مجلة الدراسات القانونية المقارنة
EISSN:2600-6154 المجلد 08/ العـــدد02 (2022)، ص.ص.182-208 ISSN:2478-0022

تعسف الزوجة في طلب الخلع وسلطة القاضي في تقديره

The wife's abuse in asking for khula' and the judge's authority to discredit him

عائشة معروف

Aicha MAROUF

طالبة دكتوراه، قانون خاص، مخبر القانون الخاص المقارن

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي– الشلف–

Phd Student, Private Law, Comparative Private Law Laboratory
Faculty of Law and Political Science, Hassiba Ben Bouali -Chlef - University
*Email:**a.marouf@univ-chlef.dz***

الأستاذ الدكتور براهيم عماري

Professor: Brahim AMMARI

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف

Faculty of Law and Political Science, Hassiba Ben Bouali -Chlef - University
*Email :**brahim_ammari77@yahoo.fr***

تاريخ إرسال المقال:2021/04/20 تاريخ القبول:2022/03/17 تاريخ النشر:2022/12/29

ملخص:

يتحدد أي حق في استعماله بعدم المساس بمصالح الغير أو الإضرار بهم، ولأن الخلع صار حقا أصيلا للزوجة فلا يخلو الأمر من إمكانية أن تتعسف الزوجة في استعماله، كون هذا الحق أصبح خاضعا لإرادتها ورغبتها، ولم يعد لموافقة الزوج ورضاه أي اعتبار فيه، وهو المسلك الذي تبناه وانتهجه المشرع الجزائري في تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02، رغم أن النص القديم للمادة 54 من ق.أ.ج لم يكن يشترط موافقة الزوج في الخلع إلا أن القضاء كان يعتبر الخلع عقدا رضائيا يتم بطلب من الزوجة وموافقة من الزوج.

ومع ازدياد معدلات انحلال رابطة الزوجية عن طريق الخلع بات من الضروري مراجعة الأحكام المتعلقة بهذه المسألة وإعادة ضبطها بما يتفق والغاية من تشريع الخلع للزوجة، وكذا تفعيل الدور الإيجابي لقاضي شؤون الأسرة في تقدير تعسف الزوجة الراغبة في الخلع إن وجد، وكذا في تقدير التعويض العادل للزوج عن الخلع التعسفي والذي من المفروض أن يزيد عن بدل الخلع.

المؤلف المرسل:عائشة معروف Email: **a.marouf@univ-chlef.dz**.

كلمات مفتاحية:

الخلع؛ التعسف؛ تقدير القاضي؛ بدل الخلع؛ التعويض

Abstract:

Any right to use it is determined not to prejudice or harm the interests of others, and because khula' has become an inherent right of the wife, the matter is not without the possibility for the wife to abuse it, since this right has become subject to her will and desire, and no consideration is given to the consent of the husband. It was adopted and followed by the Algerian legislator in amending the Algerian family law according to Ordinance 05-02, although the old text of the article 54 of the Algerian family code did not require the husbad's cosent in khula', the judiciary considered khula' as a consensual contract that was made at the request of the wife and the consent of the husband.

With the increase in the rates of dissolution of the marital bond through khula', it has become necessary to review the provisions related to this issue and reset them in accordance with the purpose of the divorce legislation for the wife, as well as activate the positive role of the family affairs judge in assessing the abuse of the wife wishing to khula', if any, as well as in assessing just compensation for the husband, for an Abusive khula', which is supposed to exceed the khula allowan.

Keywords:

Khula' ; Abuse; judge appreciation; the khula' allowance; Compensation.

مقدمة:

أقر المولى عز وجل الطلاق وحل رابطة الزوجية ووصفه بأبغض الحلال إليه، يلجأ إليه الزوجان عند استحالة العلاقة الزوجية وإذا ما أعدما الوسيلة في سبيل استقرارها ودوامها، وكما جعل المولى عز وجل العصمة بيد الزوج يحل بها رابطة الزوجية إن هو كره عشرة زوجته ونفر منها أباح للمرأة افتداء نفسها ببدل الخلع والتحلل من زوجية باتت تخاف معها أن لا توفي حق زوجها وأن لا تقيم حدود الله.

وقد صار المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك – وقبله الاجتهاد القضائي الجزائري- بأن جعل الخلع حقا خالصا للمرأة تستطيع بموجبه مخالعة زوجها حتى دون موافقته، وهذا وفقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري[1] المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02[2] والتي جاء نص فقرتها الأولى كالآتي: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، وبذلك حسم المشرع الجزائري الأمر نهائيا وأنهى الجدل القائم بشأن طبيعة الخلع وإذا ما كان رخصة للمرأة تتطلب موافقة الزوج أم هو حق خالص لها.

والمرأة وهي تستعمل حقها في الخلع شأنها شأن الرجل في الطلاق بالإرادة المنفردة قد تتعسف في استعماله وتحيد عن غاية هذا الحق، ليكون الزوج المتضرر المباشر من ذلك، الأمر الذي يستوجب تعويضه عن الضرر الحاصل بسبب إساءة استعمال الزوجة حقها، إلا أن واقع الحال غير ذلك فنجد المشرع الأسري وحتى الاجتهاد القضائي لم يعترفا للزوج بالحق في التعويض عن الأضرار التي قد تصيبه جراء تعسف زوجته في طلب الخلع، بل أكثر من ذلك لم يعترفا حتى بإمكانية تعسف الزوجة كون هذه الأخيرة غير مطالبة بتسبيب طلبها في الخلع بل يكفي ادعائها كراهية

وبغض زوجها ودفعها بدل الخلع حتى يتقرر لها الخلع، كما حدد المشرع بدل الخلع في حالة النزاع بما لا يتجاوز صداق المثل.

وتبعا لذلك نطرح الإشكالية التالية: كيف تتعسف الزوجة في طلب الخلع وما مدى سلطة القاضي في تقدير هذا التعسف؟ لتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية كما يلي : هل يحق للزوجة مخالعة زوجها دون سبب متعسفة في استعمال حقها؟ كون المشرع لم يشترط موافقة الزوج على الخلع، ولم يشترط أيضا أن تبدي الزوجة في ذلك سببا وجيها إذ يكفي أن تكون أو أن تدعي بغضها له ولو لم يوجد سبب لهذا الكره والنفور؟ وإن صدق وصف التعسف في هذه الحالة هل يستطيع القاضي إجبار الزوج على خلع زوجته؟ كون فريق من الفقهاء يجيزون للقاضي إجبار الزوج على الخلع وكذا المشرع الجزائري في نص المادة 54 من ق.أ.ج؟ وهل القاضي بعدم إجبار الزوج على الخلع في حالة ثبوت وصف التعسف قد حقق جزاء التعسف؟ أم أن ذلك لا يجوز له، بل يكتفي فقط بتعويض الزوج جزاءا للتعسف وليس للخلع، لأن بدل الخلع متفق عليه ولو انتفى التعسف؟

ولقد كان هدفنا من هذا البحث تسليط الضوء على مواطن القصور في تشريع الأسرة الجزائري فيما تعلق بالتعسف في الحقوق الأسرية عامة وحق الخلع خاصة، وكذا بيان ما يمكن استدراكه عن طريق إعمال السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الخلع واستكمال النقص وتبديد الغموض بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وعلى ضوئها، ولنبين أن الخلع إنما هو استثناء من استثناء تلجأ إليه الزوجة التي تخاف على نفسها أن لا توفي حق زوجها وأن لا تقيم حدود الله.

ولقد استعنا في سبيل انجاز هذه الدراسة بالمنهج المقارن كلما دعت الحاجة لعقد مقارنات بين ما قررته الشريعة الإسلامية وبين ما جاء في قانون الأسرة الجزائري، كما استعنا بالمنهج التحليلي في محاولة لتحليل النصوص القانونية في تشريع الأسرة وكذا القرارات القضائية والمتعلقين بالخلع.

وفي محاولتنا للإجابة عن التساؤلات المطروحة أعلاه، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاث محاور رئيسية، حيث نتطرق في المبحث الأول إلى تعريف الخلع ومشروعيته، لنتطرق في المبحث الثاني إلى تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع، ليتناول المبحث الثالث ضرورة تدخل القاضي عند تعسف الزوجة في طلب الخلع.

المبحث الأول: تعريف الخلع ومشروعيته

شرّع الله عز وجل الخلع وجعله حقا للمرأة مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، والخلع وإن كان طريقا تنحل به رابطة الزوجية إلا أنه يختلف عن الطلاق و عن التطليق، وسنحاول فيما يلي تعريف الخلع (مطلب أول) لنبين مشروعيته (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف الخلع

سنتعرض فيما يلي إلى التعريف اللغوي للخلع لنعقبه بالتعريف الاصطلاحي، محاولين تبيان العلاقة بين التعريفين.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للخلع

الخلع مصدر للفعل خلع،ويقال خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه كنزعه،إلا أن في الخلع مهلة[3]، وخلع كتفه أو وركه أزالها عن مركزها، وخلع القائد عزل عن رتبته[4]، ونقول تخلع تفكك، وتخالع القوم نقضوا العهد بينهم[5]،والخلع بضم الخاء طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها، كالمخالعة والتخالع، وقد اختلعت، والاسم الخلعة بالضم، والخالع كل من المتخالعين[6].

والفرق بين الخُلع والخَلع بضم الخاء وفتحها للتفرقة بين الإزالة الحسية والمعنوية، فالخلع بالفتح تستعمل للإزالة الحسية كنزع الثوب، والخلع بالضم تستعمل للإزالة المعنوية كمفارقة الزوجة لزوجها على مال تبذله له[7].

الفرع الثاني: تعريف الخلع اصطلاحا

تعددت تعاريف الخلع بين ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية وبين ما ذهب إليه فقهاء القانون .

أولا– تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للخلع: عرف فقهاء الحنفية[8] الخلع بأنه :" إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها، بلفظ الخلع أو ما في معناه"، وفي شرح تعريف الحنفية ،خرج بكلمة (ملك النكاح): الخلع في النكاح الفاسد وبعد البينونة والردة، فإنه لغو، وخرج بكلمة (المتوقفة على قبولها)أي المرأة، ما إذا قال: خلعتك ولم يذكر المال، ناويا به الطلاق، فإنه يقع بائنا غير مسقط للحق لعدم توقفه على قبول المرأة، فدل القبول على أن الخلع يكون ببدل، ومتى كان على بدل مالي لزم قبولها، وخرج بقوله (بلفظ الخلع) للطلاق على مال، فإنه غير مسقط للحقوق، وأما قوله (أو ما في معناه) فيدخل فيه لفظ المبارأة ولفظ (البيع والشراء) فإنه مسقط للحقوق ومنها المهر، والخلاصة أن التعريف خاص بالخلع المسقط للحقوق، والواقع عادة في مقابل تفتدي به المرأة نفسها فإن خالعها وقع الطلاق تطليقة بائنة ولزمها المال[9].

