السلطة التقديرية للقاضي في الخلع
بين ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها القضائية

بقلم
د.بخالد عجالي
أستاذ محاضر "أ" بقسم الحقوق
كلية الحقوق العلوم السياسية .جامعة تيارت
khaledadjalidroit@yahoo.com

مقدمة

ينشئ الزواج مؤسسة اجتماعية وخلية أساسية تسمى الأسرة تتكون من زوجين وما يثمر عن ارتباطهما أولادا و يتماسك الجميع بعدة روابط قانونية وشرعية وخلقية واجتماعية.

وإذا كان الزواج رابطا منيعا وصورة شرعية وحيدة لارتباط الرجل بالمرأة بغرض الإحصان والمحافظة على الأنساب، فإن الشريعة الإسلامية قد أحاطته بمجموعة من الضوابط التي تحكم الرابطة الزوجية وحياتها وتحكم انحلالها وآثار الانحلال أيضا.

ومن التحولات التي أثرت في نظام الأسرة ازدياد حالات الزواج يوميا وازدياد حالات الطلاق والتطليق والخلع على نحو يبعث على القلق ،ولذلك يعمل المشرع في كل مرة إلى مراجعة موقفه من معظم المسائل التي تحكم الأسرة لعله يصل بها إلى الحماية المرجوة،ويواكب بها ما يطرأ من تحولات في المجتمع.

رغم التطور السريع والمتلاحق لكل ما يحيط بالأسرة وبأفرادها، فإن الأحكام الشرعية التي تحكمها لا تزال صامدة تدعو المجتهدين إلى إمعان النظر فيها و تقليبها على وجوهها للوصول إلى مقاصدها.

وبما أن المحاكم هي صاحبة الولاية العامة في تطبيق النصوص القانونية، فإن فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لا يتحقق إلا باللجوء إلى القضاء، ولذلك يطلق على الخلع الذي ينطق به القاضي خلعا قضائيا.

وقد استلهم المشرع الجزائري معظم نصوص قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 من مذاهب الفقه الإسلامي، ولم يقتصر على مذهب معين. والخلع على الرأي الراجح في مذاهب الفقه الإسلامي ذو طبيعة رضائية يشترط لانعقاده اتفاق الطرفين، وهذا ما جعل للقاضي دورا سلبيا في نظر دعوى الخلع إذ كان دوره يتمثل في المصادقة على اتفاق الطرفين،غير أنه بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 أصبح بإمكان القاضي إجبار الزوج على الخلع، و أصبح بإمكانه تقدير بدل الخلع بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، مما يعني أن الخلع القضائي يتيح للقاضي تحديد مصير العلاقة الزوجية ،وحقوق الأطراف دون رضا من بيده عقدة النكاح.

وكان تغير نهج المشرع الجزائري استجابة لطلب شرائح واسعة في المجتمع تنادي بضرورة توسيع مجالات

المساواة بين الرجل و المرأة ومنحها الحق في الخلع ، وهذا ما دفع القائمين على أمور التشريع في بلادنا إلى التماس حل في الفقه الإسلامي يجيز للزوجة طلب الخلع دون موافقة الزوج، وجاءت نصوص التعديل لتوسع من مجالات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تارة وتضيق منها تارة أخرى ، على اختلاف في المذاهب الفقهية والآراء التي كانت يستقي منها المشرع الحلول في كل مسألة.

و قد كان طبيعيا أن تتأثر السلطة التقديرية للقاضي بالتكييف الفقهي الذي يتبناه المشرع وهذا ما أنتج نص المادة 54 بعد تعديلها سنة 2005،و ظل يحكم الخلع مفهوما ومضمونا وأثارا نصا واحدا من فقرتين.

و رغم أن الإشكالية ليست في نص واحد أو عدة نصوص ،بقدر ما هي مسألة وضوح أو غموض لموقف المشرع من المسألة، كما هي مسألة صناعة تشريعية لنظريات و آراء فقهية.

ولذلك فإنه وأمام ارتفاع حالات الخلع غير المبررة سنويا وتراكم الملفات أمام العدالة أصبح الخلع و كأنه نظام غريب عن الشريعة الغراء لا يحقق أي شعور بالعدالة ،فبمجرد لجوء الزوجة وطلبها الخلع يتم خلعها دون بيان أية سلطة أصبحت للقاضي في رفض الطلب إذا لم يكن له مبرر أو ثبت تعسف الزوجة فيه.

و لذلك فإن الإشكالية المطروحة من خلال هذه الورقة البحثية هي:

ما هي الضوابط الشرعية لممارسة الخلع في الفقه الإسلامي، وما هي حدود سلطة القاضي التقديرية في دعوى الخلع؟

وتأتي هذه المداخلة للمساهمة في فعاليات الملتقى عن طريق فتح النقاش ،حول المستجدات الفقهية في المسائل القانونية المتعلقة بأحكام الأسرة المسلمة ،من خلال هذه الورقة البحثية التي تم إعدادها بناء على الإشكالية التي طرحها القائمون على تنظيم هذا الملتقى والتي نقسمها إلى مبحثين؛نتناول في الأول منها مفهوم الخلع القضائي وطبيعته القانونية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لنعالج في المبحث الثاني نطاق السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الخلع مع بيان التطبيقات القضائية من خلال استعراض موقف المحكمة من عديد مسائل الخلع.

ونختم هذه الدراسة ببعض الاقتراحات التي نراها كفيلة بسد مواطن القصور في النصوص التشريعية الجزائرية وتضع بعض اجتهادات القضاء الجزائري موضع النقد والتصويب.

ونشير إلى أن الدراسات السابقة التي تناولت موضوع الخلع كثيرة ومتنوعة في كليات الحقوق وكليات الشريعة الإسلامية داخل الوطن وخارجه، ولكنها دراسات وصفية تناولت فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع دون أن تتناول تطور موضوع السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الخلع. ورغم ذلك فإن الدراسات التي اعتمدنا عليها في إعداد هذه الورقة تتراوح بين أطروحات لنيل الدكتوراه منها أطروحة دكتوراه أعدتها السيدة آيت شاوش دليلة، بعنوان إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، نوقشت بتاريخ 2014/06/26، ص 298، منشورة على موقع الجامعة على الشبكة www.UMMTO.dz وهي أطروحة تناولت جميع طرق فك الرابطة الزوجية بطلب الزوجة

ومنها الخلع وهي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري مع بعض التقنينات العربية.

ومن الدراسات التي وقفنا عليها مذكرة ماجستير بعنوان دور القاضي في الخلع من إعداد بن جناحي أمينة من جامعة بومرداس كلية الحقوق،وقد تناولت موضوع دور القاضي في الخلع بشكل جيد ، غير أنها لم تقف على حدود سلطة القاضي في الخلع ،بل أفاضت في دعوى الخلع وإجراءات رفعها والفصل فيها.

كما اعتمدنا على كثير من المقالات في القانون الجزائري التي خصصت لدراسة وتكييف حق الزوجة في طلب الخلع وكيف تطور من رخصة إلى حق أصيل للزوجة ومنها؛المقال المعنون بالخلع بين الرخصة والحق الأصيل،للأستاذة نظيرة عتيق المنشور على البوابة الجزائرية للمجلات العلمية.ومقال بعنوان أحكام الخلع في قانون الأسرة للدكتور رابح بن غريب والمقال منشور بمجلة تاريخ العلوم ومتاح أيضا على البوابة الجزائرية.

وغير هذه المقالات والبحوث حول موضوع الخلع مما أشرنا إليه في موضعه.

ورغم ذلك يظل موضوع السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الخلع من المواضيع الفقهية والقضائية التي تعكس أثر التحولات الاجتماعية على فلسفة التشريع وروح النصوص وانسجامها مع تطلعات المجتمع..

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للخلع القضائي

أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية للزوجين الاتفاق على فك الرابطة الزوجية مقابل عوض تمنحه الزوجة للزوج، وهذا هو أصل الخلع وقوامه، غير أن الزوج قد يرفض فكرة الخلع، كما أنه قد يقبل الخلع بحسب الأصل، لكنه لا يقبل المقابل الذي تقترحه الزوجة، لذلك يصل الأمر للقضاء الذي يتولى فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ويتصدى لتحديد مقابل الخلع، ورغم استنباط المشرع فكرة الخلع من الفقه الإسلامي والآراء الراجحة فيه، فإنه لم يبين طبيعة الخلع ما إذا كان عقدا رضائيا أو تفريقا بطلب من الزوجة مقابل مال. ويدل العمل القضائي في المحاكم الجزائرية وعلى رأسها المحكمة العليا على عدم وضوح الموقف التشريعي للخلع.وقد أحالت المادة 222من قانون الأسرة الجزائري القاضي إلى الشريعة الإسلامية في كل مسألة لم يرد فيها نص فيه.[1]

وبصدد طبيعة الخلع الذي يصدره القاضي يثور الإشكال حول كون الخلع المنصوص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة سنة 2005،[2] ذي طبيعة عقدية و يتوجب أن يتراضى الزوجان عليه و ينحصر دور القاضي في المصادقة عليه، أم أنه ذو طبيعة قضائية، يكون حكم القاضي منشئا له.

