سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين
دراسة مقارنة بين الشريعة والتشريع الجزائري والاجتهادات القضائية

بقلم
د.عدلان مطروح
أستاذ محاضر "أ" بكلية الحقوق - جامعة تبسة
adlene1699@gmail.com

مقدمة

شرع الزواج في الشريعة ليكون عقدا أبديا يبقى ما بقي الزوجان على قيد الحياة ، ولذلك لا ينعقد على وجه التأقيت. ولكن هذا الزواج قد يعترض له ما يعكر صفوه كالتباين في الطباع وعدم التوافق، والانسجام بين الزوجين ممّا يجعل الحياة الزوجية جحيما لا يطاق ، فشرع الإسلام الفرقة لأنّه لم يرض أن يجعل من الزواج سجنا لا يخرج منه الزوجان إلا بالموت أو القتل ، مع حرصه على الإبقاء على الحياة الزوجية ، والصبر على ما يصيب أحد الزوجين خلالها ما أمكن إلى ذلك سبيلا لقول النبي صلى الله عليه وسلام : " لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقًا رضي منها آخر[1]" .

ثمّ شرع علاجا للحالات التي ينشأ عنها شقاق ونزاع بين الزوجين فأوجد نظام التحكيم بين الزوجين وهو أن يختار كل واحد منهما حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ ﴾ النساء: 35، فإن لم تجد هذه المحاولات للإمساك بالمعروف فيشرع حينئذ التسريح بإحسان ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ﴾ البقرة: 229.

وهذا التسريح بإحسان سواء أكان بإرادة الزوج أو بتوافق الإرادتين عليه أو بطلب من المرأة يحتاج إلى تدخل القاضي للكشف عن حكمه أو إنشائه ، والسؤال الذي يطرح نفسه ما مدى سلطة القاضي في هذا التفريق والتعويض عنه وهل هي مطلقة أم مقيدها ؟ وهل أحكامه فيها كاشفة أم منشئة ؟ وهذا ما نحاول الإجابة عنه من خلال الخطة التالية متبعين المنهج التحليلي المقارن:

- مقدمة
- المبحث الأول : سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين في الطلاق التعسفي

[1] – مسلم ، أبو الحسين بن الحجاج بن مسلم النيسابوري ، الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم ، دار الجيل بيروت ، كتاب الرضاع ، باب الوصية بالنساء ، ج4 ص178 .

– المبحث الثاني: سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين في الخلع.
– المبحث الثاني: سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين في التطليق.
– الخاتمة.

المبحث الأول : سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين في الطلاق التعسفي

الطلاق ليس حقا مطلقا يمارسه الزوج متى شاء، بل هو مقيد بعدم الإضرار، والتعسف في استعمال الحق، فإذا تعسف الزوج في استعمال حقه بأن طلق لغي حاجة آثم، ولزمه التعويض رفعا للضرر لقول النبي ﷺ (لا ضرر ولاضرار)[1] وللقاعدة الفقهية الضرر يزال[2] ، وهذا ما نوضحه في هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول : تعريف الطلاق التعسفي :

لاوجود في الفقه الإسلامي لهذا المصطلح في مفردات كتب الطلاق سواء أكان عند القدامى أو المحدثين وذلك لسبب بسيط أن الزوج عند كثير من الفقهاء كالسرخسي و الزيلعي و ابن نجيم و القرطبي[3] وغيرهم يمارس بطلاقه حقا مشروعا لا يوصف عند استخدامه لهذا الحق بالتعسف ولأنّ الأصل فيه الإباحة ، وإن كان أبغض المباحات إلى الله ، فللزوج أن يطلق زوجته و إن لم يكن هناك سبب يستوجب طلاقها سوى الخلاص منها.

قال القرطبي : دلّ الكتاب و السنة و إجماع الأمة على أنّ الطلاق مباح غير محظور ، قال ابن المنذر : وليس في المنع منه خبر يثبت[4] ، قال تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ البقرة: 236، ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ الأحزاب: 49، ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ الطلاق: 1، ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ البقرة: 229، فهذه الآيات وردت مطلقة وإطلاقها يقتضي إباحة الطلاق مطلقا .

فالطلاق التعسفي هو إذا هو اصطلاح التشريع الجزائري ومن قبله التشريع السوري على الطلاق الذي ينشئه الزوج دون سبب معقول.

جاء في المادة 52 من قانون الأسرة 05-02: إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها [5].

---

[1] – ابن أنس مالك بن أنس الأصبحي ، الموطأ ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، سنة 1406هـ – 1985م ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق ، ج2 ص 745 .

[2] – مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى ، سنة النشر 1418هـ – 1998م ، ص 44.

[3]– السرخسي: محمد بن أبي سهل ، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، سنة 1406هـ، ج6 ص 2–3، ابن نجيم زين بن إبراهيم ، البحر الرائق ، دار المعرفة، بيروت، ج3 ص 253، القرطبي: محمد بن أحمد بن فرح القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب القاهرة الطبعة الثانية سنة 1372هـ تحقيق أحمد بن عبد العليم البردوني، ج 3 ص 126، – ابن عابدين محمد أمين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت ، الطبعة الثانية، سنة 1386هـ ، ج3 ص 228، ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1405هـ ، ج 7 ص 277 .

[4]– القرطبي، مرجع سابق، ج3 ص126 .

[5] – قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02–05، منشورات دار الأستاذ، الطبعة الأولى ، سنة 2005، ص 14 .

وجاء في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري : إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول و أن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال[1] .

ومستند المشرع الجزائري ما قرره فريق من فقهاء المسلمين كابن عابدين و الكساني و الكمال بن الهمام والقاضي أبو يعلى والنووي وغيرهم من أنّ الأصل في الطلاق الحظر و المنع ولا يباح إلا عند وجود ما يقتضي إباحته لسوء عشرة الزوجة ، أو سوء خلقها ، أو غير ذلك من الأسباب التي تعتبر مبررا لإنهاء الحياة الزوجية ،أمّا إذا طلق الزوج لغير مبرر مع استقامة الحال بينهما فإنّ هذا الطلاق يكون مكروها و في رواية عن القاضي أبي يعلى من فقهاء الحنابلة أنه محرم ، لأنّ الزوج حينئذ قد أضر بنفسه وزوجته و أعدم المصلحة القائمة بينهما من غير حاجة إلى الطلاق فكان حراما كإتلاف المال لقول النبي ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار" [2] .

قال ابن عابدين: الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقا، وسفاهة رأي ، ومجرد كفران نعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها[3]، قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾ النساء: 34 .

فإذا كانت الزوجة مطيعة فلا يبغ الزوج عليها سبيلا كضرب أو شتم أو طلاق، لأنّ الله عز وجل نهى الأزواج في هذه الآية عن ظلمهم لزوجاتهم إن كن مطيعات ، و النهي يقتضي التحريم فيكون الطلاق بلا سبب حراما لا مباحا، لذا قال ابن عابدين عقب ذكره للآية " أي لا تطلبوا الفراق "[4] .

والذي يبدو لي أنّ الخلاف بين الفريقين هو خلاف لفظي، وأنّ الطلاق حق للزوج لكنّه مقيد بعدم المضارة كأن يكون لغير سبب كطلاق الهازل لأنّه لا أحد من فقهاء المسلمين أجاز الإضرار بالغير عند ممارسة الحقوق لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لاضرر ولا ضرار[5] .

