إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاجتهاد القضائي

The rhythm of dislocation between jurisprudential controls and jurisprudence

د/ شامي أحمد [1] ، د/ بوراس عبد القادر [2]

[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابن خلدون - تيارت- الجزائر ،
ahmedchami04@hotmail.fr

[2] كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابن خلدون - تيارت- الجزائر ،
Bourasdroit@yahoo.fr

تاريخ الإرسال : 19 / 03 /2019 تاريخ القبول:07/ 06 /2019 تاريخ النشر:30 / 05 /2020

ملخص:

تعالج هذه الدراسة ضوابط إيقاع الخلع بين الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي، حيث لم يحدد المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 54 من قانون الأسرة الطبيعة القانونية للخلع، هذا ما أدى إلى تضارب الاجتهادات القضائية، لذلك كان اجتهاد يرى بأن الخلع عقد رضائي لا يتم إلا بموافقة الزوج، واجتهاد أخر لا يشترط موافقة الزوج لإيقاع الخلع، وهو ما تبناه المشرع بموجب الأمر 05 - 02.

بالإضافة إلى ذلك، فقد منح المشرع للمحكمة سلطة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه من طرف الزوجين.

كلمات مفتاحية: إيقاع الخلع، الضابط الفقهي، الاجتهاد القضائي، بدل الخلع، طبيعة الخلع.

Abstract:

This study deals with the controls of the rhythm of khul 'between Islamic jurisprudence and jurisprudence. The Algerian legislator did not specify through the provisions of Article 54 of the Family Law the

legal nature of the divorce. This led to conflicts of jurisprudence, so Ijtihad considered that khul' is a consensual contract. , And other jurisprudence does not require the husband's consent to the rhythm of khul ', which is adopted by the legislator under Order 05-02.

In addition, the legislator gave the court the authority to estimate the allowance for khul 'if it is not agreed by the spouses.

Keywords: *rhythm of khul, juristic officer, jurisprudence, instead of khul, the nature of khul.*

1- **المؤلف المرسل :** د/ شامي أحمد ، **الإيميل :** ahmedchami04@hotmail.fr

مقدمة:

رغم كل الضمانات التي وضعتها أحكام الشريعة الإسلامية لمنع الفرقة والإبقاء الأسرة متلاحمة، إلا أنه قد تشوب هذه العلاقة الزوجية أمور تجعله مصدرا لشقاء وتتحول هذه العلاقة إلى جحيم، مما يصبح الفُراق وسيلة لابد منها للخلاص من زوجية لا خير في بقائها، لهذا فإن أحكام الشريعة الإسلامية تجيز للزوج في فك الرابطة الزوجية بمحض إرادته، غير أنها لم تمهل المرأة في خلاصها من العلاقة الزوجية إذا جلبت لها أضرار مادية أو معنوية، بحيث لا تستطيع أن تطلق زوجها عندئذ فتح لها باب من فك هذه الرابطة إذا أثبتت أضرار الزوج بها عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعا وقانونا، وهذا ما يعرق بالتطليق، أما إذا لم تستطع إثبات ذلك الضرر فتح لها باب افتداء نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه للزوج وهو ما يعرف بالخلع.

وقد تتعسف الزوجة في مخالعة زوجها دون رضاه، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي التدخل وأن يحكم لها بالطلاق مقابل دفعها لبدل الخلع، كما بجوز للقاضي تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على ذلك.

وعليه، فالتساؤلات التي يمكن أن نطرحها تتمثل فيما يلي: **كيف يتم إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاجتهاد القضائي؟ وما هي حدود القاضي في تقدير البدل الخلع؟**

1. الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع

سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الخلع **أولا**، ثم بعد ذلك سنتكلم عن التكييف الفقهي والقانوني للخلع في النقطة **الثانية**.

1.1 مفهوم الخلع: وهنا سنتطرق إلى تعريف الخلع، ثم بعد ذلك سنبين أدلة مشروعية الخلع.

