

الخلع مظهر من مظاهر مساواة الزوجين

حُسَيْنِي عَزِيزَة، أستاذة محاضرة "ب"

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

ملخص

إنّ قانون الأسرة باعتباره تشريعاً وجب خضوعه للقواعد التي يخضع لها التشريع خاصة ما تعلق بمبدأ دستورية القوانين، ومبدأ سمو الاتفاقية على القانون، ومن أهم المبادئ التي جاء بها هذان المصدران مبدأ المساواة بين الجنسين، في المادة 29 من الدستور وغيرها، وجسده أيضاً اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي صادقت عليها الجزائر في 10 جانفي 1996.

وجب أن يبرز هذا المبدأ في قانون الأسرة، ومن مظاهر ذلك الخلع في المادة 54، الذي استمد حكمه من الشريعة الإسلامية كغيره من أحكام هذا القانون، والخلع طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة كما يتم الطلاق بإرادة الزوج، وإذا أرادت الشريعة الإسلامية حماية المرأة من علاقة لم تعد ترغب فيها فإنّ قانون الأسرة خاصة بعد تعديل 2005 أراد تسوية مركز المرأة بمركز الرجل في حق كل منهما في حل عقد الزواج، مما يجعل إفراغ أحكام الأولى في آلية الثانية وما يحكمها من ضوابط تحريفا وتزييفا للأولى.

كلمات مفتاحية

الدستور - الاتفاقيات - قانون الأسرة - المساواة - التمييز - قانون تمييزي - قانون غير دستوري - الخلع - الطلاق - رخصة - حق - المرأة - الزوج - الزوجة.

مقدمة

تعرف الجزائر تعايش نظامين قانونيين أحدهما روماني جرمانى¹ مصدره القانون الفرنسي بحكم العلاقة التاريخية التي تربطها بالدولة المستعمرة - فرنسا-، ونظام ثان سابق في التاريخ على الأول شرعي إسلامي² بحكم أن الإسلام كان ولا يزال دين الشعب والدولة.

وعلى ضوء ما تقدم فإنّ المشرع الجزائري عند صياغته للتشريع يستحيل أن يتصل أو يتجرد من تأثيره بهذين النظامين القانونيين (إذا اقتضى الأمر اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدرا له)، بالرغم من الاختلاف الواضح بينهما شكلا ومضمونا³.

إنّ دمج أحكام الشريعة الإسلامية في نصوص تشريعية سوف يشكل لا محالة صعوبة في إدماج مفاهيم الأولى في آلية الثانية، ولنا في قانون الأسرة النموذج الأمثل من خلال إقحامه لمبدأ المساواة كمبدأ دستوري وأساس لعديد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان عامة وحقوق المرأة خاصة.

أرى أن أنطلق في هذا الموضوع بالبحث عن سبب اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا للقانون المنظم للعلاقات الأسرية، لأثير في نفس الوقت مسألة أن هذا المجال لا تحكمه فقط الشريعة الإسلامية وإنما تؤثر فيه معطيات أخرى تتعلق بتدرج التشريع واحتكام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى وسمو الاتفاقية على التشريع الداخلي (أولا)، ثم أعرض كنقطة ثانية إلى الخلع باعتباره تطبيقاً من تطبيقات عدم انسجام أحكام الشريعة مع المبادئ التي تحكم التشريع (ثانيا).

أولا: قانون الأسرة تشريع مصدره أحكام الشريعة

اعتمدت الجزائر في تنظيمها للأحوال الشخصية على الشريعة الإسلامية، وذلك حتى قبل صدور قانون الأسرة، وقبل الاستقلال أيضا، حيث لم يكن عندنا تشريع ينظم هذه العلاقات إلى غاية جوان 1984.

¹-FILALI(Ali), Bilinguisme et bi juridisme, l'exemple du droit algérien, colloque international, Perpignan, 2 et 3 avril 2012. Annales université d'Alger, n° spécial, p 70.

² - Op.cit.

³ - Ibid.

وبسبب هذا، اجتهد القاضي في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية باحثاً عن الحلول في المصادر الفقهية خاصة ما تعلق منها بمذهب أهل المدينة، مذهب الإمام مالك⁴ على اعتبار أنه المذهب السائد في بلاد المغرب العربي⁵، مع ملاحظة أنه وبموجب المرسوم رقم 261/63 الصادر في 22 جويلية 1963 تم نقل اختصاص المحاكم الشرعية إلى المحاكم العادية⁶.

عشية الاستقلال كان لا بد من إرساء منظومة تشريعية جزائرية نابعة من مقومات الأمة، و حضارتها، دون إهمال قيم الثورة⁷ ومكتسباتها، وهكذا بدأت تتوالى التشريعات⁸، ليتخلف قانون الأسرة إلى غاية جوان 1984 (1).

كما تجب الإشارة أن قانون الأسرة هو القانون الذي صدر بعد أخذ ورد طويلين، وجدل مستفيض بين أهل الاختصاص من حقوقيين، و برلمانيين، ونشطاء في مجال حقوق الإنسان عامة، وحقوق المرأة خاصة، وحتى عامة الناس⁹، ولا يزال الجدل قائماً حوله بالرغم مما دخل عليه من تعديل¹⁰، وقد سبق ظهور هذا القانون عدة مشاريع¹¹.

علماً أن الأسرة الجزائرية اليوم دخلت عليها عدة مؤثرات اجتماعية، ثقافية، واقتصادية أيضاً، الأمر الذي يؤثر حتماً على علاقة الأطراف فيها (2)، مما اقتضى اصباغه بصيغة المساواة الذي كرسه دستور البلاد (3) والاتفاقيات التي صادقت عليها الدولة في هذا المجال (4).

⁴ - حُسَيني عزيزة، الحضنة في قانون الأسرة، قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، ص 14.

⁵ - عبد الرحمان الجيلالي، كيف رسخ المذهب المالكي بالمغرب العربي، مجلة الموافقات، 1994، عدد 3، من الصفحة 226 إلى 228.

⁶ - وقبلها كانت قد ألغيت ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف الجزائرية، حُسَيني عزيزة، المرجع السابق، ص 15.

