حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع

The Right of the Husband to Damages due to Divorce by khula'

طالبة الدكتوراه/ راضية بشير[1,2,3]، الدكتور/ محمود لنكار[1]

[1]جامعة سكيكدة، (الجزائر)

[2]مخبر النقل البحري والموانئ في الجزائر، جامعة سكيكدة

[3]المؤلف المراسل: radhia.bachir28@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/05/13 تاريخ القبول للنشر: 2019/09/12 تاريخ النشر: 2019/12/28

مراجعة المقال: اللغة العربية: د./ سليم سعداني (جامعة الوادي) اللغة الإنجليزية: د./ محمد أكرم عربات (جامعة قسنطينة)

ملخّص:

لما صارت الزوجة صاحبة حق خالص وأصيل فيما تعلق بالخلع، يقابل حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة؛ فإن احتمال تعسفها فيه وخروجها عن سلوك الزوجة السوية وارد، واحتمال تضرر زوجها منه أيضا وارد وبشدة. لكن ورغم ذلك، فالمشرع الجزائري لم يفرض عليها أي تعويض، بل بالعكس من ذلك، فقد أعفاها من تسبيب طلبها له، فيكفي أن تؤسسه على كونها لا تطيق زوجها فحسب - سواء كان ذلك صحيحا أم لا- وبالتالي إقصاء عبارة التعسف من دائرتها مطلقا، مما ينجر عنه حرمان الزوج من إمكانية مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه. وكل ما ألقاه المشرع على كاهلها، هو مجرد بدل الخلع -المقنن مسبقا عند عدم الاتفاق حوله- والذي لا يرقى إلى مصاف التعويض بمعنى الكلمة.

الكلمات المفتاحية: الخلع؛ بدل الخلع؛ التعويض؛ التعسف؛ الضرر.

Abstract:

When the wife has become a holder of a clear and authentic right relative to divorce equal to that of the husband by his own, it has probably lead the wife to abuse and deviate from the conduct of a normal wife and could affect seriously the husband. However, the Algerian legislator did not impose on her any compensation for the harm suffered; he rather exempted her from giving the reasons of her claim where she has only to base it on the fact that she does not stand—living with—her husband, which can be correct or incorrect. Consequently, this excludes totally the term "abuse" towards her and entails the deprivation of the husband of the possibility to claim damages for the harm suffered. In fact, the legislator demanded only a payment for the khula', that is previously codified in case of disagreement over the amount- and which does not reach the level of compensation in the true sense of the term.

Key words: *khula'; Payment for khula'; Damages; Abuse; Harm.*

مقدّمة:

شُرّع الخلع في الإسلام للمرأة كمخرج نجاة لها، للخلاص من زوجية باتت لا تطيق معها الاستمرار في الحياة الزوجية، وذلك بنفورها من زوجها –غير المقصِّر في حقها-[1] لكون النفور مسألة نفسية، وما يختلج النفس لم يستطع التحكم فيه حتى سيّد الخلق ﷺحين خاطب ربه قائلا: ﴿اللهم هذه قسمتي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك﴾[2]. حيث أجاز لها الإسلام مخالعة زوجها، شريطة أن تفتدي نفسها بمقابلٍ لقاء ذلك الخلاص، مصداقا لقوله تعالى:﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا 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﴾[3]، وكذا لقول رسوله الكريم ﷺ فيما روي «عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا في دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله ﷺ: ﴿أتردين عليه حديقته؟﴾قالت: نعم. قال رسول الله ﷺ:﴿اقبل الحديقة وطلقها تطليقة﴾»[4].

وإذا كانت تلك، هي الصورة الأصلية والسليمة التي وُجد لأجلها الخلع، فإن الأمر يختلف فيما هو عليه الآن. حيث لم يعد يَنْبَغِي على البغض النفسي، والصدق في التحجج به، ولم يعد الحل الأخير الذي تلجأ إليه الزوجة بعد صبر جميل. بل أصبح القناع الذي تُخفي وراءه المخالِعة رغبتها في فك الرابطة الزوجية، لأسباب شرعية وغير شرعية، كما أصبح أول سبيل تنتهجه هاته الأخيرة أمام أول عقبة تعترضها، حقيقية كانت أم وهمية.

وأمام انزلاق الخلع عن معناه السامي، وخاصة بعد اعتراف المشرع للزوجة بحقها الخالص والأصيل فيه، بموجب المادة 54 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005[5]. حين ألغى إرادة الزوج فيه كأصل مطلقا، مبقيا على تلك الإرادة قاصرة فقط على بدله، ذلك البدل الذي لم يطبعه المشرع بطابع المرونة، ليتكيف مع كل حالة على حدة. حيث أبقى عليه إما رهينا لاتفاق الزوجين، الذي نادرا ما يتحقق. وإما حبيسا للمادة 54 فقرة 2 من قانون الأسرة، التي حددته مسبقا بقيمة صداق المثل وقت صدور الحكم؛ فإنه بات من الممكن جدا تضرر الزوج من جراء استعمال زوجته لهذا الحق من دون داعٍ.

ومن هنا، كان لنا أن نتساءل عن مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا حقيقيا للزوج، عن الضرر الذي قد يلحقه من خلع زوجته له، خاصة في حالة تعسفها في طلبه بعدما اعتُرِف لها بالحق الكامل فيه، على ضوء ما جاء به قانون الأسرة الجزائري؟ وبعبارة أخرى، هل يتناسب بدل الخلع مع حجم التكاليف التي يتكبدها الزوج لبناء أسرة خاصة المادية منها، وكذا مع مقدار الضرر الذي يلحقه من تهديم تلك الأسرة على يد الزوجة دون أن يكون له فيه يد ولا بد؟

وقد اقتضت منا معالجة الإشكالية السالفة الذكر، استعمال المنهج التحليلي، إضافة إلى المقارن كلما استدعى الأمر منا ذلك. منتهجين في ذلك خطة ثنائية تتألف من مطلبين، نتناول في الأول، الاعتراف للزوجة بالخلع كحق أصيل لها، في حين نتعرض في الثاني، إلى مدى الاعتراف للزوج بالحق في التعويض

عن فك الرابطة الزوجية بالخلع. آملين من وراء هذا البحث إبراز أوجه القصور التي طالت موقف المشرع الجزائري في معالجته لهاته الجزئية، خاصة مع ما شهده الخلع من تطور. وكذا واضعين بين أيدي من يهمهم الأمر بعض التوصيات التي من شأنها أن تحافظ على حق الزوجة في الخلع، مع إعادة الاعتبار للزوج -الذي سُلب منه حقه في الموافقة عليه-، بضمان حقه في مقابله، بطريقة تجعله يقترب من التعويض، مما يضمن كرامته من جهة، ويسهم في التقليل من حالات الخلع، التي غزت المحاكم في السنوات الأخيرة من جهة أخرى.

