

دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي وتقدير بدل الخلع « دراسة مقارنة »

الأستاذ الدكتور: رايس محمد/جامعة تلمسان

د-شامي أحمد/جامعة ابن خلدون - تيارت

تمهيد:

إن قانون الأسرة كغيره من القوانين الوضعية، لا يخلو من الثغرات والغموض في مختلف نصوصه، فقد عمل المشرع الجزائري على منح سلطة تقديرية للقاضي تشمل مختلف المجالات التي يعالجها هذا القانون، وتغطي كافة موضوعاته، حيث منح له سلطة تقديرية في استنباط القاعدة القانونية، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص القانوني، وذلك طبقاً لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 الصادر بتاريخ 09 / 06 / 1984 المعدل بموجب الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ بتاريخ 27 / 02 / 2005؛ دون تحديد المذهب الفقهي الذي يستند إليه القاضي، ما يعني إعطائه سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بأي رأي يشاء، متبعاً في ذلك مسلك الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة من بعده رضوان الله عليهم، ومخالفاً للتشريعات العربية والإسلامية التي سبقت، والتي تأثرت بالتقييد المذهبي للسلطة التقديرية للقاضي.

كما أن الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة، يختلف نوعاً ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا التجارية أو الاجتماعية، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل، لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية والاجتماعية والدينية، وبالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب اجتماعي كبير، باعتبار أن إصلاح الأسرة هو إصلاح للمجتمع بأكمله، لأن الأسرة هي أصغر وحدة في النظام الاجتماعي.

وما تجدر الإشارة إليه أن معظم نصوص قانون الأسرة الجزائري جاءت مرنة، تسمح للقاضي بإيجاد الحل المناسب، باختلاف الظروف والملابسات، فقد فتحت الباب واسعاً أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية، وإيجاد العلاج المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالح أفرادها.

ومن هنا يمكن قول بأن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، هي صلاحية قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل في إطار قاعدة قانونية معينة، تكون صالحة التطبيق على النزاع المطروح، مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدده ذلك للرقابة القضائية.

فالمشرع الجزائري فتح لقاضي شؤون الأسرة بابا واسعا لإعمال سلطته التقديرية أثناء ممارسته عمله القضائي، وهو الأمر الذي نلمسه باستقراءنا لمختلف نصوص قانون الأسرة، حيث نجد حوله سلطة تقديرية فيما يتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي وتقدير بدل الخلع.

فقد يتعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، ويسبب ضررا للزوجة؛ وقد تتعسف الزوجة في مخالعة زوجها دون رضاه، ففي هتين الحالتين يجوز للقاضي التدخل وإعمالا لسلطته التقديرية، أن يحكم بالتعويض للزوجة في حالة تضررها من الطلاق التعسفي؛ وكذلك يجوز للقاضي تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على ذلك.

وعليه، فالإشكالية التي يمكن أن نطرحها تتمثل فيما يلي: كيف يتم إعمال السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي وبدل الخلع؟ وما هي السبل التي يعتمد عليها القاضي في ذلك؟

ومن هنا نقوم بمعالجة هذه الإشكالية من خلال بحثين: يتعلق الأول بدور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، أما الثاني فإننا سنتناول فيه دور القاضي في تقدير بدل الخلع.

المبحث الأول

دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

سننترق في هذا المبحث إلى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي في المطلب الأول؛ ثم نتناول في المطلب الثاني دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الأول

التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي

لما كان المقرر في الشريعة الإسلامية أن الأصل في الطلاق الحظر، وأنه لا يباح إلا لحاجة ملحة، كان الطلاق التعسفي منهيًا عنه نهياً باتاً، بل إن صاحبه آثم شرعاً، وذلك لتعسفه في استعمال الطلاق؛ مما يستوجب الحكم عليه بالتعويض، ذلك أن التعويض عن الضرر أمرٌ مقررٌ شرعاً وعقلاً، وقانوناً وعرفاً، جبراً للضرر، ورعاية للحقوق وزجراً للمعتدين، وتوفيراً للاستقرار، وتحقيقاً للعدل وقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض عن الأضرار؛ ورغم أهمية هذه المسألة لم يرد مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح جديد أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية تبعاً للنظريات الفقهية ولرأي بعض الفقهاء بأن الأصل في الطلاق هو الحظر؛ ومن ثم تستحق المطلقة طلاقاً تعسفياً التعويض إذا كان طلاقها بدون سبب مشروع للأضرار العديدة التي تلحق بالمرأة نتيجة الطلاق، حيث ضياع مستقبلها وفقدان المأوى وقلة الرغبة بها زوجة في أسرة جديدة؛ ويجوز إطلاق التعسف والعنت والمضارة بهذا التقييد على نوع خاص من الظلم، وهو الظلم الناشئ عن استعمال الحق أو التصرف فيه تصرفاً مخالفاً لمقصود الشارع من شرعه⁽¹⁾.

فخلافاً لقلّة من الفقهاء الذين يرون عدم مشروعية استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي، كونه حق جائز للزوج يسوغ له إيقاعه ولأن الجواز الشرعي ينفي الضمان، لذلك متى وجدت هذه الحاجة، ووقع الطلاق على أساسها، فليس من الصواب فرض التعويض على الزوج المطلق. يرى غالبية العلماء المعاصرين وجوب التعويض في مقابل الضرر اللاحق بها من جراء تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق؛ قياساً على الخلع فكما المرأة تدفع للزوج ما يتفقان عليه مقابل الخلع، فإن الزوج يلتزم بالتعويض مقابل الطلاق⁽²⁾.

1 - د. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، ط 02، 1968م، ج 01، ص 116.

2 - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009م، ص 580.

كما قاسوا مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي على مشروعية متعة المطلقة⁽¹⁾ حيث قال ابن حزم، وأحمد في قول له بأنها واجبة لكل مطلقة؛ وقال مالك بأنها مستحبة لكل مطلقة؛ والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة؛ فأبو حنيفة يرى أنها واجبة على كل من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى، والشافعي يرى أنها واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبَله، إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول، فلا متعة لها؛ وعلى هذا جمهور العلماء. وعليه يمكن تحصيل رأيين لدى العلماء المعاصرين في هذه المسألة على النحو الآتي:

أولاً- الرأي الأول: ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين ومنهم: (وهبة الزحيلي؛ عبد الرحمان الصابوني؛ مصطفى السباعي؛ عبد الوهاب خلاف؛ عبد الفتاح عمرو؛ محمد عبده)⁽²⁾، وغيرهم إلى أنه إذا أوقع الزوج الطلاق دون سبب معقول ومجرد تعنت منه كان متعسفًا في استعمال حقه وجزاء التعسف هنا هو التعويض المالي، وعللوا رأيهم بأن التعويض تخيف الإيحاش الذي أصاب الزوجة بالطلاق، وجبر بعض الأذى المادي والنفسي الذي أصابها بسببه؛ وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بمايلي:

1- إن الطلاق إما أُبَيِّحَ لحاجة، فمن أوقعه بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعًا، وإثمه دليل على أنه أساء استعمال حقه وإساءة استعمال الحق توجب التعويض لما يوقعه من ضرر بالمطلقة⁽³⁾.

2- تطبيق مبدأ السياسة الشرعية العادلة؛ والتي تمنع ظلم الزوجة وتعرضها للفاقة والحرمان والבוؤس؛ بسبب تعسف الزوج وتعنته في استعمال حقه في ايقاع الطلاق⁽⁴⁾.

3- قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة والتي أوجبها بعض الفقهاء واستحبها بعضهم

1 - د. مجيد علي العبيدي: الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية جامعة بغداد 3 المجلد الأول، 2009 م، ص 27.

2 - عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 117؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ط 07، 1385هـ، ج 01، ص 276؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، ط 02، 1990م، ص 142.

3 - عبد الوهاب خلاف، المرجع نفسه، ص 142.

4 - د. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 267.

ورغب فيها القرآن وجعلها بالمعروف، فيتك تقديرها للقاضي بحسب العرف⁽¹⁾.

