

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة امحمد بوقرة بومرداس



كلية : الحقوق

مذكرة الماجستير

مقدمة من طرف الطالبة :

بن جناحي أمينة

لنيل شهادة الماجستير في :

شعبة : الحقوق والعلوم السياسية

تخصص : عقود و مسؤولية

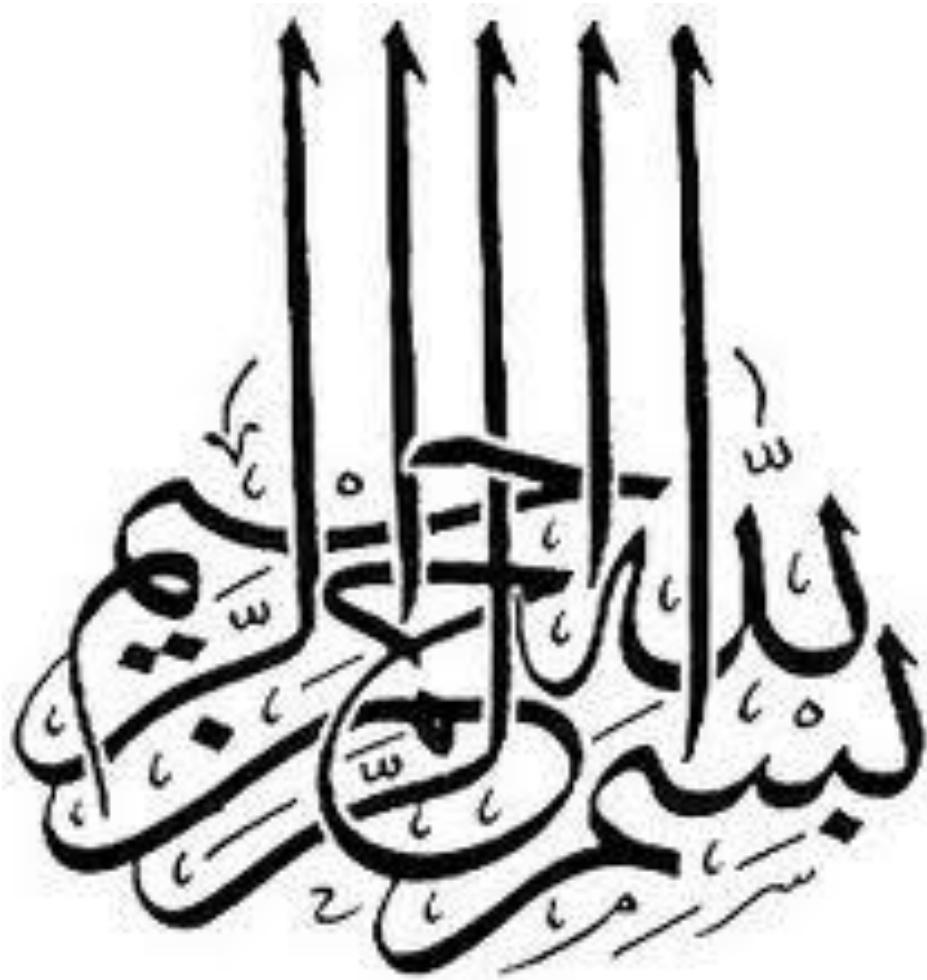
عنوان المذكرة : دور القاضي في الخلع

- دراسة في الفقه و القانون و الاجتهاد القضائي -

لجنة المناقشة :

السيدة(ة): أعراب بلقاسم ..... أستاذة ..... جامعة بومرداس.... الرئيس السيد(ة):  
فرкос دليلة ..... أستاذة التعليم العالي ..... جامعة الجزائر ... المقررة  
السيدة(ة): بويزري السعيد ..... أستاذة محاضر ( أ ) ..... جامعة تيزي وزو....الممتحن  
السيدة(ة): تبوب فاطمة الزهراء ..... أستاذة محاضرة ( ب ) جامعة بومرداس..مدعوة

تاريخ المناقشة : 2014 / 05 / 21 .



# الشكر و التقدير

أشكر الله سبحانه و تعالى على ما منّ عليّ بجميل الفضل و عظيم  
النعمة في إنجاز هذه المذكرة ، ولولا فضل الله عليّ و رحمته لما تمكنت  
منها .

ثم إنني أتقدم بالشكر الجزيل إلى مشرفتي  
الدكتورة الفاضلة : **فركوس دليلة** لما بذلته معي من جهد كبير  
تشكر عليه ، و جزاها الله خيرا .

و الشكر موصول لكل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة من  
قريب أو بعيد .

**الطالبة / بن جناحي أمينة**

# الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى أئلى الناس فى قلبى والذى الكرىمىن  
أطال الله فى عمرهما .

- إلى أخواتى خديجة ، مريم و منال ، أتمنى لهن دوام النجاح

و التفوق فى مشوارهن الدراسى و المهنى ، و إلى كل عائلتى .

- إلى زملائى و زميلاتى و كل الأصدقاء .

- إلى كل أساتذة كلية الحقوق بوجدوار و كل عمالها و عاملاتها

وخصوصا مسؤولى قاعة الماجستير و قاعة الدوريات .

الطالبة / بن جناحى أمينة

## قائمة أهم المختصرات :

صفحة	• ص
المحكمة العليا	• م ع
المجلس الأعلى	• م أ
غرفة الأحوال الشخصية	• غ أش
غرفة القانون الخاص للمحكمة العليا	• غ ق خ
دون سنة النشر	• د . س . ن
دون بلد النشر	• د . ب . ن

## Principales Abréviation :

- p page
- O. p. u office de publication universitaire

# مقدمة

## مقدمة

تكتسي الأسرة مكانة بارزة في النظام الإسلامي ، فهي الركيزة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ، لذلك حرصت الشريعة الإسلامية على تنظيمها بشكل دقيق وأحاطتها بجملته من الضمانات بهدف المحافظة عليها وعلى استقرارها .

ويعتبر عقد الزواج المنطلق الأساسي لتكوين الأسرة ، لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية ، وأضفى عليه قدسية جعلته فريداً بين سائر العقود الأخرى ، لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على الرجل والمرأة و على الأسرة التي توجد بوجوده ، بل يمتد إلى المجتمع .

وحفاظاً على ديمومة الزواج و بقاء الأسرة أحاطت الشريعة الإسلامية هذا العقد بسياج من الأوامر والنواهي لضمان نجاحه و تحقيق أهدافه ، فأمرت الزوجين بحسن المعاشرة ، و أوصت الرجال بالنساء خيراً ، و أمرت الزوجة بحفظ زوجها في بيته و ماله و أولاده ، كما نهت الشريعة الإسلامية الغراء الزوجين عن كل ما يسيء إلى العشرة الزوجية أو يؤدي إلى قطعها .

ورغم كل هذه الضمانات التي وضعها الإسلام لمنع الفرقة و الإبقاء على الأسرة متماسكة ، إلا أنه قد تطرأ على عقد الزواج أمور تجعله مصدر شقاء و تتحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق ، مما يصبح الفراق وسيلة لا بد منها للخلاص من زوجية لا خير في بقائها، وحتى في هذه المرحلة ، فقد وضع الشارع الحكيم إجراءات و مراحل ينبغي مراعاتها لإيقاعه ، فشرع الطلاق على مراحل ، كما قرر أيضاً أن يسبق الطلاق مرحلة الصلح و التحكيم التي تعتبر من أهم الوسائل التي يمكن من خلالها تفادي الطلاق و كل أمر يؤدي إلى الفرقة بين الزوجين .

إلا أن هذه الوسائل قد تفشل في الوصول للهدف الذي شرعت من أجله ، فيصبح الطلاق في هذه الحالة الحل الحتمي لعلاقة زوجية باتت متوترة و تفاقمت فيها المشاكل و انسدت فيها الحلول .

وبذلك قررت الشريعة الإسلامية حق الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادته ، إلا أنها لم تهمل حق المرأة في خلاصها من العلاقة الزوجية ، فقد تكره المرأة زوجها لأسباب عديدة ، فتكره منه خلقه أو خلقه أو غيرته و لا تطيق بعدها العيش معه ولذلك فإن الشريعة الإسلامية كما أعطت الحق للرجل في إيقاع الطلاق ، أعطت بالمقابل الحق للزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بمقابل مالي وهذا ما يسمى بالخلع ، وفي ذلك تأكيد

على مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في الإسلام و اعترافا بدور المرأة و مكانتها العظيمة و الجليلة .

وقد شرع الله سبحانه و تعالى الخلع و جعله قائما على رضى الزوجين ، و سمح لهما بالاتفاق على الفرقة لقاء البذل الذي تدفعه الزوجة لزوجها ، ولكن قد يرفض الزوج طلب الزوجة بالتفريق خلعاً وهذا ما يدفع الزوجة للجوء إلى القضاء طالبة الخلع رغم رفض الزوج ، فترفع الدعوى جبراً عنه ، وهذا ما أطلق عليه اصطلاحاً بالخلع القضائي ؛

ويرجع ظهور هذا النوع من الخلع في قوانين الأحوال الشخصية العربية إلى بداية القرن الحادي و العشرين ، حيث ظهرت حركات لتحرير المرأة في العالم الإسلامي<sup>1</sup> وبذلك تم تعديل أحكام الخلع بإضافة إمكانية الخلع بناء على طلب الزوجة دون الأخذ بعين الاعتبار لرضا الزوج و موافقته ؛

و عليه يمكن إرجاع أسباب ظهور هذا النوع من الخلع إلى الأسباب التالية :

1 / مطالبة الجمعيات و الحركات النسائية و بعض منظمات المجتمع المدني في الكثير من الدول العربية والإسلامية بتعديل قوانين الأحوال الشخصية في تلك البلاد و تقرير مبدأ المساواة بينها و بين الرجل في الطلاق و فك الرابطة الزوجية ؛

2 / عجز الكثير من النساء في إثبات الضرر في قضايا الشقاق و النزاع المرفوعة أمام القضاء للحصول على حكم بالتفريق ، فجاء هذا التعديل مانحاً للزوجة حق التفريق دون إثبات الضرر الواقع عليها وحتى دون بيان أسباب الخلع ؛

3 / تعنت بعض الأزواج الذين يسيئون للمرأة و يمتنعون عن منحها حقها في الخلاص من الرابطة الزوجية رغم علمهم ببغض الزوجات لهم ، فتبقى الزوجة معلقة و تعيش مع زوج تكرهه و تبغض العيش معه .

---

<sup>1</sup> - ففي الجزائر ظهرت عدة جمعيات نسائية كانت أهم مطالبها المساواة بين الرجل و المرأة ومن بين هذه الجمعيات : الجمعية من أجل المساواة بين الرجال و النساء أمام القانون ، جمعية من أجل تحرير المرأة ، جمعية النساء من أجل المساواة و المواطنة ، جمعية من أجل الترقية و الدفاع عن حقوق النساء . نور الدين زمام و بن قفة سعاد ، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية و سياسة المشاركة ، مجلة العلوم الإنسانية و الإجتماعية ، العدد 7 ، جانفي 2012 ، ص 162 / 163 .

و في المغرب تم تأسيس عدة جمعيات نسائية التي كان أولها الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب ( حزب التقدم و الاشتراكية ) سنة 1985 ثم الإتحاد العام النسائي ( منظمة العمل الديمقراطي الشعبي ) سنة 1987 فمُنظمة المرأة الإستقلالية ( حزب الإستقلال في فبراير سنة 1987 ) و في سنة 1991 تم تأسيس مجموعة 95 مغربية والتي ضمت مجموعة من الجمعيات من تونس و الجزائر و المغرب

Www. Almounadil – a. info / .



ولقد تبني المشرع الجزائري هذا النوع من الخلع في التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 02/05<sup>1</sup> الذي استهدف فيما يخص الطلاق و آثاره تحقيق مبدأ المساواة بين الزوج و الزوجة ، حيث أقر بموجب نص المادة 54 المعدلة حق الزوجة في مخالعة زوجها - حتى دون موافقته - وذلك برفع دعوى أمام القضاء تطلب فيها الخلع .

وقد ترتب على إقرار هذا النص مشاكل كبيرة على مستوى القضاء ، حيث أصبح الخلع يمارس من قبل الكثير من النساء لأتفه الأسباب ودون مراعاة للضوابط الشرعية فيه وهذا ما دفعنا للبحث عن دور القاضي المعروضة عليه دعوى الخلع ، فهل يملك القاضي حق التدخل في دعوى الخلع ؛ فيكون دوره بذلك إيجابيا ، أم لا ؟ . و ما هو نطاق هذا التدخل؟ .

و حتى يكوّن الإنسان فكرة ما عن الشيء الذي يبحث في صده لابد أن يتعرض لمفهومه و يبحث عن تعريف له ، فالتعريف يعطي المرء تصورا عاما و أوليا عن ذلك .

ولم يتعرض المشرع الجزائري من خلال المادة 54 سواء قبل تعديلها أو بعدها لكل ما يتعلق بمفهوم الخلع ، حيث اكتفى بتحديد طبيعته من حيث كونه عقدا رضائيا أم تصرفا انفراديا بيد الزوجة ، و أهمل الجوانب الأخرى المتعلقة بمفهوم الخلع .

وعليه سنعتمد في هذا البحث خطة ترتكز على تبيان مفهوم الخلع و ذلك من خلال تعريفه و تحديد طبيعته و أدلة مشروعيته و عرض أركانه و شروطه اعتمادا على المصدر الأصلي لقانون الأسرة الجزائري وهو الشريعة الإسلامية ( الفصل الأول ) .

ثم ننتقل للبحث عن مجالات تدخل القاضي في دعوى الخلع اعتمادا على نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ومواد أخرى متفرقة ( الفصل الثاني ) .

---

<sup>1</sup> - المؤرخ في 27 فيفري 2005 ( الجريدة الرسمية رقم 15 ) و الموافق بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 (الجريـدة الرسـمـية رقم 43 ) .

# الفصل الأول :

## مفهوم الخلع

## الفصل الأول : مفهوم الخلع

إن من دعائم الحياة الزوجية أن تقوم أساسا على المحبة و المودة وحسن المعاشرة وأداء كل من الزوجين ما عليه من واجبات ، و لكن قد تطرأ على الحياة الزوجية أمور تعكر صفوها و تنعدم بسببها المحبة و المودة بين الزوجين و يحل محلها الكره و البغض وتتحول إلى جحيم .

فقد يحدث أن يكره الرجل زوجته ، أو تكره هي زوجها ، و الإسلام في هذه الحالة يوصي بالصبر والاحتمال ، و ينصح بعلاج أسباب هذه الكراهية ، إلا أن البغض قد يتضاعف و يشتد الشقاق و يصعب العلاج ، و تصبح الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح حينئذ يرخص الإسلام بالعلاج الوحيد الذي لا بد منه ، فإن كانت الكراهية من جهة الرجل فبيده الطلاق وهو من حقوقه ، وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله ؛

أما إذا كانت الكراهية من جهة المرأة ، فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من الرابطة الزوجية عن طريق ما يسمى بالخلع ، الذي نص عليه القرآن الكريم في الآية 229 من سورة البقرة بقوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ "؛

كما تعرض المشرع الجزائري إلى الخلع كسبب من أسباب حل الرابطة الزوجية في المادة 54 من قانون الأسرة والتي تم تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05 ونصها كالآتي : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم " ؛ ولقد جاءت هذه المادة خالية من كل قيد أو شرط ، فلم تعط تعريفا للخلع ولم تبين طبيعته ولا أركانه ولا شروطه ، ومنه فإن هذه المادة تطرح عدة إشكاليات فقهية عالجهما الفقه الإسلامي .

ومن ثم كان لازما التطرق لهذه الجزئيات التي أهملها المشرع الجزائري من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين :

المبحث الأول : ماهية الخلع .

المبحث الثاني : أركان الخلع و شروطه .

## المبحث الأول : ماهية الخلع

من مظاهر تكريم الله سبحانه وتعالى للزوجة أنه فتح لها باب الخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها مقابل أن تقدم لزوجها مالا تقتدي به نفسها وهذا ما يطلق عليه إصطلاحا بالخلع ، ولقد وضعت الشريعة الإسلامية الأحكام التي ينبني عليها هذا الطريق من طرق انحلال الرابطة الزوجية ، ولذلك و بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية نحاول البحث عن ماهية الخلع ، وذلك انطلاقا من تعريفه و تحديد ألفاظه ( **المطلب الأول** ) ثم بيان حكمه والحكمة منه ( **المطلب الثاني** ) وصولا إلى تكييفه الفقهي والقانوني ( **المطلب الثالث** ) .

### المطلب الأول : تعريف الخلع وتحديد ألفاظه

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري ، نجد أن المشرع تناول الخلع في نص وحيد وهو نص المادة 54 منه ومن دون أن يعطي تعريفا له ، و لذلك و عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " فإنه يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإيجاد تعريف له ( **الفرع الأول** ) ثم نرى الألفاظ التي يقع بها الخلع لدى الفقهاء ( **الفرع الثاني** ) .

### الفرع الأول : تعريف الخلع

وللوصول إلى تعريف للخلع ينبغي أن نرى التعريف اللغوي له ( **أولا** ) ثم نبحت عن تعريفه إصطلاحا ( **ثانيا** ) .

### أولا / تعريف الخلع لغة

الخلع لغة يعني الإزالة، يقال خلع الرجل ثوبه خلعا بفتح الخاء أي أزاله عن جسده و خلع الرجل زوجته خلعا ( بضم الخاء ) أي أزال عصمتها <sup>1</sup> .

ولقد جاء في لسان العرب لابن منظور : " خلع الشيء يخلعه خلعا و اختلعه كنزعه إلا أن في الخلع مهلة ، و سوى بعضهم بين الخلع و النزاع . و خلع النعل و الثوب و الرداء يخلعه خلعا أي جرده و خلع امرأته خلعا بالضم و خلاعا فاختلعت و خالعتة : أزالها عن نفسه و طلقها على بذل منها له ، فهي خالعة و الإسم الخلعة ، و قد تخالعا و اختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة ، و سمي ذلك الفراق خلعا لأن الله سبحانه و تعالى جعل النساء لباسا للرجال و الرجال لباسا لهن ، فقال تعالى : (( هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ ))<sup>2</sup> ؛ فإذا افتدت المرأة نفسها بمال

<sup>1</sup> - الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي ، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2003 ، ص 07 .

<sup>2</sup> - الآية 187 من سورة البقرة .

تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك ، فقد بانث منه و خلع كل واحد منهما لباس صاحبه و الإسم من كل ذلك الخلع و المصدر خلع " <sup>1</sup> .

وفي النهاية لابن الأثير : " يقال خلع امرأته خلعا وخالعها مخالعة و اختلعت هي منه فهي خالع و أصله من خلع الثوب ؛ والخلع أن يطلق زوجته على عوض تبذله له ، وقد سمي الخلع طلاقا ومنه حديث عمر (( إخلعها أي طلقها و اتركها )) " <sup>2</sup> .

ولقد ورد تعريفه في مدونة الإمام مالك بأنه " الخلع في اللغة الإزالة والإبانة ، من خلع الرجل ثوبه أزاله وأبانه – والزوجان كل منهما لباس لصاحبه – " <sup>3</sup> .

كما عرف في الفتح القدير بأنه " هو النزع ، خلع ثوبه ونعله ، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال ، وخالعها وتخالعا صيغ منها المخالعة ملاحظة لملازمة كل الآخر كالثوب " <sup>4</sup> .

## ثانيا / تعريف الخلع إصطلاحا

عرف الفقهاء الخلع شرعا بتعريفات شتى حسب نظرة وتصور كل فريق لمسألة الخلع ، وسنتعرض لبعض هذه الآراء :

### 1 / تعريف المالكية

عرف المالكية الخلع بأنه " الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره ، أو هو بلفظ الخلع من غير عوض " <sup>5</sup> ، و يظهر من خلال هذا التعريف أن

<sup>1</sup> - أبو الفضل جمال الدين محمد إبن مكرم ، لسان العرب ، دار صادر للنشر و التوزيع ، د ب ن ، الجزء الخامس ، سنة 2003 ، ص 132/131 .

<sup>2</sup> - مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث و الأثر ، المكتبة العلمية بيروت ، الجزء 2 ، د س ن ، ص 65 .

<sup>3</sup> - الإمام مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، الجزء الرابع ، سنة 1422 هـ ، ص 156 .

<sup>4</sup> - الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 1995 م ، ص 188 .

<sup>5</sup> - المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة الإمام مالك ، المرجع السابق ، ص 157 . / الدردير أبي البركات أحمد بن محمد ، شرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، الجزء الثاني ، طبعة الإمارات العربية المتحدة ، د س ن ، ص 568 .

الخلع في مذهب الإمام مالك نوعان :

الأول : طلاق بعوض ، وهذا عام سواء كان بلفظ الخلع أو غيره ، وسواء كان من الزوجة أو من أجنبي لم يقصد الإضرار بها و إن كان لجلب مصلحة أو درء مفسدة ، وهذا النوع هو الغالب ؛

الثاني : ما كان بلفظ الخلع ولم يكن نظير شيء ، كأن يقول لها : " خالعتك أو أنت مخالعة " <sup>1</sup>.

## 2 / تعريف الحنفية

عرف الحنفية الخلع بأنه " إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه " <sup>2</sup> فقولهم " إزالة ملك النكاح " خرج به أمور ثلاثة :

الأول : إذا خالعتها في العدة بعد إبانيتها ، فإن الخلع لا يصح ، وذلك لأن ملك النكاح قد زال بإبانيتها ؛

الثاني : المرتدة ، إذا خالعتها زوجها وهي مرتدة ، فإن الخلع لا يصح ، لأن الردة أزال ملك النكاح ، والخلع هو إزالة الملك فلم يتحقق معناه ؛

الثالث : النكاح الفاسد ، فإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا ووطئها ، فإن المهر يتقرر لها بالوطء فإذا خالعتها على مهرها ، فإن الخلع لا يصح .

وقولهم " المتوقفة على قبولها " يفيد أنه يشترط أن تقبل المرأة بهذا الأمر ، لأن الخلع من جهتها معاوضة ، فيشترط قبولها ؛

وقولهم " بلفظ الخلع " خرج به الطلاق على مال ، لأنه غير مسقط للحقوق ، بينما الخلع يسقط المهر و النفقة الزوجية و نحوه ؛

و قولهم " أو ما في معناه " يدخل فيه لفظ المبارأة و المفارقة و المباينة ، فكلها من ألفاظ الخلع <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، أحكام الأسرة ، دار الكلم الطيب دمشق ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، سنة 2002 ، ص 197.

<sup>2</sup> - محمد أمين بن عمر ( ابن عابدين ) رد المحتار على الدر المختار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الجزء الثالث ، سنة 1992 م ، ص 440 . / ابن همام ، شرح فتح القدير ، المرجع السابق ، ص 188 .

- ابن نجيم ، بحر الرائق - شرح كنز الدقائق ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، المجلد الرابع ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى ، سنة 1997 م ، ص 77 .

<sup>3</sup> - محمد أمين بن عمر ( ابن عابدين ) رد المحتار على الدر المختار ، المرجع السابق ، ص 441/440 .

### 3 / تعريف الشافعية

عرفوا الخلع بأنه " فرقة بعوض مقصود من الزوجة أو غيرها راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع " ؛ فقولهم " بعوض مقصود " خرج به العوض غير المقصود ، وهو المال غير المتقوم ، كأن يخلعها على الميتة أو الخنزير أو الدم أو الحشرات ؛ وقولهم " بلفظ الطلاق أو الخلع " أي سواء كان لفظ المخالعة بلفظ الطلاق الصريح أو الضمني<sup>1</sup> .

### 4 / تعريف الحنابلة

عرف الحنابلة الخلع بأنه " فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة " <sup>2</sup> ؛ نلاحظ من خلال هذا التعريف أن الحنابلة اشترطوا في الخلع ألفاظا مخصوصة ، ولم يقصروا المخالعة على لفظ الخلع ؛ كما اشترط الحنابلة العوض في المخالعة و اعتبروه ركنا فيه لا يصح تركه<sup>3</sup> .

وخلاصة هذه التعريفات أنها تدور حول معنى مشترك فيما بينها ، وهو أنه لا بد لتحقيق الخلع من تراضي الزوجين وعوض تدفعه الزوجة لزوجها ، فهو كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية ، ولكن يختلف عنه ، بأن الخلع يتوقف وقوعه على رضا الزوجين وبذل الزوجة عوضا لزوجها ، أما الطلاق فهو تصرف من جهة الزوج و بدون مال تدفعه الزوجة<sup>4</sup> ، وفي هذا السياق يقول الأستاذ أحمد نصر الجندي في كتابه من فرق الزوجية " الخلع عند جمهور الفقهاء عقد رضائي بين الزوجين أي معاوضة بينهما ، فيشترط لكي يرتب آثاره أن يرضى به كل من الزوجين ، لأنه يترتب عليه سقوط حقوق متبادلة بينهما حقوق الزوج وحقوق الزوجة " <sup>5</sup> .

---

<sup>1</sup> - محمد بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، الجزء السادس ، الطبعة الأخيرة ، سنة 1984 ، ص 393 .

<sup>2</sup> - ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي ، تحقيق أحمد محمد عزوز المكتبة العصرية للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ، سنة 2003 ، ص 100 . / علي بن سليمان بن أحمد المرادوي ، الأنصاف ، دار إحياء التراث العربي ، د ب ن ، الجزء الثامن ، طبعة الأولى ، سنة 1975 ، ص 383/382 .

<sup>3</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف الفناع عن متن الإقناع ، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي هلال دار الفكر ، الجزء الخامس ، سنة 1982 ، ص 212 .

<sup>4</sup> - باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر سنة 2007 ، ص 60 .

<sup>5</sup> - أحمد نصر الجندي ، من فرق الزوجية ( الخلع - الظهار - اللعان - الإيلاء ) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، الطبعة 1 سنة 2005 ، ص 13 .

## الفرع الثاني : ألفاظ الخلع

يظهر من خلال التعريف الاصطلاحي للخلع أن الفقهاء اختلفوا في تحديد الألفاظ التي يقع بها الخلع ، وهذا ما سنوضحه ( أولا ) كما يتميز الخلع عن بعض الألفاظ المشابهة له وهذا ما سنعالجه ( ثانيا ) .

### أولا / ألفاظ الخلع عند الفقهاء

لقد اعتمد فقهاء كل مذهب على ألفاظ بعينها يقع الخلع بها ، و فيما يلي سنتعرف على ألفاظ الخلع في كل مذهب على حدى :

#### 1/ الحنفية

قالوا أن ألفاظ الخلع خمسة و هي كالآتي :

أ - ما اشتق من الخلع : كأن يقول لها خالعتك ، اختلعي ، اخلعي نفسك ، اختلعتك ، و لهذا قالوا بأنه يقع بدون نية ؛

ب - لفظ بارأتك : فإذا قال لها بارأتك على عشرين دينارا و قبلت ، وقع الطلاق باننا و لزمها العشرون و سقط مهرها باتفاق ، و إذا لم تقبل لم يقع الطلاق و لم يلزمها شيء ، أما إذا لم يذكر البذل وقال لها : بارأتك ، فإذا قبلت ، وقع الطلاق البائن و سقط حقها في المهر و نحوه و كذا إذا قالت له بارئني ، فقال أبرأتك ؛

ج- لفظ باينتك : فإنه موضوع الخلع ، فإن لم يذكر العوض و قبلت ، سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق ، و إن لم تقبل و نوى به الطلاق ، طلقت و إلا فلا ، لأن المباينة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية ؛

د- لفظ فارقتك : فإذا ذكر مالا ، فقال : فارقتك على مائة ، و قبلت ، باننت منه و لزمها المائة و سقط حقها في المهر ، و إن لم تقبل لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال ، أما إذا لم يذكر المال فإن قبلت ، باننت منه و سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إن نوى به الطلاق أو قامت قرينة على إرادة الطلاق ، و إن لم تقبل فإن نوى به الطلاق ، لزمه طلاق بائن لأنه كناية ، و إلا فلا يلزمه شيء<sup>1</sup> ؛

---

<sup>1</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2001 ، ص 1025 .



هـ - لفظ الطلاق على مال : فإذا قال لها طلقي نفسك على عشرين ديناراً ، فقالت قبلت ، وقع الطلاق بائناً و لزم العشرين ، أما إذا قال لها طلقي نفسك ولم يذكر مالا ، كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع ؛

بالإضافة إلى هذه الألفاظ الخمسة المشهورة يزيد عليها إثنين هما ما اشتق من لفظ البيع وما اشتق من لفظ الشراء ، كبعث نفسك واشتري نفسك<sup>1</sup> .

## 2 / المالكية

ألفاظ الخلع عند المالكية أربعة و هي : الخلع ، الفدية أو المفاداة ، المبارأة و الصلح ولقد جعلوا لكل لفظ معنى خاص في مقدار البذل المبذول للزوجة ، فالخلع يختص عادة ببذل المرأة لزوجها جميع ما أعطاه ، و الصلح ببعضه ، و الفدية بأكثر مما أعطاه ، و المبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه<sup>2</sup> .

يقول ابن رشد في بداية المجتهد " و اسم الخلع ، و الفدية ، و الصلح ، و المبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد ، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها ، إلا أن إسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاه ، و الصلح ببعضه ، و الفدية بأكثره ، و المبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء " <sup>3</sup> .

## 3 / الشافعية

تنقسم ألفاظ الخلع عند الشافعية إلى قسمين منها ما هو صريح ، ومنها ما هو كناية فمن الكناية لفظ بيع و فسخ ، أما الصريح في الخلع : أن تقول له : طلقني على عشرين فيقول طلقتك على ذلك ، فإنه يكون الطلاق صريحا بائنا بدون نية ، و إن نوى به أكثر من واحدة لزمه ما نواه ، أما إذا قالت له أبني علي عشرين ، فقال لها أبنتك ، فإنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1025 .

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، المرجع السابق ، ص 198/197 .

<sup>3</sup> - القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، دار ابن حزم بيروت لبنان ، الجزء الأول ، سنة 1999 م ، ص 448 .

<sup>4</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1026 .

قالوا بأنه يشترط في الخلع ألفاظ مخصوصة وهي تنقسم إلى قسمين صريحة و كناية أما الصريحة فهي خلعت و فسخت و فاديت ، فهذه الألفاظ إذا استعملها الزوج و توافرت فيها جملة من الشروط و ذكر فيها العوض و لو كان مجهولا و قبلت الزوجة ، صح الخلع و ترتب عليه الفراق ، و إن لم ينوي الخلع ، لأنها صريحة في الخلع و لا تحتاج إلى نية .  
أما الكناية في الخلع فهي ثلاثة أيضا : باريتك ، أبرأتك و أتيتك ، فهذه الألفاظ الثلاثة يصح بها الخلع بالنية أو دلالة الحال <sup>1</sup> .

ولقد اشترط المشرع الجزائري لفظا خاصا فقال : " يجوز للزوجة أن تخالع ... " أي أن تقول لزوجها قولاً عماده لفظ خالعني ، أو إني أختلع منك أو أريدك أن تخالعني ، أما إذا لم تستعمل هذا اللفظ فإنها لا تكون مخالعة لزوجها وإنما تكون في وضعية قانونية أخرى غير وضعية الخلع <sup>2</sup> .

### ثانيا / تمييز الخلع عن ما يشابهه من ألفاظ

عرفنا فيما سبق أن الخلع له ألفاظ خاصة يقع بها ، فهو يقع بكل لفظ يدل عليه كلفظ الخلع أو ما اشتق منه ، أو بلفظ يؤدي معناه كالمبارأة و المفاداة أو الفدية ، كما يمكن أن يقع بلفظ الطلاق على مال ، فتنوعت بذلك الألفاظ التي يقع بها الخلع .  
و لذلك ارتأيت في هذا الجزء من الدراسة التمييز بين الخلع و الطلاق على مال ( I ) ثم الخلع و المبارأة ( II ) وأخيرا بين الخلع و الفدية ( III ) .

### I / الخلع و الطلاق على مال

إن كلا من الخلع و الطلاق على مال تزول به عصمة الزوج عن زوجته ، لذلك فقد اتفقا في بعض الأحكام و اختلفا في البعض الآخر .  
فأما الأحكام التي يتفقان فيها فهي :

1- أن كلا من الخلع و الطلاق على مال تتحل فيه الرابطة الزوجية بين الزوجين؛

<sup>1</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1026 .

<sup>2</sup> - فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، في الزواج و الطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، الجزء الأول سنة 1986 ، ص 306 .

2 - يشترط قبول الزوجة في كل منهما إذا كانت هي الملتزمة بدفع العوض ، و الذي يكون ديناً عليها حتى تؤديه مالم يضمنه عنها غيرها .

أما الأحكام التي يختلفان فيها فهي كما يلي :

أ - إن الخلع في مفهومه عبارة عن إنهاء عقد الزواج نظير عوض من الزوجة أو من غيرها بلفظ الخلع أو ما في معناه ، أما الطلاق على مال فإن صيغته لا تكون إلا بلفظ الطلاق أو ما في معناه ، كأن يقول الزوج لزوجته طلقتك على ألف دينار أو أبنتك بألف<sup>1</sup> ؛

ب- الخلع مختلف في كونه طلاقاً بائناً أم فسخاً ، فهو عند الجمهور ( الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر وفي رواية عن أحمد ) طلاق بائن يحتسب من عدد الطلقات ، وفي رواية أخرى عن أحمد أنه فسخ ، فلا ينقص من عدد الطلقات . والمعتمد في المذهب أن الخلع فسخ إذ لم ينو الزوج به الطلاق ووقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ، أما الطلاق على مال ، فلا خلاف في كونه طلاقاً بائناً ينقص به عدد الطلقات<sup>2</sup> ؛

ج - الذين يفرقون بين الطلاق على مال و الخلع ، يرون أن الطلاق على مال لا تسقط معه الحقوق الثابتة عند الزوجين على الآخر ، لأن لفظ الطلاق لا يُبنى على البراءة منهما و لا يظهر أثره المادي إلا بالنسبة لما نص عليها ، بخلاف الخلع فإنه يسقط كافة الحقوق المالية المترتبة لأحد الزوجين على الآخر ، كما يرى الإمام أبو حنيفة<sup>3</sup> ؛

د - إذا طلق الزوج زوجته على عوض غير متقوم ، بطلت تسميته ، كأن يطلقها على مقدار من الخمر ، فالطلاق واقع و يكون رجعيًا ، لأنه صريح يقع به الطلاق رجعيًا ، و الزوجة لا يلزمها من ذلك أي شيء ؛

أما في الخلع ، فإذا بطل عوضه المسمى ، يقع الطلاق و يكون بائناً ، لأنه كناية ، و الكناية يقع بها الطلاق بائناً ، وهذا عند الحنفية<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، مصر ، الطبعة الثالثة ، سنة 1950 ، ص 353 .

<sup>2</sup> - منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية - أحكامه وأثاره - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 2008 م ، ص 59/58 .

<sup>3</sup> - أمير محمد مطاوع ، الخلع بين الشريعة والقانون - دراسة تأصيلية في ضوء أقوال الفقهاء وأحكام القانون واتجاه القضاء دار الإيمان للنشر والتوزيع ، إسكندرية مصر ، سنة 2002 ، ص 74 .

<sup>4</sup> - ابن همام ، شرح فتح القدير ، المرجع السابق ، ص 238 . / ابن نجيم ، بحر الرائق - شرح كنز الدقائق ، المرجع السابق ، ص 95/94 .

## II - الخلع و المبرأة

المبرأة من ( بارأ ) شريكه فارقه وبارأ الرجل امرأته و استبرأ الجارية واستبرأ ما عنده . وفي إصطلاح الفقهاء ، المبرأة هي التي بارأت زوجها من أن يدخل بها فتقول : قد أبرأتك فبارئني <sup>1</sup> ، هذا قول الإمام مالك رحمه الله ، حيث جاء في المدونة قوله : " قال مالك المبرأة التي تبارىء زوجها قبل أن يدخل بها ، فتقول خذ الذي لك و تركني " <sup>2</sup> .

وروى عيسى بن دينار عن مالك : المبرأة هي التي لا تأخذ شيئاً ولا تعطي ، أما المخالعة فهي التي تعطي ما أعطاها وتزيد <sup>3</sup> .

## III - الخلع و الفدية

جاء في لسان العرب : فدى ، فديته ، فدى و فداء و افتديته و المفاداة أن تدفع رجلاً وتأخذ رجلاً ، و الفداء : أن تشتريه ، فديته بمالي فداء و فديته بنفسي ، يقال : فداه يفديه فداء فدى و فاداه يفاديه مفاداة إذا أعطى فداءه و أنقذه ، وفداه بنفسه و فداه إذا قال له : جعلت فداك و الفدية فداء ، و الفدية و الفدى ، و الفداء كله بمعنى واحد <sup>4</sup> .

وفي إصطلاح الفقهاء : المفتدية أن تفتدي ببعض مالها وتأخذ بعضه ، فالمفتدية هي التي تفتدي ببعض ما أعطاها وتمسك بعضه <sup>5</sup> .

و في هذا الصدد ، يرى ابن تيمية أن الخلع يقع دون تقييد بلفظ معين ، إذ العبرة عنده للمعنى و ليس للمبنى ، واعتبر أن الخلع معنى إذا تحققت صورته على الوجه الذي أراده الشارع وقع بكل لفظ كان ، لأن الشارع أراد الحكم و لم يعتبر اللفظ ، وعنده لا يرتب ؛

1 - أمير محمد مطاوع ، الخلع بين الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص 75 .

2 - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ، الجزء الخامس ، ص 346 .

3 - أمير محمد مطاوع ، الخلع بين الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص 77 .

4 - لسان العرب لإبن منظور ، الجزء 11 ، ص 144 .

5 - أمير محمد مطاوع ، الخلع بين الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص 77 .

الشارع حكيم على لفظ واحد ، و يقول : " فإن الإعتبار في العقود بمقاصدها و معانيها لا بألفاظها ، فإذا كان المقصود باللفظين واحدا لم يجز اختلاف حكمهما ، ولو كان المعنى واحد إن شاء العبد جعله طلاقا ، و إن شاء لم يجعله طلاقا ، كان تلاعبا و هذا باطل ... فالتفريق بين لفظ و لفظ مخالف للأصول و النصوص " <sup>1</sup> .

كما أكدت الأستاذة منال محمود المشني هذا الرأي قائلة : " أي لفظ من جانب الزوج سواء بلفظ المخالعة أو الافتداء أو بلفظ الطلاق ، فإن ذلك يعتبر طلاقا بائنا ، فالعبرة ليست بالألفاظ والدليل على ذلك أن الله سبحانه وتعالى لم يعين لفظا بعينه مقابل الفدية ، فقال تعالى في سورة البقرة الآية 229 : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ " <sup>2</sup> .

### المطلب الثاني : حكم الخلع والحكمة منه

الخلع نوع من أنواع الطلاق ، فالطلاق تارة يكون بدون عوض وتارة يكون بعوض والثاني هو الخلع ، فالطلاق يوصف بالجواز عند الحاجة إليه ، وقد يوصف بالوجوب عند عجز الرجل عن الإنفاق ، وقد يوصف بالتحريم إذا ترتب عليه ظلم المرأة والأولاد <sup>3</sup> .

فهذه الأحكام يوصف بها الخلع كما يوصف بها الطلاق وهذا ما نعالجه في ( الفرع الأول ) كما أن الله سبحانه وتعالى في إجازته للخلع حكمة ومقصد ، وهذا ما سنبينه في (الفرع الثاني) .

<sup>1</sup> - ابن تيمية تقي الدين ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، مجمع الملك فهد ، الجزء 32 ، سنة 1995 م ، ص 298 .

<sup>2</sup> - منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 58 .

<sup>3</sup> - أحمد محمد عساف ، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة ، المعاملات ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، سنة 1987 ، ص 375 .

## الفرع الأول : حكم الخلع وأدلة مشروعيتها

الأصل في الخلع أنه مباح ومشروع<sup>1</sup> وهذا ما اتفق عليه الفقهاء وأجمعوا عليه ؛ لكن هناك رأي آخر اعتبر أن الخلع غير جائز وهو رأي أبي بكر بن عبد الله المزني .

ولذلك سنتعرض إلى موقف جمهور الفقهاء القائل بجواز الخلع و مشروعيتها (أولاً ) ثم نتعرض لرأي أبي بكر المزني ( ثانياً ) .

### أولاً / الأصل في إباحة الخلع و مشروعيتها

يرى جمهور الفقهاء أن الخلع جائز ومشروع ، فيجوز للزوجة أن تقدم مالا لتفدي به نفسها من زوجها ، ويجوز للزوج قبول ذلك المال الذي بذلته المرأة في نظير الطلاق ، وهذا عندما يخافا ألا يقيما حقوق الزوجية<sup>2</sup> ، وقد ثبتت مشروعية الخلع من الكتاب ( I ) و السنة ( II ) وعمل الصحابة ( III ) .

### I / من الكتاب

ولقد دلّ على مشروعية الخلع من الكتاب ، قوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ " <sup>3</sup> ؛ فهذه الآية الكريمة رفعت ما كان

<sup>1</sup> - وقد يكون الخلع مكروها ، إذا كانت الحياة الزوجية مستقيمة خالية من الشقاق و النزاع و قامت المرأة بطلب الخلع لغير عذر، كأن تميل الزوجة إلى غير زوجها وترغب في نكاحه ، فتخلع زوجها لتتكدح من من مالت إليه ورغبت فيه ، فهذا الخلع مكروه من جهة المرأة لما رواه أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " المنتزعات و المختلعات هن المنافقات " أحمد بن شعيب بن علي بن سنان بن بجر النسائي ، سنن النسائي ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، الجزء السادس ، سنة 1994 م ، رقم 3461 ، ص 169 .

- أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع ، مصر ، سنة 2004 ، ص 115 إلى 118 .

- كما قد يوصف بالتحريم إذا ما عضل الزوج زوجته لطلب الخلع بمنعها حقوقها أو بعضها من نفقة وكسوة و إساءة معاملتها وغير ذلك من الأسباب المنفرة و الدالة على النشوز و الترك و المجافاة من جهته ، فإن الخلع يكون حراما و باطلا محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في علوم الشريعة ، تخصص فقه و أصوله ، كلية العلوم الإجتماعية و العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة جامعة الحاج لخضر باتنة ، سنة 2008 / 2009 ، ص 619 .

<sup>2</sup> - عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر للنشر و التوزيع ، الجزائر سنة 2010 ، ص 316 .

<sup>3</sup> - الآية 229 من سورة البقرة .

عليه الأمر في ابتداء الإسلام من أن الرجل كان أحق برجعة إمرأته وإن طلقها مائة مرة مادامت في العدة ، فلما كان هذا فيه ضرر على الزوجات قصرهم الله عز وجل إلى ثلاث طلاقات ، وأباح الرجعة في المرة واثنين ، وأبانها بالكلية في الثالثة ، فقال تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمِاسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " 1 ؛

وبعد أن ذكر الله سبحانه وتعالى أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، ذكر الله بعد ذلك أن أخذ المال من الزوجة مما أعطها محرماً ، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي إذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله بينهما 2 ؛ فقال الله تعالى : " وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ " أي لا يحل لكم أن تضاجروهن و تضيقوا عليهن ليفتديا منكم بما أعطيتموهن من أصدقة أو بعضه كما قال تعالى : " وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ " 3 ؛ وإن وهبته المرأة شيئاً عن طيب نفس منها ، فقد قال تعالى : " فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً " 4 ؛ أما إذا تشاقت الزوجان ، ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته ، فلها أن تفتدي منه بما أعطها ، ولا حرج عليها في بذلها ولا عليه في قبول ذلك منها 5 .

و لقد جاء في تفسير القرطبي ، قوله تعالى : " إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ " أي أن يظن كل واحد منهما بنفسه ألا يقيم حق النكاح لصاحبه حسب ما يجب عليه فيه لكرهه يعتقدها ، فلا حرج على المرأة أن تفتدي ، ولا حرج على الزوج أن يأخذ ؛ وقال الشعبي : " ألا يقيما حدود الله " يعني ألا يطيعا الله ؛ وذلك أن المغاضبة تدعو إلى ترك الطاعة 6 .

1 - أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، تحقيق سامي بن محمد السلامة ، دار طيبة ، المجلد الأول ، سنة 2002 م ، ص 611 .

2 - رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، د س ن ، ص 326 .

3 - الآية 19 من سورة النساء .

4 - الآية 4 من سورة النساء .

5 - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، المرجع السابق ، ص 614/613 .

6 - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، د ب ن المجلد الأول ، الجزء الثالث ، د س ن ، ص 129/128 .

## II / من السنة النبوية الشريفة

فقد ذكر أهل الحديث روايات كثيرة في مشروعية الخلع و إن كانت معظمها تدور حول قضية واحدة وهي خلع امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها إلا أنها تختلف فيما بينها من حيث زيادة ألفاظ في بعضها أو اختلاف في سبب شكواها وهي :

1 - قال البخاري : حدثنا أزهر بن جميل ، حدثنا عبد الوهاب الثقفي ، حدثنا خالد عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس<sup>1</sup> ، أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : " يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق و لا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام<sup>2</sup> ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : " أفتردين عليه حديقته ، قالت نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إقبل الحديقة و طلقها تطليقة " <sup>3</sup> .

2 - كما رواه ابن ماجه بصيغة أخرى فقال ، حدثنا أزهر بن مروان ، حدثنا عبد الأعلى عن عبد الأعلى سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : " و الله ما أعتب على ثابت في دين و لا خلق و لكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : " أتردين عليه حديقته ، قالت نعم ، فأمره الرسول صلى الله عليه وسلم أن يأخذ حديقته منها و لا يزداد " <sup>4</sup> .

---

<sup>1</sup> - وهو ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك بن امرئ القيس ، كان خطيب الأنصار و من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يشهد بدرا و شهد أحدا و بيعة رضوان ، الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة ، د ب ن ، الجزء الأول ، سنة 2001 ، ص 224 .

<sup>2</sup> - قولها : ما أعتب عليه ، و العتب هو الخطاب بالإدلال .

- وقولها : في خلق ، بضم الخاء المعجمة و اللام و يجوز إسكانها ، أي لا أريد مفارقتة لسوء خلقه و لا نقصان دينه .

- قولها : ولكني أكره الكفر في الإسلام ، أي كفران العشير و التقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له ، ويمكن أن يكون المراد منها أن شدة كراهيتها له قد تحملها على إظهار الكفر لينفسخ نكاحها منه . الشيخ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار - شرح منتقى الأخبار ، ضبطه وصححه ورقم كتبه و أبوابه و أحاديثه محمد سالم هاشم ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، المجلد الثالث ، الجزء السادس ، الطبعة الأولى ، سنة 1995 م ، ص 362/361 .

- الإمام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، دار الريان للتراث ، د ب ن ، الجزء التاسع ، سنة 1986 م ، ص 312/311 . / الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي ، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار ، المرجع السابق ، ص 65 إلى 67 .

<sup>3</sup> - الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي ، صحيح البخاري ، دار إبن كثير ، بيروت ، الجزء السادس ، سنة 1993 م ، رقم 4971 ، ص 2022 . / أخرجه النسائي ، الجزء السادس ، رقم 3463 ، ص 170 .

<sup>4</sup> - الحافظ أبي عبد الله محمد بن زيد القزويني ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، حقق نصوصه و رقم كتبه و أبوابه و أحاديثه وعلق عليه عبد الفؤاد عبد الباقي ، المكتبة العلمية ، بيروت لبنان ، الجزء الأول ، رقم 2056 ، ص 663 .



3 - روى مالك عن يحيى بن سعيد بن عمرة بنت عبد الرحمان أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الأنصارية أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس و أن الرسول صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغسل ، فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم : من هذه ؟ قالت : " أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله " قال : " ما شأنك " قالت : " لا أنا و لا ثابت بن قيس ( زوجها ) فلما جاء زوجها ثابت بن قيس ، قال رسول الله عليه الصلاة و السلام : " هذه حبيبة بنت سهل ، فذكرت ما شاء الله أن تذكر ، و قالت حبيبة : يا رسول الله كل ما أعطاني عندي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس : " خذ منها فأخذ منها و جلست في أهلها " أخرجه النسائي <sup>1</sup> .

4 - عن عائشة : قال أبو داود و ابن جرير : حدثنا محمد بن معمر ، حدثنا أبو عمرو السدوسي ، عن عبد الله بن أبي بكر ، عن عمرة ، عن عائشة ، أن حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس ، فضربها فكسر نغصها <sup>2</sup> ، فأنت الرسول صلى الله عليه وسلم بعد الصبح فاشتكته إليه ، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابت ، فقال : " خذ بعض مالها و فارقها " قال : " ويصلح ذلك يا رسول الله " ، فقال : " نعم " ، قال : " فإني أصدققتها حديقتين فهما بيدها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " خذها و فارقها " ففعل <sup>3</sup> .

يظهر من خلال جملة الأحاديث التي أوردناها أنه وقع اختلاف بين الفقهاء فيمن هي زوجة ثابت بن قيس بن شماس المختلعة ، ولعل سبب وقوع هذا الإختلاف يرجع إلى أن الأحاديث التي أوردناها سلفاً لم تسمها ، فقد ذهب فريق إلى أن زوجة قيس ابن ثابت المختلعة في الحديث هي جميلة بنت أبي بن سلول ثم وقع اختلاف بينهم يكمن في هل هي أخت عبد الله بن أبي أم إبنته ، بينما ذهب فريق ثاني إلى أنها حبيبة بنت سهل <sup>4</sup> ، و ذهب فريق ثالث إلى القول بأنها مريم المغالية ، وهي بفتح الميم و تخفيف الغين المعجمة نسبة إلى مغالة ، وهي امرأة من الخزرج <sup>5</sup> .

---

<sup>1</sup> - أخرجه النسائي ، سنن النسائي ، الجزء السادس ، رقم 3462 ، ص 170 . / مالك ابن أنس ، موطأ الإمام مالك ، مكتبة الفرقان ، دبي ، الجزء الأول ، رقم 1198 ، ص 424 .

<sup>2</sup> - نغص : عظم أعلى الكتف .

<sup>3</sup> - الإمام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ص 307 .

<sup>4</sup> - أمير محمد مطاوع ، الخلع بين الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص 129 و ما بعدها .

<sup>5</sup> - الإمام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ص 307 .

### III / عمل الصحابة

أجمعت الأمة في عصر الصحابة على جواز الخلع ، ولم ينكره إلا بكر بن عبد الله المزني الذي قال أنه لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئاً ( وهذا ما سيأتي بيانه لاحقاً ) وانعقد الإجماع بعده على اعتباره<sup>1</sup> .

حيث روي أن عمر أتى بإمرأة ناشز فأمر بها إلى بيت الزبل ، ثم دعا بها فقال : " كيف وجدت " ، فقالت : " ما وجدت راحة منذ كنت عنده إلا هذه الليلة التي كنت حبستني " فقال لزوجها : " إخلعها ولو من قرطها " <sup>2</sup> .

وروي من طريق آخر عن قتادة عن حميد بن عبد الرحمان أن امرأة أتت عمر بن الخطاب فشكت زوجها و أباتها في بيت الزبل ، فلما أصبحت ، قال لها : " كيف وجدت مكانك " ، قالت : " ماكنت عنده ليلة أقر لعيني من هذه الليلة " فقال : " خذ ولو عقاصها " <sup>3</sup> . وقال البخاري : " وأجاز عثمان الخلع دون عقاص رأسها " <sup>4</sup> .

و إذا كان الأصل في الخلع الجواز ، إلا أن الفقهاء اختلفوا فيه ، فالبعض أجازه مطلقاً دون قيد أو شرط ، و البعض الآخر أجازه مشروطاً ، و هؤلاء اختلفوا أيضاً في صورة القيد ، فمنهم من أقرنه بکراهية الزوجة و خوفها ، ومنهم من قيده بوقوع الشقاق بين الزوجين ، ومنهم من جعل صورة القيد وقوع الزوجة في الفاحشة ، وسنتعرض لكل هذه الأقوال :

القول الأول : وهو قول جماعة من التابعين ، وفيه لا يجوز الخلع حتى يقع الشقاق من الزوجين معا ، و استدلوا بأن مفهوم الآية " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " يدل على أن إطلاق نفي الجناح أو الإثم في إجراء الخلع مقيد بوقوع الشقاق بين الزوجين جميعاً لکراهية كل واحد منهما لصاحبه ، فإذا وقع الخوف أو الشقاق من أحدهما دون الآخر لا يندفع الإثم <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - الإمام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ص 308 .

<sup>2</sup> - قرطها ، القرط ، وهو نوع من حلي الأذن معروف ، ويجمع على أقرط و أقرطة ، ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث و الأثر ، المرجع السابق ، ص 42 .

