جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

دور قاضي شؤون الأسرة عند فك الرابطة الزوجية بالطلاق والخلع

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالب:
يونس محمد

إشراف الأستاذة:
ربيع زهية

لجنة المناقشة

الأستاذة:بغدادي ليندة.....رئيسًا
الأستاذة: ربيع زهية.....مشْرِفًا ومقرّرًا
الأستاذ:خليفي سمير.....ممتحنا

تاريخ المناقشة

2016/03/16

شكر وتقدير:

الحمد لله رب العالمين الذي أنار لنا سبيل العلم والمعرفة وأعاننا على إنجاز هذا العمل الذي لولا توفيقه وتسديده لخطواتنا ما أنجزته، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، انطلاقا من مبدأ من لا يشكر الناس لم يشكر الله فإني لا أفوت الفرصة لشكر كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث سواء من قريب أو من بعيد وأخص بالذكر ***الأستاذة المحترمةربيع زهية****وإلى كل أساتذة كلية الحقوق لجامعة البويرة*

الإهداء:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف و خاتم الأنبياء والمرسلين

أهدي هذا العمل إلى:

من أنارت دربي وربتني خير تربية وساعدتني بالصلوات والدعوات

***أمي** غالية الوجود وإلى **أبي** الذي عمل بكد وضحى بشبابه من أجل*

أن يوصلني وإخوتي إلى ما نحن عليه

وإلى إخوتي الكبار منهم والصغار والذين ساعدوني بنصائحهم وتوصياتهم

*وإلى جميع أفراد عائلة **يونس***

وإلى الأصدقاء والزملاء الذين درسوا معي وإلى كل الأساتذة الذين تتلمذت على أيديهم

*وبشكل خاص الأستاذة المشرفة **ربيع زهية** التي لم تبخل علي في شيء*

و إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة البويرة

قائمة أهم المختصرات:

- ق، أ، ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق، إ، م، إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ق، م، ع: قرار المحكمة العليا.
- غ، أ، ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- ص: صفحة.
- ط: طبعة.
- ج، ر: الجريدة الرسمية.

مقدمة:

نظم القرآن الكريم الزواج وبين مقاصده الرفيعة من خلال قوله تعالى:﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾.[1]

كذلك قوله تعالى:﴿ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ۖ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۗ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِىٓ أَخْدَانٍ ۗ وَمَن يَكْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ ﴾. [2]

كذلك فإن الرسول صلى الله عليه وسلم قد حث الشباب على الزواج من خلال قوله صلى الله عليه وسلم: عن ابن مسعود رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء.

حسب هذه الأدلة فإن الزواج هو رابطة مقدسة يسكن به كل من الزوجين إلى الآخر، فتكون بينهم مودة ورحمة، وتسموا بذلك العلاقة بينهما من علاقة جسدية مبنية على الغريزة إلى علاقة مبنية على أمور نفسية أساسها الإحصان الروحي لكلا الزوجين.

---

[1]- سورة الروم، الآية 21.

[2]_ سورة النحل، الآية 72.

فتتكون الأسرة بالزواج وهي الوحدة التي يتكون منها المجتمع، لأن هذه الأسرة تربي الفرد وتنمي فيه شتى الملكات التي توجهه في سلوكه الاجتماعي.[3]

أصطلح الله تعالى على الزواج بالميثاق الغليظ، ولعلى أهم هدف للزواج هو بناء أسرة و مجتمع قوي ومتين، دعامته التفاهم والانسجام بين الزوجين.

ولعل المستشف لقواعد قانون الأسرة الجزائري فإنه يكتشف المرونة الكبيرة التي تتميز بها قواعده، ومرد ذلك إلى نوع العلاقة التي تنظمها التي تتميز بالتغير والتطور وفقا لما يحصل من تطور في المجتمع حيث أننا نجدها تتأثر بكل المتغيرات التي قد تصادفها مما يؤدي إلى إمكانية أن تعترض العلاقة الزوجية بعض العقبات والتي تستحيل معها استمرار العشرة الزوجية، وبهذا فإن هذه العلاقة تتوقف عن لعب دورها الهام في استقرار المجتمع، ولذلك فإن الشارع الحكيم قد شرع حلولا لهذه المشاكل، بإنهاء الرابطة الزوجية فأعطى بذلك فرصة للزوجين لبداية حياة جديدة.

فشرع الطلاق والخلع كآخر الحلول عند اشتداد الكره والنفور بين الزوجين، فالطلاق قد شرعه الله سبحانه وتعالى في قوله:

﴿فَرِيضَةً لَهُنَّ تَفْرِضُوا أَوْ تَمَسُّوهُنَّ لَمْ مَا النِّسَاءَ طَلَّقْتُمُ إِن عَلَيْكُمْ جُنَاحَ لَّا﴾[1]، وغيرها من الآيات والأحاديث كثير، وجعل الطلاق في يد الرجل باعتباره صاحب العصمة الزوجية وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إعطاء الحق في الطلاق للزوجة.

لم يترك الله جل وعلا حق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية خاصة إذا كرهت مواصلة العشرة الزوجية، ونظرا للأخطار التي قد تترتب على بقاء العلاقة بين الزوجين في هذا الشقاق فقد أعطى لها الحق في الخلع من خلال قوله تعالى:

﴿بِهِ افْتَدَتْ فِيمَا عَلَيْهِمَا جُنَاحَ فَلَا اللَّهِ حُدُودَ يُقِيمَا أَلَّا خِفْتُمْ فَإِنْ﴾. [2]

---

[3]-عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي الطباعة والنشر، مصر،1984، ص 10.

وباعتبار أنينطوي كل من الطلاق والخلععلى مخاطر جمة سواء على الزوجين أو الأولاد أو المجتمع، فقد أعطى المشرع الجزائري الحق للقاضي لكي يحق الحق وينصف المظلوم بإعطائه فرصة لكي يعمل سلطته التقديرية، فيختلف بذلك دور قاضي شؤون الأسرة عن دور باقي القضاة في المسائل الأخرى، وهذا راجع إلى الخصائص التي تميز بها القضايا الأسرية عن غيرها من القضايا الأخرى، حيث أن لها علاقة وثيقة بالأمور النفسية و الاجتماعية، لذلك لابد على القاضي من أن يتعامل بشكل خاص معها.

لذلك فإن السلطة التقديرية للقاضي تعد آلية هامة والتي خولها المشرع الجزائري له ليقوم بالتصرف بموجبها في المسائل التي لم يرد بها نص قانوني، أو تلك التي كان فيها النص غامضا ومبهما، وهذا ما يفتح المجال للقاضي لكي يعمل سلطته وعقله فيقدر المسائل ويكيفها واضعا غاية سامية متمثلة في الحفاظ على دوام و استقرار الأسرة التي تعد جوهر المجتمع.

إن دور القاضي له أهمية بالغة وحتى لو اعتبر على أنه ليس بمشرع مقرر للنصوص القانونية، إلا أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إنكار فضل القاضي، وهذا بما له من سلطة التقدير والاجتهاد خاصة أن قانون الأسرة الجزائري كغيره من القوانين الأخرى لا يخلو من الثغرات و النقائص والغموض في مختلف نصوصه، فتعد هذه النصوص القانونية كأداة في يد القاضي يطور بها القانون تطويرا مستمر ويواجه بذلك ما قد يتبدل من متغيرات وأحوال.

فنجد أنه عند قيام القاضي بالفصل في المنازعات الأسرية فإنه يعتمد في ذلك على ما يتلاءم وصحيح القانون دون قيامه بتغيير مفهوم هذه النصوص وأحكامها، وبذلك فإن يقوم بما له من سلطة التقدير باستنباط القواعد القانونية، بحيث أنه يستند في ذلكعلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص القانوني، وها حسب المادة 222 ق،أ،ج.[1]

[1]–القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984والمتضمن قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية العدد 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

يظهر اتساع سلطة القاضي من خلال النص السابق أن المشرع الجزائري لم يقيده بمذهب معين، بل كان النص عاما يشمل جميع المذاهب الفقهية، وهذا ما يفتح المجال واسعا أمامه للفصل في النزاعات الأسرية.

أسباب إختيار الموضوع:

_ نقص البحوث الجامعية في هذا الموضوع وهذا بالرغم بما له من أهمية بالغة، ويرجع سبب ذلك إلى صعوبة الموضوع يظهر ذلك جليا فيما يتعلق بجمع المادة العلمية، ولهذا يشترط في الباحث في هذا الموضوع الصبر والاجتهاد.

_ وتم اختيار هذا الموضوع بسبب الفضول الشخصي لمحاولة التعرف على الدور الذي يمكن للقاضي أن يلعبه عند اتصاله بمسائل حل الرابطة الزوجية بين الزوجين.

وتظهر الأهمية البالغة لهذا البحث الذي من خلاله ركزت على تبيين السلطة التقديرية للقاضي في المسائل الأسرية، والتي لم ينص عليها المشرع الجزائري بشكل صريح سواء في قانون الأسرة 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

وهذا بالرغم ماللقاضي من دور هام وخطير وهذا للهدف السامي والنبيل الذي هو المنوط والمكلف بتحقيقه سواء شرعا أو قانونا، وهو الحفاظ على استقرار الأسرة وديمومتها باعتبارها الخلية الأساسية المكونة لكل مجتمع.

وتم الإعتماد في هذا البحث على المنهج الوصفي وهذا من أجل الإلمام بالدور الذي يمكن للقاضي من تحقيق هدف استمرار الحياة الزوجية، وتجنب حل الرابطة الزوجية لما لها من آثار سلبية على كيان الأسرة.

وكما تم استعمال المنهج المقارن من خلال ذكر بعض المسائل الفقهية ومقارنتها بما ذهب قانون الأسرة الجزائري فيها، وكذلك ما قضت به اجتهادات المحكمة العليا.

وفي هذا البحث سيتم العمل علىالإحاطة بما يتعلق بدور القاضي عند انحلال الرابطة الزوجية سواء بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة، وهذا بتسليط الضوء على الآليات والوسائل التي يعتمد عليها قاضي شؤون الأسرة عند محاولته حل النزاع المتعلق بفك الرابطة الزوجية.

وكذا تبيان ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في تكييفهم للمسائل المتعلقة بانحلال هذه الأخيرة، دون نسيان ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قضائها من قرارات التي تعد نتيجة لاجتهادات القضاة في هذا الشأن، وتكون الدراسة بطرح الإشكال التالي:

ماهي السبل التي يعتمد عليها قاضي شؤون الأسرة عند فك الرابطة الزوجية بالطلاق والخلع؟

وهل السلطة التقديرية للقاضي هي سلطة مطلقة غير مقيدة أم العكس؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم البحث إلى فصلين، تم التناول في الفصل الأول ما يتعلق بدور القاضي عند فصله في دعوى الطلاق، وقبل ذلك تم الإحاطة بموضوع الطلاق بشكل عام بعد ذلك تم إبراز السلطة التقديرية للقاضي في الطلاق.

أما في الفصل الثاني فقد تم تخصيصه لتبيين دور القاضي عند فك الرابطة الزوجية بالخلع، ولكن بعد ذكر و تحديد جل ما يتعلق بالخلع من أحكام عامة.

الفصل الأول:دور القاضي عند فك الرابطة الزوجية بالطلاق.

يعد الطلاق طريقة لحل الرابطة الزوجية، دلت على ذلك الشريعة الإسلامية في مختلف الآيات الكريمة، وهذا بأن جعلته آخر حل عند استحالة العشرة الزوجية،وقد اعتبره الشارع الحكيم بأنه هو أبغض الحلال إليه وجعله بيد الزوج لأنه يملك العصمة الزوجية.

اختلف الفقهاء في ممارسة الزوج لسلطته في إنهاء الرابطة الزوجية، بين مقيد لهذه الأخيرة وبين من تركها على إطلاقها.

حذا المشرع الجزائري حذو الشريعة الإسلامية بأن اعتبر الطلاق كوسيلة لحل الرابطة الزوجية، فنجد أن المادة 48 من قانون الأسرة رقم 84-11المعدل والمتمم بالأمر05-09 التي نصت على انحلال العلاقة الزوجية بالإرادة المنفرة للزوج، وبهذا فقد كرس قانون الأسرة الجزائري ما ذهب إليه الفقه في هذا الشأن، إلا أنه قد قيده بجملة من القيود و الإجراءات.

و بالرجوع لقواعد قانون الأسرة فإنه يتبين لنا بأنها تتميز بالمرونة، وهذا ما أتاح الفرصة للقاضي لكي يعمل سلطته التقديرية في كل ما يتعلق بالطلاق، وهذا نظرا لما يترتب من خطورة في حالة إساءة استعمال الزوج لحقه في الطلاق، بحيث اعتبر المشرع القاضي بأنه مراقب وحارس هدفه الأساسي هو ضمان استقرار الأسرة،باعتبارها الخلية الأساسية المكونة للمجتمع.

المبحث الأول:سلطة حل الرابطة الزوجية بالطلاق.

أعطى الفقه والقانون الجزائري الحق للزوج في إنهاء الزواج، لأنه لا يمكن تصور أن تكون سلطة إنهاء العلاقة الزوجية في يد المرأة، لأنها أعجز من أن تواجه حالة الشقاق والنزاع. فلو جعل الطلاق للمرأة لاضطربت الحياة، وهذا لسهولة تأثرها و ضعف قدرتها الذهنية على مواجهة هذه الظروف.

قسم هذا المبحث إلى عنصرين ففي الأول تم تبيين المقصود من الطلاق بما في ذلك التعريف ومشروعيته وكذا الحكم الخاص به(المطلب الأول)،أما الثاني فخصص لمعرفة التكييف الفقهيوالقانوني للطلاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول:المقصود بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.

نظرا لخطورة الآثار التي قد تترتب على إساءة استعمال الزوج لحقه في الطلاق سواء على كلا الزوجين أو الأولاد، فإنه لابد على الزوج من أن يتقيد بشروط معينة، وهذا لكي يصح طلاقه، وكذا فإنه حتى وإن توفرت هذه الشروط قد اختلف الفقه بين من يحرم الطلاق ومن يبيحه. ولذلك سيتم مناقشة هذا المطلب من حلال تعريف الطلاق(الفرع الأول)، وكذلك تحديد مدى شرعية الطلاق في الشريعة الإسلامية(الفرع الثاني)،بالإضافة إلى تبيين الحكم الذي أضفته هذه الأخيرة على الطلاق(الفرع الثالث).

الفرع الأول:تعريف الطلاق.

سيتم تبيين في هذا العنصر التعريف الذي أعطاه الفقه للطلاق، وهذا من الناحية اللغوية(أولا)، ومن الناحية الاصطلاحية(ثانيا).

أولا: التعريف اللغوي للطلاق.

الطلق: هو وجع الولادة يأخذ المرأة عندها، والطلق هي الليلة التي لا تؤذي بحر ولا بقر، والطلق هو الحبل المفتول، وامرأة طالق طلقها زوجها، وأطلقت الناقة من عقالها وناقة طلق أي بلا عقال.[1]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للطلاق.

هو رفع قيد النكاح في الحال بالطلاق البائن،وفي المآل بالطلاق الرجعي،بلفظ مخصوص، ومعنى الطلاق في الشريعة هو رفع الحل التي به صارت المرأةمحلا للنكاح[2].

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق.

إن كل من الكتاب والسنة النبوية والإجماع هي الأدلة الأصلية للأحكام الشرعية، لذلك لابد على الفعل الإنساني لكي يكون مشروعا أن يكون له سند في واحد من هذه الأدلة.

أولا: مشروعية الطلاق في القرآن الكريم.

يقول الله تعالى: ﴿لِعِدَّتِهِنَّ فَطَلِّقُوهُنَّ ٱلنِّسَآءَ طَلَّقْتُمُ إِذَا ٱلنَّبِيُّ يَٰٓأَيُّهَا﴾[3]، وإن كان هذا الخطاب إلى النبي صلى الله عليه وسلم إلا أنه حكم عام يشمله وجميع أمته فهو من الخاص الذي يراد به العموم.

[1])- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي، مجمل اللغة، ج1، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1986، ص 586.

[2]- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد-الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 142.

[3]- سورة الطلاق، الآية1.

قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[1]،هذه الآية تدل على تنظيم الطلاق، بأنه ليس للرجل أن يطلق زوجته أكثر من ثلاث طلقات وهذا وإن دل فإنه يدل على مشروعية الطلاق.

وقالالله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾[2]، فهذه الآية جاء فيها نفي الجناح في حالة الطلاق بشكل صريح، وهذا في حالة وقوعه في إطار ما شرع إليه، وهذا سواء من ناحية عدده أو زمن وقوعه.

ثانيا:مشروعية الطلاق في السنة النبوية.

روى حميد بن عبد الرحمن عن أبي موسى قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين، تطلق المرأة من قبل عدتها وهذاالتنظيممن رسول الله للطلاق والتفرقة بين طلاق المسلمين وطلاق غيرهم يدل على مشروعية الطلاق[3].

قول النبي صلى الله عليه وسلم: أبغض الحلال إلى الله الطلاق، هذا الحديث يبين على أن الطلاق هو حلال إلا أنه إن صح القول فهو آخر الحلال عند الله لكن هو مشروع خاصة عند اشتداد الفرقة بين الزوجين.كذلك ما ثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما قالعلى أن النبي صلىالله عليه وسلم قد طلق حفصة ثم راجعها، وهذا يعني على أن الطلاق جائز، باعتبار أن الرسول قد طلق زوجته حفصة.

ثالثا: مشروعية الطلاق في إجماع علماء الأمة.

---

[1]- سورة البقرة، الآية 229.

[2]- سورة البقرة، الآية 236.

[3]- محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، مصر، 1999، ص29، 30.

أجمع علماء الأمة الإسلامية منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا أن للرجل حق في تطليق زوجته، ولم يثبت عنهم إنكار هذا الحق على الزوج إلا في حالة ما إذا طلقها بدون عذر[1].

وإذا اجتمعت الأمة الإسلامية على حكم شرعي، فإنه يعد دليل على جوازه و تطبيقا لما قاله الرسول صلى الله عليه وسلم: لا تجتمع أمتي على ضلالة.

وكذلك فإن جل التشريعات الوضعية تبيح الطلاق رغم اختلافها، فهناك من يعطي الحق في الطلاق للزوج والبعض يعطيه للقاضي، إلا أنهم يتفقون على مبدأ مشروعية الطلاق[2].

تناول المشرع الجزائري الطلاق في المادة 47 من قانون الأسرة11/84 المعدل والمتمم بالأمر02/05، واعتبر بأن عقد الزواج ينتهي بواسطة الطلاق، وهذا يدل على مشروعية الطلاق كحل عند استحالة العشرة الزوجية[3].