---

[1]–جاء في المادة 222 من قانون الأسرة مايلي: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

[2]–صدر قانون الأسرة بالقانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 و عدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27فيفري 2005، وتنص المادة 54 من قانون الأسرة على مايلي: «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».و كانت قبل التعديل تقضي بما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

وفي هذا المبحث نتناول الطبيعة القانونية للخلع القضائي من خلال مطلبين؛ نعالج في الأول منهما مفهومه ومشروعيته، ونعالج في المطلب الثاني تكييفه القانوني في فقه الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول

مفهوم الخلع القضائي ومشروعيته

تبنى المشرع الجزائري الخلع في أول قانون خاص بالأسرة بعد الاستقلال هو القانون 11/84، غير أنه لم يخصص له سوى مادة وحيدة هي المادة 54.ورغم أنه ليس من مهام التشريع وضع التعريفات، فإن اقتصار المشرع على نص واحد لم يوضح موقف المشرع بشأن مفهومه للخلع و مرجعيته الفقهية.

واعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة فإننا نتناول مفهوم الخلع في الفرع الأول من هذا المطلب، لنتناول مشروعيته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الخلع القضائي

يقصد بالخلع بفتح الخاء في اللغة العربية النزع والإزالة، فيقال خلع فلان ثوبه أي نزعه عن جسده وأزاله، وبضم الخاء في المصدر الخلع يقصد به وقوع الفرقة بين الزوجين بإزالة رابطة النكاح لقاء عوض يقبضه الزوج،[1] ومن معناه اللغوي انتقل استخدام لفظ الخلع بمعنى النزع والإزالة إلى علم الاصطلاح القضائي والشرعي والقانوني، فظل لفظ الخلع يطلق على فك الرابطة الزوجية، بناء على مال تقدمه الزوجة لزوجها، على أساس أنها –أي الزوجة– تنزع وتزيل ميثاق العلاقة الزوجية، لأن المرأة لباس للرجل والرجل لباس لها، قال الله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾[2] ولهذا فإن الخلع في اللغة القانونية والشرعية والقضائية هو إزالة الزوجية.[3]

وإذا كان هذا اتفاقا حول مدلول لفظ الخلع واستعمالاته، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما أفاضوا في تفاصيل الخلع وأحكامه اتجهوا اتجاهات كثيرة في وضع تعريف للخلع على النحو التالي:

فقد عرّف المالكية الخلع بأنه طلاق بعوض تبذله الزوجة أو غيرها برضاها بلفظ الخلع فيلزم.[4] ويشرح ابن جزيء المالكي بأنه يمكن في الخلع أن تدفع الزوجة مالا لزوجها مقابل الخلع أو أن تتنازل عن حقوقها مقابل الخلع إذ يقول: الخلع معناه أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها، أو تسقط عنه حقا لها عليه.[5] ويرى الفقيه ابن رشد المالكي بأن هناك معنى عاما يجمع كلمة الخلع والصلح والفدية والمبارأة، هذا المعنى

---

[1]– أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الجزءالأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 448.

[2]–سورة البقرة، الآية 187.

[3]–آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، نوقشت بتاريخ 2014/06/26، ص 298، منشورة على موقع الجامعة على الشبكة www.UMMTO.dz.

[4]– راجع في بعض فقهاء المذهب المالكي: أحمد الدردير، الشرح الصغير، وزارة الشؤون الدينية الجزائرية، دون بيان الطبعة، و دون تاريخ الطبع، الجزءالثاني، ص 147؛ أبو الضياء ابن جزيء، القوانين الفقهية، دار الكتب، الجزائر، دون تاريخ، ص 232؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دون بيان مكان الطبع، الجزء الثاني، ص 1399.

[5]–ابن جزيء، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 233.

العام هو بذل المرأة العوض المالي في مقابل حصولها على الطلاق، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها لزوجها كل ما أعطاها من مال، والصلح يختص ببذلها لزوجها بعض ما أعطاها، والفدية يختص ببذلها لزوجها أكثر مما أعطاه لها، والمبارأة تختص بإسقاطها عن زوجها حقا من الحقوق المالية التي لها على زوجها، و يرى بعض المالكية أن المبارأة المخالعة بمالها قبل الدخول والمخالعة إذا فعلت ذلك بعد الدخول.[1]

و عرفه الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه. وعبارة القبول في التعريف تعني أن الخلع قد يكون باقتراح من الرجل، ولأن المرأة هي التي تدفع البدل فاشترط قبولها.[2]

أما الشافعية فقد عرفوا الخلع بأنه فرقة بين الزوجين بعوض مقصود بلفظ من ألفاظ الطلاق أو الخلع.[3]

وعرف الحنابلة الخلع بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة، وفائدته تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها.[4]

وعلى الصعيد التشريعي، عرفت المادة 69 من قانون الأحوال الشخصية المصري[5]الخلع بأنه: « فرقة بين الزوجين في مقابل عوض من الزوجة أو من غيرها مالا أو منفعة ».

ولم يعرف المشرع الجزائري الخلع، تاركا مهمة تعريفه للفقه، وقد وردت عدة تعريفات للخلع في بعض قرارات المحكمة العليا والتي منها القرار المؤرخ في 1999/03/16 الذي جاء فيه: «الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه...».[6]

وخلاصة التعريفات التي ذكرت، أن الخلع هو عقد بين الزوجين، قوامه التراضي بينهم، على عوض تدفعه الزوجة أو غيرها ،كوليها ،للزوج على أن يطلقها. وقد وافق تعريفه الفقهي معناه اللغوي. غير أن الخلع ليس من إبداع الفقهاء بل يجد أساسا له في نصوص الشريعة الإسلامية وهو ما نتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: مشروعية الخلع

يرى معظم فقهاء الشريعة الإسلامية أن الخلع يجد أساسه وترجع مشروعيته لنصوص شرعية في القرءان الكريم، والسنة النبوية وإجماع الأمة. فلما كانت الزوجة لا تملك فك الرابطة الزوجية، ولما كانت عقدة النكاح بيد الزوج الذي قد يأبى تسريح الزوجة، و في نفس الوقت لا يقوم بواجباته تجاهها، فإن الشريعة الإسلامية أباحت للزوجة افتداء نفسها.[7]

---

[1]–أنظر في تلخيص مواقف الفقهاء من ضبط مفهوم الخلع، آيت شاوش دليلة، الرسالة السابقة، ص 299، هامش 4.

[2]–محمد ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، القاهرة، مصر، دون طبعة، الجزء الثاني، ص 766؛ محمد السيواسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية، المطبعة الأميرية، القاهرة، مصر، 1316هجرية، الجزء الثالث، ص 199.

[3]–منصور بن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، دون مكان الطبع، 1366هجرية، الجزء الخامس، ص 237.

[4]–ابن قدامة، موفق الدين بن محمد المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنفي، المكتبة العصرية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 2003، ص 100.

[5]–القانون رقم1 لسنة 2000 مشار إليه عمد ايت شاوش دليلة، الرسالة السابقة ص 301.

[6]– غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 216239، منشور بالمجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 138.

[7]– رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور بمجلة تاريخ العلوم، العدد السابع، مارس 2017، ص

و قد دل على مشروعية الخلع قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[1]

ووجه الاستدلال بالآية، أن أخذ الزوج شيئا من المهر محرم على الزوج إلا إذا خشي الزوجان ألا يقيما حدود الله من خلال زواجهما، فلا حرج على الزوج أن يأخذ من الزوجة ما تدفعه لافتداء نفسها.[2]

فإذا كثر الشقاق بين الزوجين، و لم تقم المرأة حقوق الرجل و أبغضته و لم تقدر على معاشرته فلها أن تفتدي منه بما أعطاها و لا حرج عليها في بذل ذلك و لا حرج عليه في قبول ذلك منها.[3]

ومن السنة النبوية المطهرة يستدل الفقهاء بروايات كثيرة على مشروعية الخلع لقصة واحدة.

ففي صحيح البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي ﷺ فقالت: "يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال الرسول ﷺ: (أفتردين عليه حديقته) قالت: نعم، فقال رسول الله ﷺ: (اقبل الحديقة وطلّقها تطليقة).[4]

ولهذا الحديث روايات أخرى منها ما أورده بن ماجة في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: و الله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا، فقال لها النبي ﷺ: (أتردين عليه حديقته) قالت نعم فأمره رسول الله ﷺ أن يأخذ حديقته منها و لا يزداد.[5]

وعلى أية حال فإن الروايات وإن اختلفت في لفظها وفي درجة صحة كل حديث وحول اسم المرأة صاحبة القصة،[6] فإن جميع الروايات دلت على أن امرأة رفعت أمرها إلى النبي ﷺ بأن يقبل زوجها الفداء، وأن يطلقها.