المطلب الأول

الاعتراف للزوجة بالخلع كحق أصيل

شهد المركز القانوني للزوجة فيما تعلق بالخلع، مرحلتين أساسيتين، اتسمت الأولى بتقييد إرادتها فيه، وذلك باعتباره رخصة يتوقف استعمالها على موافقة الزوج، وكان ذلك قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 1984، وهو ما سيكون محل دراستنا هاته في (الفرع الأول)، في حين اتسمت المرحلة الثانية، بفك القيد عن إرادتها، وذلك باعتباره حقا أصيلا لها تستعمله متى شاءت دون توقف على أحد، وهو ما استقر عليه الحال بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، وهو ما سيكون محل دراستنا في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقييد حق الزوجة في الخلع قبل تعديل قانون الأسرة

نص المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 1984[6] بموجب م54 منه على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم». ورغم كون النص لم يشر صراحة إلى وجوب موافقة الزوج على طلب زوجته للخلع، فإنه كذلك لم يشر صراحة إلى انتفاء تلك الموافقة، خاصة وأن النص القانوني يُلقي بتلك الموافقة على المقابل المالي لا على الخلع في حد ذاته. إلا أن ما يؤكد وجوب تلك الموافقة هو ما جاءت به المحكمة العليا في جملة من الاجتهادات التي تصب في مجملها في صالح الزوج، وذلك بتقييد حق الزوجة في الخلع بضرورة موافقة ذلك الأخير، كونه عقد رضائي يتطلب موافقته، مما يدل على أن الخلع المعمول به آنذاك، هو الخلع الاتفاقي (الرضائي)، لا القضائي (الجبري).

ومن أبرز القرارات التي علَّقت خلع الزوجة على موافقة زوجها ما يلي: «من المقرر شرعا وقانونا، بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة، مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه. ومن ثمة، فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج»[7]، وكذا: «ليس الخلع في القانون، إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين. غير أن عرض الزوجة الخلع لا يخولها أي حق، ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية، إذا لم يرض الزوج به»[8]، وفي قرار آخر: «...الطلاق على مال لا يُفرض على الزوجة كما لا يُفرض على الزوج، إذا الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه»[9]، وأيضا: «متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لأحكام الشريعة الإسلامية في الخلع»[10]،

وذات التوجه حمله القرار الموالي: «من المقرر فقها وقضاءً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة (مخالفة)[11] الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه»[12]. ليؤكد ما سبق، القرار التالي: «من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون»[13]. إضافة إلى ما سبق، جاء القرار الآتي سرْدُه، محددا لصور فك الرابطة الزوجية في صورتين فقط تمثلتا في، الطلاق بإرادة الزوج، والطلاق بالتراضي. ليندرج الخلع ضمنيا طي الصورة الثانية، وبالتالي التأكيد على اشتراط موافقة الزوج فيه، والذي كان نصه كالآتي: «من المقرر قانونا أن يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ويثبت بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي. ومتى حصل الاتفاق بين الطرفين -كقضية الحال- فإن القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه. مما يستوجب رفض الطعن الحالي»[14].

ويبدو أن الأساس الذي بنت عليه المحكمة العليا اجتهاداتها القضائية تلك؛ راجع إلى الموقف الفقهي الذي كان المشرع الجزائري متبنيه حينها، والمتمثل في موقف جمهور الفقهاء من المالكية[15]، في حالة الخلع الاتفاقي (ذلك أنهم يقولون بنوعين من الخلع، الاتفاقي[16]، والجبري الذي يوقعه الحكمان عند الشقاق[17])، الشافعية[18]، والحنابلة[19]، الذين يعتبرون الخلع عقد معاوضة، يتوقف على قبول وموافقة الزوج، في حين يرى الحنفية[20] بأنه يمين من جهة الزوج (لأنه علق طلاقها على قبول المال والتعليق يمينا)، ومعاوضة من جهة الزوجة (لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها وخلاصها من الزوج)، إلا أنها عند أبي حنيفة ليست معاوضة محضة، بل هي أشبه بالتبرع، لأن بديل العوض لا يقابله مال ولا أي منفعة من جانب الزوج، وإنما هو افتداء المرأة نفسها[21].

ولعل السر في جنوح المحكمة العليا، وكذا المشرع الجزائري حينها إلى اعتناق رأي جمهور الفقهاء، والمتمثل في ضرورة موافقة الزوج عليه، يكمن في كون هذا الأخير هو مالك العصمة الزوجية، ولا يعقل حمله على حلها دون رضاه[22]. كما أن الخلع رغم كونه من حق الزوجة، إلا أنه لا يخلو من أن يكون إحدى صور فك الرابطة الزوجية، التي يكون فيها للزوج نصيب، كونه طرفها الثاني المكون لها. إضافة إلى أن موقف الجمهور يجعل من ازدواج الموافقة على الخلع، حماية أكثر للعلاقة الزوجية من الفصم الأحادي الجانب من قبل الزوجة، المعروفة في غالب الأحيان بسرعة الانفعال، والاندفاع في اتخاذ القرارات.

ومن خلال ما سبق، يتبين لنا بأن المشرع الجزائري لم يكن يعترف بإرادة الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع إلا بموافقة الزوج، وهذا ما تنتفي معه الحكمة من تشريعه (الخلع)[23]، حيث قد يفتح باب الابتزاز والتعنت من جهة هذا الأخير، الذي يرفضه نكاية بزوجته وإضرارا بها في بعض الحالات[24]، خاصة عندما تكون الزوجة في حاجة ماسة إليه، وذلك حينما يتعذر عليها مواصلة حياتها مع زوجها المبغضة له[25]. مما جعل المشرع يعيد النظر في نص المادة 54 من قانون الأسرة، ليضبطها أكثر ويبعدها عن التأويلات، وليقوي من مركز الزوجة أكثر بعد تعديل قانون الأسرة، ويمنع الحيف الذي كان

واقعا عليها في بعض الحالات، خاصة وأن رفض الزوج لطلب زوجته للخلع من باب الكيد، من شأنه أن يضر بنفسها وبعرضها وحتما بدينها[26]. حيث كان يعتبره مجرد رخصة تتوقف على موافقة الزوج. ليتغير موقفه إثر تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، ويجعل منه حقا أصيلا خالصا لها. وهو ما سنتعرض له في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: إطلاق حق الزوجة في الخلع بعد تعديل قانون الأسرة