الفرع الثالث: حكم الطلاق.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة حكم الطلاق، وظهر هذا الاختلاف في قولين :

_الأول: أن الأصل في الطلاق هو الحظر، والثاني: أن الأصل في الطلاق هو الإباحة.[4]

وكل أصحاب قول قدموا أدلتهم في ذلك من خلال مايلي:

أولا: الأصل في الطلاق الحظر:

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الطلاق هو محظور كأصل عام، وذلك حسبهم راجع إلى أن القاعدة العامة في الزواج هي الدوام والاستمرار، وباعتبار أنه ينطوي على أضرار والإسلام قد

---

[1]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى،دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 214 .

[2]-محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 30، 31.

[3]- نص المادة 47 من قانون رقم 05/84 المعدل والمتمم بالأمر02/05، السالف الذكر، تنص على ما يلي:" تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق والوفاة. "

[4]- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 90.

جاء لكي يمنع كل ما قد يؤدي إلى الإضرار بالغير، واستدلوا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار"، إذا فالطلاق تشريع استثنائي، لا يعمل به إلا عندما تقتضيه الحاجة الملحة.[1]

استدلوا بقوله تعالى: ﴿سَبِيلاً عَلَيْهِنَّ تَبْغُوا فَلَا أَطَعْنَكُمْ فَإِنْ﴾[2]، فإذا طلق الرجل زوجته بدون مبرر شرعي يعد ظلما وجورا، وهو بذلك حرام.

واستدلوا أيضا بقوله جل وعل:
﴿كَثِيرًا خَيْرًا فِيهِ اللَّهُ وَيَجْعَلَ شَيْئًا تَكْرَهُوا أَن فَعَسَىٰ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَإِن﴾[3]، فالآية تدل على ضرورة تحلي الرجال بالصبر إذا رأوا من نسائهم ما يكرهون.

اعتمدوا كذلك في قولهم على ما رواه أبو داوود في سننه قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " أبغض الحلال عند الله الطلاق"، وأيضا قوله:"لا ضرر ولاضرار"،ومعنى ذلك أنكل طلاق فيه ضرر للزوجين أو الغير هو حرام ومكروه.[4]

ثانيا: الأصل في الطلاق الإباحة.

اعتبر جمهور الفقهاء بأن الأصل في الطلاق هي الإباحة، من خلال اعتبارهم بأن هذا الأخير مشروع عند استحالة العشرة الزوجية بين الزوجين سواء من الناحية الجسدية أو العاطفية، وأن هدفه هوإعطاء فرصة لكل طرف لكي يعيد بناء حياته من جديد.

وقال الإمام القرطبي في أحد أقواله: الطلاق هو حل العصمة المنعقدة بين الأزواج، وهو مباح غير محظور، دل علي ذلك الكتاب والسنة إجماع الأمة ولا يوجد خبر يثبت منعه.[5]

---

[1]- إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، الطبعة الأولى، دار أبي رقراق للطباعة و النشر، الرباط المغرب، 2012 ، ص 11.

[2]- سورة النساء، الآية 34.

[3]- سورة النساء، الآية 19.

[4]- محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص138.

[5]- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص91.

واستدلوا كذلك بقول الله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾[1]، تدل هذه الآية دلالة واضحة على انتفاء الجناح والإثم، عندما يطلق الزوج زوجته، وأيضا أن الأصل فيما يشرع من الله هو الإباحة.[2]

وكذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾.[3]

واستدلوا أيضا بما قام به عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما طلق أم عاصم رضي الله عنها، وكذلك عبد الرحمن بن عوف عندما طلق تماضر رضي الله عنها.

وعندما طلق المغيرة بن شعبة زوجاته الأربعة فأقامهن بين يديه صفا وقال لهن:" أنتن حسان الأخلاق، ناعمات الأرداف، طويلات الأعناق، اذهبن فأنتن طلاق.

بالإضافة إلى ما ثبت عن الحسن بن علي رضي الله عنهما كونه كثير النكاح و الطلاق حتى قال عنه علي رضي الله عنه على المنبر:" إن ابني هذا مطلاق فلا تزوجوه، فقالوا إنا نزوجه ثم نزوجه"[4].

المطلب الثاني: تكييف سلطة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية.

عند الرجوع للآيات المتعلقة بالطلاق في القرآن الكريم، نجدها تكرس حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وهذا في قوله تعالى:
﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[5]، وكذلك قوله تعالى:

---

[1]-سورة البقرة، الآية 236.

[2]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص 142.

[3]- سورة الطلاق، الآية 1.

[4]- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 143.

[5]- سورة البقرة، الآية 226.

﴿طَلَّقْتُمُوهُنَّ ثُمَّ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ نَكَحْتُمُ إِذَا ءَامَنُوٓا۟ ٱلَّذِينَ يَٰٓأَيُّهَا﴾[1]، والطلاق حسب هذه الآيات هو حق للرجل وليس ظلما للمرأة، وإنما هو حل من أجل الحفاظ على قداسة الرابطة الزوجية.

وعليه سيتم تبيين التكييف الخاص بالطلاق وهذا من الناحية الفقهية والقانونية.

الفرع الأول: التكييف الفقهي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة سلطة الزوج في فك العلاقة الزوجية، فهناك من جعل للزوج حق مطلقا عند إنهاءه للرابطة الزوجية، أي أنهم قد حرروه من أي قيد يحد من هذه السلطة (أولا)، أما البعض الآخرفقد جعله مقيدا بجملة من القيود ولم يتركوا سلطته مطلقة في الطلاق (ثانيا).

أولا :الطلاق يخضع للإرادة الزوج المنفردة.

يعد الطلاق حقا للزوج دون منازع، وهذا بأن يوقعه بإرادته المنفردة لقوله تعالى: ﴿لِعِدَّتِهِنَّ فَطَلِّقُوهُنَّ ٱلنِّسَآءَ طَلَّقْتُمُ إِذَا ٱلنَّبِىُّ يَٰٓأَيُّهَا﴾[2]، وكذلك قوله جل وعلى: ﴿شَيْـًٔا مِنْهُ تَأْخُذُوا۟ فَلَا قِنطَارًا إِحْدَىٰهُنَّ وَءَاتَيْتُمْ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ ٱسْتِبْدَالَ أَرَدتُّمُ وَإِنْ﴾ [3]

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق."، فكل هذه النصوص تدل بشكل لا يقوم معه شك، بأن الطلاق هو مملوك من قبل الرجل وحده.[4]

وقد نادى جمهور الفقهاء بهذا الرأي بحيث اعتبروا أن الطلاق هو حق أصلي للرجل، وبذلك فإنه عندما يوقعه فهو غير مقيد بأي قيد يحد من إرادته، إلا إذا كان طلاقه في غير ما شرعه

---

[1]- سورة الأحزاب، الآية 49.

[2]- سورة الطلاق، الآية 1.

[3]- سورة النساء، الآية 20.

[4]-إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 18.

الله فيعد بذلك آثما شرعا ويحاسب على فعله، أما طلاقه فيقع ويرتب كافة آثاره حتى ولو كان مخالفا للشروط المقررة في الشريعة الإسلامية.[1]

وانطلاقا من هذا المعنى فيستطيع الزوج أن يطلق زوجته في الحيض أو الطهر، وهذا دون استثناء، وأن طلاقه يعد صحيحا مرتبا لآثاره الشرعية.[2]

وإذا كان اتفاق الفقهاء على أن الزوج هو الذي يملك الحق في الطلاق بشكل أصلي، فعليه أن يكون متوفرا على بعض الشروط التي تجعل طلاقه صحيحا وهي:

_ أن يكون هذا الزوج مكلفا، وهذا الشرط يمنع الطلاق من غير الزوج، وإلا أن هناك من يجيز مسألة الطلاق بالتوكيل، وهناك فقهاء يرون بأنه لا يجوز أن يطلق الولي زوجة الصبي الذي يقع تحت ولايته، ذلك أن طلاقه يعد ضارا بها. [3]

_ أن يكون هذا الزوج بالغا، ذلك أن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن طلاق الصبي لا يقع مطلقا.

_ أن يكون عاقلا، وبهذا فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه.

_ أن يكون الزوج مختارا، أي يكون قاصدا للطلاق و ليس مجبرا ومكره.[4]

ثانيا: تقييد سلطة و إرادة الزوج المنفردة في الطلاق.

واعتبر فريق ثاني أن الشارع الحكيم قد أباح الطلاق ولكنه اعتبره بغيض، "إن أبغض الحلال عند الله هو الطلاق"، وعليه فقدجعل الله له حدودا وقيودا تمنع الزوج من التعسف في استعماله، وهذه القيود منها ما هو متعلق بزمن إيقاع الطلاق، ومنها الخاصة بعدد الطلقات، و حتى اشتراطه وجود بينة تؤكد وقوع الطلاق.

---

[1]- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، دون طبعة، أسيكولوبيديا للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003 ، ص26 .

[2]- عثمان كرجالي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج انحلاله، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس،2012، ص105.

[3]-أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، دون طبعة، سلم للطباعة والنشر، فرنسا، 1986، ص472.

[4]- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي للنشر والطباعة، لبنان، 2007، من ص 433إلى434.

أ_ القيد الزمني للطلاق.

معنى ذلك أن يقوم الزوج بإيقاع طلاقه في زمن طهر زوجته وليس في فترة حيضها ويشترط كذلك أن لا يكون قد دخل بها في وقت الطهر الذي طلقها فيه.[1]

وفي هذا حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي أخرجه البخاري ومسلم جاء فيه: حدثني يحيى بن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:... فيراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء.

وأرجع سبب اشتراط الشارع طلاق الزوجة في طهر لم يدح لبها فيه، هو وقت تكون النفس راغبة هادئة، وإذا وقع الطلاق في هذه المدة كان سببا مؤكدا لوجود النفرة بين الزوجين.[2]

ب_ القيد العددي للطلاق.

معنى ذلك هو أن يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة رجعية في الطهر الواحد ويتركها حتى تنهي عدتها، وهذا القيد خاص بالمد خول بهن فقط، وهذا بدليل أن معنى الطلقة الرجعية لا يكون إلا فيالتي دخل بها لأنهنعندما يطلقن يكون طلاقهن بائن.[3]

ج_ قيد الإشهاد على الطلاق.

اختلف الفقهاء في مسألة وجوب الإشهاد على الطلاق، وأساس خلافهم هو راجع إلى اختلاف تفسيرهم للآية الكريمة في قوله تعالى:

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾

---

[1]-أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، المرجع السابق، ص 472.

[2]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، 1957، ص 286.

[3]-أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، دون طبعة، دار المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 1985، ص45.

ُ وۡبِمَعۡرُوفٖۖفَارِقُوهُنَّأَوۡبِمَعۡرُوفٖۖفَأَمۡسِكُوهُنَّأَجَلَهُنَّبَلَغۡنَفَإِذَاأَمۡرًاذَٰلِكَبَعۡدَتُحۡدِثُٱللَّهَلَعَلَّتَدۡرِيلَا ۚ ذ ۚ لِلَّهِٱلشَّهَـٰدَةَوَأَقِيمُواْمِّنكُمۡعَدۡلٖذَوَيۡوَأَشۡهِد﴾[1].

يعتبر جمهور الفقهاء بأن قوله تعالى:﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾، فهي تعني بأن الإشهاد على الطلاق هو مندوب إليه ولكنه ليس واجبا. واستدلوا كذلك بأنه لم يثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم أو أصحابه رضوان الله عليهم أنهم اشترطوا الإشهاد في الطلاق وهذا يدل على أنه مندوب وليس واجب.[2]

أما علماء الظاهرية والجعفرية فإنهم يرون بأن الإشهاد الوارد في الآية السابقة الذكر قد جاء على سبيل الوجوب وليس الندب.

وحسب الأستاذ محمد مصطفى شلبي فإن أصل الخلاف بين الفريقين منطلقه راجع إلى الفرق بين الطلاق السني والبدعي.[3]

الفرعالثاني: التكييف القانوني للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

ذكر المشرع الجزائري عند تنظيمه انحلال الرابطة الزوجية الطرق التي تحل بها العلاقة الزوجية، فقد نصت المادة 48 من قانون الأسرة : << مع مراعاة المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما هو وارد في نص المادتين 53 و 54 من هذا القانون.>>[4]

يتبين من خلال النص السابق بأن المشرع من جهة قد إعتمد في مسألة انحلال الرابطة الزوجية كأصل عام على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن جهة أخرى نجد بأن المادة 49 من قانون الأسرة تنص على عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم قضائي، وهذا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن يتجاوز مدة ثلاثة أشهر، وكذلك فإن المادة 49 كرست مبدأ

---

[1]-سورة الطلاق، الآية 1، 2.

[2]-عمر زودة، طبيعة الأحكام الإجرائية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 30.

[3]-محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دون طبعة، دار النهضة العربية للنشر والطباعة، 1977، ص 475،476.

[4]-قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ولكن القانون لم يتركه على إطلاقه بل جعل لسلطة القاضي وهذا بإعطائه سلطة الإشراف والرقابة على الطلاق، وهذا يرجع أساسا إلى الحقوق المرتبطة بهذا الطلاق سواء تلك المتعلقة بحقوق المطلقة أوالأولاد.[1]

يقوم الزوج أولا بإيداع عريضة موقعة من طرفه طالبا فيها فك الرابطة الزوجية، ويودعها لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة قانونا بالفصل في الدعوى، ويجري القاضي جلسة الصلح بين الزوجين كما ذكر سابقا، حيث أنه إذا فشلت مساعيه في الصلح بين الزوجين، يدرج دعوى الطلاق في جلسة ويستدعيهما إليها ثم يصدر حكمه في الطلاق.[2]

و إعتمد القضاء على مبدأ سلطان إرادة الزوج في الطلاق، حيث نجد بأن المجلس الأعلى سابقا في الكثير من قراراته قد قضى بذلك، منها القرار المؤرخ في 1984/12/03 الذي جاء فيه بما يلي: <<... من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي ليطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للشريعة الإسلامية...>>[3]

وجاء في قرار آخر عن المجلس الأعلىالمؤرخ في 1984/12/17 الذي قضى فيه بما يلي: <<... أنه ثبت حقا من الرجوع إلى القرارالمطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعدالشريعة الإسلامية في الطلاق وذلك أنالطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على القاصي إلا إثبات ذلك بحكم.>>[4]

---

[1]-ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دون طبعة، دار الهدى للنشر والطباعة، الجزائر، 2007، ص29.

[2]-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء1، الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 332.

[3]-قرارالمجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35026 بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1984، ص 86.

[4]-قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 35322 بتاريخ 1984/12/17، المجلة القضائية، العدد04، لسنة1985،ص91.

المبحث الثاني: كيفية تدخل القاضي عند حل الرابطة الزوجية بالطلاق.

قام المشرع الجزائري على تقييد حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة، و هذا بغرض تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، و ذلك بإيجاد توازن من جهة بعدم حرمان الزوج من ممارسة حقه في يقع الطلاق و من جهة أخرى قيام المشرع بإخضاع الطلاق لجملة من الإجراءات قبل وقوعه، و كذلك قد بين القانون للزوج الخطورة التي تكمن في حالة قيامه بإنهاء الرابطة الزوجية، و هذا بالتعويض في حالة تعسفه.

تم تناول الدور الذي يمثله القاضي عند سير إجراءات دعوى الطلاق ووصولها إلى جلسة الصلح الإجبارية قانونا(المطلب الأول)، وأيضا دوره في إثباته للطلاق(المطلب الثاني)، وكذا الدور الذي يلعبه القاضي عندما يثبت أن الزوج قد تعسف في طلاقه لزوجته(المطلب الثالث).

المطلب الأول : دور القاضي عند قيامه بمساعي الصلح.

أوجب المشرع الجزائري في قانون الأسرة على القاضي قبل إصدارحكمه في دعوى الطلاق، أن يقوم بإجراءات هدفها هو الإصلاح بين الزوجين، باعتبار أن حكم القاضي يجب أن يكون هدفه هو المحافظة على استقرار الأسرة ودوامها، وهذا بقيامه بجلسة الصلح بشكل إجباري قانونا وكذا التحكيم في حالة اشتداد الخصام بين الطرفين.

سيتم تبيين دور القاضي وهذا عند قيامه بجلسة الصلح بين الزوجين(الفرع الأول)، وكذا دوره عند تعيينه للحكمين لإقامة الصلح بينهما(الفرع الثاني).

الفرع الأول: قيام القاضي بإجراء الصلح.

تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على << لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن يتجاوز مدته 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى>>.

جاء النص صريحا فيما يخص ضرورة إجراء الصلح الذي يعتبر إجراء جوهريا وإجباريا[1]، كما يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح مدة ثلاثة (3) أشهر، وهناك من قال بأنه يجب أن لا تقل عن محاولتين وهذا من تاريخ رفع الدعوى[1].

[1]- عثمان كرجالي، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج و انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 110، 111.

إلا أن اجتهاد المحكمة العليا قد اشترط قيام القاضي بجلسة الصلح دون أن يقيدها بعدد معين، فإذا قام القاضي بجلسة الصلح تبين له أثناءها بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى فإنه يكتفي بجلسة واحدة فقط[2].

وتعد جلسة الصلح إجبارية لابد من إجرائها في كل الدعاوى التي تقضي بفك الرابطة الزوجية، وتكون سرية طبقا للمادة 439 ق.ا.م.ا.[3]

هذا ما أشارت إليه مختلف اجتهادات المحكمة العليا التي اعتبرت بأن جلسة الصلح إجبارية من خلال قرارها الصادر في 18 يناير1994 التي قضت فيهبـ<<حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن القاضي الابتدائي لا يراعي أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي يتطلب إجراء محاولات الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم >>[4]، دل هذا القرار على ضرورة إجراء القاضي لجلسة الصلح، فسيعرض حكمه بالنقض من طرف المحكمة العليا.

من جهة أخرى لم يحدد المشرع الجزائري المسألة المتعلقة باستدعاء الزوجين لجلسة الصلح، فلم يشر إليها في أي نص قانوني رغم أهميتها، إلا أنه من الناحية العملية فإنه يتم استدعائهما عن طريق محضر قضائي.

