وجدنا حكماً لمحكمة امشردالة بولاية البويرة بتاريخ 26 أبريل 2017، يشير إلى هذه المسألة، جاء فيه: «حيث إن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أنّ طلب الخلع مخول للزوجة التي تم الدّخول بها عند وصول حياتها الرّوجية حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الرّوجية، ولما ثبت للمحكمة أن العشرة الرّوجية لم تتحقق بعد، كون المدعية لم يتم الدّخول بها، فإن طلبها للخلع غير مؤسس لمخالفته القانون والشرع مما يتعين رفضه».

فهذا الحكم يلخّص اتجاه القضاة عمومًا، وقضاة المحكمة العليا بالخصوص، من اعتبار الخلع قبل الدّخول - ليس مخالفًا للقانون فقط، بل مخالفًا للشريعة كذلك.

وبما أنه لا يوجد نصّ قانوني يشير إلى مخالفة الخلع قبل الدّخول للشرع، فإنّ هذا يعني أنّ القضاة بلا شك قد استندوا إلى نصّ المادة 222 من تقنين الأسرة الذي يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نصّ، وهنا تبدأ نقطة بحث مثيرة في هذه المسألة، ويتبادر التساؤل إلى الذهن: هل حقًا تقضي أحكام الشريعة الإسلامية بأنّه لا يمكن وقوع الخلع قبل الدّخول، وهل اتفق فقهاء الشريعة على ذلك؟

يأتي الجواب قريبًا، بل مثيرًا للدهشة؛ ذلك أن فقهاء المذاهب الأربعة: الحنفيّة (الشيباني، 2012: ج4، ص569)، والمالكيّة (الأصحبي، 1323هـ: ج2، ص339-340)، والشافعيّة (النووي، 1991: ج6، ص285 & الرافعي، 1997م: ج7، ص232)، والحنابلة (البهوتي: ج5، ص147، ص230)؛ يرون صحة الخلع قبل الدّخول. كل ما في الأمر أنّهم يختلفون في مسألة ردّ المهر إذا تمّ قبضه من المرأة أم لا، ومسألة ردّ الهدايا. وسنذكر أقوال فقهاء الشريعة بهذا الشأن ابتداءً بالمالكية، الذين نتعنى دومًا بأننا نتبع مذهبهم، ونطبّق أحكامهم ومبادئهم، لنذكر بعدها أقوال غيرهم من الفقهاء.

قول المالكية في الخلع قبل الدّخول:

جاء في المدونة الكبرى أنّ سحنونًا سأل ابن القاسم عن رجل تزوج بامرأة على مهر معيّن وكانت قد قبضت هذا المهر، ثم خالعت قبل الدّخول بها مقابل غلام، أي افتدت نفسها بغلام، فهل يرجع عليها الرّوج بنصف ما أعطها من المهر أم لا؟ فردّ ابن القاسم بأنّه يرى أنّ على المرأة أن تردّ كامل المهر، واستدل بما أجاب به الإمام مالك عندما «سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِمَهْرٍ مُّسَمًّى، فَأَقْتَدَتْ مِنْهُ بِعَشْرَةِ دَنَانِيرٍ تَدْفَعُهَا إِلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا عَلَى أَنْ يُجَلِّيَ سَبِيلَهَا، فَفَعَلَ، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تُتْبِعَهُ بِنِصْفِ الْمَهْرِ، قَالَ: ذَلِكَ لَيْسَ لَهَا» (الأصحبي: ج2، ص339).

وجاء في موضع آخر: «أَرَأَيْتَ الَّتِي تَزَوَّجَتْ بِمَمْرٍ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ إِنْ اِخْتَلَعَتْ مِنْهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَى مَالٍ، أَيْجُوزُ لِلزَّوْجِ مَا أَخَذَ مِنْهَا أَمْ يَكُونُ مَرْدُودًا؟ قَالَ: أَرَى ذَلِكَ جَائِزًا لَهُ، وَلَا أَرَى أَنْ يَرُدَّ مَا أَخَذَ...» (الأصحبي: ج2، ص244).