4- قياس التعويض عن الطلاق التعسفي على طلاق الفار، إذ إن الزوجة تُورث من الزوج لتعسفه في إيقاع الطلاق من حيث الزمان، فالظاهر أن حرمانها من الميراث هو الباعث على الطلاق وهو غير مشروع، والطلاق بدون سبب غير مشروع أيضاً، وحيث إن المريض مرض الموت لما طلق زوجته هروباً من ميراثها عوقب بتوريثها، فكذلك المطلِّق دون سبب أو حاجة عوقب بتعويضها عن الضرر الذي أوقعه بها⁽²⁾.

5- لأن في الطلاق التعسفي ضياعاً لمستقبل الزوجة وتفويتاً لفرص لها قد لا تعود، والقاضي منوطٌ به إنصاف المظلومين، فعليه معاقبة من يسيء التصرف سواءً كان ذلك في ماله أم في طلاقه. فمن طلق زوجته وأصابها ضرراً من جراء ذلك، أو لم يكن هناك سبب شرعي يدعو إليه، فالطلاق تعسفي يجب فيه التعويض⁽³⁾.

6- في التعويض زجر لمن يطلِّق يغير سبب؛ كونه عبثاً مالياً يكلف به عند إيقاعه الطلاق؛ مما يدفعه إلى التفكير مراراً وإعادة النظر قبل إيقاعه⁽⁴⁾.

7- قياس التعويض على الخلع، فالخلع يجيز للزوج أن يأخذ من زوجته ما يتفقان عليه من مال مقابل طلاقها تعويضاً له، وكذلك يجوز للزوجة أن تأخذ التعويض من زوجها بسبب طلاقها⁽⁵⁾.

ثانياً- الرأي الثاني: لا يجب التعويض للمطلقة عن الطلاق التعسفي؛ وهو قول (زكي الدين شعبان، ومحمد أبو زهرة، وعبد الكريم زيدان، ومحمد الزحيلي، وبدران أبو العينين، وعمر الأشقر)⁽⁶⁾. ويعلل أصحاب هذا الرأي رأيهم بأن المسؤولية المدنية تعاقدية مشتقة من العقد نفسه، ولم يؤثر عن الرسول الله صلى الله عليه وسلم أو الصحابة مطالبة المطلِّق إبداء أسباب

1 - مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 267.

2 - مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 265.

3 - د. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 119.

4 - د. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام، دار الوراق، ط 02، 2003م، ص 147.

5 - د. محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، 1418هـ، ص 38.

6 - الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 02، 2005م، ص 285؛

محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ص 60.

الطلاق، فالتعويض عقوبة على أمر جائز وهذا مخالف للقاعدة الفقهية (الجواز ينافي الضمان)؛ ضف إلى ذلك أن إساءة الزوج استعمال حقه في الطلاق مسؤولية دينية لا تدخل تحت سلطان القضاء؛ وقد استدل هؤلاء بما يلي:

1- إن الطلاق حقٌّ مباحٌ للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد في استعماله بالحاجة، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فقد استعمل حقه الشرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق⁽¹⁾.

2- إن الطلاق، وحتى لو قلنا إن الأصل فيه الحظر والمنع ولا يباح إيقاعه وإلا للحاجة، لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، وقد تكون مما يتوجب ستره، بحيث لو عرض أما القضاء لأدى ذلك إلى التشهير بكرامة الزوجين⁽²⁾.

3- يصعب غالبًا إثبات التعسف، مما يؤدي إلى تقاذف الزوجين، فيكون في ذلك من التشهير والخط بكرامة الزوجين وهو ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي⁽³⁾.

4- إزام الزوج بالتعويض إرغامٌ له، ولو بطريقة غير مباشرة على استمرار معيشة مشتركة لا تحقق المثل الأعلى الذي أقامه لنفسه، ومثل هذا الإرغام يخرج الزواج عما شرع له ويجعله علاقة مفروضة على إرادة الطرفين وليست قائمة على التقدير المتبادل المبني على الرغبة المشتركة، ومثل هذه الحالة تآبها كرامة الزوجين بلا شك⁽⁴⁾.

5- إيجاب التعويض سيؤدي إلى تقاذف وتبادل التهم وكشف أسرار البيوت، كي يثبت كل واحد من الزوجين أن الإساءة ليست منه، وفي هذه الحالة فإن الضرر الأكبر سيعود على المرأة، هذا بالإضافة إلى نشر العداوة والبغضاء والتدابير بين الأسر⁽⁵⁾.

6- إن الزوجة حين زواجها كانت تعلم أن الزوج يملك في كل لحظة أمر طلاقها، فهي تعرف

1 - عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 101.

2 - الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 285؛ عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص 104.

3 - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، ط06، ص 381.

4 - عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص 104.

5 - الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 285؛ زكي الدين شعبان، المرجع نفسه، ص 380.

النتائج المترتبة على عقد الزواج، لذا ليس لها أن تتطلب التعويض⁽¹⁾.

7- التبعات المالية المترتبة على الطلاق كمؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة لمن تجب لها من المطلقات؛ تعتبر تعويضاً كافياً للزوجة عن الضرر الذي لحقها بسبب الطلاق⁽²⁾.

8- إن إيجاب التعويض عقوبة، والعقوبة لا تكون إلا على فعل محرم، ولذا فإنه يؤخذ من وجوب التعويض تحريم الطلاق الذي لم تبد له أسباب أمام القضاء، أو كان بدون سبب فعلاً، وهذا ما لم يرو عن أحد من سلف المسلمين، بل إن كثيراً من حوادث الطلاق التي رويت عن الصحابة ومن بعدهم لم يرو فيها تعليل الطلاق، أو مطالبة المطلق به⁽³⁾.

9- فرض التعويض على المطلق يفضي إلى منع الطلاق الذي لا ظلم فيه، كما لو أراد الزوج طلاق زوجته لريبة أحاطت بها مؤثراً الستر عليها، وهذا يتنافى مع الحق⁽⁴⁾.

الترجيح: بعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها؛ فأنا نميل إلى ترجيح الرأي القائل بجواز التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك لما يلي:

1- لصحة الأدلة التي استدلوها بها؛ وضعف الوازع الديني وغياب التقوى عن تعاملات الناس، وتقصيرهم في الوفاء بالتزاماتهم؛

2- كثيراً ما يوقع الزوج الطلاق عن غير رغبة منه؛ بل إرضاء لأطراف خارجية أو انتقاماً منها.

وعند التحقيق في المسألة يلاحظ أنه إذا كانت المتعة مشروعة في حالة الطلاق غير التعسفي على خلاف بين الفقهاء في وجوبها أم استحبابها، دفعا لضرر متوقع؛ فإن تقرير التعويض في الطلاق التعسفي مع ما فيه من أضرار، وألم للفراق؛ وتفويت لنعمة المتعة الزوجية التي ربما تحرم منها مدى الحياة وسط تزايد مشكلة العنوسة؛ فإن تقرير التعويض يكون من باب أولى.

وعليه فإذا طلق الرجل زوجته دون سبب مقبول؛ فإنه يكون قد تسبب بإيقاع الضرر عليها

1 - عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص 100.

2 - عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص 101.

3- تيسير رجب، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط01، 2009م، ص118.

4 - عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 101 وما بعدها؛ د. تيسير رجب، المرجع السابق، ص 11

بتعسفه في استعمال حقه، دون إبراز أسباب جدية تحت سلطة القاضي التقديرية، فإن الضرر يكون ثابتا ومفترضا ولا يمكن تداركه بالإزالة، فيتدارك عندئذ بالتعويض القضائي، وذلك جبرا للضرر، وتخفيفا من الألم الذي لحق بها بما يتناسب مع حالة الزوج المالية ودرجة التعسف¹⁽²²⁾.

المطلب الثاني

دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

سنتناول في هذا المطلب الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي لاستحقاق التعويض، ثم نبين كيفية تحديد القاضي لمقدار التعويض، هل يتم ذلك بحجم الضرر اللاحق وفقا للقواعد العامة في الإثبات أم يتم ذلك بحسب وسع الزوج؟ وفي الأخير نبين رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة.

أولا- الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي: لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 27/ 01/ 1986 أنه: «من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة»²⁽²³⁾.

فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض؛ فالضرر وفقا لهذا القرار ثابت إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق.

وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم، فإذا ما تبين للقاضي أن جانبا من الأسباب الدافعة إلى الطلاق، يتحملة الزوج وجانب آخر تتحملة الزوجة، فهنا يجوز للقاضي استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة؛ وذلك لانعدام التعسف، ويتبع ذلك رفضا لطلب التعويض .