تراجع الاجتهاد القضائي، الذي لعب دورا فعالا في إزالة الغموض الذي كان يكتنف المادة 54 من قانون الأسرة قبل التعديل عن وجهته، من مساند للزوج في حفظ حقه في الموافقة على طلب زوجته للخلع، إلى مساند للزوجة في منحها الحق في مخالعة زوجها دون حاجة إلى موافقته. لينتقل بالخلع وفقا لذلك من قرار ثنائي اتفاقي ورضائي بين الزوجين، إلى قرار انفرادي تختص به الزوجة المبغضة لزوجها[27]، حيث يرتكز أساسا على إرادتها المنفردة[28]. وقد كان لتلك القرارات الأثر الواضح والبليغ في تعديل المشرع الجزائري لنص المادة 54، وذلك من خلال ضبطها بشكل يضمحل معه كل لبس، وإبعادها عما كان يعتريها من تأويلات، حيث صار نصها كالآتي: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.». حيث تعتبر المحكمة العليا المقوم لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، كما جاء في م171 من القانون رقم 16-01[29] المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري.

ومن بين أبرز تلك القرارات، التي جاءت مؤكدة على أن الخلع حق للزوجة وحدها ما يلي: «أن طعن الزوج بالخلع انتهى إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا، استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيا بين الزوجين»[30]. لتأتي بقرار آخر مدعما لحق الزوجة في الخلع دون رضا الزوج، جاء فيه: «إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة ،سواء رضي به الزوج أو لم يرض فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى موافقة الزوج»[31]. لتواصل المحكمة العليا اعترافها بحق الزوجة الفردي في الخلع، بموجب القرار الموالي:«الخلع حق للزوجة لوحدها لا يشترط فيه موافقة الزوج...» [32]. لتأكد بموجب قرار آخر عدم اشتراط موافقة الزوج عليه، حمل في مبدئه: «إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك لمنع الابتزاز والاستغلال بين الجنسين»[33]. وشد عضد سابقيه من القرارات القرار الآتي: «الخلع (رخصة)[34] للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون»[35]. وساند القرارات السابقة الذكر القرار الموالي: «طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول»[36]. لتتوج المحكمة العليا سلسة قراراتها السالفة الذكر، بقرار صريح لا مجال معه للشك، يكرس إرادة الزوجة وحدها في الخلع جاء فيه: «الخلع حق إرادي للزوجة، يقابله حق العصمة للزوج»[37].

وإذا حاولنا أن نبحث عن مرجعية شرعية، وتأصيل فقهي، لتوجه المشرعَ الجزائري هذا، وكذا المحكمةَ العليا، اللَّذين أجازا للزوجة أن تخالع زوجها دون موافقته، فسنجدهما قد استمدا رأيهما من المالكية، في الخلع الجبري أو عن طريق الحكمين (ذلك أنهم يقولون بنوعين من الخلع، الاتفاقي[38]، والجبري[39] الذي يوقعه الحكمان عند الشقاق الذي لا يتبين فيه المضر من الزوجين). وخاصة في قول "ابن رشد"[40] الذي جاء فيه: «والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل».

وقد تبنى قولهم بعض العلماء المعاصرين كالصابوني[41]، والغزالي[42]، والزيباري[43]، في عدم اشتراط رضا الزوج في الخلع، ووجوب إجابته لطلب زوجته.

ويجد الموقف السابق سنده كذلك فيما ما روي «عن ابن عباس: أن زوج بريرة كان عبدًا يقال له: مغيث، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته؛ فقال النبي ﷺ لعباس:﴿يا عباس ألا تعجب من حب مغيثٍ بريرةَ، ومن بغض بريرةَ مغيثًا﴾. فقال النبي ﷺ: ﴿لو راجعته﴾. قالت: يا رسول الله تأمرني؟ قال:﴿إنما أنا أشفع﴾، قالت: لا حاجة لي فيه»[44]، ليكون دليلا على أن الخلع للمرأة دون توقف على موافقة الزوج ورضاه.

ولعل الدافع من وراء تحول موقف المحكمة العليا، وكذا المشرع الجزائري إلى اعتناق رأي المالكية في النوع الثاني من الخلع لديهم -القائل بالخلع الجبري- وبالضبط قول "ابن رشد"، والمتمثل في عدم اشتراط موافقة الزوج على طلب زوجته للخلع؛ يكمن في كون بعض الزوجات بتن يتعرضن إلى حالات إحجام الأزواج على الموافقة على طلبهن للخلع، من باب الكيد رغم علمهم بمقتهن لهم، مما يشكل إجحافا في حقهن، خاصة مع ما وصل إليه بعض الرجال اليوم من حياد على المبادئ التي كان يتسم بها رجال السلف الصالح، الذين كانوا يتحلون بكرامة تحول دون مسكهم لزوجاتهم غير الراغبات فيهم، وهو ما كان يجعل من موافقتهم على طلبهن الخلع لا يطرح أية مشكلة.

ومن ثمة، وبعدما كان الخلع يأخذ حكم الرخصة الممنوحة للزوجة، والتي لا يمكنها استخدامها إلا بموافقة الزوج، ارتقى إلى مصاف الحق الأصيل، الذي يمنحها سلطة الاستئثار والتمسك به متى شاءت دون قيد ولا شرط[45]، ليصير وفقا لذلك، الصورة المقابلة لحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة والمجابهة لها[46]، حيث ألغى المشرع إرادة الزوج كليا، وغيب دوره فيه تماما، إلا فيما تعلق ببدل الخلع، والذي هو الآخر جعله ينتقل بصورة آلية إلى القاضي عند عدم موافقته عليه، هذا الأخير الذي يحكم به في حدود ما جاء في نص المادة 54 فقرة 2 من قانون الأسرة، التي ضبطته بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، دون أن تدع مجالا لسلطة القاضي في تقديره. لتنعدم وفقا لذلك إرادة الزوج المخلوع، وكذا سلطة القاضي التقديرية.