<sup>3</sup> - عقاص بكسر المهملة و تخفيف القاف و آخره صاد مهملة جمع عقصة ، وهو ما يربط به شعر الرأس بعد جمعه ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ص 309 .

<sup>4</sup> - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، المرجع السابق ، ص 618 .

<sup>5</sup> - محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 617 .

القول الثاني : جواز الخلع مشروط بأن يكون الفساد من قبل المرأة ، فقال القرطبي في تفسيره للآية : " ... و الجمهور على أن أخذ الفدية على الطلاق جائز ، وأجمعوا على تحظير أخذها لها إلا أن يكون النشوز و فساد العشرة من قبلها " <sup>1</sup> .

وقد ذكر ابن كثير في تفسيره : " قالت طائفة كثيرة من السلف و أئمة الخلف أنه لا يجوز الخلع إلا إذا كان الشقاق و النشوز من جانب المرأة ، فيجوز للرجل حينئذ قبول الفدية<sup>2</sup> و احتجوا بقوله تعالى : " وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ " <sup>3</sup> ، قالوا : " فلم يشرع الخلع إلا في هذه الحالة ، فلا يجوز في غيرها إلا ببديل والأصل عدمه ... " <sup>4</sup> .

القول الثالث : ذهب محمد بن سيرين إلى أن جواز الخلع مشروط مع مشاهدة الفاحشة ، فليس للزوج أن يأخذ الفدية من زوجته إلا بارتكابها جريمة الزنا ، واستدل بقوله تعالى : " وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ " <sup>5</sup> .

ووجه الدلالة في الآية الكريمة أن الخلع يجوز إذا وقعت الزوجة في جريمة الزنا غير أن الظاهر أن مجرد وجود شقاق من قبل المرأة كاف في جواز الخلع <sup>6</sup> .

القول الرابع : يجوز الخلع في كل حال سواء في حالة الوفاق أو وقوع الشقاق بين الزوجين وحتى إن كان الظلم و النشوز من جهة الزوج بإضراره لامرأته ، ونوقش هذا الرأي بأنه على خلاف ظاهر لما ورد في الكتاب و السنة وما أجمع عليه عامة أهل العلم <sup>7</sup> .

---

<sup>1</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، المرجع السابق ، ص 128 .

<sup>2</sup> - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، المرجع السابق ، ص 615 .

<sup>3</sup> - الآية 229 من سورة البقرة .

<sup>4</sup> - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، المرجع السابق ، ص 615 .

<sup>5</sup> - الآية 19 من سورة النساء .

<sup>6</sup> - الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار ، شرح منتقى الأخبار ، المرجع السابق ، ص 362 .

<sup>7</sup> - محفوظ بن صغير ، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 617 .

## ثانيا / رأي أبي بكر بن عبد الله المزني

أجمع الفقهاء المسلمين على مشروعية الخلع ولم يخالف في ذلك إلا بكر بن عبد الله المزني<sup>1</sup> الذي اعتبر أن الخلع غير جائز وأنه منسوخ ، ولقد استدلت على عدم جواز الخلع بالكتاب والسنة :

### أ/ من الكتاب

استدل المزني على عدم جواز الخلع من الكتاب قائلا بأن الخلع الوارد في كتاب الله في قوله تعالى : " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " <sup>2</sup> منسوخ بقوله تعالى : " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا " <sup>3</sup> ؛ فقد نسخت هذه الآية حكم الخلع الوارد في الآية السابقة فدلّ هذا على أن الخلع كان جائزا ثم نسخ وبقي على نسخه فيكون غير جائز <sup>4</sup> ؛

### ب / من السنة النبوية الشريفة

ما روي عن ثوبان ، أنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة " <sup>5</sup> ؛

وما روي عن أبي ذرعة عن أبي إدريس عن ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " المختلعات هن المنافقات " <sup>6</sup> ؛ فقد حرم الرسول صلى الله عليه وسلم على المرأة التي تطلب الطلاق من غير بأس رائحة الجنة ، وجعل المرأة المختلعة منافقة ، وهذا يدل على عدم جواز الخلع <sup>7</sup> .

<sup>1</sup> - هو أبو عبد الله بن بكر بن عبد الله بن عمرو بن هلال المزني البصري من التابعين و من كبار فقهاءهم ، روى عنه قتادة توفي سنة 106هـ . عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 1997 م ، ص 59 .

<sup>2</sup> - الآية 229 من سورة البقرة .

<sup>3</sup> - الآية 20 من سورة النساء .

<sup>4</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر ، سنة 2003 ، ص 32 إلى 34 .

<sup>5</sup> - ابن عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، الجامع الصغير و هو سنن الترمذي ، تحقيق و شرح أحمد محمد شاكر ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الجزء الأول ، رقم 1187 ، ص 493 .

<sup>6</sup> - سنن الترمذي ، نفس المرجع ، الجزء الأول ، رقم 1186 ، ص 493 . / أخرجه كذلك النسائي ، سنن النسائي ، الجزء السادس ، رقم 3461 ، ص 169 .

<sup>7</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 34 إلى 36 .

إن ما زعمه بكر بن عبد الله المزني من أن الآية ، وهي قوله تعالى : " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " منسوخة بالآية : " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا " فلا وجه للنسخ<sup>1</sup> ؛ وذلك لأنه من القواعد الأصولية في قضية إبطال نص لاحق لنص سابق أنه لا بد من وجود أمرين :

1 / أن ينص اللاحق على أنه ناسخ للسابق ؛

2 / أن يكون بين النصين تناقض بحيث لا يمكن الجمع بينهما .

ومن دراسة الآيتين السابقتين يتبين أن الآية : " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا " تفيد أنه إذا أراد الرجل أن يستبدل زوجته ، وهي لا تريد فراقه ، فلا يجوز أن يظلمها ويضر بها حتى تدفع له من مالها شيئاً نظير طلاقها ، أما الآية : " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " فمعناها أنه يجوز للرجل أن يأخذ منها مالا إذا كانت كارهة له وتخاف لذلك عدم القيام بالواجبات الزوجية و تطلب الطلاق من غير أن يكون الرجل هو السبب<sup>2</sup> .

إن فالآيتان ليستا متعارضتين ، لأن الآية الأولى وهي قوله تعالى : " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " تدل على أن الزوج لو أخذ شيئاً من زوجته بطيب نفسها فلا إثم عليه ولا حرج ، والثانية وهي قوله تعالى " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا " تدل على النهي من أن يأخذ الزوج من صداق زوجته ليمهر به الثانية ، فيمكن الجمع بينهما ، ولا نسخ إلا إذا تعذر الجمع ، كما أنه لم يثبت أن الآية الثانية متأخرة في النزول عن الآية الأولى وبالتالي فلا نسخ<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - النسخ هو رفع الحكم الشرعي بالدليل الشرعي المتراضي عنه ، عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 60 .

<sup>2</sup> - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، نفس المرجع ، ص 61/ 60 .

<sup>3</sup> - مصري مبروك ، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري - دراسة فقهية مقارنة - دار هومه ، الجزائر ، د س ن ، ص 267/266 .

## الفرع الثاني : الحكمة من تشريع الخلع

لقد شرع الله سبحانه و تعالى الزواج مودة و رحمة و سكنا و للحفاظ على النوع الإنساني إلا أنه قد يدب الخلاف و يحصل الشقاق بين الزوجين لسبب أو غيره بما لا يستطاع دوام العشرة بينهما ، من أجل ذلك و غيره شرع الله الطلاق و جعله بيد الرجل يوقعه بإرادته المنفردة ، و كما جعل الله الطلاق بيد الرجل ، تجلت حكمته سبحانه أنه شرع للمرأة افتداء نفسها بمال و أباح طلاقها بغير عوض<sup>1</sup> .

فقد تبغض المرأة زوجها و تكره العيش معه لأسباب خَلْقِيَّة أو خُلُقِيَّة أو دينية أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك و تخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته ، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الرابطة الزوجية ، و هو الخلع<sup>2</sup> .

يقول ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد : "و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك<sup>3</sup> المرأة ، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل " <sup>4</sup> .

وهذا ما يبين لنا مدى سماحة الإسلام و حكمته في تشريعاته عند مقارنته ببعض الأديان السماوية المتقدمة و بالأنظمة الوضعية الحديثة ، فهو لا يجعل الرابطة الزوجية قيда في العنق ، بل يراعي جميع الحالات الواقعية التي تعترض الناس و يراعي جميع المشاعر الجادة التي لا حيلة للإنسان فيها ، و لا يقوم الزوجين على حياة ينفران منها و الخلع دليل على واقعية الشريعة الإسلامية ، فإذا كانت الزوجة كارهة لزوجها لا تستطيع الحياة معه لسبب بغض مشاعرهما الشخصية فيجوز لها أن تطلب الطلاق منه<sup>5</sup> .

---

<sup>1</sup> - عبد القادر داودي ، وقوع الطلاق من غير الزوج ، مقال منشور في مجلة المعيار ، تصدرها كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، العدد التاسع ، سنة 2004 ، ص 230 إلى 233 .

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته - الأحوال الشخصية ، أحكام الأسرة - دار الفكر المعاصر ، دمشق ، الجزء التاسع ، الطبعة الرابعة المعدلة ، سنة 1997 م ، ص 7009 .

<sup>3</sup> - فرك بمعنى أبغض ، ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث و الأثر ، الجزء الثالث ، ص 441 .

<sup>4</sup> - القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، المرجع السابق ص 450 .

<sup>5</sup> - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 65 .

## المطلب الثالث : التكيف الفقهي للخلع و موقف المشرع الجزائري

إذا كان الخلع طريقاً من طرق حل الرابطة الزوجية تلجأ إليه الزوجة للتخلص من رابطة زوجية لا تريدها ، فالسؤال المطروح ماهية طبيعة الخلع ؟ .

إن البحث عن طبيعة الخلع يستدعي بنا الإجابة عن الأسئلة التالية :

هل الخلع يمين أم معاوضة ؟ ( الفرع الأول ) .

هل الخلع طلاق أم فسخ ؟ ( الفرع الثاني ) .

### الفرع الأول: الخلع بين اليمين والمعاوضة

وسنتعرض للموقف الفقهي ( أولاً ) ثم إلى موقف المشرع الجزائري ( ثانياً ) .

#### أولاً / الموقف الفقهي

إن طبيعة الخلع وصفته ليست واحدة بالنسبة للزوجين ، وقد اعتبر جمهور الفقهاء أن الخلع معاوضة ولا يحتاج لصحته قبض العوض ، فلو تم من قبل الزوج وماتت الزوجة أو أفلسست أخذ العوض من تركتها وأتبعته به ، ويجوز رد العوض إذا كان فيه عيب ، لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب ، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر .

ويصح الخلع منجزاً بلفظ المعاوضة لما فيه من معنى المعاوضة ، ويصح معلقاً على شرط لما فيه من معنى الطلاق<sup>1</sup> .

غير أن أبا حنيفة لم يعتبره في حكم المعاوضات ، بل اعتبره بالنسبة للزوج يمينا تراعى فيه أحكام اليمين ، وبالنسبة للزوجة معاوضة لها شبه بالتبرعات ، بمعنى أن الزوجة تقصد افتدائها بنفسها بمال تدفعه للزوج فهو منها بمنزلة مبادلة ومعاوضة<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، المرجع السابق ، ص 200 .

<sup>2</sup> - بلبولة بختة ، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2004 / 2005 ، ص 130 .

جاء في الدر المختار " هو - الخلع - يمين في جانبه - أي جانب الزوج - لأنه تعليق الطلاق على قبول المال ، وفي جانبها - أي جانب الزوجة - معاوضة ، لأنه تمليك المال بعوض فيراعى فيه أحكام معاوضة المال كالبيع و نحوه " <sup>1</sup> .

و في الفتح القدير " وصفته - أي الخلع - أنه يمين من جانب الزوج و معاوضة من جانبها ، فتراعى أحكام اليمين من جانبه و أحكام المعاوضة من جانبها عند أبي حنيفة و عندهما هو يمين من الجانبين " <sup>2</sup> .

ولقد رتب الأحناف مجموعة من النتائج على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة :

### 1 / الخلع يمين من جانب الزوج

يرى الأحناف أن الخلع يمين من جانب الزوج ، لأن الزوج الذي يقول لزوجته خالعتك على ألف دينار و يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبولها دفع الألف ، فهو يمين من جانبه ولا يملك الرجوع فيه ، في حين لو كان معاوضة لصح الرجوع قبل قبولها . و يترتب على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الأحكام التالية :

أ - إذا صدر إيجاب الخلع من جانب الزوج ، فإن قال لها : خالعتك على مائتي دينار ، فليس له أن يرجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوجة ، لأن قوله في هذا المعنى تعليق الطلاق والطلاق المعلق كالمنجز لا يصح الرجوع عنه ؛

ب - أنه لو قام من المجلس الذي أوجب الخلع فيه قبل قبول الزوجة ، لا يبطل إيجابه ، فلو قبلت في مجلسها بعد قيامه تم به الخلع ، لأنها مقيدة بمجلسها هي ؛

ج - أن للزوج تعليق إيجابه في الخلع على شرط كما يجوز أن يضيفه في زمن مستقبل ، كأن يقول لزوجته خالعتك على مبلغ كذا إن تزوجت عليك ، أو يقول لها : خالعتك غدا أو أول الشهر على مبلغ كذا ، فإذا قبلت الزوجة صح الخلع ؛

<sup>1</sup> - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ، الجزء الثالث ، ص 443 .

<sup>2</sup> - ابن همام ، شرح فتح القدير ، المرجع السابق ، ص 199 .

- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الجزء الثامن ، الطبعة الثالثة ، سنة 1997 م ، ص 126 .



د - لا يجوز له أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع كأن يقول لها : خالعتك على كذا على أن لي الخيار ثلاثة أيام ، لأن الخلع يمين من جانبه ، والخيار لا يكون في الأيمان ، في حين لو كان الخلع في جانبه معاوضة يصح الشرط ويكون له ما اشترط<sup>1</sup> .

## 2 / الخلع معاوضة من جانب الزوجة

اعتبر الأحناف الخلع معاوضة من جانب الزوجة ، لأنها تعطي الزوج نظير طلاقها مالا ، ولقد اعتبر الإمام أبو زهرة أن هذه المعاوضة لا يمكن اعتبارها معاوضة خالصة لأن المعاوضة الخالصة تكون في نظير مال أو ما في معناه ، وبذل الخلع لا يوجد مال في نظيره وإنما هو افتداء نفسها بهذا المال ، فلا يمكن اعتباره معاوضة خالصة ، فالمعاوضات المحضة ، إنما تكون إذا كان كل من العوضين مالا أو ما في حكمه<sup>2</sup> .

و يترتب على اعتبار الخلع معاوضة لها شبه بالتبرعات من جانب الزوجة ما يأتي :

أ - للزوجة إذا أوجبت فقالت لزوجها : " خلعت نفسي منك على مبلغ كذا " أن ترجع عن إيجابها قبل قبول الزوج ، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول ؛

ب - لا بد من قبول الزوجة في مجلس الإيجاب من الزوج إن كانت حاضرة أو تقبل في مجلس علمها ، أما إن قامت من المجلس بعد سماعها كلمة المخالعة أو بعد علمها به بطل الإيجاب ، فلو قبلت بعد ذلك لا يقع الطلاق ؛

ج - اشتراط الزوجة لخيار الشرط في إيجابها أو قبولها جائز ، فلو قال لها خالعتك على مبلغ كذا ، فقالت قبلت ولي الخيار ثلاثة أيام ، فقد قال أبو حنيفة أن الخيار شرط يلزم ، ويكون لها الخيار ثلاث أي لها حق الفسخ في هذه المدة ، وحجة أبو حنيفة أن الخيار شرط يدخل المعاوضات المالية ، والتصرف من جانبها معاوضات مالية فلها أن تشترط ؛

د - لا يصح للزوجة أن تعلق الخلع أو تضيفه إلى زمن مستقبل ، لأن الخلع من جانبها معاوضة و تمليك ، والتملكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة<sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> - محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة - دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون - دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية ، سنة 1977 ، ص 534 / 535 .

<sup>2</sup> - الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 331 .

<sup>3</sup> - بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ( الزواج و الطلاق ) دار النهضة العربية للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت لبنان ، الجزء الأول ، د س ن ، ص 395 .

## ثانيا / الموقف التشريعي

إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 11/84 لم يتعرض لمسألة الخلع على أنه يمين أم معاوضة ، حيث اكتفى في المادة 54 من قانون الأسرة بالقول : " يجوز للزوجة ... أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه .... " مما جعل بعض شراح القانون الذين يميلون إلى اعتبار الخلع عقدا لا يتم بدون إرادة الزوج وحاولوا شرح المادة 54 على أن الخلع عقد ، وبالتالي تبنا ما جاء في تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة<sup>1</sup> .

وفي هذا يقول الأستاذ العربي بلحاج " إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها ، فقبلت وتم ذلك إيجابا وقبولا سمي هذا مخالعة ، ومن هذا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال يعتبر يمينا في جانب الزوج ، لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال ، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية " <sup>2</sup> .

ولعل الدوافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة التكييف الفقهي للخلع كونه يمينا أم معاوضة ، بل اكتفى بالقول أنه في حالة النزاع على المال أو بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم .

ولكن المشرع الجزائري فصل في أمر التكييف الفقهي للخلع في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 حينما عدلت المادة 54 منه ونصت على أنه : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ... " وبذلك فلا حاجة لمجلس العقد ولا أي إيجاب من الزوجة في مخالعتها ، ولا أي قبول من الزوج<sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات - دراسة فقهية ونقدية مقارنة - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، سنة 2010 ، ص 218 .

<sup>2</sup> - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج والطلاق - ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، الطبعة الرابعة ، سنة 2005 ، ص 263 / 264 .

<sup>3</sup> - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 219 .

## الفرع الثاني : الخلع طلاق أم فسخ

إن الأصل في كل فرقة تمت بين الزوجين أن تكون طلاقاً إلا أن الخلع نظراً لما يرافقه من عوض ، وما اشترط بعض الفقهاء فيه أن يكون لدى القاضي ، وأنه غالباً ما يكون بطلب من الزوجة ، كل هذا كان سبب الاختلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذه الفرقة .

وفي هذا الصدد اختلفت الآراء الفقهية ( أولاً ) فما موقف المشرع الجزائري من هذا الإختلاف ( ثانياً ) .

### أولاً / الإختلاف الفقهي

انقسمت الآراء الفقهية إلى إتجاهين ، فهناك إتجاه يرى أن الخلع فسخ للنكاح ( I ) وإتجاه آخر يرى بأن الخلع يقع به طلاق بائن ( II ) فما ثمرة هذا الخلاف وما فائدته ( III ) .

### I / الإتجاه القائل بأن الخلع فسخ

وهو رواية عن أحمد بن حنبل والشافعي في أحد أقواله ، و قول ابن عباس وعكرمة وإسحاق وطاووس وأبو ثور . واستدلوا بالكتاب ( 1 ) و السنة ( 2 ) .

#### 1 / من الكتاب

قوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " <sup>1</sup> . ثم قال تعالى : " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ " <sup>2</sup> .

ووجه الاستدلال أن الله تعالى عندما ذكر الطلاق ذكره مرتين " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ " ثم ذكر بعده الإفتداء " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " ثم ذكر الطلقة الثالثة " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ " فلو كان الخلع طلاقاً ، لكان عدد الطلقات هنا حسب ما ورد في الآية الكريمة أربعاً ، وهذا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها ، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجاً آخر ، فإن هو دخل بها دخولا شرعياً ثم طلقها ، فتحل لزوجها الأول <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - الآية 229 من سورة البقرة .

<sup>2</sup> - الآية 230 من سورة البقرة .

<sup>3</sup> - منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 64 .

## 2 / من السنة النبوية الشريفة

واستدلوا من السنة النبوية أنه فسخ عندما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس بن شماس أن يطلق امرأته وأمرها أن تعتد بحيضة واحدة ، وهذا دليل آخر على أنه فسخ لا طلاق ، فلو كان طلاقاً لأمرها أن تعتد ثلاث حيضات ، لقوله تعالى : " وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ... " <sup>1</sup> .

واستدلوا برواية عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأل النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها ؟ قال صلى الله عليه وسلم : " نعم لينكحها ليس الخلع بطلاق " و ذكر الله الطلاق في أول آية وآخرها والخلع فيما بين ذلك ، فليس الخلع بشيء <sup>2</sup> .

وروى نافع مولى عن عمر أنه سمع الربيع بن معوذ ابن عفراء تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان ، فجاء عمها إلى عثمان بن عفان ، فقال : إن ابنة معوذ اختلعت اليوم أفنتنقل ؟ فقال عثمان : " لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل " فقال ابن عمر : " عثمان خيرنا وأعلمنا " <sup>3</sup> .

كما يجوز وقوع الخلع في الحيض ، فلو كان طلاقاً لم يصح وقوع الخلع فيه ، فقد أجازته الرسول صلى الله عليه وسلم بدون سؤال المختلعة هل هي حائض أم لا ؟ بينما أمر الذي طلق في الحيض بمراجعة زوجته .

واستندوا كذلك أنه لو كان طلاقاً لصحت الرجعة فيه بعد الطلقة الأولى والثانية فلما لم تصح الرجعة فيه ، دلّ على أنه فسخ وليس طلاقاً <sup>4</sup> .

---

<sup>1</sup> - الآية 228 من سورة البقرة .

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، المرجع السابق ، ص 134/133 .

<sup>3</sup> - ابن همام ، شرح فتح القدير ، المرجع السابق ، ص 191/190 .

<sup>4</sup> - بلبولة بخته ، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله ، المرجع السابق ، ص 133 .

## II / الإتجاه القائل بأن الخلع طلاق

قال جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والأحناف أن الخلع يقع به الطلاق بائنا ، واستدلوا بقوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَمِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " و قوله أيضا : " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ... " ثم قال الله تعالى : " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ " ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى ذكر الخلع بين طلاقين ، فعلم أنه ملحق بهما .

واستدلوا كذلك من السنة بما رواه البخاري في صحيحه ، عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : " يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام " فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أتردين عليه حديقته " فقالت : نعم ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : " إقبل الحديقة وطلقها تطليقة " فقد جعله الرسول صلى الله عليه وسلم طلاقا حيث قال لثابت بن قيس إقبل الحديقة وطلقها تطليقة ، فهذا دلّ أن الخلع طلاق .

واستدلوا بالمعقول بأن الزوج أخذ العوض على ما يملكه والذي يملكه الطلاق دون الفسخ<sup>1</sup> .

## III / ثمرة الخلاف وفائدته

وتظهر ثمرة هذا الخلاف بين الفقهاء وفائدته في النقاط التالية :

1- من قال بأن الخلع فسخ ، فإن للرجل المخالعة أن يعيدها بعقد نكاح ومهر جديدين وإن تكرر منه الخلع ، لأن الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وعلى هذا فهي تعود إليه بعقد نكاح جديد بما كان يملكه عليها قبل الخلع ؛

أما إذا قلنا أن الخلع طلاق بائن ، فإنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج عليها ، فإن كان قد طلقها واحدة ، ثم خالعه ، ثم عقد بنكاح جديد عليها ، فإنها تعود إليه وهو يملك عليها طليقة واحدة فقط ، وإن لم يكن قد طلقها قبل الخلع ، ثم خالعه ، ثم أعادها بعقد نكاح جديد فإنها تعود إليه وهو يملك عليها تطليقتين ، لأن مخالعة لها قد اعتبرت تطليقة بائنة أنقصت من عدد الطلقات الثلاث التي كان يملكها واحدة ، فبقيت له عليها طلقتان ، فتعود إليه وهو يملك عليها طليقتين ؛

<sup>1</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 111/112 .

2 - إن الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة ، توجب للزوجة نصف المهر أو المتعة ، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها ، فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة ؛

3 - معظم الذين جعلوا الخلع طلاقا ، قالوا أن عدّة المختلعة هي عدّة الطلاق ، ومن جعلوه فسحا قالوا بأن عدّة المختلعة حيضة ، إلا الإمام ابن حنبل الذي قال أن عدّة المختلعة ثلاث حيضات رغم كون الخلع فسحا<sup>1</sup> ؛

ولقد دعم الأستاذ أمير محمد مطاوع رأي جمهور الفقهاء وهو الرأي الراجح بأدلة أخرى نسوق بعضها فيما يلي :

أ - إن الطلاق في معناه هو حل عقدة النكاح ، أما الفسخ فهو بمعنى النقض والفسوخ هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج عما ليس يرجع لاختياره ، والخلع يرجع إلى الاختيار سواء كان باتفاق الطرفين أو باختيار الزوجة ، أو باختيار الزوج وعرضه على الزوجة ؛ ومن ثم فهو يختلف عن الفسخ الذي يقع بغير اختيار الزوجين ، كمن تزوج بامرأة تبين بعد ذلك أنها محرمة عليه لكونها أخته من الرضاع أو غيره ، فإنه يفرق بين الزوجين ويفسخ عقد زواجهما ، وحيث أنه لم يصح أن يكون الخلع فسحا تعين أن يكون طلاقا ؛

ب - إن قوله تعالى : " وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا " يصح أن تكون جملة اعتراضية بين الكلام عن الطلاق في صدر الآية ، وصدر الآية التالية ، ولعل فائدة الكلام عن الخلع هو التأكيد أن الخلع يأخذ حكم الطلاق في مجمله وإن اختلف في بعض مسائله ؛

ج - إن قوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ " بيان لعدد الطلاق الرجعي ، فلا يدخل فيه الخلع لأنه ليس طلاقا رجعيا ، ثم جاء بالطلقة الثالثة في الأخير وجعل بينهما كلام على الخلع للإشعار بأن الخلع من نوع الطلاق<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 67 .

<sup>2</sup> - أمير محمد مطاوع ، الخلع بين الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص 201/200 .

## ثانيا / موقف المشرع الجزائري

أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق ، فإن المشرع الجزائري كان موقفه واضحا منذ الوهلة الأولى ، حيث اعتمد الموقف القائل بأن الخلع طلاقا لا فسخ ، وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به المشرع في قانون الأسرة الجزائري ، فقد خصص المشرع الجزائري الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان " النكاح الفاسد والباطل " وذلك من خلال المادة 32 إلى غاية المادة 35 منه .

كما أورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان " انحلال الزواج " وذلك في المادة 47 منه والتي تنص : " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة " .

ثم تطرق لطرق انحلال الرابطة الزوجية من خلال المادة 48 من الفصل الأول المعنون بالطلاق ، و التي تنص : " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون " ونجد أن المادة 54 التي تعرضت للخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق ، وهو يؤكد التأثير الواضح وتبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ .

ويكون في ذلك مصيبا ، لأن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد ، ويتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته ، بينما الأمر يختلف عليه في الخلع ، إذ يرّد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتربها أي عارض يعيب العقد ، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة عن العقد تستهدف حل الرابطة الزوجية<sup>1</sup> .

ولقد جاء إجتهد المجلس الأعلى موافقا لهذا الموقف حيث جاء في إحدى قراراته بأنه " لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح " <sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> - باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، المرجع السابق ، ص 69/68 أنظر كذلك أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 222/221 .

<sup>2</sup> - قرار مؤرخ في 5 فبراير 1969 ، مشار إليه في كتاب الأستاذ العربي بلحاج - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق - المرجع السابق ، ص 246 .

## المبحث الثاني : أركان الخلع

أركان الخلع هي العناصر التي يتكون منها ويتحقق بها وجوده ، فلكي يكون الخلع صحيحا ومنتجا لآثاره ، لا بد من توفر جملة من الأركان .

وأركان الخلع عند جمهور الفقهاء عددها خمسة وهي : القابل - الموجب - العوض المعوض و الصيغة .

غير أن الحنفية اعتبروا أن للخلع ركن واحد وهو الصيغة أي (الإيجاب والقبول) لأنه عقد على الطلاق بعوض ، فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون قبول .

و يشترط في كل ركن جملة من الشروط ارتأيت دراستها عند معالجة كل ركن من هذه الأركان .

ولذلك سأقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : طرفا الخلع .

المطلب الثاني : عوض الخلع .

المطلب الثالث : صيغة الخلع و المعوض .

### المطلب الأول : طرفا الخلع

إن من أهم الأشخاص الرئيسيين في الخلع هما الزوج و الزوجة ، فلا يتحقق الخلع بدونهما ، إلا أنه قد يتولى الخلع شخص ثالث يعين لهذا الغرض ، قد يكون وكيلًا عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا ، كما يمكن أن يكون هذا الشخص أجنبيا أو فضوليا ليست له صفة الوكالة .

وعلى هذا الأساس سأقسم هذا المطلب إلى فرعين أساسيين أخصص الأول للزوج المخالعة والزوجة المخالعة مع التعرض لموقف المشرع الجزائري، ثم أتعرض في الفرع الثاني للوكالة في الخلع و خلع الأجنبي .

### الفرع الأول : الزوج المخالعة و الزوجة المخالعة

هما طرفا الخلع، و نظرا لأهميتهما، فقد اشترط الفقهاء مجموعة من الشروط في كل منهما وكذا المشرع الجزائري ، وعليه سأعالج في بادئ الأمر الزوج المخالعة ( أولا ) ثم الزوجة المخالعة ( ثانيا ) ثم أتعرض لموقف المشرع الجزائري ( ثالثا ) .



## أولا / شروط الزوج المخالغ و حالاته

يسمى أيضا الخالغ ، فهو طرف في عقد الخلع مع زوجته التي هي الطرف الثاني وحتى يكون الزوج طرفا في عقد الخلع لابد من أن تتوافر فيه شروط معينة تمكنه من إجراء الخلع ، فما هي هذه الشروط ، و ما هي الحالات التي لا يقع فيها الخلع من طرف الزوج ؟ .

### I / أهلية الزوج

يشترط في الزوج أن يكون أهلا لإيقاع الخلع أي أن يكون بالغا ، عاقلا ، مختارا يملك أهلية التصرف في ماله ، وضابطه الشرعي " كل من صح طلاقه صح خلعه " .

وإن الفقهاء لم يفرقوا بين الخلع والطلاق من حيث أهلية الزوج . وسنتعرض لمختلف المذاهب في هذا الصدد :

#### 1/ الحنفية

قالوا أن الأهلية ضرورية في الزوج المخالغ ، فلا يصح خلع الصبي ولا المجنون ولا المعتوه ولا المعمر عليه . وذلك لأن الصبي ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره ، وهذا لأن القصد ينبني على الخطاب ، والخطاب ينبني على اعتدال الحال . وكذلك فعل أبيه عليه في الطلاق باطل ، لأن الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ولتحقق الحاجة إليه وذلك لا يتحقق في الطلاق ولا العتاق<sup>1</sup> . أما المعتوه والمعمر عليه من مرض فهو بمنزلة الصبي لإنعدام القصد<sup>2</sup> .

#### 2 / المالكية

أجاز المالكية خلع الأب والوصي للصبي ، وذلك من وجهة نظر مفادها أن الصبي مادام زواجه قائما ، فخلعه جائز أيضا وينوب عنه الأب أو الوصي ، ولو كان الزوج سفيها فالخلع جائز وطلاقه نافذ ، لأنه إذا كان له أن يطلق فالأولى له أن يخالغ<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، د ب ن ، الجزء السادس ، سنة 1989 م ، ص 178 .

<sup>2</sup> - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 224 .

<sup>3</sup> - المدونة الكبرى للإمام مالك ، المرجع السابق ، ص 181 . / بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، الجزء الأول ، ص 451 .

قالوا يشترط في الزوج أن يكون ممن ينفذ طلاقه لأن الخلع طلاق والزوج ركن لا شرط ، فلا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهم ، و يصح خلع المحجور عليه بفلس أو سفه ، سواء أذن الولي أم لا ، و سواء كان العوض مهر المثل أو دونه ، لأن طلاقها مجانا نافذ ، ولا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفية ، بل يسلمه إلى الولي ، فإن سلمه إلى السفية وكان الخلع على عين المال أخذها الولي من يده ، فإن تركها في يده حتى تلفت بعد علمه بالحال ، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان .

و إن تلف في يد السفية ولم يعلم بالتسليم رجع على المختلع بمهر المثل على الأظهر وبقيمة العين على قول آخر <sup>1</sup> .

## 4 / الحنابلة

قالوا يصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه ، فيصح خلع المسلم والبالغ والصبي المميز الذي يعرف معنى الطلاق والرشيد والسفيه ، لأن كل واحد منهم زوج يصح طلاقه فيصح خلعه <sup>2</sup> . وقد جاء في الأنصاف " إذا كان محجورا عليه ، دفع المال إلى وليه ، وقال في صحة خلع المميز وجهان أحدهما يصح وهو المذهب ، والثاني لا يصح ، والخلاف مبني على طلاقه " <sup>3</sup> .

## II / خلع السكران

إذا شرب الإنسان مسكرا كخمر ونحوها ، فإما أن يكون غير آثم لشربها ، كأن يشربها مكرها أو يشربها جاهلا بها ، فيكون حكمه حكم المجنون ولا يقع خلعه <sup>4</sup> ؛ أما إذا شرب الخمر أو نحوها غير مكره وكان عالما بها ، فقد اختلفت الآراء في ذلك وانقسمت إلى قسمين :

<sup>1</sup> - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين و عمدة المفتين ، إشراف زهير الشاوشي ، المكتب الإسلامي الجزء السابع ، سنة 1991 م ، ص 384 .

<sup>2</sup> - ربيحة إلغات ، الطلاق بالخلع - دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون وإجتهادات المحكمة العليا - مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ، العدد 4 ، سنة 2009 ، ص 318/319 .

<sup>3</sup> - علي بن سليمان بن أحمد المرادوي ، الأنصاف ، الجزء الثامن ، ص 390/389 .

<sup>4</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 60/59 .

الرأي الأول : طلاق السكران واقع وخلعه جائز، ومن بين مؤيدي هذا الرأي عطاء ، الحسن البصري ، سعيد بن المسيب ، الشعبي ، محمد بن سيرين والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ؛

الرأي الثاني : طلاق السكران غير واقع وخلعه باطل ، وأيد هذا الرأي عثمان بن عفان رضي الله عنه وعمر بن عبد العزيز و غيرهم <sup>1</sup> .

### III / خلع المكره

اختلف الفقهاء في خلع المكره وانقسموا إلى قسمين :

الرأي الأول : يرى أن خلع المكره لا يقع ، وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس ؛

الرأي الثاني : يرى أن خلع المكره جائز، وبه قال أبو قلابة والشعبي والنخعي و الحنفية <sup>2</sup> .

### IV / خلع المريض مرض الموت

يعرف مرض الموت بأنه : " الحال الذي يكون عليه الشخص ويغلب فيه ظن الناس أنه سبب موته " <sup>3</sup> ؛ كما يرى البعض الآخر بأنه : " المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل الموت به فعلا ، ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلا مادامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض " <sup>4</sup> ؛ وقيل علامته ملازمة الفراش و عدم القدرة على الصلاة قائما ؛ كما ألحق بالمريض مرض الموت في الحكم كل من يكون في حال يخشى فيها الموت أو يتوقعه كمن يحكم عليه بالإعدام أو من يكون على سفينة تلاطمت بها الأمواج و توقع الغرق <sup>5</sup> .

1 - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 60 إلى 62 .

2 - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، نفس المرجع ، ص 62 إلى 65 .

3 - فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، المرجع السابق ، ص 311/312 .

4 - محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الرابعة ، سنة 1994 ، ص 216 .

5 - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 10 .

و قد قال جمهور الفقهاء أن خلع المريض مرض الموت نافذ ، لأنه لو طلق في مرض موته بغير عوض لصح طلاقه ، فلئن يصح بعوض أولى بالجواز والصحة .

لكن الفقهاء اختلفوا في مدى حق الزوجة المختلعة في الإرث من زوجها إن مات بعد إجراء الخلع معها ، وهذه أقوال الفقهاء في خلع المريض :

#### 1 / المالكية

جاء في مدونة الإمام مالك قوله : رأيت إن اختلعت منه في مرضه فمات من مرضه ذلك أثرته أم لا ؟ قال مالك : " نعم ترثه ، وكذلك لو جعل أمرها بيدها أو خيرها فطلقت نفسها في مرض موته ، فإنها ترثه ، فكل طلاق وقع في المرض فالميراث للمرأة إذا مات من ذلك المرض و بسببه كان ذلك لها " <sup>1</sup> .

#### 2 / الحنفية

إذا اختلعت الزوجة وهي صحيحة و الزوج مريض مرض الموت ، فالخلع جائز بما سميها من بدل الخلع و تراضيا عليه قليلا كان هذا البديل أو كثيرا ، لأن الزوج لو طلق بغير عوض كان طلاقه صحيحا فبالعوض أولى ، ولا ميراث لها ، لأن الفرقة وقعت بقبولها ورضائها <sup>2</sup> .

#### 3 / الشافعية

يجوز خلع المريض مرض الموت عندهم لأن الرجل يملك الطلاق بدون عوض فخلعه طلاق بعوض يجوز بالأولى ولا ضرر فيه على المرأة مادام يملك طلاقها ، ويجوز الخلع في المرض ، كما يجوز في البيع .

#### 4 / الحنابلة

قالوا بأنه يجوز خلع المريض إذا لم يكن هناك محاباة ، فإذا ظهرت محاباة الزوج من الخلع ، كما لو أوصى لها مبلغ من المال ، فإن كان أقل من ميراثها منه صلح ولزم ، وإن كان أكثر يصح وتلغى الزيادة <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - المدونة الكبرى للإمام مالك ، المرجع السابق ، ص 185 .

<sup>2</sup> - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 135 .

<sup>3</sup> - ربيعة إلغات ، التفريق بين الزوجين - دراسة نموذجية للخلع والظهار والإيلاء واللعان - رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق والعلوم القانونية والإدارية ، معهد الحقوق والعلوم القانونية والإدارية ، جامعة الجزائر ، سنة 1997/1998 ص 49/48 .

## ثانيا / الزوجة المختلعة و حالاتها

يعتبر الخلع بالنسبة للزوجة تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي ، وعليه يشترط في الزوجة المختلعة أن تكون محلا للطلاق وأهلا للتبرع ، لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أن الزوجة تملك نفسها مقابل هذا العوض ، لكن ما تملكه من بعد لا يقوّم بمال .

وعليه يشترط في الزوجة أن تكون بالغة ، عاقلة ، وغير محجور عليها ، كما يشترط في الزوجة أن تكون راضية غير مكرهة ، وعالمة بمعنى الخلع .

وسنتعرض لهذه الحالات في خمس نقاط أساسية :

### I / خلع الزوجة الصغيرة و المجنونة

إذا تولت الزوجة الصغيرة و المجنونة الخلع بنفسها ، فالخلع باطل لا يترتب عليه أي أثر ، لأنه علق خلعها على قبولها وهو غير معتبر ، فلم يتحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق . أما إذا تولى أبوها الاتفاق مع الزوج على خلعها أو طلاقها في نظير مال التزم به فيقع الطلاق بئنا في الحاليتين ، لأن الزوج علقه على قبول الأب وقبوله معتبر هنا ، ويلزمه المال ، ولا يسقط بهذا الخلع شيء من حقوق الزوجة التي تسقط بالخلع عند أبي حنيفة<sup>1</sup> .

أما إذا قبل الأب الخلع ولم يلتزم بدفع البذل من ماله بل أضاف القبول إلى مال إبنته فإن المال لا يلزمها ولا يلزم الأب أيضا ، لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع ، ولا يملك أحد أن يتبرع من مال غيره ولو كان وليا عليه<sup>2</sup> .

هذا بالنسبة للصغيرة غير المميزة أما بالنسبة للصغيرة المميزة ففيه تفصيل المذاهب الأربعة .

#### 1 / المذهب الحنفي

إذا كانت الزوجة الصغيرة مميزة مدركة لمعنى النكاح و لمعنى الخلع و ما يترتب عليهما من آثار ، فإن عبارتها حينئذ معتبرة شرعا ، فإذا قبلت وقع الطلاق و لا يلزمها المال لأن التزامها المال كان في مقابل ما ليس بمال فكان تبرعا ، وهي ليست من أهل التبرع<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون ، المرجع السابق ، ص 541 .

<sup>2</sup> - بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ، المرجع السابق ، ص 403 .

<sup>3</sup> - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 113 .

جاء في الدر المختار " فإن قبلت الخلع - أي إذا قبلت الزوجة الصغيرة الخلع - وهي عاقلة تعقل أن النكاح جالب و الخلع سالب ، وقع الطلاق بالاتفاق ، ولا يلزمها المال " <sup>1</sup> .

كما ورد في الفتح القدير " إن الصغيرة العاقلة إذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر و لا يلزم المال " <sup>2</sup> .

و هل للأب أن يختلع ابنته الصغيرة ؟ الجواب أنه إذا اختلعها بمالها أو بمهرها وقع الطلاق ولا يلزمها شيئاً . أما إذا اختلعها الأب بماله ، فإنه يصح الخلع و يلزمه المال ، و كذا إذا اختلعها بمال و ضمنه ، فإنه يلزمه . و ليس للأب أن يختلع ابنته الكبيرة سواء كانت بكراً أو ثيباً ، فإذا فعل ذلك وقع الخلع موقوفاً على إجازتها ، فإن أجازته فإنه يصح و يلزمها المال و إن لم تجزه لا يقع و لا يلزمها المال <sup>3</sup> .

## 2 / المذهب المالكي

لا يصح للصغيرة أن تباشر مخالعة الزوج بعوض مالي ، فإذا خالعتها زوجها على مال و قبضه ، فلا يصح الخلع و يجب عليه رد المال الذي قبضه ، إلا إذا أذن وليها بالخلع فإن أذن فإنه يصح الخلع و يلزم العوض ، أما إذا خالعت الزوج زوجته الصغيرة على مال بدون إذن الولي وقع عليه الطلاق بائناً ، و لا حق له في العوض ، وإذا قبضه و يجب عليه رده <sup>4</sup> .

## 3 / المذهب الشافعي

لا يصح عندهم خلع الزوجة الصغيرة سواء كانت مميّزة أو غير مميّزة ، كما لا يجوز للأب أن يخلع ابنته الصغيرة من الزوج بشيء من مالها ، لأنه يسقط بذلك حقها من مهر و النفقة ، فإن خالعتها بشيء من مالها لم يستحق ذلك ، ولكن لو خالعت عنها بماله أو بضمانه وقع الخلع و التزم هو بالمال ، لأنهم قالوا بصحة خلع الأجنبي و التزّامه بالبدل فالأب أولى <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، الجزء الثالث ، ص 457 .

<sup>2</sup> - ابن همام ، شرح فتح القدير ، المرجع السابق ، ص 220 .

<sup>3</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1030/1031 .

<sup>4</sup> - المدونة الكبرى للإمام مالك ، المرجع السابق ، ص 183 .

<sup>5</sup> - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 156/157 .

#### 4 / المذهب الحنبلي

قالوا يشترط في ملتزم العوض أن يكون أهلاً للتصرفات المالية ، فلا يصح الخلع بعوض من الصغيرة ولو بإذن الولي لأن مال الخلع تبرع و لا إذن للولي في التبرعات ، وهذا هو المشهور عندهم . و قال بعضهم إن الأظهر صحته بإذن الولي إن كان فيه مصلحة<sup>1</sup> .

#### II / خلع المحجور عليها

السفينة هي " التي تبلغ مبذرة مفسدة لمالها تضيعة في غير وجه شرعي " <sup>2</sup> ، فإذا خالعت السفينة زوجها بمال فهل يقع الطلاق و يلزمها المال ، أم لا يقع ؟ . هذا ما أجاب عليه فقهاء المذاهب المختلفة .

#### 1/ المالكية

قالوا بأنه لا يصح الخلع من السفينة بغير إذن الولي ، و إذا اختلعت و سلمت بدل الخلع وجب ردّه إليها لعدم جواز البذل منها في الخلع ، لأنه تبرع و هي ليست من أهل التبرع . أما بالنسبة لخلع الأب عن البنت السفينة ، فهناك قولان :  
الأول : لا يجوز له ذلك إلا بإذنها ؛

الثاني : يجوز له ذلك تنزيلاً لها بمنزلة البكر مادامت في ولاية الأب ، و القول الأول هو المعمول به وهو أصل المذهب .

#### 2/ الحنفية

إذا خالعت السفينة زوجها على مال ، جاز الخلع و لم يلزمها المال ، أما جواز الخلع ، فلأن وقوع الطلاق فيه يعتمد القبول منها و قد تحقق ، و أما عدم التزامها ببذل المال فلأنها بذلت مالها فيما لا يعتبر مالا و فيما لا منفعة ظاهرة لها فيه ، فتعتبر كالصغيرة إذا اختلعت من زوجها ، وإذا اختلعتها الأب ، فإن ضمن المال صح الخلع ولزم المال وإلا فلا<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1033 .

<sup>2</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، نفس المرجع ، ص 1029 .

<sup>3</sup> - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 157 إلى 159 .

### 3/ الشافعية

قالوا يشترط في ملتزم العوض المالي أن يكون مطلق التصرف المالي ، فإذا كان محجورا عليه لسفه ، فإنه لا يصح التزامه لعوض الخلع و لو بإذن الولي ، فلو أذن الولي للزوجة المحجور عليها لسفه في مخالعة زوجها بمال ففعلت ، لا يلزمها المال ، لأنها ليست من أهل الإلتزام ، وليس لوليها أن يبذل مالها في مثل عوض الخلع إلا إذا خشي ضياع مالها بواسطة الزوج – فإنها بالإختلاع منه صيانة لمالها – فإنه يصح في هذه الحالة<sup>1</sup> .

### 4 / الحنابلة

جاء في الأنصاف للمرداوي " و إن خالعت المحجور عليها ، لم يصح الخلع ، هذا المذهب سواء أذن لها الولي أو لا ، لأنه لا إذن له في التبرع " وقيل " يصح إذا أذن لها الولي " قلت : " إن كان فيه مصلحة صح بإذنه ، و إلا فلا " <sup>2</sup> .

### III / خلع المريضة مرض الموت

المريضة مرض الموت<sup>3</sup> أهل لكل التصرفات الشرعية ، لأن المرض لا يوجب الحجر إلا إذا كان سببا في ضعف العقل ، فيحجر على المريض لذلك لا لذات المرض .

ولا خلاف بين الفقهاء في جواز الخلع من المريضة مرض الموت ، فهي لها أن تخالع زوجها على مالها كالصحيحة تماما ، إلا أنه وقع خلاف بينهم في القدر الذي يجب أن تبذله للزوج مخافة أن تكون راغبة في محاباة الزوج على حساب الورثة<sup>4</sup> .

وإليك تفصيل المذاهب في المسألة :

### 1 / الحنفية

يرى فقهاء المذهب الحنفي أن المريضة مرض الموت إن خالعت زوجها وقع الطلاق ، لأنه علق الطلاق على قبول المال ، وقد وجد قبول صحيح<sup>5</sup> ، أما ما يستحقه الزوج المخالع فهو بدل الخلع بشرط أن لا يزيد عن ثلث التركة ولا عن نصيبه في الميراث إن ماتت وهي في العدة ، لأن موتها في العدة يجعل سبب الميراث قائما ويخشى أن يكون القصد

<sup>1</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1033 .

<sup>2</sup> - علي بن سليمان بن أحمد المرادوي ، الأنصاف ، الجزء الثامن ، ص 392 .

<sup>3</sup> - مرض الموت ، سبق تعريفه ، ص 36 .

<sup>4</sup> - أمير محمد مطاوع ، الخلع بين الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص 174 .

<sup>5</sup> - الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 339 .



من المخالعة إعطائه أكثر من ميراثه فلا يزيد بدل الخلع عليه كما أن بدل الخلع تبرع في مرض الموت فهو وصية ، والوصية يجب أن تتقيد بالثلث لا تزيد ؛ وإن كانت وفاتها بعد انتهاء العدة ، فقد انقطع سبب الميراث من كل الوجوه ، وعلى ذلك يستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة ، لأن بدل الخلع تبرع وهو في مرض الموت وصية ولا تنفذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة<sup>1</sup> .

## 2 / المالكية

قالوا بأنه يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض ، ولكن إذا وقع الخلع بينهما في مرض الزوجة ، فإن الطلاق البائن ينفذ ولا يتوارثان ، ولو ماتت وهي في العدة لأن الطلاق البائن يقطع العلاقة الزوجية ، أما المال الذي التزمت الزوجة به ، فإنه ينظر فيه إذا كان يساوي ميراثه منها يوم الخلع أو ينقص عنه ، يملكه الزوج ولا يتوارثان بعد ذلك . أما إذا زاد على ميراثه ، فإن الزيادة لا تكون حقا له ويجب عليه ردها إن كان قد قبضها ويجب أن لا يتصرف الزوج في المال قبل موتها<sup>2</sup> .

## 3 / الشافعية

لو اختلعت الزوجة في مرض موتها ، نظر إذا كان العوض يساوي مهر المثل ، فإنه ينفذ ، لأن مهر المثل في نظير حل العصمة ، فليس فيه تبرع . أما إن كانت الزيادة على مهر المثل ، فإن الزيادة على مهر المثل تكون تبرعا ، ففي هذه الحالة ينظر إن كانت الزيادة أقل من الثلث ، فإن له أخذها بدون أي اعتراض ، وإن كانت أكثر فأجازها الورثة ، فإنه يأخذها ، فإن لم يجزها الورثة أو كان الثلث أقل ، فسخ العوض المسمى و يرجع عليها بمهر المثل فقط<sup>3</sup> .

1 - الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 339 .

2 - عبد الرحمن محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1035/1034 .

3 - عامر سعيد الزبيباري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 111 .

قالوا إذا خالعت الزوجة زوجها وهي مريضة مرض الموت ، فإن الزوج يستحق الأقل من بدل الخلع أو ميراثه منها ، فيجب النظر إلى بدل الخلع ، فإن كان يساوي ميراثه منها ، فإنه ينفذ و يستحقه الزوج ، أما إذا كان أكثر من ميراثه منها ، فإنه لا يستحق الزائد لأنه من حق الورثة ، وكذلك خوفا من المحاباة<sup>1</sup> .

قال المرداوي في الأنصاف " و إن خالعت في مرض موتها فله الأقل من المسمى أو ميراثه منها ، وهذا المذهب ، وقيل إذا خالعت على مهرها ، فللورثة منعه ، ولو كان أقل من ميراثه منها<sup>2</sup> .

#### IV / خلع الحائض

اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا بأس بالخلع سواء كانت الزوجة في حيض أم في طهر الذي أصابها فيه ، لأن المنع من الطلاق في الحيض عندهم هو من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة ، و بما أن الخلع يقصد به إزالة الضرر الذي يلحقها لسوء العشرة و البقاء مع من تكرهه و ترغب في فراقه ، و ذلك أعظم من ضرر طول العدة ، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما ، وهي قد رضيت به ، مما يدل على رجحان مصلحتها ، و لذا لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها<sup>3</sup> ، قال ابن عابدين " و إن الخلع لا يكره في حالة الحيض بالإجماع " <sup>4</sup> .

بينما ذهب بعض المالكية إلى منع الخلع في الحيض ، لأن علة المنع هي التعبد ، وقالوا بأنه لا يجوز الخلع في الحيض لأنه بدعة ولا أثر لرضى الزوجين ، ومن قال : إن علة المنع عدم تطويل العدة ، قالوا : لا بدعة فيه لأن الخلع قد تم برضاها<sup>5</sup> .

1 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، الجزء الخامس ، ص 229 .

2 - علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ، الأنصاف ، الجزء الثامن ، ص 419/418 .

3 - ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، دار إحياء التراث العربي ، الجزء السابع ، الطبعة الأولى ، سنة 1985 م ، ص 248 . / وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، المرجع السابق ، ص 200 .

4 - محمد أمين بن عمر ( ابن عابدين ) رد المحتار على الدر المختار ، المرجع السابق ، ص 441 .

5 - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 124 .

## V / خلع المكرهة

اتفق الفقهاء على أنه إذا كانت الزوجة بالغة ، عاقلة ، رشيدة ومختارة ، يصح خلعها والتزامها بالعوض ، فإذا كانت الزوجة مكرهة على الخلع ، فلم يلزمها المال بسببه قولاً واحداً ، لأن الالتزام بالمال مع الإكراه غير صحيح اتفاقاً .

أما ترتيب الطلاق عليه ، فالمسألة اختلف فيها الفقهاء على قولين :

القول الأول : لا يقع به الطلاق ، بناء على أن الخلع يتضمن تعليق الطلاق على استحقاق الزوج ما جعله بدلاً عنه من مال ، و بما أنه لم يستحق المال فلا يقع الطلاق ، لأن الطلاق لا يقع بالإكراه فكذلك الخلع ، وبه قال ابن عباس وعطاء و مجاهد و النخعي و مالك و الشافعي و أحمد بن حنبل و غيرهم .