في أحد اجتهادات المحكمة العليا فقد قام الزوج الذي رفع دعوى الطلاق بعدم الحضور إلى جلسة الصلح التي استدعاه إليها القاضي وقام بإرسال محاميه، لكي يعبر عن رفضه للصلح، إلا أن المحكمة العليا في اجتهادها قد ألزمته بضرورة حضور طالب فك الرابطة الزوجية بشكل

---

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا و شرحا، دون طبعة، دار الهدى للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 57.

[2]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 620084،مؤرخ في 2011/04/14 مجلة المحكمة العليا، عدد01، لسنة 2012، ص 301.

[3]-قانون رقم 09/08 المؤرخ في18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد21، الصادر في 23 أفريل 2008.

[4]-قرار المحكمة العليا، غ ،الأحوال الشخصية، ملف رقم 96688، مؤرخ في 18 يناير 1994، المجلة القضائية عدد 50، لسنة 1997، ص 83.

شخصي إلى جلسة الصلح مع قيامه بإبداء طلباته على أن كل ما يخالف هذا فإن المحكمة العليا تقوم بنقضه.[1]

يقوم القاضي عند حلول التاريخ المحدد لجلسة الصلح بالاستماع لكل زوج على إنفراد، ثم يقوم بمحاولة إصلاح ذات البين بالاستماع لهما سوية، ما من شأنه أن يتيح الفرصة للقاضي لكي يتقصى من كل طرف عن الأسباب التي أدت إلى نشوب النزاع بينهما، وكذلك فقد أتاح المشرع الجزائري الفرصة للقاضي لكي يعمل سلطته التقديرية، وهذا بإمكانية استدعائه أي فرد من أفراد العائلة الذي يراه حسب سلطته التقديرية قادرا على إقامة صلح بين الزوجين، لكنه متوقف على طلب هاذين الأخيرين هذا طبقا للمادة 440 من ق.ا.م[2]

وإذا استحال على أحد الزوجين المضرور الذهاب إلى جلسة الصلح في التاريخ المحدد لها أو حدث له مانع فإنه يجوز للقاضي أن يقوم بتحديد تاريخ ثاني للجلسة أو يندب قاضي آخر لسماع الطرف المتغيب، ويرى الأستاذ سائح سنقوقة بأن مسألة انتداب قاضي آخر لسماع الطرف المتغيب لا تؤدي حسبه الغرض المرجو منها.

كذلك فإذا تخلف أحد الزوجين عن جلسة الصلح دون تحديد مبرر الغياب، فإن القاضي يحرر محضرا بعدم الحضور.[3]

فقد تتوج المساعي التي قام بها القاضي إلى التوصل للصلح، فيقوم أمين الضبطللمحكمة المختصة بتحرير محضر يبرز فيه النتائج التي تمالتوصل إليها، ويقوم القاضي بالتوقيع على هذا المحضر معالطرفين،وتتوقف الخصومة عند هذا الحد.[4]

اعتبر المشرع الجزائري محضر الصلح سندا تنفيذيا حسب المادة 600 من القانون المدني[1]. ويعني ذلك أنه يجوز للزوجين أن ينفذا هذا المحضر بعد مهره بالصيغة التنفيذية، وما يثار

---

[1]-قرار م ع، غ أ ش، ملف رقم 474956،مؤرخ في 2009/01/14، م محكمة العليا، عدد02، لسنة 200،ص273.

([2]) - قانون 09/08، السالف الذكر.

[3]- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزء الأول ، دار الهدى للطباعة والنشر،الجزائر، 2010، ص 608 ،609 .

[4]- المادة 443 قانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

حول هذا الأخير فإنه يتعلق بمدى إمكانية الطعن فيه من قبل أحد الطرفين، فالمشرع الجزائري لم ينص على هذه المسألة، وهذا في النصوص القانونية المنظمة لإجراء الصلح .

وباعتبار أن محضر الصلح يعد سندا تنفيذيا، إلا أنه لا يحوز لحجية الشيء المقضي فيه كالحكم القضائي، وبذلك يجوز للزوجين أن يقوما برفع نفس الدعوى من جديد أمام نفس الجهة القضائية ونفس الموضوع هذا من الناحية الشكلية.

إلا أنهما لا يمكنهما ذلك باعتبار محضر الصلح يعد من المحررات الرسمية التي لها حجية مطلقة في الإثبات، والتي لا يمكن الطعن فيها إلا بدعوى التزوير[2].

أما في حالة عدم توصل الأطراف إلى صلح، أي فشل مساعي الصلح مهما كانت الأسباب كإصرار أحد الأطراف لإنهاء العلاقة الزوجية، فيقوم القاضي بالتنويه بذلك في محضر عدم الصلح، و يبين الأسباب التي أدت إلى فشل محاولة الصلح[3].

الفرع الثاني: قيام القاضي بإجراء التحكيم.

يعتبرالتحكيم طريقة احتياطية يلجأ إليها القاضي، وهذا في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر بينهما، فلجوء القاضي إلى هذا الإجراء يكون بشكل استثنائي، أي كوسيلة ثانية،وهذا لإيجاد حل ودي بين الزوجينباعتبار أن نص المادة 56 من قانون الأسرة غير واضح إذ أنه لم يبين وقت لجوء القاضي لإجراء التحكيم هل بعد فشل محاولات الصلح أم أثناءها، لكن نجد أنه من الناحية العملية فإن القاضي لا يعتمد على التحكيم إلا بعد عدم توصله إلى حل في محاولات الصلح[4].

فثبت قانونا بأن التحكيم يعد إجباريا كذلك، وهذا طبقا لنفس المادة 56 من قانون الأسرة << وجب تعيين حكمين >> وهذا في حالة اشتداد الخصام ولا يثبت وجود ضرر، إلا أنه بعد

---

[1]-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني،ج، ر، العدد24،الصادر في 1975/09/30 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 الصادر في 04 مايو 2005، ج ر، العدد 44، لسنة 2005.

[2]- بوشيبان خديجة،مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2010/2007، ص 14.

[3]- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري،ط الأولى،دار الخلدونية للنشر،الجزائر،2009، ص249.

[4]-عثمان كرجالي، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص116.

صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد قد نص على أن التحكيم في الطلاق أمرا جوازيا، وهذا طبقا لنص المادة 446 ق.إ.م.إ التي نصت على: << إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة.>>[1].

أعطى المشرع الجزائري للقاضي السلطة التقديرية التامة في تعيين الحكمين حسب المواد 56 من قانون الأسرة و 446 ق.إ.م.إ، وهذا التعيين يكون بناءا على طلب الزوجين، إلا أن ما يجب على القاضي أن يراعيه عند تعيينهما أن يكون هذين الأخيرين لهما علاقة قرابة بالزوجين، وأن تكون لهما قوة تأثير وهذا من أجل حل النزاع القائم بين الزوجين[2].

فيقوم القاضي باختيار حكم من أهل الزوجة وحكم من أهل الزوج، ويشترط فيهما أن يكونا رجلين عدليين من أهلهما، وإلا ممن شهد لهم بمعرفة حالة الزوجين ولهما قرابة إليهما.

تكمن مهمة الحكمين في معرفة الأسباب التي أدت إلى نشوب هذا النزاع و الشقاق[3]، وسواء توصل الحكمين إلى حل للنزاع، أو عدم توصلهما إلى ذلك، فهما ملتزمان قانونا القاضي الذي عينهما بأن يسلما له تقريرا الذي يحددون فيه كل النتائج التي توصلوا إليها وهذا عند إنهائهما للمهمة التي كلفا بها[4].

وقع المشرع الجزائري في تناقض كبير، ففي نص المادة 56 من قانون الأسرة اشترط على الحكمين تقديم تقرير للقاضي الذي قام بتعيينهماوهذا مهما كان الوضع الذي توصلوا إليه سواءا بالتوصل إلى الصلح بين الزوجين أو لم يتوصلوا إليه،في حين أنه في نص المادة 448 ق.إ.م.إ نص على أنه إذا توصل الحكمين إلى صلح بين الزوجين، فلابد عليهما من أن يثبتا ويبينا ذلك الصلح الذي خلص إليه الحكمين في محضر يوقعانه مع الزوجين.

---

[1]- زوقاغ نادية، مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون الأسرة، دعوى الطلاق بالإرادة المنفرد في ظل تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية و تقنين الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2013، ص42 43.

[2]- عثمان كرجالي، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج و انحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص116.

[3]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص358، 359.

[4]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 302.

قد أغفل المشرع بذلك حالة عدم التوصل إلى الصلح، بمفهوم المخالفة أنهما إذا لم يتوصلا إلى صلح لا يحرران محضرا لعدم الصلح.[1]

عندما يسلم الحكمين ذلك التقرير إلى القاضي فإنه متروك لسلطته التقديرية، فيمكن أن يحكم به، كما أنه يجوز له أن لا يحكم به، ويرفضه ويعين بدلهما حكمين جديدين[2].

المطلب الثاني: دور القاضي في إثباته للطلاق.

تنص المادة 49 من قانون الأسرة:<< لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر>>.

يتم الطلاق حسب هذه المادة بواسطة القضاء، وأنه يجب أن تمر دعوى الطلاق بجملة من الإجراءات القانونية أولها وجوب تقديم عريضة كتابية ثم يليها إجراء القاضي لجلسات الصلح.

وسيتم مناقشة دور القاضي في إثباته للطلاق، وهذا باختلاف مكان وقوعه سواء أمام الجهات القضائية(الفرع الأول) أو خارجها(الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور القاضي في حالة إثبات الطلاق الواقع أمام الجهات القضائية.

حسب المادة 49 من قانون الأسرة فإنه لا يثبت الطلاق إلا في حالة ما إذا أصدر القاضي حكما في دعوى الطلاق[3]، وهذا بأن يلجأ الزوج إلى المحكمة طالبا من القضاء حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، ويؤسس دعواه على أسباب شرعية أو قانونية معينة، وطلبه للطلاق يكون بإيداعه لعريضة لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة بالفصل في هذه الدعوى. ولا يكون هذا إلا بعد مرور هذه الدعوى بالإجراءات الإجبارية قانونا، وهي إجراءات الصلح حسب نفس المادة، فإذا ما فشلت مساعيالقاضي في الإصلاح بين الزوجين يحرر أمين الضبطمحضرا بعدم الصلح، ثم يقوم بإدراج دعواهما في جلسة يستدعيهما إليها ثم يصدر حكمه في القضية[4].

---

[1]- زوقاغ نادية، دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة في ظل تقنين الإجراءات المدنية والإدارية وتقنين الأسرة، المرجع السابق، ص 45.

[2]- بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 359.

[3]- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص87.

[4]- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 233.

هناك من اشترط على الزوج عدم تصريحه بالطلاق خارج القضاء، ولقد أوجبالمشرع الجزائري على القاضي ضرورة قيامه بإجراء الصلح قبل إصداره للحكم في الطلاق، وهذا بإثباته قضاءا، وهذا بأن يفترض أن الطلاق عند هذه المرحلة لم يقع بعد من طرف الزوج، فإذا صح افتراضهبعدم تطليق الزوج لزوجته بشكل عرفي، فإنه لا يثبت ذلك إلا في حالة لجوء الزوج إلى القضاء بشكل أولي طالبا حل الرابطة الزوجية[1].

إذا ثبت للقاضي بأن الزوج لم يتلفظ بعد بطلاقه، يتعين على القاضي أن يلعب دورا إيجابي، وهذا من خلال سعيه إلى الحفاظ على علاقة لا تزال قائمة، فإذا تأكد القاضي بأن الزوج لم يصرح بعد بطلاقه ونجح بالتوفيق بين الزوجين يسمى ذلك تراجعا من الزوج على طلب الطلاق.

فعند قيام القاضي بالمصادقة على محضر الصلح، تنقضي به دعوى الطلاق دون حاجة لإصدار حكم بشأنها، لأن واقعة الطلاق المراد إثباتها لم تعد موجودة.

أما في حالة الفشل في الصلح نعني بذلك إصرار الزوج على الطلاق فهنا ما على القاضي سوى إثبات ذلك بحكم قضائي[2].

اختلف فقهاء القانون حول مسألة الحكم الذي يصدره القاضي في الطلاق هل هو منشأ للطلاق أم هو كاشف ومثبت له فقط ؟

فيرى الدكتور أحمد نصر الجندي أن مسألة وقوع الطلاق هي مسألة مختلفة عن مسألة إثبات الطلاق، فهو يعتبر بأن لكل مسألة حكمها الخاص بها،وحسبه فإن قانون الأسرة عندما ألزم القاضي بإجراء الصلح قبل إصداره للحكم يعني بذلك على أن الطلاق لم يقع بعد[3].

أما الأستاذ عمر زودة فقد اعتبر بأنه قانون الأسرة مادته 49 قد نصت صراحة على أن الطلاق لا يكون إلا بعد صدور حكم قضائي بذلك، وعليه فإن الحكم القضائي من دعوى

---

[1]-أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار الكتاب القانونية للطبع، مصر، 2009، ص104.

[2]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة مع بعض التشريعات الغربية، ، دون طبعة،دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 179، 180.

[3]- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص104.

الطلاق ليس وسيلة للإثبات فقط، و إنما هو شرط للانعقاد أي حسبه لا طلاق بلا حكم قضائي مثبت له[1].

أما الدكتور المصري مبروك يرى بأن قانون الأسرة الجزائري لما قيد الطلاق بضرورة حكم من القاضي بذلك فقد خالف الشريعة الإسلامية، باعتبار أن الفقهاء قد أجمعوا على أن الزوج العاقل البالغ وغير المكره، إذا طلق زوجته طلاقا سنيا، فإن طلاقه يقع من تاريخ تلفظه به ولا يحتاج إلى قضاء القاضي [2].

هناك من ساند أحمد نصر الجندي في ما ذهب إليه، وهذا بأنهم اعتبروا بأن الطلاق يثبت بالحكم القضائي، ولا ينشأ به ذلك أنه قد ينشأ بمجرد تلفظ الزوج به، وهذا ما يعني بأن حكم القاضي كاشف للطلاق وليس منشأ له، على خلاف التطليق الذي على الراجح أنه حكم القاضي فيه منشأ للفرقة الزوجية[3].

الفرع الثاني: دور القاضيفي حالةإثبات الطلاق الواقع خارج الجهات القضائية.

يكون الطلاق العرفي غالبا في حالتين، وهذا بقيام الرجل بالزواج دون تسجيل عقد زواجه، وبذلك فإنه طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة تتاح له الفرصة لكي يثبت زواجه لدى جهات الحالة المدنية، و هذا باستصداره لحكم قضائي يثبت ذلك. ونجد المادة 06 من

ق،أ،ج التي أكدت بأن الزواج الذي تقترن فيه الفاتحة مع الخطبة في مجلس عقد الزواج، بتوافر كل شروطه وأركانه فإنه يعد عقد زواج.

طبقا للمادتين المذكورتان أعلاه، فقد اعترف المشرع الجزائري بوجود الزواج العرفي، وهذا لا يطرح إشكالا لأنه قد بين كيفية إثباته طبقا للمادة 22 المذكورة سابقا، ولكن الإشكال هو في حالة إيقاع الزوج للطلاق في هذه الحالة[4].

---

[1]- قسنطيني حدة، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001، 2004، ص09.

[2]-المصري مبروك، الطلاق وآثارهفي قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 2010، ص 197.

[3]-نسرين شريفي وكمال بوفروة، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 77.

[4]-قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية، المرجع السابق، ص 14.

في هذا الشأن، يرى الأستاذ عبد العزيز سعد بأن المشرع الجزائري قد أهمل مسألة إثبات الطلاق العرفي و لم ينظمها على خلاف الزواج العرفي الذي نظمه وبين كيفية إثباته أمام القضاء، فقد ترك الأمر إلى القضاء وهذا لكي يفصل في هذه القضية، ولقد ثبت عن القضاء من خلال الأحكام القضائية بأن الطلاق العرفي يكون ملزما للزوج وكذا مرتبا لكافة الآثار القانونية المترتبة عن الطلاق أمام القضاء[1].

يتم إثبات الطلاق العرفي عن طريق القواعد العامة، بواسطة عريضة افتتاحية يطلب فيها الزوج أو كل من له مصلحة بإثبات الطلاق العرفي.

وباعتبار أن عقد الزواج لم يسجل لدى جهات الحالة المدنية فإنه لابد على الزوج أن يرفع دعويين أولهما يثبت فيه الزواج باستصدار حكم قضائي بذلك، ثم يرفع دعوى إثبات الطلاق العرفي، والأصل هو أن ترفع كل دعوى مستقلة عن الأخرى، وهذا راجع لكون رفع الدعويين بعريضة واحدة يكون فيه مشاكل نظرا للاختلاف الجوهري في الأحكام الخاصة بكل دعوى، حيث نجد بأن الحكم في دعوى الزواج يعد حكما ابتدائيا قابل للاستئناف، أما الحكم القضائي في دعوى إثبات الطلاق يكون نهائيا غير قابل للاستئناف[2].

و نصت المادة 450 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن القاضي يمكنه أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، وهذا كقيامه بالأمر بالتحقيق أو سماع شهادة الشهود.كما نجد بأن المحكمة العليا قد قضت في هذا الشأن بقرارها المؤرخ في 1984/12/03بما يلي:<<لما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهادة الشهود الذين حضروا أو سمعوا بذلك من الزوج، فإنه على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق، وليس لهم في ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم>>[3].

---

[1]-عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 372.

[2]-قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، المرجع نفسه، ص14.

[3]-قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35026 المؤرخ في 1984/12/03، المجلة القضائية عدد 04، لسنة 1984، ص 86.

وبذلك فقد أكدت بإمكانية استعانة القضاة بشهادة الشهود، لكي يثبتوا الطلاق العرفي، ويحددوا تاريخ وقوعه وكذلك، وبينت أيضا بعدم إمكانية الاستعانة بشهادة شهود لا يذكرون تاريخ ومكان وقوع الطلاق.

في الأخير، فإن مسألة إثبات الطلاق سواء أمام القاضي أو ليس أمامه، فإنه يلتزم بضرورة تعامله معاملة خاصة مع ذلك، بأن يعمل سلطته التقديرية الواسعة التي منحها إياه القانون، خاصة في مسألة إثبات الطلاق العرفي باعتبار أن المشرع الجزائري لم يبين كيفية إثباته.

عند ممارسة القاضي لهذه الاختصاصات، لابد عليه من أن يعمل على المحافظة على المجتمع، وهذا بأن يطبق الأحكام الشرعية الواردة في مسائل الطلاق و لا يتعداها[1].