والخلع عند المالكية[10] هو"الطلاق بعوض أو بلفظه" وقوله (طلاق) شمل ألفاظه الصريحة والكنائية، وقوله (بعوض) أي مقابل عوض مالي، وقوله (أو بلفظه) أي الخلع أو ما في معناه، وخرج بقوله (الطلاق بعوض) الطلاق بدون عوض وبلفظ الخلع وعلى هذا فالخلع عندهم نوعان : ما كان في نظير عوض وما كان بلفظ الخلع ودون عوض، وبذلك فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض سواء كان من الزوجة أو من غيرها من ولي أو غيره[11].

وعرف الشافعية[12] الخلع بأنه "فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج"، وفي شرح تعريف الشافعية: قوله (فرقة) أي بلفظ طلاق سواء كان صريحا أو كناية، وقوله (أو خلع) المراد به لفظه وما في معناه كالمبارأة أو المفاداة، وقوله (بعوض) قيد أول، لان الفرقة إذا خلت من العوض كانت طلاقا رجعيا، وقوله (لجهة الزوج) قيد ثان لأن العوض إنما يكون للزوج أو لسيده، وقوله (مقصود) أي ذو منفعة تقصد منه ولو كمنفعة تعليم القرآن وخرج بهذا القيد الأعواض التي لا منفعة فيها مقصودة[13].

وعرف الحنابلة[14] الخلع بأنه" فراق الزوج امرأته بعوض بألفاظ مخصوصة" ويعني فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها زوجها بألفاظ معينة وهي قسمان: صريحة في الخلع كالمفاداة والخلع والفسخ؛ وكناية في الخلع كالمبارأة والمباينة والمفارقة، ومقتضى التعريف أن الخلع لا يكون عندهم إلا بعوض، وهو رواية أحمد، ويفرقون بين الخلع والطلاق على

مال[15]، وبذلك يكون الخلع عند الحنابلة فراق الزوج زوجته بعوض يأخذه الزوج منها أو غيرها بألفاظ مخصوصة وفائدته تخليصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها"[16].

ويقول الأستاذ أبو زهرة في تعريف الخلع: " الخلع يجيء على ألسنة فقهاء الشريعة، فيراد به أحيانا معنى عام، وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها، سواء كان بلفظ الخلع أو المبارآة، أو كان بلفظ الطلاق، وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن، وأحيانا يطلق ويراد به معنى خاص وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة، وهذا كان شائعا على ألسنة المتقدمين من الفقهاء فكان الطلاق على مال بلفظ الطلاق قسيم الخلع، ولم يكن هذا شاملا له داخلا في عمومه، والأحكام المنصوص عليها بعضها يعم والآخر يخص الطلاق على مال بلفظ الخلع أو المبارأة، ونحن نختار إرادة المعنى العام"[17].

ثانيا– العلاقة بين التعريف اللغوي للخلع والتعريف الشرعي: تظهر الصلة بين التعريف اللغوي والتعريف الشرعي قوية وواضحة، فعند القول : خالع امرأته خلعا فاختلعت فهي خالع، وخالعته أي أنها افتدت منه بمالها ليزيلها عن نفسه، وسميت هذه الفرقة خلعا من نزع الثياب ذلك أن الزوجين لباس لبعضهما قال تعالى:" هن لباس لكم وأنتم لباس لهن"[18]، فجعل الله عز وجل النساء لباس للرجال والرجال لباس للنساء لقوة العلاقة بينهما ولاقتراب الزوجين من بعضها ماديا وحسيا بحيث يكون الواحد منهما للآخر كما اللباس للجسد، وكذا لستر أحدهما للآخر وإعفافه له، ففي الآية استعارة تصريحية إذ شبه المولى عز وجل الساتر المعنوي بالستر الحسي، واستعير اسم المشبه به وهو اللباس للمشبه وهو أحد الزوجين، ولما كان المعنى اللغوي للخلع هو الإزالة والنزع وكان المعنى الاصطلاحي هو إزالة ملك النكاح ببدل تبذله المرأة لزوجها، كان إذا بين المعنيين علاقة العموم والخصوص فكل خلع بالمعنى الاصطلاحي هو خلع بالمعنى اللغوي، أما العكس فغير صحيح لأن الأخص دائما يستلزم معنى أعم[19].

ثالثا– تعريف فقهاء القانون للخلع: عرف بعض الفقه الخلع بأنه عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجين، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناءً على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر لرغبة الزوجة، مقابل مال مقسوم شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه و مقداره في جلسة حكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم[20].

وعرف آخرون الخلع بأنه إزالة ملك النكاح الصحيح ولو بغير رضا الزوج بلفظ الخلع أو بما في معناه بمال تدفعه الزوجة لزوجها، وهذا التعريف اشتمل على مسائل لا يتحقق الخلع ولا يرتب آثاره إلا بها، وهي أن يكون الخلع حال قيام الزوجية، وأن يقع الخلع ولو بغير رضا الزوج إذا كرهت الزوجة العيش معه، وأن يكون الخلع بلفظ الخلع[21].

والتعريف الثاني هو المرجح كون التعريف الأول قصر الخلع على حالة تراضي الطرفين عليه، كما أنه لا يكون دائما في مصلحة كلا الزوجين، وجاء التعريف الثاني شاملا لحالات الخلع إما تراضيا بين الزوجين وإما رغما عن الزوج، كما تطرق إلى الصيغة التي يتم بها الخلع وإلى بدل الخلع الذي عرفه بمال تدفعه الزوجة لزوجها وحسنا ما فعل لأن في كل الأحوال سواء تراضى الزوجان على بدل الخلع وسواء حدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل الزوجة هي من تدفعه إلى زوجها.

وبذلك يختلف الخلع عن الطلاق الذي يكون بالإرادة المنفردة للزوج وكذا عن التطليق الذي تلجأ إليه الزوجة بتوفر أسباب معينة[22]، ولا يوجد ما يقابل هذا المصطلح-أي الخلع- في تشريعات الدول غير المسلمة [23].

المطلب الثاني: مشروعية الخلع في النص الشرعي وحكمه

دل الكتاب والسنة على مشروعية الخلع واللذين أجازا للزوجة أن تخالع نفسها مقابل عوض تدفعه لزوجها، إلا أن حكم الخلع يختلف بحسب ظروف الزوجين وكذا الأسباب التي دفعت الزوجة لهذه المخالعة .

الفرع الأول: مشروعية الخلع في الشريعة الإسلامية

لم يهمل الشارع الحكيم جانب المرأة في الحياة الزوجية بل شرع لها طريقا للخلاص بأن تفتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها تعويضا له، وكان ذلك من رحمة الله بها[24]،لأن الزوجة قد تبغض زوجها لأسباب جسدية خلقية أو خلقية دينية أو صحية ، وتخشى أن لا تؤدي حق الله في طاعته[25].

جاء في كتاب الله عز وجل قوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ 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 (229)"[26]، بعد أن ذكر المولى عز وجل "الطلاق مرتان" عقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ذكر أن أخذ المال من الزوجة مما أعطاها الزوج لها حرام ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي: إذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها، أو مع زوجها ففي هذه الحالة وأمثالها يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لقاء طلاقها ويسمى هذا بالخلع[27].

ومن السنة النبوية الشريفة حديث ابن عباس فيما رواه البخاري[28] وابن ماجه[29] "أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إني ما أعيب عليه في خلق أو دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أ تردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:اقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

وأخرج الإمام مالك رحمه الله : عن يحي بن سعيد بن عمرة بنت عبد الرحمان عن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله صل الله عليه وسلم "من هذه" فقالت أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله، فقال "ما شأنك" قالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها، فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر" فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس "خذ منها" فأخذ منها وجلست في بيت أهلها[30].

الفرع الثاني: حكم طلب الزوجة للخلع

الأصل أن الزوجة تطلب الخلع إذا ما توافرت الأسباب المبررة لهذا الطلب [31]، فإذا ما وقع الخلع بسبب كأن تكره المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو لكبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخافت مع ذلك أن لا تؤدي الحقوق الزوجية فتكون بذلك

عاصية لأمر الله عز وجل[32]، فيكون هنا الخلع مباحا لقوله تعالى:" فإذا خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، فقد نفى الله عز وجل الجناح عند الخوف من التقصير في الحقوق الزوجية بسبب التنافر والتباغض وهذا ما يدل على أن الخلع مباح[33].

ويكون الخلع مكروها للزوجة إذا ما كانت العلاقة الزوجية جيدة والعشرة حسنة ولم يدع إلى طلب الخلع من زوجها سوى أن الزوجة كانت في نفسها ميل إلى غيره مثلا، فرغبت في الخلع لتنكح غيره لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم :"المختلعات المنتزعات هن المنافقات"[34] والمنتزعة هي التي تخالع زوجها لميلها إلى غيره[35].

وقد يكون الخلع حراما إذا كان من غير بأس، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[36]، ومن غير بأس هنا تعني من غير شدة تلجأ الزوجة إلى طلب الفرقة مخالعة، وهذا ما يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة[37].

وسئل شيخ الإسلام ابن تيمية عن امرأة مبغضة لزوجها طلبت الانخلاع منه، وقالت له: إن لم تفارقني وإلا قتلت نفسي، فأكرهه الوالي على الفرقة، وتزوجت غيره، وقد طلبها الأول، وقال: أنه فارقها مكرها، وهي لا تريد إلا الثاني؟ فأجاب: إن كان الزوج الأول أكره على الفرقة بحق: مثل أن يكون مقصرا في واجباتها، أو مضرا لها بغير حق من قول أو فعل، كانت الفرقة صحيحة، والنكاح الثاني صحيحا، وهي زوجة الثاني، وإن كان أكره بالضرب أو الحبس وهو محسن لعشرتها حتى فارقها، لم تقع الفرقة، بل إذا أبغضته وهو محسن لها فإنه يطلب منه الفرقة من غير أن يلزم بذلك، فإن فعل وإلا أمرت المرأة بالصبر عليه إذا لم يكن ما يبيح الفسخ[38].

وعن هشام بن عروة، عن أبيه قال: لا يصلح الخلع إلا أن يكون الفساد من قبل المرأة، وقال عبد الرحمان بن أبي ليلى: ما أقام الزوجان على إقامة حدود الله بينهما فالخلع غير جائز، والفدية لا تحل[39].

ويكون الخلع حراما أيضا إذا ما كان النشوز من قبل الزوج لأجل الافتداء، كأن ينالها بالضرب والأذى حتى تخالعه، أو يضيق عليها، أو يمنعها حقا من حقوقها كالنفقة عليها والقسم ونحوهما، حتى تفتدي منه نفسها، فهذا الخلع حرام، وذلك لانعقاد الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق[40].

ويذهب أصحاب المذهب الظاهري إلى القول ببطلان الخلع بغير السببين اللذين ذكرهما الإمام ابن حزم الظاهري في كتابه المحلى قائلا:" الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فلها أن تفتدي منه ويطلقها، إن رضي هو؟ وإلاّ لم يجبر هو؟ ولا أجبرت هي؟ إنما يجوز بتراضيهما.

ولا يحل الافتداء إلاّ بأحد الوجهين المذكورين، أو باجتماعهما، فإن وقع بغيرهما فهو باطل، ويرد عليها ما أخذ منها، وهي امرأته كما كانت، ويبطل طلاقها ويمنع من ظلمها"[41]، ليتضح رأي الظاهرية في هذه المسألة الذين صاروا إلى وجوب التراضي على الخلع وكذا عدم جواز مطالبة الزوجة بالخلع إلاّ لتوفر أحد السببين، الأول هو أن تكره الزوجة زوجها وتخاف ألاّ توفيه حقه والثاني أن تخاف أن يبغضها فلا يوفيها حقها، ومتى ما وقع الخلع لغير هذين السببين فإن حكمه البطلان المطلق، ويعتبر الخلع في حكم العدم ويعاد الزوجان إلى الحالة التي كانا عليها قبل الخلع، فيرد الزوج ما أخذه من زوجته وتصير امرأته كما كانت[42].

المطلب الثالث:الخلع حق للمرأة في تشريع الأسرة الجزائري

نصت المادة 54 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة قبل التعديل كالآتي:" يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم"، وجاء نص المادة غير واضح حول ما إذا كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته[43] أو على بدله[44] وهذا ما أدى إلى اختلاف تطبيق هذه المادة عمليا[45].

ألقى هذا الغموض في النص بضلاله كنتيجة لازمة على قرارات القضاء، حيث تأرجح الاجتهاد القضائي الجزائري بين الإيجاب والسلب بخصوص مبدأ الرضائية المتعلق بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، تجسد ذلك من خلال عدة اجتهادات غير مستقره منها ما هو مستمد من تفسيره لقانون الأسرة ومنها ما هو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ودون تحديد الفقه المعتمد[46]، فحسب الاجتهاد القضائي القديم للمحكمة العليا لم يكن قضاء المجلس الأعلى والمحكمة العليا يعتبر الخلع حقا خالصا للزوجة، بل كان يشترط موافقة الزوج وبذلك لا يكون للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج[47]، وقد تجلى هذا التوجه في الكثير من القرارات على غرار القرار الصادر عن المجلس القضائي الأعلى بتاريخ 1976/02/23، في القضية رقم 1267 ومضمونه أنه لا يجوز للقاضي أن يصرح بالخلع من تلقاء نفسه، بل لابد من وجود التراضي بين الزوجين، ونفس المعنى تضمنه قرار آخر صادر بتاريخ 1968/03/13،والذي جاء فيه أن عدم قبول الزوج للعوض الذي قدمته الزوجة يجعل الخلع غير صحيح[48]، والملاحظ أن القضاء الجزائري آنذاك أسس اجتهاداته على أساس أن العصمة بيد الزوج وبالتالي رضاه مطلوب لصحة الخلع، والقضاة انطلاقا من نص المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية أخذوا برأي جمهور الفقهاء الذين قالوا بأن استجابة الزوج لطلب الزوجة للخلع أمر وجوبي لصحة الخلع باعتباره عقد رضائي لابد فيه من إيجاب وقبول[49].

بيد أن القضاء الجزائري غير موقفه ابتداءً من سنة 1992، فأصبح بذلك مكرسا لحق الزوجة في الخلع دون انتظار لإجابة الزوج لها ،إذ يكفي فقط أن تعرض الزوجة بدلا لفك العلاقة الزوجية دون الحاجة إلى رضا الزوج فلم يعد الخلع عقدا رضائيا كما كان ينظر إليه سابقا و تجلى ذلك في عديد القرارات، كالقرار المؤرخ في 92/07/21 والقرار المؤرخ في 1999/03/16، وأصبح يجب على القاضي الاستجابة لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع و تعذر إعادة الوفاق بين الطرفين ويبقى دور القاضي هنا مقتصرا فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين بما لا يتجاوز صداق المثل[50].

تضاربت قرارات القضاء بشأن اشتراط موافقة الزوج في الخلع، رغم أن نص المادة 54 القديم لم يشر إلى إشتراط أو عدم اشتراط موافقة الزوج، إلا أن المشرع الجزائري فصل في الأمر في تعديل 2005[51] أين نص صراحة في المادة 54 من ق.أ.ج المعدلة[52] بموجب الأمر05-02 [53] على جواز مخالعة الزوجة نفسها بمقابل مالي دون موافقة الزوج.

المبحث الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع

وصلنا إلى أن الخلع أصبح حقا أصيلا للزوجة تستعمله في مواجهة زوجها إن هي كرهت عشرته ولم تعد تطيق الاستمرار في الحياة الزوجية، ولأنه حق خالص للزوجة قد تتعسف هذه الأخيرة في استعماله، فما هي صور هذا التعسف؟ وقبل ذلك سنبين مفهوم التعسف، لنبين المعايير المعتمدة لتمييز التعسف في استعمال الحق عن الاستعمال السليم لهذا الحق.

المطلب الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق

تأخذ نظرية التعسف في استعمال الحق حيزا كبيرا ومهما في القانون الخاص، وقد سبق فقهاء المسلمين[54] الشرائع الغربية[55] بكثير في وضع تصور واسع لهذه النظرية منذ القرن السادس الهجري[56]، سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف التعسف فنبين أولا تعريف التعسف لغة، ثم تعريفه اصطلاحا كما يلي:

الفرع الأول: تعريف التعسف لغة

لتعسف من الفعل عسف، والعسف هو السير بغير هداية، والأخذ على غير الطريق[57]، والعسف: الموت، وناقة عاسف أي مصابة بالعساف، والعساف داء يأخذ الإبل من الغدة، ويكون للإبل كالنزاع للإنسان[58]، وتعسف في الكلام تكلف، وتعسف عن الطريق، وعسف فلان ظلمه[59]، والعسيف الأجير المستهان، وعسف السلطان يعسف، فاعتسف وتعسف: ظلم، وهو من ذلك، وفي الحديث: " لا تبلغ شفاعتي إماما عسوفا"أي ظلوما، والعسف في الأصل أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم، فنقل إلى الظلم والجور، وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف إذا كان ظلوما[60].

الفرع الثاني: تعريف التعسف اصطلاحا

يعرف الأستاذ فتحي الدريني التعسف بأنه:" مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[61]، ويعرف رمضان أبو السعود التعسف في استعمال الحق بأنه:" استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير، بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه غير مقبولة"، ويعرفه العربي بلحاج بأنه :" كل استعمال للحق بنية الإضرار بالغير ودون أن يكون لصاحب الحق مصلحة في ذلك" ويقول أنور سلطان نكون بصدد التعسف في استعمال الحق:" إذا قصد صاحب الحق الإضرار بالغير من أجل فائدة قليلة وغير مشروعة"[62]،وعرفه حسن كيرة بقوله:" تخلف غاية الحق أو مناقضتها"، وعرفه منصور منصور:" انحراف صاحب الحق في استعماله عن غاية الحق"[63].

ليتضح لنا من خلال هذه التعاريف أن التعسف في استعمال الحق حالة لا يعتبر الشخص فيها مجاوزا لحقه أو لحدود استعماله هذا الحق، إنما التعسف يظهر في انحراف الحق عن تحقيق غايته وفي آثار هذا الاستعمال من إلحاق الضرر بالغير، يستوي في ذلك أن تكون المصلحة تافهة مقارنة بالضرر أو غير موجودة أصلا أو أن تكون مشروعة أو غير مشروعة، مادام قد تحقق من وراء هذا الاستعمال ضرر للغير.

ويترتب على تعريف التعسف في استعمال الحق تميزه بالخصائص التالية: أنه ظاهرة مرتبطة بالحق فقط دون باقي الظواهر القانونية، إذ لا نكون أمام تعسف في حالة تجاوز المرخص له حدود الرخصة، فالرخصة هي حرية القيام بما لا يحرمه القانون كالتنقل والتعاقد، فمن غير المتصور وجود التعسف في استعمال الحرية نظرا لكونها مقررة للإنسان بوجه عام على أساس المساواة وعدم التمييز؛ أنه ظاهرة تمليها المصلحة العامة وتجعل من الحق وظيفة اجتماعية أكثر منه امتياز فردي ما يعني عدم خضوع الحق لمشيئة صاحبه بل لمشيئة القانون وفي حدوده؛ أنه ضابطة قانونية للحق أكثر منه قيد عليه[64].

المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق

سنخص بالذكر[65] معايير التعسف في استعمال الحق حسب ما جاء في الشريعة الإسلامية كونها الأصل الذي يرجع إليه تصور نظرية التعسف في استعمال الحق، وكونها المصدر الأول الذي تحيل عليه أحكام قانون الأسرة الجزائري في حالة عدم وجود النص، وقد جاء هذا الأخير خاليا من الإشارة إلى حالة تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع.

ونظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تجمع بين معياريين رئيسيين، معيار ذاتي أو شخصي وآخر مادي أو موضوعي.

الفرع الأول: المعيار الشخصي(الذاتي)

ويقصد به النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحقه من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة[66]، ويتضمن المعيار الشخصي الذاتي معيارين اثنين:

أولا– قصد الإضرار: قصد الضرر هو "توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر نية أخرى سوى الإضرار، أو يكون الإضرار غاية راجحة قياسا بنية نفع النفس التافهة، والتي لا تصلح لأن تقارن بالأولى، مما يدل على أن القصد مؤثر في مشروعية التصرف أو عدم مشروعيته، إذ المعتبر في العقود مقاصدها التي تؤول إليها"[67]، فقصد الإضرار بالغير ممنوع شرعا لكونه يتنافى وأغراض الشريعة الإسلامية من تشريعها للحقوق[68].

ويعتبر معيار قصد الإضرار أقدم معايير التعسف، غير أن الكشف عنه صعب نوعا ما لذلك يستعان في تبنيه بالأمور الظاهرة المادية كالقرائن[69]، ومن بين هذه القرائن: انتفاء المصلحة المشروعة أو خلو الفعل منها؛ وكذا تفاهة المصلحة وجسامة الضرر؛ وتخير صاحب الحق وسيلة أضر من غيرها إزاء استعماله حقه أي أن مستعمل الحق كان له الخيار بين طريقتين لاستعمال حقه أحدهما مضرة والأخرى لا ضرر فيها ولكنه أصر على استعمال حقه بالصورة التي تلحق ضررا بغيره[70].

ثانيا– المصلحة غير المشروعة: ويقصد به "استعمال الحق على الوجه غير المشروع، بأن يكون الباعث من استعمال الحق مناقضا لقصد الشارع من تشريع الحق"[71]، فيكون قصد صاحب الحق هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع، ومعاندة قصد الشارع عينا باطلة، وبالضرورة يبطل كل ما أدى إلى ذلك[72].

الفرع الثاني: المعيار المادي (الموضوعي)

يعتمد المعيار المادي ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة، فإن كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض، والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى[73].

ويضم المعيار المادي معيارين اثنين هما: معيار الاختلال البين في التوازن بين المصالح المتعارضة، ومعيار الضرر الفاحش.

أولا– انعدام التناسب بين المصالح المتعارضة: ويقصد به "مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب على آخر، ذلك أن المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق بالآخرين، والفرد في تصرفه ليس مطلقا عن القيود، بل تبقى مصلحة الجماعة التي يحيا من خلالها ملاحظة في تصرفه في حقه"[74].

والجدير بالذكر هنا أن الشريعة الإسلامية وعلى خلاف التشريعات الوضعية قد وسعت من نطاق معايير نظرية التعسف بإقرارها لمعيار التناسب بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي[75]. وهذا المعيار موضوعي مادي ينظر إلى ثمرة الأفعال ونتائجها بالذات، وهو مشتق من أصل مستقر في أصول الفقه الإسلامي، وهو النظر في مآلات الأفعال[76].

ثانيا– الضرر الفاحش: هذا المعيار قرره الفقه الإسلامي لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في علاقات الجوار، ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها رعاية للصالح العام[77]، ويقصد بالضرر الفاحش "ما يكون سببا للهدم أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية"، وينقسم الضرر الفاحش بذلك إلى قسمين، القسم الأول وهو الضرر الفاحش المألوف والذي يصيب الجار دون أن يخرج عن حدود استعمال الحق العادي، والقسم الثاني هو الضرر الفاحش الذي يتجاوز فيه صاحب الحق على حقوق الآخرين[78].

المطلب الثالث: صور تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع

شرع حق الخلع للزوجة في مقابل إعطاء العصمة للزوج، وكان قد جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 656259 الصادر بتاريخ 2011/09/15 "الخلع حق إرادي للزوجة يقابله حق العصمة للزوج"[79]، ومتى أصبح الخلع حقا انفراديا للزوجة فإنها قد تنحرف عن الغاية التي شرع من أجلها وبذلك تتعسف في استعماله، ويظهر هذا الانحراف من خلال الصور التالية:

الفرع الأول: قصد الزوجة الإضرار بالزوج :

سبق القول عندما تناولنا معايير التعسف في استعمال الحق أن قصد الإضرار هو توجيه الإرادة نحو الإضرار بالآخرين، سواء انتفت المصلحة أو كانت تافهة مقارنة بالضرر الذي سيحصل، فإن كان قصد الزوجة إلحاق صفة الزوج المخلوع بزوجها وإهانته والانتقام منه[80]ومعاقبته دون وجود سبب أو مع وجوده ولكنه يعتبر تافها إذا ما قورن بالضرر المترتب عن الخلع أصبح طلب الخلع هنا تعسفا.

والخلع حق مقيد بحسن النية ومعناه أن لا يحيد قصد الزوجة من استعماله عن تحقيق الحكمة الغائية التي من أجلها شرع الخلع[81]، وأن يقع ضرر نفسي للزوجة تخاف معه عدم طاعة زوجها وأن لا تقيم حدود الله[82].

وحتى مع تسليمنا أن وجود قصد الإضرار وحده دون توفر أي سبب للخلع أمر نادر ونسبه قليلة من إجمالي حالات الطلاق بالخلع، فإن تفاهة سبب الخلع مقارنة بالضرر المترتب عليه تبقى السمة الغالبة لمعظم حالات الخلع اليوم.

الفرع الثاني: المصلحة غير المشروعة التي ترمي الزوجة إلى تحقيقها من وراء طلب الخلع

مفاد هذا المعيار كما سبق بيانه أن يكون الباعث مناقضا لقصد الشارع من تشريع الحق، فعندما يكون باعث الزوجة وراء طلب الخلع تحقيق غرض غير مشروع كان استعمالها لحق المخالعة في هذه الحالة تعسفيا، والباعث هو الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر يجاوز الحدود الأخلاقية أو يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد الشرع، وهو أمر نفسي يحرك الإرادة ويبعثها لتحقيق تصرف معين، فيكون التصرف المنشأ كالوسيلة للباعث الذي يكون غاية هذه الوسيلة [83].

ولا نعني بالقول عندما نطلق وصف غير المشروعة على مصلحة الزوجة في الخلع المعنى السلبي للكلمة فقط، بل يكفي لاعتبار المصلحة غير مشروعة متى انحرفت هذه المصلحة عن الغاية المقصودة من تشريع الخلع.

كما قد تجعل الزوجة من الخلع وسيلة للإثراء على حساب الزوج، فعندما تدفع القليل من المال الثابت في عقد الزواج في صورة صداق المثل بعد أن تكون قد أخذت الكثير من الزوج الذي منحه لها ودا ومحبة[84] تكون الزوجة في هذه الحالة متعسفة في استعمال حقها، لأن الباعث من وراء الخلع غير مشروع ومناقض لقصد الشارع، ويحدث أحيانا أن تتعمد الزوجة عدم الاتفاق مع الزوج على بدل الخلع حتى يحكم القاضي للزوج فقط بصداق المثل وقت صدور الحكم حتى لو كان دفع صداقا يفوق ذلك بكثير وهو ما أكدته المادة 54 من ق.أ.ج في فقرتها الثانية[85].

الفرع الثالث: عدم التناسب بين الضرر الحاصل للزوج والمصلحة التي تتوخاها الزوجة من الخلع

إذا ما طبقنا هذا المعيار فحتى مع وجود مصلحة للزوجة في الخلع لكن هذه المصلحة لم تبلغ حد الضرر الحاصل للزوج فتعتبر حينها الزوجة متعسفة في استعمال حقها، ومن ذلك أن تتمسك الزوجة بالخلع لأنها لا تستطيع العيش مع أسرة زوجها وهذا الأخير لا يستطيع أن يوفر لها مسكنا خاصا بها، أو أنها تطلب الخلع لأن الزوج أصبح يعرقل طموحاتها المهنية ويعيق تحقيق أحلامها، فرغم أن المرأة في هذه الأحوال لها مصلحة تتوخاها من وراء طلبها للخلع تتمثل في الأولى ابتعاد الزوجة عن عائلة زوجها التي ما عادت تطيق العيش معها، وفي الثانية تحقيق الزوجة لطموحاتها المهنية وأحلامها المستقبلية، إلا أن الضرر الحاصل للزوج من وراء الخلع أكبر وأشد خاصة إذا كان متمسكا بأسرته راغبا في لم شملها.

الفرع الرابع: الضرر الفاحش

وهو الضرر غير المألوف الذي يصيب الزوج المخلوع، ويكون الضرر غير مألوف نظرا للحالة أو الوضعية التي يكون فيها الزوج سواء ما تعلق بوضعيته الصحية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، ومن ذلك أن تستمر الحياة الزوجية سنوات طويلة تحول فيها الزوج من شاب قادر على العمل، أجهد نفسه في تلبية طلبات عائلته وزوجته والإنفاق عليهم، إلى شيخ مقعد غير قادر على العمل أو على تكوين أسرة جديدة[86].

هذا وتتعدد الأسباب التي قد تدعو المرأة لطلب الخلع، بين ما هو جدّي تتحقق معه الغلبة لفك الرابطة الزوجية لرفع الضرر عن الزوجة، وبين ما يمكن تداركه وإصلاحه دون اللجوء إلى هدم الأسرة وتشتيتها.

المبحث الثالث : ضرورة تدخل القاضي عند تعسف الزوجة في طلب الخلع

عن دور القاضي في الخلع يذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي[87] إلى أن الخلع يقع دون الرجوع إلى القاضي، وهذا يكون عند تراضي الطرفين على الخلع وبدله، أما في حالة النزاع بين الزوجين وإذا ما تعسفت الزوجة في طلب الخلع ورفض الزوج مخالعتها فإن الأمر هنا يرفع إلى القاضي ليفصل فيه، فما هي حدود سلطته التقديرية في ذلك؟ وهل يجبر القاضي الزوج على مخالعة زوجته رغم تعسفها في طلب الخلع؟ وهل يستطيع الزوج إثبات هذا التعسف في حين تعفى الزوجة من تسبيب طلب الخلع؟ وإذا ما ثبت للقاضي تعسف الزوجة هل يحكم للزوج بالتعويض أم أن بدل الخلع يأخذ وصف التعويض؟ سنحاول أن نجيب عن هذه التساؤلات فيما يلي:

المطلب الأول: سلطة القاضي في إجبار الزوج على مخالعة زوجته

هناك خلاف بين الفقهاء حول جواز جبر القاضي للزوج على الخلع، بين من يرى أنه ليس للقاضي جبر الزوج على الخلع وبذلك ليس له أن يوقعه دون رضا الزوج وبين من يرى أن القاضي له أن يجبر الزوج على مخالعة زوجته إن هي رغبت في ذلك، وبين من يقول أن الأمر للحكمين إن أمكنهما أصلحا حال الزوجين وإلا فلهما أن يفرقا بينهما دون الرجوع إلى القاضي[88].