القول الثاني : أن الطلاق في الخلع معلق على مجرد قبولها و قد قبلت ، فيقع طلاقاً رجعيًا لأن الطلاق ليس في مقابلة عوض ، و قد علق قبولها فقبلت ، و يحتمل أن يكون طلاقاً بائناً لأن الخلع من كنايات الطلاق التي يقع بها بائناً .

و إن الرأي الراجح هو قول الجمهور ، لأنه لا بد من قبول الزوجة في الخلع و لا عبرة بقبولها في حالة الإكراه ، لأنها مسلوبية الإرادة ، و لأن الخلع عقد معاوضة ، فلا يصح إلا برضى طرفي العقد<sup>1</sup> .

## ثالثاً / موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضاً من أحكامها وذلك لأن المشرع نص في المادة السابعة من قانون الأسرة على أنه : " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج " . وهذه المادة تكفي للتكلم عن شرط الأهلية عند مخالعة الزوج لزوجته ، فيجب أن يكون متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه طبقاً لنص المادة 85 من قانون الأسرة والتي تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه ، وإلا وقع تصرفه باطلاً ولا ينتج أي أثر<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 124 .

<sup>2</sup> - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 227 .

كما يرى الأستاذ فضيل سعد أن " الخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي " وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة 203 من قانون الأسرة<sup>1</sup> ، والتي اشترطت في الواهب أن يكون سليم العقل ، بالغاً تسعة عشر سنة وغير محجور عليه ، ولأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه<sup>2</sup> ، وبذلك فإن السفهية لا تستطيع الإلتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفهية في قانون الأسرة الجزائري ناقصة الأهلية ، فإذا أرادت أن تخالع نفسها وهي على هذا الحال ، فإن أباهما هو الذي يتكفل بذلك وفي غياب هذا الأخير يتدخل القاضي بإعتباره ولي من لا ولي له<sup>3</sup> .

و تجدر الإشارة بأنه يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوجة قبل السن القانوني عملاً بنص المادة 7 الفقرة الثانية من قانون الأسرة و التي تنص : " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات " .

أما بالنسبة للمريضة مرض الموت ، فتخضع لأحكام المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص : " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية " وهذه المادة تحيلنا إلى نص المادة 185 من القانون نفسه والتي تنص على أنه : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة " . ومن ثم فإن الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة<sup>4</sup> .

---

1 - فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، المرجع السابق ، ص 308 .

2 - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 228 . / فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، نفس المرجع ، ص 308 .

3 - المادة 81 من قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 و التي تنص " من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو عته أو سفه ، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون " .

4 - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات ، نفس المرجع ، ص 229 / 228 .

## الفرع الثاني : الوكالة في الخلع و خلع الأجنبي

قد يتولى الخلع شخص ثالث يعينه الزوجان للقيام بهذا الإجراء - الخلع - و تكون له صفة إجراء المخالعة عنهما وهو ما يسمى بالوكيل ( أولا ) كما يحدث أن يخالع عن الزوجة شخص ليست له وكالة عنها وليس وليها وهذا ما يعرف بالفضولي وهو الأجنبي ( ثانيا ) .

### أولا / الوكالة في الخلع

يصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ، ومن أحدهما منفردا ، والقاعدة في الوكالة في الخلع " كل من يصح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله حرا كان أو عبدا ذكرا أو أنثى مسلما أو كافرا " لأن كل واحد من هؤلاء يجوز أن يوجب الخلع ، فيصح أن يكون وكيلا و موكلا فيه <sup>1</sup> .

وقد دلّ على مشروعية التوكيل في الخلع قوله سبحانه وتعالى : " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا " <sup>2</sup> ، فقد بين الله سبحانه وتعالى أنه عند الشقاق يجوز إرسال حكمين من طرفهما واحد منهما عن الزوج و الآخر عن الزوجة ، و يجوز للحكمين أن يخالعا ، فكان هذا دليل على جواز التوكيل في الخلع ، كما أن الحاجة قد تدعو إليه كما تدعو إلى التوكيل في البيع والنكاح <sup>3</sup> .

ومما سبق يتضح أن التوكيل في الخلع يصح من الزوج ( I ) أو الزوجة ( II ) كما قد يكون التوكيل من الزوجين معا ( III ) .

---

<sup>1</sup> - ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، الجزء السابع ، ص 273 .

- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 7019 .

- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 209 .

<sup>2</sup> - الآية 35 من سورة النساء .

<sup>3</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 140 / 141 .

## I / التوكيل من الزوج

إذا وكل الزوج غيره ليخالع عنه ، فقد يحدد لوكيله العوض الذي يخالع به ( 1 ) وقد يطلق له الوكالة فلا يقيد به عوض معين ( 2 ) و لكل حالة أحكامها ، وهذا ما نبينه فيما يلي :

### 1 / تحديد العوض

إذا حدد الزوج لوكيله العوض فخالع به أو بما زاد ، صح الخلع و لزم العوض المسمى ، لأنه موافق لغرض الزوج و في مصلحته ، أما إذا خالع بأقل منه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما لا يصح ، وهو قول الشافعي رحمه الله ، لأنه خالف موكله ، فلم يصح تصرفه ولأنه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض ، فلم يصح منه ؛ و الثاني يصح ، و يرجع على الوكيل بالنقص ، لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع<sup>1</sup> .

### 2 / إطلاق الوكالة

إذا وكل الزوج في خلع امرأته شخصا بوكالة مطلقة أي من غير تقدير العوض صح التوكيل ، فإن خالعها الوكيل بمهرها أو أكثر ، صح الخلع و لزم العوض المسمى ، لأنه زاد خيرا ؛ وإن نقص الوكيل من المهر رجع الموكل على الوكيل بالنقص ، وصح الخلع لأنه عقد معاوضة أشبه بالبيع ، ولو خالع الوكيل بلا مال ، كان لغوا ، و لو خالع بنية الطلاق<sup>2</sup> .

## II / التوكيل من الزوجة

إذا و كلت الزوجة من يخالع عنها ، فيوجد حالتان كذلك ، فإما تقيد له العوض أو تطلق الوكالة .

### 1 / تقيد الوكالة

إذا قيدت الزوجة الوكالة و حددت العوض فعلى الوكيل أن يلتزم بما حددت له ، فإن خالع بما أمرت به ، فالخلع جائز و لزمها ما خلع به ، و إن خالع بما دون ذلك ، فهو جائز أيضا ، لأنه و إن كان قد خالف فهي مخالفة إلى ما فيه مصلحة ، و إن خالع بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة ، لأنها لم تأذن فيها ، ولزم الوكيل لأنه التزمه للزوج فلزمه الضمان ، وقيل عليها مهر مثلها و لا شيء على وكيلها<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، الجزء السابع ، ص 273 .

<sup>2</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، الجزء الخامس ، ص 231/230 .

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، الجزء السابع ، ص 274 .

إذا وكلت المرأة من يخالغ عنها فأطلقت له التصرف و لم تقيده ، فيجوز للوكيل أن يخلع موكلته في هذه الحالة على مهرها عند الحنفية و الحنابلة ، و عند الشافعية على مهر مثلها ، و عند المالكية على خلع مثلها<sup>1</sup> .

### III / التوكيل من الزوجين معا

يصح أن يكون الشخص وكيلا عن الزوجين في المخالعة ويتولى الخلع عنهما بهذه الصفة ، فقد جاء في كشف القناع في فقه الحنابلة " ولو كان وكيل الزوج و الزوجة واحد فله أن يتولى طرفي العقد كالنكاح " <sup>2</sup> ؛ و عند الشافعية لا يصح أن يتولى شخص واحد الوكالة عن الزوجين و يتولى عقد الخلع عنهما بهذه الصفة<sup>3</sup> .

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري ، فإنه من بين التعديلات التي جاء بها الأمر رقم 02/05 إلغائه لنص المادة 20 من القانون رقم 11/84 - بموجب المادة 18 من هذا الأمر - التي كانت تسمح بالوكالة في إبرام عقد الزواج ، و من ثم فلا مجال للحديث عن الوكالة في الخلع من باب أولى .

### ثانيا : مخالعة الأجنبي أو الفضولي

الأجنبي الذي يخالغ عن الزوجة هو الفضولي أي الذي ليست له صفة تخوله إجراء المخالعة عنها ، إذ ليس هو بولي عنها ، ولا بوكيل عنها في موضوع الخلع ، فهو أجنبي عنها من هذه الجهة ، و من يباشر عقدا عن غيره دون ولاية له على هذه المباشرة يسمى فضوليا<sup>4</sup> .

ولقد اختلف الفقهاء في خلع الأجنبي عن الزوجة من زوجها على قولين : أحدهما يجيز خلع الأجنبي ( I ) و الثاني لا يجيز ( II ) و لكل فريق أدلته و حججه .

1 - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 141 / 142 .

2 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، الجزء الخامس ، ص 231 / 232 .

3 - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 211 .

4 - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، نفس المرجع ، ص 146 .

## I / صحة خلع الأجنبي

وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية ، الحنفية ، الشافعية والحنابلة ، و لقد استدل أصحاب القول الأول بما يأتي :

1 / أن الأجنبي بذل مالا في مقابلة إسقاط حق عن غيره ، فصح ، كما لو قال : " اعتق عبدك و علي ثمنه " صح و لزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقا عن أحد ، فهنا أولى ؛

2 / قد يكون الأجنبي فيه غرض ديني بأن يراها لا يقيمان حدود الله أو يجتمعان على محرم و التفريق بينهما ينقذهما من ذلك ، فيفعل طلبا في الثواب ؛

3 / لأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها فجاز كغيرها كالدين ، فيجوز إبراء دين المدين .

## II / عدم صحة خلع الأجنبي

وهو قول الظاهرية و الزيدية و الجعفرية و الإمام أبي ثور. و لقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي :

أ / إن مخالعة الأجنبي ببذله ماله سفه منه ، فلا يصح ، لأنه ببذله عوضا في مقابل ما لا منفعة له فيه ، فإن الملك لا يحصل له بهذا الخلع ، بل يحصل للزوجة ، إذ تملك نفسها و تتخلص من قيد النكاح ؛

ب / إن الخلع من المعاوضات ، فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب العوض كالبيع ، ولأن الله تعالى أضاف الفدية إلى الزوجة في قوله تعالى : " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " ؛ و لأن الأصل بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل له ، و حينئذ فلا يملك الزوج البذل و لا يقع الطلاق إن لم يتبع به ، فإن اتبع به كان رجعيا<sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> - د / أحمد ذياب شويدح ، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضى الزوج في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني ، مقال منشور في مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة و اللغة العربية و آدابها ، غزة فلسطين الجزء 17 ، عدد 34 ، رجب 1426 هـ ، ص 118/119 .

- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 146 إلى 149 .



## المطلب الثاني : عوض الخلع

ويقصد بالبدل في باب الخلع ما تلتزم الزوجة ببذله لزوجها وينعقد عليه الخلع ومؤدى هذا أن الخلع لا يتم بدون العوض ، ولكن هذا ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، ذلك أن الأحناف و المالكية و رأي عند الحنابلة يرون صحة الخلع بدون ذكر العوض ، فلو قال الزوج لزوجته : خالعتك ، أو قال لها : اختلعي ، و لم يذكر مالا ، فقبلت ، وقع الخلع صحيحا .

غير أن الأحناف يفرقون بين ما إذا قال الزوج " خالعتك " بلا ذكر مال ، ناويا الطلاق وقع به الطلاق بائنا ، لأن لفظ " خالعتك " من كنايات الطلاق فيقع به الطلاق بائنا دون التوقف على قبول الزوجة ، أما إذا قال لها " خالعتك " و لم يذكر مالا و قبلت الزوجة وقع الخلع صحيحا مسقطا للحقوق المتعلقة بالزوجية .

و المالكية يقولون بجواز الخلع بعوض و بغير عوض ، و الواقع في الحالتان طلاق بائن . بينما يرى الشافعية و الحنابلة في رواية أخرى أنه لا يصح الخلع بدون عوض . ورواية الحنابلة أساسها أن الأصل في مشروعية الخلع أن يكون لدى المرأة رغبة عن زوجها و حاجة إلى فراقه فتسأله فراقها ، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع و يصح مادام هناك عوض <sup>1</sup> .

ويثير موضوع العوض في الخلع عدة مسائل تناولها فقهاء المذاهب بالتفصيل عند كلامهم عن الخلع ، و سنتعرض في بادئ الأمر إلى مقدار العوض ( الفرع الأول ) ثم نبحث عن نوع العوض و ما يصح أن يكون عوضا في الخلع ( الفرع الثاني ) و بعدها ننقل للتعرف على موقف المشرع الجزائري من مسألة العوض ( الفرع الثالث ) .

### الفرع الأول : مقدار العوض

قلنا أن مشروعية العوض ثبتت في القرآن و السنة ، فإذا كرهت الزوجة زوجها وبادرت بطلب الفراق ، و لم تكن مكرهة على طلبه ، كان مقتضى العدل أن ترد له صداقها حتى لا يجتمع على الزوج خسارتين - خسارة الزوجة و صداقها - فإذا تحققت هذه الشروط حل له أخذ الفداء ، و جاز لها بذله ، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء و أكدوا مشروعيته .

ووقع الخلاف بين المذاهب الفقهية بعده في تحديد مقداره ، فقال بعضهم يتحدد العوض بمقدار ما أعطاه ( أولا ) و قال آخرون يصح بأكثر مما أعطاه ( ثانيا ) .

<sup>1</sup> - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية مصر ، سنة 2004 ، ص 385/384 .

## أولاً : الرأي القائل بأن العوض يتحدد بمقدار ما أعطاهما

قالت طائفة من الفقهاء بأنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطاهما وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب ومن التابعين الحسن و ابن المسيب و الشعبي وعطاء والزهري و الأوزاعي . قال الأوزاعي " كان القضاة لا يجيزون أن يأخذ إلا ما ساق إليها " و به قال كذلك أحمد و إسحاق<sup>1</sup> . و احتجوا في ذلك بالآتي :

1 / قوله تعالى : " وَلَا يَجُلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا " ثم قال بعد ذلك : " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَّتْ بِهِ " <sup>2</sup> ، فوجب أن يكون المفتدى به راجعا إلى ما أتاها ، و إذا كان كذلك فلا يدخل إلا ما قد أعطاهما من المهر <sup>3</sup> ؛

2 / ما روي عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أنت النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : " والله ما أعتب على ثابت في دين و لا خلق و لكني أكره الكفر في الإسلام ، لا أطيقه بغضا " فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : " أتردين عليه حديقته " ؟ ، قالت : " نعم " فأمره رسول صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته و لا يزداد <sup>4</sup> ؛

ووجه الإستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أخذ الزيادة بل و أوجب الاقتصار على ما أعطاهما لا أكثر منه <sup>5</sup> ؛

3 / وروي كذلك عن أبي الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي سلول وكان قد أصدقها حديقة فكرهته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أتردين عليه حديقته التي أعطاك " ؟ قالت : " نعم وزيادة " فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أما الزيادة فلا " ؛ ووجه الإستدلال : لو كان الزائد على المهر جائزا لما حدده الرسول صلى الله عليه وسلم و أمرها برده له <sup>6</sup> .

<sup>1</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، المرجع السابق ، ص 131 .

<sup>2</sup> - الآية 229 من سورة البقرة .

<sup>3</sup> - د/ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية - الزواج والفرقة وحقوق الأقارب - مكتبة دار الثقافة للنشر ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 1999 ، ص 195/194 .

<sup>4</sup> - أخرجه البخاري في صحيحه ، الجزء السادس ، رقم 4971 ، ص 2022 . / أخرجه النسائي ، الجزء السادس ، رقم 3463 ، ص 170 . / وابن ماجه ، الجزء الأول ، رقم 2056 ، ص 663 .

<sup>5</sup> - د / أحمد ذياب شويح ، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج ، المرجع السابق ، ص 123 .

<sup>6</sup> - د / أحمد ذياب شويح ، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج ، نفس المرجع ، ص 124 .

## ثانيا : الرأي القائل بأن العوض يتحدد بما يتراضى عليه الزوجان

يرى أصحاب هذا الرأي أن العوض يتحدد بما يتفق عليه الزوجان في المخالعة سواء تجاوز المهر أو سواه أو كان أقل منه . وهذا قول الجمهور من الحنفية و الشافعية والحنابلة و ابن حزم ، وغيرهم <sup>1</sup> .

قال الماوردي في الحاوي الكبير " الخلع يجوز بما اتفق عليه من العوض قليلا كان أو كثيرا سواء كان بمهر المثل أو أقل أو أكثر ، وسواء كان من جنسه أو غير جنسه " <sup>2</sup> .  
و استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي :

أ / قوله تعالى: " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " ووجه الدلالة أن هذا النص عام يشمل ما افتدت به سواء كان قليلا أو كثيرا زائدا عما أعطاه الزوج أو مساويا له أو أقل منه <sup>3</sup> ؛

ب / قال ابن جرير حدثنا يعقوب بن إبراهيم ، حدثنا ابن علية ، أخبرنا أيوب عن كثير مولى سميرة أن عمر رضي الله عنه أتى بامرأة ناشز ، فأمر بها إلى بيت كثير الزبل ثم دعا بها فقال : " كيف وجدت " ؟ فقالت : " ما وجدت الراحة منذ كنت عنده إلا هذه الليلة التي حبستني " فقال لزوجها : " إخلعها و لو من قرطها " <sup>4</sup> ؛

ج / قال سعيد بن أبي عروبة ، عن قتادة ، عن حميد بن عبد الرحمان ، أن امرأة أتت عمر بن الخطاب فشكت زوجها فأباتها في بيت الزبل ، فلما أصبحت قال لها : " كيف وجدت مكانك " ؟ قالت : " ماكنت عنده ليلة أقر لعيني من هذه الليلة " فقال : " خذ ولو عقاصها " و قال البخاري " و أجاز عثمان الخلع دون عقاص رأسها " <sup>5</sup> ؛

د / إن الخلع معاوضة ، فوجب أن لا يتقيد بمقدار معين ، فكما أن للمرأة أن لا ترضى عند النكاح إلا بصداق كثير ، فكذا للزوج أن لا يرضى عند المخالعة إلا بالبذل الكثير <sup>6</sup> .

<sup>1</sup> - د / أحمد ذياب شويديح ، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضى الزوج ، المرجع السابق ، ص 122 .

<sup>2</sup> - أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الجزء العاشر ، سنة 1999 ، ص 14/13 .

<sup>3</sup> - د / أحمد ذياب شويديح ، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضى الزوج ، المرجع السابق ، ص 122 .

<sup>4</sup> - أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، المجلد الأول ، ص 618 .

<sup>5</sup> - الإمام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، الجزء التاسع ، ص 309 .

<sup>6</sup> - د / أحمد ذياب شويديح ، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضى الزوج ، المرجع السابق ، ص 123 .

وربما لا يكون لطالبة الخلع مال تفتدي به نفسها ، فقد جاءت امرأة مع زوجها إلى القاضي سعيد بن سليمان الغافقي - أحد قضاة قرطبة - تريد الانفصال منه ، وكان ممتنعا عن تطليقها . وطلب الزوج من القاضي أن يأمر زوجته بالالتحاق بمنزله ، فعبرت هذه الأخيرة عن كرهها للزوج بأن التصقت بالأرض وأبت أن تمشي معه شبرا ، ثم قالت للقاضي : " بالله الذي لا إله إلا هو لئن صرفتني إليه لأقتلن نفسي وتكون مسؤولا عن دمي " فاقترح القاضي حينئذ على الزوج مخالعة زوجته ، فرفض بحجة أن لا مال عندها ، فعرض القاضي دفع المال من جيبه فرفض الزوج ذلك .

وهذا كان سببا دفع الفقهاء لوضع قاعدة أجازوا فيها لشخص ثالث أن يتفق مع الزوج على مخالعة زوجته على أن يدفع هذا الشخص بدل الخلع للزوج ، ولقد وضع المالكية شرطا وهو أن يقصد الأجنبي بفعله هذا تحقيق مصلحة أو درء مفسدة ، فإذا قصد الإضرار بالزوجة وإلحاق السوء بها ، فإن الخلع لا يصح <sup>1</sup> .

### الفرع الثاني : نوع العوض

سنتناول في هذه المسألة من البحث دراسة ما يصح أن يكون عوضا في الخلع أي نوع العوض ، و القاعدة في هذا الصدد أن كل ما جاز أن يكون صداقا ، جاز أن يكون عوضا في الخلع ، وذلك لعموم قوله تعالى : " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " فكل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون بدلا للخلع و العكس غير صحيح ، فليس كل ما يصح أن يكون بدلا في الخلع يصح أن يكون مهرا <sup>2</sup> .

و تركز هذه المسألة على مجموعة من المسائل الفرعية ينبغي التعرض إليها وتتعلق أساسا حول مدى إمكانية الخلع بعوض مجهول ( أولا ) ؛ وبالعوض غير متقوم (ثانيا ) ؛ أو غير مقدور على تسليمه ( ثالثا ) ؛ وقد يكون مقابل الخلع في شكل التزام من قبل الزوجة ، كالتزامها بإرضاع الولد مدة معينة و الإنفاق عليه ( رابعا ) ؛ كما قد يحصل أن يكون مقابل تحرر الزوجة من عقدة النكاح تنازلا عن بعض الحقوق الشخصية المتعلقة بها كنفقتها ومهرها ( خامسا ) أو تنازلا عن بعض الحقوق المتعلقة بأطفالها كحق الحضانة ( سادسا ) .

<sup>1</sup> - شيماء الصراف ، أحكام المرأة بين الإجهاد والتقليد - دراسة مقارنة في الشريعة والفقه والقانون والإجتماع - دار القلم باريس ، الطبعة الأولى ، سنة 2001 ، ص 198/197 .

<sup>2</sup> - أمير محمد مطاوع ، الخلع بين الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص 177 .

- بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون المرجع السابق ، ص 396 .

## أولاً : حكم الخلع بالعوض المجهول

اختلف الفقهاء في صحة الخلع على عوض مجهول ، وظهر في هذا الصدد اتجاهين يرى الأول صحة الخلع بعوض مجهول ( I ) و الثاني لا يجيز الخلع بعوض مجهول ( II ) و لكل رأي حججه و أدلته .

### I / الإتجاه القائل بصحة الخلع بعوض مجهول

يرى هذا الاتجاه أن الخلع بعوض مجهول جائز ، سواء كان المجهول موجودا حال الخلع أم غير موجود . و بهذا قال جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة<sup>1</sup> .

وقد جاء في مدونة الإمام مالك ما يفيد ذلك ، لأن الإمام مالك قال في رجل يخالع امرأته على ثمر لم يبد صلاحه أن ذلك جائز ويكون له الثمرة<sup>2</sup> ، والحجة لما ذهب إليه الإمام مالك عموم قوله تعالى : " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " و من جهة القياس أنه مما يملك بالهبة و الوصية ، جاز أن يكون عوضا في الخلع كالمعلوم ، و أيضا فإن الخلع طلاق و الطلاق يصح بغير عوض أصلا<sup>3</sup> ؛

كما استدلوا على جواز الخلع بالعوض المجهول بحجة أخرى مفادها أن الخلع طلاق وفيه معنى الإسقاط ، لأنه يؤدي إلى سقوط حق الزوج في المتعة ، و الإسقاطات تدخلها المسامحة ، و لذا جازت من غير عوض ، و إذا جازت من غير عوض ، جازت مع جهالته إذ أنها ليست أدنى حالة من عدمه ، فصح الخلع مع جهالة البديل<sup>4</sup> .

ولقد اختلف الفقهاء فيما بعد فيما يلزم أن يكون بدلا عند جهالة العوض ، فقال الشافعية يجب الرجوع إلى مهر المثل عند جهالة العوض ، وقال الأئمة الثلاثة : إن الزوجة في هذه الحالة تلتزم بما التزمت به من بدل مجهول ، فإن وجد دفعته إلى زوجها<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، المجلد الأول ، الجزء الثالث ، ص 132/131 .

<sup>2</sup> - المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الأصبجي ، المرجع السابق ، ص 161 .

<sup>3</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، نفس المرجع ، ص 132 .

<sup>4</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، الجزء الخامس ، ص 223 .

<sup>5</sup> - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 182 .

## II / الإتجاه الذي لا يجيز الخلع بعوض مجهول

قال بهذا الإتجاه الظاهرية و أبو بكر من الحنابلة و أبو ثور ، فقال أبو بكر: " لا يصح الخلع على عوض مجهول " و قال أبو ثور: " الخلع بالمجهول باطل <sup>1</sup> .

وقد استدل أصحاب هذا القول ، بأن الخلع معاوضة ، و المعاوضات تفسدها جهالة العوض ، لذلك كان الخلع فاسدا عند جهالة العوض كالبيع .

وإن قولهم " إن الخلع يعتبر عقد معاوضة " يرد عليه بأن الخلع عقد معاوضة غير محضة والعقود التي لا يتمحض فيها العوض تصح مع كونه مجهولا ، لذلك فإن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور ، لقوة أدلتهم <sup>2</sup> .

### ثانيا : العوض غير المتقوم

إذا خالع الرجل إمرأته على عوض يظنه مالا متقوما فظهر غير متقوم ، كأن يخالعهها على خلّ ، فظهر خمرا ، يرى الحنابلة و الشافعية بأن الخلع في هذه الحالة صحيح ، لأن الخلع معاوضة بالبضع ، فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ، و يرجع عليها بمثله خلا <sup>3</sup> ، وقال الشافعي يرجع بمهر المثل <sup>4</sup> .

أما الحنفية فقد ورد في رد المحتار على الدر المختار " ولو سمت حلالا - أي في عوض الخلع - كهذا الخلّ ، فإذا هو خمر ، رجع الزوج بالمهر إن كانت الزوجة قد أخذته وإلا سقط عنه " وعند أبي يوسف و محمد يجب مثله من خل وسط ، لأنه صار مغرورا من جهتها بتسمية المال <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 198/197 .

<sup>2</sup> - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 183/182 .

<sup>3</sup> - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، نفس المرجع ، ص 189/188 .

<sup>4</sup> - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين و عمدة المفتين ، الجزء السابع ، المرجع السابق ، ص 391 .

<sup>5</sup> - ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، المرجع السابق ، ص 446 .

### ثالثا : العوض إذا كان غير مقدور على تسليمه

صورته كالخلع على الجمل الشارد و الفرس التائه ، و لقد اتفق الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية و الحنابلة على جواز الخلع في هذه الحالة ، إلا أنهم اختلفوا فيما يكون للزوج من عوض على الوجه الآتي :

قال الحنفية : على الزوجة أن تسلم للزوج عينه إن استطاعت ، و إن عجزت فعليها قيمته ولا تبرأ من الضمان .

قال المالكية : إن استطاعت سلمت المطلوب له ، و إلا فلا شيء عليها و يقع الطلاق بانئا .

قال الشافعية : يرجع الزوج عليها بمهر المثل إذا لم تقدر على تسليم المطلوب له .

أما الحنابلة فإنهم قالوا بأنه : إن استطاعت سلمت المطلوب له ، و إلا وجب عليها إرضاءه فإن تراضيا وجب له عليها أن تعطيه أقل ما يتناوله العوض المطلوب<sup>1</sup> .

### رابعا : الخلع على إرضاع الولد و حضائته و نفقته

يصح الخلع على أن ترضع ولدها مدة الرضاع الواجب وهو سنتان لأن الرضاع مما تصح المعاوضة عنه في غير الخلع ، ففي الخلع أولى .

و يصح الخلع أيضا عند الحنابلة على إرضاع ولده مطلقا دون تحديد المدة و ينصرف إلى ما بقي من الحولين<sup>2</sup> ، لأن الله تعالى قيد الرضاع بالحولين ، فقال تعالى : " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ " <sup>3</sup> ؛ و قال النبي صلى الله عليه وسلم : " لا رضاع بعد فصال " <sup>4</sup> .

فإذا لم تتم الرضاعة لوفاة الطفل أو وفاتها أو لامتناعها ففيه تفصيل المذاهب :

<sup>1</sup> - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 193/192 .

<sup>2</sup> - ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، الجزء السابع ، ص 262 .

<sup>3</sup> - الآية 233 من سورة البقرة .

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 7029 .

## أ / الحنفية

إذا مات الولد الذي جرى الخلع على إرضاعه قبل أن ترضعه ، رجع عليها بقيمة الرضاع للمدة المتفق عليها ، أما إن مات الولد في بعض المدة المتفق عليها ، رجع عليها بقيمة ما بقي من المدة ؛

أما إذا ماتت المرضعة المختلعة قبل إكمال مدة الرضاعة ، رجع الزوج المخالغ على تركتها بقيمة ما بقي من المدة المتفق عليها <sup>1</sup> .

## ب/ المالكية

إذا مات الولد قبل الحولين سقط ما بقي من أجره الرضاع ، فلا يرجع عليها أبوه بشيء ما لم تكن عادتهم الرجوع ، فإن له مطالبتها بالباقي ؛ أما إذا ماتت هي أو جف لبنها فعليها مقدار ما بقي من أجره رضاعه ، و يؤخذ من تركتها إذا كانت قد ماتت <sup>2</sup> ، فنفقة الولد في مالها ، لأنه حق لها ثابت فيه قبل موتها ، فلا يسقط بموتها <sup>3</sup> .

## ج / الحنابلة

إن مات الولد رجع بأجرة باقي المدة من أجره الرضاع ، وهذا المذهب ، وقيل يرجع بأجرة المثل ؛ أما إن ماتت المختلعة المرضعة أو جف لبنها رجع المخالغ بأجرة المثل لباقي المدة <sup>4</sup> .

## د/ الشافعية

إن مات الولد فهناك قولان : الأول يسقط الرضاع و يرجع إلى مهر المثل ، والثاني لا يسقط الرضاع بل يأتيها بولد آخر لترضعه لأن المنفعة باقية ، فإن لم يأتي بولد آخر حتى مضت المدة ، فلا يرجع عليها بشيء في أحد القولين في المذهب ، وفي قول آخر يرجع عليها بمهر المثل و بأجور الرضاع ؛ أما إذا ماتت المختلعة ، فهو كالعين إذا هلكت قبل القبض <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 199 .

<sup>2</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1037 .

<sup>3</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، المجلد الأول ، الجزء الثالث ، ص 132 .

<sup>4</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، الجزء الخامس ، ص 221 .

<sup>5</sup> - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 203 إلى 205 .



و يجوز أن يكون بدل الخلع نفقة إبنه الصغير منها ، كقوله لها : " خالعتك على أن تتنقي على إبنى حتى يبلغ سبع سنين ، " فتقول : " قبلت " فيلزمها الإنفاق عليه في المدة المحدودة ، فإذا لم تقم بالإنفاق بسبب وفاة الولد أو وفاتها أو امتناعها ، كان له أن يرجع عليها بمثل نفقته في المدة أو ما بقي منها <sup>1</sup> ، وتؤخذ من تركتها في موتها ، و إن أعسرت أنفق الزوج عليها ويرجع بالنفقة إن أيسرت <sup>2</sup> .

و يجوز أن يكون بدل الخلع حضانة إبنه مدة حضائته بلا أجر ، لأن حضانتها الصغير في مدة الحضانة منفعة متقومة يستحق في مقابلتها المال كإرضاعه <sup>3</sup> . و قال الشافعي : " لا يصح الإتفاق حتى يذكر مدة الرضاع و قدر الطعام و جنسه ، و يكون المبلغ معلوما مضبوطا بالصفة كالمسلم فيه " <sup>4</sup> .

و مبنى الخلاف يدور حول مسألة إستئجار الأجير بطعامه و كسوته ، فالشافعية يوجبون تعيين الأجرة ، بينما الجمهور فإنهم لم يوجبوا تعيين الأجر للعرف و استحسان المسلمين .

وإذا لم تقم بحضائته لوفاته أو وفاتها أو امتناعها رجع عليها بقيمة الحضانة في المدة أو فيما بقي منها <sup>5</sup> .

و لو اختلعت المرأة على أن تمسك الولد إلى وقت البلوغ ، صح الخلع إذا كان الولد أنثى ، أما الإبن فلا يصح ، لأنه يحتاج إلى معرفة آداب الرجال و التخلق بأخلاقهم ، فإذا طال مكثه عند الأم تخلق بأخلاق النساء <sup>6</sup> ، في حين أجاز المالكية اشتراط بقاء الإبن مع الأم إلى بلوغ ، لأن مدة حضانة الإبن عندهم إلى البلوغ ، و البنت إلى أن تتزوج و يدخل الزوج بها <sup>7</sup> .

---

<sup>1</sup> - د/ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 196 .

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 7031 .

<sup>3</sup> - د/ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 196 .

<sup>4</sup> - ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، الجزء السابع ، ص 262 .

<sup>5</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 7030 .

<sup>6</sup> - أحمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق و آثارهما ، المرجع السابق ، ص 396 .

<sup>7</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 7030 .

## خامسا : نفقة المختلعة ومهرها كمقابل للخلع

يصح أن يكون العوض في الخلع نفقة ماضية وجبت للزوجة في ذمة زوجها ، كما يصح أن يكون العوض نفقة المختلعة في العدة . وبهذا صرح الفقهاء ، فقد أجاز الحنفية الخلع على نفقة العدة و المتعة ، ولكن يشترط إسقاط النفقة أن ينص عليها في الخلع ، وذلك لأن الخلع يسقط عن الزوجين حقوق الزوجية الثابتة لكل منهما وقت الخلع ، أما جعل النفقة عوضا عن الخلع ، فإنه يصح لأن الخلع سببا في وجوب العدة و النفقة عوض يستوفيه شيئا فشيئا ، أما المتعة فإنها تسقط بدون ذكر ، وهذا ما صرح به الشافعية كذلك فيصح الخلع عندهم على نفقة العدة والحضانة ونحوهما لأنه مال مقصود يصح به الخلع .

أما إذا خالعتة على السكنى فإنها لا تسقط وذلك لأنها ملزمة شرعا بالسكنى في البيت الذي طلقت فيه ، و إذا سكنت في غيره ارتكبت معصية و حينئذ تكون السكنى حق الشرع ، فلا يصح إسقاطها <sup>1</sup> .

و يصح الخلع عند المالكية بنفقة الحمل - أي بنفقتها على نفسها مدة حملها - إن كان حملا أي على تقدير وجوده ؛ أما إذا كان الخلع على نفقة ما تلده من الحمل ، فلها نفقة فترة الحمل ، لأنهما حقان أسقطت أحدهما عنه في نظير الخلع فيبقى الآخر <sup>2</sup> .

كما يصح الخلع على المهر ( المؤجل ) فهو يصلح أن يكون عوضا في الخلع لأنه دين في ذمة الزوج و الدين مال حكمي أي أن له حكم المال <sup>3</sup> .

## سادسا : إسقاط الحضانة كمقابل للخلع

أجاز المالكية الخلع على إسقاط الحضانة ، فإذا قالت له : " خالعتني على إسقاط حقي في حضانة ولدي منك " فقال : " خالعتك على ذلك " ، فإنه يصح و تبين منه و يسقط حقها في الحضانة و ينتقل إلى الأب ، ولو كان هناك من يستحقه غيره ، ولكن يشترط أن لا يخشى على الولد المحضون ضرر بمفارقة أمه ، أو يكون الأب لا يستطيع حضانته ، و إلا وقع الطلاق و لا تسقط الحضانة بالاتفاق ، و بعضهم يقول إذا خالعت على إسقاط حضانتها لا تنتقل الحضانة للأب و لكن تنتقل لمن لها حق الحضانة بعد الأم ، و هذا هو الذي عليه العمل و إذا كان الأول وهو انتقاله إلى الأب هو المشهور ، و إذا خالعتة على إسقاط الحضانة ومات الأب ، فهل تعود الحضانة للأم أم لا ؟ الجواب أنها تعود للأم <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1035 .

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، المرجع السابق ، ص 203 .

<sup>3</sup> - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 199 .

<sup>4</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1037 .

كما قال الحنفية أن الخلع على إسقاط الحضانة جائز، و لكن لا يسقط حق الأم في الحضانة لأن هذا الحق للولد فلا تملك الأم التنازل عنه<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من مسألة العوض

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى العوض في الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ، والتي نصت على أنه : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي .

و إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم " ؛ وإن المتأمل لنص المادة 54 السالفة الذكر ، يرى موافقتها لما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، فقد ترك ذلك لتراضي الزوجين سواء كان العوض مثل مقدار المهر أو أقل أو أكثر . أما في حالة عدم الإتفاق ، فقد أعطيت السلطة التقديرية في ذلك للقاضي على أن لا يتجاوز ما يحكم به صداق المثل وقت صدور الحكم<sup>2</sup>.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد شروطا خاصة يجب توافرها في عوض الخلع في حين أن هذا الأمر مهم جدا وقد يكون فيه تلاعب ومساس بحقوق ثابتة خاصة بحضانة ونفقة الأبناء<sup>3</sup> ، وهذا يدفع بنا لمعالجة نقطة جد حساسة و التي كانت محل نقاش بين الفقهاء ورجال القانون والقضاء وهي ما مدى صحة التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات المقارنة ؟ .

ولقد ظهر في هذا الصدد اتجاهين أساسيين ، حيث يرى البعض صحة الخلع وبطلان المقابل المتمثل في التنازل عن الحضانة لتعلقه بحق الغير ومساسه بمسألة تخرج عن إرادة الأشخاص وتخضع للنظام العام . بينما يرى فريق آخر أنه لا يجوز الخلع على أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها ، ودعموا رأيهم بحجة مستفعاة من مبدأ مصلحة المحضون ومضمونها " أن حق الحضانة هو حق الولد وبقائه عند أمه أنفع له فضلا على أنه ليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه " <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 7031 .

<sup>2</sup> - سليمان نصر وسعاد سطحي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري - دار الهدى ، الجزائر ، سنة 2003 ، ص 154 .

<sup>3</sup> - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، المرجع السابق ، ص 269 .

<sup>4</sup> - زكية تشوار حميدو ، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والسياسية ، الجزء 41 ، عدد 02 ، سنة 2003 ، ص 14 إلى 18 .

أما من زاوية القانون ، فتتجه مختلف القوانين العربية إلى تأييد الرأي الأول ، فقد جاء في المادة 103 من قانون الأحوال الشخصية السوري : " إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة ، صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه " كذلك جاء في المادة 20 الفقرة الثالثة من قانون رقم 01 لسنة 2000 بأنه : " لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم " <sup>1</sup> .

أما بالنسبة لقوانين المغرب العربي ، فإنها لم تسلك نفس المسلك بشأن مدى صحة التنازل عن الحضانة مقابل الاختلاع ، ففي تونس سكت المشرع عن هذه المسألة بدلالة أنه لا يعترف بالخلع كحالة من حالات الطلاق . وفي المغرب يمكن استخلاص موقف المشرع من خلال المادتين 119/118 الفقرة الأولى من مدونة الأسرة اللتان تنصان على الترتيب : " كل ما صح الالتزام به شرعا ، صلح أن يكون بدلا في الخلع دون تعسف و لا مغالاة . ولا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة " <sup>2</sup> .

إن النص الأول إذا أخذنا به بمعزل عن الثاني نقول أنه لم ينف التنازل عن الحضانة كمقابل للإختلاع ، لاستعمال عبارة " شرعا " لتحديد بدل الخلع ؛ ولكن بالإنتقال للنص الثاني نجد عكس ذلك حيث حسمت المدونة موقفها بعدم جواز الإختلاع بالتنازل عن الحضانة .

أما المشرع الجزائري ، فلم يتناول هذه المسألة في المواد المتعلقة بالحضانة ، ومع ذلك يمكن أن نستخلص حكمها من الفقرة الأولى من المادة 54 المعدلة و التي نصت على أنه : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي ... " ويستشف من هذا النص أنه لا يجوز في التشريع الجزائري أن يكون التنازل عن الحضانة مقابل الخلع إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بأمر شخصية لا مادية للطلاق ، ولأن كلمة " المال " الواردة في نص المادة المذكورة تؤكد أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مالا ، ومن ثم كل ما لا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل الخلع <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق تلمسان ، جامعة أبو بكر بلقايد ، سنة 2004 / 2005 ، ص 485/484 .

<sup>2</sup> - المادة 118 / 119 من القانون رقم 70/03 ( بمثابة مدونة الأسرة المغربية - المؤرخ في 12 من ذي الحجة الموافق ل 3 فبراير سنة 2004 ( جريدة رسمية رقم 5184 الصادرة يوم 5 فبراير سنة 2004 ) .

<sup>3</sup> - زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة دراسة مقارنة ، المرجع نفسه ، ص 486/485 .

## المطلب الثالث : صيغة الخلع والمعوض

بعد أن تعرضنا إلى طرفا الخلع وهما الزوج و الزوجة وإلى الركن الثاني وهو العوض ، نستكمل البحث في أركان الخلع ونتعرض من خلال هذا المطلب إلى صيغة الخلع ( الفرع الأول ) والمعوض أو البضع ( الفرع الثاني ) .

### الفرع الأول : الصيغة

ويراد بصيغة الخلع ما ينعقد به الخلع وذلك بإيجاب من أحد طرفي هذا العقد وقبول من الطرف الآخر ، وصيغة العقد هي ما يتحقق به الإيجاب و القبول وهي صورته في الخارج التي يوجد بوجودها .

والصيغة في إنشاء العقود تكون باللفظ وهذا هو الأصل ، فإن تعذر اللفظ كما في الأخرس و الخرساء ، فالصيغة ، أي الإيجاب و القبول أو أحدهما تكون بالإشارة .

وقد تكون صيغة العقد بالمعاطاة أي بأفعال يقوم بها أطراف العقد أو أحدهما ، فهل تصح صيغة الخلع بالمعاطاة ؟ وهذا ما نبينه ( أولا ) كما يشترط الفقهاء مجموعة من الشروط في الصيغة ، ولهذا سنتعرض لموقف كل مذهب من المذاهب على حدى ( ثانيا ) وفي الأخير نتعرض لموقف المشرع الجزائري ( ثالثا ) .

### أولا / صيغة الخلع بالمعاطاة

اختلف الفقهاء في صحة إيقاع الخلع بالمعاطاة ، بأن تقوم الزوجة بفعل معين يدل على إرادتها في إيقاع الخلع ويعتبر ذلك منها إيجابا ، ويقوم الزوج بما يدل على قبوله كأن يتسلم المال منها ولا يمنعها من الخروج من بيت الزوجية<sup>1</sup> .

وفي هذه المسألة يوجد اتجاهين ، اتجاه يرى جواز الخلع بالمعاطاة ( I ) والثاني لا يجيز عقد الخلع بالمعاطاة ( II ) وسنتعرض لكل قول وأدلته .

### I / الإتجاه الذي يرى جواز الخلع بالمعاطاة

وبهذا صرح المالكية وبعض الحنابلة و الزيدية على ما يستفاد من أقوالهم ، فقد جاء في الشرح الصغير للدردير في الفقه المالكية " وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق إن جرى بها عرف ، كأن يجري عرفهم بأنها متى دفعت له أسورتها أو عقدها فأخذه وانصرفت كان ذلك خلعا ، ومثله قيام قرينة " <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 165 .

<sup>2</sup> - الدردير أبي البركات أحمد بن محمد ، شرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 446 .

ولقد استدل أصحاب هذا القول بالعرف وهذا واضح من قول المالكية ، لأنهم قالوا بجواز الخلع بالمعاطة بناء على جريان العرف بذلك ؛

كما استدل من قال بهذا القول من الحنابلة بما رواه إسحاق بن منصور قال : " قلت لأحمد كيف الخلع ؟ قال : إذا أخذ المال فهي فرقة وفي قصة خلع زوجة ثابت بن قيس جاء فيها قول النبي صلى الله عليه وسلم لها : " أتردين عليه حديقته " قالت : " نعم " ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : " خذ ما أعطيتها ولا تزدد ، ولم يستدعي منه لفظاً " <sup>1</sup> .

## II / الإتجاه الذي لا يجيز عقد الخلع بالمعاطة

وهو قول الشافعية و الحنابلة ، فقد جاء في كشف القناع في فقه الحنابلة " ولا يصح الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج " <sup>2</sup> .

ولقد استدل أصحاب الرأي القائل بمنع الخلع بالمعاطة بالآتي :

1 - إن الخلع تصرف في البضع - أي في رفع قيد النكاح - بعوض فلم يصح بدون اللفظ كعقد النكاح وإيقاع الطلاق ؛

2 - أخذ المال قبض لعوض ، فلم يقد بمجرده مقام الإيجاب ، كقبض أحد العوضين في البيع؛

3 - أما حديث قصة خلع جميلة امرأة ثابت بن قيس فقد رواه البخاري " إقبل الحديقة وطلقها تطليقة " وهذا صريح في اعتبار اللفظ <sup>3</sup> .

والراجح قول المانعين من صحة الخلع بالمعاطة لما استدلوا به ، وعليه لا بد في الخلع من صيغة ، فلا يصح بالمعاطة ، كأن تعطيه مالا وتخرج من داره بدون أن يقول لها : " اختلعي على كذا " فيقول لها : " خالعتك على ذلك " فالإيجاب والقبول بالقول لا بد منه أما الفعل المذكور ، فلا يقع به الخلع وإن نوى به الطلاق أو كان به الطلاق متعارفاً <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 166 .

<sup>2</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، الجزء الخامس ، ص 219 .

<sup>3</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، نفس المرجع ، ص 219 .

- عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 166/167 .

<sup>4</sup> - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 230 .

## ثانيا : الموقف الفقهي من صيغة الخلع وشروطها

و في صيغة الخلع و شروطها نتعرض لتفصيل المذاهب :

أ / الحنفية

يرى الحنفية أن الخلع يعتمد أساسا على الرضا كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج ولاية إيقاع الطلاق ولها ولاية إلتزام العوض<sup>1</sup> .

فبعد أن حدد الأحناف ألفاظ الخلع بسبعة ألفاظ<sup>2</sup> ، إشتراطوا أن تكون الزوجة عالمة ومدركة لهذه الألفاظ ، فإذا كانت لا تفهم معناها ، فإن الخلع غير صحيح . ولا يصح للزوج الرجوع في الخلع ، لأنه بالنسبة للزوج يمين ، وكذلك لا يملك فسخه ولا نهى المرأة عن قبوله ، وله أن يعلقه بشرط ويضيفه إلى وقت كما بيناه سابقا ، أما الخلع بالنسبة للمرأة فهو بمثابة معاوضة ، لأنها تعطي الرجل مالا ملكا له في نظير الطلاق ، وعليه يحق لها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج<sup>3</sup> .

ويشترط الحنفية مطابقة الإيجاب بالقبول دون فاصل كلامي أو زمني طويل ، فإن قال لها : " أنت طالق أربعا بثلاثمائة " ، فقالت : " قبلت ثلاثا " لم تطلق ، لأنه علق الخلع على قبولها الأربع ، فإذا قبلت ثلاثا لن يتحقق المعلق عليه ، وهو قبولها الأربع .

كما يشترط مطابقة الإيجاب والقبول فيما يتعلق بالعوض ، فإذا بدأ الزوج فقال لها : " طلقي نفسك ثلاثا بألف " ، فطلقت نفسها واحدة ، فإنه لا يقع شيء ، لأن الخلع يمين معلق على قبول المرأة إذا بدأ به الرجل ، وإن المعلق على القبول هو طلاقها ثلاثا ، فإذا طلقت نفسها واحدة ، فإنها لم تقبل اليمين المعلق فلا يقع به شيء . بخلاف ما إذا كانت هي البادئة فإنه من جهتها معاوضة ، فإذا عرضت عليه ثلاثا بألف وطلقها واحدة بألف ، فإنها تبين منه بثلاث الألف . وإن الإيجاب يبطل بالرفض الصريح أو الرفض الضمني دلالة بالإعراض عنه أو القيام من مجلس<sup>4</sup> .

1 - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 230 .

2 - راجع ص 10 / 09 .

3 - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1042/1041 .

4 - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، نفس المرجع ، ص 1042 .

قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن تكون لفظا بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحا أو كناية فإذا عمل عملا يدل على الطلاق بدون النطق ، فإنه لا يقع به الطلاق ، إلا إذا جرى به العرف أو قامت قرينة ؛

الشرط الثاني : أن يكون القبول في المجلس إلا إذا علقه الزوج بأداء أو قبض ، فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس ، فإذا قال لها : " إن أقبضتني عشرين دينارا فأنت طالق " فإنه لها أن تقبضه بعد المجلس ومتى فعلت بانته منه ، إلا إذا طال الزمن بعد الإنصراف عن المجلس بحيث تمكث مدة يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها ، على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس ، فإنه يعمل بها بحيث لو قامت من المجلس بطل الخلع ، فلا تملك طلاق نفسها بالبدل ؛

الشرط الثالث : أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال ، فإذا قال لها : " طلقك ثلاثا بألف " ، فقالت قبلتها واحدة بثلاث الألف لم يلزمه الطلاق ، وهذا خلاف ما إذا قالت له : " طلقني ثلاثا بألف " فطلقها واحدة بألف ، فإن الطلاق ينفذ و العوض يلزم .

ج / الشافعية

قالوا صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية واشتروا في الخلع جملة من الشروط وهي :

- 1 / أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين ؛
- 2 / أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق ، فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه فإنه لا يصح ؛
- 3 / أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام و أن يتفق الإيجاب مع القبول ، فإذا قال لها : " طلقتك بألف " ، فقالت : " قبلت بألفين " لا يقع شيء ، وإذا قال لها : " طلقتك ثلاثا بألف " فقالت : " قبلت واحدة بألف " فإن الثلاث تقع بألف ، فإنه وإن لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق ، ولكن وافقه في المال<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - نعيمة تبودشت ، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2000/1999 ، ص 174 .



قالوا يشترط في صيغة الخلع الشروط التالية :

- 1 / أن تكون لفظا ، فلا يصح الخلع بالمعاطاة ولو نوى به الطلاق ، بل لابد فيه من إيجاب وقبول ؛
- 2 / أن يكون الإيجاب والقبول في المجلس ، فإذا قال لها خالعتك بكذا ، وقام من المجلس قبل قبولها ، فإنه لا يصح وكذا إذا قامت هي ولم تقبل ؛
- 3 / أن لا يضيف الخلع إلى جزء منها ، فإذا قال لها : " خالعتك يدك أو رجلك بكذا " وقبلت كان لغوا ؛
- 4 / أن لا يعلقه على شرط ، فإذا قال لها " إن بذلت لي كذا فقد خالعتك " فإن الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماه ، وإذا اجتمع شرط مع الخلع ، فإن الخلع يصح والشرط يبطل<sup>1</sup> .

### ثالثا / الموقف التشريعي

لم يتعرض المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة لمسألة الصيغة وشروطها تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص : " كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية " . غير أن الحديث عن صيغة الخلع أصبح لا جدوى له بعد أن أهمل التعديل الجديد إرادة الزوج و أغفلها بمنحه للزوجة الحق في مخالعة زوجها دون موافقته ، فلا يستدعي الأمر القبول منه .

ولم يقر التعديل الجديد تغيب إرادة الزوج في مسألة الخلع ، وإنما أقر تغيبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع ، حيث ترك أمر تقديره في حالة عدم الاتفاق للقاضي يفصل فيه بناء على سلطته التقديرية ، وعليه فلا حاجة لمجلس العقد ولا أي إيجاب للزوجة في مخالعتها ولا أي قبول للزوج<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1042 / 1043 .

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد - أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل - سلسلة تبسيط القوانين دار هومه ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، سنة 2009 ، ص 130 .

## الفرع الثاني : المعوض أو البضع

المعوض وهو البضع ويشترط فيه أن يكون مملوكا للزوج<sup>1</sup> ، وبناء على ذلك يشترط أن تكون المرأة زوجته شرعا ، وهذا الشرط معقول ، لأن الغرض من الخلع هو خلاصها من قيد الزوجية ، وهذا القيد إنما يكون في النكاح الصحيح ، حيث تكون الزوجة شرعية .

وعليه فلا حاجة للخلع في النكاح الفاسد ، لأن المرأة فيه لا تعتبر زوجة شرعية ولا طرفا في رابطة زواج شرعية - يحتاج لقطعها الطلاق أو المخالعة - فهي رابطة واجبة الانفصام بحكم الشرع ولا يملك فيها الرجل حق الحبس على المرأة ، ولا حق الطلاق عليها فلا حاجة للمرأة من أن تفتدي نفسها و تقطع الرابطة الزوجية عن طريق الخلع<sup>2</sup> .

و سنتناول في هذا الفرع مسألتين فرعيتين ، نخصص الأولى لخلع المعتدة ( أولا ) والثانية لخلع غير المدخول بها ( ثانيا ) .