وفي موضع آخر: «أَرَأَيْتَ الْمُخْتَلَعَةَ أَيُّكُونُ لَهَا الْمُتَعَةُ إِذَا اِخْتَلَعَتْ قَبْلَ الْبِنَاءِ بِهَا وَقَدْ فُرِضَ لَهَا أَوْ لَمْ يُفْرَضْ لَهَا إِذَا اِخْتَلَعَتْ قَبْلَ الْبِنَاءِ بِهَا، أَيُّكُونُ لَهَا الْمُتَعَةُ فِي قَوْلِ مَالِكٍ؟

قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: لَا مُتَعَةٌ لِلْمُخْتَلَعَةِ وَلَا لِلْمُبَارِنَةِ. قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَمْ يَخْتَلِفْ هَذَا عِنْدَنَا دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا» (الأصحبي: ج2، ص234).

فهذه الثُّقُول واضحة في أن الخُلع يقع قبل الدخول مثلما يقع بعده، ونظيرها في المدونة وغيرها من كتب المالكية كثير، لكننا نكتفي بما ذكرنا.

قول الحنفية في الخُلع قبل الدخول:

للحنفية في المسألة قولان (الشيبياني: ج4، ص569): أحدهما لأبي حنيفة، ومفاده أن المرأة المختلعة قبل الدخول إذا كانت قد قبضت المهر فلا ترد له شيئاً إلا ما اجتمع أي ما خالعهما عليه. والقول الثاني لأبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني، ومفاده أن للزوج زيادة على ما اجتمع حق استرداد نصف المهر.

قول الشافعية في الخُلع قبل الدخول:

قول الشافعية مثل قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن الحنفيين؛ فهم يرون وقوع الخُلع قبل الدخول على أن ترد المرأة للزوج نصف المهر، حيث قالوا: «إِذَا جَرَى الْخُلْعُ قَبْلَ الدَّخُولِ، فَيَنْتَسِرُ الصَّدَاقُ، وَالْحَاصِلُ لِلْمَرْأَةِ نِصْفُ مَهْرٍ...» (النووي: ج6، ص285 & الرافعي: ج7، ص232).

قول الحنابلة في الخُلع قبل الدخول:

إن قول الحنابلة في هذه المسألة يوافق قول المالكية في الجملة (ابن قدامة، 1995: ج21، ص214 & ابن مفلح، 1997: ج6، ص216)؛ حيث ترد المرأة المختلعة قبل الدخول كامل المهر الذي قبضته، أو تدفع نصف قيمته إذا لم تكن قد قبضته. فقد ورد عندهم: «فإن خالغ امرأته بنصف صداقها قبل الدخول بها، صحَّ، وصار الصداق كله له؛ نصفه بالطلاق، ونصفه بالخُلع...» (ابن قدامة، 1995: ج21، ص214 & ابن مفلح، 1997: ج6، ص215-216 & الرحيباني، 1994: ج5، ص202). أي يستحق نصف المهر بالطلاق؛ لأن للمرأة قبل الدخول نصف المهر فقط، ويستحق الزوج النصف الآخر؛ كونه العوض الذي يأخذه عوضاً عن الخُلع، ومن ثمَّ يثبت له المهر كاملاً؛ فلو فرضنا أن المهر المسمّى كان 200 ألف دينار، فإنه بالخُلع قبل الدخول تستحق المرأة 100 ألف دينار باعتبار أن الدخول لم يحصل، وتعيد للزوج 100 ألف، ثم تدفع له المئة (100) ألف الثانية كبديل للخُلع، فيحصل أنها لم تحتفظ من المهر بشيء وأن الزوج استرجع المهر كاملاً. هذا إن كانت المرأة قد قبضت المهر مسبقاً، أما إن لم تكن قد قبضته، فإن المهر يسقط عن الزوج؛ فيسقط نصفه بالطلاق، إذ يكون حينها للمرأة أن تطالب بالنصف فقط، ويسقط النصف الثاني بطريق المقاصة؛ لأنه يكون في ذمة الزوج نصف المهر سبب الفرقة قبل الدخول، وفي المقابل يكون نصف المهر في ذمتها بسبب مخالعتها لزوجها، فتكون المقاصة بينهما (البهوتي: ج5، ص147).

