

مظاهر المساواة بين الزوجين في إطار الأحكام الموضوعية للطلاق بإزادة الزوج المنفردة والخلع

برياح زكرياء

طالب دكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبو بكر بلقايد -

تلمسان -

مُلَخَّص :

أقرت الشريعة الإسلامية لكلا الزوجين الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بالقدر الذي يتناسب مع التكوين النفسي للزوج والزوجة، لكن التطورات التي شهدتها العالم المعاصر وازدهار بعض الأفكار الحديثة الجديدة، وشيوعها عبر مختلف أقطاب العالم، لاسيما ما يعرف بمبدأ المساواة بين الجنسين وتطبيقاته في مختلف التشريعات والقوانين الأسرية.

وبما أن الجزائر من بين الدول التي صادقت على اتفاقية سيداو الرامية للقضاء على أي شكل من أشكال التمييز بين الرجل والمرأة، وعلى مختلف أصعدة الحياة بما فيها فك الرابطة الزوجية، فقد تأثر التشريع الأسري الجزائري بهذا المبدأ وسعى المشرع تبعاً لمختلف الضغوطات التي وقع تحتها إلى تكريسه في مجال فك الرابطة الزوجية. وغدا ذلك واضحاً وجلياً بالخصوص في مقابلة طلاق الزوج بالإرادة المنفردة للزوج والخلع بالنسبة للزوجة، لكن بالمقابل حاول الحفاظ على الثوابت والقيم التي تبناها واستمدتها من الشريعة الإسلامية لحد ما.

Résumé :

La Shari'a reconnaît aux conjoints le droit de mettre fin au lien conjugal selon la constitution psychologique aussi bien du mari que celle de la femme. Or, les développements qu'a connus le monde contemporain et l'opulence de certaines nouvelles idées dites modernistes, et leur prolifération dans les différents pôles du monde, ont donné naissance au principe de l'égalité entre les deux sexes, lequel s'est vu son application dans les différents droits de la famille.

De ce fait, l'Algérie étant l'un des pays qui ont ratifié la CEDAW, se trouve obliger, malgré certaines réserves, d'éliminer toute forme de discrimination entre l'homme et la femme et ce, à des différents niveaux de la vie, y compris le droit de dissoudre le mariage. D'où, l'influence de la législation nationale algérienne par ce principe, car le législateur, sous certaines pressions, est amené à embrassé ledit principe en matière de dissolution du lien conjugal. Ceci se manifeste explicitement en matière du divorce répudiation et du divorce moyennant compensation. Mais en retour, il a essayé dans certaines mesures de préserver les constantes et les valeurs qu'il a embrassées de la Shari'a.

مقدمة :

لقد أولت الشريعة الإسلامية الأسرة جُلَّ اهتمامها وأولتها عناية ورعاية خاصة كما حرصت على توطيد العلاقات بين الأزواج¹، فقد شرع الإسلام الزواج لتحقيق الحاجات الفطرية والمطالب الإنسانية التي من ضمنها الاستقرار النفسي والمودة، وكذا استمرار النسل وتواصل الإستخلاف²، فالزواج في

الشرعية الإسلامية عهد متين وميثاق غليظ ربط به الله تعالى بين الرجل والمرأة فأصبح كلاهما زوجاً للآخر، فقد أقام الله عز وجل هذا الرباط على ركائز من السكن والمودة والرحمة وجعله آية من آياته في الكون³، مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾⁴ ، فلقد شرعه المولى سبحانه وتعالى وأضفى عليه من القدسية ما جعله متميزاً عن سائر العقود الأخرى، وما ذلك إلا ليحقق المقاصد والغايات والحاجات الفطرية التي لا يمكن أن تُؤتي ثمارها ما لم تكن الحياة الزوجية تغشوها المودة والرحمة، والقلوب بين الزوجين يسودها التآلف والصفاء والوفاق. لكن ماذا لو أن الألفة المبتغاة تحقيقها داخل الأسرة أضحت بعيدة المنال ؟ واستحكمت النفرة بين هذه القلوب، وعشعشت الضغينة والحقد وتفاقم الشقاق وغاب الوفاق⁵ ، وانقلب الزواج إلى مصدر للشقاء والتعاسة بدلاً من كونه مهلاً للهناء والراحة النفسية والجسدية⁶. فالأصل في عقد الزواج التأييد والإستمرار والديمومة ومن ثم كان التأقيت مفسداً له، غير أن الإسلام دين الفطرة والحياة يعالج مختلف المشكلات من منظور واقعي، لذلك راعى ما قد يعترى الإنسان من تقلبات نفسية وقدر ما قد يجد بين الزوجين من مشكلات لا يمكن معها للحياة الزوجية من الإستمرار⁷. فإختلال هذه التوازنات كلها داخل الأسرة⁸ يتوجب بلا شك وبمنطق العقل السليم سُلوك طريق إصلاح ذات البين، فإن فشلت المساعي الحميدة وجب الفراق، والحال كذلك من لا إستقرار وإنعدام السكينة لا يخلو من طلاق أو خلع⁹.

ومصطلح الطلاق وكذا الخلع ليسا حديقَي العهد، فقد عُرف الطلاق والخلع منذ القدم في ظل الشرائع القديمة، ومن ذلك شريعة حمورابي وكذا عرف اليونانيون الطلاق، وكذلك عُرف الطلاق في التشريع الروماني القديم فكان

يتم برضا الزوجين معاً أو برضا الزوج وحده، كما عُرف عند الفراعنة أيضاً فكان الطلاق بيد الرجل، وبإستثناء ذلك كان للمرأة الطلاق متى اشترطت ذلك، وقد عرف الفراعنة نظاماً شبيهاً بنظام الخلع المعروف في الإسلام حيث إذا طلبت المخالعة بدون سبب فعليها رد المهر مضاعفاً مرتين أو أكثر¹⁰. وعلى النقيض من كل ما سبق فقد أباح الإسلام الطلاق متى وَقَعَت الحاجة إليه، إلا أنه كرهه وعدّه من أبغض التصرفات الإنسانية المباحة، وأحاطه بالإضافة لذلك بأحكام خاصة ومضبوطة للحد من تفشي هذه الظاهرة، وتجنبياً للزوجين وللمجتمع الحد الأدنى من الأضرار الأسرية والاجتماعية التي قد تقع من جراء وَقُوعِهِ¹¹. فالطلاق تشريع إستثنائي لا يُباح إلا عند الضرورة القصوى والحاجة الملحة¹²، ويتم اللجوء إليه كآخر حل لعلاج الخلافات والنزاع المستفحل بين الزوجين التي يتعذر معها مواصلة الحياة الزوجية¹³، وبذلك فقد جُعِل الطلاق بيد الرجل ولو من غير رضا الزوجة، وسبب هذا المنح أن الرجل في الغالب هو الأقدر على تبصّر عواقب الطلاق وتدبُّرها بميزان العقل بعيداً عن التأثير بالرغبات والنزوات وضبط النفس عند الغضب، بخلاف المرأة التي تحتكم في الغالب للعاطفة لما لها من طباع فطرية وغرائز تجعلها أكثر تأثراً وانقياداً أكثر من الرجل، وليس ذلك بنقيصة ولا عيب بل هي فطرة لها مواضعها وحاجاتها.

وإذا كان الطلاق ملكاً للزوج وحقاً من حَقُوقِهِ يوقِعُهُ بإرادته المنفردة وقت ما شاء عندما يوجد ما يبرره¹⁴، فقد قُيِد حق الزوج في الطلاق بالعدد والوقت ووجود الحاجة الشديدة تحت طائلة الكراهة أو التحريم وتحت وجوب التغريم ما لم تُحتَرَم حدود هذا الحق المرسومة شرعاً¹⁵.

لكن بالمقابل لم يهمل الإسلام للزوجة حقّها في الطلاق فضلاً عن الحق في إمكانية اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق للضرر، فقد مُنِحَت طريقاً للخلاص

من زوجها بإفْتداء نفسها منه إذا ما رأت أنها تبغضه ولا تجد معه ما تنشده كل زوجة عاقلة من حياة زوجية مستقرة، وذلك متى خافت هذه الزوجة ألا توفيه حقه أو أن تخرج عن الطريق الذي رسمه الشرع في المعاملة، فتقع بذلك في المحذور أو الكفر. وهذا الإفتداء ما يسمى في فقه المسلمين واصطلاح القانونيين بالخلع¹⁶ وقد أورده الشارع الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُم أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا إِفْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ¹⁷﴾. وقد أورده المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، وبذلك لم يُهمَل لا الإسلام ولا التشريع جانب المرأة في فك الرابطة الزوجية متى وقعت الكراهية من جانبها وجُعِل أمامها سبيل للخلاص من حياة زوجية تفتقر فيها للراحة النفسية مع هذا الزوج والإستقرار¹⁸.

وبالتالي فكما أباح الشارع الحكيم للزوج أن يُوقع الطلاق إذا دعت إليه الحاجة أباح للزوجة حق الانفصال عن زوجها إن هي كرهته ولم تُطق العيش في كنفه، وعلى نفس المنوال أتأح المشرع الجزائري للزوج حقه في الطلاق بإرادته المنفردة وفق ما جاءت به المادة 48 ق.أس، كما منح الزوجة حقها في الخلع بموجب المادة 54 ق.أس¹⁹.

ولعل مسألة المساواة بين الرجل والمرأة من القضايا الفضفاضة التي طُرِحت في الغرب حديثاً بخلفيات ما عاشته المرأة من واقع مرير واضطهاد وإحتقار في العصور الغابرة، ليأتي الإسلام ويُخلص المرأة من كل المهانات والإنتقاصات وأولاها مكانة خاصة وهامة، واعترف لها بشخصية كاملة ومستقلة بعدما كانت تعاني من الإنتقاص والتبعية. وقد برز في بدايات القرن 19 الإهتمام المتزايد من قبل المنظمات الدولية والعالم بأسره بقضايا وتطلعات المرأة

ومحاولة إكسابها حقوقاً مساوية وموازية لحقوق الرجل، بغض النظر عن الإختلافات الفيزيولوجية والنفسية الخ ...، فصدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 ليؤكد مبدأ المساواة ويمقت التمييز، وبعدها صدرت سنة 1979 إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في جميع المستويات والأصعدة. ومن أبرز المجالات التي طُرحت فيها مسألة المساواة بقوة وأثارت الجدلات والنقاشات مسألة المساواة في القوانين الأسرية، وقد أكدت الإتفاقية سالفه الذكر على وجوب إتخاذ كافة الإجراءات والتدابير وكل ما من شأنه القضاء على أي تمييز بين الرجل والمرأة في شتى المجالات المتعلقة بالحياة الأسرية²⁰، ومن ذلك المساواة بين الزوجين في مجال فك الرابطة الزوجية، فقد منح المشرع الجزائري للزوج الحق في الطلاق وبالمقابل منح الزوجة الحق في الخلع .

وباعتبار الجزائر من الدول التي صادقت على إتفاقية سيداو²¹ ورغم إبدائها تحفظات بشأنها إلا أن المشرع الجزائري عدل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وظهر عليه بشكل جليّ محاولة تكرس مبدأ المساواة بين الزوجين في مجال فك الرابطة الزوجية بشكل متذبذب بين الثوابت والقيم التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، وبين مفهوم المساواة المستورد من الإتفاقيات الدولية . وظهرت محاولة المشرع التوفيق بين مفهوم المساواة على إختلافه بين الدين وما جاءت به المفاهيم الحديثة الجديدة .

وتكمن أهمية مسألة المساواة في الزوجين في مجال فك الرابطة الزوجية في ضوء الفقه الإسلامي ومقتضيات إتفاقية سيداو أهمية هذا الموضوع لما يكتسبه من تَبعات إجتماعية قد توصف بالخطيرة، فتهديد إستقرار الأسرة من شأنه زعزعة المجتمع ككل، وكذلك من نقاط الأهمية جدّة الموضوع لما فيه من مقابلة بين إرادة الزوج في إيقاع الطلاق وإرادة الزوجة في طلب الخلع، وكذلك

لمواكبته لما هو مطروح أمام ساحات المحاكم من أرقام مهولة لقضايا الطلاق بمختلف أشكاله وطُرُقِه.