1.1.1 - تعريف الخلع: الخلع في اللغة من خَلَعَ ثوبه ونعله وقائده وخلع عليه خِلْعة، كله من باب قطع، وخلع امرأته خلعا بالضم والخلع الوالي عزل، وخالعت المرأة بعلها أرادته على طلاقها ببدل منها له، فهي خالع[1].

أما في الاصطلاح: فهو إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة[2]. أما **الحنفية** فقالوا بأن الخلع هو:" إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه"[3]. أما **الحنابلة** فقالوا بأنه:" فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته، أو غيرها بألفاظ مخصوصة".

1.1. 2- أدلة مشروعيته: يستمد مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع.

أ - من الكتاب: قوله تعالى " وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُون"[4].

ب - من السنة: عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، أما إني ما أعيب عليه في خلق ولا في دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[5].

ج - من الإجماع: فقد أجمع جمهور الفقهاء على مشروعية الخلع[6]، بينما اشترط الظاهرية، صحة الخلع وقوع النشوز لقوله تعالى:" فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ "[7].

2.1التكييف الفقهي والقانوني للخلع: سنتطرق في هذه النقطة إلى التكييف الفقهي والقانوني للخلع، وذلك من خلال تبيين هل الخلع يعتبر **يمينا** أم **معاوضة**، وهل يمكن اعتبار الخلع **فسخا** أم **طلاقا**.

1. 2.1 - اعتباره يمينا أم معاوضة: يرى **الحنفية** أن الخلع يعتبر **يمينا** من جانب الزوج، فهو تعليق الطلاق من الزوج بقبول المال، لأن الزوج الذي يقول لزوجته "خالعتك على مائة درهم" يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبوله دفع مائة درهم، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء، لذلك يأخذ الخلع **أحكام اليمين** بالنسبة **للزوج**. أما بالنسبة **للزوجة** فيعتبر **معاوضة**، لأنها بقبولها دفع المبلغ المالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج، مقابل افتداء نفسها من قيود الزوجية وكأنها قالت له "رضيت أن أشتري عصمتي منك بهذا البدل"، إلا أن صاحبي أبي حنيفة قالا إن الخلع **يمين** من جهة **الزوج والزوجة معا**[8]، ورتب الحنفية على ذلك ما يلي:

- يصح إيجاب الزوج بالخلع حتى ولو كانت الزوجة غائبة عن مجلس الخلع، فإذا بلغها إيجاب الزوج وقبلت في نفس المجلس الذي علمت فيه تم العقد على الخلع، أما إذا قامت من مجلسها دون أن تصرح بقبولها بطل إيجاب الزوج، وبذلك لا يتم انعقاد الخلع.

- إذا كان الزوج هو المبادر للخلع، فلا يبطل إيجابه برجوعه عنه، ولا بقيامه من المجلس قبل قبول الزوجة، وذلك لأن إيجاب الزوج يمين، واليمين لا يجوز الرجوع عنها لا صراحة ولا دلالة، فإذا قامت الزوجة من المجلس دون أن تقبل يبطل الإيجاب الصادر من الزوج بالخلع، وذلك لأن الخلع معاوضة من جانب الزوجة و المعاوضة تبطل بتفريق عاقديها بعد الإيجاب وقبل القبول.

- يصح للزوج أن يعلق إيجابه بالخلع على شرط معين، كما يجوز له أن يضيف الخلع إلى زمن مستقبل، وذلك لأن الخلع في حقه يمين، واليمين يجوز تعليقها، أما الزوجة فلا يصح تعليق إيجابها على شرط، أو إضافته إلى زمن مستقبلي، وذلك لأن الخلع في حقها معاوضة، و المعاوضة لا تقبل التعليق ولا الإضافة [9].

في حين يذهب جانب من الفقه في مقدمتهم **المالكية** إلى أن **الخلع حق أصيل للزوجة** يحق لها اللجوء إليه متى شاءت وإن أرادت ذلك، إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة الزوجية رفقة زوجها يعد ضربا من المحال، وهي بذلك لا تحتاج إلى مجلس عقد ولا إلى إيجاب الزوج في مخالعتها[10].