1 - عبد الرحمن الصابوني، مدى الحرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 109.
2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 27/ 01/ 1986، ملف رقم 39731، م - ق، عدد 04، 1993، ص 61.

فالطلاق شرع لرفع الضرر وليس بإلحاق الضرر للزوجة، والتعويض الذي يحكم به القاضي ليس لكل مطلقة، بل في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ويصيب الزوجة ضرر من جراء ذلك، وتطبيقاً لنص المادة 52 من قانون الأسرة بقولها: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض على الضرر اللاحق بها»؛ فإن الحكم بالتعويض مقيد بشرطين:

1- أن يثبت القاضي أن الطلاق، لم يكن لسبب جاد، كأن يكون لتفادي مشكلة ولا لدفع ضرر واقع من الزوجة، ولا لأي حكمة من الحكم التي شرع الطلاق من أجلها، وعندئذ يكون طلاقاً تعسفياً. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 17/11/1998 بقولها: «من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ومتى تبين من قضية الحال، أن قضاة الموضوع قضا للمطعون ضدها بالتعويض، دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً»⁽²⁴⁾.

من هنا يتضح لنا أن مسؤولية الزوج في استعمال حقه بالطلاق التعسفي هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن ثم بانعدام التعسف الذي يثبت بمشاركة الزوجة في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق ولو لم يتم الطلاق بالتراضي.

2- أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي من جراء الطلاق، فإن كان الضرر الأدبي أو المعنوي غالباً ما يصاحب الطلاق، فإن الضرر المادي يحتاج إلى إثبات، كأن أوقفها عن وظيفتها أو دراستها وتزوجها ثم طلقها من غير سبب. فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه، وبين ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال⁽²⁵⁾.

وما دام أن الطلاق بيد الزوج، فدور القاضي هنا يكون الكشف عن إرادة الزوج، وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة أو الإرادة، وذلك لاعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، أو في حالة عدم قدرته على إثبات ما يدعيه، أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح. فالقاضي هنا ملزم بأن يحكم للمطلقة بالتعويض المناسب؛

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 27/01/1986، ملف رقم 39731، م - ق، عدد 04، 1993، ص 61.
2- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط 1986 م، ص 366.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 15 / 06 / 1999 بقولها: « من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للهرج، أو تخطيا لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون»⁽²⁶⁾.

ومن خلال هذا القرار فإن القاضي يخرج عن القواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأن البيئة على من ادعى، وأن من يعجز عن إقامة البيئة على صحة دفوعاته يخسر دعواه. إلا أنه في مسائل الطلاق فالقاضي يحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج، حتى ولو لم يقدم هذا الأخير البيئة، أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على إثباتها، أو لتجنب الهرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة، ولا يمكن في هذه الحال أن يعاب على قرار القاضي بالطلاق بالقصور في التسبب لأنه مجرد كاشف لإرادة الزوج. أما إذا اعتمد الزوج في إيقاع الطلاق على تقصير من طرف الزوجة، فعليه إثبات ما يدعيه، وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسباً بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر إلى مواقف الأطراف ودفوعاتهم.

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 23 / 05 / 2000 بقولها: « إن القرار الذي لا يكون مسبباً بما فيه الكفاية يكون مشوباً بالقصور في التسبب، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج، فإن البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب»⁽²⁷⁾.

فإذا أقام الزوج دعوى الطلاق على أساس إخلال الزوجة بمسؤوليتها فيقع عليه إثبات ذلك في هذه الحال، ولما كان ثابتاً من خلال هذا القرار للمحكمة العليا أن الزوج أقدم على إيقاع الطلاق على أساس أنه اكتشف أنها غير عذراء بعد الدخول بها، مع أنه لم يشترط عذريتها عند

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 15/06/1999، ملف رقم 223834، إ-ق، عدد خاص، 2001، ص 225.
2- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 23/05/2000، ملف رقم 141417، م-ق، عدد خاص، 2001، ص 909.

إبرام عقد الزواج، ففي هذه الحالة عليه عيب إثبات أنها غير عذراء، إلا أن البناء بها يسقط هذا الدفع، وما دامت دفعاته غير مبررة ومعللة يتحمل وحده مسؤولية الطلاق، ويثبت لها الحق في التعويض مقابل ذلك.

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية؛ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 22 / 02 / 2000 بأنه: «إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق»⁽²⁸⁾؛ وذلك لأن التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق.

فالتعويض هنا يقوم على وجود حق، واستعمال هذا الحق قد يلحق ضرراً بالغير سواءً بقصد أو بغير قصد. فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفاً من جانبه وثبت لها التعويض. فاستعمال الطلاق حتى ولو تضررت به الزوجة، لا يمكن أن يكون خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية لأنه حق مخول شرعاً وقانوناً للزوج.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد أعطى للزوجة أحقية الحصول على التعويض في كل طلاق أو تطليق ثبت أنه وقع بتعسف الزوج أو أضر بها، وهو ما ورد من خلال المادة 84 من مدونة الأسرة المغربية، والتي تنص أنه: «تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه».

تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة».

وجاء في دليل العملي لمدونة الأسرة المغربية بقولها: «عند الحكم بتعويض لفائدة أحد الزوجين تراعي المحكمة في تقديره مدى مسؤولية المتسبب منهما في الفراق»؛ كما جاء فيه أيضاً: «كلما

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 22/02/2000، ملف رقم 335656، م-ق، عدد 01.2000، ص 282.

حكمت المحكمة بالتطبيق أمكنها أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق لزوجته عنه طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود.

والتعويض عن الضرر لا يدخل ضمن مستحقات الأخرى التي يحكم بها نتيجة الطلاق التعسفي، ولا يحكم القاضي بهذا التعويض تلقائيا، بل يتعين على المتضرر المطالبة به إما بمقال مكتوب أو بواسطة تصريح أمام المحكمة، وتقدير قيمة التعويض موكول إلى سلطة المحكمة، التي عليها أن تراعي في تحديدها مدى الضرر الحاصل وتأثيره على شخص المطلقة».

أما من الناحية العملية فإن القضاء المغربي كرس ذلك في عدة قرارات منع قرار المجلس الأعلى بتاريخ 28 / 11 / 2007 والذي قضى بأنه: «إن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ليس العنصر الوحيد في تقدير المتعة، وإنما يؤخذ بعين الاعتبار بقية العناصر الأخرى المنصوص عليها في المادة 84 والتي تدخل ضمن السلطة التقديرية للمحكمة التي لا معقب عليها إذا بنت قضائها على أسباب سائغة، مما يجعل الفرع من الوسيلة بدون جدوى».

وهناك قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 14 / 01 / 2009 والتي قضت بأنه: «حصول الضرر أساس الحكم بالتعويض في الطلاق... نعم؛ يكون حكم القاضي بعدم قبول طلب التعويض قد صادف الصواب. طالما أنه لا يوجد ما يفيد تضرر الزوجين من جراء الطلاق».

وفي هذا المقام لا بد من الإشارة أن العمل القضائي أثبت أن الحكم بالطلاق التعسفي لا يصدر إلا بعد وضع الزوج لكافة مستحقات الزوجة، وأن عدم وضع المبالغ يعتبر تراجعاً منه إذا كان هو المدعي، رغم أن المدونة لم تشر في أية مادة من موادها على وضع الزوج لمستحقات التطبيق قبل الحكم به، وإنما تداركته وزارة العدل في الأيام الدراسية التي نظمتها لفائدة القضاة المشرفين على أقسام قضاء الأسرة، لمناقشة الإشكاليات العلمية.

ما يتضح لنا مما سبق أنه لا خلاف بين المشرع الجزائري ونظيره المغربي في اعتبار الطلاق التعسفي موجبا للتعويض. ثانيا - رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة: أما فيما يخص رقابة المحكمة العليا لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض بالنسبة للطلاق التعسفي، ومادم هذا داخلا ضمن نطاق سلطة قاضي الموضوع؛ فهذا لا يعني أن القاضي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من

أجله بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القانون. ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض.

وباعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر الحاصل، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض.

ولئن كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا. لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع⁽²⁹⁾.

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي؛ وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 1984/04/02 بأنه: «من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسيبه، وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتها الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناهما أو فقرهما، أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به، خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، ودون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة»⁽³⁰⁾.