ولأنّ إساءة استعمال الحق تعسف مناقض لمقاصد الشرع فيكون محظورا وقد أشار الإمام الشاطبي في غير موضع من كتابه إلى اشتراط موافقة المكلف لمقاصد الشرع ليتحقق له الإذن في استعمال الحق وفي ذلك يقول الشاطبي : قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع [6].

---

[1]– الصابوني : أ.د . عبد الرحمن الصابوني ، شرح الأحوال الشخصية السوري، مطابع جامعة دمشق، سنة النشر 1412هـ– 1991 م ، ج2 ص52 .

[2]– ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 277 .

[3]– ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3 ص 228 ، السيواسي محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ج3 ص465 .

[4]– ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 3 ص 228 .

[5] – سبق تخريجه .

[6]– الشاطبي ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، سنة النشر1423هـ – 2002م تحقيق د– محمد الاسكندراني ، عدنان درويش ،ج2 ص401 .

ويقول في موضع آخر: كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف مالم تشرع له فعمله باطل[1] .

فالعمل في الشريعة مرتبط في مشروعيته بمشروعية الباعث وعدم قصد الاضرار، ولا يمنع أن يكون ظاهر الفعل مشروعا، ولكنه يصير غير مشروع إذا تخلف الباعث بمعنى أنّه كان غير مشروع، كمن يقيم حوائطه عالية فتحجب الضوء والهواء على جيرانه فاستعمال الحق بقصد المضارة محرم شرعا، واستدل الشاطبي على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ البقرة 228 إلى قوله تعالى ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ البقرة 229، وبين الشاطبي وجه التعسف في هذه الآية بأنّ الطلاق كان في أول الإسلام لغير عدد فكان الرجل يرتجع المرأة قبل أن تنقضي عدتها، ثم يطلقا، ثم يرتجعها كذلك قصدا فنزلت ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ البقرة 229 ونزل مع ذلك ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا ﴾ البقرة: 229 فيمن كان يضار المرأة حتى تفتدي منه ، وهذه كلها حيل على بلوغ غرض لم يشرع ذلك الحكم لأجله [2] .

فقيد حقّ الرجل ليحد من تعسفه، وليدفع الضرر بتطويل العدة عن المرأة، أو بتضيق العشرة عليها بأي لون من ألوان الضرر يبتغي من ذلك أن ترد إليه ما دفعه من مهر لها، أو أن تفدي نفسها منه بثمن باهظ، ولا هدف له من مضايقتها إلا سلب مالها، وواضح أنّ هذا الرجل تحايل لتحقيق هدف لنفسه مخالفا لما شرعه الله.

ومن ذلك ما جاء في الشريعة من تحريم المراجعة إذا قصد باسترجاعها الإضرار بها وإطالة أمد عدتها مع عدم رغبته بها لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ﴾ البقرة 229 .

قال القرطبي: "إذا قصد الإضرار و تطويل العدة ، والقطع بها عن الخلاص من ربقة النكاح فمحرم – أي إرجاعها– للآية ، ثم قال ومن فعل ذلك فالرجعة صحيحة ، وإن ارتكب النهي وظلم نفسه ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلقنا عليه"[3] .

فالطلاق إذا حق مشروع للرجل لكنّه مقيد بعدم الإضرار حتى لا يكون تعسفا في استعمال الحق فيحظر وبهذا نجمع بين القولين وبه نفسر طلاق النبي ﷺ لحفصة ، و أنّه كان لحاجة صونا لكلامه عليه السلام من العبث، وكذلك طلاق الصحابة الكرام .

المطلب الثاني: سلطة القاضي في هذا الطلاق

سلطة القاضي في هذا الطلاق محدودة في الفقه أو التشريع لأنه لا يملك أن يمنعه ولو لم يقتنع بأسبابه، لأنه لا يستطيع أن يجمع بينهما كرها ، مع إلزامية إجراء جلسات للصلح قانونا وفقا المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري : لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر

---

[1]– الشاطبي، مرجع سابق ، ج2 ص402 .
[2]– الشاطبي، مرجع نفسه ، ج2 ص 436 .
[3]– القرطبي، مرجع سابق ، ج3 ص123.

ابتداء من تاريخ رفع الدعوى [1]، وأما فقها فوفق قوله تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ النساء: 35.

فالقاضي وإن كان لا يملك أن يمنع الطلاق إذا أصر الزوج عليه إلا أن له سلطة كبيرة في الحكم بالتعويض في التشريع الجزائري خلافا للفقه الإسلامي الذي لم يرتب الفقهاء عنه ، ولا عن الطلاق بجملته ولو كان لغير سبب تعويضا ، فلا تستحق المرأة فيه إلا مؤخر صداقها إن لم يعجل ونفقة عدتها إن كان طلاقها رجعيا عند جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية ولو كان بائنا .

و أمّا التشريع الجزائري فقد رتب عليه تعويضا تخفيفا للضرر عن المطلقة جاء في المادة 52 من قانون 05-02 : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " [2].

فالنص القانوني يبين أنّ الطلاق بلا سبب تعسف في استعمال الحق يحكم القاضي عليه بالتعويض لزوجه المتضرر بذلك وفق سلطته التقديرية، وبه جرى العمل قضاءا كما تدل على ذلك هذه القرارات .

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/07 ما يلي :

من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة تعسفيا نفقة عدة ، ونفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي[3] .

والحكم بالتعويض يتناسب مع مقاصدالشريعة ، لأن الشريعة نصت على عدم جواز الضرر للقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار، فإن وجد هذا الضرر وجب إزالته للقاعدة الفقهية الضرر يزال، وإزالته تكون بالتعريض فيه، ولا يقال إنما يمارس حقا من حقوقه ، فلا يلزم بالتعويض، لأن إساءة استعمال الحق تعد تعسفا تستلزم العقوبة والتعويض ، ولقد أبدع فقهاء المسلمين في هذا عندما قعدوا نظرية التعسف في استعمال الحق، ليبينوا معنى الحق، وكيفية استعماله وفق شروط شرعية تضبطها قاعدة : لا ضرر ولا ضرار [4].

وأمّا مقدار التعويض فغير محدد في التشريع الجزائري وإنمّا يرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي في تحديده حسب درجة التعسف وحال الزوج يسرا أو عسرا، ومدة الزوجية.

جاء في المادة 52 من قانون 05-02 " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " [5] .

---

[1] – قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص14 .

[2] – نفسه .

[3]– قرار رقم 41560 بتاريخ 7-4-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشورا لمجلة القضائية الصادرة سنة 1989، العدد 2، الصفحة 69.

[4] – الزرقا ، مرجع سابق ، ص44 .

[5] – قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص14 .

وهذا خلاف للتشريع السوري و المصري و الأردني ففي التشريع السوري قيد القانون القاضي بأن لا يتجاوز بالتعويض نفقة ثلاثة سنوات جاء في المادة 117: "....جاز للقاضي أن يحكم بها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لامثالها فوق نفقة العدة "[1].

والقانون الأردني قيده بأن لا يتجاوز نفقة سنة جاء في المادة 134: ".....حكم بها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا بشرط أن لا يتجاوز مقدرا نفقتها على سنة.." [2].