وعليه، وتأسيسا على ما سبق، وما دام الخلع صار الصورة المقابلة لطلاق الزوج بالإرادة المنفردة، والذي اعترف بموجبه المشرع للزوجة بالحق في التعويض عند تعسف الزوج في استعماله، فهل يكون للزوج ذات الحق في الخلع يا ترى؟ هذا ما سنحاول التطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

مدى الاعتراف للزوج بالحق في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع

انطلاقا من كون الخلع بات حقا خالصا وأصيلا للزوجة تستعمله متى شاءت، وانطلاقا أيضا من كون صاحب الحق يُلزم بالتعويض عن الضرر الذي يُلحِقه بغيره، حال تعسفه في استعمال حقه، كان لنا أن نتساءل عن مدى أحقية الزوج المخلوع في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه نتيجة استعمال مخالِعَتِه لحقها في الخلع؟ حيث وللإجابة عن هذا السؤال نتعرض أولا، إلى أساس الاستفادة من التعويض بصفة عامة (الفرع الأول)، ثم نتعرض إلى بدل الخلع ومدى اعتباره تعويضا عن فك الرابطة الزوجية بالخلع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس الاستفادة من التعويض عن الضرر

منعت الشريعة الإسلامية الإضرار بالغير، حيث وضعت جزاءات لذلك من بينها، الجزاء التعويضي أو ما عرف بالضمان كعقوبة مالية، والذي يُصار إليه إذا أصبح الضرر واقعا، ولم يتمكن صاحبه من إزالته عينا - كون الواقع لا يرتفع- فيتم تداركه بالتعويض المالي العادل[47]، حيث قررت الشريعة الإسلامية نظرية الضمان بصفة عامة، حفاظا على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم، وجبرا للضرر، وقمعا للعدوان، وزجرا للمعتدين[48].

وإذا جئنا إلى التأسيس للمسألة القانونية محل الدراسة من الناحية الشرعية، نجد أنه صحيح أن الزوجة صاحبة الحق في الخلع، باستعمالها إياه تكون قد تصرفت في حقها الشرعي، واستعمالها له ينافي التعويض، تماشيا مع القاعدة الفقهية «الجواز الشرعي ينافي الضمان»[49]، لأن الإنسان إذا ما استعمل حقه بإذن الشارع وإباحته، فإن ذلك الإذن ينافي الجزاء والعقوبة، وحتى لا يكون هناك تناقض بين إعطاء الشخص الحق ومحاسبته عليه[50].

لكن، ومن جهة أخرى، فالحق شيء واستعماله شيء آخر، فالإنسان لا يُحاسَب على استعماله لحقه المشروع، وإنما يحاسب على الضرر الواقع من جراء استعمال ذلك الحق، لغايةٍ مناقِضةٍ لقصد الشارع، فهو بهذه المناقَضَة يكون متعسفا في استعمال حقه، والتعسف يُلحق ضررا بالغير، والضرر يزال شرعا، فإن أمكن رفعه وجب ذلك، وإن لم يمكن رفعه، فلا يبقى سوى إزالة آثاره بشيء آخر، وهو التعويض للمتضرر عما لحقه من ضرر، جراء استعماله للحق لغاية غير مشروعة[51]. لذا، فالخلع حق مشروع، واستعماله لغير حاجة مذموم، وفاعلته آثمة، والإثم يستحق العقوبة في الآخرة، لقولهﷺ فيما روي عن ثوبان: ﴿أَيُّمَا امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة﴾[52]. وفي الدنيا أيضا، من خلال التعويض، ذلك أن «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره»[53].

ليكون ذات الأمر من الناحية القانونية، حيث وبمقتضى نظرية الحق في القانون المدني، نعني بالحق سلطة الاستئثار بالشيء، ذلك أن الشخص إذا ما اعتُرف له بحقٍ ما في إحداث أثر قانوني ما، فالأصل أن يمارسه بحرية، دون رقيب ولا حسيب ولا مسؤولية ولا تعويض، كونه يمارس حقه الطبيعي

والممنوح له قانونا، إلى أن يقع في دائرة التعسف المنصوص عليه في المادة 124 مكرر[54] من القانون رقم 05-10[55] المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، حيث يعتبر هنا متعسفا متحملا للتعويض، في حين يقع عبء إثبات تعسفه على الطرف المدعي تضرره من ذلك التعسف، والراغب في الاستفادة من التعويض[56]، طبقا لقاعدة «البينة على من ادعى»[57].

وبالرجوع إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني، التي تحدثت عن حالات الاستعمال التعسفي للحق، واعتبرته صورة من صور الخطأ التقصيري[58] الموجب للتعويض، فإنها قد حددت تلك الحالات كما يلي: "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة". لتكون تلك الحالات قابلة للانطباق على أغلب حالات الخلع اليوم، التي تُبنى في حقيقتها، إما على أسباب كيدية، أو وهمية، أو سطحية تُخفي وراءها المخالِعة مصالح غير شرعية، وإما تلجأ الزوجة للخلع إذا ما عجزت عن إثبات الضرر المادي الواقع عليها في دعاوى التطليق، وبالتالي الابتعاد عن المغزى الحقيقي للخلع، والمتمثل في الضرر المعنوي الحقيقي، الناتج عن النفور الفعلي للزوجة من زوجها.

وعليه، فالأساس الذي ينبني عليه الحق في الاستفادة من التعويض، هو التعسف في استعمال الحق، المولّد لضرر الغير. والذي يجد مناخه المناسب في نظرية التعسف في استعمال الحق، التي قال بها القانون، وقبله تبنتها الشريعة الإسلامية منذ زمن بعيد، وإن لم تكن تعرف بهذا الاسم[59]. حيث عبر عنها الفقهاء القدامى بمصطلحات أخرى "كالمضارة بالحقوق" عند ابن قيم الجوزية[60]، و"الاستعمال المذموم للحق" عند الشاطبي، الذي قال عن التعسف بأنه: «إذا تناول مباحا على غير الجهة المشروعة...» [61]، كما عبر عنه أيضا الفقهاء المعاصرون، بأنه صورة من صور "المجاوزة والتعدي" في استعمال الحق، والإساءة به[62]. حيث كانت تقوم نظرية التعسف في استعمال الحق على فكرة منع الضرر اللاحق بالغير، وفرض الجزاء عليه.

لكن، ورغم كل ذلك، فإن المشرع الجزائري لم يمنح للزوج الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه نتيجة لتعسف زوجته في خلعه، فكل ما منحه إياه هو الإبقاء له على بدل الخلع، ذلك البدل الذي سنرى في الفرع الموالي مدى رُقِيِّهِ إلى مصاف التعويض الحقيقي عن الضرر أم لا.

الفرع الثاني: مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا للزوج عن فك الرابطة الزوجية بالخلع

إذا أردنا أن نَعْرِف طبيعة بدل الخلع، فيمكننا القول بأنه يجوز أن يكون بكل ما صح أن يكون صداقا، كون الصداق يجوز أن يكون بكل ما صح التزامه شرعا[63].