ويبيح الحديث-على تعدد واختلاف رواياته-للزوجة الخلع رفعا للضرر الذي يصيبها جراء تعنت الزوج في طلاقها مع تعويض الزوج عن فك الرابطة الزوجية، وتبين الأحاديث أن الخلع إنما شرع للزوجة خوفا من

79، متاح على البوابة الجزائرية للمجلات العلمية، ASJP..

[1]-سورة البقرة، الآية 229.

[2]-أبو عبد الله محمد أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، دون بلد النشر، الجزء الثالث، دون سنة الطبع، ص 128-129.

[3]-أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار طيبة، المجلد الأول، سنة 2002، ص 2056.

[4]-محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، حديث رقم 273.

[5]-سنن بن ماجه، حديث رقم 2056.

[6]-تروي بعض الروايات أن اسم المرأة جميلة بنت عبد الله بن أبي بن سلول، و قيل أن اسمها زينب ابنته، و قيل بأنها أخته و ليست ابنته، وقيل كذلك أنها حبيبة بنت سهل ورجح ابن حجر العسقلاني في فتح الباري أن كلا من جميلة بنت عبد الله بن أبي و أم حبيبة بنت سهل كانتا زوجين لثابت بن قيس،و كلاهما اختلعت منه، نقلا عن: آيت شاوش دليلة، الرسالة السابقة، ص 303، هامش 04.

تقصيرها في أداء حقوق الزوج و كراهيتها له.[1]

جاء في بداية المجتهد، و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل.[2]

وإذا كان الخلع على هذا النحو من أنه تقديم الزوجة عوضا لزوجها بغرض طلاقها، وأنه ثابت بالقراءات والسنة وإجماع متقدم الأمة ومتأخرها، فإنه يثور التساؤل حول طبيعته وتكييفه، هل يقع باتفاق الطرفين أم أنه يكفي أن تطلبه الزوجة فيستجاب إليها دون اشتراط موافقة الزوج ، وهذا ما نعالجه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي والقانوني للخلع

إذا كانت النصوص و الأدلة الشرعية قد قطعت بمشروعيته الخلع و موافقته نصوص الكتاب و السنة، فإن الفقهاء لم يتفقوا حول طبيعته القانونية، من حيث كونه طلاقا أو فسخا، كما اختلفوا حول كونه معاوضة أو يمينا، بما ينبني على هذا الاختلاف الفقهي من أحكام تؤثر في حقوق الطرفين.

والمشكلة أن قانون الأسرة الجزائري أشار إلى الخلع في مادة واحدة هي المادة 54 منه ولم يفصل في طبيعته، ما أدى بالقضاة إلى تلمس الحلول في الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، غير أن اللجوء إلى هذا الفقه أدى إلى تضارب التطبيقات القضائية وتباين الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في قضايا الخلع.

وفي هذا المطلب نعالج التكييف الفقهي للخلع من حيث كونه طلاقا أو فسخا في الفرع الأول، لنعالج في الفرع الثاني طبيعة الخلع من حيث كونه معاوضة أو يمينا.

الفرع الأول: التكييف الفقهي للخلع بين الطلاق والفسخ

تتأثر سلطة القاضي في دعوى الخلع حسب التكيف الفقهي والقضائي له، ولذلك اهتم القضاء بتحديد طبيعته حول كونه صورة من صور الطلاق، أم أنه فسخ لعقد الزواج بناء على طلب الزوجة.

وقد انقسم الفقه إلى اتجاهين؛ فالاتجاه الأول و هو رأي جمهور الفقهاء و منهم المالكية والأحناف والشافعي في أحد القولين عنه و ابن حنبل في إحدى الروايتين يرى أن الخلع طلاق.[3]

واستدل هذا الجانب من الفقه إلى عدة أدلة منها أن الآية الكريمة بعدما شرعت الخلع ذكرت حكم الطلاق إذ جاء فيها: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا

---

[1]– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، ص 317؛ نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصيل، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة البليدة، ص 200.المقال متاح على البوابة الوطنية للمجلات العلمية.Asjp

[2]–ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 1405.

[3]–ابن رشد، المرجع السابق، ص 1406.

تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229) فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[1]

و استدلوا أيضا بحديث النبي ﷺ لزوجة ثابت بن قيس عندما قال: (خذ الحديقة وطلقها تطليقة) [2] فقد جعله الرسول صلى الله عليه وسلم طلاقا و ليس فسخا.

و قد رأى بعض الأحناف أن لفظ الخلع يدل في اللغة على النزع، والنزع هو إخراج شيء من شيء ولذلك فالخلع يخرج الزوجة من النكاح و لهذا فهو طلاق، أما الفسخ فمعناه اعتبار النكاح كأن لم يكن و لا يتحقق فيه معنى الإخراج.[3]

وحول ما إذا كان الخلع طلاقا بائنا أم رجعيا ؛اختلف أصحاب الاتجاه القائل بأن الخلع طلاق.فقد ذهب المالكية والشافعية وأحمد بن حنبل وأبو حنيفة إلى اعتبار الخلع طلاقا بائنا لا رجعة فيه.

واستدلوا على ذلك بأن الآية سمت بدل الخلع فداء والفداء لا يكون إلا بخروج الزوجة من ملك زوجها، فإذا كان الزوج بعد قبضه بدل الخلع يملك إرجاعها كأنه طلاق رجعي دون علمها ودون رضا فلا معنى للفداء.[4]

كما أن الحكمة من الخلع هي أن تملك المرأة نفسها بعد الفداء، فما الذي يتحقق له لو كان الخلع طلاقا رجعيا، فهي لا تملك نفسها إلا إذا كانت منه.[5]

يضاف إلى ذلك أن الخلع إنما شرع لرفع الضرر عن الزوجة، فإذا حق للزوج مراجعتها لعاد الضرر وانتفت الحكمة من تشريع الخلع.[6]

و رأى الإمام الزهري وابن المسيب و ابن حزم أن الزوج له الخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له،

وبين رده وله الرجعة، وبرر ابن حزم رأيه بأنه ليس في الشرع طلاق بائن لا رجعة فيه إلا الطلاق ثلاثا،و أن أصحاب الرأي الأول لا حجة لهم،[7] و أن الله تعالى يقول:﴿...وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ..... ﴾. [8]

و هذا في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى أن الخلع فسخ للزواج، و إلى هذا الرأي ركن أحمد بن حنبل في إحدى

---

[1]–سورة البقرة، الآيتان 229–230.

[2]–سبق تخريج الحديث.

[3]–في ذكر خلاصة الاختلاف الفقهي راجع : آيت شاوش دليلة، الرسالة السابقة، ص 329.

[4]– آيت شاوش دليلة، الرسالة السابقة، ص 331، بن جناحي أمينة؛ دور القاضي في الخلع، مذكرة ماجستير ي الحقوق، جامعة بومرداس، نوقشت في 2014/05/21، ص 30.

[5]–علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2003، الجزء الرابع، ص 313.

[6]–ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، 82، ص 185.

[7]–أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، دون مكان الطبع، دون تاريخ الطبع، ص 240.

[8]–سورة البقرة، الآية 228.

الروايتين عنه، والشافعي في أحد أقواله و بعض الفقهاء ممن سبقهم.[1]

و استدلوا بما ورد في سورة البقرة من قوله تعالى: ﴿... الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ... ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿... فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾.

حيث أن المولى عز وجل ذكر أن الطلاق مرتان، و بعد الثالثة لا تحل له ،فلو حسبنا الخلع طلاقا لكنا أمام طلقة رابعة لأن الكلام عن الافتداء ورد بين الطلقتين والثالثة.[2]

كما استدل أصحاب هذا الاتجاه بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر زوجة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة واحدة[3]، فلو كان طلاقا لأمرها بالعدة ثلاثة قروء لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾[4]

ويرون أنه يجوز الخلع في الحيض، فلو كان الخلع طلاقا لما صح في الحيض فقد أجازه النبي صلى الله عليه و سلم دون أن يسأل امرأة ثابت بن قيس إن كانت حائضا أم لا، و بما أنه لا تصح الرجعة في الخلع فهذا يدل على أنه فسخ و ليس طلاقا.[5]

أما بخصوص قانون الأسرة الجزائري وموقفه من تكييف الخلع، فإن نصا واحدا خصصه المشرع للخلع لم يبين طبيعة الخلع ، ولكن يمكن استنباط موقفه من أن الخلع طلاق بناء على الاعتبارات التالية:

إن المادة 54 المخصصة للخلع وردت تحت عنوان الباب الثاني الذي عنونه المشرع بانحلال الزواج ابتداء من المادة 47 التي جاء فيها «تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق والوفاة»، ثم جاء في المادة 48 التي تم تعديلها سنة 2005 مايلي:« مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون».

وهذا علما أن المشرع نظم الفسخ في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل في المواد من 32 إلى 35 منه.

و بهذا يمكن القول بأن المشرع الجزائري يرى في الخلع بأنه طلاقا و ليس فسخا. ويرى الأستاذ بلحاج العربي أن الخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل مال تدفعه الزوجة إلى الزوج لقاء طلاقها.