### أولا / خلع المعتدة

إن المعتدة لا تخلو من أن تكون معتدة من طلاق بائن أو رجعي ، فبالنسبة للمعتدة من طلاق بائن اتفق الجمهور على أن خلع المعتدة من طلاق بائن هو مجرد طلاق لا يجب به العوض ، لأن المقصود من الخلع هو بذل المال من الزوجة لتملك عصمتها و بما أنها قد ملكت عصمتها بالطلاق البائن السابق عليه و زالت به أسباب الزوجية ، فلا يصح أن تدفع مالا فيما هو واقع فعلا ، و يجب على الزوج رده منها إن كان قد أخذه .

وذهبوا كذلك إلى القول بصحة خلع المعتدة من طلاق رجعي ، لكونها لازالت في حكم الزوجة في الكثير من الأحكام ، و بما أن الزوج بإمكانه إرجاعها إليه ، فقد صح منها بذل المال عوضا لخلعها .

و قد خالف بعض الشافعية رأي الجمهور ، و قالوا بعدم صحة خلع المعتدة من طلاق رجعي لعدم الحاجة إلى الافتداء لمال أمرها إلى البيونة بانقضاء عدتها ، لكنه قول ضعيف والأصح عندهم هو القول الأول ، وهو القول الراجح ، لأن المطلقة طلاقا رجعيا لازالت تعتبر زوجة في عصمة زوجها الذي بإمكانه أن يرجعها إلى عصمته ، لأجل ذلك فلا مانع أن تبذل هذه المطلقة الرجعية مالا عوضا عن طلاقها أو خلعها<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 84 .

<sup>2</sup> - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 140 .

<sup>3</sup> - عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 122/121 .

## ثانيا / خلع الزوجة غير المدخول بها

لقد أجاز الإمام مالك في مدونته الخلع قبل البناء ، وقال أنه لو تزوج رجل امرأة على مهر مائة دينار ، فدفع إليها المائة وخالعه قبل البناء ، فلا يمكن لها أن تتبعه بنصف المهر ، لأنه لم يرضى أن يخلي سبيلها حتى يأخذ منها ، فكيف تتبعه ؟ وذلك سواء نقدها أم لم ينقدها<sup>1</sup> .

ولقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/06/14 - خلافا لرأي الإمام مالك - بأن : " طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول " .

و جاء فيه ما يلي : " ... حيث أن الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه وذلك لأن طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول ، بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول ، وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض والإبطال... " <sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> - المدونة الكبرى للإمام مالك ، المرجع السابق ، ص 165 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ ا ش ، ملف رقم 258613 ، قرار بتاريخ 14 /06/2006 ، قضية ( ب- ح ) ضد ( ق- ل ) مشار إليه في كتاب الأستاذ حسين طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية ، دار الخلدونية الجزائر ، الطبعة الأولى ، سنة 2009 ، ص 500 .

# الفصل الثاني : مجالات تدخل القاضي في دعوى الخلع

## الفصل الثاني : مجالات تدخل القاضي في دعوى الخلع

لقد جعل الله سبحانه و تعالى مهمة تطبيق أحكام الشريعة موكولة ابتداءا إلى تقوى المسلم و إيمانه فيلتزم بها و يطبقها في شؤونه الخاصة طوعا و اختيارا من خلال قيامه بواجباته و مطالبته بحقوقه في ضوء ما شرع الله تعالى و أمر .

و لكن قد يأبى بعض الناس الالتزام الطوعي بأحكام الله تعالى ، فهم بشر يصيبون ويخطئون ، فتكون مهمة تطبيق أحكام الشريعة موكولة للقاضي أو الحاكم الذي عليه أن ينفذ حكم الشريعة و يلزم بها بقوة سلطان الدولة . لذلك كانت مهمة القضاء مهمة جلييلة الشأن عظيمة الخطر ، فالقضاء الشرعي الذي يكون وفق منهج الله و بأحكام الله تعالى هو المظهر العملي لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، وهو الدليل الحقيقي الواقعي على أن هذه الشريعة هي شريعة عملية صالحة للتطبيق في كل زمان و مكان .

ومن هذا المنطلق فقد يأبى الزوج الاستجابة لطلب الزوجة في الخلع و يتمسك بها حبا فيها أو انتقاما منها ، لذلك و حتى تتمكن الزوجة من الحصول على حقها في الخلع لابد لها من أن ترفع دعوى أمام القضاء للحصول على هذا الحق ، فالدعوى هي الوسيلة الوحيدة التي تمكنها من الحصول على حريتها و تتخلص من خلالها من زوجية لم تعد تريدها و أصبحت تنفر منها .

و بمجرد أن ترفع الزوجة دعوى الخلع ، يبدأ القاضي في دراسة هذه الدعوى ، و قد يعترضه العديد من المسائل التي تستدعي تدخله لإيجاد الحل المناسب لها ، و هنا يتجسد دوره كقاضي . و ما يمكن ملاحظته من الوهلة الأولية أن المشرع جعل نطاق تدخل القاضي محدودا في موضوع الخلع بموجب نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري والتي حصرت مجال تدخله في تقدير بدل الخلع عند الاختلاف بين الزوجين في تحديده .

لكن بتفحص مجموعة من المواد قانونية المنظمة في قانون الأسرة الجزائري و إن كانت مرتبطة بكل طرق انحلال الرابطة الزوجية و من ضمنها نجد الخلع ، فإننا نرى نقيض ذلك تماما ، حيث منح المشرع للقاضي مجالات واسعة يتدخل من خلالها في دعوى الخلع تظهر عند نظره في الدعوى ( المبحث الأول ) وفي الآثار المترتبة على صدور الحكم بالخلع (المبحث الثاني) .

## المبحث الأول : مجالات تدخل القاضي عند النظر في الدعوى

قد يعترض القاضي عند نظره في دعوى الخلع مجموعة من الصعوبات التي تحتاج إلى حلول لها ، فقد يختلف الزوجين حول مبدأ الخلع فتقبله الزوجة و يرفضه الزوج ، فهل للقاضي في هذه الحالة أن يستجيب لطلب الزوجة بالمخالعة و يقضي به رغم رفض الزوج فيجبره بذلك على خلعها ، أم أنه لابد من موافقة الزوجين معا ( المطلب الأول ) .

و إلى جانب ذلك فقد يختلف الزوجان في تحديد بدل الخلع ، و هنا يظهر دور القاضي في تقديره ، كما قد تستمر دعوى الخلع فترة طويلة قد تتأثر بسببها مصالح أطراف العلاقة وخصوصا الأولاد ، فقد يجدون أنفسهم دون سكن ولا نفقة ، ولقد تنبه المشرع الجزائري إلى ذلك و منح بموجب المادة 57 مكرر للقاضي سلطة اتخاذ تدابير تحفظية وقتية لمعالجة هذه الأمور ( المطلب الثاني ) .

كما ينبغي على القاضي قبل إصداره للحكم القاضي بالخلع أن يسعى للإصلاح بين الزوجين وذلك محاولة منه لإقناع الزوجين أو أحدهما على الإقلاع عن فكرة الطلاق ، وهو الدور الذي ينبغي تسليط الضوء عليه لما له من أهمية في تفادي حل عقدة النكاح ، وهذا ما نعالجه في ( المطلب الثالث ) .

### المطلب الأول : دور القاضي في إجبار الزوج على الخلع

يثير هذا الجانب من الدراسة إشكالية هامة تتمثل فيما يلي : ما مدى مشروعية الخلع الذي يوقعه القاضي دون موافقة الزوج ؟ وما موقف كل من الفقه و التشريعات من هذا النوع من الخلع ؟ .

و في هذا الصدد نتعرض لموقف الفقهاء ( الفرع الأول ) ثم إلى موقف المشرع الجزائري و التشريعات المقارنة (الفرع الثاني) .

### الفرع الأول: موقف الفقهاء من مسألة إجبار الزوج على الخلع

إذا كان الأصل في الخلع أن يقع بالتراضي بين الزوجين و اتفاقهما على أساس أنه عقد عند الكثير من الفقهاء و العقد يقوم على التراضي ، فهل يشترط الفقهاء دور للقاضي في مسألة الخلع ، وهل يشترط لصحة خلع ضرورة إقاعه أمام القاضي ( أولا ) ومنه فهل للقاضي إذا طلبت الزوجة الخلع من زوجها بسبب من الأسباب المشروعة إجبار الزوج على الخلع أو إقاعه بدلا من الزوج ؟ ( ثانيا ) .

## أولاً : موقف الفقهاء من حاجة الخلع إلى القاضي

اختلف الفقهاء في الخلع هل يشترط أن يتم عند القاضي و يشترط إيقاع القاضي له أم يكفي مجرد تراضي الزوجين عليه ؟ و ظهر في هذا الصدد إتجاهين ، إتجاه يرى أن الخلع يصح بدون حاكم ( I ) و إتجاه آخر يرى بأنه لا يكفي لوقوع الخلع مجرد اتفاق إرادة الزوج و الزوجة ، بل يجب أن يترافعا إلى الحاكم و هو الذي يقضي بوقوع الخلع ( II ) .

### I / الإتجاه القائل بصحة الخلع بدون حاكم

ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الحنابلة و الظاهرية و حاصله أن الخلع يصح بدون حاكم ، و بالتالي يقع صحيحا و لا يتوقف صدوره من الحاكم أو أمامه . فقد جاء في المبسوط " أن الخلع جائز عند السلطان و غيره ، لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود و هو بمنزلة الطلاق بعوض ، و للزوج ولاية إيقاع الطلاق ، و لها ولاية التزام العوض ، فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان " <sup>1</sup> ؛ و قال ابن قدامة " لا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد ، فقال : " يجوز الخلع دون سلطان " <sup>2</sup> .

و استدل أصحاب هذا الإتجاه بما يلي :

1/ قوله تعالى : " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " يفيد إباحة الأخذ من الزوجة بالتراضي من غير سلطان <sup>3</sup> ، كما أخرج البخاري في صحيحه أن عمر بن الخطاب و عثمان - رضي الله عنهما - أجازوا الخلع دون سلطان <sup>4</sup> ؛

2 / الخلع معاوضة لا تحتاج إلى القاضي بل تقوم على اتفاق الطرفين ، و قد جاءت الكثير من النصوص و أقوال الفقهاء دالة على ذلك . فقد جاء في كشاف القناع عن متن الإقناع بأنه " إن قيل أنه عقد معاوضة كالبيع أو قيل أنه قطع عقد بالتراضي كان كالإقالة و كل منهما لا يفتقر إلى حاكم " <sup>5</sup> ؛

3 / قياس الخلع على النكاح و الطلاق من حيث أنه لما كان النكاح و الطلاق لا يحتاجان إلى حكم القاضي فكذلك الخلع لا يحتاج إلى حاكم <sup>6</sup> .

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، المبسوط ، الجزء السادس ، ص 174 .

<sup>2</sup> - ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، المرجع السابق ، ص 247 .

<sup>3</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 131 .

<sup>4</sup> - ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، المرجع السابق ، ص 247 .

<sup>5</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، الجزء الخامس ، ص 214 .

<sup>6</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، المجلد الأول ، الجزء الثالث ، ص 129 .

## II / الإتجاه القائل بضرورة الترافع إلى الحاكم

ذهب جماعة من التابعين منهم سعيد بن جبير و الحسن البصري و ابن سيرين وأبو عبيد إلى أنه لا يكفي لوقوع الخلع مجرد اتفاق إرادة الزوج و الزوجة استقلالا ، بل يجب أن يترافعا إلى الحاكم و هو الذي يقضي بوقوع الخلع <sup>1</sup>.

ولقد استدل أصحاب هذا الإتجاه على أن الخلع لا يكون إلا عند القاضي بالكتاب (1) و السنة المطهرة (2) .

### 1 / من الكتاب

قوله تعالى : " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن قوله تعالى : " فَإِنْ خِفْتُمْ " خطاب للولاة و الحكام ، فنظم الآية يفيد أن أول الكلام خطاب للحكام ، و آخره خطاب للأزواج ، حيث يقول عز وجل : " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " فدلّ هذا على أن حضور الحاكم شرط في الخلع <sup>2</sup>.

كما استند أصحاب هذا الإتجاه إلى قراءة حمزة : إلا أن يخافا بالبناء للمجهول و الفاعل محذوف و هو الأئمة و الحكام <sup>3</sup>.

### 2 / من السنة المطهرة

ما روي عن السيدة عائشة أم المؤمنين - رضي الله عنها - أن حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس ، فضربها فكسر نغصها ، فأتت الرسول صلى الله عليه وسلم بعد الصبح فاشتكته إليه ، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابت ، فقال : " خذ بعض مالها وفارقها " ، قال : " ويصلح ذلك يا رسول الله " ، فقال : " نعم " ، قال : " فإنني أصدقها حديقتين فهما بيدها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " خذها وفارقها " <sup>4</sup>.

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم تولى هذا الخلع بنفسه فدلّ أنه يكون إلى السلطان لأنه لو كان يجوز لهما التفرد به لوكله إليهما ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ منها و يفارقها <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 130 .

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، المجلد الأول ، الجزء الثالث ، ص 129 .

<sup>3</sup> - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، نفس المرجع ، ص 129 . / أحمد فراج حسن ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 122 .

<sup>4</sup> - الإمام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ص 307 .

<sup>5</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 135 .



## ثانيا : موقف الفقهاء من سلطة القاضي في إكراه الزوج على الخلع

إذا كرهت الزوجة زوجها و خشيت عدم إقامة حدود الله و طلبت من زوجها أن يطلقها فرفض ذلك فهل للزوجة في هذه الحالة إقامة دعواها أمام القضاء لإلزام الزوج بذلك أم أن الأمر راجع لاختيار الزوج و رضاه ؟ . ولقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة وظهر فريقان ، الفريق الأول يشترط رضى الزوج في الخلع ( I ) و الثاني يرى إمكانية إجبار القاضي للزوج على الخلع ( II ) .

### I / الفريق القائل باشتراط رضى الزوج في الخلع

ذهب عامة الفقهاء إلى القول بأنه إذا طلبت المرأة الخلع ، فإنه لا يجبر الزوج على إجابتها به وإنما يكون ذلك لاختياره و رضاه ، لأن الخلع عقد معاوضة يعتمد التراضي بين الزوجين ، ولأن الزوج لما كان ممنوعا من إجبار المرأة على دفع العوض لاقتداء نفسها وإجبارها على الخلع ، كان الزوج كذلك غير مجبر على قبول العوض<sup>1</sup> .

ولقد استدل هذا الفريق القائل باشتراط رضى الزوج في المخالعة بالقرآن (1) والسنة (2) و المعقول (3) .

### 1 / من القرآن الكريم

استدلوا بقوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ " <sup>2</sup> ، فقد بينت الآية الكريمة أنه يحل للزوجين الخلع إذا خافا عدم إقامة حدود الله فيحل للزوجة دفع المال ، ويحل للزوج قبوله ، وليس في الآية الكريمة ما يدل على إجبار أحدهما فيما هو له ، فلا تجبر الزوجة على دفع العوض ، ولا يجبر الزوج على الخلع<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 137 .

<sup>2</sup> - الآية 229 من سورة البقرة .

<sup>3</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، نفس المرجع ، ص 137 .

## 2 / من السنة

استدلوا بحديث عن ابن عباس ، و فيه أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق و لادين و لكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : أترددين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إقبل الحديقة و طلقها تطليقة " <sup>1</sup> .

ووجه الدلالة : قوله عليه الصلاة و السلام " إقبل الحديقة و طلقها تطليقة " أن أمره عليه الصلاة و السلام لثابت بن قيس إنما هو للإرشاد و الإصلاح لا للإيجاب و الإلزام <sup>2</sup> .

## 3 / من المعقول

قياس الخلع على الطلاق ، فكما أن الطلاق حق للزوج لا يصح أن يكره على إيقاعه فكذلك الخلع لا يحق لأحد أن يكره الزوج على القيام به ؛ كما أن خلع المكره لا يقع قياسا على أن طلاق المكره لا يقع ؛ بالإضافة إلى أن الخلع فيه معنى المعاوضة ، و عقد المعاوضة لا بد فيه من رضا الطرفين حين انعقاده ، و لذا فلا يجوز إلزام الزوج به دون رضاه <sup>3</sup> .

## II / الفريق القائل بجواز إجبار القاضي للزوج على الخلع

قال بعض الفقهاء بأنه يجوز للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع ، لأن الخلع حق للزوجة لا يتوقف على قبول الزوج ، فخلافا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء شدّ البعض وظهر رأي مخالف يرى أن الخلع بيد الزوجة تأسيسا على أن الطلاق بيد الرجل ، فإذا كان الرجل يملك الطلاق و يوقعه بصورة انفرادية ، فإن في مقابل هذا تملك المرأة الخلع ولها أن توقعه بصورة انفرادية ، و لا تحتاج إلى موافقة الزوج ، كما لا يحتاج الزوج إلى موافقتها عند الطلاق <sup>4</sup> . وهذا الرأي قال به الفقيه ابن رشد الحفيد ، حيث قال في كتابه بداية المجتهد : " و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة ، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل " <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - أخرجه البخاري ، الجزء السادس ، رقم 4971 ، ص 2022 . والنسائي ، الجزء السادس ، رقم 3463 ، ص 170 .

<sup>2</sup> - الشيخ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار - شرح منتقى الأخبار ، المرجع السابق ، ص 361 .

- الإمام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ص 312 .

<sup>3</sup> - شوقي البناسي ، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية و السياسية ، العدد 4 ، سنة 2008 ، ص 15 .

<sup>4</sup> - شوقي البناسي ، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن ، نفس المرجع ص 17 .

<sup>5</sup> - القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، المرجع السابق ص 448 .

وإن هذا القول كان محل نظر الكثير من الفقهاء وعلى رأسهم المستشار أحمد نصر الجندي في كتابه من فرق الزوجية الذي قال : " القول بأن الطلاق بيد الرجل والخلع بيد المرأة قول فاسد شرعا ، فقد دلت آيات القرآن الكريم على أن الطلاق بيد الرجل ويستقل به ويطلق بنفسه ، فقال الله سبحانه وتعالى : " يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ " <sup>1</sup> وقال أيضا : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ " <sup>2</sup> فالآيات القرآنية تخاطب الرجل في شأن الطلاق وجعلت الطلاق لمن نكح ، لأن له الإمساك وهو الرجعة ، فالطلاق بيد الرجل شرعا وبقيود وضوابط وضعها الله عز وجل .

وقد جاء رجل إلى الرسول صلى الله عليه وسلم قائلاً : يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : " يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق " .

ولم يرد بالقرآن الكريم ولا بأحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أقوال صحابته ولا بأراء فقهاء الإسلام أن زوجة أنهت العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها إلا بتفويض منه باعتبار أن الطلاق بيده وليس بيدها أو بحكم من القاضي ينوب عن الرجل في ذلك ... " <sup>3</sup> .

ومن مؤيدي هذا الاتجاه أيضا الأستاذ عمر زودة حيث يقول " ... غير أننا نعتقد أن الزوجة تتمتع بحق خالص وهو حق إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج ، فإذا قبل الزوج ذلك انعقد الاتفاق بينهما ، أما إذا رفض ذلك ، فإنه ينشأ تبعا لذلك حق إرادي للزوجة بمقتضاه يسمح لها أن تتخلص من علاقة زوجية لا تطيقها بشرط أن تدفع بدل الخلع لا يقل عن المهر الذي دفعه إليها الزوج " .

و يضيف قائلاً بأنه " يحق للقاضي أن يطلق الزوجة من زوجها رغم رفض الزوج استنادا في ذلك إلى السنة النبوية و إلى آراء الفقهاء حيث ذهبوا إلى عدم اشتراط الكراهية من طرف الزوجة لصحة الخلع و تبعا لذلك أصبح من حق الزوجة أن تطلب التفريق لقاء بدل تدفعه دون أن يتوقف ذلك على أي شرط يجب أن تثبته . وبالتالي أصبح حق التطلاق مقابل ما تدفعه من مال حقا إراديا تملكه الزوجة ، و من ثم إذا تمسكت بالتفريق لقاء بدل تدفعه للزوج فلا يملك القاضي أن يرفض ذلك و ليس له أية سلطة تقديرية في ذلك " <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - الآية 1 من سورة الطلاق .

<sup>2</sup> - الآية 49 من سورة الأحزاب .

<sup>3</sup> - أحمد نصر الجندي ، من فرق الزوجية ( الخلع / الظهار / اللعان / الإيلاء ) ، المرجع السابق ، ص 111/110 .

<sup>4</sup> - عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2000/2001 ، ص 57/56 .

و استدل أصحاب القول الثاني بقوله عليه الصلاة و السلام لثابت بن قيس : " طلقها تطليقة " ولقد قال العلماء و المفسرين على أن الأمر إلزام و إيجاب وليس أمر إرشاد وتوجيه ذلك لأن المعنى الأصلي لصيغة الأمر هو طلب المأمور به على سبيل الإلزام والحتم أما غيره من المعاني فإنه يستفاد من سياق الكلام و قرائن الأحوال ، و ليس هنا قرينة تصرف الأمر من إيجاب إلى غيره <sup>1</sup> ؛

كما أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أمر ثابتاً بتطليقها بكونه قاضياً و حاكماً لا بكونه نبياً مرشداً و إلا لسأله هل ترضى بأن تطلقها ، أو قال : " طلقها تطليقة إن شئت " ؛ و روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : " إذا أرادت النساء الخلع فلا تكفروهن " وهذا دليل على أنه يجب للزوج أن يستجيب لطلب الزوجة إذا أرادت الخلع <sup>2</sup> ؛

كما استدلو بقاعدة " لا ضرر و لا ضرار " و تعني أن الضرر الواقع على الإنسان في دينه أو نفسه يجب إزالته ، و عليه فإن المرأة إذا كرهت زوجها ، فإن هذا الإضرار قد يوصلها إلى الإضرار بدينها أو نفسها أو عرضها ، و يجب إزالة هذا الضرر بطلاق الزوج لزوجته أو بالمخالعة ، فإذا رفض الزوج ، طلق عليه القاضي جبراً عنه لإزالة الضرر الواقع على المرأة ، و ذلك تطبيقاً لهذه القاعدة التي جاءت بمقصد شرعي و هو رفع الضرر عن الناس <sup>3</sup> ؛

فضلاً عن ذلك ، فإن الزوجة التي باتت لا تطيق زوجها و لا ترغب في استمرار علاقتها الزوجية معه ، فإن المفترض أن يكون موقف الزوج مطابقاً لموقفها ، فكيف يتمسك هذا الزوج بزوجة لا تريده ، و ما دامت هي ترغب في الطلاق و تتمسك به ، فيجب عليه أن يستجيب لهذا الطلب و يعمل على تلبيةه على الفور . و هذا هو التسريح بإحسان المنصوص عليه في قوله تعالى : " فإمساكٌ بمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " فالمراد بالآية أنه يجب على الزوج أحد الأمرين إما الإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي و الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء - دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان - منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2007 ، ص 526 .

<sup>2</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي و الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء ، نفس المرجع ، ص 527 .

<sup>3</sup> - إسماعيل البريشي ، الخلع القضائي بين الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، مقال منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد الخامس ، العدد 4 ، سنة 2009 ، دون ذكر الصفحة .

<sup>4</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي و الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء ، نفس المرجع ، ص 528/ 529 .

وقد تبنى هذا الإتجاه أيضا الأستاذ عبد الرحمان الصابوني ، حيث يرى أن الزوجة إذا طلبت الفراق من زوجها مخالعة ، فيجب عليه أن يلبي طلبها بعد محاولة الإصلاح ما أمكن إلى ذلك سبيلا ، فلو كان الأمر الذي وجهه الرسول صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس أمر ندب واستحباب هل كان ثابت يطلق زوجته و قد كان يحبها حبا شديدا - كما ذكرت الروايات - فلو علم ثابت بن قيس أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم له بفراق زوجته أمر ندب واستحباب لما أقدم على فراق زوجته<sup>1</sup> .

و يؤكد الأستاذ سيد سابق هذا الإتجاه بقوله بأن : " الخلع يكون بتراضي الزوج والزوجة ، فإذا لم يتم التراضي منهما ، فللقاضي إلزام الزوج بالخلع ، لأن ثابتا و زوجته رفعا أمرهما للنبي صلى الله عليه وسلم وألزمه الرسول صلى الله عليه وسلم بأن يقبل الحديقة ويطلق " <sup>2</sup> .

هذا وقد أجاز الإمام مالك - إذا ثبت النشوز من قبل الزوجة وقالت أنها لا تطيقه أي لا تطيق زوجها بغضا - أن يخلعها القاضي من زوجها بإشارة الحكيم على أن تدفع إليه ما قدمه في هذا الزواج من مال ، فقد قال الإمام مالك في الأمر الذي يكون فيه الحكمان ، إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل و المرأة ، حتى لا تثبته بينهم بيعة ، ولا يستطيع أن يتخلص إلى أمرهما ، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها ، و رجلا من أهله عدلين ، فنظرا في أمرهما واجتهدا فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما ، وإلا فرقا بينهما ، وإن رأيا أن يأخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا " ومن هنا يتبين أن الخلع يصح باقتراح الحكيم إن لم يكن الإصلاح وكان النشوز من جانبها لنفرة من العشرة الزوجية<sup>3</sup> .

و بذلك فإن المالكية لما أجازوا للزوجة أن تستعمل الفداء لكي تصل إلى حكم من القاضي بالتطليق خلعا ، اشترطوا صراحة تدخل حكم من أهل الزوجة ، وحكم من أهل الزوج يبعث بهما القاضي لكي يتبين أمر الخلاف بين الزوجين ، و لذلك يقول المالكية " فنظرا في أمرهما واجتهدا ، فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما ، وإلا فرقا ، وإن رأيا أن يأخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا " <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الرحمان الصابوني ، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، دار الفكر دمشق و دار الفكر المعاصر بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2001 ، ص 146 .

<sup>2</sup> - السيد سابق ، فقه السنة ، دار الفتح للإعلام العربي ، القاهرة ، المجلد الثاني ، الطبعة الحادية و العشرون ، سنة 1999 ص 195 .

<sup>3</sup> - الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 241/240 . و أنظر كذلك الإمام محمد أبو زهرة إصلاح الأسرة ، مقال منشور في مجلة القانون و الإقتصاد ، تصدرها كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، عدد الأول ، السنة 24 ، 1954 ، ص 22 .

<sup>4</sup> - أحمد نصر الجندي ، من فرق الزوجية ( الخلع / الظهار / اللعان / الإيلاء ) ، المرجع السابق ، ص 114/113 .

كما منح شيخ الإسلام ابن تيمية للقاضي سلطة إلزام الزوج على الخلع ، وقد ميز بين حالتين أساسيتين :

الحالة الأولى : إذا ثبت للقاضي أن الزوج فعلا مقصر في واجباته نحو زوجته أو مضر لها بغير حق سواء بالقول أو الفعل و رغم ذلك لا يريد هذا الزوج قبول الخلع جاز للقاضي أن يلزمه بذلك ؛

الحالة الثانية : إذا ثبت للقاضي أن الزوج محسن لزوجته و لكن رغم ذلك أبغضته ، ففي هذه الحالة يتعذر على القاضي إلزامه بقبول الخلع و إنما يأمره على وجه الإستحباب بفراقها<sup>1</sup> .

بعد عرض أقوال الفقهاء و أدلتهم نخلص إلى جملة من النتائج تتمثل فيما يلي :

1/ إن موطن الخلاف الرئيسي الذي أدى إلى اختلاف الفقهاء في مدى إمكانية إجبار القاضي للزوج على الخلع ، يرجع إلى اختلافهم في فهم المراد بقوله سبحانه و تعالى : " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " فهل الخطاب في الآية الكريمة للحكام أم للأزواج ؟ فمن فهمه خطابا للحكام قال بمشروعية إلزام الحكام للأزواج بالمخالعة ، ومن فهمه خطابا للأزواج : قال بوجوب موافقة الزوج على الخلع إذا طلبته المرأة ، و أنه لا يجوز للقضاة إيقاع الفرقة إلا إذا رضى الأزواج و وافقوا على ذلك ؛

2/ إن اختلاف الفقهاء في فهم دلالة الأمر النبوي الوارد في قصة ثابت بن قيس و فيها قوله صلى الله عليه و سلم : " خذ الحديقة و طلقها تطليقة " أدى في جانب كبير منه إلى اختلاف الفقهاء في مشروعية الخلع الذي يوقعه القاضي دون موافقة الزوج ، فهل الأمر النبوي الوارد في هذه القصة كان للإرشاد و التوجيه ، أم للحتم و الإلزام ؟ فمن فهم من الفقهاء أن الأمر قد كان توجيهيا منه و إرشادا ، اشترط موافقة الزوج لحصول الخلع و لم يجز إيقاع الفرقة عليه دون رضاه أو موافقته ، و من فهمه حتما و إلزاما ، قال بجواز إيقاع القضاة للفرقة دون رضا الزوج و موافقته<sup>2</sup> ؛

3/ لقد اتفقت كلمة من أجاز جبر الزوج على الخلع على أنه يتوجب سماع الطرفين ، فالإمام مالك أوجب تعيين حكّمين مهمتهما سماع أقوال الزوجين ، و الإمام ابن تيمية أوجب على القاضي أن يبحث عما إذا كان الزوج مقصرا في واجباته أم لا<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - ابن تيمية تقي الدين ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، الجزء 32 ، المرجع السابق ، ص 179 .

<sup>2</sup> - إسماعيل البريشي ، الخلع القضائي بين الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، دون ذكر الصفحة .

<sup>3</sup> - شوقي البناسي ، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 22/ 21 .

وما نتوصل إليه في الأخير أن الأصل في الخلع أن يقع بالتراضي بين الزوجين فهو عقد رضائي بينهما ، فلا يمكن أن تتصور وقوع الخلع من الزوجة بإرادتها المنفردة غير أنه يمكن للقاضي استثناء من الأصل أن يقضي بالخلع دون موافقة الزوج و ذلك بعد عجز الحكمين في الإصلاح بين الزوجين ، أو إذا ثبت أن الزوج مقصر في واجباته اتجاه زوجته .

و إن أعدل الأقوال هو قول الإمام ابن التيمية ، فهو يراعي مصلحة الزوجين معا فلا يمكن جبر الزوج المحسن لزوجته على الخلع ، و إنما ينصح بفرقتها إذا كانت تبغضه .  
أما إذا كان الزوج مقصرا في واجباته نحو زوجته ، أو مضرا لها بغير حق ورغم ذلك رفض قبول الخلع ، ففي هذه الحالة جاز للقاضي جبره على فراقها لثبوت الضرر<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري و التشريعات المقارنة

إن الإختلاف الذي ظهر بين الفقهاء نتج عنه اختلاف ما بين التشريعات في الدول العربية ، فمنها من أخذت بالإتجاه الأول ، ومنها من أيدت الإتجاه الثاني ، ومنها من حاولت التوفيق بين الإتجاهات ، وسنتعرض لموقف المشرع و القضاء الجزائري ( أولا ) ثم إلى موقف التشريعات المقارنة ( ثانيا ) .

#### أولا : موقف المشرع و القضاء الجزائري

إن التراضي في الخلع اختلف فيه فقهاء الشريعة قديما وحديثا ، وانعكس هذا الإختلاف على القوانين الوضعية ، ومن بينها قانون الأسرة الجزائري الذي عرف موقفا متذبذبا وتجسد ذلك من خلال قرارات المحكمة العليا ، حيث تأثر في البداية بموقف جمهور الفقهاء واعتبر أن الخلع عقد رضائي يتم بموافقة الزوجين ، وأن موافقة الزوج عليه أمر ضروري ، ثم عرف موقفه تغيرا جذريا وذلك ابتداء من سنة 1992 ، وتجسد ذلك من خلال المادة 54 المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 .

وعلى هذا الأساس سنقوم بدراسة موقف المشرع الجزائري ( I ) ثم القضاء الجزائري ( II ) .

---

<sup>1</sup> - شوقي البناسي ، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 22 .

## I / موقف المشرع الجزائري من المسألة

نظم المشرع الجزائري الخلع في المادة 54 من القانون رقم 11/84 و التي اتسمت بالغموض في صياغتها ، فلم تحدد ما إذا كان الخلع عقدا رضائيا يتطلب رضى الزوجين معا أم تصرفا انفراديا من جانب الزوجة ( 1 ) لكن بعد تعديل هذه المادة بموجب الأمر رقم 02/05 فصل المشرع في المسألة و أجاز للزوجة الخلع دون موافقة الزوج ( 2 ) .

### 1 / موقف المشرع الجزائري في ظل المادة 54 من القانون رقم 11/84

عرف نظام الأسرة في الجزائر عدة مراحل قبل صدور القانون رقم 11/84 - وهو أول تقنين عرفه نظام الأسرة في الجزائر- ولذلك كان لازما التعرض باختصار لهذه المراحل ( أ ) ثم التعرض للقانون رقم 11/84 ( ب ) .

### أ / التنظيم القضائي الجزائري قبل صدور القانون رقم 11/84

لقد مر التنظيم القضائي في الجزائر بثلاثة مراحل هامة ، وهي مرحلة ما قبل الإحتلال و مرحلة الإحتلال ومرحلة ما بعد الاستقلال .

فقد كان التنظيم القضائي في الجزائر قبل الإحتلال الفرنسي عام 1830 يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية و الأعراف المحلية في جميع ميادين الحياة العامة و منها نظام الأسرة وكانت أحكام المذهب المالكي هي المطبقة على الأهالي في كل أنحاء الوطن <sup>1</sup> .

أما بعد الإحتلال فقد عمدت الإيديولوجية الاستعمارية إلى محاولات يائسة هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في النظام الفرنسي سعيا منها لتضييق العمل بأحكام الشريعة الإسلامية و تفكيك وحدة التشريع الجزائري <sup>2</sup> ، و تجسد ذلك من خلال إصدارها للأمر رقم 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 والذي خص تنظيم عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الخاضعون للأحوال الشخصية المحلية - وذلك ما هو ثابت من خلال الجريدة الرسمية الصادرة في 1959/02/11 - و لقد تضمن هذا الأمر إثني عشر مادة تطرق فيها إلى مسائل

<sup>1</sup> - محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 40 .

<sup>2</sup> - محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، نفس المرجع ، ص 41/ 40 .



تخص انعقاد الزواج وتسجيله وسن الزواج و انحلاله ، و في الباب المتعلق بانحلال الزواج والذي خصه بثلاث مواد نصت المادة السادسة على أن الزواج لا ينحل إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالة الموت ، و يجب إصدار قرار انحلال الزواج بناء على طلب يقدم من الزوجين إلى القاضي المختص كما أن الحكم الذي يصدر بمناسبة انحلال الزواج يجب أن يفصل في حضانة الأولاد مما يتفق و مصلحتهم ، كما ألزمت المادة الثامنة الزوجين الحضور شخصيا إلى القاضي في دعوى الطلاق ما لم يأمر القاضي بخلاف ذلك أو يعفي بعضهما من الحضور .

مما سبق يتضح بأن الأمر رقم 274/59 لم يعرف الصور المختلفة لفك الرابطة الزوجية ، و أعطى حق فك الرابطة الزوجية للزوجين على حد سواء دون تفضيل أحدهما على الآخر ، و ذلك بشرط تقديم طلب للقاضي ليثبت فيه ، ففي هذه الفترة لم يكن الحديث عن الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية و لم يكن يعمل به في المحاكم<sup>1</sup> .

ثم صدر المرسوم رقم 7082/59 المؤرخ في 17/09/1959 الذي تضمن اللائحة التنفيذية لهذا الأمر ، حيث تناول توضيح نصوص الأمر السابق ، وبعده صدر قرار بتاريخ 1959/11/21 الذي حدد أنواع الوثائق و المستندات التي يجب تقديمها إلى ضابط الحالة المدنية أو القاضي ( الموثق ) لطالبي الزواج من أجل إمكانية إبرام عقد الزواج و تسجيله<sup>2</sup> .

و بعد الاستقلال استمر القضاء المتعلق بالأسرة وفق قواعد النظام الفرنسي ، و عليه صدر القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31/12/1962 القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية ، فيما عدا مواد الاستعمارية و العنصرية أو المخالفة للحقوق و الحريات العامة . كما صدر القانون رقم 218/63 المؤرخ في 18/05/1963 ليلغي ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محكمة الإستئناف الجزائرية و لينشئ مكانها المجلس القضائي الأعلى ، ثم سن القانون رقم 224/63 المؤرخ في 29/06/1963 والذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج و تحديد سن الزواج عند الرجل ببلوغ 18 سنة و المرأة ببلوغ 16 سنة كاملة<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - باديس نياي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، المرجع السابق ، ص 71/70 .

<sup>2</sup> - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، المرجع السابق ، ص 19/18 .

<sup>3</sup> - محمد أمين لوعيل ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، سنة 2006 ، ص 24/23 .

واستمر الوضع على حاله إلى غاية صدور القانون المدني<sup>1</sup> ، حيث نصت المادة الأولى منه : " ... و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية " ولذلك فقد كان الرأي السائد في تلك الفترة ضرورة وجود تراضي في الخلع<sup>2</sup> ، فإذا رفض الزوج مخالعة زوجته وأعلن تمسكه بها ، فإنه لا يقع الخلع جبرا عنه ، ولا يمكن للقاضي إلزامه به .

### ب / صدور قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84

في بداية الثمانينات صدر أول قانون جزائري للأسرة والذي حمل رقم 11/84<sup>3</sup> هذا القانون في مجمله لم تخرج قواعده عن إطار الشريعة الإسلامية ، ولقد حمل هذا القانون في طياته 224 مادة تضمنتها أربعة كتب ، ولم ينل موضوع الخلع فيه سوى على مادة واحدة فقط ، مما جعلها ناقصة في الكم والكيف وهي المادة 54 والتي نصت على أنه : " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه .

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

فلم يحسم المشرع من خلال نص المادة السالفة الذكر موقفه فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج . فالمادة تحدثت عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها ، دون أن يتم التوضيح فيما لو كان لرضى الزوج اعتبار أم لا .

وأمام سكوت المشرع عن تحديد طبيعة الخلع كحق أصيل للزوجة أم عقد رضائي جعل الفقهاء والقضاة يرجعون إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية " <sup>4</sup> . ولقد تم تفسير النص المذكور أعلاه بأنه أوجب تراضي الزوجين حول مبدأ المخالعة ، و سار على هذا النهج كل من الفقه و القضاء <sup>5</sup> .

---

<sup>1</sup> - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 - الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .

<sup>2</sup> - باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، المرجع السابق ، ص 72 .

<sup>3</sup> - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 ( جريدة رسمية رقم 24 ) يتضمن قانون الأسرة الجزائري .

<sup>4</sup> - باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، المرجع السابق ، ص 73/72 .

<sup>5</sup> - GHAOUTI- BENMELHA, le droit Algérien de la famille , O ,P,U , Alger , 1973 , p 181 .

حيث استنتج الأستاذ فضيل سعد من المادة 54 ذاتها ورغم عدم وضوح صياغتها أنها تشترط أن يبني الخلع على إيجاب وقبول ، حيث قال : " عندما نستعمل لفظ خالع ، فهو مزيد بحرف على وزن فاعل بمعنى بادل ، وفيه تفاعل الطرفين وتوقف حصول الفعل على إرادتهما ، بأن تكون هي البادئة وهو المكمل أو هو البادئ وهي المكملة ، إذ لا حصول للفعل بدون إرادتهما ، وعلى هذا فإما أن تكون هي الموجبة وهو القابل ، أو هو الموجب وهي القابلة " <sup>1</sup> .

و يتفق الأستاذ العربي بلحاج مع فضيل سعد على أن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج وموافقته الصريحة فقد اعتبر بأن " الخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرف لا يتم إلا بإيجاب وقبول ، ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج ، أو ما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما . فالخلع ما هو إلا طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة " <sup>2</sup> .

و هذا ما أكده كذلك الأستاذ عبد العزيز سعد حيث يرى بأن " الخلع عقد رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة ، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي ، بناء على عرض أحد الزوجين و قبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم و مقوم شرعا تدفعه الزوجة ... و ليس على الزوج أن يستجيب لطلب الزوجة غصبا أو كرها ، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالخلع بمجرد طلبه من الزوجة دون رضاء الزوج و موافقته الصريحة وإلا لأصبح من الجائز لكل زوجة تطلب الخلع و تعرض مبلغا من المال على زوجها أن تتحصل على الطلاق و تتخلص من زوجها ظالمة كانت أو مظلومة دون حاجة إلى إثبات أي مبرر شرعي أو قانوني " .

كما أضاف قائلا بأنه " و بالنسبة إلى تدخل القاضي من أجل الحكم بانحلال الزواج بالخلع بناء على طلب الزوجة وحدها ، دون توفر موافقة الزوج ، فإنه بإمكان أن نقول أن مثل هذا الحكم هو حكم يمكن أن يوصف بأنه حكم تعسفي و متحيز و لا أساس له في الشرع و لا في القانون ... و يعتبر من قبيل إجبار الزوج على التطبيق دون أي مبرر شرعي و لا قانوني و يعتبر خرقا لمبدأ حرية التعاقد التي هي أساس الخلع ومخالفا لمقاصد الشريعة الإسلامية ... " <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، المرجع السابق ، ص 306 .

<sup>2</sup> - العربي بلحاج ، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ، العدد 3 ، سنة 1990 ، ص 585 .

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر الطبعة الثالثة ، سنة 1996 ، ص 249/248 و 253 .

و الجدير بالذكر بأن الخلع الذي يتم برضى الزوجين معا يختلف عن الطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 48 من قانون الأسرة ، لأن هذا الأخير لا يشترط التزامات مالية على عاتق الزوجة<sup>1</sup> ، بخلاف الخلع الذي هو طلاق بعوض ، وبذلك فإن العوض ركن أساسي فيه لا يتم بدونه<sup>2</sup>.

## 2 / موقف المشرع الجزائري في ظل المادة 54 بعد تعديلها

بعد مرور أزيد من عشرين سنة على تطبيق قانون الأسرة رقم 11/84 و أمام التغييرات التي شهدتها الجزائر في ظل النظام العالمي الجديد ، ظلت قضايا الأحوال الشخصية في الجزائر تثير الاهتمام ، فكانت أولى الندوات التي عقدت بالجزائر لمناقشة قانون الأسرة تلك التي نظمها المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1999 و هي الندوة التي انتهت بإصدار توصيات كان أبرزها :

1 - أن الإسلام باعتباره دين دولة لا يمنع من ترقى القوانين و الأفكار الخاصة بترقية المرأة و أن قانون الأسرة هو قانون وضعي مستوحى من الشريعة الإسلامية و كل قانون وضعي يخضع للإجتهد ؛

2 - أنه لا بد من إعطاء الأولوية للمرأة فيما يتعلق بالتكفل بالإقتصاد المنزلي وترقيته مما يمكنها من حماية شخصيتها ، و تحديد الإجراءات الإجتماعية لصالح المرأة العاملة .  
و لقد أثارت بعض مواد قانون الأسرة و التعديلات المرتبطة بها جدلا واسعاً لا سيما ما تعلق منها بالمواد 52/48/11/8<sup>3</sup> ، و قد انتهى هذا الجدل بالمصادقة على التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 و هو الأمر رقم 02/05<sup>4</sup> .

---

<sup>1</sup> - FATIMA ZOHRA SAI, le khul'dans le code de la famille Algérien et la moudawwana marocaine, droit de la famille, regards croisés, laboratoire de droit et de nouvelle technologie, faculté de droit , Oran, 2007, p 61

<sup>2</sup> - العربي بلحاج ، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية ، المرجع السابق ، ص 587/586 .

<sup>3</sup> - محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 59/58 .

<sup>4</sup> - المؤرخ في 08 محرم عام 1426 هـ الموافق ل 27 فيفري 2005 (جريدة رسمية عدد 15 ) يعدل و يتم القانون رقم 11/84 و الموافق بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 (جريدة رسمية عدد 43) .

و من المستجدات التي جاء بها هذا الأمر بخصوص انحلال الرابطة الزوجية تعديله لنص المادة 54 من القانون رقم 11/84 بموجب المادة 14 منه وأصبح نصها على النحو التالي : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي . إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم " .

لقد أضافت هذه المادة عبارة " دون موافقة الزوج " لتعبر صراحة عن تبني المشرع الجزائري للرأي القائل بأن الخلع تصرف انفرادي للزوجة لا يشترط فيه رضى الزوج ويمكن للقاضي أن يجبر هذا الأخير على الخلع إذا ما رفض طلب الزوجة في الخلع .

و إن هذا التعديل جاء لتكريس اجتهادات المحكمة العليا و التي عرفت تغييرا جذريا منذ سنة 1992 حيث أصبحت تعتبر الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية حق للزوجة تستعمله وقت ما تشاء<sup>1</sup> .

وقد عبرت الأستاذة تشوار حميدو زكية عن موقفها نحو هذا الاتجاه الجديد قائلة " والواقع نحن نرى أن الحل الجديد الذي أتت به المحكمة العليا يوافق ويتمشى مع روح النصوص التشريعية ، ويمكن أن نستند في موقفنا هذا على الحجج التالية :

أ / تقوم الحجة الأولى على أن المادة 54 من قانون الأسرة رقم 11/84 قد اكتفت باشتراط على أن تكون الموافقة بين الزوجين على المال " بدل الخلع " ولم تشترطه في الطلاق ذاته ؛ ب/ تستند الحجة الثانية من تفسيرنا للمادة 48 من قانون الأسرة التي نصت على أن : " الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 54/53 من هذا القانون " ونستشف من هذه المادة أن المشرع لم يكيّف الخلع على أساس أنه حالة من حالات الطلاق بالتراضي ، وإنما من الحالات التي تسمح للزوجة بفك الرابطة الزوجية قضائيا ؛

ج / الحجة الثالثة مستمدة من الفلسفة التي اتبعتها المشرع عند وضعه لأحكام الطلاق إذ يمكن الاستناد إلى القواعد العامة المقررة في قانون الأسرة والتي تضمنتها المواد 56/54/48 بحيث أن الأصل في الخلع أن يتم بالتراضي بين الرجل و المرأة ، غير

<sup>1</sup> - باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، المرجع السابق ، ص 74 .

أنه إن أبى دفعت أمرها للقاضي ، ومهمة القاضي هنا أن يستوثق من كراهية المرأة وأن رغبتها في المفارقة ليست وليدة نزوة عاطفية ، وإنما هي رغبة عميقة الجذور ، ولتحقيق ذلك يدعو القاضي الطرفين إلى التحكيم طبقاً للمادة 56 من ذات القانون ، فإذا لم يوفق الحكمان في مهمتهما حكم القاضي بالخلع لتخلص الزوجة من الضرر الذي استعصى عليها إثباته " <sup>1</sup> .

بينما يرى الأستاذ ناصر الدين ماروك في مقال له بعنوان " قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق " بأنه : " ... يعود هذا التغيير في موقف المحكمة العليا للمشاكل الكثيرة التي نجمت من الإجهاد الأول المتمثل في اشتراط قبول الزوج لمبدأ الخلع - الذي هو من الأمور البعيدة المنال - وبحكم تجربتنا في العمل في الأحوال الشخصية فإنه لا يوجد أي رجل يقبل أن تخالعه زوجته مهما كان الثمن الذي تعرضه .

والخطورة التي تنجم عن هذا الموضوع هو أنه وفي حالة رفض الزوج طلب الخلع فإن الزوجة تبقى سنين طويلة لا هي متزوجة ولا مطلقة ، وهذا هو الأمر الذي أدى باعتقادنا إلى تغيير المحكمة العليا لموقفها وتبني الموقف الصحيح " <sup>2</sup> .

و مما سبق يتضح بأن الجدل الفقهي الذي كان سائداً حول مسألة الخلع قد زال حيث أن موافقة الزوج لم تصبح ضرورية خلافاً لما كان عليه الأمر قبل التعديل ، فعلى القاضي إذن الاستجابة بعد عدة محاولات الصلح إلى طلب الزوجة بمخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي يتفق عليه الزوجان ، وعند اختلافهما يحدد بدل الخلع بما يعادل صداق المثل وقت صدور الحكم .

و منه فقد أزال هذا النص الغبن الذي كانت تعاني منه الزوجة لسنوات طويلة في ظل النص القديم ، حيث كانت محرومة من الحصول على حريتها و المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ، فكان ذلك يستلزم موافقة الزوج و الذي قد يرفض بدوره الاستجابة لطلبها تعنتاً منه ، و عليه فقد وفق المشرع في إعطائه للزوجة حقها الخالص في إنهاء الرابطة الزوجية ، و لكن ما يعاب عليه أنه لم يقيد هذا الحق بأي قيد من القيود الموضوعية كذكر الأسباب التي تدفعها لطلبه ، مما يجعلها تلجأ إليه حتى لأتفه الأسباب .

لذلك كان ينبغي على المشرع أن يشترط عند رفع دعوى الخلع من طرف الزوجة أن تذكر السبب الذي يدفع بها لطلبه و يفسح المجال للقاضي في دراسة هذه الأسباب و التأكد من جدتها حتى لا يكون هناك تعسف من طرف الزوجة وبالتالي إضرار بالزوج .

<sup>1</sup> - زكية تشوار حميدو ، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 14/ 13 . و هذا ما أكده الأستاذ جيلالي تشوار في مقال له تحت عنوان " خواطر حول بعض الجوانب الإتفاقية في العلاقات الزوجية " المنشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، العدد 2 ، سنة 2007 ، ص 230 .

<sup>2</sup> - ناصر الدين ماروك ، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق ، مقال منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد الثالث ، السنة الثالثة 2001 ، ص 208/207 .

## II / موقف القضاء الجزائري

أما من زاوية القضاء ، فقد ظلت الأحكام القضائية تصدر متناقضة ، حتى استقر الإجتهد القضائي على إهمال إرادة الزوج في الخلع ابتداء من سنة 1992 .  
و على هذا الأساس سنتعرض لموقف القضاء الجزائري قبل سنة 1992 (1) وبعدها (2) .

### 1 / موقف القضاء الجزائري قبل سنة 1992

لم يكن قضاء المجلس الأعلى و معه المحكمة العليا يعتبر الخلع حقا خالصا للزوجة بل كان يشترط قبول الزوج له ، و على ذلك ليس للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج و تبعا لذلك قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1969/02/19 بأنه : " من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي ، و أن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج " <sup>1</sup> .

و توالى قرارات المحكمة العليا بعد ذلك لتؤكد استمرارها في الأخذ بهذا الاتجاه وهذا في عدة قرارات نذكر منها :

أ / قرار صادر بتاريخ 1984/06/11 قضية (ض الله م ب أ) ضد (بن م ع) و الذي جاء فيه : " متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا و لا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع ... " <sup>2</sup> .

ب / قرار صادر بتاريخ 1985 /04/22 تحت رقم 36709 حيث جاء فيه : " من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره ، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع ، و من ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق ، و تأكيدا لهذا المبدأ يستوجب رفض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بالخلع على مقدار صداقها و اشتراط الزوج خلع قدره 50.000 دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بالخلع و طلبهما له معا " <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - م أ ، غ ق خ ، قرار مؤرخ في 1969/02/19 ، مشار إليه في مقال الأستاذ جيلالي تشوار ، خواطر حول بعض الجوانب الإتفاقية في العلاقات الزوجية ، المرجع السابق ، ص 229 .

<sup>2</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1984/06/11 ، ملف رقم 33652 ، قضية (ض الله م ب أ) ضد (بن م ع) المجلة القضائية ، العدد 3 ، سنة 1989 ، ص 38 .

<sup>3</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1985/04/22 ، ملف رقم 36709 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، سنة 1989 ، ص 92 .

ج / قرار مؤرخ في 1988/11/21 و الذي جاء منطوقه بالشكل الآتي : " من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي ، و أن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه " <sup>1</sup> .

د / و في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23 ضد حكم محكمة بلكور الصادر بتاريخ 1988/12/11 تحت رقم 73885 وقد جاء فيه مايلي : " من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي . ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع و خطأ في تطبيق القانون .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج ( الطاعن ) الخلع بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه ... " <sup>2</sup> .

## 2 / موقف القضاء الجزائري بعد سنة 1992

لما كانت المحكمة العليا لا تقف بقضائها موقف الجمود ، فقد أخذت تعمل على تطوير اتجاهها السابق حتى تبلور أخيرا في قاعدة جديدة ، وهي القاعدة التي تقوم على أساس جواز النطق بالطلاق عن طريق الخلع حتى و لو لم يترضا الزوجان عليه ، بل يمكن للقاضي الاكتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة الزوج عليه إذا أصبحت بينهما عشرة زوجية لا يرضاها الدين الإسلامي <sup>3</sup> . و تجسد هذا التغيير من خلال قراراتها ، منها : القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 والذي جاء فيه : " 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 .