وأمّا القانون المصري فبين الحد الأدنى للتعويض وهو نفقة سنتين ولم يذكر حدا أعلى له تاركا ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي في تحديده، جاء في المادة 18 مكرر 1 ".....تستحق فوق نفقة عدتها متعة بقدر نفقة سنتين على الأقل ..." [3].

والذي يترجح لي أنّ إطلاق سلطة القاضي في التقدير أولى من تقييدها ، لأن التعويض يرجع فيه إلى حال كل منهما ، وهذا مختلف بين الناس، والقاضي مؤتمن في حكمه، وإليه أسند تقدير مالم ينص عليه القانون صراحة من تعويض أو عقوبة .

والتعويض ليس مستنده المتعة لأنّ المتعة شرعت لكل مطلقة على قدر وسع الزوج سواء أكان طلاقها لسبب أو لغير سبب ، دخل بها الزوج أو لم يدخل إلا للمطلقة قبل الدخول وقد سمي لها صداق فلها نصف المسمى ، وإن اختلف الفقهاء في حكمها بين الوجوب والندب .

فالتعويض إذا شيء زائد عن المتعة يعطى للمرأة ليس جبرا لخاطرها عن ألم الفراق فحسب بل تعويضا لها عما وقع عليها من ضرر جراء ظلم الزوج وتعنته في استعمال حقه.

وهذا ما أكدته بعض قرارات المحكمة العليا ، جاء في قرار رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07

من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة تعسفيا نفقة عدة، ونفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي[4].

فأساس التعويض في التشريع قاعدة "لا ضرر ولا ضرار[5]" وهي نص حديث شريف صحيح أخرجه الحاكم و البيهقي و الدارقطني وابن ماجة و أحمد ، ويشهد لها من الكتاب والسنة آيات وأحاديث كثيرة منها :

1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ﴾ البقرة: 190.

---

[1]- الصابوني، مرجع سابق ج2 ص 52.

[2]- الصابوني، مرجع نفسه ج2 ص 57.

[3]- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين المصري رقم 1 سنة 2000ص 9 .

[4]- قرار رقم 41560 بتاريخ 7-4-1986 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989، العدد2 ، ص69 .

[5]- الزرقا، مرجع سابق، ص 44.

2-قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا إِنَّ رَحْمَتَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِنَ الْمُحْسِنِينَ ﴾ الأعراف: 56 .

3- قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ ﴾ البقرة: 205.

فالآيات تبين أنّ قصد الإضرار بالآخرين والفساد في الأرض صفة من صفات غير المسلمين.

وإذا علمنا أنّ كل اعتداء ضار مخالف للشرع فمن الطبيعي أن يوجب الشرع دفع ما يخالفه لذا كان من القواعد الكلية المتممة للقاعدة السابقة " الضرر يزال " [1].

وإزالة الضرر تكون بإحدى طريقتين:

الأولى : وقف استمراره ومنع تكراره وتجدده، وفي هذه الحالة يدفع الضرر بإزالته عينا سواء كان عاما أم خاصا فيؤمر المتسبب في الضرر بإزالته وقطع دابره.

الثانية: ترميم آثاره بعد وقوعه، ومن الأبواب التي بنيت على ذلك ضمان المتلفات كما جاء في كتب الأشباه و النظائر [2] .

فترميم آثار الطلاق التعسفي يكون بالتعويض فيه ، ولا فرق في هذا التعويض إن كان الطلاق قبل الدخول أو بعده، لأنّ التعسف قد يكون في الحالتين، ولفظ القانون جاء مطلقا، وعلى الزوج أن يثبت أنّ طلاقه كان لسبب معقول ، ولم يحدد القانون الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض بل ترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة أحوال الزوجين وسبب الانفصال فإن قدر السبب وكان معقولا في نظره رد دعوى التعويض، وإلا حكم عليه بالتعويض .

المبحث الثاني : سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين في الخلع

الخلع طلاق على مال تفتدي به المرأة نفسها لقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ البقرة: 229، وهو في مقابل الطلاق الذي يملكه الزوج ويرجع في تحديد البدل إلى اتفاق الزوجين ، فإن لم يتفقا على شيء تدخل القاضي وفق سلطته التقديرية لتحديده وبيان ما يجوز منه ، وما يمنع وهو ما نبحثه في هذا المبحث من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول: تعريف الخلع

الفرع الأول- الخلع لغة من خلع الشيء يخلعه خلعا ، واختلعه نزعه ، إلا أنّ في الخلع مهلة وسوى بعضهم بين الخلع والنزع .

وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرّده، وخلع امرأته خلعا بالضمّ ، وخلاعا فاختلعت، وخالعته أزالها عن نفسه وطلّقها على بدل منها له، فهي خالع والإسم الخلعة [3] وسمي ذلك الفراق خلعا لأنّ الله تعالى

---

[1]- الزرقا ، مرجع سابق، ص 46.

[2]- الزرقا ، مرجع نفسه، ص 46، 46، د. محمد بن المدني بوساق ، التعويض عن الضرر ، دار اشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى، سنة النشر 1419هـ - 1999م ، ص 136 .

[3]- ابن منظور محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ج8 ص76 .

جعل النساء لباسا للرجال ، والرجال لباسا لهنّ فقال تعالى: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ البقرة: 187، وهي ضجيعه وضجيعته فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه ، والاسم من كلّ ذلك الخلع، والمصدر الخلع [1] .

الفرع الثاني – الخلع شرعا: عرفه الحنفية بقولهم: هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه[2] .

وعرفه المالكية بقولهم : بأنّه الطلاق بعوض[3].

وعرفه الشافعية بقولهم : فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع [4].

وعرفه الحنابلة :بأنّه فراق الزوج امرأته بعوض بألفاظ مخصوصة [5].

ويلاحظ أنّ هذه التعريفات اللغوية والفقهية وإن اختلفت عبارتها إلا أنّها تتفق على معنى واحد وهو فداء المرأة نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه إليه.

وأمّا التشريع الجزائري فلم يتطرق لتعريف الخلع ، وإنّما اقتصر على بيان حكمه فجاء في المادة 54 من قانون 05-02 : يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ،إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم [6] .

المطلب الثاني : الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع

الفرع الأول : الطبيعة الفقهية للخلع

الخلع عند جمهور الحنفية والمالكية وفي روايتي للشافعية والحنابلة أنّه عقد معاوضة ، لأنّ المرأة تفدي نفسها بعوض مالي تدفعه للزوج.

قال ابن عرفة : هو عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض[7].

قال ابن قدامة : لأنه (الخلع) معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح، ولأنه قطع عقد بالتراضي أشبه الإقالة[8].

---

[1]– ابن منظور ، مرجع سابق ، ج8 ص76 ، ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج7 ص 246 .

[2]– ابن نجيم زين بن إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 4 ص 347 ، السيواسي ، مرجع سابق ، ج4 ص210 .

[3]– الدردير أحمد بن محمد ، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت ،ج2 ص347 ، الدردير، – الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير، دار المعرفة بيروت، سنة 1978، ج1 ص441 .