يطلق الرجل زوجته عرفيا ثم يتوفى قبل أن يسجل هذا الطلاق رسميا بالحالة المدنية، فيمكن أن ترفع المطلقة دعوى تطلب فيها إثبات الطلاق العرفي، وفي هذه الحالة يستدعي إلى جانب الشهود ورثة الميت إن كان له ورثة، وكذا إدخال السيد وكيل الجمهورية في الخصومة، باعتبار أنه لا يمكن مقاضاة شخص متوفى، و بشرط أن يكون الزوج في هذه الحالة قد تلفظ بالطلاق قبل أن يتوفى[2].

المطلب الثالث: دور القاضي عند تعسف الزوج في الطلاق.

عندما يعقد الزوج العزم على إيقاع الطلاق، فإنه لا يمكن لأحد التحكم في إرادته، حتى ولو كان هذا الزوج قد ظلم زوجته وأولاده في نظر القاضي، وهذا الأخير ليس له سوى أن يقوم بتقدير التعويض المناسب لهذا الطلاق التعسفي.

سيتم تبيين الأحكام الخاصة بالتعسف وهذا في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من خلال تحديد معنى التعسف(الفرع الأول) وكيفية إثبات القاضي لتعسف الزوج في طلاقه(الفرع الثاني)، وفي الأخير دور القاضي فيتقديره للتعويض(الفرع الثالث).

---

[1]-المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 197.

[2]-نعيمة تبودوشت، مذكرة ماجستير، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2000/1999، ص214.

الفرع الأول: التعسف في الفقه الإسلامي.

إن تعسف الزوج في الطلاق يكون في حالة إساءته استعمال حقه في الطلاق ، مما يؤدي إلى ضرر للطرف الآخر وهي الزوجة، ولقد ثار هناك خلاف بين الفقهاء وهذا حول مدى إسحاق الزوجة المطلقة ظلما من زوجها للتعويض.

في هذا العنصر ستتم من جهة توضيح معنى التعسف وفقا للفقه الإسلامي(أولا)، و من جهة أخرى الإحاطة بالخلاف الفقهي حول مدى استحقاق الزوجة للتعويض(ثانيا).

أولا: تعريف التعسف.

سنتعرض في هذا العنصر إلى:

أ- التعريف اللغوي.

التعسف مأخوذ من الفعل الثلاثي (عسف)، فالتعسف : هو السير على غير هدى و ركوب الأمر من غير تدبير، وعسف فلان فلانا: أي ظلمه وعسف السلطان أي ظلم

وأعسف: أي أخذ علامة بأمر شديد، وعسف فلانة: أي غضبها نفسها.

من خلال هذه التعريف اللغوية نستنتج بأن التعسف له معنى الظلم[1].

ب-التعريف الاصطلاحي: هو أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوض أو بغير عوض أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية.[2].

[1]- ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص29.

[2]تقية عبد الفتاح ، مذكرة دكتوراه، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006، ص56.

ولقد دلت العديد من النصوص الشرعية على منع التعسف و الإضرار و هذا في قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾.[1]

وقال تعالى:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾.[2]

كذلك قوله صل الله عليه و سلم << لا ضرر و لا ضرار>>

وتتناولكل هذه الأدلة الإضرار بكل صوره، فإيقاعه يعد مذموما في نظر الشريعة الإسلامية. وفي مجمل القول، فإن المعيار الأساسي في اعتبار أن الفعل المشروع فيه تعسف هو أن يقوم الشخص باستعمال حقه في غير ما يشرع به الشرع.[3].

ثانيا: الخلاف الفقهي حول استحقاق المطلقة للتعويض بسبب تعسف زوجها.

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين هما:

أ- تعويض المرأة المطلقة تعسفيا.

لقد اعتبر كل من وهبة الزحيلي وعبد الرحمان الصابوني وغيرهم بأن الزوجة إذا طلقها زوجها بشكل فيه تعسف، كأن يطلقها في مرض الموت لكي يحرمها من الميراث، أو أن يطلقها بدون سبب شرعي، فإنه يترتب عليه جزاء وهو أن يعوض ماليا لمطلقته وقد اعتمدوا في استدلالهم على مايلي :

---

[1] سورة البقرة، الآية 232.

[2] سورة البقرة، الآية 233.

[3] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في الشريعة الإسلامية و القانون الأردني، المرجع السابق، ص33.

فإذا أساء الزوج استعمال حقه في إيقاع الطلاق، فإنه يترتب عنه آثار سلبية خاصة فيما يتعلق بمستقبل الزوجة، وأنه قياس على أن كل شخص يقوم بإساءة استعمال حقه فإنه ملزم بالتعويض مهما كان الحق الذي سيمارسه شخصي أو مالي[1].

واستدلوا كذلك بأن الطلاق قد أباحه الشارع الحكيم لحاجة فمن أوقعه بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعا، وإثمه دليل على أنه أساء استعمال حقه، وإساءة استعمال الحق توجب التعويض، وهذا جبرا للضرر الحاصل للمطلقة.

قد قاموا بقياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة التي أوجبها بعض الفقهاء استحبها بعضهم ورغب فيها القرآن وجعلها بالمعروف فترك تقديرها للقاضي بحسب العرف[2].

ب- عدم تعويض المرأة المطلقة تعسفيا.

ذهب جمع آخر من الفقهاء ومنهم محمد أبو زهرة بأن الزوج حر في إيقاعه للطلاق، وأن التعويض على الطلاق التعسفي هو غير مشروع.

برروا ذلك بأن الشريعة الإسلامية عندما أباحت الطلاق لم تقيده بضرورة وجود مبرر لإيقاعه، وأنه بالرجوع إلى حكم الطلاق، فالذين اعتبروا على أن الأصل فيه هو الحظر، وأنه يباح فقط للحاجة الملحة، فإن هذه الحاجة هي أمر ذاتي شخصي لا يعلمها إلا الزوج وحده، فلا يمكن حسبهم بأي حال من الأحوال إثبات تلك الحاجة النفسية الخاصة بالزوج، لأنها أمر داخلي لا يمكن اكتشافها أو التأكد منها.

استدلوا كذلك بأن يكون التعويض على فعل محرم، فمن هذا المنطلق فإنه حسبهم لم يرد دليل واحد في القرآن أو السنة النبوية يدل على أن الطلاق محرم[3].

---

[1]-عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار الفكر للنشر، دون بلد، 1968، ص من 117إلى119.

[2]-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر للنشر والتوزيع، سوريا، بدون سنة نشر، ص499.

[3]-ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي و التعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، المرجع السابق، ص من104إلى 109.

واستدلوا كذلك بقوله تعالى: ﴿بِإِحْسَٰنٍ تَسْرِيحٌ أَوْ بِمَعْرُوفٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ مَّرَّتَانِ الطَّلَاقُ﴾.[1]

الفرع الثاني: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق.

نصت المادة 52 قانون الأسرة << إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في طلاقه حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها فحسب هذه المادة، فإنه لابد على الزوج عندما يوقع الطلاق أن يؤسسه على مبرر شرعي، وذلك أنه إذا أوقعه بدون سبب فإنه يعد بذلك متعسفا، وبذلك فهو ملزم بالتعويض قانونا.[2]

جاء قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/06/15بمايلي:<< من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله.

منه تبين في- قضية الحال- أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير قد طبقوا القانون.>>[3]

يتضح من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا قد أعطت الحق للزوج لكي يطلق زوجته وهذا دون تحديده للأسباب التي أدت به لإيقاعه، ولكنه يتحمل المسؤولية كاملة عن ذلك.

فيعتبر الزوج متعسفا في حالة إنهاءه للعلاقة الزوجية بدون مبرر قانونا، ولكن في حالة ما إذا أثبت الزوج بأن سبب إنهاء الرابطة الزوجية راجع لزوجته، و هذا بأن تطلب منه حل الرابطة الزوجية.

---

[1]-سورة البقرة، الآية 229.

[2]- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص235.

[3]-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم23019 ،مؤرخ في 1999/06/15 عدد خاص، لسنة 2001، ص104.

ولا يكون هذا إلا في حالة ما إذا صدر حكم قضائي نهائي قابل للتنفيذ يلزمها بالرجوع إلى بيت الزوجية ولكنها ترفض ذلك، وعليه فيحكم بنشوزها وبذلك تحرم من التعويض لأنها مسؤولة عن الطلاق.[1]

أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ في أحد قراراتها المؤرخ في 1986/01/27 حيث قضت فيه بما يلي :<< من المقرر شرعا و قضاءا أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر و يسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. لما كان ثابتا- في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان ذلك استوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة.>>[2]

هذا يدل على أنه لكي تستحق الزوجة المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي،لا بد أن يكون الزوج هو وحده المسؤول عن هذا الطلاق التعسفي.

يقع عبأ إثبات التعسف في الطلاق على عاتق الزوج وليس على عاتق الزوجة،حيثإذا أثبت الزوج أن طلاقه مؤسس على أسباب شرعية، فهو بهذا ينفي وجود التعسف و العكس صحيح في حالة عدم قدرته على إثبات ذلك.

كذلك فإن القاضي له سلطة تقديرية واسعة، وهذا ما يتضح من خلال المادة 52 قانون الأسرة في عبارة << إذا تبين للقاضي >> بمعنى آخر أن مسألة وجود التعسف في الطلاق من عدمه هي مسألة قانونية تقديرية يختص بها القاضي وحده.[3]

الفرع الثالث: تقدير القاضي للتعويض في الطلاق التعسفي.

تعد المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري خطوة هامة خطاها المشرع الجزائري وهذا حسب الدكتور العربي بلحاج،باعتبار أن هذه المادة تنص بأنه إذا تبين للقاضي بأن الزوج متعسف في طلاقه، فإنه مجبر على دفع التعويض للمطلقة. فالطلاق حسبه، إنما شرع لرفع الضرر وليس

---

[1]- نعيمة تبودوشت،الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية، المرجع السابق، ص266.

[2]-قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39731، المؤرخ في 1986/01/27 المجلة القضائية، العدد 04، لسنة1993 ،ص61.

[3]- مصطفاوي فتيحة، مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون، الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة البويرة، سنة 2013، ص60،61.

لإلحاقه بالزوجة، والتعويض الذي يحكم به القاضي هو جبر للضرر[1]، وهذا الضرر مهما كان سواء ضرر مادي أو معنوي[2].

ونجد بأنهقد جاءنص المادة 52من قانون الأسرة المنظملمسألة الطلاق التعسفيعاما دون أن يفصل أكثر، ودون أن يحدد مبلغ التعويض، وعليه فإن تقدير مبلغ التعويض يكون حسب السلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في الدعوى، وهذا باعتماده على ضوابط وأسس معينة[3].

وساند الاجتهاد القضائي هذا المبدأ من خلال إقرار المحكمة العليا بالسلطة التقديرية الواسعة للقاضي في تحديد تعويض الطلاق التعسفي، وهذا في قراراها المؤرخ في 12 يوليو 2006 قضت فيه بـ:<<...حيث أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود فيها الاختصاص لقضاة الموضوع دون غيرهم، أضف إلى ذلك أن طلاق امرأة بعد زواج دام أربعون سنة دون مبرر لا يعوض مبلغ من المال . . .>>[4]

أعطت المحكمة العليا في قرارها السابق السلطة المطلقة للقضاة في تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي للزوج، وهذا راجع كما سبق ذكره لعدم و جود نص قانوني يحدد القدر الأعلى أو الأدنى للتعويض.

كما جاء في قرار آخر من المحكمة العليا المؤرخ في 1991/06/18 ما يلي:<< من المستقر عليه قضاءا أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع إلىالسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.>>[5]

بمعنى أنه لا بد على القضاة عند تحديدهم لمبلغ التعويض في الطلاق التعسفي، أن يبينوا الأسباب التي دفعتهم إلى الحكم بالمبلغ المحدد.

---

[1]-بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص243.

[2]-فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، دون طبعة،المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986، ص266.

[3]-مصطفاوي فتيحة، الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص66.

[4]-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 368660، المؤرخ في 12 يوليو 2006، مجلة المحكمة العليا، عدد 02،لسنة 2006، ص486.

[5]-مصطفاوي فتيحة، الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي الجزائري، المرجع نفسه، ص66.

كما لم يحدد قانون الأسرة الجزائري وقت استحقاق الزوجة للتعويض الناجم عن الطلاق التعسفي، إن كان هذا يستحق هذا التعويض عندما يصح الطلاق نهائيا، أو عندما تصبح الزوجة بائنا من زوجها، وهذا بانتهاء العدة ولا يمكنها أن ترجع إليه بأي حال من الأحوال فانه لم يحدد ذلك[1].

ويرى الدكتور العربي بلحاج بأن المشرع الجزائري قد وفق في مسالة عدم تحديده لقيمة التعويض الذي يدفعه الزوج، ذلك أنه لم يقيد قيمة التعويض، وهذا إن دل فإنه يدل صراحة أنه قد جعل للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في ذلك[2].

[1]-تبودوشت نعيمة ، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية، المرجع السابق، ص254.

[2]-بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص238.

الفصل الثاني: دور القاضي عند فك الرابطة الزوجية بالخلع.

شرع الله عز وجل الخلع، وقرره للمرأة لكي ترفع على نفسها الظلم، وهذا بأن أعطى لها سبحانه وتعالى سلطة لإنهاء الزواج، ولكن يجب أن تطلبه ووفق الشروط التي حددها الشرع لذلك، فترد المختلعة لزوجها ما أخذته باسم الزواج، فإذا فعلت حلت العلاقة الزوجية.

يعد فك الرابطة الزوجية بالخلع من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، فقد يحدث أن تبغض الزوجة زوجها، ما قد يؤدي في حالة بقائها معه إلى إحداث أضرار بها، وذلك ربما لكونه لا يوفيها حقوقها أو لا يقوم بما يتطلبه عقد الزواج، فتقوم الزوجة باللجوء إلى الخلع ذلك لأنه من قبيل الحقوق المقررة شرعا للزوجة.

و نص المشرع الجزائري على الطلاق بالخلع في المادة 54 من قانون الأسرة التي جاءت في الباب الثاني من قانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في27 فبراير 2005، والتي نصت على جواز إنهاء الزوجة للعلاقة الزوجية دون موافقة زوجها، جاءت وهذه المادة صريحة ذلك أنه يحق لها في تخلعه حتى دون اشتراط قبوله بذلك.

تقوم الزوجة باللجوء إلى القاضي مطالبة بفك العصمة الزوجية، وعندما ترفع هذه الأخيرة طلبها هذافإنها تنشأ قرينة لا يمكن ثبوت عكسها أمام القاضي بأنه يوجد هناك بغض وكره بين الزوجين، وهو ما يترتب عليه استحالة مواصلة العشرة الزوجية.

سيتم الإحاطة بمفهوم الخلع بذكر الأحكام الناشئة عنه وكذا بتبيين التكييف الخاص بالخلع سواء من الناحية الفقهية أو القانونية وهذا في (المطلب الأول)، تم بعد ذلك سيتم توضيح ما يملك القاضي من سلطة وهذا عند رفع الزوجة لطلبها بالخلع أمامه(المطلب الثاني).

المبحث الأول: سلطة حل الرابطة الزوجية بالخلع.

يعتبر الخلع الطريقة التي يمكن خلالها للزوجة من الوصول إلى حريتها دون عناء فلا يكلفها ذلك إلا بذل بدل من المال، وقد قرره الشرع والقانون للمرأة، وهذا لكي تتمكن من الخلاص من الحياة الزوجية التي قد حكمها الكره والنفور سواء من أحد الزوجين أو من كلاهما، وهذا ما يؤدي إلى استحالة مواصلة هذه العشرة.

يقع على الزوجة أن تلتزم تجاه زوجها بمبلغ مالي، والذي قد يعادل المهر الذي حصلت عليه من زوجها أو مهر المثل.

وتم تقسيم هذا المبحث إلى عنصرين تم تخصيص الأول لتبيين في أحكام الخلع من خلال تعريفه و حكمه والأركان والشروط الواجب توافرها في(المطلب الأول)،

وتم توضيح التكييف الذي قد أصبغه الفقهاء على الخلع، وكذا موقف المشرع الجزائري من هذا الاختلاف في التكييف في(المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بفك الرابطة الزوجية بالخلع.

خصص هذا المطلب للتعريف بالخلع(الفرع الأول) وكذلك تم فيه استعراض الأدلة الشرعية وهذا حول مدى مشروعية الخلع(الفرع الثاني)، وتم في هذا المطلب أيضا الحكم الشرعي الذي أصبغه فقهاء الأمة على الخلع(الفرع الثالث)، وكذا أركان الخلع والشروط الواجب توافرها في الخلع لكي يكون صحيحا(الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف الخلع.

وسنتعرض بالدراسة في هذا العنصر إلى مايلي:

أولا: التعريف اللغوي للخلع.

قال الحافظ ابن حجر في الفتح : الخلع بضم الخاء و سكون اللام و هو في اللغة فراق الزوجة على مال، مأخوذ من خلع الثياب، لأن المرأة لباس الرجل معنى قول الحافظ << و ضم مصدره تفرقة بين الحسي و المعنوي>> معناه: أن الخلع بين الزوجين اللذين كل

واحد منهما كاللباس لصاحبه لقوله تعالى: في سورة البقرة << هن لباس لكم و أنتم لباس لهن>>[1]

وعند ضم الخاء و هو أول حرف للكلمة <<الخلع>> فالخلع هنا له معنى معنوي لأن أي من الزوجين في الواقع لم ينزع ثيابه، و معنى خلع الثياب الذي هو حسي بفتح الخاء.[2]

ثانيا:التعريف الاصطلاحي للخلع.

الخلع هو حل العقدة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه، وهذا في مقابل بدل الخلع الذي تلتزم بدفعه الزوجة تجاه زوجها، والخلع لا يتحقق شرعا إلا إذا وقع بلفظه أو معناه، وهذا لكي يرتب آثاره فيما بين الزوجين و كذلك يجب أن يحدد بدل الخلع، فإذا قال الزوج: خلعتك ولم يذكر عوضا فهنا يقع طلاقا رجعيا ولا يلزم الزوجة أن تدفع مالا ولا ترتب أحكام الخلع، وإذا لم ينوي الطلاق لا يقع شيء.

إذا قام الزوج بحل الرابطة الزوجية في مقابل مبلغ مالي يحدده وقبلت به الزوجة لكن دون ذكر لفظ الخلع هنا تطلق الزوجة طلقة بائنة، وتلتزم بدفع المبلغ المالي المحدد من الزوج ولا تترتب أحكام الخلع.