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته

1 - د. سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، 1971 م، ص 184.
2 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1984/04/02، ملف رقم 99779، م - ق، عدد 02، 1989، ص 61.

لرفع قيمة التعويض. لاسيما إذا حكم بغير ما هو مناسب، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت عدة سنين؛ وحكم القاضي بتعويض معين سواء كان قليلا أو كثيرا، فإنه رغم ما يملكه من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك، وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار آخر لها بقولها: «من المستقر عليه قضاء، أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التسبيب»⁽³¹⁾.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا، مباشرة أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، إذ قضت محكمة تغنيف بمجلس قضاء معسكر بموجب القرار الصادر بتاريخ 29/03/2009: «فك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وذلك بتعسف منه بين المدعي والمدعى عليها».

وأمر ضابط الحالة المدنية لبلدية الحشم بتسجيل الطلاق بسجلات الحالة المدنية والتأشير به على هامش عقدي ميلادهما وعقد زواجهما؛ إلزام المدعي بأن يدفع لمطلقته المبالغ التالية:

- مبلغ 70000 دج تعويض عن الطلاق التعسفي؛ ومبلغ 20000 دج نفقة عدة؛ ومبلغ 3000 نفقة إهمال تسري شهريا ابتداء من تاريخ 11 / 11 / 2008 إلى غاية النطق بالحكم؛ وإلزام المدعي بأن يمكن المدعى عليها من أغراضها»⁽³²⁾.

ما يتضح لنا أن الطلاق الواقع تعسفيا، لأن الزوج قرر على الطلاق، والزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع، دون أن تحدد هذه الأحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره؛ وكأن القاضي خلال فترة زمنية يلتزم بتقدير التعويض بنفس المقدار، أو على الأقل بمبالغ متقاربة،

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم 75099، م- ق، عدد 01، 1999، ص 65.
2- محكمة تغنيف، مجلس قضاء معسكر، ق، ش، أ، قرار بتاريخ 29/03/2009، رقم الجدول 0118/09. رقم الفهرس، 09/0643، ص 01-03.

وهذا إن كان يسري على اعتبارات تقدير القاضي للنفقة التي يراعي القاضي في تقديرها حال الطرفين وظروف المعاش، فهو لا يصدق على التعويض الذي لا يقضي به القاضي إلا بعد أن يحدد نوع الأضرار اللاحقة بالمطلقة، ومن ثم مقدار التعويض المناسب لجبر خاطرها، وإلا كان حكم القاضي عرضة للنقض فتمارس المحكمة العليا رقابتها عليه في هذا الشأن، ليس في مقدار التعويض وإنما في تحديد نوع الضرر المستحق للتعويض وحجمه.

وفي هذا السياق نقضت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 28/03/2000 بقولها: «وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به، هل هو عن الضرر المادي أم عن الضرر المعنوي، ومعلوم أنه لا يجوز دمجهما معاً، الأمر الذي يشكل قصوراً في التسبب، ينجر عنه النقض»⁽³³⁾.

وقياساً على ذلك فإن الحكم الصادر عن قاضي شؤون الأسرة بمنح تعويض عن الطلاق التعسفي، يجب أن يكون مسبباً تسبباً كافياً، يحدد فيه القاضي نوع الضرر، هل هو مادي أو معنوي، مباشر أو غير مباشر.

وفي الأخير يمكن القول بأن تقدير قاضي شؤون الأسرة، يكون بناء على معيار شخصي، يتحرى من خلاله الأسباب والدوافع الجدية التي دفعت الزوج إلى توقيع الطلاق، ومدى ضلوع الزوجة فيه؛ أي يتمثل في النية أو الباعث؛ وآخر موضوعي يتمثل في الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق، فإذا ثبت تعسف الزوج وجب على القاضي أن يحكم بالتعويض؛ ومبلغ التعويض غير محدد سواء في الضرر المادي أو المعنوي، وهو متروك للسلطة التقديرية للقاضي، وليس بالاستناد إلى حالة الزوج غنياً كان أم فقيراً، وإنما مقدار التعويض يكون على حساب الضرر اللاحق بالزوجة، ولا يمكن تحديد مبلغ معين لكل مطلقة تعسفاً، لأن الضرر يختلف من مطلقة إلى أخرى.

أما فيما يخص أساس التعويض فهو مسؤولية الزوج على الطلاق طبقاً لأحكام المادة 52 من قانون الأسرة والمادة 124 مكرر من القانون المدني⁽³⁴⁾، والتعسف في استعمال الحق استناداً

1 - المحكمة العليا، غ، م، قرار بتاريخ 28/03/2000، م - ق، 2003، عدد خاص، ص 627.
2 - تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني، بقولها: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية: - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير: - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر

للقاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار»، وليس بناء على أحكام المادة 124 من القانون المدني.

كما يجب على المشرعين الجزائري والمغربي؛ ضرورة توسيع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، في مجال منع لتعسف في استعمال الحقوق الزوجية عموما والطلاق خصوصا، نظرا لخطورته وكثرة الحالات المعروضة منه أمام قضاة ومحاكم شؤون الأسرة، فغالبا يتعلق بموضوع التعسف في استعمال الحق خاصة إذا كان بدون مبرر شرعي أو قانوني.

إلا أن استعمال الرجل لهذا الحق يختلف في طبيعته عن نظرية الحق في القانون المدني وفق المادة 124 مكرر التي موضوعها أن صاحب الحق المخول له قانونا إذا ما استعمله في حدود ما ذكر في هذه المادة يكون متعسفا في استعمال الحق، وبالتالي يُحمّل المتعسف مسؤولية تعسفه ويلزم بالتعويض. فمسألة الإثبات في وجود التعسف تقع على الطرف المتضرر، فإذا ما استعمل الشخص حقه القانوني في إحداث أثر قانوني، فالأصل أنه لا يلام على استعماله لهذا الحق إلا إذا ثبت أنه متعسف فيه للإضرار بالغير، وعلى المتضرر إثبات التعسف سعيا وراء تعويضه، ولا يلزم من استعمال حقه بإثبات مبررات استعماله لهذا الحق وفقا للمادة 124 مكرر.

ويكمن الاختلاف بين حق الزوج في استعماله الحق في الطلاق وبين الحق في القانون المدني في مسألة الإثبات، أن الزوج يعدّ بصفة آلية متعسفا في استعمال الحق تجاه الزوجة إلا إذا أثبت هو عكس ذلك. إذ أنه من طبيعة خاصة لأن مصدره العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 124 و124 مكرر من القانون المدني، وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعا.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 22 /02 /2000 جاء فيه ما يلي: «إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق»، وفي تأكيدها على هذا المبدأ جاء في القرار: «لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41

الناشئ للغير؛ - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

و124 من القانون المدني.

وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون، وأن قرارهم يكون سليماً، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 من القانون المدني، أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقاً لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني، فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك»¹⁽³⁵⁾.

وفي ذلك تأكيد على أن الحق الأصيل المخول للزوج في إيقاع الطلاق من طبيعة خاصة يختلف عن الحق المنصوص عليه في القانون المدني.

المبحث الثاني

دور القاضي في تقدير البدل الخلع

سنتناول في هذا المبحث دور القاضي في إيقاع الخلع من وجهة نظر الفقه الإسلامي؛ ثم سنتطرق إلى ذلك بالنسبة للمشرع الجزائري؛ ثم نبين بعد ذلك دور القاضي في تقدير بدل الخلع.

المطلب الأول

موقف الفقهاء من اشتراط دور القاضي في مسألة الخلع

إذا كان في نظر الإسلام أن يقع الخلع بالتراضي بين الزوجين؛ وذلك لأن الكثير من الفقهاء يرون بأن الخلع عبارة عن عقد. والعقد يقوم على التراضي فهل يشترط الفقهاء دور للقاضي في مسألة الخلع سواء كان هذا الدور على سبيل الرقابة؛ أم أن الدور أكبر من ذلك كأن يشترط لصحة الخلع ضرورة الإتيان به أمام القاضي، ولو حدث في غيبته لا يصح؟

أولاً- مدى احتياج الخلع لدور القاضي عند الفقهاء: يختلف موقف الفقهاء في هذه المسألة وتنوعت آراؤهم على النحو التالي:

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، القرار بتاريخ 2000/02/22، ملف رقم 235367، م-ق، عدد 01، 2001، ص 275.