[4]– الشربيني محمد الخطيب مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت ، ج3 ص 262، الشربيني محمد الخطيب، الإقناع للشربيني دار الفكر ، بيروت ، سنة 1415هـ ، تحقيق مكتب البحوث والدراسات دار الفكر، ج2 ص434 .

[5]– ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد ، المبدع ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1400هـ، ج7 ص219، المرداوي علي بن سليمان، الإنصاف دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ج8 ص382 ، ابن إدريس منصور بن يونس، كشاف القناع ، دار الفكر ، بيروت سنة 1402هـ ، تحقيق هلال مصلحي مصطفى هلال ، ج5 ص 212 .

[6] – قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص15 .

[7]– محمد بشير الشقفة ، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الأولى ، 142هـ2000م ج4 ص261 .

[8]– ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج 7 ص 247 .

وقال الشربيني: لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز له أن يزيل ذلك بعوض كالشراء والبيع، فالنكاح كالشراء والخلع كالبيع[1] .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنّه قطع لعقد النكاح بالتراضي فكان كالإقالة .

قال الشيرازي : لأنّ(الخلع) رفع عقد بالتراضي كالإقالة في البيع [2].

فالخلع سواء أكان عقد معاوضة على مال شبيه بالبيع ، أو قطع للنكاح شبيه بالإقالة لا بد فيه من طرفي العقد لانعقاده وهما المخالع والمخالعة .

أمّا المخالع وهو الزوج ويجب أن يتم الخلع بإرادته ورضاه ، لأنّ الفرقة لمن يملك الاستمتاع وهو الزوج ، ويشرط فيه ما يشرط في المطلّق من العقل ، والبلوغ ، والتكليف حتى قالوا :كلّ من صحّ طلاقه صح خلعه .

وأمّا المخالعة وهي الزوجة ويشترط فيها أن تكون عاقلة بالغة أهلا للتصرف ، والتبرع وضرورة صلاحيتها أن تكون محلا للخلع بأن يكون عقد زواجها صحيحا توافرت فيه أركانه وشروطه .

فلا يصح الخلع إذا بطلب من الزوجة دون رضا الزوج ، بل لا بد فيه من الرضائية بين طرفيه لقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ البقرة: 229.

أمّا رضا الزوج فلأنه يسقط ماله من حق من الحقوق، وأمّا رضا الزوجة فلأنها يلزمها عوض فيشترط رضاها لأدائه ، ولا بد للزوجة أن تكون عالمة بمعناه لأنّ شرط صحة المعاوضات التراضي والعلم بعباراتهم، وهي إنّما رضيت بدفع البدل إلى الزوج لتفتدي نفسها وتشتري عصمتها .

ولما رواه البخاري وغيره عن ابن عبّاس رضي الله عنهما : أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، فقال رسول الله ﷺ: " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة "[3] .

وأمره عليه السلام لثابت بالطلاق هو أمر إرشاد وندب وإصلاح لا إيجاب، كما ذكره ابن حجر في الفتح[4].

قال الصنعاني: "و أمّا أمره ﷺ بتطليقه لها أي لامرأة ثابت هو أمر إرشاد وإصلاح لاإيجاب [5].

فليس للحاكم أو القاضي أن يجبر الزوج على الخلع أو يوقعه عليه بل لا بد من رضاه لأنّه طلاق بتوافق الإرادتين ، و إن كان يستحب عند الفقهاء أن يستجيب إلى طلبها إذا كانت له كارهة مبغضة .

قال المرداوي: أما الزوج فالصحيح من المذهب أنه يستحب له الإجابة إليه وعليه الأصحاب [1] .

---

[1]– الشربيني ، الإقناع للشربيني، مرجع سابق ، ج 2 ص 435 .

[2]–الشيرازي إبراهيم بن علي ، المهذب ، دار الفكر ، بيروت ، ج 2 ص 71 .

[3]– البخاري محمد بن اسماعيل ، صحيح البخاري ، دار ابن كثير، بيروت، سنة ه1987م ، الطبعة الثالثة، تحقيق مصطفى ديب البغا، كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، ج5 ص 2021.

[4]– أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1379ه تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، ج9 ص 400 .

[5]– محمد بن إسماعيل ، سبل السلام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي ، ج3 ص 167 .

وجاء في كشاف القناع : ويسن له إجابتها لحديث ابن عباس، إلا أن يكون الزوج له ميل ومحبة فيستحب صبرها وعدم افتدائها قال أحمد: ينبغي لها أن لا تخلع منه وأن تصبر[2].

وسئل ابن تيمية عن امرأة مبغضة لزوجها طلبت الانخلاع منه ، وقالت له: إن لم تفارقني و إلا قتلت نفسي فأكره الولي على الفرقة ، وتزوجت غيره وقد طلبها الأول ، وقال إنه فارقها مكرها وهي لا تريد إلا الثاني، فأجاب إن كان الزوج الأول أكره على الفرقة بحق مثل أن يكون مقصرا في واجباته أو مضرا لها بغير حق من قول أو فعل كانت الفرقة صحيحة، و النكاح الثاني صحيحا وهي زوجة الثاني، و إن كان أكره بالضرب أو الحبس وهو محسن لعشرتها حتى فارقها لم تقع الفرقة ، بل إذا أبغضته وهو محسن إليها فإنّه يطلب منه الفرقة، ولا يلزم بذلك فإن فعل وإلا أمرت المرأة بالصبر إذا لم يكن ما يبيح الفسخ[3] .

فالخلع في طبيعته الفقهية إذا هو عقد يقع بالتراضي بين الزوجين ، واتفاقهما ولا يشترط لوقوعه أو نفاذه أن يكون أمام القاضي.

قال السرخسي : أنّ الخلع جائز عند السلطان وغيره لأنّه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود [4] .

وعرفه المالكية : بأنّه الطلاق بلا عوض وبلا حاكم [5] .

ونص ابن قدامة في المغني على أنّه لا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال : يجوز الخلع دون السلطان[6] فإذا وقع أمامه جاز .

قال الدردير : وجاز الخلع حالة كونه بحاكم أو بلا حاكم [7].

ولكنه لا يملك أن يكره أو يجبر أحدهما عليه ، وقد أكدّ ابن حزم على الرضا في الخلع الناجم عن الاتفاق العقدي بينهما فقال :"ولا يجبر ولا أجبرت إنما يجوز بتراضيهما.[8]

وبقوله :" فلها أن تفتدي منه ، ويطلقها إن رضي و إلا لم يجبر هو إنّما أجيز بتراضيهما[9] ".

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للخلع

لم يصرح المشرع الجزائري في قانون الأسرة 84 - 11بالطبيعة القانونية للخلع ، وإنّما اكتفى ببيان جواز ذلك قانونا كما جاء في المادة 54 من قانون 84-11: يجوز للزوجة أن تخالع نفسها على مال يتم الاتفاق عليه، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

---

[1]- المرداوي ، مرجع سابق ، ج8 ص 382 .

[2]- منصور بن يونس ، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج5 ص 212 .

[3]- أحمد عبد الحليم ، فتاوى ابن تيمية ، تحقيق عبد الرحمن محمد قاسم، مكتبة ابن تيمية ، ج32 ص 282 ، 283 .

[4]- السرخسي ، مرجع سابق ، ج6 ص 173 .

[5]- الدردير ، الشرح الكبير ، المرجع السابق ، ج2 ص 347 ، الدردير ، الشرح الصغير، المرجع السابق ، ج 1 ص 441 .