إن لفظ الخلع أو ما في معناه في مقابلة العرض المالي يعد خلعا شرعيا الذي تترتب عليه كافة الأحكام الشرعية الخاصة به، ولفظ الطلاق في مقابلة مبلغ مالي فهو طلاق بإذن يجب به المال على الزوجة و ليس خلعا.[3]

عرف الدكتور الصابوني الخلع في كتابه مدى حرية الزوجة في الطلاق بأن:الخلع هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها من مهر.[4]

---

[1]- سورة البقرة، الآية187

[2]-نصر الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامية ، لبنان، 1395 هـ، ص45

[3]-عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص152، 153.

[4]-عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 495.

وعرفه الأستاذ عبد العزيز سعد بأنهعقد معاوضة رضائي وثنائي لأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر لرغبة الزوجة، مقابل مال مقوم شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أويحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.>>[1]

الفرع الثاني: مشروعية الخلع.

ثبتت مشروعية الخلع، وهذا سواء في القرآن الكريم بجملة من الآيات القرآنية أو من السنة النبوية الشريعة، وهذا بما روى الرسول صل الله عليه و سلم وكذا ما أجمع عليه علماء الأمة الإسلامية.

أولا: مشروعية الخلع في القرآن الكريم.

قوله تعالى :

﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾[2]

في هذه الآية الكريمة قد ذكر الله تعالى على أن الطلاق هو مرتان، وعلى أنه يعقب كل مرة، إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وكذلك ذكر الشارع الحكيم على أنه لا يجوز أخذ مال من الزوجة كأصل عام، وقد قام سبحانه وتعالى باستثناء حالة واحدة و هي في حالة ما إذا خشي الزوجان من أن لا يقيما حدود الله ككره الزوجة لزوجها، مما يؤدي إلى عدم إمكانية استمرارية العشرة الزوجية بينهما، هنا يجوز للزوج أن يأخذ مال الزوجة و هذا بنية طلاقها عليه.

---

[1]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص248.

[2] - سورة البقرة، الآية 229.

كذلك قوله تعالى:

﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾[1].

إن هذه الآية الكريمة قد بين الله فيها بأن لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته التي ينوي طلاقها مالا، وهذا في حالة ما إذا كان هو الناشز فإذا رغب الزوج في استبدال زوجته فلا يحق له ظلم الزوجة الأولى، وهذا لكي تعطيه مالا لخلعها.[2]

كذلك قوله تعالى:

﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[3]. وكذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ﴾[4].

معنى الآيتين،تبيين الله سبحانه وتعالى أن المرأة إذا خافت من زوجها أن يعرض عنها أو ينفر منها فيجوز أن يتم الإصلاح بينهما، وهذا أفضل وقعا من الفراق وفي حالة عدم إمكانية الإصلاح بين الزوجين، وهذا لاستحالة العشرة الزوجية، بسبب خوف الزوجين من عدم إقامة حدود الله، فهنا لابد إذا من التفريق بين الزوجين.[5]

ثانيا: مشروعية الخلع في السنة النبوية.

فيما روى عن ابن عباس أن امرأة ثابت ابن قيس بن شماس أتت النبي صل الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله: ثابت ابن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين، و لكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صل الله عليه و سلم: أتردين عليه حديقته فقالت : نعم قال صل الله عليه و سلم << اقبل الحديقة و طلقها تطلقيه.>>

---

[1] سورة النساء، الآية 20.

[2] عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص497-498.

[3] -سورة النساء، الآية 128.

[4] -سورة النساء، الآية 130.

[5] -محمد علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية، المرجع السابق ، ص180.

وفي رواية أخرى: أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت نعم و زيادة، فقال رسول الله صل الله عليه و سلم: أما الزيادة فلا، و لكن حديقته، فلما بلغ ذلك ثابتا قال: قد قبلت قضاء رسول الله صل الله عليه و سلم.معنى الحديث أن جميلة بنت عبد الله بن آبي ذكرت للرسول صل الله عليه وسلم أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من عدم إساءته لها، وأنها قد خشت أن تكون كراهيتها له طريقا لتقصيرها في حقوق زوجها عليها.

ثالثا: مشروعية الخلع من الإجماع.

أجمع علماء الأمة الإسلامية من السلف والخلف على إجازة الخلع ألرضائي بين الزوجين، هذا واستدلوا في ذلك لقوله تعالى: ﴿ٱللَّهِ حُدُودَ يُقِيمَا أَلَّا خِفْتُمْ فَإِنْ﴾[1].

الفرع الثالث: أركان الخلع وشروطه.

إن أركان الخلع هي العناصر التي يقوم عليها الخلع ويتحقق بوجودها، فإذا اختل أحد الأركان، فلا يتحقق شرعا ولا تترتب آثاره الشرعية، لذلك فإنني سأقوم بدراسة الأركان و كذا تبيين شروط كل ركن على حدا.

أولا: قيام العلاقة الزوجية.

إن هذا الركن مرده إلى ضرورة أن يكون هناك عقد زواج بين الزوجين، وهذا لكون أن الزوجة من غير المعقول أن تقوم بخلع رجل غريب عليها لا تربطها به علاقة زوجية صحيحة،إذا كانت هذه الزوجة في عدة طلاق رجعي، فإن الخلع يكون جائزا لأنها مازالت على ذمة زوجها إلى حين انتهاء عدتها.[2]

باعتبار أن الخلع يقوم على إزالة ملك النكاح، فإنه يشترط في الزوجين ما يشترط في الطلاق، وهذا باعتبار أن الفقهاء اتفقوا على أنه من جاز طلاقه جاز بذلك خلعه.

---

[1]-سور البقرة الآية229.

[2]- منصوري نورة ، التطليق و الخلع وفقا للقانون والشريعة الإسلامية، ،دون طبعة، دار الهدى للنشر والتوزيع،الجزائر،2012، ص115،116.

يشترط في الزوج أن يكون بالغا، وعاقلا فإذا كان هذا الزوج مجنونا أو غير بالغ أو إن كان صغيرا غير مميز، فإن خلعه لا يصح. أما إذا كان هذا الزوج سفيها أو محجورا عليه بسببه فإن خلعه يعد صحيحا، ولا يؤثر عليه وهذا قياسا على الطلاق باعتبار أنه يمكنه إيقاع الطلاق[1].

ويشترط في الزوجة أن تكون بالإضافة إلى الشروط السابقة أهلا للتبرع، لأنها في حالة ما إذا لم تكن آهلة للتبرع، كأن تكون لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 40 ق المدني فإنه لا يلزمها بدل الخلع، وهذا إلا في حالة واحدة وهي إجازة وليها لذلك، وعليه فإذا كانت لا تملك الزوجة حق التصرف في مالها وهذا لصغرها فإنه شرعا لا تملك حق الخلع، أما من الناحية القانونية فإنها لا تملك حق القيام بالخلع التي تكون دون سن 19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني.[2]

ثانيا: صيغة الخلع.

هي تلك الألفاظ والعبارات سواء الشفهية أو الكتابية الدالة على الخلع، ولقد اختلف العلماء في مسألة صيغة الخلع وكل حسب رأيه.

فنجد أن الأحناف يرون أن الألفاظ الدالة على الخلع التي يمكن أن يقع فيها هي خمسة ألفاظ، وهم يفرقون بين ألفاظ الخلع وألفاظ الطلاق فإذا قام الزوج بلفظ الطلاق و لم يحدد بدلا فإنه يعد طلاقا رجعيا، أما إن تلفظ بالخلع فإنه يقع طلاقا بائنا سواء حدده أو لم يحدده.

وألفاظ الخلع عند الأحناف هي : طلقني، اخلعني، بارئني، بعني طلاقي واشتريت منك طلاقي .

أما الشافعية فنجد بأنهم قد حصروا ألفاظ الخلع التي يقع فيها لفظان صريحان دون الكتابة و هما: فاديت و خلعت.

---

[1]-منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2008، ص70

[2]-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص265،266.

واختلف فقهاء الشافعية في مدى اعتبار الفسخ إلا أن الأشهر عندهم هو أن الفسخ من الألفاظ الصريحة، فحسبهم فإن الألفاظ الصريحة هي التي لا تحتاج إلى نية وهي واضحة من ألفاظها[1].

فقهاءالمالكية فقد اشترطوا جملة من الشروط لابد من توافرها، وهذا لكي تكون الصيغة مرتبة للخلع وهي:

- أن يكون لفظ الخلع إما صريحا أو كتابة دالة عليه وبالإضافة إلى أن يكون قبول الزوجة في مجلس العقد، ويكون كذلك هذا الخلع مقترنا ومتطابقا مع تحديد عوض له.

من كل ما سبق نستخلص بأن الفقهاء ورغم اختلافهم حول صيغة الخلع فإنهم كلهم يتفقون على أنه يجب أن يكون اللفظ الذي يؤدي إلى الخلع، إما بلفظه أو لفظ مشتبها منه ودالا عليه[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يبين في نص المادة 54 من قانون الأسرة الألفاظ التي يقع بها الخلع دون النص على شروط ذلك، وقد ترك ذلك إلى الشريعة الإسلامية وهذا باعتبارها مصدرا هاما لأحكام قانون الأسرة الجزائري، وهذا بأنه قد قام بإحالة كل ما لا يوجد فيه نص إلى الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 ق الأسرة[3].

ثالثا: بدل الخلع.

هو المقابل التي يجب على الزوجة أن تعطيه لزوجها، وهذا لكي يكون لها الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بالخلع، وهذا بكل مال صح أن يكون مهرا للزوجة عند انعقاد

---

[1]-إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص40،41

[2]-آيت شاوش دليلة ، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون تحصص، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص 319، 320.

[3]-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 233.

الزواج[1]، ولم يقم المشرع الجزائري في نص المادة 54 ق،الأسرة بتحديد مقدار العوض الذي يجب على الزوجة أن تلتزم به تجاه زوجها من أجل تحررها منه، وكذا لم يبين الشروط الواجب توافره في بدل الخلع ولذلك فإنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبار أن المشرع الجزائري في المادة 54 قد اعتمد على مصطلح <<مال>>الذي يمكن أن يكون فيه بدل الخلع نقودا أو الأوراق المالية المتعامل بها و كذا مختلف الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا و عينا.

وفي حالة اتفاق الزوجين على مبدأ فك الرابطة بالخلع، غير أنهما لم يتفقا على المقابل المالي للخلع فقد أعطى عندها المشرع الجزائري الحق للقاضي لكي يحدد بدل الخلع الذي يجب فيه ألا يتجاوز طبقا للمادة 54 من ق، الأسرة صداق المثل.[2]

المطلب الثاني: تكييف الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة:

اختلف الفقهاء في تكييف الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة على عدة آراء.

فهناك من اعتبر الخلع طلاق و البعض اعتبره فسخ، وكذلك هناك من جعله يمينا من الزوج والبعض الآخر اعتبره معاوضة من الزوجة(الفرع الأول)، وسيتم تبيين الموقف الذي أتخذه المشرع الجزائري من هذا الخلاف الفقهي(الفرع الثاني).

الفرعالأول: التكيف الفقهي للخلع.

سيتبين من خلال هذا الفرع، التكيف الفقهي للخلع هل هو الخلع مكي أو معاوضة؟ هل الخلع طلاق أم فسخ؟ و كذا ما ترتب على آثار من ذلك.

أولا: الخلع من حيث اعتباره فسخ أوطلاق.

انقسم الفقه الإسلامي في نوعية الحكم الصادر في مسألة التفريق بين الزوجين عن طريق الخلع، فمنهم من أطلق عليه مصطلح الفسخ، و منهم من وصفه بأنه طلاق ما يلي و هذا على قولهم.

---

[1]-بلحاج العربي، الوجيز شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص267.

[2]-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات، المرجع السابق، ص240.

أ- الخلع فسخ.

ذهب كل من الشافعي في الجديد و القديم و أحمد في رواية و لقد اختاره كثير من الشافعية المتقدمين و المتأخرين التي أن الفرقة بالخلع تعد فسخا.

استدلوا بقوله تعالى:

﴿ ... 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 فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾.[1]

فحسب هذا الرأي فإن الخلع إذا اعتبر أنه طلاق لأصبحت أربعة طلقات، وهذا في سياق هذه الآية و الطلاق لا يكون إلا ثلاثا و عليه فإن الخلع ليس بطلاق.

كذلك استدلوا على أن عدة المخالعة هو قرء واحد وهذا لقوله صل الله عليه وسلم لزوجة ثابت ابن قيس وهذا بأن تعتمد قرء واحد، وهذا ما ثبت في ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي صل الله عليه و سلم <<عدتها جيفة.>>فلو كانت زوجة ثابت بن قيس قد طلقت لكانت عدتها مقدرة بثلاثة (03) قروء لقوله تعالى: ﴿قُرُوءٍ ثَلَاثَةَ بِأَنْفُسِهِنَّ يَتَرَبَّصْنَ وَالْمُطَلَّقَاتُ﴾[2]

استدلوا كذلك على أنه لو اعتبر على أن الخلع طلاق، فإنه يمكن للزوج مراجعة زوجته، ولكن الرجعة لا تصح في الخلع وهذا ما دل على عدم اعتباره طلاقا[3].

---

[1]-سورة البقرة، الآية 230- 229.

[2]-سورة البقرة، الآية 228.

[3]-أحمد زيان شويدح، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضا الزوج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة أم القرى للعلوم الشريعة وآدابها، الجزء 17،العدد34 ، مصر سنة 1426هـ، ص125.

واعتبر ابن القيم أن الخلع هو فسخ و ليس طلاق من خلال قوله بأن الله سبحانه وتعالى قد وضع آثارا تترتب في حالة عدم وقوع ثلاثة طلقات، وهي أن الرجل يمكنه مراجعة زوجته في عدتها، وكذا العدة بعد الطلاق هي ثلاثة قروء. وهذا ثابت في القرآن و السنة.

ثبت بأن الخلع لا يوجد فيه رجعة من جهة، وأن عدة المختلعة هي حيضة واحدة ويدل هذا بأن الخلع ليس طلاق بل هو فسخ[1].

استدلوا كذلك بقول ابن تيمية على أن الخلع فسخ.

استدلوا بما ذكر ابن حزم لما روى عن نافع مولى ابن عمر أنه سمع ربيعة بنت معرز بن غفران تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها اليوم أ فتنتقل اليوم؟ فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما فقال ابن عمر << عثمان خيرنا و أعلمنا>>.

ب- الخلع طلاق.

يرى جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية أن الخلع هو طلاق بائن، فحسبهم فإنه لا ترجع الزوجة لزوجها بعد الخلع إلا بعقد ومهر جديدين، واستدل هؤلاء لكون أن الفسخيقتضي التفريق بين الزوجين بدون اختيار الزوج، ولا يعد الخلع فسخا بل هو طلاق، باعتبار أنه يكون باختيار الزوجين له.

واستدلوا بما رواه البخاري عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صل الله عليه وسلم أمر ثابت بن قيس أن يقبل الحديقة ويطلقها تطليقة، ومن ذلك أن النبي صل الله عليه وسلم قد أمره بأن يطلق زوجته، وهذا مقابل أن تقوم زوجته بإرجاع الحديقة التي أعطاها إياه كمهر، وأن الفرقة كانت بعد تمام الزواج، وبناء عليه فإنه يعد طلاقا وليس فسخا[2].

---

[1]-منصوري نورة، التطليق والخلع وفقا للقانون و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص113.

[2]-سليم سعدي، مذكرة ماجستير، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011، ص55، 56.

استدلوا كذلك بأن الخلع يعد من الألفاظ الدالة كناية على الفراق بين الزوجين، وهذا يعد طلاقا، فمعنى الخلع حسبهم هو النزع لغة، وهو بذلك دل على أنه تنزع به المرأة من زوجها، و هو معنى للطلاق، أما الفسخ فهو حسبهم لغة يعني الرفع أي أن الفسخ في النكاح هو رفع عقد النكاح، وجعله كأن لم يكن وبذلك له معنى الإخراج الزوجة من عصمة زوجها، وعليه فهو ليس بفسخ[1].

وردوا على القائلين بأن الخلع فسخ وليس طلاق، وهذا عند استدلالهم بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرۡهٗاۖ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ أَتَأۡخُذُونَهُۥ بُهۡتَٰنٗا وَإِثۡمٗا مُّبِينٗا وَكَيۡفَ تَأۡخُذُونَهُۥ وَقَدۡ أَفۡضَىٰ بَعۡضُكُمۡ إِلَىٰ بَعۡضٖ وَأَخَذۡنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظٗا وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَمَقۡتٗا وَسَآءَ سَبِيلًا ۝ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُمۡ وَعَمَّٰتُكُمۡ وَخَٰلَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُ ٱلۡأَخِ وَبَنَاتُ ٱلۡأُخۡتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورٗا رَّحِيمٗا وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۖ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم مُّحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَۚ فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا تَرَٰضَيۡتُم بِهِۦ مِنۢ بَعۡدِ ٱلۡفَرِيضَةِۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمٗا وَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ مِنكُمۡ طَوۡلًا أَن يَنكِحَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِۚ وَٱللَّهُ أَعۡلَمُ بِإِيمَٰنِكُم بَعۡضُكُم مِّنۢ بَعۡضٖۚ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ مُحۡصَنَٰتٍ غَيۡرَ مُسَٰفِحَٰتٖ وَلَا مُتَّخِذَٰتِ أَخۡدَانٖۚ فَإِذَآ أُحۡصِنَّ فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَٰحِشَةٖ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ ذَٰلِكَ لِمَنۡ خَشِيَ ٱلۡعَنَتَ مِنكُمۡۚ وَأَن تَصۡبِرُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡۗ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيُبَيِّنَ لَكُمۡ وَيَهۡدِيَكُمۡ سُنَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ وَيَتُوبَ عَلَيۡكُمۡ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ وَٱللَّهُ يُرِيدُ أَن يَتُوبَ عَلَيۡكُمۡ وَيُرِيدُ ٱلَّذِينَ يَتَّبِعُونَ ٱلشَّهَوَٰتِ أَن تَمِيلُواْ مَيۡلًا عَظِيمٗا يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمۡ وَخُلِقَ ٱلۡإِنسَٰنُ ضَعِيفٗا ﴾ واعتبروا أن الآية قد ذكرت طلقتين في الأول، ولكن كان ذكرهما بدون مقابل مالي تدفعه الزوجة، ثم بعد ذلك تم ذكر الخلع وهذا بمقابل مالي تدفعه الزوجة للزوج، ثم ذكر الثالثة في قوله تعالى:﴿ فإن طلقها﴾، فإنهم يرون بأنه لا يجب أن تزيد هذه الطلقة على الطلقات الثلاث السابقة.