وأما الرأي الأول فهو قول بعض فقهاء الشريعة الإسلامية[89]، وهو موقف القضاء الجزائري قبل سنة 1992 الذي كان يشترط موافقة الزوج عل الخلع مما يفيد عدم إمكانية جبر القاضي الزوج عل المخالعة، واستدل أصحاب هذا الرأي من الفقهاء بأدلة من القرآن ومن السنة النبوية الشريفة، ومن القرآن قول المولى عز وجل:" الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ 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"[90]، وقد بينت الآية أنه يحل للزوجين الخلع إذا خافا أن لا يقيما حدود الله، فيحل للزوجة دفع المال ويحل للزوج قبوله، وليس في الآية ما يدل على إجبار أحدهما فيما هو له، فلا تجبر الزوجة على دفع بدل الخلع ولا يجبر الزوج على الخلع[91]، ومن السنة النبوية حديث النبي صلى الله عليه وسلم عندما قال لثابت بن قيس:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[92] ووجه الدلالة حسب أصحاب هذا الرأي أن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس إنما هو للإرشاد والإصلاح لا للإيجاب والإلزام[93].

أما الرأي الثاني فذهبت إليه طائفة من فقهاء الشريعة الإسلامية[94] والذين يجيزون للقاضي إلزام الزوج بالخلع متى كانت الزوجة راغبة في الخلع، ويردون على حجة أصحاب الرأي في كون أمر النبي صلى الله عليه وسلم هو أمر إرشاد وإصلاح بحجة أخرى وهي ما ورد على لسان ثابت بن قيس صاحب القصة، فقد أخرج الدارقنطي وغيره، أن ثابت بن قيس حينما بلغه الخبر قال:" قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم" فثابت ابن قيس فهم أن الأمر للوجوب فلم يراجعه[95]، ويتأكد من ذلك أن موافقة الزوج على الخلع ليست ضرورية، والمشرع الجزائري ساير هذا الاتجاه القائل بجواز إيقاع الخلع من القاضي دون رضا الزوج في تعديل 2005 لقانون الأسرة وقبله القضاء الجزائري في الكثير من القرارات القضائية.

والقول بأن الخلع متوقف على موافقة الزوج مطلقا قد يعطل الغاية التي من أجلها شرع الخلع ويجعل المرأة تحت رحمة الزوج الذي قد يرفض مخالعتها تعسفا منه، كما أن ترك الأمر لمطلق حرية المرأة دون اعتبار لإرادة الزوج هو إجحاف بحق هذا الأخير، وكيف بالأمر إن كانت الزوجة متعسفة في استعمال حقها، ومع أن المشرع الجزائري حسم الأمر في مسألة اعتبار رضا الزوج في الخلع وهذا بإضافته لعبارة "دون موافقة الزوج" للمادة 54 من ق.أ.ج إلا أنه لم يشر إلى حالة تعسف الزوجة في طلب الخلع.

المطلب الثاني: صعوبة إثبات تعسف الزوجة المخالعة

إن الزوجة كما الزوج وهي تستعمل حقها في الخلع قد تتعسف في استعماله كما يتعسف الزوج في استخدام حقه في الطلاق بالإرادة المنفردة، وإن كان للقاضي وحسب المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري وإذا ما تبين له تعسف الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، فما الذي يمنع القاضي من أن يحكم في المقابل بتعويض للزوج عن الضرر اللاحق به حال تعسف زوجته في مخالعته.

والجدير بالذكر أن المشرع قد أعفى الزوجة من تسبيب طلبها للخلع[96]، إذ يكفي ادعاء الزوجة أنها لا تطيق زوجها وأنها تخاف على نفسها أن لا تقيم حدود الله، لتستطيع مخالعته سواء كانت صائبة في ادعائها أم لم تكن، الأمر الذي يبعدها ويبعد عنها أي تعسف في استعمال حقها، وبالتالي حرمان الزوج من إمكانية تعويض الأضرار التي قد تكون أصابته جراء هذا التعسف[97]، في حين نجد أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بدون مبرر شرعي يعتبر تعسفيا ويسمح للزوجة بطلب التعويض عن الضرر اللاحق بها[98]، والأجدر بأن يطالب القاضي – وقبله المشرع – الزوجة بتسبيب طلب الخلع الذي تتقدم به، دون التحجج بأن البغض مسألة نفسية، واعتماد معايير وضوابط محددة في تقرير الخلع دون أن يترك الأمر للبغض والكره فقط والذي تخفي وراءه الكثيرات أسبابهن الحقيقية البعيدة عن الغاية الحقيقية من تشريع الخلع[99].

وبذلك يكون للزوج إذا ما ادعى أنه تضرر من الخلع إثبات هذا الضرر، ويلتزم بإثبات أحد معايير التعسف في تصرف الزوجة، وذلك بأن يثبت الضرر الفاحش الذي لحقه أو فداحة الأضرار التي أصابته مقارنة بالمصلحة التي تبتغيها الزوجة من وراء الخلع، وله استعمال كافة طرق الإثبات المقررة قانونا، وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي الذي يقرر إما أن الزوجة متعسفة وبالتالي يحكم بتعويض للزوج عما لحقه من أضرار، أو يقضي بعدم تعسف الزوجة وأنها استعملت حقها في حدود ما وضع له وبالتالي لا يلزمها التعويض[100].

المطلب الثالث: تقدير التعويض للزوج المخلوع تعسفا

تقرر الشريعة الإسلامية أربعة أنواع من الجزاء على التعسف في استعمال الحق، وهي على التوالي: جزاء تعزيري، وجزاء أخروي، وجزاء عيني، وجزاء تعويضي، فأما الجزاء التعزيري فيكون في حال ارتكاب المتعسف معصية لم يرد في شأنها حد مقدر شرعا؛ وأما الجزاء الأخروي فباعتبار أن الشريعة الإسلامية ترتب الجزاء على البواعث والنوايا وقصد الإضرار يجعل من صاحبه آثم[101]؛ يبقى الجزاء العيني والجزاء التعويضي؛ فالجزاء العيني في التصرفات القولية يقول الأستاذ

فتحي الدريني يكون بإبطال التصرف أو إجبار الممتنع على استعمال حقه أو سلب الحق من صاحبه؛ وأما الجزاء التعويضي والمسمى الضمان فيصار إليه عند عدم التمكن من إزالة الضرر عينا فيتدارك عن طريق التعويض المالي العادل[102].

أما المشرع الجزائري في قانون الأسرة وفيما تعلق بجزاء تعسف الزوجة في طلب الخلع، فلا ندري هل صار إلى التعويض مباشرة ؟ إذا ما اعتبرنا بدل الخلع هنا تعويضا، مع أن بدل الخلع مقرر في كل حال للخلع سواء تعسفت الزوجة في خلع زوجها أم لم تتعسف، وبذلك يكون ما تدفعه الزوجة لزوجها مقابل مخالعته هو بدل الخلع[103]، والفرق شاسع بين العوض والتعويض، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري استعمل في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري مصطلح المقابل المالي والذي هو أقرب للعوض منه إلى التعويض.

بالإضافة إلى أن المحكمة العليا في قرارها رقم 141262 الصادر بتاريخ 1996/07/30 أشارت في نص القرار إلى حق الزوج في التعويض، حيث جاء في بعض نص القرار:" من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيا... ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة ..."[104]، فهل يقصد بحق الزوج في التعويض في هذا القرار بدل الخلع، وفي هذه الحالة لا يكون تعويضا عن الضرر الذي أصاب الزوج المتمسك بالرجوع حسب نفس القرار، أم يقصد به تعويض الزوج عن الضرر الحاصل، وفي هذه الحالة نتساءل عن مصير بدل الخلع، وهل يسمى انحلال الرابطة الزوجية بهذه الصورة خلعا، مادام خاليا من البدل، ذلك أن المخالعة من شروطها أن تكون على عوض، فإذا ما انتفى البدل كان لفظ المخالعة من ألفاظ الطلاق الكنائي ويقع به طلقة رجعية إن لم يكن مكملا للثلاث[105].

وعن تقدير بدل الخلع، فقد اختلف الفقهاء في جواز زيادة بدل الخلع عن قيمة الصداق فقال المالكية[106] والشافعية[107] والظاهرية[108] بجواز ذلك، وذهب الحنابلة [109]إلى كراهة الزيادة على المهر، وزاد الحنفية [110]على ذلك بكراهة الزيادة على المهر حتى لو كان النشوز من الزوجة ولكنهم أجازوا الزيادة قضاءا رغم الكراهة، أما قانونا فإذا ما تم الخلع بتراضي الزوجين فيقف دور القاضي في هذه الحالة عند إثبات هذا الاتفاق لأن اتفاق الزوجين على بدل الخلع يعفيه من أي تدخل في تقدير التعويض[111]، أما في حالة النزاع بين الزوجين سواء على الخلع أو على بدله فقد حسم المشرع الجزائري الأمر في نص المادة 54 فقرة من قانون الأسرة، وحدد بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، وفي ذلك إجحاف بحق الزوج وعدم اعتراف بالضرر الذي لحق به جراء تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع[112].

ليتضح أن المشرع قد اعتبر المقابل المالي الذي تدفعه الزوجة للزوج مقابل مخالعته لها والذي لا يتجاوز صداق المثل عند النزاع بدل خلع وليس تعويضا، كون هذا البدل يكون في كل خلع سواء كان للزوجة فيه مبرر شرعي أم لا، وكونه أيضا حدد التعويض بما لا يتجاوز صداق المثل دون مراعاة أنه قد يلحق الزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة المحددة سلفا[113].

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حرم الزوج من التعويض حال تعسف زوجته في طلب الخلع، وكان على المشرع أن ينصف الأزواج خاصة فيما تعلق ببدل الخلع، وأن يجعل تقديره للقاضي استنادا لحجم الضرر الحاصل للزوج وإلى قرائن محددة قانونا من باب السياسة الشرعية[114]، مثلما فعل نظيره المغربي، حيث أقر في مدونة الأسرة وبموجب المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية[115] بالتحديد في حالة اتفاق الزوجين على الخلع واختلافهما حول بدله، أن تراعى المحكمة في تقديره بعد تعذر الصلح، مبلغ الصداق؛ فترة الزواج؛ أسباب طلب الخلع؛ والحالة المادية للزوجة؛ حيث يجتهد القاضي أولا في محاولة الصلح بين الزوجين، فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تراعي عند تقديرها لبدل الخلع حال الزوجين، حتى لا تكون مبالغة أو إجحاف في تقديره، وحتى لا يكون ذلك البدل سببا في إثراء أحدهما على حساب الآخر أو العكس[116].