أما المشرع السوري فقد نص صراحة على اعتبار الخلع طلاقا إذ جاء في المادة 95 من قانون الأحوال الشخصية: «يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا للطلاق و المرأة محلا له.... ».

واعتبرت مدونة الأسرة المغربية الخلع طلاقا بالتراضي حيث جاء في المادة 115 من مدونة الأسرة:[6]

---

[1]-ابن رشد، المرجع السابق، ص 1406.

[2]-بن جناحي أمينة، المذكرة السابقة، ص 28.

[3]- و الحديث الذي يذكر حيضة واحدة لامرآة ثابت بن قيس ذكره أبو داود في السنن تحت رقم 2229، ص 388.

[4]-سورة البقرة، الآية 228.

[5]-بن جناحي أمينة، المذكرة السابقة، ص 29.

[6]-صدرت مدونة الأسرة في المغرب بتاريخ 2004/02/03 بموجب القانون 70/03 المنشور بالجريدة الرسمية للمملكة المغربية بتاريخ 2004/02/05، عدد رقم 5184.

«للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع...»

الفرع الثاني: طبيعة الخلع بين اعتباره معاوضة أو يمينا

رغم إجماع الفقهاء على أن الخلع تصرف رضائي ينعقد بحسب الأصل بالإيجاب والقبول و تراضي الطرفين حوله وحول البدل، فإن الفقه قد نظر إلى الخلع نظرة مزدوجة، فقد نظر إلى الخلع من جانب الزوجة فاعتبره معاوضة، و نظر إليه من جانب الزوج فاعتبره يمينا.

يرى الحنفية أن الخلع يمين من جانب الزوج، لأنه تعليق للطلاق على قبول المال من طرفه، و من جانب الزوجة معاوضة لأنه تمليك المال بعوض، و بالتالي فالخلع بالنسبة إليها عقد مالي.[1]

و متى تم اعتباره يمينا من جانب الزوج وجب مراعاة أحكام اليمين فيه،[2] و يترتب على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج عدة نتائج شرعية وقانونية، منها أنه لا يجوز للزوج الرجوع عنه لأنه يمين، و إن كان يجوز له تعليقه على أمر مستقبل ممكن أو محقق الوقوع.

و في هذا يقول الفقيه علاء الدين الكاساني في البدائع: "...و هو من جانب الزوج يمين و تعليق الطلاق بشرط و هو قبولها العوض، و من جانبها معاوضة المال، و هو تمليك المال بعوض حتى و لو ابتدأ الزوج بالخلع[3] فقال: خلعتك على ألف درهم لا يملك الزوج الرجوع عنه و لا فسخه و لا نهي المرأة عن القبول، و لا يبطل قيامه عن المجلس قبل قبولها[4]، و لا يشترط حضور المرأة، بل يتوقف على ما وراء المجلس، حتى و لو كانت غائبة فبلغها فلها القبول لكن في مجلسها لأنه في جانبها معاوضة المال، و له أن يعلقه على شرط أو يضيفه إلى وقت".[5]

و لا يجوز للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع كأن يقول لها خالعتك على مبلغ كذا و لي الخيار في ذلك ثلاثة أيام، لأن الخلع يمين و الخيار لا يكون في الأيمان.[6]

أما إذا نظر للخلع من جانب الزوجة فإن الفقه قد كيفه بأنه معاوضة لأنها تبذل عوضا عن استمرار العلاقة الزوجية، ورغم أن المال الذي تبذله الزوجة لا يكون بدلا عن مال و إنما بدل عن افتداء نفسها فالخلع ليست معاوضة بالمعنى الكامل للكلمة وليس معاوضة محضة.[7]

وإذا ما وصف الخلع بأنه معاوضة من جانب الزوجة فإنه تنطبق عليه أحكام المعاوضات وبعض أحكام التبرعات، فإذا عبرت الزوجة عن رغبتها في الخلع و وصل تعبيرها إلى زوجها فإنها تلزم بإيجابها ولا يجوز لها

---

[1]–ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 443.

[2]–ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ص 199.

[3]–و هذا يعني أن الخلع يظل يمينا من جانب الزوج حتى و لو كان هو من اقترح الخلع على الزوجة فلا يجوز له الرجوع فيه.

[4]–و هذا يعني أن الزوج لا يتحلل من يمينه إذا انفض مجلس العقد قبل أن تصدر الزوجة قبولها بالخلع.

[5]–الكاساني، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ص 313–314، و ذكر قول الكاساني في البدائع و شرحه بتحليل جيد، آيت شاوش دليلة، الرسالة السابقة، ص 326.

[6]–بن جناحي أمينة، المذكرة السابقة، ص 26.

[7]–بن جناحي أمينة، المذكرة السابقة، ص 26، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، مصر، الطبعة الثالثة، 1950، ص 331.

التحلل منه، و يجوز لها الرجوع عن إيجابها قبل وصول التعبير إلى زوجها.[1]

وبما أنه معاوضة فإن للزوجة أن تشترط الخيار في مدة معلومة لها أن تتحلل منه بعد انقضائها -أي المدة-، و من الطبيعي أنه يشترط أن تكون الزوجة أهلا للتبرع، فالخلع من التصرفات المفقرة للذمة.[2]

ولأن يمين الزوج في الخلع لا تلزمه إلا إذا عبر عنها بإرادته فإن الرأي الراجح في الفقه الجزائري أن الخلع عقد رضائي بين الزوجين ينهيان به العلاقة الزوجية لقاء مال تدفعه الزوجة إلى زوجها[3]، و إذا لم يتفق الزوجان تولى القاضي فك الرابطة الزوجية خلعا حتى و لو لم يقبل الزوج، هذا موقف المشرع الجزائري منذ 2005.

و نحن نختلف مع ما يرى بأنه بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، لم يعد هناك حاجة لمجلس العقد و لقبول الزوج[4]، بل نرى أن القاعدة العامة في الخلع أن يتم باتفاق الطرفين، فإن لم يتفق الطرفان و رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء فإن القاضي سيحكم بالخلع حتى دون موافقة الزوج و هذا لا يغير في نظرنا بأن الأصل في الخلع أن يكون رضائيا.[5]

و بإلقاء نظرة على بعض التشريعات العربية نلاحظ بأنها فصلت في تكييف الخلع فقد جاء في المادة 20 من القانون 2000/1 الخاص بالخلع في مصر ما يلي:«للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه و أقامت الزوجة دعواها بطلبه و افتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه...»

وذهبت محكمة النقض السورية إلى اعتبار الخلع عقدا ثنائي الطرف حيث جاء في قرار لها مايلي: «إن المخالعة عقد ثنائي و يجب أن يتم بالإيجاب والقبول في مجلس واحد...».[6]

وقد سبقت الإشارة إلى أن مدونة الأسرة المغربية توجب أن يكون الخلع رضائيا بموجب المادة 115 التي جاء فيها:«للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع...» ومن الطبيعي أن تتأثر سلطة القاضي التقديرية في نظر النزاع بالتكييف الفقهي الذي تبناه المشرع، إذ وفقا للتكييف المستقر عليه فإما أن تضيق هذه السلطة، أو تتسع، ووفقا للتكييف الذي يتوصل إليه المشرع و يلزم به القاضي تتحدد معالم سلطة القاضي التقديرية.

في التشريع الجزائري نرى أن تخصيص نص واحد للخلع دون بيان كثير من الأحكام الشرعية الخاصة بالخلع هو أمر يجعل من الأحكام القضائية عرضة للنقض والإبطال لاختلاف وجهات نظر قضاة محاكم الدرجة الأولى إلى الخلع كما أن الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة يجعل

---

[1]-آيت شاوش دليلة، الرسالة السابقة، ص 327.

[2]-الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 315.

[3]-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 218.

[4]-أحمد شامي، المرجع السابق، ص 219.

[5]-وسنعود لتفصيل و مناقشة سلطة القاضي في نظر طلب الخلع في المبحث الثاني .

[6]-القرار رقم 385/388 مؤرخ في 1976/04/21، مجلة المحامون، 1976، ص 462، ذكرته و علقت عليه د. آيت شاوش ليلى، الرسالة السابقة، ص 339.

الاختلاف بين القضاة أمر لا مفر منه، و هذا ما يؤثر على استقرار الأحكام وجودتها ولذلك وجب في نظرنا وضع نص قانوني لتكييف الخلع و بيان طبيعته.

المبحث الثاني

نطاق السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الخلع

تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه لا طلاق إلا بحكم قضائي، و تحت مفهوم الطلاق في هذه المادة تندرج كل صور فك الرابطة الزوجية بما فيها الخلع.

والأحكام القضائية عموما نوعان، أحكام كاشفة مقررة لواقعة نشأت قبلها تحتاج إلى مصادقة المحكمة لتضفي عليها الطابع الرسمي، وأحكام منشئة لوضعية قانونية ومراكز جديدة لم تكن موجودة قبل صدور الحكم.