ج- نتائج اعتبار الخلع فسخا و طلاقا.

1) الزوج خالع زوجته ثلاثا: فإنه حسب الجمهور الذين قالوا بأن الخلع طلاق، فإنها قد طلقت ثلاثا لا تحل له إلا بعد زواج، أما عند السلف قالوا بأنه فسخ فإنه يجوز للزوج إرجاع زوجته ولاتحرم منه.

---

[1]-أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، المرجع السابق، ص 200.

[2]-سورة البقرة، الآية 229-230.

2) **قيام الزوج بخلع زوجته في الحيض:** يرون بأنه لا يجوز للزوج خلع زوجته في حيض، وهو طلاق بدعي ويعد الزوج آثما لأن الخلع طلاق. أما الآخرون يرون بأنه يجوز للزوج أن يخلع زوجته لأن الخلع فسخ وليس طلاق[1].

ثانيا: الخلع من حيث اعتباره يمينا أو معاوضة.

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الخلع، وهذا من حيث اعتباره يمينا من الزوج أو عقد معاوضة بين الزوجين.

حيث يرى الأحناف بأن الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة أي أن يقوم الزوج بتعليق طلاقه، على شرط قبول المال، وإن التعليق في اصطلاح الفقهاء يعد بمثابة يمين، كأن يقول الزوج خلعتك على كذا أي أنه قد علق خلعه لها بشرط، وهو أن تدفع له زوجته المبلغ المالي المقدر من الزوج فهو من جهة الزوج يعد يمينا وتعليقا، أما من جهة الزوجة فهو معاوضة بمعنى أن تدفع المبلغ المالي المشترط من الزوج، وهذا لكي تحصل في مقابل ذلك على حق فك العصمة الزوجية[2].

يرى جمهور الفقهاء في مقابل ذلك بأن الخلع لا ينفرد به أحد الزوجين، بل اشترطوا أن يكون هناك تراضي بين الزوجين على حل الرابطة الزوجية بالخلع، وهذا لما قد يترتب بين الزوجين من آثار، حيث أنه ينجم على شرط رضا الزوج بالخلع سقوط حقوقه على الزوجة، وأما الزوجة فيترتب على رضاها بالخلع أن تلتزم تجاه الزوج ببدل الخلع. فهوحسبهم كالعقود فلا يمكن أن ينفرد أحد الزوجين بالخلع، بدون رضا الطرف الآخر، فإنه يشترط حسبهم أن يكون هناك إيجاب و قبول، ولا يهم من هو الموجب أو القابل يستوي أن يكونا الزوج أو الزوجة[3].

---

[1]-بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص262، 263.

[2]-أحمد شامي، قانون الأسرة طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص217.

[3]-محمد زيد الأنباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة على سكر أحمد، مصر، 1329هـ، ص217.

وأما فقهاء المالكية فإنهم يرون بأن الخلع يعد حقا أصليا للزوجة، وهذا في مقابل حق إيقاع الطلاق الذي يعد حقا أصليا للزوج يوقعه بإرادته المنفردة، وحسبهم فإن الزوجة كذلك يحق لها إيقاع الخلع متى شاءت وبإرادتها المنفردة، في حالة ما إذا رأت أنه استحال عليها مواصلة العشرة الزوجية مع زوجها، وعليه فإن فقهاء المالكية قد تبنوا مبدأ أن الزوجة غير مقيدة بمجلس العقد، ولا تحتاج أيضا إلى إيجاب زوجها لكي تطلب الخلع[1].

الفرع الثاني: التكييف القانوني للخلع.

تباين تكييف المشرع الجزائري للخلع بحسب التعديلات الذي شهدها قانون الأسرة الجزائري، حيث نجد بأن موقفه قد اختلف بالمرور بعدة مراحل، فانتقل تكييفه للخلع بحسب المراحل التي شهدها المجتمع الجزائري، ولقد أثرت اجتهادات المحكمة العليا في المشرع وهذا لتحديد التكييف القانوني للخلع.

أولا: موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة.

إن تنظيم المشرع لمسألة حل الرابطة الزوجية بالخلع، فإنه لم يبين صراحة طبيعة الخلع بين اعتباره طلاقا أو فسخا، نتيجة الإختلاف الذي وقع بين الفقهاء في تكييف الخلع، فاختلفوا إلى رأيان بين من يقول أنه طلاق ومن يقول أنه فسخ، ولم ينص المشرع على ذلك فإنه بالرجوعإلى المادة 222 ق الأسرة، والتي ترجعنا إلىأحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة كما سبق ذكره لم تحسم في طبيعة الخلع،وهذا ما يبقي الإشكال مطروحا حول طبيعة الخلع[2].

لم يحدد المشرع الجزائري في القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 في مادته 54 طبيعة الخلع التي جاء فيها مايلي:<< أنه يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه>>، وعليه فقد حاولالبعض تفسير طبيعة الخلع على أنهعقدفهو من جهة الزوج يعتبر على أنه تعليق للطلاق على شرط دفع المقابل المالي، أما من جهة

[1]-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع نفسه، ص 218.

[2]-المصري مبروك، الطلاق و آثاره في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص281.

الزوجة فهو معاوضة[1]،أي إذا اتفق الزوج مع زوجته على الخلع، أي قبول الزوجة لإيجاب الزوج فتقوم بدفع مقابل الخلع، يعتبر في هذه الحالة من جهة الزوج يمينا باعتبار أنه علق تطليقها على ضرورة أن تدفع له المقابل المالي الذي حدده،وفي المقابل فإن الخلع يعتبر بمثابة معاوضة تجاه الزوجة ، تدفع بمقتضاه المقابل المالي لكي تحصل على حقها في فك الرابطة الزوجية[2].

لكن بعد تعديل قانون الأسرة رقم 11/84 بموجب الأمر رقم 02/05 فإن المشرع الجزائري قد فصل بشكل واضح اتجاه الجدل الواقع في التكييف الفقهي للخلع وهذا طبعا عندما قام بتعديل نص المادة 54 فأصبحت تنصص<< يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي>>، وأصبح الخلع بالنسبة للزوجة حقا أصليا، أي أنهحق للزوجة في مقابل الطلاق المتروك للزوج، فتأثر المشرع الجزائري في ذلك بالمذهب المالكي الذي لا يعتبر الخلع على أنه عقد يتوجب وجود إيجاب و قبول.[3]

بهذا قد وضعت هذه المادة حدا للخلاف وهذا بعبارة << دون موافقة الزوج>> في النص الجديد، وعليه فقد جعل المشرع الخلع بالنسبة للزوجة على أنه حق شخصي لها أن تمارسه بكل حرية و هذا دون التقيد بموافقة زوجها.

هذا يدل بأن المشرع في مسألة تكييف الخلع لم يعد يأخذ إرادة الزوج بعين الاعتبار فالتعديل الخاص بالمادة 54 من قانون الأسرة قد ساير معنى الحديث الصحيح الذي جاء في مسألة الخلع، هذا الأخير الذي لم يشترط فيه النبي صلى الله عليه وسلم موافقة ثابت بن قيس بل قد ذهب إلى أبعد من ذلك من خلال عدم استشارته أبدا[4].

وثبت عن المحكمة العليا في العديد من القرارات على أنها قضت بأن الخلع يعد حقا شخصيا للزوجة، وليس عقد معاوضة.

---

[1]-باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص67.

[2]-بن شويخرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 208،209.

[3]-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص219.

[4]-سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص46، 47.

فقضت في قرارها الصادر بتاريخ 1996/07/30 على ما يلي:<< من المقرر شرعا و قانونا أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحة للزوجة لفك الرابطة الزوجية و ليس عقدا رضائي، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال لفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة. ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه.>>[1]

كذلك نجدالقرار الصادر بتاريخ 1999/03/16الذي قضت فيه المحكمة العليا بـ<< الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار.>>[2]

فتوضح القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، بأن هذه الأخيرة قد طبقت مبدأ أن الخلع ليس عقد رضائي بين الزوجين وهذا قبل تعديل قانون الأسرة، يمكن أن يفهم على أن تعديل المادة 54 من قانون الأسرة، فقد جاء بناء على ما نصت إليه اجتهادات المحكمة العليا التي جعلت الخلع حقا شخصيا للزوجة في مقابل حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة، ولم يجعله عقدا رضائي يستلزم وجود إيجاب و قبول.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع طلاقا أو فسخا.

إعتمد المشرع الجزائري على رأي جمهور الفقهاء، و هذا بحيث اعتبر الخلع يعد طلاقا وليس فسخا، باعتبار أنه من الناحية الشكلية فإن النصوص القانونية المنظمة لفسخ عقد الزواج قد وضعت تحت إطار الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة الجزائري، وهذا تحت عنوان الزواج في المواد من 32 إلى غاية 35.

---

[1]-قرار المحكمة العليا، ملف رقم 141262،المؤرخ في1996/07/30 ،المجلة القضائية عدد 01، لسنة 1998، ص120.

[2]-قرار المحكمة العليا، ملف رقم 21623، المؤرخ في 1999/03/16المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة2001، ص140.

في مقابل ذلك نجد أحكام الطلاق قد وضعها المشرع الجزائري في الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان << انحلال الزواج>>، حيث نجد المادة 48 من قانون الأسرة التي نصت على أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة، كما جعلت المادة 54 من قانون الأسرة الخلع صورة من صور فك الرابطة الزوجية، وقد وردت في إطار الفصل الثاني الخاص بالطلاق، وهذا يدل على أن المشرع الجزائري قد اعتبر أن الخلع يعد طلاقا وليس فسخا.[1]

كذلك فإن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة لا يقع إلا في حالة ما إذا كان الزواج صحيحا، باعتبار أن المادة 47 و48 نصتا على أن الطلاق يكون بإنهاء عقد زواج صحيح، وأن التفرقة عندما يكون الزواج فاسدا تعد فسخا وبقوة القانون مهما كان السبب المؤدي إلى هذا الفسخ[2].

المبحث الثاني: كيفية تدخل القاضي عند حل الرابطة الزوجية خلعا.

باعتبار أن المشرع الجزائري قد أعطى الحق للزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة بواسطة الخلع، وهذا طبقا للمادة 54 قانون الأسرة وهذا دون موافقة زوجها، فإن دور القاضي يكون محددا و معينا.

لذلك فسيتم بداية الإحاطة بالدور الذي يلعبه القاضي في دعوى الخلع من خلال (المطلب الأول) الذي خصص لدراسة سلطة القاضي عندما يتصل بدعوى الخلع لأول مرة من جهة، وكذا دوره عند السير في دعوى الخلع في إجراءات الصلح و التحكيم من جهة أخرى. وكذلك مدى اشتراط دور القاضي وهذا لكي يكون للزوجة الحق في المطالبة بالخلع، وهذا من الناحية القانونية و كذا أصل هذه الفكرة في الفقه وهذا في (المطلب الثاني).

أما (المطلب الثالث) فهو لدراسة كيفية تقدير القاضي لبدل الخلع، هذا عندما لا يتفق الزوجان على تحديده.

---

[1]-بأديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص68،69.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص246.

المطلب الأول: دور القاضي عند تقديم طلب الخلع و في مساعي الصلح.

في هذا العنصر سيخصص لدراسة سلطة القاضي، وهذا عند رفع الزوجة لطلب الخلع و هذا من خلال موقفه من ذلك الطلب(الفرع الأول)، وكذا سيتم تسليط الضوء على دور القاضي، وهذا عند سير دعوى الخلع ووصولها إلى مساعي الإصلاح من تحكيم و صلح بين الزوجين(الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف القاضي عند رفع الزوجة لطلب الخلع.

نصت المادة 54 من قانون الأسرة على أنه:<< يجوز للزوجة مخالعة نفسها، دون موافقة زوجها>>، وأعطت هذه المادة الحق للزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة، وعليه إذا قامت الزوجة برفع طلبها للخلع فإن القاضي ما عليه إلا الاستجابة التلقائية لطلبها، وتكون الزوجة غير مجبرة عن ذكر الأسباب التي دفعتها إلى طلب الخلع.[1]

وهناك من يرى بأنه إذا قامت الزوجة برفع طلب الخلع، و بررت ذلك للكره فإنه على القاضي قبول ذلك وهذا دون التوسع في معرفة الأسباب، وهذا حفاظا على الأسرار الزوجية الأسرية، ولكن المحكمة العليا في قراراتها التي صدرت قبل سنة 1992 التي كانت فيها تتبنى المبدأ السائد آنذاك بأن الخلع يعد عقدا رضائي بين الزوجين يتحتم عليه وجود تطابق بين الإيجاب والقبول.

فلا يمكن أن يحكم القاضي بالخلع من تلقاء نفسه، طبقا لما جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 1984/06/11 لما قضى بـ<< لما كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائي ولا يجوز للقاضي حينئذ أن يحكم من تلقاء نفسه به فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ شبيها كقواعد الشرعية الإسلامية في الخلع.>>

[1]-لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص67.

فهذا القرار جاء صريح من خلال رفض المجلس الأعلى آنذاك أن يقوم القاضي بالحكم بالخلع من تلقاء نفسه، وهذا باعتبار أن الطبيعة القانونية للخلع في ذلك الوقت كانت عقدا رضائي وليس حقا شخصيا للزوجة[1].

كذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى أيضا بتاريخ 1988/11/21 والذي قضى بـ<< من المقرر فقها و قضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي لأن ليس للقاضي سلطة خلع الزوجين دون رضاء الزوج ومن ثمة كان القضاء بما يخالف المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولم يكن لها سبب أظهرت استعدادها خلع زوجها دون أن يحدد ذلك قبول من هذا الأخير فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة>>[2].

ويفهم من هذا القرار بأن الخلع في تلك المرحلة كان رضائي، وأنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بالخلع دون موافقة الزوج، على عكس ما أصبح يعمل به بعد سنة 1992 حيث أصبحت المحكمة العليا تعتبر أن الخلع حق شخصي، بذلك يمكن للزوجة طلب التطليق بدون رضا الزوج وهذا ما تم تأكيده بتعديل المادة 54 قانون الأسرة التي نصت على إمكانية خلع الزوجة لنفسها وهذا دون موافقة زوجها، وعليه عندما ترفع له القضية في الخلع من طرف الزوجةفإن القاضي، لابد عليه من الموافقة على ذلك بشكل تلقائي.

باعتبار أنه لا يمكن للقاضي أن يرفض طلب الزوجة بالخلع، فيمكنها ممارسة حقها بشكل إرادي طبقا لما شرعه القانون، لذلك فتتعطل سلطة القاضي بقوة الشرع والقانون، يكون له سلطة التحقق من إرادة الزوجة وتوثيقها فقط، لأن القانون الجزائري يطالبه بالتحقق من الشروط التي حددت قانونا لرفع دعوى الخلع[3].

---

[1]-سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص68.

[2]- قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية،رقم الملف 51728 ،المؤرخ في 1988/11/21المجلة القضائية، عدد3،ص32.

[3]-عمران عائشة، مذكرة ماجستير، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، 2008، ص83، 84.

الفرع الثاني: سلطة القاضي عند قيامه بمساعي الإصلاح.

نصت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، فيلتزم القاضي في دعوى الخلع أن يقوم بمساعي الصلح قبل إصداره لحكمه في التفريق بين الزوجين بناءا على الإرادة المنفردة للزوجة، إن مساعي الصلح تتفرع بين الصلح والتحكيم، سبق ذكر دور القاضي في جلسة للصلح وهذا أثناء تعرضنا إلى دراسة دور القاضي في دعوى الطلاق في الفصل الأول.

فإن القاضي طبقا لنص المادة 49 ق الأسرة مجبر على القيام بجلسة الصلح التي كما ذكرنا سابقا بأنها إجبارية و سرية في نفس الوقت حسب المادة 439 ق إ م إ، ويجب على القاضي عليه احترام مدة الصلح المقدرةبثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الخلع،ويمكنه أن يحدد جلسات صلح أخرى حسب سلطته التقديرية طبقا للمادة 441 ق إ م إ.[1]

في حالة عدم توصل القاضي إلى محضر صلح لاشتداد الخصام أو الكره بين الزوجين أو لوجود أسباب غير معلنة، باعتبار أن الزوجة غير مطالبة بتبرير طلب الخلع، فيحرر محضر عدم التوصل للصلح عن طريق أمين الضبط، ويعد سندا تنفيذيا بعد توقيعه من طرف القاضي وأمين الضبط ومن الزوجين، ثم يشرع في مناقشة موضوع دعوى والفصل فيها حسب المادة 443 ق إ م إ[2].

كما يمكن للقاضي أن يندب حكمين من أهل الزوجين طبقا لهما 56 قانون الأسرة يكونان ملزمان بتقديم تقرير عن المساعي التي قاما بها خلال مرة في شهرين من تعيينهما، وإذا رأى القاضي بأنه لا سبيل إلى إصلاح العلاقة بين الزوجين فإنه يقوم بإنهاء مهام الحكمين بشكل تلقائي، ثم يتصدى إلى دعوى الخلع، ويفصل فيها حسب المادة 449 ق إ م إ.

---

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دون طبعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص184،185.

[2]- قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

كرست المحكمة العليا إجبارية جلسات الصلح في دعوى الخلع، وهذا في القرار الصادر بتاريخ 2009/01/14 التي قضت فيه << حيث أن الخلع وسيلة من وسائل الطلاق وفك الرابطة الزوجية، وبالتالي يتعين إصدار حكم بشأنه وقبل ذلك يتوجب على القاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين، ولما قضى قاضي أول درجة لمحكمة الأغواط بالتطليق خلعا في -قضية الحال- دون إجراء محاولات صلح بين طرفي النزاع، مما يستلزم نقص الحكم محل الطعن مع الإحالة.>>[1]

وعليه اعتبرت المحكمة العليا في هذا القرار بأن إجراء الصلح يعد إجراء جوهريا و إجباريا على القاضي القيام به، باعتبار أن الخلع يعد من الوسائل التي تحل بها الرابطة الزوجية، وهو بذلك له نفس وصف الطلاق. << عن الوجه المأخوذ من مخالفة و إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات و الذي جاء فيه أن المادة 49 من قانون الأسرة صياغتها الجديدة اشترطت على كافة شؤون الأسرة إجراء عدة محاولات صلح بين الطرفين و في دعوى الحال فإن قاضي الدرجة الأولى أغفل ذلك>>[2].