<sup>1</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1988/11/21 ، ملف رقم 51728 ، المجلة القضائية ، العدد 3 ، سنة 1990 ، ص 72 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1991/04/23 ، ملف رقم 73885 ، مشار إليه في كتاب الأستاذ لحسن بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومه ، بوزريعة الجزائر ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، سنة 2006 ، ص 423/422 .

<sup>3</sup> - زكية تشوار حميدو ، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 12 .



وإن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة زوجها على مال دون تحديد نوعه ، كما يتفق الطرفان 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 للخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضاوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن " <sup>1</sup> .

كما قضت في قرار آخر صادر في 1996/07/30 ملف رقم 141262 بأن - الخلع حق للزوجة لو حدها لا يشترط فيه موافقة الزوج - الحكم بحفظ حق الزوج في التعويض تطبيق صحيح للقانون - وجاء في حيثياتها : " من المقرر قانونا و شرعا أن الخلع حق خولته الشرعية الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقدا رضائيا . ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكهم بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشرعية الإسلامية و لم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة ، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه " <sup>2</sup> .

و تؤكد كذلك اتجاه المحكمة العليا في القرار صادر في 1999/03/16 و تتخلص وقائع هذه القضية في أن السيدة ( س - ن ) كانت قد طلبت التخليق عن طريق الخلع ، غير أن محكمة بئر مراد رابيس قضت في حكمها الصادر في 1997/02/22 برفض دعوى المدعية مع إلزامها بالرجوع إلى مسكن الزوجية بسبب عدم موافقة الزوج له .

وفي 1998/07/19 أصدرت نفس المحكمة الحكم بتطليق الزوجة عن طريق الخلع رغم اعتراض الزوج عليه ، وهذا ما أيدته المحكمة العليا في قرارها بقولها : " حيث أنه بالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة يتبين أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي وهو ما عرضته المطلقة على الزوج مما يجعل ما قضى به قاضي الدرجة الأولى مطابقا نصا وروحا للمادة 54 من قانون الأسرة الواجبة التطبيق على قضية الحال " <sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 21 /07/ 1992 ، ملف رقم 83603 ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 136 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 30/07/ 1996 ، ملف رقم 141262 ، قضية ( م - د ) ضد ( ر - م ) ، المجلة القضائية عدد الأول ، سنة 1998 ، ص 120 إلى 122 .

<sup>3</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 16/03/ 1999 ، ملف رقم 216239 ، قضية ( ب ع م ) ضد ( س - ن ) ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 138 .

كما قضي بأن " قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانوناً وذلك منعاً للابتزاز والاستغلال بين الزوجين " <sup>1</sup> وبذلك فإن القضاء الجزائي قد غير موقفه السابق ، و أصبح يعتبر أن الخلع حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق ، و أن تعديل المادة 54 أصبح يوجب على القاضي أن يحكم للزوجة بالخلع بمجرد طلبه و بمجرد عرض مبلغ من المال مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج أو عدم موافقته <sup>2</sup>.

## ثانياً / موقف التشريعات المقارنة

و لقد ظهر في هذا الصدد اتجاهين ، اتجاه يرى بأن الخلع عقد رضائي ( I ) بينما أقرت بعض التشريعات الخلع القضائي إلى جانب الخلع الرضائي ( II ) .

### I / الخلع عقد رضائي

تمسكت الكثير من البلاد الإسلامية في قوانين أحوالها الشخصية بمذهب الجمهور واعتبرت الخلع عقداً رضائياً ومن أوضح القوانين التي نصت على ذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، حيث نصت المادة 111 منه على أن " الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضياً عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها ... " <sup>3</sup>.

وفي نفس الاتجاه سار قانون الأحوال الشخصية السوري <sup>4</sup> ، الذي تناول الخلع في المواد 95 إلى 104 ، و يستشف من هذه المواد أنه قد اعتبر الخلع عقداً رضائياً يتم بين الطرفين ولكل منهما الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر ، وهذا ما تضمنته المادة 96 منه بنصها : " لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الطرف الآخر " .

و ذهب الفقه السوري إلى أن الأصل في المخالعة أنها لا تتم إلا برضى الطرفين لأنها من العقود الملزمة لجانبين ، ولذلك فإن الخلع الواقع بالإكراه باطل ، و البديل متوجب الرد <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - م ع ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 2000/11/21 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، سنة 2001 ، ص 293 إلى 295 .

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 130 .

<sup>3</sup> - المادة 111 من القانون رقم 51 لسنة 1984 ، نشر في الجريدة الرسمية عدد 1570 بتاريخ 24 شوال 1404 ، الموافق ل 1984/07/23 السنة الثلاثون ، و المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 ، و القانون رقم 29 لسنة 2004 ( ج ر عدد 664 ، سنة 50 ) و بالقانون رقم 66 لسنة 2007 المنشور بالجريدة الرسمية ، العدد 852 ، السنة 54 . مجموعة التشريعات الكويتية الصادرة عن وزارة العدل ، الجزء الثامن ، الطبعة الأولى ، فيفري 2011 ، ص 13 .

<sup>4</sup> - الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07 .

<sup>5</sup> - عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، منشورات جامعة دمشق ، الجزء الثاني ، سنة 1994 ، ص 239 .

كما تعرض المشرع المغربي للخلع في الباب الثاني من مدونة الأسرة المغربية والمعنون بالطلاق بالخلع و اعتبر الخلع عقدا رضائيا ، حيث نصت المادة 115 منه : " للزوجين أن يتراضيا على الخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه " <sup>1</sup> .

وهو التكييف الذي أخذ به مشروع الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما ، حيث نصت المادة 85 منه على أن : " الخلع هو تطليق الزوجة لقاء عوض بلفظ الخلع أو الطلاق أو ما في معناه كالمبارأة " .

وجاء في مذكرته الإيضاحية ما يلي : " شرع الله الخلع و سماه الفداء ، و الإفتداء يحتاج إلى تراض من الطرفين ، فالخلع طلاق يقوم على أساس تعاقدية " <sup>2</sup> .

## II / إقرار الخلع القضائي إلى جانب الخلع الرضائي

بعدما كان الخلع عقدا رضائيا في البلاد الإسلامية تغير في بعض البلاد مع مطلع سنة 2000 ، و يمكن القول في هذا الصدد أن مصر أول دولة أقرت الخلع القضائي ، و ذلك بموجب القانون الصادر بشأن تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية <sup>3</sup> ، و تبعتها مباشرة الأردن عام 2001 <sup>4</sup> .

فقد تبنت هذه التشريعات الخلع القضائي الذي يتم دون إرادة الزوج إلى جانب الخلع الرضائي ، فجعلت الأصل في الخلع التراضي بين الزوجين ، فإن لم يتراضيا عليه ففي هذه الحالة أجازت الخلع القضائي دون موافقة الزوج بعد توافر جملة من الشروط .

و إلى جانب كل من المشرع المصري و الأردني ، تبنت بعض التشريعات الخلع القضائي و ذلك بعد ثبوت تعنت الزوج و يتعلق الأمر هنا بقانون الأحوال الشخصية في الإمارات العربية المتحدة ، و عليه سنتعرض في البداية إلى تنظيم الخلع في التشريع المصري (1) ثم إلى تنظيم الخلع في القانون الأردني (2) و في الأخير نتعرض إلى موقف قانون الأحوال الشخصية في الإمارات العربية المتحدة (3) .

<sup>1</sup> - المادة 115 من المدونة المغربية الصادرة بالقانون رقم 70/03 المؤرخ في 12 من ذي الحجة الموافق ل 3 فبراير سنة 2004 ، جريدة رسمية رقم 5184 ، الصادرة يوم 5 فبراير سنة 2004 .

<sup>2</sup> - شوقي البناسي ، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 30 .

<sup>3</sup> - الصادر بالجريدة الرسمية عدد 4 مكرر بتاريخ 29 يناير 2000 .

<sup>4</sup> - منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 120 .

## 1 / تنظيم الخلع في التشريع المصري

لم يتعرض المشرع المصري للخلع إلا بصدر القانون رقم 01 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، و رغم ذلك كانت المحاكم تطبق المذهب الحنفي فيما يعرض لها من قضايا في هذا الخصوص عملاً بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية<sup>1</sup> .

و بعد صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 ، أصبح نص المادة 20 من هذا القانون هو المطبق في دعوى الخلع التي ترفعها الزوجة طالبة التفريق بينها و بين زوجها عن طريق التخالع معه<sup>2</sup> ، و التي تنص على أنه : " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه و أقامت الزوجة دعواها بطلبه و افتدت نفسها و خالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية و الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطبيقها عليه ؛

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين و نديها للحكمين لموالة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر و على وجه المبين في الفقرة الثانية من المادة (18) و الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 19 من هذا القانون ، و بعد أن تقر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها و أنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما و تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ؛

و لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاق بائن و يكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن " .

و عليه يشترط هذا النص حتى تحكم المحكمة بالتطليق للخلع الشروط التالية :

الشرط الأول : أن تطلب الزوجة صراحة أن تفندي نفسها و تخالعت زوجها مقابل تنازلها عن جميع حقوقها المالية و الشرعية و ذلك بسبب بغضها للحياة معه و خشيتها ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ؛

الشرط الثاني : أن تحاول المحكمة الإصلاح بين الزوجين و أن تعجز عن الوصول إليه بعد أن تبذل جهدا فيه و أن يكون عرض الصلح مرتين على الأقل أثناء نظر الدعوى

<sup>1</sup> - و تجدر الإشارة بأن نص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تم إلغائها بموجب القانون رقم 1 لسنة 2000 .

<sup>2</sup> - أحمد نصر الجندي ، الطلاق و التطليق و آثارهما ، المرجع السابق ، ص 364 .

تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما و لا تزيد عن ستين يوما إن كان بين الزوجين ولد (المادة 18 من القانون رقم 01 لسنة 2000) ؛

الشرط الثالث : إن عجزت المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين كان عليها أن تعمل على ندب حكمين لموالاتة مساعي الصلح بين الزوجين بعد تكليفها كلا الزوجين بتسمية حكم من أهله وحكم من أهلها ؛

الشرط الرابع : أن يقر الزوج أو وكيله بتوكيل يبيح الصلح والإقرار باستلامه مقابل الخلع أو المهر أو ما في حكمه أو أن تعرض الزوجة عليه عرض بموجب إنذار<sup>1</sup> .

و ما تجدر الإشارة إليه أن نص المادة 20 من قانون رقم 1 لسنة 2000 تعرض لظعن بعدم الدستورية ، فردت المحكمة الدستورية في حكمها الصادر في دعوى رقم 23/201 : " أن نص المادة 20 من قانون تنظيم أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000 أخذ بمذهب المالكية و أجاز للزوجة أن تخالع إذا ما بغضت الحياة مع زوجها و عجز الحكمان عن الصلح بينهما ، فيخلعها القاضي من زوجها بعد أخذ رأي الحكمين على أن تدفع إليه ما قدمه هذا الزوج من عاجل الصداق " <sup>2</sup> .

ولقد أضاف الأستاذ أحمد حسام النجار قائلا " ... بما يكفي للرد على المطاعن الموجهة إليه بعدم الدستورية فلا هو أخل بقوامة الرجال و لا انتقص من هذه القسمة العادلة بين الرجل و المرأة كما أنه لا يمثل انحيازاً للمرأة دون الرجل ذلك لأن القول بهذا الأمر ما يمثل خلطاً بين الرقابة القانونية و رقابة الضمير الإنساني و الموجود دون شك لدى الرجل و المرأة إذ لم يثبت أن الزوج يستأثر بهذا الضمير من دون المرأة " <sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> - أحمد نصر الجندي ، من فرق الزوجية ، المرجع السابق ، ص 122 إلى 124 . / و أنظر كذلك عمر عيسى الفقي ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، المكتب الجامعي الحديث ، د ب ن ، المجلد الثاني ، الطبعة الأولى ، سنة 2005 ص 138 إلى 141 .

<sup>2</sup> - عائشة عمران ، مدى حرية الزوجين في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنة مع أبرز التشريعات العربية ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2007/ 2008 ، ص 39 .

<sup>3</sup> - أحمد حسام النجار ، الخلع و مشكلاته العملية و المنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية و أحكامه ، دار الكتب القانونية مصر ، سنة 2004 ، ص 21 .

## 2/ تنظيم الخلع في القانون الأردني

لقد جرى تعديل قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 حيث أدخلت بعض التعديلات على القانون المذكور ، و ذلك بموجب القانون المؤقت رقم 82 لسنة 2001 وما يهمننا من تلك التعديلات ما يتعلق بالمادة 126 منه و التي هي موضوع بحثنا حيث أضيفت الفقرتين ( ب ) و ( ج ) إلى المادة المذكورة من القانون الأصلي لمعالجة حالات الخلع القضائي .

و فيما يلي بيان لنص الفقرتين المضافتين إلى المادة المذكورة :

نصت الفقرة ( ب ) على ما يأتي : " للزوجة قبل الدخول أو الخلوة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها و بين زوجها إذا استعدت لإعادة ما استلمت من مهرها و ما تكلف به الزوج من نفقات الزواج و للزوج الخيار بين أخذها عينا أو نقدا و إذا امتنع الزوج عن تطبيقها يحكم القاضي بفسخ العقد بعد ضمان إعادة المهر و النفقات .

بينما نصت الفقرة ( ج ) بأنه : " للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه أقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبينة بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة مع زوجها و أنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض و افتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية و خالعت زوجها ، و ردت عليه الصداق الذي استلمته منه ، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين ، فإن لم تستطع أرسلت حكيمين لموالاته مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما ، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بانئا " <sup>1</sup> .

فبالرجوع للفقرة ( ب ) نجد أنها قد أعطت للزوجة قبل الدخول أو الخلوة الحق في إقامة دعوى الخلع القضائي وذلك إذا أعادت للزوج ما دفعه لها من المهر و نفقات الزواج وللقاضي الحق في فسخ العقد إذا رفض الزوج إجابة طلبها بالتفريق خلعا <sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> - نيا ب عبد الكريم عقل ، مدى إلزام الزوج بالمخالعة في حال طلب الزوجة و إصرارها عليه ، مقال منشور في مجلة الدراسات ، علوم الشريعة و القانون ، المجلد 31 ، العدد 1 ، سنة 2004 ، ص 151 .

<sup>2</sup> - إسماعيل البريشي ، الخلع القضائي بين الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، بلا صفحة .

أما فيما يتعلق بالتعديل الذي حملته الفقرة ( ج ) فيمكن إبداء الملاحظات الآتية :

أ - إن هذه الفقرة قد منحت الزوجة حق اللجوء للمحكمة لطلب التفريق بينها وبين زوجها في حالة عدم إجابة الزوج للمخالعة الرضائية ، وذلك مقابل استعداد الزوجة للتنازل عن كامل حقوقها الزوجية و إعادة ما قبضته من مهرها .

ب - إن هذه الفقرة قد وضعت عدة شروط لإجابة القاضي طلب الزوجة بالتفريق خلعا تتمثل فيمايلي :

- 1 - أن تتضمن دعاها إقرارا صريحا بأنها تبغض الحياة مع زوجها و لا تطبيقه ؛
- 2 - أن تدعي الزوجة أنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية وتخشى بسبب بغضها له أن لا تقيم حدود الله ؛
- 3 - أن تطلب التفريق بينها و بين زوجها و تفتدي نفسها منه باستعدادها للتنازل عن جميع حقوقها الزوجية ورد ما قبضته من مهر معجل ؛
- 4 - أوجبت الفقرة المذكورة على المحكمة بذل جهد للإصلاح بين الزوجين المتخاصمين، فإن لم تستطع كلفت حكيمين لمواصلة مساعي الصلح ؛
- 5 - إن هذه الفقرة لم تلزم الزوجة ببيان أسباب البغض و خاصة إذا تم تقديم طلب المخالعة بعد مدة من استمرار الحياة الزوجية ، كما أن النص أغفل طبيعة المرأة و غلبة العاطفة عليها وأن هذا البغض الذي قامت الزوجة بتحريك دعوى الخلع بسببه ربما يكون غضبا مؤقتا وموقفا إنفعاليا لم تحسن الزوجة السيطرة عليه أو معالجته<sup>1</sup> .

### 3 / تنظيم الخلع في القانون الإماراتي

و لقد أخذ بهذا التوجه قانون الأحوال الشخصية في الإمارات العربية المتحدة وذلك في المادة 110 منه و نصها كالاتي : " الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها ؛

يصح من مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر، و لا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد و حضانتهم ؛

إذا لم يصح البديل في الخلع وقع الخلع و إستحق الزوج المهر؛

الخلع فسخ ؛

---

<sup>1</sup> - إسماعيل البريشي ، الخلع القضائي بين الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، بلا صفحة .

إستثناء من أحكام البند (1) من هذه المادة ، إذا ما كان الرفض من جانب الزوج تعنتا وخيف ألا يقيما حدود الله ، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب<sup>1</sup> .

جاء في المذكرة الإيضاحية : " أن المخالعة عقد بين زوجين فهي تصرف مركب بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر ، ولا حرج عليها فيما أعطت و لا حرج عليه أن يأخذ ، ولكل منهما الرجوع عن الإيجاب قبل قبول الطرف الآخر كما هو مذهب الحنابلة .

و أضافت المذكرة أن الرأي الذي سار القانون عليه هو مذهب الأئمة الأربعة من مذاهب الفقه الإسلامي ، ثم ذكرت المذكرة أن نص المادة 110 لم يساير بعض المدونات في قوانين الأحوال الشخصية العربية كالقانون المصري و الأردني في اعتبار الخلع تصرف انفراديا من جانب الزوجة و يتعين على القاضي إجابتها إليه .

ثم ذكرت بأن القانون خرج على مبدأ الرضائية في الخلع إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتا و خيفا ألا يقيما حدود الله ، ففي هذه الحالة للقاضي الحكم بالمخالعة مقابل بدل مناسب " <sup>2</sup> .

و عليه ومن خلال تفحص بعض قوانين الدول العربية نجد أن المشرع الجزائري من خلال المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة اعتبر الخلع حق إنفرادي للزوجة لا يحتاج لموافقة الزوج ، ولا يملك القاضي سلطة رفض طلبها و إنما ملزم بالاستجابة له .

و إن هذا التكييف مخالف لما جاء في الشريعة الإسلامية ، و ما ورد في قوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية ، فهذه التشريعات اعترفت بالأصل وهو رضائية الخلع ، لكن بعضها استثناء من الأصل قنن الخلع القضائي و أجاز للقاضي إيقاع الخلع جبرا على الزوج إما بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، و إما بعد تأكد القاضي من تعنت الزوج . لذلك كان ينبغي على المشرع تبني أحد الإتجاهين ، وجعل الرضائية هي الأصل والإستثناء هو الخلع بدون رضى الزوج أو ما يعرف بالخلع القضائي .

---

<sup>1</sup> - المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/28 ، و الذي تحصلنا عليه من خلال الموقع الإلكتروني التالي : [www . Gcc – legal. Org](http://www.Gcc-legal.Org)

<sup>2</sup> - شوقي البناسي ، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 38/37 .



## المطلب الثاني : دور القاضي في تقدير بدل الخلع واتخاذ تدابير استعجالية وقتية

يعتبر العوض ركن أساسي في الخلع ، فهو يمثل المقابل الذي تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من عقدة النكاح ، وقد يختلف الزوجان في تحديد بدل الخلع ، وهنا يتجسد دور القاضي في تحديده ، وهذا ما نتعرض له في ( الفرع الأول ) .

كما تتميز دعوى الخلع بطول إجراءاتها حيث تمر بمراحل عديدة إلى غاية صدور الحكم كمرحلة الصلح و هذا ما قد يمس ببعض الحقوق المادية و المعنوية و المرتبطة خصوصا بحقوق الأولاد كالنفقة و السكن و الحضانة و حق الزيارة .

ولقد راعى المشرع الجزائري كل هذه المسائل وذلك باستحداثه للمادة 57 مكرر والتي منحت للقاضي صلاحية اتخاذ تدابير استعجالية مؤقتة إلى غاية إصداره للحكم و ذلك مراعاة لمصلحة الأولاد خصوصا و هذا ما نعالجه في ( الفرع الثاني ) .

### الفرع الأول : تقدير بدل الخلع و دور القاضي في تحديده

من أهم المسائل التي يمكن أن تثور أمام القاضي عند نظره في دعوى الخلع هو الإختلاف بين الزوجين في تحديد بدل الخلع ، و لقد عمدت مختلف التشريعات في نصوصها القانونية على تحديد معايير يعتمد عليها القاضي في تحديده لبدل الخلع تجنباً للتعسف والإبتزاز الذي قد يظهر من أحد الزوجين و بالخصوص الزوج الذي قد يساوم في ذلك ويسعى للحصول على مقابل قد يكون مجحفا بالنسبة للزوجة و لا تقوى عليه .

وعلى هذا الأساس سنتعرض لتقدير بدل الخلع في قانون الأسرة الجزائري ( أولا ) ثم في التشريعات المقارنة ( ثانيا ) .

### أولا / تقدير بدل الخلع في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية بأنه: " إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم " . و يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أعطى للزوجين حرية التفاهم على المال الذي يتفقان عليه قليلا كان أو كثيرا من المهر أو أقل ، أما في حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي بفرض قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .

ولم يعتمد المشرع في الخلاف الحاصل هنا على الصداق المسمى في العقد لأن قدر المهور يختلف من زمان لآخر وقد يكون مضى على زواجهما وقت طویل تضاعفت فيه مهور النساء مرّات عدّة فيتضرر الزوج المخال بقبض شيء يسير من المال<sup>1</sup> ، و إنما تبنى

<sup>1</sup> - عبد القادر الداودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 322/321 .

معيار صداق المثل وقت صدور الحكم . و يقصد بصداق المثل الصداق الذي يدفع عند زواج أمثالها من أقاربها حسب العرف و العادة و ما جرى به العمل في تلك المنطقة وخلال تلك المرحلة<sup>1</sup> .

و لقد انتقد الأستاذ رشيد بن شويخ هذا النص و صرّح قائلا : " إن بقاء النص على الصورة الحالية يفتح الباب أمام الزوجين للإبتزاز في بعض الحالات ، فقد يتعسف الزوج في طلب المقابل لمنع الزوجة من الخلع بفرضه مبلغا مرتفعا لا تقوى الزوجة على دفعه له مما قد يسبب لها ضررا و حرجا كبيرا ، فمن جهة لا تطيق العيش معه و تريد شراء حريتها و من جهة أخرى لا تقوى على دفع المبلغ الذي يطلبه الزوج لأنه قد يستغل الوضع في هذه الحالة ، وهنا تكون الزوجة مضطرة لرفع دعوى الخلع إذا لم ترض بالمبلغ الذي يطلبه الزوج .

كما أن المعيار الذي اعتمده المشرع في إزالة الخلاف - معيار صداق المثل وقت الحكم - قد يؤدي بالزوجة إلى أن تستغل الوضع أيضا خصوصا إذا كان المهر الذي قدمه الزوج لها يفوق بكثير صداق المثل فقد يكون صداق المثل أقل بكثير مما دفعه الزوج لها " <sup>2</sup> .

و لهذا اقترح الأستاذ رشيد بن شويخ إعادة صياغة النص بشكل يمنع التحايل والإستغلال على النحو التالي : " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم ؛ و إذا تبين للقاضي أن صداق المثل يقل عن المهر المقدم استكمل للزوج الفرق بينهما ؛

و إذا تبين للقاضي أن الزوج فرض على الزوجة مبلغا يخرج عن المألوف قضى بإنقاص المبلغ إلى الحد المعقول على أن لا يقل عن الصداق المدفوع أو عن صداق المثل وقت الحكم " <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - عيسى حداد ، عقد الزواج - دراسة مقارنة - منشورات جامعة باجي مختار ، عنابة ، سنة 2006 ، ص 185/184 .

<sup>2</sup> - رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية - دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، سنة 2008 ، ص 212/211 .

<sup>3</sup> - رشيد بن شويخ ، أحكام الخلع في الشرع و القانون و القضاء ، مقال منشور في مجلة المعيار ، تصدرها كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، العدد التاسع ، سنة 2004 ، ص 247 .

وقد كرس الإجتهد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع من خلال عدة قرارات منها : القرار المؤرخ في 1968/05/22 عن المجلس الأعلى والذي جاء فيه : " من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه ، فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على الصداق المعجل ، وما يثبت لهم من الظلم .

وينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج دون حاجة إلى اشتراط أدائه فوراً ، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه ، كما يسوغ أن يكون شيئاً غير موجود وقت الاتفاق " <sup>1</sup> .

وما يلاحظ على هذا القرار أنه اعتمد لتحديد بدل الخلع على الصداق المعجل ، كما كيف الخلع بأنه فسخ لعقد الزواج و ليس طلاقاً .

كما صدر عن ذات المجلس قرار بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709 جاء فيه : " من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره ، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بالخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق ، و تأكيداً لهذا يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها و اشترط الزوج مبلغ 50000 دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى طلب الخلع و طلبهما معا " <sup>2</sup> .

وما نخلص إليه في الأخير أن المشرع لم يمنح للقاضي دوراً إيجابياً في تقدير بدل الخلع وذلك بتحديد المعيار الذي يعتمده القاضي في حالة الإختلاف بين الزوجين حول مقدار بدل الخلع وهو صداق المثل ، وقد هدف المشرع من خلال تحديده لهذا المعيار منع الإستغلال والابتزاز الذي قد يكون من جانب أحد الزوجين اتجاه الآخر و خاصة الزوج الذي قد يشعر بالحاجة الماسة للزوجة في الاقتراق ، فيسعى بذلك للحصول على بدل خلع مرتفع قد لا تقوى عليه .

و ينبغي على القاضي عند تحديده لبديل الخلع أن يكون محايداً و هذا بحكم وظيفته ، فلا يتدخل لصالح أحد الخصمين ، فيرفع مقدار الخلع أو يخفضه لصالح أحد المتخاصمين المتفقين على مبدأ الخلع والمختلفين على مقدار قيمته <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1968/05/22 ، مجموعة الأحكام القضائية ، الجزء الأول ، ص 35 .

<sup>2</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1985/04/22 ، ملف رقم 36709 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، سنة 1989 ، ص 92 .

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 253 .

## ثانيا / تقدير بدل الخلع في التشريعات المقارنة

أما في القانون المقارن ، فقد تعرضت التشريعات المختلفة لبدل الخلع و نظمته في قوانين أحوالها الشخصية ، حيث نصت المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000 المصري على مايلي : " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه و أقامت الزوجة دعواها بطلبه و افتدت نفسها و خالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية و الشرعية وردّت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه ... " و بذلك فقد حددت المادة 20 السالفة الذكر عوض الخلع و المتمثل بالتزام الزوجة بأمرين هما :

### 1 / التنازل عن جميع حقوقها المالية و الشرعية

و يقصد بالحقوق المالية الشرعية التي للزوجة الحقوق المترتبة على عقد الزواج ، و تلك المترتبة على الفرقة بين الزوجين بالطلاق أو التطليق أو الخلع .

ومن الحقوق المالية الشرعية : المهر ، متاع البيت ، النفقة ، المتعة بعد الفرقة الأجور التي فيها شبه بالنفقة وهي المسماة بشبه النفقة و نفقة العدة .

فإذا طلقت الزوجة و خالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية تناول التنازل الحقوق السابقة و غيرها مما يكون سببه عقد الزواج أو وقوع الفرقة بين الزوجين<sup>1</sup> .

### 2/ رد الصداق الذي أعطاه الزوج لزوجته

فقد حدد المشرع المهر الذي ترده الزوجة على زوجها بأنه المهر الذي أعطاه لها وهذا المهر قد يكون ثابتا بوثيقة زواجهما أو غير ثابت بها كأن يكون غير مسمى أو يكون سوريا غير حقيقي ، فإذا وقع خلاف بين الزوجين أمام القاضي حول المسائل السابقة و غيرها من المسائل الواردة بالمادة 20 ، تعين على القاضي أن يعمل حكم الفقرة الأولى من المادة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000 و التي تنص : " و يعمل فيما لم يرد بشأنه نص خاص في تلك القوانين - قانون الأحوال الشخصية - بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة ، و إذا طلب هذا المذهب نصابا خاصا للإثبات و جب على القاضي تمكين الزوج من إثبات ما يدعيه مع مراعاة ما قررته محكمة النقض في هذا الخصوص " <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد نصر الجندي ، من فرق الزوجية ، المرجع السابق ، ص 108/107 .

<sup>2</sup> - أحمد نصر الجندي ، من فرق الزوجية ، نفس المرجع ، ص 102 .

وقد فرق القانون الأردني في المادة 126 في فقرتها (ب و ج) بين حالتين في الخلع؛ الأولى قبل الدخول، وهنا تُرجع الزوجة المخالعة لزوجها المهر و مصاريف الزواج عينا أو نقدا؛ أما في الحالة الثانية، وهي حالة بعد الدخول، فإنها تأخذ نفس الحكم الوارد في القانون المصري وهي التنازل عن جميع الحقوق الشرعية و إرجاع الصداق<sup>1</sup>.

وقد نص القانون الإماراتي في المادة 110 الفقرة 5 على مايلي: "استثناء من أحكام البند (1) من هذه المادة، إذا ما كان الرفض من جانب الزوج تعنتا وخيف ألا يقيما حدود الله حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب" إلا أنه ما يعاب على المشرع الإماراتي أنه لم يبين المقصود بالبدل المناسب، فهل يكون هذا البدل هو ما يناسب العدل والمعقول، أو ما يناسب حال الزوج و الزوجة<sup>2</sup>. و بذلك فقد ترك المجال للقاضي لإعمال سلطته التقديرية وتحديد البدل المناسب.

كما أورد القانون المغربي حكما يعمل به في حال اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة واختلافهما في المقابل وهو الوارد في المادة 120 من المدونة و نصها كالآتي: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع و اختلفا في المقابل رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق و فترة الزواج و أسباب طلب الخلع و الحالة المادية للزوجة ..."<sup>3</sup>.

يعتبر هذا النص أوضح النصوص معالجة لمعايير تقدير بدل الخلع، خلافا لما ورد في القانون المصري و الأردني و الإماراتي و كذا الجزائري، حيث حدد للقاضي المعايير التي تساعده في تقدير بدل الخلع، و المتمثلة في مبلغ الصداق و فترة الزواج و أسباب طلب الخلع و الحالة المادية للزوجة، وهي معايير موضوعية تساعد القاضي في تقدير بدل الخلع.

كما منح للقاضي صلاحية إجراء جلسة الصلح في حالة الإختلاف بين الزوجين حول مقدار بدل الخلع، و هذا ما لم يقر به مشرعنا الجزائري صراحة في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

---

<sup>1</sup> - عائشة عمران، مدى حرية الزوجين في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنة مع أبرز التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 88.

<sup>2</sup> - عائشة عمران، نفس المرجع، ص 88.

<sup>3</sup> - المادة 120 من المدونة المغربية الصادرة بالقانون رقم 70/03.

## الفرع الثاني : دور القاضي في اتخاذ تدابير تحفظية وقتية

من بين التعديلات التي جاء بها الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 هو إضافته للمادة 57 مكرر و التي تنص : " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة و الزيارة و المسكن " .

و بهذا النص يكون المشرع قد سمح للقاضي وأعطى لصاحب المصلحة الحق في المطالبة بما يتعلق بهذه المسائل على الوجه المؤقت لغاية الفصل في الدعوى المعروضة أمامه .

وسنعالج في هذا الفرع هذه التدابير الإستعجالية وذلك من خلال تعريفها و تحديد مبررات إستحداثها في دعاوى الطلاق و من ضمنها الخلع ( أولا ) ثم معرفة حالات اللجوء لهذه التدابير ( ثانيا ) .

### أولا : تعريف التدابير الاستعجالية ومبررات استحداثها في دعاوى الطلاق ( الخلع )

لم ينص قانون الأسرة رقم 11/84 على الإجراءات و التدابير الاستعجالية المتعلقة بمسائل النفقة وحضانة الأولاد و السكن ، حيث لم تكن هذه المسائل منظمة في خلال مرحلة سير دعوى الطلاق ، فلم يكن هناك أي نص في قانون الأسرة يشير إلى إمكانية القضاء بشأنها بوجه مؤقت خلال فترة سير دعوى فك الرابطة الزوجية ، وهو الأمر الذي تسبب في ظهور مشاكل إجتماعية ساهمت في المطالبة بتعديل هذا القانون خاصة منها مسألة تشرد الأطفال و إهمالهم من غير نفقة ولا سكن .

فطول مدة إجراءات التقاضي في مواد الطلاق طرح إشكالية مصير حقوق الأولاد المادية والمعنوية قبل الفصل في دعوى الطلاق أو التطليق أو الخلع ، ومن هنا تدخل المشرع في التعديل الأخير لحل هذه المشكلة باستحداثه للمادة 57 مكرر ، وبالرجوع إلى أسباب هذا التعديل نجدها مؤسسه على أن مسائل الأسرة لا تقبل التأخير وتقتضي السرعة .

ويمكن تعريف التدابير الإستعجالية بأنها : " تلك الإجراءات و التدابير المؤقتة و المتعلقة بقضايا لا تحتل البطء و التأخير في الفصل لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أو الإهمال " <sup>1</sup> ، وهي في مجال الزواج و الطلاق كثيرة يهتما منها ما تتعلق بمصلحة الأولاد من نفقة و حضانة و سكن و زيارة .

<sup>1</sup> - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 277/276 .

وقد تضمن القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد<sup>1</sup> نصوصا خاصة ، بحيث أحدثت قسما استعجاليا خاصا بقضايا شؤون الأسرة و ذلك من خلال المادة 425 و التي تنص : " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة صلاحيات مخولة لقاضي الاستعجال " . كما نصت المادة 444 من نفس القانون على أنه : " يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة " .

### ثانيا : حالات اللجوء إلى التدابير الاستعجالية

من خلال المادة 57 مكرر المستحدثة بموجب الأمر رقم 02/05 و التي خولت لقاضي الأحوال الشخصية إمكانية الفصل على وجه السرعة و بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقتة و التي ذكرت على سبيل المثال وليس الحصر باعتبارها أهم المسائل التي يمكن أن تثار في قضايا فك الرابطة الزوجية ، و نتناول هذه المسائل باختصار في النقاط التالية :

#### I / النفقة

فقد تكون حاجة المنفق عليه عاجلة لا تقبل الانتظار أو البطء ، لذا أقر المشرع الجزائري إجراءات سريعة للحصول عليها ، حيث جرى عندنا أن تنتقل الزوجة إلى بيت أهلها حال قيام دعوى الخلع و أثناء هذه الفترة تحتاج حتما لمن ينفق عليها ويسد حاجياتها هي و أولادها<sup>2</sup> ، و من هنا كان للزوجة أن تلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة بقصد استصدار أمر على عريضة يتضمن القضاء لها و لأولادها بمبلغ من المال كنفقة تشمل الغذاء و الكسوة و غيرهما من مستلزمات الحياة ريثما يصدر حكم قضائي في موضوع دعوى الخلع .

وللوصول إلى ذلك يتطلب للزوجة حتى و إن كانت هي رافعة الدعوى - إذ أن هذه التدابير تشمل جميع دعاوى الطلاق- أن تقدم طلبا بذلك ضمن عريضة مبررة و موقعة منها أو محاميها أمام المحكمة المختصة التي يوجد بدائرة إختصاصها موطن الدائن بالنفقة ، و ذلك تطبيقا للمادة 426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 (جريدة رسمية عدد 21 المؤرخة في 2008/04/23) .

<sup>2</sup> - حسين طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 173 .

<sup>3</sup> - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 279/278 .

## II / الحضانة

أجاز المشرع لأحد أطراف دعوى ( الخلع ) تقديم طلب إسناد الحضانة وهو طلب مؤقت يقدم ما بعد رفع دعوى الطلاق و قبل صدور حكم فيها ، وعلى القاضي أن يصدر أمرا استعجاليا بإسناد الحضانة إلى الأم أو غيرها حسب ما تقتضيه مصلحة الصغير فمصلحة المحضون أولى من كل شيء.

## III / الزيارة

إذا كان الولد عند حاضنته أو غيرها فليس لها أن تمنع أباه من رؤيته ، غير أنها لا تجبر على إرساله إلى مكان إقامته بل عليها أن تخرجه إلى مكان يمكن أن يراه فيه ، كذلك لو كان عند أبيه ، فيجب عليه أن يمكنها من رؤيته على الوجه السابق ، لأن لكل منهما الحق في الولد ، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر . وعليه يمكن لأي واحد من مستحقي الحضانة أن يتقدم إلى قاضي الأحوال الشخصية في الفترة التي تلي رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم من أجل استصدار أمر على ذيل عريضة يتم وفق الشروط والأوضاع المنصوص عليها في المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و الحكمة من هذا التعديل هو مراعاة الجانب النفسي و المعنوي للمحضون من جهة والحاضن من جهة أخرى و لا سيما أنه و أثناء الدعوى ، قد يمنع أحد الزوجين الآخر من زيارة المحضون انتقاما منه عن رفع الدعوى <sup>1</sup> .

## IV / السكن

لم يستثن المشرع في تعديله الحق المؤقت في السكن ، وهي مسألة في غاية الأهمية وإن الغالب في الواقع أن الزوجة والأولاد هم الذين يعانون من مشكل السكن ، لأن الزوجة تخرج من مسكن الزوجية و تأخذ معها أبناءها لتجد نفسها في واقع إجتماعي لا يرحم فقد يأتي حتى أقرب الناس إليها من إيواها هي و أبناءها .

و لما كان الأمر كذلك فللزوجة أن تطلب الفصل مؤقتا في مسألة سكنها وسكن أبنائها ، ودور قاضي الأمور المستعجلة الفصل في هذا الطلب بعد التحقق من مبرراته والتأكد من قيام دعوى الخلع ويكون الأمر الذي يصدره القاضي في هذه المرحلة مؤقتا يجوز تعديله أو إلغائه متى توفرت الأسباب القاضية بذلك <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - حسين طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 174 .

<sup>2</sup> - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 280 إلى 285 .



هذه أهم المسائل التي يمكن أن يتخذ القاضي بشأنها تدابير مؤقتة حفاظا على الحقوق المتعلقة أساسا بالنفقة و الحضانة و الزيارة بالإضافة للمسكن ، إلا أنه قد توجد مسائل أخرى ذات طابع مستعجل أيضا يمكن اتخاذ بشأنها أوامر على عرائض أثناء سير دعوى الخلع ومن بينها مثلا أموال الزوجين المشتركة خوفا من أن يستغل الزوج الآخر الوضع ويتصرف فيها مضرا بالطرف الآخر .

كما قد يكون متاع الزوجين من بين المسائل المستعجلة التي تتطلب اتخاذ تدبير مؤقت بشأنها خلال هذه المدة خوفا من تبديدها من جانب الزوج الآخر<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث : دور القاضي في الإصلاح ما بين الزوجين

يعتبر تدخل القاضي للإصلاح بين الزوجين من أهم الأدوار التي يلعبها القاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، حيث يسعى من خلال محاولة الصلح إلى إقناع الزوجين أو أحدهما على الإقلاع عن فكرة الطلاق ، سعيا منه للمحافظة على الأسرة و تماسكها .

لذلك فقد تعرضت مختلف التشريعات للصلح كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات بين الزوجين ومنها المشرع الجزائري ، حيث نص في المادة 49 من قانون الأسرة المعدلة بأنه : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى . يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولة الصلح يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين " .

وتجدر الإشارة أن إجراء الصلح يشمل جميع طرق ووسائل إنهاء العلاقة الزوجية فمصطلح الطلاق الذي أشارت إليه المادة 49 السالفة الذكر يشمل الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة ، حيث اعتبر المشرع كل هذه الفُرق طلاق عندما نص في قانون الأسرة في الباب الثاني الخاص بانحلال الزواج ، على أن الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو الوفاة من جهة ؛ ومن جهة أخرى وفي الفصل الأول من هذا الباب الخاص بالطلاق عرفه بأنه حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود المادة 53 و 54 من قانون الأسرة .

ويتبين من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع لم يتعرض لتعريف الصلح ولم يحدد طبيعته وكيفية إجرائه من طرف القاضي ، وعلى هذا الأساس سنتناول في البداية تعريف الصلح و طبيعته إجرائه ( الفرع الأول ) ثم نتعرض لجلسة الصلح وشروط انعقادها و آثارها ( الفرع الثاني ) .

<sup>1</sup> - نعيمة نبودوشة ، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية ، المرجع السابق ، ص 207/206 .

## الفرع الأول : تعريف الصلح و طبيعته إجرائه

كما ورد بيانه ، فإن المشرع من خلال المادة 49 من قانون الأسرة لم يتعرض لتعريف الصلح لذلك يمكن الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية لاستقاء تعريف له ( أولاً ) ثم نتعرض لأدلة مشروعيته ( ثانياً ) و في الأخير نبحت عن طبيعته الإجرائية ( ثالثاً ) .

### أولاً / تعريف الصلح

الصلح في لغة العرب قطع المنازعة ، والصلح في كلام العرب أيضا بمعنى السلم بكسر السين وفتحها ، فنقول لغة السلم بالفتح والسلم بالكسر ، معناه الصلح<sup>1</sup> ، قال تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السَّلْمِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ"<sup>2</sup> .

و الصلح في اللغة من تصالح القوم بينهم ، يقال لغة : قد أصلحوا وصالحوا واصلحوا وتصالحو واصلحوا بتشديد الصاد ، لأنهم قلبوا التاء صاداً و أدغموها في الصاد بمعنى واحد ، و يقال قوم صلوح أي متصالحون ، ويقال أيضا : الصلح إسم جماعة متصالحين فيقال : " هم لنا صلح أي مصطلحين "<sup>3</sup> .

كما عرف الصلح بأنه إسم بمعنى المصالحة التي هي خلاف المخاصمة و أصله بمعنى الصلاح الذي هو بمعنى استقامة الحال أو هو إنهاء الخصومة ، فنقول صالحه وصلاحا إذا صالحه و صافاه ، و نقول صالحه على شيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الإتفاق ، و صلح الشيء إذا أزال عنه الفساد<sup>4</sup> .

أما إصطلاحاً ، فقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الصلح بأنه " عقد وضع لرفع النزاع بين المتخاصمين "<sup>5</sup> ، أو هو " عقد يرفع النزاع و يقطع الخصومة و ركنه الإيجاب مطلقاً و القبول فيما يتعين "<sup>6</sup> .

---

1 - بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة و القانون ، دراسة مقارنة ، بحث مقدم لنيل دكتوراه الدولة بقسم الفقه و أصوله ، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة ، قسنطينة ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، سنة 2001/2000 ، ص 19 .

2 - الآية 208 من سورة البقرة .

3 - بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة و القانون ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 19 إلى 21 .

4 - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات ، المرجع السابق ، ص 266 .

5 - الأنصاري حسن النيداني ، الصلح القضائي ، دور المحكمة في الصلح و التوفيق بين الخصوم ، دراسة تأصيلية وتحليلية دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، مصر ، سنة 2009 ، ص 59 .

6 - ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، الجزء الخامس ، ص 629 . / بحر الرائق - شرح كنز الدقائق ، الجزء السابع ، ص 256 .

## ثانيا / أدلة مشروعية الصلح

تجد محاولة الصلح مصدرها الشرعي في الكتاب ( I ) و السنة النبوية ( II ) وعمل الصحابة ( III ) .

### I / من الكتاب

لقد جاء في القرآن الكريم آيات كثيرة تدعو إلى الصلح في الميادين المختلفة ، أما بخصوص الصلح في مادة الأحوال الشخصية فهناك آيات بارزة في ذلك ، منها قوله تعالى : " وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا " <sup>1</sup> .

و معنى الآية أنه إذا خافت المرأة من زوجها أن ينفرد عنها أو يعرض عنها ، فلها أن تسقط حقها أو بعضه من نفقة أو كسوة أو مبيت أو غير ذلك من الحقوق عليه ، وله أن يقبل ذلك منها ، فلا جناح عليها في بذلها ذلك له ، و لا عليه في قبوله منها ، و لهذا قال تعالى : " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا " ثم قال : " وَالصُّلْحُ خَيْرٌ " أي من الفراق .

لهذا لما كبرت سودة بنت زمعة عزم رسول الله صلى الله عليه وسلم على فراقها فصالحته على أن يمسكها وتترك يومها لعائشة ، فقبل ذلك منها وأبقاها على ذلك <sup>2</sup> ؛ فقد روي عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال : " خشيت سودة أن يطلقها النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يا رسول الله لا تطلقني و اجعل يومي لعائشة ، ففعل ، فنزلت فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ... " رواه الترمذي <sup>3</sup> .

و من الآيات التي شرعت الصلح بين الزوجين قوله تعالى : " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا " <sup>4</sup> ، و هذا النوع من الصلح أوسع دائرة من التصالح بين الزوجين لأن النزاع يخرج عن إرادة الزوجين إلى أسرة الزوجة و الزوج ، بسبب استحكام الشقاق بينهما <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - الآية 128 من سورة النساء .

<sup>2</sup> - أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم ، الجزء الثاني ، ص 428 .

<sup>3</sup> - الإمام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ص 116 .

- ابن عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، الجامع الصغير و هو سنن الترمذي ، رقم 3040 ، ص 233 .

<sup>4</sup> - الآية 35 من سورة النساء .

<sup>5</sup> - بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة و القانون ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 313 .

## II / من السنة النبوية الشريفة

وقد جاء في السنة ما يؤكد مشروعية الصلح ، فقد روى أبو هريرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : " الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما " <sup>1</sup> .

و روى كثير بن عبد الله بن عمر بن عوف المزني رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما " رواه الترمذي و صححه <sup>2</sup> .

## III / عمل الصحابة

فقد روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري بمثل ذلك فقال : " ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن " . وهذا يدل على أنه يتعين على القاضي أن يسعى للصلح بين جميع المتخاصمين ومن بينهم الزوجين <sup>3</sup> ، و روي أن أكثر قضايا عثمان رضي الله عنه كانت صلحا <sup>4</sup> .

## ثالثا / طبيعة إجراء الصلح

لقد أثار إجراء الصلح إشكالا هاما يكمن في مدى إلزاميته قبل الحكم بالطلاق ، وهذا ما نتناوله في ظل النصوص القانونية (1) ثم نتعرض لموقف القضاء الجزائي (2) .

### 1 - مدى إلزامية محاولة الصلح قانونا

و في هذا الصدد نتعرض لطبيعة إجراء الصلح في مرحلة قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 ( I ) وبعد صدوره ( II ) .

---

<sup>1</sup> - أخرجه الترمذي . أنظر ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، الجزء الرابع ، ص 309 .

<sup>2</sup> - أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، الجزء السادس ص 366 .

<sup>3</sup> - زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق - دراسة للنصوص القانونية و الفقهية و في الإجتهد القضائي - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2006/2007 ، ص 95 .

<sup>4</sup> - أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، الجزء السادس ص 367 .

## I / طبيعة إجراء الصلح قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984

قبل صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 و بخصوص محاولة الصلح لم يكن يوجد نص يلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح في قضايا الطلاق ، و كان قانون الإجراءات المدنية هو المطبق بشأنها و بالضبط المادة 17 منه<sup>1</sup> ، و التي نصت على وجوب القيام بمحاولة الصلح في كل دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية قبل الفصل في الموضوع و لا سيما إذا كانت الدعوى تهدف إلى الطلاق و انحلال عقد الزواج<sup>2</sup> .

و لقد عرفت هذه المادة عدة تعديلات في مضمونها ، فمرّت بمراحل عدة إلى غاية التعديل الأخير لها سنة 1971 بموجب الأمر رقم 80/71 المؤرخ في 1971/12/29 حيث أصبحت المادة 17 منه تنص على جواز المصالحة بين أطراف الدعوى في أية مادة كانت و بذلك كانت دعوى الطلاق تخضع لهذا النص من حيث إمكانية الصلح بين الزوجين<sup>3</sup> .

## II / طبيعة إجراء الصلح بعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984

عند صدور قانون الأسرة في سنة 1984 نصت المادة 49 منه على أنه : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر " و لقد حاول الكثير من رجال القانون تفسير الغموض الذي اتسم به هذا النص و اعتبروا جلسة الصلح إجراء جوهريا يترتب على مخالفته بطلان الحكم المثبت للطلاق ، فقد فسر الأستاذ العربي بلحاج نص المادة 49 من قانون الأسرة بما يلي " يعتبر نص المادة 49 من قانون الأسرة نصا إجرائيا - أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق حيث أنه يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم بالطلاق و إلا سيكون حكمه معيبا و مخالفا للقانون و يتحتم نقضه " <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر عدد 47 ، السنة 3 .

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 345 .

<sup>3</sup> - زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق ، المرجع السابق ، ص 113/112 .

<sup>4</sup> - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص 357 .

وذهب الأستاذ لحسن بن شيخ آث ملويا إلى أن " محاولة الصلح إلزامية للقاضي وهي من النظام العام لكون المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها ، بل نص على عدم إثبات أو إقامة الطلاق إلا بحكم والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح ، فمحاولة الصلح إذن إجراء جوهري لا بد منها قبل النطق بحكم الطلاق " <sup>1</sup> .

و هذا ما أكده كذلك الأستاذ عبد العزيز سعد حيث يرى أن محاولة الصلح إجبارية ويستشف ذلك من خلال قوله "... وعليه فإننا نعتقد أمام هذا الإغفال أن إجراءات الصلح في دعاوى الزواج و الطلاق واجبة ، و على القاضي المختص بنظر موضوع الدعوى أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه ... و إذا دخل القاضي مباشرة إلى مناقشة الموضوع و سمع مرافعات الزوجين في الجلسة دون أن يكون قد مر بمرحلة محاولة الصلح و حكم بالطلاق مثلا فإننا نعتقد أن حكمه سيكون معيبا و مخالفا للقانون و يتحتم نقضه " <sup>2</sup> ، وبذلك أقر الفقهاء إلزامية الصلح ورتبوا على ذلك بطلان الحكم المثبت للطلاق في حالة تخلف إجراء الصلح .

كما أن التعديل الأخير لقانون الأسرة لسنة 2005 لم يتعرض بصورة مباشرة لإلزامية محاولة الصلح في الطلاق ، فأصبحت المادة 49 / 1 تنص على مايلي : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ... " فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع لم يأت بجديد بخصوص مدى إلزامية محاولة الصلح في مواد الطلاق ، حيث أقر فقط بأنه لا طلاق إلا إذا صدر حكم به من القضاء بعد محاولة الصلح ، فدل ذلك على إجبارية محاولة الصلح بطريق الدلالة <sup>3</sup> .

ولقد تدارك المشرع هذا العيب وذلك من خلال المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 ، و نصها كالاتي : "محاولة الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية " وبذلك وجب أعمال هذا النص و القول بإلزامية إجراء الصلح .

---

<sup>1</sup> - لحسن بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 197 .

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 347/346 .

<sup>3</sup> - زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق ، المرجع السابق ، ص 114/113 .

## 2 - مدى إلزامية محاولة الصلح في القضاء

من خلال استقراء قرارات المحكمة العليا ، نلاحظ عدم الإستقرار البين في قراراتها فتارة نجدها تستوجب إجراء محاولة الصلح و تقرر بطلان الحكم كجزء لعدم احترام هذا الإجراء ، وتارة أخرى تعتبر محاولة الصلح مجرد إجراء شكلي و غير جوهري .

فقد صدرت قرارات من المحكمة العليا قضت فيها بإجبارية محاولة الصلح ، حيث جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى سابقا بأن : " التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن و دون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون " <sup>1</sup> .

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا في 18/06/1991 قضت فيه المحكمة العليا بما يلي : " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .

لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " <sup>2</sup> .

غير أنه و إن كان موقف المحكمة العليا مستقر على إلزامية محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق حسب القرارات السالفة الذكر ، إلا أنه نجد بعض القرارات التي تفيد عكس هذا تماما وتؤكد على أن محاولة الصلح ليست إجراء إلزاميا و لا يترتب على مخالفته البطلان ، ومن بين هذه القرارات نجد قرارا صادرا بتاريخ 21/07/1998 أقرت فيه المحكمة العليا بأن : " محاولة الصلح بين الطرفين ( الزوجين ) في دعاوي الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية ... " <sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 03/07/1968 ، مجلة الأحكام - تصدر عن وزارة العدل المجموعة 1 ، الجزء 1 ص 49 إلى 51 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 18/06/1991 ، ملف رقم 755141 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 1993 ، ص 65 و ما بعدها .

<sup>3</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 21/07/1998 ، ملف رقم 200198 ، مجلة نشرة القضاة ، عدد 56 ، ص 41/40 .

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 16/02/1999 مايلي : " محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس"<sup>1</sup>.