وبما أن الخلع هو طريق من طرق فك الرابطة الزوجية على النحو الذي رأيناه في المبحث الأول، سواء أتوافق الزوجان عليه أم لم يتوافقا؛فإن الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء أمر حتمي لحفظ حقوق الطرفين .

وباختلاف الأوضاع والحالات فقد يكون الحكم بالخلع حكما كاشفا أو حكما منشئا . غير أن الإشكال لا يقف عند نوع الحكم، بل يبدأ من رفع دعوى الخلع ونطاق سلطة القاضي فيه، فهل يملك القاضي سلطة بحث أسباب الزوجة في طلب الخلع و بالتالي يمكن له رفض طلبها، أم أنه لا يملك إلا إجابة طلبها طالما تمسكت به، وفي حالة رفض الزوج الخلع هل يمكن للقاضي غض النظر عن رفضه والحكم بالخلع رغم عدم قبول الزوج له.

هذه النقاط تدور حول إشكالية حدود السلطة التقديرية للمحكمة في طلب الخلع، وهذا ما نحاول الإجابة عليه من خلال مطلبين؛ نتناول في الأول منهما سلطة القاضي في دعوى الخلع من يوم رفعها إلى لحظة النظر فيها، لنعالج في المطلب الثاني مسألة سلطة القاضي في تحديد بدل الخلع في حالة لم يتم الاتفاق عليه.

المطلب الأول

سلطة القاضي في الخلع

تحيط بدعوى الخلع مجموعة من القواعد الإجرائية التي تحكم التقاضي عموما، والتقاضي في مسائل الأحوال الشخصية خصوصا، ولذلك فإنه خلال نظر دعوى الخلع يجد القاضي نفسه أمام موضوع فقهي ذي طبيعة شرعية في قالب إجرائي تحكمه قواعد سير العملية القضائية.

عندما أصبح القضاء سلطة من سلطات الدولة وأصبح اللجوء إليه لتقرير الحقوق وحمايتها والاعتراف بها أمرا ضروريا. ولذلك فإن اللجوء إلى القاضي لإقرار الخلع أصبح أمرا ضروريا ليصدر به حكم يسجل في دفاتر الحالة المدنية ويحفظ نسب الأولاد والحالة المدنية للأطراف.

وقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة حاجة الخلع إلى حكم قضائي يقرره ،كما بحثوا مسألة سلطة القاضي في إجبار الزوج على الخلع.

وفي هذا المطلب نتناول طبيعة الحكم القاضي بالخلع في الفرع الأول، لنعالج في الفرع الثاني سلطة القاضي

في إجبار الزوج على الخلع وحدود هذه السلطة مع بيان التطبيقات القضائية في الجزائر للمسألة.

الفرع الأول : طبيعة الحكم القضائي بالخلع

لا نقصد بعنوان هذا الفرع أن الخلع كوسيلة لفك الرابطة الزوجية لا يحتاج إلى حكم قضائي يقرره، وإنما إلى طبيعة الحكم بالخلع، هل هو حكم مقرر أم حكم منشئ، فالخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية لا بد له من صدور حكم به حتى يتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية و التأشير به على هامشي شهادة ميلاد الطرفين من أجل أن تتم المحافظة على حقوق الطرفين، غير أن التساؤل الذي نحاول الإجابة عليه في هذا الفرع هو ما طبيعة الحكم بالخلع هل يدخل في تكوينه وهل يحتاج الخلع لترتيب آثاره صدوره عن القاضي أم لا.

تصدى فقهاء الشريعة الإسلامية لهذه المسألة و انقسموا إلى قسمين: حيث ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وحنابلة إلى أن الخلع لا يتوقف على صدور حكم من القاضي فهو يقع بمجرد اتفاق الزوج والزوجة على المخالعة واتفاقهما على البدل، فللزوجة أن تلتزم بالبدل و للزوج سلطة إيقاع الطلاق.[1]

واستدل هذا الجانب الواسع من الفقه بعدة أدلة منها قوله تعالى:﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾[2].

ووجه الدلالة بالآية أن الله تعالى أباح للزوجين التراضي على الخلع ولم يقرنه بموافقة القاضي.

و من السنة استدلوا بقوله ﷺ لامرأة ثابت بن قيس: (أتريدين عليه حديقته) قالت نعم قال رسول الله ﷺ: (اقبل الحديقة و طلقها تطليقة)[3]

ووجه الدلالة أنه لو كان للقاضي سلطة في الخلع لما سألها النبي ﷺ عن موافقتها على رد الحديقة و لما طلب من الزوج أن يفارقها،كما برر أصحاب هذا الاتجاه قولهم بعدم حاجة الخلع إلى القضاء، وأن الحكم به إنما هو حكم مقرر على أن الحكم كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية، و كما لا يحتاج الطلاق إلى حكم لإيقاعه، فكذلك الخلع لا يحتاج إليه، و هو معاوضة تتم باتفاق الطرفين.[4]

وهذا في حين رأى الاتجاه الثاني أنه لا يكفي لوقوع الخلع اتفاق الطرفين، بل يجب ليرتب الخلع آثاره اللجوء إلى القاضي، و استدل أصحاب هذا الاتجاه[5] بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[6] وفي الآية خطاب موجه لولي الأمر أي القاضي[7].

ومن السنة استدل أصحاب هذا الرأي أن زوجة ثابت بن قيس لجأت إلى النبي ﷺ و قد أمر زوجها بقبول الحديقة وقال: (خذ الحديقة و طلقها تطليقة) و قد أمره أمرا يفيد الوجوب.[8]

---

[1]–محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، دون بلد النشر، الجزء السادس، طبعة 1989، ص210.

[2]–سورة البقرة، الآية 229.

[3]–سبق تخريج الحديث .

[4]–بن جناحي أمينة، المذكرة السابقة، ص 71.

[5]– من القائلين بهذا الرأي الحسن البصري و سعيد بن الجبير، ذكرهم ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ، ص 1404.

[6]– سورة البقرة، الآية 229.

[7]– محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص 129.

[8]– آيت شاوش دليلة، الرسالة السابقة، ص 322.

و قد تم الرد على وجهة نظر هذا الرأي ممن يتمسكون برأي جمهور الفقهاء من أن الخطاب موجه إلى أولياء الأمر من أنه إذا افتدت الزوجة نفسها ووافق زوجها على خلعها فإن ولي الأمر يجيز ذلك اعتبارا للآية الكريمة.

وفي التشريع الجزائري يعتبر الحكم بالخلع حكما مقررا لواقعة سابقة على صدوره هي اتفاق الطرفين، فإذا تراضى الزوجان على فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ولم يكن هناك نزاع حول قيمة البدل فإن القاضي لا يملك إلا المصادقة على ما اتفق عليه الطرفان و يكون حكمه مقررا.[1]

أما اذا رفض الزوج الخلع ورفعت الزوجة أمرها الى المحكمة واقتنعت المحكمة بتأسيس طلبها وحكمت بالخلع رغم رفض الزوج؛ كان حكمها منشئا في هذه الحالة.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إجبار الزوج على الخلع

إذا كانت الزوجة تعاني من الضرر في الحياة الزوجية ويرفض زوجها أن يطلقها ، ولم تستطع إثبات الضرر أمام القاضي، فعرضت على زوجها عوضا ماليا لقاء طلاقها ولكنه رفض، و لجأت إلى القاضي طالبة الخلع منه، فهل يملك هذا الأخير إجبار الزوج على قبول البدل وفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع جبرا عن الزوج.

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد هذه المسألة إلى فريقين:

حيث يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة [2] أن الزوجة إذا طلبت الخلع لم يجبر الزوج على قبول طلبها ،وإنما يجب أن يكون الخلع نابعا من اختياره و موافقته، وذلك لأن الزوج لا يمكنه إجبار زوجته على دفع المقابل فلا يمكن إجباره هو أيضا على الخلع[3].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [4].

فقد دل قوله تعالى في هذه الآية على أنه يمكن للزوجين الاتفاق على الخلع و ليس في الآية الكريمة على جواز إجبار الزوج على الخلع أو إجبار الزوجة على دفع البدل[5].

كما استدل أصحاب هذا الاتجاه على الحديث الذي أوردناه سابقا والذي جاء فيه أن امرأة ثابت بن قيس عندما جاءت للنبي ﷺ و سمع منها دعاه وقال له: (اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[6] ووجه الدلالة أن أمر

---

[1]–عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، ENCYCLOPEDIA EDITIONS، الجزائر، دون تاريخ الطبع، ص 115.

[2]–بن حزم، المحلى، المرجع السابق، ص 335.

[3]– آيت شاوش دليلة، الرسالة السابقة، ص 313.

[4]– سورة البقرة، الآية 229.

[5]– بن جناحي أمينة، المذكرة السابقة، ص 73.

[6]–سبق تخريج الحديث.

النبي ﷺ لثابت بن قيس كان على سبيل الإرشاد و الإصلاح و ليس على سبيل الوجوب و الإلزام.[1]

وبما أن الخلع صورة من صور الطلاق ، الطلاق لا يمكن أن يجبر الزوج عليه، فكذلك الخلع لا يجب أن يتم جبرا على الزوج و دون رضاه.

وإذا كان هذا رأي معظم الفقه، فإن المذهب المالكي انفرد بالقول بوجوب استجابة الزوج لرغبة زوجته في الخلع[2]، و استدل المالكية على قولهم هذا بحديث امرأة ثابت بن قيس من أن النبي ﷺ قال لثابت: (اقبل الحديقة و طلقها تطليقة) وهذا الأمر يفيد الوجوب وليس في السياق ما يدل على غير الوجوب.

يقول السيد سابق في فقه السنة: "الخلع يكون بتراضي الزوج والزوجة فإذا لم يتم التراضي منهما فللقاضي إلزام الزوج الخلع لأن ثابتا وزوجته رفعا أمرهما للنبي ﷺ وألزمه الرسول بأن يقبل الحديقة ويطلق"[3].

ويقول ابن رشد:"والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل".[4]

وبما أن القواعد الشرعية توجب رفع الضرر فإنه لا يمكن لزوجة كرهت زوجها البقاء في عصمته وهو لا يراعي واجباته نحوها من جهة و يرفض أن يطلقها من جهة أخرى[5].

وقد أجاز المالكية للقاضي طلاق الزوجة خلعا إذا أثبتت أنها لا تطيق زوجها بشرط إشارة الحكمين؛ حكما من أهله وحكما من أهلها، فإن استطاعا التوفيق بينهما، و إلا فرق بينهما.وبهذا فإن المذهب المالكي يجبر الزوج على قبول الخلع وأخذ البدل بعد مرحلة محاولة الصلح التي يقوم بها الحكمان[6].

ويتيح شيخ الإسلام بن تيمية للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع إذا ثبت له تقصيره في واجباته تجاهها أو الإضرار بها على نحو يجعلها لا تطيق الحياة الزوجية، أما إذا ثبت للقاضي إحسان الزوج لزوجته وعدم الإضرار بها ففي هذه الحالة لا يجوز للقاضي إجبار الزوج على الخلع وإنما ستحب للزوج أن يطلقها ما دامت تبغضه.[7]

ويرى هذا الجانب من الفقه أن النبي ﷺ إنما أمر ثابتا بن قيس بطلاقها إنما فعل ذلك بكونه قاضيا وحاكما وليس بكونه نبيا مرشدا وإلا لسأله هل ترضى بطلاقها أم لا.

---

[1]– محمد بن إسماعيل الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1379هـ، الجزء الثالث، ص 225.

[2]–ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 1405.

[3]– السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، ص 299.

[4]–ابن رشد، المرجع السابق، ص 1406.

[5]– نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصيل، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، ص198،متاحةعلى البوابة الوطنية للمجلات العلمية .www.ASJP.dz.

[6]–بن جناحي أمينة، المذكرة السابقة، ص 77؛ نظيرة عتيق، أثر الاجتهاد القضائي على مبدأ الرضائية في التفريق بالخلع، مقال منشور بمجلة البحوث و الدراسات ASJP، عدد21، السنة 13 جانفي 2016، ص 88.

[7]– عبد السلام بن عبد الله تقي الدين ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء 32، ص 179، ذكرته بن جناحي أمينة، المذكرة السابقة، ص 78، هامش 01.

ومن مجمل آراء الفقهاء حول سلطة القاضي في إجبار الزوج على الخلع يتضح أن اختلافهم إنما يدور حول اختلافهم في الأمر النبوي لثابت بن قيس هل كان على سبيل الاستحباب أو الأمر والوجوب.

فمن رأى بأنه على سبيل الرشاد قال بأنه يستحب للزوج أن يلبي للزوجة طلبها بفداء نفسها، و من رأى بأن النبي ﷺ نظر في طلب زوجة ثابت بن قيس بوصفه قاضيا قال بأن الزوج يجبر على قبول البدل وطلاق الزوجة.

على أن المذهب المالكي قيد سلطة القاضي بإجبار الزوج على الطلاق بضروري محاولة الصلح بين الطرفين عن طريق حكمين وبعد فشل محاولة الصلح يجبر الزوج على الطلاق.

في حين أن ابن تيمية ألزم القاضي بالبحث بما إذا كان الزوج مقصرا في واجباته نحو زوجته فإن كان كذلك أجبره على الطلاق.[1]

أما عن موقف المشرع الجزائري من مسألة إجبار الزوج على الخلع، فإنه قبل تعديل قانون الأسرة، كانت المادة 54 منه تنص على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه.

فإن لم يتفقا على شيء، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.»

وأمام سكوت المشرع عن موافقة الزوج أو عدم موافقته على الخلع، سار الفقه الجزائري وتبعه القضاء على أن الخلع عقد رضائي يشترط فيه موافقة الزوجين و تنحصر سلطة القاضي على المصادقة على ما تم الاتفاق عليه و على تحديد البدل إن لم يتفقا.

حيث رأى البعض من شراح قانون الأسرة قبل التعديل سنة 2005 أن فعل "خالع" المذكور في نص المادة 54 إنما هو فعل مزيد على وزن فاعل أي بادل، وفيه تفاعل الطرفين وتوقف حصول الفعل على إرادتيهما وعلى هذا فإما أن تكون الزوجة هي الموجبة و الزوج هو القابل أو هو الموجب وهي القابلة.[2]

و اعتبر آخرون بأن حقيقة الخلع القانونية أنه عقد ثنائي لا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالخلع ما هو إلا طلاق بدون منازعة أو مخاصمة.[3]

وقد سارت على اعتبار الخلع عقدا رضائيا لا يتم دون موافقة الزوج المحكمة العليا في الكثير من قراراتها منها القرار الذي جاء فيه: «من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه»[4].

وجاء في قرار آخر: « إن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يمكن

---

[1]- رابح بن غريب، أحكام الخلع، المقال السابق، ص 81.

[2]- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية لكتاب، الجزائر، 1986، ص 306.

[3]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 202؛ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996، ص 248-249.

[4]- القرار المؤرخ في 1988/11/21 ملف رقم 51728، المجلة القضائية، العدد 03 سنة 1990.

للقاضي فرضه عليه».[1]

على أن سير المحكمة العليا على هذا النهج لم يدم طويلا حيث تراجعت على قضائها باشتراط موافقة الزوج في الخلع منذ سنة 1992 بحيث أصدرت عدة قرارات تقضي بأحقية الزوجة في الخلع دون موافقة الزوج وأن القاضي يجبره عليه فقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21 مايلي: « وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال. لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون»[2].

وفي قرار آخر جاء فيه: «الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزواج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون»[3].

وجاء في قرار المحكمة العليا أيضا أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقدا رضائيا بين الزوجين[4].

وقد شكلت هذه القرارات للمحكمة العليا شرعية قضائية ،إن صح القول للمشرع الجزائري ،لتعديل نص المادة 54 لتصبح بعد صدور الأمر 02/05،[5] صياغتها كالتالي: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها دون مقابل مالي.

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

ووفقا لهذا النص تغيرت نظرة المشرع إلى الخلع من عقد رضائي إلى حق مطلق للزوجة بحيث أصبح القاضي يملك سلطة إجبار الزوج على الخلع إذا ما رفض طلب زوجته تطليقها و قبول البدل.

وقد كان بعض شراح قانون الأسرة الجزائري يمدحون موقف المحكمة العليا الذي تحول و رأى في إجبار الزوج على الخلع أمر منسجما مع فلسفة المشرع و روح النصوص.[6]

ونحن نرى أن المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة بعد تعديلها لم يجعل سلطة القاضي في إجبار الزوج على الخلع سلطة مطلقة بل قيدها بعدة قيود إجرائية و موضوعية.

فمن القيود الإجرائية محاولة الصلح ،ومن القيود الموضوعية تكييف طلب الزوجة للخلع والبحث عن أسباب ودوافع طلب الخلع.

حيث تعتبر محاولة الصلح بين الزوجين من أوجب واجبات قاضي شؤون الأسرة لحماية الأسرة من الزوال

---

[1]- القرار المؤرخ في 1991/04/23 ملف رقم 73885 نشرة القضاء، العدد 05.

[2]- صدر هذا القرار في الملف رقم 83603، المجلة القضائية، عدد خاص 2001.

[3]-قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16 ملف رقم 216239 المجلة القضائية عدد خاص 2001، ص 138.

[4]- القرار الصادر بتاريخ 1996/07/30 ملف رقم 114126، غير منشور ذكره عمر زودة ، المرجع السابق، ص 159.

[5]- المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن تعديل قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 15، ص 02.

[6]-بن جناحي أمينة، المذكرة السابقة، ص 86، و قد ذكرت آراء كل من د. زكية حميد و مواقفها من خلال مقالها المعنون بالدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة بالمجلة الجزائرية، عدد 02 سنة 2003.

و للوقاية من أسباب الفراق، فقد جاء في المادة 49 من قانون الأسرة ما يلي: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولة الصلح يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين».