والمشرع الجزائري قد أقر بدل الخلع في كل طلاق خلعي، سواء تعسفت فيه الزوجة أو لم تتعسف، وسواء تضرر منه الزوج أو لم يتضرر، وهذا يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر[64]، التي تقتضي إلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر، إذا ما أَلْحَق به ضررا فقط ، نتيجةً لتعسفه في استعمال حقه، وفقا للمادة 124 مكرر من القانون المدني. معتبرة التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري، الموجب للتعويض كما جاءت به المادة 124[65] من القانون المدني.

كما جعل المشرع الأسري بدل الخلع، إما متفقا عليه من طرف الزوجين، وإما محددا قانونا، بعدم تجاوزه قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم عند اختلافهما حوله، وفقا للمادة 54 فقرة 2 من قانون الأسرة، دون أن يُراعي ما لحق الزوج من ضرر، وما فاته من ربح، نتيجة لتخريب أسرته دون سبب منه ولا رغبة، وبالتالي تقييد سلطة القاضي في تقديره، وحصر قيمته، وهذا يتنافى مع تقدير التعويض، الذي وإن كان يخضع إما لاتفاق الطرفين أو لنص القانون، وإلا فلتقدير القاضي. لكن، مع مراعاة ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وذلك طبقا للمادة 131مع مراعاة المادتين 182 و182 مكرر من القانون المدني.

حيث جعل المشرع في قانون الأسرة من الضرر وفقا لما سبق مفترضا في جميع حالات الخلع. إلا أنه حتى ولو سلَّمنا بأن الضرر فعلا واقع في جميع حالاته؛ فالذي لا نسلم به هو أن درجة الضرر ليست واحدة في جميع الحالات، بل تختلف من حالة إلى أخرى، ومن زوج إلى آخر. وهذا ما لا يتفق مع تقنين المشرع لبدل الخلع وحصره بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، عند عدم اتفاق الزوجين حوله، كونها الحالة الغالبة إن لم نقل العامة.

لذا، فالمشرع الجزائري ورغم انحراف الخلع عن مساره السليم الذي شرع لأجله، وأخذه لمنحى آخر، وارتفاع نسب استعماله، في ظل تحوله من الرخصة إلى الحق الأصيل، وما من شأنه أن يولده من حالات تعسف في استعماله، وبالتالي تضرر الأزواج منه؛ فقد أبقى على بدله محددا بصداق المثل عند الاختلاف في تحديد قيمته -كما ذكرنا آنفا- والذي بات لا يتناسب إطلاقا مع ما قد يلحق الزوج من ضرر، كما لم يعد أيضا يؤثر على الزوجة، كونه لم يعد يشكل حاجزا لها في طلبه، خاصة في ظل تحسن المستوى المادي للمرأة عامة. فالمشرع لم يفرض عليها أي تعويض، بل بالعكس من ذلك، فقد أعفاها من ذكر الدوافع التي أدت بها إلى طلب الخلع، فيكفي أن تؤسس ذلك الطلب على كونها لا تطيق زوجها[66] - صدقت في ذلك أم كذبت- وبالتالي إبعادها عن دائرة التعسف مطلقا، مما يترتب عنه حرمان الزوج من إمكانية مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه. وكل ما ألزمها به المشرع هو مجرد تقديمها لبدل الخلع، الذي حدده مسبقا، وفي كل حالة خلع -دون مراعاة اختلاف درجة تضرر كل زوج على حدة- بأن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، عند عدم اتفاق الزوجين حوله –كما سبق بيانه-

وعليه، نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد حرم الزوج المخالَع من التعويض الحقيقي عن الضرر، الذي يلحقه نتيجة لتعسف زوجته في طلب خلعه. لكون بدل الخلع وفقا لما سبق لا يعتبر تعويضا فعليا للضرر. لذا، كان عليه حتى ولو أبقي على الخلع حقا خالصا وأصيلا للزوجة؛ أن ينظر إلى الأزواج بعين حق، وأن ينصفهم خاصة فيما تعلق ببدل الخلع، وأن يجعل تقديره غير مرتبط بصداق المثل –عند الاختلاف- بل يعود إلى تقدير القاضي، استنادا إلى حجم الضرر الذي لحق بالزوج، إضافة إلى عدة قرائن محددة قانونا، من باب السياسية الشرعية، مثلما ذهب إليه المشرع المغربي، الذي أقر بأنه في حال اتفاق الزوجين على الخلع، واختلافهما حول بدله، أن تراعي المحكمة في تقديره –بعد تعذر الصلح-، "مبلغ الصداق، فترة الزواج، أسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة"، وذلك بموجب

المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية[67]. حيث يجتهد القاضي أولا في محاولة رأب الصدع بينهما، ثم إن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تراعي عند تقديرها لبدل الخلع، حال الزوجين، حتى لا يكون ذلك البدل سببا لإثراء أحدهما على حساب الآخر، ولا سببا لإثقال كاهل أحدهما وإفقاره على حساب الآخر[68]. فلعل ذلك يكون سببا في تقليل حالاته، أو على الأقل إنصاف الزوج حال وقوعه. وكذا مانعا من التعسف الذي قد يحدث سواء من الزوجة أو من الزوج.

وقد يتساءل البعض عن كيفية إثبات تعسف الزوجة في الخلع، خاصة وأن هذا الأخير مبني على أمور نفسية بحتة، تتمثل في نفور الزوجة من زوجها. والإجابة هنا، تكون بعدول القانون والقضاء عن عدم مطالبة الزوجة بتسبيب طلبها، بل إلزامها بذلك، دون التحجج بكون البغض مسألة نفسية باطنية، حيث يمكن تحري ذلك عن طريق الاجتهاد في ربط الخلع بضوابط ومعايير معينة، ومحاصرته بقرائن محددة، دون أن يُترك للكره والبغض فقط، الذي تُخفي وراءه الكثيرات أسبابهن الحقيقية والتعسفية. حيث من شأن تلك المعايير أن تقلل من نسب استعماله، وكذا حالات تعسف الزوجات فيه، سيما أمام ضعف الوازع الديني، وقلة الصبر ، والتقليد الأعمى في كل شيء، حيث باتت تحكمه الأهواء، والغرائز، والموضة أكثر منها الحاجة إلى الخلاص من زوجية باتت تخاف معها أن تعصي الله، لكون معصية الزوج من معصية الخالق. حيث صار ورقة رابحة وضاغطة في يد الزوجة، وقنبلة موقوتة تهدم بمقتضاها الأسرة متى شاءت، ليصبح الزوج بموجبه رهين تصرف تلك الأخيرة، التي حادت مؤخرا على الحكمة والرزانة، وعلى الصبر والأمانة في صيانة أسرتها في أغلب الأحيان.