وأمام ذلك فإن الإشكالات التي يتوجب طرحها في إطار الحديث عن هذا الموضوع هو ما هي أبرز مظاهر المساواة بين الزوجين في طلب الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وبواسطة الخلع بالنسبة للزوجة ؟ أو بعبارة أخرى إلى أي مدى تتوازى مكانة الزوجة في مواجهة الزوج في مجال فك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة والخلع ؟

إنطلاقاً من هذا سنحاول إبراز إلى أي مدى وَاكَبَ المشرع الجزائري مفهوم المساواة بنظرة إتفاقيات الدولية في مجال فك الرابطة الزوجية، ونركز في هذا المقام على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والخلع بالنسبة للمرأة باعتبارهما يتقابلان في طغيان إرادة كلا من الزوجين، أم أن المشرع الجزائري لا زال يُحافظ على مفهوم المساواة بالمعنى الذي جاءت به الشريعة الإسلامية السّمحاء .

المبحث الأول: الشُّرُوط الموضُوعية الواجبة لإيقاع الطَّلَاق بإرادة الزوج

لقد شرع الله عز وجل الطلاق كآخر حل يلجأ إليه الزوجان في حال حصول شقاق بينهما، يتبعه صعوبة استئناف الحياة الزوجية، لكن بالمقابل وحفاظاً على إستقرار الأسرة وديمومتها قيد هذا التصرف الشرعي بضوابط وقِيُود وشُرُوط تتعلق بكلاً الزوجين، وكذلك بالصيغة التي يتم بها هذا الطلاق، وذلك للحد منه والحيلولة دون تعسف الأزواج في استعمال هذا الحق خارج الحدود الشرعية المرسومة له، ومن هنا سنتطرق لأهم الشُّرُوط

الواجبة لإيقاع الطلاق بشكل صحيح سواءً تعلقت بالزوجين، أو بصيغة الطلاق .

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالمُطَلِّق وبالمُطَلَّقة

للطلاق شروط يجب توافرها مُجتمعاً حتى يقع صحيحاً ونافاذاً، ومنتجاً لجميع آثاره التي أقرها الشارع الحكيم بين الزوجين المُطلقين، وترجعُ بعضُ هذه الشروط إلى من يقعُ منه الطلاق (الزوج) وبعضُها الآخر راجع لمن يقعُ عليه الطلاق (الزوجة) وهي كالآتي .

الفرع الأول : أسباب جعل الطلاق بيد الزوج

إن المتتبع لآيات الذكر الحكيم في شأن الطلاق يجدُ أن الله عز وجل خاطبَ الرجال من دُون النساء في شأن إيقاع الطلاق²² مصداقاً لقوله تعالى : **إِنَّمَا يَأْتِيَنَّكَ مِنَ النِّسَاءِ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ** ²³ وقال أيضاً **يَا أَيُّهَا الرِّجَالُ إِن لَكُمُ الْمَرْءُ أَنْ تَطْلُقُوهُ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** ²⁴ فكلُّ هذه النصوص ذات دلالة واضحة على أن الإسلام أعطى الرجل الحق في إيقاع الطلاق على زوجته بطريق الأصالة، ولعلَّ هذا الحق مردُّه في الإسلام بعض الحكَم منها²⁵ ، قوامه الرجال على النساء²⁶ مصداقاً لقوله تعالى : **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ** بما فضَّل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم²⁷ .

- ضبط العاطفة عند الرجل، ذلك أن ممَّا لا جدال فيه أن المرأة بحُكم طبيعتها مجبولة على العاطفة، وهي بذلك أسرع انقياداً لعواطفها من الرجل²⁸ فهي أسرع غضباً وأقلُّ احتمالاً²⁹ ، وهذا لا يعدُّ عيباً ولا نقیصةً في المرأة بل هي طبيعة الخِلقة وتلك العواطف لها ميادینها كتریبة الأولاد . لكن في ميدان الطلاق قد يترتب عليها انهيار البيوت والأسر، لذلك مُنح الرجل الحق في إيقاع الطلاق لأنه يُفترض فيه في الغالب ضبط عواطفه وحُسن تقديره لعواقب

الأُمُور³⁰ (والشَّرع في أصله مبني على الغالب في الأُمُور) ما من شأنه تحقيق الإستقرار وديمُومَة السَّكينة والمودَّة والرَّحمة³¹.

- إضْطِلاع الرجل بالأعباء الماليَّة على سبيل الوُجُوب دُون المرأة، ذلك أن الرجل مُطالب عند الإقْدَام على الزَّواج بتوفير متطلَّبات الزَّواج الماليَّة كالْمهر وإعداد بيت الزوجية³²، وفي حال حُصول الطَّلَاق يُطالب شرعاً وقانوناً بإعطاء طليقتَه مُؤخَّر صداقها إن كان مُوجِلاً ونفقة العدة وكذا المتعة الخ.....، بعكس المرأة التي لا تخسر مادياً بالطلاق بل قد تربح مهراً جديداً وبيتاً آخر إن تزوجت لمرة ثانية³³، إضافة إلى ما قد تحصل عليه من طليقتها ممَّا يُسمَّى بتوابع العصمة سَّالفة الذكر، وإذا كان من القواعد الشرعية المسلَّم بها أن " الغنم بالغرم " كان من باب العَدَالَة والإنصاف إعطاء الرجل حق إيقاع الطلاق³⁴، ذلك أن إقدامه على بناء الأسرة شاق عليه بالنظر إلى التكاليف التي يتحمَّلها لا سيما في الوقت الحاضر³⁵. وبالتالي فهدم ما بناه ليس بالأمر الهين عليه ولا يكتسي سهولَةً، بل تسبُّقه - الهدم - ضرُورة مُلْحَة. أما إذا مُنحت الزوجة هذا الحق سهَّل أن تُوقَّعه متى اختصَّمت مع زوجها نكايَةً فيه وعناداً له ورغبة في تغريمه³⁶ لا سيما مع ضُعف الوَازع الديني في الوقت الحاضر.

ومع أن الطلاق في الأصل وإن منحه الإسلام للزوج يثبت له بمُجرد انعقاد عقد الزَّواج الصحيح³⁷، إلا أن الإسلام لم يُهمل جانب الزوجة وحَقِّها في إيقاع الطلاق متى اشترطته في العقد³⁸ أو فوضها الزوج به في العقد³⁹ أو بعده كما للزوجة حق المخالعة⁴⁰. كما مُنح للقاضي في حالات معينة لاسيما إن تعلق الأمر بمساسس الحقوق العامة في الشريعة التي هي بمثابة النظام العام كأن يترد أحد الزوجين⁴¹، أو لعجز الزوج الجنسي مما يحول دون إحصان الزوجة⁴².

وعموماً وإن مُنَحَ الزوج الحق في الطلاق وفق ما جاء به الشرع، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً وممدوداً بل هو محدود ومقيد⁴³ ومن ذلك قيد العدد فللزوج فقط ثلاث طلقات يمكن أن يُوقعها على زوجته قبل أن تبين منه بينونة كبرى⁴⁴، وكذلك قيد الوقت فيجب عدم إيقاع الطلاق في فترة الحيض أو النفاس أو في طهر مسها فيه (الطلاق السني وخلافه ماسبق هو الطلاق البديعي واختلف في وقوعه من عدمه أو الإكتفاء بالإثم)⁴⁵.

الفرع الثاني: شروط المطلق (الزوج)

المطلق هو الذي يملك إيقاع الطلاق ويُوقعه فعلاً وهو الزوج⁴⁶ لقوله تعالى: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ" وقوله تعالى: "وَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ"⁴⁸ وإذا كان الطلاق بيد الزوج، فلا يمكن إيقاعه على وجه تترتب آثاره، إلا إذا توافرت فيه جملة شروط وهي بإيجاز كالتالي :

أ - الشرط الأول : البلوغ والعقل .

وذلك بأن يكون المطلق بالغاً عاقلاً، فلا يقع طلاق الصبي وإن كان عاقلاً⁴⁹. وقال الحنابلة في هذا أنه يصح الطلاق من زوج عاقل لو كان مميزاً يعقل الطلاق، ولو كان دون عشر سنين⁵⁰ لعُموم قوله صلى الله عليه وسلم : " الطلاق لمن أخذ بالساق ". ومعنى كون الصبي المميز يعقل الطلاق هو علمه أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها⁵¹، ويُعلل الجمهور عدم صحة طلاق الصبي المميز أن الكليات التي بُنيت عليها الشريعة لا تُجيز التصرفات إلا ممن له أهلية التصرف، وأدناها العقل والبلوغ خصوصاً فيما هو دائر بين النفع والضرر من التصرفات كالطلاق، كما يُشترط في الزوج المطلق أن يكون عاقلاً فلا يقع طلاق المجنون⁵² لقوله صلى الله عليه وسلم : " رُفِعَ القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق"⁵³. وفي هذا قال ابن قدامة في المغني: " أجمَعَ أهل العلم على أن الزائل

العقل بغير سُكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كشارب لبن أو العسل أو دواء⁵⁴ ويُلْحَقُ بالمجنون النائم والمعتوه والمُعْصَى عليه والمدهوش". وأما السَّفِيه⁵⁵ فطلاقه مُعْتَبَرٌ ومُعْتَدٌّ به لأنَّ السَّفَهَ لا يُؤْثِرُ على العقل من جهة إدراك الأمور، ذلك أنه ليس في عقله خللٌ يُلْحِقُه بالمجنون⁵⁶ فينفذ طلاق السفیه إذا كان بالغاً بإتفاق المذاهب ولو بغير إذن وليه لأن موضع الحجر هو التصرفات المالية والرُّشد ليس شرطاً لوقوع الطلاق⁵⁷.

فالعقل هو مناطُ التَّكْلِيفِ لذلك فتصُرُّفات المجنون والمعتوه غير نافذة إذا صدرت منه في حالة العته والجنون ولا فرق بين الجنون الأصلي والطَّارِئ، وبين الجنون المطبِّق أو المتقطع⁵⁸، ويدخل في هذا الحُكْمُ الشخص الغضبان الذي وصل به الغضب إلى درجة لا يدري ما يقول ويفعل⁵⁹، ففي هذه الحالة لا يقع طلاقه لأنه مسلوب الإرادة⁶⁰.

وأما من زال عقله بغير عذر كشارب الخمر وهو مُتَعَمِّدٌ ومختار فقد اختلف الفقهاء في حُكْمِهِ⁶¹، فقال أبو حنيفة ومالك وأحمد بوقوع طلاقه، وذهب بعض الفقهاء الآخرين كربيعة والليث بن سعد و داود الظاهري إلى القول بعدم وقوع طلاقه ويستدلُّون على هذا بما رواه ابن عباس أيضا: " طلاق السَّكَرَانِ والمُسْتَكْرَه ليس بجائز"⁶².

ب - الشَّرْطُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْمُطْلَقُ مُخْتَارًا لَا مُكْرَهًا .

ذهب جُمهُورُ الفُقَهَاءِ في هذه المسألة إلى أَنَّ طلاقَ المُكْرَه لا يقع، وهذا مذهب المالكية والشافعية والحنابلة ويُضَافُ لهم الظاهرية، وزُوي ذلك عن عمرو علي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وغيرهم من الصحابة والتابعين⁶³. وخلافاً لذلك ذهب الأحناف إلى أنه يقع طلاقُ المُكْرَه ووافقهم في ذلك الشعبي والزُّهري والسفيان الثوري، وقالوا بأنَّ العلة في وقوع طلاق المُكْرَه هي حاجته إلى التخلص من تُوعَد به من القتل أو الجرح أو الأذى الذي لا يُطيقُه، والمكره قد

عرّف الشرين والضررين - ضرر إيقاع الطلاق والضرر المهدد به - فاختر أهونهما وهو إيقاعه للطلاق، فهو بذلك عندهم مختار كامل الاختيار. وقال شيخ الإسلام ابن تيمية " الإغلاق انسداد باب العلم والقصد عليه، فيدخل فيه طلاق المعتوه والمجنون والسكران والمكره والغضبان الذي لا يعقل ما يقول، لأن كلا من هؤلاء قد أغلق عليه باب العلم والقصد، والطلاق إنما يقع من قاصد له علم به ". وعموماً يتحقق الإكراه بأن يكون المكره قاهراً للمكره، ولا يقدر هذا الأخير على دفعه، وأن يغلب على ظن المكره أن ما يخافه من المكره واقع به لا محالة، وأن يكون التهديد مُنصباً على ما قد يلحق بالمكره من ضرر كالقتل والضرب والحبس ونحوه⁶⁴. وعليه فالإكراه معدوم للإرادة ولا يرتب آثاره فالمكره على الكفر ليس بكافر⁶⁵ مصداقاً لقوله تعالى ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ بَعْدَ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقُلُوبُهُ مَطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾⁶⁶.