فمن خلال هذين القرارين يبدو واضحا تراجع موقف المحكمة العليا و تذبذبه وذلك راجع لغموض نص المادة 49 من قانون الأسرة سواء ذلك قبل التعديل وبعده ، غير أنه كما أشرنا سألنا ، فإن المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد أزلت الغموض وحسنت هذا الخلاف وأقرت صراحة بالزامية هذا الإجراء في كل دعاوي الطلاق ومنها الخلع .

### الفرع الثاني : جلسة الصلح و شروط انعقادها و أثارها

لم تأت المادة 49 من قانون الأسرة بأية أحكام إجرائية خاصة تنظم كيفية إجراء الصلح و لا مراحلها ، و إن غياب هذه الإجراءات جعل من مبدأ الصلح الذي جاء به القانون من حيث التطبيق إجراء شكليا ، كما قلل من تسوية قضايا الطلاق عن طريق الصلح بين الزوجين<sup>2</sup> .

لذلك و قبل التعرض لجلسة الصلح لابد من التعرف على الشروط التي ينبغي توفرها لعقد جلسة الصلح ( أولا ) ثم التطرق لجلسة الصلح و إجراءاتها ( ثانيا ) ثم نتعرض لآثار عقد جلسة الصلح من طرف القاضي ( ثالثا ) .

### أولا / شروط انعقاد جلسة الصلح

يشترط لعقد جلسة الصلح التي يجريها القاضي جملة من الشروط منها ما هو موضوعي ( I ) و منها ما هو شكلي ( II ) .

---

<sup>1</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 16/02/1999 ، ملف رقم 216850 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 100 إلى 103 .

<sup>2</sup> - الطيب لوح ، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها و الحماية الجزائية لبعض مبادئه ، موسوعة الفكر القانوني ، العدد الخامس ، د س ن ، ص 96/95 .



## I / الشروط الموضوعية

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

### 1 / وجود عقد زواج

إذ ترتبط محاولة الصلح التي يعقدها القاضي بالعلاقة التي تربط الزوجين وهي عقد الزواج فلا يمكن القول بمحاولة الصلح من غير وجود عقد زواج قائم فعلا بين الزوج والزوجة .

### 2 / وجود دعوى طلاق معروضة أمام القضاء

فشرط وجود دعوى طلاق ( الخلع ) معروضة على القضاء هو شرط الموضوعي الثاني لإمكان عقد جلسة الصلح ، وهذا الشرط و إن كان أصله من الشروط الشكلية العامة إلا أنه في هذه المسألة يمكن إدراجه ضمن الشروط الموضوعية .

وعليه يشترط لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين أن يتم اللجوء إلى القضاء بطريقة رفع الدعوى التي تكون بموجب تسجيل عريضة على مستوى كتابة ضبط المحكمة المختصة وأن تتوفر في العريضة كافة الشروط الشكلية المطلوبة قانونا و الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فبغيا ب أحد هذين الشرطين لا يمكن اللجوء إلى الصلح <sup>1</sup> .

## II / الشروط الشكلية

و المتعلقة أساسا بأطراف جلسة الصلح وهم :

### 1/ الزوجان ( الزوج و الزوجة )

لم يبين القانون صراحة و بوضوح هل حضور الزوجين إلزامي لجلسة الصلح أم لا؟ وعلى ذلك يجوز للزوجين التوكيل في الصلح شخص معين بوكالة خاصة طبقا لنص المادة 574 من القانون المدني التي سمحت بالتوكيل بموجب وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع و الرهن و التبرع و الصلح و الإقرار و التحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء ، غير أنه يستحسن حضورهما لأن حضور غيرهما قد لا يعبر فعلا عن أسباب الخصام و مبررات طلب فك الرابطة الزوجية ، لأن هناك من الأمور ما لا يقدر الزوج أو الزوجة البوح بها لغيره <sup>2</sup> . هذا وقد أجازت المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الأخيرة للزوجين طلب حضور أحد أفراد العائلة للمشاركة في محاولة الصلح .

<sup>1</sup> - زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق ، المرجع السابق ، ص 100 .

<sup>2</sup> - زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق ، نفس المرجع ، ص 104 .

## 2/ القاضي

إن حضور القاضي لجلسة الصلح تحصيل حاصل لأنه هو الذي يتولى الصلح بين الزوجين ، فلا يتصور إجرائها في غيابه .

## 3 / كاتب الضبط

فهو من أشخاص جلسة الصلح ، وإن المفروض في هذا المجال أن كاتب الضبط لا يحضرها نظرا لطابعها الخاص ، غير أن القانون لم يبين بطريق صريح وجوب حضور الكاتب لجلسة الصلح ، إلا أنه يفهم من سياق النص و بطريق الدلالة أن حضوره أمر ضروري عندما نص المشرع على أن القاضي يحرر محضرا يبين فيه مساعي الصلح بين الزوجين و نتائج محاولاته يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين <sup>1</sup> .

## ثانيا / جلسة الصلح وإجراءاتها

نصت المادة 49 المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 بأنه : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" و عليه فإنه يجب على القاضي المختص بالنظر في دعوى الخلع أن يستدعي الزوجين إلى مكتبه بواسطة كتابة الضبط أو بواسطة المحضر القضائي أو بأية طريقة يراها مناسبة وذلك بمجرد تسجيل الدعوى <sup>2</sup> .

و عند حضور الزوجين ، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ليتسنى له عرض ما له من مأخذ على زوجه بكل طلاقة ، ثم يستمع إليهم مجتمعين لمواجهة أقوالهما ومحاولة تقريب مواقفهما ، وقد يلجأ القاضي إلى استدعاء أحد الأقارب للمشاركة في محاولة الصلح إذا طلب منه الزوجان <sup>3</sup> .

و إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد ، أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة ، أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية ، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسة الصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا ، فإن القاضي يحرر محضرا بذلك <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق ، المرجع السابق ، ص 105 .

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 120/119 .

<sup>3</sup> - عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد - ترجمة للمحاكمة العادلة - موفم للنشر و التوزيع الجزائر سنة 2009 ، ص 383 .

<sup>4</sup> - المادة 441 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 .

و باستغراق المدة المطلوبة لمحاولة الصلح و بغض النظر عن النتيجة المتوصل إليها في ذلك يجب على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي الصلح بين الزوجين وتواريخ محاولة الصلح وجلساتها يلحقه بملف الدعوى ، ثم يحيل الطرفين إلى حضور الجلسة العلنية ليستمع لكل واحد منهما من جديد ويصدر حكمه وفقا للإجراءات العادية<sup>1</sup> .

وهذا ما ورد النص عليه كذلك في المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه : " يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي . يوقع المحضر من طرف القاضي و أمين الضبط والزوجين و يودع بأمانة الضبط " .

### ثالثا / آثار عقد جلسة الصلح

قد تكفل جلسة الصلح التي يجريها القاضي بالنجاح و بالتالي يتمكن القاضي من إقناع الزوجين بالرجوع عن فكرة الطلاق خلعا و تفادي حل عقدة النكاح ( I ) كما قد يفشل القاضي في أداء مهمته في الصلح بين الزوجين ( II ) .

### I / نجاح محاولة الصلح

إن نجاح القاضي في الصلح بين الزوجين و توصله إلى إقناعهما بالتراجع عن فكرة الطلاق هي النتيجة والغاية المتوخاة من تشريع محاولات الصلح قبل الحكم بالطلاق ، وعليه و بهذه النتيجة يتم التراجع عن طلب فك الرابطة الزوجية و هو الطلب الأساسي في دعوى الطلاق سواء كان ذلك بتراجع الزوج إن كان هو طالب الطلاق ، أو بتراجع من الزوجة إن كانت هي طالبتة بالتطليق أو الخلع أو حتى رجوعهما المشترك إن كان طلب الطلاق بالتراضي .

وبناء عليه تصبح دعوى الطلاق ( الخلع ) بغير موضوع لتصلح الزوجين وتراجعهما عن طلب فك عقدة النكاح وما يبقى على القاضي في هذه الحالة سوى إثبات الصلح الواقع بين الزوجين بتحرير محضر بذلك وفقا للشكل الذي يحدده القانون ، كما يقوم باستدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة رسمية ليؤكد لهما علانية ما سبق أن تصالحا عليه وليصدر حكمه في الموضوع<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، المرجع السابق ، ص 357 .

<sup>2</sup> - زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق ، المرجع السابق ، ص 125 إلى 128 .

## II / فشل محاولة الصلح بين الزوجين

قد لا تكفل مساعي الصلح التي يبذلها القاضي بالنجاح لسبب أو لآخر ، فقد يرجع سبب فشل مساعي الصلح للقاضي نفسه الذي لم يبذل جهدا كافيا في ذلك نظرا لاعتبارها مجرد إجراء شكلي فقط ونظرا لكثرة القضايا المطروحة أمامه خصوصا قضايا الطلاق مما يترتب عليه ضيق وقته بسبب انشغاله في دراسة القضايا والبحث لها عن حلول قانونية<sup>1</sup> .

كما أنه يمكن أن يكون القاضي قد بذل جهدا للإصلاح إلا أنه أمام إصرار الزوج أو الزوجة أو كليهما معا على فك عقدة النكاح بينهما ، فلا يجد القاضي أمامه سوى التصدي للموضوع<sup>2</sup> ، بحيث يعتبر ذلك عجزا من المحكمة في الإصلاح بين الزوجين ، كما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 والتي تنص : " في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى " .

و لذلك فإنه بفشل محاولات الصلح بين الزوجين لا يبقى للقاضي سوى تحرير محضر عدم الصلح يبين فيه مساعي الصلح و نتائجه يوقعه مع كاتب الضبط و الزوجين<sup>3</sup> ثم النظر في موضوع الدعوى و الإستجابة لطلب الزوجة بالخلع .

### المبحث الثاني : مجالات تدخل القاضي في الآثار المترتبة على صدور الحكم بالخلع

يمتد تدخل القاضي في دعوى الخلع إلى الآثار المترتبة على صدور الحكم ، بحيث يرتب هذا الأخير مجموعة من الآثار القانونية ، وقد ذكرها قانون الأسرة في مواد متفرقة ولكن معظمها محصور بين المادتين 58 إلى 76 منه .

و سنقتصر على دراسة الآثار التي يمكن أن تثير إشكالا أمام القاضي والتي تشكل مجالا واسعا لإعمال سلطته التقديرية و المتمثلة أساسا في التعويض عن الضرر و تقدير نفقة و النزاع حول المتاع ، و الحضانة .

و على هذا الأساس سنتعرض في البداية لدراسة دور القاضي في تقدير التعويض للزوج عن الخلع التعسفي ( **المطلب الأول** ) ثم نبحث عن دوره في تقدير النفقة و فض النزاع المتعلق بمتاع البيت ( **المطلب الثاني** ) و في الأخير نتناول دور القاضي في مجال الحضانة ( **المطلب الثالث** ) .

<sup>1</sup> - ليلي جمعي ، سلبيات و إيجابيات قانون الأسرة الجزائري و دور قضاة الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات و تأكيد تلك الإيجابيات ، مقال منشور بمجلة الحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ، عدد 9 ، سنة 2004 ، ص 149 .

<sup>2</sup> - زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق ، المرجع السابق ، ص 129 .

<sup>3</sup> - المادة 2/49 من قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 .

## المطلب الأول : دور القاضي في تقدير التعويض للزوج عن الخلع التعسفي

لقد أعطت الشريعة الإسلامية الأسرة جلّ اهتمامها وأولتها عناية ورعاية خاصة كما حرصت أشد الحرص على أن تكون العلاقة بين الزوجين علاقة وطيدة قائمة على أسس متينة من المحبة و المودة و الألفة و السكينة و الطمأنينة و الإستقرار .

ومن أجل المحافظة على الأسرة و دوامها ، فقد جعلت الشريعة الإسلامية الغراء من شروط عقد الزواج أن يكون على التأييد لا التأييت ووضعت الضمانات الكافية لديمومة واستقرار الزواج .

و على الرغم من هذا السياج المتين ، فإنه قد تنشأ بين الزوجين خلافات تؤدي إلى تنافر القلوب و احتدام الصدام بينهما ، بل أن الحياة الزوجية قد تنقلب إلى جحيم بسبب تلك الخلافات القائمة بين الزوجين .

و لقد شرع الإسلام الطلاق كآخر علاج لهذا الخلاف و النزاع المستفحل بين الزوجين ، ومع مشروعية الطلاق و إباحته إلا أنه مقيد بالحاجة إليه ، حيث أن الأصل فيه الحظر لا الإباحة ، لذلك كانت مشروعية الطلاق من أجل تحقيق الغاية التي شرع من أجلها وهي تعذر استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين .

إلا أن استعمال هذا الحق في غير ما شرع له قد يلحق الضرر و الأذى بالأخرين سواء أوقعه الزوج بنفسه أو الزوجة ، وهذا الضرر ممنوع في الفقه الإسلامي لما قرره الإسلام من قواعد عامة تدرج تحت قوله صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر و لا ضرار " لذلك فإن مستعمل الطلاق في غير ما شرع له يعد متعسفا فيه لما يترتب عليه من أضرار نهت عنها الشريعة الإسلامية .

لكن الزوجين قد لا يلتزمان في ممارسة حقهما بما ورد في الشرع ، فينتسب كل منهما بضرر للآخر ، فالزوج قد يلحق ضررا بالزوجة عندما يقوم بإيقاع الطلاق دون سبب معقول أو مشروع يبرره ، و كذلك الزوجة فقد تلجأ للقاضي ليطلقها تعسفا منها دون توفر القصد الشرعي الذي يبرر ذلك ، و هذا ما قد يلحق ضررا بالزوج ، و هنا يبرز دور القاضي في الحكم بالتعويض للطرف المتضرر .

و لذلك سنحاول البحث في هذا المطلب عن الأساس القانوني لاستحقاق الزوج للتعويض ( الفرع الأول ) ثم نعالج القيود الإجرائية الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض ( الفرع الثاني ) وصولا إلى كيفية تقدير التعويض ( الفرع الثالث ) .

## الفرع الأول : الأساس القانوني لاستحقاق الزوج للتعويض

إذا كان المشرع قد أقر للزوجة المطلقة حقها في التعويض عن الضرر اللاحق بها إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق وذلك بموجب المادة 52 المعدلة و المتممة بالمادة 12 من الأمر رقم 02/05 و التي تنص : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " كما أجاز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها إذا استطاعت إثبات ما حصل لها من ضرر مادي أو معنوي ، فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد و الذي يحتاج إلى إجابة عنه هو ما مدى أحقية الزوج في المطالبة بالتعويض عن سوء استخدام الزوجة لحقها في الخلع ؟ وما هو الأساس القانوني في ذلك ؟ .

لم يتعرض المشرع الجزائري لحق الزوج في التعويض عن الضرر اللاحق به من جراء الخلع ، مما يستدعي بنا الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

و بالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية الغراء نجد أن أساس التعويض يستمد أصوله من نظرية التعسف في استعمال الحق ، والتي تجد أصولها في الفقه الإسلامي ، حيث تكونت ونشأت في ظلّه ، فلم يعرف التشريع الوضعي و فقهاء هذه النظرية إلا في أوائل القرن العشرين .

ولقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط و قواعد عامة تضبط استعمال الحق وتسري عليه جميع الحقوق ، وحددت المعايير التي يعتبر فيها استعمال الحق تعسفا .

و لهذا فقد ارتأيت في بداية هذا الفرع التعرض لمعايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ( أولا ) و بعدها لصور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع ( ثانيا ) وفي الأخير أتعرض لعبء إثبات التعسف ( ثالثا ) .

## أولاً / معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

لقد حددت الشريعة الإسلامية معايير التعسف في استعمال الحق ، وهذه المعايير أخذت بها جميع التشريعات الحديثة التي تبنت نظرية التعسف في استعمال الحق ومنها المشرع الجزائري في نص المادة 124 مكرر<sup>1</sup> .

و قبل التعرف على هذه المعايير لابد لنا من إعطاء تعريف مختصر للتعسف في استعمال الحق ( I ) ثم تحديد معايير التعسف في استعمال الحق ( II ) .

### I / معنى التعسف

التعسف في اللغة مأخوذ من عسف يعسف عسفا ، و العسْف السير بغير هدى والأخذ على غير الطريق ، يقال عَسَفَ الطريق أي سار فيه على غير هدى ولا جادة و عَسَفَ عنه مال و عدل ، ويقال عَسَفَ عن الطريق أي عدل و حاد ، و عَسَفَ في الأمر فعله بلا روية ولا تدبر ، و عَسَفَ فلان فلانا عسفا أي ظلمه ، و عسف السلطان أي ظلم وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم و لم ينصفه ، و رجل عسوف إذا كان ظلوما<sup>2</sup> .

أما في الإصطلاح فيعرف بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل<sup>3</sup> .

و معنى مناقضة قصد الشارع أي مضادة قصد الشارع ، وهذه المضادة لا تخلو إما أن تكون مقصودة ، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا بأن يستعمل الحق بمجرد قصد الإضرار ، و قصد الشارع من شرعية الحق تحقيق مصالح لا مضار ، أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله أو إسقاط ما أوجبه الله عليه<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري والتي تنص : " 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 الناشئ للغير ؛

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

<sup>2</sup> - لسان العرب لابن منظور، الجزء العاشر، ص 150/149 . / مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث و الأثر ، الجزء الثالث ، ص 238 .

- جميل فخري محمد جاتم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون ، دار الحامد للنشر و التوزيع عمان الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 2009 ، ص 39 .

<sup>3</sup> - بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، سنة 2007 ، ص 122 .

<sup>4</sup> - د/ فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى سنة 1967 م/ 1387 هـ و الطبعة الرابعة سنة 1988 م/ 1408 هـ ، ص 87 ، تم الحصول عليه من الموقع الإلكتروني التالي

www.moswarat.com :

## II / معايير التعسف في استعمال الحق

وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط و قواعد عامة تضبط استعمال الحق و تسري عليه جميع الحقوق ، وقد جمعت معايير التعسف التفصيلية بين المعايير الذاتية أو الشخصية والمعايير المادية أو الموضوعية ، و نبحت هذين المعيارين الرئيسيين بالتفصيل ، فبدأً بالمعايير الذاتية (1) ثم الموضوعية (2) .

### 1 / المعايير الذاتية

و تنقسم هذه المعايير بدورها إلى معيارين فرعيين و هما قصد الإضرار ( أ ) ومعيار المصلحة غير المشروعة ( ب ) .

#### أ / قصد الإضرار

هذه الحالة هي أبرز حالات استعمال الحق في غير وجهه الشرعي ، و فيها يكون الشخص قد استغل الحق الممنوح له لا لتحقيق مصلحته التي منح هذا الحق لأجلها ، ولكن ليلحق الضرر بالغير و يسيء إليه ، و لهذا كانت هذه الحالة من أبرز حالات استعمال الحق بغير وجهه و أكثرها شيوعاً<sup>1</sup> .

و قصد الإضرار بالغير ممنوع في الشريعة الإسلامية لأنه يتنافى و أغراض الشارع من تشريعه للحقوق ، و الأصل فيه قوله صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر و لا ضرار"<sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> - د/ إسماعيل كاظم العيساوي ، استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير - دراسة مقارنة - المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد الخامس ، العدد الثالث ، سنة 1430هـ / 2009م ، ص 70 .

<sup>2</sup> - و لقد اختلف اللغويون و شراح الحديث في المعنى المراد من هذين اللفظين ، فجاء في لسان العرب : " و روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : لا ضرر و لا ضرار في الإسلام ، و لكل واحد من اللفظين معنى غير للآخر ، فمعنى قوله صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر " أي لا يضر الرجل أخاه ، وهو ضد النفع ، و قوله : " لا ضرار " أي لا يضر كل واحد منهما صاحبه ، فالضرار منهما معا و الضرر فعل واحد " لسان العرب لابن منظور ، الجزء التاسع ، ص 33 .

و يقول ابن الأثير : " فمعنى قوله صلى الله عليه و سلم : لا ضرر ، أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه والضرار فعال من الضرر ، أي : لا يجاز به على إضراره بإدخال الضرر عليه . و الضرر فعل واحد و الضرار فعل الإثنين ؛ و قيل الضرر ابتداء الفعل ، و الضرار الجزاء عليه ، و قيل الضرر ما تضرر به صاحبك و تنتفع به أنت ، و الضرار أن تضره من غير أن تنتفع به . و قيل هما بمعنى و تكررهما للتأكيد " مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث و الأثر ، الجزء الثالث ، ص 83 .



## ب / معيار المصلحة غير المشروعة

و مقتضى هذا المعيار أنه لا يكفي أن تكون المصلحة التي ينشدها صاحب الحق من وراء استعماله لحقه ذات نفع له ، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة أيضا ، لأن الحقوق إنما شرعت لتحقيق غايات نبيلة و مصالح عامة أو خاصة و لم تشرع لقصد الإفساد و إلحاق الأذى بالغير ، فينبغي أن يستعمل الحق في الغايات المشروعة التي منح الحق من أجلها .

و عليه فمن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة مهما عظمت هذه المصلحة يسبب استعمال حقه و يعد مخطئا خطأ يسبب مسؤوليته عما يسببه ذلك من ضرر بالغير .

و معيار المصلحة غير المشروعة و إن كان معيارا ماديا من حيث الظاهر إلا أن الدوافع أو البواعث النفسية هي التي توجه الإستعمال إلى تحقيق تلك المصلحة ، فالنية السيئة أو نية الإضرار في حد ذاتها تجعل العمل المشروع في ذاته غير مشروع<sup>1</sup> .

## 2 / المعايير الموضوعية أو المادية

و تنقسم إلى معيارين ، معيار انعدام التناسب بين صاحب الحق و الضرر الذي يلحق بالغير ( أ ) و معيار الضرر الفاحش ( ب ) .

### أ/ الإختلال البين في توازن المصالح أو انعدام التناسب

لقد وسعت الشريعة الإسلامية من نطاق معايير نظرية التعسف إلى حد لم يعرف له نظير في التشريعات الأخرى ، فلم تقتصر على المعيار الذاتي بل أقرت إلى جانب ذلك معيار التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي ، فاستعمال الحق على وجه يخل بهذا التوازن ، بأن يجعل التفاوت بين المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق و المفسدة التي تترتب على ذلك شاسعا ، يصبح غير مشروع سواء كانت المفسدة اللازمة عن ذلك لاحقة بالفرد أم الجماعة<sup>2</sup> .

### ب/ معيار الضرر الفاحش

هذا المعيار قرره الفقه الإسلامي لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في العلاقات الجوارية ، و لا شك أن في تنظيمها و تنسيقها رعاية للمصالح العام<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - د / إسماعيل كاظم العيساوي ، استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير - دراسة مقارنة - المرجع السابق ، ص 77/76 .

<sup>2</sup> - د/ فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 267 .

<sup>3</sup> - د/ فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، نفس المرجع ، ص 269 .

## ثانيا : صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع

الأصل أن الطلاق حق مباح للرجل يملك إيقاعه بحرية ، هذه الأخيرة تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين ، فالرجل إن تمادى في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يراعي فيها الضوابط التي قيدها به الشارع عند إيقاع الطلاق يعتبر متعسفا في استعمال حقه ، مما يوجب عليه تعويض الضرر اللاحق بزوجه التي طلقها تعسفا<sup>1</sup> .

و كذلك الشأن بالنسبة للزوجة فقد أعطت الشريعة الإسلامية لها الحق في مفارقة زوجها بواسطة الخلع ، كما أقر المشرع لها هذا الحق في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ، وهذا لإحداث توازن في حقوق الزوج و الزوجة ، و لكن دون تعسف منهما .  
و يقول في هذا الصدد الأستاذ عبد الرحيم الأنوار: " أنهما حقان متبادلان ولا يجوز لكل من الزوجين أن يتعسف فيما منحه الله " <sup>2</sup> .

إلا أن الزوجة عند استعمالها للحق المقرر لها شرعا و قانونا و الذي يخضع لمشيئتها وإرادتها قد تتعسف في استعمال هذا الحق ، و اعتمادا على ما وضعته الشريعة الإسلامية من معايير للتعسف و ما أكدته المادة 124 مكرر من القانون المدني ، يمكن أن نستخلص صور تعسف الزوجة في الخلع في النقاط التالية :

### I/ قصد الإضرار بالزوج

و يتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية ، أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله ، وهي مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها ، و يمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية في استعمال الحق ، و إن تطبيق هذا المعيار يقتضي الإستعانة بمعيار موضوعي وهو مسلك الرجل المعتاد في هذا الموقف<sup>3</sup> .

و تطبيقا لذلك فإن الزوجة قد تكون متعسفة في استعمال حقه في الخلع إذا كان الباعث الذي يدفع بها إلى طلب الخلع هو مجرد الإضرار بالزوج عن طريق ممارسة

<sup>1</sup> - بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 168 .

<sup>2</sup> - عبد الرحيم الأنوار ، نظام الطلاق في الجزائر ، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا ، فرع القانون الخاص ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1976/1975 ، ص 26 .

<sup>3</sup> - بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 170/169 .

ضغوط عليه لقبول البدل نظير فراقها ، فكان استعمال هذا الحق غير جائز ، لأن الحقوق لم تشرع للإضرار وإنما شرعت للإصلاح<sup>1</sup> .

## II / عدم مشروعية المصالح التي ترمي إلى تحقيقها

إذا كانت الزوجة في طلبها للخلع ترمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعته تخالف حكماً أو مقصداً شرعياً فإنها تكون متعسفة فيه ، وذلك لأن الشريعة الإسلامية لا تصبغ حكمها على ما يخالف أحكامها<sup>2</sup> ، ومن أمثلة هذه الحالة خلع المريضة مرض الموت التي تقصد الإضرار بالورثة ، كما لا يصح أن تكون الحضانة بدل الخلع لأن حق المحضون أولى من حق الحاضن ، فيصح الخلع و يبطل الشرط ، والحكمة من كل هذا صيانة حق الولد و دفع الضرر عنه<sup>3</sup> .

## III / رجحان الضرر على المصلحة

حيث يعتبر الفرد متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ، وهذا المعيار موضوعي بحت لأنه يقوم على الموازنة بين المصلحة المقصودة و الضرر الذي يصيب الغير ، فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة كبيرة كان انحرافاً عن مسلك الرجل المعتاد فتتحقق المسؤولية<sup>4</sup> .

و بناء على ذلك فإن انعدام التناسب بين المصلحة التي تسعى الزوجة لتحقيقها من وراء الخلع ، وهي التخلص من رابطة زوجية لا تريدها ، و المفسدة يمكن أن يتخذ كقرينة على قصد الإضرار .

<sup>1</sup> - بلبولة بختة ، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله ، المرجع السابق ، ص 138/137 .

<sup>2</sup> - بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 170 .

<sup>3</sup> - محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 621/620 .

<sup>4</sup> - بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 170 .

و ما نخلص إليه في الأخير أن كل من قصد الإضرار أو انعدام التناسب أو عدم مشروعية المصلحة يعتبر معيارا لوجود التعسف و أساسا تترتب من خلاله مسؤولية المختلعة قبل زوجها ، و نورد في هذا الصدد ما قاله الأستاذ أحمد حسام النجار حيث قال : " و لعل في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها ما لا يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل و ذلك لتوافر العلة المبتغاة و هي ضبط استعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير المتناهية ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة أخلاقية و اجتماعية و قانونية لضبط إيقاع هذا الحق إذا ما أسيء استعماله ، و لا شك أن في هذا المسلك ما يقبله العقل و يقرره المنطق ، ذلك أنه على هذا النحو إنما نعتبره من قبل المصالح المرسله التي عرضت بصور هذا التشريع " <sup>1</sup> .

و نتساءل في نهاية هذا الجزء من الدراسة حول من يقع عليه عبء إثبات التعسف؟ هذا ما سنحاول توضيحه في النقطة الموالية .

### ثالثا : عبء إثبات التعسف

يقع عبء الإثبات طبقا للقواعد العامة في القانون الوضعي على من يدعي التعسف إستنادا إلى الأصل العام الذي يقضي على أن الشخص عندما يستعمل حقه فهو يستعمله بحسن نية و من يدعي خلاف هذا الأصل أن يثبته <sup>2</sup> .

و تبعا لذلك فإن عبء إثبات خلاف الأصل يقع على عاتق الزوج ، فإذا ادعى الزوج أنه قد تضرر من استعمال الزوجة لحقها في الخلع ، فإنه يقع عليه عبء إثبات هذا الضرر ، فيلتزم بإثبات أحد معايير التعسف السابق ذكرها ، و يرخص 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 لطلب الخلع إساءة عشرتها و إنما لجأت لاتباع هذا السلوك أنانية منها و لدوافع ذاتية فقط ، و أن هناك أضرارا جمة قد لحقت به و باستقرار أسرته <sup>3</sup> ، أو يثبت أن طلب الزوجة للخلع كان لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو يثبت تحايل الزوجة في بدل الخلع ، فقد تعتمد الزوجة الإختلاف في تقدير المقابل و يكون مهرها يفوق بكثير مهر المثل ، فيكون تعسف الزوجة في هذه الحالة <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - أحمد حسام النجار ، الخلع و مشكلاته العملية و المنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية و أحكامه ، المرجع السابق ص 62/61 .

<sup>2</sup> - عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، المرجع السابق ، ص 110 .

<sup>3</sup> - مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2010/2009 ، ص 187/186 .

<sup>4</sup> - بلبولة بختة ، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله ، المرجع السابق ، ص 138 .

و للزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج و إثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع ، و للقاضي الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع و بالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر أو يقضي بأن الزوجة قد استعملت حقها في حدود ما وضع له و أنها قد حققت منه فائدة مشروعة ، و أن الزوج لم يلحقه ضرر و بالتالي لا يلزمها بالتعويض<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني : القيود الإجرائية الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض

تعتبر دعاوى التعويض من أكثر الدعاوى المطروحة أمام المحاكم في وقتنا الحالي و التعويض في حقيقته دين يطالب فيه المدعي في ذمة المدين الذي هو المدعى عليه ، و الدين في طبيعته مطلوب و ليس محمول ، و عليه فلحصول الزوج على التعويض عن تعسف الزوجة في الخلع و جب عليه طرح دعوى قضائية و احترام جملة من الإجراءات .

و عليه سنتعرض في البداية إلى الجهة المختصة نوعيا و محليا ( أولا ) ثم نتناول إجراءات رفع الدعوى ( ثانيا ) .

### أولا / الجهة المختصة نوعيا و محليا

يعتبر الإختصاص شرطا لممارسة الدعوى القضائية ، حيث يتعين عند رفع الدعوى معرفة المحكمة التي يرجع لها الإختصاص في النظر و الفصل فيها .

و الإختصاص هو " سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة منشورة أمام المحاكم ، و إن فقدان هذه السلطة يؤدي إلى عدم الإختصاص " .

و إن المحكمة التي لها الإختصاص هي التي يجوز لها الفصل في قضية معينة و حسب نص معين و هو على نوعين : الإختصاص النوعي و المحلي<sup>2</sup> .

و عليه سنتعرض للجهة المختصة نوعيا ( I ) ثم إلى الجهة المختصة محليا ( II ) .

<sup>1</sup> - مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص 188 .

<sup>2</sup> - الغوثي بن ملحمة ، القانون القضائي الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، سنة 2000 ، ص 177/178 .

## I / الجهة المختصة نوعيا

لقد أدخل المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 جملة من التعديلات ، حيث تبني مبدأ تحديد اختصاص كل قسم من الأقسام و حدد الإجراءات المتبعة في كل قسم ، و إن كان قد نص في المادة 32 منه على أنه و بالنسبة للمحاكم التي لم تنشأ فيها أقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات ، باستثناء القضايا الإجتماعية .

حيث تم إنشاء قسم شؤون الأسرة ، و ذلك لسد الفراغ الذي كان يعاني منه القضاة عند تطبيقهم للقواعد الموضوعية الواردة في قانون الأسرة ، و التي تتطلب إجراءات لتحريكها . وقد نص المشرع على هذا القسم ضمن الفصل الأول من الباب الأول ، و أوكلت له مهمة التكفل بجميع المسائل و النزاعات المتعلقة بالأسرة<sup>1</sup> ، و بذلك فقد أولى المشرع في هذا التقنين اهتماما كبيرا لقسم شؤون الأسرة ، فخصص له 76 مادة من أصل 124 مادة مخصصة لجميع الأقسام ، هذا و إن دلّ على شيء ، فإنه يدل على العناية الكبيرة التي أولاها المشرع الجزائري للأسرة باعتبارها اللبنة الأساسية لقيام المجتمع<sup>2</sup> .

ويختص هذا القسم طبقا لنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على الخصوص في الدعاوي الآتية :

- 1 / دعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات المذكورة في قانون الأسرة ؛
- 2 / دعاوى النفقة و الحضانة و حق الزيارة ؛
- 3 / دعاوى إثبات الزواج و النسب ؛
- 4 / الدعاوى المتعلقة بالكفالة ؛
- 5 / الدعاوى المتعلقة بالولاية و سقوطها و الحجر و الغياب و فقدان و التقديم .

و يتضح من خلال نص المادة السالفة الذكر أن قاضي شؤون الأسرة هو المختص بالنظر في دعاوى التعويض الخاصة بفك الرابطة الزوجية ، و يظهر ذلك من خلال عبارة "انحلال الرابطة الزوجية و توابعها " فيعتبر التعويض أحد توابع أو آثار فك الرابطة الزوجية سواء كان ذلك بالطلاق أو التطليق أو الخلع<sup>3</sup> .

1 - عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة ، المرجع السابق ، ص 277 .

2 - محمد لامين لوعيل ، الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفقا للتعديلات الجديدة و الإجتهد القضائي ، دار هومه للطباعة و النشر ، الجزائر ، سنة 2010 ، ص 07 .

3 - مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص 316 / 317 .

## II / الجهة المختصة محليا

إن مسألة الاختصاص الإقليمي في قضايا انحلال الرابطة الزوجية لها أهمية كبيرة لما ينجر عنها من آثار إجتماعية في مرحلة تكون فيها العلاقة العائلية متوترة<sup>1</sup>.

ويؤول الاختصاص الإقليمي كأصل عام للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، وإن لم يكن له موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن معروف له ، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة التي يقع فيها الموطن المختار ، وهذا طبقا لنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما لم يوجد نص خاص يخالف ذلك .

أما في دعاوى فك الرابطة الزوجية ومن ضمنها الخلع ، فإن الاختصاص الإقليمي فيه يعود إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية ، وذلك وفقا لنص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي جاءت بمجموعة من الإستثناءات عن المبدأ العام الذي هو موطن المدعى عليه ، ومن بين هذه الاستثناءات ما هو مقرر في الفقرة الثانية بشأن الإختصاص في مواد الميراث ، دعاوى الطلاق أو الرجوع ، الحضانة النفقة الغذائية و السكن على التوالي ، فإنه يقع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي ، مسكن الزوجية ، مكان ممارسة الحضانة ، موطن الدائن بالنفقة ، مكان وجود السكن .

و أكد على هذا الإختصاص نص المادة 426 من نفس القانون والتي نصت على أنه : " تكون المحكمة المختصة إقليميا في :

- 1 - موضوع العدول عن الخطبة في مكان وجود موطن المدعى عليه ؛
- 2 - في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه ؛
- 3 - في موضوع الطلاق أو الرجوع في مكان وجود مسكن الزوجية ، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما "... "

ومما سبق ذكره يتضح بأن الجهة المختصة إقليميا في دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية ومن ضمنها الخلع ، يعود الإختصاص فيها إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية ، وذلك وفقا لنص المادة 40 من القانون السالف الذكر و المادة 426 من نفس القانون<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة ، المرجع السابق ، ص 278 .

<sup>2</sup> - مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص 318/317 .

و لقد راعى المشرع الجزائري الصعوبات التي يثيرها هذا النوع من الإختصاص فأجاز للمتقاضين إذا لم يرغبوا في عرض نزاعهما على تلك الجهة القضائية اختيار جهة قضائية أخرى ، و ذلك من خلال نص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص : " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي ، حتى ولو لم يكن مختص إقليميا ... " و عليه يجوز لأطراف النزاع الإتفاق على عرض نزاعهما أمام أية جهة قضائية أخرى غير تلك المختصة إقليميا ، إلا أنه يجب على الطرف الذي يدفع بعدم الإختصاص المحلي أن يقدم هذا الدفع قبل أي دفع في الموضوع ، فإذا سبق له تقديم دفع في الموضوع سقط حقه في الدفع بعدم الإختصاص المحلي ، و هذا ما جاء في نص المادة 47 من القانون السالف الذكر بقولها : " يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول " .

### ثانيا : إجراءات رفع الدعوى

يشترط لنظر الدعوى القضائية الخاصة بالتعويض في دعوى الخلع مجموعة من الإجراءات و الشروط ، حيث يشترط لقبول دعوى التعويض أن يتوفر في المدعي شروط رفع الدعوى الواردة في نص المادة 13 التي تعتبر المرجعية الإجرائية في شروط رفع الدعوى<sup>1</sup> .

و عندما تقام الدعوى من طرف الزوج ( المدعي ) لا بد له من احترام طريقة وأسلوب طرح النزاع أمام الجهة القضائية ، ويكون ذلك بتقديم عريضة افتتاحية<sup>2</sup> مكتوبة و موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف<sup>3</sup> ، و مشتملة على مجموعة من البيانات تحت طائلة عدم قبولها شكلا<sup>4</sup> .

---

<sup>1</sup> - والتي تنص : " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة أو مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون . يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون " .

<sup>2</sup> - وسميت بالعريضة الإفتتاحية لأنه بواسطتها يتم عرض النزاع على القضاء وبدء إجراءات الخصومة القضائية ، فهي أساس الخصومة و تقوم بها كل الإجراءات ، فإذا حكم بطلانها ، فإنه ينبنى على ذلك إلغاء جميع الإجراءات اللاحقة لها و زوال جميع الآثار التي ترتبت عليها . أنظر يوسف دلاندة ، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، سنة 2009 ، ص 25/24 .

<sup>3</sup> - أنظر المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 .

<sup>4</sup> - و لقد حددت المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هذه البيانات و المتمثلة أساسا في : الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى ، إسم و لقب المدعي و موطنه ، إسم و لقب و موطن المدعى عليه ، فإن لم يكن له موطن معلوم ، فأخر موطن له ، ... عرض موجز للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تأسس عليها الدعوى ، الإشارة عند الإقتضاء إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى ، و تجدر الإشارة إلى أن دعوى الطلاق من أحد الزوجين و توابعها ترفع بتقديم عريضة تتضمن البيانات الواردة في نص المادة 15 السالفة الذكر ، و هذا ما تضمنته المادة 436 من القانون السالف الذكر .



وبعد تقديم العريضة يقوم أمين ضبط المحكمة بتسجيل العريضة في السجل المخصص لتسجيل الدعاوي بتاريخ إيداعها ويعطىها رقما يميزها عن غيرها من الدعاوي المماثلة لها ، ثم يقوم المدعي ( الزوج ) بتبليغ نسخة ثانية من العريضة إلى الزوجة والنيابة العامة<sup>1</sup> ؛ وهذا ما نصت عليه المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و التي تنص : " تفيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم و رقم القضية و تاريخ أول جلسة .

يسجل أمين الضبط رقم القضية و تاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الإفتتاحية يسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم . يجب احترام أجل (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور ، و التاريخ المحدد لأول جلسة مالم ينص القانون على خلاف ذلك ... " و هذا ما أكدته المادة 438 من ذات القانون و التي تنص: " يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه ، ويجوز له تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط " .

و يتضح من خلال نص المادتين المذكورتين أعلاه أن تبليغ النيابة العامة أصبح أمرا ضروريا في دعاوى الطلاق وتوابعها وهذا بموجب التعديل الذي جاء به الأمر رقم 02/05 واستحدثته للمادة 3 مكرر و التي تنص : " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون " .

### الفرع الثالث : كيفية تقدير التعويض

لم يبين المشرع من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري ما يحدد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي فهل يتم بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني التي تراعي حجم الضرر أم يراعي في تقديره حال كل من الزوج و الزوجة و ظروف المعاش كما هو الحال في حساب النفقة و لم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له ، و ذلك خلافا لما ذهبت إليه بعض التشريعات الأخرى ، فقد نص المشرع السوري في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه : " جاز للقاضي أن يحكم على مطلقها بحسب حاله و درجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة و للقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال " و بذلك فقد ترك المشرع السوري للقاضي حرية تقدير التعويض إلا أنه قيده بحد أعلى لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثال المرأة<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 117 / 118 .

<sup>2</sup> - مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص 298 .

و كان ذلك أيضا نفس ما ذهب إليه القانون المصري حيث تنص المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1920 على أن : " الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إن طلقها زوجها دون رضاها و لا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل و بمراعاة حال المطلق يسرا و عسرا و ظروف الطلاق و مدة الزوجية . ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط " .

و يلاحظ بأن المشرع المصري قد خالف المشرع السوري الذي حدد أقصى قيمة للتعويض بنفقة ثلاث سنوات ، في حين أن المشرع المصري حدد أدنى قيمة له بنفقة سنتين وترك حدها الأقصى لتقدير القاضي الذي يراعي في تقديره ظروف الطلاق و مدة الزوجية . و أمام هذه الاختلافات التشريعية بشأن تقدير التعويض ، كان للمشرع الجزائري موقفا مغايرا إذ أنه أجاز لقاضي الموضوع تقديره بموجب ماله من سلطة تقديرية و لم يحدد له لا الحد الأقصى و لا الأدنى <sup>1</sup> .

وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا في 18/06/1991 بأنه : " من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها . ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل " <sup>2</sup> .

فتقدير التعويض للزوج هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في القضية ، وهو يخضع لسلطته التقديرية و لا يمكن تقديره أو حصره ، و يجب أن يراعي في تقدير التعويض ظروف المعاش و جسامه الضرر الذي أصاب الزوج و كذا ارتفاع الأسعار وتغيرها وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع .

أما بشأن طريقة دفع التعويض هل جملة واحدة أم يدفع على أقساط ؟ فقد سكت المشرع الجزائري في قانون الأسرة على ذلك ، في حين ذهب كل من المشرع المصري والسوري إلى إمكانية دفعه أقساطا كما أشرنا سابقا .

و إذا كان المشرع الجزائري لم ينص على ذلك في قانون الأسرة إلا أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني نجد ما يشير إلى ذلك وهو نص المادة 132 منه والتي تنص على أنه : " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ، و يصح أن يكون التعويض مقسما ، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا " <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، المرجع السابق، ص 300 إلى 302 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 18/06/1991 ، ملف رقم 75029 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 1994 ، ص 65 .

<sup>3</sup> - مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص 305 .

## المطلب الثاني : دور القاضي في تقدير النفقة وفض النزاع المتعلق بمتاع البيت

إلى جانب تقدير التعويض عن الخلع التعسفي ، منح المشرع للقاضي صلاحية التدخل في أمور مادية أخرى ، و يتعلق الأمر بتقدير النفقة للزوجة المختلعة (الفرع الأول) والتدخل في فض النزاع المتعلق بمتاع البيت ( الفرع الثاني ) .

### الفرع الأول : دور القاضي في تقدير النفقة

ينبغي على القاضي قبل أن يصدر حكمه بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع أن يفصل في الطلبات المتعلقة بالنفقة ، و تشمل النفقة التي تستحقها الزوجة المختلعة ، نفقة العدة و الإهمال ، و هذا ما نتعرض له ( أولا ) ثم نبحت عن مدى استحقاق الزوجة المختلعة لنفقة المتعة ( ثانيا ) .

#### أولا / تقدير نفقة العدة و الإهمال

إن وجوب العدة على المطلقة يعتبر من الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية و العدة هي الأجل المضروب لانقضاء ما بقي من آثار عقد النكاح ، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل و أهله لا تنقطع الرابطة الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة ، بل تتربص المرأة و لا تتزوج غيره حتى تنتهي المدة التي قدرها الشارع<sup>1</sup> .

و قد شرعت العدة للإحداد على الزواج السابق ، فلا يصح للحرمة الكريمة أن تتزوج فور طلاقها ، لأن في ذلك استهانة بالزواج الأول و العشرة التي قامت فيه و هي تستوجب الوفاء له ، كما شرعت العدة أيضا للتأكد من براءة الرحم خوفا من اختلاط الأنساب و لتمكين الزوج من مراجعة نفسه و التفكير في الرجوع لزوجته<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - ولقد اختلف الفقهاء في عدة المرأة المختلعة على مذهبين ، فذهب المذهب الأول إلى القول بأن عدة المختلعة هي نفس عدة المطلقة ، و استدلوا بقوله تعالى : " وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ... " فقد بينت هذه الآية أن عدة المطلقة ثلاثة قروء و المختلعة لا تخرج عن كونها مطلقة إلا أن طلاقها يكون بعوض ، بينما ذهب المذهب الثاني إلى القول بأن المختلعة تعتد بحيضة واحدة و استدل أصحاب هذا الرأي بما رواه سليمان بن يسار بنت معوذ بن عفراء أنها اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أو أمرت أن تعتد بحيضة . وما روي عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة . فقد تبين من هذين الحديثين أن عدة المرأة المختلعة حيضة واحدة . جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 166 إلى 168 .

و لقد تبنى المشرع الجزائري الموقف القائل بأن عدة المختلعة ثلاثة قروء باعتبار أن المشرع كيف الخلع بأنه طلاق وبالتالي يخضع لنفس أحكام الطلاق . باديس ذيابي ، آثار فك الرابطة الزوجية - تعويض - نفقة - عدة - حضانة - متاع دراسة مدعمة بالإجتهد القضائي ، دار الهدى عين مليلة الجزائر ، سنة 2008 ، ص 45/44 .

<sup>2</sup> - محمد صبحي نجم ، محاضرات في قانون الأسرة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، سنة 1992 ص 23 .

و كانت العدة معروفة في الجاهلية و كانوا لا يكادون يتركونها فلما جاء الإسلام أقرها لما فيها من مصالح<sup>1</sup> ، وقد أجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى : " وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنْنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ " <sup>2</sup> .

ولقد اتفق الفقهاء على أن المطلقة طلاقا رجعيا تستحق النفقة و السكنى و اختلفوا في المبتوتة ، فقال أبو حنيفة : لها النفقة و السكنى مثل المطلقة رجعيا ، لأنها مكلفة بقضاء مدة العدة في بيت الزوجية ، فهي محتسبة لحقه عليها فتجب لها النفقة ، وتعتبر هذه النفقة ديناً صحيحاً من وقت الطلاق و لا تتوقف على التراضي و لا قضاء القاضي و لا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء .

و قال أحمد : " لا نفقة لها و لا سكنى " و استشهدوا بحديث فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ألبتة ، فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم " ليس لك عليه نفقة " .

و قال الشافعي و مالك : " لها السكنى بكل حال و لا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً " و دليلهم في ذلك أن عائشة و ابن المسيب أنكرا على فاطمة بنت قيس حديثها ، قال مالك : سمعت ابن شهاب يقول : " المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحمل و ليس لها النفقة إلا أن تكون حاملاً فينفق عليها حتى تضع حملها " ثم قال : " و هذا الأمر عندنا " <sup>3</sup> .

ولقد تبنى المشرع الجزائري رأي الحنفية بالقول أن للمطلقة الحق في السكن و النفقة و يتجلى ذلك في المادة 61 من قانون الأسرة و التي تنص : " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق " <sup>4</sup> . و من خلال استقراء

<sup>1</sup> - السيد سابق ، فقه السنة ، المرجع السابق ، ص 209 .

<sup>2</sup> - الآية 228 من سورة البقرة .

<sup>3</sup> - محمد صبحي نجم ، محاضرات في قانون الأسرة ، المرجع السابق ، ص 27 . / السيد سابق ، فقه السنة ، نفس المرجع ص 216 .

<sup>4</sup> - باديس ذيابي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق ، ص 46/45 .

نص هذه المادة نجد أن المشرع أعطى الحق لكل مطلقة أو متوفى عنها زوجها في النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها ، وذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه المرحلة تكون محتبسة عن الزواج بأمر الشرع لمصلحة النظام العام و لمصلحة الرجل الذي تعتد لصيانة النسب إليه . وتعتبر نفقة العدة من النظام العام " فلا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة العدة ما دامت العدة من النظام العام " <sup>1</sup> .

وعليه فكل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها ، و يجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة وعلى المحكمة أن تحكم بها إجماليا أو شهريا و تشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق <sup>2</sup> ، حتى وإن كان ذلك بتظليهما ، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/10/22 و الذي جاء فيه : " متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ... " <sup>3</sup> .

و نضيف في هذا الصدد أن هذا الحق يسقط شرعا إذا تركت المطلقة ( المختلعة ) مقر الزوجية و لم تقضي العدة فيه دون مبرر شرعي ، فتعتبر و كأنها ناشز <sup>4</sup> .

و يجب على القاضي أن يراعي حال كل من الزوج و الزوجة عند تقدير قيمة النفقة وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18 و الذي جاء فيه : " إن تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها . ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل .

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس يفرضهم لمبالغ المتعة و التعويض و النفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل . و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " <sup>5</sup> .

---

<sup>1</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 2006/07/12 ، ملف رقم 358348 ، قضية ( ط - م ) ضد ( خ - ع ) مشار إليه في كتاب الأستاذ حسين طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 516 .

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 291 .

<sup>3</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1984/10/22 ، ملف رقم 34327 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث ، سنة 1989 ، ص 69 .

<sup>4</sup> - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 291 .

<sup>5</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1991/06/18 ، ملف رقم 75029 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 1994 ، ص 65 .

و بالنسبة لنفقة الإهمال فإنها تجب للزوجة من وقت خروجها من بيت الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع شريطة أن تقدم ما يثبت أن الزوج لم ينفق عليها خلال هذه الفترة<sup>1</sup>؛ وتقدر بحسب الظروف و مقدور الزوج و المدة التي بقيت خلالها الزوجة دون إنفاق طبقا لنص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم " .

### ثانيا / مدى استحقاق الزوجة المختلعة لنفقة المتعة

المتعة في اللغة ( المتاع في الأصل ) وهو كل شيء ينتفع به ويتبلغ به و يتزود ويأتي الفناء عليه في الدنيا ، ومتعة المرأة ما وُصّلت به بعد الطلاق مما تنتفع به .

أما شرعا ، فإنه يراد بالمتعة شرعا ما تمتع به الزوجة و تعطاه تعويضا عن الفرقة بينها و بين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض ، و لهذا قال الفقهاء المتعة الثياب التي تكسى بها المرأة عند خروج حسب العرف وقد تكون متعة بقيمة ذلك أو ما يعادلها<sup>2</sup> .

ولقد دلّ على مشروعية المتعة قوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " <sup>3</sup> ، وفي قوله تعالى : " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " <sup>4</sup> ، كما روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه طلق المستعيذة منه و متعها برزاقيين<sup>5</sup> .

هذا ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على المتعة و إنما أورد بدلا عنها التعويض عن الطلاق التعسفي ، كما لم يتعرض إلى مسألة استحقاق المختلعة لنفقة المتعة غير أنه يمكن أن نستشف موقفه من خلال قرارات المحكمة العليا التي لا تمنح المتعة لمن

<sup>1</sup> - محمد شمروك ، مراد مصمودي و عدلان غربي ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 16 ، سنة 2008/2005 ، ص 37 .

<sup>2</sup> - أ / عبد القادر بن داود ، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري ( إشكاليات حلها ) مقال منشور في مجلة المعيار ، العدد التاسع ، سنة 2004 ، ص 251/250 .

<sup>3</sup> - الآية 49 من سورة الأحزاب .

<sup>4</sup> - الآية 236 من سورة البقرة .

<sup>5</sup> - الرزاقية : ثياب كتان بيض وقيل كل ثوب رقيق . بن زبينة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 153 .

طلقت نفسها بحكم ، وهذا ما يتجسد من خلال قراراتها ، حيث قضت في قرارها المؤرخ في 1986/12/29 بأنه : " من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها و ليست لمن طلقت نفسها بحكم ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لنصوص الشرعية في فرض المتعة . ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطلاق واستجابت المحكمة العليا ووافق المجلس عليها الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية .  
ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة " <sup>1</sup> .

و في قرار آخر صادر في 1986/01/27 قضي فيه بأنه : " من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر و يسقط بتحملها جزء من المسؤولية .

و لما كان ثابتا - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا ، فلا سبيل لتعويض أحدهما و منح المتعة للزوجة .  
ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة " <sup>2</sup> .