الرأي الأول: ذهب إليه جماعة من التابعين من بينهم سعيد بن جبير والحسن البصري ومحمد ابن سيرين⁽³⁶⁾؛ وخلاصة قولهم أن الخلع لا يجوز إلا أمام القاضي بعد بعث الحكمين وفشلهما؛ وبالتالي لا يصح الخلع عندهم بإرادة الزوج والزوجة بل يلزم أن يترافعا إلى الحاكم وهو الذي يقضي بوقوع الخلع.

وقد ذكر الجصاص قول سعيد بن جبير: «لا يكون الخلع حتى يعظها وإلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها فيرويان ما يسمعان إلى السلطان فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق وإن رأى أن يجمع جمع»⁽³⁷⁾².

كما ذكر ابن حجر في شرحه لصحيح البخاري ما قاله الحسن البصري ومحمد بن سيرين: «لا يجوز الخلع دون السلطان» وأن أبا عبيد اختار هذا القول⁽³⁸⁾³.

أدلة أصحاب هذا الرأي: 1- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁴؛ وقوله أيضا: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾⁵.

وجه الدلالة: فقد جعل الله الخوف في الآية الأولى لغير الزوجين بقوله فإن خفتم وأسندته إلى الحكام والولادة وليس إلى الزوجين، ولو كان لهما لقال تعالى: (فإن خافا)، وهذا يدل على أن المراد بالخطاب الولادة وإن الخلع لا يكون إلا عندهم وبواسطتهم؛ ويقوي ذلك قراءة حمزة «إلا أن يُخَافَا» بضم أوله على البناء للمجهول⁽⁴¹⁾⁶.

كذا في الآية الثانية أيضا يدل على نفس المراد في الآية الأولى؛ ومنطوق الآية الكريمة ينص على أن الخلع مشروط بحوف الأمة والحكام؛ إذ هم المخاطبون بقوله تعالى: (فإن خفتم) وهو فرع

1 - ابن حجر، فتح الباري، ج 09، ص 491.

2 - الجصاص، أحكام القرآن، ج 01، ص 395؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 237.

3 - ابن حجر، فتح الباري، ج 09، ص 397.

4 - سورة النساء، الآية 35.

5 - سورة البقرة، الآية 229.

6 - ابن حجر، فتح الباري، ج 09، ص 491.

الترافع إليهم⁽⁴²⁾¹.

2- من السنة:- أمر النبي صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس بأن يقبل الحديقة ويطلقها تطليقة، وقالوا إن أمره صلى الله عليه وسلم كالحكم فيلزم من ذلك ألا يقع الخلع إلا عند القاضي.

كما ذهبوا إلى أن الظاهر من بعض روايات حديث ثابت بن قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم استمع إلى شكوى امرأته بصفته قاضيا فسعى إلى تنفيذ المخالعة التي ثبت مشروعيتها بالكتاب الله عز وجل لقوله تعالى: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)؛ فقد سأل النبي صلى الله عليه وسلم المرأة إن كان لديها المكنة لإعادة الحديقة إليه وهو مهرها المقدم إليها فلما أظهرت موافقتها، طلب النبي ثابت أن يقبل الحديقة ويفارق زوجته، ومن هنا فتصرف النبي صلى الله عليه وسلم تصرف قضائي⁽⁴³⁾².

وذكروا أنه يفهم من رواية الدار قطنى عن أبي الزبير كما ذكر الشوكاني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وافقها ونفذها دون موافقة ثابت، ولما وصل الأمر إلى ثابت أعلن قبوله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم: «عندما قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة... ثابت أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت نعم فأخذها له وخلي سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذه الرواية صريحة في عدم وقوع الإيجاب بين الزوجين وأن النبي صلى الله عليه وسلم حكم للزوجة بالتفريق بعد أن أخذها منها الحديقة، وأن زوجها لم يكن حاضرا عند صدور الحكم فلما بلغه الخبر أعلن قبوله قضاء النبي صلى الله عليه وسلم.

كما ذكر الشوكاني أمر النبي صلى الله عليه وسلم في هذه الواقعة للوجوب ولم يرد ما يدل على صرفه عن حقيقته⁽⁴⁴⁾³، مما يدل على ترجيحه أن الأمر للإيجاب ولم يصرفه عن ذلك صارف.

1 - ابن همام، فتح القدير، ج 04، ص 192-193.

2 - سنن ابن ماجه، ج 02، ص 737.

3 - الشوكاني، نيل الأوطار، ج 05، ص 279.

الرأي الثاني: وذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية)؛ وهو قول عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان - رضي الله عنهما - وهو قول الزهري¹⁽⁴⁵⁾، وهو أن الخلع يجوز بدون القاضي، كما يصح إذا وقع أمام الحاكم، وبالتالي هو صحيح ولا يتوقف على أن يصدر من الحاكم أو أمامه.. فوقوعه أمام الحاكم ليس شرطاً لصحته. وسبب نصهم على ذلك، ليدفعوا ما قد يتوهمه البعض، أن الطلاق الناجم عن الخلع لما كان بعوض فإنه تفادياً للظلم، ربما يتوهم البعض أنه لا يباشر إلا من الحاكم فكان اهتمام أصحاب هذا الاتجاه ببيان الحجج والمبررات التي ذكروها.

أدلة القائلين بهذا الرأي:-1 قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾².

وجه الدلالة: المراد من الآية إذن ولي الأمر بتمكين الزوجين من الخلع، إذا خيف عليهما عدم قيامهما بواجباتهما إذا ترافعا إليه، ولا يعني أنه لا بد من الترافع إليه³⁽⁴⁷⁾.

2 - جاءت الربيع بنت معوذ بن عفراء هي وعمها إلى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فأخبرته أنها اختلعت من زوجها في زمان عثمان بن عفان، فبلغ ذلك عثمان بن عفان فلم ينكره، وقال عبد الله بن عمر عدتها عدة المطلقة⁴⁽⁴⁸⁾.

3- الخلع معاوضة لا يحتاج إلى القاضي بل يقوم على اتفاق أطرافه: فقد ذهب الكثير من الفقهاء إلى تكييف الخلع على أنه عقد معاوضة فهو كالبيع؛ وإن كُيِّفَ على أنه فسخ بالتراضي كان كالإقالة، وكل من البيع والإقالة لا يحتاج إلى حكم حاكم⁵⁽⁴⁹⁾.

4- واستدلوا بقياس الخلع على والطلاق؛ حيث يوقعه الزوج دون حاجة إلى حاكم؛ وفي ذلك يقول الإمام السيوطي بمناسبة بيانه لأنواع الفرق من حيث احتياجها إلى حضور القاضي من

1 - ابن همام، فتح القدير، ج 04، ص 193؛ السرخسي، المبسوط، ج 06، ص 173؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 37؛ الشيرازي، المهذب، ج 02، ص 101؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 513.

2 - سورة البقرة، الآية 229.

3 - ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 512.

4 - ابن همام، فتح القدير، ج 04، ص 193.

5 - ابن همام، فتح القدير، ج 04، ص 193.

عدمه:» وأما لا يحتاج (أي إلى الحاكم) أصلا فالطلاق والخلع»¹⁽⁵⁰⁾.

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء يتضح لنا بأن الراجح هو الرأي الثاني أي رأي القائلين بعدم احتياج الخلع إلى سلطة القاضي، وعلى صحة وقوعه بالتراضي بين الزوجين؛ وذلك لقوة أدلتهم واستنادهم إلى فعل كبار الصحابة الذين يجيزون الخلع بتراضي الزوجين دون حكم القاضي.

من هنا فإنه يمكن القول بأن الخلع لا يحتاج إلى إذن القاضي أي أنه لا يستطيع أن يمنع الخلع إذا اتفق الزوجان عليه الزوجان، لأن الزواج هو عقد رضائي بين الزوجين دون الحاجة لإذن القاضي، وكذلك الفراق بينهما فإنه يتم بتراضي الطرفين ولا يحتاج لإذن القاضي أيضا.

ثانيا- مدى احتياج الخلع لدور القاضي في التشريعين الجزائري والمغربي: إذا كان الأصل في التطبيق 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؛ وللوقوف على هذه الحالات التي تستدعي اللجوء إلى القاضي.