⁷ - exposé des motifs du projet d'ordonnance n° 75/58 portant code civil.

⁸ - قانون العقوبات 1966 - قانون الإجراءات 1966، القانون المدني 1975.

⁹ - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه و أصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008-2009، ص 611.

¹⁰ - من بين ما يؤخذ على قانون الأسرة أنه قانون تمييزي ويكرس الهيمنة الذكورية حيث لا تتساوى فيه المرأة بمركز الرجل، الأمر الذي يجعله غير دستوري La discrimination a l' égard des femmes en Algérie, CiDDEF, 2012

¹¹ - لقد عرفت الجزائر ثلاثة مشاريع قانون أسرة لم تر النور هي: مشروع 1966، مشروع 1973، و مشروع 1981 الذي عرض على المجلس الشعبي الوطني في جانفي 1982.

1- قانون الأسرة تأكيد لانتماء الأمة للدين الإسلامي؛

ما كان مؤكدا عند صياغة قانون الأسرة هو أن يتسم هذا القانون بما تتسم به الأسرة الجزائرية، ويصب في مصب دعوى الحفاظ على الهوية الوطنية الإسلامية العربية، وقد أكد الرئيس هواري بومدين ذلك في خطاب ألقاه بمناسبة المهرجان الشعبي احتفالا باليوم العالمي للمرأة في 13/03/1971¹² : "إذا كنا نعمل من أجل حرية المرأة وحصولها على حقوقها المشروعة فإننا في نفس الوقت نؤكد ضرورة أن يتم ذلك في إطار المحافظة على العناصر الرئيسية لشخصيتنا العربية الإسلامية التي حاول الاستعمار القضاء عليها وكان احتفاظنا بها هو السلاح الرئيسي الذي تمكنا بواسطته من تحقيق الانتصار"¹³.

مواصلًا في نفس الطرح يقول الرئيس الأسبق: "إنّ قانون كل أمة قطعة من ماضيها وحاضرها الماثل، يمثل نشأتها وتطورها وأخلاقيها وتقاليدها ودينها ومعتقداتها"، مؤكداً أن ضرورة استقاء هذا القانون من الشرع الإسلامي لما فيه: "من سعة ودقة في بناء الأحكام ومكانة العرف فيه وحرصه على التوازن في الحقوق بين الفرد والجماعة"¹⁴.

تتوالى التأكيدات الرسمية في نفس السياق، ومما جاء في مداولات المجلس الشعبي الوطني بخصوص مشروع قانون الأسرة لسنة 1984: "إنّ هذا القانون بعدما تصادق عليه سوف يرسى للأسرة قواعدها بما يقوي بنيانها ويحفظ للأمة وحدتها وكيانها، فهو قانون يستمد من الشريعة الإسلامية أحكامه وأصوله... هذا القانون ليس غريباً ولا دخيلاً على المجتمع، هذا المجتمع الذي تمسك باحتكامه للشريعة الإسلامية منذ أن حل الإسلام بدياره... كما يستمد من الشعب قوته وأصالته، فيعالج قضايا الأسرة الجزائرية بما هو أصلح وما هو للمجتمع أقوم... إنّ مشروع قانون الأسرة المعروض عليكم ليس إلاّ تقنين لحالة المجتمع الجزائري التي لم يزل عليها في ماضيه المجيد وحالته التي يريد أن يكون عليها ويبقى عليها غداً، وما هو إلاّ إقرار لما ورثه شعبنا من التقاليد الإسلامية

¹² - بوعلام بن حمودة، ضمان حياة عائلية هادئة مستقرة، مجلة الأصالة، وزارة الشؤون الدينية، سنة 1973، عدد 03، ص14.

¹³ - بوعلام بن حمودة، المرجع السابق.

¹⁴ - المرجع نفسه.

النقية الطاهرة خالصة من العادات الفاسدة"¹⁵، فالنية كانت صادقة في وضع قانون ينظم الأحوال الشخصية بعيدا عن القانون المدني.

كما جاء في ديباجة المشروع التمهيدي لقانون الأسرة لسنة 1984: "اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم، السنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث، والإجماع والقياس والاجتهاد، وكذا الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل".

صدر قانون الأسرة أخيرا في جوان 1984، وبقي ذلك القانون الذي تتجاذبه الآراء بين من يعتقد بقداسته للمصدر الذي استمد منه، وبين من يعتقد بعدم دستوريته لمخالفته مبدأ دستوري تبنى عليه إعلانات واتفاقيات دولية (مبدأ المساواة)، فهو القانون الذي يميز بين الرجل والمرأة، ومن هذا المنطلق فهو قانون تمييزي.

2- تنظيم الأسرة تتجاذبه الشريعة والتحديات المعاصرة

إنّ الأسرة الجزائرية اليوم ليست تلك الأسرة بالأمس، فقد دخلت عليها معطيات اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية داخلية وخارجية أيضا، أثّرت على تركيبتها وعلى التزامات الأطراف فيها أيضا، وعليه بدأت الاتجاهات كلها نحو ضرورة تعديل قانون الأسرة خدمة للمعطيات السابق ذكرها.

وقد أكد الرئيس عبد العزيز بوتفليقة ذلك في أكثر من محفل، حيث جاء في كلمة ألقاها بمناسبة اختتام أشغال ورشات حول ترقية المرأة في مارس 1997: "هناك تحديات مفروضة، إما أن نتعامل معها كما ينبغي مع التشبث بقيمنا وأصالتنا ومبادئنا، وإما أن تزيحنا دون مبالاة". مبديا اهتماما خاصا داعيا إلى "ضرورة الاجتهاد والتفكير الفقهي والتشريعي مما يتطلب تجنيد الطاقات من فقهاء واجتماعيين وقانونيين ليحدث الانسجام بين القوانين الوضعية والفكر المتجدد، أملا في الوصول إلى تنسيق عملي ومنهجي بين القوانين الوضعية والنصوص الفقهية شريطة أن يكون فقها حيا مبدعا وغير متحجر"، الأمر الذي يستحيل تحقيقه في رأينا للتباين الحاصل بين المصدرين واختلافهما منهجا ومصدرا ومضمونا.