[6]- ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق ، ج7 ص 246 .

[7]- الدردير ، الشرح الكبير، مرجع سابق ، ج2 ص 347 .

[8]- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المحلي ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، ج 10 ص 235 .

[9]- ابن حزم ، مرجع سابق ، ج 10 ص 235 .

إلا أنّه بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا نجد أنّهم فسروا هذا النص المسكوت عن ذكر الطبيعة القانونية صراحة بما ذهب إليه الفقهاء من اعتباره عقدا رضائيا يحتاج إلى رضا الطرفين لانعقاده ، ويتضح ذلك من خلال القرارات التالية :

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 08/ 02/ 1982 ما يلي : الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج ، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه[1] .

وجاء في قرار بتاريخ : 1984/06/11 ما يلي : متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع .

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

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي [2] .

وجاء في قرار بتاريخ 1985/02/25 ما يلي : من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ، ولا يعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه .

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها[3] .

وجاء في قرار بتاريخ 1988/11/21 ما يلي : من المقرر فقها وقضاء أنّ قبول الزوج للخلع أمر وجوبي ، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه .

لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير ، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع[4] .

وجاء في قرار المؤرخ في 1991/04/23 ما يلي : من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من

---

[1]- قرار رقم 26709 بتاريخ 8-2-1982 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور نشرة القضاة، 1982 ، عدد خاص ص 258 .

[2]- قرار رقم 33652 بتاريخ 11-6-1984 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية،1989 ، العدد الثالث ص 38

[3]- قرار رقم 35891 بتاريخ 25-2-1985 ، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية،1989 ، العدد الأول ، ص 80

[4]- قرار رقم 51728 بتاريخ 21-11-1988، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية ،1990، العدد الثالث ، ص 72.

طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ قاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع وقضى به بالرغم من أنّه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع ، يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون.

ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه[1] .

فعند الرجوع إلى هذه القرارات بدءا من تاريخ 1982 إلى 1991 يتبين لنا أنّ رضا الزوج معتبر في الخلع ، فلا يتم إلا برغبة منه ورضاه ، ولا أحد يمكنه أن يوقعه عليه قسرا حتى القاضي ، إلا أنّ هذا الاجتهاد القضائي و الذي عمل به في المحاكم سنوات لم يستقر بل بدأ يتغير باجتهاد آخر يعتبر أنّ الخلع حق خالص للمرأة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا ، ويتضح ذلك من خلال القرارات التالية :

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21 ما يلي : من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره ، وفي حالة عدم اتفاقها يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا .

وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال كما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوجة طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2]

وجاء في قرار بتاريخ 1996/07/30 ما يلي : من المقرر قانونا وشرعا أنّ الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ليس عقدا رضائيا.

ومن ثم فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه [3] .

وجاء في قرار رقم 216239 بتاريخ 1999/03/16 ما يلي : الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون .

---

[1]– قرار رقم 73885 بتاريخ 23–4–1991، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية ، 1993، العدد الثاني، ص 55.

[2]– قرار رقم 83603 بتاريخ 21–7–1992، غرفة الأحوال الشخصية ، منشور المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 134 .

[3]– قرار رقم 141262 بتاريخ 30–7–1996، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، 1998، العدد 1، ص 120.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1] .

وجاء في قرار رقم 252994 بتاريخ : 2000/11/21 ما يلي : إنّ قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا ،وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين[2]

وبهذا أخذ التشريع الجزائري في القانون المعدل بالأمر رقم 05 ، 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 حيث جاء في المادة 54 : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ، إن لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .

وإن كان التشريع المصري أسبق في التعديل لقانون الخلع من جميع القوانين العربية فجاء في المادة 20 من قانون 2000 رقم 1 ما يلي : للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فان لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها ، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه .

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما ، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر "[3].

إلا أنّ العمل بالاجتهاد القضائي في المحاكم الجزائرية سابق لتاريخ هذا التعديل ، لأنه يعود إلى سنة 1992 كما جاء في قرارات المحكمة العليا السابقة الذكر .

ومستند التشريع الجزائري وقبله المصري وغيرهما من القوانين العربية من الناحية الشرعية قول بعض التابعين كسعيد بن جبير والحسن البصري ومحمد ابن سيرين وأبو عبيد[4] .

قال سعيد بن جبير : لا يكون الخلع حتى يعظها وإلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها فيرويان ما يسمعان إلى السلطان ، فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق ، وإن رأى أن يجمع جمع [5] .

واستدل هذا الفريق بالأدلة التالية :

قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ البقرة: 229 .

ووجه دلالة الآية قراءة حمزة وأبو جعفر ويعقوب والأعمش وأبو عبيد " إلا أن يخافا " بضم الياء ، وحجتهم قوله تعالى بعدها : " فان خفتم " فجعل الخوف لغيرهما ولو أراد الزوجين لقال : " فان خافا " .

قال القرطبي: وفي هذا حجة لمن جعل الخلع إلى السلطان وهو قول سعيد بن جبير والحسن وابن سيرين ،

---

[1]- قرار رقم 216239 بتاريخ 16-3-1999، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 138.

[2]- قرار رقم 252994 بتاريخ 21-11-2000، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية، 2001، العدد1، ص293 .

[3]- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين المصري رقم 1 سنة 2000ص 71 .

[4]- القرطبي، مرجع سابق، ج 3 ص 138 ، الجصاص أبو بكر أحمد الرازي، أحكام القرآن للجصاص، دار إحياء التراث بيروت، سنة 1405هـ ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، ج 2 ص 94 .

[5]- الجصاص، مرجع سابق، ج 2 ص 94 .

وقال شعبة : " قلت لقتادة : عمن أخذ الحسن الخلع إلى السلطان ؟ قال : عن زياد ، وكان واليا لعمر وعلي[1] ".

2 – ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم قال رسول الله ﷺ: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة[2] .

وأمره ﷺ للوجوب لعدم وجود قرينة تصرفه للندب والإرشاد .

قال الشوكاني: تعليقا على قول ابن حجر في الفتح : قوله : " اقبل الحديقة " قال في الفتح هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب ولم يذكر ما يدل على صرف الأمر عن حقيقته[3] .

3 – رفع الضرر عن المرأة من ابتزاز الزوج واستغلاله لها عند تعنته ، وعدم قبوله لمبدأ الخلع ، وجاء ذلك واضحا في القرار السابق رقم : 252994 ، إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا، وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين ".

ورفع الظلم عن المرأة من القواعد التي راعتها الشريعة الإسلامية لحديث النبي ﷺ: " لا ضرر ولا إضرار "[4].

والذي يترجح ما ذهب إليه التشريع الجزائري وقبله المصري من اعتبار الخلع حقا خالصا للمرأة تفتدي نفسها عند الحاجة إليه للأدلة التالية :

1– ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة "[5].

ووجه دلالة الحديث أن أمره عليه ﷺ لثابت بالطلاق هو أمر وجوب لعدم وجود ما يصرفه إلى الندب والإرشاد ، ويؤكد هذا المعنى رواية الدار قطني .