فإذا طلبت الزوجة من زوجها الخلع ورفض الزوج ذلك؛ ففي المسألة رأين، أحدهما يعطي للقاضي سلطة إيقاع الخلع دون موافقة الزوج، والآخر لا يمنحه ذلك؛ وسيأتي تبيان ذلك على النحو الآتي:

1- دور القاضي في إيقاع الخلع دون رضا الزوج: وهذا الرأي هو الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 54 من قانون الأسرة، بقولها: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...»؛ وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تبنى الاتجاه القائل باعتبار سلطة القاضي في إيقاع الخلع على الزوج في حالة رفضه وامتناعه عن إجابة زوجته لطلبها؛ وذلك بموجب الأمر 05 - 02، بخلاف القانون رقم 84 - 11 والتي تنص مادته 54 من قانون الأسرة، بقولها: «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه...»، هذا ما جعل بعض الشراح الأخذ برأي ألا خلع بدون إرادة الزوج، وحاولوا شرح المادة 54 على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج ومعاوضة

1 - السيوطي، الأشباه والنظائر، طبعة الحلبي، ج 01، ص 179.

من جانب الزوجة. وفي هذا يقول د/ 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 شبيهة بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية»⁽⁵¹⁾.

وقد تضاربت الاجتهادات القضائية حول سلطة القاضي في إيقاع الخلع، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط إيقاع الخلع، ومنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضى، وقد انقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين:

أ- الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع: هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها، 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 التطبيق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة»⁽⁵²⁾.

والقرار 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

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

2 - المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51728، م - ق، عدد 03، 1990، ص 72.

وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الإتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضاءه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون؛ ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه»⁽⁵³⁾.

ب- الاتجاه الذي لا يشترط رضى الزوج بالخلع: هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها، القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 الذي قضى بأنه: «من المقرر قانوناً 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 شرعاً، وعليه فإن قضاة الموضوع -في قضية الحال- لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن»⁽⁵⁴⁾. والقرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 بقوله: «الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁽⁵⁵⁾.

إن سكوت المشرع الجزائري في القانون رقم 84 - 11، وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضى الزوج، فإننا نرى أن الخلع هو حق للزوجة ولا يشترط فيه رضا الزوج أخذاً بالمذهب المالكي، وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1996/07/30 بقولها: «من المقرر قانوناً وشرعاً أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائياً بين الزوجين»⁽⁵⁶⁾، وبالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع، وتعد إعادة الوفاق بين الطرفين، ويبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 73885، م- ق، عدد 02، 1993، ص 55.

2- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603، إ- ق، عدد خاص، 2001، ص 134.

3- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216239، إ- ق، عدد خاص، ص 138.

4- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 141262، م- ق، عدد 01، 1998، ص 121.

عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالفين.

وقد سائر القضاء الجزائري الاتجاه القائل برضا الزوج لصحة الخلع، لكن الرأي تغير بعدها بتغيير العديد من الظروف، حيث نصت المادة 1/54 المعدلة بموجب الأمر رقم 05 - 02 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، يمكن لها 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⁽⁵⁷⁾¹، وذلك تنويجا لاجتهادات المحكمة العليا منذ سنة 1992، والتي صبت جلها في خانة الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وهو حق للزوجة تستعمله وقت ما شاءت وليس مجرد رخصة حبيسة التزكية والموافقة من الزوج.

2- ليس للقاضي في إيقاع الخلع دون رضا الزوج: هذا الرأي هو قول أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية، واختيار بعض شراح قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل؛ ومن أقوالهم: «وأن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج، وليس حقا لها تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها»⁽⁵⁸⁾²؛ وأيضا: «لذلك يبقى القول بأن الخلع هو رخصة منحت للزوجة تستعملها عندما تضيق الحياة الزوجية هو القول السليم، ولا يجوز للقاضي أن يقضي به دون رضا الزوج، لا من تلقاء نفسه ولا لمجرد طلبه من الزوجة مرفوقا بعرض مبلغ من المال»⁽⁵⁹⁾³.

فالخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة تمكنها من طلب التطلاق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه، واستحالة المعاشرة معه، ولم يمنحه الفقه الإسلامي في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.

من هنا، فلا يجب الخلط بين الخلع كرخصة للزوجة، إذ تخاصم الزوجان وحصلت المشاققة ولم يتمكن من إقامة حدود الله، وبين التطلاق أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة للأسباب

1 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 68.

2 - د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة « الزواج والطلاق»، المرجع السابق، ج 01، ص 267.

3 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 03، 1996 م، ص 256.

المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، فالخلع كعقد ثنائي الطرفين، أو اتفاق بين الزوج والزوجة لا يتم بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في الطلاق من شروط وأركان، وأن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج، ليس حقا لها تطلبه متى شاءت، وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة، وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 12/03/1969 بقوله: «ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين؛ غير أن عرض الزوجة الخلع لا يخولها أي حق ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به، ولا يمكن اعتبار كطلب مقدم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه، ومن ثم فإن هذا الوجه غير مبرر»⁽⁶⁰⁾؛ والقرار الصادر بتاريخ 19/02/1969 بقوله: «من المقرر شرعا وقانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج»⁽⁶¹⁾.

ما يتضح لنا من خلال هذه القرارات أنه ليس للقاضي من إيقاع الطلاق بالخلع إلا برضا الزوج. وفي الأخير يمكن القول بأنه يجوز للقاضي إيقاع الخلع دون رضا الزوج، إعمالاً لسلطته التقديرية، وذلك لأنه إذا كرهت الزوجة زوجها وبغضته، وخافت أن لا تقيم حدود الله، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة بالخلع مقابل مال تدفعه لزوجها، وذلك مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة».

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد تناول مسألة الخلع في المواد (115 - 120) من مدونة الأسرة المغربية؛ حيث نصت المادة 115 على: «للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه».

يتضح أن المشرع المغربي أجاز للزوجين أن يتفقا على الطلاق بالخلع، موضوعه الأساسي خلاص الزوجة من زوجيتها نظير بدل تدفعه إليه؛ غير أنه يجب أن يأذن به القاضي، طبقا لنص المادة 114/2 من مدونة الأسرة المغربية، بقولها: «عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما

1 - المجلس الأعلى، غ، م، قرار بتاريخ 12/02/1969، م-أ، ج 01، ص 170.
2 - المجلس الأعلى، غ، ق، م، القرار بتاريخ 19/02/1969، م-أ، ج 01، ص 170؛ نقلا عن: د. بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05 - 02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966، 2006)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03، 2007، م، ص 286.

طلب التطبيق للمحكمة مرفقا للإذن بتوثيقه.

تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإن تعذر الإصلاح، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه».

من هنا فلا بد لإيقاع الطلاق بالخلع أن يتوفر على الشروط الآتية:

1- يجب أن يصدر من زوج يصح طلاقه شرعا، وهو الذي توفرت له أهلية أداء كاملة، إذ لا يصح طلاق الصغير والمجنون والمعتوه مقابل بدل يأخذه من الزوجة.

2- يجب أن تكون الزوجة محلا للطلاق، أي تكون في زواج صحيح أو في عدة من طلاق رجعي.

3- يجب أن تكون الزوجة عاقلة راشدة، فإن كانت مجنونة أو معتوهة أو سفیهة، بطل التزامها بأداء بدل الخلع، ووقع الطلاق بائنا، وإذا كانت الزوجة عاقلة ولكنها لم تبلغ سن الرشد، نتج عن الخلع طلاق بائن كذلك، غير أن الزوجة لا تلتزم بأداء بدل الخلع إلا بموافقة نائبها الشرعي، طبقا لأحكام المادة 116 من مدونة الأسرة المغربية.

أخيرا يمكن القول بأن المشرع المغربي يحيز الخلع بتراضي الزوجين، شريطة إجازة القاضي الموضوع.

المطلب الثاني

دور القاضي في تقدير بدل الخلع

سنتناول في هذا الفرع تقدير بدل الخلع في الفقه الإسلامي (أولا)؛ ثم نبين دور القاضي في تقدير بدل الخلع في التشريعين الجزائري والمغربي (ثانيا).