وتشمل إلزامية إجراء محاولة الصلح جميع طرق و صور فك الرابطة الزوجية بما فيها الخلع.

وتؤكد النصوص الشرعية وجوب اللجوء إلى الصلح لفك النزاعات الأسرية فقد جاء في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [1].

وجاء في الحديث أن رسول الله ﷺ قال: (الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما)[2].

وفي القانون الجزائري كل حكم بفك الرابطة الزوجية لا يصدر دون إجراء محاولة الصلح هو حكم معيب و عرضة للنقص والإبطال.[3]

وقد أكد المشرع ما جاء في المادة 49 من قانون الأسرة بالمادة 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[4] التي جاء فيها : «محاولة الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية».

وأثناء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم يستمع إليهما معا، ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة و المشاركة في محاولة الصلح، و يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة.[5]

وإذا نجح القاضي في محاولة الصلح والتراجع عن طلب الخلع فإنه يكون ساهم في استئناف الحياة الزوجية و تفادي الخلع وبهذا يتضح بأن محاولة الصلح و طابعها الوجوبي والإلزامي للقاضي يجعلها قيدا على إجبار الزوج على الخلع. فقد يتمسك الزوج بزوجته ويستطيع إقناعها رفقة القاضي بالتراجع عن طلب الخلع.

أما القيد الثاني الذي نراه واقعا على حق الزوجة في طلب الخلع وقيدا يقيد من سلطة القاضي في إجبار الزوج على قبول الخلع و طلاق الزوجة هو تكييف الطلب القضائي و البحث عن أسباب الزوجة في طلب الخلع.

فقد جاء في المادة 05/451 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ما يلي: « يعاين القاضي أيضا و يكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة».

---

[1]–سورة النساء، الآية 35.

[2]– رواه أهل السنن إلا النسائي.

[3]– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دار هومة، 2013، ص 244.

[4]– القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية 21 الصادرة في 2008/04/22.

[5]– نظرا لأهمية الصلح في الوقاية من النزاعات الأسرية خصص له المشرع المواد من 439 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهي النصوص التي تصدت لكل تفاصيل عملية محاولة الصلح و إجراءاتها و ضوابطها.

وهذا النص يتيح للقاضي سلطة تقديرية في البحث في دوافع الزوجة والأسباب التي دفعتها إلى طلب الخلع، فإن ثبت للقاضي عدم تقصير الزوج و اتضح له تعسف الزوجة جاز له رفض طلبها، و هذا ما استشفه الفقه من حديث زوجة ثابت بن قيس من أنها كانت كارهة له وأثبتت كرهها له أمام النبي ﷺ الذي تأكد له الضرر الواقع عليها.

ونخلص مما تقدم أن المادة 54 من قانون الأسرة و إن لم تصرح بسلطة القاضي التقديرية في الخلع، فإن العديد من النصوص الإجرائية تفتح أمام القاضي مجالا واسعا لبسط رقابتها على أسباب طلب الخلع و أسباب رفضه من طرف الزوج من أجل التوصل إلى حل يكفل التوازن بين المصالح و هذه وظيفة الجهة القضائية.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تحديد بدل الخلع

لا يقوم الخلع دون بدل تبذله الزوجة لقاء طلاقها وتدفعه لزوجها، والقاعدة العامة أن البدل يتحدد باتفاق الطرفين ويشترط فيه أن تكون الزوجة أهلا للتبرع تملك أهلية الافتقار، فإن رفض الزوج البدل الذي تعرضه الزوجة أو رفضت الزوجة البدل الذي اقترحه زوجها لقاء طلاقها، رفع الأمر إلى القضاء الذي يجب عليه حينئذ تحديد بدل الخلع.

ويعتمد القاضي في تحديد بدل الخلع في حالة النزاع على مجموعة من الأسس لها علاقة بصميم سلطته التقديرية ولكن هذه السلطة وضع لها المشرع عدة ضوابط نعالجها في هذا المطلب من خلال فرعين، نتناول في الأول منهما مفهوم البدل في الخلع وحكمه، لنعالج في الثاني سلطة القاضي في تقديره.

الفرع الأول: مفهوم البدل في الخلع وحكمه.

البدل في الخلع هو المال المخالع به ويسمى عوضا في الخلع و يطلق عليه المال المبذول في الخلع و يجوز أن يكون بدلا في الخلع ما يصلح أن يكون مهرا باتفاق الفقهاء وكل ما يصح تملكه مالا يمينا أو دينا أو منفعة.[1]

ويمكن أن يكون بدل الخلع صداق الزوجة المؤجل أو ما تم تأجيله منه أو نفقة عدة.[2]

والمالكية يقولون بجواز الخلع بعوض وبغير عوض، بينما يرى باقي الفقهاء أنه لا خلع بدون عوض[3].

واختلف الفقه حول مقدار العوض هل يتحدد بالمهر الذي دفعه لزوج لزوجته عند العقد أم يجوز أن يتجاوزه.

فقد رأى الإمام الأوزاعي و الشعبي أنه لا يجوز أن يتجاوز العوض المهر لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[4] و لذلك وجب أن يكون المفتدى به محددا بما أعطاها.

---

[1]– ابن جزيء، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 232.

[2]– رابح بن غريب، المقال السابق، ص 82.

[3]– د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1994، ص 494.

[4]– سورة البقرة، الآية 229.

كما أن حديث زوجة ثابت بن قيس جاء فيه: (أتردين عليه حديقته) قالت نعم ،قال رسول الله ﷺ (خذ الحديقة وطلقها تطليقة).

وبهذا رأى هذا الجانب أن بدل الخلع لا يتجاوز الصداق وهو رأي المالكية و الحنفية[1]ويرى الشافعية والحنابلة أنه ليس لبدل الخلع حد معين، فيجوز للزوج أن يأخذ من زوجته نظير مخالعتها إياه أي مبلغ يتم الاتفاق عليه لعموم اللفظ في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[2].

والواقع أنه نظرا لأن الخلع عقد معاوضة وفيه يتراضى الطرفان على فك الرابطة الزوجية، فإنه تقدير البدل يخضع لاتفاق الطرفين وحالهما يسرا وعسرا.

ويتفق الفقهاء على أن يكون العوض مجهولا طالما وضع الطرفان ما يستدل على قيمته ،كأن يتم الاتفاق على الخلع لقاء ثمار بستان لم تنضج بعد، فإن ثار النزاع ولم تنضج الثمار عدل إلى صداق المثل.[3]

واتفق الفقهاء أيضا على أن حكم قبض البدل جائز للزوج إذا كرهته الزوجة و كان النفور منها فلا إثم عليه، أما إذا كانت الكراهية منه و أراد دفعها إلى افتداء نفسها فإنه يأثم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾. [4]

وإذا كان الكره من الطرفين فيجوز له أخذ البدل على ألا يتجاوز قيمة الصداق.[5]

ولم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لما يشترط في بدل الخلع ولا قيمته إلا في حالة النزاع، وبذلك يكون قد أخذ بموقف الرأي القائل بأن بدل الخلع لا يشترط فيه حد معين، على أنه يجب أن يفهم بأن المشرع الجزائري لا يقبل إلا أن يكون الخلع مالا، لما جاء في المادة 54: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي» ومن المعلوم أن المقابل المالي هو مال تدفعه الزوجة .

وإذا كان البدل الذي تعرضه الزوجة هو تنازلها عن نفقة عدة مثلا فهذا جائز في نظر الفقه و ليس في القانون ما يمنعه، غير أن الزوجة لا يمكن أن تتنازل عن حضانة الأبناء مقابل الخلع لما في ذلك من إضرار بمصلحة المحضون[6].

وقد خصصت بعض التشريعات العربية للخلع و البدل نصوصا صريحة، فقد جاء في المادة 13 من قانون الأحوال الشخصية السوري ما يلي: «إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة و بطل الشرط و كان لحاضنته الشرعية أخذه منه».

وجاء في المادة 20 في القانون المصري المنظم للخلع: «لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة

---

[1]– الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 150؛ ابن جزيء القوانين الفقيهة، المرجع السابق، ص 232.
[2]– سورة البقرة، الآية 229.
[3]– القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص 132.
[4]– سورة النساء، الآية 19.
[5]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ص 498–499.
[6]– بن جناحي أمينة، المذكرة السابقة، ص 60؛ زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي للقضاء، المقال السابق، ص 14.

الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم».

وتنص المادة 118 من مدونة الأسرة المغربية على: «كل ما صح الالتزام به شرعا يصلح أن يكون بدلا في الخلع دون تعسف ولا مغالاة».

كما أن المادة 119 من المدونة تنص على الأتي : «لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو نفقتهم إذا كانت الأم معسرة».

ولأنه يتوجب على القاضي مراعاة مصلحة المحضون في كل أحوال الطلاق والخلع والتطليق فإن النصوص القانونية الجزائرية لا تجيز أن يكون بدل الخلع التنازل عن الحضانة مهما كان سبب فك الرابطة الزوجية.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع.