الخاتــمة

يبقى البحث في شؤون قانون الأسرة وخاصة ما تعلق منها بالعلاقة بين الزوجين من أعسر الأمور لشدة حساسية العلاقة الزوجية، و التي أحاطها الشارع الحكيم بسياج وحصن منيع من الأحكام لا خاب من تمسك بها وسار على هديها.

ومن خلال بحثنا في موضوع تعسف الزوجة في طلب الخلع والذي يتجاذبه تصوران اثنان، تصور قديم نوعا ما والذي يقضي بأن الرجل هو صاحب العصمة و هو المتعسف في فك الرابطة الزوجية، وتصور آخر حديث مقارنة بالثاني والذي أصبحت بموجبه المرأة أكثر تحررا وأقل صبرا وأكثر استقلالا من الناحية المالية وبذلك باتت تخالع زوجها دون اكتراث لنفقة الأولاد أو لمسؤوليات الأسرة، ويبقى الأمر نسبيا، إذ أن تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية وارد وكذا تعسفه في عدم الموافقة على الخلع وبدله وتحرير زوجة ما عادت تحتمل مشاركة حياتها معه وارد أيضا، وبالمقابل تعسف الزوجة في طلب الخلع وارد هو الآخر، لنتوصل في ختام هذه الدراسة إلى النتائج التالية :

– قلة المواد المنظمة للخلع في قانون الأسرة الجزائري – مقارنة مع تشريعات عربية أخرى– وهو ما يحيل القاضي إلى المادة 222 من نفس القانون والتي تحيله بدورها إلى الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يستتبع إشكالا آخر هو ضعف أو انعدام الرصيد المعرفي في مجال الدين والشرع لبعض قضاة شؤون الأسرة.

– المشرع الجزائري جعل الخلع حقا خالصا للمرأة –وهو بذلك حاد عن موقف جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وخالف أغلب التشريعات العربية– وإن كنا لا نعارضه في ذلك، ولكن ما يؤخذ عليه أنه أثبت للمرأة ممارسة حق الخلع ولم يقنن إمكانية تعسفها في استعمال هذا الحق.

– في قانون الأسرة الجزائري إذا ما حصل الخلع بتراضي الأطراف فهو أشبه بالطلاق بالتراضي مع فارق العوض الذي يجوز أن يفوق صداق المثل في هذه الحالة، أما إن رفض الزوج المخالعة أجبره القاضي على الخلع وهنا يكون الخلع حقا للزوجة يقابل حق العصمة للزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، وفي هذه الحالة وعند اختلاف الزوجين على بدل الخلع يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

– المشرع الجزائري لم يقرر تعويضا للزوج المخلوع تعسفا، ولم يشر حتى لإمكانية تعسف الزوجة في طلب الخلع كما فعل مع الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، واكتفى ببدل الخلع الذي يكون في كل خلع رضائيا كان أو تعسفيا، وبذلك يبتعد كل البعد عن معنى التعويض.

وبناءا على النتائج المتوصل إليها حاولنا الخروج ببعض التوصيات التي نوردها تباعا كالآتي:

– ضرورة تدارك المشرع للنقص الفادح في المواد المنظمة للخلع، وإذا اكتفى بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية وجب عليه الحرص على تكوين قضاة شؤون الأسرة تكوينا شرعيا يسمح لهم بالاجتهاد واستنباط الأحكام المتعلقة بالمسألة.

– إعادة النظر في تشكيلة قسم شؤون الأسرة ولما لا اعتماد التشكيلة الجماعية على غرار القسم التجاري والقسم الاجتماعي، على أن يكون مساعدو القاضي من أهل الاختصاص في الشريعة الإسلامية وعلم الاجتماع .

– ضرورة التنصيص على فرض تعسف الزوجة في طلب الخلع، وتقرير معايير يعتمدها القاضي ويتبين له من خلالها تعسف الزوجة في طلب الخلع من عدمه، وبالتالي تقرير تعويض عادل ومنصف ومستقل عن بدل الخلع للزوج المخلوع تعسفا.

– ضرورة تعزيز سلطة القاضي التقديرية في مسائل الخلع وخاصة فيما تعلق ببدل الخلع، على أن يتم تقييدها بضوابط معينة وربطها بقرائن محددة حتى يستطيع القاضي تبين التعسف الذي قد يصدر عن أحد الزوجين، وبذلك يتسنى له تقدير تعويض عادل لجبر الضرر الذي تعرض له الطرف الآخر.

– ضرورة تفعيل إجراء الحكمين في المخالعة، ليس فقط كإجراء شكلي وإنما كإجراء فعلي موكل له إصلاح ذات بين الزوجين وإزالة سوء الفهم بينهما إن وجد ومحاولة تصويب الأخطاء وتقريب وجهات النظر بين الزوجين، ولما لا الاستعانة بالمساعدة الاجتماعية لما لها من دور في تحليل الأسباب والدوافع التي تكون وراء طلب الزوجة للخلع والتي قد يمكن تلافيها أو تداركها من الزوج مستقبلا، حفاظا دائما على وحدة الأسرة ودون هدر لمصالح أفرادها.

قائمة المصادر والمراجع:

I– المصادر:

أولا– القواميس والمعاجم:

1– ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، لبنان، 2007.

2– لويس معلوف، المنجد في اللغة والأعلام، المطبعة الكاثوليكية، لبنان، 2009.

3– مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، مصر، 2008.

4– مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2008.

ثانيا– كتب الحديث:

1– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وأيامه، الجزء الثالث، المطبعة السلفية ومكتبتها، مصر، 1400هـ.

2– أبو عيسى بن سورة، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، ملتزم للطبع والنشر، مصر، 1968.

3– أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، الحديث رقم 2226، الجزء السادس، بيروت، 1997.

4– أحمد بن علي بن حجر أبو فضل العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، دار المعرفة، لبنان، 1379 هـ.

5– أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمان النسائي، كتاب السنن الكبرى، الجزء5، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001، حديث رقم 5628، ص.277.

6– أحمد بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مكتبة دار الباز، المملكة العربية السعودية، 1994.

7– محمد بن يزيد الحافظ أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجه، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الجيل، لبنان، 1998.

8– محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من حديث سيد الأخيار، شرح منتقى الأخبار، الجزء 6، دار الحديث، مصر، 1413 هـ، ص. 289.

9– محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، الجزء1، دار الفكر، لبنان، دون سنة نشر، ص. 697.

10– علي بن عمر أبو الحسن البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، رقم 39،الجزء 3، دار المعرفة، لبنان، 1966،.ص255؛ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى رقم 14626،[1]–

Π– المراجع:

أولا – الكتب الفقهية:

1– أحمد أبو البركات بن محمد بن أحمد الدردير العدوي، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الرابع، دار المعارف، لبنان، دون سنة نشر.

2– أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، الجزء التاسع، النكاح والطلاق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان.دون سنة نشر.

3– ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

4– محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على الدر المختار، الجزء الثاني، دار عالم الكتب، السعودية، 2007.

5– محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 2001

6– محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007.

7– محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي، المبسوط، الجزء.السادس، دار المعرفة، لبنان، 1989.

8– موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء.السابع، مكتبة القاهرة، مصر، 1968.

9– منصور بن يونس بن إدريس البهوقي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، 2003.

10– علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثالثة، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986.

11– تاج الدين بهرام بن عبد الله الدميري، الدرر في شرح المختصر وهو الشرح الصغير على مختصر خليل، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار النور، لبنان، 2014.

ثانيا – الكتب القانونية :

1– الجيلالي عجة، المدخل للعلوم القانونية،نظرية الحق، السلسلة الجامعية نظام LMD، الجزء الثاني، برتي للنشر، الجزائر، 2009.

2– باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، دون سنة نشر.

3– جاثم جميل فخري، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحاد للنشر والتوزيع، الأّردن، 2008.

4– وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الثامن ،الطبعة الثالثة، دار الفكر، سوريا،2012.

5– لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

6– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دار هومة للطباعة وللنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

7– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ملتزم للطبع والنشر، مصر، دون سنة نشر.

8– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1983.

9– نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2012.

10– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018. عبد الرحمان الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، دار القلم للنشر والتوزيع، الإمارات العربية المتحدة، 2000.

11– عثمان التكروري، قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

12– فاطمة الزهراء المولودة رابحي تبوب، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016.

13– فريدة زواوي محمدي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.

14– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010.

15– شريف كمال عزب، الخلع والزواج العرفي بين الشريعة والقانون وآراء بعض علماء الدين ورجال القانون، دار التقوى للنشر والتوزيع، مصر، 2000.

ثانيا – المقالات:

1– كريم داودي، رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، عدد29، جوان 2016.

2– نور الدين عماري، الخلع من رخصة الى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، دفاتر السياسة والقانون، عدد13، 2015.

3– نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة و الحق الأصيل دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق. جامعة سعد دحلب. البليدة، 2011.

4– عبد السلام عبد القادر، الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، مجلة الأحياء، عدد 12، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2017.

5– صديق سعداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق والخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعيد دحلب، البليدة، 2011.

6– راضية بشير، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، ص.ص 338-352، ديسمبر 2019.

7- Julio Cueto-Rua, Abuse of rights, Louisiana law review, volume 36, number5, United state of america, 1975.

8- Loredana Tullio, La valeur de la théorie de l'Abus de droit, revue juridique de l'ouest,2015-4,p.p7-49,France,2015.

رابعا – الرسائل الجامعية:

1– مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2010.

2– علي سنوسي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق، رسالة دكتوراه في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية جيلالي يابس، بلعباس، 2019.

3– عامر سعيد نوري الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2003.

4– بختة بلبولة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2005.

5– عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، ماجستير شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006.

6– أمينة بن جناحي، دور القاضي في الخلع دراسة، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة المدية، الجزائر، 2014.

خامسا – القوانين:

1– القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984 م، عدد 24.

2– ظهير شريف رقم 01.04.22 صادر في 03 فيفري 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 05 فيفري 2004، عدد 5184، ص. 418.

3– الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005م، عدد15.

الهوامش:

[1]– القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 12 جوان 1984 م، عدد 24.

[2]– الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 م، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005م، عدد15.

[3]– ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، لبنان، 2007، ص.1232.

[4]– لويس معلوف، المنجد في اللغة والأعلام، المطبعة الكاثوليكية، لبنان، 2009، ص.192.

[5]– مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2008، ص.250.

[6]– مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، مصر، 2008، ص.ص290-291.

[7]– أحمد بن علي بن حجر أبو فضل العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، دار المعرفة، لبنان، 1379 هـ، ص. 395.

[8]– محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على الدر المختار، الجزء الثاني،دار عالم الكتب، السعودية، 2007، ص.766ومابعدها؛ محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007ص.199.

[9]– أنظر وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الثامن ،الطبعة الثالثة، دار الفكر، سوريا،2012، ص.458.

[10]– أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الرابع، دار المعارف، لبنان، دون سنة نشر، ص. 518.

[11]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 459.

[12]– ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص. 393.

[13]– انظر حاشية الشرقاوي على التحرير، ج.2، ص. 278؛ شرح البهجة لزكريا الأنصاري، ج.2، ص. 266؛ وحاشية الباجيري، ج.2، ص.131؛ إعانة الطالبين للسيد البكري، ج.2، ص. 390. نقلا عن عامر سعيد نوري الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، الفقه الإسلامي، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2003، ص. 31.

[14]– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، 2003، ص. 2569.

[15]- عامر سعيد نوري الزيباري، المرجع السابق، ص.32.

[16]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 459.

[17]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ملتزم للطبع والنشر، مصر، دون سنة نشر.

[18]– سورة البقرة، الآية 187.

[19]– عامر سعيد نوري الزيباري، المرجع السابق، ص.33.

[20]– باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر، دون سنة نشر، ص. 58.

[21]– عبد السلام عبد القادر، الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، مجلة الأحياء، عدد 12، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، السنة، ص.ص 568–569.

[22]– تنص المادة 53 من ق,أ,ج : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1– عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 79 و80 من هذا القانون،

2– العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من 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 8 أعلاه،

7– ارتكاب فاحشة مبينة،

8– الشقاق المستمر بين الزوجين،

9– مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10– كل ضرر معتبر شرعا،"

[23]– نور الدين عماري، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، دفاتر السياسة والقانون، عدد13، 2015، ص. 106.

[24]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1983، ص. ص549–550.

[25]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص 459–460.

[26]– سورة البقرة، الآية 229.

[27]- عبد الرحمان الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، دار القلم للنشر والتوزيع، الإمارات العربية المتحدة، 2000، ص. 82.

[28]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وأيامه، الجزء الثالث، المطبعة السلفية ومكتبتها، مصر، 1400هـ، حديث رقم 5273، ص. 406.

[29]– الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الحيل، لبنان، 1998، حديث رقم 2057، ص. 452.

[30]– مصطفى بن العدوي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، مصر.1988، ص.68.

[31]– أعطت الشريعة الإسلامية للمرأة الحق في طلب الخلع من زوجها في حالة شعورها أنها لا تحقق مع زوجها هدف الزواج وصالح الأسرة وأنه لا مجال للإصلاح بينهما لاعتبارات من بينها: إذا كان بالزوج عيب يمنعها من الميل إليه والانسجام معه؛ إذا كان الزوج سيء العشرة حاد الطباع؛ إذا خافت المرأة على

نفسها الوقوع في الإثم، انظر كاملة طواهرية، أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2020،ص. 324.

[32]– كاملة طواهرية، المرجع نفسه، ص. 322.

[33]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص.44.

[34]– أبو عيسى بن سورة، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، ملتزم للطبع والنشر، مصر، 1968، ح. رقم 1186، ص.483.

[35]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 45.

[36]– أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، الحديث رقم 2226، الجزء السادس، بيروت، 1997، ص. 463.

[37]– عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص. 573.

[38]– من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (283،282/32)، نقلا عن شريف كمال عزب، الخلع والزواج العرفي بين الشريعة والقانون وآراء بعض علماء الدين ورجال القانون، دار التقوى للنشر والتوزيع، مصر، 2000، ص. ص102-103.

[39]- شريف كمال عزب، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[40]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 46.

[41]– أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، الجزء التاسع، النكاح والطلاق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص. 511.

[42]– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دار هومة للطباعة وللنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 125.

[43]– اعتبر أغلب شراح القانون الخلع عقد رضائي، فلا خلع دون موافقة الزوج، ومن ذلك الأستاذ عبد العزيز سعد الذي عرف الخلع في كتاب الزواج والطلاق بأنه "عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بدفع الزوجة لمبلغ من المال مقابل طلاقها وقبول صريح من الزوج لهذا العرض وللطلاق" وهو تعريف مستمد من المادة 54 من ق.أ.ج بما يفيد أن الخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها"، كما يرى وفي نفس السياق الأستاذ العربي بلحاج أنه "إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول، سمي هذا مخالعة"، أنظر نور الدين عماري، المرجع السابق، ص.ص 109-110.

[44]– يرى الأستاذ آث ملويا في تعليقه على المادة 54 من القانون رقم 84-11 أن الاتفاق بين الزوجين لا علاقة له بالخلع، لكن بالمال المفتدى به أي مقدار المال الذي تفتدي به الزوجة، وبذلك فإن إزالة عقد الزواج بالخلع جائز للمرأة بإرادتها المنفردة، ولا حاجة لصدور قبول من الزوج. أنظر لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص. 619.

[45]– نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2012، ص. 132.

[46]– صديق سعداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق والخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعيد دحلب، البليدة، 2011، ص. 167.

[47]– لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 422.

[48]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص. 145.

[49]– نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة و الحق الأصيل دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق. جامعة سعد دحلب. البليدة، 2011، ص.203.

[50]– نظيرة عتيق، المرجع نفسه، ص.ص203-204.

[51]- من بين الأسباب الحقيقية لتعديل قانون الأسرة عامة والمادة 54 خاصة مصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان والمرأة، ونخص بالذكر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) والتي تكونت من 30 مادة والتي دعت إلى المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في الحقوق، وكانت الجزائر قد صادقت على هذه الاتفاقية في 22 جانفي 1996 مع التحفظ على بعض المواد، وتحت إصرار لجنة "سيداو" على رفع التحفظات جاءت تعديلات تمس مركز المرأة ومساواتها مع الرجل وخاصة في مجال الأسرة، ولوحظ هذا التوجه من خلال تعديلات 2005 وعلى رأسها حق المرأة في المخالعة دون موافقة الزوج، والمادة الخاصة من سيداو والتي تعتبر مرجعية في صياغة المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدل هي المادة 1/16-2-3 والتي نصت على:" أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وأن تضمن بوجه خاص على أساس

تساوي الرجل والمرأة، نفس الحقوق والمسئوليات أثناء الزواج وفسخه"، ومن ثم أصبح للمرأة حق في حل رابطة الزواج عن طريق الخلع. كريم داودي، رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، عدد29، الجزائر، جوان 2016.، ص.222

[52]– وكان الأستاذ عبد العزيز سعد قد علق على هذه المادة–المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري– قبل صدور التعديل قائلا:" وبالنسبة لتدخل القاضي من أجل الحكم بانحلال الزواج بالخلع بناءا على طلب الزوجة وحدها، دون موافقة الزوج، فإن بالإمكان أن نقول أن مثل هذا الحكم هو حكم يمكن أن يوصف بأنه حكم تعسفي ومتحيز ولا أساس له في الشرع أو في القانون ، ونعتقد أن الحكم بالخلع دون رضا الزوج أو دون موافقته على مقدار أو مبلغ العوض المعروض عليه من الزوجة يعتبر من قبيل إجبار الزوج على التطليق دون أي مبرر شرعي أو قانوني ، ويعتبر خرقا لمبدأ حرية التعاقد التي هي أساس الخلع، ومن حيث أن الخلع هو عقد رضائي بين الزوجين هدفه حل الرابطة الزوجية بعوض وبإرادة متبادلة"، انظر: رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، العدد السابع، مارس 2017، ص.ص 81–82.

[53]– نور الدين عماري، المرجع السابق، ص. 110.

[54]– لم يتعرض علماء المسلمين الأوائل لموضوع التعسف كنظرية لها أركان وأسس وتطبيقات، بل تعرضوا لها تحت تسميات مختلفة، واستخدم الفقهاء ألفاظ لها معنى كالتعسف مثل التعدي، والذي يستعمل في معنيين، أولهما: المجاوزة الفعلية إلى حق الغير وملكه المعصوم، والثاني: العمل المحظور في ذاته شرعا بقطع النظر عن كونه تجاوزا على حدود الغير أم لا، والتعسف يدخل في المعنى الثاني، فالفعل في التعسف مشروع في ذاته ولكنه معيب في باعثه أو مآله. أنظر رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010.ص. 34.

[55]– تنطلق فكرة التعسف في التشريعات الغربية من القاعدة القانونية اللاتينية:« qui jure suo utitur neminen laedit » والتي تعني بالإنجليزي (he who exercises his righs can not harm another) ليأتي معناها بالعربية (من يمارس حقوقه لا يمكن أن يؤذي غيره)، وبذلك يتوقف الحق عند بدء الإساءة، فلا يكون هناك استخدام مسيء للحق من أي نوع، ولا يمكن أن يكون الفعل في الوقت نفسه امتثال للقانون ومخالفة للقانون، انظر في تفصيل ذلك : Julio Cueto-Rua, Abuse of rights, Louisiana law review, volume 36, number5, United state of america, 1975, p.p 975-976. وانظر أيضا في نفس المعنى: Loredana Tullio, La valeur de la théorie de l'Abus de droit, revue juridique de l'ouest,2015-4,p.p7-49,France ,p.8.

[56]– فريدة زواوي محمدي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص.152.

[57]– ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص. 2943.

[58]– لويس معلوف، المنجد في اللغة والأعلام، المرجع السابق، ص.505.

[59]– مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص. 601.

[60]– ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص.2943.