لنبقى أمام موقف المشرع الجزائري هذا، الذي اعتنق مبدأ المساواة بين الزوجين، بمصادقته[69] على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[70] بتحفظ[71] والتي كرستها بشدة، نتساءل عن مداها وعن جدواها، طالما أنه يعترف بالضرر الذي يلحق الزوجة من طلاق زوجها لها دون مبرر، ويمنحها تعويضا عليه، دون أن يعترف بذات الضرر الذي يلحق الزوج من خلع زوجته له دون مبرر، ودون أن يمنحه تعويضا عليه، سوى بدل الخلع الذي لا يحمل معنى التعويض الحقيقي عن الضرر[72].ولما كان الكره أمرا نفسيا قد يعتري الزوج وقد يعتري الزوجة، فكيف يعترف المشرع للزوجة بالنفور النفسي كسبب شرعي وقانوني يمنحها حق مخالعة زوجها دون تعويضه، بينما يلزم هذا الأخير بأن يبني طلاقه على أسباب مادية حقيقية وجدية غالبا ما تنتهي به إلى عدم إقناع القاضي، وبالتالي تعسفه فإلزامه بالتعويض. وكيف يُبقي مجال التعويض عن الطلاق التعسفي (المادة 52) وعن التطليق (المادة 53 مكرر) مفتوحا على مصراعيه، خاضعا لتقدير القاضي، في حين يُغلق ويُقَنِّن ويَحصر بدل الخلع في قيمة صداق المثل عند عدم الاتفاق عليه. رغم اعتراف المحكمة العليا بأن الخلع صار يقابل حق العصمة للزوج[73].

ومن ثمة، كان على المشرع الجزائري أن يترك تقدير بدل الخلع –عند الاختلاف فيه- إلى سلطة القاضي التقديرية، تبعا للضرر الذي لحق بالزوج المخالَع، وأن يضبطه بالقرائن التي ذكرناها آنفا اقتداءً بالمشرع المغربي، حتى تتراجع نسبه، ولا تُقدم عليه إلا مقتنعة به، نافرة فعلا من زوجها، بعد صبر ما بعده من صبر. حتى يصل به إلى مصاف التعويض الحقيقي عن تخريب عش الزوج بلا سبب منه، بعد أن أفنى

في بنائه جهد حياته، قاضيا لأجل تأسيسه رِدْحًا من الزمن كدًّا وسعيا، أملا وطمعا في أن يجد فيه المستودع والمستقر. ولِما لا، وأن المشرع قد ابتدع فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي للزوج من باب السياسية الشرعية، حتى يتمهل الزوج في إيقاعه. فيكون ذات الهدف في الخلع، حتى تتريث الزوجات أكثر في طلبه، وبالتالي التقليل من حالاته، وحتى يكون تعويضا مناسبا للزوج على أسرة تكبد لتأسيسها جهد سنوات من حياته، لتذهبها الزوجة في مهب الريح بمقابل زهيد.

الخاتمة:

وفي نهاية هذا البحث، نتوصل إلى جملة النتائج التالية:

1- غيَّب المشرع الجزائري إرادة الزوج في الخلع كأصل وكمبدأ، حيث أصبح هذا الأخير بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 حقا خالصا للزوجة، تستعمله متى شاءت، دون توقف على موافقة أحد، ليقابل وفقا لذلك حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة.

2- لم يعترف المشرع الجزائري للزوج بالحق في المطالبة بالتعويض، خاصة في حالة تعسف زوجته في استعمال حقها فيه، رغم كونها أصبحت صاحبة حق أصيل فيه.

3- أبقى المشرع على حق الزوج في بدل الخلع، الذي أقره عقب كل طلاق خلعي بموجب المادة 54 فقرة 1 من قانون الأسرة، سواء تضرر منه أم لا، جاعلا من الضرر مفترضا في جميع حالاته.

4- لو تقبلنا فرضية بأن الضرر واقع في جميع حالات الخلع؛ فالذي لا يتقبله العقل والمنطق السليمان هو أن درجة الضرر ليست واحدة في جميع الحالات، بل تختلف من حالة إلى أخرى، ومن زوج إلى آخر، حيث تتحكم في ذلك عوامل موضوعية وذاتية. وهذا ما لا يتفق مع تقنين المشرع لبدل الخلع وحصره بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل -عند الاختلاف فيه- إذ هي الحالة الغالبة.

5- تَجَاهَل المشرع إرادة الزوج في رفضه لبدل الخلع، إذا رأى بأنه لا يتناسب مع ما أصابه من ضرر، أو ما لحقه من خسارة، حيث أحاله في هاته الحالة إلى القاضي، هذا الأخير الذي قضى المشرع على سلطته هو الآخر في تقديره بما يتفق مع كل حالة على حدة، حيث جعل سلطته رهينة بما حددته المادة 54 فقرة 2، وذلك بأن يحكم له ببدل لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

6- لا يعتبر بدل الخلع تعويضا حقيقيا للزوج، عن الضرر الذي يلحقه جراء استعمال زوجته لحقها في الخلع، خاصة في حالة تعسفها فيه.

ومن خلال النتائج السالفة الذكر، ارتأينا تقديم جملة من الاقتراحات التالية:

1- إبقاء المشرع الجزائري على حق الزوجة في الخلع، كحق أصيل لها، وكمنفذ نجاة في الحالات التي يحجم فيها الزوج عن تسريحها بإحسان، رغم علمه بنفورها منه، وعدم قدرتها على العيش برفقته، وذلك لرفع الحيف عن تلك الفئة من النساء.

2- عدم ترك المشرع للخلع في يد الزوجة وتحت رحمة أهوائها وغرائزها وقلقها، بل لابد من ربطه بقرائن معينة، تضفي عليه طابع الجدية والعَرَضِيَّة، حيث يصبح اللجوء إليه له دواعيه التي شرع لأجلها.

3- عدم تقنين بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه، وتركه لتقدير القضاة وفقا لسلطتهم التقديرية.

4- عدم ترك القضاة يهيمون في تقديرهم لبدل الخلع، بل ربط سلطتهم التقديرية بضوابط معينة مثلما ذهب إليه المشرع المغربي، كما ذكرنا آنفا.

5- الوصول إلى تكريس حق الزوجة في طلب الخلع، مع ضمان حق الزوج في تعويض عادل، يضاهي حجم الضرر الذي يتعرض له، إثر تخريب أسرته دون سبب منه. لنوازن بموجب ذلك بين حق الزوجة في الخلع، وعدم وضع طلبها له تحت تصرف ورحمة الزوج المتعنت، وبين حق الزوج في تعويض يليق بدرجة الضرر الذي مسه، وحجم الخسارة التي لحقته، فلا يكون هناك ظلم لا للزوجة ولا للزوج، كما قد يسهم هذا في تقليل اللجوء إليه بالحُجَّة وبدونها.