يتمتع القاضي وهو ينظر النزاع المطروح أمامه بسلطة تقديرية تتفرع إلى نوعين، النوع الأول هو تقديره للوقائع واختيار القاعدة القانونية الملائمة لحكم النزاع على وجه يحقق العدالة ويحسم الخلاف بين الخصوم، وسلطة تطبيق النص القانوني الذي دلت ليه عملية التكييف القانونية التي قام بها.

و إذا كان القاضي لا يخضع بحسب الأصل في تقديره الوقائع لرقابة محكمة القانون ،فإنه في تطبيقه للنص تراقبه المحكمة العليا بغرض السهر على التطبيق السليم للقانون وتوحيد الحلول القضائية للنقاط المتشابه.

وفي تقدير بدل الخلع يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تحديده ولكنها سلطة قيدها المشرع في نص المادة 54 من قانون الأسرة التي جاء فيها: «إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم».

والأصل كما ذكرنا سابقا أن الزوجين يتفقان على المخالعة و يتفقان على العوض الذي تدفعه الزوجة، فإن اتفقا على الخلع و اختلفا على البدل لجئا إلى المحكمة من أجل تحديده عن طريق ضوابط حددها المشرع.

وقد أكدت المحكمة العليا على سلطة القاضي التقديرية في تحديد بدل الخلع في العديد من قراراتها و منها ما جاء فيه: «من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ لخلع وليس على مبلغه، فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده»[1].

وجاء في قرار آخر: «من المتفق عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية أنه في حال اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف في مقداره، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق»[2].

والملاحظ على نص المادة 54 استبعادها من تقدير بدل الخلع الصداق الذي يكون قد دفعه الزوج لزوجته أثناء العقد،فقد يمر وقت طويل على العقد وتكون قيمته قد تراجعت كثيرا،ولذلك ربط المشرع تقدير بدل

[1]- قرار مؤرخ في 1968/05/22 غرفة الأحوال الشخصية، مجموعة الأحكام القضائية، الجزء الأول، ص 35.
[2]- القرار مؤرخ في 1985/04/22 ملف رقم 36309، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1989.

الخلع الذي يدفع لمثلها ويدفعه مثله وقت الحكم.[1]

وعبارة "ما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم" الواردة في نص المادة 54 جعلت بعض الشراح يرون أنها تفتح باب الابتزاز من طرف الأزواج للتحايل والانتقام من الزوجة حين تطالب بالخلع.

لذلك دعا البعض إلى صياغة المادة إلى: «فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بصداق المثل وقت الحكم»[2].

ويلاحظ أن سلطة القاضي التقديرية في تحديد بدل الخلع يحكمها مبدأ قانوني و هو ألا يتجاوز البدل صداق المثل، ولمعرفة صداق المثل طرق عديدة منها التحقيق وسماع الطرفين والشهود بما يملك القاضي من دور في الدعوى المدنية. على أنه إذا تجاوز في تحديد بدل الخلع صداق المثل وقت الحكم فإنه يكون قد خالف القانون وعرض حكمه للنقض كما يجب عليه بيان المعايير التي عليها بنى تقديره لتتمكن المحكمة العليا من مراقبتها، وذلك أن تسبيب الحكم واجب على القاضي، وتعتبر أسباب الحكم أساسه وسنده، والمرآة العاكسة لقناعته بنا انتهى إليه في حكمه.

و قد جاء في مدونة الأسرة المغربية في المادة 120 منها ما نصه: «إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة».

وقد بين المشرع المغربي في هذا النص المعايير التي يتبعها القاضي في تحديد بدل الخلع حتى يستند في حكمه إلى شيء من الواقع، و بهذا يكون بدل الخلع مختلفا في كل قضية عن الأخرى، أما ما نص عليه المشرع لجزائري فقد يجعل بدل الخلع ثابتا في كل القضايا كما نراه اليوم في المحاكم الجزائرية طالما أن صداق المثل ثابت نسبيا.

ويلاحظ أيضا أن مدونة الأسرة المغربية تلزم القاضي بمحاولة الصلح حول بدل الخلع خلافا لوضع في التشريع الجزائري. على أننا يمكن لنا أن نقول أن النصوص القانونية الجزائرية الخاصة بمحاولة الصلح سواء المادة 49 من قانون الأسرة أو المواد من 439 إلى 449 من قانون الإجراءات المدية والإدارية لا تمنع من أن تشمل محاولة الصلح جميع نقاط النزاع بين الطرفين ولا تقتصر على نقطة واحدة فقط هي الفراق، و نعتقد أن شمول الصلح لجميع النقاط من شأنه أن يخفف من النزاعات ويحسم الخلافات.

خاتمة

لقد كان الهدف من البحث في السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بصدد نظر دعوى الخلع التي ترفعها الزوجة المضارة و تعرض بدل الخلع هو بيان مفهوم هذه السلطة التقديرية والوقوف عند حدودها وبيان ضوابطها الشرعية و تطبيقاتها القضائية.

فإذا كان الخلع مكنة أتاحها المشرع للزوجة التي كرهت زوجها وأبى طلاقها أن تفتدي نفسها ببذل الفداء،

---

[1]– د. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 322.

[2]– رشيد بن شويخ، أحكام الخلع في الشرع والقانون والقضاء، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد 09، سنة 2004، ص 249.

فإن الفداء لن يكون إلا أمام القاضي الذي تحكمه -في نظره للنزاع -مجموعة من القواعد الإجرائية التي خص بها المشرع كل نزاع أسري.

وتتزاوج هذه القواعد الإجرائية بمجموعة من القواعد الفقهية والمدارس المذاهبية، ويزاد من صعوبة عمل القاضي وهو ينظر دعوى الخلع تخصيص المشرع نصا واحدا للخلع هو المادة 54 و إحالة القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص.

ولعل المادة 222 من قانون الأسرة قد ألزمت القاضي بالبحث و الاجتهاد في كل الشريعة الإسلامية بنصوصها القطعية و بمذاهبها الفقهية دون الاقتصار على مذهب معين.

وهذا يفترض من القاضي إلماما بمختلف الآراء الفقهية في كل مسألة لم يرد فيها نص.

والمسائل المتعلقة بالخلع التي لم يرد فيها نص كثيرة ومتشعبة، أولها البحث في أسباب طلب الخلع وتقديرها فالقاضي عليه أن يبحث في دوافع الزوجة الرامية إلى طلب الخلع ،كما يجب على القاضي النظر في كل عناصر طلب الخلع و إجراء محاولة الصلح بينهما و تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

ويجب على القاضي أيضا البحث في الأسباب التي تجعل الزوج يرفض الخلع كما أنه إذا أراد إجبار الزوج على الخلع عليه أن يجد سندا فقهيا وسندا واقعيا لذلك.

ومن واجبات القاضي أيضا تحديد بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه باعتماد معايير تجعل البدل عادلا وإن كان المشرع قد وضع له حدا لا يتجاوزه في تقدير بدل الخلع و لم يجعل له حدا أدنى.

ولهذا توصي هذه الورقة البحثية بما يلي:

✓ ضرورة تعديل نص المادة 54 من قانون الأسرة ببيان طبيعة الخلع و لفظه وصيغته وفق ما يلي:

✓ أولا: في موضوع الخلع

المادة 54:للزوجين أن يتراضيا على فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع .

يجب ألا يخالف اتفاق الخلع و شروطه بنود هذا القانون و مقتضياته وألا يضر بحقوق الأولاد.

المادة 54 مكرر:تسترد الزوجة المختلعة ما دفعته إلى زوجها لقاء خلعها إذا أثبتت أنها كانت تحت وطأة الإكراه أو العنف.

يصح أن يكون بدل لخلع مالا أو شيئا متقوما بالمال أو حقوقا مالية للزوجة على زوجها ناجمة عن الحياة الزوجية، غير أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون بدل الخلع التنازل عن حضانة الأبناء أو حقوقهم.

ثانيا: في إجراءات الخلع

المادة 54 مكرر01:إذا توافق الزوجان على الخلع صادقت المحكمة على اتفاقهما بعد محاولة الصلح وفقا للمادة 49 أعلاه

-إذا سكت الطرفان عن تقدير بدل الخلع حدده القاضي مراعيا حال الزوجة الاقتصادي وظروفها وأسبابها في طلب الخلع ومبلغ الصداق الذي دفعه زوجها و فترة الزواج.

-تشمل محاولة الصلح المنصوص عليها في هذا القانون بدل الخلع أيضا.

المادة54مكرر02:لا تستجيب المحكمة لطلب الخلع اذا رفض الزوج المخالعة وأثبت عدم تقصيره في حقوق الزوجة،وتعسفها في طلب الخلع دون مبرر.

كما توصي هذه الورقة البحثية بضرورة تعديل نص المادة 222 من قانون الأسرة بالإحالة على أكثر المذاهب ملائمة للسياسية التشريعية في قانون الأسرة كما يلي:«كل ما لم يرد فيه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى المذهب المالكي وفتاوى هذا المذهب الثابتة والأكثر تلاؤما مع هذا القانون ».