ونافذة القول، أن فقهاء المذاهب الأربعة يجيزون الخُلع قبل الدخول بالمرأة، وأن دعوى قضاة الموضوع أو حتى قضاة المحكمة العليا بأنه غير جائز شرعاً دعوى عارية من الصحة، ومناقضة للحقيقة الشرعية، فقضاؤهم غير مؤسس شرعاً، فضلاً عن عدم تأسيسه قانوناً.

زيادة على ذلك نجد أن بعض التشريعات العربية قد نصت صراحةً على جواز الخُلع قبل الدخول؛ مثل القانون الأردني في نص المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية (رقم 15، 2019)، الذي جاء فيه:

«إذا طلبت الزوجة التفريق قبل الدخول وأودعت ما قبضته من مهرها وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج وامتنع الزوج عن ذلك، بذلت المحكمة جهدها في الصلح بينهما فإن لم يصلحا أحالت الأمر إلى

حكيمين لموالاته مساعي الصلح بينهما خلال مدة ثلاثين يوماً فإذا لم يتم الصلح:

1. تحكم المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين بعد إعادة ما قبضته الزوجة من المهر وما أخذته من هدايا وما أنفقته الزوج من أجل الزواج».

وهذا النص يستشف منه عدة أمور: أولها أن الخلع قبل الدخول جائز ومتصور الحدوث، وثانيها أن الأمر فيه للزوجة وليس للزوج، أي أن رضا الزوج لا اعتبار له، لكن عليها إيداع ما تسلمته من مهر وهدايا وما كان قد أنفقته الزوج تحضيراً للزواج. والأمر الثالث والمهم هو الاهتمام بمصلحة الأسرة قدر الإمكان؛ حيث لا يحكم مباشرة بالتفريق، بل تقوم المحكمة بعقد جلسات صلح بين الزوجين، فإن لم تفلح جلسات الصلح، تم تعيين حكيمين للسعي نحو الإصلاح بين الزوجين، فإن لم تفلح تلك المساعي، وهذا يعني استحالة العشرة بين الزوجين، تقرر المحكمة التفريق بينهما.

ولهذا حتى ولو اعتبرنا الخلع حقاً خالصاً للمرأة، لها أن تستعمله قبل أو بعد الدخول، فإننا ننوّه بأمور:

أولها: أنه لا ينبغي للمرأة أن تطلب الخلع إلا للضرورة؛ لأنه كثيراً ما يؤدي إلى خراب البيوت وضياع الأبناء إن وجدوا بسبب لحظة غضب من المرأة قد تكون لأمر تافه، ومعلوم أن المرأة سريعة الانفعال، كثيرة الشكوى من الرجل؛ لذا كان وعيد الشريعة الإسلامية شديداً في هذا الأمر، وأثره خطيراً؛ فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم المرأة أن تطلب الطلاق أو الخلع من غير بأس، أي إذا لم يكن بها ضرر، ولم يكن لها مبرر شرعي معتبر، حيث قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ لَمْ تَرْحُ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ» (الترمذي، دون سنة: ص282)، وهذا حديث صححه الألباني الذي حقق الكتاب.

كما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم: «الْمُخْتَلِعَاتُ وَالْمُنْتَزِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ». (الترمذي: ص282). (ابن حنبل، 1997: ج15، ص209). وقد ذكر الترمذي بأنه: «حَدِيثٌ غَرِيبٌ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَلَيْسَ إِسْنَادُهُ بِالْقَوِيحِ»، كما قال شعيب الأرنؤوط محقق المسند بأن إسناده ضعيف، غير أن محقق كتاب الترمذي، وهو الألباني، صححه، كما أورده في السلسلة الصحيحة (ج2، ص210-211)، وعلق قائلاً:

«قال النسائي: «قال الحسن: لم أسمع من غير أبي هريرة». قلت: وهذا نص صريح منه أنه سمعه من أبي هريرة، وهو ثقة صادق فلا أدري وجه جزم النسائي رحمه الله تعالى بنفي سماعه منه! مع أن السند إليه صحيح على شرط مسلم، وقد قال الحافظ في «التهذيب» بعد أن ساقه في ترجمة الحسن: «وهذا إسناد لا مطعن في أحد من رواته وهو يؤيد أنه سمع من أبي هريرة في الجملة، وقصته في هذا شبيهة بقصته في سمرة سواء» قلت: يعني أن الذي تحرر في اختلاف العلماء في سماع الحسن من سمرة أنه سمع شيئاً قليلاً، فكذلك سماعه من أبي هريرة ثابت، ولكنه قليل أيضاً بدلالة هذا الحديث. والله أعلم. وبالجملة فهذا الإسناد متصل صحيح، فلا يتلفت إلى إعلال النسائي بالانقطاع...».

وصححه غيره مثل الشيخ أحمد شاكر (2005: ج1، ص279)، وذكر بالتفصيل مسألة سماع الحسن البصري من أبي هريرة رضي الله عنه، وقال بأن هذا الحديث صحيح على شرط الشيخين، أي البخاري ومسلم (ابن حنبل، ج6، ص539-551). كما صححه (الألباني، م. 2003: ج29، ص98).

وقد قال ابن العربي في تفسير الحديث الثاني: «الغالب من النساء قلة الرضا والصبر، فهن ينشزن على الرجال ويكفرن العشير، فلذلك سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم المنتزعات أنفسهن من النكاح والمخالعات منافقات، والنفاق كفر، فهذا اللفظ يعضد لفظ الحديث الصحيح في نسبتهن إلى كفران العشير». (ابن العربي، 1997، ج5، ص129).

وقال ابن حجر بأن الأحاديث الواردة في ترهيب المرأة من طلب الطلاق محمولة على انتفاء سبب يقتضي ذلك. (العسقلاني: ج9، ص402-403).

الأمر الثاني: أنه يجدر بقضاة الموضوع، عند حكمهم بالخلع – قبل أو بعد الدخول- أن يكونوا أكثر واقعية

وموضوعية؛ حيث لاحظنا في العديد من الأحكام، أن المرأة المختلعة تُعرضُ على الزَّوج مبلغاً زهيداً، ما بين 10 آلاف إلى 20 ألف دينار جزائري، وفي المقابل تطلب منه مبالغ أكبر منه بكثير تتعلق بنفقة العدة، ونفقة الحضانة، وبدل الإيجار، وعندما يرفض الخُلع من أساسه، أو يرفض المبلغ المعروض ويطلب مبلغاً قد يكون معقولاً - وقد يكون مبالغاً فيه- يُصدر القاضي حكمه بالخُلع مقابل مبلغ أدنى من مهر المثل وقت صدور الحكم، حيث يكون بين 10 آلاف و50 ألف دينار، وفي المقابل يحكم بمبلغ لا يقل عن بدل الخُلع كنفقة عدة، إضافة إلى المبالغ المتعلقة بالحضانة وبدل الإيجار، أي أن الزَّوج - فوق اعتباره مخالفاً- يخرج مديناً لا دائماً. ولعلَّ هذا أحد الأسباب التي أدت إلى تفاقم ظاهرة الخُلع في الجزائر.

وعلى سبيل المثال: صدر عن محكمة سعيذة حكم بتاريخ 5 نوفمبر 2009، رقم 755، طلب فيه الزَّوج مبلغ 400 ألف دينار، لكن القاضي حكم بدفع مبلغ 50 ألف دينار؛ وصدر حكم آخر بتاريخ 12 نوفمبر 2009، رقم 1334، طالب فيه الزَّوج بمبلغ 150 ألف دينار، وحُكم له بمبلغ 50 ألف دينار أيضاً. وفي قضية بتاريخ 4 مارس 2010، حكم القاضي بدفع مبلغ 10 آلاف دينار بحجة أن الزَّوج قد تخلف عن حضور جلسات الصلح وعن جلسة النطق بالحكم. فهل مبلغ 10000 دينار في سنة 2010 يمثل مهر المثل؟!

وأكثر من ذلك، هناك قرار عن مجلس قضاء البويرة، (رقم 08/01846، 17 نوفمبر 2008)، تم فيه الحكم بالخُلع مقابل 1000 دينار فقط أي أقل من 10 دولار أمريكي!

أضف إلى ذلك أن الخُلع أصبح ينظر إليه نظرة مادية، ومن هذه الناحية، فإنه لا يؤثر فقط على الزوجين والأبناء بل على المجتمع ككل؛ ذلك أن الرجل سينظر إلى الزَّواج بمنظار مختلف، فهو إن تزَّوج ثم طلق خسر، وإن تمت مخالطته خسر أيضاً، وفي المقابل إذا طُلقَت المرأة كسبت - مادياً - وإذا خالعت زوجها كسبت أيضاً، وهذا سيؤدِّي لا محالة إلى عزوف الرجال عن الزَّواج، وبالتالي انتشار العنوسة بين النساء.

وبالنسبة للمرأة، إذا كان اندماج المطلقة في المجتمع من الصَّعوبة بمكان، وإعادة زواجها ليس بالأمر اليسير، فيكيف يكون الأمر بالنسبة للتي خالعت زوجها؟ كيف سينظر إليها المجتمع، ومن سيقبل الزَّواج منها مستقبلاً ويأمن أنها لن تقوم بمخالعته هو كذلك؟

إن هذا الأمر جدير بإعادة التفكير فيه، وإيجاد الحلول المناسبة له، من خلال إعادة النظر في النصوص المتعلقة بالخُلع من جهة، وتوحيد المنظور القضائي لهذه المسألة وإحاطته بمزيد من العناية.

من خلال هذه الدراسة نتبين لنا عدة نتائج أهمها:

- أن الخلع كطريق من طرق فك الرابطة الزوجية مرّ من الناحية القضائية بمرحلتين متعارضتين - إن صح القول-، فيما يتعلق بمسألة وجوب رضا الزوج به أم لا:
 - المرحلة الأولى اتبع فيها قضاة الموضوع، وقضاة المحكمة العليا جمهور الفقهاء، حيث لا يصح الخلع ولا يقع إلا إذا وافق عليه الزوج، وبالتالي لم يكن فيه لإرادة المرأة شأن يذكر، واستمر هذا الأمر إلى غاية بداية التسعينات من القرن الماضي.
 - المرحلة الثانية تحوّل فيها القضاة إلى عدم اعتبار الخلع عقدًا رضائيًا بين الزوجين، إذ لا تشترط فيه موافقة الزوج، لا على الخلع من حيث المبدأ، ولا على مقدار بدل الخلع، بل الأمر منوط بإرادة المرأة وحدها في ذلك، مثلها مثل حق الرجل في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وهذا ما أكده المشرع من خلال تعديله لنص المادة 54 من تقنين الأسرة سنة 2005.
 - أن هناك في الفقه الإسلامي من جعل الخلع حقا خالصا للمرأة، وهو يقابل حق الرجل في إيقاع الطلاق، وهذا ما نؤيده، ومما يسند ذلك أنه في حادثة خلع ثابت بن قيس لم يرد سؤال النبي صلى الله عليه وسلم عن رأي أو رضا ثابت بن قيس، بل كان السؤال للمرأة فقط.
 - أن القضاة شبهه مجمعين على أن الخلع قبل الدخول لا يصح قانونًا وشرعًا؛ تأسيسًا على أن مبررات الخلع لا تُتصور إلا بعد الدخول وبعد العشرة الزوجية لزمان!
- غير أن هذا التوجه جانبا للصواب، بدليل أنه لا يوجد نصّ قانوني يمنع ذلك، كما أنّ فقهاء مذاهب الشريعة الإسلامية الأربعة يرون جواز الخلع قبل الدخول، أي إنهم مجمعون على ذلك.

التوصيات:

مع تميمنا لتوجه المشرع الجديد في إعطاء المرأة حقها في الخلع، ومع اعتقادنا بصحة وقوع الخلع قبل الدخول؛ فإننا مع ذلك نرى أنه على المشرع أن ينص على وجوب تصريح المرأة بسبب طلبها الخلع، أي بأنها تبغضه ولا تستطيع الاستمرار في العيش معه، أو أنها تخاف أن لا تقيم حدود الله إذا ما بقيت معه، وفق ما نص عليه القرآن، وأن يقرن ذلك بأدائها اليمين؛ لأن الغالب في مبرر الخلع هو مجرد ادعاء ليس عليه دليل ملموس.

وله مثلا أن يضع نصًا مثل نص المشرع الأردني في المادة 114، مضمونه: «إذا رفعت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها الخلع وبيّنت بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة معه وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض واقتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وردت عليه الصداق الذي استلمته، عقدت المحكمة جلسات صلح بين الزوجين، فإن لم يصلحا عينت حكيمين للإصلاح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، فإن لم يتم الصلح قضت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما».