ومن خلال هذين القرارين نستشف أن قضاء المحكمة العليا لا يمنح نفقة المتعة لمن طلقت نفسها بحكم ، ومن ثم فإن المختلعة لا تمنح لها نفقة المتعة لأنها هي التي تطلب الخلع و ترفع دعوى على أساسه دون موافقة الزوج ، فلا يمكن أن نتصور أن تمنح لها ، إضافة لذلك فإن نفقة المتعة شرعت لمن طلقها زوجها و ليس لمن طلقت نفسها .

ولقد جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك ما يفيد ذلك ، حيث قال الإمام مالك : " ليس للتي طلقت ولم يدخل بها إذا كان قد سمي لها صداقا متعة ، و لا للمبارئة ، و لا للمفتدية و لا للمصالحة ، و لا للملاعنة متعة كان قد دخل بها أو لا " <sup>3</sup> .

---

<sup>1</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1986/12/29 ، الملف رقم 43860 ، قضية ( ب - أ ) ضد ( خ - ف ) ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 1993 ، ص 41 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1986/01/27 ، الملف رقم 39731 ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، سنة 1993 ، ص 61 .

<sup>3</sup> - المدونة الكبرى للإمام مالك ، المرجع السابق ، ص 151 .

## الفرع الثاني : دور القاضي في فض النزاع المتعلق بمتاع البيت

يعد النزاع حول متاع البيت من الآثار المهمة لانحلال الرابطة الزوجية ، و قد عالجه المشرع الجزائري بنص واحد وهو نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري ، كما أسهب فقهاء الشريعة الإسلامية في الحديث عن متاع البيت من حيث إعداده و الخلافات التي يثيرها عند انحلال الرابطة الزوجية خصوصا .

و لذلك سنقسم هذا الفرع إلى مسألتين جزئيتين ، نخصص الأولى لدراسة موقف الفقهاء في مسألة النزاع حول متاع البيت ( أولا ) ثم نتعرض للنزاع حول المتاع في قانون الأسرة الجزائري ( ثانيا ) .

### أولا : موقف الفقهاء في مسألة النزاع حول متاع البيت

لقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية قواعد تحكم المسائل المتعلقة ببيت الزوجية ومحتوياته سواء من حيث الإنتفاع بها أو التصرف فيها أو التنازع عليها عند انتهاء العلاقة الزوجية .

و لقد ثار إشكال بين الفقهاء حول من يقع على عاتقه إعداد بيت الزوجية هل يقع على عاتق الزوج منفردا ؟ أم على عاتق الزوجين معا ؟ . و هذا ما سنوضحه في بادئ الأمر ( I ) ثم نتعرض إلى الخلافات بين الزوجين في موجودات بيت الزوجية ( II ) .

### I / آراء الفقهاء حول إعداد بيت الزوجية و محتوياته

يراد بمتاع البيت كل ما يوجد ببيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة من جهاز أو أدوات منزلية وجدت بعد الزواج<sup>1</sup> ، و يقصد بالجهاز الأثاث الذي تعده الزوجة هي و أهلها ليكون معها في البيت ، إذا دخل بها الزوج ، و قد جرى العرف على أن تقوم الزوجة و أهلها بإعداد الجهاز و تأثيث البيت وهو أسلوب من أساليب إدخال السرور على الزوجة بمناسبة زفافها<sup>2</sup> . و قد روى النسائي عن علي رضي الله عنه أنه قال : " جهز رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة في خميل و قرية و وسادة حشوها إذخر<sup>3</sup> " وهذا مجرد عرف جرى عليه الناس .

1 - حسين طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 157 .

2 - السيد سابق ، فقه السنة ، المرجع السابق ، ص 109/108 .

3 - الخميل القطيفة ، وهي كل ثوب له خميل ووبر من أي شيء ، و الإذخر نبت طيب الرائحة تحشى به الوسائد . أنظر السيد سابق ، فقه السنة ، نفس المرجع ، ص 109 .



أما المسؤول عن إعداد البيت إعدادا شرعيا و تجهيز كل ما يحتاج له من أثاث وفرش وأدوات ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك ، حيث يرى جمهور الفقهاء من غير المالكية أن تهيئة بيت الزوجية يقع على عاتق الزوج و لا تلزم الزوجة به و لا بتكوين محتوياته من أثاث والأدوات التي ينتفع بها ، لأن النفقة بكل أنواعها تجب عليه بما فيها السكنى و لوازمها <sup>1</sup> .

و من بين مؤيدي هذا الإتجاه الأستاذ سيد سابق حيث يرى : " أن إعداد بيت الزوجية إعدادا شرعيا و تجهيز كل ما يحتاج له من أثاث فهو للزوج ، و الزوجة لا تسأل عن شيء من ذلك مهما كان مهرها ، حتى و لو كانت زيادة المهر من أجل الأثاث ، لأن المهر إنما تستحقه الزوجة في مقابل الاستمتاع بها لا من أجل إعداد الجهاز لبيت الزوجية ، فالمهر حق خالص لها ليس لأبيها و لا لزوجها و لا لأحد حق فيه " <sup>2</sup> .

أما المالكية فإنهم قالوا بأن الزوجة البالغة الرشيدة متى قبضت الحال من صداقها قبل دخول الزوج بها فلزم أن تتجهز به بما يليق بمثلها لمثله - أي زوجها - و على مقتضى العرف السائد حتى لو تطلب التجهيز شراء دار لزمها ذلك <sup>3</sup> ، فإن تأخر قبض شيء من المهر حتى دخل زوجها بها لم يكن عليها أن تتجهز بشيء مما تقبضه من بعد إلا إذا كان ذلك مشروطا أو جرى به العرف <sup>4</sup> .

و يرى المالكية أن متاع البيت يمثل أموالا مشتركة من حيث الانتفاع بها ، فللزوج الانتفاع بمتاع البيت الذي تجهزت به الزوجة و دخلت به حتى له منعها من بيع ذلك المتاع أو هبته ، لأن ذلك يفوت عليه الحق في الانتفاع ، هذا إذا كان المتاع من صداقها المقبوض ، أما إذا لم تقبض شيئا و كان المتاع قد تجهزت به من مالها ، فليس له عليها إلا المنع في حدود الثلث إذا تصرفت به تبرعا <sup>5</sup> .

---

<sup>1</sup> - عمر صلاح مهدي العزاوي ، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي و التشريعات العربية و الغربية - منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2010 ص 125/124 .

<sup>2</sup> - السيد سابق ، فقه السنة ، المرجع السابق ، ص 109 .

<sup>3</sup> - عمر صلاح مهدي العزاوي ، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق ، ص 125 .

<sup>4</sup> - السيد سابق ، فقه السنة ، المرجع السابق ، ص 109 .

<sup>5</sup> - عمر صلاح مهدي العزاوي ، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق ، ص 127/126 .

## II / الخلافات بين الزوجين في موجودات بيت الزوجية

قد تنثور خلافات بين الزوجين في إثبات ملكية موجودات بيت الزوجية أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما ، وقد وضع الفقهاء قواعد لحل تلك النزاعات ، فإذا كان الخلاف حال قيام الزوجية و استطاع أحدهما أن يأتي ببينة تؤيد دعواه حكم له بموجبها لأنه استطاع أن يثبت ذلك من غير تعارض مع بينة أخرى .

و إن أقام كل منهما بينة تؤيد صحة دعواه ، فالحكم يكون لصاحب البينة التي تثبت خلاف الظاهر ، و الظاهر في هذه المسألة هو صلاحية الأثاث أو المتاع المتنازع عليه لأي منهما ، فما كان يصلح للرجال كالسلاح و غيره مما يختص به الرجال ، فالقول فيه للزوج لأن الظاهر شاهد له ، و ما يصلح للنساء كأدوات الزينة و غيرها ، فالقول فيه للزوجة ، لأن الظاهر شاهد لها ، و ما يصلح لهما جميعا كالنقود و الأواني و المفروشات و غيره مما أعد للانتفاع المشترك ، فالحكم محل خلاف بين الفقهاء ، فعند أبي حنيفة و محمد ، القول قول الزوج ، و قال أبي يوسف القول قول الزوجة إلى قدر جهاز مثلها في الكل و القول قول الزوج في الباقي ، لأن المرأة لا تخلو من جهاز عادة ، فكان الظاهر شاهد لها في ذلك القدر .

و الحكم عند الحنابلة و الإمامية و زفر من الحنفية في أحد قوليه هو تنصيف الأشياء المتنازع عليها ، و ذهب المالكية و الشافعية و زفر في قوله الآخر أن الكل يكون مناصفة بينهما لأن يدهما ثابتة في كل ما في البيت .

أما إذا وقع الخلاف حول الجهاز و المتاع و موجودات بيت الزوجية بعد الطلاق البائن أو المكمل للثلاث ، فالقول قول الزوج لأنها بالطلاق صارت أجنبية عنه و زالت يدها وأصبح الظاهر يشهد له <sup>1</sup> .

### ثانيا: النزاع حول المتاع في قانون الأسرة الجزائري

قد يثور النزاع بين الزوجين عند الحكم بالخلع حول أثاث البيت خاصة إذا تم اكتسابه خلال الزواج و باشتراك الزوجين ، فيتمسك كل زوج بأحقيقته على هذا المال دون تقديم دليل يثبت ادعائه ، وقد وضع الفقه الإسلامي كما أشرنا قاعدة بسيطة وهي نفسها التي أخذت بها التشريعات المعاصرة ومنها التشريع الجزائري عند عدم وجود دليل إثبات بالبينة و هي قول من يشهد له الظاهر بيمينه ، فما يكون صالحا لاستعمال الرجال فقط ، يكون القول فيه قول الزوج ، و ما يكون صالحا لاستعمال النساء فقط ، يرجع فيه لقول الزوجة <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - عمر صلاح مهدي العزاوي ، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق ، ص 129 إلى 131 .

<sup>2</sup> - هجيرة دنوني ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية و السياسية ، العدد الأول ، سنة 1994 ، ص 154 .

و لقد تعرض المشرع الجزائري للنزاع في متاع البيت في المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري و التي نصها كالآتي : " إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين " .

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع قد وضع للقاضي قاعدة يعتمد عليها في تقدير ملكية أثاث البيت بحيث أنه إذا كان لأحد المتنازعين بينة حكم القاضي بمقتضى هذه البينة ، أما إذا لم يكن لأحدهما بينة على دعواه ، فقد أعطت المادة 73 ثلاثة حلول يعتمد عليها القاضي لحل النزاع و هي :

### 1/ قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين

لتصور هذه الحالة لا بد أن يكون الطرفين متفقين بأن المتاع موجود وجودا كاملا ولا نزاع بينهما فيما يخص ذلك ، فإذا ادعت الزوجة ملكية الأثاث دون تقديم أية بينة و كان الأثاث من معتاد النساء وجهت لها اليمين مقابل الحكم لها به <sup>1</sup> .

و قد قضي في هذا الصدد : " من المقرر شرعا أن النزاع متعلق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفي بالأشياء التي كانت ببيت الزوجية في حياته ، النزاع يتعلق بمتاع البيت والخلاف بين الزوجين وهما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاة أحدهما أو وفاتهما معا ، فإن هذا النزاع تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بينة للزوجة عليه تأخذه مع يمينها .

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة المطعون ضدها أقامت دعوى مطالبة فيها بتمكينها من أثاثها الباقي لها ببيت الزوجية و حقها من زوجها ، فإن قضاة الاستئناف بتأكيدهم للحكم المصادق عليه تقرير الخبرة المتضمن حصر ممتلكات الهالك المنقولة وقسمتها على الورثة مع إلزام الطاعن بإعطاء حق المطعون ضدها وبمعالجتهم للنزاع بهذا النحو يكونون قد خرجوا عن القواعد الشرعية و خطأوا في فهم طلبات الزوجة ، ومتى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه ... " <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - باديس نياي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق ، ص 104 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1984/11/05 ، ملف رقم 32131 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 1990 مشار إليه في كتاب الأستاذ باديس نياي ، آثار فك الرابطة الزوجية تعويض نفقة - عدة - حضانة - متاع ، نفس المرجع ص 104 .

## 2 / قول الزوج أو ورثته مع اليمين

إذا إدعى الزوج ملكيته للمتاع و كان من المعتاد الرجال ولم يقدم بشأنه أي دليل تماما مثل الزوجة يوجه له اليمين للحكم له به .

ولقد قضي في هذا الصدد أن : " من المستقر عليه شرعا وقانونا أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج مالم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملكا لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية .

ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الزوج لئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء إدعاها لنفسه ، فإن المجلس القضائي الذي اعتبر إستثناء الزوج داخلا في أمتعة زوجته و حكم لها به دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي للرجال يأخذها بعد حلفه يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " <sup>1</sup> .

## 3 / تقسيم المشتريات مع اليمين

نصت الفقرة الثالثة من المادة 73 على أن المشتريات بين الزوجين يقتسمانها مع اليمين باعتبار أن المتاع مشتركة . و تطبيقا لهذه الفقرة صدرت عدة قرارات للمحكمة العليا منها قرار جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أن المشتريات بين الزوجين في الأمتعة يقتسمانها مع اليمين .

ومتى تبين في قضية الحال - أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفاز والمقياس الذهبي و الراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالفت أحكام المادة 73 / 3 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا " <sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 16/01/1989 ، الملف رقم 52212 ، مشار إليه في كتاب باديس ذيابي ، أثار فك الرابطة الزوجية تعويض نفقة - عدة - حضانة - متاع ، المرجع السابق ، ص 106 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 13/07/2002 ، الملف رقم 277411 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 2004 ص 259 .

و يشترط في المتاع موضوع النزاع أن يكون موجودا و مشاهدا سواءا كان موجودا بمسكن الزوجية أو غيره من الأماكن ، و بذلك فإنه لا يمكن إقامة دعوى على متاع غير موجود أي محل إنكار من المدعى عليه بناء على نص المادة 73 المذكورة أعلاه ، كأن يقدم أحد الزوجين قائمة تكون محل إنكار من الزوج الآخر ، فهنا لا بد من إقامة الدليل على هذه القائمة و إلا توجه يمين النفي للمدعى عليه .

أما في حالة عدم إنكار المدعى عليه لموضوع الدعوى ذكرا بأن المدعية قد تسلمت أمتعتها فقد انقلب إلى مدعي ، و بذلك فقد أصبح مطالبا بإقامة الدليل على دعواه ويقصد بالدليل البينة و شهادة الشهود ، و على القاضي أن يقدر هذه الشهادة و يسجلها في محضر و الدليل الكتابي في إثبات ملكية المتاع المتنازع عليه هو الفواتير التي تثبت الشراء و على القاضي أن يطلب من المدعي تحديد قيمة الأشياء المتنازع فيها كل على حدى <sup>1</sup> .

و إذا اختلف الزوجان في تحديد قيمة الأمتعة المتنازع فيها ، فهناك رأيان ، رأي يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك و لا يجوز له أن يحول سلطته إلى شخص آخر ، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/04/11 الذي جاء فيه : " من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك و لا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون " <sup>2</sup> .

أما الرأي الثاني ، فيرى أن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/05/18 و الذي جاء فيه : " تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع و التجار وليس إلى القضاة " <sup>3</sup> .

و نحن نميل إلى الرأي الأخير ، لأن تحديد قيمة المتاع خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة مهمة لا بد من اللجوء فيها إلى الخبرة و لا تكفي السلطة التقديرية للقاضي في تحديدها .

---

<sup>1</sup> - محمد شمروك ، مراد مصمودي و عدلان غربي ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله المرجع السابق ، ص 39 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1988/04/11 ، الملف رقم 49302 ، مشار إليه في كتاب الأستاذ يوسف دلاندة ، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بالأمر رقم 02/05 مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و المواريث ، دار هومه ، طبعة 2007 ، ص 103 .

<sup>3</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1999/05/18 ، الملف رقم 222651 ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 248 .

## المطلب الثالث : دور القاضي في مجال الحضانة

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية و كذا قانون الأسرة الجزائري لأجل توفير الحماية و الرعاية المادية و المعنوية للطفل و ذلك نتيجة لوفاء أو طلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين و الذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للأطفال الناتجين عن هذه العلاقة الزوجية التي لم تستمر .

فقد يحدث عند الحكم بالخلع أن ينازع كل من الزوجين حول حضانة الأطفال الناتجين عن هذه العلاقة ، فهنا يبرز دور القاضي في إسناد الحضانة لمن تتوفر فيه الشروط المطلوبة ( الفرع الأول ) أو إسقاطها لسبب من الأسباب المحددة قانونا ( الفرع الثاني ) كما يتولى القاضي تنظيم حق الزيارة و تحديد فتراتهما و مكان التقاء الطفل مع الأب الذي لم تؤول له الحضانة أو الأم ، وهذا ما نعالجه في ( الفرع الثالث ) .

### الفرع الأول : دور القاضي في إسناد الحضانة لتحقيق شروطها

إن الحضانة<sup>1</sup> خلافا لباقي توابع الطلاق ليست حقا بحثا للشخص المسندة إليه بل هي أصلا حق للمحضون كون أنها شرعت من أجل رعايته و تربيته و حفظه صحة و خلقا لذلك و مراعاة لمصلحة المحضون عند إسناد الحضانة يجب على القاضي أن يتحرى عما إذا كان طالبا تتوفر فيه شروط استحقاق الحضانة و يحقق الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون<sup>2</sup> .

و إن المشرع الجزائري خلافا للكثير من التشريعات العربية الأخرى لم يسرد شروط استحقاق الحضانة و إنما أجملها في عبارة واحدة ورد ذكرها في المادة 62 من قانون الأسرة و التي تنص : " و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " و عليه فقد ذكر المشرع شرط الأهلية فقط .

و عليه و من أجل الإلمام بشروط الحضانة يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي فصلت في الشروط التي يجب توفرها في الحاضن و هذا ما سنتناوله بالتفصيل مع إبراز الدور الهام الذي يلعبه القاضي في هذا المجال .

---

<sup>1</sup> - الحضانة ، بفتح الحاء و كسر ها ( و الفتح أشهر ) مأخوذة من الحَضْن ، و هو ما دون الإبط إلى الكشح ، و حضنا الشيء جانبه ، و حضن الطائر بيضه إن ضمه إلى نفسه تحت جناحه ، و كذلك المرأة إذا ضمت ولدها . و عرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز و لا يستقل بأمره ، و تعهده بما يصلحه ، و وقايته مما يؤذيه و يضره و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة و الإضطلاع بمسؤوليتها " عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1134 . السيد سابق ، فقه السنة ، المرجع السابق ، ص 217/216 .

- و لقد عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري الحضانة بأنها " رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا " .

<sup>2</sup> - زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 217 .

## أولا / شرط العقل

فلا حضانة للمعتوه و لا المجنون ، فكلاهما لا يستطيع القيام بتدبير نفسه ، فلا يفوض له أمر تدبير غيره ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه<sup>1</sup> ، وهذا الشرط يتماشى و المنطق ، فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل لأنه في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه و يرضى شؤونه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره .

و عليه فلا بد أن يتأكد القاضي من السلامة العقلية للحاضن ( سواء كانت الزوجة المختلعة أم غيرها ) و ألا يحرم صاحب الحق في الحضانة منها إلا بعد أن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية . وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13 و الذي جاء فيه : " إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداماً في الأساس القانوني و مخالفة للقانون ينجر عنه النقض دون الإحالة " <sup>2</sup> .

## ثانيا / شرط البلوغ

لأن الصغير و لو كان مميزا في حاجة إلى من يتولى أمره و يحضنه فلا يتولى هو أمر غيره ، و المراد بالبلوغ هنا بلوغ سن الرشد<sup>3</sup> . و في هذا الصدد يرى الأستاذ فضيل سعد أن البلوغ المشروط في الحاضن يعني به أهلية الأداء و هي 19 سنة ، لأن الشخص فيها يكون قادرا على شؤون نفسه<sup>4</sup> . و أيده في ذلك أيضا الأستاذ عبد العزيز سعد حيث يرى من جانبه أنه تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة يشترط في الشخص الذي تسند إليه الحضانة ذكرا أو أنثى أن يكون عاقلا ، لأنه لا يمكن شرعا و قانونا إسنادها إلى مجنون أو معتوه ، و راشد ، لأنه لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى رعاية و عناية<sup>5</sup> .

---

<sup>1</sup> - سامية بن قوية ، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة - مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، العدد 1 ، سنة 2010 ، ص 142 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 2002/02/13 ، الملف رقم 265727 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 2004 ، ص 432 .

<sup>3</sup> - السيد سابق ، فقه السنة ، المرجع السابق ، ص 220 .

<sup>4</sup> - فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص 371 .

<sup>5</sup> - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 296 .

و هذا ما أكده كذلك الأستاذ العربي بلحاج ، حيث صرّح قائلاً بأنه : " يشترط في الحاضنة أن تتحقق فيها الأوصاف التالية : العقل ، إذ لا حضانة للمجنون ... البلوغ لأن الصغيرة لا تستطيع أن تقوم برعاية نفسها ، فلا تصلح لرعاية غيرها " <sup>1</sup> .  
و تجدر الإشارة هنا أن القاصرة التي تحصلت على ترخيص بالزواج من طرف رئيس المحكمة تعتبر أهلاً لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج و يمكنها حضانة أولادها إذا كانت تتوفر فيها باقي الشروط ، وهذا استناداً لنص المادة 7 من قانون الأسرة التي جاء في فقرتها الثانية : " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات " .

### ثالثاً / شرط القدرة

و يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة المحضون في كل الجوانب و الاعتناء بشؤونهم ، و السهر على سلامته الجسدية و الخلقية ، فلا تكون الحضانة لمسئلاً عاجزاً عن القيام بشؤون نفسه أو مصاب بمرض معدي و خطير من شأنه أن يؤدي المحضون كالجذام و البرص ومرض فقدان المناعة ، و لو كان بالمحضون من المرض مثل ذلك ، و لو كان للحاضن المريض من يقوم عنده بالحضانة من أهله ، لأنه لا يؤمن على الطفل و لو كان مريضاً أن تزداد حاله سوء بمخالطة صاحب المرض المنفر <sup>2</sup> .

و لقد نص المشرع الجزائري على ذلك ضمناً في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله : " و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك " أي أهلاً للسهر على حمايته وحفظه صحة <sup>3</sup> . و لقد تكلم القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09 عن شرط القدرة وجاء فيه : " من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة و من بينها القدرة على حفظ المحضون ، و من ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي .

و لما كان ثابتاً في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها ، و من ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال قد حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية . و متى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ " <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، المرجع السابق ، ص 383 .

<sup>2</sup> - سامية بن قوية ، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 142 .

<sup>3</sup> - زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة - دراسة مقارنة - المرجع السابق ، ص 255 .

<sup>4</sup> - م ع ، غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1984/07/09 ، الملف رقم 33921 ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، سنة 1989 ، ص 76 .



## رابعاً / شرط الإسلام

أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربى المحضون على دين أبيه والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يشترط أن يكون الحاضن مسلماً ؟ .

و لقد اختلفت الآراء الفقهية في هذه المسألة ، فمنهم من قال بحرمان الحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين كالحنابلة والشافعية ، فلا حضانة للكافر على المسلم ، أما حضانة الكافر للكافر والمسلم للكافر فإنها ثابتة ؛ ومنهم من قال أن المحضون يبقى مع الحاضنة الكافرة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعاً ، فإن خيف على المحضون من الحاضنة من أن تسقيه خمراً أو تغذيه بلحم الخنزير مثلاً أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد و هذا الرأي هو رأي الإمام مالك<sup>1</sup> .

و الأحناف و إن رأوا جواز حضانة الكافرة إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة لأن المرتدة عندهم تستحق الحبس حتى تتوب و تعود إلى الإسلام أو تموت في الحبس ، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل ، فإن تابت وعادت عاد حقها في الحضانة<sup>2</sup> .

و لقد أخذت المحكمة العليا في العديد من قراراتها برأي الإمام مالك مثل القرار الصادر بتاريخ 1989/03/13 الذي جاء فيه : " من المقرر شرعاً و قانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة ، إلا إذا خيف على دينه و أن حضانة الذكر للبلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج . و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية " <sup>3</sup> .

و تجدر الإشارة أن القاضي هو الذي يقدر تأثير الحضانة على دين المحضون ، فإن تبين له ذلك أسقط الحضانة عنها ، و إن تبين أنه لا خوف على دينه فيعطيهما الحضانة ولو كانت كافرة<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1136 .

<sup>2</sup> - السيد سابق ، فقه السنة ، المرجع السابق ، ص 220 .

<sup>3</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1989/03/13 ، الملف رقم 52221 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 1993 ، ص 48 .

<sup>4</sup> - محمد شمروك ، مراد مسمودي و عدلان غربي ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله المرجع السابق ، ص 46 .

## خامسا / شرط الأمانة على الأخلاق

الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة و تتحقق الأمانة في الشخص عندما يقوم بواجبه بصفة كاملة من حيث السهر على مصالح الأشخاص الذين تحت رعايته و اجتناب سائر التصرفات المضرة بهم صحة أو خلقا أو تربية و بمعنى أدق يقصد بها أن يكون من شأن القائم بحضانة الصغير المحافظة عليه وصيانتها مما يضر بصحته أو بسلوكه أو يؤثر في نفسيته أو دينه<sup>1</sup> .

و هذا ما اتفق عليه الفقهاء ، فقد اشترط الحنفية في الحاضنة ( المختلعة ) أن لا تكون فاسقة غير مأمون عليها ، فإن ثبت فجورها بفسق أو بسرقة أو كانت محترفة حرفة دنيئة كالراقصة مثلا ، فإن حقها يسقط ، كما اشترط الشافعية العفة فلا حضانة لفاسق ، أما المالكية فإنهم قالوا بأنه لا حضانة للفاسق الذي يشرب الخمر و المشتهر بالزنا ونحو ذلك<sup>2</sup> .

و لقد أكدت المحكمة العليا هذا الشرط في العديد من قراراتها ، حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1989/05/22 : " من المقرر فقها و قانونا أن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا . ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " <sup>3</sup> .

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر صادر بتاريخ 1997/09/30 بأنه : " من المقرر شرعا و قانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون . و متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة " <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 266 .

<sup>2</sup> - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ص 1135 .

<sup>3</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1989/05/22 ، الملف رقم 53578 ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، سنة 1991 ، ص 99 .

<sup>4</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1997/09/30 ، الملف رقم 171684 ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 169 / 170 .

و ما نخلص إليه من خلال ما سبق ذكره بأن للقاضي سلطة واسعة في الأخذ بهذه الشروط أو عدم الأخذ بها ، فهو يراعي مصلحة المحضون عند إصداره لحكمه ، فقد تكون مصلحته في العيش مع حاضنة لا تتوفر فيها الشروط السالفة الذكر ، و نفس الشيء بالنسبة للأب إذا ما أسندت الحضانة له .

غير أن هذه السلطة التي يتمتع بها القاضي في هذا المجال ليست مطلقة كل الإطلاق بل ينبغي عليه القيام في حكمه بالتعليل الكافي ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها ، حيث قضت بالزامية تعليل الحكم الخاص بالحضانة ، منها ما قضت به بتاريخ 1986/02/24 بقولها : " في حالة انتقال الحضانة من شخص لآخر ، فإنه يجب على قضاة الموضوع ذكر أسباب هذا الانتقال " <sup>1</sup> .

و تجدر الإشارة بأنه يجب على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة - سواء لأم الصغير أو أي امرأة أخرى من قريباته - أن يلزم الزوج بتخصيص مسكن للممارسة الحضانة أو بدل إيجاره ، وهذا ما جاء في نص المادة 72 المعدلة والتي تنص : " في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة ، و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار ... " .

#### **الفرع الثاني : دور القاضي في إسقاط الحضانة عن أسندت إليه**

بعد أن ذكر المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري من هم أولى بحضانة الطفل من النساء و الرجال ، ذكر الأسباب المسقطه لها عنهم ، وهذا طبيعي منه لكون الحضانة لم تشرع إلا لصالح الولد من أجل حمايته و رعايته و حفظه صحة و خلقا فإذا لم تحقق الحضانة هذه الأهداف فلا مناص من إسقاطها عن أسندت إليه وإنطتها بغيره ممن له الحق فيها ، ويليه في المرتبة و يكون أهلا لها .

و يحكم مسقطات الحضانة مبدأ هام لا يمكن الاستغناء عنه ألا وهو مصلحة المحضون ، فكلما وجدت مصلحته كانت الحضانة قائمة ، و كلما انتفت مصلحته ، سقطت الحضانة .

و قد ذكر قانون الأسرة الجزائري ستة أسباب مسقطه لحق الحضانة ، لذلك سنتناول كل سبب من هذه الأسباب ، مع بيان موقف الفقه الإسلامي منها .

---

<sup>1</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1986/02/24 ، الملف رقم 36768 ، غير منشور ، مشار إليه في رسالة الدكتوراه للأستاذة زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 281 .

## أولا / إسقاط الحضانة لتزوج الحاضنة بغير قريب محرم

نصت على هذا السبب المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري و التي جاء فيها : " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ... " و إن هذا السبب لم يكن محل إجماع من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية ، إذ منهم من يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان بالقرب المحرم ، ومنهم من يرى عدم الأخذ به على الإطلاق ، ومنهم من يربط الأخذ به في حدود ما يخدم مصلحة المحضون .

ومن الفقهاء الذين قيدوا سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم المالكية وكذلك جمهور الحنفية ، ومنهم أخذ المشرع الجزائري حكم المادة السالفة الذكر<sup>1</sup> . و بذلك راعى المشرع نفسية الأب و الطفل معا ، فأما مراعاته لنفسية الأب ، فبإسقاطه للحضانة عن الحاضنة بتزوجها بغير قريب محرم من الطفل ، حتى لا يرى الأب ابنه عند أناس غريباء عن عائلته يتربى في أحضانهم ، وهو مع ذلك مكلف قانونا بالإنفاق عليه ؛ أما مراعاته لنفسية الطفل فبإسقاط حضانة أمه له بتزوجها بأجنبي عنه و بعدم إسقاطه لها بتزوجها بأحد محارمه ، في ذلك ضمان لبقاء الطفل دائما مع أقاربه مما يجنبه عقدة الشعور بالغربة والإبعاد و التي لا تنفك عنه لو أنه تربى في بيت أجنبي عنه<sup>2</sup> .

ومن استقراء نص المادة 66 السالفة الذكر يمكن طرح التساؤل التالي : هل سقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها بغير قريب محرم يكون في كل الحالات ؟ .

من خلال نص المادة 66 يتضح بأن حق الحضانة يسقط حتما عن الحاضنة بمجرد تزوجها بغير قريب محرم و دون مراعاة لأي اعتبار ، و هذا ما أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثال ذلك القرار الصادر في 1986/05/05 و الذي جاء فيه : " من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة و لو كانت أما أخرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج ، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون ، فإنه من المتعين تطبيق هذا الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة"<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - أعراب بلقاسم ، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن - دراسة تأصيلية - مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية و السياسية ، العدد الأول ، سنة 1994 ، ص 149/148 .

<sup>2</sup> - أعراب بلقاسم ، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن ، نفس المرجع ص 148 /147 .

<sup>3</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1986/05/05 ، الملف رقم 40438 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 1989 ، ص 75 .

لكننا نرى أن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير قريب محرم كقاعدة عامة ، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات ، فالقاضي لا يحكم بسقوط الحضانة مباشرة بمجرد زواج الحاضنة وإنما عليه أن يراعي مصلحة المحضون ، فلو لم يقبل المحضون غير حاضنته وأصرّ على البقاء معها ، فهل إسقاط الحضانة عنها فيه مصلحة للمحضون ؟ و عليه فلا مانع من بقاء الحضانة للحاضنة عند الزواج بغير قريب محرم إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون و تؤكد القاضي من تمسك المحضون بالحاضنة و كان الزوج مستقيماً محمود الأخلاق لا يخشى منه على المحضون ، أو أنه ليس للمحضون حاضن غير أمه التي تزوجت بغير قريب محرم أو لا حاضن آخر غير أمين عليه .

و هناك استثناء وضعه المالكية على سقوط الحضانة عن الحاضنة التي تزوجت بغير قريب محرم ، و هو أن تكون هذه الأخيرة وصية على المحضون ، لأن حق الوصاية لا تسقطه الزوجية ، و يحصرّون هذا الإستثناء على الأم الحاضنة فقط ، فقد قال الإمام مالك : " إن المرأة الوصي على أولادها لا تسقط حضانتها بتزوجها و لا تنزع منها " وهذا هو الرأي الغالب ، و قال رأي آخر بامتداد هذا الحكم و لو كانت المرأة الموصي غير الأم <sup>1</sup> .

### ثانياً / إسقاط الحضانة لتنازل الحاضن عن حقه في الحضانة

نصت المادة 66 على هذا السبب حيث جاء فيها : " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون " و لقد اختلف الفقهاء المسلمون في الأخذ بهذا السبب لاختلافهم في اعتبار الحضانة حق للمحضون أم حق للحاضن أم أنها حق لكل من الحاضن و المحضون . فعلى اعتبار أن الحضانة حق للمحضون ، فإن الحاضن لا يستطيع التنازل عنها لغيره ، وهو رواية عن مالك و اختيار بعض الفقهاء الحنفية .

و على اعتبار أن الحضانة حق للحاضن ، فإن له الحق في التنازل عنها ، و لا يجبر عليها ، و قد قال بذلك الشيعة الإمامية و بعض الحنابلة و في رواية عن مالك .

و على اعتبار أن الحضانة حق للحاضن من وجه و للمحضون من وجه آخر ، فإن الحاضن يستطيع أن يتنازل عنها بشرط ألا يضر ذلك بمصلحة المحضون <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - أحمد نصر الجندي ، النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي ، دار الكتب القانونية ، طبعة 2006 ، ص 129 .

<sup>2</sup> - أعراب بلقاسم ، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن ، المرجع السابق ص 145/144 .

و يتبين مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري أخذ بالاعتبار الثالث حيث أجاز من جانب الحاضن التنازل عن الحضانة ، فاعتبرها من هذا الوجه حقا له ، ومن جانب آخر قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون ، فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير <sup>1</sup> .

و بناء على هذا ، فإن القاضي إذا طرحت أمامه مسألة التنازل عن الحضانة فعليه أن يبحث عن الآثار المترتبة على هذا التنازل على المحضون و له مطلق السلطة التقديرية في قبول هذا التنازل من عدمه وفقا لما يراه مناسباً لمصلحة المحضون <sup>2</sup> .

و عليه فإن القضاء بإسقاط الحضانة بالتنازل عنها من طرف الحاضنة و إسنادها للأب دون مراعاة مصلحة المحضون يعتبر خرقاً للأحكام الشرعية ، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/07/03 و الذي جاء فيه : " من المقرر قانوناً أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون ، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون .

و لما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها و إسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضاً يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب ، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " <sup>3</sup> .

### ثالثاً / إسقاط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها

نصت على هذا السبب المادة 68 من قانون الأسرة و التي جاء فيها : " فإذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها " و لقد أثارت هذه المادة عدة تساؤلات منها : هل حق الحاضن يسقط استناداً لهذه المادة بقوة القانون أم لا ؟ .

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن حق الحاضن في هذه الحالة يسقط بقوة القانون ولا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى إلى القضاء إلا أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة <sup>4</sup> .

---

<sup>1</sup> - أعراب بلقاسم ، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن ، المرجع السابق ص 145 .

<sup>2</sup> - محمد شمروك ، محمد مسمودي و عدلان غربي ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله المرجع السابق ، ص 48 .

<sup>3</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1989/07/03 ، الملف رقم 54353 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 1992 ، ص 45 .

<sup>4</sup> - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 301 .

بينما يرى الأستاذ الغوثي بن ملحمة أن الإسقاط لا يتم بقوة القانون ، و إنما يجب أن يحكم به القاضي مما يجعل طابعه قضائي<sup>1</sup> .

و إذا كان الإسقاط لا يتم إلا أمام القضاء فهل للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ؟ وإن الإجابة على هذا السؤال تؤدي بنا إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني وبالضبط نص المادة 321 الفقرة الأولى و التي تنص : " لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه ، أو أي شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسك المدين به " و بذلك ينبغي لمن له مصلحة أن يلجأ إلى القضاء لطلب إسقاط الحضانة عن الحاضن ، و الذي قد يكون الزوج المخالغ أو الزوجة المختلعة أو غيرها لفوات مدة سنة<sup>2</sup> .

ومن باب الإنتقادات الموجهة لهذه المادة كذلك ، فإنه يعاب على هذا النص عدم تحديده لتاريخ بدأ سريان مدة سنة ، فمتى تبدأ هذه المدة ؟ و متى يعتبر السكوت عن المطالبة بالحق في الحضانة بدون عذر ؟ . و لقد سكت القضاء الجزائري كذلك عن الإجابة عن هذه التساؤلات ، حيث أكد فقط بسقوط الحضانة على من تجب له بمرور سنة دون المطالبة بها وهذا ما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1985/12/02 الذي جاء فيه : " حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها "<sup>3</sup> .

و باعتبار أن المشرع الجزائري قد أخذ هذه المادة من المذهب المالكي ، فإنه ينبغي البحث عن إجابة في ظل هذا المذهب ، و لقد قال أصحاب هذا المذهب بالنسبة للسؤال الأول بأن المدة المحددة بسنة يبدأ سريانها من تاريخ العلم باستحقاق الحضانة ، و بالنسبة للتساؤل الثاني ، نجدهم قد اعتبروا السكوت بأنه بدون عذر في حالتين ، الأولى أن يعلم من له الحق بالحضانة بحقه فيها و يسكت عن المطالبة بها ، أما إذا كان لا يعلم بحقه و سكت عن طلب الحضانة لا يسقط حقه مهما طالت مدة سكوته ؛

الثانية ، أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة ، فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت ، لأن هذا الأمر فرعي يعذر الناس بجهله<sup>4</sup> .

---

<sup>1</sup>-GHAOUTI-BENMELHA, le droit Algérien de la famille, p 234.

<sup>2</sup>- زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 507 / 508 .

<sup>3</sup>- م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1985/12/02 ، الملف رقم 38825 ، نشرة القضاة ، العدد 44 ، ص 131 .

<sup>4</sup>- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء السابع ، ص 734 . / أعراب بلقاسم ، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن ، المرجع السابق ، ص 143 .

## رابعاً / إسقاط الحضانة لاختلال أحد الشروط الواردة في المادة 62

إذا وقعت الحضانة مستوفية مقوماتها و شروطها كانت صحيحة يجوز لمستحقها من الزوجين أو غيرهما أن يتولاها بمجرد الحكم بها ، غير أنه قد يحدث ما يعرقل ممارستها فقد يصاب الحاضن بمرض عقلي أو جسدي يمنعه من ممارسة الحضانة ، فتسقط عنه وتؤول لمن يليه مرتبة ( I ) كما قد يظهر في الشخص الحاضن تصرفات مشينة مخالفة للأخلاق تؤدي إلى سقوط الحضانة عنه ( II ) .

### I / إسقاط الحضانة لظهور مرض عقلي أو جسدي في الحاضن

لقد اتضح لنا عند معالجتنا لشروط الحضانة أن المشرع الجزائري و الفقه الإسلامي اشترطوا في الحاضن السلامة العقلية و الجسدية حيث أنه إذا ما فقد هذه القوى يصبح غير صالح لأن يكون حاضناً ، فيسقط حقه في ممارسة الحضانة<sup>1</sup> ، لأن الحضانة كما جاء في المادة 62 من قانون الأسرة هي : " السهر على حماية المحضون و حفظه صحة ... " و أنه أي إخلال بذلك يسقط وفقاً للمادة 67 من نفس القانون ، و التي تنص : " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه . و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون " <sup>2</sup> .

و لكن هل كل حالة مرضية تطرأ على الحاضن تجعل حقه مهدداً بالسقوط ، وهل يعمل بذلك حتى و لو كان المرض مؤقتاً ؟ . و لم تشر المادة 67 من قانون الأسرة إلى ذلك تاركة الأمر للسلطة التقديرية للقاضي ، و لذلك فليس من المهم أن يكون المرض المصاب به مستحق الحضانة مرضاً عقلياً أو جسدياً ، و كل ما في الأمر أنه يجب أن يكون العجز الذي يصاب به الحاضن منافياً لصيانة حقوق المحضون و مهدداً لمصالحه . و هذا ما قضى به المجلس الأعلى سابقاً بقوله : " من المقرر شرعاً أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية و واضحة و مضرّة بالمحضون و متعارضة مع مصالحته . و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله ... " <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 392 .

<sup>2</sup> - أعراب بلقاسم ، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن ، المرجع السابق ص 142 .

<sup>3</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1988/11/07 ، الملف رقم 50270 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث ، سنة 1991 ، ص 48 .



وما تجدر الإشارة إليه بأن مسقطات الحق في الحضانة تتعلق بأي شلل جسدي جزئي أو كلي أو ذهاب للقوة العقلية أو مرض معدي أي جميع الأمراض التي تؤثر على قدرة العمل بشكل يعجز معه الحاضن عن العناية بالطفل و رعايته ، و هذا ما قضى به المجلس الأعلى في قضية تتمحور وقائعها في أن الحاضنة كانت فاقدة البصر ، فاعتبر المجلس الأعلى أنه بسبب ذلك يسقط حقها في الحضانة و قضى بأن : " المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى و الأخرس و المقعد ، و الحاضنة فاقدة البصر . ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها " <sup>1</sup> .

و ينبغي على القاضي في هذا الصدد أن لا ينطق بإسقاط الحضانة إلا بعد اعتماده على الخبرة الطبية التي تثبت عجز الحاضن أو تنفيها ، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1979/01/15 عندما عبر بأن قضاة الموضوع قد استنتجوا من الخبرة أن الجدة صحيحة العقل مريضة البدن و هي ليست قادرة على الحضانة <sup>2</sup> .

## II / إسقاط الحضانة لظهور سلوك مشين في الحاضن

من بين معايير تحديد مصلحة المحضون و شروط إسناد الحضانة يكتسي معيار شرط الأمانة في الخلق أو الاستقامة أهمية بالغة في إبقاء الحضانة لمن أسندت إليه ، إذ لا يمكن الاستغناء عنه عند تقرير أسباب إسقاط الحضانة ، لذلك كان من اللازم أن يكون السلوك المشين للحاضن سببا مسقطا للحضانة <sup>3</sup> .

و يندرج ضمن السلوك المشين للحاضن كل ما يفضي إلى الزنا و تناول الخبائث و المهلكات التي ثبت ضررها الصحي و النفسي و الخلقي و الإجتماعي و الإقتصادي ، و من ذلك المخدرات ، و يدخل كذلك في إطار السلوك المشين القمار و ممارسة السحر و السرقة المعتادة بكل أنواعها <sup>4</sup> .

و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/09/30 و الذي تمت الإشارة إليه سابقا <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1984/07/09 ، الملف رقم 33921 ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، سنة 1989 ، ص 76 .

<sup>2</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1979/01/15 ، الملف رقم 17481 ، غير منشور ، مشار إليه في رسالة الدكتوراه للأستاذة زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 394 .

<sup>3</sup> - زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 401 .

<sup>4</sup> - زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة ، نفس المرجع ، ص 409/408 .

<sup>5</sup> - أنظر الصفحة 146 من الرسالة .

## خامسا / إسقاط الحضانة بسبب استيطان الشخص الموكول له حق الحضانة في بلد أجنبي

أرجع المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون الأسرة الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها على الشخص الذي يريد الإستيطان في بلد أجنبي ، وهذا مع مراعاة لمصلحة المحضون .

حيث نصت المادة 69 من قانون الأسرة على مايلي : " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون " . و عليه فعلى القاضي عند النظر في هذه المسألة أن ينظر إلى رأي الأبوين و ظروفهما و مصلحة المحضون ، و هذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/06/23 و الذي جاء فيه : " من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون .

و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسناد الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه هو نفسه يقيم بفرنسا ، و عليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين و مصلحة المحضون قبل وضع أي شرط و مادام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي " <sup>1</sup> .

كما على القاضي أن ينظر إلى الدولة التي سينتقل إليها الحاضن بالمحضون ومدى تأثير المجتمع الجديد على هذا الأخير و ما إذا كانت هذه الدولة مسلمة أم لا ، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/25 و الذي جاء فيه : " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه في حالة وجود الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تخصصا على الأولاد في الجزائر ، فإنه من يوجد بها أحق بهم و لو كانت الأم غير مسلمة ... " <sup>2</sup> .

## سادسا / إسقاط الحضانة بسبب سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم

نصت على هذا السبب المادة 70 من قانون الأسرة و التي تنص : " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم " .

<sup>1</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1993/06/23 ، الملف رقم 91671 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 1994 ص 72 .

<sup>2</sup> - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1989/12/25 ، الملف رقم 52207 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث ، سنة 1991 ، ص 74 .

و يظهر لنا بأن إسقاط الحضانة عن الخالة أو الجدة لسكنها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم منطقي ، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة ، و عليه يمكن القول بأن نفس الأسباب التي من أجلها أسقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا ولذلك ينبغي أن يشملها نفس الحكم<sup>1</sup> .

من خلال كل ما تقدم ، فالمتمتعن في جل مواد قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة من حيث شروط إسنادها أو إسقاطها ، و كذا أغلب القرارات ، يجد عبارة مصلحة المحضون واردة فيها إلا أنه لا يجد تعريفا واضحا لها .

و يمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون لكونها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة يصعب وضعها في إطار محدد ، و لكن بالرغم من ذلك فإن لهذه القاعدة مميزات و خصائص يمكن إبرازها فيما يلي :

1 / قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة ذاتية شخصية فهي تتعلق بكل طفل على حدى ، و على هذا الأساس ، فإن القاضي ينظر إلى كل طفل بمنظار يخصه ، و يحدد مصلحته ، فما كان يصلح لطفل جديد العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة لمن بلغ سن السادسة أو السابعة من عمره ؛

2 / قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة قابلة للتغيير ، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في وقت آخر ، و على هذا الأساس وضع المشرع حالات يمكن من خلالها إسقاط الحضانة مراعاة لتغيير مصلحة المحضون ؛

3 / قاعدة مصلحة المحضون يحكمها عنصران أساسيان هما : تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية ، و تحقيق الأمن و الإستقرار النفسي و العاطفي للطفل .

و حتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته و تقدير مصلحة المحضون يمكنه اللجوء إلى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه نذكر منها : التحقيق و المعاينة ، الإستعانة بالخبراء و الإستماع إلى أحد أفراد العائلة<sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> - أعراب بلقاسم ، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن ، المرجع السابق ، ص 140/139 .

<sup>2</sup> - عزيزة حسين ، الحضانة في قانون الأسرة و قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2000/1999 ، ص 76 إلى 86 .

### الفرع الثالث : مجال تدخل القاضي في حق الزيارة

تؤول الحضانة لمن تتحقق معه مصلحة المحضون و ينال في كنفها كل الرعاية والاهتمام ، وهي في الأصل تعود إلى الأم ( الزوجة المختلعة ) مالم يرقم بها مانع يمنعها من ممارسة الحضانة ، ففي حالة وجوده تؤول إلى الأب ، غير أن الشخص الذي لم تسند إليه الحضانة لا ينقطع جذريا من المحضون بل يبقى له حق لفائده و لفائدة المحضون وهو حق الزيارة .

و سنعرض لحق الزيارة في الفقه الإسلامي ( أولا ) ثم في قانون الأسرة الجزائري ( ثانيا ) .

#### أولا / حق زيارة المحضون في الفقه الإسلامي

الزيارة لغة تعني الذهاب عند شخص بقصد الإلتقاء به أو أنها الذهاب عند شخص لرؤيته و البقاء معه مدة معينة أو إستقبال زائر .

أما اصطلاحا فقد عرفها بعض الفقه على أنها رؤية المحضون و الإطلاع على أحواله المعيشية و التربوية و التعليمية و الصحية و الخلفية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون<sup>1</sup> ، ولا خلاف بين الفقهاء في أن للأب أو من يقوم مقامه حق رؤية ولده إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء ، على أن للأم حق رؤية ولدها و زيارته إذا كان بيد أبيه أو من يقوم مقامه لما في ذلك من الصلة و المودة ، و لأن للأب حق تعهد المحضون و تأديبه و إلحاقه بالتعليم و لن يتسنى له ذلك إلا بزيارته و الوقوف على حاله .

إلا أن الفقهاء و إن اتفقوا على حق زيارة من لم تسند له الحضانة للمحضون ، فإنهم اختلفوا حول مدة الزيارة ، فالمالكية يرون أن لكل من الأم و الأب الحق في رؤية صغارهما المحضونين ، فلو كان الطفل في حضانة أبيه ، فلأم الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيرا ، أما إذا كان كبيرا فلها رؤيته كل أسبوع مرة ، و نفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم ، أما بعد بلوغ هذا السن فله حق رؤيته و الإطلاع عليه من أن إلى آخر ، ليتولى تأديبه و تعليمه ، كما يرون أن أجرة النقل على طالب الزيارة ، و إن كانت الأم متزوجة و طلبت من والد المحضون أن يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجديد ، فإن رفض فعليها أن تنتقل هي لرؤيته إن أرادت سواء عند أبيه أو عند حاضنته<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 186 .

<sup>2</sup> - سامية بن قوية ، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 155/154 .

أما الشافعية فيرون أن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز واختياره العيش مع أحد من والديه ، و يرون أن المحضون إن كانت أنثى ، فإنها تمنع من زيارة أمها لحفظها و صيانتها ، و أما فيما يخص ميعاد الزيارة فتكون مرة في الأيام أي في يومين فأكثر لا كل يوم إلا في حالة ما إذا كانت المسافة بين منزله و منزلها قريبة .

أما بالنسبة للأحناف فيرون أن للأب الحق في رؤية ولده إذا كان في حضانة أمه أو غيرها من النساء الحاضنات ، و على الأم أن تسمح للأب أن يزور محضونه كل يوم ، أما إذا كان الحاضن هو الأب ، فقد قَدَّر حق الزيارة بمرة كل أسبوع ، أما غير الأم فليس لها رؤية الصغير كل أسبوع مرة ، بل كل شهر مرة على الأقل ، وهو قول غير مشهور في المذهب .

بينما الحنابلة ، فقد رأوا أن الصغير المميز له حق اختيار البقاء نهارا مع أبيه أو مع أمه ، أما إذا كان المحضون بنتا و كانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنين من عمرها ، فللأم حق رؤيتها في أوقات خروج الأب<sup>1</sup> .

### ثانيا / حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى حق الزيارة في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 02/05 و التي تنص : " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " ولم يحدد قانون الأسرة الجزائري المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون لأن هذه المسألة في الأساس تقوم على الرضائية<sup>2</sup> .

و قد حددتها المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل ، و ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16 عندما ذكرت : " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه و التعاطف معهم " <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - سامية بن قوية ، أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 155 .

<sup>2</sup> - باديس نياي ، أثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق ، ص 92 .

<sup>3</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1990/04/16 ، ملف رقم 59784 ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، سنة 1991 ص 126 .

و بهذا القرار أضحت سلطة القاضي مقيدة أصلا بما قررته المحكمة العليا ، وكذلك الشأن بالنسبة لمكان الزيارة ، فقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/30 بأنه : " من المستقر عليه فقها و قضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون ، فزيارة الأم أو الأب لولدهما حق لكل منهما و على من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضيق أو تقييد أو مراقبة ، فالشرع أو القانون لا يبين الأشياء على التفوق ، بل على الحق وحده ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه و قيد حرية الأشخاص و خالف القانون و الشرع ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " <sup>1</sup> ، كما قضى بأنه : " من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد مكان ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت زوجية المطلقة و متى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع و القانون ، لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن ... " <sup>2</sup> .

و إن كان المشرع لم ينص في قانون الأسرة صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه الحضانة ، لكنه لا يحبذ الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي ، حيث جعل ذلك من مسقطات الحضانة إذا حكم القاضي بذلك ، وهذا ما يستشف من نص المادة 69 والتي تنص : " إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون " <sup>3</sup> .

و لقد سارت المحكمة العليا بنفس الاتجاه عندما أسقطت الحضانة من الأم التي تقطن ببلد أجنبي حيث جاء في إحدى قراراتها : " تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي و إقامة الوالد بالجزائر " <sup>4</sup> ، غير أنه إذا كان الزوجان يقطنان في بلد أجنبي واحد فلا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1990/04/30 ، ملف رقم 79891 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 1992 ، ص 55 .

<sup>2</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1998/12/15 ، ملف رقم 214290 ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 194 .

<sup>3</sup> - باديس نياي ، آثار فك الرابطة الزوجية ، المرجع السابق ، ص 93 .