وفي الختام، وبعيدا عن النصوص القانونية، فإن «القاعدة الصحيحة لهناء الزوجية ما قاله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لامرأة خاصمت زوجها إليه وصرحت له بأنها لا تحبه، فقال لها: إذا كانت إحداكن لا تحب الرجل منا، فلا تخبره بذلك فإن أقل البيوت ما بني على المحبة. وإنما يتعاشر الناس بالحسب والإسلام. يعني أن التزام كل من الزوجين لحفظ شرف الآخر والعمل بما يرشد إليه الإسلام من الواجبات والآداب الزوجية هو الذي تنتظم به الحياة الزوجية ويعيش الناس به العيشة الهنية. وينبغي لكل من الزوجين أن يتكلف التحبب إلى الآخر بأكثر مما يجده له في قلبه، فإن التطبع يصير طبعا، ورحم الله عُلَيَّة بنت المهدي أخت هارون الرشيد حيث قالت: "تحبب فإن الحب داعية الحب"»[(74)]، فالحب الحقيقي هو تفاني كل منهما في خدمة الآخر، وإيثاره على نفسه[(75)].

الهوامش:

(1) منال محمود المشني: الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه. آثاره، دار الثقافة، عمان، 2008، ص46.

(2) أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، مجلد 2، أبواب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، حديث رقم 1140، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996، ص433.

(3) سورة البقرة: آية 229.

(4) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع، وكيف الطلاق فيه؟، حديث رقم 5273، دار ابن كثير، دمشق، 2002، ص1344.

(5) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المُعَدِّل والمُتَمِّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 27 فيفري 2005، عدد15.

(6) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 12 جوان 1984، عدد 24، (للتذكير فإن هذا القانون كان قبل تعديل سنة 2005).

(7) المحكمة العليا (المجلس الأعلى آنذاك): غرفة القانون الخاص، 1969/02/19، النشرة السنوية، وزارة العدل، الجزائر، 1969، ص266.

(8) المحكمة العليا (المجلس الأعلى آنذاك): الغرفة المدنية ، 1969/03/12، مجموعة الأحكام، الجزء1، وزارة العدل، الجزائر، ص170.

(9) المحكمة العليا (المجلس الأعلى آنذاك): غرفة الأحوال الشخصية، 1982/02/08، ملف رقم 26709، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص، ص 258.

(10) المحكمة العليا (المجلس الأعلى آنذاك): غرفة الأحوال الشخصية، 1984/06/11، ملف رقم 33652، المجلة القضائية، 1989، عدد3، ص38.

(11) من الأخطاء المادية التي اعترت القرار، استعماله لعبارة "مخالفة" والأصح أن تكون "مخالعة".

(12) المحكمة العليا (المجلس الأعلى آنذاك): غرفة الأحوال الشخصية، 1988/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية، 1990، عدد3، ص72.

(13) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1991/04/23، ملف رقم 73885، المجلة القضائية، 1993، عدد2، ص55.

(14) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1996/07/09، ملف رقم 138949، المجلة القضائية، 1996، عدد2، ص77.

(15) أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وبالهامش حاشية أحمد بن محمد الصاوي المالكي، الجزء 2، باب في النكاح، دار المعارف، القاهرة، دون سنة النشر، ص518. انظر أيضا، مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، الجزء 5، ملحق المدونة الكبرى مقدمات ابن رشد، كتاب إرخاء الستور، باب الخلع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص315.

(16) «الخلع جائز مع التراضي واستقامة الحال، وقال داود: لا يجوز إلا بشرط الخوف ألا يقيما حدود الله...». انظر، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المجلد 3، الجزء 18، كتاب الخلع، مسألة 1206، دار ابن القيم، الرياض/ دار ابن عفان، القاهرة، 2008، ص375.

(17) إذا اشتد الخصام بين الزوجين، ولم يُعلم الطرف المُضِر، بعث الحاكم (القاضي اليوم) حكمين ليحاولا الإصلاح بينهما، وبعد فشل محاولة الصلح، لهما أن يفرقا بينهما دون عوض (طلاق)، أو يخلعا الزوجة من زوجها بعوض (خلع)، دون الالتفات إلى رضا أي منهما. انظر، مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، الجزء 2، كتاب إرخاء الستور، ما جاء في الحكمين، مرجع سابق، ص267.

(18) ذهب الشافعية إلى أنه إذا ابتدأ الزوج الخلع بصيغة معاوضة، كطلقتك أو خالعتك بكذا فقبلت، وقلنا الخلع "طلاق" – وهو القول الجديد والراجح- فهو معاوضة فيها شوب تعليق (معاوضة، لأخذه عوضا في مقابل ما يخرجه عن ملكه. وشوب تعليق، لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول الزوجة المال)، أما إذا قلنا الخلع "فسخ" – وهو القول القديم- فهو معاوضة محضة من الجانبين. انظر، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين، للنووي، الجزء 3، كتاب الخلع، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص355 و356. انظر أيضا، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 2، كتاب الخلع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص491 و492.

(19)- ذهب الحنابلة إلى أنه معاوضة من جهة الزوجة، ومن جهة الزوج قولان: الأول أنه يمين، وذلك لصحة تعليق الخلع على شرط، والثاني أنه معاوضة، وذلك لعدم صحة تعليقه على شرط. غير أن "ابن نصر الله" جزم بعدم صحة تعليق الخلع على شرط، وهو الأظهر، وعلله بأن «الخلع عقد معاوضة، يتوقف على رضا المتعاوضين. فلم يصح تعليقه بشرط كالبيع». يراجع فيما تقدم، مرعي بن يوسف بن الكرمي الحنبلي: غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، الجزء 3، كتاب الخلع، مؤسسة دار السلام، دون بلد النشر، دون سنة النشر، ص 106 و107. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء 5، كتاب النكاح وخصائص النبي ﷺ، باب الخلع، دار عالم الكتب، بيروت، 1983، ص217. وعلاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، الجزء 8، كتاب الخلع، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956، ص412 و413.

(20) محمد أمين (ابن عابدين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار(حاشية ابن عابدين)، الجزء 5، كتاب الطلاق، باب الخلع، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003، ص83، 88 و89. انظر أيضا، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، على الهداية شرح بداية المبتدي، لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الجزء 4، كتاب الطلاق، بابا الخلع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص189 و196.

(21) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 7، الأحوال الشخصية، دار الفكر، دمشق، طبعة 2، 1985، ص488.

(22) باديس ديابي: صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، 2012، ص76.