2 – روى الدار قطني عن أبي الزبير : أنّ ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته ، فقال النبي ﷺ أمّا الزيادة فلا ، ولكن حديقته ، قالت : نعم فأخذها له وخلا سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قالت : قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ[6] .

فهذه الرواية صريحة في عدم وقوع الإيجاب والقبول بين الزوجين ، وأنّ النبي ﷺ حكم للزوجة بالتفريق

---

[1]– القرطبي، مرجع سابق، ج 3 ص 138 .

[2]– سبق تخريجه .

[3]– محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار ، دار الجيل ، بيروت ، سنة 1973م ، ج 7 ص 37 .

[4]– سبق تخريجه .

[5]– سبق تخريجه .

[6]– الدار قطني علي بن عمر، سنن الدارقطني ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة 1386هـ – 1966م ،تحقيق السيد عبد الله هاشم كماني المدني،كتاب النكاح، مرجع سابق ج 3 ص 255 ، قال الدارقطني هذا حديث مرسل، وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس، والمرسل أصح ،جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي تحقيق: محمد عوامة ، ؤسسة الريان للطباعة والنشر– بيروت – لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية– جدة – السعودية ، الطبعة : الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م ، ج3ص244 .

من غير الرجوع إليه ، لأنّه لم يكن حاضرا وقت صدور الحكم ، وأخذ منها الحديقة له ، فلما علم بالخبر وقضاء النبي ﷺ رضي به .

3 – إنّ الخلع الذي يتم بطلب من الزوجة إنّما جعل في مقابل ما بيد الزوج من الطلاق ، تحقيقا للعدل والمساواة بينهما .

قال ابن رشد : والفقه أنّ الفداء إنّما جعل للمرأة في مقابله ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل [1] .

ولكن التشريع الجزائري رعاية لاستقرار الأسرة ألزم القاضي قبل الحكم بالخلع بجلسات للصلح لعلها تكون متسرعة في طلبها أو متعجلة .

جاء في المادة 49 من قانون 05-02 : لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .

4 – تبسيط إجراءات التقاضي بين الزوجين ، لأنّ المرأة إذا أصرت على موقفها لم يكن للقاضي إجبارها للعيش مع زوجها ما دامت كارهة مبغضة له ، لأنّ أساس الحياة الزوجية المودة والرحمة لقوله تعالى : ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ الروم: 21.

والقاضي إمّا أن يحكم لها بالخلع بعد محاولات للصلح ، أو يحكم عليها بالطلاق للنشوز إذا رفع الزوج دعوى بذلك كما جاء في المادة 55 من قانون 84-11: "عند نشوز احد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق ، وبالتعويض للطرف المتضرر" .

وإذا كان القاضي سيحكم لها بالتفريق مع حفظ حق الزوج في التعويض في الحالتين فلما تعقيد اجراءات التقاضي إذن .

المطلب الثالث: سلطة القاضي

بناء على طبيعة الخلع تتحدد سلطة القاضي ففي الفقه الإسلامي سلطته مقيدة في الحكم على هذه الفرقة بناء على أنها تتم برضا الزوجين، وتدخله يكون عند الخصومة أما عند التوافق عليه فليس له إلا أن يحكم به مع محاولات الصلح، وتبقى سلطته واسعة في البدل هل يجيزه أم يمنعه كالخلع على نفقة الصغير وحضانته وارضاعه والخلع على المنافع، ومقدار هذا البدل عند النزاع فيما زاد عن المهر، و هل يقتصر عليه كما ورد في البخاري عن ابن عباس أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام ، فقال النبي ﷺ: " أتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم ، فقال ﷺ: " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة " [2] .

فدل ظاهر الحديث أن لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها لأنه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء

[1] – ابن رشد أبو الوليد محمد ، بداية المجتهد ، دار شريفة الجزائر ، ج 2 ص 68.
[2] – سبق تخريجه .

العقد كالعوض في الإقالة[1].

أما يحكم بالزيادة وهومذهب المالكية والشافعية[2] لقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ البقرة: 229، فهذه الآية تدل بعمومها على جواز الزيادة من المرأة ، لتفتدي بذلك نفسها .

وروى مالك عن نافع ، عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد ، أنّها اختلعت من زوجها بكل شيء لها فلم ينكر ذلك عبد الله بن عمر[3].

قال الشافعي إذا حلّ للزوج أن يأكل ما طابت به نفسا على غير فراق ، حل له أن يأكل ما طابت نفسا ويأخذ عوضا بالفراق[4].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلما سكت عن بيان الطبيعة القانونية للخلع كما في تشريع 84-11 رجع القضاة في تفسير هذا الغموض في النص إلى الشريعة كما نص التشريع على ذلك كما في المادة 222 : كل ماسكت عنه التشريع يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وبالرجوع إلى الشريعة اتسعت سلطته في رد طلب الخلع إلا إذا قبله الزوج أخذا بقول الأئمة الأربعة من الفقهاء الذين يشترطون رضاه على مبدا الخلع وعلى هذا كان القضاء في الجزائر ردحا من الزمن وتؤيده قررات المحكمة العليا السابقة ،أو قبوله ولو لم يرض به الزوج أخذا ببعض أقوال من أجاز من الفقهاء من أن الخلع الأمر فيه إلى القاضي وعلى هذا كانت الأحكام القضائية ردحا أخر من الزمن إلا أن جاء التعديل صريحا 05-02 : يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إن لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم فتقيدت سلطة في الخلع بالإمضاء للزوجة مع محاولة الصلح ، وتبقى سلطته في تقدير البدل عند النزاع كما نصت المادة بما لا يزيد على صداق المثل وقت صدور الحكم .

المبحث الثالث : سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين في التطليق

التطليق أوطلاق القاضي هو الطلاق الذي ينشئه القاضي بطلب من الزوج أو الزوجة في الشريعة الإسلامية، وبطلب من الزوجة فقط في التشريع الجزائري لأسباب متعددة تجمع في قصد الإضرار ، ويرجع إلى القاضي في تقدير الأسباب والمبررات لهذا الطلاق والتعويض فيه ، وفق سلطة تقديرية يملكها وهذا ما نبحثه في هذا المبحث من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : تعريف التطليق

التطليق مصطلح استعمله المشرع الجزائري فجاء في المادة 53 من الأمر 05-02 : يجوز للزوجة أن تطالب بالتطليق للأسباب التالية ، وأما بقية التشريعات العربية والفقه الإسلامي استخدموا طلاق القاضي ،ويراد بكلا المصطلحين معنى واحدا وهو الطلاق الذي يوقعه القاضي على الزوج بطلب من المرأة لأسباب معينة

---

[1]- ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سابق ، ج 7 ص 217 .

[2]- القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 ص 139 ، الشربيني ، الإقناع للشربيني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 436 .

[3]-مالك ، مرجع سابق ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلع ، ج 2 ص 565 .

[4]- الشافعي محمد بن إدريس ،الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ،سنة 1393هـ ، ج 5 ص 197 ،ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد الله ، الاستذكار، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1، 2000م ، تحقيق سالم محمد عطا ، محمد علي ، ج 6 ص 79.

حددها الفقه الإسلامي أو التشريع الجزائري .