<sup>4</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 2001/12/26 ، ملف رقم 273526 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 2004 ، ص 264 .

<sup>5</sup> - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 2002/05/08 ، ملف رقم 282033 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 2004 ، ص 363 .

الخاتمة

## الخاتمة

من خلال هذا البحث تبين لنا أن موضوع دور القاضي في الخلع من المواضيع الحديثة التي لم يتناولها الفقهاء في كتاباتهم إلا قلة منهم ، بالرغم من الأهمية التي أصبحت تحتلها مثل هذه المواضيع و الظروف التي أصبحت تستدعي التعرض لمثل هذه المواضيع فالمرأة أصبحت في وقتنا الحاضر تحتل نفس المكانة التي يحتلها نظيرها الرجل ، وأصبحنا نجدها في كل الميادين و تدعو في كل موضع إلى التحرر و المساواة بينها و بين الرجل .

هذه المكانة التي أصبحت المرأة تتمتع بها في وقتنا الحاضر كانت الشريعة الإسلامية قد كفلتها للمرأة سواء كانت أمًا أو زوجة أو بنتا ، حيث رفع الإسلام مكانة المرأة و صانها من الاضطهاد و الاستبداد و التعسف الذي كان يلاحقها في السابق ، و اعترف بها كإنسان بعدما كانت تعامل كالبضاعة تباع و تشتري ، كما منح للمرأة الكثير من الحقوق المدنية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية الواسعة . و بذلك فقد قضى الإسلام على مبدأ التفرقة بين الرجل و المرأة و أقر المساواة بينهما في الحقوق و الإلتزامات .

ولقد استجابت الكثير من التشريعات لهذه الدعوات المنادية بالتحرر من خلال التعديلات التي استحدثتها في تشريعاتها ومنها المشرع الجزائري ، حيث تأثر بتلك التيارات و يظهر ذلك من خلال التعديلات التي جاء بها قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 حيث هدف من خلال تعديلاته إلى الرفع من شأن المرأة و تقوية مركزها القانوني و الاجتماعي تلبية لمطالب معينة و إرضاء لتوجهات مختلفة . فغلب عليه الطابع السياسي و الإيديولوجي أكثر من اهتمامه بالصياغة القانونية للمواد ، و هذا ما جعل صياغته لبعض المواد تتسم بالركاكة و عدم الانسجام و مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية .

ومن هذه المواد نجد نص المادة 54 المعدلة و التي نورد بعض الملاحظات بشأنها :

1/ جاءت هذه المادة ناقصة و غامضة في صياغتها ، فلم تنظم كل ما يعتري الخلع من أحكام لذلك كان رجوعنا للشريعة الإسلامية التي كانت المصدر الأساسي في بحثنا هذا ، و حاولنا من خلالها إزالة النقائص التي لم يتعرض لها المشرع الجزائري ، و هذا ما يعاب عليه حيث كان ينبغي له التعرض لكل الأحكام المتعلقة بالخلع و لاسيما أركانه ، و النص صراحة على الشروط التي ينبغي توفرها في الزوج المخالغ بأن يكون أهلا لإيقاع الخلع عاقلا و بالغاً و أن تكون الزوجة المختلعة أهلا للتبرع ، مثلما فعلت التشريعات المقارنة ؛

2/ لم يقيد المشرع الجزائري بدل الخلع بشروط ، حيث كان عليه أن ينص صراحة على عدم جواز الخلع مقابل تنازل الزوجة عن حضانة الأولاد و نفقتهم لتعلقها بمصلحة



المحضون ؛ و إذا اشترط الزوج في الخلع تنازل الزوجة عن حضانة أولادها ، صح الخلع وبطل الشرط .

### 3/ النص صراحة أن الخلع طلاق لا فسخ ؛

4/ إن التكييف الذي تبناه المشرع الجزائري عند صياغته للمادة 54 من قانون الأسرة بعد تعديلها مخالف لما ورد في المذاهب الفقهية و التي اتفقت على اعتبار الخلع عقد رضائي لا يتم إلا برضى الزوجين معا ، وحتى بالنسبة للفقهاء الذين أجازوا للقاضي إلزام الزوج على الخلع اعترفوا بمبدأ الرضائية ، كما جاءت مخالفة لقوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية ، و التي اعترفت بأن الخلع عقد رضائي وأجازت للقاضي استثناء بإيقاع الخلع جبرا على الزوج إما بعد محاولة الصلح و إما بعد التأكد من تعنت الزوج ؛

5/ كما أن القواعد التي أقرتها الشريعة الإسلامية الغراء ومنها أحقية الرجل في امتلاك العصمة و أحقيته في القوامة تأبى أن يتم إيقاع الفرقة بينه و بين زوجته بمجرد قيام هذه الأخيرة برفع دعوى الخلع دون أن يوجد قبول من جهته ؛

6/ إن بقاء النص على هذا الحال قد يؤدي إلى تعسف الزوجة في الخلع ، حيث أنه و إن كان من أسباب إقرار هذا النوع من الخلع هو تعسف بعض الأزواج و رفضهم منح الزوجة حريتها مقابل ما تدفعه ثمننا لذلك ، إلا أنه لا يمكن معالجة الخطأ بخطأ أو التعسف بتعسف .

وما يعاب على مشرنا في هذا الصدد عدم التعرض لأحقية الزوج في التعويض عن سوء استخدام الزوجة لحقها في الخلع ، فقد تتعسف الزوجة في ممارسة حقها الإرادي في الخلع مما قد يترتب على ذلك ضرر بالزوج ، لذلك كان ينبغي أن ينص صراحة على حق الزوج في التعويض عن الخلع التعسفي مثلما أقره في الطرق الأخرى لانحلال الرابطة الزوجية ؛

7/ لقد قيدت المادة 54 من قانون الأسرة مجال تدخل القاضي في النظر في القضية المعروضة أمامه ، حيث جعلته مجبرا على الاستجابة لرغبة الزوجة في الخلع و أصبح دوره يقتصر على تقرير بدل الخلع إذا لم يتفق عليه الزوجان بالإضافة إلى بعض التدخلات المقررة في بعض المواد المتفرقة من قانون الأسرة لاسيما المواد 49، 57 مكرر، والمواد من 61 إلى 79، وهي سلطات عامة مرتبطة بكل دعاوى فك الرابطة الزوجية .

**وفي الأخير ارتأيت تقديم بعض الاقتراحات و تتمثل في عدة نقاط :**

**الاقتراح الأول :** إلغاء التعديل الوارد على نص المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة فيما يتعلق بحق الزوجة في الخلع دون موافقة الزوج و تبني أحد الحلول التالية :

**الحل الأول :** تبني موقف جمهور الفقهاء وما اعتمده كل من المشرع المصري و الأردني والقول بأن الخلع عقد رضائي كأصل عام ، ثم استثناء و في حالة رفض الزوج مخالعة زوجته يمكن للقاضي إجباره على الخلع بعد القيام بمحاولة الصلح ؛

**الحل الثاني :** تبني موقف ابن تيمية و ما جاء في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والقول أن الخلع عقد رضائي ، لكن استثناء من هذا الأصل يجوز للقاضي إجبار الزوج على الخلع إذا ثبت له تعنت الزوج و رفضه لمبدأ الخلع .

**الاقتراح الثاني :** الزيادة من سلطات قاضي شؤون الأسرة و جعل دوره إيجابيا في دعوى الخلع من خلال البحث و التحري عن أسباب الخلع و التثبت من وجاهة هذه الأسباب و التي ينبغي للزوجة تقديمها لتسند بها دعواها ، و التأكد من بغض الزوجة لزوجها و كراهيتها له ويمكن له الاستعانة بأهل الاختصاص من أطباء نفسانيين و مختصين في علم الاجتماع .

و يستوجب كذلك على المشرع أن يلزم القاضي بالجوء إلى تحكيم الحكّمين قبل صدور الحكم بالخلع ، مثلما فعلت التشريعات المقارنة ، فقد ينجح الحكّمين في التوفيق بين الزوجين و وضع حد للشقاق المستحکم بينهما ، فظاهر نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري يظهر لنا بأن المشرع الجزائري اقتصر على بعث الحكّمين فقط في دعوى التطليق للضرر ، في حين أن الشريعة الإسلامية شرعت التحكيم كلما وجد الشقاق بين الزوجين ، لذلك كان يجب على المشرع تعميم هذا النص ليشمل كل دعاوى فك الرابطة الزوجية و من ضمنها الخلع .

**الاقتراح الثالث :** إقرار التعويض عن الخلع التعسفي بالنص صراحة : " إذا ثبت تعسف الزوجة في الخلع حكم للزوج المخالع بالتعويض عن الضرر اللاحق به " .

**تم بحمد الله و بحونه**

# قائمة المصادر و المراجع

## قائمة المصادر والمراجع المعتمد عليها في البحث

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : كتب التفسير

- 1 - أحمد بن شعيب بن علي بن سنان بن بجر النسائي ، سنن النسائي ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، الجزء السادس ، سنة 1994 م .
- 2 - أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم ، تحقيق سامي بن محمد السلامة ، دار طيبة ، المجلد الأول ، سنة 2002 م .
- 3 - الحافظ أبي عبد الله محمد بن زيد القزويني ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه و أحاديثه وعلق عليه عبد الفؤاد عبد الباقي ، المكتبة العلمية ، بيروت لبنان ، الجزء الأول ، د س ن .
- 4 - الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري دار الريان للتراث ، د ب ن ، الجزء التاسع ، سنة 1986 م .
- 5 - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، د ب ن ، المجلد الأول ، الجزء الثالث ، د س ن .
- 6 - الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي ، صحيح البخاري ، دار إبن كثير، بيروت ، الجزء السادس ، سنة 1993 م .
- 7 - الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار - شرح منتقى الأخبار ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، المجلد الثالث ، الجزء السادس ، الطبعة الأولى ، سنة 1995 م .
- 8 - ابن عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، الجامع الصغير و هو سنن الترمذي ، تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الجزء الأول ، د س ن .

ثالثاً : كتب الفقه

الفقه المالكي

- 1 - الدردير أبي البركات أحمد بن محمد ، شرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، طبعة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الثاني ، د س ن .
- 2 - القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار إبن حزم ، بيروت لبنان ، الجزء الأول ، سنة 1999 م .

3 - الإمام مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، د د ن و ب ن ، الجزء الرابع ، سنة 1422 هـ .

4 - موطأ الإمام مالك ابن أنس ، مكتبة الفرقان دبي ، الجزء الأول ، د س ن .

### الفقه الحنفي

1 - الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 1995 .

2 - ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الجزء الثالث ، سنة 1992 م .

3 - ابن نجيم ، بحر الرائق - شرح كنز الدقائق ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، المجلد الرابع ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى ، سنة 1997 م .

4 - محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، د ب ن ، الجزء السادس ، سنة 1989 م .

### الفقه الشافعي

1 - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين و عمدة المفتين ، إشراف زهير الشاوش ، المكتب الإسلامي ، الجزء السابع ، سنة 1991 م .

2 - أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الجزء العاشر ، سنة 1999 .

3 - محمد بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، الجزء السادس ، الطبعة الأخيرة ، سنة 1984 م .

### الفقه الحنبلي

1 - ابن تيمية تقي الدين ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، مجمع الملك فهد ، الجزء 32 ، سنة 1995 م .

2 - علي بن سليمان بن أحمد المرادوي ، الأنصاف ، دار إحياء التراث العربي ، د ب ن الجزء الثامن ، الطبعة الأولى ، سنة 1975 .

3 - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي هلال ، دار الفكر ، الجزء الخامس ، سنة 1982 .

4 - ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، دار إحياء التراث العربي ، الجزء السابع ، الطبعة الأولى ، سنة 1985 م .

5 - ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي ، تحقيق أحمد محمد عزوز ، المكتبة العصرية للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت سنة 2003 .

#### رابعاً : المعاجم

1 - أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ( ابن منظور ) لسان العرب ، دار صادر للنشر و التوزيع ، د ب ن ، الجزء الخامس ، سنة 2003 .

2 - مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث و الأثر ، المكتبة العلمية ، بيروت ، الجزء 2 ، د س ن .

3 - الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة ، د ب ن ، الجزء الأول ، سنة 2001 .

#### خامساً : كتب الفقه المعاصرة

1 - أحمد فراج حسن ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر ، سنة 2004 .

2 - أحمد محمد عساف ، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة - المعاملات ، دار إحياء العلوم ، بيروت ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، سنة 1987 .

3 - الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، د ب ن ، الطبعة الثالثة سنة 1950 .

4 - السيد سابق ، فقه السنة ، دار الفتح للإعلام العربي ، القاهرة ، المجلد الثاني ، الطبعة الحادية و العشرون ، سنة 1999 .

5 - بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ( الزواج و الطلاق ) دار النهضة العربية للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت لبنان ، الجزء الأول ، د س ن .

6 - رمضان علي السيد الشرنباصي و الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2007 .

7 - رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان . د س ن .

- 8 - عبد الرحمان محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2001 .
- 9 - عبد الرحمان الصابوني ، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، دار الفكر دمشق ، و دار الفكر المعاصر ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2001 .
- 10 - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الجزء الثامن ، الطبعة الثالثة ، سنة 1997 م .
- 11 - الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي ، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2003 .
- 12 - محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون - دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت لبنان الطبعة الثانية ، سنة 1977 .
- 13 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ( الأحوال الشخصية - أحكام الأسرة ) دار الفكر المعاصر دمشق ، الجزء التاسع ، الطبعة الرابعة المعدلة ، سنة 1997 م .
- 14 - وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر - أحكام الأسرة ، دار الكلم الطيب دمشق ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، سنة 2002 .

#### سادسا : الكتب القانونية

##### أ / الكتب العامة

- 1 - أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات - دراسة فقهية ونقدية مقارنة - دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر ، سنة 2010 .
- 2 - أحمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق وآثارهما ، دار الكتب القانونية ، مصر ، سنة 2004 .
- 3- أحمد نصر الجندي ، من فرق الزوجية ( الخلع - الظهار - اللعان - الإيلاء ) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، الطبعة الأولى ، سنة 2005 .
- 4 - أحمد نصر الجندي ، النفقات و الحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، طبعة 2006 .

- 5 - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الزواج والطلاق - ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، سنة 2005 .
- 6 - د / الغوثي بن ملحمة ، القانون القضائي الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر ، الطبعة الثانية ، سنة 2000 .
- 7 - الأنصاري حسن النيداني ، الصلح القضائي - دور المحكمة في الصلح و التوفيق بين الخصوم ، دراسة تأصيلية و تحليلية - دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، مصر ، سنة 2009 .
- 8 - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية - الزواج والفرقة وحقوق الأقارب - مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 1999 .
- 9 - باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، سنة 2007 .
- 10 - باديس ذيابي ، آثار فك الرابطة الزوجية - تعويض - نفقة - عدّة - حضانة - متاع- دراسة مدعمة بالإجتهد القضائي ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، سنة 2008 .
- 11 - حسين طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما بإجتهد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية ، دار الخلدونية الجزائرية الطبعة الأولى ، سنة 2009 .
- 12 - جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، دار الحامد للنشر و التوزيع عمان الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 2009 .
- 13 - رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية - دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة الجزائر ، الطبعة الأولى ، سنة 2008 .
- 14 - سليمان نصر وسعاد سطحي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري - دار الهدى ، الجزائر ، سنة 2003 .
- 15 - شيماء الصراف ، أحكام المرأة بين الإجتهد والتقليد ، دراسة مقارنة في الشريعة والفقه والقانون والإجتهد ، دار القلم ، باريس ، الطبعة الأولى ، سنة 2001 .
- 16 - عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، منشورات جامعة دمشق ، الجزء الثاني ، سنة 1994 .



- 17 - عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد - ترجمة للمحاكمة العادلة ، موفم للنشر والتوزيع الجزائر ، سنة 2009 .
- 18- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، سنة 1996 .
- 19 - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد - أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، سلسلة تبسيط القوانين ، دار هومه ، الطبعة الثانية ، سنة 2009 .
- 20 - عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر للنشر والتوزيع ، الجزائر ، سنة 2010 .
- 21 - عبد الهادي بن زيطة ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - دار الخلدونية للنشر و التوزيع الجزائر ، الطبعة الأولى ، سنة 2007 .
- 22 - عمر صلاح مهدي العزاوي ، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دراسة مقارنة في إطار الفقه الإسلامي و التشريعات العربية و الغربية منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2010 .
- 23 - عمر عيسى الفقي ، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ، المكتب الجامعي الحديث ، د ب ن ، المجلد الثاني ، الطبعة الأولى ، سنة 2005 .
- 24 - عيسى حداد ، عقد الزواج - دراسة مقارنة - منشورات جامعة باجي مختار ، عنابة ، سنة 2006 .
- 25 - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1967 م/1387 هـ و الطبعة الرابعة سنة 1988 م/1408 هـ .
- 26 - فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري - في الزواج والطلاق - المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، الجزء الأول ، سنة 1986 .
- 27 - لحسن بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومه ، الجزائر الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، سنة 2006 .
- 28 - محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، الطبعة الرابعة ، سنة 1994 .
- 29- محمد صبحي نجم ، محاضرات في قانون الأسرة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، الطبعة الثانية ، سنة 1992 .

- 30 - محمد لامين لو عيل ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه الجزائر، الطبعة الثانية ، سنة 2006 .
- 31- محمد لامين لو عيل ، الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفقا للتعديلات الجديدة و الإجتهد القضائي ، دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر ، سنة 2010 .
- 32 - مصري مبروك ،الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية مقارنة ، دار هومه ، الجزائر ، د س ن .
- 33 - يوسف دلاندة ، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بالأمر رقم 02/05 مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و المواريث ، دار هومه ، طبعة 2007 .
- 34 - يوسف دلاندة ، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، الطبعة الثانية ، سنة 2009 .

#### ب / الكتب الخاصة

- 1 - أحمد حسام النجار ، الخلع و مشكلاته العملية و المنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية و أحكامه ، دار الكتب القانونية مصر ، سنة 2004 .
- 2 - أمير محمد مطاوع ، الخلع بين الشريعة و القانون - دراسة تأصيلية في ضوء أقوال الفقهاء و أحكام القانون و اتجاه القضاء ، دار الإيمان للنشر و التوزيع ، إسكندرية مصر ، سنة 2002.
- 3 - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، دراسة فقهية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر ، سنة 2003 .
- 4 - عامر سعيد الزيباري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 1997 .
- 5 - منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية ، أحكامه و آثاره دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى سنة 2008 .

## سابعاً : الرسائل و المذكرات الجامعية

### أ / رسائل الدكتوراه

1 - بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة و القانون - دراسة مقارنة - بحث مقدم لنيل دكتوراه الدولة بقسم الفقه و أصوله ، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة ، قسنطينة ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، سنة 2000 / 2001 .

2 - زكية حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق تلمسان ، جامعة أبو بكر بلقايد ، سنة 2004 / 2005 .

3 - محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الشرعية - تخصص فقه و أصوله كلية العلوم الإجتماعية و العلوم الإسلامية - قسم الشريعة ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، سنة 2008 / 2009 .

4 - مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2009/2010 .

### ب / مذكرات الماجستير

1 - بلبلولة بختة ، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2004 / 2005 .

2 - ربيعة إلغات ، التفريق بين الزوجين دراسة نموذجية للخلع و الظهار والإيلاء و اللعان رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق و العلوم القانونية والإدارية ، معهد الحقوق و العلوم القانونية والإدارية ، جامعة الجزائر ، سنة 1997/1998 .

3 - زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق - دراسة للنصوص القانونية و الفقهية وفي الإجتهد القضائي - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2006/2007 .

4 - عائشة عمران ، مدى حرية الزوجين في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنة مع أبرز التشريعات العربية ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2007/2008 .

- 5 - عبد الرحيم الأنوار ، نظام الطلاق في الجزائر ، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا ، فرع القانون الخاص ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 1976/1975 .
- 6 - عزيزة حسين ، الحضانة في قانون الأسرة و قضاء الأحوال الشخصية و الفقه الإسلامي مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2000/1999 .
- 7- عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2001/2000 .
- 8 - نعيمة تبوداشت ، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، جامعة الجزائر ، سنة 2000/1999 .

### ثامنا : المقالات و الدوريات

- 1- أحمد ذياب شويح ، سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني ، مقال منشور في مجلة أم القرى لعلوم الشريعة و اللغة العربية و آدابها ، غزة فلسطين ، الجزء 17 ، العدد 34 ، سنة 2005 .
- 2 - أعراب بلقاسم ، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن - دراسة تأصيلية - مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، العدد الأول ، سنة 1994 .
- 3- الطيب لوح ، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها والحماية الجزائرية لبعض مبادئه ، موسوعة الفكر القانوني ، العدد الخامس د س ن .
- 4 - العربي بلحاج ، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، العدد 3 ، سنة 1990 .
- 5 - إسماعيل البريشي ، الخلع القضائي بين الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية مقال منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد الخامس ، العدد 4 ، سنة 2009 .
- 6 - إسماعيل كاظم العيساوي ، استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير - دراسة مقارنة - المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد الخامس ، العدد الثالث ، سنة 1430هـ / 2009م .
- 7- جيلالي تشوار ، خواطر حول بعض الجوانب الإتفاقية في العلاقات الزوجية ، مقال المنشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، العدد 2 ، سنة 2007 .

8 - ذباب عبد الكريم عقل ، مدى إزام الزوج بالمخالعة في حال طلب الزوجة و إصرارها عليه ، مقال منشور في مجلة الدراسات ، علوم الشريعة و القانون ، المجلد 31 ، العدد 1 سنة 2004 .

9- ربيحة إلغات ، الطلاق بالخلع - دراسة تحليلية في ضوء الفقه و القانون و اجتهادات المحكمة العليا ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، العدد 4 سنة 2009 .

10 - رشيد بن شويخ ، أحكام الخلع في الشرع و القانون و القضاء ، مقال منشور في مجلة المعيار تصدرها كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، العدد التاسع ، سنة 2004 .

11 - زكية تشوار حميدو ، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية الجزء 41 ، عدد 02 ، سنة 2003 .

12- سامية بن قوية ، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية العدد 1 ، سنة 2010 .

13- شوقي البناسي ، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و القانون المقارن ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية العدد 4 ، سنة 2008 .

14- عبد القادر بن داود ، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري ( إشكاليات حلها ) مقال منشور في مجلة المعيار ، تصدرها كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، العدد التاسع ، سنة 2004 .

15 - عبد القادر داودي ، وقوع الطلاق من غير الزوج ، مقال منشور في مجلة المعيار تصدرها كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، العدد التاسع ، سنة 2004 .

16 - ليلي جمعي ، سلبيات و إيجابيات قانون الأسرة الجزائري و دور قضاة الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات و تأكيد تلك الإيجابيات ، مقال منشور بمجلة الحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ، عدد 9 ، سنة 2004 .

17 - أ / محمد أبو زهرة ، إصلاح الأسرة ، مقال منشور في مجلة القانون و الإقتصاد تصدرها كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، عدد الأول ، السنة 24 ، 1954 .

18 - محمد شمروك ، مراد مصمودي و عدلان غربي ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 16 سنة 2008/2005 .

19- ناصر الدين ماروك ، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق ، مقال منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، العدد الثالث ، السنة الثالثة 2001 .

20 - نور الدين زمام و بن قفة سعاد ، قانون الأسرة الجزائري بين المشاركة السياسية وسياسة المشاركة ، مقال منشور في مجلة العلوم الإنسانية و الإجتماعية ، العدد 7 ، جانفي 2012 .

21 - هجيرة دنوني ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية و السياسية ، العدد الأول ، سنة 1994 .

#### تاسعا : النصوص القانونية

1 - الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 والذي خص تنظيم عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الخاضعون لأحوال الشخصية المحلية - الجريدة الرسمية الصادرة في 1959/02/11 .

2 - الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 ، الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 الجريدة الرسمية عدد 47 ، السنة 3 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ملغى .

3- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل والمتمم .

4 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 ( ج ر رقم 24 ) المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ( ج ر رقم 15 ) و الموافق بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 ( ج ر رقم 43 ) .

5 - القانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية - جريدة رسمية رقم 21 مؤرخة في 2008/04/23 .

6 - قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07 .

7 - القانون رقم 01 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالجريدة الرسمية عدد 4 مكرر بتاريخ 29 يناير 2000 .

8- القانون المؤقت رقم 82 لسنة 2001 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني .

- 9 - المدونة المغربية الصادرة بالقانون رقم 70/03 المؤرخ في 12 من ذي الحجة الموافق ل3 فبراير سنة 2004 ( جريدة رسمية رقم 5184 الصادرة بتاريخ 5 فبراير سنة 2004 ) .
- 10 - قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 ، نشر في الجريدة الرسمية عدد 1570 بتاريخ 24 شوال 1404 ، الموافق ل 1984/07/23 ، السنة الثلاثون والمعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 ، و القانون رقم 29 لسنة 2004 ( ج ر عدد 664 ، سنة 50 وبالقانون رقم 66 لسنة 2007 المنشور بالجريدة الرسمية ، العدد 852 ، السنة 54 .
- 11 - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/28 .

### عشرة : قرارات المحكمة العليا

- 1 - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1968/05/22 ، مجموعة الأحكام القضائية ، الجزء الأول .
- 2 - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1968/07/03 ، مجلة الأحكام ، تصدر عن وزارة العدل المجموعة 1 ، الجزء 1 .
- 3- م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1979/01/15 ، الملف رقم 17481 ، غير منشور .
- 4 - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1984/06/11 ، ملف رقم 33652 ، المجلة القضائية العدد الثالث ، سنة 1989 .
- 5 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1984/07/09 ، الملف رقم 33921 ، المجلة القضائية العدد الرابع ، سنة 1989 .
- 6- م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1984/10/22 ، ملف رقم 34327 ، المجلة القضائية العدد الثالث ، سنة 1989 .
- 7- م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1984/11/05 ، ملف رقم 32131 ، المجلة القضائية العدد الثاني ، سنة 1990 .
- 8 - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1985/04/22 ، ملف رقم 36709 ، المجلة القضائية العدد الأول ، سنة 1989 .
- 9 - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1985/12/02 ، الملف رقم 38825 ، نشرة القضاة العدد 44 .
- 10- م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1986/01/27 ، الملف رقم 39731 ، المجلة القضائية العدد الرابع ، سنة 1993 .
- 11 - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1986/02/24 ، الملف رقم 36768 ، غير منشور .

- 12- م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1986/05/05 ، الملف رقم 40438 ، المجلة القضائية العدد الثاني ، سنة 1989 .
- 13- م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1986/12/29 ، الملف رقم 43860 ، المجلة القضائية العدد الثاني ، سنة 1993 .
- 14 - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1988/11/07 ، الملف رقم 50270 ، المجلة القضائية العدد الثالث ، سنة 1991 .
- 15 - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1988/11/21 ، ملف رقم 51728 ، المجلة القضائية العدد الثالث ، سنة 1990 .
- 16 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1989/03/13 ، الملف رقم 52221 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 1993 .
- 17- م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1989/05/22 ، الملف رقم 53578 ، المجلة القضائية العدد الرابع ، سنة 1991 .
- 18 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1989/07/03 ، الملف رقم 54353 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 1992 .
- 19 - م أ ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1989/12/25 ، الملف رقم 52207 ، المجلة القضائية العدد الثالث ، سنة 1991 .
- 20 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1990/04/16 ، ملف رقم 59784 ، المجلة القضائية العدد الرابع ، سنة 1991 .
- 21 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1990/04/30 ، ملف رقم 79891 ، المجلة القضائية العدد الأول ، سنة 1992 .
- 22 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1991/06/18 ، ملف رقم 755141 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 1993 .
- 23 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1991/06/18 ، ملف رقم 75029 ، المجلة القضائية العدد الثاني ، سنة 1994 .
- 24 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1992/07/ 21 ، ملف رقم 83603 ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 .
- 25 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1993/06/23 ، الملف رقم 91671 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 1994 .



- 26 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1996/07/30 ، ملف رقم 141262 ، المجلة القضائية ، عدد الأول ، سنة 1998 .
- 27 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1997/09/30 ، الملف رقم 171684 ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 .
- 28- م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1998/07/21 ، ملف رقم 200198 ، مجلة نشرة القضاة ، عدد 56 .
- 29- م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1998/12/15 ، ملف رقم 214290 ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 .
- 30 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1999/02/16 ، ملف رقم 216850 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، سنة 2001 .
- 31- م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 1999/05/18 ، الملف رقم 222651 ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 .
- 32 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 2000/11/21 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، سنة 2001 .
- 33- م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 2001/12/26 ، ملف رقم 273526 ، المجلة القضائية العدد الأول ، سنة 2004 .
- 34- م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 2002/02/13 ، الملف رقم 265727 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 2004 .
- 35 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 2002/05/08 ، ملف رقم 282033 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 2004 .
- 36 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 2002/07/13 ، الملف رقم 277411 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 2004 .
- 37 - م ع ، غ أش ، قرار مؤرخ في 2006/07/12 ، ملف رقم 358348 ، قضية ( ط - م ) ضد ( خ - ع ) .

حادي عشر : المراجع باللغة الفرنسية

1- GHAOUTI BENMELHA , le droit Algérien de la famille , O ,P,U  
Alger , 1973 .

2 - FATIMA ZOHRA SAI, le khul'dans le code de la famille  
Algérien et la moudawwana marocaine , droit de la famille , regards  
croisés , laboratoire de droit et de nouvelle technologies, faculté de  
droit , Oran , 2007.

ثاني عشر : مواقع الأنترنت

1 - Www. Almounadil – a. info / article .

2 - www . Gcc – legal. Org .

3 - www. moswarat. com .

# الفهرس

## الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة :
04.....	الفصل الأول : مفهوم الخلع
05 .....	المبحث الأول : ماهية الخلع
05 .....	المطلب الأول : تعريف الخلع وتحديد ألفاظه
05.....	الفرع الأول : تعريف الخلع
05 .....	أولا : تعريف الخلع لغة
06.....	ثانيا : تعريف الخلع إصطلاحا
09.....	الفرع الثاني : ألفاظ الخلع
09.....	أولا : ألفاظ الخلع عند الفقهاء
11.....	ثانيا : تمييز الخلع عن ما يشابهه من ألفاظ
11 .....	I / الخلع و الطلاق على مال
13.....	II / الخلع و المبرأة
13.....	III / الخلع و الفدية
14.....	المطلب الثاني : حكم الخلع والحكمة منه
15.....	الفرع الأول : حكم الخلع وأدلة مشروعيته
15.....	أولا : الأصل في إباحة الخلع و مشروعيته
15.....	I - من الكتاب
17.....	II - من السنة النبوية الشريفة
19 .....	III - عمل الصحابة
21.....	ثانيا : رأي أبي بكر بن عبد الله المزني
23.....	الفرع الثاني: الحكمة من تشريع الخلع
24.....	المطلب الثالث : التكليف الفقهي للخلع و موقف المشرع الجزائري

24.....	الفرع الأول : الخلع بين اليمين والمعوضة
24.....	أولا : الموقف الفقهي
27.....	ثانيا : الموقف التشريعي
28.....	الفرع الثاني : الخلع طلاق أم فسخ
28.....	أولا : الإختلاف الفقهي
28.....	I - الإتجاه القائل بأن الخلع فسخ
30.....	II - الإتجاه القائل بأن الخلع طلاق
30.....	III - ثمرة الخلاف وفائدته
32.....	ثانيا : موقف المشرع الجزائري
33.....	<b>المبحث الثاني : أركان الخلع</b>
33.....	المطلب الأول : طرفا الخلع
33.....	الفرع الأول : الزوج المخالع والزوجة المختلعة
34.....	أولا: شروط الزوج المخالع و حالاته
34.....	I - أهلية الزوج
35.....	II - خلع السكران
36.....	III - خلع المكره
36.....	IV - خلع المريض مرض الموت
38.....	ثانيا : الزوجة المختلعة وحالاتها
38.....	I - خلع الزوجة الصغيرة و المجنونة
40.....	II - خلع المحجور عليها
41.....	III - خلع المريضة مرض الموت
43.....	IV- خلع الحائض
44.....	V - خلع المكرهه
44.....	ثالثا : موقف المشرع الجزائري
46.....	الفرع الثاني : الوكالة في الخلع و خلع الأجنبي
46.....	أولا : الوكالة في الخلع

47	I - التوكيل من الزوج .....
47	II - التوكيل من الزوجة .....
48	III- التوكيل من الزوجين معا .....
48	ثانيا : مخالعة الأجنبي أو الفضولي .....
50	المطلب الثاني : عوض الخلع .....
50	الفرع الأول : مقدار العوض .....
51	أولا : الرأي القائل بأن العوض يتحدد بمقدار ما أعطاهما .....
52	ثانيا : الرأي القائل بأن العوض يتحدد بما يتراضى عليه الزوجان .....
53	الفرع الثاني : نوع العوض .....
54	أولا : حكم الخلع بالعوض المجهول .....
54	I / الإتجاه القائل بصحة الخلع بعوض مجهول .....
55	II / الإتجاه الذي لا يجيز الخلع بعوض مجهول .....
55	ثانيا : العوض غير المتقوم .....
56	ثالثا : العوض إذا كان غير مقدور على تسليمه .....
56	رابعا : الخلع على إرضاع الولد و حضائته و نفقته .....
59	خامسا : نفقة المختلعة ومهرها كمقابل للخلع .....
59	سادسا : إسقاط الحضانة كمقابل للخلع .....
60	الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من مسألة العوض .....
62	المطلب الثالث : صيغة الخلع والمعوض .....
62	الفرع الأول : الصيغة .....
62	أولا : صيغة الخلع بالمعاطاة .....
62	I / الإتجاه الذي يرى جواز الخلع بالمعاطاة .....
63	II / الإتجاه الذي لا يجيز عقد الخلع بالمعاطاة .....
64	ثانيا : الموقف الفقهي من صيغة الخلع وشروطها .....
66	ثالثا : موقف التشريعي .....
67	الفرع الثاني : المعوض أو البضع .....

- أولا : خلع المعتدة ..... 67
- ثانيا: خلع الزوجة غير المدخول بها ..... 68
- الفصل الثاني : مجالات تدخل القاضي في دعوى الخلع** ..... 69
- المبحث الأول : مجالات تدخل القاضي عند النظر في الدعوى** ..... 70
- المطلب الأول : دور القاضي في إجبار الزوج على الخلع ..... 70
- الفرع الأول : موقف الفقهاء من مسألة إجبار الزوج على الخلع..... 70
- أولا : موقف الفقهاء من حاجة الخلع إلى القاضي..... 71
- I / الإتجاه القائل بصحة الخلع بدون حاكم ..... 71
- II / الإتجاه القائل بضرورة الترافع إلى الحاكم ..... 72
- ثانيا : موقف الفقهاء من سلطة القاضي في إكراه الزوج على الخلع..... 73
- I / الفريق القائل باشتراط رضی الزوج في الخلع ..... 73
- II / الفريق القائل بجواز إجبار القاضي للزوج على الخلع..... 74
- الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري و التشريعات المقارنة ..... 79
- أولا : موقف المشرع و القضاء الجزائري ..... 79
- I / موقف المشرع الجزائري من المسألة ..... 80
- 1/ موقف المشرع الجزائري في ظل المادة 54 من القانون رقم 11/84 ..... 80
- أ / التنظيم القضائي الجزائري قبل صدور القانون رقم 11/84 ..... 80
- ب / صدور قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 ..... 82
- 2 / موقف المشرع الجزائري في ظل المادة 54 بعد تعديلها ..... 84
- II / موقف القضاء الجزائري ..... 87
- 1 / موقف القضاء الجزائري قبل سنة 1992 ..... 87
- 2 / موقف القضاء الجزائري بعد سنة 1992 ..... 88
- ثانيا / موقف التشريعات المقارنة ..... 90
- I / الخلع عقد رضائي ..... 90
- II / إقرار الخلع القضائي إلى جانب الخلع الرضائي ..... 91
- 1 / تنظيم الخلع في التشريع المصري ..... 92

94.....	2 / تنظيم الخلع في القانون الأردني
95.....	3 / تنظيم الخلع في القانون الإماراتي
97.....	المطلب الثاني : دور القاضي في تقدير بدل الخلع واتخاذ تدابير استعجالية وقتية
97.....	الفرع الأول : تقدير بدل الخلع و دور القاضي في تحديده
97.....	أولا / تقدير بدل الخلع في قانون الأسرة الجزائري
100.....	ثانيا / تقدير بدل الخلع في التشريعات المقارنة
102.....	الفرع الثاني : دور القاضي في اتخاذ تدابير تحفظية وقتية
102.....	أولا : تعريف التدابير الاستعجالية ومبررات استحداثها في دعاوى الطلاق (الخلع)
103.....	ثانيا : حالات اللجوء إلى التدابير الاستعجالية
103.....	I / النفقة
104.....	II / الحضانة
104.....	III / الزيارة
104.....	IV / السكن
105.....	المطلب الثالث : دور القاضي في الإصلاح بين الزوجين
106.....	الفرع الأول : تعريف الصلح و طبيعة إجراءاته
106.....	أولا / تعريف الصلح
107.....	ثانيا / أدلة مشروعية الصلح
107.....	I / من الكتاب
108.....	II / من السنة النبوية الشريفة
108.....	III / عمل الصحابة
108.....	ثالثا / طبيعة إجراءات الصلح
108.....	1 / مدى إلزامية محاولة الصلح قانونا
109.....	I / طبيعة إجراءات الصلح قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984
109.....	II / طبيعة إجراءات الصلح بعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984
111.....	2/ مدى إلزامية محاولة الصلح في القضاء
112.....	الفرع الثاني : جلسة الصلح و شروط انعقادها و آثارها



112.....	أولا / شروط انعقاد جلسة الصلح
113.....	I / الشروط الموضوعية
113.....	1 / وجود عقد زواج
113 .....	2 / وجود دعوى طلاق ( الخلع ) معروضة أمام القضاء
113.....	II / الشروط الشكلية
113 .....	1/ الزوجان ( الزوج و الزوجة )
114 .....	2/ القاضي
114.....	3/ كاتب الضبط
114.....	ثانيا / جلسة الصلح وإجراءاتها
115.....	ثالثا / آثار عقد جلسة الصلح
115.....	I / نجاح محاولة الصلح
116.....	II / فشل محاولة الصلح بين الزوجين
116 .....	المبحث الثاني : مجالات تدخل القاضي في الآثار المترتبة على صدور الحكم بالخلع..
117.....	المطلب الأول : دور القاضي في تقدير التعويض للزوج عن الخلع التعسفي
118.....	الفرع الأول : الأساس القانوني لاستحقاق الزوج للتعويض
119.....	أولا / معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي
119.....	I / معنى التعسف
120.....	II / معايير التعسف في استعمال الحق
120 .....	1 / المعايير الذاتية
120.....	أ / قصد الإضرار
121.....	ب / معيار المصلحة غير المشروعة
121.....	2 / المعايير الموضوعية أو المادية
121.....	أ/ الإختلال البين في توازن المصالح أو انعدام التناسب
121.....	ب/ معيار الضرر الفاحش
122 .....	ثانيا : صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع
122.....	I / قصد الإضرار بالزوج

123	II / عدم مشروعية المصالح التي ترمي إلى تحقيقها
123	III / رجحان الضرر على المصلحة
124	ثالثا : عبء إثبات التعسف
125	الفرع الثاني : القيود الإجرائية الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض
125	أولا : الجهة المختصة نوعيا و محليا
126	I / الجهة المختصة نوعيا
127	II / الجهة المختصة محليا
128	ثانيا : إجراءات رفع الدعوى
129	الفرع الثالث : كيفية تقدير التعويض
131	المطلب الثاني : دور القاضي في تقدير النفقة وفض النزاع المتعلق بمتاع البيت
131	الفرع الأول : دور القاضي في تقدير النفقة
131	أولا / تقدير نفقة العدة والإهمال
134	ثانيا / مدى استحقاق الزوجة المختلعة لنفقة المتعة
136	الفرع الثاني : دور القاضي في فض النزاع المتعلق بمتاع البيت
136	أولا : موقف الفقهاء في مسألة النزاع حول متاع البيت
136	I / آراء الفقهاء حول إعداد بيت الزوجية و محتوياته
138	II / الخلافات بين الزوجين في موجودات بيت الزوجية
138	ثانيا : النزاع حول المتاع في قانون الأسرة الجزائري
139	1 / قول الزوجة أو وريثها مع اليمين
140	2 / قول الزوج أو وريثه مع اليمين
140	3 / تقسيم المشتركات مع اليمين
142	المطلب الثالث : دور القاضي في مجال الحضانة
142	الفرع الأول : دور القاضي في إسناد الحضانة لتحقيق شروطها
143	أولا / شرط العقل
143	ثانيا / شرط البلوغ
144	ثالثا / شرط القدرة

145.....	رابعاً / شرط الإسلام
146.....	خامساً / شرط الأمانة على الأخلاق
147.....	الفرع الثاني : دور القاضي في إسقاط الحضانة عن أسندت إليه
148.....	أولاً / إسقاط الحضانة لتزوج الحاضنة بغير قريب محرم
149.....	ثانياً / إسقاط الحضانة لتنازل الحاضن عن حقه في الحضانة
150.....	ثالثاً / إسقاط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها
152.....	رابعاً / إسقاط الحضانة لاختلال أحد الشروط الواردة في المادة 62
152.....	I / إسقاط الحضانة لظهور مرض عقلي أو جسدي في الحاضن
153.....	II / إسقاط الحضانة لظهور سلوك مشين في الحاضن
154.....	خامساً / إسقاط الحضانة بسبب استيطان الشخص الموكول له حق الحضانة في بلد أجنبي
154.....	سادساً / إسقاط الحضانة بسبب سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم
156.....	الفرع الثالث : مجال تدخل القاضي في حق الزيارة
156.....	أولاً / حق زيارة المحضون في الفقه الإسلامي
157.....	ثانياً / حق الزيارة في قانون الأسرة الجزائري
159.....	الخاتمة
162.....	قائمة المصادر والمراجع المعتمد عليها في البحث
177.....	الفهرس

## ملخص

بعد أزيد من عشرين سنة على تطبيق قانون الأسرة رقم 11/84 و على إثر التغييرات السياسية و التطورات العلمية التي شهدتها الجزائر ، و نظرا للضغوط الخارجية المفروضة على المجتمعات العربية بدعوى حماية حقوق الإنسان و مساواة المرأة بالرجل كان لازما على المشرع الجزائري إعادة النظر في هذا القانون بتعديله عن طريق إلغاء بعض مواد و إثراء البعض الآخر منها و إضافة الجديد إليه . و على خلفية هذا الصراع فقد مس التعديل الذي جاء به الأمر رقم 02/05 أهم المواد التي من شأنها تعزيز مكانة المرأة و تقوية مركزها القانوني للوصول بها إلى مساواتها بالرجل ، ف فيما يخص انحلال الزواج فقد ارتقى المشرع بحق المرأة في طلب الخلع من رخصة إلى الحق الأصلي الذي يقابل حق الرجل في الطلاق و ذلك ما تجسد من خلال المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة . و لقد ترتب على هذا التعديل آثار سلبية تمثلت أساسا في زيادة نسبة الخلع في المحاكم ، حيث شهد القضاء تهافت الزوجات على طلب الخلع حتى لأتفه الأسباب ، و عليه كان ينبغي البحث عن دور القاضي المعروضة عليه دعوى الخلع ، و هذا ما تناولته الدراسة ، و تم طرح الإشكالية التالية : هل يملك القاضي حق التدخل في دعوى الخلع ؛ فيكون دوره بذلك إيجابيا أم لا ؟ و ما هو نطاق هذا التدخل ؟ و لمعالجة هذه الإشكالية ، كان لابد من تقسيم هذا البحث إلى فصلين أساسيين تناولنا في الفصل الأول مفهوم الخلع لغة و اصطلاحا و الألفاظ التي يقع بها في المذاهب الفقهية الأربعة و تمييز الخلع عن المصطلحات المشابهة له ، ثم تعرضنا للبحث عن مشروعية الخلع و حكمه الشرعي و الحكمة من تشريعه ، و بعدها عرجنا لدراسة التكييف الفقهي للخلع في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، و في المبحث الثاني تعرضنا لدراسة أركان الخلع .

أما في الفصل الثاني فقد تعرضنا لمجالات تدخل القاضي في دعوى الخلع ، حيث خصصنا المبحث الأول لدراسة مجالات تدخل القاضي عند النظر في الدعوى ، و عالجنا من خلال ذلك إشكالية هامة تمثلت في مدى إمكانية جبر القاضي للزوج على الخلع ، و ذلك في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري في ظل المادة 54 .

و بعدها عالجنا دور القاضي في تقدير بدل الخلع و اتخاذ تدابير تحفظية و قنينة و التي استحدثتها المشرع بموجب المادة 57 مكرر ، لنصل في الأخير إلى دراسة دور القاضي في الإصلاح بين الزوجين ، و هو من أهم الأدوار التي يلعبها القاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، حيث يسعى من خلال محاولة الصلح إلى إقناع الزوجين أو أحدهما على الإقلاع عن فكرة الطلاق ، سعيا منه للمحافظة على الأسرة و تماسكها .

ثم خصصنا المبحث الثاني لدراسة مجالات تدخل القاضي في الآثار المترتبة على صدور الحكم ، حيث تطرقنا في البداية لدور القاضي في تقدير التعويض للزوج عن الخلع التعسفي ، فقد يتضرر الزوج من سوء استخدام الزوجة لحق الخلع ، لذلك يجب للقاضي جبر الضرر اللاحق بالزوج بعد إثباته لهذا التعسف و إتباعه للإجراءات اللازمة ، ثم تناولنا دور القاضي في تقدير النفقة و فض النزاع المتعلق بالأناث ، لنصل في الأخير لدراسة دور القاضي في مجال الحضانة من خلال إسنادها لمن تتوفر فيه الشروط أو إسقاطها لسبب من الأسباب المقررة قانونا ، وكذلك تعرضنا لمجال تدخل القاضي في حق الزيارة . و أخيرا ختمت المذكرة بأهم النتائج التي توصلت إليها مع ذكر بعض الاقتراحات التي تتعلق بموضوع البحث .

**الكلمات الدالة :** دور ، القاضي ، الخلع ، المادة 54 المعدلة ، الأمر رقم 02/05 ، الفقه ، الاجتهاد القضائي .

## Résumé :

Après plus de vingt ans d'appliquer la loi n° 84/11, à la suite des changements politiques et des développements scientifiques en Algérie, et la grande voix de partisans du changement, étant donné les pressions extérieures imposées - pour les sociétés arabes - sous prétexte de protéger les droits de l'homme et légalité entre les hommes et les femmes, il incombe au législateur de revoir la loi modifiée par celle-ci - la l'annulation de certains de ses articles et l'enrichissement des autres et a dans le contexte de ce conflit affecté l'amendement qui a augmenté de 02/05 pour l'année 2005. Les matériaux les plus importants qui permettraient d'améliorer la situation des femmes et de renforcer leur cadre juridique et l'égalité sociale de l'accès aux hommes. En ce qui concerne la dissolution du mariage la loi a évolué en une femme le droit de demander une licence de la "khol'a" a droite, ce qui correspond au droit naturel des hommes de divorce il dépend du consentement du rythme de la khol'a mari (l'article 54 modifié du code de la famille). Malheureusement, cette nouvelle procédure a créé des abus, le taux de divorce s'est accentué, les demandes de khol'a par les épouses sont faites pour de simples futilités, et par conséquent le législateur aurait dû prévoir les prérogatives à donner aux juges et pour trancher ces cas d'abus, et c'est ce que nous avons soulevé dans notre étude. La problématique est la suivante : Est-ce que le juge a le droit d'intervenir a priori dans les demandes de khol'a ? Son rôle serait-il positif ou non ? Dans le cas positif, quel sera ce contexte ? Pour le traitement de cette question nous avons jugé bon de scinder notre étude en deux parties. La première partie traite de la définition d'une manière générale du khol'a et ses qualifications dans les quatre courants de pensée islamiques. Ensuite, nous nous sommes penchés sur la légalité du khol'a et son traitement juridique et l'utilité de sa légifération. Aussi, nous nous sommes penchés sur le khol'a dans la jurisprudence islamique (Fi KH) et le code de la famille Algérien, Et enfin nous avons étudié les bases de ce khol'a. Dans la deuxième partie, nous avons examiné les segments d'intervention du juge dans les domaines du khol'a, En premier lieu, lors de l'étude de la requête et dans ce cas, nous avons traité la problématique des prérogatives attribuées au juge enjoignant l'époux au khol'a et ce-ci dans le cadre de Fi KH islamique et code de la famille Algérien dans son article 54. Ensuite, nous avons traité du rôle du juge dans l'appréciation de la contrepartie financière du khol'a et la prise de décisions conservatoires transitoires contenues dans l'article 57 modifié, pour arriver à l'étude du rôle du juge dans la médiation (SOLH) entre époux, et qui semble être un des ses rôles les plus importants dans les affaires personnelles dans ses tentatives de convaincre les deux époux ou l'un des deux pour les dissuader à renoncer au divorce et préserver la famille. Ensuite nous avons consacré notre 2<sup>ème</sup> étude à l'examen des domaines d'intervention du juge les conséquences du jugement, et en premier lieu le rôle de l'appréciation de la compensation financière à l'époux, après le khol'a abusif l'épouse peut accuser des torts à l'époux après l'usage de khol'a de complaisance, et dans ce cas le juge doit intervenir en pleine partialité. Par la suite, nous avons étudié le rôle du juge dans l'appréciation des dépens des enfants et l'épouse après divorce et le règlement de litige relatif aux effets vestimentaires et autres.

Après nous avons vu les aspects de la HADHANA, la garde des enfants et le droit de visite.

En conclusion, nous avons mis en relief les résultats obtenus et les recommandations formulées.

**Mots clés :** rôle, juge, khol'a, l'article 54 modifié, l'ordonnance n ° 02/05, FikH, jurisprudence .

**Abstract:**

After more than twenty years of application the law N ° 84/11, following the political changes and scientific developments in Algeria, and the high voices of advocates of change given the external pressures imposed – to Arab societies – the pretexts of protecting on legislature to reconsider the law amended by cancellation of some of its articles and the enrichment of others and add to it.

Against the backdrop of this conflict has affected the amendment, which was up 02/05 for the year 2005, the most important materials that would enhance the status of women and strengthen their legal and social equality of access to the men.

With regard to the dissolution of marriage the law has evolved in Women's right to request a license from the " khol'a" to the right , which corresponds to the inherent right of men to divorce , so it depends on the consent of the rhythm of the khol'a husband ( article 54 of the modified family code ) .

However, this amendment caused many negative consequences especially the increase of the rate of khol'a in the Algerian courts. Nowadays, we witness many wives eager for doing khol'a even for silly reasons. This pushes us to think about the role of the judge charged with the khol'a case. Which is tackled in the study, and the following issues have been set: Has the judge really the right to intervene in the khol'a case so that his role could be positive or not. If the answer is "yes" what are then the limits of his intervention?.

In order to solve these issues, it was necessary to divide this research into essential subjects. We have tackled in the first subject the legal and linguistic definition of khol'a and words that lead to it if the four Islamic doctrines as well as distinction of khol'a from the other words. We have talked in the research about the legitimism of khol'a its legal sense and why it was settled to move to the study of the legal adaptation of khol'a in Islamic law and the Algerian family law; at the end we have studied the steps of khol'a.

On the second issue , we have tackled fields of the judge intervention into the khol'a case , where we have talked in the first section about study of fields of the judge intervention in case consideration . Throughout we have set a main topic which is the ability of the judge to oblige the husband to accept the khol'a in Islamic law and Algerian family law pursuant to the article 54 Then . We have tackled the role of the judge to estimate the compensation of khol'a and taking provisional precautionary measures enacted by the legislator in accordance with the article 57 bis to come at the end to study the role of the judge to make reconciliation between spouses , which is considered as the main role of the judge in family matters aiming in attempt at of conciliation at persuading both spouses or one of them to forget about the divorce idea in order to maintain the family relationships.

We have studies in the second section fields of the judge intervention into consequences of the judgment pronouncement, talking first about the role of the judge to estimate the compensation of the unfair khol'a to the husband which can be harmful for him , for that the

judge has to compensate the husband after establishment of the unfair khol'a and fulfillment of legal procedures . We have tackled after role of the judge to estimate alimony and resolve the litigation on things coming at the end to study the role of the judge as far as custody is concerned throughout granting it to who meets the conditions or remove for any cause provided by law and talked about the intervention of the judge as far as visitation right is concerned.

Finally, we have ended the dissertation by the main reached results with giving some suggestions regarding the research title .

**Kay words** : role , the judge , khol'a , article 54 , the ordinance N° 02/05, FikH, jurisprudence ( case law ) .