كما نهيب بالقضاة عدم التساهل في الحكم بالخلع، وتحميل المرأة البذل الذي يتمشى مع النص أو مع خطورة المسألة، وليس المبلغ التافه الذي تعرضه، لعلّ هذا يكون رادعًا لها ولغيرها عن طلب الخلع لأنقته الأسباب. ولا يغيب عن ذهننا مسألة التفعيل الحقيقي لعملية الصلح وإعطائها حقها من الوقت، وعقد جلسات صلح متكررة، لعلها تؤتي أكلها وتعيد الألفة بين الطرفين.

وحبذا لو يسائر المشرع الجائري ما ذهب إليه المشرع الأردني في نص المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية، ويضيف نصًا مضمونه: «إذا طلبت الزوجة الخلع قبل الدخول وأودعت ما قبضته من مهرها وما أخذته من هدايا وكانت مستعدة لإرجاع ما أنفق الزوج من أجل الزواج، عقدت المحكمة جلسات صلح بينهما، فإن لم يصلحا عينت حكيمين للإصلاح بينهما خلال ثلاثين يوماً، فإذا لم يتم الصلح، حكمت المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين

وإعادة ما قبضته الزوجة من المهر وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج. أما إذا اختلف الزوجان في مقدار نفقات الزواج والهدايا جعل تقدير ذلك إلى الحكّمين».

نضيف إلى ما سبق مسألة غاية في الأهمية، ألا وهي توعية المرأة بالمخاطر الاجتماعية الكبيرة الناجمة عن الخُلع، وخطورته الدينيّة كذلك؛ ونرى تدعيم جلسات الصلح بإمام شرعيّ لتنبيه المرأة بأنّ الخُلع دون سبب جدّي، أي دون مبرّر شرعيّ، له محاذيره الشرعية، أخطرهما التنبيه بالوعيد بعدم دُخول الجنّة، واتّصافها بالنفاق؛ لأنه غالبًا ما تكون للإمام هيبة في مجال الأحوال الشخصية، وما زال كثير من أفراد المجتمع الجزائري يرجعون إليه في أمورهم هذه ويستمعون إليه. أو تجسيد ما يسمى بالقضاء الموازي، الذي يُلجأ إليه قبل رفع الأمر إلى القضاء، وذلك بإنشاء هيئات ذات صبغة دينية وإصلاح اجتماعي لأجل هذا الغرض، بهدف التقليل من حالات رفع طلبات الخُلع إلى القضاء مباشرة، وإيجاد الحلول المناسبة بعد أخذ الوقت الكافي في ذلك.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

- ابن العربي. (1997). عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن تيمية، أ. (1987). الفتاوى الكبرى، محمد، ع. مصطفى، ع (محقق). بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن حنبل، أ. (1995). مسند الإمام أحمد بن حنبل، شاکر، أ (محقق). القاهرة: دار الحديث.
- ابن حنبل، أ. (1997). مسند الإمام أحمد بن حنبل، شعيب، أ. عادل، م (محقق). بيروت: مؤسسة الرسالة.
- ابن رشد، م. (2004). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. القاهرة: دار الحديث.
- ابن عابدين، م. (2003). رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، عادل، م. علي، ع (محقق). الرياض: دار عالم الكتب.
- ابن عاشور، م. (1984). التحرير والتنوير. تونس: الدار التونسية للنشر.
- ابن قدامة، ع. (1995). الشرح الكبير، عبد الله، ت. عبد الفتاح، ح (محقق). القاهرة: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ابن قدامة، ع. (1997). المغني شرح مختصر الخرقي، عبد الله، ت. عبد الفتاح، ح (محقق). الرياض: دار عالم الكتب.
- ابن مفلح، إ. (1997). المبدع في شرح المقنع. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن نجيم، ز. (دون سنة). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. مصر: دار الكتب العربية الكبرى.
- الأثيوبي، م. (2003). شرح سنن النسائي. مكة: دار آل بروم للنشر والتوزيع.
- الأصبحي، م. (1323هـ). المدونة الكبرى. مصر: مطبعة السعادة.
- الألباني، م. (1995). سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها. الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع.
- البخاري، م. (1422هـ). الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، محمد، ن (محقق). بيروت: دار طوق النجاة.
- البهوتي، م. (1983). كشف القناع عن متن القناع. دون مكان: عالم الكتب.
- البيهقي، أ. (2003). السنن الكبرى، محمد، ع (محقق). بيروت: دار الكتب العلمية.
- الترمذي، م. (دون سنة). سنن الترمذي، محمد، أ (محقق). الرياض: مكتبة معارف للنشر والتوزيع.
- الحجاوي، م. (دون سنة). الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، عبد اللطيف، س (محقق). بيروت: دار المعرفة.
- الدارقطني، ع. (2004). السنن، شعيب، أ وآخرون (محقق). بيروت: مؤسسة الرسالة.
- الرافعي، ع. (1997). العزيز شرح الوجيز، علي، ع. عادل، ع (محقق). بيروت: دار الكتب العلمية.
- الرحياني، م. (1994). مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. دون مكان: المكتب الإسلامي.
- الزحيلي، و. (1985). الفقه الإسلامي وأدلته. بيروت: دار الفكر.
- السنهوري، ع. (1998). مصادر الحق في الفقه الإسلامي. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