أما بالنسبة **للمشرع الجزائري** لم يتناول مسألة الخلع على أنه **يمين** أم **معاوضة** من خلال أحكام قانون الأسرة رقم 84 - 11 المعدل والمتمم[11]، كما أورده الفقهاء في كون الخلع يعد يمينا من جانب الزوج لأنه يرتبط بالطلاق ويعد معاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض، حيث اكتفى في المادة 54 من قانون رقم 84 - 11 على أنه: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه..."، مما جعل بعض الفقه الأخذ برأي **ألا خلع بدون إرادة الزوج**، مما جعلهم يرون بأن الخلع عبارة عن عقد طبقا لأحكام المادة 54، وبالتالي تبنوا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة[12].

ولعل الدوافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة التكييف كونه اكتفى بالقول أنه في حال النزاع على مال بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

وبالرجوع للأمر 05 - 02 المعدل والمتمم للقانون 84 - 11، فقد فصل في أمر **التكييف الفقهي للخلع** حين نص في المادة 54 منه على أنه:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي..."، وفي ذلك تأثير

واضح للمذهب المالكي في اعتبار الخلع حق أصيل للزوجة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 1999/07/21:" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. إن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون"[13].

2.2.1 - الخلع بين الفسخ أم الطلاق: لقد اختلف الفقهاء حول اعتبار الخلع **طلاقا** أم **فسخا**، فيرى جمهور الفقهاء **المالكية والحنفية والشافعية** أن الخلع طلاق بائن[14]، فلا ترجع الزوجة إلى زوجها إلا بعقد جديد وهو مذهب بعض الصحابة كعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم[15]، لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى، واحتج أصحاب الرأي الذين يرون بأنه طلاق لا الفسخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ[16].

أما الرأي الثاني يرى بأن الخلع **فسخ** ومنهم **أحمد بن الحنبل** في إحدى الروايتن و**داود الظاهري** وأحد قولي **الشافعي**، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور، واحتج **الإمام أحمد** بأنه فسخ بحديث ابن عباس، واحتج ابن عباس بقوله تعالى " الطلاق مرتان" ثم قال " فلا جناح عليكما فيما افتدت به" ثم قال " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"، فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ[17].

وفي الأخير يمكن ترجيح قول جمهور الفقهاء، وذلك لقوة أدلتهم ومصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، أي رسول صلى الله عليه وسلم اعتبر أن الخلع **طلاق** وليس **فسخا**.

أما بالنسبة **للمشرع الجزائري** فقد كان واضحا بالتنبيه للاتجاه القائل بأن **الخلع** يعد **طلاقا** لا **فسخا** وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة. فقد خص المشرع في الباب الأول في الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من المواد 32 إلى غاية المادة 35 من قانون الأسرة.

كما أنه نص على الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج" وذلك من خلال أحكام المادة 47 من قانون الأسرة والتي تنص على طرق انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو وفاة. ثم تطرق في المادة 48 من نفس القانون التي تنص على أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من نفس القانون.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 54 التي تنص على أن الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، هذا ما يؤكد تبني المشرع الجزائري بالقول القائل بأن **الخلع طلاقا** لا **فسخ**، على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، بينما الأمر يختلف عليه في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة تماما عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية، فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق[18].

2. دور الاجتهاد القضائي في إيقاع الخلع وتقدير بدل الخلع

سنتناول في هذا المبحث دور الاجتهاد القضائي في إيقاع الخلع أولا، ثم بعد ذلك سنبين بدل الخلع بين الضابط الفقهي واجتهاد القاضي ثانيا.

1.2 دور الاجتهاد القضائي في إيقاع الخلع: بالرجوع إلى أحكام المادة 49 من قانون الأسرة والتي تنص على أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي، وتحت مفهوم هذه المادة يندرج كل صور فك الرابطة الزوجية بما فيها الخلع.

أما بالنسبة للأحكام القضائية فهي نوعان، أحكام كاشفة ومقررة لواقعة نشأت قبلها تحتاج إلى مصادقة المحكمة لتضفي عليها الطابع الرسمي، وأحكام منشئة لوضعية قانونية ومراكز جديدة لم تكن موجودة قبل صدور الحكم[19].

وعليه، فإذا كان الأصل في التطليق بالخلع هو جواز انعقاده دون الحاجة إلى إذن القاضي، فإن هناك بعض الحالات تستلزم تدخل القاضي لإيقاعه، وذلك في حالة رفض الزوج للخلع، وحالات تخلف بعض الشروط أو الأوصاف الواجب توفرها لإيقاع الخلع.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 54 المعدلة بموجب الأمر 05 - 02 من قانون الأسرة، والتي تنص على أنه:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي..."، فالملاحظ هنا تبني المشرع الجزائري الاتجاه القائل باعتبار سلطة القاضي في إيقاع الخلع على الزوج في حالة رفضه وامتناعه عن إجابة زوجته لطلبها، بخلاف المادة 54 من القانون رقم 84 - 11 والتي نصت على ما يلي:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه...". هذا ما جعل بعض فقهاء القانون يرون أن الأخذ برأي **ألا خلع بدون إرادة الزوج**، وذلك باعتبار أن الخلع عقد. وفي هذا يقول **الدكتور بلحاج العربي:**" إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة، ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على المال، يعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية"[20].

لهذا فقد تضاربت الاجتهادات القضائية حول سلطة القاضي في إيقاع الخلع، فهناك اجتهادات قضائية ترى بأنه لإيقاع الخلع لابد من رضا الزوج، وهناك اجتهادات ترى أن إيقاع الخلع يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا رضا الزوج.

1. 1.2 - الاجتهاد القضائي الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

من خلال اطلاعنا على بعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا نرى بأن هناك اجتهادات تشترط **لإيقاع الخلع لابد من موافقة الزوج على ذلك**، حيث نصت في القرار الصادر بتاريخ 1988/11/21 والذي جاء فيه:" من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها طلبت التطليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة"[21].

وجاء في قرار آخر الصادر بتاريخ 1991/04/23 بقوله:" من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضاءه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه"[22].

2. 1.2 - الاجتهاد القضائي الذي لا يشترط رضى الزوج بالخلع:

هناك بعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا **لا تشترط لإيقاع الخلع موافقة الزوج**، بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 الذي قضى بأنه:" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإن قضاة الموضوع -في قضية الحال- لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن"[23].

كما جاء في قرار آخر الصادر بتاريخ 03/16/ 1999 والذي نص على أنه:" الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[24].

وعليه، فإن سكوت المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون رقم 84 - 11، وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضى الزوج، ومادام أن الخلع هو حق للزوجة ولا يشترط فيه رضا الزوج أخذا بالمذهب المالكي، فقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1996/07/30 بقولها:" من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائيا بين الزوجين"[25].

وبالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع، وتعد إعادة الوفاق بين الطرفين، ويبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين.

ولهذا، فإن الاجتهاد القضائي ساير الاتجاه القائل برضا الزوج لصحة الخلع، لكن الرأي تغير بعدها بتغيير العديد من الظروف، حيث نصت المادة 54 في فقرتها الأولى بقولها:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي". وفي ذلك تأثير واضح للمذهب المالكي في اعتبار الخلع حقا أصيلا للزوجة، يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، لهذا يُمكن للزوجة اللجوء إليه إن شاءت إذا ما تبين لها أن مواصلة الحياة الزوجية ضرب من المحال، وبذلك فلا حاجة لمجلس عقد ولا أي إيجاب الزوجة في مخالعتها ولا أي قبول من الزوج[26]، هو ما أكدته العديد من الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا منذ سنة 1992، والتي ترى بأن الخلع حق للزوجة تستعمله وقت ما شاءت وليس مجرد رخصة حبيسة التزكية والموافقة من الزوج.

2.2 - بدل الخلع بين النص القانوني والاجتهاد القضائي:

مقابل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها، و هذا لا يمكن أن يكون إلا مبلغا ماليا، والمال الذي نص عليه المشرع الجزائري يمكن أن يكون من النقود والأوراق المعروفة والمتداولة داخل الوطن، ويمكن أن تكون بعملة الصعبة، كما يمكن أن تكون من نوع الأشياء التي يمكن تقويمها بالمال، لهذا فقد أجمع الفقه الإسلامي **أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل في الخلع**[27]، وهو أهم شرط من شروط المخالعة، لأن الخلع **طلاق بعوض**. والأصل في **بدل الخلع** أن يتفقا عليه الزوجان، أو أن يكون بإيجاب من أحدهما وقبول الآخر، أما إذا لم يتفقا الطرفان على بدل الخلع فهنا يثور الإشكال؟

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد تطرق لمسألة بدل الخلع من خلال أحكام المادة 54 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة، التي نصت على أنه:" إذ لم

يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

فالملاحظ هنا أن المشرع لم يبين لنا ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، لاسيما المذهب المالكي؛ باعتباره استعمل مصطلح **" مال "** ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا، ولهذا يمكن أن يكون بدل الخلع الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانونا، ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن **حضانة أولادها** للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة هي **حق للمحضون**، وليس للزوجة حق الغير بدلا للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في العيش معه. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوما ومتفقا عليه بين الزوجين.

أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع، فهنا يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أداءه فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا يتجاوز قيمة الصداق مثل وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

لهذا فإن الاجتهاد القضائي يمنح للقاضي سُلطة في تقدير بدل الخلع من خلال عدة قرارات، منها قرار أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1985/04/22 بقولها:" من المقرر فقهاً أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتباره أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق. وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على

مقدار صداقها، واشتراط الزوج خلعا قدره 50 ألف دج، رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا"[28].

فالملاحظ أن المحكمة العليا خولت للقاضي سلطة في تقدير بدل الخلع، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري إلا أن هذا الأخير قيده بأن لا يتجاوز مقدار بدل الخلع مهر المثل وقت صدور الحكم، وذلك مع مراعاة عدم التعسف والمغالاة في المبالغ التي تمت المخالعة بها، ويتولى القاضي تحديد وتقدير مقابل الخلع مراعيا في ذلك مبلغ الصداق الذي تم دفعه من طرف الزوج وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة لأنها هي المطالبة بدفع المقابل، علماً أن هذه العناصر للاستئناس فقط[29].

كما أنه يجب على القاضي عند تقديره لبدل الخلع أن ينطق به عند صدور الحكم بالخلع، وهذا ما تجسد في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 11 / 10 / 2006:" لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعاً، سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا"[30].

أما بالنسبة للأساس القانوني الذي يعتمد عليه القاضي لاستحقاق التعويض عند الحكم بالخلع أن الزوجة في طلبها للخلع تستعمل حقا خالصا لها يقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق، إذ لا يملك القاضي رفض طلبها، وينحصر دور القاضي في تقدير بدل الخلع فقط، وهو ما يستنتج من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة.

وطالما أن الخلع حق للمرأة وأن هذا الحق يخضع لمشيئتها وإرادتها، ينبغي إذن التعرض لبحث ضوابط استعمال هذا الحق، إذ المقرر أن الحق، أي حق كان، دائما محدود بما ليس فيه مساسا بالغير، بإساءة استعماله أو التعسف فيه، وهي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وإن كفل لها القانون الحماية الواجبة، وبناء عليه فإنه يتعين البحث حول كيفية استخدام الزوجة لحقها في طلب الخلع، ومدى اتفاقه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة[31].

فالمشرع الجزائري قد جعل الخلع من قبيل الحقوق المقررة للمرأة، فإذا ما كرهت زوجها ونفرت منه ووجدت استحالة في مواصلة الحياة الزوجية استعملت حقها فيه، وليس للقاضي الخيار في رفض طلبها إذا ما استوفت دعواها شروطها الإجرائية.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 54 السالفة الذكر، فإنها لم تنص على أنه يحق للزوج طلب التعويض في حالة إساءة استعمال الزوجة لحق الخلع، إذ أن صداق المثل قد لا يكون كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج. فإن ادعى الزوج أنه قد تضرر من استعمال الزوجة لحقها في الخلع يقع عليه عبء إثبات هذا الضرر، فيلتزم بإثبات عناصر هذا التعسف، ويرخص له في ذلك باستعمال كافة طرق الإثبات القانونية المقررة، فعليه مثلا أن يثبت أن الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، إذ أنه لم يدفعها إلى طلب الخلع بإساءة عشرتها، أو أنها إنما لجأت لإتباع هذا السلوك أنانية منها، ولدوافع ذاتية فقط.

وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي سلطة بأن يقضي أن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر، وإما أن الزوجة قد استعملت حقها في حدود ما وضع له، وأنها قد حققت منه فائدة مشروعه، وأن الزوج لم يلحقه ضرر وبالتالي لا يلزمها بالتعويض.

وعليه، فإن المشرع **لا يعتبر بدل الخلع تعويضا**، ذلك لأنه قد جعل التعويض عن كل خلع يقضي به القاضي سواء كان للزوجة أسبابا ودوافعا كافية، أو كان طلبها للخلع بغير مبرر شرعي وقانوني، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر، كما أنه قد حدد هذا التعويض بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، إلا أنه يمكن أن يلحق بالزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة التي حددها المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة.

أما من الناحية العملية فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 07/21/ 1992 بأنه:" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

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

وعليه، فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون؛ ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[32].

فالملاحظ من خلال هذا القرار أنه جعل بدل الخلع لا يتجاوز قيمة صداق المثل كتعويض للزوج عند استعمال الزوجة حقها في الخلع منعا للابتزاز والتعسف، ومن جهة أخرى يمكن أن لا يتناسب وحجم الضرر اللاحق بالزوج، بل أن القاضي إذا لم يكن له سلطة في أن يقضي بتعويض أكثر من ذلك فإنه لا يدخل في تفاصيل طلب الزوجة للخلع، ولا يبحث في الأسباب والدوافع التي جعلتها تقيم هذه الدعوى؛ لأن استحقاق الزوج لهذا المبلغ هو في كل حالة خلع سواء كان للزوجة أسباب ودوافع أو لم يكن لها. ويقضي به القاضي سواء كان مناسبا للضرر اللاحق بالزوج أو لا يتناسب معه وقد يكون في ذلك إجحاف بحق الزوج في جبر الضرر اللاحق به.

خاتمة:

في نهاية هذه الورقة البحثية، يمكن القول بأن سكوت المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون رقم 84 - 11، وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في

مسألة اشتراط رضى الزوج، وباعتبار أن الخلع هو حق للزوجة ولا يشترط فيه رضا الزوج أخذا بالمذهب المالكي، وبالتالي وجب على قاضي شؤون الأسرة استجابة لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع، وهو ما تم تأكيده من خلال أحكام المادة 54 في فقرتها الأولى بموجب الأمر 05 - 02 بقولها:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

أما بالنسبة لبدل الخلع، فإن المشرع خول للقاضي سلطة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين على ذلك، وما يزيد من صعوبة عمل القاضي في هذا الصدد تخصيص المشرع نصا واحد لأحكام الخلع المتمثل في المادة 54 من قانون الأسرة.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون تقيد المذهبي، وهذا يُفترض في القاضي أن يكون مُلِّما بمختلف الآراء الفقهية المتعددة في كل مسألة لم يرد فيها نص.

الهوامش:

[1] - ابن منظور، لسان العرب، ج 08، ص 76.

[2] - المبارأة: من بارءه شريكه إذ برأ كل واحد منهما صاحبه. فعرف **المالكية الخلع** بأنه": اسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل إلى معنى واحد و هو بذل المرأة العوض على طلاقها؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص55.

[3] - ابن عابدين، رد المحتار على در المختار، ج 03، ص 483.

[4] - سورة البقرة، الآية 229.

[5] - النسائي، باب ما جاء في الخلع، المطبعة المصرية بالأزهر، ج 06، ص169.

[6] - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 66.

[7] - ابن حزم الأندلسي، المحلي، دار الكتب العلمية، ج 09، ص 511.

[8] - كمال بن همام، شرح فتح القدير، ج 03، ص199.

[9] - السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج 05، ص202 - 203.

[10] - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص68.

[11] - قانون الأسرة الجزائري رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان 1409هـ الموافق ل 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل 2005/02/27، الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 27/ 02/ 2005.

[12] - وفي هذا يقول **الدكتور بلحاج العربي** على أنه: " إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة، ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على المال، يعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية"؛ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03، 2007، ج 01، ص 263 - 264.

[13] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603، عدد خاص، ص134، تعليق حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، ص167.

[14] - المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج 01، ص293؛ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 199.

[15] - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط 05، 2003، ج 03، ص136.

[16] - وفي هذا يقول **السرخسي:"** وإذا اختلعت المرأة من زوجها فالخلع جائز والخلع تطليقة بائنة عندنا"؛ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص199.

[17] - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص56 - 57.

[18] - باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، ط 2007، ص 69 .

[19] - عجالي بخالد، السلطة التقديرية للقاضي في الخلع بين ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها القضائية، مداخلة مقدم ضمن فعاليات الملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، يومي 24 - 25 أكتوبر 2018، معهد العلوم الإسلامية، جامعية حمة لخضر الوادي، ص 878.

[20] - د. بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 263 - 264.
[21] - المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية، عدد03، 1990، ص72.
[22] - المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 73885، المجلة القضائية، عدد 02، 1993، ص55.
[23] - المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص134.
[24] - المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216239، اجتهاد قضائي، عدد خاص، ص.138
[25] - المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 141262، المجلة القضائية، عدد01، 1998، ص121.
[26] - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص68.
[27] - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 61؛ الدردير، الشرح الصغير، ج 02، ص 524؛ الشيرازي، المهذب، ج 02، ص 75.
[28] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 22/ 04/ 1985، ملف رقم 36709، المجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 92.
[29] - أما في حالة ما إذا كانت الزوجة قاصر فعلى القاضي أن يراعي مصلحتها عند تقدير بدل الخلع.
[30] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 11/ 10/ 2006، ملف رقم 365244، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2007، ص 467.
[31] - أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط 2004، ص 58 - 59.
[32] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 21/ 07/ 1992، ملف رقم 83603، اجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص 134.

قائمة المراجع:

الكتب:

- النسائي، باب ما جاء في الخلع، المطبعة المصرية بالأزهر، ج 06، ص169.
- السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج 05، ص202 - 203.
- الدردير، الشرح الصغير، ج 02، ص 524؛
- الشيرازي، المهذب، ج 02، ص 75.
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط 05، 2003، ج 03، ص136.
- المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدى، ج 01، ص293.
- ابن منظور، لسان العرب، ج 08، ص 76.
- ابن حزم الأندلسي، المحلي، دار الكتب العلمية، ج 09، ص 511.

- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص68.

- ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 61.

- ابن عابدين، رد المحتار على در المختار، ج 03، ص 483.

- ابن همام، شرح فتح القدير، ج 03، ص199.

- أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط 2004، ص 58 - 59.

- بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03، 2007، ج 01، ص 263 - 264.

- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، ط 2007، ص 69 .

المداخلات:

- عجالي بخالد، السلطة التقديرية للقاضي في الخلع بين ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها القضائية، مداخلة مقدم ضمن فعاليات الملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، يومي 24 - 25 أكتوبر 2018، معهد العلوم الإسلامية، جامعية حمة لخضر الوادي، ص 878.