[61]– وفي شرح هذا التعريف يقول الأستاذ الدريني : " فأما قوله (مناقضة قصد الشارع) فهي مضادة قصد الشارع، وهذه المضادة لاتخلو: إما أن تكون مقصودة، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق مجرد قصد الإضرار، كأن يبيع العينة للتوصل إلى ربا الحرام، أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله، أو إسقاط ما أوجبه كأن يقوم بهبة المال صوريا قرب نهاية الحلول احتيالا على إسقاط الزكاة، وقوله (في تصرف) فالتصرف يشمل التصرف القولي كالعقود وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، ويشمل كذلك التصرف الفعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات، واستعمال الرخص والإباحات، وقوله (مأذون فيه شرعا) بذلك تخرج الأفعال غير المشروعة في ذاتها، لأن إتيانها يعتبر اعتداءا لا تعسف، وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف. أنظر في تفصيل ذلك فتحي الدريني، المرجع السابق، ص.ص 87–91.

[62]– الجيلالي عجة، المدخل للعلوم القانونية،نظرية الحق، السلسلة الجامعية نظام LMD، الجزء الثاني، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص. 519.

[63]– انظر هذه التعريفات وغيرها في: جاثم جميل فخري، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحاد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص. 47.

[64]– الجيلالي عجة،المرجع السابق، ص.ص 519–520.

[65]– الملاحظ أن التشريعات المدنية قد اعتمدت هي الأخرى معيارا شخصيا ومعيارا موضوعيا، ولكنها قصرت المعيار الشخصي على قصد الإضرار بالغير، انظر فريدة زواوي محمدي، المرجع السابق، ص.153. كما نجد أن معايير التمييز في التشريعات الغربية فيما يتعلق بالتعسف في استعمال الحق ثلاث، الأول هو ممارسة الحق بنية الإضرار؛ والثاني هو ممارسة الحق دون فائدة مشروعة؛ أما الثالث فهو ممارسة الحق ضد العادات الجيدة أو القواعد الأخلاقية أو حسن النية، أنظر في تفصيل ذلك: Julio Cueto-Rua , op.cit, p.p 985,992,995.

[66]– جاثم جميل فخري، المرجع السابق، ص.74.

[67]– جاثم جميل فخري، المرجع نفسه، ص.ص74-75.

[68]– أمينة بن جناحي، دور القاضي في الخلع دراسة، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بو قرة المدية، الجزائر، 2014، ص. 120.

[69]– فتحي الدريني ، المرجع السابق، ص. 243.

[70]– جاثم جميل فخري، المرجع السابق، ص.ص 78-80.

[71]– جاثم جميل فخري، المرجع نفسه، ص.80.

[72]– فتحي الدريني، المرجع السابق، ص. 252.

[73]– فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص.242.

[74]– جاثم جميل فخري، المرجع السابق، ص.83.

[75]– أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.121.

[76]– فتحي الدريني، المرجع السابق، ص.265.

[77]– فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص.269.

[78]– جاثم جميل فخري، المرجع السابق، ص.ص94-95.

[79]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2011/09/15، ملف رقم 656259، مجلة المحكمة العليا، عدد01، 2012، ص. 318.

[80]– فاطمة الزهراء المولودة رابحي تبوب، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص. 122.

[81]– بختة بلبولة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2005، ص. 142.

[82]– علي سنوسي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق، رسالة دكتوراه في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية جيلالي يابس، بلعباس، 2019، ص. 306.

[83]– فتحي الدريني، المرجع السابق، ص.ص 207-208.

[84]– فاطمة الزهراء المولودة رابحي تبوب، المرجع السابق، ص. 123.

[85]– المرجع نفسه، نفس الصفحة .

[86]– مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص. 184.

[87]- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية والظاهرية إلى جواز الخلع دون اللجوء إلى القاضي، انظر في بيان ذلك: محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي، المبسوط، الجزء.6، دار المعرفة، لبنان، 1989، ص.174؛ موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء.7، مكتبة القاهرة، مصر، 1968، ص.52؛ تاج الدين بهرام بن عبد الله الدميري، الدرر في شرح المختصر وهو الشرح الصغير على مختصر خليل، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار النور، لبنان، 2014، ص1037؛ منصور ابن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء 6، المرجع السابق، ص.214؛ محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، الجزء6، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 2001، ص.501؛ ابن حزم الظاهري، المحل بالآثار، الجزء9، المرجع السابق، ص.521.

[88]- يقول الشوكاني في فتح القدير:" وإن أعياهما –أي الحكمين- إصلاح حالهما ورأيا التفريق بينهما جاز لهما ذلك من دون أمر من الحاكم في البلد ولا توكيل بالفرقة من الزوجين، وبه قال مالك والأوزاعي وإسحاق وهو مروي عن عثمان وعلي وابن عباس والشعبي والنخعي والشافعي وحكاه ابن كثير عن الجمهور". محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، الجزء1، دار الفكر، لبنان، دون سنة نشر، ص. 697.

[89]- قال بعض الفقه يسن للزوج الإجابة ولا يلزم بها، وهو المفتى به عند الحنبلية وجزم به ابن حزم في المحلى، قال:" ويطلقها إن رضي هو و إلا لم يجبر". أنظرابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، المرجع السابق، الجزء 9، ص.511. .

[90]– سورة البقرة، الآية 229.

[91]– أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.73.

[92]- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حيث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، الجزء الثالث، المكتبة السلفية، مصر، 1400هـ،حديث رقم 5279، ص.406؛ أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي، كتاب السنن الكبرى، الجزء5، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001، حديث رقم 5628، ص.277.

[93]– محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من حديث سيد الأخيار، شرح منتقى الأخبار، الجزء 6، دار الحديث، مصر، 1413 هـ، ص. 289.

[94]– مال أصحاب هذا الرأي لإلزام الزوج بالموافقة على الخلع وهو مذهب بعض الحنبلية عل ما نقله عنهم المرداوي وغيره وتردد ابن تيمية كما نقل عنه المرداوي حيث قال:"واختلف كلام الشيخ تقي الدين رحمه الله في وجوب الإجابة إليه". انظر علي بن سليمان أبو حسن المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف عل مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الجزء 8، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون سنة نشر، ص.382.وذهب إلى هذا القول أيضا الغزالي والمودودي وعبد الرحمان الصابوني من المعاصرين، أنظر كريم داودي، المرجع السابق، ص.224.

[95]– علي بن عمر أبو الحسن البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، رقم 39،الجزء 3، دار المعرفة، لبنان، 1966،.ص255؛ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى رقم 14626، أحمد بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مكتبة دار الباز، المملكة العربية السعودية، 1994.

[96]– في عدم اشتراط تسبيب طلب الخلع يقول الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا:" لا يشترط من الزوجة التي تطلب طلاق الخلع أن تسبب طلبها بمعنى أنه لا يشترط منه أن تذكر السبب الذي دفعها إلى طلب الطلاق بعوض، وبالتالي لا يحق للقاضي أثناء جلسة الصلح أن يستفسرها عن ذلك لأنها هي الباذلة للعوض مقابل حريتها، فيكفي أن تبدي رغبتها على عدم إرادتها في مواصلة الحياة الزوجية، وأكدت ذلك المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث) في قرار لها بتاريخ 2009/12/10 تحت رقم 09/01385 جاء فيه مايلي:(حيث أن الطاعن يعيب على قاضي محكمة الدرجة الأولى مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بقضائه بفك الرابطة الزوجية بينه وبين زوجته المطعون ضدها عن طريق الخلع، بالرغم من عدم موافقته على الخلع المذكور، إلا أنه وخلافا لادعاء الطاعن فإن المادة 54 من قانون الأسرة تنص صراحة:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" ومن ثم، فإن عدم موافقته على الخلع المطالب به من المطعون ضدها لا يمنع القاضي من القضاء به، كما أن الزوجة ليست مطالبة بتقديم أية مبررات لطلب الخلع ....". وهكذا فأن الخلع حق للزوجة مقابل ما للزوج من حق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ولذا لا يحتاج في الخلع الذي ينطق به القاضي إلى إرادة الزوج، ولا يشترط على الزوجة أن تبدي الأسباب التي دفعتها إلى المطالبة بطلاق الخلع، مادام أن ذلك حقا خالصا لها، وللقاضي الاستجابة لها بشأنه، فالخلع جائز من غير اشتكاء لضرر من طرف الزوجة أو الزوج"، أنظر لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص.ص 217-218.

[97]– راضية بشير، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، ص.ص 338-352، ديسمبر 2019، ص. 346.

[98]– مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص. 186.

[99]– راضية بشير، المرجع السابق، ص.347.

[100]– مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.ص187-188.

[101]– فتحي الدريني، المرجع السابق، ص.ص 290-291.

[102]– فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص. 290.

[103]– عوض الخلع هو ماتبذله الزوجة لزوجها لقاء خلعها من عصمته، واتفق الفقهاء فيما بينهم أن الخلع يجوز بكل ماله قيمة معترف بها شرعا معلومة ومملوكة للباذل شأنها شأن المهر، لأن مايجوز أن يكون مهرا يجوز أن يكون عوضا في الخلع، أنظر: عبد السلام عبد القادر، المرجع السابق، ص. 580.

[104]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/07/30، ملف رقم 141262، مجلة المحكمة العليا، عدد01، 1998، ص. 120.

[105]– عثمان التكروري، قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص, 212.

[106]- أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، الجزء 2، دار المعرفة، مصر، دون سنة نشر، ص.518؛ خالد عبد الرحمان العك، موسوعة الفقه المالكي، الطبعة الأولى، الجزء1، دار الحكمة، سوريا، 1993، ص.340.

[107]- محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، الطبعة الأولى،الجزء6، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر 2001، ص.503 ؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الطبعة الثالثة، الجزء 6، دار الكتب العلمية ، مصر، 2001، ص.398.

[108]- ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، الجزء9، المرجع السابق، ص.ص 519-522.

[109]- موفق الدين عبد الله بن أحمد ب محمد المقدسي، المغني، الجزء7، مكتبة القاهرة، مصر،1966، ص.52.

[110]- عبد الله علاء الدين أبة بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثالثة، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986، ص.150.

[111]– عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، ماجستير شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006، ص.170.

[112]– مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.189.

[113]– مسعودة نعيمة إلياس، المرجع نفسه، ص.188.

[114]– راضية بشير، المرجع السابق، ص.346.

[115]– ظهير شريف رقم 01.04.22 صادر في 03 فيفري 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 05 فيفري 2004، عدد 5184، ص. 418.

[116]– راضية بشير، المرجع السابق، ص.346.