المطلب الثاني: مدى اشتراط تدخل القاضي في الخلع.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من يشترط على أن القاضي هو الذي يعطي الإذن للزوجة لكي تقوم بالخلع أي أصبح بذلك إذن القاضي شرطا جوهريا لصحة الخلع، فيجب على الزوجة أن تحصل أولا على إذن موافقة القاضي قبل تقديمها لطلب الخلع ، وهناك من الفقهاء من خالفهم في ذلك بحيث اعتبروا على أن الزوجة غير مقيدة بسلطة أو إذن القاضي ولها الحرية المطلقة في طلب الخلع بحيث قد جعلوه حقا شخصيا للزوجة يقابل بذلك حق الزوج في الطلاق، هذا في (الفرع الأول)، أما سيتم تبيينفيه موقف المشرع الجزائري من ذلك(الفرع الثاني).

---

[1]-قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 477546،المؤرخ في 2009/01/14 ، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، لسنة 2009 ، ص281.

[2]-لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، المرجع السابق، ص145.

الفرع الأول: موقف الفقه من اشتراط تدخل القاضي في الخلع.

اختلف الفقهاء في مسألة تدخل القاضي في الخلع من عدمه، فانقسم بموجبه الفقهاء إلى رأيين، الرأي الأول الذي مثله جمهور الفقهاء، والذين اعتبروا بأن المرأة عند طلبها للخلع فهي غير محتاجة لإذن القاضي(أولا)، أما أصحاب الرأي الثاني فإنهم يرون بأن المرأة لابد لها من إذن القاضي عند طلبها للخلع(ثانيا). كما يلي:

أولا: عدم حاجة المرأة لإذن القاضي في الخلع.

هذا المذهب يمثله كل من الحنفية، المالكية، الحنابلة، الشيعة والظاهرية (جمهور الفقهاء)، وهم يرون بأنه عندما تقوم الزوجة بطلب الخلع فهي لا تحتاج إلى إذن من القاضي، بحيث اعتبروا أن الخلع يتم بالتراضي بين الزوجين.[1]

استدلوا بقوله تعالى:

﴿ يِمَا أَلَّا خِفْتُمْ فَإِنْ ٱللَّهِ حُدُودَ يُقِيمَا أَلَّا خَافَا أَن إِلَّآ شَيْـًٔا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ مِمَّآ تَأْخُذُوا أَن لَكُمْ يَحِلُّ وَلَا ۗ

بِهِۦ ٱفْتَدَتْ فِيمَا عَلَيْهِمَا جُنَاحَ فَلَا ٱللَّهِ حُدُودَ يُقِ ﴾[2].

أي أن الشارع الحكيم قد حرم كأصل عام على الزوج أخذ ما أعطاه لزوجته، إلا أنه استثنى حالة واحدة في حالة خوفهم من عدم إقامة حدود الله، فأجاز أن يأخذ من مالها برضاها ولم يذكر السلطان، وهذا دليل على عدم حاجة الخلع إلى السلطان أوالقاضي.

في قول الرسول صلى الله عليه وسلم لزوجة ثابت بن قيس << أ تردين عليه حديقته>> قالت نعم فقال صل الله عليه و سلم << خذها و فارقها>> فلو كان للسلطان و القاضي دور هنا لكان الرسول صلى الله عليه و سلم قد اشترط عليهما ذلك[3].

وهذا دليل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يجعل الخلع بإذن من الحاكم.

---

[1]-منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، المرجع السابق، ص81.

[2]-سورة البقرة، الآية 229.

[3]-سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص67، 68.

استدلوا كذلك بأن النكاح جائز عند غير الحاكم، فكذلك الخلع هو جائز عند غير الحاكم وبدون اشتراط إذنه.

احتجوا أيضا بما روى عن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم أنهم أجازوا الخلع بدون اشتراط إذن الحاكم.[1]

استدل جمهور الفقهاء في مسألة عدم اشتراطهم لإذن القاضي في الخلع بما يلي:

- أن غالبية الآيات التي دلت على الخلع في القرآن لم تشترط أبدا إذن الحاكم في الخلع،فالخلع حسبهم هو عقد معاوضة فلا يحتاج إلا للتراضي بين الزوجين فهو كسائر العقود التي تنعقد بدون حضور القاضي.

- أنهم يكيفون الخلع على أنه طلاق، فالزوج عندما يريد إيقاع الطلاق فهو لا يحتاج إلى إذن أحد، بل ينهي الزواج بإرادته المنفردة المطلقة[2].

ثانيا: وجوب حصول المرأة على إذن القاضي في الخلع.

يرى أصحاب هذا القول و هم كل من الحسن و ابن سرين بأن الخلع لا يجوز إلا عند السلطان حسبهم و هذا ما أيدهم فيه بعض الشيعة لكن جمهور الإمامةالجعفرية فهم لم يقولوا بوجوب إذن القاضي في الخلع و إنما إنهم اعتبروا ذلك من باب الاستحباب[3].

و استدلوا بقول الله عز و جل

﴿بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ٢٢٩ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ ٢٣٠ وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ وَٱذۡكُرُواْ نِعۡمَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيۡكُم مِّنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَٱلۡحِكۡمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ٢٣١﴾[4].

---

[1]-آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص321.

[2]-عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص589.

[3]-محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه القانون و القضاء، دونطبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص461.

[4]-سورة البقرة، الآية 229.

فحسبهم فإن الله عز وجل قد شرع الخلع بشرط أن يخاف الأئمة و القضاة إذ هم المخاطبون بقوله تعالى:﴿ فإن خفتم﴾ والإذن حسبهم لا يكون إلا عند الترافع لدى الأئمة والقضاة[1].

قال كذلك سعيد بن جبير: لا يكون الخلع يعظها فإذااتعظت و إلا هجرها فإن اتعظت و إلا ضربها فإن اتعظت و إلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكما من أهله و حكما من أهلها فيرويان ما يسمعان إلى السلطان فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق و إن يرى أن يجمع بجمع[2].

أمر الرسول صل الله عليه سلم قيس بن ثابت بأن يقبل الحديقة التي أعطته إياها زوجته، أن يطلقها تطليقة فيدل أن أمر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى قيس يفيد وجوب إذن الحاكم في الخلع[3].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من اشتراط تدخل القاضي في الخلع.

نظم المشرع الجزائري أحكام الخلع في مادة وحيدة، وبالتالي لم يتناول بشكل مفصل لأحكامه حيث أن المادة 54 قانون الأسرة لم يتعرض فيها إلى مسألة الصيغة وشروطها، وقام بتركها للشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدرا هاما لقانون الأسرة الجزائري طبقا للمادة 222 ق الأسرة << كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.>>

وقبل أن تعدل المادة 54 كانت تنص على مايلي<< يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم >>،وكانت هذه المادة غامضة هي الأخرى حيث أنها لم

---

[1]-محمد زيد الأنباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 393.

[2]-عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 587.

[3]-آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، المرجع السابق، ص322.

تبين إن كان الاتفاق الذي يحصل بين الزوجين هو حول مبدأ الخلع أم يشمل فقط اتفاقهم على بدل الخلع، وهذا ما أدى إلى اختلاف في تطبيق هذه المادة في الواقع العملي.[1]

وباعتبار أن المادة 54 قد جاءت صريحة في نصها على جواز الحكم بالخلع دون اشتراط إذن القاضي في عبارة << يجوز للزوجة أن تخلع نفسها >>، وهذا دليل على أنه إذا اتفق الزوجان على مقدار بدل الخلع فإن القاضي ليس له أن يتدخل فيما بينهما، إلا أنهما إذا اختلفا يتدخل القاضي في هذه الحالة لتحديد مقابل الخلع[2].

اختلفت اجتهادات المحكمة العليا في مسألة سلطة القاضي في إيقاع الخلع، وهذا راجع إلى الاختلاف الذي وجد في التكييف القانوني للخلع بين من اعتبره عقدا رضائي ومن اعتبره غير رضائي، حيث نجد بأنه ظهر اتجاهان الأول يرى بأن الخلع لا يتم إلا برضا الزوج، أما الاتجاه الثاني فيرى بأن الخلع يتم بمجرد تعبير الزوجة عن إرادتها في الخلع و كذا عرضها للمقابل المالي وهذا كما يلي:

أولا: الرأي الذي يقيد الخلع برضا الزوج كشرط لصحته.

هذا الرأي قد كان سائدا في المحكمة العليا قبل سنة 1992 عندما كان تكييف القانون للخلع على أنه عقد معاوضة، يستلزم تراضي الزوجين على الخلع لكي يقع فلا يجوز للزوجة أن تخلع زوجها دون رضاه.

فصدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 1969/03/12 الذي قضى فيه بما يلي:<<أن الخلع لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول بين الزوجين، وكذلك فإنه يشترط اتفاق الزوجين على المبلغ الذي تدفعه الزوجة لزوجها لقاء تطلقها>>[3].

كذلك القرار الصادر بتاريخ 1988/11/21 الذي قضى بـ<< من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع وجوبي وانه ليس للقاضي سلطة خلع الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بنا يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه ولما كان من الثابت في

---

[1]-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص233.

[2]-المصري مبروك، الطلاق و آثاره في القانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص280، 281.

[3]-قرار المجلس الأعلى، غ أ ش، المؤرخ في 1969/03/12، المجلة القضائية الجزء الأول، ص170.

قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت،ولم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لخلع زوجها دون أن يجد قبولا من هذا الأخير فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع، يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع.>>[1]

وأيضا قرار المحكمة العليا الذي صدر في 1991/04/23 والذي قضت فيه بـ :<< من المقرر شرعا و قانونا أن 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 وخطأ في تطبيق القانون،ولما كان ثابتا في -قضية الحال- أن قاضي الموضوع قد فرض على الزوج (الطاعن) الخلع، وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا فيحالة عدم الإنفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون.>>[2]

ويستخلص من خلال كل هذه القرارات بأن المحكمة العليا و المجلس الأعلى قد ألغو سلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزوجية بالخلع دون رضا الزوج، وهذا لكون أن تكييف الخلع في تلك المرحلة كان على أساس عقد معاوضة بين الزوجين يشترط فيه وجود إيجاب وقبول، ويقتصر دور القاضي في تحديد مقابل الخلع لكن في حالة واحدة فقط هي حالة عدم اتفاق الزوجين على مقابل الخلع.

الرأي الثاني: الرأي الذي لا يعتد برضا الزوجلصحة الخلع.

هذا الرأي لا يشترط موافقة الزوج على الخلع حتى يكون صحيحا، ولقد تبنت المحكمة العليا هذا الرأي بعد سنة 1992، وقد ظهر ذلك جليا في عدد من قراراتها:

صدور القرار المؤرخ في 1992/07/21 الذي قضت فيه بـ:<< من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على

---

[1]-قرار المجلس الأعلى،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم51728، مؤرخ في 1988/11/21 ، المجلة القضائية، عدد03، لسنة 1990، ص72.

[2]-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 73885، مؤرخ في 1991/04/23 ، المجلة القضائية العدد03،لسنة1993، ص55.

شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره في حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح باب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإن قضاة الموضوع -في قضية الحال- لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن.>>[1]

والقرار الصادر في 1999/03/16 الذي قضت فيه بـ:<< الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعوضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.>>[2]

وعليه فقد أكدت هذه القرارات على أنه لايشترط في الخلع أن يوافق عليه الزوج، بل هو حق شخصي للزوجة تطلبه بإرادتها المنفردة بشرط دفعها للمقابل المالي، وإذا لم يتفق الزوجان عليه يرجع أمر تحديده إلى القاضي.

المطلب الثالث: دور القاضي في تقدير مقابل الخلع.

في حالة ما إذا توصل القاضي إلى إثبات أن الزوج يعد متعسفا في طلاقه، كأن يكون قد طلق زوجته لسبب غير مبرر، في كل الأحوال إذا أساء استعمال حقه في إنهاء الرابطة الزوجية، فإن الزوج في هذه الحالة هو ملزم بالتعويض لزوجته وهذا لما أصابها من ضرر.

---

[1]-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 83603،المؤرخ في 1992/07/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة 2001، ص134.

[2]-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 216239، المؤرخ في 1999/03/16 اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، لسنة 2001، ص138.

ولذلك ففي هذا المطلب سيتم الإحاطة بكل ما يتعلق بتحديد مقابل الخلع، سواء في الفقه الإسلامي الذي اختلف فيه الفقهاء حول إمكانية أخذ الزوج لبدل الخلع(الفرع الأول)، وأيضا تحديد دور القاضي في تقديره لمقابل الخلع الذي تلتزم به الزوجة الطالبة للخلع(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول تقدير مقابل الخلع.

أجمع الفقهاء على أنه يجوز شرعا للزوج أن يأخذ مالا أو ما يقوم مقامه، وهذا في مقابل خلاص الزوجة من زوجها، وهذا مصداقا لقوله تعالى: ﴿بِهِۦٓ ٱفۡتَدَتۡ فِيمَا عَلَيۡهِمَا جُنَاحَ فَلَا﴾[1]، وفي حالة ما إذا كان بدل الخلع مساويا للمهر الذي دفعه الزوج لزوجته جاز له أخذه، وكذلك في حالة ما إذا كان قيمة مقابل الخلع أقل من المهر فهنا حسب الفقهاء فإنه جاز للزوج أيضا أخذه وهذا من باب الأولى.

أما الخلاف بين الفقهاء هو في حالة ما إذا كان مقابل الخلع أكبر في القيمة من المهر الذي دفعه الزوج لزوجته فاختلفت الآراء في ذلك على ما يلي:[2]

أولا: جواز أخذ الزوج بدل خلع يزيد عن مهره.

ذهب كل من الحنفية في رواية والشافعية والحنابلة إلىأنه يجوز للزوج أن يأخذ مقابل الخلع حتى لو زاد عن المهر الذي أعطاه لزوجته واستدلوا بما يلي:

- فاستدل الحنفية بأن امرأة ناشز أتى بها عمر –رضي الله عنه- حبسها في مزبلة ثلاثة أيام ثم دعاها، وقال لها: كيف وجدت مبيتك، فقالت: ما مضت علي ليالي هن أقر لعيني من هذه الليالي لأني لم أره فقال عمر –رضي الله عنه- وهل يكون النشوز إلا هكذا اخلعها و لو قرطها.

وعن ابن عمر -رضي الله عنه- أن مولاة اختلعت بكل شيء لها، فلم يعب ذلك عليها.

---

[1]-سورة البقرة، الآية229.

[2]-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص237.

كما استدلوا كذلك بأن الخلع هو من قبل المعاوضات، والبدل حسبهم يرجع إلى تراضي الطرفين، وأن الزوجين إذا قررت أن تعطي زوجها الزيادة، وهذا لكي يفك وثاقها فهذا شأنها لقوله تعالى:

﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾.[1]

فلا يحل للزوج أن يأخذ شيء من زوجته إذا كان سبب النشوز منه، وعلى أنه إذا حدث وأخذ مقابل الخلع فلابد عليه من إرجاعه لها[2].

واستدل هؤلاء بما قاله عثمان بن عفان رضي الله عنه عندما أجاز الخلع دون عقاص رأسها، بمعنى أنه يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته كبدل الخلع كل ما تملك من قليل أو كثير زاد على المهر الذي أعطاه إياها الزوج أو نقص عنه[3].

ثانيا: عدم جواز أخذ الزوج بدل خلع يزيد عن مهره.

وقال الإباضية والزيدية ورواية عن الحنفية بأنه لا يجوز أخذ البدل في الخلع و لكن يجب أن يكون قدره محددا بقدر المهر المهدي من الزوج لزوجته، وأنه لا يجوز الزيادة على ذلك، ففي حالة أخذ الزوج أكثر من المهر الذي أعطاه لزوجته، فإنه يجوز أخذه مع الكراهة حسب البعض من الحنابلة واستدلوا بما يلي:

قوله تعالى:

﴿إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[4].

---

[1]-سورة النساء، الآية 04.

[2]-منصوري نورة، التطليق والخلع وفقا للقانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 136.

[3]-أحمد ذياب شوديح، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضا الزوج في الفقه الإسلامي مقارنا بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، المرجع السابق، ص122،123.

[4]-سورة البقرة الآية 229.

وجه دلالة الآية الكريمة أن الله عز وجل قد أجاز أخذ الزوج للبدل الذي تعطيه إياه زوجته لقاء فراقها، ولكن يجب أن يكون محددا بمقدار المهر الذي أعطاه إياها، فإذا أخذ أكثر مما أعطاها في المهر فقد خالف آيات الكتاب.

حديث ابن عباس رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال لامرأة ثابت بن قيس أتردين عليه حقه؟ فقالت : نعم وأزيده فأمره صل الله عليه وسلم أن يأخذ حديقته ولا يزيد[1].

الفرع الثاني: تدخل القاضي لتقدير مقابل الخلع في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 54 قانون الأسرة :<< يجوز للزوجة أن تخلع نفسها بمقابل ماليإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بمالا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم>>، فلم تبين المادة 54 ما يصح أن يكون بدلا للخلع، ولا شروطه فيرجع في ذلك إلى الفقه، حيث أن النص جاءت فيه عبارة << مال>> التي تسري على كل النقود والأوراق المالية المتداولة عرفا أوعلى كل الأشياء التي يمكن أن تعطى لها قيمة مالية، وبذلك فإن المشرع الجزائري استبعد بشكل صريح أن يكون مقابل الخلع تتنازل الأم على حضانة أولادها كبدل للخلع.[2]

يكون تقدير مقابل الخلع كأصل عام باتفاق الزوجين على قيمته، فإذا اتفقا عليه فإن القانون بذلك قد حرر الزوجة من السلطة التقديرية للقاضي، وبذلك فإنه لا يملك أية صلاحية لكي يعدله لأنه قد خرج عن سلطته، ولا يملك إلا أن يقوم بالإشهاد عليه ويحترم اتفاق الطرفين (الزوجين).[3]

في حالة طلب الزوجة للخلع من القاضي مع عرضها للمقابل المالي، ولكن لميوافق عليه الزوج ، فأعطت المادة 54 من قانون الأسرة للقاضي السلطة التقديرية لكي يقدربدل الخلع، ولكن ليس بشكل مطلق لأنه مقيد عند تحديده له بقيمة صداق المثل وقت صدور

---

[1]-منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، المرجع السابق، ص73،74.

[2]-منصوري نورة، الخلع والتطليق وفقا للقانون والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص140،141.

[3]-عمران عائشة، مدى حرية الزوجة فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، المرجع السابق، ص84.