المطلب الثاني : أسباب التطليق

الفرع الأول: أسباب التطليق في الفقه الإسلامي بالرجوع إلى كتب الفقه قد نرد الأسباب إلى ثلاثة رئيسية تتفرع عنها الكثير:

أ) التفريق للعيوب والأمراض

ب) التفريق للشقاق والضرر

ت) التفريق للإعسار وعدم الإنفاق

الفرع الثاني: أسباب التطليق في التشريع الجزائري

حصر المشرع الجزائري أسباب التطليق وفق المادة 53 من الأمر 05-02 من قانون الأسرة في عشرة أسباب حيث قال : **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :**

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون .

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من هذا الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة .

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8أعلاه .

7- إرتكاب فاحشة مبينة .

8- الشقاق المستمر بين الزوجين .

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

10- كل ضرر معتبر شرعا[1].

وهذه الأسباب ذكرت على سبيل الحصر لأننا لو تصورنا سببا آخر لندرجه في هذه الأسباب ما وجدناه، وحتى يكون التشريع مستوعبا للمستجدات فقد أدرجها المشرع الجزائري في السبب 10 وهو كل ضرر معتبر شرعا .

وإذا أردنا أن نقارن بين الأسباب في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري لا نكاد نجد فرقا بينهما إلا من حيث التفصيل للأسباب في التشريع خلافا للفقه، وإن كانت الأسباب كلها تدرج في سبب واحد وهو الضرر المعتبر شرعا، لأن عدم الإنفاق ضرر، والشقاق ضرر، والغيبة ضرر وهكذا .

[1] - قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص14-15.

المطلب الثالث : سلطة القاضي في هذا التفريق

تتسع سلطة القاضي في هذا التفريق فلا يحكم إلا إذا اقتنع بهذه الأسباب المذكورة وقد يؤخر الحكم إعطاء للزوج فرصة المراجعة كما في التطليق للعيوب إذا قرر الأطباء إمكانية معالجته منها ولو بعد مدة، جاء في القرار رقم 34784 ما يلي: **متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الإجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء هذه المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية .**

إذا كان الثابت أن قضاء الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميا يعد كافيا لإثبات عجزه المستمر عن ذلك ، والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها ، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن [1] .

فسلطته في هذا التفريق لا حدود لها لأنه هو الذي ينشئ الطلاق ويحكم به، ويقدر الضرر الواقع عليها ويحكم لها بالتعويض المناسب ، وقد أكد المشرع الجزائري في بداية المادة 53 يجوز للزوجة أن تطلب التطليق **للأسباب التالية أي أن حكمه بالتطليق جوازي وليس إلزامي كما في الخلع الذي ألزم القاضي فيه بالحكم إذا تقدمت به المرأة ولو لم يقتنع القاضي به كما جاء في المادة 54 : يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي**[2] .

ويلاحظ أن الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري متقاربان في ترتيب الأحكام ماعدا بعض المسائل التي تبقى خلافية حتى بين الفقهاء كمسألة التطليق للهجر الذي يزيد عن أربعة أشهر والفقهاء يدرجونها في مسمى **الإيلاء، وهو هجر مع يمين والتشريع لا يشترط اليمين في ذلك، والجزئية الثانية في هذه المسألة هل يحتاج الأمر في الإيلاء أو الهجر في التشريع إلى حكم القاضي، أو أن الفرقة تحصل بمجرد عدم الفئة في المدة المقرر فيكون تفريقا بحكم الشرع وليس بحكم القاضي، والخلاف فيها معلوم بين الجمهور والحنفية فالجمهور ويوافقهم** المشرع الجزائري يشترطون حكم القاضي للتفريق، والحنفية لا يشترطون ذلك ويعتبرون انتهاء النكاح بمجرد عدم الفيئة في المدة وسبب خلافهم في فهم النص القرآني **قَالَ تَعَالَى:﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ ﴾** البقرة .

---

[1] – قرار رقم 34784بتاريخ 19-11- 1984، غرفة الأحوال الشخصية ، منشورا لمجلة القضائية الصادرة سنة 1989، العدد 3، الصفحة 73.

[2] – قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص15 .

فالجمهور يرى: 1- أن الله ضرب أجلا للمولي بعد الإيلاء، وهو أربعة أشهر، فإن فاء ورجع إلى حياته الزوجية فإن الله غفور رحيم لما بدى منه من تعسف ، وظلم لزوجته وهجرها، وإن عزم أن يطلق فإن الله سميع عليم وإذا امتنع طلق عليه القاضي رفعا للظلم على المرأة ، فالطلاق لا يقع إلا بمضي المدة ، وهي أربعة أشهر ، وإنّما يوقف المولي أمام القاضي فإمّا فاء وإما طلق .

2- أنّه تعالى أضاف مدة التّربص إلى الزوج، وجعلها حقا له ، وما كان حقا للإنسان لم يكن محلا لوجوب حق عليه ، كالآجال في الديون وغيرها[1] .

3- إن الله تعالى أضاف الفيء وجعل الطلاق إلى المولي فقال: ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ البقرة 227، فدّل أنهما متعلقان بفعله[2] .

والحنفية[3] يرون: 1- أن الله تعالى ضرب أجلا لهذا الإيلاء، وهو أربعة أشهر فإن فاء فيه المولي إلى زوجته ،فإن الله غفور رحيم لما أقدم عليه من الحلف على الإضرار بالزوجة ، وإن لم يفيء في هذه المدة واستمر في أيمانه ، كان ذلك عزما منه على الطلاق ويقع الطلاق بحكم الشرع[4] .

ويؤكد هذا المعنى أن عبد الله بن مسعود قرأ : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ فإضافة الفيئة إلى المدة تدل على استحقاق الفيئة فيها، وهذه القراءة إما أن تجرى مجرى الخبر الواحد، فتوجب العمل، وإن لم توجب كونها من القرآن، وإما أن تكون قرآنا نسخ لفظه ، وبقي حكمه لا يجوز فيها غير هذا البتة[5] .

2- إن الله تعالى جعل لهم تربص أربعة أشهر ثمّ قال عز وجل : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾، وظاهر هذا أن هذا التقسيم في المدة التي لهم فيها تربص ، كمن قال لغريمه: أصبر عليك بديني أربعة أشهر فإن وفيتني وإلا حبستك ،لا يفهم من هذا إلا إن وفيتني في هذه المدة، ولا يفهم منه إن وفيتني بعدها ، وإلا كانت مدة الصبر أكثر من أربعة أشهر، وقراءة ابن مسعود صريحة في تفسير الفيئة بأنها في المدة ، وأقل مراتبها أن تكون تفسيرا[6] .

---

[1]- القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، دار ابن حزم ،تحقيق الحبيب بن الطاهر ، الطبعة الأولى ، 1999م ، ج2- ص761 ، ابن رشد ، مرجع سابق ج2- ص91-100 .

[2]- القاضي عبد الوهاب البغدادي ، مرجع سابق ج2- ص761، ابن رشد ، مرجع سابق ، ج2- ص91-100 .

[3]- السرخسي، مرجع سابق ج7- ص19-20 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ج3- ص423 ، المرغياني علي بن أبي بكر ، الهداية شرح البداية ، المكتبة الإسلامية، بيروت، ج2- ص11 ، ابن قدامة ، مرجع سابق ج7- ص416، ابن رشد، مرجع سابق ج2- ص99 ، ابن عبد البر، مرجع سابق ج17- ص89 ،الزحيلي أ د. وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة معدلة، سنة 1418هـ - 1997م ج9- ص7090 .