وعن شرط الاختيار تتفرع بعض المسائل من ضمنها طلاق الهازل وهو الذي يتكلم على سبيل اللعب والمزاح، عالماً بما يقول غير مُريد لمعناه⁶⁷. وقد اختلف الفقهاء في حكمه فاعتبر الجمهور الهزل في الطلاق نافذاً كالجد استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدُّهن جدٌ وهزلهن جدٌ: النكاح والطلاق والرجعة "، وهناك من قال بعدم وقوعه ويستدلون على أن اللفظ الصريح يفتقر إلى النية قال صلى الله عليه وسلم: " إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ... " والهازل لا نية له⁶⁸ بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁶⁹. أما بشأن طلاق المريض فقد رأى الفقهاء أنه حالة قد تؤثر على القصد والاختيار، لكن مع ذلك قالوا بأن طلاقه يقع مع اختلاف في آثاره⁷⁰.

ت - الشرط الثالث: أن يكون المطلق قاصداً للطلاق .

ويقصد بذلك أن ينوي الطلاق مريداً له وعازماً عليه⁷¹، فالطلاق إنما يكون بلفظ ونية أو بلفظ فقط، وأما أن ينوي الزوج الطلاق دون التلفظ بما قد

يؤدي معناه فإن طلاقه لا يقع، وهذا قول عامة الفقهاء وخالفهم ابن سيرين فقال حين سئل عن طلاق في نفسه : " أليس علمه الله ؟ قال السائل: بلى، فقال ابن سيرين: فلا أقول فيها شيئاً " كذلك الزهري قال: " إذا عزم على الطلاق طُلقت زوجته "، ورد جمهور الفقهاء على هذين القولين بقوله صلى الله عليه وسلم : " إن الله تجاوز عن أمي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم " ⁷²، وعليه فلا بد للطلاق من لفظ وقصد يدلان عليه، فإذا افترق اللفظ عن القصد فلا يقع به طلاق، وكذلك لا يقع الطلاق بمجرد النية. ولعل هذا الرأي هو الأقرب للمصلحة وروح الشريعة الإسلامية .

الفرع الثالث: شروط المطلق (الزوجة)

المطلقة هي الزوجة التي يقع عليه الطلاق (محل الطلاق) في عقد النكاح الصحيح، ويُشترط لوقوع الطلاق عليها ما يلي :

أ - قيام الزوجية وقت الطلاق :

إذ أن الطلاق يقع حال قيام الزوجية الصحيحة قبل حصول الدخول أو بعده، فلا يقع الطلاق بذلك على امرأة غير متزوجة ⁷³.

ب - صحة الزواج بالعقد :

فلا يقع الطلاق على امرأة متزوجة زواجا غير صحيح، كمن عقد على معتدة أو بإحدى المحرمات ونحو ذلك من العقود الباطلة ⁷⁴.

ت - ألا تكون مطلق قبل الدخول :

فلا يقع الطلاق على من تزوجت زواجا صحيحا ثم طلقت قبل الدخول فلا يلحقها بذلك طلاق آخر، لأنها ليس من ذوات العِدِّد ⁷⁵.

ث - ألا تكون منتهية العدة أو مطلق ثلاثاً :

وأما المعتدة فقد قالوا إن كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى فإنها تكون محلاً للطلاق لبقاء الزواج حكماً لا حقيقة، ذلك أن الطلاق

الرَّجعي لا يُزيل المِلْك ولا الحِلَّ إذ لزوجها مُراجعتها متى شاء بإرادته ودون الإلتفات لرضاها ما دامت في العدة . ويُرْوَل بالمراجعة كل آثار الطلاق ما عدا فقدان الزوج طَلَقاً من طَلَقَاتِه الثلاث التي يملكُ إيقاعها على زوجته، أما كانت مُعتدة من طلاق بائن بينونة كُبرى فلا تكون محلاً له لزوال المِلْك والحِلَّ للزوج ومن ثم فلا يقع طلاقه، ذلك أن الزوج لا يملكُ عليها بعد الطَلَقَات الثلاث شيئاً⁷⁶ .

ج - ألا تكون حائضاً :

وذلك بالأُصَادِف الطَّلَاق وقتَ الحيض، فقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الطلاق أثناء حيض الزوجة يُعدُّ بدعةً وحرام إن كانت الزوجة مدخولاً بها⁷⁷، واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حُكم طلاق الحائض، فمنهم من قال بوقوع طلاقها رغم كونه بدعة ومُخالفًا لأمر الله، ومنهم من قال لا يقع طلاق الحائض لمخالفته أوامر الشارع الحكيم⁷⁸ . خلاصة ذلك أنه يجب أن يطلق الزوج زوجته في طهر لم يمسه فيها⁷⁹ .

المطلب الثاني : الشُرُوط المتعلقة بالصِغَةِ

ويشترط لصحة الطلاق ما يقعُ به ويقصد بذلك الصِغَةِ التي يتوجب أن يصدر بها، إذ يُعدُّ الطلاق كالنِكَاح لا تكفي فيه الإرادة الباطنة، بل لا بُدَّ من إظهار هذه الإرادة بالتعبير حتى يعلم بها الغير، ونقطة الفرق تكمنُ في أن النكاح يُلزم جانباً بالتعبير بخلاف الطلاق الذي هو في الأصل للزوج ما لم يتنازل عن هذا الحق لزوجته⁸⁰، ويقع الطلاق باللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه، والطلاق الصريح هو الذي يكون باللفظ الذي لا يُستعملُ إلا في حل الرابطة الزوجية⁸¹ . ويُشترطُ في اللفظ الصريح أن يُوجّه للزوجة وأن يكون الزوج مُدركاً لمعناه⁸²، ولذا لا يقع الطلاق بالأفعال كمن يغضبُ من زوجته فيأخذها إلى بيت أهلها، ولا تقوم الإشارة مقام اللفظ في الطلاق إذا كان

ممكناً التلُفُظ بالطلاق. وأما غير القادر على التلُفُظ به مثل الأخرس فيقعُ طلاقه بإشارته إذا ما تبين عن إرادته أنه يقصدُ الطلاق، وقد يقعُ الطلاق بالكتابة⁸³.

وعموماً فقد اتفق الفقهاء على أن الطلاق ينقسمُ من حيث لفظه إلى قسمين : طلاق صريح وآخر بالكناية⁸⁴، فالطلاق الصريح هو ما تمّ بلفظٍ وُضع في الأصل للدلالة صراحةً على الطلاق، كقول الرجل لامرأته: أنت طالق، أو أنت مُطلقة، أو طلقْتُكِ. وعلى العُموْم، فإن الطلاق الصريح يكون باستعمال لفظ الطلاق، أو ما أُلِفَ الناس استعماله للتعبير عن معنى الطلاق⁸⁵، وقد أجاز الفقهاء التعبير بالكلام المفهوم الذي يُفيد الطلاق، كما أباحوا الطلاق بالإشارة في حالة ما إذا كان الزوج أحرس، أو لا يستطيع النطق وهذا ما قال به فقهاء المالكية والأحناف⁸⁶. وأما الطلاق كنايةً، فهو استعمال كل لفظٍ يحتملُ معنى الطلاق ولم يغِب تداوُلُه عُرفاً بين الناس كقول الزوج لزوجته : أنت بائن مني، أنت حُرّة، اذهبي إلى بيت أهلِكَ مع وجود نية بالطلاق في القول الأخير الخ.....⁸⁷، والألفاظ الكنائية يقعُ بها الطلاق بائناً في وجود النية أو بدلالة الحال وهذا ما قال به الأحناف والحنابلة⁸⁸، وخالفهم الشافعية والمالكية إذ لا يعتدّون إلا بالنية والقصد ولا اعتبار عندهم بدلالة الحال⁸⁹.

وبشأن عدَد الطلقات فقد اختلف الفقهاء في وقوع طلاق الثلاث بلفظٍ واحد، كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق ثلاثاً أو نحو ذلك وهو ما يطلقُ عليه بالطلاق المتتابع أو المتكرر، فرأى جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة بوقوع هذا الطلاق ثلاثاً (حُصُول البينونة الكبرى)⁹⁰. في حين قال بعض الصحابة وأهل الظاهرية وكذا فقهاء مذهب الإمامية وشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم إلى أن طلاق المقترن بعدد لا يعتبر إلا طلاقاً واحداً. وحسب الشيخ محمد أبو زهرة يُعدُّ هذا الرأي هو الذي يتوافق أكثر مع حِكْمَةِ التشريع

الإسلامي ذلك أن في رأيه أن الطلاق المتتابع كالطلاق المقترن بعدد لا يقع إلا واحدة، في حين اعتبره فقهاء الجعفرية وبعض الشيعة المعتدلة إلى أن الطلاق بلفظ الثلاث يُعْتَبَرُ لغواً فلا يقع هذا الطلاق وهو باطل⁹¹.

أما بخصوص صيغة الطلاق فتتقسم إلى ثلاثة أنواع : صيغة مُنْجِزَة لا تعليق فيها ولا إضافة فيها إلى المستقبل، وصيغة مُعْلَقة على شرط، وأيضا صيغة مُضَافَة إلى زمن المستقبل، فأما الطلاق المنجز أو المعجل هو ما قُصِدَ به إيقاع الطلاق في الحال⁹²، مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق.....الخ، وحُكِمَ هذا النوع من أنه متى وَقَعَ ممن هو أهل لإيقاعه (بأن يكون الزوج بالغاً وعاقلاً، واعياً وغير مكره) وصادف محلاً لوقوعه (الزوجة) فإنه يقع في الحال وفوراً بمجرد التلفظ وتترتب عليه جميع آثاره⁹³.

وأما الطلاق المضاف فهو ما قُصِدَ به وَقُوعُ الطلاق في زمن المستقبل كأن يقول لزوجته : أنت طالق انطلاقاً من آخر الشهر الحالي⁹⁴، وحُكِمَ هذا النوع أنه يقع الطلاق المضاف بمجيء الزمن الذي أُصِيفَ إليه، ولا يقع الطلاق قبله وتبقى المرأة زوجة له إلى حُلُولِ هذا الوقت، ويشترط لوقوع الطلاق عند مجيء الوقت المعين الذي قُرِنت الصيغة به أن تكون الزوجة لا زالت محلاً لوقوعه (أن تكون زوجة حقيقةً أو حُكماً)⁹⁵.

في حين أن الصيغة المُعْلَقة على شرطٍ أو ما يُسَمَّى بالطلاق المُعْلَقُ فهو ما رُتِبَ وَقُوعُه على حصول شيء ما في المستقبل يُحْتَمَلُ وَقُوعُه من عدمه⁹⁶، كقول الزوج لزوجته إن خرجت من الدار فأنت طالق، وذهب الجمهور إلى القول أن الطلاق يقع ولو كان بصيغة مُعْلَقة أو مُضَافَة، وخالفهم في ذلك الظاهرية والجعفرية وشيخ الإسلام ابن تيمية فقالوا لا يقع الطلاق غير المنجز. بينما ذهب الظاهرية إلى اعتبار الطلاق غير المنجز باطلاً سواءً كان معلقاً على شرط أو مُضَافاً إلى مُسْتَقْبَلٍ⁹⁷.