- السيد سابق. (1977). فقه السنة. بيروت: دار الكتاب العربي.
- الشافعي، م. (2004). مسند الشافعي، ماهر، ف (محقق). الكويت: شركة غراس للنشر والتوزيع.
- الشوكاني، م. (1993). نيل الأوطار، عصام الدين، ص (محقق). مصر: دار الحديث.
- الشيبياني، م. (2012). الأصل، محمد، ب (محقق). بيروت: دار ابن حزم.
- الصنعاني، م. (1997). سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، محمد، ح (محقق). الرياض: دار ابن الجوزي.
- الطهطاوي، ع. (2003). تنبيه الأبرار بأحكام الطلاق والخُلع والظهار. بيروت: دار الكتب العلمية.
- عبد العزيز، س. (1996). الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. الجزائر: دار هومة.
- العثيمين، م. (1427هـ). الشرح الممتع على زاد المستقنع. السعودية: دار ابن الجوزي.
- العسقلاني، أ. (دون سنة). فتح الباري شرح صحيح البخاري. المدينة المنورة: المكتبة السلفية.
- القرطبي، م. (1964). الجامع لأحكام القرآن، أحمد، ب. إبراهيم، أ (محقق). القاهرة: دار الكتب المصرية.
- الكاساني، ع. (1986). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت: دار الكتب العلمية.
- المرداوي، ع. (1956). الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، محمد، ف. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- النووي، (ي). (1982). المجموع شرح المهذب، محمد، م (محقق). جدة- القاهرة: مكتبة الإرشاد - المطبعة العربية الحديثة.
- النووي، ي. (1991). روضة الطالبين وعمدة المفتين، زهير، ش (محقق). بيروت - دمشق- عمان: المكتب الإسلامي.

ثانياً: المجالات القضائية

- المجلة القضائية. (1990). عدد 3. الجزائر: قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا.
- المجلة القضائية. (1992). عدد 3. الجزائر: قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا.
- المجلة القضائية. (1993). عدد 2. الجزائر: قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا.
- المجلة القضائية. (2001). عدد 1. الجزائر: قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا.
- المجلة القضائية. (2001). عدد خاص. الجزائر: قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا.
- المجلة القضائية. (2006). عدد 2. الجزائر: قسم الوثائق.
- المجلة القضائية. (2008). عدد 1. الجزائر: قسم الوثائق.
- المجلة القضائية. (2012). عدد 1. الجزائر: قسم الوثائق.
- المجلة القضائية. (2014). عدد 2. الجزائر: قسم الوثائق.

ثالثاً: النصوص القانونيّة

- القانون رقم 84-11. (9، 6، 1984). قانون الأسرة، عدد 24، 910. الجزائر.
- القانون رقم 15 لعام 2019. (26، 9، 2019). قانون الأحوال الشخصية، عدد 5578، 3181. الأردن.