الحكم، ولذلك فإنه لابد على القاضي من أن يكون عارفا بقيمة صداق المثل الذي يدفع حسب أعراف الناس، وعليه فإن يطرح إشكال كبير في حالة المدن الكبيرة التي يوجد فيها الناس من كل المناطق، وكل حسب أعرافه وتقاليده، وهنا يجتهد القاضي لكي يحدد بدل الخلع وهذا بسؤاله عن قيمة صداق امرأة قريبة للعروس تزوجت مؤخرا لأن صداق المثل الواجب الحكم به كبدل الخلع يجب أن يكون وقت صدور الحكم بالخلع.[1]

إن المقصود بصداق المثل هو الصداق الذي يدفع لإمرة في مثل مستوى المرأة الطالبة للخلع من عدة اعتبارات كالنسب والجمال والمال والمكانة في المجتمع...الخ.[2]

كرست المحكمة العليا السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مقابل الخلع، وهذا عند عدم اتفاق الزوجين عليه من خلال مايلي:

القرار الصادر بتاريخ 2009/09/16 الذي قضت فيه بـ: << كما أن عدم موافقة الزوج على الخلع لا يمنع القاضي من الحكم بالخلع و من استعمال ممارسة سلطته التقديرية في تقدير و تحديد المقابل شريطة ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم و بالتالي فإن قاضي محكمة الدرجة الأولى تحتاجه لفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع و تقدير المقابل المالي بمبلغ 50000دج و إلزام المطعون ضدها بدفعه للطاعن لكونه قد طبق القانون تطبيقا سليما.>>

كذلك القرار الصادر في 2009/12/10الذي قضي فيه:<< حيث متى ذهب قضاة الموضوع إلى تحديد مقابل الخلع بمبلغ 30000دج لعدم اتفاق الزوجين على تحديده معتبرين عدم تجاوز هذا المبلغ لصداق المثل وقت صدور الحكم فإنهم طبقوا صحيح القانون مما يتعين رفض هذا الوجه>>[3]

---

[1]-عثمان كرجالي، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص130، 131.

[2]-لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص175.

[3]-لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص178،180.

في هذا الشأن أيضا صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ1985/04/22 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 ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة للمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بالخلع على مقدار صداقها واشتراط الزوج مبلغا قدره 50ألف د،ج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بالخلع و طلبها له معا.>>[1].

[1]-قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 38341، المؤرخ في 1985/04/22،المجلة القضاة، عدد 94، لسنة1985، ص190.

خـــاتمة:

بعد عرض هذا البحث هذا الذي من خلاله، تم تسليط الضوء على الدور الذي يمكن للقاضي أن يمثله، وهذا عند اتصاله بدعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بالإرادة المنفردة للزوجة أو ما يصطلح عليه بالخلع.

ولعل الفكرة العامة التي تم التوصل إليها، والتي بفضلها يمكن بناء العديد من الأحكام أو النتائج الجزئية، وهي أن قانون الأسرة الجزائري قرر لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقدير كل ما يتعلق بالطلاق أو الخلع، وهذا بأن يصدر الأحكام القضائية التي من شأنها أن تحقق المصالح وتدرأ المفاسد.

ويقوم القاضي بالاهتداء إلى حلول قضائية عندفصله في دعوى الطلاق والخلع، وتكون بذلك معبرة عن إرادة المشرع، وهذا باعتبار أن القاضي يطبق النصوص القانونية، إلا أنه لا يمكن إغفال فضل القاضي في صياغته لهذه الأحكام خاصة عند انعدام النص القانوني أو كان هذا النص مبهما، وهذا باعتبار أن جل نصوص قانون الأسرة الجزائري مختصرة وغير ملمة في الواقع بالمواضيع التي تنظمها.

ويمكننا إيجاز ما تم التوصل إليه من نتائج في هذا البحث إلى ما يلي:

1_ أن الطلاق والخلع حقان شخصيان مقرران للزوجين معا، وهذا لأنهما يعدان وسيلتين لإيجاد الحلول، خاصة إذا استعصى على الطرفين إيجاد الحلول الودية فيما بينهما.

2_ أن الطلاق الذي يكون سواء بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة بواسطة الخلع يعدان من أبغض الحلال إلى الله و لا يلجأ إليهم إلا عند الضرورة الملحة.

3_ عندمايرفع طلب حل الرابطة الزوجية للقاضي سواء في الطلاق أو الخلع، فكما تم ذكره آنفا ليس له سلطة في رفض، ويقوم على كشف وتثبيت هذا الطلب.

4_ يعد الصلح إجراءا جوهريا وإجباريا، ويقع على عاتق القاضي أن يقوم باجراءه في كل دعوى طلاق أو خلع، وإلا فإنه يعرض حكمه إلى الطعن بالنقض من المحكمة العليا، لأن لها دور رقابي علي القاضي في مدى تطبيقه للقانون.

5_ عندما يلجأالقاضي للتحكيم فإنه بذلك يطبق ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية ويكون ذلك عند اشتداد الخصام بين الشريكين دون وجود للضر أو يصعب إثباته.

6_ لم يتم تنظيم الطلاق العرفي من قبل المشرع الجزائري، باعتبار أنه تبنى مبدأ أن الطلاق لا يقع إلا عند ثبوته في حكم قضائي، ويظهر بذلك الإشكال على القاضي خاصة عندما ترفع قضية إلى القاضي يكون موضوعها إثبات الطلاق العرفي هنا يظهر دور القاضي في التصدي لهذه المسألة.

7_ عند تقدير القاضي لمقابل الخلع والتعويض عن الطلاق التعسفي، باعتبار أن قانون الأسرة هو الذي خول له ذلك، لأن المشرع لم يحدد القيمة الدنيا أو العليالبدل الخلع و التعويض في الطلاق التعسفي، وعليه يمارس القاضي سلطته التقديرية فيقدر ما يتناسب والضرر الحاصل، إلا أن ما يمكن معرفته في هذا الشأن هو أنه ليس له مطلق الحرية في ذلك، بل هو مقيد بالقانون وكذا بالمحكمة العليا وما لها من رقابة لاحقة على أحكام القضاة.

وفي الأخير، نستخلص حكما نهائيا مفاده، أن دور قاضي شؤون الأسرة وبالرغم من أهميته، إلا أن سلطته التقديرية تعد نسبية وغير مطلقة وهذا بدليل ما ذكر سابقا.

التوصيات والاقتراحات:

- يجب على المشرع أن يحسم الجدل القائم حول المادة 49 من قانون الأسرة والتي جاءت فيها عبارة<<لا يثبت>> مبهمة ، وتبيين ماإذا كان الحكم في الطلاق هو لإثبات أو للانعقاد والأفضل حسب رأيي أن يكون الحكم في الطلاق هو للانعقاد وهذا أمر منطقي لأن المشرع لم يعترف بالطلاق العرفي .
- يجب على المشرع أيضا من أن يبين حالة ما إذا تعسفت الزوجة في الخلع، ويخضعها بذلك لنفس الأحكام الخاصة بالطلاق التعسفي، أي أن يلزم القاضي بالبحث ما إذا كانت الأسباب التي دفعت الزوجة لطلب الخلع مبررة.
- أن يقوم بتفعيل أكثر لدور القاضي خاصة في المسائل المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، وهذا لما له من سلطة التقدير والتقييم للمصالح التي تخدم الأسرة والمجتمع.
- ضرورة إنشاء مكاتب الصلح التي تختص في مسائل الطلاق وهذا لكونها مكونة من أشخاص مختصين سواء في علم الإجتماع أو قانون الأسرة .

قائمة المراجع و المصادر :

أولا : القرآن الكريم.

ثانيا : الكتب.

أ_ الكتب الفقهية :

1_ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في الإسلام، دار المعارف للنشر والتوزيع، مصر، دون سنة نشر.

2_ أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم كتاب عقائد وأداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، سلم للطباعة و النشر، فرنسا، 1986.

3_بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، الطبعة الثانية، مطبعة دار التأليف للنشر والتوزيع، مصر، 1961

4_ تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، لبنان، 1395هـ.

5_ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون والقضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، لبنان، 2007.

6_ عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، الطبعة الثانية، دار الفكر للنشر، 1968.

7_ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في السريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.

8_عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 1984.

9_عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

10___ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع،دون بلد، دون سنة نشر.

11_ محمد أحمد سراج ومحمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، مصر، 1999.
12_ محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
13_ محمد زيد الأنباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة علي سكر أحمد للنشر والتوزيع، مصر، 1329هـ.
14_ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للنشر والطباعة، دون بلد، 1997.
15_ محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق)، الطبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
16_ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر للنشر والتوزيع، سوريا، دون سنة نشر.

ب_ الكتب القانونية:

1_ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار الكتاب القانونية للطبع والتوزيع، مصر، 2009.
2_ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2010.
3_ أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد (الزواج والطلاق)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
4_ المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
5_العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
6_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
7_ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2008.

8_ ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
9_ سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
10_ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
11_ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الإسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
12_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
13_عمر زودة، طبيعةبإنهاء الرابطة الزوجية الأحكام وأثر الطعن فيها، دون طبعة، أسيكولوبيديا للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
14_ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري عن الطلاق والزواج، دون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
15_ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة الجزائري نصا وشرحا، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
16_ لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع دراسة قانونية و فقهية وقضائية مقارنة، دون رقم طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
17_ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهادات المحكمة العليا،الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
18_ منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
19_ منصوري نورة، التطليق والخلع وفقا للقانون والشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2012.
20_ نسرين شريقي وكمال بوفروة، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

ج_ الرسائل و المذكرات:

1_الرسائل:

_ آيت شاوش دليلة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارني بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية للبلدان العربية، جامعة تيزي وزو، 2014.

_ تقية عبد الفتاح، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، كلية الحقوق جامعة الجزائر،2006،2007.

2_ المذكرات:

أ-المذكرات الجامعية:

_ إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الفقه والتشريع، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية ، نابلس فلسطين، 2008.

_ تبودوشت نعيمة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1999،2000.

_ ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الفقه والتشريع، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2011.

_ سليم سعدي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011.

_ عثمان كرجالي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، جامعة بومرداس، 2011،2012.

_ عمران عائشة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع مقارنة مع أبرز التشريعات العربية، جامعة الجزائر، 2007، 2008.

_ زوقاغ نادية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتقنين الأسرة، جامعة البويرة،2013.

_ مصطفاوي فتيحة، مذكرةلنيل شهادة الماستر، الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2013.

د- مذكرات التخرج :

1_ بوشيبان خديجة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة المعهد الوطني للقضاء، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،2007-2010 .

2_ قسنطيني حدة، مذكرة التخرج لنيل شهادة المعهد الوطني للقضاء، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001،2004.

ذ- المقالات :

1_ أحمد ذياب شويدح ، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضا الزوج في الفقه الإسلامي مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة وآدابها، الجزء 17، العدد 34، المؤرخة في 1426هـ الصفحة من 112 إلى 143.

ر_ قرارات المحكمة العليا:

1_ قرار المجلس الأعلى، المؤرخ في 1969/03/12، المجلة القضائية ، الجزء الأول ص170.

2_قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35026، المؤرخ في 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة1984، ص 86.

3_ قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35322،المؤرخ في 17/ 12/ 1984، المجلة القضائية، العدد 04، ص 91.

4_ قرار الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35026، المؤرخ في 1984/12/03، المجلة القضائية العدد 04، لسنة 1984، ص 86.

5_ قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 38341،المؤرخ في 22/ 04/ 1985، مجلة القضاة، العدد 94، لسنة 1985،ص 190.

6_ قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51728، المؤرخ في 21/ 11/ 1988، المجلة القضائية العدد 03، ص 32.

7_ قرارالمجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51728، المؤرخ في 11/21/ 1988، المجلة القضائية العدد 03، لسنة 1990، ص72.

8_ قرارالمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 73885، المؤرخ في 1991/04/23، المجلة القضائية العدد 03، لسنة 1993، ص 55.
9_ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39731، المؤرخ في 1986/01/27، المجلة القضائية عدد04، لسنة 1993، ص 61.
10_ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 96688، المجلة القضائية ، العدد 50، لسنة 1997، ص 83.
11_ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم141262، المؤرخ في 1996/07/30، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد01، لسنة 1998، ص 120.
12_ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 83603، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 134.
13_ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 216239، اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1999/03/16، لسنة 2001، ص 138.
14_ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 216239، المؤرخ في 1999/03/16، المجلة القضائية عدد خاص، لسنة 2001، ص 140.
15_ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 23019، المؤرخ في 15/ 06/ 1999، عدد خاص لسنة 2001، ص 104.
16_ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 368666، المؤرخ في 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2006، ص 486.
17_ قرار المحكمة العليا، غرفة آلأحوال الشخصية، ملف رقم 477546، المؤرخ في 2009/01/19، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، لسنة 2009، ص 281.
18_ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 474956، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2009، ص 273.
19_ قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 620084، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2012، ص 101.

ز_القوانين:

1_ أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، سنة 2005.

2_ قانون رقم11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 الجريدة الرسمية رقم 24 المؤرخة في 12 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 09/05 المؤرخ في 04 مايو2005،الجريدة الرسمية رقم 43، المؤرخة في 22 يونيو 2005 المتضمن الموافقة على أمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون 11/84 الجريدة الرسمية، رقم ،15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

3_ قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة في 23 أفريل 2008.

ح_القواميس والمعاجم:

_ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي، مجمل اللغة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1986.

الفهرس:

مقدمة.....1

الفصل الأول: دور القاضي عند فك الرابطة الزوجية بالطلاق.....6

المبحث الأول: سلطة حل الرابطة الزوجية بالطلاق.....7

المطلب الأول: المقصود بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.....7

الفرع الأول: تعريف الطلاق 7

أولا: التعريف اللغوي.....8

ثانيا: التعريف الاصطلاحي.....8

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق.....8

أولا: مشروعية الطلاق في القرآن الكريم.....8

ثانيا: مشروعية الطلاق في السنة النبوية.....9

ثالثا: مشروعية الطلاق من إجماع الأمة.....9

الفرع الثالث: حكم الطلاق.....10

أولا: الأصل في الطلاق الحظر.....10

ثانيا: الأصل في الطلاق الإباحة.....11

المطلب الثاني: تكييف سلطة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق.....12

الفرع الأول: التكييف الفقهي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....12

أولا: الطلاق يخضع لإرادة الزوج المنفردة.....13
ثانيا: تقييد سلطة وإرادة الزوج في الطلاق.....14
أ: القيد الزمني.....14
ب: القيد العددي.....15
ج: قيد الإشهاد على الطلاق.....15
الفرع الثاني: التكييف القانوني للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....16
المبحث الثاني: كيفية تدخل القاضي عند حل العلاقة الزوجية بالطلاق.....17
المطلب الأول: دور القاضي عند قيامه بمساعي الصلح.....18
الفرع الأول: قيام القاضي بإجراء الصلح.....18
الفرع الثاني: قيام القاضي بإجراء التحكيم.....21
المطلب الثاني: دور القاضي في إثبات الطلاق.....23
الفرع الأول: دور القاضي في حالة إثبات الطلاق الواقع أمام الجهات القضائية.....23
الفرع الثاني: دور القاضي في حالة إثبات الطلاق الواقع خارج الجهات القضائية.....25
المطلب الثالث: دور القاضي عند تعسف الزوج في طلاقه.....27
الفرع الأول: التعسف في الفقه الإسلامي.....27
أولا: تعريف التعسف.....28
أ: التعريف اللغوي.....28

ب: التعريف الاصطلاحي.....28

ثانيا: الخلاف الفقهي حول استحقاق المطلقة للتعويض بسبب تعسف زوجها.....29

أ: تعويض المرأة المطلقة تعسفيا.....29

ب: عدم تعويض المرأة المطلقة تعسفيا.....30

الفرع الثاني: تقدير القاضي لتعسف الزوج في الطلاق.....30

الفرع الثالث: تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي.....32

الفصل الثاني: دور القاضي عند فك الرابطة الزوجية بالخلع.....35

المبحث الأول: سلطة حل الرابطة الزوجية بالخلع.....36

المطلب الأول: المقصود بفك الرابطة الزوجية بالخلع.....36

الفرع الأول: تعريف الخلع.....36

أولا: التعريف اللغوي.....36

ثانيا: التعريف الاصطلاحي.....37

الفرع الثاني: مشروعية الخلع.....38

أولا: مشروعية الخلع في القرآن الكريم.....38

ثانيا: مشروعية الخلع في السنة النبوية.....39

ثالثا: مشروعية الخلع في الإجماع.....40

الفرع الثالث: أركان الخلع وشروطه.....40

أولا: قيام العلاقة الزوجية.....40
ثانيا: صيغة الخلع.....41
ثالثا: بدل الخلع.....42
المطلب الثاني: تكييف الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة.....43
الفرع الأول: التكييف الفقهي للخلع.....43
أولا: الخلع من حيث اعتباره فسخ أو طلاق.....43
أ: الخلع فسخ.....44
ب: الخلع طلاق.....45
ج: نتائج اعتبار الخلع فسخا أو طلاقا.....46
ثانيا: الخلع من حيث اعتباره يمينا أو معاوضة.....47
الفرع الثاني: التكييف القانوني للخلع.....48
أولا: موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة.....48
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع طلاقا أو فسخا.....50
المبحث الثاني: كيفية تدخل القاضي عند حل الرابطة الزوجية بالخلع.....51
المطلب الأول: دور القاضي عند رفع طلب الخلع وفي مساعي الإصلاح.....52
الفرع الأول: موقف القاضي عند رفع طلب الخلع.....52
الفرع الثاني: سلطة القاضي عند قيامه بمساعي الإصلاح.....54

المطلب الثاني: مدى اشتراط تدخل القاضي في الخلع.....55
الفرع الأول: موقف الفقه من اشتراط تدخل القاضي في الخلع.....56
أولا: عدم حاجة المرأة لإذن القاضي في الخلع.....56
ثانيا: وجوب حصول المرأة على إذن القاضي في الخلع.....57
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من اشتراط تدخل القاضي في الخلع.....58
أولا: الرأي الذي يقيد الخلع برضا الزوج كشرط لصحته.....59
ثانيا: الرأي الذي لا يعتد برضا الزوج لصحة الخلع.....60
المطلب الثالث: دور القاضي في تقدير مقابل الخلع.....61
الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول تقدير مقابل الخلع.....62
أولا: جواز أخذ الزوج بدل خلع يزيد عن مهره.....62
ثانيا: عدم جواز أخذ الزوج بدل خلع يزيد عن مهره.....63
الفرع الثاني: تدخل القاضي لتقدير مقابل الخلع في قانون الأسرة الجزائري.....64
خاتمة.....67
قائمة المصادر والمراجع.....69
الفهرس.....76