المبحث الثاني: الشُّرُوط المَوْضُوعِيَّة الْوَاجِبَةُ لِصِحَّة الْخُلْع

لقد شرَّع الإسلام حق المرأة المسلمة في إنهاء الرابطة الزوجية وفقاً بالزوج من ظلم الزوجة له بسوء معاملته ورفضاً بالزوجة من وقوعها في الحرام جرّاء سوء معاملتها لزوجها ولعدم إجبارها على الإستمرار في عيشة لا تُطيقها⁹⁸، فالمرأة تملك مثل الرجل مشاعراً وعواطف وتحسُّ مثله، فقد يحصلُ أن تشعُر وتُحسَّ بالنُفْرة من زوجها ولا تُطيق الحياة معه، وقد يَتَعَذَّر الوصول إلى حَلٍ لما بينهما من مشاكل. ومن جهةٍ أخرى فقد جَعَلَ الشَّارِع الحَكِيم الطَّلَاق في الأصل بيد الرجل، لكنَّهُ وفي المقابلِ شرَّع الخُلْع للزوجة لتفتدي نفسها من زوجها ببَذْلِ ما قَدَّمَهُ لها من صداق أو زيادة عليه أو نقصان منه حسب الإِتِّفَاق عليه، والفِقه اعتبر الفِدَاء الذي تُقَدِّمُهُ المرأة في مُقَابِل ما بيد الرَّجُل من حق الطَّلَاق، وعليه جُعِلَ الطَّلَاق بيد الرَّجُل إذا أَبْغَضَ المرأة وجُعِلَ الخُلْع بيد المرأة إذا كَرِهَتْ الرَّجُل⁹⁹. وبذلك يمكن القول أن الإسلام لم يُهمل جانب المرأة في فك الرابطة الزوجية، فأعطاهَا حقاً مشابهاً لما يملكه الزَّوج وهو الخُلْع، ولكن هذا لا يَكُون بشكل أيسر بل هو مُقَيَّد بضوابط وقُيُود، من ضِمْنِهَا أن تُبدي المُتعلِّقة للقاضي الأسباب التي تدفع القاضي للحُكْم بالخُلْع.

المطلب الأول: الشُّرُوط المُتعلِّقة بالمُتعلِّقة وبالزوج

وعُمُوماً ليَصِحَّ الخلع ويُنتِج آثاره يجب أن تتوافر به جملة من الشُّرُوط بعضها متعلق بالزوج، والبعض الآخر مرتبط بالزوجة المُتعلِّقة هي كالاتي :

الفرع الأول: الشُّرُوط المُتعلِّقة بالزوج

يشترط في الزوج ليَصِحَّ الخلع أن يكون الزوج ممن يصحُّ طلاقه أي أن يكون أهلاً لإيقاعه¹⁰⁰ راشداً عاقلاً ومختاراً¹⁰¹، فلا تصحُّ مخالعة المكره والصبي والمجنون ومن أصاب إرادته عيب من عيوب الإرادة¹⁰²، فالطلاق بالخُلْع

يقتضي اتفاق الزوجين على مبدأ الخُلْع¹⁰³ وهو ركن أساسي في هذا النوع من الطلاق . وأن هذا الإتفاق بدوره يستوجب توفر الزوجين معاً على الأهلية الكاملة¹⁰⁴ . ومن المواضيع التي تطرح في هذا الصدد حُكم تلبية الزوج لطلب زوجته للخلع فنجد جمهور الفقهاء وهم الأحناف والشافعية والحنابلة وحتى الظاهرية ذهبوا إلى أنه يستحب للزوج تلبية طلب زوجته للخلع ومن ثم للزوج رفض طلب زوجته، ولا يُجبر عليه وإلا صاراً واجباً الأمر الذي يترتب عليه انتفاء إرادة الزوجة في إيقاع الفرقة بالخلع دون رضا الزوج فقال الميهوتي "وُسُنْ إجابُها أي الزوجة إذا سألته الخلع على عوض"¹⁰⁵ وجاء في المحلى "فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يُجبر هو". واستدل الجمهور بأن أمر النبي صلى الله عليه وسلم الوارد في الحديث "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" يفيد الإرشاد والإصلاح لا الإيجاب الحتم بقبول الخلع .

وخرج المالكية بقول آخر مفاده وجوب استجابة الزوج لرغبته امرأته في طلب الخلع، ومن ثم فللمرأة الإرادة المنفردة في الحصول على الطلاق بالخلع بإجبار الزوج عليه لوجوبه¹⁰⁶ . وقال ابن رشد "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جُعِل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جُعِل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"¹⁰⁷ . واستدلوا على ذلك بأن الأمر في الحديث يفيد وجوب تلبية الرجل لرغبة زوجته في طلب الخلع لبقاء الأمر وعدم انصرافه عن أصله في إفادة الوجوب .

الفرع الثاني: الشُرُوط المتعلِّقة بالزوجة المُختلعة

يشترط لصحة الخلع من الزوجة ما يلي :

- أ - أن تكون الزوجة المختلعة محلاً للطلاق¹⁰⁸ : أي أن تكون زوجة شرعية حقيقةً أو حكماً¹⁰⁹ ، ويخرج من حكم الخلع من كان نكاحها فاسداً أو باطلاً¹¹⁰ ، وكذلك المطلقة بائناً فلا تصح مخالعتها¹¹¹ .

ب - أن تكون الزوجة المختلعة عاقلة راشدة : فهذه الأخيرة تُخالع عن نفسها¹¹² ، غير محجور عليها لسفه أو مرض أو غفلة¹¹³ أي أن تكون أهلاً للتبرع¹¹⁴ ، فإن كانت مجنونة أو معتوهة أو سفیهة بطلَ إلزامها بأداء بدل الخلع ووقع الطلاق بائناً¹¹⁵ . فقد جاء في مغني المحتاج " وشرط قابله (أي الخُلَع) أو مُلتَمسه ليصح خُلْعُه من زوجة أو أجنبي إطلاق تصرفه في المال بكونه مُكَلَّفاً غير محجور عليه، أي بالنسبة لثبوت المال " وجاء في بداية المجتهد " لا خلاف عند الجمهور أن الرشيدة تُخالع عن نفسها " ¹¹⁶ .

ويُطرح الإشكال بشأن الزوجة المختلعة التي لا تكون أهلاً للتصرف كأن تكون صغيرة، وهنا في هذه الحال لا خلاف بين الفقهاء في أن الزوجة المحجور عليها لصغر إذا خالعت زوجها لا يصح خُلْعُها، ولا يُلْزَمُها ما بذلت من مال كعوض له¹¹⁷ . فقد جاء في كشاف القناع "إن خالعت المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون لم يصح الخُلَع ولو أذن فيه الولي، لأنه تصرف في المال وليست من أهله ."

إلا أنهم اختلفوا في وقوع الطلاق ووصفه على أقوال : ففرق الأحناف بين ما أن حصل الخُلَع من صغيرة من أهل القبول وذلك بأن كانت عالمة أن النكاح جالبٌ والخلع سالب فتُطَلِّق رجعيّاً لوجود القبول منها ولا يُلْزَمُها المال المخالعة به لعدم صلاحيتها للتبرع بشيء من مالها، أو أن صغيرة ليست من أهل القبول بأن كانت غير عارفة بأن النكاح جالب للمهر والاستمتاع، والخلع سالب للعوض، وسواءً قبلت الخلع أو لم تقبله لا تُطَلِّق.

في حين ذهب المالكية إلى أن الزوجة الصغيرة إذا خالعت زوجها تبين ولا يُلْزَمُها العِوض وإن أخذ الزوج فعليه ردُّه ما لم يشترطه لوقوع الطلاق بقوله "إن تم لي هذا المال أو إن صحت براءتك فأنت طالق" ¹¹⁸ .

وقال الشافعية أن خُلْع الصغيرة وقبولها مميزة كانت أو غير مميزة لغو لا يقع به شيء من الطلاق لانتفاء أهلية القبول¹¹⁹. وذهب الحنابلة إلى قول آخر مفاده أن الزوجة الصغيرة إذا خَالَعَت زوجها يقع طلاقها رجعيّاً إذا كان بلفظ الطلاق أو نيته وكان دون الثلاث، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان لغواً فلا يقع به شيء¹²⁰.

ت - أن تخاف الزوجة ألا تقيم حدود الله¹²¹، لما جاء عن امرأة ثابت بن قيس أنها جاءت الرسول صلى الله عليه وسلم وقالت :ولكني لا أُطيعه¹²².

ث - أن يكون عرضُ الخُلْع اختيارياً من قبَل الزوجة من غير إكراه ولا إضرار من قبل الزوج لأجل دفعها لذلك، وبمعنى آخر أن يكون رضا الزوجة قد تمّ عن بيئة واختيار¹²³.

ج - أن يكون الخُلْع مقابل بدل أو عوض¹²⁴ فقد ذهب الجمهور إلى جواز أن تعطي الزوجة مقابل تسريح زوجها لها كل مالها له، واستحب الحنابلة أن لا يأخذ الزوج أكثر مما أعطاه¹²⁵، في حين أجاز الشافعية والمالكية والظاهرية أخذ الزوج أكثر مما أعطاه ما دام هناك التراضي¹²⁶.

ح - أن تكون المخالعة بلفظ الخُلْع أو بلفظ يدلُّ على معنى الخلع¹²⁷ كالمبارأة والافتداء¹²⁸ والإبراء والفتاء فلا بُد من ألفاظ صريحة تفيد معنى الخلع أو الكنايات الدالة عليه¹²⁹، أما إذا تم الخلع بلفظ الطلاق فهو في حكم الطلاق، وكذلك إذا وقع الخلع ونوى الطلاق كان طلاقاً وليس خُلْعاً¹³⁰.

الفرع الثالث: دور القاضي في إيقاع الخُلْع

من المسائل المهمة التي تُثار بشأن هذا الموضوع كذلك هو مدى سُلطة القاضي في إيقاع الخُلْع جبراً، فإذا كان الأصل في الخُلْع أن يقع بالتراضي بين الزوجين واتفاقهما، على أساس أنه عقد كثير من الفقهاء والعقد يقوم على التراضي، فهل يشترط الفقهاء دوراً للقاضي في مسألة الخُلْع ؟ وسواءً كان

هذا الدور ينحصر على سبيل الرقابة أم أنه شرط لصحة الخلع ضرورة إيقاعه أمام القاضي، ومنه فهل للقاضي إذا طلبت الزوجة الخلع من زوجها لسبب مشروع إجبار الزوج على الخلع أو إيقاعه بدلاً عنه ؟ وعلى العموم يمكن القول أن الآراء الفقهية انقسمت إلى اتجاهين ¹³¹ :

- الاتجاه الأول : وهو ما ذهب إليه جُمهُور الفقهاء من الأحناف والمالكية والحنابلة والظاهرية ومفاده أن الخلع يصح بدون الحاكم (القاضي) كما يصح إذا وقع أمام الحاكم، وبالتالي يقع صحيحاً ولا يتوقف صدوره من الحاكم أو أمامه ¹³² ، فقد جاء في المبسوط "أن الخلع جائز عند السلطان وغيره، لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود"، وجاء في جوهر الإكليل "وجاز الخلع بلا حاكم فلا يتوقف كونه خلعاً على حكم القاضي "وهذا ما قال به كثير من أهل العلم ¹³³ واستدلوا في ذلك بما يلي :

قوله تعالى: ﴿أَفَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ¹³⁴ ويستفاد من هذا القول إباحة الأخذ من الزوجة بالتراضي من غير سلطان، كما أخرج البخاري في صحيحه أن عمر بن الخطاب وعثمان رضي الله عنهما أجازا الخلع بدون السلطان ¹³⁵ ، كما استدلوا بكون الخلع معاوضة لا يحتاج إلى القاضي بل يقوم على الاتفاق بين الطرفين وقد دلّ على هذا أقوال العديد من الفقهاء حيث قال البعض : إن كُفِيَ الخلع على أنه عقد معاوضة فهو كالبيع وإن كُفِيَ على أنه فسخ بالتراضي كان كالإقالة، وكل من البيع والإقالة لا يحتاج إلى حكم حاكم، وقام البعض بقياس الخلع على النكاح والطلاق من حيث أنه لما كان النكاح والطلاق لا يحتاجان إلى حكم القاضي وكذلك الخلع، لأنه من الطلاق فيقول السيوطي بصدد بيانه أنواع الفرق من احتياجها لحضور القاضي من عدمه وأما ما لا يحتاج - أي إلى الحاكم - أصلاً فالطلاق والخلع ¹³⁶ .

- الاتجاه الثاني : ويمثله جماعة من التابعين منهم سعيد بن جبير والحسن البصري وابن سيرين وأبو عبيد، إلى أنه لا يكفي لوقوع الخلع مجرد اتفاق إرادة الزوج والزوجة استقلالاً، بل يجب أن يترافعا إلى الحاكم وهو الذي يقضي بوقوع الخلع. وقد ذكر الجصاص قول سعيد بن جبير "لا يكون الخلع حتى يعظها وإلا إرتفعاً إلى السلطان فيبعثُ حكماً من أهله وحكماً من أهلها فيرويان ما يُسمعان إلى السلطان فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق وإن رأى يجمع جمع" ¹³⁷. واستدلوا بقول الله تعالى ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ¹³⁸، وكذلك قوله: ¹³⁹ "فقد جعل الله تعالى الخوف في الآية الأولى لغير الزوجين" فإن خفتُم "وأُسندهُ للحُكَّام والولادة وليس إلى الزوجين وإلا لكان قوله تعالى " فإن خَافاً " فجعل الخوف لغير الزوجين، وهذا دالٌّ على أن المراد بالخطاب الولاية وأن الخلع لا يكون إلا عندهم وبواسطتهم. كما أن الآية الأخرى "وإن خفتُم شقاقَ بينهما" تدلُّ على المراد نفسه. ومن السنة النبوية استدلُّوا أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس بأن يقبل الحديقة ويُطلقها تطليقةً، كالحكم فيلزم من ذلك ألا يقع الخلع إلا عند الحاكم، وذكر الشوكاني أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم في هذه الواقعة للجُوب ولم يرد ما يدلُّ على صرفه عن حقيقته.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور الفقهاء في عدم احتياج الخلع إلى سلطة القاضي وأنه يتوقف وقوعه على تراضي الزوجين فقط، وذلك لقوة أدلتهم واستنادها إلى فعل كبار الصحابة الذين أقرُّوا الخلع ¹⁴⁰ وصحَّحوه بتراضي الزوجين من حكم القاضي. ومن ثمَّ فليس للقاضي منع المخالعة إذا ما اتفق عليها الزوجان ¹⁴¹، ذلك أن الزواج يتم بتراضي الزوجين من دون حاجة لإذن القاضي. وكذلك الفراق بينهما عن طريق الخلع، فإنه يتم بتراضي الطرفين ولا

يحتاج لإذن القاضي، ذلك أن المخالعة عقد معاوضة يقوم على التراضي فيعتبر إنهاءً لعقد الزواج بالتراضي ولا يمكن أن يكون فيه إجبار من القاضي لأي طرف ومن أي جهة ولو كانت جهة السلطان، ذلك أن الإجماع يتعارض مع الرضا الذي يُعدُّ أساس كل عقد، غير أن للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي إذا تعذر الحصول على الخلع من الزوج مباشرة¹⁴².

المطلب الثاني: الخلع بين الرخصة والحق الأصيل

لقد تبنى المشرع الجزائري كغيره من المشرعين الخلع كطريق لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، لكن مفهوم هذا الطريق شهد العديد من التطورات على الساحة التشريعية وعلى الصعيد القضائي، ومنه سنحاول حصر هذا التطور على مرحلتين أساسيتين قبل الحديث عن المعنى الذي اكتسبه في ظل التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري .

الفرع الأول: مفهوم الخلع في ظل المرحلة السابقة لصُدور قانون الأسرة

11-84

كان المجتمع الجزائري قبل الإحتلال الفرنسي للجزائر يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية والأعراف المحلية وذلك في جميع ميادين الحياة العامة ومنها نظام الأسرة، وكان المذهب المالكي هو السائد والشائع¹⁴³، وبعد استقلال الجزائر سنة 1962 بقيت التشريعات الأجنبية للمستعمر الفرنسي سارية المفعول تفادياً للفراغ التشريعي، واستثنى من ذلك ما قد يتعارض مع السيادة الوطنية إلى حين الانتهاء من وضع الأسس التشريعية للدولة الجزائرية . وعليه ظلت التشريعات الصادرة عن الإدارة الفرنسية هي المختصة بتنظيم القضايا الأسرية ومن ذلك الأمر رقم 274/59 الصادر في 04 فبراير 1959 والذي خض تنظيم عقود الزواج، وكذا المرسوم الصادر بلائحة تطبيقية في 17 سبتمبر 1959، وبعد ذلك حاول المشرع الجزائري استدراك الأمر بشكل تدريجي¹⁴⁴،

فأصدر القانون 224-63 المؤرخ في 09 جوان 1963 خصيصاً لتحديد سن الزواج¹⁴⁵، وعُدِّل بموجب الأمر 69-72 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 فيما يخص الجزء المتعلق بإثبات عقد الزواج¹⁴⁶، واستمرَّ الوضع على هذا الحال ولم تكن النصوص القانونية تشملُ الخلع كطريق لفك الرابطة الزوجية إلى غاية صُدور القانون المدني بموجب الأمر 58-75 المؤرخ في 26 جوان 1975 والذي نصَّت المادة الأولى منه على أنه "..... وإذا لم يُوجد نص تشريعي حَكَم القاضي بمقتضي أحكام الشريعة الإسلامية"¹⁴⁷، ومن هنا كان على القاضي الرُّجوع إلى الشريعة الإسلامية و النظر بأحكام الخلع فيها، وفي ظل هذه المرحلة كان رضا الزوج شرطاً جوهرياً لإيقاع الخلع من قِبَل الزوجة¹⁴⁸، وذلك ما يتجلى من خلال قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 25 فبراير 1980 جاء فيه "..... وبناءً على ذلك فإن الخلع لا يَتِمُّ إلا برضا الزوجين واتفقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المختلة لزوجها مُقابل طلاقها منه، وهذا يتوقفُ على الإيجاب والقبول من كليهما"¹⁴⁹.

الفرع الثاني: تطوُّر مفهوم الخلع في ظل قانون الأسرة 84-11 والاجتهاد القضائي

بالنظر للتضارب التشريعي الذي وَقَعَتْ فيه الجَزَائِر في مطلع الثمانينات نتيجة لتضارب المنظومة القانونية المتعلقة بشؤون الأسرة مع قرارات المجلس الأعلى آنذاك وآراء فقهاء الشريعة، مِمَّا دَفَعَ بالمشرع الجزائري إلى إتخاذ قرار حول قضايا الأسرة والمجتمع، فَصَدَرَ قانون الأسرة الجزائري تحت رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984¹⁵⁰. وبالرجوع إلى أحكام هذا القانون نجدُه قد نصَّ في المادة 54 منه على أنه "يجوز للزوجة أن تُخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحُكْم". وباستقراء هذه

المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يتخذ موقفاً صريحاً حول مسألة اشتراط رضا الزوج في الخلع من عدمه¹⁵¹، وبذلك سكّت المشرع عن تحديد الطبيعة القانونية للخلع فيما إذا كان حقاً بيد الزوجة متوقف على إرادتها المنفردة، أو أنه عقد رضائي يستلزم موافقة الزوج¹⁵². وعليه فالمشرع اكتفى بالفصل في مسألة البديل الذي تُقدّمه المختلعة لزوجها، وقدم حلاً للقاضي في حال النزاع حول المقابل المالي الذي تُقدّمه المختلعة للزوج¹⁵³، وبناءً على الصياغة التشريعية التي جاء بها المشرع فما هو الرضاء الذي يقوم عليه الخلع ؟

وللإجابة على هذا السؤال تقول الأستاذة تشوار يجب في بداية الأمر لفت النظر في هذا الصدد إلى عبارة " أن تُخَالع نفسها من زوجها " فقد اتفق الفقه الجزائري على أن المشرع قد قصد من ورائها اشتراط ضرورة موافقة الزوجين على المخالعة مُجاريّاً في ذلك الفقه الإسلامي السائد، ويترتب على هذا أنه إذا طَلَبَت الزوجة الخُلع من زوجها وأبى الإستجابة لطلبها فظاهر النص يقضي بعدم حصول الزوجة على الطلاق، وكذلك إذا صدر الإيجاب من الزوج ورفضت الزوجة ذلك فلا يقع الخلع¹⁵⁴، وأمام هذا الغموض في الموقف فإن المحكمة العليا و من قبلها المجلس الأعلى وبعد تفحص القرارات الصادرة في هذه الفترة ظهر فيها بشكل واضح تكييف الخلع على أنه عقد رضائي بين الزوجين يتطلب وقوعه رضاء الزوج به¹⁵⁵، فينعقد عادة بعرض مبلغ من المال معلوم القدر على الزوج مقابل تطليقها¹⁵⁶.

ففي هذه الفترة لم يكن يُكَيّف الخلع على أنه حق خالص للزوجة بل كان يشترط رضا وموافقة الزوج عليه ويتجلى هذا من عديد القرارات الصادرة عنها في هذا الشأن¹⁵⁷، وعليه كان اتجاه المجلس الأعلى والمحكمة العليا يسير في إتجاه منحى جمهور الفقهاء¹⁵⁸، ومن أمثلة ذلك القرار القائل بأن " الخلع ليس في القانون إلا طلاقاً صادراً عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء

الزوجة له تعويضاً يقدر باتفاق الطرفين، غير أن عرض الزوجة للخلع لا يُخلوها أي حق ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض به الزوج، ولا يمكن اعتباره كطلب مقدّم للقضاة يتوجب عليهم الفصل فيه، ومن ثمّ فإن هذا الوجه غير مبرر¹⁵⁹.

وقرّر في نفس السّياق المجلس الأعلى بتاريخ 22 أفريل 1985 " أن المادة 54 ق.أس تشترط لصحة الخلع قبّوله من طرف الزوج ولا يمكن للقاضي فرضه عليه"¹⁶⁰، وفي ذات السّياق صدر عن المجلس الأعلى قرار آخر بتاريخ 21 نوفمبر 1988 جاء فيه "من المقرّر فقهاً وقضاً أن قبول الزوج للخلع أمرٌ وجوبي، وأنّ ليس للقاضي سلطةٌ مُخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدّ مُخالفاً لأحكام الفقه ولما كان من الثّابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التّطليق لما لم يكن لها تسبب كاف أظهرت استعدادها لمُخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولاً من هذا الأخير، فإنّ القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يُعدّ مخالفاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة"¹⁶¹.

وعلى نفس الموقف استقرّ رأي المحكمة العليا في قرارات أخرى، منها القرار الصادر في 23 أفريل 1991 حيث جاء فيه "..... ومن المقرّر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبّوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقاً لأحكام الخلع وخطأً في تطبيق القانون، ولما ثبت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الخلع وقضى به بالرغم من أنه يفترض ألاّ يتدخّل إلا في حالة عدم الإتيان على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون"¹⁶²، وبالنظر لهذه القرارات نجدّها تتوافق مع رأي غالبية الفقه

الإسلامي، على أن الخلع يتم باتفاق الزوجين ويتوقف على إيجاب وقبول. ولم يخرج على هذا الإجماع إلا قلة ضئيلة من الفقه، حيث يرى أحمد الغندور " أن الإمام مالك كان قد أجاز للقاضي أن يخلع الزوجة من زوجها بعد أخذ رأي الحكمين كلما قالت عن زوجها أنها تبغضه ولا تطيقه وأثبتت نشوزها منه . على أن تدفع له ما كان قد قدمه لها في سبيل الزواج"¹⁶³.