[4]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق ج 9- 7091 .

[5]- الزرعي شمس الدين ابن القيم ، زاد المعاد ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة التاسعة والعشرون ، سنة 1416هـ - 1996م تحقيق شعيب الأرناؤوط عبد القادر الأرناؤوط ، ج5- ص312 .

[6]- ابن القيم ، مرجع نفسه ج5- ص313 .

3- إنّه أجل مضروب للفرقة ، فتعقبه الفرقة كالعدة ، وكالأجل الذي ضرب لوقوع الطلاق كقوله : إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق[1] .

والمسألة الثانية التي وقع فيها خلاف بين الفقهاء مسألة الإعسار عن النفقة وهل للزوجة الحق في أن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها لعجزه عن النفقة عليها ؟ أم أنّها مجبرة على البقاء معه فلا يستطيع القاضي أن يحكم لها فتضيق سلطته ؟

فالذي ذهب إليه جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة وهو مذهب المشرع الجزائري كما لاحظنا في أول سبب من أسباب التطليق جواز التفريق بين الزوجين للعجز عن النفقة إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي وهو قول عمر وعلي وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب وعمر بن العزيز وغيرهم[2] .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- قوله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ البقرة 229 ، ووجه دلالة الآية أن الإمساك مع ترك الإنفاق عليها ليس إمساكا بالمعروف فيتعين التسريح[3] لدفع الضرر عن المرأة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾ البقرة231 .

2- ما رواه أحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبيّ ﷺ قال: خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول فقيل ما أعول يا رسول الله؟ قال: "امرأتك تقول: أطعمني وإلا فارقني خادمك يقول أطعمني واستعملني وولدك يقول إلى من تتركني[4] " .

قال الشافعي معلقا على الحديث: وهذا بيان أن عليه طلاقها[5]، وذلك إذا أعسر بالنفقة عليها .

3- ما رواه البيهقي عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا [6] " .

4- ما رواه مالك أنّه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول : إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرّق بينهما .

---

[1]-ابن القيم ، مرجع نفسه .

[2]- ابن قدامة ، مرجع سابق ج8- ص162 ، الشربيني ، مرجع سابق ج ج3- ص442 ، االشافعي ، مرجع سابق ج5- ص107 ، ابن رشد ج2- ص51 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ج9- ص7044 ، ابن عبد البر ، مرجع سابق ج17- ص169 ، عبد الرحمن الصابوني ، مرجع سابق ج2- ص82 .

[3]- ابن قدامة، مرجع سابق ج8- ص163، الشربيني، مرجع سابق ج3- ص442 .

[4]- أحمد بن حنبل، أبو عبد الله الشيباني، مسند أحمد، مؤسسة قرطبة، القاهرة، كتاب مسند المكثرين من الصحابة، ج2- ص527.

[5]-الشافعي ، مرجع سابق ، ج5- ص107.

[6]- البيهقي أحمد بن الحسين، سنن البيهقي، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، سنة 1414هـ - 1994م، تحقيق محمد عبد القادر عطا، كتاب العدد ، باب الرجل لا يجد نفقة ج7- ص469 ، عبد الرزاق أبو بكر ، مصنف عبد الرزاق ، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة، كتاب الطلاق باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها ج7- ص93.

قال مالك : وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا[1] .

5- روى أبو بكر بن أبي شيبة عن أبي الزناد وقال : سمعت سعيد بن المسيب عن الرجل يعجز عن نفقة امرأته فقال : يفرّق بينهما فقلت سنة ؟ قال : سنة[2] .

قال الإمام الشافعي: والذي يشبه قول سعيد بن المسيب سنة أن يكون سنة رسول الله ﷺ[3] وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا منها ما جاء في قرار رقم 34791 ما يلي: متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق من فعله وعاجز عن كسوة كمثله فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية .

إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا نافذا فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن[4].

وذهب الحنفية[5] إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين للعجز عن النفقة ولا يملك القاضي أن يطلقها ، وللمرأة أن تستدين أو تنفق على نفسها إذا كان لها مال على أن يكون هذا في ذمة الزوج يدفعه حين يساره .

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ الطلاق: 7 .

ووجه دلالة الآية أن الزوج مطالب بالنفقة على الزوجة مما تيسر له من رزق قليل كان أم كثير (لينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها) .

وعلى الزوجة أن تصبر على زوجها حال إعساره فقد ييسر الله عليه ويجعل بعد الضيق فرجا ﴿ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ ولأنّ الزوج لم يكن ظالما لعدم الإنفاق لإعساره ، وإذا كان كذلك فلا نظلمه بإيقاع الطلاق عليه

---

[1]- مالك، مرجع سابق، كتاب الطلاق ، باب جامع الطلاق ج2- ص589 .

[2]- ابن أبي شيبة أبو بكر عبد الله ، مصنف ابن أبي شيبة، مكتبة الرشيد، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 1409هـ، تحقيق كمال يوسف الحوت كتاب الطلاق ج4- ص169.

[3]- الشافعي، مرجع سابق، ج5- ص107.

[4]- قرار رقم 34791 بتاريخ 19-11- 1984، غرفة الأحوال الشخصية، منشورا لمجلة القضائية الصادرة سنة 1989، العدد 3، الصفحة 76.

[5]- الجصاص ، مرجع سابق ج2- ص 99,98 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ج3- ص 590 ، السرخسي ، مرجع سابق ج5- ص 190، 191.

ويؤكده أنّه لم يؤثر عن النبيّ ﷺ أنّه مكّن امرأة قط من الفسخ بسبب إعسار زوجها ، ولا أعلمها بأن الفسخ حق لها[1].

الخاتمة

في ختام البحث توصلت إلى أن سلطة القاضي قد تضيق جدا كما في الطلاق التعسفي ، والخلع فلا يملك القاضي إلا أن يذعن للزوج في الطلاق التعسفي مع إلزامه بالتعويض لها عن الضرر في التشريع الجزائري وكذا في الخلع مع إلزامها بالبدل ، أما في الشريعة عند أغلب الفقهاء قبول الزوج على مبدأ الخلع معتبر فلا سلطة للقاضي عليه خلافا للتشريع الجزائري، وأما في التطليق فتتسع إلى مالا حدود له ليكون له الحق في منع نشوئه إذا لم يقتنع القاضي بمبررات المرأة للتطليق وهذا باتفاق الشريعة والتشريع الجزائري .

الأحكام التي يقررها القاضي إما كاشفة أو منشئة فإذا سبق طلاق الزوج طلاق القاضي كان طلاق القاضي كاشفا لطلاق الزوج لا منشئا له، وهذا في طلاقه بإرادته أما في الخلع فكذلك في الشريعة دون التشريع فحكمه منشئ للطلاق لأنه يوقعه على الزوج ولو لم يرض به ، وأما بالنسبة للتطليق فحكم القاضي منشئ للطلاق قولا واحدا في الشريعة والتشريع.

وأما سلطته فيستمدها ممن يملك الولاية العامة على المسلمين وهو ولي الأمر لأنه نائب عنه في القضاء .

[1]- وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ج9- ص7043 .