(23) عبد السلام عبد القادر: (جديد الخلع في الأمر 05-02)، مجلة الحجة، منظمة المحامين لناحية تلمسان، 2008، دون عدد، ص26.

(24) السيد عبد الصمد محمد يوسف: قانون الخلع بين مقتضيات الشرع ومشكلات الواقع مع أطروحة لحل هذه المشكلات وفقا لأحكام الشرع والقانون، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص205.

(25) كاملة طواهرية: (أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، كلية أصول الدين، 2015/06/19، المجلد 20، عدد 39، ص335.

(26) كريم داودي: (رضا الزوج في المخالعة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران1، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، 2016/06/01، المجلد 17، عدد29، ص227.

(27) محفوظ بن الصغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي، رويبة، طبعة 2، 2015، ص219 و220.

(28) عبد القادر داودي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، دون سنة النشر، ص321.

(29) قانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 2016/03/07، عدد14.

(30) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1996/07/30، ملف رقم 141262، غير منشور. نقلا عن، منصوري نورة: التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، 2012، ص134. منقول بدوره عن، زودة عمر: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، دار النشر أنسكلوبيديا، دون بلد النشر، دون سنة النشر، ص159.

(31) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1994/04/19، ملف رقم 115118، نشرة القضاة، 1997، عدد52، ص106.

(32) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1996/07/30، ملف رقم 141262، المجلة القضائية، 1998، عدد1، ص121.

(33) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 2000/11/21، ملف رقم 252994، المجلة القضائية، 2001، عدد1، ص293.

(34) استعمال عبارة "رخصة" هنا مُجانب للصواب، لكون القرار يتجه إلى الاعتراف للزوجة بالخلع كحق أصيل لها، ودليل ذلك أن القضاة بحكمهم لها بالخلع دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون. وهذا لا ينطبق إلا على الحق الأصيل.

(35) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216239، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص138. نقلا عن، جمال سايس: الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزء 2، منشورات كليك، الجزائر، 2013، مرجع سابق، ص1056.

(36) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 2006/06/14، ملف رقم 258613، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد2، ص421.

(37) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 2011/09/15، ملف رقم 656259، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد1، ص318.

(38) أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المجلد 3، الجزء 18، كتاب الخلع، مسألة 1206، مرجع سابق، ص375.

(39) مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، الجزء 2، كتاب إرخاء الستور، ما جاء في الحكمين، مرجع سابق، ص267.

(40) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 2، كتاب النكاح، دار المعارف، بيروت، طبعة 6، 1982، ص68.

(41) عبد الرحمان الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر، دون بلد النشر، طبعة 2، 1968، ص من 625 إلى 629.

(42) محمد الغزالي: حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، شركة نهضة مصر، مصر، طبعة 4، 2005، ص من 130 و131.

(43) عامر سعيد الزيباري: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، 1997، ص من 79 إلى 81.

(44) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة، حديث رقم 5283، مرجع سابق، ص1346.

(45) -نور الدين عماري: (الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين)، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، 2015/06/01، مجلد 7، عدد 13، ص103.

(46) الرشيد بن الشويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص208.

(47) وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق/ دار الفكر المعاصر، بيروت، طبعة 9، 2012، ص88.

(48) وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص22. انظر أيضا، عبد المجيد بن يكن: (المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/06/10، مجلد 4، عدد2، ص663.

(49) أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، القاعدة 90، دار القلم، دمشق، طبعة 2، 1989، ص449.

(50) عبد الفتاح عمرو: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، 1998، ص180.

(51) عبد الفتاح عمرو: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص180 و181.

(52) أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير، المجلد 2، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، حديث رقم 1187، مرجع سابق، 478.

(53) وهبة الزحيلي: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص179.

(54) تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني على ما يلي: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:
- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.».

(55) القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المُعَدِّل والمُتَمِّم للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمَّم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائري ، بتاريخ 26 جوان 2005، عدد 44.

(56) باديس ديابي: صور فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، دون سنة النشر، ص21.

(57) شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي (القرافي): أنوار البروق في أنواءِ الفروق، المجلد 4، الفرق 232 بين قاعدة المدعي وقاعدة المدعى عليه، دار السلام، القاهرة، 2001، ص1214.

(58) العربي بلحاج: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 4، 2007، ص134.

(59) للاطلاع أكثر راجع، فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة 4، 1988.

(60) أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية: الطرق الحُكْمية في السياسية الشرعية، دار عالم الفوائد، مكة، 1428ه، ص682.

(61)أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ج3، دار الفكر العربي، مصر، ط2، 1975، ص218 و219.

(62) جميل فخري محمد جانم: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص144.

(63)العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص267 و268.

(64) مسعودة نعيمة إلياس: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق –دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم العلوم السياسية، 2009- 2010، ص188.

(65) تنص المادة 124 من القانون المدني على ما يلي: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.».

(66) لحسين بن شيخ آث ملويا: رسالة في طلاق الخلع، دار هومة، الجزائر، 2015- 2016، ص147.

(67) ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 03 فيفري 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة ، الجريدة الرسمية بتاريخ 05 فيفري 2004، عدد 5184، ص 418.

(68) محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، الولادة ونتائجها، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، طبعة 7، 2015، ص193.

(69) صادقت الجزائر على اتفاقية سيداو بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 /1996/01، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 1996/01/24، عدد 06.

(70) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180، المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ 03 سبتمبر 1981، بموجب المادة 27 (1). أنظر،
http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx، تاريخ الولوج 2019/03/19، على الساعة 10:02.

(71) تحفظت الجزائر على المواد: 02، 09 فقرة 02، 15 فقرة 4، 16 و 29 فقرة1. أنظر، التقريران الدوريان الثالث والرابع للجزائر حول تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 18 ماي 2009، ص 15،CEDAW/C/DZA/3-4.وللتفصيل أكثر أنظر، جيلالي تشوار: (تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة بين التراجع والتمسك)، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، عدد 12، صفحة 3 وما بعدها. غير أن الجزائر رفعت تحفظها على المادة 09 فقرة 2 سنة 2008، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-426، المؤرخ في 28 ديسمبر 2008، المتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 2/9 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بتاريخ 2009/01/21، عدد 05.

(72) مسعودة نعيمة إلياس: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص189.

(73) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 2011/09/15، ملف رقم 656259، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد1، ص318.

(74) محمد رشيد رضا: حقوق النساء في الإسلام، وحظهن في الإصلاح المحمدي العام، المكتب الإسلامي، بيروت/ دمشق، 1984، ص188.

(75) إدريس حمادي: البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة، أفريقيا الشرق، الدار البيضاء، 2005، ص93.