لكن سرعان ما غيرت المحكمة العليا من اجتهادها، حتى تبلور في موقف آخر يُناقض تماماً ما استقرت عليه آنفاً حيث أسست لجواز الحكم بالخلع ولو بدون رضا الزوجين، بل للقاضي الإكتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة الزوج¹⁶⁴. فالموقف السابق لم يعمر طويلاً وأصبح القاضي يكتفي بإرادة الزوجة من دون النظر لموافقة الزوج إذا أصبحت الزوجة كارهة لزوجها وعازفة عن البقاء معه، بحيث يُخسئ عليها التمرد عليه و النشوز عن طاعته في حقوقه الواجبة له عليها¹⁶⁵. وهذا ما تجلّى من خلال القرار الصادر في 21 جويلية 1992 الذي جاء مُناقِضاً تماماً للمبدأ الذي أقرته المحكمة العليا سابقاً حيث جاء فيه أنه " من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده، على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، وذلك دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للإبتزاز والتعسف الممنوع شرعاً من قبل الزوج، وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعةً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون"¹⁶⁶، وقد عللت المحكمة العليا قرارها هذا بما يلي " حيث أن أصل مشروعية الخلع قد وُضعت كعلاج ومخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا تطيق معاشرة زوجها وهي لا تملك المبرر الشرعي للفراق وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة وقد أسهب

الفقهاء في التأصيل والتفريع في هذا الموضوع الذي لا مجال لذكره وقد يكون بإتفاق وبدونه وله أشكال وحالات متعددة¹⁶⁷. وعلى هذا المنوال توالى قرارات محكمة العليا ومنها القرار الصادر بتاريخ 30 جويلية 1996 أنه "..... من المقرر شرعاً أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفكّ الرابطة الزوجية عند الإقتضاء وليس عقداً رضائياً"¹⁶⁸، وقررت المحكمة العليا في قرار آخر ".... أن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج و عند الإختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل"¹⁶⁹.

وكذلك قرّرت دائمة المحكمة العليا أن " الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مُقابل مبلغ مالي تعرّضه على الزوج، ومن ثم فإن قُضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"¹⁷⁰. وجاء في قرار آخر أن "قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانوناً وذلك منعاً للإبتزاز والإستغلال بين الزوجين وأن القرار المنتقد برفض طلب الطاعنة الرامي للخلع على أساس أنها لم تعرض مبلغاً معيناً لا يقوم على أي أساس و الوجه غير مؤسس ويتعين معه نقض وإبطال القرار"¹⁷¹.

ومن خلال هذه القرارات التي أوردت على سبيل المثال لا الحصر يمكن الخُلوص بأن المحكمة العليا قد وقعت في تضارب بين قراراتها بشأن تحديد الطبيعة القانونيّة للخلع، حول إن كان حقاً للزوجة تستعمله وقتما شاءت من دون مُراعاة إرادة زوجها ومُوافَقته؟ أم هو رُخصة ممنوحة لها لكن موقوفة على إرادة الزوج ومُوافَقته؟

ما يُشار إليه في هذا الصدد أن شُراح ق.أس وقُضاة المحكمة العليا اعتبروا في السنوات الأولى الموالية لصدور ق.أس 84-11 الخلع عقداً رضائياً بين الزوجين ولا بُد فيه من مُوافقة الزوج¹⁷²، وهو رأي أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية¹⁷³،

ومن هؤلاء الدكتور بلحاج العربي والذي يرى بأنه لا يجب الخلط بين الخلع كُرْصَة للزوجة في حال تخاصم الزوجين وحصلت المشاقّة ولم يتمكّنّا من إقامة حدود الله، وبين التطليق أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة للأسباب المذكورة في المادة 53 ق.أس. فالخلع عقد ثنائي أو بين الزوج والزوجة لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، ويُشترط فيه ما يُشترط في الطلاق من شروط وأركان، وأنّ الخلع لا يتم دون إرادة الزوج، ليس حقاً لما تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة¹⁷⁴، وكذلك إليه الأستاذ عبد العزيز سعد حيث جَمَعَ بين الطلاق بالتراضي والطلاق بواسطة الخلع تحت عنوان " الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين " ويرى بشأن الخلع أنه شرّع أساساً لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لتمكينها من طلب التطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه، ويمنحه الشرع لها في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة¹⁷⁵.

لكن بالمقابل هناك من الأساتذة من ذهب على النقيض من ذلك حيث ترى الأستاذة تشوار أن الحل الجديد الذي خلصت إليه المحكمة العليا يوافق ويتمشى مع روح النصوص التشريعية، واستمدت موقفها هذا من بعض الحجج، فالمادة 54 ق.أس اكتفت بالإشتراط على أن تكون الموافقة بين الزوجين على المال (بدل الخلع) ولم تشترطه في الطلاق ذاته¹⁷⁶، بل اكتفت بالقول أيضاً بأنه " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها ". كما ترى أن تفسير المادة 48 ق.أس قبل التعديل " الطلاق حلّ عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون " وهذا ما يدفع للقول بأن المشرع الجزائري لم يُكيف الخلع على أساس أنه حالة من حالات الطلاق بالتراضي، وإنما من الحالات التي تسمح للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية قضائياً¹⁷⁷، كما تضيف حجة

أخرى مستمدة من الفلسفة التي اتبعها المشرع الجزائري عند وضعه لأحكام الطلاق، إذ يمكن الإستناد للقواعد العامة لقانون الأسرة والمتضمنة في المواد 48، 54 و 56 بحيث إذا كان الأصل في الخلع أن يتم بالتراضي بين الزوجين، غير أنه إذا أبى الزوج دفعت الزوجة أمرها للقاضي ومهمة هذا الأخير هنا أن يستوثق من أن كراهية الزوجة ورغبتها في المفارقة ليست وليدة نزوة عاطفية، وإنما هي رغبة عميقة الجذور ولتحقيق ذلك يدعو القاضي الطرفين للتحكيم طبقاً لأحكام المادة 56 ق.أس، فإذا لم يُوفقاً الحكمان في مهمتهما حكم القاضي بالخلع لتخليص المرأة من الضرر الذي استعصى عليها إثباته. وذهب في نفس الإتجاه الأستاذ لحسين آث ملويا الذي رأى أن المادة 54 تقضي بإزالة النكاح بالخلع جوازاً للمرأة بإرادتها المنفردة ولا حاجة لصدور قبول من الزوج حيث أن الإتفاق بين الزوجين لا علاقة له بالخلع، لكن يقتصر على المال المفتدى به من قبل الزوجة المختلعة¹⁷⁸.

وعلى وجه العموم يمكن الخلوص أن المشرع من خلال قانون 11-84 لم يحسم الإشكال المطروح حول مدى إلزامية موافقة ورضا الزوج لإيقاع الخلع من قبل المختلعة¹⁷⁹، ذلك أن المادة 54 ق.أس اتسمت بالغموض في صياغتها ما جعلها حمالة أوجه¹⁸⁰، وأمام هذا السكوت من المشرع حول تحديد طبيعة الخلع كحق للزوجة أو رخصة ما جعل قضاء المحكمة العليا غير مستقر على اجتهاد ثابت بعد صدور قانون الأسرة¹⁸¹.

الفرع الثالث: الخلع حق أصيل بموجب التعديل الجديد¹⁸²

سعى المشرع الجزائري لتعديل قانون الأسرة 11-84 بموجب الأمر 02-05 وفي إطار هذا التعديل أزال اللبس الذي شاب المادة 54 منه، وبموجب هذا التعديل جعل المشرع الخلع حقاً أصيلاً للزوجة تمارسه بعيداً عن إرادة الزوج. ففك الرابطة الزوجية بطريق الخلع قبل تعديل ق.أس سنة 2005 كان يعتريه

الغموض وذلك لعدم وضوح دلالات عبارة " أن تخالغ نفسها من زوجها " والتي دفعت كما سبق القول بجانب من الفقه الجزائري إلى أن الخلع يتم بموافقة الزوج ورضاه وأن إرادة الزوجة المختلعة غير كافية لإيقاع الطلاق. لكن خالف بعض الفقه الآخر وأخص بالذكر الأستاذة تشوار الرأي القائل بوجوب موافقة الزوج على الخلع وقدمت لذلك حججاً وبراهين سبق الحديث عنها، وبعد هذا الأخذ والرد الذي شهدته ساحة الفقه بين شراح قانون الأسرة نجد أن المحكمة العليا استقرت منذ سنة 1992 بعد قرارها الشهير الصادر في 21 جويلية من ذات السنة على أن الخلع يتم بإرادة الزوجة وحدها دون حاجة لموافقة الزوج، فإن المشرع جاء وأكد على هذا من خلال تعديله لنص المادة 54 بموجب الأمر 02-05. والملاحظ أن المشرع أصبح يوجب على القاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق تحت تسمية الخلع بمجرد طلبه دون أي اعتبار لإرادة الزوج . وتبعاً لذلك فإن النص الجديد لم يهمل فقط إرادة الزوج في مسألة الموافقة على الخلع وإنما غيىها وأهملها كذلك في مجال مقابل الخلع، حيث جاء التنصيص في الفق 02 من ذات المادة على أنه "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

وبالرجوع لنص المادة 54 بعد التعديل لا نلمس أن المشرع قد وضع أية قيود أو شروط تتعلق بحق لجوء الزوجة للخلع، وسواءً كانت شروطاً تتعلق بالزوج أو بالزوجة أو غيرها وبذلك فالمشرع الجزائري كان أكثر ليونة فيما يخص الخلع الأمر الذي يستدعي القول بأن فك الرابطة الزوجية وفق هذا الطريق أصبحت أكثر سهولة بالنسبة للزوجة بالنظر مع الأحكام التي جاء التنصيص عليها وفق النص القديم للمادة 54.

وأمام هذا يمكن القول بأن المشرع بهذا النص قد ارتقى بحق الزوجة في الخلع من الرخصة الجوازية إلى الحق الأصيل الذي يُقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ذلك أنه ليس لهذا الأخير الوقوف ضدَّ إرادة الزوجة مع الإمكانية التي منَحَها النَّص لتقدير مُقابل الخلع من قبل القاضي في حال النزاع وعدم الإتفاق عليه بين الزوجين¹⁸³، واكتفت المحكمة العليا بتقييده نوعاً ما في حالة معينة حيث أصدرت في هذا الشأن عدَّة¹⁸⁴ قرارات جاء في أحدها بأنه " يحقُّ للزوجة طلب الخلع بعد الدخول وليس قبله، ذلك أن المطالبة بالخلع تأتي عند بلوغ الحياة الزوجية حالة من الكراهية والنفور ويتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية"¹⁸⁵. وبذلك فالخلع أصبح طلاقاً بيد الزوجة مقابل لحق العصمة الزوجية الممنوح للزوج وهو ما أقرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 2011 حيث جاء المبدأ فيه أن " الخلع حقٌّ إراديٌّ للزوجة يُقابل حقَّ العصمة للزوج "¹⁸⁶.

ولعلَّ من الأسباب الدافعة والتي جعلت من الخلع طريقاً لفك الرابطة الزوجية دون موافقة الزوج ويكفي فيه رغبة الزوجة بذلك هو محاولة ضبط النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق بما يتماشى ويتوافق ومبدأ المساواة المنصوص عليه في إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لا سيما البند ج من المادة 16 من الإتفاقية والذي جاء فيه " تضمن الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على أي تمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي المرأة والرجل : نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه " .

وجاء هذا التعديل بمثابة رد للجزائر على الملاحظات والإنتقاصات التي أبدتها لجنة متابعة إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حول محدودية مبررات الطلاق للمرأة، حيث تضمنت هذه الرُّدود " فبالنسبة لفسخ

عقد الزواج بطلب من الزوجة تنص المادة 54 ق.أس على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تُخالع نفسها منه بمقابل مالي لا يتجاوز قيمة صداق المثل¹⁸⁷.

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع قد أبقى على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة انطلاقاً من العصمة الزوجية المكفولة شرعاً له، مع العلم أن هذا الحق يجد مصدره وجُذوره في الشريعة الإسلامية القائمة أساساً على إرادة الزوج في إيقاع الطلاق مع اعتبار هذا الأخير في حكم التعسّف الذي يستوجب عليه التعويض من قبل الزوج متى وقع الطلاق دُونَ أن يَكُون له مبرر شرعي. لكن بمقابل حق الطلاق الممنوح للزوج، أعطى قانون الأسرة الجزائري للمرأة المتزوجة إمكانية فك الرابطة الزوجية بوسائل أخذت بالإرتقاء إلى درجة ومرتبة الحق الأصيل، فلم تعد الزوجة تستعمل هذه الصور كترخصة لها تتوقف على إجازة الزوج أو القضاء، بحيث أصبحت هذه الصُّور تتطوّر شيئاً فشيئاً لتصل في الأخير إلى مرتبة التّساوي بين الزوج والزوجة في سُلطة فكّ الرابطة الزوجية¹⁸⁸. ومردّد ذلك تأثّر باتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وظهّر ذلك بشكل جليّ وواضح من خلال النُّصوص الّتي جاء بها المشرّع بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، وحاول جاهداً تقديم ضمانات لحُقُوق المرأة ومُساواة مَركزها مُقارنَةً بالرجُل لا سِيمًا في إطار فكّ العلاقة الزوجية وإنهاءها¹⁸⁹، ولعلّ هذا ما يتبن من نص المادة 54 ق.أس والتي أعطت للمرأة المتزوجة الحق في مخالعة زوجها دون موافقة زوجها، مما يدفع للقول بأن هناك توجه تشريعي للمشرع نحو جعل عقد الزواج مدنيًا تتساوى فيه حظوظ المرأة والرجل في فك الرابطة الزوجية، ولكن بالرغم من المساواة التي سعى المشرع إلى تجسيدها إلا وأنه لم يأخذ بها على إطلاقها وبالشكل الذي

جاء التنصيص عليها في اتفاقية مكافحة والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 16 منها¹⁹⁰.

لكن بالرغم من أن المادة 54 ق.أس وبعد تعديلها زال عنها اللبس والغموض الذي شأبها قبل ذلك بإضافتها عبارة "دون موافقة الزوج" لتعبر صراحة على أن المشرع تبني الرأي القائل بأن الخلع تصرف إنفرادي للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج ويمكن للقاضي إجبار الزوج على الخلع إذا ما رفض طلب الزوجة في الخلع¹⁹¹، وبذلك فالمشرع حسم جدلاً فقهياً ظل قائماً مدة من الزمن قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، إلا أنه بالرغم من توضيح هذه المادة لازال على المشرع الجزائري بعض المآخذ في مجال تنظيمه لموضوع الخلع أهمها وأبرزها اختصار المشرع الجزائري موضوع الخلع في مادة واحدة وهذا بخلاف باقي المشرعين الذين استنبطوا أحكام الأسرة من الشريعة الإسلامية، ذلك أن مادة واحدة مقتضبة ليست كافية لتقرر حقاً أساسياً للمرأة له من الأهمية والحساسية مما يستدعي تخصيص أكثر من مادة لتحديد شروط اللجوء إليه¹⁹².

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري كرّس حقاً أصيلاً للزوجة لفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة وهذا مقابل ما يملك الزوج من حقه في الطلاق بإرادته المنفردة، وذهب المشرع بعيداً في ذلك بحيث لم يجعل قيداً أو شرطاً، وعليه فمدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية مقرّون بما للزوج من حق في هذا الشأن. فكما للزوج الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وعليه دفع تعويض إذا تعسّف في ذلك، فإن للزوجة بالمقابل الحق في إنهاؤها برد قيمة المهر¹⁹³، وعليه فالمشرع وبإختصار قد ارتقى بالخلع ليجعل منه ذلك الحق الأصيل الموضوع في يد الزوجة بعد أن كان رخصة تستعملها الزوجة متى دعتها الحاجة لذلك، وعلى هذا فتوجه المشرع بأن ربط الخلع برضا الزوج هو

تقييد للحق الممنوح لمرأة في طلب الخلع، وتوفير لحماية للزوجة من تعسف الزوج في استعمال حقه في الموافقة مما قد يفتح باب الإبتزاز والإستغلال¹⁹⁴، وبذلك فالخلع هو الصُّورة المقابلة لطلاق الرجل بإرادته المنفردة فكما للزوج أن يفارق زوجته إذا حصلت الكراهة بينهما، أُبيح للزوجة مُفارقة زوجها بواسطة الخلع مقابل مال يتم الإتفاق عليه بينهما¹⁹⁵.

ومما سبق يتضح بأن الجدل الفقهي الذي كان سائداً حول الخلع قد زال حيث أن موافقة الزوج لم تصبح ضرورية خلافاً لما كان عليه الأمر قبل التعديل الأخير. ومنه قد أزال هذا النص الغُبن الذي كانت تُعاني منه الزوجة لسنوات طويلة في ظل النص القديم، حيث كانت محرومة من الحصول على حريتها والمطالبة بفكّ الرابطة الزوجية عن طريق الخلع¹⁹⁶. ويجد بعض الفقه عذراً للمُشرع بالقول أنه استأنس بالفقه المالكي في وجوب إجابة الزوج لطلب زوجته للطلاق خُلعاً، فإن امتنع أجبره القاضي على ذلك¹⁹⁷.

الخاتمة

وفي الأخير يمكن الخلوص بأن المشرع كفل للزوج حقه الشرعي في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة إنطلاقاً من العصمة الزوجية المكفولة له شرعاً وقانوناً، لكن مع ذلك لم يُمنح الزوج هذا الحق بشكل مطلق وبدون حدود، بل وقيده المشرع بغض النظر عن مطابقة القيود التي أوردها الشارع الحكيم على حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة. غير أن مسألة أحقية الزوج في الطلاق لم تعد تُخصّه لوحده لأن باقي الصور الأخرى أخذت في الإرتقاء إلى مرتبة ودرجة الحق الأصيل، ولم تعد الزوجة تستعمل هذه الصور - الخلع - كرخصة لها تتوقف على إجازة الزوج أو القضاء، فصور فك الرابطة الزوجية أضحت تتطور شيئاً فشيئاً لتصل في الأخير إلى مرتبة التوازن والتساوي بين الزوجة والزوج في إحداث الأثر القانوني والشرعي. ولعل ذلك يستشف مما

أورده المشرع في تعديله الأخير لنص المادة 54 ق.أس والتي تضمنت أحكام الخلع كطريق لفك الرابطة الزوجية موضوع بيد الزوجة، كما أتاحت للمرأة ممارسة حقها في إنهاء الرابطة الزوجية بكل حرية ودون قيود موضوعة في يد الزوج أو القاضي كما كان الحال عليه سابقا. وبذلك فقد حسم المشرع موقفه من إعتبار الخلع حقاً أصيلاً للزوجة لا يستوجي موافقة الزوج للإقدام عليه، ولا يملك فيه القاضي سلطة كبيرة، وذلك بغض النظر عن الآثار الإيجابية أو السلبية التي قد تتعدى للمساس بإستقرار الأسرة وديمومتها، بإعتبارها النواة الأساسية المكونة للمجتمع والتي يتأثر بها هذا الأخير في الصلاح والفساد.

ومن هنا فكان المشرع صريحاً في إعتبار الخلع حقاً للزوجة تستعمله لفك الرابطة الزوجية حتى دون موافقة الزوج في مقابل التزامها بدفع مُقابل مالي لأجل استعمال هذا الحق، وتنحصر سُلطة القاضي التقديرية في هذا المجال في حال اختلاف الزوجين على مقابل الخلع، فيلتزم بتقديره بما لا يتجاوز صداق المثل، ومن ثم لا تظهر إرادة الزوج في الطلاق بطريق الخلع إلا في الجانب المالي - المقابل - وإن كانت مُقيدة أيضاً في هذا المجال.

ومما سبق إجمالاً نجد أن كلا الزوجين أصبحا يقفان على قدم المساواة في إقرار الطلاق بالإرادة المنفردة، إذ لما أعطى للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة الذي هو أمر إستثنائي لا يُقدّم عليه إلا للضرورة ويتوجب عليه تسبب طلاقه وإلا كان مُتعسفاً، وأنه نتيجة للتعسف يُلزم بالتعويض عن ذلك، وهذا التعويض يخضع في تقديره للسلطة التقديرية للقاضي، فكَذلك بالنسبة للزوجة المختلعة تدفع مقابلاً مالياً مقابل استعمالها لحقها في الخلع، لكنه هذا الأخير مُسقّف بأقصى حد بالأ يتجاوز صداق المثل، ومن هنا فكل الزوجين يقفان على قدم المساواة في إنهاء الرابطة الزوجية. وعليه فإنه لا مجال للقول بأن الزوج إستأثر لوحده بإنهاء العلاقة الزوجية، وأن الحكم

الصادر بفك الرابطة الزوجية بطريق الخلع لا يختلف في طبيعته القانونية عن الحكم الصادر بالطلاق بناءً على إرادة الزوج، وعليه فإن الحكم بالخلع يخضع لنفس النظام القانوني الذي يخضع له الحكم بالطلاق . ولعل المكانة التي بلغتها الزوجة في هذا المجال أصبحت تُجاوز مكانة الزوج وتنافسه إلى حد كبير، وبذلك يظهر جلياً الموقف الوسط الذي حاول المشرع الجزائري سلكه حفاظاً على التوازنات الداخلية بين الثوابت الوطنية والقيم الدينية المستمدة بين الشريعة الإسلامية، وكذا التيارات الداخلية والمتأثرة بالمد الحداثي العلماني الساعي بشكل واضح لمحاولة إكساب المرأة عموماً أو الزوجة خصوصاً مكانةً تضاهي ما للرجل أو الزوج من حقوق .

- 1- أنظر، أمينة بن جناحي، دور القاضي في الخلع "دراسة في الفقه والقانون والإجتهاد القضائي"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بزمرداس، 2014، ص.117.
- 2- أنظر، ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.55.
- 3- أنظر، خليفة بشاطة، فتاوى الشيخ القرضاوي للنساء، دار المجدد، الجزائر، 2009، ص.148.
- 4- سورة الروم، الآية 21.
- 5- أنظر، عبد القادر عبد السلام، جديد الخلع في الأمر 02-05، مجلة الحجة، منظمة المحامين لناحية تلمسان، 2011، العدد 02، ص.19.
- 6- ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص.55.
- 7- أنظر، محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص.09.
- 8- أنظر، العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري"، ط1، دار كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص.03.
- 9- عبد القادر عبد السلام، المرجع السابق، ص.19.
- 10- أنظر، أحمد الغزالي، الطلاق الإنفرادي وتدابير الحد منه، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص.08 وما بعدها.
- 11- ناجي بلقاسم علالي، المرجع نفسه، ص.55-56.
- 12- أنظر، عبد النور عيساوي، التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015، العدد 19، ص.78.
- 13- أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.117.
- 14- عبد القادر عبد السلام، المرجع السابق، ص.19-20.

-
- 15- خليفة بشاطة، المرجع السابق، ص.149 .
- 16- عبد القادر عبد السلام، المرجع السابق، ص.20-21 .
- 17- سورة البقرة، الآية 229 .
- 18- أنظر، خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص.161 .
- 19- أنظر، أسية بوخاتم، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص.289 .
- 20- سمية بوكايس، المرجع السابق، ص.07 وما بعدها .
- 21- صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 51-96 المؤرخ في 02 رمضان عام 1416 الموافق ل 22 يناير سنة 1996 مع إبداء تحفظات على المواد 02 و 09 و 16، إلا أن الجزائر رفعت تحفظاتها على المادتين 02 و 09 بموجب المرسوم الرئاسي 426-08 المؤرخ في 30 ذي الحجة عام 1429 الموافق ل 28 ديسمبر 2008 المتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادتين 9.2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 .
- 22- أحمد بخيت الغزالي و عبد الحليم محمد منصور علي، الرجوع السابق، ص.233 .
- 23- سورة الطلاق، الآية 01 .
- 24- سورة البقرة، الآية 236 .
- 25- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص.37 .
- 26- أحمد بخيت الغزالي و عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.233 .
- 27- سورة النساء، الآية 34 .

-
- 28- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.355.
- 29- السيد سابق، المرجع السابق، ص.10.
- 30- أماني علي متولي، المرجع السابق، ص.219.
- 31- أنظر، أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص. 23-24.
- 32- محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي....، المرجع السابق، ص. 531.
- 33- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 354.
- 34- أحمد دكار، المرجع السابق، ص.146.
- 35- أنظر، مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط01، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص.112.
- 36- أحمد بخيت الغزالي و عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص. 234.
- 37- ، محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 3.س.ط، ص.309.
- 38- عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، المرجع السابق، ص.26.
- 39- تفويض الطلاق هو تمليك الزوج لزوجته إيقاع الطلاق أثناء عقد الزواج أو بعده (التخيير، الأمر باليد، طلقي نفسك) .
- 40- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.183.
- 41- محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي، المرجع السابق، ص. 533.
- 42- ناجي بلقاسم علاي، المرجع السابق، ص.60-61.
- 43- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص.58.
- 44- خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص.33.
- 45- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.127-128.
- 46- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق....، المرجع السابق، ص.47.

-
- 47- سورة البقرة، الآية 231 .
- 48- سورة البقرة، الآية 230 .
- 49- ، محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص.289
- 50- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.364 .
- 51- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص.218 .
- 52- محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي...، المرجع السابق، ص.537 .
- 53- رواه أبو داود والترمذي، مقتبس عن : محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.22 .
- 54- مقتبس عن : مبروك المصري، المرجع السابق، ص.81 .
- 55- السفه خفةً في العقل تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مُقتضى العقل
- 56- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص.49 .
- 57- عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص.220 .
- 58- محمد البشير الشقفة، المرجع السابق، ص.121 .
- 59- أنظر، يوسف القرضاوي، من هدي الإسلام فتاوى معاصرة في شؤون المرأة و الأسرة، دار البعث، الجزائر، 1987، ص.152 .
- 60- محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.ص.23، 24 .
- 61- إسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص.232 .
- 62- رواه البخاري في صحيحه، مقتبس عن : محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.24-25 .
- 63- السيد سابق، المرجع السابق، ص.11 .
- 64- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق ...، المرجع السابق، ص.47 و ما بعدها .
- 65- محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.26 .
- 66- سورة النحل، الآية 106 .
- 67- أنظر، محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية " شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية "، ط01، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص.280 .
- 68- محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.ص.26، 27 .

-
- 69- سورة البقرة، الآية 227 .
- 70- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.385 .
- 71- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.237 .
- 72- رواه البخاري في صحيحه .
- 73- كمال صالح البنا، المرجع السابق، ص.12 .
- 74- عبد الرحمن الجُزيري، المرجع السابق، ص.938 .
- 75- محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص.294 .
- 76- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص.55-56 .
- 77- خليفة بشاطة، المرجع السابق، ص.155 .
- 78- مصطفى إبراهيم الزلي، المرجع السابق، ص.131 .
- 79- محمد خضرقادر، المرجع السابق، ص.238 .
- 80- أنظر، عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ص.113 .
- 81- أنظر، عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية " الطلاق وآثاره "، ج 02، ط 01، المطبعة الجديدة، سوريا، 1979، ص.25 .
- 82- أنظر، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الج 02، ط 08، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، 2008، ص.76 .
- 83- أنظر، الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، جانفي 2005، ص.97-98 .
- 84- طلاق الكناية نوعان: كناية ظاهرة وتلزم قائلها كالطلاق الصريح، وكناية خفية كقول الزوج لزوجته أنت حرة... الخ ومع وجود نيته بالطلاق فيقع .
- 85- مبروك المصري، المرجع السابق، ص.115 .
- 86- العربي بختي، المرجع السابق، ص.46 .

-
- 87- أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج والطلاق"، ج 01، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سبتمبر 2004، ص. 249.
- 88- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 248.
- 89- سمية بوكايس، المرجع السابق، ص. 105.
- 90- السيد سابق، المرجع السابق، ص. 29.
- 91- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 251 وما بعدها .
- 92- السيد أبو عيطة، المرجع السابق، ص. 37.
- 93- أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص. 83.
- 94- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص. 30.
- 95- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 390.
- 96- ناجي بلقاسم علالي، المرجع السابق، ص. 75.
- 97- بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص. 251 وما بعدها .
- 98- دليلة آيت شاوش، المرجع السابق، ص. 310.
- 99- أماني علي متولي، المرجع السابق، ص. 223-224 .
- 100- أنظر، علي هاشم يوسفات، الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص. 28.
- 101- عبد القادر عبد السلام، المرجع السابق، ص. 33.
- 102- محمد سمارة، المرجع السابق، ص. 307.
- 103- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص. 82.
- 104- محمد الشافعي، المرجع السابق، ص. 90.
- 105- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 139.
- 106- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص. 211.
- 107- أنظر، عبد الحميد عيدوني، مدى مشروعية رضا الزوج على مبدأ الخلع، مجلة الفقه والقانون، 2015، العدد 27، ص. 114.

-
- 108- عبد الحميد عيدوني، مدى مشروعية ...، المرجع السابق، ص. 112 .
- 109- عبد القادر عبد السلام، المرجع السابق، ص. 34 .
- 110- هشام حسن مهدي، المرجع السابق، ص. 29 .
- 111- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص. 82 .
- 112- محمد الشافعي، المرجع السابق، ص. 90 .
- 113- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص. 69 .
- 114- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص. 82 .
- 115- محمد الكشور، المرجع السابق، ص. 127 .
- 116- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص. 206 .
- 117- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 80 .
- 118- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص. 206 .
- 119- أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص. 39 .
- 120- مبروك المصري، المرجع السابق، ص. 269 .
- 121- عبد الحميد عيدوني، مدى مشروعية ...، المرجع السابق، ص. 112 .
- 122- عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، المرجع السابق، ص. 142 .
- 123- محمد الشافعي، المرجع السابق، ص. 90. 91 .
- 124- نور الهدى المستاري، المرجع السابق، ص. 47 .
- 125- عبد الحميد عيدوني، مدى مشروعية ...، المرجع السابق، ص. 112-113 .
- 126- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص. 171 .
- 127- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 458 .
- 128- نور الهدى المستاري، المرجع السابق، ص. 46 .
- 129- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص. 58 .
- 130- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق...، المرجع السابق، ص. 118 .
- 131- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص. 214 .

-
- 132- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص.130 .
- 133- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق....، المرجع السابق، ص.214 .
- 134- سورة البقرة، الآية 229 .
- 135- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص.129 .
- 136- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق....، المرجع السابق، ص.215 .
- 137- أنظر، أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص.236 .
- 138- سورة البقرة، الآية 229 .
- 139- سورة النساء، الآية 35 .
- 140- أحمد شامي، المرجع السابق، ص.239 .
- 141- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص.136 .
- 142- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق....، المرجع السابق، ص.216 وما بعدها .
- 143- أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.80 .
- 144- علي يوسفات هاشم، المرجع السابق، ص.17-18 .
- 145- الأمر رقم القانون 63-224 المؤرخ في 09 جوان 1963 المتعلق بتحديد سن الزواج الأدنى، ج.ر عدد 44 لسنة 1963 المؤرخة في 02 يوليو 1963 .
- 146- الأمر رقم 69-72 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 المتعلق بإثبات سن الزواج، ج.ر عدد 80 لسنة 1969 المؤرخة في 19 سبتمبر 1969 .
- 147- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 78 لسنة 1975 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 .
- 148- علي يوسفات هاشم، المرجع السابق، ص.18 .
- 149- قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1980/02/25، ملف رقم 21305، مقتبس عن : علي يوسفات هاشم، المرجع السابق، ص.18 .

-
- 150- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.رعدد 24 لسنة 1984 المؤرخة في 12 يونيو 1984.
- 151- علي يوسفات هاشم، المرجع السابق، ص.19.
- 152- دليلة آيت شاوش، المرجع السابق، ص.349.
- 153- علي يوسفات هاشم، المرجع السابق، ص.20.
- 154- مقتبس عن : زكية حميدو تشوار، الدور الإيجابي للقضاء...، المرجع السابق، ص.10.
- 155- نور الدين عماري، المرجع السابق، ص.111.
- 156- نور الدين عماري، المرجع نفسه، ص.108.
- 157- أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.87.
- 158- عبد الحميد عيدوني، مدى مشروعية...، المرجع السابق، ص.116.
- 159- قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 12/03/1969، مقتبس عن : بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقًا لأحدث التعديلات، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص.273.
- 160- قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 22/04/1985، ملف رقم 36709، م.ق، 1989، العدد01، مقتبس عن: علي يوسفات هاشم، المرجع السابق، ص.20.
- 161- قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 21/11/1988، ملف رقم 51728، م.ق، 1990، العدد 03، ص.72، مقتبس عن : أحمد شامي، المرجع السابق، ص.241.
- 162- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 23/04/1991، ملف رقم 73885، مقتبس عن : ، جيلالي وحياني، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الإتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص.350.

163- مقتبس عن :زكية حميدو تشوار، الدور الإيجابي للقضاء.....، المرجع السابق، ص.11.

164- أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.88.

165- زكية حميدو تشوار، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، العدد 12، ص.76.

166- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/07/21، ملف رقم 83606، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.134، مقتبس عن : عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص.273.

167- مقتبس عن : زكية حميدو تشوار، الدور الإيجابي للقضاء....، المرجع السابق، ص.12.

168- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/07/30، ملف رقم 141262، مقتبس عن :دليلة آيت شاوش، المرجع السابق، ص.352.

169- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1994/04/19، ملف رقم 103793، نشرة القضاة، العدد 51، مقتبس عن: ، الرشيد بن شويخ، وضعية حقوق المرأة المطلقة بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، العدد12، ص.59.

170- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216239، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.138، مقتبس عن : الرشيد بن شويخ، وضعية حقوق المرأة المطلقة....، المرجع السابق، ص.95.

171- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/11/21، م.ق، 2001، العدد 01، ص.293، مقتبس عن : أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.90.

172- دليلة آيت شاوش، المرجع السابق، ص.349.

173- أحمد شامي، المرجع السابق، ص.242.

174- دليلة آيت شاوش، المرجع السابق، ص.350-351.

-
- 175- نور الدين عماري، المرجع السابق، ص.109 .
- 176- أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.85 .
- 177- زكية حميدو تشوار، الدور الإيجابي للقضاء.....، المرجع السابق، ص.13-14 .
- 178- نور الدين عماري، المرجع السابق، ص.110 .
- 179- علي يوسفات هاشم، المرجع السابق، ص.20-21 .
- 180- أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.80 .
- 181- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق....، المرجع السابق، ص.220 .
- 182- نور الدين عماري، المرجع نفسه، ص.103 .
- 183- سمية بوكايس، المرجع السابق، ص.131 وما يليها .
- 184- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، 14/04/2009، ملف رقم 00103، غير منشور، حيث جاء فيه "....والمطعون بها لم يتم الدخول بها، فإن محكمة أول درجة لما قضت بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع تكون قد أخطأت في تطبيق قانون الأسرة، لأن الخلع لا يتم إلا بعد الدخول بالزوجة"، مقتبس عن : لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق...، المرجع السابق، ص.238 .
- 185- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، 14/06/2006، ملف رقم 353851، م.ق، 2006، العدد 2، ص.421، مقتبس عن : ، باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.51 .
- 186- قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، 15/09/2011، ملف رقم 656259، م.ق، 2012، العدد 2، ص.318 .
- 187- سمية بوكايس، المرجع السابق، ص.134 .
- 188- جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص.100-101 .
- 189- سمية بوكايس، المرجع السابق، ص.136 .
- 190- جيلالي وحياني، المرجع السابق، ص.101-102 .
- 191- أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.85 .

-
- 192- أنظر، عبد الحكيم بوجاني، إشكالات إنعقاد وإنحلال الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص.197.
- 193- دليلة آيت شاوش، المرجع السابق، ص.355.
- 194- محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي، المرجع السابق، ص.611.
- 195- أنظر، الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل " دراسة مقارنة مع بعض التشريعات العربية "، دارالخلدونية، الجزائر، د.س.ط، ص.208-209.
- 196- أمينة بن جناحي، المرجع السابق، ص.86.
- 197- محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي، المرجع السابق، ص.635.