أولا- تقدير بدل الخلع في الفقه الإسلامي: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد مقدار بدل الخلع إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: لا يجوز للزوج أن يأخذ مما أعطاه، فإن خالعه على أن يأخذ أكثر مما أعطاه وقع الخلع بقدر ما أعطاه وبطل فيما زاد على ذلك، وهذا ما ذهب إليه عطاء وعمرو بن شعيب

والزهري وطاووس والحسن البصري وأبوبكر من الحنبلية والأوزاعي والشعبي وغيرهم⁽⁶²⁾¹؛
واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِمًّا مُبِينًا﴾⁽⁶³⁾²؛ **ووجه الدلالة:** الآية صريحة في نهي الرجل عن الأخذ من مهر الزوجة⁽⁶⁴⁾³.

2- ما روي أن ثابت بن قيس كانت عنده زينب بنت عبد الله ابن أبي بن سلول، وكان أصدقها حديقة فكرهته، فقال صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت: نعم وزيادة، فقال صلى الله عليه وسلم: «أما الزيادة فلا ولكن حديقته»، فقالت: نعم، « فأخذها له وخلقى سبيلها»، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس - رضي الله عنه - قال: قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه⁽⁶⁵⁾⁴.

وجه الدلالة: لو كان أخذ الزائد عن الصداق جائزاً لما حدّد رسول الله صلى الله عليه وسلم المال الذي دفعه إليها صداقاً وأمرها برده له دون زيادة⁽⁶⁶⁾⁵.

3- واستدلوا عقلاً بأن العوض بدلٌ في مقابلة فسخ، فلم يزد على قدره في ابتداء العقد، كالعوض في الإقالة⁽⁶⁷⁾⁶.

الرأي الثاني: يتحدد مقدار العوض بما يتراضيا عليه دون النظر لما أعطاهما الزوج من مهر أو غيره، وهذا قول الجمهور من المالكية والشافعية والظاهرية، وبه قال عمر وابن عباس وعثمان وإبراهيم النخعي، وغيرهم؛ وذهب الحنابلة إلى أنه لا يستحب أن يكون العوض أكثر ولكن إذا تراضيا على شيء صح⁽⁶⁸⁾⁷؛ واستدل أصحاب هذا الرأي لصحة قولهم بما يلي:

- 1 - ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 519 - 529؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 37.
- 2 - سورة النساء، الآية 20.
- 3 - ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 194.
- 4 - البيهقي، السنن الكبرى، ج 11، الحديث رقم 15219، ص 180 - 181.
- 5 - ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 195.
- 6 - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 37.
- 7 - ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 37 - 38؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 520؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 193 - 194؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 03، ص 351.

1- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽⁶⁹⁾¹؛ نص الآية عام في جواز المخالعة على الصداق أو أقل أو أكثر⁽⁷⁰⁾².

2- روي أن الربيع بنت معوذ بن عفراء قالت: كان لي زوج يُقِلُّ الخير عليّ إذا حضر ويحرمني إذا غاب، فكانت مني زلة يوماً فقلت له: أختلعت منك بكل شيء أملكه، فقال: نعم، ففعلتُ، فخاصم عمي معاذ بن عفراء إلى عثمان فأجاز الخلع وأمره بأخذ عقاص رأسي فما دونه⁽⁷¹⁾³.

وجه الدلالة: أن عثمان - رضي الله عنه - أباح أخذ الزيادة على المهر⁽⁷²⁾⁴.

3- روي أن عمر بن الخطاب أخذ امرأة ناشراً فوعظها فلم تقبل بخير، فحبسها في بيت كثير الزبل ثلاثة أيام ثم أخرجها، فقال: كيف رأيت؟ فقالت: يا أمير المؤمنين؛ لا والله ما وجدت راحة إلا هذه الثلاث، فقال عمر: اخلعها ويحك من قرطها⁽⁷³⁾⁵.

وجه الدلالة: أن عمر أجاز أخذ كل شيء حتى القرط⁽⁷⁴⁾⁶.

4- ما روي أن مولاة لابن عمر اختلعت من كل شيء إلا من درعها، فلم يعب عليها⁽⁷⁵⁾⁷.

وجه الدلالة: أجاز ابن عمر الخلع بكل شيء، زاد على المهر أو نقص عنه⁽⁷⁶⁾⁸.

الرأي الثالث: التفصيل بناء على نشوز الزوجة أو الزوج؛ وهو قول الحنفية فعندهم لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً إذا كان هو المتسبب في إجراء المخالعة، لعدم إيفاء الزوجة حقوقها وإذا كانت هي المتسببة لإجراء المخالعة لنشوزها وعدم قيامها بحق الزوج فيجوز

1 - سورة البقرة، الآية 229.

2 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج 02، ص 869 - 870.

3 - عبد الرزاق، المصنف، ج 06، الحديث رقم (11894)، ص 385.

4 - ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 520. ابن القيم، زاد المعاد، ج 03، ص 52.

5 - عبد الرزاق، المصنف، ج 06، الحديث رقم (11895)، ص 385.

6 - ابن الهمام، فتح القدير، ج 04، ص 195.

7 - عبد الرزاق، المصنف، ج 06، الحديث رقم (11896)، ص 385.

8 - ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 520.

للزوج أن يأخذ منها بقدر ما أعطاها لا أكثر⁽⁷⁷⁾.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾⁽⁷⁸⁾؛ فهي لا تفصل بين ما أعطاها وبين الزيادة عليه، ولا بين النشوز منه أو منها؛ وأما وجه الكراهة إذا كان النشوز منها، فترجع إلى ما روي في اختلاع زوجة ثابت منه، وقد جاء في هذه الرواية نهي الرسول صلى عليه وسلم عن الزيادة. وكان النشوز منها، فكان هذا النهي نفيا لإباحة أخذ ما زاد على ما أعطاها، فكان مكروها. وهو يدل أيضا على كراهة العوض والزيادة إذا كان النشوز من الزوج⁽⁷⁹⁾.

الترجيح: بعد عرض أدلة كل فريق ومناقشتها أرجح أن زيادة بدل الخلع عن المهر جائز لما يلي:

- 1- قوة الأدلة الرأي الذي يجيز أخذ الزيادة عن المهر وصحة الاستدلال بها؛ ضف إلى ذلك ضعف أدلة القائلين بعدم الجواز الزيادة على المهر.
- 2- فصل الله سبحانه وتعالى في مسألتي الخلع والطلاق بصورة واضحة، والآية التي ساقوها للدلالة على قولهم ليست موضوع نزاع، لأن الجميع متفق على منع أخذ الرجل مهر زوجته أو الزيادة إذا كان النشوز منه.

ثانيا- دور القاضي في تقدير بدل الخلع في التشريعين الجزائري والمغربي: لقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل في الخلع؛ وهو أهم شرط من شروط المخالعة، لأن الخلع طلاق بعوض، ومقابل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها؛ 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؟

فالمشرع الجزائري تناول ذلك من خلال المادة 2/54 من قانون الأسرة، بقولها: «إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم».

1 - المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج 02، ص 14.
782 - سورة البقرة، الآية 229.

793 - المرغيباني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج 02، ص 14.

من هنا فإن المشرع الجزائري 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 خلعاً، لأن الحضانة هي حق للمحزون، 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 فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أداءه فيحكم بالطلاق خلعاً مقابل مال لا يتجاوز قيمته قيمة المهر الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

وقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع من خلال عدة قرارات، منها قرار المجلس الأعلى سابقا المؤرخ في 1968/05/22، والذي جاء فيه: «من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه، فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديد بناء على الصداق المعجل، وما يثبت لهم من الظلم، وينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج دون حاجة إلى اشتراط أدائه فورا، إذ تمكن فوق ذلك تأجيل دفعه، كما يسوغ أن يكون شيئا غير موجود وقت الاتفاق»¹⁽⁸⁰⁾. وهو ما 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 اتفاقاً على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق. وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها، واشتراط الزوج خلعاً قدره 50 ألف دج، رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق

1 - المجلس الأعلى، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1968/05/22، م - أ - ق، ج، 01، ص 35، ن - ش، 1968، ص 111.

بخلع وطلبهما له معا»⁽⁸¹⁾¹.

فالملاحظ أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أعطى سلطة تقديرية واسعة لقضاة الموضوع 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 مراعيًا 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 للاستثناس فقط، وإذا كانت الزوجة قاصر فعلى القاضي أن يراعي مصلحتها عند تقدير بدل الخلع.

كما أنه يجب على القاضي عند تقديره لبدل الخلع أن ينطق به عند صدور الحكم بالطلاق وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006 / 10 / 11: «لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعاً، سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا»⁽⁸²⁾².