¹⁵ - مداولات المجلس الشعبي الوطني.

الملاحظ أنّ الكلام موجه بالدرجة الأولى إلى المنشغلين بالشرعية الإسلامية (الفقهاء) للابتعاد عن الفقه المتحجر والاتجاه بفكرهم إلى إحياء الفقه الإسلامي والابتداع فيه بما يواكب التحديات وإلاّ ما هو متوفر من فكر تطوري سوف يصطدم مع فكرهم المتحجر ويزيحه لا محالة.

3- المساواة مبدأ دستوري يجب تكريسه في قانون الأسرة

باعتبار أنّ قانون الأسرة تشريع لا بد أن يكون منسجما ومتكاملا مع النسق القانوني للدولة، هذا النسق الذي يتحدد انطلاقا من القانون الأساسي الذي هو دستور الدولة، ومن المبادئ الأساسية التي جاء بها دستور البلاد المساواة بين كل المواطنين، حيث جاء في المادة 29 منه : " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأيّ تمييز يعود إلى المولد أو العرق، أو الجنس أو الرأي، أو شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي " .

والمساواة تتمثل في الاعتقاد بأنّ الناس كلهم متساوون من حيث طبيعتهم البشرية، وليس هناك أي تفضيل بين إنسان وآخر بحسب جنسه أو عنصره أو أصله أو سلالته، والمساواة بمفهومها القانوني هي أن يخضع الجميع لحماية القانون وأن تكون التكاليف التي يفرضها القانون على الناس متساوية.

وتقابل هذه المساواة مساواة أخرى هي المساواة الفعلية كتساوي الناس في الثروة أو تساويهم في الطاقة الجسدية، ونسبة الذكاء، أو تساويهم في الشكل واللون... وهي مساواة مستحيلة وغير ممكنة، ولا يمكن للقانون أن يضمنها.

إنّ المساواة كمبدأ قانوني يلحق به مبدأ آخر هو عدم التمييز الذي يعني عدم حرمان الفرد من التمتع الكامل بحقوقه السياسية، المدنية، الاقتصادية، الاجتماعية و الثقافية¹⁶، فالمدّان متلازمان، ومساواة المرأة بالرجل يقتضي حتما تجنب كل تمييز بينهما، مهما كانت أسبابه، وقد عرّف التعليق العام رقم 16 (2005)¹⁷ التمييز ضد المرأة على أنه : " أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على

¹⁶ - « la discrimination consiste a priver un individu de la pleine jouissance de ses droits et libertés politiques, civiques, économiques, sociaux et culturels », CIDEF, op.cit., p5.

¹⁷ - هيئة الأمم المتحدة، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان HRi/Gen/1/Rev.9(voll) التعليق العام رقم 16 (2005)، المساواة بين الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (المادة 3 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، ص 117.

أساس الجنس ويكون من آثاره أو أعراضه توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية، أو في أي ميدان آخر، أو تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها".

أخذاً بتدرج التشريع وجب أن يلقي المبدأ الدستوري المذكور (المساواة) صدها في قانون الأسرة باعتباره تشريع يحتكم إلى مبدأ دستورية القوانين، وهو المبدأ الذي بمقتضاه يجب أن تخضع كل التشريعات الأدنى إلى أحكام الدستور ومبادئه، فهي تدور في فلكه باعتباره القانون الأسمى والأعلى في الدولة، وإلاّ عدت القوانين المخالفة للدستور غير دستورية، ويعني ذلك عدم انسجامها مع المبادئ التي يقوم عليها كيان المجتمع، فالمساواة مقوم أساسي من مقومات المجتمع، ومخالفتها يعني مخالفة النظام العام للدولة.

على ما تقدم وجب أن يكتسب قانون الأسرة مظهراً من المساواة الحسابية بين الرجل والمرأة، فلا ترجح كفة طرف على طرف آخر في هذه العلاقة ذات الطابع المتميز اجتماعياً، هذا الذي جسده التعديل الأخير لقانون الأسرة، والذي ترجم أساساً في خلق توازن بين مركزي المرأة والرجل في علاقتهما بعضهما البعض، وفي علاقتهما بأبنائهما.

4- المساواة بين الرجل والمرأة تعهد دولي للجزائر

إنّ المساواة بين الرجل والمرأة كرسته الاتفاقيات الدولية على رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة¹⁸ التي صادقت عليها الجزائر بتحفظ في 10 جانفي 1996، وتوصف هذه الاتفاقية بأنها وثيقة حقوقية دولية للمرأة، و بمقتضاها وجوب المساواة بين الجنسين في مختلف مناحي الحياة العامة والخاصة¹⁹، وهي مساواة حسابية قائمة على ما هو مقرر للرجل من حقوق تقابله بالضرورة نفس الحقوق للمرأة داخل الأسرة وخارجها.

أخذت الجزائر على عاتقها تنفيذ أحكام الاتفاقية وإدماجها في التشريعات الداخلية، مصرحة بذلك: "إنّ المساواة بين الجنسين وحماية المرأة من أي شكل من

¹⁸ - صادقت الجزائر على الاتفاقية مع التحفظ بموجب الأمر رقم 03/96 المؤرخ في 10 يناير 1996، جريدة رسمية عدد 3، السنة 33، بتاريخ 14 يناير 1996.

¹⁹ - حسيني عزيزة، مصلحة الطفل، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2014، ص 26.

أشكال التمييز مبادئ مكرسة دستوريا... كما يتم حاليا إعادة النظر في مدى وجاهة التحفظات التي عبرت عنها الجزائر عند المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تمهيدا لرفعها... أما على مستوى القوانين الداخلية فقد أنشأت لجنة وطنية لمراجعة قانون الأسرة لإدراج التكييفات اللازمة التي أصبحت تحتملها التحولات الاقتصادية والاجتماعية وحتى الثقافية، ومن أهم الأحكام المقرر تعديلها تلك الخاصة بالزواج والنفقة، وعمل المرأة، جلسة الصلح، فك الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عن ذلك..."²⁰

من المعلوم أنّ المعاهدات في القانون الجزائري تلي الدستور في الترتيب، وتتقدم على القانون، وبالتالي يجب أن تتسجم نصوص قانون الأسرة معها (أي المعاهدات)، حيث جاء في نص المادة 132 من الدستور: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"، وعليه فإنّ أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى النص المذكور سلطة السمو على القوانين، هذا الذي يؤكد المجلس الدستوري في قرار له: "وعليه فإنّ أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 132 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية"²¹.

إنّ ما تقدم معنا في هذا الشطر من المداخلة، وانطلاقا من معطيات نظرية محضة للقواعد والمبادئ التي يحتكم إليها التشريع من تدرج ورقابة وترابط، يجعل من قانون الأسرة تشريعا يعامل معاملة التشريع بغض النظر عن المجال الخاص الذي يقوم على تنظيمه، والذي هي الأسرة مركز استمرار الحياة، وأنّ العلاقة بين طرفيها علاقة تكامل وليست علاقة تضاد وتنافر.

كان لزاما إذن أن يعاد تنظيم الأسرة وعلاقة الأفراد فيها (أقصد الزوجين) على وجه تتحقق به مساواتهما، وعليه تأثرت عديد أحكامه واكتست مظهرا من

²⁰- رد على الاستبيان الموجه للحكومات بشأن منهاج بكنين 1995، و نتائج الدورة الاستثنائية الثالثة والعشرون للجمعية العامة 2000، الجزء الأول، استعراض عام للإنجازات المحققة والتحديات المصادفة في تعزيز المساواة بين الجنسين وتمكين المرأة.

²¹- المجلس الدستوري، قرار رقم 1-ق-مد، مؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 1989/08/20، يتعلق بقانون الانتخابات، جريدة رسمية رقم 36 بتاريخ 30 أوت 1989، ص 1050.

المساواة بين الرجل والمرأة سواء في علاقتهم ببعضهما أو في علاقتهم بأبنائهما - خاصة بعد انحلال الرابطة الزوجية -.

ثانياً: تجسيد مبدأ المساواة في فك الرابطة الزوجية خلعا

من المسائل التي نظمها قانون الأسرة معتمداً على أحكام الشريعة الإسلامية مسألة خلع المرأة نفسها من زوجها، وهي طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية منحت للمرأة، بديلاً للطلاق الذي ينفرد به الزوج فيوقعه بإرادته المنفردة(1).

أورد قانون الأسرة حكم الخلع في نص المادة 54، لسنة 1984 والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". علماً أن هذا النص عرف في تطبيقه جدلاً قضائياً وتعارضاً في الأحكام، ليفسر مرة على أن الخلع يقتضي تراضي الزوجين، وأخرى انفراد الزوجة به (2)، ليعدل النص في 2005 وتصبح صياغته: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي".

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، وبمقتضى التعديل أصبح الخلع حق خالص للمرأة، تتعدم فيه إرادة الزوج وحتى سلطة القاضي التقديرية (3).

1- الخلع فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة

الخلع بالمعنى اللغوي هو الإزالة والنزع²²، وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد من الزوجين لباس للزوج الآخر "هُنَّ لِبَاسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسُ لَهُنَّ"²³، فإذا تم الخلع بينهما فكأنما كل واحد منهما نزع لباسه عنه²⁴، فالخلع هو طريقة من طرق انفصال الزوجين عن بعضهما البعض منحها القانون والشرع للمرأة.

²² - عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، ص 75.

²³ - سورة البقرة، الآية 187.

²⁴ - عبد الله بن محمد سعد آل خنين، الخلع يطلب الزوجة لعدم الوثام مع زوجها، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من 10-14 / 1427/03 هـ الموافق 2006/04/12-8، ص 13.

إنّ فك الرابطة الزوجية وضعت له الشريعة الإسلامية طرقاً وضوابط محددة، ففي الوقت الذي يمكن للزوج أن يفارق زوجته بالطلاق الذي هو حكر عليه وخاضع لإرادته، فإنّ للزوجة الحق في فك هذه الرابطة بالخلع الذي هو حكر عليها وخاضع لإرادتها أيضاً.

ففي حالة ما إذا رأت الزوجة في زوجها ما لو رآه هو لطلقها، فإنّ الإسلام مكنها من طلب الخلع إذا رأت فيه خلقاً أو خلقاً يعكر صفو حياتها معه²⁵، وقد استمد قانون الأسرة حكم الخلع من الشريعة الإسلامية، غير أنّ أساسه في قانون الأسرة مختلف عن أساسه فيها.

وما يجب أن نقف عليه بداية هو أنّ العلاقة الأسرية في الإسلام مبنية على التكامل لا التناظر فلا مجال للبحث فيها عن تسوية المراكز، فالزوجة تكمل زوجها وزوجها يكمله في علاقة أساسها إحسان الطرفين وضمان النسل، وقوامها المودة والتراحم.

فإذا انفصمت عراها بعد ذلك فمعنى انفصامها أنها غير صالحة للبقاء، وأنه خير للزوجين حينئذ وأكرم لهما أن يتركا بعضهما باتفاقهما أو بإرادة أحدهما، وأن يركن كل منهما إلى حياة أخرى جديدة.

وإنّ المرأة في الإسلام مثلها مثل الرجل تملك مثلما يملك من مشاعر وعواطف، فهي تحس مثلما يحس، وعليه فإذا شعرت أنها لم تعد تستطيع أن تكون سترا لزوجها بغضا وكرها له فإنّ الشارع الحكيم مثلما جعل بيد الرجل الطلاق ليتخلص من زوجته إذا أحس بالنفرة منها وظن استحالة العيش معها، جعل للمرأة الخلع لتفتدي نفسها وتتخلص من زوج لم تعد ترغب فيه ببذل ما قدمه لها من صداق²⁶ خشية عدم إقامة حدود الله.

إنّ الخلع يجد مصدره في الآية الكريمة " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ "²⁷، وبمقتضاها إذا رأت المرأة في بقائها مع زوجها تعدياً على حقوقه، وتجاوزاً لحدود الله كان لها أن تفتدي نفسها ببذل ما قدمه لها من مهر، رفعا للحرَج عنها وإنقاذاً لها من حياة زوجية لا تطيقها، وليس لديها سبب

²⁵ - عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 75.

²⁶ - سعدي سليم، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، ماجستير، الجزائر، 2011، ص 41.

²⁷ - سورة البقرة، الآية 229.

يقنع القاضي لتطبيقها ، لأنه من مقاصد الشريعة الحفاظ على النفس ومن قواعدها رفع الحرج والضيق على الناس.

نزلت الآية المذكورة أعلاه في جميلة بنت عبد الله بن أبي وفي زوجها ثابت بن قيس بن شماس ، وكانت تبغضه فأنت رسول الله ﷺ وقالت: فرق بيني وبينه فإني أبغضه ، ولقد رفعت جانب الخباء فرأيته يجيء في أقوام فكان أقصرهم قامة وأقبحهم وجها وأشدهم سوادا و إني أكره الكفر في الإسلام ، فقال ثابت: مرها فلترد عليّ الحديقة التي أعطيتها ، فقال لها : ما تقولين ؟ قالت نعم وأزيد ، فقال ﷺ لا حديثه فحسب ، ثم قال رسول الله ﷺ : لثابت : خذ منها ما أعطيتها وخل سبيلها" ²⁸.

يظهر من خلال استقراء الأحاديث أنّ خشية المرأة من تقصيرها في حقوق زوجها هو السبب في طلب فراقها له ، ففي رواية أخرى للبخاري عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنّ امرأة ثابت بن شماس وهي حبيبة بنت سهل الأنصاري جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام ولا أطيقه بغضا ، فقال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديثه ، فقالت نعم ، فقال رسول الله ﷺ أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" ²⁹.

ومعنى أكره الكفر في الإسلام أي أكره الإقامة عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر والمراد ما يضاد الإسلام من النشوز وبغض الزوج ونحوه ³⁰.

إنّ الآية الكريمة والحديثين حكمهم واضح ، حيث يباح للزوجة التي تخشى ألاّ تقيم حدود الله أن تفتدي نفسها بمال تقدمه لزوجها لقاء تسريحها وتمليكها عصمتها بطلاقها خلعا ، وفي المقابل للزوج قبول المال كعوض عن طلاق لا يريد كما في حالة ثابت بن قيس مع زوجته.

²⁸ - أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التميمي الرازي (فخر الدين الرازي) ، مفاتيح الغيب ، 3/331 ، www.altafasir.com.

²⁹ - أبي عبد الله بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري ، صحيح البخاري ، ألفا للنشر والتوزيع ، القاهرة 2011 ، الحديث رقم 5274 ، ص 654.

³⁰ - طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مدعما باجتهاد المحكمة العليا و المذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ، مرفقا بنماذج قضائية لمراض الأحوال الشخصية ، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 131.

ويقصد بحدود الله ما فرضه الله على الزوجين من حقوق وواجبات، ومنها إخلاص المودة لبعضهما البعض، وحسن الصحبة وجميل العشرة، وفي ذلك يقول محمد سيد طنطاوي: "إن حدود الله في هذه الحالة هي ما أوجبه الله للرجل على زوجته، وما أوجبه لها عليه، وما أوجبه الله للزوج هو حق الزوج على زوجته، وما أوجبه الله للزوجة هو حقها على زوجها، ولا يقدر القيام بأداء الحقوق إلا أصحاب هذه الحقوق"³¹، الأمر الذي يفتقد عند الزوجة إذا كرهت زوجها.

وقد علق ابن حزم على مسألة الفدية بقوله: في قوله تعالى: "فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ" ما يؤكد أن الافتداء والفدية إنما يكون لأمر خطير ألم بها ومشكلة عويصة تريد التخلص منها تماما كما هو الحال"³².

إن الإسلام دين الواقعية ومن مقاصد الشريعة الإسلامية الحفاظ على النفس والعرض، ومن قواعدها رفع الحرج والضيق على الناس، وعليه فإن سن حق الرجل في الطلاق بإرادته المنفردة وسن حق المرأة في الخلع بإرادتها أيضا ما هو إلا تعبير عن فهم الشرع لطبيعة الإنسان عموما وطبيعة العلاقة الزوجية خصوصا، فمن غير المعقول أن يجبر الزوجان على البقاء معا والاستمرار في علاقة زوجية وهما كرهان لبعضهما أو أن أحدهما يكره الآخر مع حب الأول له، والمعيار هو عدم القدرة على إقامة حدود الله.

في الخلع أيضا رفع للظلم على المرأة، فلا تظلم نفسها بالاستمرار في علاقة لا ترغب فيها، ورفع للظلم على الرجل حتى لا يبقى مرتبط بزوج لا يرغب فيه ولا تعطيه حقه المقرر شرعا، وبالتالي يحيى حياة كلها شقاق ونزاع.

إن أسباب الخلع على النحو المتقدم معنا ذاتية وليست موضوعية، فالمرأة إذا أحست أنها غير قادرة على الاستمرار في العيش مع الرجل الذي هو زوجها كرها وبغضا، كان لها أن تعيد له ما قدم لها من مهر لتخلص نفسها من عقد زواج لم تعد ترغب فيه، وقد أكد القضاء ذلك في أكثر من قرار هذا المنحى: "الخلع الذي أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة في المادة 54 منه يتبين وأن اللجوء

³¹- نقلا عن أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، الخلع- الإيلاء- الظهار- اللعان، دار الكتب القانونية، مصر، 2005 ص47.

³²- نقلا عن آيت شاوش سعيد دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية، دكتوراه علوم، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2014، ص 332.

إلى الخلع، لا يكون إلا بعد استحالة مواصلة العشرة الزوجية بين الزوجين لأسباب خاصة³³.

إن استحالة استمرار العشرة من طرف المرأة بسبب أن الأمر نفسي، وصعوبة إثبات الضرر الواقع عليها هما سببا الخلع مؤكدا قاضي شؤون الأسرة في قراره: "فطالما أن الخلع شرع للجوء إليه من طرف الزوجة التي تكون في وضعية يصعب عليها الاستمرار في الحياة الزوجية مع زوجها ويستعصي عليها إثبات الضرر للمطالبة بالتطليق أو تخطي طلب التطليق والالتجاء مباشرة إلى الخلع الذي هو حق مقرر لها وفقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة، وسواء استتدت في ذلك إلى أسباب مبررة أو لا، وهي في التجاءها لهذا الطريق إنما تمارس حقا مقرر لها يعفيها من ذكر الأسباب"³⁴.

إن الغالب في سبب خلع المرأة نفسها هو كراهيتها لزوجها، فشرع لها افتداء نفسها بصداقها رفعا للحرج عنها وإنقاذها من حياة زوجية لم تعد تطيقها وليس لديها سبب يسمح لها بالتطليق³⁵، وما ذلك من قضائنا إلا تأكيد لما وصل إليه الفقه الإسلامي في هذا المجال، وفي ذلك يقول الفقيه المالكي ابن رشد الحفيد: "الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه كما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"³⁶، وفي اللغة fark يعني الكره.

أكد هذا الموقف أيضا الفقيه المالكي أبو بكر ابن العربي بقوله: "تكون الفرقة كما قال علماءنا لوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة، فإن قيل: إذا ظهر الظلم من الزوج أو الزوجة فظهور الظلم لا ينال في النكاح، بل يؤخذ من الظالم حق المظلوم ويبقى العقد، قلنا: هذا نظر قاصر يتصور في عقود الأموال، أما عقود الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق والتآلف وحسن التعاشر، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، وكانت المصلحة في الفرقة،

³³- المحكمة العليا، ملف رقم 115118، قرار بتاريخ 19/04/1994، نشرة القضاة 1997، عدد 52، ص 106.

³⁴- المحكمة العليا، ملف رقم 0933758، قرار بتاريخ 12/06/2014، غير منشور.

³⁵- المجلس الأعلى، ملف رقم 26709، قرار بتاريخ 08/02/1982، نشرة القضاة 1982، عدد خاص، ص 258.

³⁶- ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الله العبادي، المجلد 3، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1995، ص 1403، نقلا عن آيت شاوش سعيد دليلة.

وبأي وجه رأيها (أي الحكمان) من المتاركة أو أخذ شيء من الزوج أو الزوجة"³⁷.

رغم ذلك يجمع الفقه على وجوب أن تكون الكراهية قائمة على دليل، حيث لا بد من أمر ظاهر يؤيدها، فالكراهية ليست مجرد دعوى تدعيها الزوجة³⁸، وكما تقول تشوار حميدو زكية: " مهمة القاضي هنا أن يستوثق من كراهية المرأة ورغبتها في المفارقة ليست وليدة نزوة عاطفية وإنما هي رغبة عميقة الجذور"³⁹، وذلك من خلال جلسات الصلح التي يجريها⁴⁰.

يتضح مما سبق أنّ الخلع تبادر بطلبه الزوجة، غير أنها ليست صاحبة الدور الوحيد فيه بل تتدخل أطراف أخرى، وهم الزوج والحكمين والقاضي، فإن قدر أنّ للخلع ضرورة فرق بينهما، وإن قدر أنه ليست إليه ضرورة بقيت الزوجة في عصمة زوجها، لأنّ بقاء العلاقة الزوجية أولى من قطعها.

ما يجب أن نقف عليه أيضاً أنّ للخلع ضابط في الشريعة، ذلك لأنّ الخلع من غير ضرورة هدم لبناء الأسرة وعليه توعّد الرسول الكريم ﷺ المرأة التي تطلب الطلاق من غير سبب بقوله: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرم عليها رائحة الجنة"⁴¹.

2- الحكم بالخلع بين تراضي الزوجين والحق الغالض للمرأة

وقف قضاء الأحوال الشخصية بخصوص مسألة الخلع بين دفتي القداسة وعدم الدستورية، بحثاً عن المساواة، فتضاربت قرارات المحكمة العليا بين ضرورة قبول الزوج به (أ) والحق الخاص للزوجة (ب)، لتفصل المحكمة العليا أخيراً سنة 1999 لصالح مساواة الطرفين في فك الرابطة الزوجية.

³⁷ - محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1424 هـ، 2003 م الجزء الأول، ص 541.

³⁸ - عبد الله بن محمد بن سعيد آل خنين، المرجع السابق، ص 56.

³⁹ - الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، عدد 04، 2003.

⁴⁰ - لحسن بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، سلسلة دراسات قانونية، دار هومة، 2013، ص 147.

⁴¹ - أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، الحديث رقم 2055.

أ- الخلع يقتضي التراضي:

إنّ تطبيق المادة 54 كما جاء في صياغة 1984 ولد لدى قضاء الأحوال الشخصية تضارباً راجع إلى تفسير لفظ "اتفاق" الوارد فيها:

في البداية كان يعتبر القضاة أنّ الخلع قائم على اتفاق الطرفين، بل يكفي على أنه عقد وليس تصرف بإرادة منفردة: "وحيث أنّ الخلع يعتبر عقداً رضائياً ولا يسوغ حينئذٍ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه"⁴²، بل اعتبر قبول الزوج لطلب الزوجة خلع نفسها أمر وجوبي: "حيث أنّ القاضي لا تصل سلطته إلى مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، فقبول هذا الأخير للخلع أمر وجوبي بحيث لا يكون هناك خلع دون رضاه"⁴³، بل اعتبر قضاء القانون قضاء الموضوع مخالفين للقانون حينما فرضوا على الزوج الخلع: "حيث أنه بالإطلاع على قضية الطعن يتبين وأنّ قاضي الموضوع قد خالف المادة 54 من قانون الأسرة عندما فرض على الزوج مبدأ قبول الخلع وقضى به على إرادته في حين أنّ القاضي لا يتدخل إلا في الاتفاق على مبلغ الخلع"⁴⁴، وإن كان القضاء يقر بأنّ الخلع خاصية من خصائص الزوجة "الخلع هو من خصائص الزوجة والذي شرع لمعالجة حالات ترى فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها ولا يتوفر لديها أي سبب يخول لها التطليق شرعاً"⁴⁵.

ومع ذلك فإنّ طلب الزوجة يبقى موقوفاً على قبول الزوج وليس للقاضي أية سلطة في تقدير المسألة إلاّ من خلال الفصل في المقابل حتى لا يتعسف الزوج في الطلب ويستغل رغبته الملحة في فراقه لطلب مقابل الخلع مبلغاً كبيراً: "فالمادة تسمح للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال دون تحديد لنوعه أي مطلق المال وهذا هو المبدأ العام للخلع أما نوع المال وقدره فهذا يرجع إلى اتفاق الطرفين أو إلى تدخل القضاء على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى قبول الزوج لما تعرضه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف وذلك منهى عنه شرعاً"⁴⁶.

⁴² - المجلس الأعلى، ملف رقم 33652، قرار بتاريخ 1984/06/11، المجلة القضائية 1989، عدد 3، ص 38.

⁴³ - المجلس الأعلى، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ 1988/11/21، المجلة القضائية 1990، عدد 3، ص 72.

⁴⁴ - المحكمة العليا، ملف رقم 73885، قرار بتاريخ 1991/04/23، عدد 2، ص 55.

⁴⁵ - المجلس الأعلى، ملف رقم 26709، قرار بتاريخ 1982/02/08، نشرة القضاء 1982، عدد خاص، ص 258.

⁴⁶ - المحكمة العليا، ملف رقم 83609، قرار بتاريخ 1992/07/21، اجتهاد قضائي 2001، عدد خاص، ص 134.

إنّ موقف القضاة هذا لم يكن بعيدا عما أقره غالبية الفقه الإسلامي من كون الخلع يوقع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما⁴⁷ ، بينما: "جمهور الفقهاء على أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة، غير أنه يندب له ذلك وبناء على ذلك فإنّ الخلع لا يتم إلاّ برضا الطرفين واتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه وهذا يتوقف على الإيجاب والقبول من كليهما"⁴⁸ ، وإن كان قائما على طلب الزوجة كأصل عام "فالخلع اتفاق تكون الزوجة هي البادئة بالعرض"⁴⁹ .

وعليه ومن هذا المنطلق فالخلع ليس إلاّ رخصة بيد الزوجة موقوفة على إرادة الزوج لا ترقى إلى كونها حقاً: "أنّ الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي"⁵⁰ .

ب- الخلع حق خالص للزوجة بالتوازي مع ما للزوج من حق في التطليق:

أما الرأي الثاني فيرى أنّ الخلع حق خالص للمرأة ، منحها إياه الشريعة الإسلامية عن طريقه تفك الرابطة الزوجية برضا الزوج أو من دون رضاه: "... من أجل فك الرابطة الزوجية بينهما عن طريق الخلع سواء رضي الزوج به أم لم يرض مادامت قد استعملت حقا خولتها إياه الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة"⁵¹ .

وهكذا يتجرد الخلع من طابع الرضائية الذي فرضه القضاء تفسيرا لنص المادة 54، ويصبح حق للزوجة "لكن وحيث أنّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية السمحاء للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيا كما يزعم الطاعن في طعنه"⁵² ، فموافقة الزوج غير ضرورية للحكم بالخلع: "حيث أنّ

⁴⁷ - عمران عائشة، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنة مع أبرز التشريعات العربية، ماجستير، الجزائر 2008، ص 11 وما لها.

- بناسي شوقي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2008، عدد 4.

- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، 1999، ص 263.

- محمد نصر الجندي، المرجع السابق 2005، ص 43.

⁴⁸ - المجلس الأعلى، ملف رقم 21305، قرار بتاريخ 1980/02/25، نشرة القضاة 1980، عدد 1، ص 79.

⁴⁹ - المجلس الأعلى، ملف رقم 26709، قرار بتاريخ 1982/02/08، نشرة القضاة 1982، عدد خاص، ص 258.

⁵⁰ - المحكمة العليا، ملف رقم 216239، قرار بتاريخ 1999/03/16، اجتهاد قضائي 2001، عدد خاص، ص 138.

⁵¹ - المحكمة العليا، ملف رقم 115118، قرار بتاريخ 1994/04/19، المرجع السابق.

⁵² - المحكمة العليا، ملف رقم 141262، قرار بتاريخ 1996/07/30، المجلة القضائية 1998، عدد 1، ص 120.

الخلع ليس عقد رضائي لأنّ الزوجة لها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج وأنّ موافقة الزوج غير ضرورية"⁵³
بل إنّ الخلع يجسد مبدأ المساواة بين الزوجين في الطرق المخولة لهما في فك الرابطة الزوجية، فكما للزوج الحق في الطلاق فإنّ للزوجة الحق في الخلع، والخلع بالنسبة للزوجة يقابل ما للزوج من حق في العصمة الذي يتمتع به الزوج: " لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أنّ المحكمة سببت حكمها بأنّ الخلع حق للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن"⁵⁴، وهكذا يتأكد أنّ قضاء الأحوال الشخصية كان السباق في إقرار مبدأ المساواة بين الزوجين في مسألة الفرقة الزوجية، وكان سببا في تعديل المادة 54 سنة 2005.

2- الارتقاء بالخلع من الرخصة إلى الحق في تعديل 2005 تكريسا لمبدأ المساواة

إنّ التمييز بين الرجل والمرأة على أساس جنسي (ذكر - أنثى)، أو على أساس فطري (قوي- ضعيف)، أمر غير مستساغ ويشكل خرقا لأحكام الدستور، وقواعد الاتفاقيات الدولية التي عنيت بحقوق الإنسان، فالأصل أنّ كلا الجنسين إنسان وعليه يحظى كلاهما بنفس الحقوق ونفس الواجبات لا لكونهما رجل وامرأة بل للصفة التي تلصق بهما بمجرد الميلاد (إنسان - مواطن)⁵⁵.

كما بيّنا فإن نزعة المساواة بين الرجل والمرأة في علاقتهم الزوجية كان السباق إليها قضاء الأسرة قبل قانون الأسرة، عملا بالمبدأ الدستوري المذكور وتنفيذا للتعهدات الدولية وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حيث أخذت الجزائر على عاتقها تنفيذ أحكام الاتفاقية وإدماجها في تشريعها الداخلي على النحو المتقدم معنا، لأنه وبموجب المصادقة على هذه الاتفاقية سنة 1996 تكون الجزائر قد تعهدت بمراجعة قوانينها التمييزية وعلى رأسها قانون الأسرة⁵⁶، فالتعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة تصب كلها في مصب واحد وهو المساواة بين الطرفين، صرح بذلك رئيس الجمهورية بمناسبة

⁵³- المحكمة العليا، ملف رقم 336380، قرار بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة 2006، عدد 61، ص 328.

⁵⁴- المحكمة العليا، ملف رقم 656259، قرار بتاريخ 2011/09/15، مجلة المحكمة العليا 2012، عدد 1، ص 318.

⁵⁵- إنّ المساواة بين الرجل والمرأة من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها القوانين الحديثة، وهو المبدأ الذي نادى به الثورة الفرنسية، وتجسد ذلك في وثيقة حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، ليتبنى نفس المبدأ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته الأولى، ويتأكد في المادة السابعة منه أيضا، وقد أبرز الدستور هذا المبدأ في عدد من نصوصه (29-31-51).

⁵⁶ - GIDDEF, op.cit., p 08 .

8 مارس 2014 في رسالة موجهة للمرأة يوم عيدها: " ... لقد مكن قانون الأسرة المعدل في 2005 من إدخال المزيد من المساواة بين الزوجين..."

بذلك ارتقى المشرع بالمرأة في طلب الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل الذي يقابل حق الرجل في الطلاق⁵⁷، فلم يعد الخلع يتوقف على رضا الزوج بنص المادة 54 المعدلة⁵⁸، بل هو حق خالص للزوجة تمارسه بكل حرية، كما أصبح على القاضي بموجب المادة 54 المعدلة أن يحكم للزوجة بالتطليق مقابل مال تحت تسمية الخلع بموجب طلبها، وبمجرد عرض المقابل دون أي اعتبار لإرادة الزوج، ولم يهمل النص إرادة الزوج في مسألة الخلع فقط وإنما أهملها أيضا في مسألة مقابل الخلع، فما تعرضه الزوجة ليس محل تفاوض إن قبل به الزوج تم له ذلك وإن لم يقبل تدخل القاضي للفصل فيه في حدود مهر المثل.

إنّ تعديل قانون الأسرة فرضته تحديات داخلية ودولية أدت بالمشرع إلى تحويل الشريعة الإسلامية والانحراف عنها، بل نقول أنّ الشريعة الإسلامية لم تعد مصدرا ماديا وحيدا لتنظيم شؤون الأسرة لأن أغلب التعديلات التي أدخلت على هذا القانون سنة 2005 كان سببها التزامات دولية وضغوطات داخلية هدفها جميعا تحقيق المساواة بين الجنسين على اعتبار أنّ قانون الأسرة قانون تمييزي مما يجعله غير دستوري ومخالف تماما لمقتضيات مبادئ حقوق الإنسان وحماية المرأة وصيانة كرامتها وتحقيق حريتها وتمكينها أيضا.

⁵⁷ - « khôl qui le corollaire de la répudiation soit le divorce par volonté du mari »,op.cit., p11 .

⁵⁸ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 728.

خاتمة

إنّ نزعة المساواة التي دخلت على قانون الأسرة كانت سببا في تعديل نص المادة 54 وتأكيدها لتفسير المحكمة العليا في اعتبار الخلع حق خالص للمرأة كما للرجل حق خالص في الطلاق لا يقيده إلاّ التعسف - في حين أنّ حق المرأة لا يقيده هذا الأخير - ليصبح بذلك الخلع ضامنا كاملا لحرية الزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية ، وما ذلك إلاّ تجسيدا لمبدأ المساواة بين المواطنين الذي يجسده الدستور بعيدا عن الحكم الشرعي للمسألة.

غير أنّنا نلاحظ على حكم الخلع في قانوننا أنّ المشرع لخص الموضوع كله في نص واحد مما يشكل قصورا في معالجته ، كما أنّهم المشرع انحصروا في بيان أنّه حق تنفرد به الزوجة فضلا للتعارض القضائي وإسكاتها للنداءات المنددة بعدم دستورية قانون الأسرة في هذا الجانب وجوانب أخرى كثيرة.

إنّ موقف المشرع في المادة 54 موقفا غريبا عما ذهب إليه الفقه الإسلامي في الموضوع وإن كان أصل الحكم مستمدا منه ، حيث أنّه يتم في الأصل باتفاق الزوجين فإذا تعنت الزوج ورفض كان للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبينه بعد ثبوت الكراهية وفشل الحكمين في الإصلاح بينهما ، في حين أنّ القاضي وبنص المادة لم يعد أمامه أي خيار سوى الاستجابة للزوجة وتتحصر سلطته التقديرية في بدل الخلع إذا لم يتوصل الطرفان إلى اتفاق.

وأخيرا ما يجب أن نقف عليه أنّ العلاقة الأسرية في الشريعة الإسلامية ليست قائمة على تبادل الحقوق والالتزامات ذلك لأنها ليست مبنية على قاعدة خذ بقدر ما تعطي ، وإنما تبنى على أساس أن لكل من الطرفين التزامات وحقوق تكمل بعضها بعضا ، فإذا قابلنا ما للزوج وما عليه وما للزوجة وما عليها ، لوجدنا أنّنا في حلقة مركبة تركيبية منطقية يكمل جزئها الأول جزئها الثاني ، فالعلاقة متكاملة ولا تتنافر وعليه لا يمكن أن تكون حقوق الزوج هي نفسها حقوق الزوجة ، ولا العكس أيضا ، بل لكل منهما حقوق وواجبات حسب ما هو مفطور عليه.