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 اتفاهه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة⁽⁸³⁾³.

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1985/04/22، ملف رقم 36709، م- ق، عدد 01، 1989، ص 92.
2- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 2006/10/11، ملف رقم 365244، م- م- ع، عدد 01، 2007، ص 467.
3- أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط 2004 م، ص 58-59.

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.

وفي هذه الحالة أليس من المتصور أن تتعسف الزوجة في استعمال هذا الحق؟ وإذا توافرت عناصر هذا التعسف ألا يرتب ذلك مسؤوليتها في مواجهة الزوج بتعويضه عن الأضرار المعنوية والمادية التي أصابته؟ وهل يعتبر إلزام الزوجة بدفع بدل الخلع المساوي لقيمة مهر المثل وقت الحكم تعويضا حقيقيا لما أصاب الزوج من ضرر؟

و مادام أن الزوج له الحق في أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة ولا يعتبر حكم القاضي منشأ للطلاق، بل كاشفا لإرادة الزوج، وأنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، بما أن المشرع جعل العصمة بيد الزوج، فالزوج يفصح عن إرادته في الطلاق، أي فك الرابطة الزوجية، إذ لم يقيد المشرع بأي شرط أو التزام، فما على القاضي إلا الاستجابة لذلك ويصدر حكمه بالطلاق؛ على أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بدون مبرر شرعي يسمح للزوجة بطلب التعويض عن الضرر اللاحق بها، فالزوج استعمل حقا خالصا له، ولكنه تعسف فيه، فهذا التعويض يكون على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق؛ وقد نصت المادة 124 مكرر من قانون المدني، وصف الخطأ للتعسف في استعمال الحق إلا إذا اتخذ ثلاث حالات وهي:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر اللاحق بالغير.

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

وحتى إذا أقدم الزوج على طلب الطلاق ولم يتمكن من تبريره فهو طلاق تعسفي؛ وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن الطلاق غير المبرر هو طلاق تعسفي. وقياسا على ذلك فإنه على الزوجة المخالعة كذلك أن تبرر أسباب لجوئها إلى طلب الخلع، وأن استعمالها لحقها في الخلع يجب أن يكون موافقا لنص المادة 124 مكرر من قانون المدني.

فمن الناحية الطبيعية أن الزوجة شأنها في ذلك شأن غيرها يمكن أن تتعسف في استعمال حق

الخلع، كما لو كان الزوج رجلا صالحا، وقائما بواجباته الزوجية والأسرية على الوجه الشرعي والقانوني، ثم تَعَمَدُ الزوجة إلى استعمال حقها في الخلع، فتوقعه رغم تمسكه بها، وامتناله للصلح معها رغم تعنتها لأسباب ودوافع ذاتية لا ترجع إليه.

من هنا تعتبر الزوجة قد تعسفت في استعمال حقها، وانحرفت عن مقصده؛ ومن ثم ألا يرتب ذلك مسؤوليتها قبل زوجها التي تلزمها بتعويض زوجها من جراء هذا التعسف؟ أليس في ذلك الرأي ما يشكل ضابطا موضوعيا وقانونيا وأخلاقيا وشرعيا لاستعمال هذا الحق؟

ولعل في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها مالا يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل، وذلك لتوافر العلة المبتغاة وهي ضبط استعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير المتناهية ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة أخلاقية اجتماعية وقانونية، لضبط إيقاع هذا الحق إذا ما أسيء استعماله. ولا شك أن في هذا المسلك ما يقبله العقل ويقره المنطق، ذلك أنه على هذا النحو إنما نعتبره من قبيل المصالح المرسلة التي عرضت بصور هذا التشريع¹⁽⁸⁴⁾.

إن هذه المسؤولية تجد أساسها في القواعد القانونية المقررة والتي تطرقنا إليها في استحقاق الزوجة للتعويض عند الطلاق التعسفي؛ وكما أن إساءة استعمال الطلاق يقابله تعويض، فإنه من المنطقي أن إساءة استعمال الخلع يقابله كذلك التزام بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر. وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بما لا يتجاوز صدادق المثل وقت الحكم، فهل يعتبر صدادق المثل كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج عند الحكم بالخلع؟ وهل يحق له المطالبة بتعويض يتجاوز هذه القيمة.

إن المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، لم ينص للزوج الحق في التعويض في حالة إساءة استعمال الزوجة لحق الخلع، إذ أن صدادق 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

1 - أحمد حسام النجار، المرجع السابق، ص 61-62.

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 الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر؛ وإما أن الزوجة قد إستعملت حقها في حدود ما وضع له، وأنها قد حققت منه فائدة مشروعته، وأن الزوج لم يلحقه ضرر وبالتالي لا يلزمها بالتعويض.

من هنا فإن المشرع الجزائري 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 1992/07/21 بأنه: «من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالغ 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 قضا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون؛ ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁽⁸⁵⁾.

ما يستخلص من هذا القرار أنه جعل بدل الخلع لا يتجاوز قيمة صداق المثل كتعويض للزوج

1- المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603، إ-ق، عدد خاص، 2001، ص 134.

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 مناسباً للضرر اللاحق بالزوج أو لا يتناسب معه وقد يكون في ذلك إجحاف بحق الزوج في جبر الضرر اللاحق به.

أما بالنسبة لبدل الخلع في التشريع المغربي فقد نصت المادة 118 من مدونة الأسرة المغربية، بقولها: «كل ما صح الالتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف ولا مغالاة».

ومن هنا فإن بدل الخلع لا يصح أن يكون عبارة عن شيء أو حق أو عمل محرم، وإلا وقع الطلاق بائنا مع سقوط بدل الخلع؛ ويصح أن يكون بدل الخلع عبارة عن منقول أو عقار، مؤجلا أو معجلا، ملكا أو منفعة، ويصح أن يكون عبارة عن إبراء من دين كالنفقة أو أجره الحضانه أو أجره الرضاع، أو القيام بعمل مشروع. والمهم هو أن يدخل في دائرة التعامل ويقوم بالنقود، إذا لم يكن هو عبارة عن نقود؛ ولكن يشترط عدم التعسف وعدم المغالاة في بدل الخلع، أي أن يتم تحديد البديل بالمعروف.

أما في حالة عدم الاتفاق على مقابل الخلع فإن المشرع المغربي تناول ذلك من خلال أحكام المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية، بقولها: «إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة بمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة...».

ما يتضح لنا من خلال هذه المادة أنه إذا تم الاتفاق على مبدأ الخلع، اختلفا الطرفين حول بدل الخلع، فإن القاضي وبعد رفع طلب إليه يحاول الإصلاح بينهما، فإن توفى فذلك هو المطلوب شرعا وقانونا، وإن تعذر ذلك الإصلاح، فيحكم بينهما بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، وفي إطار سلطته التقديرية، مستنداً في ذلك على مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة لأنها هي المطالبة بدفع بدل الخلع، علماً بأن هذه العناصر يعتمد عليها

القاضي للاستئناس فقط.

كما يجب على القاضي عند تقديره لبدل الخلع أن لا يتعسف ولا يغالي في تقديره طبقاً لأحكام المادة 118 من نفس القانون.

خاتمة:

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري حول لقاضي شؤون الأسرة أن يختار من آراء الفقهاء المتعددة في وقت تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي، ما يراه ملائماً للمصلحة أكثر ومحققاً لمقاصد الشارع والمشرع، من جبر الضرر الواقع مع عدم ظلم الزوج، وتدقيق كل حادثة وما يحيط بها من ملابسات وقرائن.

كما يجب على المشرع الجزائري، أن يضع بين يدي القاضي، المعايير الموضوعية والضوابط التي يعتمد عليها في تقدير التعويض، وذلك بتحديد أسس تقدير التعويض في حالة التعويض عن الطلاق التعسفي، كما هو الحال في القانون المدني، وذلك لضمان حقوق المتخاصمين من جهة، ولفتح الباب واسعاً لرقابة المحكمة العليا عليه في ذلك من جهة أخرى؛ وذلك بتقييد سلطة القاضي في مجال تقدير التعويض من خلال تحديد الحد الأدنى من التعويض في حالة الطلاق التعسفي، لا يتجاوزه القاضي، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي.

كما أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين على ذلك؛ بشرط ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم؛ وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي.