الجمهـــوريـــة الجـزائـريـة الديـــمقراطيـة الشـعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة الـتـعـلـيـم الـعـالـــي و الـبـحـث الـعـلـمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة وهران 1
Université d'Oran 1 أحمد بن بلة

كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية
قسم العلوم الإسلامية

سلطة القاضي الوطني في فض النزاعات الزوجية

–الخلع الطلاق على مال –

دراسة مقارنة

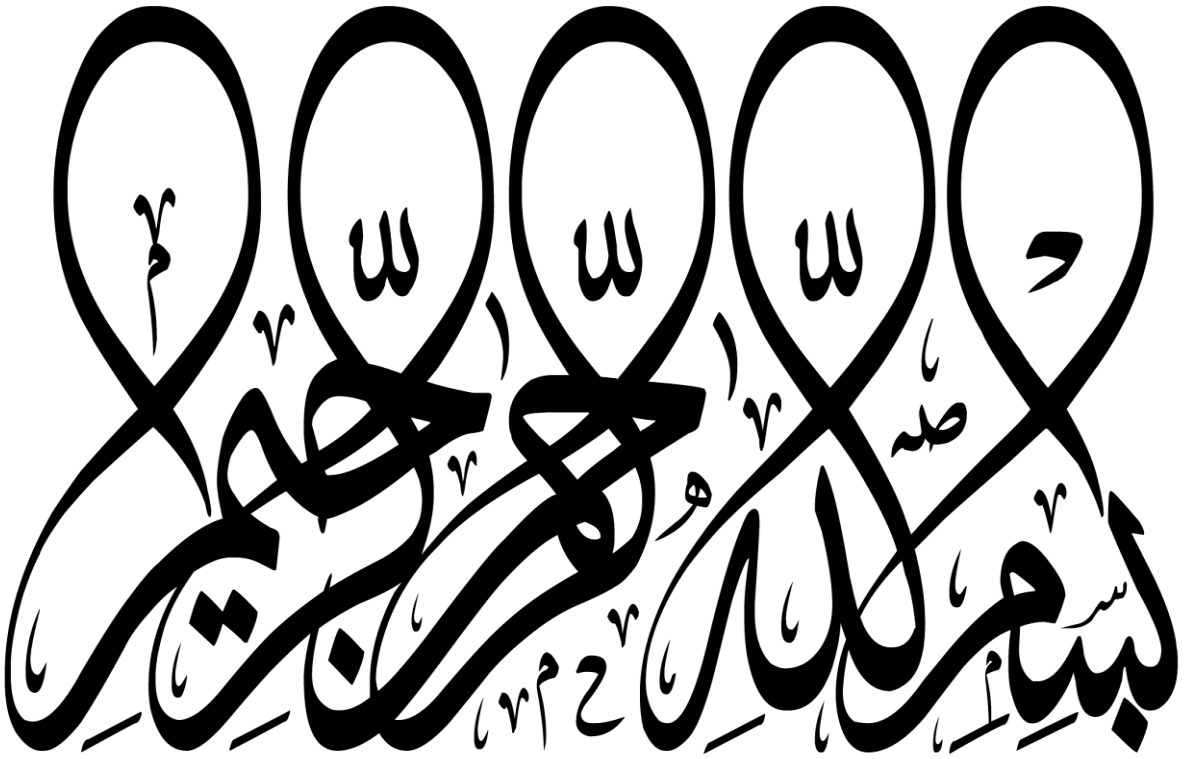
رسالة لنيل شهادة دكتوراه ألـ أم دي L M D تخصص الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون

إعداد الطالب: بعاكية كمال **تحت إشراف أ.د.ة حبار أمال**

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د صافي حبيب	أستاذ	جامعة وهران 1	رئيسا
أ.د حبار أمال	أستاذ	جامعة وهران 1	مشرفا
أ.د حزاب ربيعة	أستاذ	جامعة وهران 1	مناقشا
أ.د راجع عكاشة	أستاذ	جامعة وهران 1	مناقشا
أ.د نعوم مراد	أستاذ	المركز الجامعي مغنية	مناقشا
أ.د شبيرة سفيان	أستاذ محاضر(أ)	جامعة شلف	مناقشا

السنة الجامعية: 2020 – 2021م


بسم الله الرحمن الرحيم

قبس

قال تعالى :

" الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"سورة البقرة الآية 129

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

أحمد الله تعالى وأشكره على عظيم نعمه التي لا تفنى وجليل مننه التي لا تحصى، فالحمد لله حتى يبلغ الحمد منتهاه.

يسرني أن أتقدم بفائق التقدير والاحترام وخالص الشكر والامتنان، إلى رفيعة المقام أستاذتي الدكتورة"**حبار أمال** "ذات النفس السخية والآراء السديدة والتوجيهات العلمية الدقيقة.

إلى الأستاذ الدكتور الصافي الحبيب الذي لم يمل من توجيهي .

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة المحترمة الذين قبلوا عناء وجهد قراءة هذه الرسالة.

والشكر الجزيل لكل أساتذتي باختلاف الأطوار .

كما أشكر زوجتي التي لم تفتأ ولم تمل من مساندتي .

إهداء

أهدي ثمرة عملي إلى:

روح جدتيَّ رحمهما الله وأسكنهما فسيح جناته.

إلى أعزّ الخلق إلي أبي وأمي الذان ضحيا بعمرهما كي أحيا وبمالهما كي أتعلم ،اللذان تجرعا كأس الشقاء مرا ليسقياني رحيقا .

إلى قرة عيني وفؤادي إلى من قال لي أبي ولَديَّا حبيبًا محمد أشرف وهناء

إلى رفيقة دربي زوجتي.

أهم قائمة المختصرات

1–ت: تحقيق.

2–د :دكتور .

3–(ر ت ع) : دراسة وتحقيق وتعليق .

4–ت ع: تحقيق وتعليق .

5–(ب س ط): بدون سنة طبع .

6–ر ت :دراسة وتحقيق .

7–(ض خ أ): ضبط وخرج أحاديثه

8–س ط: سنة الطبع.

9–ط: طبعة.

10– (ق أ ج): قانون الأسرة الجزائري .

11– ج: جزء.

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وأنعم على عباده بكل الخيرات والبركات ، وختم رسالاته بأعظم رسول محمد صلى الله عليه وسلم وأنزل عليه أفضل كتاب من اتبعه اهتدى ورشد ، ومن هجره زلَّ وضلَّ وخسر الدنيا والآخرة ، والصلاة والسلام على من بيَّن ما في القرآن قولا وعملا .

أما بعد ،قد تنصرف نظرة القارئ إلى عنوان المذكرة فيضن أن المذكرة تتكلم عن عنصر أجنبي في النزاع إلا أني أقصد من سلطة القاضي الوطني هو القاضي المحلي والذي يفض نزاع الخصمين من نفس الجنسية الجزائرية ، وعليه إنَّ الأصل في تشريع الزواج هو الديمومة المبنية على المحبة والألفة والرحمة والتي تضمن للزوجين القيام بواجباتهما تجاه بعضهما البعض ،وحسن تربية الأبناء ، لكن في بعض الأحيان يحدث الشقاق بين الزوجين ، فتذهب المودة ويحل محلها التباغض ، مما يؤدي إلى استحالة العشرة بين بينهما مما يؤثّر سلبا على الحياة الزوجية وفي تربية الأولاد ، لهذا شرع الله سبحانه وتعالى الفرقة بين الزوجين لقوله تعالى " وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا " (سورة النساء الآية 130)والفرقة قد تكون بإرادة الزوج المنفردة ، أو بتراضي الزوجين ،أو بطلب من الزوجة عن طريق التطليق أو عن طريق الخلع وهو محل دراستنا ، لهذا فقد شرع الله تعالى الخلع في مقابل الطلاق الذي يملكه الزوج ، ذلك في إطار المساواة بين الرجل والمرأة ، فكما يبغض الزوج زوجته يمكن أن تبغض الزوجة زوجها ، فأجاز لها الإسلام بأن تخالع زوجها بشروط ، حتى لا يصير الخلع وسيلة لتفرقة الأُسر لأسباب واهية ، كما نظم الإسلام وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية هذا الموضوع ، لأنَّه قد تُثارُ عدَّة إشكالات عند رفع الدعوى أمام القضاء فيتنازع الزوجان في وقوع الخلع من عدمه أو في بدله ، كما قد يحدث التخالع في مرض الموت ، أو قبل الدخول ،كما قد يحصل الخلع من فاقد الأهلية ، كما قد يتنازع أيضا الزوجان في آثار الخلع كالعدة ومدتها والنفقة والحق في السكنى أثناء العدة ، كل هذه الإشكالات نجد لها حلولا في الشريعة الإسلامية وذلك باجتهادات الفقهاء المبنيَّة على النصوص الشرعية من القرآن والسنة ، أو على مصادر أخرى كالإجماع والقياس والمصالح المرسلة ، كما إهتم المشرع الجزائري بهذا الموضوع ، و أورده بقانون الأسرة من أجل فض النزاعات بين الزوجين المتعلقة بالخلع ، إلاَّ أنَّ هذه النصوص تبقى ناقصة ، مما يجعل القضاة يلجئون إلى مبادئ الشريعة الإسلامية والتي تبقى مختلفة المذاهب والآراء .

أهميَّة الموضوع :

بناءا على ما سبق ذكره تتجلَّى أهمية الموضوع ، حيث أصبحت المنظمات العالمية تنادي بالمساواة بين الرجل والمرأة في جميع المجالات ، ومن بينها إعطاء الحق للزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية دون موافقة الزوج ، وهذا الأمر موجود في شريعتنا ، كما تبنَّى المشرع الجزائري هذا النهج من خلال تشريعه للخلع في المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 تحت فصل الطلاق من أجل فض النزاعات التي قد تقع بين الزوجين ، كما حرصت شريعتنا ثم المشرع الجزائري على دوام الأسر واستقرارها محاولا بذلك فض جميع النزاعات الزوجية بالطرق السلمية ، فشرع الصلح والتحكيم من أجل المحافظة على إستقرارها ، وعند استحالة الحياة الزوجية شُرّعَ الخلع والطلاق تفاديا لما قد يحدث نتيجة للتباغض بينهما الذي يفضي إلى ضياع الحقوق التي تؤدي بدورها إلى ارتكاب الجرائم في حق الزوجين والأولاد ، وذلك تطبيقا لقاعدة ارتكاب أخف الضررين وأهون الشرَّين .لهذا أصبح من الضروري البحث في موضوع الخلع وأسبابه وطرق حل النزاعات المتعلقة به .

أسباب الاختيار والأهداف :

لكل باحث أسبابه وأهدافه التي تدفعه إلى اختيار موضوع دراسته وبحثه ، وما أملى عليَّ تخيُّر هذا الموضوع ، هو البحث عن سبل فض النزاعات التي تكون بين الزوجين نتيجة الخلع وذلك لنقص النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع مما أدى إلى تناقض اجتهادات المحكمة العليا وأحكام المحاكم في المسألة الواحدة ، ويمكن إجمال هذه الأسباب في النقاط التالية :

أوَّلا: أسباب الاختيار:

هناك جملة من الأسباب دفعتني للبحث في هذا الموضوع منها :

1-رغبة الباحث في إبراز أقدمية الخلع وأنَّه ليس دخيل على مجتمعنا وإنَّما هو من شرعنا باعتباره حق من حقوق المرأة.

2- رغبة الباحث في إظهار سبب الخلع الذي يتمثل في بغض الزوجة لزوجها ، وليس لإضرار الزوج بها .

3-رغبة الباحث في البحث عن طرق لعلاج ظاهرة الخلع .

4-لجوء الزوجات إلى الخلع لأسباب واهية مما أدى إلى تفكك الأسر .

5-نقص النصوص القانونية المتعلقة بالخلع حيث ذكر المشرع الجزائري المادة 54 من قانون الأسرة فقط.

6-اختلاف الاجتهاد القضائي حول القضايا المتعلقة بالخلع في المسألة الواحدة .

7-عدم فاعلية النصوص قانونية الخاصة بإجراء التحكيم من طرف القضاة كعلاج لمشكلة الخلع .

ثانيا:أهداف البحث :

يهدف الباحث إلى تحقيق مجموعة من الأهداف منها :

1-بيان جواز إكراه الزوج على الخلع من طرف القاضي ذلك في إطار المساواة بين الرجل والمرأة التي حثَّ عليها الإسلام والتشريعات العربية .

2-بيان شروط طلب الخلع التي تسمح للزوجة بأن تخالع زوجها حتى لا يصير الخلع وسيلة في يد النساء ذوات النوايا السيئة .

3- توحيد الاجتهاد القضائي في عدة مسائل متعلقة بالخلع ،كبدل الخلع ، والخلع قبل الدخول والخلع في مرض الموت وعدة المختلعة ونفقتها وسكناها أثناء العدة .

4-بيان جواز الأخذ بشهادة التسامع بين الزوجين في إثبات الضرر .

5- وجوب إعطاء القاضي السلطة التقديرية في دعوى الخلع إذا تأكَّد من إضرار الزوج بزوجته أن يحول القضية من الخلع إلى التطليق لرفع الضرر عن الزوجة .

6-بيان كيف تعامل المشرع الجزائري مع المذاهب الفقهية الأربعة في مسألة الخلع وبأي مذهب أخذ

ثالثا: الدراسات السابقة التي لها علاقة بالموضوع :

الرسائل الجامعية التي إطلعت عليها حيث تناولت هذا الموضوع من زوايا مختلفة منها :

-الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة – أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص ، إعداد الطالب سعادي لعلى ، السنة الجامعية 2014-2015.

-ضمانات حماية الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة – بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه – علوم – في ال علوم الإسلامية للطالب علي بن عوالي تحت إشراف الأستاذ الدكتور عبد القادر داودي 2018/2017

-دور القاضي في الخلع –دراسة في الفقه والقانون والإجتهاد القضائي –مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، الطالبة ، بن جناحي أمينة ، 2014.

-إنحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص: " أحوال شخصية " من إعداد الطالب صالح حسني تحت إشراف د. عمر روينة

اقتضت طبيعة الموضوع اتباع عدة مناهج متكاملة فيما بينها:

- ❖ المنهج الإستقرائي: وذلك من خلال تتبع الجزئيات المتعلقة بشروط الخلع سواء أكان ذلك في الفقه الإسلامي أو في نصوص التشريعات الوضعية.
- ❖ المنهج التحليلي: وذلك بجمع أقوال الفقهاء وتحليلها وردها إلى أصلها ثم الترجيح فيما بينها على أساس قوة الدليل مع تحليل النصوص القانونية وتفسيرها.
- ❖ المنهج المقارن: وذلك بمقارنة أدلة الفقهاء ببعضها البعض ثم مقارنتها بنصوص القانون الوضعي لبيان أوجه الإختلاف والإتفاق بين الفقه والقانون في المسألة الواحدة من المسائل المتناولة في موضوع آثار الخلع.
- ❖ كما قمت أيضا بالترجيح بين الأقوال متى أمكن ذلك .

رابعا: الصعوبات :

لا يخفى على أي باحث نزيه يريد العلم ، أنَّ منهج البحث تعتريه صعوبات جمَّة تجعل من صاحبه يتحمل المشاق من أجل الوصول إلى مبتغاه ، ومن الصعوبات التي اعترضت مسيرتي في هذا البحث هي :

1-قلة الاجتهادات القضائية في هذا المجال .

2-قلة النصوص القانونية المتعلقة بالخلع وشروطه وأركانه .

3- صعوبة الحصول على اجتهادات قضائية أجنبية في الدول العربية المتعلقة بالخلع .

4- قلة المصادر القانونية المتخصصة في هذا الموضوع .

خامسا: الإشكالية :

الأصل في العلاقات الزوجية أن تبنى على المودة والرحمة والسكينة مصداقا لقوله تعالى " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" (سورة الروم الآية 21)، لكن قد تبغض الزوجة زوجها فتخشى أن لا تقيم حدود الله ، فتلجأ إلى الخلع لتخلص نفسها من زوجها عن طريق القضاء .

وعلى ضوء ما تقدم يمكن طرح إشكالية أصلية الخاصة بالموضوع :

فيما تتجلى سلطة القاضي في فض نزاعات المتعلقة بالخلع ؟

وللإلمام بالموضوع من جميع جوانبه المختلفة والإحاطة به من زواياه المتعددة ، ارتأيت طرح بعض الإشكاليات الفرعية على النحو التالي :

ما هي سلطة القاضي في توقيع الخلع عند التنازع بين الزوجين في أصل الخلع أو في بدله ؟

ما هي سلطة القاضي بالنسبة لآثار الخلع ؟ وما هو واقع حق السكنى والنفقة للمختلعة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ؟

سادسا: خطة البحث :

للإجابة على هذه التساؤلات اتبعت الخطة التالية ، مقدمة وفصل تمهيدي ،و فصلين ، وخاتمة .

المقدمة :

فقد تضمنت توطئة ، ثم أهمية الموضوع وأهدافه ، وأسباب اختياره ، والمنهج المتبع فيه ، والصعوبات التي اعترضت الباحث، والخطة الإجمالية له .

فصل تمهيدي :

يتضمن التعريف بالموضوع من حيث المفاهيم وحكم الخلع ، وأركانه ، ونوع الفرقة الواقعة به .

فصول البحث :

قد خصصت الفصل الأول في التنازع بين الزوجين في الخلع أمام القاضي ، مبينا فيه سلطة القاضي في توقيع الخلع عند التنازع بين الزوجين ، كالخلع في مرض الموت والاختلاف في وقوع أصل الخلع أو بدله ، وخلع الحائض وخلع فاقد الأهلية ،والتوكيل في الخلع

أما الفصل الثاني فتناولت فيه سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع والآثار المترتبة على الحكم بالخلع كمدة عدة المختلعة ، ونفقتها ، وسكناها أثناء العدة وتقدير بدله .

ثم ختمت هذه الدراسة بخاتمة بيَّنت فيها أهم النتائج المستخلصة والتوصيات التي يمكن توجيهها للدارسين والمهتمين بهذا الموضوع

فصل تمهيدي

مفاهيم عامة حول الخلع

تمهيد الفصل : إنَّ تحديد مفهوم الخلع من الناحية الفقهية والقانونية وتبيان شروطه وأركانه وأحكامه والتفرقة بينه وبين غيره من النظم التي تشبهه كالطلاق على مال من الخطوات الرئيسية لهذا البحث ، حتى يتسنى لنا فهم موضوع الخلع والأحكام التي تعتريه ، لأنَّ عنوان البحث يتضمن فض النزاع بين الزوجين المتعلق بالخلع ، لهذا سوف أتطرق من خلال هذا الفصل لجملة من النقاط التي حاولت إدراجها في مبحثين يحتوي كل مبحث على مجموعة من المطالب .

المبحث الأول:ماهية الخلع

المطلب الأول:مفهوم الخلع

المطلب الثاني:حكم الخلع شرعا

المطلب الثالث:أركان الخلع وشروطه

المبحث الثاني:أحكام خاصة بالخلع

المطلب الأول:الفرق بين الخلع والطلاق على مال

المطلب الثاني: نوع الفرقة الواقعة بالخلع

المطلب الثالث :طلاق المختلعة في عدتها

خلاصة الفصل .

المبحث الأول:

مفهوم الخلع

من خلال هذا المبحث يمكن توضيح مفهوم الخلع لغة وفقها وقانونا، مع بيان حكم الخلع شرعا ذاكرا حكم الخلع بسبب وبغير سبب، ثم شروطه ، وأركانه.

المطلب الأول:

تعريف الخلع

سأعرف الخلع لغة وفقها ثم قانونا وذلك في ثلاثة فروع .

الفرع الأول :تعريف الخلع لغة :

من خلع نعله ،وقائده ، وخلع عليه خلعة ،وخلع الولي عزله، ومنه أطلق على خلع الزوجة وذلك بطلب فراقه بعوض كي تنخلع منه[1].

الفرع الثاني :تعريف الخلع فقها :

لقد اختلفت تعريفات الفقهاء للخلع حسب نظرتهم لطبيعة الخلع ،لكن كلهم يتَّفقون في أنَّ الخلع لابد له من عوض . وهذه بعض تعارفهم:

أولا المالكية :فقد عرفه ابن عرفة "بأنَّه عقد معاوضة على البضع،تملك به الزوجة نفسها ،ويملك به الزوج العوض "[2] يتَّضح من خلال هذا التعريف أنَّ الخلع لا بد فيه من التراضي ،لأنَّ ابن عرفة عرَّفَه على أساس أنَّه عقد ، والعقد لابد فيه من التراضي ، والتراضي قد يكون حول وقوع الخلع ،وقد يكون التراضي فيه على البدل .

---

[1] المنجد في اللغة والإعلام ، دار المشرق ،بيروت–الطبعة الثامنة والأربعون 2014م دار المشرق الاشرفية بيروت لبنان .ص192

[2] الحبيب بن طاهر /الفقه الإسلامي وأدلته ،ط2 ، 1426هـ- 2005م، دار الكتب العلمية بيروت/ لبنان ، ج4 ،ص08.

ثانيا الحنفية:

يعرِّف الحنفية الخلع بأنَّه افتداء المرأة من زوجها الكارهة له بمال تدفعه إليه ليتخلَّى عنها [1]، فقد جعل الحنفية في تعريفهم أنَّ شرط الخلع أن تكون المرأة كارهة للزوج ولابد فيه من مال تدفعه له.

ثالثا الحنابلة :

يعرفونه على أنَّه فراق الزوجة بعوض بلفظ مخصوص[2]،وبالتالي فالخلع عندهم لابد أن يكون بلفظ مخصوص وعوض .

رابعا الشافعية:

الخلع عندهم هو فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج [3]

خامسا الظاهرية:

قد عرَّف الظاهرية الخلع على أنَّه افتداء المرأة زوجها، مخافة ألاَّ توفيه حقه ، أو خافت أن يبغضها فلا يوفها حقها ، فلها أن تفتدي منه و يطلقها إن رضي هو ، وإلاَّ لم يجبر هو ولا أجبرت هي إنَّما يجوز بتراضيهما[4]، فقد اشترط الظاهرية في تعريفهم للخلع مجموعة من الشروط ،أوَّلها أن تكون الزوجة كارهة له ، ثانيها الخوف من ألا توفيه حقه أو أن يبغضها ،ثم تقدّم له العوض مع توفر شرط رضا الزوج و الزوجة .

---

[1]الشيخ أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر ألقدوري الحنفي البغدادي /مختصر قدوري في الفقه الحنفي –ت و ع الشيخ كامل محمد محمد عويضة ، ط1414،1هـ/م1998، دار الكتب العلمية –بيروت /لبنان ،ص163

[2]عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي /حاشية الروض المربع –ط1312،1هـ ، ج 6، ص 458.

[3]الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني / الإقناع حل ألفاظ أبي شجاع ،ر ت ع الشيخ علي محمد عوض –الشيخ عادل أحمد عبد الموجود –قدم له و قرض له الأستاذ الدكتور محمد بكر ط3 2004-1425، دار الكتب العلمية بيروت /لبنان ،ج 2،ص284

[4]الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي / المحلى بالآثار ،تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البندري، ط1 1425/2003، دار الكتب العلمية بيروت/ لبنان ، ج9، ص511

الفرع الثالث:تعريف الخلع قانونا:

سوف أتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الخلع في قانون الأسرة الجزائري مع ذكر بعض قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية .

أولا– في قانون الأسرة الجزائري: لم يعرف المشرع الخلع في قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 واكتفى بذكر أنّه رخصة تستعملها الزوجة ، لكن بالرجوع إلى اجتهاد المجلس الأعلى بموجب القرار الصادر بتاريخ 1980/02/25 تحت رقم 21305 الذي قرر مايلي"الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبولها " [1]، ما يلاحظ على هذا الاجتهاد القضائي أنَّه لم يتعرض إلى رضا الزوج ، أو أنَّ الخلع هو عقد بل اكتفى بذكر العوض فقط .

ثانيا– عند المشرع الكويتي : لقد عرف المشرع الكويتي الخلع في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية بما يلي "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناه "[2]، يتَّضح من خلال هذا التعريف أنَّ المشرع الكويتي جعل الخلع طلاق ،لكنَّه يختلف عن الطلاق الذي يصدره الزوج بأنَّه طلاق نظير عوض ،كما أنَّه جعل التراضي على العوض و ليس على أصل الخلع .فكان على المشرع الجزائري أن يكون أكثر وضوحا و يعرف الخلع في قانون الأسرة الجزائري بدل من ترك القضاة يتيهون في اختلافات فقهية.

تعريف المختار: هو عقد إزالة ملك النكاح بين الزوجين بعوض.

-قلت هو عقد أقصد أنَّ التراضي فيه يكون على البدل و ليس على أصل الخلع.

-و قلت بعوض أقصد إذا انعدم العوض لا يقع الخلع إلاَّ إذا كان بلفظ الطلاق فيقع رجعيا.

---

[1]قرار صادر عن المجلس الاعلى بتاريخ 1980/02/:25 ،في ملف تحت رقم :21305 منشور بنشرة القضاة 1980، العدد1 ،ص79

[2]قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين التالية رقم 61-لسنة 1996 و رقم 29 لسنة 2004 و رقم 66 لسنة 2008 –إصدار وزارة العدل ط1 2001 / و إجراءات دعوى النسب و تصحيح الأسماء الموقع الإلكتروني https://www.e.gov.kw/sites/kgoarabic/Forms/QanoonAlAhwalAlMadaniyah.pdf يوم 28-09 2019 الساعة 19:26

المطلب الثاني:

حكم الخلع

الأصل في الخلع أنَّه جائز عند الجمهور ولم يخالفهم في ذلك إلا المزني[1]، فإنه لم يجزه بحجة أنَّ أية الخلع منسوخة بقوله تعالى و إن أردتم استبدال زوج مكان الزوج ..."[2]

وهذه بعض أقوال جمهور الفقهاء في جواز الخلع .

جاء في الحاوي الكبير "جواز الخلع لقوله تعالى "وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا"(سورة البقرة الآية 229)، وهذا خطاب للأزواج حيث حذر الله تعالى عليهم أن يأخذوا من أزواجهم ما أتوهم من صداق بغير طيب أنفسهم ، ثم قال "إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ"[3](سورة البقرة الآية229).

كما جاء أيضا في التوضيح شرح مختصر لابن الحاجب " قال مالك : ولم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر الصداق "[4]، يتَّضح من خلال هذا القول أنَّ الخلع جائز عند الإمام مالك . كما ورد أيضا في كشاف القناع " إذا كرهته لنقص دينه أو لكبره أو لضعفه أو نحو ذلك و خافت إثما لتركه فيباح لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه "[5]وبذلك يتَّضح من خلال هذه الأقوال أنَّ الخلع مباح في أصله ، لكن اختلف الفقهاء في مسألة ما هي الحالة التي يجوز فيها الخلع ،لهذا ارتأيت أن أبيِّن كل حالة على حدا .

---

[1]تعريف المزني : أبو إبراهيم إسماعيل بن يحي بن إسماعيل بن عمرو بن مسلم المزني المصري ، تلميذ الشافعي . مولده في سنة موت الليث بن سعد سنة خمس وسبعين ومائة حدث عن : الشافعي ، وعن علي بن معبد بن شداد ، ونعيم بن حماد ، وغيرهممات المزني سنة 264. للهجرة (سير أعلام النبلاء ج12 الطبعة 14)

[2]موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعيلي الدمشقي ألصالحي الحنبلي -541هـ-620هـ / المغنى ،ط3 1417هـ-1997م، دار عالم الكتب – الرياض/ السعودية، ج10 ،ص313.

[3]أبي الحسن علي محمد بن حبيب الماوردي البصري /الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي ،و هو شرح مختصر المزني ،تحقيق و تعليق الشيخ محمد المعوض –الشيخ عادل أحمد الموجور ،قدمه و قرضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل –الأستاذ الدكتور عبد الفتاح أبو سنة ، ط1 1994/1414، دار الكتب العلمية، بيروت /لبنان، جزء 10 ص03 .

[4]شيخ خليل ابن إسحاق المالكي/ التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك–تحقيق محمد عثمان بدون سنة طبع ، دار الكتب العلمية بيروت/ لبنان ،4ج ص 04 .

[5]الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي /كشاف القناع عن متن الإقناع ، سنة الطبع 1983/1403 ، عالم الكتب بيروت ،ج 5 ص212

الفرع الأول الخلع بسبب:إذا كان الخلع بسبب فإنَّه يختلف حكمه حسب السبب الذي يقع به. فقد يكون مباحا إذا كرهت المرأة زوجها و خافت أن لا توفيه حقوقه فتكون عاصية لأمر الله تعالى [1] ودليل ذلك قوله تعالى "وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ "(سورة البقرة الآية 229)و يكون واجبا إذا علمت الزوجة أنَّ زوجها طلقها ثلاثا و لا دليل لها على ذلك و هو ينكر و يأبى طلاقها ، ففي هذه الحالة يجب عليها أن تفتدي نفسها منه [2] وقد يكون حراما إذا عضل الزوج زوجته وضارها قاصدا أن تفتدي منه [3]كما قد يكون مكروها إذا طلبت الخلع في حالة الوفاق أي من غير سبب.[4]

الفرع الثاني الخلع بغير سبب:يقصد به الحالة التي يكون فيها الزوجان متوافقان وليس بينهما أي شقاق ولا خصومة.

حيث ذهب جمهور العلماء إلى جواز الخلع في هذه الحالة مستدلين على ذلك بقوله تعالى "فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا " (سورة النساء الاية4). فالآية عامة تشمل حالة الشقاق والوفاق ،ثم استدلوا بما أنَّه يجوز لها أن تبذل مهرها بدون مقابل فمن باب أولى أن تبذله في مقابل أن تصير مالكة لنفسها ،كما استدلوا أيضا بأنَّه عقد رضائي جعل لدفع الضرر فيصح من غير ضرر كالإقالة في البيع .

كما ذهب جماعة من الفقهاء[5] إلى القول بعدم جواز الخلع إلاَّ في حالة وقوع الشقاق بينهما ، واستدلوا بقوله تعالى " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ "[1](سورة البقرة

---

[1]أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القريشي الدمشقي /تفسير القرآن العظيم ، ط1 1423هـ/2002 م، دار ابن حزم مكتبة دار الريان /الجزائر ،المجلد الأول ،ص 441

[2]أحمد بخيت الغزالي /أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ،ط1 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية /مصر ،ص357

[3]بن قدامه المقدسي ،المغنى شرح مختصر ألخرقي المرجع سابق ،ج10 ،ص 272 / و أيضا الشيخ خليل ابن إسحاق /توضيح شرح مختصر ابن الحاجب المتوفى سنة 772هـ –ت محمد عثمان –ط1 2011 ، دار الكتب العلمية –بيروت /لبنان ، ص14 / أبي إسحاق التلمساني المتوفى سنة 699هـ / اللمع في الفقه المالكي –تحقيق شريف المرسي – ط1 ،2011م دار الأفاق العربية /القاهرة ، ص235/ عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي/،حاشية الروض المربع ، المرجع السابق ، ج6 ، ص 462.

[4]عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي/ حاشية الروض المربع المرجع السابق ج6،ص 461 /و أيضا بن قدامه المقدسي / المغنى شرح مختصر الخرقي المرجع السابق ، ج ،10ص 270 .

[5] **الزهري:**محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب بن عبد الله بن الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب ، الإمام العلم ، حافظ زمانه أبو بكر القرشي الزهري المدني نزيل الشام. روى عن ابن عمر ، وجابر بن عبد الله شيئا قليلا ، ويحتمل أن يكون سمع منهما ، وأن

الآية 229) وكذلك ما روي عن الربيع بنت معود "أنَّ ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها "[2]وبما روي أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنَّه قال "أبغض الحلال إلى الله الطلاق "[3] .

و قد قوبل هذا القول بالرد ، جاء في الرد المحتار على الدر المختار "بأنّه ذِكر الخوف في الآية جرى مجرى الغالب ،فلا مفهوم له،وإن سلمنا أنَّ له مفهوم فغاية ما يستفاد منه هو النهي عن الخلع في حالة الوفاق ،وهو لا ينافي المشروعية كالبيع وقت صلاة الجمعة ،فيفيد النهي الكراهة لما فيه من قطع الوصيلة بلا سبب ،وعلى هذا يحمل الحديث الأخير ،وأما ماروي في امرأة ثابت فأجبت عنه بأنَّها لم تشكه لذلك بل لسبب آخر،وهو البغض وقبح الخلقة ،كما ورد في حديث آخر وإن كانت شكته ذلك فهي واقعة حال ،فلا يقاس عليها "[4] .

كما استدل آخرون[5]على عدم جوازه إلاَّ في حالة وقوع الزنا من الزوجة لقوله تعالى "وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ "(سورة النساء الآية 19).وفسر الفاحشة بالزنا

يكون رأى أبا هريرة وغيره ، فإن مولده فيما قاله دحيم وأحمد بن صالح في سنة خمسين . وفيما قاله خليفة بن خياط : سنة إحدى وخمسين.(سير اعلام النبلاء ص227 ج5)

ابن سرين : محمد بن سيرين الإمام ، شيخ الإسلام ، أبو بكر الأنصاري ، الأنسي البصري ، مولى أنس بن مالك ، خادم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وكان أبوه من سبي جرجرايا تملكه أنس.

قال أنس بن سيرين : ولد أخي محمد لسنتين بقيتا من خلافة عمر وولدت بعده بسنة قابلة. سمع أبا هريرة ، وعمران بن حصين ، وابن عباس ، وعدي بن حاتم ، وابن عمر ، وعبيدة السلماني ، وشريحا القاضي ، وأنس بن مالك ، وخلقا سواهم. روى عنه : قتادة ، وأيوب ، ويونس بن عبيد ، وابن عون ، وخالد الحذاء ، وهشام بن حسان ، وعوف الأعرابي ، وقرة بن خالد ،توفي 110 هـ (سير نبلاء الأعلام ج4 ص 606

النخعي: إبراهيم النخعي الإمام ، الحافظ ، فقيه العراق ، أبو عمران ، إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود بن عمرو بن ربيعة بن ذهل بن سعد بن مالك بن [النخع] النخعي ، اليماني ثم الكوفي ، أحد الأعلام ، وهو ابن مليكة أخت الأسود بن يزيد. روى عن مسروق ، وعلقمة بن قيس ، وعبيدة السلماني ، وأبي زرعة البجلي ، وخيثمة بن عبد الرحمن ، والربيع بن خثيم ، وأبي الشعثاء المحاربي ، (سير أعلام النبلاء ج4 ص 521)

[1]بن قدامه المقدسي المغنى شرح مختصر الخرقي، المرجع السابق ، ج10 ،ص 268

[2]محمد بن علي بن محمد الشوكاني /نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار – ت ع أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد –ط1 1426هـ-2005م ، دار ابن القيم –دار ابن عفان ،كتاب الخلع رقم الحديث 2869،المجلد 8 ،ص 211.

[3]محمد بن علي بن محمد الشوكاني /نيل الاوطار من أسرار منتقى الأخبار المرجع السابق ،كتاب الطلاق رقم الحديث ،2835المجلد 8، ص 151.

[4]ابن عابدين /رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار – مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف –دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل احمد عبد الموجود –الشيخ على محمد معوض – قدمه وقرضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل ، طبعة خاصة 1423هـ-2003م ، دار عالم الكتب الرياض /السعودية ج 5 ،ص 94.

[5]**أبو قلابة** :عبد الله بن زيد بن عمرو أو عامر بن ناتل بن مالك ، الإمام ، شيخ الإسلام ، أبو قلابة الجرمي البصري . وجرم بطن من الحاف بن قضاعة ، قدم الشام وانقطعباداريا ، ما علمت متى ولد. حدث عن ثابت بن الضحاك في الكتب كلها ، وعن أنس كذلك ، ومالك بن الحويرث كذلك ،

فقال في هذه الآية حرَّم على الزوج مضارَّتها لأخذ بعض الصداق إلاَّ أن يظهر منها على زنا ،فإنَّه يجوز له في هذه الحالة أخذ الفدية منها كما هو مفهوم من الاستثناء "[1].

فيفهم من هذه الآية تحريم المضارة قصد الخلع ،فهذا لا يعني أنَّه يستفاد منها التحريم.

والذي أرجحه أنَّه مباح لقوة أدلة الفريق الأول ،ثم أنَّه لما طلبت الخلع بدون سبب فهي طالبة للفرقة فطلبها هذا يعتبر سبب لأنَّه لا يمكن لعاقل أن يقبل هذا ، أي أنَّ المرأة تطلب الخلع وهي تعيش في سعادة ورفاهية ثم إنّها تريد أن تفارق هذه النعمة بنقمة الفراق ،إلاَّ إذا كانت مجنونة والمجنون رفع عنه القلم ولا تخالع نفسها.

كما أنَّ المشرع الجزائري لم يتكلم عن الخلع بسبب أو بغير سبب مكتفيا بذلك بطلب الزوجة الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على عكس المشرع المصري الذي اشترط لقبول دعوى الخلع أن تبرر ذلك ،وهذا حسب المادة 20 من قانون 1 لسنة 2000.

المطلب الثالث:

أركان وشروطه الخلع

إنَّ الخلع هو عقد بين طرفين فلابد فيه من توفر مجموعة من الأركان والشروط التي يمكن أن نوجزها فيما يلي :

الفرع الأول :المتخالعان والعوضان

لمعرفة هذا الفرع لا بد من التطرق إليه من الناحية الفقهية والقانونية

أولا :من الناحية الفقهية

1-المتخالعان : وهما الزوج والزوجة اللذان يُقبِلان على التخالع لوجود سبب من أسباب الخلع

وعن حذيفة في سنن أبي داود – ولم يلحقه – وسمرة بن جندب في سنن النسائي ، وعبد الله بن عباس في سنن الترمذي ، وعنبسة بن سعيد بن العاص في البخاري ومسلم ، وعن زهدم بن مضرب وعمه أبي المهلب الجرمي ، وأبي الأشعث الصنعاني ، وأبي هريرة في سنن النسائي ، ومعاذة العدوية الجرمي في البخاري وسنن النسائي ، والنعمان بن بشير في أبي داود والنسائي وابن ماجة. وقال يحي بن معين : مات سنة ست أو سبع ومائة . وقال الهيثم بن عدي : مات سنة سبع. (سير أعلام النبلاء ج4 ص 468)

ابن سرين: سبق تعريفه

[1]ابن عابدين /رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المرجع السابق ، ج05،ص94.

أ–الزوج (المخالع):يعتبر الخلع من التصرفات الخطيرة في آثاره ونتائجه ،إذن فهو لا يقع من كل زوج، لابد لإيقاعه أن يتوفر فيه شرط البلوغ والعقل ، لأنَّه بهما تكتمل أهلية الأداء ، التي تتوقف عليها صحة التصرفات ، وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على قاعدة كل من صح طلاقه صح خلعه [1]، وعليه فإنَّه يشترط في المخالع ما يشترط في المطلق ،حيث قال ابن عابدين[2]من الحنفية "متحدثا عن الخلع " وشروطه كالطلاق " ثم قال " أهلية الزوج "[3]، وقال المالكية "موجب الخلع زوج مكلف لا صبي مجنون "[4] ، وقال أيْضا الشافعية "وشرط الخلع زوج يصح طلاقه "[5] ، وقال الحنابلة "وجواز الخلع من كل زوج يصح طلاقه".إذن بالرجوع إلى القواعد العامة والشروط التي يجب توفرها في المطلق نجدها تتحدد بالبلوغ والعقل والاختيار .

ب–الزوجة (المخالعة): ويشترط فيها أن تكون مُطْلَقَةُ التصرف وأن تكون محلا للطَّلاق وأهلا للتبرع إذا كانت هي ملتزمة للمال بأن تكون عاقلة رشيدة بالغة وأن تكون عالمة بمعنى الخلع .

2–العوضان: وهو العوض والمعوض .

أ–العوض:

هو المال التي تعطيه الزوجة أو وليها أو الأجنبي للزوج في مقابل تَخْلِيَة سبيلها[6].كما يشترط في المال أن يكون مباحا فلا يصح الخلع على محرم[7]،كما لا يصح الخلع على مجهول[8] وأن يكون المال متقوما ،

---

[1]بن قدامه /المغنى ،المرجع السابق ،ج10، ص 311

[2]ابن عابدين :محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي ،فقيه الديار الشامية وامام الحنفية في عصره ، اشهر مصنفاته الدر المختار ، توفى سنة 1252هـ –انظر الاعلام ج4 ص 267

[3]ابن عابدين /رد المحتار المرجع السابق ، ج5 ،ص 112

[4]شمس الدين الشيخ محمد عرف الدسوقي /حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،دار احياء الكتب العربية ،ج2، ص 352

[5]الخطيب الشربيني /مغنى المحتاج معرفة معاني الفاظ المنهاج ،ت ع علي محمد عوض–عادل احمد عبد الموجود ،قدم له وقرضه د محمد بكر اسماعيل ، ط 1421هـ–2000م ، دار الكتب العلمية بيروت /لبنان ،ج 4 ،ص 341.

[6]جمال عبد الوهاب عبد الغفار/ الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، طبع سنة 1989 ، دار البعث للطباعة والنشر الجزائر ،ص 42

[7]ابن قدامة / المغنى ، تحقيق د/عبد الله بن عبد المحسن التركي ، د/عبد الفتاح محمد الحلوط3 1417هـ–1997م دار الكتب العلمية بيروت لبنان ،ج،10 ص 315

[8]ابن حزم ،الزمزمي الكتاني الحسني /معجم فقه إبن حزم– إخراج واعتناء حمزة بن علي الكتاني ،ط1 2009 ، دار الكتب العلمية بيروت / لبنان ،ج1 ص 292

كما لا يشترط في العوض أن يكون من النقود فيصح أن يكون عقارا أو منفعة وكل ما يصح أن يكون مهرا[1].

ب–المعوض

وهو البُضع ، ويشترط فيه أن يكون مملوكا للزوج فلا يصح مخالعة المطلقة طلاقا بائن أو المختلعة ، كما يصح اختلاع المطلقة طلاقا رجعيا ، ذلك لأنَّ ملك النكاح لم يَزَلْ .

ثانيا موقف بعض التشريعات العربية : سأتطرق في هذا العنصر إلى ذكر بعض قوانين الأحوال الشخصية لدول عربية .

1–قانون الأحوال الشخصية الكويتي[2] :جاء في المادة111 من قانون الأحوال الشخصية ما يلي "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع ،أو الطلاق ،أو المبارأة ،أو ما في معناه " ، كما جاء أيضا في المادة 112 "يشترط لصحة المخالعة أهلية الزوجين لإيقاع الطلاق وفق هذا القانون"وجاء أيضا في المادة 114 "كل ما صح التزامه شرعا صَلُحَ أن يكون عوضا في الخلع "وجاء في المادة 116 "يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع عليه أن يكون خلع الزوجة اختيارًا منها دون إكراه أو ضرر" من خلال عرض هذه المواد نجد أنَّ المشرع ذكر أركان الخلع وهي الزوج والزوجة واشترط فيهما الأهلية وهي البلوغ والعقل ، إلاَّ أنَّه خصَّ ركن الزوجة بعدم الإكراه ولم يُفَصِّل في شرط الاختيار للزوج إذا أُكْرِهَ على الخلع ، كما ذَكَرَ رُكْنُ العوض واشترط فيه كل ما يصح شرعا إلاَّ أنَّه أهمل المعَوَّض وهي العصمة الزوجية ،ولم يتكلم عنها ولم يبيَّن موقفه من خلع.

2–قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[3]:جاء في المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مايلي "الخلع عقد بين الزوجين يتراضيا فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها

---

[1]د/ ظافر بن حسن العمري /موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ، ط1 1433هـ/2012م، دار الهدى النبوية ، مصر ، ج3 ،ص 446

[2]قانون الأحوال الشخصية الكويتي

https://www.e.gov.kw/sites/kgoarabic/Forms/QanoonAlAhwalAlMadaniyah.pdf يوم 28-09-2019 19:26

[3]قانون الأحوال الشخصية الإماراتي

http://www.dji.gov.ae/Lists/DJIBooks/Attachments/79/Ahwal%20Shakhsia%20Big%20WEB.pdf 28-09-2019 19:26

يصح في مسمى بدل الخلع ما يصح تسميته في المهر " وجاء في المادة 111 "يشترط لصحة البدل في الخلع أهلية باذل العوض وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق " من خلال هاتين المادتين ذكر المشرع الإماراتي رُكنَي الزوج والزوجة واشترط فيهما الأهلية ، كما ذكر ركن العوض واشترط فيه ما يشترط في المهر ، إلَّا أنَّه أهمل المعوَّض وهو العصمة الزوجة .

3–قانون الأسرة الأردني 36 لسنة 2010[1]: ورد في المادة102 "الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناه "كما جاء أيضا في المادة 103 " يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له وأهلا للالتزام بالعوض وفق أحكام هذا القانون "،وورد أيضا في المادة 105 "كل ما صح الالتزام به شرعا صلُح أن يكون عوضا في الخلع"، من خلال عرض هذه المواد نجد أنَّ المشرع الأردني قد ذكر ركنَي الزوج والزوجة واشترط فيهما الأهلية، كما ذكر العوض واشترط فيه أن يكون مما يصح أن يكون عوضا ،إلَّا أنَّه أهمل المعوض .

4– قانون الأسرة الجزائري :إنَّ المشرع الجزائري لم يتكلم عن أركان الخلع ولا عن شروطه مكتفيا بذكر أنَّ الخلع حق للزوجة ولها أن تطلبه متى شاءت وذلك في المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 التي جاء النص فيها "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على مقابل مالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

الفرع الثاني الصيغة : وهي اللَّفظ الدَّال على وقوع الخلع[2] ، كما يشترط في الصيغة أن يكون هناك تطابق بين الإيجاب والقبول ، وأن يكون القبول في المجلس الواحد إذ يجب أن لا يُفْصَل بينهما بكلام أجنبي[3] ، كما قد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في تحديد اللَّفْظ الدَّال على الخلع ، لهذا ارتأيت أنَّ اقسم هذا الفرع إلى عنصرين أبيَّن فيهما ألفاظ الخلع فقها ثم قانونا.

---

[1] قانون الأحوال الشخصية الأردني/https://jordan-lawyer.com/wp-content/uploads/2018/11/الجريدة-الرسمية-قانون-الاحوال-الشخصية-الاردني-رقم-36-لسنة-2010-العدد-5809.pdf 28-09-2019 19:26

[2] الطالبة المستاري نور الهدى /الخلع دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المقارن السنة الجامعية 2013-2014 ص 51

[3] المستاري نور الهدى /الخلع دراسة مقارنة ،المرجع السابق ،ص 51

أولا :من الناحية الفقهية

1-ألفاظ الخلع عند المالكية : ألفاظ الخلع عند المالكية أربعة الخلع والفدية و الصلح والمبارأة ، إلاَّ أنَّهم أّعْطُوا لكل لفظ مقدار مالي،فالخلع يختص بجميع ما أعطاها ، والصلح ببعض ما أعطاها ، والفدية بأكثر البدل ، والمبارأة بأن تُسْقِطَ حقا لها عليه كدين .قال ابن رشد "إنَّ اسم الخلع يختص ببذل المرأة جميع ما أعطاها ، والصلح ببعضه ، والفدية بأكثره ، والمبارأة بإسقاطها حقا لها عليه"[1]، وجعل الإمام مالك رحمه الله تعالى المبارأة خاصة بغير المدخول بها حيث جاء في المدونة للإمام مالك قوله "قال مالك المبارأة التي تُباري زوجها قبل أن يدخل بها ، فتقول خذ الذي لك وتاركني"[2].كما لا يشترط المالكية ذكر العوض في هذه الألفاظ أي لفظ الخلع ولفظ الفدية ولفظ الصلح والمباراة ، لأنَّها دالة على العوض ولكن تختلف كل حسب معناها كما بيَّن ابن رشد ،ويقع الطلاق بها بائنا .جاء في مختصر خليل "حكم طلاق الخلع البينونة ولو وقع بغير عوض يعني إذا صرَّح بلفظ الخلع أو ما في معناها من لفظ الصلح أوالإبراء أو الإفتداد ... لأنَّ حكم الطلاق مع العوض بينونة ولا يخرجه عنها النص على الرجعة ، مثل نصه على الرجعة مع العوض نصه عليها —الرجعة — مع لفظ الخلع "[3] ،كما أورد أشهب[4] عن مالك :أن الخلع بدون عوض يقع به طلاقا رجعيا وذهب إلى ذلك ابن عبد البر[5]. أما إذا كان بلفظ الطلاق أو غيره فإنَّه يحتاج إلى ذكر العوض .

2-ألفاظ الخلع عند الحنفية[6] :ألفاظ الخلع عند الحنفية خمسة طلقني على مال ،اخلعني ، بارأني ، بعني طلاقي ، اشتريتُ منك طلاقك ، فهم لا يفرقون بين الصريح والكناية في اللَّفظ إذا اقترن مع هذه

---

[1]ابن رشد / بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،إعتناء وإخراج محمود ابن الجميل ابو عبد الله ،ط1 1429هـ/ 2008م ،دار الإمام مالك الجزائر ،ج2، ص 68

[2]الإمام مالك بن انس / المدونة الكبرى، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد السعودية ، ج 05 ،ص 27-28.

[3]الخرشي/ على مختصر خليل من شرح المحقق أبي عبد الله محمد الخرشي على مختصر خليل للإمام أبي الضياء سيدي خليل رحمهما الله وبهامشه حاشية على العدوى ط2 سنة 1317 هـ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية، ج4، ص 17.

[4]**أشهب**: بن عبد العزيز ابن داود بن إبراهيم ، الإمام العلامة ، مفتي مصر ، أبو عمرو القيسي ، العامري ، المصري الفقيه ، يقال : اسمه مسكين ، وأشهب لقب له. مولده سنة أربعين ومائة. سمع مالك بن أنس ، والليث بن سعد ، ويحي بن أيوب ، وسليمان بن بلال ، وبكر بن مضر ، وداود بن عبد الرحمن العطار ، وعدة. حدث عنه الحارث بن مسكين ، ويونس بن عبد الأعلى ، وبحر بن نصر ، ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، ومحمد بن إبراهيم بن المواز ، و سحنون بن سعيد فقيه المغرب ، وعبد الملك بن حبيب فقيه الأندلس ، وهارون بن سعيد الأيلي ، وآخرون. (سير أعلام النبلاء ، الطبقة العاشرة ج 09، ص 501)

[5]أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي /الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، ط1 1398هـ -1987م، مكتبة الرياض الحديثة السعودية ، ص 593

[6] ابن عابدين /رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ،مرجع سبق ذكره ،ج2 ،ص 77

الألفاظ مقدار من المال ، فقد جاء في كتاب النتف في الفتاوى "وألفاظ الخلع خمسة : أحدهما أن تقول المرأة لزوجها طلقني على ألف درهم فطلقها ، والثاني اخلعني على ألف درهم فخلعها ، والثالث أن تقول بارئني على ألف درهم فقال بارئتك ، والرابع أن تقول : بعني طلاقي على ألف درهم فباعه منها ، والخامس أن تقول :اشتريت منك طلاق بألف درهم ، فإذا أجابها في المجلس في جميع ما ذكر تُطلَّق ، ويلزم المرأة الألف"[1]،إلَّاأنهم يفرّقون بين لفظ الخلع والطلاق ، إذا تلفظ بالخلع ولم يذكر البدل وقع الطلاق بائنا ولا شيء له، وإذا تلفظ بالطلاق دون ذكر البدل وقع الطلاق رجعيا ، يقول السرخسي[2] "وصريح لفظ الطلاق إذا كان بغير جعل لا يوجب البينونة بخلاف ما إذا كان بلفظ الخلع"[3].

3-ألفاظ الخلع عند الشافعية :ألفاظ الخلع عند الشافعية لفظان صريحان ، فاديت وخلعت ، جاء في الأم للشافعي "وإذا قال لها قد خالعتك أو فاديتك أو ما أشبه هذا لم يكن طلاقا إلا بإرادته، لأنَّه ليس بصريح الطلاق"[4]أي أنَّه لا يُنَوَّى أأراد الطلاق أم أراد الخلع ، لأنَّه عندهم الخلع والمفاداة ليست من صريح الطلاق بل من صريح الخلع التي لا تحتاج إلى نية فمتى جاء بها فقد خالع زوجته وبانت منه، لأنَّ الخلع قد تكرر كثيرا على لسان العرب وجرى العرف به على أنَّه يراد به الفرقة بين الزوجين . أمَّا المفاداة لورودها في كتاب الله تعالى[5]، أنَّهما كنايتان في الطلاق لأنَّهما لفظان غير لفظ الطلاق الوارد صراحة في القران الكريم والسنة النبوية وعلى لسان حملة الشرع ، ولأنَّ ألفاظ الطلاق منحصرة وليس من بيْنها الخلع والمفاداة[6] .أما لفظ الفسخ قد اختلف فيه هل هو من ألفاظ الصريحة في الخلع أو من ألفاظ الكنايات ، فمن اعتبر أنَّ الخلع طلاق فقال إنَّ الفسخ كناية فيه[7] ،ومن الكنايات المتفق عليها

---

[1]السغدي ، علي بن حسن بن محمد، النتف في الفتاوى ، توفى 461هـ، المحقق : الدكتور صلاح الدين الناهي، سنة النشر 1404هـ ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، دار الفرقان ، بيروت ، عدد الأجزاء : 2 ، ج1 ص 366

[2]السرخسي : الشيخ العالم الفقيه المعمر أبو العباس الفضل بن عبد الواحد بن الفضل السرخسي ثم النيسابوري الحنفي التاجر.

مولده في سنة أربعمائة وقدم بغداد في سنة عشر مع أبيه للتجارة. مات في جمادى الأولى سنة أربع وتسعين وأربعمائة وما وجدوا له شيئا ، فإن ابنه هرب وأصحابه ، وكان صلبا في مذهب أبي حنيفة. (سير أعلام النبلاء ،الطبقة السادسة والعشرون ،ج 19، ص147)

[3]المبسوط /شمس الدين السرخسي ، دار المعرفة ،بيروت ج06 ،ص175.

[4]الإمام محمد بن إدريس الشافعي/ الأم ،ط1 1422هـ،2001م ، دار الوفاء ،المنصورة /مصر ج6 ،ص502.

[5]عامر سعيد الزيباري /أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،ط1 1418هـ-1997 ، دار بن حزم ، بيروت/ لبنان ،ص 134.

[6]أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي /الوجيز في الفقه الشافعي – ت علي معوض –عادل عبد الموجود ،ط1 1418هـ 1998م شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم بيروت /لبنان ،ج2، ص 48

[7]الإمام جلال الدين عبد الرحمان السيوطي المتوفى سنة 911هـ/ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي ، ط1 1403هـ 1983م ، دار الكتب العلمية بيروت/ لبنان ،ص 301– حاشية قليوبي وعميرة الأولى :لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المصري المتوفى سنة 1069هـ /و الثانية

عند الشافعية بارئتك وأبنتك فاشترطوا ذكر المال لأنَّها من ألفاظ الكنايات عندهم ، فتحتاج إلى قرينة وهو المال .قال الغزالي في الوسيط "ولا خلاف في أنَّه لو قالت :ابِنِّي فقال : ابنتك ، ونويا الطلاق ، ولم يذكر العوض إنَّ هذا لا يقتضي العوض بخلاف لفظ الخلع ، فإنَّ لفظ الخلع ينبِّأ عن العوض بخلاف لفظ البينونة "[1].

4-ألفاظ الخلع عند الحنابلة: ألفاظ الخلع عند الحنابلة صريحة وكناية ، فالصريحة ثلاثة الخلع والفسخ والمفاداة ، والكناية بارئتك وأبريتك وأبنتك ، واشترطوا أن لا ينوي الطلاق سواء استخدم ألفاظ صريحة أو كناية ، إذ نِيَّة الطلاق تجعله طلاقا بائنا[2] ، على اعتبار أنَّ الخلع فسخ على المشهور عندهم ، جاء في دليل الطالب " وصيغته الصريحة لا تحتاج إلى نِيَّة ، وهي خالعت وفسخت وفديت ، والكناية باريتك وأبرأتك وأبنتك فمع سؤال الخلع وبذل العوض يصح بلا نية وإلا فلا بد منها ، ويصح بكل لغة من أهلها كالطلاق "[3]. فإذا قال الزوج لزوجته خالعتك ولم يذكر العوض فلأحمد رحمه الله روايتان:

-أنَّه يقع طلاقا بائنا رواها عبد الله عن أبيه قال قلت لأبي :رجل علقت به امرأته تقول اخلعني قال قد خلعتك ، قال يتزوج بها ويجدد نكاحه وتكون عنده على اثنتين[4]، هذا فيه دلالة على أنَّ الخلع يجوز بدون ذكر العوض ويقع طلاقا بائنا.

-أنَّه لا يقع إلا بذكر العوض حيث روى عن الإمام أحمد رحمه الله " إذا قال لها اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي ، لم يكن خلعا إلاَّ على شيء ، إلَّا أن يكون الطلاق فيكون ما نوى "[5].

: لشهاب الدين أحمد البرسلي الملقب بعميرة المتوفى سنة 957 هـ ، على شرح جلال الدين محمد أحمد العلى المتوفى سنة 864، على منهاج الطالبين للإمام أبي زكرياءيحى بن شرف النووي المتوفى سنة 676هـ في الفقه الشافعي ط3 1375هـ 1956م مطبعة مصطفى الباجي وأولاده ،بمصر ج3 ص 313.

[1]الغزالي ، محمد بن محمد بن محمد أبو حامد / الوسيط في المذهب ، المحقق : أحمدي محمود إبراهيم محمد محمد تامر، سنة النشر : 1417هـ ، الطبعة الأولى ، دار الإسلام ، القاهرة عدد الأجزاء 7 ج5 ص 344.

[2]موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي/ المقنع،شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي /الشرح الكبير ،علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن احمد الماوردي ، ت الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، دار الهجرة ، مصر ،ط1 1416هـ-1996 ،ج 22، ص 33.

[3]ابن يوسف المرعي الحنبلي /دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، سنة النشر 1389هـ ط2، المكتب الإسلامي بيروت ، ص 255 .

[4]سعيد عامر الزيباري / أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،المرجع السابق، ص 140

[5]موفق الدين بن قدامة ،المغنى ، مرجع سبق ذكره،ج10 ص 275.

ثانيا : من الناحية القانونية

1–قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :جاء النص في المادة 110 الفقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على ما يلي "الخلع عقد بين الزوجين يتراضيا فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها " يتبيَّن من خلال هذه المادة أنَّ المشرع الإماراتي لم يحدد ألفاظ الخلع بل اكتفى بذكر الاتفاق على الخلع بين الزوجين مع تحديد العوض ، فإنَّ الخلع يقع بأي لفظ بشرط تحديد العوض والاتفاق عليه بين الزوجين.

2–قانون الأحوال الشخصية الكويتي :جاء في المادة 111 الفقرة (أ) من نفس القانون ما يلي : "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع ، أو الطلاق ، أو المبارأة أو مافي معناه " لقد اشترط المشرع الكويتي ذكر العوض إضافة إلى ألفاظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة ، وكل ما يعتبر من ألفاظ الفراق ، وبمفهوم المخالفة لا يكون خلعا إذا كان بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة إذا كان بدون ذكر العوض بل يكون محض طلاق ، وهذا ما أكدته المادة 110 كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل ، والطلاق المكمل للثلاث ، وما نص على كونه بائنا في هذا القانون " لكن الإشكال الذي يبقى مطروحا هو إذا تلفَّظ الزوج بالخلع عَارٍ عن العوض هل يقع طلاقا بائنا أم رجعيا ، هذا ما لم ينص عليه المشرع الكويتي ، أمَّا بالرجوع إلى المادة 343 من نفس القانون "كل ما لم يرد له الحكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك ، فإن لم يوجد المشهور طبق غيره ، فإن لم يوجد حُكْمٌ أصلا، طُبِّقت مبادئ العامة في المذهب "،إذن فقد نص في هذه المادة على أنَّه في حالة عدم وجود حكم في هذا القانون أنَّه يرجع إلى المشهور في المذهب الإمام مالك ، والمشهور في المذهب لا يشترط ذكر العوض إذا كان بلفظ الخلع أو المبارأة كما بيَّنت سابقا ، ولكن المشرع الكويتي اشترط ذكر العوض إضافة إلى لفظ الخلع والمبارأة وبهذا قد يكون أخذ بالمذهب الحنفي في المادة 111 .

3–قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010: جاء في المادة 102 من قانون الأسرة 36 لسنة 2010 مايلي " الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها " وبهذه المادة يكون قد نَهَجَ نَهْج المشرع الكويتي في اشتراط ذكر العوض مع هذه الألفاظ وهذا مساير للمذهب الحنفي ، إلَّا أنَّهُ يخالف المذهب الحنفي إذا وقع بلفظ الخلع ولم يذكر العوض ففي قانون الأسرة الأردني يقع طلاقا رجعيا حيث جاء في المادة 103 الفقرة(ب)من

نفس القانون ما يلي: " إذا بطل العوض في الخلع وقع الطلاق رجعيا ما لم يكن مكملا للثلاث أو قبل الدخول فيكون بائنا " وهذا ما أكدته المادة 108 من نفس القانون التي جاء النص فيها "إذا صرح المخْتَلِعَان بنفي العوض وقت الخلع كان الخلع في حكم الطلاق المحض ووقعت به طلقة رجعية ما لم يكن مكملا للثلاث أو قبل الدخول فيكون بائنا ". كما جاء في المادة 113 من نفس القانون " الخلع والطلاق على مال يقع بهما الطلاق بائنا " بهذا يكون قد أخذ بما ذهب إليه ابن عبد البر ومالك رواية عن أشهب في أنَّه إذا وقع الخلع بلفظ الخلع بدون ذكر البدل وقع الطلاق رجعيا، أمَّا المذهب الحنفي إذا وقع الخلع بلفظ الخلع عَارٍ عن البدل وقع طلاقا بائنا .

إنَّ هذا التذبذب لدى المشرع العربي في الأخذ بشتى المذاهب في تشريعه لقانون الأحوال الشخصية نتج عنه اختلاف في الأحكام.فتارة يأخذ بالمذهب المالكي وتارة يأخذ بالمشهور في المذهب الحنفي وتارة بغير المشهور في المذهب .

4-قانون الأسرة الجزائري 05-02: لم ينص المشرع الجزائري على ألفاظ الخلع في قانون الأسرة و اكتفى بذكر الخلع باعتباره حقا للزوجة تستعمله متى شاءت وذلك في المادة 54 التي جاء النص فيها على ما يلي " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على مقابل مالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم "، لكن يطرح الإشكال التَّالي إذا أقرَّ الزوجان بوقوع الخلع دون مقابل ، فهل يقع الخلع طلقة بائنة دون عوض ، أم أنَّ للزَّوج عوض ،أو أنَّ المشرع الجزائري يعتبر ذلك من ألفاظ الطلاق ، لكن المشرع الجزائري أحال القضاة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند انعدام النص وذلك حسب المادة 222 من نفس القانون وهذا يطرح إشكال آخر وهو أنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في هذه المسألة إلى عدة أقوال كما بينت سابقا ، هذا ما يجعل القضاة يختلفون في اجتهاداتهم ، كما أنَّ المشرع الجزائري قد أهمل إذا تلفظ الزوج بالخلع كأن يقول الزوج لإمرأته خالعتك أو اخلعي نفسك فتقول هي قبلت ، كما أنَّ المشرع الجزائري قد اقتصر في المادة 54 على أنَّ الخلع يصدر بطلب من الزوجة بموجب حكم قضائي ،كأنَّ المشرع قد ضمن عدم نطق الزوج بلفظ الخلع ، وبالتالي هل للقاضي الحق في أن يصالح بين الزوجين إذا صرح الطرفان أنَّه قد وقع الخلع قبل الوصول إلى المحكمة ، فإنَّه لزاما على المشرع أن يبيّن ألفاظ الخلع ، ويبيّن ما الحكم في حالة ما إذا صرَّح الزوجان بوقوع الخلع بعوض ، أو بدون عوض كما وضَّح المشرعيْن الكويتي والأردني وذلك حتى يوحد الاجتهاد القضائي .

المبحث الثاني :

أحكام خاصة بالخلع

لقد قسمت هذا المبحث الى ثلاثة مطالب وهي الفرق بين الخلع والطلاق على مال كمطلب أول ثم مطلب ثاني خصصته لنوع الفرقة الواقعة بواسطة الخلع ثمَّ مطلب ثالث معنون بهل يلحق المختلعة طلاق.

المطلب الأول:

الفرق بين الخلع والطلاق على مال

إنَّ الخلع والطلاق على مال تزول بهما العصمة الزوجية ، لهذا فهم يتَّفقان في أحكام ويختلفان في أحكام أخرى ، هذا ما سأتناوله من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول:من الجانب الفقهي :

هناك اتفاق و اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه المسألة ، هذا ما سأتطرق إليه

أولا:الأحكام التي يتفقان فيها :

1-كلاهما تُحلُّ بهما الرابطة الزوجية بطلاق بائن[1].

2-كلاهما يشترط فيهما قبول الزوجة إذا كانت هي الملتزمة بدفع البدل[2].

3-كلاهما يشترط فيهما العوض[1].

---

[1]أبي القاسم عبد الكريم بن محمد القزويني /المحرر في الفقه الشافعي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، ط1 2005 ، دار الكتب العلمية ،بيروت / لبنان، ص 323/و أيضا بدر الدين العيني /البناية شرح الهداية ، تحقيق أيمن صالح شعبان ، ط1 1420هـ -2000م ، دار الكتب العلمية ، بيروت/ لبنان ،ج5 ،ص 515 /و كذلك ابن حبيب الماوردي /الإقناع في الفقه الشافعي ، ت ع خضر محمد خضر ،ط1 1420هـ ، دار إحسان ،طهران/ إيران ،ص 152

[2]أبي القاسم عبد الكريم بن محمد القزويني /المحرر في الفقه الشافعي المرجع السابق ،ص323 /وأيضا بدر الدين العيني /البناية شرح الهداية ،المرجع السابق ، ج5 ،ص 515/ و كذلك ابن حبيب الماوردي/ الإقناع في الفقه الشافعي، المرجع السابق، ص 152.

4-كلاهما تلتزم فيهما الزوجة بدفع العِوض ، ويكون دينا عليها حتى تؤديه[2].

ثانيا :الأحكام التي يفترقان فيها

1-الطلاق على مال يقع بائنا وينقص به عدد الطلقات باتفاق الفقهاء ، أمَّا الخلع فيه اختلاف بين الفقهاء هل هو فسخ أم طلاق بائن[3].

2-إنَّ عقد الخلع يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة ، أمَّا الطلاق على مال فإنَّ صيغته لا تكون إلاَّ بلفظ الطلاق أو ما في معناه كقوله سرحتك[4] .

3-إذا بطل العوض في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيا ، أمَّا إذا بطل البدل في الخلع وقع الطلاق بائنا[5].

4-الخلع يسقط أي حق ثابت بين الزوجين وقت الخلع إذا لم يكن في نظير عوض في رواية للإمام أبوحنيفة[6] ،أما الطلاق على مال فإنَّه لا يسقط أي حق إلَّا إذا نص عليه الزوجان باتفاق[7] .أما عند المالكية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد من الحنفية لا يترتب على الفرقة بلفظ الخلع دون بدل سقوط أي حق أو التزام من جانب الزوجة [8].

---

[1]المحرر في الفقه الشافعي المرجع السابق ص323 /البناية شرح الهداية ،المرجع السابق ،ج5 ،ص 515/ الإقناع في الفقه الشافعي المرجع السابق ،ص 152.

[2]سعيد عامر الزيباري / أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،المرجع السابق ، 245.

[3]أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي /الكافي في الفقه اهل المدينة المالكي ، المجلد الثاني ، المرجع السابق ،ص 593 /و أيضا عبد الله بن محمود بن مودود / الاختيار لنيل المختار ،تعليق محمود أبو دقيق ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ،ج3 ص 157 . / و كذلك ابي بكر بن محمد عارف بن عبد القادر خوقير المكي / مختصر فقه احمد بن حنبل ، اعتنى به عبد السلام بن محمد الشويعر ، سنة1424هـ ، مكتبة الرشد ناشرون الرياض/ السعودية ، ص144/ و كذلك ابن الجوزي ،مهذب الأحمد في مذهب الإمام احمد سنة الطبع 1378هـ-1959م ، مطبعة ق بومباي /الهند ،ص 92 .

[4]سعيد عامر الزيباري / أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،المرجع السابق ،ص 245.

[5]الحبيب بن طاهر/الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سبق ذكره، مؤسسة المعارف ، بيروت /لبنان، ج4، ص 19 /و أيضا أبي الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر القدوري/ مختصر القدوري ، تحقيق وتعليق كامل محمد عويضة الطبعة الأولى 1418هـ-1997 ، دار الكتب العلمية بيروت /لبنان ص 163 / و أيضا عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي /حاشية الروضالمربع ، المرجع السابق ، ج6 ص 469 – الإمام أحمد ،مهذب الأحمد في مذهب الإمام احمد المرجع السابق ص92.

[6] موفق الدين بن قدامة /المغنى ،المرجع السابق ج10، ص 274./و أيضا ابن الهمام/،شرح الفتح القدير ، ،الطبعة الأولى 1424هـ-2003 ، دار الكتب العلمية ، بيروت/ لبنان ج،4ص 209-210

[7]ابن الهمام / شرح فتح القدير ،المرجع السابق ج4 ،ص209

[8]علي الخفيف /فرق الزواج في المذاهب الإسلامية–ط1 1429 هـ- 2008م ، دار الفكر العربي /القاهرة ،ص 168.

الفرع الثاني :من الجانب القانوني

سوف أتطرق في هذا الفرع إلى موقف بعض التشريعات العربية ومن بينهم ما يلي :

أولا :الأحوال الشخصية الكويتي :إنَّ المشرع الكويتي لا يفرق بين الخلع والطلاق على مال فكلاهما يقع به الطلاق بائنا وهذا ما جاء النص به في المادة 111 من نفس القانون "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه ، بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها " وهذا ما أكدته أيضا المذكرة الإيضاحية.كما أنَّ الخلع والطلاق على مال لايسقط به شيء لم يجعل عوض في الخلع وهذا ما نص عليه في المادة 115 "يجب العوض المتفق عليه في الخلع ، ولا يسقط به شيء لم يجعل عوضا عنه "كما أنَّ كل من الخلع العارِ عن البدل والطلاق بدون بدل يقع به الطلاق رجعي هذا ما جاء النص به في المذكرة الإيضاحية في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي "إذا استعمل الزوج لفظ الخلع أوما في معناه بإرادة منفردة دون اتفاق مع زوجته على عوض من جانبها ، فإنَّه يعتبر طلاقا مجردا ، ولا يقع به إلاَّ الطلاق الرجعي "[1]، كما جاء أيضا في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية ،(ذهب الحنفية إلى القول أنَّ للزوج أن يوقع الطلاق رجعيا إن شاء ، وبائنا إن شاء ، وذهب الجمهور إلى رأي ثان كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول ، والطلاق على بدل، والطلاق المكمل للثلاث، وبعض حالات التفريق القضائي ،لهذا صيغة المادة 107كالآتي " يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات ").كما جاء في المادة 110 من نفس القانون "كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول ، والطلاق على بدل والطلاق المكمل للثلاث ، وما نص على كونه بائنا في هذا القانون " وبمفهوم المخالفة أنَّه إذا خلا الطلاق عن البدل كان الطلاق رجعيا.

ثانيا قانون الأحوال الشخصية الأردني:إنَّ المشرع الأردني يعتبر كل من الخلع والطلاق على مال يقع بهما طلاق بائن ، وذلك حسب نص المادة 113 "الخلع والطلاق على مال يقع بهما طلاق بائن " ، كما أنَّه كلاهما يقع به طلاق رجعيا إذا خليا من العوض وذلك حسب نص المادة 108 " إذا صرَّح المتخالعان بنفي العوض وقت الخلع كان الخلع في حكم الطلاق المحض ووقعت به طلقة رجعية ما لم يكن مكملا للثلاث أو قبل الدخول فيكون بائنا "، كما جاء في المادة103 إذا بطل العوض في الخلع وقع الطلاق رجعيا ما لم يكن مكملا للثلاث أو قبل الدخول فيكون بائنا " ، كما ورد أيضا في المادة 91 من نفس القانون "كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ولو بعد الخلوة

[1]المذكرة الإيضاحية المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص 159. موقع الكتروني سبق ذكره في الصفحة 18 من هذه المذكرة .

والطلاق على مال ، والطلاق الذي نص على أنَّه بائن في هذا القانون " وبمفهوم المخالفة الطلاق على غير مال يقع رجعيا .إلَّا أنَّ المشرع الأردني يفرّق بين الطلاق على مال والخلع على مال غير المهر فإنَّ الطلاق على مال يلزم الزوجة أداء ذلك المال فقط أمَّا الخلع على مال غير المهر لزم الزوجة أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلَّق بالمهر ونفقة الزوجة وذلك حسب نص المادة 106 من قانون رقم 36 لسنة 2010 "إذا كان الخلع على مال غير المهر لزم أداؤه وبرأت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجة " ،كما جاء أيضا في المادة 107 "إذا لم يسم المتخالعان شيئا وقت الخلع برئ كل واحد منهما من حقوق الأخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية ".

ثالثا قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :بعد اطلاعي على قانون الأحوال الشخصية الإماراتي لم يتكلم المشرع عن الطلاق على مال بل اكتفى بذكر أنَّه إذا بطل البدل في الخلع استحق الزوج مهر المثل . وأنَّ الخلع فسخ وليس طلاق بائن وذلك حسب نص المادة 110 الفقرتين الثالثة والرابعة "-إذا لم يصح البدل في الخلع وقع الخلع واستحق الزوج المهر .

-الخلع فسخ" . وما يمكن أن نستنتجه أنَّ الطلاق على مال يقع به الطلاق بائنا.

رابعا قانون الأسرة الجزائري :إنَّ المشرع الجزائري لم يفرق بين الخلع والطلاق على مال ، مكتفيا بذكر مادة واحدة وهي المادة 54 من قانون الأسرة التي لم تفرق بين الخلع والطلاق على مال ولم يبيّن المشرع الجزائري إذا وقع الخلع بلفظ الخلع أو لفظ الطلاق على مال و الحالة التي يسقط فيها المال وما حكم الطلاق على مال إن فسد البدل ، على اعتبار أنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون بين فساد البدل في الخلع وفساد البدل في الطلاق ، إلاَّ أنَّ المشرع الجزائري أحال القضاة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك حسب المادة 222 من نفس القانون ، هذا ما يجعل اجتهاد القضاة متناقضا .إلَّا أنَّنا بالاستناد على اجتهاد المجلس الأعلى نجده ينص في قرار رقم 26709 غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 08-02-1982 على ما يلي "الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج ، إذ الخلع شُرّع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنَّها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه "[1] من خلال هذا القرار نستنتج أنَّ هذا الاجتهاد لا يفرق بين الطلاق على مال والخلع من حيث وقوع الطلاق ويحسب طلقة بائنة.

[1]قرار صادر عن المجلس الأعلى في ملف رقم 26709 غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 08-02-1982 منشور بنشرة القضاة 1982 عدد خاص ص 258

المطلب الثاني :

نوع الفرقة الواقعة بواسطة الخلع

لقد اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين في الخلع إلى ثلاثة أقوال ، فمنهم من اعتبر الخلع طلاق بائن ،ومنهم من اعتبره طلاق رجعي، ومنهم من اعتبره فسخ ، لكن قبل عرض أقوال الفقهاء في نوع فرقة الخلع ، يجب أولا أن نعرّف الطلاق والفسخ ثم ذكر الفرق بين الطلاق والفسخ .

الفرع الأول :مفهوم الفسخ والطلاق

سوف أتعرض في هذا الفرع إلى مفهوم كل من الطلاق والفسخ والفرق بينهما

أولا تعريف الطلاق والفسخ :

تعريف الطلاق لغة : حل القيد والإطلاق[1].

اصطلاحا : هو حل لعقد النكاح من خلال لفظ الطلاق

تعريف الفسخ :لغة بأنَّه الإزالة والنقض[2] .

اصطلاحا: نقض العقد المبرم بين الزوجين والتفريق بينهما من غير طلاق بسبب خلل وقع في شروط صحته ، أو طرأ عليه سبب يمنع بقاؤه[3]

ثانيا الفرق بين الطلاق والفسخ :يفرّق فقهاءالشريعة الإسلامية بين الطلاق والفسخ من حيث المعنى، وترتب الأحكام على كل واحد منهما ، وعليه فحينما يختلف الفقهاء حول اعتبار الخلع طلاقا أو فسخا يترتب عليه أيْضا اختلاف آثار كل منهما ، فيمكن ذكر بعض الأحكام التي يختلف فيها الطلاق عن الفسخ .

1-الطلاق لا يكون إلاَّ بتلفظ الزوج واختياره ورضاه ، أو يوقعه القاضي لسبب ما ، كما يوقعه الحكمان عند استحالة العشرة بين الزوجين[1] ، أما الفسخ فلا يحتاج فيه إلى رضا الزوج ولا إلى

---

[1]المجند في اللغة والأعلام دار المشرق بيروت ص470

[2]المجند في اللغة و الأعلام دار المشرق بيروت مرجع سبق ذكره ص581

[3]محمد بكر إسماعيل /الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الاربعة ، ط2، دار المنار/ القاهرة ،مصر، ج2 ،ص 155

تلفظه.قال الإمام الشافعي "كل ما حكم فيه بالفرقة ، ولم ينطق به الزوج ، ولم يردها ...فهذه الفرقة لا تسمى طلاقا "[2].

2-الطلاق أثر من آثار النكاح قرَّره الشَّرْع فلا يسقط بالشرط ، أمَّا الفسخ فقد يكون تداركا لأمر اقترن إنشاءُ العقد لأجله غير لازم ، مثل عدم الكفاءة إذا زوجت المرأة نفسها كما في المذهب الحنفي[3] .

3- الطلاق ينقص به عدد الطلاق التي يملكها الزوج ، أمَّا الفسخ فلا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج[4]

4-في الطلاق يمكن للزوج أن يراجع زوجته وهي في عدتها بدون عقد جديد ولا برضاها إذا لم تكن طلقة ثالثة أو وقع بالخلع كما سبق وأن بينت ، أما الفسخ فلا يمكن للزوج أن يراجع زوجته وهي في العدة .

الفرع الثاني: الخلع بين الطلاق والفسخ

سوف أتطرق في هذا الفرع لوجهة نظر الفقه والقانون للخلع بين الطلاق والفسخ

أولا من الناحية الفقهية:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلاميَّة في مسألة اعتبار الخلع طلاق بائن أم رجعي أم فسخ وهذه المسألة لها أثر في هل الخلع ينقص به عدد الطلقات أم لا، فمن قال أنَّه فسخ فأنَّه لاينقص به عدد الطلقات ومن رأى أنَّه طلاق ينقص به عدد الطلقات والزوج لا يراجع زوجته إلا بعقد جديد ،إذن من طلق زوجته مرتين ثم خالع زوجته فقد بانت منه بينونة كبرى ولاتحل له حتى تنكح زوجا غيره عند القائلين بأنَّ الخلع طلاقا بائنا ، أمَّا من اعتبره فسخ فله أن يراجع زوجته بعقد جديد حتى وإن كان قد طلقها مرتين من قبل .

---

[1]أبو الوليد القرطبي الأندلسي ابن رشد الحفيد / بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، اعتنى به محمود بن جميل، ط1 1429هـ -2008م ، دار الإمام مالك بباب الواد /الجزائر ،ج2، ص 72

[2]محمد بن ادريس الشافعي /الام ، المرجع السابق ،ج6 ، ص 309 .

[3] شمس الدين بن قدامة /الشرح الكبير، المرجع السابق ،ج4، ص 337 ،251 .

[4]د محمد بكر اسماعيل /الفقه الواضح ، المرجع السابق، ج2 ،ص 155.

–القول الأول :قد اعتبر المالكية[1] والحنفية[2] والشافعية[3]والحنابلة[4] في قول آخر الخلع طلقة بائنة ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج وليس للزوج مراجعة زوجته إلاَّ بعقد جديد.وهذا عرض لبعض أقوالهم قال السرخسي في المبسوط "والخلع عندنا تطليقة بائنة "[5].ويقول ابن رشد في بداية المجتهد "و أمَّا نوع الخلع ، فجمهور العلماء على أنَّه طلاق بائن ، و به قال مالك "[6].وقال الشافعي في الأم " إذا خالع الرجل إمراته فنوى الطلاق ولم ينوِ عددا منه بعينه ، فالخلع تطليقة لا يملك فيها الرجعة "[7]. فلما كان الزوج لا يملك الرجعة عليها في الخلع فهذا طلقة بائنة ، كما نص المتأخرون من الحنابلة على أنَّ الخلع طلاق بائن جاء في كشاف القناع "والخلع طلاق بائن "[8]،حجتهم في ذلك قوله تعالى "الطلاق مرتان " (سورة البقرة الآية 229)،أفاد حكم الإثنتين إذا أوقعهما على غير وجه الخلع ، وأثبت معهما الرجعة بقوله تعالى "فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ "(سورة البقرة الاية 229)ثم ذكر حكمها إذا كان على وجه الخلع ، فعاد الخلع على إلى الثَّنْتيْن المتقدم ذكرها ، إذ المراد بذلك بيان طلاق المطلق وطلاق بعوض ، وطلاق الثالث بعوض كان أو بغير عوض ، فإنَّه يقطع الحل إلا بعد زوج[9].

ومن السنة النبوية الشريفة ما روي في حديث ثابت بن قيس أنَّ امرأته جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، إنِّي ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكنِّي أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "((اقبَلِ الحديقة وطلِّقْها تطليقةً"[10] ،ففي الحديث تصريح على أنَّ الخلع طلاق وليس فيه ما يدل على أنَّ الخلع فسخ .

---

[1]بن عبد البر النمري القرطبي /الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، المرجع السابق ،المجلد الثاني ص 593–/ وأيضا علي خفيف /فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ، مرجع سبق ذكره ،ص 131.

[2]عبد الله بن محمود بن مودود ، الاختيار لنيل المختار ، المرجع السابق ،ج3 ،ص 157

[3] الشافعي / الأم ، المرجع السابق، ج6 ،ص 502.

[4] ابن الجوزي المهذب الأحمد في مذهب الإمام احمد مرجع سبق ذكره ، ص 92

[5]شمس الدين السرخسي، المبسوط ، دار المعرفة بيروت ،ج6 ص 171.

[6]ابن رشد /بداية المجتهد ، المرجع السابق ،ج2 ص72

[7]الشافعي /الأم ، المرجع السابق ،ج6 ،ص 504.

[8]منصور بن يونس بن إدريس البهوتي /كشاف القناع عن متن الاقناع ، المرجع السابق ،ج 5 ،ص 216.

[9]أبي بكر القرطبي /الجامع لإحكام القران ،تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ط1 1427هـ 2006م، مؤسسة الرسالة بيروت /لبنان ،ج4 ،ص 85.

[10]محمد بن علي بن محمد الشوكاني ،/نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، قدم له واعتنى به وخرج أحاديثه رائد بن صبري ابن أبي علفة ط 2004م ، بيت الأفكار الدولية لبنان ،كتاب الخلع رقم الحديث 2889 ص 1276/ وأيضا ابن حجر العسقلاني /سبل السلام شرح بلوغ المرام، تصنيف محمد بن

القول الثاني:ذهب الظاهرية[1]إلى القول بأنَّ الخلع يقع طلقة رجعية تنقص به عدد الطلقات و يحق للزوج مراجعة زوجته إن لم يكن هذا الخلع طلقة ثالثة.

حجتهم في ذلك :نفس حجة من قال أنَّه طلاق وقد سبق ذكره ، إلَّا أنَّ الظاهرية انفردوا في اعتبار أنَّ الخلع طلاق رجعي يقول الإمام ابن حزم(أمَّا هل الخُلْع طلاق بائن أو رجعي؟ فقالت طائفة: هو طلقة بائنة، وأمَّا من قال: إنَّ الخُلْع طلاق رجعي، فكما روينا عن سعيد بن المسيب أنَّه قال في المختلعة: إن شاء أن يراجعها، فليردُدْ عليها ما أخذ منها في العدة، وليُشهِدْ على رجعتها)...، ثم يقول ابن حزم: (وما وجدنا قط في دِين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاقًا بائنًا لا رجعةَ فيه إلاَّ الثلاث مجموعةً أو مفرَّقة، أو التي لم يطَأْها، ولا مزيدَ، أمَّا ما عدا ذلك فآراء لا حُجَّة فيها، وأمَّا ردُّه ما أخَذ منها، فإنما أخذه لئلا تكون في عصمته، فإذا لم يتمَّ لها مرادُها، فمالُها الذي لم تعطِه إلاَّ لذلك مردودٌ عليها"[2]

القول الثالث :يفرق الحنابلة[3]بين الخلع والطلاق على مال ، فإن وقع بلفظ الخلع يعتبر فسخٌ أمَّا إن وقع بلفظ الطلاق على مال يعتبر طلاق بائن ، بينما اعتبر الشافعية قديما أنَّ الخلع فسخ لاينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج [4] و حجتهم في ذلك:من القرآن الكريم قال تعالى "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ " (سورة البقرة الآية 229-230). لما كان ذكر قوله تعالى "الطلاق مرتان "، ثم ذكر الخلع بعدها ، ثم ذكر الله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له " أنَّه لو كان الخلع طلاقا لكان طلاق رابع ، فاقتضي ذلك اعتبار الخلع فسخ لا طلاق[5]، و من السنة النبوية الشريفة وعمل الصحابة رضي الله عنهم نجد ما يلي

إسماعيل الصنعاني ، تعليق محمد ناصر الدين الألباني ، ط1 1427هـ-2006م ،مكتبة المعارف الرياض ،رقم الحديث 1003 باب الخلع ، ج3 ،ص451.

[1]بدر الدين العيني /البناية شرح الهداية ، مرجع سبق ذكره ج5 ص 508

[2]بن حزم الاندلسي /المحلى بالاثار ، المرجع السابق ،ج9، ص 511.

[3]أبي بكر بن محمد عارف بن عبد القادر خوفتر المكي الحنبلي/ مختصر فقه احمد بن حنبل ، المرجع السابق ، ص 114.

[4]بدر الدين العيني / البناية شرح الهداية ، المرجع السابق ،ج ،5 ،ص 208 .

[5]ابي بكر القرطبي /الجامع لإحكام القران ،المرجع السابق ، ج4 ص 85.

: -1 ما رُوي في حديث ثابت بن قيس أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قال لثابت: ((خُذِ الذي لها عليك، وخلِّ سبيلها))، فقال: نَعَم، فأمرها الرسولُ صلى الله عليه وسلم أن تتربص بنفسها حيضة واحدة وتلحق بأهلها[1] ، والدليل على أنَّ الخلع فسخ من هذا الحديث أنَّه لو كان طلاقا لأمرها أن تعتد بثلاث حيْضات.

2 - ما روي عن ابن عباس حينما سأله رجل عن رجل طلَّق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه،أينكحها؟ قال ابن عباس: نَعم، ذكَر الله الطلاق في أوَّل الآية وفي آخرِها، والخُلْع بين ذلك، فليس الخُلْع بشيء[2]، فدل ذلك على أنَّه فسخ.

ثالثًا: من المعقول:

قالوا: إنَّ الخُلْع والطلاق يختلف أثرُ كل منهما عن الآخر؛ وذلك أنَّ الله تعالى قد رتب على الطلاق بعد الدخول ثلاثة أحكام، وكلها غير موجودة في الخُلْع، وهي:

1- أنَّ الزَّوج أحق بالرجعة في الطلاق ما دامت الزَّوجة في العدة.

2- أنَّ الطلقة الواحدة محسوبة مما يملكه الرجل على زوجته من الثلاث، فلا تحِلُّ له بعد استيفاء الثلاث إلاَّ بعد دخولها بزوج آخر

3- أنَّ العدة تَسْتَتْبِع الطلاق، وأنَّ العدة في الطلاق ثلاثةُ قروء.

وقد ثبت بالنص والإجماع أنَّه لا رجعةَ في الخُلْع، وثبت بالسنَّة أنَّ المختلعة تستبرئ بحيضة واحدة، وثبت كذلك جواز الخُلْع بعد تطليقتين، ووقوع طلقة ثالثة بعد حدوثه، فدل ذلك على أنَّ الخُلْع فسخ لا طلاق.[3]

ثانيا: من الناحية القانونية سأذكر في هذا الفرع بعض التشريعات العربية وذلك من أجل المقارنة بينها.

1-**موقف المشرع المصري** : لقد اعتبر المشرع المصري الخلع طلاقا بائنا بالمادة 20 من نص القانون رقم 01 لسنة 2000 و التي جاء النص فيها كالآتي :"ويعتبر الخلع في جميع الأحوال طلاق بائن"[4]يتَّضح من خلال هذا النص أنَّ المشرع المصري قد اعتبر الخلع طلاقا بائنا آخذا في ذلك

---

[1] ابن حجر العسقلاني / سبل السلام ، المرجع السابق ، ج 3 ،ص 455 /و أيضا الشوكاني ،نيل الاوطار المرجع السابق ، حديث رقم 2891 كتاب الخلع ص 1276 .

[2]ابن الحجر العسقلاني /سبل السلام ،المرجع السابق ،ج3 ،ص 455.

[3]الشيخ علي خفيف /فرق االزواج في المذاهب الاسلامية ،المرجع السابق ص172.

[4]حسين بن شيخ آث ملويا /رسالة في الطلاق الخلع دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة ، ط 2015-2016 ، دار هومة ،الجزائر ،ص 271

بالمذهبين الحنفي والمالكي كما اعتبر الخلع والطلاق على مال أو الخلع بدون عوض في الحالات التي يرى فيها القاضي إسقاط العوض طلاق بائن حسب عبارة " في جميع الأحوال "

2-موقف المشرع المغربي :لقداخذ المشرع المغربي بالمذهبين الحنفي والمالكي وذلك من خلال المادة 115 من مدونة الأسرة المغربية[1] التي جاء النص فيها " للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه " إذن من خلال الجملة التي جاء فيها " أن يتراضيا على الطلاق بالخلع " يتَّضح أنَّ المشرع المغربي يعتبر الخلع طلاق.

3-موقف المشرع الإماراتي : لقد خالف المشرع الإماراتي المشرع المصري والمغربي ، آخذا بالمذهب الشافعي في القديم حسب نص المادة 10 الفقرة الرابعة من قانون رقم 28-2005قانون الأحوال الشخصية السالف الذكر "الخلع فسخ " ولم يفرق بين الخلع و بين الطلاق على مال .

4- موقف المشرع الأردني : لقد فرق المشرع الأردني بين الخلع الرضائي والخلع القضائي ، إذ يعتبر الخلع الرضائي طلاقا بائنا ، حسب نص المادة 102 من قانون الأسرة رقم 36 لسنة 2010 التي جاء النص فيها "الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عِوض تراضيا عليه بلفظ الخلع ،أو الطلاق ،أو المبارئة أو ما في معناها " أما الخلع القضائي فيعتبر فسخا حسب نص المادة 114 من نفس القانون التي جاء النص فيها في الفقرة ب ما يلي " إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها وبيَّنت بإقرار صريح منها أنَّها تبغض الحياة معه ، وأنَّه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وردت عليه الصداق الذي اشتملته حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما ، فإن لم يتم الصلح ، حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما"

5-موقف المشرع الجزائري: يعتبر الخلع طلاقا، لأنَّه أدرجه تحت فصل الطلاق ،وما يؤكد هذا أيضا القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 103793، بتاريخ : 19-04-1994 بما ورد فيه " لكن وحيث أنَّ القاضي قد طبق المادة 54 من ق أ ج التي أجازت للزوجة أن تخالع زوجها دون رضا الزوج

(1)المدونة الأسرة المغربية الموقع الالكتروني
http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/.pdf

بذلك وعند الاختلاف في مبلغ الخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم إضافة إلى أنَّ المادة 57 من ق أج تقضي بأنَّ أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية ،مع العلم أنَّ الخلع طلاق يقضي فيه بصفة نهائية وعليه فهذا الوجه أيضا غير مؤسس"[1] وعليه يمكن أن نستنتج من هذا القرار أنَّ الخلع اعتبر طلاقا، لكن كان يجب على المشرع الجزائري أن ينص على ذلك صراحة في قانون الأسرة الجزائري، مع العلم أنَّ المذهب الشافعي في القديم والمذهب الحنبلي يعتبر الخلع فسخ كما سبق وأن بينت ، والذي أرجحه حسب رأيي إن رضي الزوج بالخلع يعتبر طلاقا بائنا وينقص به من عدد الطلقات التي يملكها لأنَّ رضاه بالخلع دلالة على رضاه بالطلاق فيحسب عليه وقلت طلاقا بائنا لأنَّه ما الفائدة من زوجة تدفع عوضا للزوج ويبقى طلاقا رجعيا مادامت أنَّها دفعت عِوضا لتتخلص منه ومادام أنَّه رضي بخلعها فيقع طلاقا بائنا لا رجعيا ،أمَّا إذا كان الخلع عن طريق إلزام القاضي له فيعتبر فسخا وليس طلاقا ، وذلك حتى لايكون ظُلما للزوج لأنَّه لم يرض به فلا تحسب من عدد الطلاقات التي يملكها وذلك خروجا من الخلاف بين وقوعه طلاقا أو فسخا .

المطلب الثالث :

إلحاق المختلعة الطلاق

كما سبق وأن بيَّنت اختلاف الفقهاء في اعتبار أنَّ الخلع طلاق أم فسخ ، ثم قمت بترجيح بين أقوال الفقهاء ، كما أثبت الفقهاء أنَّ للمختلعة عِدة إذا اختلعت من زوجها وقد دخل بها ، إلاَّ أنهم اختلفوا في هل يلحق المختلعة طلاق وهي في العدة ؟ هذا ما سأبينه من خلال ذكر أراء الفقهاء وأقوالهم ثم أذكر رأي القانون المقارن في ذلك .

الفرع الأول: من الناحية الفقهية: لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة إلى قولين ، لكل قول دليله على ذلك .

القول الأول :ذهب بعض الحنفية والظاهرية وأيضا ما روي عن بعض الفقهاء [2] إلى أنَّ الزوجة المختلعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة[1] .

---

[1]القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية تحت ملف رقم 103793، بتاريخ : 19-04-1994المنشور بنشرة القضاة 1997 العدد 51 ص96.

[2]الثوري و الأوزاعي والسعيد بن المسيب.

وحجتهم في ذلك قوله تعالى "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يعلمون"(سورة البقرة الآية 230).

لقد شرع الله تعالى الطلاق بعد أن ذكر الخلع ، لأنَّ حرف الباء في قوله تعالى " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ"(سورة البقرة الآية 230) يفيد التعقيب ، مما يستدل به أنَّ المختلعة قد يلحقها الطلاق .

القول الثاني[2] :ذهب بعض الحنفية و رأي للشافعية والحنابلة ، و بعض الفقهاء[3] إلى أنَّ المختلعة لا يلحقها طلاق وهي في العدة ، وحجتهم في ذلك بما روي عن ابن عباس في رجل اختلع من امرأته ثم طلقها بعد الخلع ، فقال : لا يُحسب شيء من ذلك فإنما طلق من لا يملك[4].

كما استدلوا أيضا في أنَّ المختلعة ليست زوجة ، إذ انتهت الزوجية بالخلع .

الفرع الثاني موقف القانون المقارن : بعد اطلاعي على قانون الأحوال الشخصية الكويتي والإماراتي والأردني نجد أنهم لم يذكروا حكم إرداف الزوج زوجته المختلعة الطلاق وهي في العدة ، إلَّا أنَّه بالرجوع إلى المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي التي جاء النص فيها على ما يلي " لا يقع الطلاق على الزوجة إلاَّ إذا كانت في زواج صحيح وغير معتدة " وعليه نستنتج من خلال هذه المادة أنَّ المعتدة لا يقع عليها طلاق وبما أنَّ الخلع يستلزم العدة إذا وقع بعد الدخول فإنَّه لا يرتدف عليها الطلاق إن أوقعه الزوج في العدة ، أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري لم يذكر حكم هذه المسألة في قانون الأسرة الجزائري، إلاَّ أنَّه بالرجوع إلى المادة 51 من نفس القانون التي جاء النص فيها "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلَّا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء" ما يستنتج من هذه المادة أنَّ من طلق زوجته لا يمكن أن يحسب له طلقة أخرى إذا طلقها وهي في العدة ، وعليه بما أنَّ الخلع طلاق بائن فإنَّه من باب أولى أن لا يقع عليها الطلاق لأنَّه بائن .لكن هناك غموض من طرف المشرع الجزائري في هذه المسألة ، لأنَّه لا يمكن معرفة حكمها إلاَّ بعد الاستنتاج والقياس ، هذا ما يجعل الاجتهاد القضائي متناقضا في المسألة الواحدة لأنَّ عملية الاستنتاج

---

[1]ابن حزم /المحلى ، المرجع السابق ،ج9 ،ص 518-ص519

[2]ابن كثير / تفسير القران الكريم المرجع السابق ،المجلد الاول ،ص 447 / وأيضا الشافعي /الأم المرجع السابق ،ج6 ،ص 504/و أيضا موفق الدين ابن قدامة المغني، المرجع السابق ،ج 10، ص 278 .

[3]ابن عباس ، وابن الزبير ، وعكرمة، وجابر بن زيد، والحسن البصري،و إسحاق بن رهويه، و أبو ثور.

[4]موفق الدين ابن قدامة ،المرجع السابق ،ج ،10 ص278

قد تختلف من قاض إلى آخر ، وعليه فإنَّه لزاما على المشرع الجزائري أن يوضِّح حكم ارتداف المختلعة الطلاق وهي في العدة في مادة منفردة وذلك تفاديا لاختلاف القضاة وتعرض أحكامهم للطعن من قبل المحكمة العليا.

خاتمة الفصل :

الخلع هو عقد معاوضة على بُضْع تملك به الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض ، كما أنَّ الأصل في الخلع الجواز ، وقد تعتريه الأحكام الخمسة حسب السبب الذي يقع به ، كما أنَّ للخلع أركان وهي ، المتخالعان والعوضان ، والصيغة التي هي عبارة عن اللفظ الدال على وقوعه ، وقد اختف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد ألفاظه فعند المالكية أربعة وهي الخلع والفدية والصلح والمبارأة وعند الحنفية خمسة وهي طلقني على مال ، بارأني ، بعني طلاقي ، اشتريت منك طلاقك ، أمَّا الشافعية فألفاظه فاديت وخلعت والحنابلة ألفاظ الخلع عندهم صريحة كالخلع ،والفسخ ،والمفاداة وأخرى الكناية باريتك وأبريتك وأبنتك . أمَّا من الناحية القانونية لم يبيّن المشرع الجزائري ألفاظ الخلع في قانون الأسرة الجزائري ، كما للخلع أحكام بين الفسخ والطلاق ، فمن قال أنَّ الخلع فسخ ذهب إلى أنَّ عدة المختلعة حيضة واحدة ومن قال طلاق فعدتها ثلاثة أقراء ، كما اعتبر المشرع الجزائري الخلع طلاق وعدتها ثلاثة أطهار ، كما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم إلحاق المختلعة الطلاق إلى قولين ذهب الظاهرية إلى أنَّه يجوز إلحاق المختلعة الطلاق ، أمَّا الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية ذهبوا إلى أنَّ المختلعة لا يلحقها طلاق ، بينما المشرع الجزائري لم يتكلم على هذه الحالة ، وبناءا عليه فقد توصلت في هذا الفصل إلى مجموعة من النتائج :

-الأصل في الخلع الجواز وقد تعتريه الأحكام الخمسة على حسب السبب الواقع به .

- الخلع طلاق بائن عند الجمهور .

-لم يحدد المشرع الجزائري نوع الطلاق الواقع بالخلع هل هو طلاق رجعي أم بائن .

- لم يحدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة ألفاظ الخلع التي يقع بها .

-أهمل المشرع الجزائري حكم تلفظ الزوج بالخلع قبل الوصول إلى المحكمة ، كما أهمل أيضا حكم تلفظ الزوج بالخلع بدون عوض هل هو طلاق رجعي أم بائن؟

الفصل الأول

التنازع بين الزوجين في الخلع أمام القاضي

تمهيد الفصل :يعتبر الخلع حقا للزوجة تستعمله متى شاءت وذلك في مقابلة الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يملكه الزوج ، ذلك في إطار المساواة بين الزوجين من طرف الشارع الحكيم ، هذا ما انتهجه المشرع الجزائري في تشريعه لقانون الأسرة رقم 84-11، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 ، لكن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في المسألة التالية :هل الزوج ملزم بإجابة زوجته عند طلبها الخلع ؟ وهل للقاضي سلطة في إجبار الزوج على قبول الخلع إذا طلبته الزوجة ؟، كذلك قد يختلف الزوجان حول وقوع الخلع من عدمه ، أو يختلفان في العوض ، فما هي سلطة القاضي في توقيع الخلع عند التناكر في وقوع الخلع بين الزوجين؟ وما هي سلطته في تقدير العوض عند الاختلاف في بدل الخلع ؟كما قد يحدث تخالع بين فاقدي الأهلية ، فما هي سلطة القاضي في ذلك ؟كما قد يوكل أحد الزوجين أو كلاهما شخصا آخر في توقيع الخلع ، فما حكم ذلك ؟كل هذه الإشكالات سأحاول الإجابة عنها متبعا في ذلك الخطة التالية :

المبحث الأول :سلطة القاضي في توقيع الخلع

المطلب الأول : سلطة القاضي في توقيع الخلع قبل الدخول

المطلب الثاني :الاختلاف بين الزوجين في الخلع

المطلب الثالث :سلطة القاضي في إجبار الزوج على أصل الخلع أو عوضه

المطلب الرابع : سلطة القاضي في توقيع خلع في الحيض أو في مرض الموت

المبحث الثاني :سلطة القاضي في توقيع خلع فاقد الأهلية

المطلب الأول :سلطة القاضي في توقيع خلع المكره و المكرهة

المطلب الثاني :سلطة القاضي في توقيع خلع الصغير والمجنون

المطلب الثالث :سلطة القاضي في توقيع خلع السفيه والسكران

المبحث الثالث : سلطة القاضي عند التوكيل في الخلع

المطلب الأول :مفهوم الوكالة

المطلب الثاني :التوكيل بالخلع من طرف الزوجين

المطلب الثالث : السلطة القانونية للوكيل في الخلع

المطلب الرابع : سلطة الوكيل في مباشرة إجراءات التقاضي المتعلقة بالخلع

المبحث الأول:

سلطة القاضي في توقيع الخلع

للقاضي صلاحيات في توقيع الخلع ، ذلك عند الاختلاف بين الزوجين في وقوع الخلع من عدمه ، كما يمكنه إجبار الزوج على قبول بدل الخلع ، كما أن الخلع قد تعتريه بعض أحكام الطلاق ،كالخلع قبل الدخول والخلع في الحيض ، فما هو حكم كل حالة وما هي سلطة القاضي في كل ذلك ، وللإجابة على هذه الإشكالات قسمت هذا المبحث إلى أربعة مطالب .

المطلب الأول:

سلطة القاضي في توقيع الخلع قبل الدخول:

اتفق جمهور العلماء على جواز الخلع بعد الدخول وهذا ما ينتج عنه في بعض الأحيان بغضُ الزوجة لزوجها، فشرع الله عز وجل الخلع لرفع الضيق والحرج ،ولكن السؤال الذي يطرح هو هل يجوز الخلع قبل الدخول ؟ هذا ما سأتناوله من خلال عرض موقف الشريعة الإسلامية ثم التشريعات العربية و المشرع الجزائري مع بعض اجتهادات المحكمة العليا.

الفرع الأول :موقف الشريعة الإسلامية

الاتفاق حاصل بين جمهور العلماء على جواز الخلع قبل الدخول ، فقد ذكر في المدونة الكبرى للمالكية ما يلي : "ولقد سئل مالك عن رجل تزوج امرأة وأصدقها صداقا فوقع بينهما اختلاف قبل البناء بها فتداعيا إلى الصلح فافتدت منه بمال تدفعه إليه على أن لا سبيل له عليها ففعل ، ثم قامت بعد ذلك تطلبه بنصف صداقها فقال مالك لاشيء لها ..."[1]، كما ذكر أيضا في المدونة "قلت أرأيت المختلعة أيَكون لها متعة إذا اختلعت قبل البناء بها وقد فرض لها أو لم يفرض واختلعت أيكون لها متعة في قول مالك؟ قال قال مالك لامتعة للمختلعة ولا المبارئة قال ابن القاسم ولم يختلف هذا عندنا دخل بها أو لم يدخل بها..."[2]ووجه الاستدلال على جواز الخلع قبل الدخول عند المالكية من هذا القول

---

[1] الأمام مالك بن انس / المدونة الكبرى، المرجع السابق ،ج05 ،ص 14

[2] نفس المرجع السابق ،ج5، ص16

أنَّه لو لم يكن جائز لما سئل عن نصف المهر وعن المتعة في الخلع قبل الدخول.كما جاء في المبسوط للحنفية "لوكان مهرها بألف درهم فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع بشيء في قول أبي حنيفة ..."[1]،كما جاء أيضا في كنز الدقائق الحنفي "ويسقط الخلع والمبارأة كل حق من حقوق الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح .حتى لو خالعها أو بارأها بمال معلوم كان للزوج ماسمت له ولم يبقى لأحدهما قبل صاحبه دعوى المهر ، مقبوضا أو غير مقبوض قبل الدخول أوبعده "[2]حيث يتَّضح من القولين للحنفية أنَّه يجوز الخلع قبل الدخول .كما ذهب الشافعية إلى جواز الخلع قبل البناء جاء في المحرر في فقه الإمام الشافعي "ولو قالت المرأة طلقني بكذا وارتدَّت ثم أجابها الزوج ، نظر إن كان ذلك قبل الدخول حصلت الفرقة بالردة ولم يقع الطلاق ولم يلزم المال "[3]،إذن بمفهوم المخالفة إذا لم ترتد حصل الطلاق ولزم المال ،إذن الخلع قبل البناء جائز ،كما جاء في التدريب في الفقه الشافعي "ليس لنا امرأة يلحقها الطلاق ولا يصح خلعها "[4]،من هذا القول يتَّضح أنَّه يصح الخلع قبل الدخول لأنَّه يصح الطلاق قبل الدخول .كما ذكر أيضا في المنور في الراجح المحرر للحنابلة "إن كان مهرها مائة فخالعته قبل الدخول بخمسين سقط كله "[5]. ووجه الجواز من هذا القول أنَّه لو كان الخلع غير جائز قبل الدخول لما تكلم عن بدل الخلع أصلا.كما جاء في المحلى للظاهرية "ولها أن تفتدي بجميع ما تملك وهو طلاق رجعي ،إلاَّ أن يطلقها ثلاثا أوآخر الثلاث أوتكون غير موطوءة"[6] بمعنى أنَّه لو كانت غير موطوءة أي غير مدخول بها يقع الخلع طلاقا بائنا ،وهذا دليل على جواز الخلع قبل الدخول عند الظاهرية .يتَّضح من خلال عرض لهذه الأقوال أن جمهور الفقهاء متفقون على جواز وقوع الخلع قبل الدخول.إذن ماهو موقف القانون من الخلع قبل الدخول؟

الفرع الثاني :من الناحية القانونية:

سأطرق في هذا الفرع إلى بعض قوانين الدول العربية ، ثم إلى قانون الأسرة الجزائري

---

[1]شمس الدين السرخسي/ المبسوط، المرجع السابق ،ج06 ،ص 190

[2]الإمام بركات عبد الله بن أحمد النسفي /كنز الدقائق الحنفي،كتب الدراسة وحققه وعلق عليه أ د سائد بكداش،ط1 1432هـ-2011م ، دار البشائر الإسلامية –دار السراج المدينة ،المنورة ،ص296.

[3]الإمام الشيخ أبي القاسم عبد الكريم بن محمد القزويني /المحرر في الفقه الإمام الشافعي ، المرجع السابق ،ص 324 .

[4]شهر الدين أبي حفص عمر ابن رسلان البلقيني /التدريب في الفقه الشافعي ، حققه وعلق عليه أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري ، ط1 1433هـ- 2012م ، دار القبلتين ، السعودية، ج3 ،ص192

[5]الشيخ تقي الدين احمد بن محمد بن علي الآدمي /كتاب المنور في الراجح المحرر على مذهب الإمام احمد بن محمد بن حنبل الشيباني ،دراسة وتحقيق د-وليد عبد الله المنيسط1 1424هـ-2003م ، دار البشائر الإسلامية ،ص 369

[6]أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي /المحلى بالآثار ، المرجع السابق ،ج 9،ص 511

1-الخلع قبل الدخول في قانون الأسرة الكويتي:

إنَّه يجيز الخلع قبل الدخول وهذا ما نستنتجه من المادة 119 الفقرة الثالثة التي تتكلم عن الخلع في مرض الموت التي جاء النص فيها كالآتي"وإن ماتت بعد العدة أو قبل الدخول فله الأقل من العوض ومن ثلث المال" ، إذن المشرع الكويتي أجاز لمن خالعته زوجته في مرض موتها قبل الدخول أن يأخذ الأقل من العوض ومن ثلث المال ، هذا فيه دلالة على جواز الخلع قبل الدخول عند المشرع الكويتي.

2-الخلع قبل الدخول في قانون الأسرة الأردني :

لقد جاء في المادة 102 " الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة وما في معناها " من خلال هذه المادة يتبيَّن أنَّ المشرع الكويتي لم ينص على عدم مشروعية الخلع قبل الدخول ، واكتفى بذكر أنَّ الخلع الرضائي هو عبارة عن طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه المتخالعان سواء حدث الدخول أم لم يحدث .وبما أنَّه قد تم بينهما عقد الزواج فله أن يخالعها لأنَّها زوجته في نظر المشرع الأردني وما يؤكد أيضا أنَّه يجوز للزوجة أن تخالع زوجها قبل الدخول هو نص المادة 114 من نفس القانون التي جاء النص فيها ما يلي " إذا طلبت الزوجة التفريق قبل الدخول وأودعت ما قبضت من مهرها وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج وامتنع الزوج عن ذلك بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما فإن لم يتصالحا أحالت الأمر إلى الحكمين لموالاة مساعي الصلح خلال مدة ثلاثين يوما ، فإذا لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين بعد إعادة ما قبضته الزوجة من المهر وما أخذته من الهدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج".من خلال هذا النص يتبيَّن أنَّ المشرع الأردني يجيز الخلع قبل الدخول .

3-الخلع قبل الدخول في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :

لقد نص المشرع الإماراتي في المادة 111 الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية ما يلي "الخلع عقد بين الزوجين يتراضيا فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها " نستنتج من خلال هذه المادة أنَّه يجوز الخلع بين الزوجين قبل الدخول ، لأنَّ كل من عقد على امرأة فهي زوجته سواء دخل بها أم لم يدخل بها .

4-الخلع قبل الدخول في قانون الأسرة الجزائري :

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذه الحالة ولكن بالرجوع إلى المادة 222 من قانون رقم 84-11المتعلق بقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 التي تحيل القضاة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، لكن الشريعة الإسلامية متعددة المذاهب هذا ما يجعل اجتهادات القضاة متضاربة في هذه المسألة ، فبسبب هذا الغموض في المادة انقسمت اجتهادات المحكمة العليا إلى مانع للخلع قبل الدخول ومجيز له.

أ-الرأي الذي يرى أنَّ الخلع لا يكون قبل الدخول:

جاء في الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا في الملف رقم: 258613 ،الصادر بتاريخ 14-06-2006 "حيث أنَّ الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه وذلك لأن طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول ،بل يمكن لها المطالبة بعد الدخول ،وعند بلوغ حياتهما الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور ويتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية .الأمر الذي يجعل الحكم –محل الطعن –عرضة للنقض والإبطال "[1] ،يتبيَّن من خلال هذا الاجتهاد القضائي أنّه لا يمكن للزوجة أن تخالع زوجها إلا بعد الدخول ،معللا ذلك بالنفور والكراهية التي لا يمكن أن تتحقق إلا بالدخول .لكن في بعض الأحيان تكره الزوجة زوجها قبل الدخول لما تراه منه أو تسمع عنه من صفات تبغضها .وإن الله أجاز الطلاق للزوج قبل الدخول فإنَّه يجوز أيضا للزوجة أن تخالع زوجها قبل الدخول بها، فكما يمكن للزوج أن يكره زوجته قبل الدخول فيطلقها فإنَّه يمكن للزوجة أن تكره زوجها قبل الدخول فتخالعه . فالخلع قبل الدخول أولى من الخلع بعد الدخول لأنَّ الخلع قبل الدخول تكون فيه المرأة غالبا عذراء وبغير أولاد والله أباح الخلع بعد الدخول رغم وجود أولاد فالخلع قبل الدخول أولى.

ب-الرأي الذي يرى أن الخلع يصح قبل الدخول :جاء في الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا في الملف رقم:252994 ، الصادر بتاريخ 21-11-2000 "حيث أنَّه قد جاء في القرار المنتقد بأنَّ الطاعنة لم تفتح حتى مبلغ الخلع الذي تعرضه على المطعون ضده وبهذا الفهم يصبح الخلع وكأنَّه بيع بالمزاد العلني خصوصا وأنَّ الطاعنة قد تنازلت عن جميع حقوقها وأنَّ طلب التطليق أمام

[1]القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14-06-2006في القضية رقم 258613المنشور بمجلة المحكمة العليا 2006العدد02ص421

القاضي الأول كان على أساس الضرر الذي لحقها من عدم البناء بها بسبب مماطلة الزوج بذلك فقد أصبحت متضررة وليس المطعون ضده .حيث أنَّ المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري لاتشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع ولا للمبلغ الذي يطلبه منعا للابتزاز والاستغلال وعلى هذا فالقرار المنتقد بتأييده للحكم المستأنف القاضي برفض دعوى التطليق كما أنَّ رفضه لطلب الخلع الذي تقدمت به الطاعنة في طور الاستئناف على أساس أنَّها لم تعرض مبلغا للخلع لم يقم على أي أساس قانوني أو شرعي وعلى هذا فالوجه غير مؤسس ،الأمر الذي يتعيَّن معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس"[1]إذن من خلال حيثيات هذا القرار يتبين أن القضاة يجيزون الخلع قبل الدخول ،حيث ذكر في طياته أنَّ الزوجة لحقها ضرر من عدم البناء بها ولها الحق في طلب التطليق أو الخلع .فمن خلال الإجتهادين السابقين يتبيَّن أن هناك تضارب واختلاف من حيث هل يصح الخلع قبل الدخول أم لا ، فكان لزاما على المشرع الجزائري أن يوضح موقفه من هذه المسألة بدلا من أن يُعرّض أحكام المحاكم الابتدائية و قرارات المجالس للطعن والنقض فيها ويُعرّض اجتهادات المحكمة العليا للتناقض.

المطلب الثاني :

الاختلاف بين الزوجين في الخلع

قد يتنازع الزوجان في وقوع أصل الخلع أوفي أصل العوض أو قدره و جنسه و نوعه و لا بيِّنة لأحد الزوجين على صدق دعواه، فما موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسألة ؟ وما موقف المشرع الجزائري ؟ للإجابة على هذه التساؤلات لابد من تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول الاتفاق على وقوع أصل الخلع و الاختلاف في عوضه :قد يُقِرُّ الزوجان أمام القاضي أنَّ الخلع وقع بينهما ولكن ادعت الزوجة أنَّه وقع على غير عوض أوأنَّه وقع على50000دج وادعى الزوج أنَّه وقع على عوض،أو أنَّه وقع على عوض80000دج ففي هذه الحالة ذهب المالكية[2]والحنفية[3]

---

[1]قرار الصادر عن المحكمة العليا في الملف رقم:252994 ، بتاريخ 21-11-2000 المنشور بالمجلة القضائية 2001 العدد 01ص293

[2]خليل ابن إسحاق المالكي /شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك ،المرجع السابق ، ج4 ،ص 30/ وأيضا الحبيب ابن طاهر/الفقه المالكي وأدلته مرجع سبق ذكره ج4 ص23

[3]أبي جعفر احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي /مختصر اختلاف العلماء ، اختصار أبي بكر احمد بن علي الجصاص الرازي ، دراسة وتحقيق د عبد الله نذير احمد ،ط 2 1417هـ- 1996م ، دار البشائر الإسلامية بيروت /لبنان ،ج2، ص472

والحنابلة[1]إلى أنَّ القول قولها في أصل العوض أو في جنسه ونوعه وقدره لأنَّه يدعى عليها العوض أو نوع معين من العوض ولا بينة له في ذلك فيأخذ بقاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر،لحديث النبي صلى الله عليه وسلم "البينة على من ادعى واليمين على المنكر "[2]ولأنَّ الأصل في الأشخاص البراءة فتحلف أنَّه خالعها بغير عوض أو بقدر معين ويأخذ بقولها .وتبين منه لأنَّهما يقران بوقوع الخلع .أما الشافعية[3]فإنَّهم يفرقون بين الاتفاق على أصل العوض والاختلاف في أصل العوض ،كأن يقول خالعتها على عوض وتقول هي خالعني على غير عوض فتبين منه على مقتضى اتفاقهما على وقوع الخلع ، ولا يلزمها شيء من المال لأنَّه يدعي عليها ولا بينة له فالقول قولها مع يمينها . أمَّا إذا كان الاختلاف في قدر العوض أو جنسه فإنَّها تبين منه بمهر المثل .وحجتهم في ذلك أنَّ الخلع معاوضة فإذا اختلفا في العوض أو صفته أو تعجيله تحالفا كالمتبايعين [4]،كما نوقش هذا الدليل "بأنَّه على فرض صحة ما ذهبوا إليه من التحالف بينهما .ولكن عند التحالف فسخ العقد ،لأن التحالف في البيع يحتاج إلى فسخ العقد .إلَّا أنَّه لا يمكن فسخ الخلع لأنَّه لا يلحقه الفسخ .وأجاب الشافعية :بأنَّه صحيح لا يمكن فسخ الخلع لأنَّه لا يلحقه الفسخ ولكنه يسقط العوض المسمى في العقد ويرجع عليها بمهر المثل . كالمتبايعين حين يختلفان بعد هلاك السلعة"[5]، أما الذي أرجحه،إذا كان الاختلاف في أصل العوض تبين منه والقول قولها مع يمينها لأنَّه يدعي عليها ولا بينة له ولاحتمال أنه خالعها على غير عوض ولِاتِّفاق جمهور الفقهاء كما أسلفت الذكر في هذه المسالة . أمَّا إذا كان الاختلاف في قدر العوض أو جنسه أو نوعه فإنَّه يؤخذ بقول الزوجة في قدر العوض وجنسه ونوعه لحديث النبي صلى الله عليه وسلم "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " ثم أنَّه إذا أخذنا بمهر المثل فلربما يكون مهر المثل أقل من العوض الذي أقرته فيأخذ الزوج أقل مما أقرته زوجته فما فائدته من الرجوع إلى القاضي ما دام أنَّه سيأخذ مهر المثل الذي هو أقل مما أقرت به ،ثم إنَّ إقرارها ببعض العوض قرينة على صدقها لأنَّها لو أرادت أن تكذب على زوجها لما أقرت ببعض العوض وتُقِر أنَّه خالعها على غير عوض

---

[1]منصور بن يونس بن إدريس البهوتي /كشف القناع عن متن الاقناع ، المرجع السابق ذكره ،ج5 ،ص230 /و أيضامحمد بن الحسن الشيباني /الأصل ، تح ودراسة الدكتور محمد بيونوكالن ط1 1433ه 2012 ، دار بن حزم بيروت /لبنان ،ج4 ،ص557

[2]إبن حجر العسقلاني /سبل السلام ، ت ص : محمد بن اسماعيل الصنعاني ، ت ع محمد ناصر الدين الالباني ط 1 1427ه-2006م ، مكتبة المعارف / الرياض ،رقم الحديث 1324 ج 4 ص 413.

[3]أبي إسحاق الشيرازي /المهذب في الفقه الشافعي ، تح وتع الدكتور محمد الزحيلي ، ط1 1417ه، 1996م ،دار القلم دمشق ، دار الشامية /بيروت ،ج 4،ص 275/274

[4]محمد نجيب المطيعي /المجموعشرح مهذب الشيرازي ، بدون سنة الطبع ، مكتبة الرشاد ، السعودية ج18 ،ص 193.

[5]سعيد الزباري /أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ،ص171

وتصدق بيمينها بلا خلاف بين الفقهاء الأربعة وتطلق منه بلا عوض وإن ألزمناها بدفع مهر المثل لَرُبَّما كان أكثر مما تقر به وهذا محض ظلم لها .ثم إن حجة الشافعية في أنَّ الخلع معاوضة كالبيع فإذا اختلفا في قدر العوض أو صفته يتحالفان كالمتبايعين والتحالف يقتضي فسخ العقد ، مع العلم أنَّ الخلع إن وقع لايفسخ فهذا محض تناقض وقولهم بأنَّه مثل المتبايعين يختلفان بعد هلاك السلعة فهذا قياس مع الفارق لأنَّ الخلع ليس كالبيع لأنَّ الخلع فيه عوض وبضع ،أمَّا البيع ففيه سلعة وعوض .

الفرع الثاني تنازع الزوجين في أصل الخلع:

أولا: موقف الشريعة الإسلامية

إنَّ الاتفاق حاصل بين الفقهاء على أنَّه إذا حصل تنازع بين الزوجين في وقوع أصل الخلع من عدمه فالقول قول الزوج سواء في وقوع الخلع أو عدمه وليس له عوض في ذلك وعليها اليمين .وقد جاء في حاشية الدسوقي للمالكية"وإن ادعى الزوج الخلع وادعت هي الطلاق ....بانت منه ولا شيء عليها "[1] ووجه الدلالة من هذا القول هو أنَّه أخذ بقوله في الخلع لابقولها في الطلاق لأنَّه لو أخَذَ بقولها في الطلاق لوقع رجعيا ولكن وقع بائنا هذا فيه دلالة على أنَّهم اخذوا بقوله في الخلع لأنَّ الخلع يقع بائنا.

كما جاء أيضا في الكافي للحنابلة "إذا ادعى الزوج خلعها فأنكرته . بانت منه بإقراره والقول قولها في نفي العوض مع يمينها لأنها منكرة وإن ادعته المرأة فأنكر فالقول قوله ولا شيء عليه لأنَّه لا يدعيه "[2] فقد جعل هذا القول قول المرأة في العوض مع يمينها وليس لها القول في وقوع أصل الخلع .

كما جاء في رد المحتار "قوله يقع الطلاق بإقراره أي الطلاق بائن وإن لم يثبت المال لأنَّه يبقى لفظ الخلع المقر به هو كناية فيقع به طلاق بائن ،بناء على القول للمنكر والبينة على المدعي ،ولو ادعت الخلع لا يقع بدعواها شيء لأنَّها لا تملك الإيقاع"[3]

---

[1]شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي /على الشرح الكبير لأبي البركات احمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات المحقق محمد عليش ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون سنة الطبع ،دار احياء الكتب العربية ،ج2 ص 320/و أيضا أبي ضياء خليل /الخرشي على مختصر خليل ، مرجع سبق ذكره، ج4 ص21

[2]موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي /الكافي في فقه احمد بن حنبل ، تح وتع محمد فارس –مسعد عبد الحميد السعدني ،لبنان،ط1 1414هـ-1994م ، دار الكتب العلمية /بيروت ،ج3، ص 105

[3]ابن عابدين ،رد المحتار على الدر المختار ، المرجع السابق ،ج5 ،ص101-102

كما جاء في المهذب للشافعية "إن اختلف الزوجان :فقال الزوج طلقتك على مال ،وأنكرت المرأة بانت بإقراره ولم يلزمها المال بإقراره لأنَّ الأصل عدمه"[1].

ثانيا : موقف المشرع الجزائري

لم يتكلم المشرع الجزائري عن الخلع الذي يكون بين الزوج والزوجة ولا بيَّنة لأحدهما على الأخر سواء في وقوع أصل الخلع ،أو في أصل العوض أوجنسه ، أو نوعه مع العلم أنَّ الخلع الذي يقع بين الزوجين يقع طلاقا بائنا عند الأئمة الأربعة، سواء كان بعوض أو بغيره وسواء كان الزوج هو الموجب أو القابل كأن يقول لزوجته اخلعي نفسك على عوض كذا فتقول قبلت أو يقول لها قد خالعتك فتقع طلقة بائنة على اعتبار أنَّ الخلع من ألفاظ الكنايات التي يقع بها الطلاق ، أو تقول له اخلعني بكذا فيقول قبلت ،ثم يقع بينهما اختلاف وتناكر بين الزوجين فيعرض أحد الزوجين الأمر إلى القاضي لِفَظِّ النزاع بينهما ،فما حكم هذا الخلع الذي يكون بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ؟ بما أنَّ الخلع يعتبر طلاق فيمكن أن نرجع إلى المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-09 المعدل والمتمم بأمر 05-02 التي جاء النص فيها "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى " من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّ المشرع الجزائري لايعترف بالطلاق أو الخلع الذي يكون بين الزوجين أو ما يسمى بالطلاق العرفي ،إذن يعتبر الصلح إجراء جوهريا إلاَّ فيما حصل بين الزوجين أمام القضاء حتى وإن اقر الزوج بتلفظ لفظة الطلاق أوالخلع وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية، التي تعتبر الطلاق يقع بمجرد تلفظ الزوج به،إنَّ نقص المواد القانونية في هذا الشأن جعل من اجتهادات وقرارات المحكمة العليا متناقضة مع بعضها البعض وحتى مع مبادئ الشريعة الإسلامية فقد جاء في قرار رقم 216850 الصادر بتاريخ 16-02-1999[2] "عن الوجه الثالث المأخوذ من مخالفة القانون بدعوى أنَّ المشرع قد وضع قاعدة إجرائية لصحة الطلاق بالمادة 49 من ق أ ج التي تنص على أنَّ الطلاق لا يثبت إلاَّ بحكم بعد محاولات الصلح التي يجريها القاضي ومع ذلك فقضاة المجلس حكموا بإثبات الطلاق الواقع بين الطرفين مخالفين بذلك نص هذه المادة ، لكن حيث أنَّ المادة 49 من قانون الأسرة لا تنطق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم إضافة إلى أنَّ محاولة الصلح لا تعتبر شرطا جوهريا للحكم بالطلاق إنَّما محاولة

---

[1] الشيرازي/ المهذب في الفقه الشافعي، مرجع سبقّ كره،ج4 ،ص274.

[2]قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16-02-1999 في الملف رقم 216850 المنشور باجتهاد قضائي 2001عدد خاص ص 08

الصلح المذكور في المادة 49 من ق أ ج ما هي إلَّا موعضة ما يجعل الوجه غير مؤسس" من خلال هذا القرار يتبيَّن أن قضاء المحكمة العليا يعتبرون أنَّ الصلح هو مجرد موعضة وليس إجراءا جوهريا وبهذا يكونوا قد وافقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولكن خالفوا منطوق المادة 49 من ق أ ج التي تعتبر الصلح إجراء جوهري لصحة الطلاق، فكان على المشرع الجزائري أن ينصَّ صراحة على أنَّ الصلح لا يعتبر إجراء جوهري خاصة في الطلاق العرفي الذي يكون بين الزوج وزوجته مادام أنَّه قد اعترف أمام القضاء أو أنَّها أثبتت ذلك أمام القضاء بالبيِّنة . كما جاء أيضا في قرار الصادر عن المجلس الأعلى في الملف رقم 35026 الصادر بتاريخ 03 -12-1984[1]"فإنَّه ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المنتقد أنَّ قضاة الموضوع أسسوا قرارهم على أنَّ الطَّلاق لا يثبت إلَّا بالتصريح أمام القاضي ومن هذا المنطلق اخطئوا في تطبيق الشريعة التي تخول للطالب أن يثبت تصريحه بالطلاق بواسطة شهود حضروا أو سمعوا بذلك من نفس الطلب أو بواسطة شهادة مستفيضة كالتي حصلت في قضية الحال وكما أنَّهم لم يسببوا قرارهم تسبيبا شرعيا واكتفوا فقط من خلال حيثية بسيطة ، أنَّ القاضي الأول أصاب في حكمه ولم يفرقوا بين الطلاق الذي هو حق للرجل صاحب العصمة ولا يجوز للقاضي أن يحل في إصداره وبين التطليق الذي هو حق للمرأة المتضررة والتي يسوغ لها أن ترفع أمرها إلى القاضي فيطلقها ولهذا فإنَّ الزوج صاحب العصمة هو الذي أصدر الطلاق ونطق أمام جماعة مما وجب على القضاة حينئذ أن يجروا تحقيقا ويسمعوا الشهود الذين علموا بالطلاق وما على القاضي إلَّا أن يوافق على صحة الطلاق وإثباته أمامه .وحيث لم نجد أي بحث ولا تحقيق واعتبار على شهادة عرضت مكان القرار الخالي تماما من قواعد الإثبات ومن الاعتماد على النصوص الفقهية وبناء عليه فإنَّ القرار في تطبيق القانون الداخلي مما يجعله معرضا للنقض ".من خلال هذا القرار يتَّضح أنَّ القضاة يعترفون بالطلاق العرفي ،إذن يعترفون بالخلع العرفي على اعتبار أنَّ الخلع نوع من الطلاق ، لكن ما يلاحظ أنَّهم لا يأخذون بإقرار الزوج بأنَّه طلق زوجته إلَّا إذا اثبت ذلك بشهادة الشهود ولكن هذا مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية التي توقع الطلاق والخلع بمجرد إقرار الزوج بأنَّه تلفظ بالطلاق أو الخلع حتى وإن أنكرت الزوجة ذلك ،كما جاء في قرار رقم 38105 الصادر بتاريخ 04-11-1985[2] "حيث أقام (ب ح) بواسطة محاميه الأستاذ ابن عباس إسماعيل طعنا يرمي إلى نقض القرار الصادر بينه وبين زوجته (م و) يوم 20-12-1982 من مجلس قضاء باتنة القاضي بإلغاء الحكم المعاد يوم 04-01-1982

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى في الملف رقم 35026 الصادر بتاريخ 03-12-1984 بالمجلة القضائية 1989 العدد 04 ص86

[2] قرار صادر عن المجلس الأعلى في الملف رقم 38105 الصادر بتاريخ 04-11-1985المنشور بالمجلة القضائية 1989 العدد 1 ص98

عن محكمة أريس ومن جديد حكم بالإشهاد للطرفين بالطلاق الواقع أمام الجماعة 1977 وببقاء الحقوق محفوظة فيما عدا ذلك.

حيث أنَّ الطعن يستند إلى وجهين :

الوجه الأول مأخوذ من انعدام الأساس القانوني للقرار وذلك لأنَّ مجلس الاستئناف اكتفى بحيثية واحدة جاء فيها بأنَّ الزواج والطلاق ثابتان ولذا يتعيَّن إلغاء الحكم المعاد وحيث أنَّ الزواج ثابت حقا وأنَّ الطلاق لا وجود له .

وحيث أنَّ الزوجة لم تشر أمام المحكمة الأولى إلى الطلاق العرفي .

وحيث أنَّ المجلس استمع إلى الشهود ولكن من الذين يريدون طلاقها ليتزوج أحدهم بها .

الوجه الثاني من خرق الشريعة الإسلامية :

حيث أنَّ الزوجة لا تطلق إلاَّ للضرر الثابت وحيث أنَّ المطعون ضدها لم تثبت الضرر، وحيث أنَّ المجلس حرَّف وقائع الدعوى إذ صرح بالإشهاد على الطلاق وحيث أن الإشهاد لايكون إلَّا بموافقة الطرفين وحيث أنَّ الطَّاعن يُكَرَّر بأنّه لم يقع أي طلاق بينه و بين هذه الأخيرة وحيث أنَّ هذا الإشهاد جاء مخالفا للقانون وأنَّه غير واقع القضية ، فلهذه الأسباب يطلب الطاعن نقض القرار المطعون فيه .

وحيث أنَّ المطعون ضدها أجابت شخصيا ترد على الطعن ولكن طبقا لإحكام المادة 240 من ق أ م فإنه لا يسوغ الالتفات لما جاء لمذكرة جوابها .

عن الوجه الأول المأخوذ من انعدام الأساس القانوني للقرار .

حيث ثابت من دراسة أوراق ملف الدعوى أنَّ المطعون ضدها التي كانت مدعية من الدرجة الأولى لم تشر في طلباتها أمام المحكمة الابتدائية إلى وجود طلاق عرفي وقع بينها وبين زوجها وإنَّها لم تقدم هذا الطلب إلا بمستوى المجلس الإستئنافي وحيث أنَّ هذا الطلب يعتبر جديدا ، وحيث أنَّ هذا الوجه صحيح.

عن الوجه الثاني : المأخوذ من خرق الشريعة الإسلامية ، حيث ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد أنَّ قضاة المجلس ألاستئنافي اعتمدوا في حكمهم بإثبات الطلاق العرفي المشار إليه على شهادة الشهود

وقعت بالمجلس يوم 21:-06-1982 ، ولكن يستفاد من الاطلاع على محضر تلك الشهادة أنَّ كل واحد من الشهود المسطرين بالمحضر ذكر بأنَّه حضر الخصام الحاصل بين الطرفين وأنَّ الزوج يريد أن يطلق زوجته ، وفعلا طلقها أمام الشهود الحاضرين وحيث أنَّ الشهادة جاءت ناقصة وغامضة .

حيث أنَّها لم تحدد التاريخ ولا المكان الذي وقع فيه الطلاق ولم تشر إلى أسماء الحاضرين بمجلس الطلاق ولم توضع صيغة الطلاق .

وحيث أن هذا الوجه كسابقه غير مؤسس مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه" يتبيَّن من حيثيات القضية أنَّ قضاة المجلس الأعلى أخذوا بإقرار الزوج بالسِلب بأنَّه لم يطلق زوجته وفنَّد إدعاء الزوجة في أنَّ زوجها طلقها ، لأنَّه لا بيِّنة لها حيث اعتمدت بينة شهادة الشهود التي كانت متناقضة ،لأنَّ للقاضي السلطة التقديرية في تقدير صحة شهادة الشهود ،ولو كانت الزوجة لها بينة على دعواها لصُدِّقت ولكن لما كان العكس فإنَّه يأخذ بإقرار الزوج بالسِّلب لأنَّ الطلاق حقه لا حقها والأصل في الأشخاص البراءة وأنَّ الزوجة مدعية على الزوج فعليها عبئ الإثبات وهذا موافق لمبادئ الشريعة الإسلامية كما سبق وأن وضحت ذلك ، ويمكن أن نقيس ذلك على الخلع العرفي بما أنَّه طلاق ، من خلال هذه الاجتهادات يتَّضح أنَّه يمكن للقضاء أن يأخذ بالطلاق العرفي وكذلك الخلع العرفي وتبقى مسألة الإثبات يجب أن تكون وفق الشريعة الإسلامية ، البيِّنة على المدعي واليمين على من أنكر وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربع في مسألة إثبات أصل الخلع ومسألة أصل العوض أو جنسه أو نوعه ،إلَّا ما خالفهم فيه الشافعية ،إذا اتفقوا في وقوع أصل الخلع والعوض واختلفوا في جنس ونوع العوض فيرجع إلى مهر المثل وقد بيَّنت الأرجح من ذلك ،أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري فيمكننا أن نستعين بالقانون المدني الجزائري خاصة المادة 342 من قانون المدني التي جاء النص فيها "الإقرار حجة قاطعة على المقر " وبما أنَّ الزوج يملك حق توقيع الطلاق ، فإن أقر بأنَّه طلق زوجته أو تلفظ بالخلع فإنَّه يُصَدَّق ومادامت الزوجة صاحبت العوض فإنَّها تُصَدَّق فيما تقر به من أصل العوض وقدره وجنسه .إذن كان لزاما على المشرع الجزائري أن يتكلم على الخلع العرفي،أيْ الذي يكون بين الزوج والزوجة ولا بيِّنة لأحدهما على الآخر بدلا من أن يترك القضاة يتيهون ويختلفون و يتناقضون في قراراتهم ويناقضون في بعض الأحيان مبادئ الشريعة الإسلامية .فينص مثلا ما يلي :إذا حدث خلع عرفي بين الزوجين ولا بيِّنة لأحدهما على الأخر فالقول قول الزوج في وقوع أصل الخلع أو عدم وقوعه والقول قول الزوجة في أصل العوض أو جنسه أوقدره.إذا أقر الزوج بوقوع أصل الخلع .

-إذا ادعى الزوج أنَّه طلقها على مال وقالت الزوجة على غير مال طلقت منه بائنا ولا شيء له

-إذا ادعى الزوج أنَّه خالعها على عوض وادعت الزوجة أنَّه طلقها بانت منه على مقتضى قوله ولا شيء له

-إذا ادعت الزوجة أنَّه خالعها على غير عوض وقال الزوج إنِّي طلقتها فيصدق الزوج وتطلق طلاقا رجعيا.

المطلب الثالث :

سلطة القاضي في إجبار الزوج على أصل الخلع أو عوضه

الأصل في الخلع أن يتم بتراضي الزوجين لكن في بعض الحالات يكون الزوج غير راضٍ على وقوع الخلع أو غير راضٍ على عوضه ،والإشكال الذي يطرح هو: هل يمكن للقاضي أن يلزم الزوج على الخلع أو على عوضه ؟هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال الفرعين التاليين .

الفرع الأول : سلطة القاضي في إجبار الزوج على أصل الخلع

سأتناول في هذا الفرع حكم إجبار الزوج على الخلع من طرف القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن .

أولا :موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

لقد اختلفت أقوال الفقهاء في مسألة التالية :هل يمكن للقاضي أن يلزم الزوج على الخلع أم لا ؟

1-الفقهاء الذين يرون أنَّ الخلع لا يقع إلاَّ برضا الزوج:

قد أشار صاحب المعونة للفقه المالكي إلى جواز أخذ العوض في الخلع مع التراضي ،لأنَّه ربما كرهت المرأة معاشرة زوجها رغم قيامه بحقوقها ، فكان ذلك رفعا للحرج عليها وعليه ،حتى لا تخالعه من غير سبب ولا يكون الفراق إلاَّ برضاه [1]، حيث يتبيَّن من خلال هذا القول أنَّ الخلع لايكون إلا برضا الزوج . وقد جاء في المذهب الظاهري أنَّ الخلع هو افتداء إذا كان الكره من الزوجة فلها أن تفتدي منه

[1]أبي عبد الله مالك بن أنس /المعونة على مذهب عالم المدينة، تص القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي ، تحمحمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي ،ط1 1418هـ/ 1998م، دار الكتب العلمية/ بيروت، ج1 ،ص 589

ويطلقها إن رضي ولا يكون الخلع إلا برضاه [1]،إذن الخلع عند المذهب الظاهري لايكون إلَّا برضا الزوج ولايمكن للقاضي أن يلزمه بذلك.

كما جاء في المذهب الحنبلي أنَّ الزوج يُستحبُّ له إجابة الزوجة في طلبها الخلع [2]، كما يرى أيضا الدكتور محمد أبو زهرة" الخلع الذي ينعقد بالإيجاب والقبول وذلك أنَّه يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ،إذ لايمكن للقاضي أن يلزم الزوج بالخلع ، أو الزوجة "[3]،كما جاء في الفتح الباري " إنَّ الخلع يكون بالتَّراضي ذلك أنَّ الأمر للإرشاد و الإصلاح لا للإيجاب "[4] كما ذكر صاحب الفقه الإسلامي وأدلته "أنَّه يُسنُّ للرجل إجابة المرأة للخلع إن طلبته "[5] فبمفهوم المخالفة من هذا القول أنَّه لايجوز إلزام الزوج على الخلع. كماجاء في كشاف القناع أيضا "إذا كرهت المرأة زوجها لِخُلقه أو خِلْقه أو كرهته لنُقصِ دينه أولكبره وخافت إثما بترك حقه فيباح لها أن تخالعه ...ويسن إجابتها[6]، كما قال ابن حجر العسقلاني في قوله صلى الله عليه وسلم "إقبل الحديقة"هوأمر للإرشاد لا أمر إيجاب[7].

كماجاء أيضا في الجامع لأحكام القرآن "... ولا معنى لهذا القول لأنَّ الرجل إذا خالع امرأته فإنما هو على ما يتراضيا به ، ولا يجبره السلطان على ذلك "[8]، كما ذهب القاضي عبد الوهاب[9]إلى أنَّه لا يجوز إلزام الزوج بالخلع إلَّا برضاه [10]

---

[1]الشريف محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني الحسني /معجم فقه بن حزم الظاهري ، إخراج واعتناء الشريف محمد حمزة بن علي الكتاني ، ط1 2009 ،دار الكتب العلمية بيروت/ لبنان ،ج1 ،ص291

[2]المقنع ، الشرح الكبير ،الانصاف ، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي ، المرجع السابق ،ج22 ،ص06.

[3]منصوري نورة ،التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية ، سنة الطبع 2012م ، دار الهدى ،الجزائر.ص115

[4]علي احمد عبد العال الطهطاوي /تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار ، ط1 1424هـ-2003م ، دار الكتب العلمية بيروت ،ص 67

[5]وهبة الزحيلي /الفقه الإسلامي وأدلته ، ط2 1405هـ-1985 ، دار الفكر ؛ دمشق سوريا ،ج7، ص، 483.

[6]البهوتي /كشاف الاقناع ، المرجع السابق ، ج5، ص212

[7]الحافظ شهاب الدين احمد بن احمد لابن حجر العسقلاني ت 852 /فتح الباري شرح صحيح البخاري ،بدون سنة طبع –ط المكتبة السلفية –دار الفكر، ج 11، ص319

[8] أبي بكر القرطبي /الجامع لأحكام القران ،المرجع السابق، ج4 ،ص 75 .

[9]**القاضي عبد الوهاب**: هو الإمام العلامة ، شيخ المالكية ، أبو محمد ، عبد الوهاب بن عليين نصر بن أحمد بن حسين بن هارون بن أمير العرب مالك بن طوق التغلبي العراقي ، الفقيه المالكي . صنف في المذهب كتاب " التلقين " وله كتاب " المعرفة " في شرح " الرسالة " وغير ذلك. مات في شهر صفر سنة اثنتين وعشرين وأربعمائة وله ستون سنة .(أنظر سير أعلام النبلاء الطبقة الثالثة والعشرون ج 17، ص 430)

[10]الحبيب بن طاهر/ الفقه المالكي وأدلته ، المرجع السابق ،ج4 ،ص 20

2- الفقهاء الذين يرون أنَّه يجوز للقاضي إلزام الزوج على الخلع إذا طلبته الزوجة:

ذهب الشوكاني "أنَّه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته ،لأنَّه ليس من صارف أمره صلى الله عليه وسلم عن الوجوب الذي هو حقيقته الأمر ما لم تكن قرينة تصرفه عنها "[1]،كما اعتبر أيضا الدكتور عبد الرحمان الصابوني أنَّ الخلع إنهاء للحياة الزوجية بين الزوجين بالتراضي أو بحكم قضائي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغ من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهرًا[2]، إذن من خلال قوله "بحكم قضائي" يتبيَّن أنَّه يجوز إلزام الزوج بالخلع من طرف القاضي. كما يرى صاحب فقه السنة أنَّ الخلع يكون بتراضيهما أما إذا لم يتم التراضي فللقاضي إلزام الزوج بالخلع[3]،كما ذهب إلى ذلك أيضا صاحب فقه الواضح إلى جواز إلزام الزوج على الخلع إذا طلبت الزوجة ذلك وكان رافضا[4].

ثانيا :موقف القانون المقارن

1-موقف المشرع المصري :

لقد جاء في نص المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية رقم 01 لسنة 2000 بقوله "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعة زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها منه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلَّا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها الحكمين لموالاة الصُّلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر " ما يلاحظ أنَّ المشرع الجزائري والمصري اتفقا مبدئيا على عدم الأخذ برضا الزوج في الخلع ولكن المشرع المصري كان أكثر تضييقا على الزوجة في طلب الخلع حيث اشترط :

أولا:إقامة الزوجة دعواها بطلبه ، بمعنى أنَّها بيَّنت الأسباب التي جعلتها تخالع نفسها .

ثانيا:أن تتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية .

(1)الشوكاني /نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، مرجع سبق ذكره ، ص 1277.

(2)التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الاسلامية مرجع سبق ذكره ص105

(3)السيد سابق / فقه السنة ، ط1 ،1425هـ-2004م ، دار الحديث /القاهرة، ص 659

(4)عبد العال الطهطاوي تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، مرجع سبق ذكره ، ص30.

2- **موقف المشرع المغربي** :لقد نص المشرع المغربي على أحكام الخلع في المواد 115 إلى 120من المدونة المغربية لسنة 2004 حيث جاء في نص المادة 115 ما يلي " أنَّه للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لإحكام المادة 114 أعلاه"كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 120 من المدونة " إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ، ولم يستجب لها الزوج ، يمكنها اللُّجوء إلى مسطرة الشقاق " من خلال المادتين المذكورتين يتبيَّن أنَّ المشرع المغربي سار بعكس المشرع الجزائري والمصري حيث اشترط موافقة الزوج على الخلع.

3-موقف المشرع الجزائري:

لم يكن موقف المشرع الجزائري واضحا في مسألة رضا الزوج قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري رقم 84-09لهذا نجد أنَّ قرارات المحكمة العليا كانت متضاربة .

أولا -الرأي الذي كان يرى رضا الزوج شرط لتوقيع الخلع :

لقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 73885 الصادر بتاريخ 23-04-1991 "حيث أنَّه بالاطلاع على قضية الطعن يتبيَّن أنَّ قاضي الموضوع قد خالف أحكام المادة 54 من ق أ عندما فرض على الزوج مبدأ قبول الخلع وقضى به على إرادته، في حين أنَّ القاضي لا يتدخل إلَّا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع"[1]نستنتج من خلال هذا القرار أن الخلع عقد رضائي أي لا بد من رضا الزوج بالخلع.

ثانيا -الرأي الذي يرى أن الخلع لا يحتاج إلى رضا الزوج :

جاء في القرار رقم 252994 الصادر بتاريخ 21-11-2000"حيث أن المادة 54 من ق أ ج لا تشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع ولا للمبلغ الذي يطلبه منعا للابتزاز والاستغلال وعليه فالقرار المنتقد بتأييد للحكم المستأنف القاضي برفض دعوى التطليق ،كما أنَّ رفضه لطلب الخلع الذي تقدمت به الطاعنة في طور الاستئناف على أساس أنها لم تعرض مبلغا معينا للخلع لم يقم على أيِّ أساس قانوني

[1]قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23-04-1991 في القضية رقم 73885 المنشور بالمجلة القضائية 1993 العدد 2ص55

أو شرعي وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعيَّن معه رفض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس".[1]

من خلال هذين القرارين يتَّضح أنَّ قضاة المحكمة العليا كانوا يختلفون في تفسير المادة 54 من ق أ ج قبل التعديل وذلك بسبب عدم وضوحها ، فكان كل قاضي يفسرها حسب اجتهاده ويلجأ إلى رأي فقهي من الشريعة الإسلامية ، ولكن سرعان ما تدارك المشرع الجزائري هذا الأمر وعدل المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-09 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 ووضح موقفه من الخلع وجعله حق الزوجة في مقابل الطلاق الذي هو حق الزوج .

الترجيح:والَّذي أرجحه أنَّه يجوز إجبار الزوج على الخلع لأنَّه

أولا : ورد في قوله صلى الله عليه وسلم "اقبل الحديقة وطلقها تطليقه "فهذا أمر للوجوب لا للاستحباب لأنَّ الأمر الأصل فيه للإيجاب ولا يصرف إلى الاستحباب إلَّا بقرينة وفي الحديث الشريف لا وجود لقرينة .

ثانيا :ورد في قوله تعالى "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"(سورة البقرة الاية 229)فالذين قالوا إنَّ الآية الكريمة تشير إلى التَّراضي قلت إنَّها تعني لا جناح عليه في أخذ العوض ولا جناح عليها إن طلبت من زوجها الخلع والله أعلم وأعلى.

ثالثا : من المعقول إنَّ الله من صفاته العدالة فلما أعطى للزوج حق الطلاق إذا كره زوجته وذلك رفعا للضرر عنه ،فإنَّه أيضا سبحانه يعطي للزوجة الحق في الخلع إذا كرهت زوجها فلا يمكن أن نلزمها بالعيش مع من تبغض رفعا للضرر عنها وحتى لاتقع في محرم. وإذا قالوا إنَّ الطلاق حق مشترك بحجة أنَّ الزَّوجة لها حق طلب التطليق من القاضي قلنا ذلك للضرر من طرف الزوج بها والخلع يكون بمحض الكره له دون ضرر وهو محسن لها .

أما إن قالوا سدا للذرائع حتى لا تطلب الزوجة الخلع ولا تتشتت الأسرة، لأنَّ هناك نساء من القلوب الضعيفة ذات النفوس التي لا تخشى الله فتلجأ إلى الخلع حتى تعيش بحرية قلنا إنَّ رمضان الكريم يكثر فيه الخصام والشجار من أصحاب النفوس الضعيفة فهل نقول أنَّه لا يجوز الصيام . ولكن على المشرع

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21-11-2000 في القضية رقم 252994المنشور بالاجتهاد قضائي 2001 عدد 1 ص293

الجزائري أن يضيق من الخلع ويضع شروط حتى يمنع الزوجة من خلع زوجها كما وضع شروطا على الزوج في الطلاق

الفرع الثاني :قبول الزوج لمبدأ الخلع وعدم الاتفاق على بدل الخلع :

لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة ولكن بالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد هناك اجتهادين مختلفين.

أولا:الاتجاه الذي يري أنَّه لا يجوز إلزام الزوج بالمبلغ رغم قبوله لمبدأ الخلع :

قرار المجلس الأعلى رقم 21305الصادر بتاريخ 25-02-1980"حيث أنّه حقيقة بالرجوع إلى القاعدة الشرعية التي تنص على أنَّه لايجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة وبالاطلاع على الأسباب التي بُنِيَ عليها قضاة الاستئناف قرارهم ،نجد أنَّ قضاة الموضوع أقروا اتفاق الطرفين على مبدأ الخلع وثبت أنَّ الخلاف بقي قائما بينهما على تحديد مبلغ الخلع بخمسة ألاف دينار وهذا يعني أنَّهم ألزموا الزوج بمبلغ معين من العوض الذي تدفعه المرأة مقابل طلاقها من زوجها وفي هذا إلزام للزوج بإيجابه لطلب لزوجته ، بينما جمهور الفقهاء على أنَّه لايجب على الزوج أن يجب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة ، غير أنَّه يندب له ذلك وبناءا على ذلك فإن الخلع لا يتم إلَّا برضا الطرفين واتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه وهذا يتوقف على الإيجاب والقبول من كليهما وبالتالي فإنَّ تقدير مبلغه يتوقف عليهما وحدهما وليس للقضاة حق التدخل في تحديد مبلغه ،لأنَّ العصمة بيد الرجل وهو علَّق الخلع على مبلغ معين . فلا يجوز إجباره بمبلغ محدد لا يوافق عليه وإلاَّ يؤول إلى تطليق زوجته عليه وهذا مخالف لغرض الشارع من الخلع ولذلك فإنَّ تدخل القضاة لتحديد مقدار عوض الخلع يعتبر مخالفة بيّنة لقواعد الشريعة الإسلامية المشار إليها أعلاه، مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه بهذا الصدد...فإنَّه مادامت العصمة بين الزوجين قائمة فإنَّ كل مايترتب على انفكاكهما من آثار فهو الآخر باطل ويتعيَّن نقض القرار بأكمله من دون الحاجة لمناقشة باقي الوجهين"[1] ما يلاحظ على هذا القرار أنَّه أخطا في تفسير أراء فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة رضا الزوج ،فأنهم اختلفوا في مسألة رضا الزوج بمبدأ الخلع ولكن عند قبول الزوج لمبدأ الخلع ويختلف مع زوجته في مبلغ الخلع فذلك يعود إلى القاضي ليحكم بينهم بالمبلغ الذي

[1]قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 25-02-1980 الملف تحت رقم 21305 المنشور بنشرة القضاة العدد1 ص79

يراه مناسبا دون ظلم الزوج أو الزوجة .ثم إن تعليلهم أن قبول الزوج لمبدأ الخلع مرتبط بمبلغ الخلع الذي طلبه الزوج .هذا فيه ابتزاز للزّوجة أو أنَّه تحايل عليها بعلمه أنَّها لا تستطيع دفع هذا المبلغ،فكان على القاضي أن يحكم ببدل الخلع الذي يراه مناسبا ما دام أنَّ الزوج كان راضيا بمبدأ الخلع.

ثانيا :الاتجاه الذي يرى أنَّه يجوز إلزام الزوج ببدل الخلع عند الاتفاق على أصل الخلع :

كما سبق وأن بينت أنَّه يجوز للقاضي أن يلزم الزوج بمقابل للخلع منعا للابتزاز والتحايل وهذا مانلمسه في قرار المحكمة العليا رقم 83603 الصادر بتاريخ 21-07-1992"حيث أنَّ المادة 54 من ق أ ج تشترط قبول الزوج للمبلغ الذي تعرضه الزوجة على زوجها بعنوان الخلع فالمادة تسمح للزوجة أن تخالع نفسها على مال دون تحديد لنوعه أيْ مطلق المال وهذا هو المبدأ العام للخلع ،أما نوع المال وقدره فهذا راجع إلى اتفاق الطرفين وإلى تدخل القاضي ، على أن لا يتجاوز ذلك صداق المثل وقت صدور الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج لما تعرضه الزوجة لأنَّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف وذلك منهي عنه شرعا وعليه فهذا الفرع أيضا غير مؤسس يتعيَّن معه رفض الطعن "[1]إذن من خلال هذا القرار يتَّضح أنَّه يجوز للقاضي إلزام الزوج ببدل الخلع إذا لم يرض بالبدل الذي أعطته له زوجته ويحكم له ببدل الخلع .والإشكال الذي يطرح هو إذا كانت الزوجة عرضت على زوجها بدل الخلع عشرة ملايين سنتيم للخلع ورفض هو،إذن فالقاضي يحكم له ببدل الخلع الذي هو مهر المثل حسب المادة 54 من قانون الأسرة،وقد يكون خمسة ملايين سنتيم فهل يحكم القاضي بمهر المثل أم أنَّه يلزم بعشرة ملايين سنتيم .

والذي أرى والله أعلم وأعلى مادامت الزوجة رضيت بأن تعطيه عشرة ملايين سنتيم وكان مهر المثل خمسة ملايين فإنَّه يجوز للقاضي أن يلزمه بعشرة ملايين سنتيم ،لأنَّ الزوج عندما رفض البدل الذي أعطته له الزوجة إنما كان يريد الأكثر لا أن يأخذ الأقل ، وهي قد رضيت بالعَشرة فيلزمه القاضي بتلك العَشرة . والله أعلم و أعلى.

[1]قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21-07-1992 الملف تحت رقم 83603 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص134

المطلب الرابع :

سلطة القاضي في توقيع خلع الحائض وفي مرض الموت

قد يحدث التخالع بين الزوج و الزوجتة في حالة حيض أو في مرض الموت أحدهما ،فما حكم هذا الخلع ، هذا ما سأجيب عنه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، أتناول في الفرع الأول سلطة القاضي في توقيع خلع الحائض وفي فرع ثان أتناول فيه سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت .

الفرع الأول :سلطة القاضي في توقيع خلع الحائض

لمعرفة سلطة القاضي في توقيع خلع الحائض لابد من معرفة موقف فقهاء الشريعة الإسلامية ثم موقف القانون المقارن.

أولا :من الناحية فقهية :لقد اتفق جمهور الفقهاء على أنَّ الخلع الذي يقع في الحيض واقع ويحتسب ، ولكن اختلفوا من حيث الجواز أو المنع إلى رأيين :

1-الرأي الذي يرى جواز الخلع في الحيض : ذهب الحنفية و الحنابلة و الشافعية إلى جواز الخلع في الحيض ولا كراهة في ذلك ، وهذه بعض أقوالهم :

حيث جاء في البحر الرائق كنز الدقائق للحنفية ما يلي"روي عن الإمام أنَّ الخلع لا يُكره في حالة الحيض بالإجماع"[1]، وجاء في المغنى للحنابلة "لا بأس به (أي الخلع)في الحيض والطهر الذي أصابها ، لأنَّ المنع من الطلاق في الحيض لأجل الضرر الذي يلحق بها بطول العدة والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكره وتبغض أعظم ، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما "[2].كما ورد في المهذب في الفقه الشافعي "ويجوز الخلع في الحيض ، لأنَّ منع الطلاق في الحيض لضرر يلحقها بتطويل

---

[1] حافظ الدين النسفي ت 710هـ /البحر الرائق كنز الدقائق والشرح البحر الرائق للإمام العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بأبن نجيم المصري الحنفي ت 970هـ ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق للعلامة الشيخ محمد ابن عابدين بن عمر بن عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي ت 1252هـ ضبطه وخرج أحاديثه الشيخ زكرياءعميرات ، ط1 1418هـ 1997هـ ، دار الكتب العلمية بيروت /لبنان ،ج7،ص 143

[2] بن قدامة /المغنى ، مرجع سبق ذكره ،ج10، ص269

العدة ، والخلع جعل لرفع الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والتقصير في حق الزوج والضرر أعظم من الضرر بتطويل العدة فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما"[1].

حجتهم في ذلك :أن المقصود من منع الطلاق في الحيض هو من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة ، والخلع يقصد منه إزالة للضرر الذي يلحقها لسوء العشرة والبقاء مع من تكره وترغب في فراقه وذلك أعظم ضرر من ضرر طول العدة ورضاؤها بالخلع دليل على رضائها بتطويل العدة ، وبدليل حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنَّه لم يسال زوجة ثابت بن قيس حين خلعها عن الحيض[2].

2-الرأي الذي يرى عدم جواز الخلع في الحيض:ذهب المالكية إلى أنَّه يمنع الخلع في الحيض ،حيث جاء في الفقه المالكي وأدلته "الطلاق في الحيض و النفاس ممنوع ولو طلبته الزوجة من زوجها أو خالعته فيه "[3].كما جاء أيضا في التفريع لابن جلاب البصري "ولا يخالع الرجل امرأته وهي حائض كالطلاق بغير خلع "[4] .

حجتهم في ذلك :إنَّ علة المنع هي التعبد ، قالوا لا يجوز الخلع في الحيض لأنَّه بدعة ولا أثر لرضا الزوجين.

والذي أرجحه هو أنَّه :يجب أن نفرق بين أن تطلب الزوجة الخلع ويوافق الزوج دون إجباره من طرف القاضي وبين إجباره من طرف القاضي .

- الخلع في الحيض غير جائز إن كان الزوج موافق على الخلع في الحيض لأنَّه بمثابة المطلق وكان معينا لها على محرم ، ولأنَّه يملك القدرة على تأخير موافقته إلى أن تطهر فيكون ذلك بمثابة تريثها .

-الخلع في الحيض جائز إن كان مجبرا على الخلع من طرف القاضي ، لأنَّ الزوجة ما رفعت أمرها إلى القاضي إلا لتضررها ولا طاقة لها على الصبر ، وبدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل من طلبت الخلع عن حالها أهي حائض أم طاهر.

---

[1]الشيرازي /المهذب في الفقه الشافعي، مرجع سبق ذكره ،ج4 ، ص257.

[2]بن قدامة / المغنى ، مرجع سبق ذكره ،ج10، ص 269

[3]حبيب بن طاهر / الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سبق ذكره ،ج4 ،ص 36 .

[4]ابن جلاب البصري /التفريع ،كسروي حسان ، ط 1، 2007 ، دار الكتب العلمية ، بيروت /لبنان ،ج2 ص 18

ثانيا:من الناحية القانونية

1- بالنسبة للقانون المقارن: بعد إطلاعي على قوانين الأحوال الشخصية لدولة الإمارات والكويت والأردن ، لم يتم النص في هذه القوانين على حالة الخلع في الحيض ،إلاَّ أنَّه بالرجوع إلى المادة 343 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي جاء النص فيها "كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره ، فإن لم يوجد أصلا ،طبقت المبادئ العامة في المذهب " والمادة324 من قانون الأسرة الأردني التي جاء النص فيها "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الرَّاجح من مذهب أبي حنيفة ،وإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون " من خلال عرض لهاتين المادتين للمشرّع الكويتي والأردني نجد أنَّه كان أكثر توضيحا ،حيث أنَّه ألزم القضاة بالراجح في المذهب المعتمد عند عدم وجود النص ، وذلك تفاديا لاختلاف أحكام المحاكم وتناقضها لأنَّه لو فسح المجال للقضاة عند انعدام النص بأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية لصارت أحكام المحاكم متناقضة.

2-بالنسبة للمشرع الجزائري : لم يتكلم المشرع الجزائري عن الطلاق السني و البدعي في قانون الأسرة الجزائري الصادر تحت رقم 84-09 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 ولعله لم يتكلم عن ذلك لأنّه في نظره رأى ما من جدوى من الكلام عن الطلاق أو الخلع في الحيض ما دام أنّ الطلاق والخلع في الحيض يقع سواء كان محرما أو جائزا ذلك عند فقهاء الشريعة الإسلامية كما سبق وأن بيَّنْت ، ولكن كان لزاما على المشرع الجزائري أن يرتب عقوبات على الزوج الذي يوقع طلاقه في حيض الزوجة لأنه آثم وظالم لها ، وحتى يتريث الزوج لعله عند انتظار طهرها قد يكون أقلع عن الطلاق ، كما أنَّه يمكن للقاضي أن يمنع الزوجة من أن تخالع زوجها وهي حائض وذلك للتريث .

الفرع الثاني سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت:

إنَّ مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الموت ، فقد جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية في الجلسة المنعقدة بتاريخ 1952/5/8في الطعن رقم 174 "المقرر في قضاء محكمة النقض أنَّ مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك و ينتهي فعلا بالموت ،فإذا زاد عن سنة فهو لا يعتبر مرض الموت إلَّا إذا اشتدت وطأته و هو لا يعتبر كذلك إلاَّ في فترة الشِّدة"[1]

[1]كمال صلاح ألبنا /المشكلات العلمية في دعوى الطلاق و الفسخ و الخلع للمصريين المسلمين و غير المسلمين –ط1 عالم الكتب/ القاهرة ،ص162.

أولا :حكم الخلع في مرض الموت.

سواء كان في مرض موت الزوج أو مرض موت الزوجة ،لهذا سوف أتطرق في هذا المطلب إلى حكم الخلع في مرض الموت فقها و قانونا .

1-حكم الخلع في مرض الموت فقها

اتفق الفقهاء على أنّ الخلع الواقع في مرض الموت صحيح ، حيث جاء في المغنى لابن قدامى ما يلي "وجملة الأمر أنَّ المخالعة في المرض صحيحة سواء كان الزوج أو الزوجة أو هما جميعا ، لأنَّه معاوضة فصح في المرض كالبيع ولا نعلم مخالفا "[1] كما جاء في المغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشافعية ما يلي "ويصح خلع مريض مرض الموت"[2] كما جاء أيضا في حاشية قليوبي ما يلي "يصح خلع المريض مرض الموت "[3] ،كما ذهب المالكية[4] إلى القول بأنَّ الخلع في مرض الموت واقع لكنه يحرم .

2-حكم الخلع في مرض الموت قانونا

-المشرع الجزائري: لم يتكلم عن حكم الخلع و لكن بالرجوع إلى المادة 54 في قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 نجد أنَّ القاضي ملزم بتوقيع الخلع وإلزام الزوج به دون النظر إلى حالة الزوجين من صحة أو مرض ،كما أنَّه يمكن قياس الخلع عن الطلاق باعتبار أنَّ الخلع طلاق في نظر المشرع الجزائري ، بما أنَّه أدرجه تحت فصل الطلاق ،كما أنّه بالعودة إلى القرار رقم 179696 الصادر بتاريخ 1998/03/17 عن المحكمة العليا قضى بما يلي "إنَّ المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق حرمان الزوجة من الميراث "[5] ، يتَّضح من هذا القرار أنَّ الطلاق يقع في مرض الموت كذلك الخلع باعتباره طلاقا كما سبق وأن بيَّنْت .

---

[1]بن قدامه /المغنى ، مرجع سبق ذكره ، ج10 ،ص313 .

[2]الشربيني/ المغنى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ، مرجع سبق ذكره ،ج4 ،ص446 .

[3]حاشيتا قليوبي وعميرة ، مرجع سبق ذكره ، ج3 ص309.

[4]عبد الرحمان الجزيري /الفقه على المذاهب ألأربعة ،– ط2 1424هـ- 2003م ، دار الكتب العلمية – بيروت /لبنان ،ج4 ،ص356.

[5]القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17-03-1998 في الملف رقم 179696منشور بمجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ص98

– المشرع الكويتي: فقد نص صراحة على صحة خلع المريضة مرض الموت وذلك في المادة 119 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بقوله "يصح خلع المريضة مرض الموت ،ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة" ولكن الإشكال الذي يطرح هو ما حكم خلع المريض مرض الموت ؟ إنَّ المشرع الكويتي لم يذكر المريض مرض الموت و اكتفى بذكر المريضة .

–المشرع الإماراتي و الأردني :بعد إطلاعي على قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات ودولة الأردن سالفي الذكر ،وجدتهما لم يتطرقا إلى حكم الخلع في مرض الموت .

ثانيا :سلطة القاضي في توريث أحد الزوجين عند وقوع الخلع في مرض الموت

قد يحدث موت أحد الزوجين اللذان تخالعا في مرض الموت ، فما حكم ميراثهما ؟ هذا ما سأتناوله من خلال عنصرين هما :

1–سلطة القاضي في توريث الزوجة التي خالعة زوجها في مرض موته

إنَّ الإشكال الذي يطرح هو ما حكم ميراث الزوجة التي خالعة زوجها في مرض موته ،هل ترثه أم لا ؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من عرض موقف فقهاء الشريعة الإسلامية ، ثم موقف القانون.

أ–من الناحية الفقهية :

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في ذلك إلى اتجاهين :

–الاتجاه الأول :

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأنَّ الزوجة المختلعة من زوجها في مرض موته ثم مات في ذلك المرض ترثه سواء في عدتها أو انتهت عدتها و لو تزوجت عدة أزواج ، ذهب إلى ذلك المالكية [1] والحنفية [2] .وفي قول للحنابلة [3] .

[1]مالك بن انس /المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره ج5 ،ص33.

[2]الجزيري /الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سبق ذكره ،ج 4،ص358

[3] الجزيري ،المرجع السابق ،ج4 ،ص 358

و قد استدل أصحاب هذا الاتجاه بما روي عن عبد الرحمان بن عوف أنَّه طلق زوجته فبتَّها ثم مات و هي في عدتها ، فورَّثها عثمان "[1] و يمكنني الرد على هذا الاستدلال أن هذا الحديث في معرض الطلاق الصادر من الزوج و ليس الخلع الذي تطلبه الزوجة و الله أعلم و أعلى .

–الاتجاه الثاني :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الزوجة المختلعة في زمن مرض موت زوجها لا ترثه هذا ما ذهب إليه الشافعية [2] .و في رواية للحنابلة جاء في الأصل "إذا اختلعت المرأة من زوجها و هي صحيحة و الزوج مريض، الخلع جائز على ما سميا و لا ميراث بينهما و هي في العدة أو ماتت هي "[3]. ولعل الخلاف بينهم ، أيْ بين الرأيين في طلب الخلع هل كان الزوج هو الذي خالع زوجته أو رضي بالخلع أم هي التي طلبت الخلع .

ب–من الناحية القانونية :

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذه الحالة ، و هي حكم ميراث الزوجة من زوجها الذي خالعته في مرض موته ، لكن بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تلزم القضاة بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ،إلَّا أنَّه يوجد اختلاف بين الفقهاء حول هذه المسألة .ثم أنَّه بالرجوع إلى اجتهاد المحكمة العليا السالف الذكر في القرار الصادر تحت رقم 179696 بتاريخ 1998/03/17، و الذي يتكلم عن الطلاق في مرض الموت أنَّه يجعل حق الزوجة في الميراث ، فإذا قلنا أنَّه يقاس عليه الخلع باعتباره طلاق فهذا إجحاف في حق الورثة مع أنَّه ظلم لهم في امرأة خالعة مورثهم دون رضاهم . أمَّا بالنسبة للمشرع المصري فلم ينص على هذه الحالة إلَّا ما نستخلصه من خلال الطعن رقم 16 ،جلسة 1989/07/18 النص في المادة 03/11 من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943حسب ما ورد عنه :" تعتبر المطلقة دائما في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترضى بالطلاق ،و مات المطلق في ذات المرض وهي في عدته و على ما جرى به قضاء

---

[1]البهيقي المتوفى سنة 458هـ / السنن الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا–ط2 1424هـ،2003م ، دار الكتب العلمية –بيروت / لبنان ج7 ،ص 362.

[2]الشيرازي / المهذب في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره ،ج4، ص 82.

[3]الشيباني / الأصل ، مرجع سبق ذكره ،ج4، ص570

هذه المحكمة على أنّ المشرع الوضعي قرر أخذ بالمذهب الحنفي أنَّ من كان مريضا مرض الموت و طلق امرأته بائنا بغير رضاها و مات على مرضه و الزوجة لا تزال في العدة فإنَّ الطلاق بائن يقع على زوجته و يثبت منه في حين صدوره فإنَّه أهل لإيقاعه، إلاَّ أنَّها ترث "[1]وبالتالي يتَّضح من خلال هذا الطعن أنَّه يشترط عدم رضا الزوجة بالطلاق في مرض الموت حتى ترث زوجها الذي طلقها ، أمَّا إذا رضيت بذلك الطلاق فلا ترثه و عليه يمكن قياس الخلع الذي تطلبه الزوجة من زوجها فإنَّها لا ترثه من باب أولى لأنَّها هي التي طلبت الخلع.

الرأي الشخصي :

و الذي أرجحه هو أن الزوجة التي خالعة زوجها دون رضاه في مرض موته لا ترثه لأنَّها رضيت بإسقاط حقها من الميراث ،خاصة و أنَّها طلبت الخلع من القاضي و الزوج مجبر على طلاقها حسب المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء النص فيها على ما يلي " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" و ليست له أيُّ نية في إخراجها من الميراث ، أم إن تراضيا على الخلع فإنَّه يجعل للقاضي السلطة التقديرية في النظر بين ميراثها منه و بين الوصية إن كان قد أوصى لها لربما كان تحايلا منه لإعطائها للوصية ما لا يمكن إعطائه لها بالميراث ، ثم إنَّه كان لزاما على المشرع الجزائري أن يوضح موقفه من هذه المسألة بأي رأي أخذ لكي لا تكون أحكام المحاكم و قرارات المجالس القضائية واجتهادات المحكمة العليا متناقضة ، أو أن ينص صراحة على عدم توريث الزوجة المخالعة لزوجها خاصة إذا كان دون رضاه .

2-حكم ميراث الزوج الذي خالعته الزوجة في مرض موتها.

يقصد بهذه الحالة أنَّه إذا خالعت الزوجة زوجها وهي في مرض موتها ، ثم ماتت في ذلك المرض الذي حدث فيه الخلع فهل يرثها ؟ وما حكم البدل الذي أعطته له ؟

[1]سعيد أحمد شعلة /قضاء النقض في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين ، سنة 2005 ، منشأة المعارف ،بالإسكندرية ،مصر ،ص100

أ–من الناحية الفقهية :

ذهب المالكية[1]إلى أنَّ الزوج لا يرث زوجته وحجتهم في ذلك أنَّ الخلع طلاق بائن يقطع العلاقة الزوجية ،أمَّا بالنسبة إلى البدل فإنَّه يُنظر إليه وإلى ميراثه منها ،فإن كان بدل الخلع يساوي ميراثه منها يوم وفاتها أو ينقص فيملكه الزوج ،أمَّا إذا زاد على ميراثه فإنَّ الزيادة لا تكون من حقه ،و يجب على الزوج أن لا يتصرف في المال قبل وفاتها،لاحتمال أنَّها أرادت أن تعطيه بدل أكثر من ميراثه منها .أمَّا بالنسبة للحنفية فقد قالوا بصحة الخلع بشرط أن يكون البدل من الثلث ،لأنَّه تبرع وليس لها أن تتبرع بما يزيد عن الثلث ،فإذا خالعته على مال وماتت في العدة فإنَّه ينظر إلى الثلث وإلى ما يستحقه من الميراث وإلى المال الذي خالعته به ويأخذ الأقل ، هذا إن كانت مدخولا بها وماتت في العدة[2] أمَّا إذا كانت غير مدخولا بها فإنَّها تبين منه بمجرد طلاقها فلا يكون له الحق في إرثها فلا ينظر إلى ما يستحقه من الميراث، بل ينظر إلى العوض وإلى الثلث ويأخذ الأقل ،ومثل هذا إن كانت مدخولا بها وماتت بعد انقضاء العدة لأنَّه لا يرثها[3]،إذن فالحنفية يفرقون بين المدخول بها قبل انتهاء العدة فينظر إلى الأقل من العوض أو الثلث أو ميراثه منها وبين المدخول بها بعد انتهاء العدة وغير المدخول بها من حيث أن يأخذ الأقل من العوض أو الثلث لأنَّه لا يرثها بعد انتهاء العدة أو خلعها قبل الدخول ،إذن من أين للحنفية رحمهم الله هذا التفريق بين المدخول بها المنتهية عدتها والغير المنتهية عدتها وغير المدخول بها في مقارنة الأقل بين العوض والثلث وميراثه منها ،لأنَّ الخلع يقع طلاق بائن في نظرهم فلا توارث بينهما فلِما يفرقون بين المدخول بها الغير المنتهية عدتها و المنتهية عدتها من حيث المقارنة بين الأقل من العوض والميراث ،فأدخلوا الميراث مقارنة بالأقل في المدخول بها الغير المنتهية عدتها بحجة أنَّه يرثها في العدة ،هذا تعليل خاطئ والله أعلم وأعلى ،لأنَّ الخلع عندهم طلاق بائن فلا توارث بينهما حتى وإن ماتت في العدة.

أمَّا إذا برئت من المرض فله كل المال الذي خالعته عليه[4] لأنَّه لا ميراث إلا بموتها ولا ضرر على الورثة لأنَّهم لا يرثون ،وهي حرة في التصرف في مالها أثناء حياتها وصحتها[5]،كما ذهب الحنابلة [6]إلى أنَّ

---

[1]الجزيري /الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سبق ذكره ، ج4 ،ص 356.

[2]الجصاص /مختصر اختلاف العلماء ، مرجع سبق ذكره ،ج،2 ص 470

[3]الجزيري ، نفس المرجع السابق ،ج 4 ،ص354

[4]الجزيري ،نفس المرجع السابق ج 4 ص354

[5] الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربع،المرجع السابق ، ج 4 ،ص354

[6]البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع ، مرجع سبق ذكره ،ج5 ،ص228

الخلع يصح وله ما خالعته عليه إن كان قدر ميراثه منها فما دون ،وإن كان بزيادة فله الأقل من المسمى في الخلع أو ميراثه منها ،لأنَّ ذلك لا تهمة فيه بخلاف الأكثر منهما ،أمَّا إن وقع بأكثر من الميراث تطرقت إليه التهمة قصد إيصالها إليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه ،أشبه مالو وصت أو أقرت له ،وإن وقع بأقل من الميراث فالباقي هو أسقط حقه منه فلم يستحقه ، وإن صحت من مرضها الذي خالعته فيه فله جميع ما خالعته به ،بينما يرى الشافعية[1] إن خالعته بعوض يساوي مهر المثل فله ذلك العوض لأن مهر المثل في نظرهم حل العصمة فليس فيه تبرع ،أمَّا إذا كان العوض أكثر من مهر المثل فإنَّ الزيادة تكون بمثابة التبرع ، ففي هذه الحالة ينظر إلى الزيادة إن كانت أقل من الثلث فله أخذها ،وإن كانت أكثر من الثلث توقفت على إجازة الورثة فيه ،فأنَّه يأخذه إن أجازه الورثة وإلاّ فلا ،أو كان الثلث أقل منها فسخ العوض ورجع بمهر المثل فقط.

الرأي الشخصي :

والذي أرجحه والله أعلم وأعلى أنَّه يجب التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى :إن كان راضيا بالخلع أو كان هو البادئ بالخلع وقبلت الزوجة ،فإنَّه في هذه الحالة له ذلك العوض إن كان يساوي مهر المثل، أمَّا الزيادة على مهر المثل متوقف على إجازة الورثة،ذلك لوجود تهمة التحايل لربما أنَّها أرادت أن تعطيه أكثر من ميراثه منها ،وقلت نعطيه مهر المثل خشية أن يُهضم حقه في المقارنة بين العوض والثلث وميراثه منها ونعطيه الأقل ،ويكون ذلك الأقل أقل من مهر مثلها فيكون محض ظلم مبنيٌ على تهمة لا دليل لنا عليها وهي نية التحايل. ولا يرثها لأنَّه رضي بالخلع فكان أشبه بالرضا بإسقاط حقه من الميراث .

الحالة الثانية:إذا لم يكن راضيا بمبدأ الخلع أو العوض وألزمه القاضي ، ففي هذه الحالة هي متهمة بإنقاصه حقه من الميراث أو تنوي أن تحرمه من أن يرثها و هو الربع إن كان لها ولد أو النصف إن لم يكن لها ولد، فللقاضي السلطة التقديرية في توريثه منها لوجود التهمة في حرمانه من الميراث وذلك قياسا على طلاق الزوج لزوجته في مرض الموت.

[1] الجزيري ،المرجع السابق ،ج ،4ص357 .

ب–من الناحية القانونية

بالنسبة للمشرع الكويتي فقد نص في المادة119 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي "ويصح خلع المريضة مرض الموت ،ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة،فإن ماتت وهي في العدة فللمخالع الأقل من ميراثها ،ومن العوض ومن الثلث ،وإن ماتت بعد العدة أو قبل الدخول فله الأقل من العوض ومن ثلث المال"، هذا فقد أخذ المشرع الكويتي بالمذهب الحنفي ، أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري لم يبين موقفه من ذلك و ليس للقاضي أيَّة سلطة تقديرية بل القاضي الجزائري ملزم بتطبيق المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري دون النظر في الأسباب التي جعلت الزوجة تطالب بالخلع القضائي ،أو أنَّ للزوج الحق في الادعاء أمام القاضي أنَّ زوجته مريضة مرض الموت و تريد أن تحرمه من الميراث ،أو أنَّ القاضي له الحق في البحث عن الأسباب التي جعلت الزوجين يتفقان على الخلع و على العوض و هل للوارث الحق في الطعن في هذا الخلع أو في بدله إذا حدث في هذه الحالة

فعلى المشرع الجزائري أن يوسع من سلطة القاضي في البحث عن أسباب الخلع، أو البحث عن الحالة الصحية للزوجة التي تريد أن تخالع زوجها، كما يعطي الحق للزوج في إثبات أن زوجته مريضة مرض الموت كالإصابة بالسرطان ، أو الحق لأحد الورثة طعن في بدل الخلع بحجة أنَّ الزوجة المخالعة مريضة تفاديا لظلم الزوج أو الورثة و الله أعلم و أعلا .

المبحث الثاني :

سلطة القاضي في توقيع الخلع فاقد الأهلية

إن فقدان الأهلية قد يكون بسبب الإكراه أو الصغر أو الجنون أو السفه أو السكر ، فقد يقع الخلع في هذه الحالة ، سواء من الزوج أو الزوجة أو هما معا ،فما حكم هذا الخلع ؟ وما هي سلطة القاضي من هذه الحالات ؟

المطلب الأول :

سلطة القاضي في توقيع خلع المكره والمكرهة

قد يُكره الزوجان على الخلع من طرف أجنبي ، في هذه الحالة يطرح إشكال وهو: ما هي سلطة القاضي في توقيع الخلع ؟

الفرع الأول :سلطة القاضي في توقيع خلع المكره

سوف أتناول في هذا الفرع حكم توقيع خلع المكره من الناحية الفقهية والقانونية .

أولا–من الناحية الفقهية:

لقد نص كثير من الفقهاء على أنَّ من صح طلاقه صح خلعه ، إذن فخلع المكره يأخذ حكم طلاق المكره من حيث الصحة وعدمها.فقد ذهب المالكية[1] والشافعية[2]والحنابلة[3]إلى عدم جواز طلاق المكره .

وحجتهم في ذلك : قول النبي صلى الله عليه وسلم " إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "[4] ولقوله أيضا "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق "[5] ويدخل في حكم المغلق المكره. جاء في التاج والإكليل لمختصر خليل" قال ابن عرفة طلاق المكره وسائر أفعاله في نفسه لغو"[6] بمعنى أنَّه لا يلزمه ولا شيء فلا ينفذ طلاقه لأنَّه مسلوب الإرادة كما جاء في فتح العلي المالك " وطلاق المكره لايلزمه عند مالك ،سواء كان الإكراه على إيقاعه أو على الإقرار به أو على اليمين به سواء لا يلزمه شيء من ذلك "[7] كما جاء أيضا في حاشية البجيرمي " فلا يصح من المكره ...إذا اكره على طلاق زوجته ... وشرط عدم وقوع طلاق المكره أن لا تظهر منه قرينة الاختيار"[8] ،كما جاء في كشف المخدرات "

---

[1]بن أبي القاسم بن يوسف بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي ت 897هـ/ التاج والإكليل لمختصر خليل –ط1 1416هـ 1994 ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ج5 ص 310 /وأيضا محمد بن احمد بن محمد بن عليش أبو عبد الله المالكي ت 1299هـ/ فتح العلي المالك على مذهب الإمام مالك، بدون سنة طبع ، دار المعرفة ، ج2 ص 29.

[2]البجيرمي /حاشية الشيخ سليمان البجيرمي على شرح منهج الطلاب وبهامشه مع الشرح نفائس ولطائف منتجة من تقرير الشيخ الكبير محمد المرصفي طبع بمطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر ربيع الأول 1340هـ ،ج4 ص 04 .

[3]عبد الرحمان بن عبد الله البعلي الحنبلي 1110هـ –1196هـ /كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات ،قابله بأصل مصنفه وبثلاثة أصول أخرى محمد بن ناصر العجمي ط1 1423هـ –2002م ، دار البشائر الإسلامية / بيروت ،ص 636–637.

[4]أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة / سنن إبن ماجة ، رقم الحديث 2043 كتاب الطلاق باب طلاق المكره والناسي ، دار إحياء الكتب العربية بدون سنة الطبع، ج1 ،ص 659 .

[5]ابن ماجة ،المرجع السابق ، رقم الحديث 2046 كتاب الطلاق باب طلاق المكره والناسي ، بدون سنة الطبع ،ج1 ،ص 659–660

[6]العبدري /التاج والإكليل شرح مختصر خليل ، المرجع السابق ،ج5 ،ص 310

[7]ابن عليش/فتح العلي المالك ، مرجع سبق ذكره ،ج2 ،ص 29

[8] الحاشية الشيخ البجيرمي ، مرجع سبق ذكره ،ج4 ،ص 04

ولا يصح طلاق إلَّا من زوج ولو مميزا بعقله ومن عذر بزوال عقله أو أكره فطلق لذلك لم يقع "[1]أي إذا أكره بالضرب ونحوه لم يقع طلاقه.

إلاَّ أنَّ الحنفية أوقعوا طلاق المكره ، وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم " لا قيلولة في الطلاق "[2]أي لا إقالة ولا تجاوز في طلاق المكره وطلاقه واقع ، و جاء أيضا في الغرة المنيفة "وطلاق المكره واقع عند أبي حنيفة وهو قول عمر وعلي وابن عمر وابن جبير والشعبي والنخعي والزهري وابن المسيب وشريح وقتادة وعمر ابن عبد العزيز رضي الله عنهم "[3] وجاء في اللباب في الجمع بين السنة والكتاب " طلاق المكره واقع"[4] .

ثانيا–الناحية القانونية:

المشرع الجزائري :يجب أن نفرق بين إكراه الزوج من طرف القاضي على الخلع إذا كان بطلب من الزوجة أو من طرف أجنبي .

1–إكراه الزوج على الخلع من طرف القاضي بطلب من الزوجة:لقد نص المشرع الجزائري على جواز إكراه الزوج على الخلع إذا طلبته الزوجة من طرف القاضي ، وذلك طبقا للمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05–02 التي جاء النص فيها "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي " فيعني من دون موافقة الزوج أي يجوز للقاضي إكراه الزوج على الخلع إذا طلبت الزوجة ذلك.

2–إكراه الزوج على الخلع من طرف أجنبي :لم ينص المشرع الجزائري على حكم إكراه الزوج على الخلع من طرف أجنبي، لكن بما أنَّ الخلع مثل الطلاق في حكم الإكراه عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، فيمكن الرجوع إلى المادة 48 من قانون الأسرة التي جاء النص فيها على ما يلي " مع مراعات أحكام المادة 49 أدناه ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أوبطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون " ، إذن يتَّضح من خلال هذه

---

[1] عبد الرحمان بن عبد الله البعلي الحنبلي /كشف المخدرات والرياض المزهرات، مرجع سبق ذكره ، ص 636–637.

[2]علاء الدين أبي بكر مسعود الكساني الحنفي ت 587هـ /بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،تح وتع الشيخ علي محمد معوض ، الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، ط2 1424هـ،2003هـ ،دار الكتب العلمية ،بيروت/ لبنان ،ج4 ص 214

[3]أبو حفص عمر الغرنويت 733هـ / الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة ،دار النشر مكتبة الإمام أبي حنيفة ،ج1، ص 157.

[4]إمام أبي محمد بن زكرياءالمنبيجي / اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ، تح الدكتور محمد فضل عبد العزيز مراد –ط2 1414هـ– 1994. المكتبة الحقانية محلى حبنكي /باكستان، ج1 ،ص 687.

المادة إنَّ طلاق المكره لا يقع لأنَّ الطَّلاق في نظر المشرع يقع بإرادة الزوج ولا تكون إرادة الزوج سليمة إذا كان مكرها على الطلاق ، أو يمكن الرجوع إلى المادة 222 من نفس القانون السالفة الذكر التي تجيز للقاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، ولكن الإشكال الذي يطرح هو أنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في مسألة وقوع خلع المكره كما بيَّنت سالفا، هذا ما يجعل أحكام المحاكم متناقضة.

المشرع الكويتي : لقد نص صراحة على أنَّه لايقع طلاق المكره وذلك بنص المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء النص فيها "يقع طلاق كل زوج عاقل ، بالغ ، مختار ، واع لما يقول ، فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره والمخطئ والسكران و المدهوش والغضبان إذا غلب الخلل في أقواله وأفعاله " وبما أنَّ الخلع طلاق عند المشرع الكويتي فإن خلع المكره لا يقع.

المشرع الإماراتي :جاء في المادة 101 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ما يلي "-يشترط في المطلِّق العقل والاختيار .

-يقع طلاق فاقد العقل اختيارا " نستنتج من هذه المادة أنَّ المشرع الإماراتي لقد اشترط الاختيار في المطلِّق حتى يقع الطلاق ولا اختيار لمن سلبت إرادته عن طريق الإكراه.

المشرع الأردني :جاء في المادة 103 من قانون الأسرة الأردني رقم 36-2010 ما يلي "يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق ، والمرأة أهلا للالتزام بالعوض وفق أحكام هذا القانون " ، إذن لا يكون الزوج أهلا لإيقاع الخلع إذا كان مكرها وذلك حسب المادة 80 من نفس القانون التي جاء النص فيها " يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق إذا كان مكلفا واعيا مختارا " فلا اختيار لمكره ، كما جاء أيضا في المادة 86 منه " لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم "

من خلال عرض للمواد 102 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي و 101 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي و المادة 80 و86 والمادة 103من قانون الأسرة الأردني ،نلاحظ أنَّهم صرحوا في عدم اعتبار طلاق المكره ، إذن فخلع المكره غير جائز ، فكان لزاما على المشرع الجزائري أن يوضح موقفه من حكم طلاق وخلع المكره بدلا من ترك القضاة يتيهون في اختلافات فقهية ، ويصدرون قرارات متذبذبة .

الفرع الثاني :سلطة القاضي في توقيع خلع المكرهة:

قد يُكرِه الزوج زوجته على الخلع وذلك بالتضييق عليها ، فتفتدي الزوجة منه لتخلص نفسها منه ، وهذا الإكراه الذي يكون من الزوج قد يكون قاصدا إكراهها على الخلع مع وجود سبب أو دون سبب ، هذا ما سأتناوله من خلال ذكر كل حالة على حدة .

أولا–حكم إكراه الزوجة على الخلع:

إنَّ إكراه الزوج زوجته على الخلع بالتضييق عليها لتختلع منه فيه حالتان وهي إمَّا أن يكرهها قاصدا ذلك مع وجود سبب .أو أن يكرهها قاصدا ذلك بدون سبب .وهذا ما سأوضحه من خلال ذكر حكم كل حالة فقها ثم مبيّنا موقف المشرع الجزائري وموقف المشرع الكويتي.

1–من الناحية الفقهية :

سأتناول في هذا العنصر حكم إكراه الزوج زوجته قاصدا ذلك مع وجود سبب دفعه لإكراهها أو عدم وجود سبب .

أ–إكراه الزوج زوجته على الخلع قاصدا ذلك مع وجود سبب.

سأتناول في هذا الفرع حكم وقوع الخلع وأخذ العوض في حالة ما إذا أضرَّ الزوج زوجته حتى تختلع منه بسبب إتيانها الفاحشة ،لهذا سأذكر مذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية .

المالكية:روى ابن القاسم عن مالك في من علم من امرأته الزنا فليس له أن يضارها حتى تفتدي .قال في المقدمات "ولا يحل له أن يضيّق عليها وإن أتت بفاحشة من زنا ثم قال رأيت في بعض أصحابنا المغاربة عن ابن القاسم أنَّه تجوز المضارة في تركها حتى تخالع".[1]

الحنفية:إنَّ الحنفية يوقعون خلع من ضار زوجته ،بلا سبب وأن العوض الذي أخذه ملك شيئا خبيثا[2].إذن من باب أولى وقوع الخلع مع صحة أخذ البدل على هذه الحالة.

الشافعية :لقد قسم الشافعية هذه الحالة إلى ثلاثة أقسام

---

[1]جليل ابن اسحاق المالكي / التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب ، مرجع سبق ذكره ،ج4 ،ص14 .

[2]الجزيزي /الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سبق ذكره ،ج 4،ص349

1-أن يمنعها النفقة والكسوة فالخلع باطل .

2-أن يقوم بجميع حقوقها ويعضلها بالتضييق عليها حذرا من الزنا فالخلع جائز.

3-أن يَقُم بنفقتها وعضلها في القسم لها وذلك لتفتدي منه ففي هذا القسم قولان:

أ-الخلع جائز وذلك ليحفظ فراشه من ماء غيره.

ب- الخلع غير جائز لأنَّ امتناعه عن فراشه لا يمنع من لحوق الولد به لأنّها على فراشه[1]

الحنابلة:جاء في الكافي المبتدي "ويصحّ لسوء عشرة وبغضه لكبره ...ويكره مع استقامة ؛وإن عضلها لتفتدي لا لنشوز وزنا ففعلت لم يصح ووقع الطّلاق رجعيا "[2]وبمفهوم المخالفة إن أكرهها على الخلع لنشوز أو زنا فالخلع صحيح.

الظاهرية:إن الافتداء لا يحلّ إلّا بالوجهين التاليين وهما إن خافت أن لا توفيه حقّه أو خافت أن يبغضها فلا يوفّيها حقّها .فإذا وقع الخلع على غير هاتين الحالتين فالخلع باطل وهي امرأته ويمنع ظلمها[3]

رأي الشخصي:

والّذي أرجّحه والله أعلم وأعلى لا يجوز له أن يضارها بأن يمنعها حقّها لأنّه يملك الطلاق ، وله ملاعنتها وذلك سدا للذّرائع لأن هناك أزواجا من القلوب الضّعيفة يضارّ زوجته فإذا أثبتت الضّرر ادَّعى أنَّه ضارها لأنَّها أتت بفاحشة أو أنّها ناشز ؛ولأن الله تعالى أعطي في الحياة الزوجية كل حقه وواجبه فإذا لم تلتزم الزوجة بواجباتها فليس لزوج أن يترك واجبه نحوها بحجة أنّها تركت حقّه .فيوم القيامة كلّ مسئول عن أعماله ؛والله أعلم وأعلى.

---

[1]البصري / الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي ، مرجع سبق ذكره ، ج 10،ص08

[2]محمد بن بدر الدين بن عبد القادر بن محمد ألبعلي الدمشقي / الكافي المبتدي من الطلاب ،ت ح الدكتور ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة ، ط1 1425-2004 مكتبة الرشد المملكة العربية السعودية /الرياض ،ص114

[3]الشريف محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني الحسيني / معجم فقه ابن حزم الظاهري مرجع سبق ذكره ،ج1 ص291 .

ب-إكراه الزّوج زوجته لتخالعه قاصدا ذلك دون وجود سبب.

المالكيّة:ذهب المالكية إلى أنّه يحرم العوض[1].ويسترد المال[2].الَّذي أخذ ويقع الطَّلاق بائنا إن أشهدت على الضرر.

الحنفيّة:الخلع يقع والزّوج أخذ عوضا خبيثا.[3]

الحنابلة:الخلع لا يقع والزّوجية باقية وإن أخذ شيء وجب ردّه ، لأنّ النهي يقتضي الفساد عند الحنابلة .إلاّ أن يكون بلفظ الطّلاق فيقع رجعيا[4]

الشّافعية: ذهب الشّافعية إلى قول أنّه إذا طلّقها لضرر منه على عوض لم يستحق العوض ،لأنّه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حقّ ويقع الطلاق رجعيا لأنَّ العوض سقط[5]

رأي الشخصي :

والذي أرجّحه والله أعلم وأعلى أنّ الأرجح هو قول الشافعية ،وذلك تطبيقا لقاعدة الخروج من الخلاف لأنَّ المالكية أوقعوا خلع هذه الحالة طلاقا بائنا ؛وأسقطوا العوض .بينما الحنفية أوقعوا الخلع مع تسمية العوض ملك خبيث .والحنابلة لم يوقعوا الخلع طلاقا بائنا وأوقعوه رجعيا إذا كان بلفظ الخلع.فقول الشّافعية هو القول الأرجح حيث أنَّهم أوقعوا الخلع طلاقا رجعيا لأنّهم أسقطوا العوض ؛ فكل طلاق بغير عوض بعد الدخول يقع رجعيا ما لم يكن طلاقا ثالثا.

2- من الناحية قانونية :

لقد ضيق المشرّع الجزائريّ من سلطة القاضي في الخلع وذلك في المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02التي جاء النص فيها ما يلي "يجوز للزّوجة دون موافقة الزّوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي.

---

[1]أبي إسحاق التلمساني / اللمع في الفقه المالكي ، مرجع سبق ذكره ،ص235

[2]محمد سكحال /المهذب من الفقه المالكي وأدلته ، بدون سنة الطبع، دار الوعي /الجزائر دار القلم/ دمشق ،ج2ص88.

[3]عبد الرحمان الجزيري/ الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سبق ذكره ، ج 4 ،ص349

[4]البهوتي/كشاف القناع على متن الإقناع ، مرجع سبق ذكره ،ج 5 نص213

[5]البلقيني/ التدريب في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره ، ج3 ،ص190

إذا لم يتّفق الزّوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"

يتّضح من خلال هذه المادّة أنّ القاضي ملزم بمخالعة الزّوجة من زوجها ،بمجرد طلب الزّوجة دون النظر في الأسباب التي جعلت الزّوجة تطلب الخلع أمام القاضي .مع العلم أنّ الشّريعة الإسلاميّة أباحت الخلع إذا كانت الزّوجة كارهة لزوجها وهو مسألة قلبية .إذن الإشكال الذي يطرح هو إذا ادعت الزوجة أن زوجها ضارها بالسبّ والشّتم أو عدم الإنفاق ،وهي عاجزة عن إثبات ذلك الضرر الواقع عليها بالوسائل الشرعية والقانونية لتلجأ إلى المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، فتلجأ إلى الطريق الأسّهل والأسّرع هروبا من عبئ الإثبات الذي يقع عليها من جرّاء رفع دعوى التطليق .فتلجأ إلى المادة 54 من قانون الأسرة لتجد نفسها تعوِّض الزوج على الطلاق رغم أنّها مظلومة من طرفه ،كما أنَّ المشرع الجزائري لم يتكلم عن سبب الخلع الذي هو الكره من طرف الزّوجة.واكتفى بذكر أنَّ الخلع هو حق للزّوجة تستعمله متى شاءت ؛دون أن يراعي أنَّها لجأت إلى الخلع بسبب عجزها عن إثبات الضرر.وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا قرار رقم83603صادر بتاريخ 21-07-1992 "حيث أنَّ أصل مشروعيّة الخلع قد وضع كعلاج ومخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا تطيق معاشرة زوجها وهي لا تملك المبرر الشرعي للفراق وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة".[1]يتبيَّن لنا من خلال هذا الاجتهاد بمفهوم المخالفة أنَّه إذا كانت الزّوجة تملك المبرر الشرعي للفراق تلجأ للمادة 53 من قانون الأسرة ؛لكن في بعض الأحيان لا تملك الإثبات على الضرر ولكن يتبيَّن للقاضي من خلال جلسات الصلح أنَّ الزوج يضر بزوجته .فهل يمكن للقاضي أن يتدخل ويلزم الزوج بالتعويض وفراق زوجته أو أن يحيل القضية إلى المادة 53 من قانون الأسرة أو أن يحكم له ببدل خلع الأقل من مهر المثل؟

إذن بالرّجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة ،نجد أنَّ القاضي ملزم بمخالعة هذه الزوجة من زوجها مع دفع بدل الخلع للزوج من طرفها.

وبالرّجوع إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة العلياالملف رقم 252994الصادر بتاريخ 21-11-2000 ورد ما يلي"دون مناقشة الوجهين الأول والثاني فإنَّه يتبيَّن من الرّجوع إلى القرار المطعون فيه والحكم الملغى من طرفه بعد الإساءة المتكررة وطول الخصام بين الطرفين طلبت الزّوجة مخالعة زوجها

[1]قرار صادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 21-07-1992 في ملف تحت رقم 83603 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي 2001 عدد خاص ،ص134

على مقدار صداقها في حين أنَّ الزّوج اشترط للطلاق خلعا على مقدار خمسون ألف دينار ...وخاصة أنَّ التَّشاجر بين الزوجين بدأ منذ 1975 مِمَّا كان ممكنا للقضاة أن يوافقوا على التطليق للضرر"[1] من خلال هذا الاجتهاد يتبيَّن أنّ قضاة المحكمة العليا يعترفون بأنّ هناك إساءة وأن التّشاجر بين الزوجين كان منذ 1975 دليل على الضرر ،فهل يمكن الحكم للزوجة وإسقاط العوض عنها وهل للقاضي السلطة في تحويل القضية من خلع إلى تطليق ؟كان لزاما على المشرع الجزائري أن يوسع من صلاحيات القاضي الوطني إذا تبيَّن له إضرار الزوج بالزوجة أثناء جلسات الصلح ،لعلّ الطلاق لا يقع عندما يعلم الزوج أنّه سوف يعوض زوجته إذا تحولت القضية إلى تطليق .كما أنّه يجب على المشرّع الجزائري أن يخفّف من عبء الإثبات على الزَّوجة لتثبت أن زوجها يضارّ بها ، خاصة وأن الأسرة الجزائريّة معروفة بالسّريّة .فتعجز الزّوجة عن إثبات الضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتان،فكان من الممكن أن تثبت ذلك بالتسامع، فقد جعل الإمام مالك قبول شهادة التسامع عن الضرر الرجل بامرأته[2].وقال ابن القاسم في وصف شهادة التّسامع أن يقولوا سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة الناس والخدم والجيران وقال يكفي ذلك عندي عدلان[3]

كما أجاز المالكية والحنابلة العمل بالقرينة [4] ،والقرائن القضائيّة هي استنباط القاضي لأمور مجهولة من أمور معلومة أو هي عبارة عن قرائن يستنتجها القاضي بالاجتهاد والذكاء من موضوع الدعوى وضروفها[5] ،فعلى المشرع الجزائري أن يسلك الإثبات بالقرائن وذلك لتوسيع من صلاحيات القاضي ،خاصة في إثبات ضرر الزوج بزوجته .في حين نجد أنَّ المشرع الكويتي كان أكثر وضوحا في قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين أرقام 61لسنة1996و29لسنة2004 و66لسنة2008 حيث جاء في المادة 116"يشترط لاستحقاق ما خولع عليه، أن يكون خلع الزوجة اختياريا منها دون إكراه أو ضرر "فالمشرع الكويتي جعل الإكراه أو الضرر مسقط للبدل .

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 21-11-2000 في ملف رقم 252994 منشور بالمجلة القضائية 2001 العدد1ص293

[2] خليل/توضيح شرح مختصر ابن الحاجب ، مرجع سبق ذكره ،ص15

[3] خليل/نفس المرجع السابق ص15

[4] إبراهيم بن محمد بن فائز/ الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، ط2 1403-1983، المكتب الإسلامي بيروت –مكتبة أسامة الرياض ص77

[5] إبراهيم بن محمد بن فائز/ مرجع سبق ذكره ، ص77.

كما جاء في المادة 20 من قانون الأحوال الشّخصية المصري رقم1 لسنة 2000 معدلا بالقانون 91 لسنة 2000"... وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنَّها تبغض الحياة مع زوجها وأنّه لاسبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض..."من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّ المشرع المصري جعل البغض سبب لطلب الخلع .في حين نجد أنَّ المشرع الجزائري لم يتكلم عن الضرر حتى وإن صرحت به الزوجة ولم يذكر سبب الخلع الذي هو الكره ،وترك القضاة يتيهون في الاختلافات الفقهية ليست من تخصصهم ،فتارة يجعل الاجتهاد القضائي أنَّ سبب الخلع الكره وتارة أخرى يجعل سبب الخلع الضرر كما رأينا في الإجتهادين المذكورين آنفا.

المطلب الثاني :

سلطة القاضي في توقيع خلع الصغير والمجنون

قبل أن أتكلم عن صحة أو عدم صحة خلع الصبي المميز ، يجب أن أوضح سن التمييز عند فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري

الفرع الأول :سن التمييز:

أولا –من الناحية الفقهية: سن التمييز مختلف فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية منهم من اعتبره سبع سنين[1] ومنهم من اعتبر عشر سنين هي سن التمييز[2] .

ثانيا –من الناحية القانونية :

–المشرع الجزائري :قد جعل المشرع الجزائري سن التمييز هو بلوغ الصبي ثلاث عشرة(13) سنة إلى تسع عشرة سنة إلاَّ بيوم ، وذلك حسب المادة 42 من القانون المدني التي جاء النص فيها " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة "كما جاء أيضا في المادة 40 من نفس القانون "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ،

---

(1)الزعيلي فخر الدين /تبيين الحقائق ،كتاب الطلاق باب الحضانة ، الناشر المطبعة الاميرية ، بولاق ، القاهرة ط1 1313هـ ج3 ص 49

(2)ابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي /البهجة في شرح التحفة ،دار الفكر (ب س ط) ج1 ص 396

وسن الرشد 19 تسعة عشر سنة كاملة "[1] من خلال هاتين المادتين يتَّضح أنَّ المشرع خالف الفقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة حيث اعتبر بعضهم سبع سنين والبعض الأخر عشر سنوات هي سن التمييز كما أوضحت سابقا ، وهذا فرق واضح بين فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري وهذا مبالغ فيه .

–المشرع الإماراتي :ورد في المادة 164 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ما يلي "الصغير الغير المميز من لم يتم السابعة من عمره ، والصغير المميز هو من أتم السابعة من عمره "

–المشرع الأردني:جاء في المادة 210 من قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 ما يلي " سن التمييز سبع سنوات كاملة " .

يتَّضح من خلال عرض المادتين 164 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي و المادة 210 من قانون الأسرة الأردني ، أنهم وافقوا أحد قولي فقهاء الشريعة الإسلامية ، وهو أقرب إلى الصواب ، بعكس المشرع الجزائري الذي جعله 13 ثلاثة عشر سنة.

الفرع الثاني :خلع الصغير والمجنون:الصغير في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، قد يكون مميز وغير مميز ، فهما يختلفان من حيث الأحكام هذا ما سأتناوله .

أولا –حكم خلع الصبي المميز :

1–من الناحية الفقهية :

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنَّ خلع الصبي المميز الذي لم يبلغ غير واقع[2] ، وأكثر الروايات عن أحمد أنَّ طلاق الصبي المميز يقع وهو اختيار القاضي وروي عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثني عشر[3] وعن السعيد بن المسيب "إذا أحصى الصلاة وصيام رمضان جاز طلاقه"[4].

[1]عدلت بالقانون 05–10المؤرخ في 20 يونيو 2005

[2]ابن قدامة /المغنى ، مرجع سبق ذكره ،ج 10 ،ص 348 .

[3]ابن قدامة / مرجع سبق ذكره ،ج 10، ص 349 –350

[4] ابن قدامة / نفس المرجع السابق ،ج10 ،ص 349– 350

2–من الناحية القانونية :

–المشرع الجزائري :نص المشرع الجزائري في المادة 83 من قانون الأسرة على ما يلي " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، وباطلة إذا كانت ضارة به ، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقاضي".يتَّضح من خلال هذه المادة أنَّ الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد وبلغ سن التمييز تعتبر تصرفاته صحيحة إذا كانت نافعة له وتعتبر باطلة إذا كانت ضارة له ضررا محضا ،أما إن كانت دائرة بين النفع والضرر فتكون متوقفة على إجازة الولي أو الوصي ، وعليه إن خالع الصبي المميز زوجته فإنَّ هذا التصرف دائر بين النفع والضرر فهي متوقفة على إجازة الولي ، هذا إذا اعتبرنا أنَّ المشرع الجزائري يقصد بالتصرفات هي التصرفات المتعلقة بالأموال والخلع والطلاق ، لكن يطرح إشكال آخر وهو إذا كان هذا الصبي يبلغ من العمر 18 سنة فعند الفقهاء هو بالغ وعند المشرع الجزائري هو صبي مميز فما حكم طلاقه عند المشرع الجزائري ، وإذا قلنا أنَّ الصبي يخضع للمادة 7من قانون الأسرة الجزائري التي جاء النص فيها على مايلي" تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أوضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات" يتَّضح من خلال هذه المادة أنَّ المشرع أخضع من لم يبلغ سن الرشد وأراد الزواج للسلطة التقديرية للقاضي إن شاء عقد له ،وإن لم تتوفر فيه القدرة لايرخص له بالزواج ، لكن إن تزوج هذا الصبي المميز زواجا عرفيا ودخل عليها ثم أراد توثيق عقد الزواج ففي هذه الحالة القاضي ملزم بتثبيت عقد الزواج للضرورة ، فهل هذا التثبيت هو عبارة عن ترشيد أم للضرورة .فإنَّه لزاما على المشرع الجزائري إعادة النظر في المادة 7 والمادة 83 من قانون الأسرة من حيث سن الرشد وماذا يقصد بالتصرفات في المادة 83 ، لأنَّ الطلاق والخلع ليس كأي تصرف مالي محض بل تتعلق به الحِل والحرمة من حيث العشرة الزوجية.

–المشرع الأردني :جاء في المادة 103 من قانون الأسرة الأردني ما يلي " يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق ، والمرأة محلا له وأهلا للالتزام بالعوض وفق أحكام هذا القانون "،كما ورد أيضا في المادة 204 من نفس القانون "أ–لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

ب–وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز "كما ورد أيضا في المادة 210 من نفس القانون "سن التمييز سبع سنوات كاملة "يتَّضح من خلال عرض هذه المواد أنَّ طلاق وخلع المميز واقع ، ولكن من خلال نص المادة 204 سالفة الذكر التي تشترط في الشخص لكي يمارس حقوقه المدنية بلوغ سن التمييز .

–المشرع الإماراتي:ورد في المادة165 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ما يلي "1– تعتبر تصرفات الصغير الغير المميز القولية باطلة بطلانا مطلقا .

2–تصرفات الصغير المميز القولية المالية صحيحة متى كانت نافعة له نفعا محضا.

3–تصرفات الصغير المميز المالية المتردد بين النفع والضرر متوقفة على إجازة الولي ." ، من خلال عرض هذه المادة يتَّضح أنَّ المشرع الإماراتي يفرق بين التصرفات القولية المالية والتصرفات القولية الغير المالية ، فإنَّ التصرفات المالية القولية التي تصدر من الصبي المميز تعتبر صحيحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا ، وبمفهوم المخالفة لا تعتبر صحيحة إذا كانت ضارة له ضررا محضا، وعليه فإنَّ التصرفات القولية الغير المالية لا تقع مثل الطلاق ، لكن إذا اعتبرنا أنَّ الخلع تصرف مالي فإنَّه يدخل ضمن التصرفات القولية المالية التي تتوقف على إجازة الولي إذا كانت متردد بين النفع والضرر ، أمَّا إذا اعتبرنا الخلع مجرد تصرف قولي فإنَّه لا يقع من الصبي المميز.

ثانيا–حكم خلع الصغير الغير المميز والمجنون :

1–من الناحية الفقهية:

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنَّ خلع الصغير الغير المميز لا يقع ، لانعدام القصد عنده ، حيث جاء في المغنى لابن قدامة "من لا يصح طلاقه –كالطفل والمجنون لا يصح خلعه ، لأنَّه ليس أهلا للتصرف فلا حكم لكلامه"[1].

[1]ابن قدامة /المغنى،مرجع سبق ذكره ،ج10 ،ص 311

2- من الناحيةالقانونية :

-المشرع الجزائري :

لقد أكَّد المشرع الجزائري في المادة 82 من قانون الأسرة على أنَّ الصغير الغير المميز تقع تصرفاته باطلة ،فقد جاء النص فيها ما يلي " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " سواء هذه التصرفات كانت مالية أو تصرفات متعلقة بالطلاق أو الخلع ، والصغير الغير مميز في التشريع الجزائري من لم يبلغ سن 13 سنة كاملة وذلك طبقا للمادة 42 من القانون المدني " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد الأهلية لصغر في السن ، أو عته أو جنون .

و يعتبر غير مميَّز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة " ، لكن ما يلاحظ على هذه المادة أنَّها تخالف أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة سن عدم التمييز ، فقد ذهب الشافعية[1] والحنفية[2] والمالكية في قول[3]وأكثر الحنابلة[4]إلى أنَّ سن التمييز هو سبع سنوات ، وبمفهوم المخالفة أنَّ الأقل من سبع سنوات غير مميز ، وفي قول آخر للمالكية[5] وبعض الحنابلة[6]أنَّ سن التمييز عشر سنوات والأقل يعتبر غير مميز ، والذي أرى والله أعلم وأعلى أنَّ تحديد سن التمييز فيه هضم للحقوق وإسقاط لبعض أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أنَّ مسألة سن التمييز من عدمه أوالبلوغ من عدمه متعلقة بكل شخص على حسب تركيبته النفسية والتربوية والبيولوجية ، فقد يكون الصبي مميز في سبع سنوات وقد يكون الآخر في 10 سنوات ، فعند تحديد سن التمييز والبلوغ من عدمها قد جعلنا الناس سواسية رغم وجود اختلاف بينهم ، فهذا مسقط للإحكام ، فلِما لا يجعل المشرع الجزائري مسألة التمييز من عدمها من السلطة التقديرية للقاضي ،أو يُرجع ذلك إلى الخبرة من أهل الاختصاص ، أو يجعل لها علامات تدل عليها وذلك قياسا على فعله صلى الله عليه وسلم مع بني قريضة حين أمر أن يرى إلى العانة حتى يعلم البالغ من غيره ولم يحدد النبي صلى الله عليه وسلم لذلك سِنا تفاديا لظلم الصبيان .

---

[1]البحر الرائق شرح كنز الدقائق / مرجع سبق ذكره ،ج4 ،ص 184

[2]الابهاج في شرح المنهاج لتاج الدين السبكي / مرجع سبق ذكره ،ج1 ،ص 160

[3]محمد عايش /منح جليل شرح على مختصر خليل سنة الطبع 1984 ، دار الفكر بيروت ج4 ص 643

[4]منتهى الارادات /لتقي الدين الفتوحي الحنبلي تحقيق عبد الخالق ، مرجع سبق ذكره ،ج12 ص 51

[5]البهجة في شرح التحفة /لابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي دار الفكر ب س ط ج3 ص 396

[6]الانصاف ، مرجع سبق ذكره ج1 ص 396

ثم إنَّ المشرع الجزائري متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة اعتبار الطفل الغير مميز فاقد الأهلية ، وأنَّ جميع تصرفاته باطلة ، ولكن السؤال الذي يبقى مطروح هو: هل يمكن لولي الغير مميز أو المجنون أن يخالع عنه أم لا ؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك ؟

بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية قد ذهبوا في ذلك إلى رأيين مختلفين هما:

الرأي الأول :يرى أصحاب هذا الرأي أنَّه يجوز للولي أن يطلق عن ابنه الصغير ، ذهب إلى ذلك مالك واحمد[1] ، حيث جاء في المدونة للإمام مالك " خلع الأب عن ابنه أو ابنته قلت : أرأيت ما حجة مالك حين قال يجوز خلع الأب والوصي على الصبي ويكون ذلك تطليقة ؟قال جوَّز ذلك من وجهة النظر للصبي ، ألا ترى انكحاها إياه عليه جائز وكذلك خلعهما "[2].

الرأي الثاني :ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز أن يطلق أو يخالع الوصي ، أو الولي عن ابنه الصغير أو المجنون، وهو قول للشافعية والحنفية وأحد أقوال الإمام احمد ، حيث جاء في المبسوط للسرخسي للحنفية "خلع الصبي وطلاقه باطل لأنّه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره ... وكذلك فعل أبيه عليه في الطلاق باطل ، لأنَّ الولاية إنما تثبت على الصبي ، لمعنى النظر له ولتحقيق الحاجة إليه وذلك لا يتحقق في الطلاق والعتاق "[3] ولما كان الخلع طلاق عند الحنفية فإنَّه يمنع الخلع على الصبي في نظرهم . كما جاء في الأم للشافعية " قال الشافعي وإن خلع أبو الصبي أو المعتوه أو وليه عنه امرأته أوأبا امرأته فالخلع باطل والنكاح ثابت ، وما أخذ من المرأة أو وليها على الخلع فهو مردود كله وهي امرأته بحالها"[4] ، وجاء في المغنى لابن قدامة " وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير وخلعه إياه ، وسأله أبوصقر عن ذلك فقال قد اختلف فيه وكأنه رآه ، قال أبو بكر في هذه المسالة إلَّا ما رواه أبو صقر فيخرج على قولين "[5] يتَّضح من هذا القول أنَّ الإمام أحمد له في ذلك قولان أحدهما أنَّه جوَّز خلع الولي أو الوصي عن الصبي والمجنون والآخر عدم الجواز .

أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-09 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 ما يلي "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن ، أو جنون أو سفه

---

[1] المغنى لابن قدامة ، مرجع سبق ذكره ج10 ص312

[2] المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره ج5 ص 31

[3] شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة بيروت لبنان ، مرجع سبق ذكره، ج6 ص 178

[4] الامام محمد بن ادريس الشافعي ،الام ، مرجع سبق ذكره ، ج6 ص 508

[5] المغنى لابن قدامة ، مرجع سبق ذكره ص312 ج10

ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون " ، من خلال هذا النص نجد أنَّ المشرع الجزائري لم يوضِّح في أي مجال ينوب عنه ، هل في التصرفات المالية فقط ، أم ينوب عنه في جميع التصرفات سواء كانت متعلقة بالمال أو بالطلاق والخلع .

الرأي الشخصي:

والذي أرى والله أعلم وأعلى أنَّه يجوز للأب أن يخالع عن ابنه الصغير إذا رأى في ذلك مصلحة ولكن تحت السلطة التقديرية للقاضي ، فإن رأى في ذلك مصلحة أجاز وإن لم يرى في ذلك مصلحة لا يجيز ذلك .

الفرع الثالث :خلع الصغيرة والمجنونة:

سوف اتطرق في هذا الفرع لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المقارن من مسألة خلع الصغيرة والمجنونة

أولا –من الناحية الفقهية:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بين وقوع خلع الصغيرة و المجنونة من عدمه حيث ذهب المالكية إلى القول بأنَّ اختلاع الصبية لا يلزمها عوض ويقع الطلاق بائن[1] ذلك لأنَّه رضي بالخلع فيقع الطلاق بائن وأنَّها صغيرة أو مجنونة لم يلزمها العوض لأنَّها ليس لها التصرف في مالها .أمَّا الحنفية فإنهم يفرقون بين الصغيرة المميزة والغير المميزة والمجنونة،إذ قالوا إن خلع غير المميزة والمجنونة باطل ولا يترتب عليه طلاق لأنَّه باشر العقد من ليس أهلا لذلك [2].أما الصغيرة المميزة تدرك معنى النكاح ولمعنى الخلع فإذا قبلت وقع الخلع بطلاق بائن ولا يلزمها مال وألحقوا بها المحجور عليها لسفه[3] .فقد أوقعوا طلاقها لأنَّها تدرك معنى الخلع ولم يلزموها بالمال لأنَّه لا تصرف لها في المال . وأما إذا وقع بلفظ الطلاق فيقع رجعيا ولا يلزم العوض [4]،أما الحنابلة فلم يوقعوا خلع الصغيرة أو المجنونة أو السفيهة لخلوه عن العوض وإن وقع بلفظ الطلاق يقع رجعيا ولا يلزم العوض [5]،كما ذكر في عمدة الفقه في المذهب الحنبلي

---

[1]جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس ت 616هـ ، عقد الجواهر الثمينة ، تح د- حميد بن محمد لحمر ، دار الغرب الإسلامي ج2 ص 497

[2]أحكام الخلع سعيد زباري، مرجع سبق ذكره ص113

[3]نفس المرجع السابق ص114

[4]نفس المرجع السابق ص114

[5]حاشية الروض المربع مرجع سبق ذكره ج6 ص463

"ويصح الخلع من كل من يصح طلاقه ولا يصح بذل العوض إلاَّ ممن يصح تصرفه في المال"[1] يتَّضح من هذا القول أنَّه لايصح بذل العوض من المجنونة أوالصغيرة أو السفيهة فإن خالعت السفيهة لايقع الخلع لأنَّه إن خلا الخلع عن العوض لا يقع الخلع .أما الشافعية فأوقعوا خلع المجنونة والصغيرة والسفيهة رجعيا لأنَّه يخلوا من العوض[2] .

ثانيا من الناحية القانونية :

-المشرع الكويتي :

لقد نص المشرع الكويتي صراحة في المادة 112 من قانون الأسرة أنَّه يشترط لصحة الخلع أهلية المتخالعين وهذا ما نلمسه من نص المادة "يشترط لصحة المخالعة أهلية الزوجين لإيقاع الطلاق وفق هذا القانون "،إذن المشرع الكويتي لا يفرق بين السفيهة ولا بين المجنونة ولا بين الصغيرة المميزة ولا الغير المميزة ولا بين حكم الخلع إذا وقع من السفيهة فكل خلع صدر من فاقد الأهلية باطل ولا يصح.

-المشرع الجزائري :

إنَّ المشرع الجزائري تكلم عن التي لم تبلغ السن القانوني في المادة 07من قانون الأسرة بقوله "تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أوضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"

إنَّ المقصود بالصغيرة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي التي لم تحض ،أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري هي التي لم تبلغ سن 19 سنة ، وذلك من خلال لفظة قدرة الطرفين على الزواج لأنَّه لاقدرة لمن لم تحِض.وهذا يطرح إشكال وهو إذا خالعت من كانت تحيض ولم تبلغ السن 19 عند فقهاء الشريعة الإسلامية واقع خلعها لأنَّها بالغ أمَّا عند المشرع الجزائري لا يطرح أي إشكال إذا كان هو الذي رخص لها وذلك حسب ماورد في المادة 7 من قانون الأسرةلأنه أعطاها أهلية التقاضي أما الإشكال الذي يطرح هو إذا كانت الزوجة التي تخالع زوجها تحيض ولكن لم تبلغ السن القانوني وهو سن 19 ولكنها

---

[1] عمدة الفقه في المذهب الحنبلي مرجع سبق ذكره ص101

[2] التدريب في الفقه الشافعي مرجع سبق ذكره ص209

كانت قد تزوجت زواجا عرفيا فعند فقهاء الشريعة الإسلامية خلعها واقع ،أما عند المشرع الجزائري غير ذلك لأنَّها غير بالغة سن الزواج ،فنكون هنا أمام مخالفة شرعية ، ذلك لأنَّ المادة 83 من قانون الأسرة جاء النص فيها " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد القانوني طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ،وباطلة إذا كانت ضارة وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقاضي " من خلال نص المادة يتَّضح أنَّ خلع الصغيرة الغير مميزة يعتبر هذا التصرف دائر بين النفع والضرر ويتوقف على إجازة الولي أو الوصي ، والإشكال الذي يطرح إذا كانت هذه الزوجة بلغت 15 سنة وهي تحيض لكنها في القانون الأسرة الجزائري تعتبر غير مميزة وخلعها غير واقع إلا بإجازة الولي أو الوصي وعند فقهاء الشريعة الإسلامية فهي بالغة وخلعها نافذ فهذه مخالفة شرعية يجب إعادة النظر فيها من طرف المشرع الجزائري .كما يُطرح إشكال آخر وهو فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من اكتساب أهلية التقاضي ، فإذا كان القاضي هو الذي رخص للزوجة القاصرة بالزواج قبل الدخول بها فإن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك بناء على المادة 7 من قانون الأسرة ، ثم تكتسب الزوجة أهلية التقاضي ، لكن الإشكال هو إذا تم الزواج بهذه القاصرة زواجا عرفيا ،ثم جاءت لتثبت عقد الزواج أمام القاضي ، فإنَّ القاضي ملزم بتثبيت عقد الزواج ، بناءا على المصلحة أوالضرورة ،فهل هذا يعتبر ترشيد قانوني ، أم أنَّه مجرد الضرورة هي التي جعلته يثبت عقد الزواج ، فإذا قلنا بأنَّه يعتبر ترشيد قانوني على أي أساس رشدها ، وإذا قلنا أنَّه مجرد الضرورة والمصلحة ، فنكون أمام إشكال آخر وهو إذا خالعت الزوجة زوجها فهل الخلع يقع أم لا ؟وهل يقع رجعيا دون عوض وكيف يتصرف القاضي ؟ أم تحكمها المادة 83 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 والتي جاء النص فيها على ما يلي " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، وباطلة إذا كانت ضارة به ، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقاضي"من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّ خلع الصغيرة المميزة يعتبر تصرفها دائر بين النفع والضرر ويتوقف على إجازة الولي أو الوصي ، فإذا أجاز الولي أو الوصي هذا الخلع على مقابل فلا يطرح أي إشكال ، ولكن إذا لم يجز الولي أو الوصي هذا التصرف ، فهل تنحصر عدم إجازته على البدل فقط ؟ فإذا قلنا أنَّ إجازته تنحصر على مقابل الخلع فقط فهل يقع الخلع طلاقا بائنا أم طلاقا رجعيا أم لا يقع أصلا ، فرجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حسب المادة 222من قانون الأسرة الجزائري ، مع العلم أنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في هذه المسألة كما سبق وأن بيَّنت

، أما بالنسبة للمجنونة والمعتوهة والسفيهة فإنَّ تصرفاتها غير نافذة حسب المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء النص فيها "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه " ، من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّ خلع المجنونة والمعتوهة والسفيهة غير نافذ وبهذا المعنى يكون المشرع قد أخذ بالمذهب الحنبلي كما أسلفت الذكر . هذا إن كان بلفظ الخلع أما إن كان بلفظ الطلاق هنا يطرح إشكال آخروهو :هل الطلاق يقع رجعيا ولا عوض للزوج أم أن على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة لكن الشريعة الإسلامية متعددة المذاهب وآراء الفقهاء فكان لزاما على المشرع الجزائري أن يلزم القضاة بالراجح من المذهب المالكي حتى لا يكون هناك اختلاف في الأحكام والتناقض.أمَّا الذي أرجحه والله أعلم و أعلى أنَّ خلع المجنونة والصغيرة والمعتوهة والسفيهة يقع طلاقا بائن ،ولا عوض للزوج لأنَّ الزوج الذي أجاب زوجته على الخلع كان يعلم بحالها فأراد أن يستغل ضعف عقلها ويأخذ مالها فنعاقبه بغير قصده .وأخذا بالأحوط في الفروج وحتى يكون عبرة لغيره فلا يتطاول غيره على الطلاق فنسد باب الطلاق ،والله أعلم وأعلى،ثم أنَّه لزاما على المشرع الجزائري أن يعيد صياغة أحكام الخلع في مواد قانونية يوضح فيها هذه المسائل التي ذكرت تحت باب الخلع ،لأنَّ الخلع ليس كغيره من التصرفات المالية حتى نخضعه للتصرفات المالية.

المشرع الأردني:ورد في المادة 103 من قانون الأسرة ما يلي : "يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة أهلا للالتزام العوض وفق أحكام هذا القانون " ، كما جاء أيضا في المادة 204 من نفس القانون "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون "، من خلال عرض لهاتين المادتين يتبيَّن أنَّ خلع الصغيرة والمجنونة لا يقع .

المشرع الإماراتي : جاء في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي " يشترط لصحة البدل في الخلع أهلية بادل العوض وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق " ، لقد تكلم المشرع الإماراتي عن شرط صحة البدل وهو أهلية بادله ، وعليه فإن كانت الزوجة صغيرة أو مجنونة هي التي بذلت العوض فإن البدل يقع باطل لكن الخلع صحيح ، إلاَّ أنَّه لم يبيَّن هل الخلع يقع طلاق بائن أم طلاق رجعي .

المطلب الثالث :

سلطة القاضي في توقيع خلع السفيه والسفيهة والسكران

سوف أحلل تفصيلا هذه المسألة من الناحية الفقهية والقانونية .

الفرع الأول : حكم خلع السفيه والسفيهة فقها :سوف أتطرق إلى حكم خلع السفيه ثم حكم خلع السفيهة

أولا–حكم خلع السفيه:

اتفق الأئمة الأربعة على جواز خلع السفيه بناءا على صحة طلاقه.حيث قال الدسوقي "ولا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه"[1]،إذا يتَّضح من هذا القول أنَّ خلع السفيه جائز وماض ولو كان غير صحيح لما أجاز أن يعطي البدل لوليه. وجاء في المغنَّى " ووليِ المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا بدل الخلع من حقوقه"[2] ، ومن المحجور عليهم السفيه ، فخلعه يقع ولكن لا تبرأ الزوجة إلا بتسليم بدل الخلع لوليه.وجاء في نهاية المحتاج " لو خالع محجور عليه بسفه ، صح ووجب على المختلع دفع العوض إلى وليه كسائر أمواله"[3] ، وقال الخرشي " لو كان الزوج سفيها ، فالخلع جائز وطلاقه نافذ ، لأنَّه إذا كان له أن يطلق بغير عوض ، ففيه أولى"[4] .

ثانيا–حكم خلع السفيهة

ذهب المالكية إلى القول أنَّه من خالع السفيهة فإنّ الخلع يقع طلاق بائن ولا شيء للزوج[5]، كما ذهب الشافعية إلى القول بعدم جواز خلع السفيهة ، ولكن إن وقع الخلع عليها بعد الدخول فلا شيء عليها من المال ويقع طلاقا رجعيا[6]، كما وافق الحنابلة المالكية في مسالة وقوع الخلع طلاق بائن ولا شيء للزوج[7].

---

[1]حاشية الدسوقي ، مرجع سبق ذكره ج2 ص 413

[2]المغنى ، مرجع سبق ذكره ،ج 10 ص307

[3]نهاية المحتاج ، مرجع سبق ذكره ، ج6 ص 388

[4]شرح الخرشي، مرجع سبق ذكره ج4 ص 17

[5]محمد سكحال المجاجي ، المهذب في الفقه المالكي ، ،ط1 1431هـ 2010م ، دار الوعي الجزائر ، ج2 ص 89-90

[6]الشيرازي ، المهذب في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره ،ج4 ص 256

[7]محمد بن حسن الشيباني ، الأصل ، مرجع سبق ذكره ، ج4 ص 552 /الكافي في فقه احمد بن حنبل ، مرجع سبق ذكره ،ج3 ص 97

الفرع الثاني :حكم خلع السفيه والسفيهة قانونا

أولا – موقف المشرع الجزائري : لم يتعرَّض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى خلع السفيه والسفيهة ، لكن بالرجوع إلى المادة 81 من نفس القانون التي جاء النص فيها على ما يلي : " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن ، أو جنون أو عته أو سفه ، ينوب عنه قانونا ولي ، أو وصي أو مقدم طبقا لإحكام هذا القانون" من خلال نص المادة يتَّضح أنَّ السفيه ينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم ، ولكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو : هل ينوب عنه في إيقاع الخلع وخلع السفيه لا يقع ؟، أم ينوب عنه في قبض البدل وأن خلعه صحيح ؟ فإذا قلنا أنَّ المقصود من المادة أنَّه ينوب عنه في إيقاع الخلع وخلع السفيه باطل ، فهذا مخالف لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية ، وإذا قلنا أنَّه ينوب عنه الولي في قبض البدل فهذا دليل على أنَّ خلع السفيه يقع .لكن بالرجوع إلى المادة 85 من نفس القانون الذي جاء النص فيها على ما يلي " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفيه " من خلال نص هذه المادة يتَّضح أنَّ تصرفات السفيه غير نافذة ، لكن ماذا يقصد المشرع الجزائري من كلمة التصرفات هل يقصدبها التصرفات المالية فيدخل فيها قبض البدل وهذا لا يُطرح أي إشكال وهو موافق لمبادئ الشريعة الإسلامية، أمّا أن كان المقصود بالتصرفات هي تصرفات المتعلقة بالخلع والزواج فهذا يعني أنَّ خلع السفيه لا يقع ، وهذا مخالف لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية . أما إن عاد القضاة إلى المادة 222 من نفس القانون السالفة الذكر ستحيلهم إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وخلع السفيه واقع ، إنّ عدم وضوح موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة يجعل أحكام القضاة متناقضة بين إخضاع خلع السفيه للمادة 81 و85 من قانون الأسرة التي بدورهما غير واضحتين ،أم يخضعها إلى المادة 222 من قانون الأسرة .

ثانيا –موقف المشرع الإماراتي[1]: لقد نص المشرع الإماراتي في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005 على ما يلي :"يشترط لصحة البدل في الخلع أهلية باذل العوض،وأهلية الزوج لإيقاع ا لطلاق".كما ورد أيضا في المادة 160من نفس القانون في الفقرة الثانية "يعتبر في حكم القاصر:
المجنون والمعتوه والسفيه."

[1]قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 الموقع الإلكتروني 2019/09/28 الساعة 19:26
http://www.dji.gov.ae/Lists/DJIBooks/Attachments/79/Ahwal%20Shakhsia%20Big%20WEB.pdf

كما جاء في المادة 162 في الفقرة الثانية ما يلي "يعتبر ناقص الأهلية:
السفيه." كما ورد في المادة 175 من نفس القانون ما يلي :

1. 1تصرفات المجنون المالية حال إفاقته صحيحة،وباطلة بعد الحجر عليه.
2. 2تطبق على تصرفات السفيه الصادرة بعد الحجر عليه،الأحكام المتعلقة بتصرفات الصغير المميز.
3. 3تصرفات السفيه قبل الحجر عليه صحيحة ما لم تكن نتيجة استغلال أو تواطؤ." من خلال إستقراء هذه المواد يتبيَّن أنَّ تصرفات السفيه بعد الحجر عليه تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز ، وتصرفات الصبي المميز تعتبر نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا ، وباطلة إذا كانت ضارة له ضررا محضا ومتوقفة على الإجازة إذا كانت دائرة بين النفع والضرر. ذلك أنَّه حسب نص المادة 165 من قانون الأحوال الشخصية الفقرة 2 و3 التي جاء النص فيها "تصرفات الصغير المميز القولية المالية صحيحة متى كانت نافعة له نفعاً محضاً،وباطلة متى كانت ضارة به ضررا محضاً "كما أضاف في الفقرة الثالثة ما يلي "تصرفات الصغير المميز القولية المالية المترددة بين النفع والضرر موقوفة على الإجازة." من خلال عرض هذه المادة يتبيَّن أنَّ المشرع الإماراتي قد فصل في هذه المسألة وبيَّن أنَّ الخلع إذا كان نافعا للسفيه فهو نافذ وإذا كان ضارا به فهو باطل ومتوقف على إجازة الولي إذا كان دائرا بين النفع والضرر ذلك لأن الخلع من التصرفات القولية المالية .

ثانيا – موقف المشرع الكويتي [1]:

ورد في المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ما يلي "يقع طلاق كل زوج عاقل،بالغ،مختار،واعيا لما يقول، فلا يقع طلاقا
لمجنون،والمعتوه،والمكره،والمخطئ،والسكران،والمدهوش،والغضبان،إذاغلب الخلل في أقواله وأفعاله." كما ورد في المادة 112 من نفس القانون "يشترط لصحة المخالعة أهلية الزوجين لإيقاع الطلاق،وفق هذا القانون." بما أنَّ المشرع الكويتي لم يذكر السفيه في المادة 102 السالفة الذكر فإنَّ خلع السفيه واقع ، وبما أنَّ المشرع الكويتي أجاز للسفيه أن يزوِّج نفسه فإنَّه يجوز له أن يخالع نفسه ذلك حسب نص المادة

[1]قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء الموقع الإلكتروني : 2019/09/28 الساعة
https://www.e.gov.kw/sites/kgoarabic/Forms/QanoonAlAhwalAlMadaniyah.pdf19:26

33 من نفس القانون التي جاء النص فيها على ما يلي "أ .من بلغ سفيها،أو طرأ عليه السفه،له أن يزوج نفسه.

ب .إذا كان زواجه بعد الحجر فلولي المال أن يعترض على ما زاد على مهر المثل."كما أنَّه بالرجوع إلى المادة 343 من نفس القانون التي تحيل القضاة إلى الراجح من المذهب المالكي التي جاء النص فيها ما يلي "كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره،فإن لم يوجد حكم أصلا طبقت المبادئ العامة في المذهب." وعليه فإنَّ خلع السفيه يقع وخلع السفيهة واقع ولا شيء للزوج .

رابعا – موقف المشرع الأردني [1]:ورد في المادة 205 من قانون الأسرة الأردني 36 لسنة 2010 ما يلي "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون "كما ورد أيضا في المادة 213من نفس القانون "أ- يسري على تصرفات المحجور عليه للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام ، ولكن ولي السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده أو وصيُّهما حق الولاية" نستنتج من خلال هاتين المادتين 205 و213 أنَّ المشرع الأردني قد اعتبر السفيه ناقص الأهلية ،كما أخضع تصرفات السفيه لأحكام الصبي الغير المميز وعليه فإنَّ التصرفات النافعة له صحيحة والتصرفات الضارة له باطلة والدائرة بين النفع والضرر متوقفة على إجازة الولي وذلك حسب نص المادة 210 من نفس القانون "أ- تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

ب- أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في حدود ما يجوز فيها له التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد " ولكن هل يقصد المشرع الأردني بالتصرفات المالية فقط أم المتعلقة بالخلع والطلاق ؟هذا ما لم يوضحه المشرع الأردني .

الفرع الثالث :حكم خلع ولي السفيه

سوف أتطرق في هذا الفرع لحكم خلع ولي السفيه من الناحيتين : الفقهية والقانونية.

[1]قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 الموقع الإلكتروني 2019/09/28 الساعة 19:26 https://jordan-lawyer.com/wp-content/uploads

أولا–من الناحية الفقهية:

ذهب المالكية[1] والحنفية[2] والشافعية[3] وقول للإمام احمد [4]إلى عدم جواز أن يخالع الولي عن ابنه السفيه، وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم "إنما الطلاق لمن اخذ بالساق "[5].

ثانيا– من النحية القانونية :

1–موقف المشرع الجزائري : نص المشرع الجزائري في المادة81 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن ، أو جنون أو عته أو سفه ، ينوب عنه قانونا ولي ، أو وصي أو مقدم طبقا لإحكام هذا القانون" من خلال هذا النص يتبيَّن أنَّه يجوز للولي أن يوقع خلع السفيه وهذا مخالف لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في عدم جواز خلع الولي عن السفيه.كما أنَّ عدم وضوح المشرع الجزائري في المقصود من التصرفات ، هل يقصد بها التصرفات المالية أو التصرفات غير المالية والخلع والطلاق ، لهذا كان لزاما على المشرع الجزائري أن يوضح المقصود بالتصرفات وأن يبيَّن صراحة أنَّه لا يجوز للولي أن يخالع أو يطلق عن السفيه وذلك تماشيا مع مبادئ الشريعة الإسلامية.كما أنّ هناك تناقض بين المادة 43 من القانون المدني والمادة 85 من قانون الأسرة فقد جاء في المادة 43 من القانون المدني ما يلي "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " فهذه المادَّة تعتبر السفيه ناقص الأهلية فتصرفاته تخضع لحكم المادة 83 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 التي جاء النص فيها على ما يلي "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له،و باطلة إذا كانت ضارة به ، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القاضي" نلاحظ بأنَّ المشرع ساوى في هذه المادة بين السفيه والصبي المميز وجعل التصرفات المترددة بين النفع والضرر متوقفة على إجازة الولي ، لكن في المادة 85 من قانون الأسرة 05-02 فقد سواه بالمجنون

---

[1]الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سبق ذكره ج4 ص 15

[2]الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سبق ذكره ص 354.

[3]نفس المرجع السابق ص 356

[4]نفس المرجع ص 359 –حاشية ابن عابدين ، مرجع سبق ذكره ج 5 ص 112/ المغنى لابن قدامة ، مرجع سبق ذكره ج10 ص 307/ أبي إسحاق الشيرازي ،المهذب ، مرجع سبق ذكره، ج4 ص 255.

[5]ابو الفضل احمد بن علي بن محمد ، اتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة ت ح مركز خدمة السنة والسيرة باشراف د زهير بن ناصر الناصر – الناشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، المدينة المنورة ط1 1415هـ-1994م رقم الحديث 24878 ج19 ص 292

والمعتوه من حيث عدم نفاذ تصرفاته فنص على ما يلي " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفيه "، وبالتالي نلاحظ تناقضا لدى المشرع الجزائري ، فتارة يجعله مع الصبي الغير المميز وتارة أخرى يجعله مع الصبي المميز ، فهذا التناقض في المادتين يجعل أحكام القضاة متناقضة ، فعلى المشرع الجزائري إعادة النظر في المادة 43 من القانون المدني والمادة 85 من قانون الأسرة الجزائري ، والله أعلم وأعلا.

2–موقف المشرع الإماراتي :لم يذكر المشرع الإماراتي حكم خلع الولي عن السفيه في قانون الأحوال الشخصية

3– موقف المشرع الكويتي :بما أنَّ المشرع الكويتي لم يذكر حكم خلع الولي عن السفيه فإنَّه يرجع إلى المادة 343 من قانون الأحوال الشخصية ، التي تحيل القضاة إلى الراجح من المذهب المالكي التي جاء النص فيها ما يلي "كل مالم يرد له حُكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره ،فإن لم يوجد حكم أصلا ،طبقت المبادئ العامة في المذهب." وعليه فإنَّ الولي لا يجوز له أن يخالع عن السفيه كما أسلفت سابقا في حكم خلع ولي السفيه فقها .

4–موقف المشرع الأردني:لم يذكر المشرع الأردني حكم خلع الولي عن السفيه في قانون الأسرة إلاَّ أنَّه يمكن الرجوع إلى المادة 325 من قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 التي جاء النص فيها على ما يلي "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب إمام أبي حنيفة ، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون" وعليه فإنَّ خلع الولي عن السفيه لا يقع لأنَّ المذهب الحنفي لا يجيز خلع الولي عن السفيه كما أسلفت سابقا.

الفرع الرابع :سلطة القاضي في توقيع خلع السكران:قد يوقِّع الزوج الخلع وهو في حالة سكر ، فما حكم هذه الحالة فقها وقانونا .

أولا–من الناحية الفقهية :

السكر عند فقهاء الشريعة الإسلامية حالتان : الحالة الأولى أن يكون السكران غير متعديا بسكره ، كأن يشرب خمرا ضانا أنَّها ماءا ، أو مكره على شربها، ففي هذه الحالة اتفق العلماء على أنَّ طلاقه لا يقع[1] والخلع طلاق فتعتريه أحكام الطلاق من حيث الإرادة .أمَّا الحالة الثانية أن يكون متعديا بهذا

[1]ابن قدامى ، المغنى ، مرجع سبق ذكره ، ج10 ص 345 / الشيرازي ، المهذب في الفقه الشافعي ، مرجع سق ذكره ، ج4 ص 278 .

السكر وذلك بشربه متعمدا ، فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة بين وقوع طلاقه وعدم وقوعه إلى قولين :

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن أحمد أنَّ خلع السكران يقع ، حيث جاء في المبسوط "وخلع السكران يقع وعتاقه"[1] .وفي الأم "قال ويجوز طلاق السكران من الشراب المسكر ، وعتقه ويلزمه ما صنع ، ولا يجوز طلاق المغلوب على عقله من غير مسكر "[2] كما جاء أيضا في المدونة الكبرى " قلت أيجوز طلاق السكران ؟ قال نعم قال مالك : طلاق السكران جائز ، قلت لابن القاسم : ومخالعة السكران جائزة ؟ قال نعم ومخالعته "[3] .واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ " (سورة السناء الآية 43).قد ثبت في هذه الآية أنَّ التَّكليف لا يزول عنه بالسكر بدليل أنَّ الله نهى السكارى من الاقتراب من الصلاة وهم على هذه الحالة ، لأنَّ النهي تكليف ولما كان كذلك فانَّ الخلع والطلاق كذلك تكليف[4].فيقاس عليه النهي عن الصلاة لأنَّ كلاهما تكليف .كما ورد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم "كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله "[5].

-قياسا على الحدود والقصاص ، فلو قذف السكران أو قتل لزمه الحد والقصاص ، فناسب ذلك أن يلزمه طلاقه وخلعه[6].

القول الثاني :ذهب الشافعية في القديم ، ورواية ثانية للإمام احمد أنَّ طلاق وخلع السكران لا يقع .حيث

جاء في المهذب " وروى المزني أنَّه قال في القديم : لا يصح ظهاره (أي السكران) ، والطلاق والظهار واحد فمن أصحابنا من قال فيه قولان ، أحدهما لا يصح وهو اختيار المزني وأبي ثور ،لأنَّه زائل العقل فأشبه النائم ،أو مفقود الإرادة فأشبه المكره "[7] ،كما ورد أيضا في المغنىَّ في رواية ثانية لا يقع طلاقه

---

[1]المبسوط للسرخسي ، مرجع سبق ذكره ج6 ص 176.

[2]الام للشافعي ، مرجع سبق ذكره ج5 ص 257.

[3]المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره ج6 ص 24

[4]نيل الاوطار ، مرجع سبق ذكره ،ج6 ص 237.

[5]الامام محمد الدين ابي السعادات المبارك بن محمد الشيباني المعروف بابن الاثير الجزري توفى 606، جامع الأصول في أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ،تحقيق واعتناء وفهرسة ايمن صالح شعبان ، ط1 1418هـ- 1998م ، دار الكتب العلمية – بيروت لبنان ج4 ص 733.

[6]نيل الاوطار ، مرجع سبق ذكره ،ج6 ص 253.

[7]المهذب للشيرازي ، مرجع سبق ذكره ،ج2 ص 77

أي السكران) ، وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وعليه مذهب كثير من التابعين ولا نعلم أحدا من الصحابة خالفه ، وقال أحمد : حديث عثمان أرفع شيء فيه ، وهو أصح"[1] .

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بأقوال واردة عن عثمان رضي الله عنه " ليس لمجنون ولا لسكران طلاق " وقول ابن عباس رضي الله عنه " طلاق السكران والمستكره ليس جائز"[2] . كما استدلوا أيضا بالقياس ، أي قاسوا زائل العقل بالسكر على زائل العقل بالجنون والنوم والعته لأنَّ كل منهم زائل العقل أو مكره[3].

الرأي الشخصي:

والذي أرجحه والله أعلم وأعلى أنَّه يجب أن نفرق بين السكر الشديد الذي لا يعلم فيه السكران ما يقول وبين السكر الذي يعلم فيه مايقول .

فالذي لا يعلم ولا يدري ولا يتذكر ما قال فهذا طلاقه غير واقع للأدلة التالية :

1-قوة أدلة الفريق الثاني.

2-أنّ من استدلوا بقوله تعالى " ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " (سورة النساء الآية43)لا تدل على وقوع طلاق السكران بقدر ما تدل على عدم وقوعه لأنَّ النَّهي انصب إلى عدم الاقتراب من الصلاة لعدم صحتها من السكران لأنَّه لا يعلم ما يقول فكذلك الخلع والطلاق .كما أنَّ الخطاب موجه للمؤمنين الذين هم في كامل العقل لأنَّهم يعلمون ويدركون خطاب الله حتى يمنعوا السكارى من الاقتراب من الصلاة وليس الخطاب موجه للسكارى ، ولو كان الخطاب موجه للسكارى لقال يا أيُّها السكارى ولما كان السكير لا يفقه في خطاب الله وجه الخطاب للذين امنوا.

3-أما استدلاله بقول النبي صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله" فهو أيْضا دلالة على عدم وقوع طلاق وخلع السكران لأنَّ السكران يدخل في المغلوب على عقله والمغلوب على عقله قد يكون بالجنون والعته كما قد يكون بالسكر .

---

[1]المغنى لابن قدامة ، مرجع سبق ذكره ج10ص301.

[2]نيل الأوطار ، مرجع سبق ذكره ،ج6 ص 235

[3]المغنى لابن قدامة –مرجع سبق ذكره جج10 ص 300.

4-ومن قالوا أنَّ خلعه وطلاقه يقع عقوبة له على السكر ، فإن الله قد عاقبه على ذلك بالجلد ، فلما الزيادة في شرع الله .

5-أما من قاسوا القاذف والقاتل السكران على المطلِّق والمخالِع فذلك قياس مع الفارق لأنَّ القتل والقذف متعلق بحقوق الغير وأما الخلع والطلاق متعلق بحقه.

ثانيا : من الناحية قانونية

1-موقف المشرع الجزائري :لم ينص المشرع الجزائري صراحة على وقوع أو عدم وقوع خلع السكران لكن أحال القضاة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك طبقا لإحكام المادة 222 من قانون الأسرةإلاَّ أنَّنا نكون أمام نفس الإشكال وهو اختلاف الفقهاء ، ثم إذا اعتمد القاضي على المادة 85 من قانون الأسرة التي جاء النص فيها على ما يلي "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه " فإنَّ القاضي لا يوقع خلع السكران لأنَّه فاقد العقل ذلك أنَّ تصرفات المجنون والسفيه والمعتوه غير نافذة لأنَّه فاقد العقل فكذلك يلحق به السكران، إذن بسبب هذا الفراغ القانوني في مسألة خلع السكران يجعل قرارات القضاة متناقضة ، فمن يلجأ إلى المادة 222السالفة الذكر سيجد نفسه أمام اختلافات الفقهاء ، ومن يرجع إلى المادة 85 السالفة الذكر فكل قاض يفسرها حسب فهمه فعلى المشرع الجزائري أن يوضح موقفه من هذه المسالة .

2-موقف المشرع الكويتي : جاء في المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية ما يلي "يقع طلاق كل زوج بالغ ، مختار واع لما يقول ، فلا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره والغضبان إذا غلب الخلل في أقواله وأفعاله" إذن المشرع الكويتي لا يوقع طلاق السكران من خلال ذكر (واع لما يقول) والسكران ليس واع لما يقول .

3-موقف المشرع الإماراتي :لقد جاء في المادة 101 من قانون الأحوال الشخصية ما يلي " يشترط في المطلق العقل والاختيار .

لا يقع طلاق فاقد العقل بمحرم اختيارا" فقد حسم المشرع الإماراتي الخلاف صراحة ونص بعدم وقوع طلاق السكران ولو كان عمدا.

4-موقف المشرع الأردني:ورد في المادة 86 من قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 ما يلي "لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم "،كما جاء أيضا في المادة 80 من نفس القانون "يكون الزوج أهلا للطلاق إذا كان مكلف واعيا مختارا " وورد في نفس القانون نص المادة 103 الفقرة أ ما يلي "يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق ..." من خلال عرض هذه المواد وقياس طلاق السكران على خلعه يتبيَّن أنَّ خلع السكران لا يقع ، لأنَّ الخلع طلاق في نظر المشرع الأردني .

المبحث الثالث:

سلطة القاضي في التوكيل في الخلع

قد يوكل أحد الزوجين أو كلاهما غيره بالخلع عليه أو بالقيام بإجراءات التقاضي ، لهذا يطرح إشكال وهو ، ما هي سلطة القاضي عند التوكيل في الخلع ؟ وما هي صلاحية الوكيل ؟ للإجابة على هذه التساؤلات قد قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول:

مفهوم الوكالة وحكمها

سوف أتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الوكالة في فرع أول ، وإلى حكمها في فرع ثانٍ.

الفرع الأول مفهوم الوكالة

لمعرفة مفهوم الوكالة لابد من التطرق إلى تعريفها لغة ،و فقها، وقانونا ، لأتطرق إلى حكمها فقها وقانونا مقارنا ذلك مع بعض التشريعات العربية .

أولا : مفهوم الوكالة لغة :الوكالة هي اسم مصدر من التوكيل ، ولها في اللغة عدة معاني[1] الحفظ كما في قوله تعالى " حسبنا الله ونعم الوكيل " (سورة آل عمران الآية173) أي الحفظ،كما تعني الكفالة والقيام بأمر الغير .

وتأتي بمعنى التفويض قال تعالى " وتوكل على الله " (سورة الأحزاب الآية03) أي فوض أمرك إلى الله .

[1] محمد هادي اللحام ،محمد سعيد ، زهير علوان القاموس عربي –عربي الطبعة الثانية 1428هـ-2007م ،دار الكتب العلمية بيروت لبنان ص858.

ثانيا :مفهوم الوكالة فقها: قد اختلفت تعريفات الفقهاء للتوكيل وهذه بعض تعارفهم .

يعرفها المالكية بأنَّها نيابة في حق من الحقوق[1] .

أمَّا الحنفية فيعرفونها بما يلي : جاء في الكنز الدقائق "هو إقامة الغير مقام نفسه في التَّصرف ممن يوكله [2]"

بينما الشافعية فيقولون بصددها : تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة لا يفعله بعد موته[3].

أمَّا الحنابلة يقولون بصددها ما يلي :هي استنابة جائزة التصرف مثله فيما تدخله النيابة[4].

ثالثا:مفهوم الوكالة قانونا :سأذكر في هذا الفرع مفهوم الوكالة عند المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية

1)المشرع الجزائري : لقد عرف الوكالة في المادة 571 من القانون المدني الصادر بالأمر 75-58 المعدل والمتمم بما يلي " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر بالقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه ".

2)المشرع المصري : لقد ذكر المشرع المصري مفهوم الوكالة في المادة 699 من القانون المدني رقم 131 لسنة 1984 "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل"[5].

3)المشرع الأردني : ذكر المشرع الأردني تعريف الوكالة في القانون المدني لسنة 1976م في المادة 833 الذي جاء النص فيها " الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"[6].

---

[1]، محمد سكحال ، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، مرجع سبق ذكره ،ج2 ص511 .

[2]أبي البركات عبد الله بن احمد ألنسفي ، كنز الدقائق في الفقه الحنفي، مرجع سبق ذكره، ص 483.

[3]قاسم بن محمد النووي ، الروض النضير الجامع بين تحفة الطلاب والتيسير في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره ،ص400.

[4]تقي الدين احمد بن محمد بن علي الآدمي ، المنور في الراجح المحرر ، مرجع سبق ذكره ،ص 271.

[5]القانون المدني المصري 131 لسنة 1948الموقع الإلكتروني http://www.incometax.gov.eg/New%20LAWs/law-1948-131.pdf

[6]قانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1973 الالكتروني:https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf

من خلال هذه التعريفات للوكالة في التشريعات العربية يتَّضح أنَّ هناك اتفاق بين التشريعات العربية على اعتبار الوكالة عقد ، فهي تخضع لقاعدة العقد شريعة التعاقدين ، إذ لابد فيه من التراضي ، كما تم الاتفاق أيضا على أنَّ الوكالة تخول للوكيل القيام بمهام باسم ولحساب الموكل.

الفرع الثاني : حكم الوكالة:

لمعرفة حكم الوكالة لابد من أن أتطرق إلى حكمها في الفقه الإسلامي و عند المشرع الجزائري و لدى بعض التشريعات العربية .

أولا :حكم الوكالة في الفقه الإسلامي:

الإتفاق حاصل بين فقهاء الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]على جواز التوكيل ، حيث جاء في المختصر القدوري " ويجوز التوكيل بالخصوص في سائر الحقوق وبإثباتها ويجوز الإستفاء "كما جاء أيضا في كتاب الكافي "الوكالة جائزة في البيع والابتياع والإنكاح ، واقتضاء الديون وقضائها ، وكل ما للإنسان فعله فله أن يَكِلَ فيه "، كما ورد أيْضا في الإقناع في الفقه الشافعي " ويجوز أن يوكل الرجل جائز الأمر رجلا صحيح التصرف في كل ماصح فيه النيابة من عقود وحقوق " ، كما ورد أيْضا في عمدة الفقه "الوكالة جائزة في كل ماتجوز النيابة فيه إذا كان الموكل والوكيل مما يصح ذلك منه ". كما جاء أيضا في المغنى لابن قدامة "ويصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ، أو من أحدهما منفردا وكل من صح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله ، ووكالته وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم في مخالف ."[5]

وقداستدلوا على ذلك من قوله تعالى " فابعثوا حكما من أهلها وحكما من أهله "(سورة النساء الآية35).فجعلوا المراد بالحكمين في الآية الكريمة أنَّهما وكيلان عن الزوجين .

---

[1]، القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي ، مرجع سبق ذكره ،ص 115 .

[2]الكافي في فقه أهل المدينة ،مرجع سبق ذكره ، ص786/ المهذب في الفقه المالكي ،مرجع سبق ذكره، ص511 .

[3] أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي،ت سنة 450هـ ، الاقناع في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره ، ص111-112.

[4]موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ،541 ،620 ، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي ،ت ح أحمد محمد عزوز 1423هـ 2003م ، المكتبة العصرية بيروت –صيدا ص59 / تقي الدين احمد بن محمد بن علي الآدمي ،كتاب المنور في الراجح المحرر على مذهب أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني ، مرجع سبق ذكره، ص 271.

[5]بن قدامة ، المغنى ، مرجع سبق ذكره ج10 ص 316.

ثانيا :حكم الوكالة قانونا :

1)المشرع الجزائري :لم ينص المشرع الجزائري صراحة في قانون الأسرة على جواز التوكيل في الخلع ، و بالرجوع إلى القانون المدني المعدل والمتمم نجد أحكام الوكالة ،فقد جاء في المادة571منه " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه " ، فلقد ذكر المشرع الجزائري لفظ عمل ، والعمل فقد يكون بيعا أو شراء ،وقد يكون خلعا أو طلاقا ، كما أورد في المادة 574 /1من نفس القانون "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعاة أمام القضاء "،فيتَّضح من هذه المادة أنَّ الوكالة تصلح في الخلع والطلاق وذلك من خلال ذكر الصلح والتحكيم ، فكما يكون التوكيل في الصلح والتحكيم يكون في الخلع والطلاق ، كما صرَّح المشرع الجزائري في نفس المادة 2/574 على أنَّ:"الوكالة الخاصة نوع من أنواع الأعمال القانونية". وعليه فإنَّ الخلع عمل قانوني و يجوز فيه التوكيل ، كما أنَّه بالرجوع إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15 -01-1994تحت رقم 110096 ،نجده يخول للزوج التوكيل في الطلاق حيث جاء فيه مايلي "حيث بالإطلاع على ملف قضية الطعن تبيَّن أنَّ الزوج قد وكل ولده نيابة عنه لمتابعة إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق موضوع النزاع وكان ذلك بناءا على وكالة رسمية مرفقة ، وإنَّ الوكالة تحدث آثارها القانونية خلافا لما تدعيه المدعية في الطلاق "[1] ، أي أنَّ الطاعنة تدعي أنَّه لا يجوز الوكالة في الطَّلاق فرد عليها قضاة المحكمة العليا بأنَّ الوكالة في الطلاق تجوز ، وعليه بما أنَّ الخلع طلاق في نظر المشرع الجزائري فإنَّه يمكن اعتماد الوكالة في الخلع قياسا على جواز الوكالة في الطلاق ، سواء من الزوج أو من الزوجة .

2)المشرع الأردني :فقد أجاز الوكالة في الطلاق في المادة 85 من القانون رقم 36 لسنة 2010 على أنَّه :"للزوج أن يوكل غيره بالطلاق وله أن يفوض زوجته بتطليق نفسها على أن يكون ذلك بسند رسمي ".إذن، فإنَّه لما أجاز المشرع الأردني للزوج التوكيل في الطلاق فإنَّه يجوز له التوكيل في الخلع ، لكن هل يجوز للزوجة أن توكل من يخالع عنها؟ بالرجوع إلى القانون المدني الأردني المادة 833 منه التي جاء

[1]القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15 -01-1994غرفة الأحوال الشخصية في ملف تحت رقم 110096 منشور بالمجلة القضائية 1994 العدد 3 ص 79

النص فيها "الوكالة عقد يقيم الموكِّل بمقتضاه شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ".إذن، من خلال هذه المادة يتبيَّن أنَّ الوكالة عقد ،والعقد يجوز بمقتضاه للزوجة أن توكل من يخالع عنها .

3)المشرع الكويتي :لقد أجاز المشرع الكويتي التوكيل في الخلع من خلال المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية الذي جاء النص فيها "ولا يملك الخلع غير الزوجين أو من يوكلانه " .

4)المشرع الإماراتي : لقد أجاز المشرع الإماراتي أيضا التوكيل في الخلع وذلك من خلال المادة 100 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء النص فيها " يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة".

المطلب الثاني:

التوكيل بالخلع من طرف الزوجين

إنَّ الوكالة في الخلع قد تكون من الزوج كما أنَّها قد تكون من الزوجة ، والتوكيل قد يكون محدد العوض كما قد يكون غير محدد العوض من الموكل .

الفرع الأول:التوكيل بالخلع من طرف الزوج

كما سبق وأن بيَّنت في حكم الوكالة أنَّه يجوز للزوج أن يوكل غيره بمخالعة زوجته ، ففي هذه الحالة قد يحدد له مقدار العوض أو قد لا يحدد له المقدار .

أولا : سلطة الوكيل عند تحديد مقدار العوض من الزوج :

إنَّ الاتفاق حاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية، على أنَّ الزوج إذا حدد العوض للوكيل ، وخالع هذا الأخير بما حدد له أو زاد على العوض المحدد فإنَّ الخلع يقع ، لأنَّه موافق لما وكله و فيه مصلحة إن زاد على مقدار العوض العائد إلى الموكل .أمَّاإن نقص عن العوض الذي حدده له كأن وكله بأن يخالع ب 50000 د ج ولكنه خالعه ب 40000دج ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين :

القول الأول : إن الخلع لا يصح ، هذا ما ذهب إليه المالكيَّة والشافعيَّة في قول ، والحنابلة في رواية أخرى لهم ، وهذه بعض أقوالهم ، فقد جاء في مواهب جليل لشرح مختصر خليل " ولو قال خالعها

بمائة فنقص لم ينفع "[1]، أي إذا نقص عن العوض المحدد لم يقع الخلع ، كما جاء أيضا في كتاب المجموع "وقال فيمن وكَّلَ وقدَّر العوض وخالع على أقل منه أنَّ الطلاق لا يقع "[2]، كما ورد أيضا في كتاب المغنَّى "وإن خالع بأقلَّ منه ففيه وجهان :أحدهما ، لا يصح الخلع وهذا اختيار ابن حامد "[3]. وحجتهم في ذلك أنَّه خالف موكِّله في ذلك فلم يصح تصرفه[4].

القول الثاني : ذهب الشافعية في قول لهم أنَّه يصح ويرجع إلى مهر المثل لأنَّ الطلاق مأذون فيه ، فإذا وقع لم يرد والمسمى فاسد فوجب مهر المثل كما لو خالعها على عوض فاسد[5] ، وفي قول آخر إنَّ الطلاق يقع و يخيَّر بين قبول العوض ويقع الطلاق بائنا وبين أن لا يرضى ويقع الطلاق رجعيا ، وحجتهم في هذا القول أنَّه لا يمكن إجبار الزوج على مسمى لم يرض به ، ولا يمكن إجبار الزوجة على مهر المثل ، فخير بين الأمرين لإزالة الضرر عنها [6] . أمَّا الحنابلة فذهبوا إلى أنَّه يصح ويرجع على الوكيل بالنقص ، لأنَّ المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع.[7]

أمَّا الذي أرجحه هو الرأي القائل بأنَّ الخلع يصح ويرجع على الوكيل بما نقص ، لأنَّ الزوج قد حدد له العوض ، وهو بمخالفته ذلك العوض المحدد فقد كان بمثابة الضامن ، لأنَّه خالف ما حدد له الزوج ، ويعود عليه بالنقص ، ثم إنَّ الزوج ذهبت إرادته إلى إيقاع الخلع وقد وقع الخلع من موكله فلا رجوع فيه ، أمَّا النقص في العوض لا يؤدي إلى إبطال الخلع وذلك أخذا بالأحوط في الفروج .

ثانيا :سلطة الوكيل في حالة عدم تحديد العوض من الزوج :

إذا لم يحدد الزوج العوض وأطلق الوكالة للموكل ، ففي هذه الحالة الاتفاق حاصل بين الفقهاء أنَّ الوكيل إن خالع بمهر المثل أو زاد ، صح لأنَّ في إطلاق الوكالة يرجع إلى مهر المثل[8] ثم إنَّ الزيادة

---

[1]أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الزعينيت سنة 954 هـ ، مواهب جليل لشرح مختصر خليل ،ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكرياءعميرات – دار عالم الكتب – بدون سنة طبع ،ج5 ،ص 292.

[2]محمد نجيب المطيعي ،كتاب المجموع شرح مهذب للشيرازي، مرجع سبق ذكره ،ج18 ص 173.

[3]إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح أبو اسحاق برهان الدين ت 884 هـ ، المبدع في شرح المقنع ،دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط1 1418هـ 1997م ج6 ص 289.

[4]المبدع شرح المقنع ، مرجع سبق ذكره، ج1 ص316–كتاب المجموع شرح مهذب للشيرازي ، مرجع سبق ذكره ،ج18 ص 175

[5]كتاب المجموع شرح مهذب للشيرازي ، مرجع سبق ذكره ،ج18ن ص 175.

[6]كتاب المجموع شرح مهذب للشيرازي ، نفس المرجع السابق،ج18 ،ص 175.

[7]المغنى لابن قدامة المقدسي ، مرجع سبق ذكره ، ج10 ،ص 316.

[8]مواهب جليل شرح مختصر خليل ، مرجع سبق ذكره ،ج5 ،ص 290 -/كتاب المجموع شرح المهذب ، المرجع السابق،ج 18 ص 175 / المغنى لابن قدامة ، مرجع سبق ذكره ،ج10، ص 317.

عن مهر المثل خيرا له أي للزوج ، أماَّ إن قل عن مهر المثل فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال وهي :

القول الأول : ذهب المالكية[1]أنَّه إن أطلق الزوج الوكالة ولم يحدد العوض ، وخلع الوكيل بأقل من مهر المثل ، حلف الزوج أنَّه أرد الخلع بمهر المثل ، أي أنَّ القول قول الزوج ويصدَّق بيمينه أنَّه أراد مهر المثل

القول الثاني :ذهب الشافعية[2]إلى رأيين :

1-إنَّ الخلع يقع ويرجع على الوكيل بمهر المثل .

2-إنَّ الزوج بالخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون طلاقا بائنا ،ويقع الطلاق رجعيا إن لم يرضى بالبدل

القول الثالث : ذهب إلى أنَّه إن أطلق الوكالة فإنَّه يقتضي خلع بمهرها المسمى حالا من جنس أهل البَلد ، فإن خالع بدونه ففيه قولان : يرى الأول بأنَّه لا يصح ، أمَّا الثاني فيرى بأنَّه يصح ويرجع على الوكيل بما نقص عن مهرها المسمى ،ويُنسب هذان القولان للحنابلة[3].

والذي أرجِّحه أنَّه إن نقص عن مهر المثل يعود على الوكيل بالنقص ، والخلع يقع طلاقا بائنا لأنَّه على الوكيل أن يتصَّرف تصرف الرجل الحريص ، ثم إنَّ الزوج لما وكل بالمخالعة أنَّه أراد طلاقا بائنا ، أخذا بقاعدة الأحوط في الفروج ، ولا يأخذ بمهرها المسمى لأنَّه لربما يكون قد قلَّت قيمته مع مرور الوقت.

الفرع الثاني: التوكيل بالخلع من طرف الزوجة

إذا وكلت الزوجة من يخالع عنها ، في هذه الحالة قد تقدر له العِوض ، وقد تطلق له الوكالة .

أولا:سلطة الوكيل في حالة تحديد الزوجة مقدار العِوَض :إذا حددت الزوجة العوض الذي تخالع به زوجها فإنَّ الوكيل ملزم بأن يخالع بما حددت ، وإن خالف وأنقص فذلك جائز ، لأنَّ فيه مصلحة للزوجة ، وإن زاد عن العوض المحدد فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين :

---

[1]مواهب جليل شرح مختصر خليل ، مرجع سبق ذكره ،ج 05، ص 290.

[2]كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي ، مرجع سبق ذكره ، ج18، ص 175 .

[3]المغنى لابن قدامة ، مرجع سبق ذكره ،ج10، ص 317

القول الأول : إنَّه إن زاد على ما حددت له صح الخلع ، وعلى الوكيل الزيادة ، وهذا ماذهب إليه المالكية[1] والحنابلة[2] وحجتهم في ذلك أنَّ الوكيل إلتزمه للزوج ، أي أن الوكيل قد التزم العوض للزوج.

القول الثاني : ذهب الشافعية[3] في ذلك إلى رأيين :

الرأي الأول :

-أنَّه يلزمها مهر المثل .

الرأي الثاني :

-أنَّه يلزمها أكثر الأمرين من مهر المثل أوما حددت له فإن كان مهر المثل أكثر وجب ، لأنَّ المسمى سقط لفساده . وإذا كان ماحددت له أكثر وجب لأنَّها رضيت به ، وإن خالع على شيء محرم سقط المسمى ووجب مهر المثل .

والذي أرجحه أنَّه إن حددت له العِوض ولكنه زاد عن العوض المحدد بأن الخلع يصح ويقع ، ولزم الوكيل الزيادة لأنَّ الزوج ما رضي بوقوع الخلع إلا بما سمى الوكيل له ، ولو لم يرضى بما سمى به لما أوقع الخلع وأسقط حقه من زوجته ، ثم إنَّ إلزام الوكيل بالزيادة لأنَّه خالف ماحددت له ولا يمكن إجبار الزوج بمهر المثل ، لربما كان مهر المثل أقل من العوض الذي سماه له الوكيل .

ثانيا: سلطة الوكيل في حالة عدم تحديد الزوجة مقدار العوض

إذا وكلت الزوجة من يخالع عنها وأطلقت الوكالة ففي هذه الحالة إن خالع بمهر المثل أو أقل فالخلع واقع ولها ما خالع عليه الوكيل[4] ، أما إن زاد عن مهر المثل فذهب المالكية والحنابلة إلى أنَّ الوكيل يضمن

---

[1]مواهب جليل لشرح مختصر خليل ، مرجع سبق ذكره، ج5 ،ص 291.

[2]المغنى لابن قدامة ، مرجع سبق ذكره ،ج10، ص318

[3]كتاب المجموع شرح مهذب الشيرازي، مرجع سبق ذكره ، ج18 ،ص175

[4]مواهب جليل شرح مختصر خليل ، المرجع السابق ،ج5 ،ص 290 -/كتاب المجموع شرح المهذب ، المرجع السابق ،ج 18 ص 175 / المغنى لابن قدامة ، المرجع السابق ،ج10 ،ص 317.

الزيادة[1] ، أمَّا الشافعية فذهبوا إلى أنَّه لا يلزمها إلا مهر المثل لأنَّ العوض صار فاسدا ، و عند فساد العِوض يرجع إلى مهر المثل.[2]

والذي أرجِّحه أنَّه إن زاد عن مهر المثل فإنَّ الوكيل يضمن الزيادة ، لأنَّ الزوج ما رضي بإسقاط حقه في المتعة إلَّا أنَّه رضي بالعوض الذي هو أكثر من مهر المثل ، فلمَ نلزمه بمهر المثل وهو لم يوافق عليه .

المطلب الثالث :

السلطة القانونية للوكيل في الخلع

سوف أتعرَّض في هذا المطلب إلى سلطة الوكيل عند تحديد العوض في فرع أول وإلى سلطته عند عدم تحديد العوض في فرع ثانٍ.

الفرع الأول : سلطة الوكيل عند تحديد العوض

أولا : موقف المشرع الجزائري :

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على سلطة الوكيل في الخلع عند تحديد العوض من طرف الموكل ، لكن بالرجوع إلى المادة 575 من قانون المدني و التي جاء النص فيها كالآتي " الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة "، من خلال هذه المادة نستنتج أنَّه على الوكيل أن لا يتجاوز المبلغ المحدد له ، ولكن السؤال الذي يطرح هو ما حكم الخلع إذا تجاوز الوكيل المبلغ المحدد له ؟ هل يقع الخلع أم لا ؟ ، لأنَّنا هنا لسنا بصدد معاملة محضة بل نحن بصدد أمر يتعلق بالحل أو حرمة الزوجة على زوجها ولأنَّ الأصل في الأبضع التحريم ، فإنَّه لزاما على المشرع الجزائري أن يوضح موقفه من سلطة الوكيل في الخلع عند تحديد مبلغ الخلع ، وما هو حكم الخلع ؟ لأنَّ الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل القضاة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لا تفي بالغرض ،لأنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في حكم مخالفة الوكيل للمبلغ المحدد له ، سواء كانت الوكالة من الزوج أو من الزوجة .

---

[1]إبن قدامة ، المغنى ، مرجع سبق ذكره ،ج10 ،ص 318

[2]إبن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ،ط3 2003م / 1424هـ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ،ج6 ص 402./محمد بن خطيب الشربيني ،مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،اعتناء محمد خليل عيتاني ،ط1 ،1418هـ/1997م ، دار المعرفة ،بيروت، لبنان ،ج3 ص 353

ثانيا موقف المشرع الأردني :

لقد أجاز المشرع الأردني الوكالة في الطلاق ، إلاَّ أنَّه لم يتحدث عن مخالفة الوكيل لموكله في المبلغ ، لكن بالرجوع إلى القانون المدني الأردني الذي نص في المادة 480 منه على مايلي "تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون أن يتجاوز حدوده إلَّا فيما هو أكثر نفعا للموكل" يتَّضح من خلال نص المادة أنَّ الوكيل ليس له إلَّا أن يتَّبع ما حدده له الموكل ،وله أن يتجاوز حدود الوكالة إذا كان في ذلك مصلحة للموكل ، ولكن ما حكم تجاوز الوكيل لحدود الوكالة وخاصة إذا كان التجاوز للحدود فيما لا مصلحة فيه للموكل ، وخالع بأقل من البدل المحدد له ؟ هذا مالم يذكره المشرع الأردني .

الفرع الثاني سلطة الوكيل في الخلع عند عدم تحديد مقدار العوض :

أولا :موقف المشرع الجزائري :

إذا لم يحدد الزوج أو الزوجة مبلغ العوض ، وخالع الزوج دون مهر المثل إذا كان الموكل هو الزوج ، أو أكثر من مهر المثل إذا كان الموكل هي الزوجة ، لقد نص المشرع الجزائري في المادة 576 من قانون المدني " يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي" أي أنَّه إذا وكَّل الزوج الوكيل ولم يحدد له مبلغ الخلع ، فإنَّه يجب عليه أن يخالع بمهر المثل أو أكثر ، وإذا وكلته الزوجة فعليه أن يخالع بمهر المثل أو أقل ، وذلك تماشيا مع نص المادة التي توجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي ، ولا يكون قد بذل عناية الرجل العادي إذا خالع الزوجة بأقل من مهر المثل إذا كان الموكل هو الزوج أو خالع بأكثر من مهر المثل إذا كان الموكل هي الزوجة ، لكن ما حكم الخلع إذا كان بأقل أو أكثر من مهر المثل هل هو صحيح أم لا ؟ هذا مالم يجب عليه المشرع الجزائري.

ثانيا موقف المشرع الأردني:

لقد نص في المادة 481 من القانون المدني على ما يلي "على الوكيل أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، إلاَّ إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وعليه أن يبذل في العناية بها عناية الرجل المعتاد إذا كانت بأجر " ، فالمشرع الأردني يفرق بين الوكالة بأجر وبغير أجر ، فالوكالة بأجر تكون أشد عناية من الوكالة بغير أجر ، لكن ما الحكم إذا خالع بغير عناية الرجل العادي في الوكالة بأَجر ، أيْ خالع بأقل من مهر المثل إذا كانت الوكالة من الزوج ، أوبأكثر من مهر المثل إذا

كانت الوكالة من الزوجة ، إلاَّ أنَّه بالرجوع إلى المادة 848 من قانون المدني الذي جاء النص فيها " للوكيل شراء شيء دون بيان قيمته أن يشتريه بثمن المثل أو بغبن يسير في الأشياء التي ليس فيها سعر معين .

فإذا اشترى بغبن يسير في الأشياء التي لها سعر معين أو بغبن فاحش مطلقا فلا ينفذ العقد بالنسبة للموكل " .إذن ما نستنتجه هو أنَّه إذا لم يحدد الموكل للوكيل مقدار العوض فعليه أن يعود إلى مهر المثل هذا إذا قسنا الخلع على البيع والشراء من حيث العوض ، لكن هل ينفذ الخلع أم لا؟ حسب هذه المادة لا ينفذ ،كما جاء في المادة 852 من نفس القانون " للوكيل الذي وُكِّل بيع مال موكله بصورة مطلقة أن يبيعه بالثمن المناسب وإذا عين له الموكل ثمن المبيع فليس له أن يبيعه بما يقل عنه ، فإذا باعه بنقص دون إذن سابق أو أجازه لاحقا وسلم إلى المشترى فالموكل بالخيار بين استرداد المبيع أو إجازة البيع أو تضمين الوكيل قيمة النقصان " وعليه ،إذا قسنا الخلع على البيع فتجري عليه هذه الأحكام ،

المطلب الرابع :

سلطة الوكيل في مباشرة إجراءات التقاضي :

سوف أتعرض في هذا المطلب إلى فروع ثلاثة ، أتعرض فيها لموقف المشرع الجزائري والأردني والمصري في هذه المسألة .

الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري

إنَّه بالرجوع إلى المادة 574 من قانون المدني الجزائري و التي جاء النص فيها "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعات أمام القضاء ".فإنَّه يتبيَّن من هذه المادة أنَّه يجوز للوكيل أن يباشر إجراءات التقاضي سواء في الصلح أو التحكيم ، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 110096 الصادر بتاريخ :15-11-1994 "حيث بالاطلاع على ملف قضية الطعن تبيَّن وأنَّ الزوج قد وكل والده نيابة عنه متابعة إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق موضوع النزاع ، وكان ذلك بناءا على وكالة رسمية مرفقة ، وإنَّ الوكالة تحدث آثارها القانونية خلافا لما تدعيه المدعية في الطلاق "[1] ، من خلال هذا القرار يتَّضح أنَّه

[1]قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في ملف رقم 110096 الصادر بتاريخ :15-11-1994منشور بالمجلة القضائية 1994 العدد 03 ص79 .

تجوز الوكالة في إجراءات التقاضي ، لكن هناك قرار صادر عن المحكمة العليا الذي صرح بوجوب حضور الزوج شخصيا أثناء جلسات الصلح ، فقد ذكر في القرار الصادر بتاريخ 14-01-2009 تحت رقم 474956 ما يلي " الوجه الثاني : مأخوذ من مخالفة وخطأ في تطبيق القانون ذلك بالرجوع إلى مضمون الحكم المطعون فيه ، يلاحظ أنَّ قاضي الأحوال الشخصية بمحكمة سكيكدة قد خرق القانون عندما أصدر الحكم بالطلاق دون مراعاة أحكام المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة التي ألزم من خلالها المشرع الطرفان بحضور جلسة محاولة الصلح ، حيث أنَّ الحكم المنتقد فعلا خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ذلك ،لأنَّ المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة تجبر القاضي على إجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين قبل إصدار الحكم بالطلاق .وحيث تبيَّن من الإطلاع على الحكم محل الطعن أنَّ الطاعن لم يحضر جلسة الصلح بل أناب عنه محاميه أمام محكمة الدرجة الأولى ليصرح أمامها بأنَّه يرفض الصلح الذي دعت إليه المحكمة ،عملا بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة ، لكن حيث أنَّ اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا الذي طالب بفك الرابطة الزوجية جلسة الصلح ، وإبداء طلباته ، وفي حالة غيابه ترفض دعواه ، مما يستلزم معه وللأسباب المشار إليها أعلاه ، القضاء بنقض الحكم محل الطعن "[1] ، رغم وضوح المادة 574 من القانون المدني المشار إليها آنفا التي تجيز التوكيل في الصلح والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعات أمام القضاء ، إلَّا أنَّ هذا القرار جاء مخالفا لهذه المادة ، ولعل هذا راجع إلى الغموض الذي يعيب المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة التي لم تبيِّن جواز التوكيل في الصلح وإجراءات التقاضي ، ولم يأخذ قضاة المحكمة العليا بالمادة 574 من القانون المدني على اعتبار أنَّها خاصة بالبيع والشراء والرهن والإجراءات التي تخص بها ، لهذا على المشرع الجزائري أن يوضح موقفه ويبيِّن أنَّه يجوز التوكيل في الطلاق والخلع وإجراءات اللاحقة بهما ، وأن يفرِّق بين الوكالة في الصلح إذا كان الموكل تمنعه ظروف قاهرة ومن ليست لديه ظروف قاهرة تمنعه من حضور جلسات الصلح .

الفرع الثاني موقف المشرع الأردني :

لقد نص المشرع الأردني في المادة 836 من القانون المدني على ما يلي " الوكالة تكون خاصة إذا اقتصرت على أمر أو أمور معينة وعامة إذا شملت كل أمر يقبل النيابة :

[1] القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في ملف تحت رقم 474956الصادر بتاريخ 14-01-2009 قرار منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 2 لسنة 2009 ص 273.

1-إذا كانت خاصة فليس للوكيل إلَّا مباشرة الأمور المعينة فيها، وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها .

2-وإذا كانت عامة جاز للوكيل مباشرة المعاوضات والتصرفات عدا التبرعات فلابد من التصريح بها " ،يتبيَّن من خلال هذه المادة أنَّه يجوز التوكيل في إجراءات الخلع لأنَّها تعتبر من التصرفات القانونية الذي نص عليها المشرع الأردني في هذه المادة .

الفرع الثالث المشرع المصري:

لقد نص في المادة 702 من قانون المدني على ما يلي "لا بد في وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم ، وتوجيه اليمين والمرافعات أمام القضاء "، هذه المادة موافقة لنص المادة 574 من القانون المدني الجزائري والتي تجيز التوكيل في إجراءات التقاضي .

كما نص أيْضا المشرع المصري في المادة 75 من قانون المرافعات المصري على ما يلي "التوكيل بالخصوص يخول للوكيل سلطة القيام بأعمال وإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في موضوعها في درجة التقاضي التي وكل فيها ، وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف وذلك يعتبر إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضا خاصا بكل قيد يرد في سند الوكالة "[1] وهذا ما جاء في الطعن رقم 2084 ،الصادر بتاريخ 18:-01-1985 سنة 54 قضائية " من المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أنَّ الخصومة تنعقد صحيحة بين طرفيها إذا أقيمت من شخص بصفته وكيلا وأنَّه لا محل لإعمال قاعدة لا يجوز لأحد أن يخاصم بوكيل عنه متى أفصح الوكيل عن صفته وعن إسم موكله"[2]

والذي استخلصه من هذا المبحث على المشرع الجزائري أن ينص صراحة :

-على جواز الوكالة في الخلع .

إذا حدد الزوجان العوض:

[1] قانون المرافعات المدنية التجارية المصري رقم13 لسنة 1986 http://www.lcrdye.org/wp-content/uploads/2018/02/

[2] من الموقع الالكتروني http.//www.startimes.com/?t 15173831

– أن ينص على أنَّه عند تحديد العوض للوكيل في الخلع وكان الموكل الزوج عليه أن لا ينقص على المقدار المحدد وإن زاد فلا بأس وإن نقص على العوض المحدد من الزوج فالخلع ماض والنقص يرجع به على الوكيل

–إذا كان التوكيل من الزوجة وحددت عوض البدل فعلى الوكيل أن لا يزيد عن المحدد له وإن أنقص فلا بأس لأنَّه في صالح الزوجة وإن زاد الوكيل عن المهر المحدد له فالزيادة من مال الوكيل.

إذا لم يحدد الزوجان العوض :

–إذا كان التوكيل من الزوجة فعلى الوكيل أن يخالع بمهر المثل وإن أنقص فلا بأس ، وإن زاد عن مهر المثل فالزيادة من مال الوكيل .

–إذا كان التوكيل من الزوج فعليه أن يخالع بمهر المثل وإن زاد فلا بأس ،وإن أنقص عن مهر المثل فالنقص من مال الوكيل.

–أن يوضح موقفه ويبين أنه يجوز التوكيل في الطلاق والخلع والإجراءات اللاحقة بهما ، وأن يفرق بين الوكالة في الصلح إذا كان الموكل تمنعه ظروف قاهرة ومن ليست لديه ظروف قاهرة تمنعه من حضور جلسات الصلح .

خلاصة الفصل :

إن الخلع حق للزوجة وبه يحق لها أن توقعه في أي وقت شاءت عندما تبغض زوجها ، فقد يكون الخلع قبل الدخول وهذا باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية على جوازه ، لأنَّه إذا كان الخلع بعد الدخول جائز فإنَّه قبل الدخول كذلك من باب أولى ، أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على حكم هذه الحالة ، لهذا فقد انقسمت اجتهادات المحكمة العليا بين مجيز ومانع ، إلى أنَّ بعض التشريعات العربية نصت صراحة على جوازه ، كما قد يحدث اختلاف بين الزوجين في وقوع أصل الخلع أو بدله والقدر الذي وقع به ، وعليه ، فإن الاتفاق حاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية على أنَّه إذا ادعى الزوج وقوعه فالقول قوله في أصل الخلع والقول قولها في العوض وقدره وجنسه ، لأنَّ الزوج يملك الطلاق وهو حقه والزوجة تملك العوض وهو مالها ، أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتكلم عن الخلع الذي يكون بين الزوج وزوجته قبل الوصول إلى المحكمة ولا عن الاختلاف ، ولكن يمكن أن يرجع إلى القانون المدني في

مسألة الإثبات ، والأصل في الخلع أن يتمَّ بتراضي الزوجين ، ولكن قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم إجبار الزوج على الخلع بين مجيز ومانع ، أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري فإنهَّ أخذ بالرأي الذي يجيز للقاضي إجبار الزوج على الخلع ، كما ذهب إلى ذلك المشرع الكويتي والإماراتي والأردني والمصري وخالفهم في ذلك المشرع المغربي ، كما أنَّه يمكن للحائض أن تخالع نفسها لأنّ الخلع ليس كالطلاق ، فالزوجة تريد أن تخلص نفسها من زوجها فلا حاجة إلى انتظار الطهر هذا من الناحية الفقهية ، أما من الناحية القانونية لم يتكلم المشرع الجزائري عن الطلاق في الخلع ولا عن الخلع في هذه الحالة ، كما يمكن للزوجة أن تطلب الخلع في مرض الموت سواء في مرض موتها هي أو زوجها وهذا جائز باتفاق جميع الفقهاء، لكن اختلفوا حول حكم ميراثه منها أو ميراثها منه و لم يتكلم المشرع الجزائري عن الخلع في مرض الموت في قانون الأسرة ، تاركا ذلك إلى اجتهادات القضاة ، كما قد يصدر الخلع في من فاقد الأهلية كالمكره أو المكرهة أو الصغير والصغيرة أو المجنون والمجنونة أو السفيه والسفيهة أو السكران فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم وقوع كل حالة إلى قولين ، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتكلم عن هذه الحالة أيضا ، لكن بالرجوع إلى قانون المدني الجزائري وبعض مواد قانون الأسرة الجزائري فيمكن القياس عليها في حكم كل حالة ،كما أنه قد يوكل الزوجان غيرهما بتوقيع الخلع ، وفي هذه الحالة قد تكون الوكالة محددة أو غير محددة فقد تناولت ذلك من الناحية الشرعية والقانونية ، ومن أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا الفصل هي ما يلي :

1-يجوز إكراه الزوج على الخلع من طرف القاضي ، لكن مع وضع شروط التي تسمح للزوجة بأن تطلب الخلع من خلالها .

2-يجوز الخلع في الحيض ،وفي مرض الموت ،وقبل الدخول .

3-إذا اتفق الزوجان على وقوع الخلع ولكن اختلفوا في بدله فإنَّ القول قول الزوجة في العوض .

4- إذا أقر الزوج بوقوع الطلاق على مال وقالت الزوجة أنَّ الطلاق كان على غير مال وقع الطلاق بائنا ولا شيء للزوج ، وإذا ادعت الزوجة وقوع الخلع ونفى ذلك الزوج فالقول قول الزوج في عدم وقوع الخلع .

5- من خالعت زوجها في مرض موته جبرا من القاضي لا ترثه لأنَّها رضيت بإسقاط حقها من الزوج .

7-جواز التوكيل من طرف الزوجين لشخص آخر لتوقيع الخلع .

8-في حالة عدم تحديد بدل الخلع فالوكيل ملزم بمخالعة الزوجة بمهر المثل أو أكثر إذا كان الزوج هو الموكل ، أمَّا إن كانت الزوجة هي الموكلة فالوكيل ملزم بمخالعتها بمهر المثل أو أقل .

9-لم ينص المشرع الجزائري على حكم مخالفة الوكيل لما حدد له هل يقع الخلع أم لا يقع ؟

10-في حالة تحديد الموكل لبدل الخلع فالوكيل ملزم بما حدد له إلَّا فيما فيه مصلحة للموكل .

الفصل الثاني

سلطة القاضي في إجراء الصلح والآثار المترتبة على الخلع

تمهيد الفصل :

حثت الشريعة الإسلامية عن إجراء الصلح ووضعت لذلك شروط ولكن قد يفشل الصلح بين الزوجين فيحدث الخلع مما ينتج عنه كغيره من أنواع الفرقة التي تقع بين الزوجين ، مجموعة من الآثار لكن هذه الآثار قد تختلف عن آثار الطلاق من حيث إتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية عليها ، كعدة المختلعة ومدتها والسكنى والنفقة أثناء العدة ، وهل للمعتدة متعة ؟ كما ينتج عن الخلع البدل الذي هو عبارة عن مال تدفعهُ الزوجة لتخلص نفسها من زوجها إرضاء وتعويضا له نتيجة لإسقاط حقه في المتعة ،. لهذا تطرح عدة إشكاليات وهي : ما هي سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع عند الإتفاق بين الزوجين على جعل البدل إسقاط حق متعلق بالأولاد كنفقة الإرضاع ، أو الإتفاق على أن يكون البدل على محرم أو مجهول ، أو الخلع على أكثر المهر أو أقله ، وما هي سلطة القاضي في إجراء الصلح قبل الحكم بالخلع ؟كل هذه التساؤلات سأجيب عنها متبعا الخطة التالية :

خطة الفَصل :

المبحث الأول : سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع

المطلب الأول :ماهية الصلح ومشروعيته

المطلب الثاني :صلاحيات القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع

المطلب الثالث : أثر الحكم الصادر دون إجراء الصلح في دعوى الخلع

المبحث الثاني : سلطة القاضي في بعث الحكمين في دعوى الخلع

المطلب الأول :حكم بعث الحكمين في الشقاق بين الزوجين

المطلب الثاني:مهمة الحكمين في الشقاق

المطلب الثالث:حكم بعث الحكمين في دعوى الخلع ومهمتهما

المبحث الثالث :سلطة القاضي في ترتيب آثار الخلع

المطلب الأول :سلطة القاضي في التقدير الزمني لعدة المختلعة

المطلب الثاني :واقع حق السكنى والنفقة للمختلعة

المطلب الثالث :سلطة القاضي في الحكم للمختلعة بالمتعة

المبحث الرابع : سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع

المطلب الأول :سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع عند اتفاق المتخالعان على إسقاط حق من حقوق الأطفال

المطلب الثاني :سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في ظل بدل محرم أو مجهول

المطلب الثالث :سلطة القاضي في تحديد بدل الخلع عند الاتفاق على أكثر أو أقل المهر

خلاصة الفصل .

المبحث الأول

سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع

سوف أتطرق في هذا المبحث إلى ماهية الصلح ومشروعيته في مطلب أول وإلى صلاحية القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع في مطلب ثان ، وإلى أثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراءات الصلح في مطلب ثالث .

المطلب الأول :

ماهية الصلح ومشروعيته :

لمعرفة ماهية الصلح لابد لنا أن نتطرق إلى تعريف الصلح لغة في فرع أول ،وإلى تعريفه فقها في فرع ثان ثم تعريفه في القوانين الوضعية كفرع ثالث

الفرع الأول : تعريف الصلح لغة

انهاء الخصومة وانهاء حالة الحرب [1]

الفرع الثاني تعريف الصلح فقها:

لقد عرف فقهاء المذاهب الأربعة الصلح بتعاريف مختلفة ، و لكنهم يتَّفقون في أنَّ الصلح هو عقد يرفع النزاعات بين المتخاصمين .

فقد عرف الحنفية الصلح في كتاب الاختيار لتعليل المختار بأنَّه" عقد يرتفع به التَّشاجر و التَّنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ...."[2].كما عرفه ابن العابدين لغة " عقد يرفع النِّزاع "[3] .أمَّا الشافعية فقد جاء في كتاب الروض "الصلح لغة قطع نزاع و شرعا عقد يحصل به ذلك "[4]. كما جاء أيضا في المغنى و الشرح الكبير لإبن قدامى المقدسي للحنابلة " الصلح معاقدة يتوصَّل بها إلى الإصلاح بين

---

[1]المعجم الوسيط ، ابراهيم مصطفى الطبعة الثانية بقلم د/ ابراهيم مدكور ص 566 ج الاول والثاني .

[2]عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، الاختيار لتعليل المختار ،وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم الشيخ محمود أبو دقيقة – دار الكتب العلمية – بيروت لبنان –بدون سنة الطبع المعرفة لبنان ج 3، ص5.

[3]–محمد أمين الشهير بابن العابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سبق ذكره ،ج8، ص405 .

[4]قاسم بن محمد النووي ،الروض النظير الجامع بين تحفة الطلاب والتيسير في فقه الإمام الشافعي ، مرجع سبق ذكره، ص 379 .

المتخاصمين "[1] .أمَّا المالكية فقد عرفه ابن عرفة على أنَّه " انتقال الحق أو الدعوى لرفع النزاع أو خوف وقوعه "[2]. ما يلاحظ على هذه التعاريف أنَّ الفقهاء اتفقوا على جعل الصلح عند وقوع الخصام الحالي ، أمَّا المذهب المالكي فقد جعل الصلح كنظام وقائي و ذلك بأن جعلوا الصلح في الخصام الحالي أو الخصام المتوقع، فبهذا يكون تعريف المالكية أدق ووقائي لكل الخصومات التي من الممكن أن تنشأ .

الفرع الثالث :تعريف الصلح قانونا

أولا :تعريف الصلح عند المشرع الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري الصلح في قانون الأسرة ، و إنَّما ألزم القاضي بإجراء الصلح و ذلك حسب المادة 49 السالفة الذكر و ذلك من أجل التوفيق بين الزوجين ، إلاَّ أنَّه عرفه في المادة 459 من القانون المدني بأنَّه "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه "، ما يلاحظ على هذا التعريف أنَّه أخذ بالمذهب المالكي و ذلك كنظام وقائي لحل نزاعات محتملة الوقوع ،أمَّا الصلح المقصود في قانون الأسرة الجزائري ليس ذلك الصلح الذي يقصد به العقد ، و إنَّما يراد به محاولة الإصلاح بين الزوجين و ليس ذلك العقد الذي يلزم الطرفان ، لهذا فقد عرَّفه جانب من الفقه كعمر زوده بما يلي "أنَّ محاولة الصلح بين الزوجين هي أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج بالتراجع عن الطلاق"[3]يشمل هذا التعريف إرادة الزوج في الطلاق ولا يشمل إرادة الزوجة في الخلع ،فمن المفروض أن تكون العبارة التالية إقناع الطرف الذي يريد فك الرابطة الزوجية .

ثانيا :تعريف الصلح عند المشرع المصري :

لم يعرِّف المشرع المصري الصلح في قانون الأحوال الشَّخصية و ذلك بعد استقرائي لقانون رقم 1 لسنة 2000 ،ولكن بالرجوع إلى المادة 3 من نفس القانون والتي جاء النص فيها ما يلي " تصدر

---

[1]موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المتوفى سنة 630هـ، المغنى ، على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد ألخرقي ت سنة 334هـ ، ويليه الشرح الكبير على متن المقنع ، تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن احمد ابن قدامه المقدسي ت سنة 682هـ – دار الكتاب العربي بدون س ط،ج5 ص 05.

[2]صادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته –– مؤسسة الريان ، بدون س ط ج3ص704 .

[3]زوده عمر –طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها –الموسوعة للنشر –الجزائر ،2003،ص108

الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية و الوقف المعمول به ، فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال في مذهب الإمام أبو حنيفة "[1].

ثالثا تعريف الصلح عند المشرع الأردني :

لم يعرِّف المشرع الأردني الصلح في قانون الأحوال الشخصية ، لكن بالرجوع إلى المادة 325 منه نجد أنَّه أحالنا فيما لم يرد النص بشأنه إلى الراجح من المذهب الحنفي "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من المذهب أبي حنيفة ، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ".

رابعا: تعريف الصلح عند المشرع المغربي

لم يعرف المشرع المغربي الصلح في مدونة الأسرة المغربية ، لكنَّه أحال إلى المذهب المالكي و ذلك حسب المادة 400 منه التي جاء فيها ما يلي "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى المذهب المالكي و الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام و العدل و المساواة و المعاشرة بالمعروف ".

الفرع الثاني:مشروعية الصلح.

لقد ثبتت مشروعية الصلح من القرآن والسنة والإجماع بصفة عامة وبين الزوجين خاصة.

أولا من القران الكريم:

.قال الله تعالى" والصلح خير"(سورة النساء الآية 128)فأخبر عن الصلح بأنَّه خير والخير مندوب إليه لقوله تعالى "وافعلوا الخير لعلكم تفلحون".(سورة الحج الآية 77.)وقال تعالى أيضا "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ "(سورة النساء الآية 128)قال العلامة ابن عاشور في تفسيره

[1]قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000 من الموقع الالكتروني:
19:26 2019-09-28 www.wluml.org

"لأنَّ المقصود أنَّ إثبات ماهية الصلح خير فهو تذييل للأمر بالصلح والترغيب فيه وليس المقصود أنَّ الصلح المذكور آنفا وهو الخلع خير من النزاع بين الزوجين"[1]

ثانيا من السنة النبوية:

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعا وموقوفا على عمر"الصلح جائز بين المسلمين إلاَّ صلحا أحلَّ حراما أو حرَّم حلالا "[2] ومن الصلح الذي يحل حراما كالصلح على خمر والذي يحرم حلالا كأن يصالح زوجته أن لا يطأ ضرتها .

ثالثا من الإجماع:

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الصلح عامة وبين الزوجين خاصة لما فيه من خير للزوجين و الأولاد.[3]

المطلب الثاني:

صلاحية القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع.

إن القاضي ملزم بإجراء الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بالطلاق ،وذلك حسب المادة40من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم التي جاء النص فيها "لا يثبت الطلاق إلاَّ بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى "، كما أنَّه يمكن للقاضي أن يبعث الحكمين للتوفيق بين الزوجين و ذلك حسب المادة56 من نفس القانون التي جاء النص فيها"يعين القاضي الحكمين ،حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ،وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين". و من هذا المنطلق يتعيَّن البحث عن سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع في التشريع الجزائري ثم في بعض التشريعات العربية .

الفرع الأول: صلاحية القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع في التشريع الجزائري

يمكن أن أبيّن سلطة القاضي في إجراء الصلح قبل وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري 84-11 ، كما أنَّه يمكن اعتبار أن الخلع يخضع للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري ، لأنَّ المشرع الجزائري أدرج الخلع

---

[1]تفسير التحرير والتنوير-تأليف الشيخ محمد الطاهر بن عاشور بدون مطبعة ولا بلد الطبع ج5 ص216

[2]ابن حبان ت354هـ ، صحيح ابن حبان ، ت ح شعيب ارنؤوط ، مؤسسة الرسالة –بيروت-ط1 1408هـ-1988م عدد الاجزاء 18 ص488 ج 11.

[3]بن قدامه ، المغنى ، مرجع سبق ذكره ،ج7 ص5.

تحت فصل الطلاق. كما أنَّ الغرض من إجراء الصلح هو تفادي الفرقة بين الزوجين ولما كان الخلع نوع من أنواع الفرقة فإنَّه يخضع لإجراء الصلح.

أولا: قبل صدور قانون الأسرة رقم 84-11 كان اجتهاد المجلس الأعلى مستقر على اعتبار الصلح إجراء جوهري وذلك حسب قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ: 03-07-1968"إنَّ التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون "[1]من خلال هذا القرار يتَّضح أنَّ الصلح يعتبر إجراء جوهري ، وهذا عندما كان إجراء الصلح يحكمه قانون الإجراءات المدنية الملغى عند تطبيقه للمادة 17 منه[2] .

ثانيا بعد صدور قانون الأسرة 84-11: لقد اختلفت اجتهادات القضاة في اعتبار إجراء الصلح جوهري أم لا.

1)الاجتهاد الذي يرى أنّ الصلح ليس إجراءا جوهريا:

جاء في القرار رقم :36962 ،الصادر بتاريخ: 03-06- 1985عن المجلس الأعلى ما يلي " من المقرر قانونا أنَّه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء مالا يفرضه عليه القانون ،وأنَّه لا يسوغ للخصم انتزاع إجراء ما جعله القانون جوازيا لهم فعله أو تركه ،ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه مخالفة لقواعد جوهرية في الإجراءات وعدم كفاية الأسباب تأسيسا على أنَّ محاولة الصلح تتم بين الطاعنة وزوجها في غير محله مما استوجب رفض الطعن "[3]، من خلال هذا القرار يتَّضح أنَّ الصلح ليس بالإجراء الجوهري الذي من شأنه أن يجيز الطعن في القرار ، بحجة أنَّ القاضي لم يُجرِ الصلح بين الزوجين. وحتى بعد صدور قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 استمر اعتبار إجراء الصلح ليس جوهريا، وذلك حسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 13-06-2007 في ملف رقم 356657ما يلي "لكن حيث أنَّ المادة 49 من قانون الأسرة على مستوى المجالس بل على مستوى

---

[1]لمطاعي نور الدين ، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية ، ط2 دار الفسيلة ، الجزائر 2009 ، ص141 .

[2]أمر رقم 66 -154 مؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل8 يونيو 1966م يتضمن قانون الإجراءات المدنية –المادة 17 (أمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971م)"يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في اية مادة كانت"–موقع الالكتروني :
www.tribunaldz.com/forum/t1439

[3]قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 03-06- 1985 في ملف رقم :36962 ،المنشور بالمجلة القضائية 1990 العدد 02 ص 65

المحاكم فقط ،إضافة إلى محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق ،إنَّما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من ق أ ج ما هي إلا موعظة "[1].

2)الاجتهاد الذي يرى أنَّ الصلح إجراءا جوهريا:

جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 25-12-1989في ملف رقم 57812ما يلي "من المقرر قانونا أنَّه لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ...ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أنَّ المجلس لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد 49 يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه "[2]. فقد اعتبر هذا القرار أنَّ الصلح إجراء جوهري .

إنَّ هذا التضارب بين القرارات واختلاف القضاة في هذه المسألة في هل الصلح إجراء جوهري أم لا ، راجع إلى عدم وضوح المشرع الجزائري في تشريعه لقانون الأسرة تحت رقم84-11-وخاصة المادة 49 منه ،ولكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[3]ورد نص المادة 439 كالآتي "محاولات الصلح وجوبيه "إذن كلمة وجوبية تعني أنَّه لا يمكن للقضاة تجاوز محاولة الصلح ، و لكن الإشكال الذي يطرح أنَّه إذا تم الاتفاق بين الزوجين على الخلع قبل الوصول إلى المحكمة . ففي الفقه قد وقع الخلع ولكن هل القاضي ملزم في هذه الحالة بإجراء الصلح و إذا قلنا نعم فإنَّ هذا مخالف للشريعة الإسلامية ،لإنَّ الطلاق قد وقع بائنا ،ولا يجوز للزوج إرجاع زوجته إلاّ بعقد جديد، وإذا قلنا لا فإن هذا مخالف للمادة 49 التي تلزم القاضي بالصلح قبل إصدار حكم الطلاق.وعليه فإنّه لزاما على المشرع أن يفرق بين التخالع بين الزوجين قبل الوصول إلى المحكمة وبين عدم التخالع بين الزوجين إلى حين الوصول إلى المحكمة ،لأنَّ الطَّلاق الصَّادر من الزّوج يعتبر رجعيا ما لم يكن ثالثا وإنَّ الخلع يعتبر طلاقا بائنا .

الفرع الثاني :صلاحية القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع في بعض التشريعات العربية

---

[1]المحكمة العليا –غرفة الأحوال الشخصية –قرار رقم 356657المؤرخ في 13-06-2007 غير منشور.

[2]المجلس الأعلى للقضاء –غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 57812المؤرخ في 25-12-1989- المنشور بالمجلة القضائية 1991، العدد 3 ص 71.

[3]قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإداري ، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 23- 04-2008، العدد 21.

أولا:في التشريع المصري

بالنسبة للمشرع المصري فقد نص في المادة 18 الفقرة 02 من القانون رقم 01-2000 على الصلح في دعوى الخلع بما يلي "ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح "[1]فقد نص المشرع المصري صراحة على إجراء الصلح في دعوى الخلع ، على عكس المشرع الجزائري الذي لم ينص صراحة على إجراء الصلح في الخلع بل أدرج الخلع تحت فصل الطلاق إيحاءا منه على أنَّ الخلع كالطلاق ، كما ورد في الطعن رقم :48 جلسة 22-11-1983 " وإن كانت المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929توجب على المحكمة محاولة الإصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالتطليق ،إلاَّ أنَّها لا تستلزم القيام بهذه المحاولة في كل مرحلة من مراحل الدعوى "[2] من خلال هذا الطعن يتَّضح أنَّ الصلح يعتبر إجراءا جوهريا ولا يشترط في كل مرحلة من مراحل الدعوى.كما جاء أيضا في الطعن رقم 21 جلسة 27-03-1984 ما يلي "فإن هي قضت (أي المحكمة) بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلا باعتبار أنَّ سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام "[3] كما اعتبر قضاء النقض المصري أنَّ دعوى التفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة أو مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطليق التي تتخذ فيها إجراءات التحكيم ،وذلك حسب الطعن رقم 03 جلسة 29-05-1984 الذي جاء فيه "مجال إعمال المادتين 10،11 من القانون رقم 25 لسنة 1929والمتعلقتين بالتفريق نظير بدل تلزم به الزوجة أو مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطليق التي تتخذ فيها إجراءات التحكيم"[4] من خلال هذا القرار يتَّضح أنَّ قضاء النقض المصري قد اعتبر أنَّ الخلع ممن يجب فيه الصلح والتحكيم لأنَّ الخلع في نظر قضاء النقض المصري هو التطليق، كما جاء أيضا في الطعن رقم 518 جلسة 22-02-2003 ما يلي "النص في المادة 18 من قانون رقم 1-لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية مفاده وجوب عرض الصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة على الزوجين حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطليق ،فان قضت بالتطليق دون أن تعرض عليها

---

[1]عاصف فؤاد الصحاح ،الخلع والطلاق ، دار إيجي مصر ،الطبعة 2000- ص43

[2]سعيد أحمد شعلة ،قضاء النقض في الأحوال الشخصية ، مرجع سبق ذكره ص 141

[3]سعيد احمد شعلة ،قضاء النقض في الأحوال الشخصية ،نفس المرجع السابق ص 142-143

[4]سعيد احمد شعلة ،قضاء النقض في الأحوال الشخصية ، نفس المرجع السابق مصر ص 143

الصلح على هذا النحو كان قضاؤها مخالفا للقانون ،باعتبار أنَّ سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام "[1] .

ثانيا :في التشريع المغربي:

لقد جاء في مدونة الأسرة المغربية المادة 1/81"تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح "كما ورد أيضا في المادة 94 من المدونة المغربية "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل النزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليه أن يقوم بكل محاولات لإصلاح ذات البين طبقا لإحكام المادة 72 أعلاه" ،كما ورد في المادة 114 من نفس المدونة "يمكن للزوجين أن يتَّفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شرط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة ،ولا تضر بمصالح الأطفال .عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه ،تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن ،فإن تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق " بما أنَّ المشرع المغربي جعل الخلع لا يكون إلَّا بالتراضي وذلك حسب المادة 115"للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه " فإنَّ الخلع يخضع للمادة 114 من نفس المدونة التي تلزم المحكمة بمحاولة الصلح ،وبما أنَّ المشرع المغربي لم يجعل للزوجة الحق في طلب الخلع دون رضا الزوج و أرشدها إلى مسطرة الشقاق فهي بذلك تكون ملزمة برفع دعوى التطليق التي تخضع بدورها إلى إجراء الصلح وذلك حسب المواد 81 و94 كما ذكر المشرع المغربي الخلع في المادة 120 /1من المدونة الأسرة المغربية التي جاء النص فيها كالآتي "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع ،واختلفا في المقابل ،رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما ،و إذا تعذَّر الصلح ،حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله"، من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّه إذا حصل اتفاق بين الزوجين على الخلع و اختلفا في المقابل فإنَّ المشرع يلزم القضاة بإجراء الصلح .وبمفهوم المخالفة ،أنَّه إذا حصل اتفاق على الخلع والبدل فالمحكمة غير ملزمة بإجراء الصلح ،وهذا مخالف لأحكام المادة 114من نفس المدونة ،يتَّضح أنَّه عند الاتفاق على الخلع تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن ،وما يؤكد ذلك نص المادة 115 سالفة الذكر ،يعني أنَّ المحكمة تحاول الإصلاح بين الزوجين حتى عند الاتفاق بين الزوجين على الخلع،ولكن عند عدم إجابة الزوج لطلب زوجته فإنَّ الزوجة لها الحق في اللجوء إلى مسطرة الشِّقاق ،وذلك حسب المادة 120 /2 من نفس المدونة التي جاء النص فيها على ما يلي " إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ،ولم يستجب

[1]سعيد احمد شعلة –قضاء النقض في الأحوال الشخصية ، مرجع سبقذكره ،ص 203

لها الزوج ، يمكنها اللُّجوء إلى مسطرة الشقاق "و في حالة ما إذا لجأت إلى مسطرة الشِّقاق ،فإنَّ المحكمة تحاول الإصلاح بين الزوجين وذلك حسب المادة 94 من نفس المدونة

ثالثا :في التشريع الإماراتي:

لقد أورد المشرع الإماراتي الصلح في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء النص فيها على ما يلي "لكل من الزوجين طلب التطليق للضرر ،الذي يتعذَّر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما ولا يسقط حق أي منهما في ذلك ما لم يثبت تصالحهما.

تتولى اللجنة التوجيه الأسري وفقا للمادة (16)من هذا القانون الأصلح للزوجين ،فإن عجزت عنه عرض القاضي الصلح عليهما ،فإن تعذَّر وثبت الضرر حكم بالتطليق" يتبيَّن من خلال هذه المادة أنَّ المشرع لم يلزم القاضي بإجراء الصلح بل يكتفي بمجرد عرضه عند ثبوت الضرر وعجز اللَّجنة الأسرية في الإصلاح ،إلاَّ أنَّ المشرع الإماراتي أحدث لجنة التوجيه الأسري ،فعلى المشرع الجزائري أن ينتهج نهج المشرع الإماراتي في إحداث لجنة التوجيه الأسري للإصلاح بين الزوجين وذلك لأنَّها الأكثر تفرغا للإصلاح على عكس القاضي الذي يشتغل بقضايا أخرى غير الطلاق ،مما يجعل القاضي يجري الصلح كإجراء شكلي فقط.

رابعا :في التشريع الكويتي

كما ذكر المشرع الكويتي الصلح في المادة 127 من القانون الكويتي التي جاء النص فيها على ما يلي "على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين ،فإذا تعذَّر الإصلاح وثبت الضرر حكمت بالتفريق بينهما بطلقة بائنة ، وإن لم يثبت الضرر عينت حكمين للتوفيق بينهما أو التفريق " يتَّضح من خلال هذه المادة أنَّه يجب على المحكمة الإصلاح بين الزوجين وذلك من خلال لفظة على المحكمة ، فهذا يعني أنَّ إجراء الصلح جوهري.

المطلب الثالث :

أثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح

سوف أتطرق في هذا المطلب إلى نقطتين أساسيتين من خلال الفرعين التاليين

الفرع الأول :أثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح في التشريع الجزائري :

تبعا لاختلاف الاجتهادات القضائية التي تعتبر الصلح إجراء جوهري أم لا ،وهذا الاختلاف يترتب عليه سؤال :هل إهمال القاضي لإجراء الصلح يترتب عليه بطلان الحكم أم لا ؟ لقد اختلفت اتجاهات القضاة في اعتبار الحكم الصادر بدون إجراء الصلح باطل أم لا ؟

أولا: الاتجاه الذي يرى بطلان الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح :

جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25-12-1989 تحت رقم 57812ما يلي "من المقرر قانونا أنَّه لا يثبت الطلاق إلاَّ بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز الزوجين يحكم القاضي بالطلاق ، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما من ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون "[1] وبما أنَّ الخلع هو طلاق فإنَّه يقاس عليه هذا القرار ،كما اعتبر الطلاق دون محاولة الصلح باطل.كما جاء أيضا في القرار الصادر بتاريخ 14-02-2013تحت رقم 687997 ما يلي "حيث أنَّه تبيَّن بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه ومحضر عدم الصلح بتاريخ 19-09-2009 أنَّ المطعون ضدها بصفتها مدعية وطالبة التطليق لم تحضر جلسة الصلح ومع ذلك استجابة المحكمة لدعواها الرامية إلى التطليق وحيث أنَّ المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة و المواريث –قد استقر اجتهادها على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة محاولة الصلح ،وعليه فانَّ هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون الحاجة لمناقشة الوجه الثاني ومدام أنَّ المطعون ضدها لم تحضر جلسة الصلح مما يتعيَّن معه نقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة طبقا لنص المادة 365من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "[2] ،من خلال هذا القرار يمكن أن يقاس عليه الخلع وذلك بنص في القرار"قد استقر اجتهادها على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لمجلس محاولة الصلح " مادام أنَّ الخلع هو طلب الزوجة لفك الرابطة الزوجية فإنَّها تخضع إلى وجوب الصلح ،وإن عدم إجراء الصلح يؤدي إلى بطلانه وهذا مخالف لنص المادة 57 من ق أ ج المعدلة التي جاء النص فيها على ما يلي "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية" ذلك أنَّ الخلع الصادر بموجب حكم قضائي يعتبر طلاقا بائنا ،فكيف يمكن إبطال هذا الحكم وإرجاع الزوجة إلى زوجها ،حتى في

[1]قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25-12- في ملف تحت رقم 1989 تحت رقم 57812 منشور بالمجلة القضائية ، 1991 العدد 3 ص 71

[2]المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قرار رقم 687997 المؤرخ بتاريخ 14-02-2013- غير منشور.

حالة إعادة الصلح بينهما وإن تراضيا ونجح الصلح ، فهل تعود الزوجة إلى بيت الزوجية أم عليه أن يعقد عليها من جديد.

ثانيا :الاتجاه الذي يرى عدم بطلان الحكم بالخلع في حالة الحكم به دون إجراء الصلح:

جاء في قرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ 16-02-1999 في ملف تحت رقم 216850ما يلي "إنَّ محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق ،إنَّما الصلح المذكور في المادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس "[1] من خلال هذا القرار يتَّضح أن إهمال إجراء الصلح لا يؤثر في صحة الحكم ،كما جاء أيضا في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13-06-2007 في ملف رقم 356657 ما يلي "لكن حيث أنَّ المادة 49 من قانون الأسرة لا تطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أنَّ محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنَّما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلاَّ موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس يتعيَّن معه رفض الطعن "[2]

والذي أرى أنَّ إجراء الصلح يجب أن يعتبر جوهريا إذا كانت الزوجة هي طالبة الخلع والزوج رافض وإذا لم تجري المحكمة الصلح قبل الحكم بالخلع فإنَّ الحكم باطل والزوجية باقية ،لأنَّ الزوج لم يرضى بالخلع إذن لم يصدره هو ،فهي ليست بائن .أمَّا إذا كان هناك تراضي بين الزوجين بالخلع فإجراء الصلح لا يعتبر جوهريا وعدم إجرائه لا يبطل الحكم لأنَّ الزوج قد رضي ورضاه دلالة على وقوع الخلع طلقة بائنة ،فلا يمكن إبطال الحكم والزوجة بائنة من زوجها .

إنَّ عدم النص صراحة على إلزامية الصلح في قانون الأسرة الجزائري جعل القضاة يختلفون فيه من حيث جوهرية إجراء الصلح أو عدم جوهريته مما يترتب عليه أيضا بطلان الحكم أو عدم بطلانه كما بينت سابقا.

الفرع الثاني: أثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح في التشريع المصري

قد أورد المشرع المصري في المادة 20 /2من قانون رقم 1 لسنة 2000 ما يلي "ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين "كما جاء في قرار رقم 21 جلسة 27-03-

---

[1] المحكمة العليا –غرفة الأحوال الشخصية –قرار رقم 216850 المؤرخ في 16-02-1999،المجلة القضائية ،عدد خاص 2001 ص 103.

[2] المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،قرار ر قم 356657 المؤرخ في 13-06-2007 قرار غير منشور.

1984 "مفاد المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أنَّ المشرع اشترط للحكم بالتطليق أن يثبت إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة ،وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما ،مما مقتضاه وجوب تدخل المحكمة بغرض إزالة أسباب الشقاق بين المتخاصمين ،فإن هي قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلا باعتبار أنَّ سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام "[1]، من خلال هذا الطعن يتبيَّن أنَّ إهمال إجراء الصلح يترتب عليه بطلان الحكم هذا إذا قسنا الخلع على التطليق ،وبهذا يكون هذا الطعن موافق للمادة 20 الفقرة الثانية من قانون 01- لسنة 2000 السالفة الذكر ومخالف للفقرة الأخيرة من المادة 20 أيضا

كما أنَّه بالرجوع إلى الطعن رقم 518 جلسة 22-02-2003 جاء "النص في المادة 18 من قانون 01- لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وجوب عرض المحكمة الصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة على الزوجين في حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطليق ،فإن قضت بالتطليق دون أن تعرض عليهما الصلح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام ، فإن كانت عناصره التي تمكن من الإلمام به تحت نظر محكمة الموضوع .فإنَّه يكون على محكمة النقض أن تعرض له من تلقاء نفسها لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أنَّ للزوجين أولاد ، وأنَّ محكمة أول درجة حكمت بالتطليق المطعون ضدها على الطاعن دون أن تتدخل لعرض الصلح عليهما طبقا لنص المادة 18 المشار إليها ،كما أنَّ محكمة الاستئناف لم تعرضه إلاَّ مرة واحدة بجلسة 17-04-2001 رغم وجود أبناء فإنَّ الحكم المطعون فيه يكون معيبا بما يوجب نقضه "[2]حيث يتبيَّن من هذا الطعن أيضا أنَّ الصلح يعتبر إجراء جوهري وإهماله يعرض الحكم إلى النقض ، وما يؤكد أنَّ الخلع مثل الطلاق والتطليق في إجراء الصلح هو المادة 20 الفقرة الثانية السالفة الذكر التي أوجبت الصلح ،كما اعتبر قضاء النقض الخلع مثل الطلاق والتطليق أيضا في الطعن رقم 03 الجلسة 29-05-لسنة 1984 "مجال إعمال المادتين 11،10 من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمتعلقتين بالتفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطليق التي تتخذ فيها إجراءات التحكيم "[3]كما ورد في

---

[1]سعيد احمد شعلة ،قضاء النقض في الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ،ص 142-143

[2]سعيد أحمد شعلة ، قضاء النقض في الأحوال الشخصية ، مرجع سبق ذكره، ص 203

[3]نفس المرجع السابق ص 203

الفقرة الأخيرة من المادة 20 من القانون 01-لسنة 2000 "على أنَّه يكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن " إذن ،هناك تناقض بين الفقرة الثانية السالفة الذكر والأخيرة للمادة 20 من نفس القانون وقضاء محكمة النقض . حيث اعتبرت الفقرة الثانية وقضاء النقض أنَّ إجراء الصلح إجباري ويترتب على إهماله بطلان الحكم بالتفريق ، ثم جاء في الفقرة الأخيرة ليؤكد عدم الطعن في الحكم في جميع الأحوال بمعنى حتى وإن أهمل القاضي إجراء الصلح.

المبحث الثاني:

سلطة القاضي في بعث الحكمين في دعوى الخلع

لما كان بعث الحكمين من صلاحيات القاضي وذلك لفض النزاع ومعرفة أصل الشِّقاق وذلك للوصول إلى حكم راجح فما هو حكم بعث الحكمين فقها وقانونا ؟ و ماهي صلاحيات الحكمين ؟

المطلب الأول :

حكم بعث الحكمين في الشقاق بين الزوجين

قد يحدث الشقاق بين الزوجين ، فلا يعلم من المقصر منهما فيلجأ القاضي إلى بعث حكمين لتحديد مصدر النزاع ، ذلك من أجل فض الخصام الواقع بينهما ، لهذا سوف أتناول في هذا المطلب حكم بعث الحكمين فقها وقانونا .

الفرع الأول: حكم بعث الحكمين في الشقاق فقها .

إنَّ الاتفاق حاصل بين الفقهاء على مشروعية بعث الحكمين عند الشقاق بين الزوجين ،قال بن حزم "واتفقوا على بعث الحكمين إذا شجر ما بين الزوجين ولم يخالف في ذلك سوى مانقل عن الإمام يحي كما ذكره صاحب المنح الجليل قال "عن بعض الفقهاء آية بعث الحكمين محكمة غير منسوخة فالعمل بها واجب لم يترك القول بها عالم حاشا يحي بن يحي كان لا يرى بعث الحكمين قال ابن عبد البر: وأنكر عليه واتبعه ابنه عبيد الله وأنكر بعثهما عن من استفتاه "[1] من خلال هذا القول يتَّضح أنَّ الفقهاء قد اتفقوا على مشروعية بعث الحكمين ، ولكنهم اختلفوا في هل بعث الحكمين مستحب أم واجب إلى رأيين .

[1]منح جليل مختصر خليل –على مختصر العلامة خليل دار الفكر ،ط1 1404 هـ -1984 م ،ج3 ،ص 584

الرأي الأول :يرى أصحاب هذا الرأي أنَّ بعث الحكمين واجب ،ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية في قول آخر .حيث جاء في التاج الإكليل "إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاتمة والوثوب كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما ،وإن لم يرتفعا ويطلبا ذلك منه فلا يحل له أن يتركهما على ماهما عليه من مآثم وفساد الدين "[1] كما قال ابن العربي من المالكية في كتاب أحكام القرآن "إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكمين ولا ينتظر اتفاقهما ،لأنَّ ما يضيع من حقوق الله أثناء ما ينتظر رفعها إليه لا جبر فيه "[2] كما جاء في الأم "قال الشافعي فإذا ارتفعا الزوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم فحق عليه أن يبعث حكما من أهله وحكما من أهلها "[3] كما جاء في روض الطالبين "وهل بعث الحكمين واجب ؟ قال البغوي عليه بعثهما وظاهره الوجوب وحجته الآية قلت الأصح أو الصحيح الوجوب والله أعلم وأعلى "[4] وقال الطاهر بن عاشور "الآية دالة على وجوب بعث الحكمين عند نزاع الزوجين ، النزاع المستمر المعبر عنه بالشقاق "[5] وحجتهم في ذلك قوله تعالى "فابعثوا ..." (سورة النساء الآية 35) ظاهر الأمر الوجوب ولا وجود لصارف يصرفه عن الأمر.

الرأي الثاني :يرى أصحاب هذا الرأي أن بعث الحكمين مستحب ذهب إلى ذلك الشافعية في قول آخر والحنابلة والحنفية وهو مانقل عن الروياني في الروضة "وقال الروياني مستحب "[6]

الترجيح :والذي أرجِّحه والله أعلم وأعلى إنَّ حكم بعث الحكمين واجب إذا بلغ بين الزوجين الشقاق إلى درجة التشاتم وضياع الحقوق لدلالة الآية وهو الأمر ،والأمر يقتضي الوجوب ولا وجود لقرينة تصرفه إلى الاستحباب ،ثم أنَّ فيه تعدي على حقوق الله ،وسدا للذرائع لربما يصل بهما الأمر إلى القتل والشجار حتى بين أهل الزوجين المفضي إلى قطع الأرحام فإنَّه لزاما على الحاكم أن يبعث الحكمين لفض النزاع.

---

(1)الرعينيت سنة 954هـ ، مواهب جليل لشرح مختصر خليل ، مرجع سبق ذكره ،ج5 ص 264.

(2)أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابنالعربي ،أحكام القران ، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا ،دار الكتب العلمية بيروت لبنان،ج1 ،ص 543

(3)محمد بن ادريس الشافعي –الام ، مرجع سبق ذكره ج6 ،ص495

(4)أبيزكرياء يحي بن شرف النووي الدمشقي ، روض الطالبين ، ط1 1423هـ-2002م، دار بن حزم ، بيروت لبنان ص1313

(5)تفسير التحرير والتنوير –تاليف محمد الطاهر بن عاشور بدون سنة الطبع وبدون دار النشر ج5 ص 46 .

(6)أبيزكرياء يحي بن شرف النووي الدمشقي ، روض الطالبين ، مرجع سبق ذكره ، ص 1313

الفرع الثاني :حكم بعث الحكمين في الشقاق قانونا .

أولا :في التشريع الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 1/56 من ق أ ج على ما يلي "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما "يتَّضح من خلال هذه المادة أنَّه يجب على المحكمة أن تعيِّن حكمين في حالة اشتداد الخصام وعدم ثبوت الضرر وهذا ماقضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها في ملف رقم 620084 بتاريخ 14-04-2011 "لكن حيث أنَّه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه وأنَّ قاضي الدرجة الأولى اعتمد في قضائه بالتطليق على اشتداد الخصام والشقاق المستمر وانتهى إلى أنَّ إضرار الزوج بزوجته ثابت. وبالتالي ،فإنَّه غير ملزم بإجراء التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من ق أ ج التي تشترط عدم ثبوت الضرر "[1] حيث اشترط في هذا القرار عدم ثبوت الضرر حتى يكون على القاضي بعث حكمين،ومادام في قضية الحال تبيَّن للقاضي ثبوت الضرر فليس له الحق في بعث الحكمين ".والسؤال الذي يبقى مطروحا هو كيف يمكن للقاضي أن يقدر اشتداد الخصام ؟ثم إنَّ هذا يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي هذا ما يجعل نظرة القضاة إلى اشتداد الخصام مختلفة من قاض إلى آخر فعلى المشرع الجزائري أن يضع ضابطا ومعيارا لاشتداد الخصام .

ثانيا: في التشريع المصري:

جاء في قانون الأحوال الشخصية في المادة 6 من قانون رقم 100 لسنة 1985 ما يلي "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها وعجزت عن الإصلاح بينهما ،فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين "، فقد جعل المشرع المصري تكرار الشكوى من طرف الزوجة وعدم القدرة على إثبات الضرر دليل على اشتداد الخصام بين الزوجين مما يوجب على المحكمة المعروض أمامها النزاع بعث حكمين، وهذا ما أكده الطعن رقم 03 جلسة 29-05-1984 "مفاد المادة من قانون رقم 29 لسنة 1929 أنَّ التحكيم في دعوى التطليق للضرر لا يكون إلَّا عندما تكرر الزوجة شكواها طالبة التطليق ولم يثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى بطلب التطليق"[2].

---

[1]قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في ملف رقم 620084 بتاريخ 14-04-2011مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 ص 290

(2)سعيد احمد شعلة ،قضاء النقض في الأحوال الشخصية ،مرجع سبق ذكره ، ص143.

ثالثا :في التشريع الأردني :

كما أنَّه بالرجوع إلى المشرّع الأردني فقد نص في المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية على مايلي :"إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها ،وبيَّنت بإقرار صريح أنَّها تبغض الحياة الزوجية معه ...،حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح " يتبيَّن من خلال هذا النص أنَّ المحكمة ملزمة ببعث الحكمين عندما تؤكد الزوجة أنَّها تبغض الحياة الزوجية ،ثم عرضت المحكمة الصُّلح وعجزت عن الإصلاح بينهما فإنَّه يجب عليها أن تبعث الحكمين .

رابعا :في التشريع الكويتي :

ورد في المادة 127 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ما يلي "على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين ،فإذا تعذَّر الإصلاح وثبت الضرر حكمت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة ،و إن لم يثبت الضرر عينت حكمين للتوفيق والتفريق " يتَّضح من خلال هذه المادة أنَّ بعث الحكمين إلزامي ولكن بشرط عدم ثبوت الضرر.

خامسا :في التشريع الإماراتي :

إنَّ المشرع الإماراتي قد جعل من بعث الحكمين أمر وجوبي على المحكمة ، لكن بشرط عدم ثبوت الضرر ، واستمرار الشقاق وتعذُّر الإصلاح من طرف القاضي ولجنة التوجيه الأسري ، ذلك من خلال المادة 118 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء النص فيها "إذا لم يثبت الضرر ، واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذَّر على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاح بينهما ، عيَّن القاضي حكمين من أهليهما إن أمكن بعد أن يكلف كلا من الزوجين تسمية حَكَم من أهله قدر الإمكان في الجلسة التالية على الأكثر ...".

المطلب الثاني:

مهمة الحكمين في الشِّقاق :

إنَّ مهمة الحكمين الأساسية هي البحث عن أسباب الخلاف ،مع محاولة رأب الصدع وإعادة الحال إلى ما كانت عليه من صفاء ومحبة بين الزوجين ،فإن تمكن الحكمين من الإصلاح فلا إشكال . ولكن الإشكال الذي يطرح هو إذا فشلا في الإصلاح فما هي سلطة الحكمين ؟هل لهما الجمع في حال رجائهما عودة الوئام أم لهما التفريق في حال استفحال الخلاف ؟ أم أنَّهما مجرد وكيلين عنهما أم شاهدين ؟

الفرع الأول:تحديد مهمة الحكمين في الشقاق فقها:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مهمة الحكمين هل لهما التفريق والجمع أم هما مجرد وكيلين وشاهدين عنهما .

-**القول الأول** :يرى هذا القول أنَّ الحكمين مهمتهما الإصلاح والتوفيق بين الزوجين ،وليس لهما التفريق ،إلَّا إذا كانا وكيلين عن الزوجين . وذهب إلى ذلك الحنفية[1] والشافعية[2] في قول ،وأحمد بن حنبل[3] في رواية والظاهرية[4].

وحجتهم في ذلك :-قوله تعالى "ولا تكسب نفس إلا عليها "(سورة الأنعام الآية 65)فالآية دليل على أنَّه لا يمضي تصرف أي شخص على شخص آخر الإلتزام والتأييد منه ، لذا ليس لأحد أن يطلق زوجة الغير ولا أن يقوم بالتفريق بين الزوجين إلاَّ إذا ورد نص يوجب فسخ النكاح "[5] .

2-إنَّ مهمة الحكمين الإصلاح بين الزوجين كما نص بذلك القرآن الكريم بقوله"إن يريدا إصلاحا يوفق الله ..."(سورة النساء الآية 35)، فلم يقل القرآن الكريم إن يريدا الفرقة ،فإن إيفاد الحكمين هو لوعظ الظالم من الزوجين ،وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ بيده.[1]

---

[1]ابن قدامة ، المغنى ، مرجع سبق ذكره ،ج10 ،ص 264 .

[2]محمد بن ادريس الشافعي ، الأم ، مرجع سبق ذكره ،ج6 ص 495 /المهذب في الفقه الشافعي ،مرجع سبق ذكره ،ص 247

[3]المغنى لابن قدامة ، مرجع سبق ذكره ،ج10 ،ص 264 .

[4]الإمام أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى بالاثار ، مرجع سبق ذكره ،ج9،ص 247.

[5] الإمام أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى بالآثار، مرجع سبق ذكره ،ج9،ص 248.

3-لأنَّ البضع حق للزوج والمال حقها ،وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهم التصرف فيه إلاَّ بوكالة منهما أو يوكلانه عنهما.

القول الثاني :يرى هذا القول أنَّ للحكمين الجمع والتفريق سواء بعوض من الزوجة أو بغير عوض ،ذهب إلى ذلك المالكية[2] والشافعية في قول[3] ورواية عن أحمد بن حنبل[4].

حجتهم في ذلك :

أنَّ الله تعالى حين قال "فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها "(سورة النساء الآية 35) دل على أنَّهما حاكمان ولو كانا وكيلين لقال وكيلا عن الزوجة ،ووكيل عن الزوج ،ولهذا لا يعتبر رضا الزوجين ، لأنَّ الحَكَم يحكم بما يراه من مصلحة ، فإن وُفِّقا الحكمان إلى الإصلاح كان خيرا وإلَّا فلهما التفريق بين الزوجين[5].قال الحافظ بن حجر "فلما كان المخاطب بذلك الحُكَّام وأنَّ الإرسال عليهم دلَّ على أنَّ بلوغ الغاية من الجمع والتفريق إليه"[6] .

كما يرى أصحاب هذا القول أنَّه إذا رأى الحكمان التفريق بعوض من الزَّوجة تعطيه للزَّوج لإضرارها به ويسمى خلعا أو التفريق بعوض من الزوج يعطى للزوجة إذا تبيَّن إضراره بها ، أو أن تكون الفرقة بلا عوض ،حيث جاء في المهذب في الفقه المالكي "وعليهما بذل الوسع في الإصلاح والجمع ، فإن تعذر

فلهما التفريق بالخلع إذا كانت الإساءة منها ، أو بالطلاق المجرد إن كانت منه وتفريقهما يكون طلقة بائنة ،وهي لازمة للزوجين وينفذ ما يحكمان به دون توقف إلى إمضاء قاض البلد"[7] .

قال الشوكاني في الدرر البهية "ولا بد من التراضي بين الزوجين على الخلع أوإلزام الحكم مع الشقاق بينهما وهو فسخ"[1] .

---

[1]أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، احكام القرآن ، تحقيق محمد الصادق القمحاوي ، طبعة 1412هـ/ 1992م دار احياء التراث العربي بيروت لبنان ، ج 3 ص 153

[2]أحمد بن محمد بن احمد الدردير المتوفى سنة 1201هـ ، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، مكتبة ابواب كانون نيجيريا سنة الطبع 2000-1420 ص68/ محمد سكحال،المهذب في الفقه المالكي وادلته ، مرجع سبق ذكره ، ج2ص 62.

[3] حاشية الروض المربع زاد المستنقع –عبد الرحمان ، مرجع سبق ذكره ،ج6 ،ص457.

[4]بن قدامة المقدسي ، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي ، مرجع سبق ذكره، ص 100 / بن القاسم العاصي النجدي ، الروض المربع زاد المستنقع ،المجلد السادس ،مرجع سبق ذكره ،ص 457، / إبن جوزي المذهب الأحمد في مذهب الإمام احمد مرجع سبق ذكره ص61.

[5]زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم الجوزية –مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ،بدون سنة الطبع وسنة النشر ص 127

[6]فيصل بن عبد العزيز آل مبارك ،كلمات السداد على متن الزاد ، الناشر كنوز أشبيليا –السعودية –ط1 1427هـ-2008ص 259.

[7]المهذب في الفقه المالكي وادلته محمد سكحالالمجاجي، مرجع سبق ذكره ص62.

كما جاء أيضا في حاشية الروض المربع "وقال مالك والشافعي في أحد قوليه إن رأيا الطلاق بعوض أو بغير عوض جاز وإن رأيا الخلع جاز "[2].

الفرع الثاني :تحديد مهمة الحكمين في الشقاق قانونا :

أولا :في التشريع الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 56 /1من ق أج على مايلي "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما " يُفهم من هذا النص أنَّ مهمة الحكمين هو التوفيق بين الزوجين وليس لهما التفريق ، وهذا ما أكدته المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء النص فيها "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة ، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة " ، إلاَّ أنَّه بالرجوع إلى القرار رقم 57812 الصادر بتاريخ :25-12-1989 فإنَّه يناقض المادة 56 من ق أ ج والمادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فقد أعطى للحكمين صلاحية التفريق ،جاء في نص القرار "وعليه فإذا كان الزوج هو الذي طلب الطلاق فطلبه يحتج على القاضي الحكم له به ولا يجوز للزوجة أن تستأنفه ،وإذا كانت الزوجة هي التي طلبت التطليق وقدَّمت للقاضي السبب الذي تدعم به طلبها وأثبتته وكان من الأسباب الشرعية حكم القاضي بتطليقها وحكمه لا يقبل الاستئناف، فإن لم تُثبت الضرر وعجزت عنه وبقيت مصرة على التطليق عين القاضي الحكمين ،فإذا اقترحا التفريق بين الزوجين سواء بخلع أو غير خلع حكم القاضي بنتيجة اقتراحهما وحكمه لايقبل الاستئناف حتى إذا حكم بالرجوع"[3].

ثانيا :في التشريع المصري :

إنَّ المشرع المصري أخذ بالرأي الذي يجعل للحكمين الجمع والتفريق ، إلَّا أنَّه أوجب عليهما بذل جهدهما في الإصلاح ما أمكن،وفي حالة العجز يحكما بالتفريق ،وذلك طبقا للمادة 10 من قانون رقم 25 لسنة 1929 التي جاء النص فيها على ما يلي: "حيث يقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة :

---

[1]فيصل بن عبد العزيز مبارك ،كلمات السداد على متن الزاد ،مرجع سبق ذكره، ص260

[2]بن القاسم النجدي الحنبلي حاشية الروض المربع زاد المستنقع ، مرجع سبق ذكره ج06 ص 458

[3]القرار الصادر عن المجلس الأعلى في ملف رقم 57812 بتاريخ 25-12-1989 منشور بالمجلة القضائية 1991 العدد 3 ص71

-إذا كانت الإساءة من الزوج اقترحا التطليق دون المساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة عليه .

-إذا كانت الإساءة من الزوجة اقترحا التطليق مقابل بدل مناسب تلتزم به هذه الأخيرة .

-أمَّا إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق بمقابل بدل يتناسب مع نسبة الضرر من عدمه،غير أنَّه إذا لم يعرف الطرف المسيء منهما اقترحا التطليق دون اشتراط البدل "، هذا ما أكده الطعن رقم 36 جلسة 20-02-1974 "حيث أنَّ مؤدى نصوص المواد الثامنة والتاسعة والعاشرة والحادية عشر من المرسوم بالقانون رقم 25 لسنة 1929 أنَّ المشرع خول للحكمين أن يعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويبذلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة إقرارهما ،وإذا عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو الزوجين معا أو جهل الحال ولم يعرف من أي جانب كانت الإساءة قرَّرا التفريق بينهما بطلقة بائنة ... وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه وهذه الأحكام مستمدة من الفقه المالكي ،وأنَّ المنصوص عليه فيه أنَّ الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة من جهة الزوجان ،لأنَّ الحكم في اللغة هو الحاكم ،فإن اتفقا الحكمان نفذ حُكمهما ،ووجب على الحاكم إمضاءه دون تعقيب "[1].

ثالثا :في التشريع الأردني:

أمَّا بالنسبة للمشرع الأردني فقد نص في المادة 126 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي "حيث أنَّه إذا ظهرت الإساءة جميعا من الزوجة قرر الحكمان التفريق بينهما على عوض لا يزيد على المهر وتوابعه ،أمَّا إذا كانت الإساءة كلها من الزوج قرر التفريق بينهما بطلقة بائنة وللزوجة أن تطالب بغير المطلوب من مهرها وتوابعه ونفقة عدتها ". يفهم من هذا النص أنَّ مهمة الحكمين الإصلاح ،وذلك من خلال المادة 114 ،ولهما أيضا التفريق من خلال المادة 126.إذن،فعلى المشرع الجزائري أن يوسع من صلاحيات الحكمين في الجمع والتفريق وذلك لتخفيف الضغط على المحاكم ،والأخذ بالمذهب المالكي الذي يتبنَّاه المشرع الجزائري.

رابعا: في التشريع الكويتي :

[1] سعيد احمد شعلة ،الاحوال الشخصية قضاء النقض ، مرجع سبق ذكره ،ص 111 .

من خلال ما ورد في المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء النص فيها "على الحكمين أن يتعرَّفا على أسباب الشقاق ، ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة " والمادة 130 من نفس القانون التي جاء النص فيها " إذا عجزا الحكمان عن الإصلاح :

أ-إن تبيَّن أنَّ الإساءة كلها من الزوج ، وكانت الزوجة طالبة التفريق اقترح الحكمان التَّفريق وألزمه القاضي جميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق ، وإن كان الزوج طالبا للتفريق ، اقترح حكمان رفض دعواه.

ب-وإن كانت الإساءة كلها من الزوجة ،اقترحا التفريق بين الزوجين ، نظير رد ما قبضته من مهر ،وسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة عل الزواج والطلاق .

ج-وإن كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة .

د- و إن لم يعرف المسيء من الزوجين ، فإن كان طالب التفريق هو الزوج اقترحا رفض دعواه ، وإن كانت الزوجة هي الطالبة ، أو كان كل منهما يطالب التَّفريق اقترح الحكمان التفريق دون عوض ." كما ورد أيضا في المادة 131 من نفس القانون التي جاء النص فيها على ما يلي " على الحكمين أن يرفعا إلى المحكمة تقريرهما مفصلا وللقاضي أن يحكم بمقتضاه ، إذا كان موافقا لأحكام المادة السابقة " .يتبيَّن أنَّ مهمة الحكمين الأولى هي الإصلاح ،وفي حالة الفشل يمكن للحكمين اقتراح التفريق بناء على شروط وضعها المشرع الكويتي ، فإذا وافق اقتراحهما الشروط المنصوص عليها في المادة 130 السالفة الذكر ما على القاضي إلاَّ الحكم بما توصل إليه الحكمان.

خامسا :في التشريع الإماراتي :

ورد في المادة 121 من قانون الأحوال الشخصية ما يلي "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1.فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج والزوجة هي طالبة التفريق ،أو كان كل منهما طالباً، قرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق.
2.إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة قررا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفعه الزوجة.
3.إذا كانت الإساءة مشتركة قرَّرا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4.إن جهلا لحال فلم يعرف المسيء منهما، فإن كان الزوج هو الطالب اقترح الحكمان رفض دعواه،وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما طالباً التفريق قرر الحكمان التفريق بينهما دون بدل." من خلال هذه المادة يتبيَّن أنَّ الحكمين مهمتهما الأساسية هي الإصلاح وفي حالة العجز اقترحا التفريق على حسب كل حالة على حدة سواء ببدل يدفع للزوج أو الزوجة أو دون بدل ، وعلى القاضي أن يحكم بما توصل إليه الحكمان إذا اتفقا على الحكم وذلك من خلال المادة 121 الفقرة الثانية "حكم القاضي بمقتضى حكم الحكمين إن اتفقا،فإن اختلفا عين القاضي غيرهما ،أوضم إليهما حكماً ثالثاً يرجّح أحد الرأيين ،وتُحَلِّفْ المحكمة الحَكم الجديد،أو المرجح اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة".

المطلب الثالث :

حكم بعث الحكمين في دعوى الخلع ومهمتهما

سوف أتعرض في هذا المطلب إلى نقطتين أساسيتين تتمثلان في بعث الحكمين في دعوى الخلع في التَّشريع الجزائري والتشريعات العربية وفي تحديد مهمَّتهما في دعوى الخلع من خلال الفرعيين التاليين .

الفرع الأول :بعث الحكمين في دعوى الخلع في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية

أولا :بعث الحكمين في دعوى الخلع في التَّشريع الجزائري:

لا وجود لنص صريح يلزم القاضي ببعث الحكمين في دعوى الخلع في ق أ ج إذا فشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين ،على اعتبار أنَّ الخلع نوع من أنواع الفرقة التي توجب على القاضي إجراء الصلح قبل صدور الحكم بالطلاق بناء على المادة 49 /1 المعدلة من ق أ ج التي جاء النص فيها على مايلي" لا يثبت الطلاق إلاَّ بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة (3) ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ".كما أنَّه بالرجوع إلى المادة 1/56 من نفس القانون التي جاء النص فيها على مايلي :"إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ".إذن، القاضي ملزم ببعث الحكمين عند اشتداد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر ، ولكن إذا أرادت الزوجة أن تخلع نفسها من زوجها بمقابل مالي لإضراره بها ولا دليل لها على ذلك ، فهل القاضي مجبر على بعث حكمين أم ملزم بمخالعة هذه الزوجة دون النظر إلى حيثيات وأسباب طلب الزوجة الخلع ؟ بخصوص هذه المسألة يوجد فراغ قانوني فعلى المشرع الجزائري تدارك هذا النقص في التشريع وأن يجعل للخلع أسباب التي تجعل للقاضي قبول دعوى الخلع أو بعث الحكمين .

ثانيا :بعث الحكمين في دعوى الخلع في بعض التشريعات العربية

1)في التشريع المصري:

إنَّ المشرع المصري قد نص صراحة في المادة 02 من القانون رقم 01 لسنة 2000 على وجوب ندب الحكمين في الخلع فقد جاء النص فيها على مايلي "ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلاَّ بعد محاولة الصلح وندبها للحكمين لموالاة مساعي الصلح ".إذن،إنَّ القاضي ملزم بإجراء محاولة الصلح وندب الحكمين في الخلع ،بعكس المشرع الجزائري الذي لم يتكلم عن بعث الحكمين في الخلع بل جعله فقط عند الشقاق .كما جاء أيضا في المادة 19 من القانون رقم 01 لسنة 2000 "وفي دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب الحكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله ..."، فالمحكمة ملزمة بأن تبعث حكمين لموالاة مساعي الصلح.

2)في التَّشريع الأردني:

ورد في المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية " إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها وبيَّنت بإقرار صريح أنَّها تبغض الحياة الزوجية معه ...،حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فإن لم تستطع أرسلت حكمين .لموالاة مساعي الصلح ".يتَّضح من خلال استقراء هذه المادة أنَّ المشرع الأردني يلزم المحكمة ببعث الحكمين في دعوى الخلع على اعتبار أنَّ الخلع هو تفريق بين الزوجة وزوجها .

3) في التشريع الإماراتي والكويتي :

لم ينص المشرع الكويتي والمشرع الإماراتي على حكم بعث حكمين في دعوى الخلع بل اقتصر على الشقاق فقط .

الفرع الثاني :مهمة الحكمين في دعوى الخلع في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية:

أولا :مهمة الحكمين في دعوى الخلع في التشريع الجزائري:

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على بعث الحكمين ولا على مهمَّتهما في دعوى الخلع ،على اعتبار أنَّ المشرع جعل الخلع من حق الزوجة تستعمله متى شاءت ودون مبررات وما على القاضي الوطني سوى الإستجابة لها بعد إجراء محاولة الصلح ،وذلك حسب المادة 54 المعدلة والمادة 49 المعدلة من قانون الأسرة، وفي نظيره المشرع المصري الذي ألزم القاضي بإجراء محاولة الصلح وندب الحكمين وذلك من خلال المادة 2 من قانون رقم 01- لسنة 2000 التي جاء النص فيها "ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها الحكمين لموالاة مساعي الصلح " إذن فمهمة الحكمين حسب هذه المادة هي الإصلاح لاغير .

ثانيا :مهمة الحكمين في دعوى الخلع في بعض التشريعات العربية:

1)في التشريع المصري:

بالرجوع إلى المادة 19 من القانون رقم 01-لسنة 2000 نجد أنَّ المشرع المصري وسَّع من صلاحيات الحكمين حيث أعطى لهما الجمع والتفريق حيث جاء في قوله "وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أوبأقوال أيُّهما ،أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى" وهذا ما أخذ به الطعن رقم 36 جلسة 20-02-1974 "مؤدى نصوص المواد الثامنة والتاسعة والعاشرة والحادية عشر من المرسوم بالقانون رقم 25 لسنة 1929 أنَّ المشرع خوَّل للحكمين أن يعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويبذلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارهما ،وإذا عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو الزوجين معا أو جهل الحال ولم يعرف من أي جانب كانت الإساءة قرَّرا التفريق بينهما بطلقة بائنة ... وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه وهذه الأحكام مستمدة من الفقه المالكي ،وأَّن المنصوص عليه فيه أنَّ الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة من جهة الزوجان ،لأنَّ الحكم في اللغة هو الحاكم ،فإن اتفقا الحكمان نفذ حكمهما ،ووجب على الحاكم إمضاءه دون تعقيب "[1] ما يلاحظ على هاتين المادتين والقرار أنَّ هناك تفريق بين الحكمين في دعوى التطليق للخلع وبين التطليق للضرر ،فمهمة الحكمين في دعوى التطليق للخلع هي الإصلاح وليس لهما الجمع ،ذلك أنَّ الخلع من حق الزوجة وحدها وليس لغيرها أمَّا بالنسبة لمهمة الحكمين في دعوى التطليق للضرر فهي الحكم.

[1]سعيد أحمد شعلة –الأحوال الشخصية قضاء النقض ، مرجع سبق ذكره ،ص 111 .

2) في التشريع الأردني :ورد في المادة 114 من قانون الأسرة رقم 36 لسنة 2010 التي جاء النص فيها في الفقرة(ب) ما يلي " إذا أقامت الزَّوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها ، وبيَّنت بإقرار صريح منها أنَّها تبغض الحياة الزوجية معه وأنَّه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، وافتدت نفسها بالتَّنازل عن جميع حقوقها وردت عليه الصداق الذي استلمته حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين، فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز (30) ثلاثين يوما ،فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد زواج بينهما " يتَّضح من خلال هذه المادة أنَّ مهمة الحكمين في الخلع هي الإصلاح لا غير .

3) في التشريع الكويتي والإماراتي :لم ينص المشرعان على مهمة الصلح في الخلع ذلك لأنَّه لم ينص على حكم بعثهما كما أسلفت الذكر .

المبحث الثالث :

سلطة القاضي في ترتيب آثار الخلع :

تترتب عن الخلع آثار عديدة تتمثل في العدة ومدتها ،والسكنى ،والنفقة ،والمتعة ، كل هذا سوف أتناوله موضحا حكم كل أثر فقها وقانونا .

المطلب الأول

سلطة القاضي في التقدير الزمني لعدة المختلعة:

قبل التطرق إلى سلطة القاضي في التقدير الزمني لعدة المختلعة يجب أن أبيِّن مفهوم العدة كفرع أول، ثم حكمها في فرع ثان ثم فرع ثالث أتناول فيه مدة عدة المختلعة ، ثم تحول المختلعة من الاعتداد بالقراء أو الأشهر إلى عدة الوفاة في فرع رابع.

الفرع الأول مفهوم العدة:

أولا **–لغة** :العدة في اللغة من العدد والحساب ، وسميت كذلك على العدد و الاقراء أو الأشهر ، وجمعها عدد وتطلق أيضا على المعدود ، يقال عدة الَمرأة أي أقرائها[1]

ثانيا **–فقها** :سأعرض في هذا الفرع تعريفات المذاهب الأربعة للعدة

1–المالكية :العدة عند المالكية ، هي المدة التي تعتبر دليلا على براءة رحم الزوجة وخلوه من الولد ، لطلاق أو موت الزوج من نكاح أو لفسخ نكاح ، وهي مدة يمنع فيها الزوج من النكاح إذا طلق الرابعة[2].

لقد بين المالكية في هذا التعريف أنَّ العدة هي عبارة عن مدة تدل على براءة رحم المفارقة لزوجها بوفاة أو طلاق أو فسخ ،كما اعتبروا المدة التي يمنع فيها من زواج الزوج اذا كانت هي الرابعة ،ولكن الزوج يمنع من الزواج حتى تنتهي عدة مطلقته إن أراد أن يتزوج أختها .

كما عرفها إبن عرفة بقوله هي مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه[3].

2–الحنفية :العدة عند الحنفية هي تربُّص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سبب ، والمقصود بتربص الرجل هنا المواضع التي يمنع الرجل من الوطء فيها[4]. أو هي أجل حدَّده الشارع الحكيم لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفرقة[5].أو هي الأيام التي تتربص فيها المرأة المفارقة لزوجها فلا تتزوَّج ولا تتعرَّض للزواج[6] .

3–الحنابلة : هي تربص من فارقت زوجها بوفاة أو حياة ، ويعني بالحياة الطلاق ،أو الخلع، أو الفسخ[7].

4–الشافعية: هي المدة التي تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجُّعها على زوجها[1].

---

[1]القاموس عربي –عربي دار الكتب العلمية ،لبنان ص 474.

[2]أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب جليل شرح مختصر خليل –دار الرضوان –موريتانيا 2010 ، ص 533

[3]اللمع في الفقه المالكي مرجع سبق ذكره، ص233

[4]الموصلي عبد الله بن محمود ، الاختيار لتعليل المختار ، ج3، ص 172 .مرجع سبق ذكره

[5]عبد الوهاب خلاف ، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ،دار القلم الكويت س ط 1410هـ –1990م ، ص 167 .

[6]أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر ت 468 ، مختصر القدوري ، مرجع سبق ذكره ،ص 169

[7]ابراهيم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل ،ط1 ،1378هـ ، المطبعة الهاشمية بدمشق ، ص 278.

أو هي المدة المعينة التي تتربص فيها المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لمعرفة براءة رحمها من أي حمل للتَّعبد[2]

التعريف الخاص : هو تربص الزوجة المدخول بها أو المختلي بها زوجها ثم فارقها بوفاة أو طلاق أو خلع أو فسخ .

قلت المدخول بها حتى أخرج غير المدخول بها ، وقلت المختلي بها حتى أخرج الغير مختلي بها .

ثالثا:قانونا :

1- قانون الأسرة الجزائري :لقد تعرض المشرع الجزائري لأحكام العدة في قانون الأسرة من المادة 58 إلى المادة 61 ، إلاَّ أنَّه لم يعرف العدة .تاركا ذلك لإجتهادات الفقهاء.

2- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي : عرف المشرع الإماراتي العدة في المادة 136 من قانون الأحوال الشخصية ، التي جاء النص فيها على ما يلي "العدة مدة تربص تقضيها الزوجة وجوبا دون زواج أثر الفرقة " ، لقد بين المشرع الإماراتي أنَّ العدة هي عبارة عن مدة تبقى فيها الزوجة دون زواج حتى تنقضي عدتها ،مؤكدا على وجوبها ، ثم ذكر أنَّها ناتجة عن فراق وذلك حتى يدخل الفرقة الحاصلة بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الفسخ أو موت زوجها عنها ، إلاَّ أنَّه لم يفرق بين المدخول بها والغير المدخول بها ، مع العلم أنَّ الغير المدخول بها لا عدة عليها .

3- قانون الأحوال الشخصيَّة الكويتي: لم يعرف المشرع الكويتي العدة في قانون الأحوال الشخصية ، وذلك من خلال الإطلاع على المواد 155 إلى المادة 160 التي نجد فيها الكلام على من تجب العدة،ومدتها ،وشروطها

4- قانون الأحوال الشخصية الأردني : لقد عرَّف المشرع الأردني العدة في قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010 في المادة 145 التي جاء النص فيها على مَا يلي "العدة مدة تربص تلزم المرأة

---

[1]التدريب في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره ،ص 393.

[2] الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج –مرجع سبق ذكره ،ص126 / والإقنَاع في حل ألفاظ أبي شجاع ، مرجع سبق ذكره ، ج2 ،ص 345.

أثر الفرقة من فسخ أو طلاق أو وطئ شبهة ". فقد أوجب المشرع الأردني العدة على المرأة الموطوئة بشبهة ، إلاَّ أنَّه لم يفرق بين المدخول بها والغير المدخول بها .

إذن من خلال تعاريف قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية للعدَّة يتَّضح أنَّ المشرّع العربي يركِّز على عدَّة المرأة فقط ، مع العلم أنَّ الزوج له مدة عَّدة زوجته إذا كانت هي الرابعة وطلقها طلاقا رجعيا فينتظر إنتهاء عدتها حتى يحل له الزواج ، كما له عدة زوجته إن طلقها طلاقا رجعيا وأراد أن يتزوج أختها ،فعليه أن ينتظر انتهاء عدَّتها لأنَّ الرجعيَّة في حكم الزوجة فليس له أن يجمع بين الأختين.

الفرع الثاني :حكم العدة

أولا :فقها العدة واجبة على كل امرأة فارقة زوجها بطلاق أو بخلع أو بوفاة وذلك من القرآن والسنة والإجماع :

1-من القرآن الكريم : قال تعالى "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء "(سورة البقرة الآية 226) فدلَّة الأية على وجوب العدة للمرأة المطلقة المدخول بها [1] وقوله أيضا " والذين يتوفَّون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا "(سورة البقرة الآية)234، هذا أمر للنساء اللاَّتي يتوفَّون عنهن أزواجهن ، أن يعتدوا أربعة أشهر وعشر ليالي ، وهذا الحكم يشمل الزوجات المدخول بهن وغير المدخول بهن بالإجماع [2].

2-من السنة :قال صلى الله عليه وسلم "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"

من الإجماع :العدة واجبة[3].

ثانيا :قانونا

[1]إبن كثير ،تفسير القران العظيم ،مرجع سبق ذكره، ج1 ص 437

[2]تفسير القران العظيم مرجع سبق ذكره ج1 ص 457

[3]تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مرجع سبق ذكره ج3 ص 26

1)حُكْمها عند المشرع الجزائري :لقد أوجب المشرع الجزائري العدة على المطلقة المدخول بها والمتوفى عنها زوجها ، وذلك في المادة 58 من قانون الأسرة و التي جاء النص فيها على ما يلي "تعتد المطلقة المدخول بها زوجها الغير الحامل بثلاثة قروء ، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق "كما جاء أيضا في المادة 59 من نفس القانون مايلي "تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده " يتبيَّن من خلال لفظة تعتد في المادتين 58-59 السالفتي الذكر أنَّ العدة واجبة ،كما أنَّه بالرجوع إلى القرار رقم: 358348 ،الصادر بتاريخ :12-07- 2006 عن المحكمة العليا الذي جاء فيه "لكن حيث أنَّ القاضي أُولى درجة إرتكب خطأ آخر عندما قضى بالطلاق في قضية الحال دون منح المطلقة نفقة العدة ، لأنَّ المطلقة يجب أن تعتد من كل طلاق ، وبالتالي فالنفقة في قضية الحال واجبة على الزوج ، والزوجة عليها أن تعتد ، لأنَّ العدة تعد من النظام العام "[1] ، فقد جعل هذا القرار العدة من النظام العام ،حيث لا يجوز للقاضي إغفاله عند الحكم بالطلاق ، وبما أنَّ المشرع الجزائري أدرج الخلع تحت فصل الطلاق فإنَّه يعتبر الخلع طلاق ويخضع للمادتين 58 و59 من نفس القانون .

2-حكمها في التشريع الإماراتي: نص في المادة 136 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على مايلي " العدة مدة تربص تقضيها الزوجة وجوبا دون زواج أثر الفرقة "فقد نص المشرع الإماراتي صراحة على وجوب العدة وذلك بلفظ الوجوب.

3-حكمها في التشريع الكويتي :لقد نص المشرع الكويتي في المادة 155 من قانون الأحوال الشخصية على مايلي "تجب العدة على المرأة..." إذن فالعدة واجبة عند المشرع الكويتي .

4-حكمها في التشريع الأردني: جاء في المادة 145 من قانون الأحوال الشخصية الفقرة (أ) على ما يلي "العدة مدة تلزم المرأة أثر الفرقة من فسخ أو طلاق أو وفاة أو وطئ شبهة "، فالمادة صريحة في وجوب العدة عند المشرع الأردني وذلك من خلال لفظة تلزم وهي من الإلزام والوجوب .

الفرع الثالث :مدة عدة المختلعة

[1]قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم : 358348 ،الصادر بتاريخ :12-07- 2006منشور بمجلة المحكمة العليا 2006 العدد 20ص 449.

أولا :فقها

اتفق جمهور الفقهاء على وجوب عدة المرأة المختلعة من زوجها بعد الدخول ، ولكن اختلفوا في مدتها إلى قولين :

القول الأول :ذهب المالكية[1] والحنفية[2] والشافعية[3]والظاهرية[4] وفي رواية لأحمد[5] أنَّ عدة المختلعة المدخول بها ثلاثة قروء ، أمَّا إن كانت غير مدخول بها فلا عدة عليها .

وحجتهم في ذلك :-من القرآن الكريم : قوله تعالى " والمطلقات يتربَّصن بأنفسهن ثلاثة قروء "سورة البقرة الآية 228وقوله أيضا"وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا "سورة الطلاق الآية 4 ، ووجه الدلالة أنَّ الحديث عن العدة يشمل جميع أنواع الفرقة بما في ذلك الطلاق والخلع .

2-من السنة : مارواه الإمام مالك في موطأ عن عبد الله بن عمر أنَّ عدة المختلعة عدة المطلقة ، وعن مالك أيضا أنَّه بلغه أنَّ سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب الزهري ، كانوا يقولون عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء.[6]

القول الثاني :ذهب أحمد بن حنبل في رواية ثانية له [7]، وسعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبي إلى أنَّ عدة المختلعة حيضة واحدة[8] .

وحجتهم في ذلك :

---

[1]اللمع في الفقه المالكي مرجع سبق ذكره ص233

[2]محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحُسيْن المعروف ببدر الدين العيني الحنفي ،البناية شرح الهداية ،ت ح أيمن صالح شعبان ،ط1 2000/1420م ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ج5، ص 594.

[3]الشافعي ،الأم مرجع سبق ذكره ،ج5، ص181

[4]بن حزم الظاهري ، المحلى ، مرجع سبق ذكره ج10 ص239

[5]إبن قدامة ، المغنى ،مرجع سبق ذكره ،ج11 ص 195

[6]الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك بن أنس ، ط1 1424هـ-2003م ،مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة مصر ، ج3 ص، 281

[7]مختصر في فقه الإمام أحمد مرجع سبق ذكره ،ص144 /تقي الدين أحمد بن محمد بن علي الآدمي المنور في الراجح المحرر، ص 368، مرجع سبق ذكره

[8]إبن قدامى ، المغنى ، مرجع سبق ذكره ، ج11، ص 195

من السنة النبوية :بما روي عن الربيع بنت معوذ أنَّ ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها ، فجاء أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ثابت فقال "خذ الذي لها عليك وخل سبيلها " فقال نعم فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها[1].

ثانيا :من المعقول إنَّ عدة المختلعة ما هي إلا استبراء للرَّحم ، ويكفي في ذلك حيضة واحدة كالمسبية والأمة المستبرأة[2].

والذي أرجحه والله أعلم وأعلى أنَّ عدة المختلعة عدة المطلقة ، وذلك لتعارض نص قرآني في عموم المعتدات بثلاثة قروء والحديث المذكور آنفا ، وعند التعارض يقدم النص القرآني على نص الحديث ، ثم إن رواية الحديث قال عنها الإمام القرطبي " فالحديث مضطرب من جهة الإسناد والمتن فسقالإحتجاج به في أن الخلع فسخ ، وفي أنَّ عدة المطلقة حيضة ، وفي قوله تعالى " والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء" (البقرة الآية228)نصا في كل مطلقة مدخول بها[3].

وإن سلمنا أنَّ عدة المختلعة حيضة واحدة على اعتبار أنَّه ليس له مراجعتها ، قلت فإنَّ المطلقة طلاقا بائنا ليس له مراجعتها أيضا ، فلِما تعتد ثلاثة قروء ، كما أنَّه أخذا بالأحوط في الفروج، والله أعلم وأعلى .

ثانيا:قانونا

1–قانون الأسرة الجزائري :بما أنَّ المشرع الجزائري أدرج الخلع تحت فصل الطلاق ، فإنَّه قد اعتبره طلاق ،إذن عدة المختلعة المدخول بها ثلاثة قروء إذا كانت ممن تحيض و لم تكن حامل ،أمَّا إن كانت يائسة أو صغيرة فإنَّها تعتد ثلاثة أشهر ، وهذا حسب ما جاء في المادة 58 من قانون الأسرة المعدل والمتمم " تعتدّ المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق " إذن ،ما يلاحظ على هذه المادة أنَّه يجب أن تتوفر في المختلعة حتى تعتد ثلاثة قروء أن تكون مدخولا بها ،فإن كانت غير مدخولا بها فلا عدة عليها ، أن لا تكون حامل فإن كانت

---

[1]إبن القيم الجوزية ،زاد المعاد ، ، ط2 1418هـ-1998م ، مؤسسة الرسالة ،ج 5 ص601

[2]إبن القيم الجوزية ،زاد المعاد ، مرجع سق ذكره ،ج5، ص 602.

[3]القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج4 ص 85 ، مرجع سبق ذكره .

حامل فإنّ عدتها وضع الحمل وذلك حسب المادة 60 من قانون الأسرة السالف الذكر الذي جاء النص فيها على ما يلي "عدة الحامل وضع حملها ، وأقصى مدة الحمل 10 عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة "، و أن لّا تكون يائسة فإن كانت يائسة تعتد بثلاثة أشهر ، والإشكال الذي يطرح هو : ما المقصود بالأقراء ؟ هل هو الحيض أم الطهر ؟ مع العلم أنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في تفسير القرء بين الحيض والطهر ، فعلى المشرع الجزائري أن يوضح في مادة منفردة ماذا يقصد بالقرء ، أو أن يعدِّل المادة 58 من قانون الأسرة بقوله بثلاثة حيض أو بثلاثة أطهار وذلك حتى لا يتحاجَّ الزوجان في انتهاء العدة ، مع العلم إن قلنا أنَّ القرء هو الطهر فإنَّ الزوجة لا تحل بالحيضة الثالثة إلا بعد الطهر ، وإن قلنا أنّ القرء هو الحيض فإنَّها تحل بمجرد الحيضة الثالثة.

كما أورد المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة أنَّ احتساب مدة العدة يكون من تاريخ التصريح بالطلاق ، والسؤال الذي يبقي مطروحا هو إن تخالع الزوجان في البيت واتفقا عليه ثم عرضا ذلك على القضاء فهل تُحسب العدة من يوم الإتفاق على الخلع ؟ مع العلم أنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية يجعلون مجرد موافقة الزوج على الخلع يقع بائنا ، إذن لزاما على المشرع الجزائري أن يضيف في المادة 58 من نفس القانون ما يلي ..." من تاريخ التصريح بالطلاق أو الإتفاق على الخلع".

2-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:لم يكن المشرع الإماراتي واضحا في مدة عدة المختلعة ، فقد ذكر عدة المطلقة الغير حامل التي تحيض بثلاثة أطهار والتي لا تحيض ثلاثة أشهر ، وذلك في المادة 139 "عدة المطلقة غير الحامل – ثلاثة أطهار لذوات الحيض وتصدق بانقضائها في المدة الممكنة ،

-ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا أو بلغت سن اليأس " فقد أهمل المشرع الإماراتي مدة عدة المختلعة ولكنه اعتبر الخلع فسخ ، وذلك حسب المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية في الفقرة الرابعة " الخلع فسخ" ،والفسخ عدته حيضة واحدة وهذا سبب اختلاف الفقهاء في مدة عدة المختلعة كما سبق وأن بيَّنت ، فمن قال أنَّه فسخ قال عدتها حيضة واحدة ومن قال هو طلاق قال عدتها ثلاثة أقراء .

3-قانون الأحوال الشخصية الكويتي :بما أنَّ المشرع الكويتي اعتبر الخلع طلاق وذلك حسب المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء النص فيها " الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض " إذن فإنَّ الخلع يخضع للمادة 157التي جاء في فقرتها ج "[1]- عدة الغير حامل في غير حالة الوفاة ثلاثة حيضات كوامل في مدة لا تقل عن ستين يوما لذوات الحيض

2- تسعين يوما لمن لم تر حيضا أصلا، أو بلغت سن اليأس، وانقطع حيضها فإن جاءها الحيض قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاث حيضات " إذن المشرع الكويتي أخذ بالقول الذي يرى أن عدة المختلعة ثلاثة حيضات.

4- قانون الأحوال الأسرة الاردني رقم 36 لسنة 2010 :لقد ذكر المشرع الأردني في المادة 137 من قانون الأسرة مايلي "عدة غير الحامل لأي سبب غير الوفاة :ثلاث حيضات كوامل لذوات الحيض " فقد جعل المشرع الأردني عدة غير الحامل لأي سبب ثلاثة حيضات ، بمعنى سواء كانت الفرقة بسب الطلاق أو الخلع أو الفسخ فإن المرأة تعتد ثلاثة حيضات ،كما أنَّ المشرع الأردني اعتبر الخلع طلاق وذلك في المادة 102 من نفس القانون التي جاء النص فيها".الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها "، وعليه فإنَّ الخلع يخضع للمادة 137 السالفة الذكر من قانون الأسرة الأردني.

الفرع الرابع :تحول المختلعة من الاعتداد بالأقراء أو الأشهر إلى عدة الوفاة:

قد تتحول عدة المطلقة من العدة بالأقراء إذا كانت ممن تحيض أو بالأشهر و إذا كانت ممن لا تحيض كالصغيرة واليائسة إلى عدة الوفاة إذا توفي عنها مطلقها وهي في عدة الطلاق ، وعليه فالمطلقة قد تكون مطلقة طلاقا رجعيا أوبائنا أو مختلعة

لمعرفة هذه الحالة لابد أن أتطرق إلى تحول المطلقة طلاقا رجعيا من الإعتداد بالأقراء أو الأشهر إلى عدة الوفاة ،ثم عدم تحول المطلقة طلاقا بائنا من الإعتداد بالأقراء أو الأشهر إلى عدة الوفاة لأبيّن هل يمكن أن تتحول المختلعة إلى الإعتداد بالوفاة أم لا .

أولا:-تحول المطلقة طلاقا رجعيا من العدة بالأقراء أو الأشهر إلى عدة الوفاة : الاتفاق حاصل بين فقهاء الشريعة الإسلامية على أنَّ المرأة المطلقة طلاقا رجعيا ثم توفي عنها زوجها وهي في العدة ، سقطت عنها عدة الطلاق واستأنفت عدة الوفاة ،وهي أربعة أشهر وعشرة أيام [1]، من وقت الوفاة إذ قال إبن المنذر "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك "[2]، واستدلوا على ذلك بأنّها

---

[1]التفريع ، مرجع سبق ذكره ،ج2، ص70/ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، مرجع سبق ذكره ،ص 621 /المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره ،ج2 ص 11 /و السيد أبي بكر المشهور بالسيد البكري إعانة الطالبين ، دار إحياء الكتب العربية ،بدون سنة الطبع ج4 ،ص 42

[2]إبن قدامة ، المغني ، مرجع سبق ذكره ،ج10، ص 225.

مادامت في العدة من طلاق رجعي فهي في حكم الزوجة وهي ترثه إن مات ويلحقها طلاقه أيضا مصداقا لقوله تعالى " وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ"(سورة البقرة الاية 234)

ثانيا–تحول المطلقة طلاقا بائنا من العدة بالأقراء أو الأشهر إلى عدة الوفاة :لقد اتفق الفقهاء على أنَّ المطلقة طلاقا بائنا في حال صحته أو بناء على طلبها ثم توفي وهي في العدة فلا تنتقل إلى عدة الوفاة وذلك لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما[1] ،ثم اختلفوا فيمن طلق زوجته طلاقا بائنا أو خالع وهو مريض مرض الموت ثم مات في ذلك المرض ، هل تنتقل من عدة بالأقراء أو الأشهر إلى عدة الوفاة ؟ لقد انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية في ذلك الى قولين : **القول الأول**[2] :يرى أصحاب هذا الرأي أنَّها تعتد بأبعد الأجلين ، أي من عدة الطلاق وعدة الوفاة ، وذلك احتياطا لوجود شبهة قيام الزوجية مادامت ترثه ، واستدلوا على ذلك بأنَّه لما بقي لها حق الإرث بتهمة الفرار ، فإنَّها مثل المطلقة طلاقا رجعيا من جهة ، فيجب عليها الإعتداد بأربعة أشهر وعشرا وهذا قول أبي حنيفة وأحمد والثوري ومحمد بن الحسن .

القول الثاني:ذهب مالك[3] والشافعي[4] إلى أنَّها لا تنتقل إلى عدة الوفاة ، وذلك لانقطاع الزوجية بينهما وأنَّ الإرث الذي ثبت معاملةً بنقيض قصده لا يقتضي بقاء الزوجية الموجبة للأسف والحزن والحداد على المتوفى.

إذن بما أنَّ الخلع يقع طلاق بائن فإنَّها لا تنتقل إلى عدة الوفاة وذلك لأنَّها بائن . والسؤال الذي يبقى مطروح وهو :إن خالعت الزوجة زوجها وهو في مرض الموت ثم مات هل تنتقل إلى عدة الوفاة أم لا ؟

والذي أرى والله أعلم وأعلى أنَّ الزوجة إن خالعت زوجها وهو مريض مرض الموت فإنَّنا نفرق بين حالتين

---

[1]نفس المرجع السابق ، التفريع ج2 ،ص 70/المهذب في الفقه المالكي ، مرجع سبق ذكره ، ص 101 .

[2] علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،مرجع سبق ذكره ،ج 4، ص438.

[3]المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره ،ج2، ص11 / التفريع ، مرجع سبق ذكره ،ج2 ،ص 70-71

[4]القزويني ، المحرر في الفقه الإمام الشافعي ، ت ح محمد حسن محمد حسن إسماعيل ،ط1 2005 ، دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان، ص 364.

الحالة الأولى :إن كانت هي طالبة للخلع والزوج رافض ، ولكن خالع عليه القاضي جبرا فإنَّها تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة لأنَّه لم يرض بإسقاط حقه .

الحالةالثانية:إن كانت هي طالبة الخلع وهو راض بذلك فلا تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة.

ثانيا :قانونا

1)قانون الأسرة الجزائري : لم يتكلم المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل والمتمم عن حالة التحول من الإعتداد بالحيض أو الأشهر إلى عدة الوفاة سواء كان الطلاق رجعيا أم طلاقا بائنا أم خلعا ، تاركا ذلك إلى مبادئ الشريعة الاسلامية وذلك حسب المادة 222 من نفس القانون ،إلَّا أنَّ هناك اختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة ، فكان لزاما على المشرع الجزائري أن ينص في قانون الأسرة الجزائري على ذلك ويوضح مايلي :

– تنتقل المطلقة طلاقا رجعيا من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة إذا مات عنها زوجها في العدة .

– لا تنتقل المطلقة طلاقا بائنا من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة إذا توفى عنها زوجها وهي في العدة سواء طلقها وهو صحيح أو مريض لوجود نية فراره من توريثها .

– لا تنتقل الزوجة التي خالعت زوجها برضاه إلى عدة الوفاة

–تنتقل الزوجة التي خالعت زوجها جبرا بدون رضاه من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة .

–إن خالعت الزوجة زوجها في مرضه ، دون رضاه ثم مات في ذلك المرض ، فإنَّها تنتقل إلى عدة الوفاة لأنَّها هي التي خالعته في مرض موته.

2)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: لقد نص المشرع الإماراتي في المادة 141 صراحةً على مايلي "– إذا توفى الزوج وكانت المرأة في عدة من طلاق رجعي تنتقل إلى عدة وفاة ، ولا يحسب ما مضى .

–إذا توفى الزوج والمرأة في عدة طلاق بائن أو فسخ فإنها تكملها ولا تلتزم بعدة الوفاة إلَّا إذا كان الطلاق في مرض الموت فتعتد بأبعد الأجلين ".

ما يلاحظ على المشرع الإماراتي أنَّه أخذ بالقول الذي يجعل الزوجة تعتد بأبعد الأجلين في حالة وفاة زوجها ولم تنتهي عدتها من طلاق بائن في مرض الموت .وهكذ فقد درء المشرع الإماراتي كل ما من شأنه أن يجعل أحكام المحاكم متناقضة.

3)قانون الأحوال الشخصية الكويتي:نص المشرع الكويتي في المادة 158 على ما يلي "- إذا توفى زوج المطلقة طلاقا رجعيا أثناء عدتها تستأنف عدة الوفاة بتربص أربعة أشهر وعشرة أيام منذ وفاته.

-في البينونة من طلاق أو فسخ إذا توفى الرجل أثناء العدة تتم المرأة عدتها ولا تنتقل إلى عدة الوفاة ، وذلك مع مراعاة حكم الحالة 5 في الفقرة ج بالمادة السابقة".

وقد جاء في المادة السابقة وهي 157 النص في الحالة الخامسة الفقرة (ج) على مايلي " -عدة الغير حامل في غير حالة الوفاة الحالة الخامسة – أبعد الأجلين من عدة الطلاق أو عدة الوفاة لِلْمُبانَة بطلاق الفرار من الإرث إذا توفى مطلقها قبل تمام عدتها "، وبذلك يكون المشرع الكويتي قد ساير الرأي القائل بأنَّها تعتد بأبعد الأجلين عند الطلاق البائن في مرض الموت.)**-قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010**:جاء النص في المادة 149 من قانون الأسرة الأردني ما يلي "المطلقة رجعيا إذا توفى عنها زوجها خلال عدتها إنتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة " ، من خلال عرض هذه المادة وبمفهوم المخالفة فإنَّ المطلقة طلاقا بائنا لا تنتقل إلى عدة الوفاة.

ما يلاحظ على المشرع الإماراتي و الكويتي والأردني لم يتكلم عن حالة خلع المرأة زوجها في مرض موته هل تعتد أم لا ؟.

المطلب الثاني:

واقع حق السكنى والنفقة للمختلعة

من المعلوم أنَّ للمطلقة الحق في السكنى والنفقة في العدة ، ولكن السؤال الذي يبقى مطروحا هل للمختلعة الحق في السكنى والنفقة أثناء العدة ؟ هذا ما سأحاول الإجابة عنه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : سلطة القاضي في الحكم للمختلعة بالسكنى

يقصد بسكنى المعتدة من الخلع هو المكان الذي تقيم فيه الزوجة حتى انتهاء عدتها ، سواء بوضع الحمل أو سقوطه بالنسبة للحامل ، أو انتهاء ثلاثة أقراء اذا كانت تحيض ، أو ثلاثة أشهر إذا كانت صغيرة أو يائسة، و عليه سوف أبين حكم سكنى عدة المختلعة فقها وقانونا .

أولا–حكم سكنى المعتدة من الخلع فقها :لقد ذهب جمهور العلماء في هذه المسألة إلى قولين :

القول الأول :ذهب هذا القول إلى أن المعتدة من الخلع لها السكنى ما دامت في العدة ، وأصحاب هذا القول المالكية[1] فقد جاء في التفريع " ولا نفقة للمختلة إلا أن تكون حاملا فتكون لها النفقة حتى تضع حملها ، ولها السكنى ما دامت في العدة حاملا كانت أو حائلا"[2]، كما ذهب إلى ذلك الحنفية ، فقد جاء في البناية شرح الهداية "إنّه لا يجوز اشتراط البراءة من السكنى لأنّها حق لله تعالى "[3]، ووافقة في ذلك الشافعية[4] وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنفية ، فقد جاء في الحاوي الكبير للشافعية "إنّ سكنى النكاح يسقط باتفاقهما وسكنى الطلاق لا يسقط وإن اتفقا على تركه"[5] والخلع طلاق عند الشافعية في قول حديث ، كما أنّ الشافعية أكدوا على أنّه لا يجوز الإتفاق على إسقاط سكنى المعتدة وما دام الخلع اتفاق فإنّه لا يجوز حتى الإتفاق على إسقاط سكنى المعتدة.

وحجة أصحاب هذا القول عموم قوله تعالى " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ"سورة الطلاق الأية06.

القول الثاني : يرى الحنابلة أنَّه لا سكنى للمختلعة جاء في عمدة الفقه الحنبلي " البائن في الحياة بطلاق أو فسخ فلا سكنى لها بحال "[6] ، وما دام الخلع عند الحنفية طلاق بائن في قول أو فسخ في قول آخر لهم فإنّه لا يَسْلَم بأن لا يكون للمختلعة سكنى.

---

[1]المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره ،ج5، ص20

[2]التفريع ، مرجع سبق ذكره ،ج2، ص 17

[3]البناية شرح الهداية ، مرجع سبق ذكره، ص 507

[4]الام ، مرجع سبق ذكره ،ج5 ،ص198

[5]الحاوي الكبير ، مرجع سبق ذكره ،ج5 ،ص18

[6]عمدة الفقه الحنبلي ، مرجع سبق ذكره ، ص 108

وحجتهم في ذلك:حديث فاطمة بنت قيس ، حيث قالت طلقني زوجي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ..."[1] ، وروي عن ابن عمر[2] أنّه قال في حديث فاطمة هذا لا نترك كتاب الله وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لا ندري حفظت أو نسيت لها السكنى والنفقة قال تعالى " لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلاَّ أن ياتين بفاحشة مبينة"، (سورة النساء الآية 19)

الترجيح :أنَّه لا سكنى للمختلعة خاصة إذا كان القاضي قد خالعها جبرا دون رضا الزوج ، كما أنَّها رضيت بإسقاط حقها لتخلص نفسها ، فكيف نجبر الزوج على السكنى في العدة ، ثم إنَّ قوله تعالى " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ " (سورة الطلاق الآية06)تخص الرجعة

ثانيا :–حكم سكنى عدةَّ المختلعة قانونا:

1)–قانون الأسرة الجزائري : إنَّ المشرع الجزائري لم يفرّق بين المطلقة طلاقا رجعيا والمطلقة طلاقا بائنا ولا المختلعة ، وذلك حسب المادة 61 من قانون الأسرة التي جاء النص فيها على مايلي " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها ، إلاَّ في حالة الفاحشة المبينة ، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق " وعليه فإنَّ المشرع الجزائري قد أخذ بقول جمهور العلماء بأنَّ لها السكنى ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بقرار الصادر منها تحت رقم: 390091 ،الصادر بتاريخ :01-04-2007 " لكن حيث أنَّ نفقة العدة والمسكن التي منحها الحكم المستأنف ، والقرار المطعون فيه المقصود منها أنَّ المطلقة أثناء فترة العدة تقيم في مسكن الزوجية إلى انتهاء عدتها ،كما تنص الشريعة الإسلامية وأحكام المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري "[3] .وعليه فإنَّه لزاما على المشرع الجزائري أن يفرق بين الطلاق الرجعي والبائن والخلع بتراضي الزوجين والخلع عن طريق إجبار الزوج من طرف القاضي في مسألة سكنى المعتدة .

2)قانون الأحوال الشخصية الكويتي: لقد نص المشرع الكويتي في المادة 161 الفقرة (أ)على ما يلي " على المعتدة من طلاق رجعي أن تقضي عدتها في بيت الزوجية إلاّ عند الضرورة فتنتقل إلى البيت

---

[1]البهيقي ، السنن الكبرى ، ت ح محمد عبد القادر عطا ،رقم الحديث 15714 ،كتاب النفقات باب المبتوتة لا نفقة لها إلا أن تكون حاملا ، ط3 ،2003م/1424هـ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ج 7 ص 777/776 .

[2]البهيقي ، السنن الكبرى ، رقم الحديث 15732كتاب النفقات باب من قال لها النفقة، مرجع سبق ذكره ،ج7 ،ص 781 /782 .

[3]قرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ :01-04-2007 ، في ملف رقم: 390091منشور بمجلة المحكمة العليا 2008 العدد 01 ص 245.

الذي يعينه القاضي " ، من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّ المشرع الكويتي لم يثبت للمطلقة طلاقا بائنا أو المختلعة مسكن لأنَّه خص بالذكر المطلقة طلاقا رجعيا .

3)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :لقد أهمل المشرع الإماراتي ذكر سكنى المعتدة واكتفى بذكر المتعة ونفقة المعتدة ، وذلك حسب ماجاء في المادة 140 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء النص فيها " إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح ، بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها استحقت المتعة غير نفقة العدة بحسب حال الزوج وبما لا يتجاوز نفقة سنة..."

4)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010:لقد جاء النص في المادة150من قانون الأسرة الأردني كالآتي " تعتد معتدة الطلاق الرجعي والوفاة في البيت المضاف للزوجين بالسكنى قبل الفرقة " من خلال هذه المادة يتبيَّن أنَّ المطلقة طلاق بائن والمختلعة لا سكنى لها .

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير نفقة عدة المختلعة

قبل التطرق إلى سلطة القاضي في تقدير نفقة عدة المختلعة ، لابد من ذكر مفهوم النفقة فقها وقانونا ثم التطرق إلى حكم نفقة المختلعة .

أولا –مفهوم النفقة

1)–لغة: النفقة في اللغة من أنفق الرجل أي إفتقر وذهب ماله ، نَفَقَ رجل نفَّاق أي كثير النفقة [1].

2)–فقها :

أ)المالكية :عرَّفها ابن عرفة "ما به قوام المعتاد وحال الأدمي دون سَرَف".

ب)الحنفية :النفقة عندهم هي الطعام و الكسوى و السكنى[2] .

ج) الشافعية :النفقة عندهم هي الطعام مقدر للزوجة وخادمها على الزوج ولغيرهما من أصل وفرع ورقيق وحيوان ما يكفيه[3].

---

[1] القاموس عربي عربي مرجع سبق ذكره ص767

[2]ابن نجيم، البحر الرائق ، مرجع سبق ذكره ،ج4 ،ص293.

[3]الماوردي ، الاقناع في الفقه الشافعي ، ت ح خضر محمد خضر ،ط1 ايران ، دار إحسان طهران ص142

د)الحنابلة :عرف الحنابلة النفقة بأنَّها مايجب على الانسان من النفقة بالنكاح والقرابة والملك وما يتعلق به[1]

3)–قانونا : سوف أتطرق في هذا الفرع إلى تعريفات الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية

أ)–قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02:

لم يعرِّف المشرع النفقة ولكن اكتفى بذكر مشتملاتها بالمادة 78 من قانون الأسرة بقوله "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " قد أدرج المشرع الجزائري في مشتملات النفقة كل مامن شأنه يعتبر من ضروريات العرف والعادة وذلك حتى يدرأ كل اختلاف بين الزوجين .

ب)–قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

لم يعرِّف المشرع الكويتي النفقة ولكنَّه اكتفى بذكر ما تشتمل عليه النفقة وذلك في المادة 75 "تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ، وما يتبع ذلك من تطبيب وخدمة وغيرهما حسب العرف " لقد أهمل المشرع الكويتي العلاج من خلال هذه المادة.

د)–قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

لم يعرف أيضا هذا الأخير النفقة وإنَّما اكتفى بذكر مشتملاتها كما فعل المشرع الجزائري والإماراتي فقد ذكر في المادة 63 منه مايلي "تشتمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتطبيب والخدمة للزوجة إن كانت ممن تخدم في أهلها وما تقتضيه العشرة الزوجية بالمعروف..." إذن ، إنَّ المشرع الإماراتي ساير المشرع الكويتي في تحديد مشتملات النفقة ، إلَّا أنَّ المشرع الجزائري كان أكثر توسعا من حيث ما تشتمل عليه النفقة ، فقد أهمل المشرع الكويتي والإماراتي العلاج الذي يعتبر من الضروريات وذكر التطبيب الذي هو من الكماليات .

[1]ابن الضوبان – منار السبيل ، مرجع سبق ذكره ،ج2 ،ص 297

هـ)–قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 :

ورد في المادة 59 منه ما يلي "(أ)–نفقة كل إنسان في ماله إلَّا نفقة الزوجة على زوجها ولو كانت موسرة.

(ب)–نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوى والسكنى والتطييب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم"، من خلال هذه المادة نجد أنَّ المشرع الأردني قد ذكر مشتملات النفقة .

ثانيا:–حكم نفقة المختلعة

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في أنَّ المختلعة الحامل لها النَّفقة لأجل الحمل ، لهذا سأتناول في هذا العنصر حكم نفقة المختلعة الغير حامل فقها وقانونا .

1)–فقها

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية رحمهم الله في وجوب النفقة للمختلعة الحائل إلى قولين :**القول الأول** : ذهب المالكية[1] والشافعية[2] إلى أنَّ المختلعة الحائل لا نفقة لها ،وحجتهم في ذلك أنَّ الزوج لا يملك الرجعة عليها .

القول الثاني : أنَّ المختلعة لها النفقة، و ذهب إلى ذلك الحنابلة[3] فقد جاء في الأصل" وللمختلعة والمبارئة النفقة والسكنى مادامت في العدة"[4] والحنفية[5] جاء المختصر القدوري " والخلع كالمبارأة يُسقِطان كل حقّ لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة رحمه الله إلَّا نفقة العدة "[6]،وحجتهم في ذلك أنَّها تعتد من مائه.

والذي أرجّحه هو أنَّه يجب أن نفرّق بين الخلع برضى الزوج والخلع دون رضا الزوج ، فإن كان برضى الزوج فإنَّ لها نفقة العدة لأنَّه رضي بإسقاط حقه على زوجته فكأنَّه أشبه بالطلاق ، أمّا إن لم يرض

---

[1]الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سبق ذكره ج4 ص10 / المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره ج5 ص20/ التفريع ،مرجع سبق ذكره ، ج2، ص 17.

[2]الام ، مرجع سبق ذكره ،ج5 ،ص198

[3]حاشية الروض المربع ، مرجع سبق ذكره، ج6 ،ص478.

[4]الاصل ، مرجع سبق ذكره، ص 550

[5]الختيار لنيل المختار ،مرجع سبق ذكره، ج3، ص156

[6]مختصر القدوري ،مرجع سبق ذكره ، ص164

بالخلع فإنَّه لا نفقة لها لأنَّ الزوج لم يكن راضيا بالخلع فلا نلزمه بالنفقة إضافة إلى إجباره على الخلع،كما أنّ هذا فيه تكليف الزوج بما لا يرضاه ، أمَّا الزوجة فإنَّها أَجْبرت زوجها عن طريق القضاء فإنِّها بمثابة التّنازل عن نفقة العدة.

2-قانونا:

1)-نفقة المختلعة في قانون الأسرة الجزائري :

لم ينص المشرع الجزائري على نفقة عدة المختلعة في مادة صريحة من قانون الأسرة الجزائري ، إلاَّ أنَّنا نجد في المادة 61من قانون الأسرة ما يلي "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلاَّ في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النّفقة في عدة الطلاق".

بما أنَّ المشرع الجزائري أدرج الخلع في فصل الطلاق فإنَّه يعتبره طلاقا، ولكن لم يفرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن ، ففي المذهب المالكي الطلاق البائن لا نفقة للمعتدة منه في حين نجد أنَّ المذهب الحنفي يعتبر الخلع طلاق بائن وللمعتدة النفقة ،وهذا ما أخذ به إجتهاد المجلس الأعلى حيث أصدر قرار في 10-02-1971 قضى فيه بما يلي "لكن حيث ،فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجة يتعيَّن على القاضي الحكم بها سواء طلبتها الزوجة أم لم تطلبها ، ولا تسقط إلاَّ إذا اسقطها الحاكم في بعض الأحوال المحددة شرعا أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع ،والمجلس القضائي له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالسبب إذا غير سديد"[1].

يتَّضح من خلال هذا القرار من عبارة "أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع" بمفهوم المخالفة إذا لم تسقطها الزوجة أي نفقة العدة فإنَّ القاضي يحكم بها ، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ في اجتهاده بالمذهبين الحنفي والحنبلي الَّذان يقولان بأنَّ للمختلعة نفقة العدة .

لكن ما يلاحظ أيضا أنَّ تعليل سبب النفقة في أثناء العدة أنَّ هذه المدة محبوسة من أجل الزوج وعلى اعتبار أنَّ المختلعة مطلقة طلاق بائن لا يحق للزوج أن يراجع زوجته سواء في عدتها أو بعد انتهاء عدتها إلا بعقد جديد فإنَّه في هذه المدة ليست محبوسة من أجل الزوج ،لأنَّ الزوج لا رجعة له عليها .كما أنَّ هذا القرار لا يفرِّق بين المطلقة طلاقا رجعيا الذي يملك فيه الزوج حق الرجعة و الطلاق البائن الذي

[1]قرار صادر عن المجلس الاعلى بتاريخ 10-02-1971 ، رقم القرار غير موجود ،منشور بنشرة القضاة 1972العدد 02 ص06

لا يملك الزوج فيه حق الرجعة، فلما ألزم الزوج بنفقة العدة مادام أنَّه لا يملك الرجعة على المختلعة .كما ذهب المالكية إلى أنَّ كل مطلقة يملك بها الزوج رجعتها كانت لها النفقة عليه مادامت في العدة ،بخلاف من لا يملك رجعتها فلا نفقة عليه إلَّا أن تكون حاملا [1].لهذا نجد أنَّ القضاة أخذوا بالمذهب الحنفي . ولكن في تعليلهم للحكم كان خاطئا لأنهم أخذوا بالمذهب المالكي ،إذن الحكم بالمذهب الحنفي والتعليل بالمذهب المالكي .فكان الأوْلى أن يكون التعليل كالآتي لها نفقة العدة لأنَّها تعتد من ماء زوجها .بسبب عدم وضوح المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 ،التي تجيز للقضاة أن يعودوا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة انعدام النص ومن المعلوم أنَّ الشَّريعة الإسلامية متعددة المذاهب فكان لزاما على المشرع الجزائري أن يوضِّح موقفه بأي المذاهب يأخذ بدلا من أن يترك القضاة يتيهون في مذاهب الشريعة الإسلامية مما يجعل قراراتهم متناقضة أو قابلة للطعن .وأن يبيِّن في مادة قانونية مسألة نفقة عدة المختلعة ونفقة عدة المطلق طلاقا بائنا ونفقة عدة المطلقة طلاقا رجعيا .

2)-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

لقد جاء النص في المادة 140 " إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها استحقت المتعة غير نفقة العدة بحسب حال الزوج وبما لا يتجاوز نفقة سنة لأمثالها ..." من خلال هذه المادة يتَّضِح بمفهوم المخالفة أنَّ الزوجة إن طلبت الطلاق فإنَّها لا تستحق نفقة العدة ، وبما أنَّ المشرع اللإماراتي قد أعطى للزوجة الحق في طلب الخلع وذلك حسب المادة 110 من نفس القانون في البند الخامس "استثناء من البند (01) من هذه المادة ، إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنُّتا وخيف أن لا يقيما حدود الله حكم القاضي بالمخالعة ببدل مناسب " وعليه فإنَّ الخلع بطلب من الزوجة يدخل ضمن مفهوم المخالفة لنص المادة 140 السالفة الذكر .

3)-قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

لقد جاء في المادة 162 ما يلي " تجب النفقة للمعتدة من طلاق أو فسخ أو من دخول في زواج فاسد أو بشبهة " ، وعليه بما أنَّ المشرع الكويتي قد اعتبر الخلع طلاق وذلك حسب المادة 111 التي جاء النص فيها كما يلي "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض يتراضيا عليه بلفظ الخلع" ،كما أنَّه

[1]أبي عبد الله المكناسي من خزانة المذهب المالكي ، الكليات الفقهية ،إعتنى به جلال علي القذافي الجهاني ، ط1 ،1427هـ-2006م دار بن حزم ، بيروت لبنان ،ص172

أدرج الخلع في الباب الثاني الخاص بالفرقة بالإرادة تحت الفصل الثاني الطلاق،فإنَّ الخلع يخضع للمادة 162 السالفة الذكر.كما أنَّ المشرّع الكويتي لم يفرق بين الطلاق الرجعي أو البائن وذلك في المادة 162 من قانون الأحوال الشخصية السابق الإشارة إليه.

4)–قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة2010:

ورد في المادة 109 من نفس القانون ما يلي "لا تسقط نفقة العدة إلاَّ إذا نص عليها صراحة في الخلع " من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّ نفقة العدة واجبة حتى في الخلع ، إلاَّ في حالة واحدة وهي إذا اتفق الزوجان على إسقاطها ،أمَّا إذا لم يتفق الزوجان على إسقاطها فهي واجبة للمرأة أثناء العدة.

المطلب الثالث :

سلطة القاضي في الحكم للمختلعة بالمتعة

إنَّ المتعة جعلت للتخفيف عن المطلَّقة ، وبما أنَّ المختلعة تعتبر مطلَّقة فهل لها حق المتعة ؟ هذا ما سأحاول الإجابة عنه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع:

الفرع الأول :تعريف المتعة :

أولا – لغة :

المتعة من متّع – أصل صحيح يدل على المنفعة ، وهو امتداد مدة خير ، ومنه اسْتَمْتَعْتُ بالشيء ، والمتعة والمتاع : المنفعة[1] لقوله تعالى " لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ"(سورة النور الآية 29)،

ثانيا–فقها :

1)–عند المالكية : المتعة عندهم هي"ما يُأمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إيَّاها "[2] أو هي " ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر لألم الفراق على قدر الحالة "[3] ، من

---

[1]القاموس عربي –عربي مرجع سبق ذكره ص688.

[2] العبدري ،بو عبد الله محمد بن يوسف توفى سنة 857/ التاج والاكليل ، ط2 ، دار الفكر – بيروت ،ج4 ص105

[3]أبو العباس احمد بن محمد الخلواتي ت 1241هـ ،بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار المعارف ، بدون سنة الطبع عدد الاجزاء 4 ج2 ص 516

خلال هذا التعريف يتَّضح أنَّ المتعة شرعت أولا لجبر خاطر المرأة ، وثانيا تعطى لها لأنَّه طلقها ، وعليه إن كانت هي التي خالعة الزوجة فلا متعة لها .

2)–عند الحنفية :لقد عرف الحنفية المتعة بأنَّها "ما يجب بعد الطلاق قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه ، خلفا عن مهر المثل الذي كان واجبا قبل الطلاق ، بدلا عن ملك واقع بالعقد للرجل على المرأة في الحالتين معا "[1] ، من خلال هذا التعريف يتَّضح أنَّ المتعة عند الحنفية هي عبارة عن مال يدفع للمرأة في مقابل عن مهر المثل حيث أنَّ هذا النكاح لا تسمية فيه للمهر ، إضافة إلى ذلك أن يحدث الطلاق قبل الدخول

3)–عند الشافعية :عرَّفها الشافعية بأنَّها "مال يجب على الزوج لمفارَقة بشروط "[2] من خلال هذا التعريف يتَّضح أنَّ المتعة تجب على الزّوج لمفارَقة زوجته.

4)–عند الحنابلة : عرفها الحنابلة "ما يجب لحرة ، أو سيِّد أَمَة ، على زوج بطلاق قبل الدخول لمن لم يسمي لها مهر صحيح مطلقا ، أيْ سواء كانت مفوضة بضع أو مفوضة مهر ،أو مسمى لها مهر فاسد "[3] .إنَّ المذهب الحنبلي وافق المذهب الحنفي في تعريف المتعة وذلك أنَّه اشترط في المتعة أن يكون الطلاق قبل الدخول في مهر غير مسمى أو فاسد .

5)–عند الظاهرية :"ما ألزمه الله تعالى على قدر إيسار وافقتار على مطلِّق واحد أو اثنتين أو ثلاثا وطأها أم لم يطأها ، فرض لها صداقا أو لم يفرض لها شيء ، وكذلك المفتدية ، ولا متعة على من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق "[4] .من خلال هذا التعريف يتبيَّن أنَّ الظاهرية جعلوا المتعة من حق أي مطلَّقة سواء دخل بها أم لم يدخل بها سمى لها المهر أم لم يسمى لها ، كما أنَّه جعل المتعة من حق أيْضا المختلعة.

---

[1]ابن نجيم بن زين الدين توفى سنة 970هـ/ البحر الرائق ، مرجع سبق ذكره ،ج4، ص157

[2]حاشية قليوبي ، مرجع سبق ذكره ،ج3 ص 291

[3] – البهوتي منصور بن يونس بن ادريس توفى سنة 1051 هـ، شرح منتهى الارادات ، ط2 سنة 1996 ،عالم الكتب بيروت ،ج3 ص27.

[4]ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد توفى سنة 456 هـ ،المحلى ، تح د /عبد الغفار سليمان البندري ، ط1 1425هـ، 2003 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ج10 ص 03.

6)–من التعريفات المعاصرة :

عرف الشيخ الزرقا المتعة بأنَّها " المال الذي يدفعه الزوج لزوجته التي طلقها غير المهر "[1] إذن فالمتعة عند الشيخ مصطفى الزرقا هي عبارة عن مال يدفع لمن طلقها زوجها وبذلك يكون قد أخرج المختلعة.

الفرع الثاني :حكم متعة المختلعة

قبل التطرق إلى حكم متعة المختلعة وجب أن أبيَّن مشروعية متعة المطلقة ، ذلك باعتبار أنَّ الخلع أحد أنواع الفرقة .ثم أوضح حكم متعة المختلعة.

أولا :مشروعية متعة المطلقة :

1)–من القرآن الكريم : قوله تعالى "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ "(سورة البقرة الآية236) وقوله أيضا "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا "(سورةالأحزابالآية)49 وقال أ يضا "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا " (سورة الأحزاب الآية 28)

2)–من السنة النبوية :فعن أبي أسيد رضي الله عنه قال خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم حتى انطلقنا إلى حائط يقال له الشوط ، حتى انتهينا إلى حائطين ، فجلسنا بينهما — فقال النبي صلى الله عليه وسلم " اجلسوا هاهنا " ودخل وقد أتي بالجونية ، فأنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ، ومعها دايتها حاضنة لها ، فلما دخل عليهم النبي صلى الله عليه وسلم قال "هبي نفسك لي " فقالت وهل تهب الملكة نفسها للسوقة "؟ قال فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن ، فقالت أعوذ بالله منك ، فقال عذت بمعاذ ثم خرج علينا فقال يا أبا أسيد أكسها رازقتين ، والحقها

[1] السيخ مصطفى الزرقا ، مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد ، دار القلم– دمشق – ص82

باهلها "[1] وحديث جابر في قصة فاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لزوجها متعها قال لا أجد ما امتعها به قال " فإنه لابد من المتاع ، متعها ولو نصف صاع من التمر "[2].

ثانيا :حكم متعة المطلقة :

1)–فقها :

لقد اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في هذه المسألة إلى قولين ، سوف أُبيّن في هذا الفرع كل قول على حدى مع ذكر حجة كل فريق.

القول الأول : ذهب الحنفية[3]،والحنابلة[4] إلى وجوب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ، ولم يسمى لها مهر أو سمى المهر ولم تصح التسمية من جميع الوجوه ، أمَّا جميع المطلقات فإنَّ المتعة مستحبة لهن ،وهذا قول الثوري والحسن بن يحي والأوزاعي[5]، والمطلقة المقصودة عند الحنفية والحنابلة هي التي تكون الفرقة فيها من الزوج ولم تشارك الزوجة فيه ، طلاقا كانت أو فسخا ، أمَّا الفرقة التي كانت الزوجة سببا فيها فليس لها المتعة وجوبا ولا إستحبابا[6].

حجتهم في ذلك :

قوله تعالى "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ "(البقرة 236)" وقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ

---

[1]أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري صحيح البخاري ،كتاب الطلاق باب من طلق ، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق رقم 5255 ط1 1423هـ/2002م ، دار بن كثير دمشق ، بيروت، ص 1339

[2].البهيقي ، السنن الكبرى ،كتاب الصداق،باب المتعة – حديث رقم 14493 ج7 ص 420 ، مرجع سبق ذكره

[3]ابن نجيم، البحر الرائق ، مرجع سبق ذكره ج4 ص 159

[4]شرح منتهى الارادات ، مرجع سبق ذكره ج3 ص27-28 /كشاف القناع ، مرجع سبق ذكره ، ج5 ،ص158.

[5] ابن عبد البر ابو عمر يوسف بن عبد الله توفى 463هـ ، الاستذكار ، ط1 سنة 2000 تح سالم محمد عطا ، محمد علي عوض ، دار الكتب العلمية بيروت ،ج6 ص122 /ابو بكر الجصاص ، احمد بن علي الرازي توفى سنة 370 هـ ، احكام القران للجصاص ، تح محمد صادق القمحاوي ، دار احياء التراث ،ج2 ص136

[6]ابن نجيم ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج4 ص156 ، مرجع سبق ذكره / ابن قدامة، المغنى ، مرجع سبق ذكره ج10 ص 141/ البهوتي ، شرح منتهى الارادات ،ج3 ص 25.مرجع سبق ذكره

تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"(سورة الأحزاب الآية49) وقوله أيضا "وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"(سورة البقرة الآية241)" فقد دلت الآية على وجوب المتعة من وجوه :

الأول : قوله تعالى "فمتِّعوهن " فهذا أمر، والأمر يقتضي الوجوب حتى تقوم دلالة على النَّدب ، ولا يعارضه قوله تعالى على المحسنين ، لأنَّ أداء الواجب من الإحسان[1].

الثاني :قوله تعالى "متاعا بالمعروف حقا على المحسنين "(سورة البقرة الآية 236)حيث أكَّد الإجابة ، إذ جعلها من شرط الإحسان وعلى كل واحد أن يكون من المحسنين .

الثالث :قوله تعالى " حقا على المتقين "(سورة البقرة الآية 180)فدل قوله حقا على الوجوب ، وذلك تأكيدا على وجوبها.

الرابع :قوله تعالى "وللمطلقات متاعا بالمعروف "(سورة البقرة الآية 236)، وهذا يقتضي وجوب الأمرين :

1-حيث أثبتت الآية الكريمة المتعة للمطلقات ، وما كان للإنسان مما هو مختص به ، فهو حقه تثبت له المطالبة به[2].

2-شرط وجوب المتعة للمطلقة متعلق بالمعنيين معا ، عدم المسيس وعدم تسمية المهر[3] .

3-إنَّ المتعة تجب خلفا عن مهر المثل ، ولا يجمع بين الخلف والأصل بحال ،وإذا وجب لها مهر الذي هو الأصل ،كله أو بعضه لا تجب المتعة ، فأمَّا المطلقة قبل المسيس والفرض ، فهي لا تستوجب شيئا من المهر، ، لعلَّة أنَّ البُضع لا يخلوا من بدل قبل الطلاق وبعده ، فلمَّا لم يجب المهر ، وجبت المتعة ، ولما استحقت بدلا آخر لم يجب أن تستحقها [4].

4-إن المدخول بها تستحق جميع المهر على زوجها ، و لا تستحق المتعة مع ذلك كالمتوفى عنها زوجها ، لأنَّ النكاح حق معاوضة وبعد تقرر الفرض لا حاجة إلى شيء آخر[5].

---

[1]كشاف القناع ، مرجع سبق ذكره ج5 ص158 / الجصاص احكام القران ج2 ص 136 مرجع سبق ذكره

[2]الجصاص، احكام القران، مرجع سبق ذكره ج2 ص 137-138

[3]نفس المرجع ،ج2، ص136.

[4]الجصاص أحكام القران ، مرجع سبق ذكره ج2 ص141

[5]السرخسي ،المبسوط –شمس الدين السرخسي توفى 483 هـ ، مرجع سبق ذكره ،ج6، ص62

كما كان استدلالهم على استحباب المتعة لبقية أصناف المطلقات :

أ)-قوله تعالى "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"(سورة الأحزاب الآية 28) أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم كان قد دخل بهن ، فدل أنَّ المتعة مستحبة في هذه الحالة[1].

ب)-قوله تعالى "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"(سورة البقرة الآية236)فقد قسَّم الله تعالى المطلقات قسمين ، وأوجب المتعة لغير المفروض لهن ، وذلك يدل على اختصاص كل قيم بحكمه[2].

ج)-المتعة عوض واجب في عقد يتضمَّن معنى المعاوضة ، فإذا سمي في عقد النكاح عوض "ومتعوهن " على الإستحباب أو على أنَّهُ أُريد به الخصوص[3].

القول الثاني : ذهب المالكية[4] والشافعية في القديم[5] إلى أنَّ المتعة ليست بواجبة لأي مطلَّقة كانت ، وإنَّما ذهبوا ألى أنَّها مستحبة فقط وهو قول إبن أبي ليلى والحكم والليث بن سعيد وإحدى الروايتين عن ابي عبيد والقاضي شريح[6]، إلاَّ أنَّ المالكية استثنوا من ذلك من كانت هي السبب في الطلاق كالمختلعة والملاعنة[7] والمطلقة قبل الدخول إذا سمى لها مهرا ، ذلك لأنَّ الشرع قد أوجب لها نصف الصداق [8] ، كما أنَّ المختلعة قد اختارت طلاقها بنفسها فلم تحزن لفراقه ، فلا حاجة للزوج إلى تطييب خاطرها[9].

---

[1]نفس المرجع السابق ،ج6، ص62

[2]كشاف القناع ، مرجع سبق ذكره ،ج5 ،ص158

[3]المغنى –لابن قدامة ، مرجع سبق ذكره ج10 ص141

[4]العبدري ،التاج والاكليل ،ج4 ص105

[5]الشربيني ، مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ،إعتناء محمد خليل عيتاني –، الطبعة الاولى 1418هـ، 1997 ، دار المعرفة بيروت ج3، ص 317.

[6]إبن الجوزي عبد الرحمان بن علي بن محمد توفى 597 هـ ، زادالميسر ،ط3 1404هـ ، المكتب الاسلامي بيروت ،ج1 ،ص280/فتح القدير – الشوكاني محمد بن علي بن محمد توفى 1250هـ ،دار الفكر بيروت ،ج1 ،ص 252 .

[7]إبن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مرجع سبق ذكره ،ج 2 ص 616.

[8]المرجع السابق ج2 ص617

[9]أحمد الغندور ،الأحوال الشخصية في التشريع الاسلامي ،مطبوعات جامعة الكويت 1972، ص 304

حجتهم في ذلك :

1)-إنَّ المتعة لو كانت واجبة ، لقدَّرها الشارع الحكيم كسائر الفرائض في الأموال ، فلمَّا لم تكن كذلك خرجت من حد الفرض إلى حد الندب وصارت كالصلة والهدية[1].

2)-إنَّ الله تعالى قال فيها "حقًّا على المحسنين " أي المتفضِّلين والمتجملين ، وما كان من باب الإحسان فليس بواجب[2] ، قال تعالى " حقا على المتَّقين " ولو أنَّها كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين ، كما دل على أنَّ تعليقها بالتقوى أنَّها مستحبة لقوله تعالى " وأن تعفوا أقرب للتقوى"(سورة البقرة الآية 257)، فإضافته إلى التقوى ليس بواجب ، وذلك لأنَّ التقوى أقسام منها واجب و ماهو ليس بواجب[3]، كما أنَّ الواجب حتما على المتَّقين وغير المتقين [4].

القول الثالث :

ذهب الشافعية في الجديد إلى أنَّ المتعة تجب لكل مطلقَّة ، ما عدا غير المدخول بها ، بعد تسمية مهرها[5] ، والتي لم تكن هي السبب في الفرقة . بل كان هو السبب ، أمَّا إن كانت الزوجة هي السبب في الفرقة كردَّتها أو فسخه لعيب فيها ، فلا متعة لها سواء كانت قبل الدخول أو بعده ، لأنَّ المهر يسقط بذلك ، ووجوبه آكد في المتعة[6].

حجتهم في ذلك : عموم قوله تعالى " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المحسنين "(سورة البقرة الآية 241)، ووجه الدلالة من الأية الكريمة نصٌّ عام ويشمل جميع أصناف المطلقات ، إلاَّ التي طلقت قبل الدخول ، وقد فرض لها الصداق .

---

(1)ابن عبد البر ، الإستذكار ،مرجع سبق ذكره ،ج6 ،ص 121

(2)ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سبق ذكره ،مجلد 2 ص 98.

(3)ابن العربي ابو بكر محمد بن عبد الله توفى 543هـ ، احكام القران، دار الفكر لبنان ، ت ح محمد عبد القادر عطا ، بدون سنة الطبع ج1 ص 291

(4)ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سبق ذكره ج6 ص120-121

(5)الشربيني ،مغنى المحتاج ، الطبعة الاولى 1418هـ، 1997، ج3 ،ص318

(6)المرجع السابق ،ج3، ص318.

القول الرابع :

ذهب ابن حزم[1] ، إلى أنَّ المتعة واجبة لكل مطلَّقة ، وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومن التابعين سعيد بن جبير وإبراهيم النخعي ، وعطاء والحسن البصري ، وأبو العالية وأبو قلابة وسعيد بن المسيب وابن جرير الطبري ، وابن شهاب الزهري[2].

حجتهم في ذلك :

1-عموم قوله تعالى " وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " (سورة البقرة الآية 241) اللَّفظ عام يشمل جميع المطلقات

2-قوله تعالى " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ "(سورة البقرة الآية 236) وجه الدلالة من هذه الأية أنَّ الأمر على ظاهره يدل على الوجوب لا يصرف إلى الندب فلا قرينة صارفة له من الوجوب إلى الندب ، فعم قوله عز وجل كل مطلَّقة ، ولم يخص وأوجبه حقا على كل متَّقٍ يخاف الله تعالى[3].

يقول الطبري "وأرى أنَّ المتعة للمرأة حق واجب إذا طُلِّقت على زوجها ، يُؤخذُ بها الزوج كما يؤخذ بصداقها ، لا يبرؤه منها إلاَّ أداؤه إليها أو إلى من يقوم مقامها في قبضها منه أو ببراءة تكون منها له ، وأرى أنَّ سبيلها سبيل صداقها وسائر ديونها قبله ، يحبس لها إن طلقها فيها إذا لم يكن شيء يباع عليه ،إذا امتنع من إعطائها ذلك ، وإنما قلنا ذلك لأنَّ الله أمر الرجال أن يمتعوهن ، وأمره فرض إلاَّ أن يبيّن الله تعالى ذكره أنَّه أعنى به الندب والإرشاد"[4].

---

[1]ابن حزم ، المحلى ، مرجع سبق ذكره ،ج10 ص3 /و ابن جريرالطبري ،توفى 301هـ، تفسير الطبري ،دار الفكر، ج2 ،ص583

[2]ابن عبد البر ، الاستذكار ، مرجع سبق ذكره ،ج6 ،ص 120 /إبن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، مرجع سبق ذكره ،مجلد 1 ،ص 462 .

[3]إبن حزم، لمحلى ، مرجع سبق ذكره ،ج10، ص 04

[4]أبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، تفسير الطبري (224هـ، 310هـ)، تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ط1 1422هـ / 2001 ، دار الهجرة، جيزة مصر ،ج4 ص303

2) قانونا:

أ)قانون الأسرة الجزائري: لم يتكلم المشرع الجزائري عن متعة المطلقة في قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 ، ولكن بالرجوع إلى المادة 52 منه نجد أنَّه نص على ما يلي " إذا تبيَّن للقاضي تعسف الزوج حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاَّحق بها"، إنَّ عدم وضوح المشرع الجزائري ما المقصود بالتعويض هل هو المتعة أم لا ؟ وهل تستحق المطلقة المتعة قبل الدخول أوبعده ؟نتج عنه اختلاف وتباين في اجتهادات المحكمة العليا، هذا ما سأبينُّه من خلال موقف القضاء من المتعة والتعويض.

موقف القضاء من المتعة والتعويض:

-الإجتهاد الذي يرى أنَّ المقصود من التعويض هو المتعة :

إنَّه بالرجوع إلى القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 08-04-1985 ،في ملف رقم 35912 فقد اعتبر المتعة في حد ذاتها تعويضا ، حيث جاء في هذا القرار مايلي "حيث أنَّ الشريعة الإسلامية ، قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعويضا ، وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة ويعبر عنه بالتعويض ليفسر بالمتعة"[1]،

-الإجتهاد الذي يرى أنَّ التعويض ليس هو المتعة:

لقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23-12-1997 ، في ملف رقم 181648نجد أنَّ القضاة قد اعتبرو التعويض في معزل عن المتعة وذلك فيما يلي "من المقرر قانونا أنَّه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبرا شرعا ومن المقرر أيضا أنَّه في حالة الطلاق يحكم القاضي للطرف المتضرر "[2]. وعليه، إذا اعتبرنا أنَّ الزوج كان هو المتضرر فإن له الحق في التعويض فنستنتج أنَّ المقصود بالتعويض ليس هو المتعة .

---

[1]قرار صادر عن المجلس الأعلى ،في ملف رقم 35912 بتاريخ 08-04-1985المنشور بالمجلة القضائية 1989 العدد الاول ص 89

[2]قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23-12-1997 ، في ملف رقم 181648المنشور بالمجلة المجلة القضائية 1997 العدد الاول ص49

-الإجتهاد الذي يرى أنَّه لا تعويض للمطلقة قبل الدخول :

فقد جاء في اجتهاد المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 09-05-1988 في ملف رقم 49283 ما يلي "وحيث أنَّه جاء في عريضة الإستئناف المطعون ضدها للحكم المشكوك في صحته زواج الطاعن بها نظرا لعلاقة تكون عليه من حالة لا تسمح بالعقد عليها فيها شرعا إلاَّ بعد الإستبراء من الزنا .أي أنَّه جاء في أقوالها في العريضة المذكورة ، أنَّها زوجة للطاعن في يوم: 10-04-1982 وطردت من داره في اليوم الموالي ، وأنَّه مما تدل عليه أوراق الملف أنَّ هذا الأخير لم يكن يومها بدار أبويه بل كان في حالة اعتقال مما يتَّضح معه أنَّه لم يدخل بها وأن خلوة اهتداء بينهما لم تتم ومن ثم فإن اعتبار نقلها للدار المشار إليها دخولا شرعيا تستحق به كامل الصداق فهو فهم خاطئ لمقاصد الشريعة وتطبيق سيء لها كما أنَّ تصديقها في مبلغ الصداق إن صح وجوبه لها إضافة إلى التعويض الذي حكم لها به من قبل المحكمة الجزائية فيه مخالفة للقواعد الشرعية وحُكم بدون دليل في أمر تجب فيه اليمين ، لذا فالقرار خرق القواعد المذكورة وانتهك النصوص القانونية الأمر الذي يعيبه ويعرضه للنقض "[1] من خلال هذا القرار و بمفهوم المخالفة أنَّه لا يجوز التعويض للمطلقة قبل الدخول بها إذا اعتبرنا أن التعويض هو المتعة .

-الإجتهاد الذي يرى أنَّ المطلقة قبل الدخول لها التعويض :

جاء في قرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16-03-1999 في ملف رقم 216865 الصادر بتاريخ 16-03-1999 عن المحكمة العليا ما يلي " لكن حيث أنَّ القضاة غير ملزمين بذكر النصوص القانونية بقدر ما هم ملزمين بعدم مخالفتها ، وبالإضافة إلى ذلك فالقرار المطعون فيه ذكر في أسبابه أنَّه ثبت للمجلس من وقائع الدعوى أنَّ الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف عليه في طلب الطلاق وقبل الدخول غير ثابتة وعدم إتمام الزواج بالدخول قد يلحق أضرارا معنوية للمستأنفة ومع ذلك فمسألة الضرر ما هي إلاَّ موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع ،مما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعيَّن معه رفض الطعن"[2] .من خلال هذا القرار يتَّضح ، أنَّ الزوجة الغير المدخول بها إذا طلقت فإنَّ لها التعويض ،لأنَّ التعويض عن الضرر في نظر هذا الإجتهاد ما هو إلاَّ خاضع للسلطة التقديرية للقاضي .

---

[1] اجتهاد المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 09-05-1988 في ملف رقم 49283 المنشور بالمجلة القضائية 1992 العدد 2 ص44

[2] قرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16-03-1999 في ملف رقم 216865 المنشور بمجلة الإجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص 256.

إنَّ هذا التباين في الإجتهاد القضائي راجع إلى غموض المادة 52 من قانون الأسرة التي لم توضح هل المقصود بالتعويض هو المتعة أم لا ، لإنَّه إذا اعتبرنا أنَّ التعويض هو المتعة فإنَّه لايحق للزوجة طلب التعويض، وإذا قلنا أنَّ التعويض ليس المتعة فإنَّ للزوجة الحق في التعويض زائد المتعة المفروضة لها شرعا . كما أنَّ المشرع لم يفرق بين الزوجة المدخول بها وعدم المدخول بها في استحقاق المتعة أو التعويض لأنَّه جعل سبب التعويض هو الضرر ، وتعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق.

ب)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :لقد نص المشرع الإماراتي صراحة على حق المطلقة في المتعة بشروط وذلك في المادة 140" إذا طلَّق الزوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها استحقت المتعة غير نفقة العدة بحسب حال الزوج وبما لا يتجاوز نفقة سنة لأمثالها ، ويجوز للقاضي تقسيطها حسب يسار الزوج وإعساره ، ويرعي في تقديرها ما أصاب المرأة من ضرر " إنَّ المشرع الإماراتي قد أعطى للمطلقة الحق في المتعة بشروط وهو أن تكون مدخولا بها ، وأن يكون الطلاق واقع بإرادة الزوج ، ودون طلب منها .

ج)قانون الأحوال الشخصية الكويتي:لقد نص المشرع الكويتي في المادة 156 تحت فصل التعويض بسبب الفرقة "إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة سوى نفقة عِدَّتها متعة تقدر لها بما لا يتجاوز نفقة سنة حسب حال الزوج ، تؤدى إليها على أقساط شهرية إثر انتهاء عدتها ما لم يتَّفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء ". وعليه ، ما يلاحظ على هذه المادة أنَّ المشرع الكويتي قد أدرج المتعة تحت فصل التعويض بسبب الفرقة إنَّه قد اعتبر المتعة بمتابة التعويض لكن كان صريحا في ذكر شروط المتعة وتسميتها في المادة على عكس المشرع الجزائري الذي ترك الأمر مُبهما .

د)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة2010 :نص المشرع الأردني في المادة 155 من قانون الأسرة على ما يلي "إذا طلَّق الزوج زوجته تعسفا ،كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم القاضي بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات ،ويراعي في فرضها حال الزوج عسرا ويسرا ويدفع جملة إذا كان الزوج موسورا وأقساطا إذا كان معسرا ولا يؤثر ذلك على حقوقها الأخرى " .من خلال هذه المادة يتبيَّن أنَّ المشرع الأردني أعطى للزوجة المطلقة الحق في المتعة تحت إسم التعويض،بشرط تعسف الزوج في إستعمال حقه في الطلاق كأن يطلقها دون سبب وجيه.

الفرع الرابع :حكم متعة المختلعة

بعد أن تطرقت إلى متعة المطلقة وجب البحث عن حكم متعة المختلعة فقها وقانونا.

أولا :فقها

ذهب المالكية[1] والحنابلة والحنفية[2] إلى أنَّه لا متعة للمختلعة ، لأنَّها هي السبب في الفرقة .إلاَّ أنَّ الظاهرية خالفوا الجمهور في ذلك ، حيث ذهبوا إلى أنَّ للمختلعة متعة ،جاء في معجم فقه ابن حزم " المتعة فرض على كل مطلِّق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو آخر ثلاث وطأها أم لم يطأها فرض لها صداقا أو لم يفرض لها شيئا ، أن يمتعها وكذلك المفتدية أيْضا ويجبره الحاكم على ذلك ولا متعة على من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق "[3].

ثانيا : قانونا

1)**قانون الأسرة الجزائري** : إنَّ المشرع الجزائري لم يتكلم عن حكم متعة المختلعة إلَّا ما ورد في نص المادة 52 من قانون الأسرة 05-02 المعدل والمتمم التي جاء النص فيها على مايلي " إذا تبيَّن للقاضي تعسف الزوج حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللَّاحق بها ". وعليه ،فإنَّ المشرع الجزائري اشترط لتعويض المطلقة أن يكون الزوج هو الذي طلق وتعسف في استعمال حقه ، وبما أنَّ الخلع يقع بإرادة الزوجة فإنَّه لا تعويض لها ، وهذا ما أخذ به إجتهاد المجلس الأعلى في القرار رقم 51614 الصادر بتاريخ 21-11-1988 الذي جاء فيه "كما أنَّه فيما يخص المتعة فإنَّها شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار هي فراق زوجها ، فتطليقها على زوجها رضا منه يتعارض منطقيا مع إلزامه بمبالغ مالية أخرى لم يرد نص شرعي كما ورد في الطلاق "[4] من خلال هذا القرار يتَّضح أنَّه لا متعة لمن طلقت نفسها بحكم وهذا ما أكده أيْضا القرار 43860الصادر بتاريخ 29-12-1986 عن المجلس الأعلى الذي جاء النص فيه على ما يلي "من القواعد المقررة شرعا أنَّ المتعة

---

[1]إبن جلاب البصري ،التفريع ،ت ح السيد كسروي حسان ، ط1 2007 ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ،ج2 ص64

[2]ابن نجيم البحر الرائق ، مرجع سبق ذكره ج4 ص156 / المغنى –ابن قدامة عبد الله ابن أحمد توفى سنة 620 ،مرجع سبق ذكره ،ج10 ص 47 / البهوتي ،شرح منتهى الإرادات ، مرجع سبق ذكره ج3 ص 25.

[3]محمد بن محمد الزمزمي الكتاني الحسني ،معجم فقه ابن حزم، مرجع سبق ذكره ج1 ص 653 .

[4]إجتهاد المجلس الأعلى في القرار رقم 51614 الصادر بتاريخ 21-11-1988 المنشور بالمجلة القضائية العدد 4 ص 67.

لمن طلَّقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم ، ومن ثم فإنَّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة " [1].

2)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :فقد نص في المادة 140 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي: "إذا طلَّق الزوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها استحقت المتعة غير نفقة العدة ..." إذن من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّ الزوج الذي طلق زوجته بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها لها الحق في المتعة ، وبمفهوم المخالفة إذا كان الطلاق بطلب من الزوجة أو بغير رضى الزوج فلا متعة للزوجة خاصة إذا كانت هي التي طلبت الخلع .

3)قانون الأحوال الشخصية الكويتي :نص المشرع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية في المادة 165 في الفصل الثالث على ما يلي " إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة سوى نفقة عدتها متعة تقدر بما لا يتجاوز نفقة سنة حسب حال الزوج تؤدى إليها على أقساط شهرية إثر انتهاء عدتها ما لم يتَّفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء " ،كما أورد المشرع الكويتي استثناء على متعة المطلقة في البند الثالث من الفقرة (ب)وذلك إذا كان الطلاق برضا الزوجة ،كما أورد في البند الرابع من نفس الفقرة فسخ الزواج بطلب من الزوجة " .وعليه ،فإنَّ الزوجة التي خالعة زوجها لا تستحق المتعة لأنَّها طلبت ذلك .

وعليه فإنَّه لزاما على المشرع الجزائري أن يوضِّح من المطلَّقة التي تستحق المتعة ؟هل المدخول بها فقط وهل التي سمي لها مهرا فقط وهل التي طلبت الطلاق والمختلعة تستحق أم لا ؟، فإنَّه يجب على المشرع الجزائري أن يوضِّح ذلك في مواد قانونية .

المبحث الرابع :

سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع

قد يتَّفق الزوجان على بدل الخلع لا يوافق الشريعة الإسلامية ، أو لا يوافق قانون الأسرة الجزائري ، فما هي سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع ،وللإجابة على هذا الإشكال قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

[1]القرار رقم 43860الصادر بتاريخ 29-12-1986 عن المجلس الأعلى المنشور بالمجلة القضائية 1993 العدد 2 ص41

المطلب الأول:

سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع عند الإتفاق بين المتخالعان على إسقاط حق من حقوق الطفل :

لقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : المال الذي يكون بدل الخلع

أولا :فقها

إنَّ الإتفاق حاصل بين فقهاء الشريعة الإسلاميَّة على أنَّ المال الذي يصلح أن يكون بدلا في الخلع قد يكون عقارا وقد يكون منقولا ،أو منفعة كخدمة، أو تعليم للقرآن ،فقد ورد في المهذب في الفقه المالكي وأدلته "وجواز كون العوض عينا أو منفعة ،كإرضاع ولده أو إسقاط نفقة الحمل الواجبة لها في العدة أو إبرائها إياه من مؤجَّل مهرها ويجوز أن يكون معتبرا من المهر وغيره"[1] كما يقول ابن الجلاب البصري "ولا بأس أن يخالعها على صداقها كله أو بعضه ،أو على أكثر منه ، ولا بأس بالخلع على المعلوم والمجهول والموجود والمعدوم وعلى الغرر كاعبد الآبق والبعير الشارد والثمر التي لم يبدى صلاحها "[2] ووجه الدلالة من هذا القول على جواز الخلع بكل ما يكون مالا ،و جواز الخلع على عبد آبق والبعير والثمر وكل هذا يمكن أن يكون مالا مآلا،كبيعه أو الإنتفاع به. وأدلتهم على ذلك قوله تعالى "فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (سورة البقرة 229)،وقصة ثابت بن قيس في رد الحديقة ، لا تصلح مخصصا لعموم الآية لأنَّها واقعة عين ، ولأنَّ المقصود رضا الزوج بعوض يراه مكافئا لما يفوته من بضع امرأته "[3] فقد جعل المالكية رحمهم الله العوض الذي يصلح أن يكون مالا هو كل ما يرضى به الزوج ويراه مناسبا لفراق زوجته له شريطة أن يكون حلالا وما يُرضي الزوج قد يكون عقارا ،أو منقولا، كما جاء أيْضا في كتاب أحكام الأحوال الشخصية لعبد الوهاب خلاف "ويصح الخلع بكل ما يصح تسميته مهرا من كل مال معلوم متقوم في حق الزوجين ... فالبدل الذي يتراضى عليه الزوجان أيًّا

---

[1] المهذب في الفقه المالكي ، مرجع سبق ذكره ،ص88-89

[2] التفريع ، مرجع سبق ذكره ،ج2 ص16

[3] المهذب في الفقه المالكي ،مرجع سبق ذكره ،ص89-90

كان قدره يكون ملكا للزوج ملزمة به الزوجة "[1]هذا بالنسبة للحنفية ، وقد يتراضى الزوجان على عقار أو منقول كما ورد في المحيط البرهاني " إذا سمت ما هو مال ، إلا أنَّه ليس بموجود وإنَّما يوجد في التَّأني ، بأن اختلعت على نمو نخيلها العام أو ما تلد أغنامها العام ، أو على ما تكسب العام ، وفي هذا الوجه وجب رد ما قبضت من المهر وجد ذلك أم لا "[2] ووجه الإستدلال من هذا القول على جواز الخلع بكل ما هو مال ، أنَّ المنع لم يكن لأجل الثمر أو الأغنام ولكن المنع كان لسبب عدم وجود البدل حالا والغرر ، ولو كان موجودا لجاز ذلك .كما جاء في كتاب الإقناع في الفقه الشافعي " وكل زوج صح طلاقه جاز أن يخالع زوجته إذا جاز أمرها أو أمر من يخالع عنها ليطلقها ثلاثا أو دونها على ما يتَّفقان عليه من مال حالا معلوم معيَّنا أو في الذمة ،عاجلا كان أو آجلا ، وتملك به الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض"[3] من هذا القول يتَّضح أنَّ الشافعية جعلوا أيُّ مال يصلح أن يكون بدلا في الخلع لأنَّ المال كما سبق وأن أوضحت قد يكون عقارا أو منقولا شرط أن يكون حلالا.أمَّا بالنسبة للحنابلة فقد جاء في حاشية الروض المربع الجزء 06 "وإن خالعها على عبد فبان حرا ،أو مستحقا ، صح الخلع وله قيمته ويصح على رضاع ولده...وما صح مهرا من عين مالية ،ومنفعة مباحة صح الخلع به "[4] .إذن، الحنابلة يجيزون الخلع بكل بدل جائز سواء كان منفعة كتعليم القرآن أو عقارا أو منقولا لأنَّهم يشترطون في البدل أن يكون ممن يصح به المهر والمهر قد يكون منفعة أو منقولا أو عقارا.أمَّا بالنسبة للظاهرية جاء في معجم فقه ابن حزم الظاهري "كل ما جاز أن يتملَّك بالهبة أو بالميراث جائز أن يخالع به "[5] والهبة والميراث قد يكونا عقارا أو منقولا .

ثانيا :قانونا

1)التشريع الجزائري:إنَّ المشرع الجزائري قد ذكر في المادة 54 من قانون الأسرة المال الذي يكون مقابل الخلع دون أن يوضح ما يصلح أن يكون مالا ،وما لا يصلح أن يكون مالا، كالخلع على عقار أو منقول لكن بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلاميَّة نجد أنَّ المال قد ذكره الفقهاء ، وقد تناولت

---

[1]عبد الوهاب خلاف ، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم ، مرجع سبق ذكره ،ص 154 .

[2]برهان الدين ابي المعالي محمود بن احمد بن عبد العزيز ابن مازة البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في فقه الامام ابي حنيفة ،ت ح عبد الكريم سامي الجندي ، ط1 1420-2004 ، دار الكتب العلمية بيزوت لبنان ،ج 3 ص344.

[3]أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب ماوردي المتوفي سنة 450هـ ، الإقناع في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره ،ص 152.

[4]حاشية الروض المربع ، مرجع سبق ذكره ج6 ص470

[5]محمد بن محمد الزمزمي الكتاني الحسني ،معجم فقه بن حزم ،مرجع سبق ذكره ، ج1 ص292

ذلك سابقا وكذلك بالرجوع إلى قرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في ملف رقم 83603 الصادر بتاريخ 21-07-1992 قررت ما يلي "حيث أنَّ المادة 54 من ق أ تشترط قبول الزوج للمبلغ الذي تعرضه الزوجة على زوجها بعنوان الخلع فالمادة تسمح للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون تحديد لنوعه أي مطلق المال ، وهذا هو المبدأ العام للخلع أمَّا نوع المال وقدره فهذا راجع إلى اتفاق الطرفين أوإلى تدخل القاضي على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الإلتفات إلى عدم قبول الزوج لما تعرضه الزوجة لأنَّ ذلك يفتح الباب للإبتزاز والتعسف وذلك منهي عنه شرعا وعليه فهذا الفرع غير مؤسس ،الأمر الذي يتعيَّن معه رفض الطعن "[1] فهذا الإجتهاد يوضح أنَّ المال المقصود من المادة هو مطلق المال أمَّا في حالة الإختلاف يتدخَّل القاضي لحزم النِّزاع على أن لا يتجاوز ذلك صداق المثل على اعتبار أنَّ تعديل المادة 54 من قانون الأسرة لم يتعلق بالمال وإنَّما برضا الزوج وعدمه . وعليه فإنَّ المشرع الجزائري لم يبيِّن المقصود من المال في المادة 54 من ق أ ج لكن بالرجوع إلى القانون المدني نجد أنَّه يبيَّن المقصود من المال جاء في المادة 682 من القانون المدني "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، أمَّا الخراجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية". كما جاء أيضا في المادة 684 من القانون المدني ما يلي "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار ،بما في ذلك حق مالكيه وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار". إذن من خلال مواد القانون المدني 682-684يتَّضح أنَّ المقصود بالمال في المادة 54 من ق أ ج قد يكون عقارا وقد يكون منقولا ، وعليه إذا اتفق الزوجان على بدل الخلع عقارا كأرض أو منقولا كسيارة فذلك نافذ بحكم هذه المواد وهذا ما أجازته الشريعة الإسلامية لحديث النبي صلى الله عليه وسلم " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" و الحديقة عقار على اختلاف مذاهب الشريعة الإسلاميَّة في جواز أو كراهة أو منع زيادة على مهرها .

2)المشرع الكويتي : ذكر في المادة 114 من قانون الأسرة الكويتي المال الذي يصح أن يكون بدلا للخلع بقوله "كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون عوضا في الخلع". من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّ المشرع الكويتي لم يحدد المال الذي يجب أن يكون عوضا وجاء في قوله كل ما صح الإلتزام به شرعا

[1]قرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في ملف رقم 83603 الصادر بتاريخ 21-07-1992المنشور بمجلة الإجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص134

فخرج بذلك الخلع على عوض محرم وأجاز كل ماصح الإلتزام به شرعا، فيمكن أن يكون عقارا أومنقولا

3)المشرع المغربي :وافق المشرع المغربي المشرع الكويتي في مسألة المال وكأنَّه نقل حرفيا المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي تقابلها المادة 118 من المدونة المغربية التي جاء النص فيها "كل ما صح الإلتزام به شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع دون مغالاة أو تعسف".

4)المشرع الإماراتي :ورد في المادة 110 الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية ما يلي "يصح في مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر ..." يتَّضح من خلال هذه المادة أنَّ المشرع الإماراتي لم يحدد المال بل جعل كل ما يصلح أن يكون مهرا ، والمال الذي يكون مهرا في نظره هو المال المتقوم وذلك من خلال المادة 49 من قانون الأحوال الشخصيَّة السالف الذكر التي جاء النص فيها " المهر هو ما يقدمه الزوج من مال متقوم ..."

5)المشرع الأردني: لم يحدد المشرع الأردني المال الذي يصلح أن يكون بدلا في الخلع بل اشترط أن يكون مما يصح تمُّلكه شرعا ، وبذلك يدخل العقار والمنقول حسب نص المادة 105 من قانون الأسرة الأردني التي جاء النص فيها كلآتي "كل ما صح إلتزامه شرعا صلح أن يكون عوضا في الخلع".

الفرع الثاني : حكم الإتفاق بين المتخالعان على إسقاط حق من حقوق الطفل

قبل أن أتناول الإتفاق بين الزوجين على جعل بدل الخلع إسقاط نفقة الحمل أو نفقة الإرضاع أونفقة ولده منه في قانون الأسرة الجزائري سوف أتطرق إلى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية:

أولا: فقها

ذهب المالكية إلى جواز جعل بدل الخلع أن تنفق الزوجة على نفسها مدة حملها وكذا الإنفاق على ولدها منه ،أو إسقاط نفقة الإرضاع ، هذا ما يتَّضح مما ورد في كتاب الفقه المالكي وأدلته لحبيب الطاهر بن عاشور "يجوز الخلع بنفقة الزوجة على نفسها مدة حملها وكذا الإنفاق على ولدها منه ،أو إسقاط نفقة الإرضاع ،مقابل بدل الخلع "[1] كما جاء في المدونة الكبرى[2] "قلتُ أرأيت إن اختلعت المرأة من زوجها على أنَّ نفقة الزوج عليها ونفقة الولد قال سمعت مالكا يقول إذا اختلعت المرأة من زوجها

[1]الحبيب بن طاهر ،الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سبق ذكره ، الجزء 4،ص17

[2]المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره، ج3، ص345

على أن تُرضع ولده سنتين وتنفق عليه إلى الفطام فذلك جائز ، وإن ماتت كان الرضاع والنفقة في مالها فإن اشترط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك أجل أربع سنين أو ثلاث سنين فذلك باطل ،وإنمَّا النفقة على الأم والإرضاع في الحولين فأمَّا ما بعد الحولين فذلك موضوع عن المرأة وإن إشترطه عليها الزوج قال وأفتى مالك بذلك في المدينة وأوصى به " كما ذهب الإمام مالك أنَّه إذا هلك قبل أن تفطمه فلا شيء للزوج عليها [1] ، كما ذهب الحنفية [2]إلى جواز جعل بدل الخلع إرضاع الطفل مدة الرضاعة وكان له الرجوع عن المدة الباقية إذا هلك الطفل أوهلكت ، كما يصح أيضا جعل نفقة ابنه الصغير منها بدل الخلع مثل أن تنفقي عليه حتى سبع سنين وله الرجوع بقيمة ما بقي إن ماتت أو مات الولد[3] ، إذن الإتفاق حاصل بين المذهب المالكي والحنفي في مسألة جواز أن يكون بدل الخلع إسقاط نفقة الحمل أو نفقة الإرضاع أونفقة حمله منه ، لكنهم اختلفوا في مسألة هل يجوز له الرجوع إذا مات الولد قبل الفطام فذهب المالكية إلى عدم الجواز والحنفية ذهبوا إلى جواز الرجوع عليها بما بقي إن مات الولد قبل الفطام كما اختلفوا أيضا في مسألة جعل نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك أجل أربع أو ثلاث سنين فالحنفية أجازوا ذلك والمالكية منعوا ذلك لما فيه من الجهالة .كما ذهب الشافعية أيضا إلى جواز جعل بدل الخلع إرضاع الولد[4] ،لكنهم خالفوا المذهب الحنفي والمالكي في جواز جعل بدل الخلع أن لا ينفق عليها حاملا لأنَّ هذا الشرط فاسد بانت منه بمهر المثل ومن المجهول عندهم أن يُمَون ولده سنة كاملة ولم يُقَدَّر نفقة كل يوم وفصل[5] كما وافق الحنابلة الجمهور في مسألة جواز جعل بدل الخلع إسقاط نفقة الإرضاع[6] كما وافق الحنابلة أيضا الحنفية في مسألة جواز الرجوع على الزوجة إذا مات الولد قبل الفطام .أمَّا إذا خالعها على إسقاط نفقة عدتها وهي حامل فذلك جائز أمَّا إذا كانت على نفقة الحمل فلا يصُّح ذلك [7] إذن الحنابلة يفرقون بين جعل بدل الخلع إسقاط نفقة الحمل أو إسقاط نفقة عدة الحامل .أمَّا الظَّاهرية خالفوا الجمهور في جواز جعل بدل الخلع إرضاع ولدها و نفقة الحمل لأنَّ ذلك قدره غير معلوم

---

[1]نفس المرجع السابق ص345

[2]عبد الوهاب خلاف ،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، مرجع سبق ذكره ص155

[3]عبد الله بن محمود بن مودود ،الاختيار لتعليل المختار ، تعليق الشيخ محمود ابو دقيق ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ،بدون ذكر سنة الطبع ، ج3 ص156

[4]التدريب في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره الجزء 3 ص190

[5]عبد الرحمان بن محمد حافظ ،الخلاصة الفقهية على مذهب الامام الشافعي،حرره وضبط نصه عبد الرؤوف علي ،دار المنار ،الإمارات العربية المتحدة ، ط2 1414هـ- 1993م، ص141

[6]الروض المربع ، مرجع سبق ذكره ،المجلد 06 ص469

[7]الخلواتي ،حاشية خلواتي على منتهى الارادات ، ت ح بن صالح اللحيدان ، دار النوادر قطر ، ط1 1436هـ-2011م مجلد 5 ص 19 .

وقد يزيد وينقص ولأنَّه لم يجب لها بعد ، فمخالعتها بما لا تملك باطل وظلم [1]. أمَّا بالنسبة لجعل بدل الخلع إسقاط الحضانة عنها وتعود الحضانة له ، فقد ذهب المالكية إلى جواز ذلك مالم يضر بمصلحة المحضون حتى وإن وُجِدَ من يستحقها غيره[2] .بينما ذهب الحنفية أنَّه لا يصح جعل بدل الخلع تنازل الأم عن الحضانة للأب والمحضون صغير لأنَّ ذلك حق للمحضون[3] ،والذي أرجحه والله أعلم وأعلى إن كان الولد أقل من الحولين إلى سبع سنين فإنَّه لايمكن أن تتنازل الأم عن الولد للأب كمقابل للحضانة ، أمَّا إن كان أكثر من سبع سنين فإنَّه يمكن أن تتنازل عن حقها في ذلك مالم يضر بمصلحة المحضون أو أن يطالب به من هو أحقُّ من الأب بعد الأم كالجدة.

ثانيا: قانونا

سأتناول في هذا الفرع موقف المشرع الجزائري مقارنا ببعض التشريعات العربية.

1)**المشرع الجزائري** :لم يتكلم عن حالة جعل بدل الخلع هو التَّنازل عن الحضانة أو التَّنازل عن نفقة الحمل أو نفقة العدة ولكن أحال القضاة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة إنعدام النص و ذلك حسب المادة 222 من قانون الأسرة ، هذا ما يجعل أحكام القضاة متناقضة، لأنَّ هناك اختلاف في آراء الفقهاء حول جواز أو عدم جواز جعل نفقة الحمل ونفقة الإرضاع وإسقاط الحضانة بدل الخلع أم لا ، وحتى الفقهاء الذين اتفقوا على جعل نفقة الحضانة جائزة اختلفوا في مدَّتها كما أشرت سابقا في موقف الشريعة الإسلامية ، فكان الأولى على المشرع الجزائري أن يبيّن موقفه في مسألة العودة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية على الأقل يلتزم بمذهب معين أو على الراجح من المذهب لا أن يتلاعب على أوتار وحجة المذاهب ويترك القضاة يتيهون في اختلافات فقهية ، أمَّا بالنسبة لجعل نفقة العدة بدل الخلع فقد جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 10-2-1971ما يلي "لكن حيث ،فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجة يتعيَّن على القاضي الحكم بها طلبتها الزوجة أم لم تطلبها ولا تسقط إلاَّ إذا أسقطها الحاكم في بعض الأحوال المحددة شرعا ،أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع ،والمجلس القضائي له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالسبب إذا غير سديد"[4] إذن من خلال هذا القرار خاصة

---

[1]إبن حزم الأندلسي ،المحلى بالاثار، ج09 ص526 مرجع سبق ذكره / محمد بن محمد الزمزمي الكتاني الحسني، معجم فقه ابن حزم الظاهري، مرجع سبق ذكره ج1 ص292

[2]الفقه المالكي وأدلته حبيب بن طاهر، مرجع سبق ذكره الجزء 4 ص18 /الفقه على المذاهب الاربعة للجزيري، مرجع سبق ذكره ج4 ص363

[3]عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، مرجع سبق ذكره ص156

[4]قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 10-2-1971منشور بنشرة القضاة 1972العدد2 ص06 رقم القرار غير موجود

الفقرة "أوسمحت فيها الزوجة صراحة بخلع "أي نفقة العدة فهذه العبارة تبيّن أنَّه يجوز للزوجة أن تتنازل عن نفقة العدة مقابل بدل الخلع .

2)**المشرع المغربي**: فقد نص في المادة 119 من مدونة الأسرة المغربية "لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة .

-إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها وجبت النفقة على أبيهم دون المساس بحقه في الرجوع عليها."من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّ المشرع المغربي يجيز أن يكون بدل الخلع بحق الأطفال أو بنفقتهم شريطة أن لا تكون معسرة وإذا أعسرت بعد أن خالعت على نفقة أولادها تجب نفقة أولاده عليه وله حق الرجوع عليها .

3)المشرع الإماراتي: سار عكس المشرع المغربي بحيث أنَّه لم يُجِزْ جعل الخلع على مقابل إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم وذلك حسب المادة 110 من قانون الأسرة الفقرة 2 "يصح من المسمى بدل الخلع ما تصح تسميته في المهر ، ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أوحضانتهم".

المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير البدل عند الخلع في ظل بدل محرم أو مجهول :

قد يتَّفق الزوجان على بدل الخلع محرم أو مجهول ، لهذا سأبين في هذا المطلب حكم الخلع على محرم كفرع أول ، ثم أبيّن حكم الخلع على مجهول كفرع ثان .

الفرع الأول حكم الخلع على البدل المحرم: قد يكون البدل محرم كالخلع على خمر ، فما حكم هذا الخلع فقها وقانونا ؟

أولا فقها :

لقد فرق الفقهاء رحمة الله عليهم بين العِلم وعدم العِلم بالتحريم :

الحالة الأولى :إذا كانا يعلمان معا حرمة البدل أو كان يعلم الزوج : فإنَّ الخلع يقع ولا شيء للزوج وهذا قول المالكية والحنفية والحنابلة ، جاء في حاشية الدسوقي "الخلع على محرم إن كانا يعلمان معا أو علم دونها فلا شيء له وبانت سواء كان المستحق معيَّنا أو موصوفا "[1]، وجاء في رد المحتار على

[1]حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سبق ذكره ،ج2 ،ص350.

الدر المختار " ولو سمَّت حلال كهذا الخل فإذا هو خمر رجع بالمهر إن لم يعلم وإلَّا لا شيء له"[1].كما جاء أيضا في كشاف القناع عن متن الإقناع " وإن خالعها بمحرم كاخمر والحر فكخلع بلا عوض إذا كان يعلمان "[2]،أي أنَّه لا عوض له والخلع يقع .

وحجتهم في ذلك:أنَّه لما رضي بأن يعتاض بما هو محرم فقد رضي بسقوط العوض عنه فلم يكن له شيء[3].

الحالة الثانية:إذا كانا يجهلان معا أو كان يجهل الحرمة هو:ذهب المالكية في هذه الحالة إلى أنَّه إن كانا يجهلان الحرمة ، فإنَّ الخلع يقع ويرجع عليها بالقيمة في المقوم المعين،وبالمثل في الموصوف، أمَّا إن كانت تعلم هي وغرَّته فإن كان معينا فلا خلع وإن كان موصوفا رجع بمثله[4]،فالمالكية يفرّقون بين الجهل معا والجهل بالحرمة لوحده ، فإن كانا يجهلان معا فإنَّ الخلع يقع وله المثل في الموصوف والقيمة في المقوم ، أمَّا إن كانت تعلم بالحرمة دونه ففي المعين لا يقع الخلع وأمَّا في الموصوف فأنَّه يقع وله المثل .

–الحنفية :فقد ذهبوا إلى وقوع الخلع ويرجع عليها بمهر المثل[5].

–الحنابلة : إنَّهم لا يفرقون بين جهلهما معا أو جهله دونها فإن وقع الخلع على محرم يجهلانه معا أو هو فقط فإنَّ الخلع يقع وله بدل مثل المثلي وقيمة المتقومة[6]، وحجَّتهم في ذلك أنَّ الخلع معاوضة على بضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح[7].

---

[1]رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، مرجع سبق ذكره ،ج5، ص 97 /الاصل ، مرجع سبق ذكره ، ص 566.

[2]كشاف القناع عن متن الاقناع، مرجع سبق ذكره ،ج5 ص219 / المنور الراجح ، مرجع سبق ذكره ،ص 369.

[3]الفقه المالكي وادلته ، مرجع سبق ذكره ج4 ص19/كشاف القناع عن متن الاقناع ، مرجع سبق ذكره ،ج5، ص219.

[4]حاشية الدسوقي، مرجع سبق ذكره ،ج2 ،ص 350.

[5]الاصل ، مرجع سبق ذكره ،ص 566 /الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، مرجع سبق ذكره ،ج5، ص 97

[6]كشاف القناع عن متن الاقناع ، مرجع سبق ذكره ،ج5 ،ص219

[7]نفس المرجع السابق ،ج5 ،ص 219

–الشافعية :إنَّهم لا يفرّقون بين علمهما معا بالحرمة أو جهلهما معا ، فإن كان الخلع على بدل محرم عندهم بانت منه بمهر المثل ، وحجَّتهم في ذلك أنَّ الخلع عقد على منفعة بُضع فلم يفسد بفساد العوض ورَجَعَ إلى مقابله كالنكاح[1].

النتيجة التي توصلت إليها :

1–أنَّه إن علما معا أو علم هو بحرمة البدل فإنَّ الخلع يقع ولا شيء له:

–أ– لأنَّه رضي بمحرم فكان أشبه برضاه بغير عوض .

–ب– عقوبة له لأنَّه رضي بشيء محرم فيعاقب بنقيض قصده .

2–إن جهلا معا : يقع الخلع لأنَّ الخلع من ألفاظ الطلاق التي يقع بها الطلاق ، إحتياطا في الفروج ، وله مهر المثل لأنَّه لم يكن يعلم بحرمة البدل وقلت له مهر المثل لأنَّه الأصل عند الاختلاف في العوض.

3–إن علمت هي دونه :فإنَّ الخلع يقع احتياطا في الفروج وله الأكثر من البدلين مهر المثل وقيمة المحرم فإن كان الأكثر مهر المثل أخذه وإن كان الأكثر قيمة المحرم أخذه ذلك عقوبة لها لأنَّها أرادت أن تغرر زوجها وأنَّها تطاولت على حدود الله بمحرم.

ثانيا– قانونا:

1)**–قانون الأسرة الجزائري:** لم يتكلم المشرع الجزائري عن البدل المحرم في الخلع ، ذلك لأنَّه تناول الخلع في مادة واحدة فقط وهي المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء النص فيها ما يلي"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتَّفق الزوجان على مقابل مالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".من خلال هذه المادة يتبيَّن أنَّ المشرع الجزائري لم يوضح حكم الخلع على بدل محرم

[1]شمس الدين محمد بن ابي العباس بن حمزة شهاب الدين الرملي المتوفى 1004هـ ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج الطبعة الأخيرة 1404هـ 1984م ، دار الفكر بيروت ج6 ص400/ قاسم بن محمد النووي ، الروض النظير الجامع بين التحفة والطلاب والتيسير الفقه في الفقه الشافعي ، ط1 1425هـ–2004م ، دار البشائر الإسلامية بيروت لبنان ،ص 515.

وما حكم البدل المحرم ،وهل يقع الخلع ويرجع إلى مهر المثل ؟ أم أنَّ الزوج يستحق قيمة البدل المحرم أم لا شيء له ، لكن بالرجوع إلى المادة 222 من نفس القانون التي تجيز للقضاة الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، إلَّا أنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في هذه المسألة من حيث وقوع الخلع من عدم وقوعه كما أوضحت سابقا ، فبأي مذهب يأجذ القضاة وبأي رأي يصدرون أحكامهم ، لكن إذا كان اعتماد القضاة في هذه المسألة على المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري لفهم المقصود من المال الذي يكون بدل الخلع ، فيمكننا القول أنَّ المال هو كل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون بدل الخلع وذلك قياسا على المهر الذي تستحقه الزوجة فقد جاء في نص المادة 14 ما يلي "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء " إذا أخذنا بقاعدة كل ما صح أن يكون مهرا يصح أن يكون بدلا للخلع وكل ما لا يصح أن يكون مهرا لا يصح أن يكون بدلا للخلع ، لكن الإشكال الذي يطرح هو إذا كان البدل محرم فإنَّه لا يصح أن يكون بدل ، فما حكم الخلع وما حكم إذا اتفقا الزوجان على بدل محرم وهما يعلمان أو كان لا يعلمان ؟ هذا ما لم يذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

2)–قانون الأحوال الشخصية المصري :

لقد مرَّ المشرع المصري بمراحل يمكن أن نوجزها بالذكر على هذه الحالة وهي حالة بطلان البدل ، فقد كان العمل قبل الصدور مرسوم رقم 25 لسنة 1929[1] حيث كان القضاة يفرِّقون بين الطلاق على مال إذا فسد فيه البدل يقع رجعيا وإذا كان بلفظ الخلع وفسد البدل يقع الطلاق بائن، ولكنَّه بعد صدور مرسوم 25 لسنة 1929 أوقعوا كلا الحالتين إذا فسد البدل طلاقا رجعيا[2] ولكن بعد صدور قانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية فقد ورد في المادة 4/20 التي جاء النص فيها "يقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن "[3] من خلال هذه المادة يتَّضح أنَّ المشرع المصري اعتبر أنَّ الخلع والطلاق على مال إذا بطل فيهما العوض يقع طلاقا بائنا ، وما يلاحظ أيضا أنَّ المشرع المصري كان أكثر وضوحا من المشرع الجزائري

---

[1] السيد محمد ، الخلع بين المذاهب الفقهية الاربعة والقانون المصري دراسة تحليلية لاحكام المحاكم المصرية سامح ،ط2 1426هـ-2005م ص206-207

[2] نفس المرجع السابق ص 207

[3] نفس المرجع السابق ص207

وحسم الخلاف الذي كان بين فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك درءا لتناقض أحكام المحاكم وقرارات محكمة النقض.

3)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :لقد نص في المادة 110 الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية ما يلي " إذا لم يصح البدل في الخلع وقع الخلع واستحق الزوج مهر المثل "وبذلك يكون المشرع الإماراتي قد أخذ بالمذهب الشافعي ، ولم يفرق بين علم الزوج وعدمه بتحريم البدل.

4)قانون الأحوال الشخصية الكويتي :جاء في المادة 114 منه ما يلي "كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون عوضا في الخلع "، وبمفهوم المخالفة كل ما لا يصح التزامه شرعا لا يصلح أن يكون عوضا في الخلع ، ولكن ما حكم الخلع إذا وقع على بدل محرم هذا ما أهمله المشرع الكويتي .

6)مدونة الأسرة المغربية : لقد ذكر المشرع المغربي في المادة 118 "كل ما صح الإلتزام به شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع دون تعسف ولا مغالاة " و يلاحظ على هذه المادة أنَّها مماثلة للمادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، إذن فيها نفس الإشكال المذكور سابقا.وهو ما حكم الخلع إذا وقع على بدل محرم.

ومن أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا المبحث هو أنَّه يجب على المشرع الجزائري أن يوضِّح ما يلي.

1-في حالة علم الزوج بالبدل المحرم فإنَّ الخلع واقع ولا شيء للزوج .

2-إن لم يعلما الزوجان أن البدل محرم فإنَّ الخلع يقع وله قيمة المقوم ومثل المثيل .

3-إن لم يعلم هو بتحريم البدل ، وكانت الزوجة تعلم بالحرمة لكنها قصدت أن تغرَّه فالخلع واقع وله أكثر بين مهر المثل وقيمة المحرم .

وذلك للأسباب التي أوضحت آنفا.

الفرع الثاني:سلطة القاضي في الخلع على مجهول

البدل المجهول هو البدل الذي لايعلم قيمته أو قدره أوجنسه كأن يخالعها على ما تَلِدُ ناقتها العام القادم أو ما تثمر نخلها فما حكم هذا الخلع ؟

أولا : حكم الخلع على المجهول

سأبين حكم الخلع على مجهول فقها ، ثم أبين موقف المشرع الجزائري مع بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية ، على سبيل المقارنة.

1)–فقها

لقد ذهب الفقهاء في مسألة الخلع على مجهول إلى رأيين مختلفين ، فرأي يرى أنَّه يجوز الخلع على مجهول ، ورأي ثاني يرى أنَّه لا يجوز الخلع على مجهول ،هذا ما سأتطرق إليه من خلال ذكر أدلة كل فريق:

أ) الرأي الذي يرى أنَّه يجوز الخلع على عوض مجهول : ذهب المالكية والحنفية و الشافعية والحنابلة إلى جواز الخلع على بدل مجهول ، وهذه بعض أقوالهم حيث جاء في التفريع للمالكية "لا بأس أن تُخالِعها على صداقها كله أو بعضه أو على أكثر منه ، ولا بأس بالخلع المعلوم والمجهول والموجود و المعدوم "[1]، كما جاء في المختصر القدوري للحنفية"فإن قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها وإن قالت على ما في يدي من مال ولم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرما "[2]. وجاء في نهاية المحتاج للرملي الشافعية "ولو خالع بمجهول كثوب من غير تعيين ولا وصف أو بمعلوم ومجهول أو بما في كفها ولا شيء فيه ، وإن علم ذلك ...بانت"[3]. كما جاء أيضا في كشاف القناع للحنابلة "والخلع بالمجهول جائز ويكون للزوج مما جعلته من العوض المجهول والمعدوم المنتظر وجوده"[4].

وحجتهم في ذلك : أنَّ الخلع هو إسقاط حق الزوج في المتعة ، وكل إسقاط تدخله المسامحة ولذا جازت من غير عوض فمن باب أولى أن تجوز بالعوض المجهول[5].

---

[1]التفريع ،مرجع سبق ذكره، ج2،ص 16

[2]أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي ، مختصر القدوري ، مرجع سبق ذكره، ص 163

[3]شمس الدين محمد بن ابي العباس بن حمزة شهاب الدين الرملي المتوفى 1004هـ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مرجع سبق ذكره، ج6 ص 399 .

[4]لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع ، مرجع سبق ذكره، ج5 ص 222 .

[5]المغنى شرح مختصر الخرقي، مرجع سبق ذكره ،ج10، ص 281

ب)- **الرأي الذي يرى أنَّه لايجوز الخلع على عوض مجهول** : يرى هذا الرأي أنَّه لا يجوز الخلع على مجهول وهو قول للظاهرية ، وأبو بكر من الحنابلة وأبو ثور[1] .

جاء في معجم فقه ابن حزم " ومن خالع على مجهول فهو باطل" [2]،

كما قال أبو بكر " لا يصح الخلع على عوض مجهول "[3].

وحجتهم في ذلك أنَّه لا يدري ما يجب عندها ولا تدري هي ، فهو فاسد[4] ، كما أنَّه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع[5].

والذي أرجِّحُه هو الرأي القائل بأنَّ الخلع على مجهول جائز وذلك للأسباب التالية :

1-لقوة أدلتهم .

2-إن الخلع لفظ من ألفاظ الطلاق عند الجمهور فتقع به الفرقة .

3-إن الخلع يجوز بلا عوض فمن باب أولى جوازه بعوض مجهول .

4-أخذا بالأحوط في الفروج ، لأنَّ الخلع ليس كالبيع من حيث العوض والمعوض ، لأنَّ المعوض في البيع السلعة ،أمَّا المعوض في الخلع هو إسقاط التمتُّع بالزوجة.

5-لأنَّ الزوج قد رضي بإسقاط حقه في المتعة وهو يعلم أنَّ العوض مجهول وهذه إرادته .

2)قانونا :

أ)قانون الأسرة الجزائري:لقد جاء في نص المادة 54 منه ما يلي " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

---

[1]نفس المرجع السابق ، ج10،ص 281

[2]الشريف محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني الحسني ،معجم فقه ابن حزم ، مرجع سبق ذكره ،ج1ص 292.

[3]المغنى ،مرجع سبق ذكره ،ج10 ،ص281

[4]إبن حزم الاندلسي ، المحلى بالاثار ، مرجع سبق ذكره ،ج9 ،ص 524

[5]المغنى شرح مختصر الخرقي ، مرجع سبق ذكره ،ج10 ،ص281

إذا لم يتَّفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، يتبيَّن من خلال هذه المادة أنَّ المشرع الجزائري نص في الفقرة الأولى على أنَّ مقابل الخلع يجب أن يكون مالا ، ثم ذكر في الفقرة الثانية أنَّه في حالة عدم الإتفاق يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم وبالتالي فالمشرع الجزائري لم يتكلم عن حكم الخلع الواقع على عوض مجهول هل يقع أم لا ؟ وإذا اعتبرنا أنَّ الخلع على مجهول يقع فماذا يستحق الزوج هل له مهر المثل أم على الزوجة أن تلتزم بذلك المجهول وقدره.تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الاسلامية وذلك حسب نص المادة 222 من نفس القانون .

ب)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي : جاء في المادة 110 منه في الفقرة الأولى على ما يلي "الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها " يتَّضح من خلال هذه الفقرة أنَّ المشرع الإماراتي لم يشترط في العوض أن يكون معلوما ، فهو في نظره هو كل ما يتم الإتفاق عليه سواء كان معلوما أو مجهولا ، إلاَّ أنَّ المشرع الإماراتي أهمل ما هو العوض الذي يكون بدلا عن البدل المجهول .

ج)قانون الأحوال الشخصية الكويتي :جاء في المادة 111 منه "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أوالطلاق أو المبارأة أو ما في معناه " يتَّضح من خلال هذه الفقرة أنَّ العوض هو كل ما تراضيا عليه الزوجان ، ولم يشترط فيه المشرع الكويتي أن يكون معلوما فيصح أيضا بالمجهول ،كما أنَّ المشرع أخذ بالرأي القائل أنَّه في حالة الإتفاق على مجهول فللزوج ذلك المجهول المتفق عليه حسب ما يستنتج من خلال إستقراء المادة 115 من نفس القانون التي جاء النص فيها على ما يلي "يجب العوض المتفق عليه" .

د)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010:لم يذكر المشرع الأردني حكم الخلع على مجهول صراحة ولكن بالرجوع إلى المادة 102من قانون الأسرة الأردني التي جاء النص فيها على ما يلي "الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المباراة أو ما في معناها "، يتَّضح إذن أنَّه يجوز الخلع على مجهول .

ثانيا :ما يكون بدل العوض في الخلع على مجهول : كما أسلفت سابقا أنَّ هناك رأي من الفقهاء يرى أنَّ الخلع على بدل مجهول جائز ويقع ، وهم جمهور العلماء من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة،إلاَّ أنَّهم إختلفوا في العوض الذي يكون بدلا عن العوض المجهول .

1)ذهب المالكية والحنفية والحنابلة إلى أنَّه إذا تم الخلع على عوض مجهول فإنَّ الزوجة تلتزم بما تم الإتفاق عليه من البدل المجهول وهذه بعض أقوالهم ، جاء في التفريع للمالكية "لا بأس أن يخالعها على صداقها كلُّه أو بعضه أو على أكثر منه و لا بأس بالخلع على مجهول والموجود والمعدوم ، وعلى الغرر كله ومثل العبد الآبق والبعير الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها ، وإذا خالعها على شيء من الغرر له إن سلم وإن لم يسلم فلا شيء له"[1]، وجاء في الكافي المبتدي " ويصح الخلع بمجهول ومعدوم وعلى ما في يد ودار من متاع أو دراهم ، وله عند عدم المتاع مسماه وعدم الدراهم ثلاثة"[2]، كا ورد في الدر المحتار "وإن خالعت على عبد آبق لها على برائتها من مائة لم تبرأ وعليه تسليمه إن قدرت وإلاَّ فقيمته لأنَّه لا يبطل بالشرط الفاسد النكاح"[3].

2)ذهب الشافعية إلى أنَّه إذا كان الخلع على عوض مجهول فإنَّه يرجع إلى مهر المثل[4].

جاء في الإقناع في الفقه الشافعي "ولو خالعها على حرام أو مجهول وقع الطلاق بائنا وله عليها مهر المثل"[5].

---

[1]التفريع ، مرجع سبق ذكره ،ج2 ،ص 16

[2]محمد بن بدر الدين بن عبد القادر بن محمد بن بلبان البعلي الدمشقي الحنبلي ، كافي المبتدي من الطلاب ، مرجع سبق ذكره ،ص 114.

[3]إبن عابدين ،الرد المحتار على الدر المختار تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ،مرجع سبق ذكره ،ج5 ،ص 97 ،

[4]الشافعي ،التدريب في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره ،ج3 ، ص189 / أبي القاسم عبد الكريم بن محمد القزويني ،المحرر في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره، ص 321، /الخطيب الشربيني ، المغنى المحتاج إلى معرفة الفاظ ابي شجاع ،دراسة وتحقيق علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ،طبع 1421هـ-2000م ، ج4 ص 434.

[5]أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ت 450 ،تحقيق خضر محمد خضر ، الإقناع في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره ، ص 152.

المطلب الثالث :

سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع عند الإتفاق على أكثر وأقل المهر

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة إتفاق الزوجين على أكثر المهر وأقله كبدل للخلع ، لهذا سوف أتطرق في هذا المطلب إلى تعريف المهر كفرع أول ، ثم إلى أنواع المهر كفرع ثاني ، ، ثم الفرع الثالث بدل الخلع بين أكثر وأقل المهر

الفرع الأول :تعريف المهر وحكمه

أولا –تعريف المهر :

1)لغة: صداق المرأة ، وهو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج[1].

2)فقها :

المالكية :المهر عند المالكية "هو مايجعل للزوجة من مال في نظير الإستمتاع بها "[2]، لقد جعل المالكية المهر عبارة عن مال يدفعه الزوج لزوجته في مقابل التَّمتُّع ، أوَ ليست المرأة هي أيضا تتمتع بالزوج.

الحنفية :" هو مال يحسب في عقد النكاح على الزوج ، في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد"[3] ، لقد جعل الحنفية أنَّ المهر سببه العقد على المرأة .

الشافعية :"هو ما وجب بنكاح أو وطأ أو نكاح شبهة أو فاسد أو تفويت بضع"[4].

الحنابلة "هو العوض المسمى في عقد النكاح ، والمسمى بعد لمن لم يسم لها فيه"[5].

---

[1]القاموس عربي –عربي مرجع سبق ذكره ص 416.

[2]أبي البركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك ، تخريج وفهرست الدكتور مصطفى وصفي دار المعارف القاهرة ج2 ص428.

[3]العناية شرح الهداية للامام اكمل الدين البابرتي على هامش فتح القدير للكمال ابن همام –داراحياء التراث العربي ، بيروت ج3، ص 204.

[4]الشربيني ، المغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، مرجع سبق ذكره ج3 ص 251.

[5]شرح منتهى الارادات لمنصور بن يونس البهوتي طبعة عالم الكتب بيروت ط1 1413هـ-1993م ج3 ص5

3)قانونا :

أ)قانون الأسرة الجزائري :لقد عرَّف المشرع الجزائري المهر في المادة 14 من قانون الأسرة بقوله "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء " ،يتَّضح من خلال هذه المادة أنَّ المهر هو كل ما يدفع للمرأة من مال يكون مباح ويجوز تملكه شرعا،وبذلك أخرج كل محرم فإنَّه لا يُعَدُّ مالا ولا يجوز أن يكون مهرا ، كما جعل المهر لتطييب خاطر المرأة وليس في مقابل المتعة كما ذهب في ذلك المالكية والحنفية والشافعية و الحنابلة لأنَّ المتعة متعلِّقة بالزوجين ، كما أنَّه لو كانت المتعة هي سبب المهر لأمهر الرجل زوجته في كل تمتع بها لأنَّ المتعة متكررة ، ثم جعل المال الذي يعطى لها ملك لها ولا يجوز للغير أخذه منها كما أعطاها حرية التصرف في ذلك المال ، وبهذا يكون المشرع الجزائري أكثر دقة من تعريفات الفقهاء السالفة الذكر.

ب)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:ذكر المشرع الإماراتي تعريف المهر في المادة49 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء النص فيها على ما يلي "المهر هو ما يقدِّمه الزوج من مال متقوم بقصد الزواج ولا حد لأقلِّه ، ويخضع أكثره لقانون تحديد المهور " فقد جعل المشرع الإماراتي المهر عبارة عن مال يُدفع للزوجة من طرف الزوج بنيَّة الزواج بها ، وقد تم ذكر المال ، والمال قد يكون نقدا كما قد يكون منقولا أو عقارا ثم ذكر أنَّ أقل المهر لا إشكال فيه ولكن أكثر المهر يخضع لقانون تحديد المهور.

ج)قانون الأحوال الشخصية الكويتي: بعد إطلاعي على هذا القانون فقد تم ذكر المهر كأثر من آثار الزواج وذلك في الفصل الأول من المادة 52 إلى المادة 71 ، ولم يعرِّف المهر .

د)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010:لم يعرِّف المشرع الأردني المهر واكتفى بذكر أنواعة وتعريف كل نوع وذلك في المادة 39 من قانون الأسرة الأردني التي جاء النص فيها على ما يلي "المهر نوعان مهر المسمى وهو الذي يسمي الطرفان حين العقد قليلا كان أوكثيرا ، ومهر المثل هو مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها ، وإذا لم يوجد لها أمثال وأقران من جهة أبيها فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدها ".

ثانيا :حكم المهر

1)–فقها :إتفق فقهاء الشريعة الأسلامية على أن المهر حق و واجب للمرأة على الرجل كما أنَّه لا يجوز الإتفاق على إسقاطه .

أ)من القرآن الكريم : قال تعالى "وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة إنَّ الله كان عليما حكيما "(سورة النساء الاية 24).

ب)من السنة: عن أنس :" أنَّ عبد الرحمان بن عوف تزوج امرأة على وزن نواة ، فرأى النبي صلى الله عليه وسلم بشاشة العرس ، فسأله فقال : إني تزوجت امرأة على وزن نواة "[1] .

أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعتق صفية ، وجعل عتقها صداقها[2] .

عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال " أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها ، على متاع بيت قيمته خمسون درهما "[3].

ج)من الإجماع : أجمع المسلمون على مشروعية الصداق حيث قال القرطبي في تفسيره لقوله تعالى "وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا " (سورة النساء الآية4)، هذه الآية تدل على وجوب الصداق للمرأة ، وهو مجمع عليه ، ولا خلاف فيه إلا ما روى عن بعض أهل العلم من أهل العراق أنَّ السيد إذا زوج عبده من ابنته أنَّه لا يجب فيه الصداق ، وليس بشيء . لقوله تعالى "وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً" (سورة النساء الآية 4)فعم ، وقال "فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"(سورة النساء الآية25)"[4].

---

[1]البخاري ، صحيح البخاري ، رقم الحديث 5148 كتاب النكاح باب قوله تعالى واتوا النساء صدقاتهن نحلة " ، مرجع سبق ذكره ،ص 1312

[2]البخاري ، صحيح البخاري ،رقم الحديث 5086 كتاب النكاح باب من جعل عتق الامة صداقها ، مرجع سبق ذكره ،ص 1297.

[3]أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ،رقم الحديث 1890 كتاب النكاح باب صداق النساء ، دار إحياء الكتب العربية ،ج1، ص 608

[4]أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ت ح الدكتور / عبد الله بن عبد المحسن التركي ، شارك في ت ح هذا الجزء محمد رضوان عرقسوسي /ماهر حبوش ، ط1 1427هـ/2006 ، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ، ج6 ص 44

2) حكم المهر قانونا :

أ)قانون الأسرة الجزائري: لم يتكلم المشرع الجزائري عن حكم المهر في هذا القانون ، إلاَّ أنَّ المشرع الجزائري اعتبر المهر من شروط عقد الزواج وذلك في المادة 09 مكرر الذي جاء النص ما يلي " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

-أهلية الزواج – الصداق –الولي- شاهدان –إنعدام الموانع الشرعية للزواج".

كما أنَّه بالرجوع إلى المادة 33 من نفس القانون تحت الفصل الثالث النكاح الفاسد والباطل التي جاء النص فيها " -يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا .

-إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ". إذن من خلال هذه المادة يتبيَّن أنَّ الصداق أمر إلزامي في عقد الزواج حيث رتَّب على عدمه الفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بمهر المثل .

ب)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :لقد أورد المشرع الإماراتي في المادة 51 من هذا القانون ما يلي :" 1- إذا سمى في العقد مهر تسمية صحيحة وجب للمرأة ذلك المسمى .

2-إذا لم يسمى لها في العقد مهر أو سمى تسمية غير صحيحة أو نفى أصلا وجب لها مهر المثل " كما أورد في المادة 52 من نفس القانون الفقرة 2 و3 الذي جاء النص فيهما على ما يلي 2-يجب مهر المثل بالعقد الصحيح ...

3-تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر إن كان مسمى ، وإلاَّ حكم لها القاضي بمتعة لا تتجاوز نصف المهر " ، من خلال المادة 51 و52 نجد أنَّ المشرع أوجب المهر في الحالات التالية :

- إذا سمى في العقد مهر تسمية صحيحة فلها ذلك المهر.
- إذا لم يسم لها وجب مهر المثل .
- في حالة الطلاق قبل الدخول وجب لها نصف المهر إن كان سمى لها مهرا .

ج)قانون الأحوال الشخصية الكويتي : نص المشرع في المادة 52 من هذا القانون على ما يلي "يجب المهر للزوجة بمجرد عقد الزواج "، فقد جعل المشرع الكويتي بمجرد العقد على الزوجة يجب لها المهر من طرف الزوج ، كما نص في المادة 55 منه "(أ)-يجب المهر المسمى تسمية صحيحة في العقد .

(ب)-إذا لم يسم لها المهر أوكانت التسمية غير صحيحة ، أو نفى أصلا وجب مهر المثل كما نص أيضا في المادة 63"أ- يجب للزوجة نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة " من خلال هذه المادة نجد أنَّه أوجب مهر المثل للَّتي لم يسمى لها المهر أو كانت التسمية غير صحيحة ، كما أوجب نصف المهر المسمى للَّتي طلقت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة .

ج)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 :نص المشرع الأردني على المهر في المادة 40 من هذا القانون ما يلي "يجب للزوجة المهر المسمى بمجرد العقد الصحيح " من خلال هذه المادة يتبيَّن أنَّ المهر واجب في قانون الأسرة الأردني .

الفرع الثاني :أنواع المهر :

المهر المسمى :هو ما يتَّفق عليه الطرفان المتعاقدان ، ويجب بتمام العقد ، لأنَّ الصداق أثر من آثار العقد وليس شرطا فيه[1] ، أو هو ما يتَّفق عليه الزوجان في العقد[2]. أو هو ما يفرض للزوجة بالتراضي بعد العقد ويستحب تسميته اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ودفعا للخصومة[3].

مهر المثل : هو صداق لم يتم تعيينه قبل العقد ودخل بها زوجها فإنها تستحق مهر مثيلاتها في السن والجمال والنسب والمال والثيوبة والبكورة والبلد والعصر والعقل والدين والعفة والعلم والأدب[4]، وقال بن الحاجب " ما يرغب به مثل الزوج في مثل الزوجة ويدخل في اعتباره الدين والجمال والحسب والمال والزمان والبلاد فيتغيَّر مع تغير هذه المعاني لقوله صلى الله عليه وسلم"تنكح المرأة لأربع "[5].

---

[1]عبد المحسن عبد الله الخرافي –موسوعة الأسرة الكويتية الدوان الاميري

[2]حاتم بن محمد النووي ، الروض النضير الجامع البيان تحفة الطلاب التيسري في الفقه الامام الشافعي ، مرجع سبق ذكره ،ص 503 .

[3]عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ط2 1997. دار النفائس الاردن ،ص45.

[4]باسم بن محمد آل ياسين ، فقه المرأة من المهد الى اللحد، ط1 1426هـ 2005 ، مؤسسة الريان بيروت ،ص 281

[5]محمد سكحال المجاجي ، المهذب في الفقه المالكي وادلته، مرجع سبق ذكره ،ج2 ص30.

أولا :مفهوم مهر المسمى و مهر المثل في التشريعات العربية وقانون الأسرة الجزائري :

أ)–في فانون الأسرة الجزائري :لم يعرِّف المشرع الجزائري المهر المسمى ومهر المثل في هذا القانون مكتفيا بذكر المادة 15 منه التي تعطي للزوجة صداق المثل عند انعدام تحديد قيمة الصَّداق وذلك بقوله " يحدد الصداق في العقد ، سواء كان معجلا أو مؤجلا ، وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل " إنَّ المشرع الجزائري لم يبيِّن في هذا القانون ما هي المعايير التي يُبْنَى عليها مهر المثل كما بين فقهاء الشريعة الإسلامية .

ب)–في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :ذكر المشرع الإماراتي في المادة 51 مايلي : "1–إذا سمى في العقد مهر تسمية صحيحة وجب للمرأة ذلك المسمى .

2–إذا لم يسمِّ في العقد مهر أو سمي تسمية غير صحيحة أو نفى أصلا وجب لها مهر المثل " من خلال هذه المادة يتبيَّن أنَّ المشرع الإماراتي لم يعرِّف مهر المثل ومهر المسمى واكتفى بذكر متى يجب للزوجة مهر المسمى ومتى يجب لها مهر المثل.

ج)–قانون الأحوال الشخصية الكويتي :لقد ذكر المشرع الكويتي في المادَّة 55 من هذا القانون مايلي :"(أ)– يجب مهر المسمى تسمية صحيحة في العقد.

(ب)–اذا لم يُسمَّى المهر ، أو كانت التسمية غير صحيحة أو نفى أصلا وجب مهر المثل " ،إنَّ المشرّع لم يعرِّف المهر المسمى ومهر المثل بل اكتفى بذكر متى يجب المسمى ومتى يجب مهر المثل.

د)–قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010:جاء في المادة39 من هذا القانون ما يلي "المهر نوعان مهر مسمى وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلا كان أو كثيرا ، ومهر المثل هو مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها وإن لم يوجد لها أمثال وأقران من جهة أبيها ، فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها ." إنَّ المشرع الأردني كان أكثر وضوحا من القوانين المذكورة آنفا من حيث تعريفه لمهر المسمى ومهر المثل ،كما أنَّه وضع مقاييس مهر المثل ، فكان لابد على المشرع الجزائري أن يوضّح ما هي المعايير التي يُبنى عليها مهر المثل . حتى لا يكون هناك اختلاف بين أحكام المحاكم.

الفرع الثالث :بدل الخلع بين أكثر المهر وأقله

قبل أن أتكلَّم على حكم الخلع إذا كان بدل أكثر أو أقل من مهر الذي أعطي لها في عقد الزواج ، وجب أن أبيّن أقل المهر وأكثره عند العقد على الزوجة فقها وقانونا

أولا: أقل المهر وأكثره فقها

1-أكثر الصداق :الإتفاق حاصل بين العلماء رحمهم الله أنَّ المهر لا حد لأكثره[1].

والدليل على ذلك : قوله تعالى "وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا" (سورةالنساء الآية 20)

2-أقل الصداق :لقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في ذلك إلى قولين :

-القول الأول :أنَّه لا حد له ، فيجوز بكل ما تمَّ الإتفاق عليه ، وممن قال بذلك سعيد بن المسيب والقاسم بن محمد والليث بن سعيد وأبو ثور وابن وهب[2] والشافعية[3] والحنابلة[4].

إستدلوا على ذلك بما يلي :

إنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قال ("إلتمس ولو خاتما من حديد"وعندما شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم عدم قدرته على ذلك قال له النبي صلى الله عليه وسلم " زوجناكها بما معك من القرآن الكريم")[5] .

---

[1]بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،مرجع سبق ذكره ،ج2 ص 21/علي بن خلف المنوفي المالكي المصري (807هـ ، 939هـ)كفاية الطالب الرباني على رسالة بن زيد القيرواني وبالهامش حاشية العدوى علي الصعيدي العدوي المالكي المصري ،تحقيق احمد حمدي إمام مراجعة السيد علي الهاشمي ،ط1 1409هـ/1989 مطبعة المدني مصر ج3 ص 81/أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر البغدادي المالكي المعونة ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، ط1 1418هـ-1998 م ، دار الكتب العلمية بيروت ،ج1،ص 498/ القرطبي ، الجامع لاحكام القران ن ج6 ص 91 مرجع سبقذكره /إبن عبد البر ، الاستذكار ، وثق أصوله وخرج نصوصه د/ عبد المعطي أمين قلعجي ،ط1 1414هـ/ 1993م دار قتيبة دمشق بيروت ،دار الوعي حلب دمشق ج16 ص 77

[2]إبن عبد البر ،الاستذكار ، مرجع سبق ذكره ،ج16 ص 71-74-75.

(3)فتح الوهاب ج2 ص55

[4]تقي الدين أحمد بن محمد بن علي الآدمي ،المنور في الراجح المحرر ،مرجع سبق ذكره ص 360/ إبن قدامة ، المغنى ، مرجع سبق ذكره ج10 ص99

[5]البهيقي ، السنن الكبرى ، رقم الحديث 14358 كتاب الصداق ، باب ما يجوز أن يكون مهرا ، مرجع سبق ذكره ،ج7 ص 385

القول الثاني :أنَّ أقل المهر محدد ، فأقلُّه هو حق الله تعالى والزيادة هو حق للمرأة[1] ، وهو قول المالكية والحنفية ، ولكنهم اختلفوا في الأقل ، فقال المالكية : ربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضية[2].وقال الحنفية أقل المهر عشرة دراهم فضية[3].

استدلوا على ذلك :من القران الكريم " وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ"(سورةالنساء الآية24).فنجد أنَّ المولى عز وجل اشترط أن يكون المهر مالا وما كان أقل من نصاب السرقة يعتير شيئا تافها ولا تتعلق به النفوس ، وعليه فلا يصح أن يكون مهرا[4].

من السنة : استدل الحنفية بما نسب للنبي صلى الله عليه وسلم أنَّه قال "لا مهر أقل من عشرة دراهم "[5].

من القياس : قاسوا على نصاب قطع يد السارق لأنَّ البضع عضو مستباح ببدل من المال فلا بد أن يكون مقدرا قياسا على قطع يد السارق[6].

ثانيا :أكثر المهر وأقله قانونا

1)قانون الأسرة الجزائري:لم يتكلم المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر05-02 عن أقل المهر وأكثره ، وإكتفى بذكر أنهَّ ما يدفع للمرأة من نقود أو من غيرها أو من كل ما هو مباح شرعا ، وأنَّه ملكها تتصرف فيه كيف تشاء ، وذلك حسب المادة 14[7]، وعليه فهو جائز بكل ما هو مباح مهما كان قدره .هذا بالنسبة للأكثر، أمَّا الأقل فإنَّه يخضع للمادة 222 من نفس القانون التي تلزم القضاة بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية .

---

[1]الكساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سبق ذكره ،ج3 ص 187-188 ./

[2]أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ،الاشراف ،على نكت مسائل الخلاف ، تقديم وتعليق أبوا عبيدة المشهور بن الحسن آل سليمان ، ط 1 1429هـ-2008م دار إبن القيم الرياض السعودية ، المجلد الثالث ص 352 /أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر البغدادي المالكي المعونة ، مرجع سبق ذكره، ج1 ص 498.

[3]بدائع الصنائع ، مرجع سبق ذكره ج 3 ص 487

[4]بدائع الصنائع ، مرجع سبق ذكره ج3 ص 488.

[5]البهيقي ، السنن الكبرى ، رقم الحديث 14384 كتاب الصداق باب ما يجوز أن يكون مهرا ، مرجع سبق ذكره ج7 ،ص 393

[6]إبن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،مرجع سبق ذكره، ج2، ص22

[7]المادة 14 "الصداق هو مايدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كيما تشاء "

2)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي : نص في المادة 49 منه "المهر هو ما يقدِّمه الزوج من مال متقوَّم بقصد الزواج و لا حد لأقله ، ويخضع أكثره لقانون تحديد المهور " يتَّضح من خلال هذا النص أنَّه لا حد لأقل المهر، ولكن أكثره له حد عند المشرع الإماراتي وبذلك يكون قد أخذ بالمذهب الشافعي والحنبلي بأنَّه لا حد لأقله.

3)قانون الأحوال الشخصية الكويتي : جاء في المادة 53 " لا حد لأقل المهر ولا لأكثره" أخذًا بذلك بقول الشافعية والحنابلة في الأقل أما الأكثر فأنه مذهب الجمهور .

4)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010: جاء في المادة 39 ما يلي " المهر نوعان مهر مسمى وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلا كان أو كثيرا " فلا حد لأقله ولا لِأكثره عند المشرع الأردني

ثالثا–الخلع على أكثر وأقل المهر:

1)فقها :

لقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية بين جواز الخلع على أكثر المهر وأقله وبين الكراهة ، فقد ذهب المالكية إلى القول بأنَّه يجوز الخلع بقدر المهر وأكثره[1]، حيث جاء في المدونة الكبرى "قلت هل يحل للزوج أن يأخذ من امرأته أكثر مما أعطاها في الخلع قال مالك نعم "[2] كما ذهب الحنفية إلى كراهة أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها إن كان النشوز من قبلها وجاز ذلك في القضاء[3] أمَّا بالنسبة للحنابلة ذهبوا إلى استحباب أن لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها فإن فعل كره وصح روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس لقوله سبحانه وتعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به[4]وجاء في حاشية الروض المربع " ويكره خلعها بأكثر مما أعطاها ويصح "[5] كما ذهب الشافعية إلى جواز

---

[1]أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ،الإشراف ، مرجع سبق ذكره ،المجلد الثالث ص370.

[2]المدونة الكبرى ، مرجع سبق ذكره ،المجلد الخامس ص22.

[3]مختصر القدوري ، مرجع سبق ذكره ،ص163.

[4]بهاء الدين عبد الرحمان بن ابراهيم المقدسي 556هـ -624هـ ، العدة في شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه ، ت ح عبد الرزاق المهدي ، 1426-2006 ، دار الكتاب العربي بيروت لبنان ص482.

[5]حاشية الرض المربع ، مرجع سبق ذكره ، الجزء 06،ص470 .

الخلع بالقليل والكثير[1]. وقال عطاء إن أخذ زيادة على صداقها ، فالزيادة مردودة إليها كما قال ميمون بن مهران أن أخذ منها أكثر مما أعطاها لم يسرح بإحسان كما قال الأوزاعي كانت القضاة لا تجيز أن يأخذ منها شيئا إلاَّ ما ساق إليها [2].

الترجيح :والذي أرجحه والله أعلم وأعلى أنَّه إذا اتفق الزوجان على بدل الخلع جاز البدل ، لأنَّ العقد شريعة المتعاقدين ، وقياسا على المهر حيث أنَّه لا حد فيه ، وبما أنَّ المهر يبيح البضع وقد اتفق الفقهاء على أنَّه لا حد فيه ، والبدل في الخلع هو أيْضا تملك الزوجة بها نفسها فإنَّه لا حد فيه ، أمَّا إن كان الزوج متعسفا ويريد بذلك التضييق على الزوجة حتى لا تستطيع افتداء نفسها منه فإنَّه يرجع إلى المهر الذي أمهرها إياه أو إلى مهر المثل.

2)قانونا :

أ)قانون الأسرة الجزائري :

إنَّ المشرع الجزائري نصَّ في المادة 2/54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر05-02 الفقرة الثانية "إذا لم يتَّفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم "،وبمفهوم المخالفة إذا اتفق الزوجان على مبلغ سواء قل أو كثر عن مهرها جاز ،ولكن في حالة الإختلاف يحكم القاضي بما لايتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم مراعيا في ذلك الوقت الذي صدر فيه حكم الخلع حتى لا يظلم الزوج ، وفي نفس الوقت حتى لا يتعسف الزوج في استعمال حقه في العوض منعا للإبتزاز ،هذا ما نلمسه في القرار رقم 103793، الصادر بتاريخ 19-4-1994"لكن حيث أنَّ القاضي قد طبق المادة 54 من قانون الأسرة التي أجازت للزوجة أن تخالع نفسها دون اشتراط رضا الزوج بذلك ،وعند الإختلاف في المبلغ الخاص يحكم القاضي بما لا يتزاوج قيمة صداق المثل ، وقت الحكم "[3]ولكن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد ماذا يقصد بالإختلاف ؟هل الإختلاف في المبلغ الذي أمهرها به ؟ أم الإختلاف في المبلغ الذي يريده وهنا لايطرح أي إشكال . ولكن إذا كان الإختلاف في المبلغ الذي أمهرها به ، فهنا يثار

---

[1]المهذب في الفقه الشافعي ، مرجع سبق ذكره ج4، ص 261.

[2]إبن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، تحقيق وتخريج وتعليق شعيب الأرنؤوط ، عبد القادر الأرنؤوط ط3 1418هـ- 1998م مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ، ج 5، ص 177.

[3]القرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 19-4-1994رقم 103793 منشور بنشرة القضاة العدد 51 ص 96

إشكال كيف يُثبِت أنَّه أمهرها مهرا باهضا؟ إذن عليه أن يثبِتَ ذلك بالوثائق الرسمية أثناء العقد أو شهادة رجلين وخاصة إذا كانا حديثي الزواج وكان قد أمهرها مهرا باهضا والقاضي يحكم له بمهر المثل ويكون مهر المثل أقل من المهر الذي أمهرها به أو إذا كانت تعترف أنَّه أمهرها مهرا باهضا ولكن ليست قادرة على دفعه أو أنَّها لا تريد أن تعطيه ذلك المهر مريدة بذلك أن تعطية مهر المثل الذي يحكم به القاضي عند الإختلاف .وإذا حكم القاضي للزوج بمهر المثل وقت صدور الحكم وكان الزوج قد أمهرها مهرا باهضا وكان يملك الزوج الأدلة على ذلك المهر أو اعترفت الزوجة ولكن تختلف معه في أن تعطيه ذلك المهر ،فهذا ظلم للزوج .إذن فكان لزاما على المشرع أن يوضِّح هذه الحالة ويبيِّن أنّه في حالة ما إذا كانا الزوجين حديثي الزواج وكان للزوج أدلة أنَّه أمهرها كذا أو اعترفت بذلك المهر فيحكم القاضي له بالمهر الذي أمهرها به.

ب)قانون الأحوال الشخصية المصري :

إنَّ المشرع المصري نصَّ في المادة 20 من قانون رقم 1 لسنة 2000 بما يلي "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخلعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية و الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها ،حكمت المحكمة بتطليقها عليه" ، ما يلاحظ على هذه المادة أنَّ المشرع المصري جعل مقابل الإفتداء أن تتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية ، زائد أنَّها ترد الصداق الذي أعطاه لها . والإشكال الذي يطرح هو إذا كان الصداق الذي أعطاه لها كان منذ 15 سنة فكيف لها أن ترد هذا الصداق مع العلم أنَّ الأوراق النقدية تتغير قيمتها .أمَّا إن كان الصداق أرضا أو ذهبا فلا يطرح أي أشكال .

ج)المشرع المغربي :

إنَّ المشرع المغربي نصَّ في المادة 120 الفقرة 1 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي " إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع ، واختلفا في المقابل ، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما ، و إذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله ، مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع ، والحالة المادية للزوجة" ، من خلال نص المادة نجد أنَّ المشرع المغربي أخذ بالمذهب القائل بأنَّ البدل يجوز بأكثر من الصداق أو أقله وذلك بمفهوم المخالفة من قوله "إذا

اختلفا في مقابل الخلع ..." ، أي إذا حصل اتفاق على مقابل الخلع فليس للقاضي سلطة في تقدير بدل الخلع حتى وإن كان أكثر من المهر.

د)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :

جاء في المادة 110 منه " الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها ..."، لم يحدد المشرع الإماراتي مبلغ البدل ولكن اكتفى بذكر التراضي بين الزوجين ، وعليه إن اتفق الزوجان على مبلغ أقل أو أكثر من المهر الذي كان قد أصدقها به فلا بأس بذلك في نظر المشرع الإماراتي بما أنهما تراضيا عليه.

هـ)قانون الأحوال الشخصية الكويتي :

ذكر المشرع الكويتي في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية ما يلي "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع ، أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناه ..." لقد اكتفى المشرع بذكر التراضي مما يبيّن أنَّه يجوز بأكثر أو أقل المهر .

و)قانون الأسرة الأردني 36 لسنة 2010 :

نهج المشرع الأردني نهج المشرع الكويتي والإماراتي في اشتراط التراضي على البدل ولا يهم إن كان أكثر أو أقل من المهر وذلك بنص المادة 102 من نفس القانون التي جاء بها ما يلي "الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناه".

خلاصة الفصل :

إنَّ آثار الخلع هي عبارة عن نتائج الفرقة بين الزوجين ومن بينها العدة ، وهي مدة تقضيها المفراقة لزوجها دون زواج ،وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدتها ، منهم من ذهب إلى أنَّ عدَّتها ثلاثة أقراء ومنهم من قال أنَّ عدتها حيضة واحدة ، وذلك تبعا لاختلافهم في نوع الفرقة الواقعة بالخلع هل هو طلاق بائن أم فسخ ، كما اعتبر المشرع الجزائري والكويتي أنَّ الخلع طلاق وبهذا فإنَّ عدتها ثلاثة أقراء ، كما اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم إنتقال المطلقة طلاقا بائنا إلى عدة الوفاة لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما ، وبما أنَّ الخلع طلاق بائن في قول للفقهاء فإنَّ المختلعة لا

تنتقل الى عدة الوفاة إذا توفى عنها زوجها وهي في العدة ، ولكن اختلفوا فيمن خالع زوجته في مرض موته ثم مات في ذلك المرض هل تنتقل أم لا ؟ كما أنَّ المشرع الجزائري لم يتكلم عن هذه الحالة ، أمَّا بالنسبة لسكنى المختلعة الذي هو عبارة عن المكان الذي تبقى فيه حتى انتهاء عدتها ، فقد حصل اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية بين وجوب السكنى لها وعدم وجوبه إلى قولين ،والمشرع الجزائري يجعل لكل مفارقة لزوجها الحق في السكنى دون تفريق بين التي طلقها زوجها و التي خالعته عن طريق القضاء . أمَّا بالنسبة للنَّفقة أثناء العدة فقد ذهب المالكية والشافعية إلى أنَّ المختلعة الحائل لا نفقة لها وذهب الحنابلة إلى أنَّ لها النفقة أثناء العدة ، والمشرع الجزائري لم يفرِّق بين المختلعة والمطلقة في وجوب النفقة ، بل جعل النفقة حق كل مفارقة لزوجها ، كما ذهب إلى ذلك المشرع الكويتي والأردني ، أمَّا بالنسبة لمتعة المختلعة فقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية أنَّه لا متعة للمختلعة ، وذهب الظاهرية إلى أنَّ لها المتعة ، والمشرع الجزائري فإنَّه لا يفرِّق بين المتعة والتعويض ، فتارة يعتبر المتعة تعويض وتارة لا يعتبرها تعويض ، إلَّا أنَّه لا يوجب المتعة للمختلعة وذلك حسب نص المادة 52 من ق أ ج ،كما وافق المشرع الكويتي والأردني المشرع الجزائري .

ولكل خلع بدل، الذي هو عبارة عن مال يدفع للزوج في مقابل تنازله عن حقه في المتعة وتفتدي الزوجة به نفسها ، والمال قد يكون عقارا أو منقولا أو منفعة ، كما قد يتفق الزوجان على إسقاط حق من حقوق الأولاد دون حق الحضانة بشرط أن لا يضر بمصلحتهم ، كما وافقت اجتهادات القضائية موقف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة ، ولا وجود لنص صريح في قانون الأسرة الجزائري ،كما قد يكون البدل محرما أو مجهولا ، فالبدل المحرم اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم جوازه ولكن اختلفوا في حكم الخلع هل يقع وللزوج بدل آخر أم أنَّ الخلع لا يقع أصلا ، أم أنَّ الخلع يقع طلاقا رجعيا ولا شيء للزوج ، والمشرع الجزائري لم يتكلم عن هذه الحالة ولكن أحال القضاة إلى المادة 222 من ق أ ج التي تحيلهم بدورها إلى مبادئ الشريعة الإسلاميَّة ، كما قد يكون الخلع على بدل مجهول ،وفي هذه الحالة فالإتفاق حاصل بين جمهور الفقهاء على وقوع الخلع ولكن اختلفوا فيما يكون بدل الخلع هل مهر المثل أم قيمة المجهول ، وخالفهم في ذلك الظاهرية في عدم وقوع الخلع ، أمَّا بالنسبة للمشرّع الجزائري فلم ينص عن هذه الحالة تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلاميَّة ، إن كان البدل على أكثر أو أقل من المهر فذلك متوقف على اتفاق المتخالعان دون تعسف في استعمال الحق هذا بالنسبة للمشرع الجزائري ، أمَّا موقف فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا بين الجواز والكراهة . ومن النتائج التي توصلت إليها في هذا الفصل هي :

1- العدة هي المدة التي تقضيها المقارقة لزوجها دون زواج .

2- هناك اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية للمختلعة الحق في النفقة والمتعة والسكنى .

3- عدم تفريق المشرع الجزائري بين المطلقة طلاقا بائنا من طرف الزوج والمطلقة طلاقا رجعيا والمختلعة في استحقاق المتعة والنفقة والسكنَى

4- هناك اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في مدة عدة المختلعة ، منهم من ذهب إلى أنَّ عدتها حيضة واحدة ومنهم من قال أنَّ عدتها ثلاثة أقراء .

5- الإتفاق حاصل بين الفقهاء إلى أنَّ عدة المختلعة الحامل وضع الحمل .

6- الإتفاق حاصل بين الفقهاء أنَّ المطلقة البائن لا تنتقل إلى عدة الوفاة إذا توفى عنها زوجها أثناء عدَّتها

7- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في ميراث من مات عنها زوجها وهي في العدة من الخلع .

8- لم يذكر المشرع الجزائري حكم من توفى عنها زوجها وهي في عدة من الخلع هل تنتقل إلى عدة الوفاة أم لا ؟

9- لم يبيِّن المشرع الجزائري حكم المتعة بالنسبة للمختلعة والمطلقة قبل الدخول .

10- بدل الخلع في نظر المشرع الجزائري مبنيٌّ على التراضي بين المتخالعين ولا حد لأكثره أو أقله .

11- لم ينص المشرع الجزائري على حكم إجراء الصلح في حالة اتفاق الزوجين على الخلع قبل الوصول إلى المحكمة .

12-أهمل المشرع الجزائري حكم بعث الحكمين في دعوى الخلع .

خاتمة

خاتمة : إن الله عز وجل نظم الزواج في الإسلام وحث على حسن المعاشرة بين الزوجين ، إلا أنه قد تحدث نفرة بين الزوجين فيضيع المقصد من الزواج، فشرع الله عز وجل الفرقة بين الزوجين كمخرج طوارئ وهذه الفرقة قد تكون بالطلاق والتطليق ، والخلع وهو ما تناولته في مذكرتي هاته حيث أن الإسلام كما نظم الزواج فقد نظم الخلع تنظيما دقيقا حيث يمنع تجاوز حدود ما وضع الله حتى لا يصير في يد المرأة تستعمله متى شاءت لأغراض دنيوية ، لأن الغرض من الخلع في الأصل هو الخشية من وقوع الزوجة في محرم كعدم إعطاء زوجها حقه منها بسبب البغض ،كما لا تخلوا مسألة في الخلع إلا ولها حكم في كتاب الله أو سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ،ومن الأحكام ما هو مبني على اجتهادات الفقهاء المنبثقة من استقراء النصوص الشرعية ، إلا أننا نجد أن هناك نقص في التشريع الجزائري في هذه المسألة حيث أن هناك مادة واحدة في ق أ ج تنص على الخلع دون ذكر شروطه و أركانه وقيمة بدله ، وما يترتب على الخلع من آثار جمَّ منها ما هو متعلق بالعدة ومدتها والحضانة وإلى غير ذلك من الآثار التي أسلفت ذكرها في صلب الموضوع ، ومما لا يخفى على عاقل أن الخلع صار من أسباب الفرقة ، وهذا معارض لما أراده المشرع الجزائري من تعديل قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 ، لهذا وجب على المشرع إعادة النظر في هذه المادة .

وفي ختام هذا البحث يمكن الخلوص إلى بالنتائج والتوصيات الآتية :

أولا النتائج :

1- الخلع سببه بغض الزوجة لزوجها ، وليس سببه الإضرار بها من قبله لأنَّ إضرار زوجها بها لتفتدي منه محرم شرعا وعليها أن تلجا إلى التطليق .

2-الفرقة إذا وقعت بلفظ الطلاق على مال وكان المال فاسدا وقع الطلاق رجعيا فيملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته .

3-لم يفرق المشرع الجزائري في قانون الاسرة الجزائري بين الخلع والطلاق على مال من حيث الآثار المترتبة عليه .

4-يجوز إكراه الزوج على الخلع من طرف القاضي ، لكن مع وضع شروط التي تسمح للزوجة بأن تطلب الخلع من خلالها .حتى لا يكون الطلاق وسيلة لتفرقة الأسر لأسباب واهية .

5-يجوز الخلع في الحيض ،وفي مرض موت الزوج ،لأنه من حق الزوجة ولها أن تستعمله في أي وقت شاءت بشروط وقبل الدخول

6-عدم تفريق المشرع الجزائري بين المطلقة طلاقا بائنا من طرف الزوج والمطلقة طلاقا رجعيا والمختلعة في استحقاق المتعة والنفقة والسكنَى

7-بدل الخلع في نظر المشرع الجزائري مبنيٌّ على التراضي بين المتخالعين ولا حد لأكثره أو أقله .

8-أهمل المشرع الجزائري حكم بعث الحكمين في دعوى الخلع .

9- اختلف الفقهاء في مسألة إرداف المختلعة الطلاق إلى قولين.

ثانيا :التوصيات

1-حبذا لو أنَّ المشرع الجزائري أن يعيد النظر في المادة 54 من ق أ ج المتعلقة بالخلع ويضع لها ضوابط حتى يقلل من نسب التفكك الأسري لأن إطلاق هذه المادة من دون ضوابط يجعل الأسرة عرضة للتفرقة وهذا مطلب المشرع الجزائري.

2-تفاديا لاختلافات الإجتهادات القضائية ينبغي على المشرع الجزائري أن يوحد من الإجتهاد القضائي ، وأن يفصَّل في الخلع في مواد قانونية في قانون الأسرة الجزائري .

3-لحماية الأسرة من التفكك الأسري ينبغي على المشرع الجزائري أن ينشأ لجنة متخصصة في إجراء الصلح بين الزوجين بدلا من تركه مجرد إجراء شكلي .

4-على المشرع الجزائري أن يعتمد على شهادة التسامع في إثبات الضرر الواقع على الزوجة ، لأن الأسر يتعذر معها إثبات الضرر بشهادة الشهود لما للأسرة من خصوصيات.

5-إذا طلبت الزوجة الخلع أمام القاضي ، والزوج رافض للخلع فعلى المشرع أن يمدد من جلسات الصلح إلى أكثر من ثلاثة أشهر ،وذلك لأن الطلاق لم يصدر من الزوج إذ أنّه لا عدة عليها مادامت هي الطالبة للخلع ،ثم أنَّه من المعروف أنَّ المرأة مجبولة على العاطفة والتسرع فكلما كانت محاولة الصلح أطول إلا وكانت مرجوة النتيجة وتريثها لعله يعيدها إلى صوابها .

6-أن يبيّن أنه إذا حدث التخالع بين الزوجين بالتراضي قبل الوصول إلى المحكمة ، فلا داعي لإجراء الصلح لأنَّ الزوجة بانت من زوجها فما على القاضي إلاَّ تثبيت الحكم بالخلع.

الفهارس العامة

أ–فهرس الآيات القرآنية

ب–فهرس الأحاديث النبوية

ج–فهرس المصادر والمراجع

د–فهرس الموضوعات

أ-فهرس الآيات برواية حفص

أطراف الآيات	السورة	الآية	رقم الصفحة
وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا	النساء	130	07
وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا	البقرة	229	01-20-37-39-63-178
فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا	النساء	04	20
وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ	النساء	19	21-159
فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا	البقرة	230	38-42
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ	النساء	43	100-101
حسبنا الله ونعم الوكيل " (سورة آل عمران الآية173)	آل عمران	173	103
وتوكل على الله	الأحزاب	03	103
فابعثوا حكما من أهلها وحكما من أهله	النساء	35	135-139
والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء	البقرة	226	149
والذين يتوفَّون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا	البقرة	234	149-155
والمطلقات يتربَّصن بأنفسهن ثلاثة قروء	البقرة	228	151-152
وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ	الطلاق	04	195
أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ	الطلاق	06	159
لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ	النور	29	165

لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ	البقرة	236	167-168-169-170-172
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ	الأحزاب	49	167-169
يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا	الأحزاب	28	167-170
وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ	البقرة	241	169-171-172
حقا على المتقين	البقرة	180	169-171
وأن تعفوا أقرب للتقوى	البقرة	257	171
وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة	النساء	24	195-200
فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ	النساء	25	195
وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا	النساء	20	199
والصلح خير	النساء	128	124
وافعلوا الخير لعلكم تفلحون	الحج	77	124
ولا تكسب نفس إلا عليها "(سورة الأنعام الآية 65)	الأنعام	65	138

ب- فهرس الأحاديث

أطراف الأحاديث	الكتاب	رقم الحديث	رقم الصفحة
أنَّ ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها	نيل الأوطار	2869	152-21
أبغض الحلال إلى الله الطلاق	نيل الأوطار	2835	21
اقبَلِ الحديقة وطلِّقْها تطليقةً	نيل الأوطار	2889	38
فأمرها الرسولُ صلى الله عليه وسلم أن تتربص بنفسها حيضة واحدة وتلحق بأهلها	نيل الأوطار	2891	39
البينة على من ادعى واليمين على المنكر	سبل السلام	1324	76
إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه	سنن ابن ماجة	2043	76
لا قيلولة في الطلاق	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع	/	77
كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله	جامع الأصول في أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم	/	100
عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء	شرح الزرقاني	/	151
فلم يجعل لي سكنى	السنن الكبرى	15714	159

أنه قال في حديث فاطمة هذا لا نترك كتاب الله وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لا ندري حفظت أو نسيت لها السكنى والنفقة	السنن الكبرى	15732	159
فقال عذت بمعاذ ثم خرج علينا فقال يا أبا أسيد أكسها رازقتين ، والحقها باهلها	صحيح البخاري كتاب الطلاق	5255	167
فإنه لابد من المتاع ، متعها ولو نصف صاع من التمر	السنن الكبرى	14493	168
إني تزوجت امرأة على وزن نواة	صحيح البخاري كتاب النكاح	5148	195
أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعتق صفية ، وجعل عتقها صداقها	صحيح البخاري كتاب النكاح	5086	195
أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها ، على متاع بيت قيمته خمسون درهما	سنن ابن ماجة	1890	195
إلتمس ولو خاتما من حديد"وعندما شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم عدم قدرته على ذلك قال له النبي صلى الله عليه وسلم " زوجناكها بما معك من القرآن الكريم	السنن الكبرى	14358	199
لا مهر أقل من عشرة دراهم	السنن الكبرى	14384	200

الصلح جائز بين المسلمين إلاَّ صلحا أحلَّ حراما أو حرَّم حلالا	صحيح ابن حبان	/	225
فورّثها عثمان	البهيقي	/	71
إنما الطلاق لمن أخذ بالساق	اتحاف المهرة	/	98
ليس لمجنون ولا سكرا طلاق	نيل الاوطار	/	101

قائمة المصادر

و المراجع

ج –قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص .

أولا :كتب التفسير:

1–أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد الصادق القمحاوي ، طبعة 1412هـ/ 1992م دار احياء التراث العربي بيروت لبنان

2–أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، أحكام القران ، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا ،دار الكتب العلمية بيروت لبنان

3–ابن العربي ابو بكر محمد بن عبد الله توفى 543هـ ، احكام القران، دار الفكر لبنان ، ت ح محمد عبد القادر عطا ، بدون سنة الطبع

4–أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ت ح الدكتور / عبد الله بن عبد المحسن التركي ، شارك في ت ح هذا الجزء محمد رضوان عرقسوسي /ماهر حبوش ، ط1 1427هـ/2006 ، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان

5–أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القريشي الدمشقي ،تفسير القرآن العظيم ،طبعة الاولى 1423هـ –2002 دار ابن حزم الجزائر.

6–ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، طبعة الاولى 1424هـ–2002 ن دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .

7–أبي جعفر محمد بن جرير الطبري ،(224هـ–310هـ)، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الطبعة الأولى 1422هـ–2001م ، دار الهجرة جيزة مصر .

8–الجوزي عبد الرحمان بن علي بن محمد توفى 597 هـ ، زادالميسر ،ط3 1404هـ ، المكتب الاسلامي بيروت

9–فتح القدير –الشوكاني محمد بن علي بن محمد توفى 1250هـ ،دار الفكر بيروت.

ثانيا :كتب الحديث:

8-أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، بدون سنة الطبع ،دار إحياء الكتب العربية.

9-ابن حبان ت354ه ، صحيح ابن حبان ، ت ح شعيب ارنؤوط ، ط1 1408ه-1988م مؤسسة الرسالة –بيروت عدد الاجزاء 18

10-محمد بن علي بن محمد الشوكاني /نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار - ت ع أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد –ط1 1426ه-2005م ، دار ابن القيم –دار ابن عفان .

11- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري صحيح البخاري ،ط1 1423ه/2002م دار بن كثير دمشق ، بيروت.

12-البهيقي ، السنن الكبرى ، ت ح محمد عبد القادر عطا، ط2003،3م/1424ه، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

12- ابن حجر العسقلاني /سبل السلام شرح بلوغ المرام، تصنيف محمد بن إسماعيل الصنعاني ، تعليق محمد ناصر الدين الألباني ، ط1 1427ه-2006م ،مكتبة المعارف الرياض.

13- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، قدم له واعتنى به وخرج أحاديثه رائد بن صبري ابن ابي علفة سنة الطبع 2004م ، بيت الأفكار الدولية لبنان .

14- الامام محمد الدين ابي السعادات المبارك بن محمد الشيباني المعروف بابن الاثير الجزري توفى 606، جامع الأصول في أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ،تحقيق واعتناء وفهرسة ايمن صالح شعبان ، ط1 1418ه- 1998م ، دار الكتب العلمية – بيروت لبنان

15- الحافظ شهاب الدين احمد بن احمد لابن حجر العسقلاني ت 852 ،فتح الباري شرح صحيح البخاري ،بدون سنة طبع –طبعة المكتبة السلفية –دار الفكر

16- أبي بكر احمد بن الحسن بن علي البهيقي المتوفى سنة 458هـ ، السنن الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا– الطبعة الثانية 1424هـ،2003م ، دار الكتب العلمية –بيروت لبنان

17-الزرقاني ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك بن أنس ، الطبعة الأولى 1424هـ-2003م ،مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة مصر

18-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري صحيح البخاري ،ط1 1423هـ/2002م ، دار بن كثير دمشق ، بيروت.

19-إبن العربي المالكي ، متوفى 543هـ ،عارضة الأحوذي بشرح جامع الترميذي ، ضبط وتحقيق وترقيم ،صرفي جميل العطار، سنة الطبع 2005 ،دار الفكر .**ثالثا :كتب الفقه**

أ–الفقه المالكية.

20-الخرشي/ على مختصر خليل من شرح المحقق أبي عبد الله محمد الخرشي على مختصر خليل للإمام أبي الضياء سيدي خليل رحمهما الله وبهامشه حاشية على العدوى ط2 سنة 1317 هـ، المطبعة الكبرى الأميرية بيولاق مصر المحمية

21-أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي /الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، ط1 1398هـ -1987م، مكتبة الرياض الحديثة السعودية

22-ابن عبد البر ، القرطبي ،الكافي في الفقه اهل المدينة المالكي ،تحقيق وتقديم وتعليق د/محمد محمد احيد ولد ماريك الموريطاني، الطبعة الاولى 1398هـ، 1978 ،مكتبة الرياض ، السعودية

23-أبو الوليد القرطبي الأندلسي ابن رشد الحفيد / بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، اعتنى به محمود بن جميل، ط1 1429هـ -2008م ، دار الإمام مالك بباب الواد /الجزائر

24-ابن عبد البر ابو عمر يوسف بن عبد الله توفى 463هـ ، الاستذكار ، ط1 سنة 2000 ت ح سالم محمد عطا ، محمد علي عوض ، دار الكتب العلمية بيروت

25-إبن عبد البر ، الاستذكار ، وثق أصوله وخرج نصوصه د/ عبد المعطي أمين قلعجي ،ط1 1414هـ/ 1993م دار قتيبة دمشق بيروت ،دار الوعي حلب دمشق

26-أبي عبد الله مالك بن أنس /المعونة على مذهب عالم المدينة، ت ص القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي ، ت ح محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي ،ط1 1418هـ/ 1998م، دار الكتب العلمية/ بيروت،

27-ابن جلاب البصري /التفريع ،كسروي حسان ، ط 1، 2007 ، دار الكتب العلمية ، بيروت /لبنان ،

28- بن أبي القاسم بن يوسف بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي ت 897هـ/ التاج والإكليل لمختصر خليل –ط1 1416هـ 1994 ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان

29-محمد بن احمد بن محمد بن عليش أبو عبد الله المالكي ت 1299هـ/ فتح العلي المالك على مذهب الإمام مالك، بدون سنة طبع ، دار المعرفة ،.

30-البجيرمي /حاشية الشيخ سليمان البجيرمي على شرح منهج الطلاب وبهامشه مع الشرح نفائس ولطائف منتجة من تقرير الشيخ الكبير محمد المرصفي طبع بمطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر ربيع الأول 1340هـ ،

31-العبدري ،بو عبد الله محمد بن يوسف توفى سنة 857/ التاج والاكليل ، ط2 ، دار الفكر – بيروت

32- محمد سكحال /المهذب من الفقه المالكي وأدلته ، بدون سنة الطبع، دار الوعي /الجزائر دار القلم/ دمشق

33- جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس ت 616هـ ، عقد الجواهر الثمينة ، ت ح د- حميد بن محمد لحمر ، دار الغرب الإسلامي

34-محمد سكحال المجاجي ، المهذب في الفقه المالكي ، ،ط1 1431هـ 2010م ، دار الوعي الجزائر ،

35-أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الزعيني ت سنة 954 هـ مواهب جليل لشرح مختصر خليل ،ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكرياءعميرات – دار عالم الكتب – بدون سنة طبع ،

36-أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب جليل شرح مختصر خليل –دار الرضوان –موريتانيا 2010.

37- السيد أبي بكر المشهور بالسيد البكري إعانة الطالبين ، دار إحياء الكتب العربية ،بدون سنة الطبع

38-أبي عبد الله المكناسي من خزانة المذهب المالكي ، الكليات الفقهية ،إعتنى به جلال علي القذافي الجهاني ، ط1 ،1427هـ-2006م دار بن حزم ، بيروت لبنان

39- أبو العباس احمد بن محمد الخلواتي ت 1241هـ ،بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار المعارف ، بدون سنة الطبع عدد الاجزاء 4

40-إبن جلاب البصري ،التفريع ،ت ح السيد كسروي حسان ، ط1 2007 ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ،

41- أبي البركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك ، تخريج وفهرست الدكتور مصطفى وصفي دار المعارف القاهرة ، بدون سنة الطبع.

42-علي بن خلف المنوفي المالكي المصري (807هـ ، 939هـ)كفاية الطالب الرباني على رسالة بن زيد القيرواني وبالهامش حاشية العدوى علي الصعيدي العدوي المالكي المصري ،تحقيق احمد حمدي إمام مراجعة السيد علي الهاشمي ،ط1 1409هـ/1989 مطبعة المدني مصر

43-أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر البغدادي المالكي المعونة ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، ط1 1418هـ-1998 م ، دار الكتب العلمية بيروت

44-أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ،الاشراف ،على نكت مسائل الخلاف ، تقديم وتعليق أبوا عبيدة المشهور بن الحسن آل سليمان ، ط 1 1429هـ-2008م دار إبن القيم الرياض السعودية ، المجلد الثالث

45-محمد عايش منح جليل مختصر خليل –على مختصر العلامة خليل دار الفكر ،ط1 1404 هـ -1984 م

46-أحمد بن محمد بن احمد الدردير المتوفى سنة 1201هـ ، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، مكتبة ابواب كانون نيجيريا سنة الطبع 2000-1420

47- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي /على الشرح الكبير لأبي البركات احمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات المحقق محمد عليش ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون سنة الطبع ،دار احياء الكتب العربية

48- صادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته –- مؤسسة الريان ، بدون س ط.

49-الحبيب بن طاهر ،الفقه الإسلامي وأدلته ، الطبعة الثانية 1426هـ 2005م بيروت لبنان ، الجزء 4

50-شيخ خليل ابن إسحاق المالكي، التوضيح شرخ مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالكتحقيق محمد عثمان دار الكتب العلمية بيروت لبنان الجزء 4

51-الشيخ خليل ابن إسحاق ،توضيح شرح مختصر ابن الحاجب المتوفى سنة 772هـ –تحقيق محمد عثمان ، الطبعة الأولى 2011 دار الكتب العلمية ،بيروت ، لبنان

52-أبي إسحاق التلمساني المتوفى سنة 699هـ ،اللمع في الفقه المالكي ، تحقيق شريف المرسي، الطبعة الأولى–2011 ، دار الأفاق العربية القاهرة مصر.

53-الامام مالك بن انس ، المدونة الكبرى من اصدارات وزارة الشؤون الاسلامية والاوقاف والدعوة والارشاد السعودية

54-إبن عبد البر ، الاستذكار ، وثق أصوله وخرج نصوصه د/ عبد المعطي أمين قلعجي ،ط1 1414هـ/ 1993م دار قتيبة دمشق بيروت ،دار الوعي حلب دمشق

55-علي بن خلف المنوفي المالكي المصري (807هـ ، 939هـ)كفاية الطالب الرباني على رسالة بن زيد القيرواني وبالهامش حاشية العدوى علي الصعيدي العدوي المالكي المصري ،تحقيق احمد حمدي إمام مراجعة السيد علي الهاشمي ، طبعة الاولى 1 1409هـ/1989 مطبعة المدني مصر.

56-د/ التواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي ، طبعة الأولى 1430هـ، 2009م ،دار الوعي الجزائر.

57-أبي بكر بن حسن الكشناوي ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب الإمام الأئمة مالك ،سنة الطبع 1425هـ-2005،دار النموذجية ، بيروت .

58-المبروك بن علي زيد الخير ،كتاب الفوائد وتجميع الفرائد شرح الألفية الفقهية على مذهب السادة المالكية مع توخي الأدلة الشرعية ، طبعة الأولى 1427هـ-2006، دار ابن حزم الجزائر.

ب-الفقه الحنفي

59-ابن قدامة / المغنى ، ت د/عبد الله بن عبد المحسن التركي ، د/عبد الفتاح محمد الحلو ،ط3 1417هـ-1997م دار الكتب العلمية بيروت لبنان

60-أبي الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر القدوري/ مختصر القدوري ، تحقيق وتعليق كامل محمد عويضة ط1 1418هـ-1997 ، دار الكتب العلمية بيروت /لبنان

61-ابن الهمام/،شرح الفتح القدير ،ط1 1424هـ-2003 ، دار الكتب العلمية ، بيروت/ لبنان

62-.الإمام بركات عبد الله بن أحمد النسفي /كنز الدقائق الحنفي،ر ت ع د سائد بكداش ، ط1 1432هـ-2011م ، دار البشائر الإسلامية –دار السراج المدينة ،المنورة

63- أبي جعفر احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي /مختصر اختلاف العلماء ، اختصار أبي بكر احمد بن علي الجصاص الرازي ، ر ت د عبد الله نذير احمد ،ط 2 1417هـ- 1996م ، دار البشائر الإسلامية بيروت /لبنان

64-حافظ الدين النسفي ت 710هـ /البحر الرائق كنز الدقائق والشرح البحر الرائق للإمام العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بأبن نجيم المصري الحنفي ت 970هـ ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق للعلامة الشيخ محمد ابن عابدين بن عمر بن عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي ت 1252هـ ض خ أ الشيخ زكرياءعميرات ، ط1 1418هـ 1997هـ ، دار الكتب العلمية بيروت /لبنان

65-علاء الدين أبي بكر مسعود الكساني الحنفي ت 587ه /بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ت ع الشيخ علي محمد معوض ، الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، ط2 1424ه،2003ه ،دار الكتب العلمية ،بيروت/ لبنان

66-أبو حفص عمر الغرنوي ت 733ه / الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة ،دار النشر مكتبة الإمام أبي حنيفة ب س ط.

67- إمام أبي محمد بن زكرياءالمنبيجي / اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ، ت الدكتور محمد فضل عبد العزيز مراد –ط2 1414ه- 1994. المكتبة الحقانية محلى حبنكي /باكستان

68-شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة بيروت لبنان محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحُسيْن المعروف ببدر الدين العيني الحنفي ،البناية شرح الهداية ،ت أيمن صالح شعبان ،ط1 2000/1420م ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان

69-برهان الدين ابي المعالي محمود بن احمد بن عبد العزيز ابن مازة البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في فقه الامام ابي حنيفة ،ت عبد الكريم سامي الجندي ، ط1 1420-2004 ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان عبد الله

70-بن محمود بن مودود ،الاختيار لتعليل المختار ، ع الشيخ محمود ابو دقيق ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ،ب س ط

71-البابرتي، العناية شرح الهداية على هامش فتح القدير للكمال ابن همام –داراحياء التراث العربي ، بيروت ب س ط.

ج–الفقه الشافعي

72-أبي الحسن علي محمد بن حبيب الماوردي البصري /الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي و هو شرح مختصر المزني ،تحقيق و تعليق الشيخ محمد المعوض –الشيخ عادل أحمد الموجور ،قدمه و قرضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل –الأستاذ الدكتور عبد الفتاح أبو سنة ، ط1 1994/1414، دار الكتب العلمية، بيروت /لبنان

73-الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي /كشاف القناع عن متن الإقناع ، سنة الطبع 1983/1403 ، عالم الكتب بيروت

74-الخطيب الشربيني /مغنى المحتاج معرفة معاني الفاظ المنهاج ،ت ع علي محمد عوض-عادل احمد عبد الموجود ،قدم له وقرضه د محمد بكر اسماعيل ، ط 1421هـ-2000م ، دار الكتب العلمية بيروت /لبنان

75- الإمام محمد بن إدريس الشافعي/ الأم ،ط1 1422هـ،2001م ، دار الوفاء ،المنصورة /مصر

76-أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي /الوجيز في الفقه الشافعي – ت علي معوض – عادل عبد الموجود ،ط1 1418هـ 1998م شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم بيروت /لبنان

77-الإمام جلال الدين عبد الرحمان السيوطي المتوفى سنة 911هـ/ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي ، ط1 1403هـ 1983م ، دار الكتب العلمية بيروت/ لبنان

78-أبي القاسم عبد الكريم بن محمد القزويني /المحرر في الفقه الشافعي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، ط1 2005 ، دار الكتب العلمية ،بيروت / لبنان

79-ابن حبيب الماوردي /الإقناع في الفقه الشافعي ، ت ع خضر محمد خضر ،ط1 1420هـ ، دار إحسان ،طهران/ إيران

80-شهر الدين أبي حفص عمر ابن رسلان البلقيني /التدريب في الفقه الشافعي ، حققه وعلق عليه أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري ، ط1 1433هـ- 2012م ، دار القبلتين ، السعودية

81-أبي إسحاق الشيرازي /المهذب في الفقه الشافعي ، ت ح وت ع الدكتور محمد الزحيلي ، ط1 1417هـ، 1996م ،دار القلم دمشق ، دار الشامية /بيروت

82-محمد نجيب المطيعي /المجموعشرح مهذب الشيرازي ، بدون سنة الطبع ، مكتبة الرشاد ، السعودية

83-إبن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ،ط3 2003م / 1424هـ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان

84-محمد بن خطيب الشربيني ،مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،اعتناء محمد خليل عيتاني ،ط1 ،1418هـ/1997م ، دار المعرفة ،بيروت، لبنان

85-القزويني ، المحرر في الفقه الإمام الشافعي ، ت ح محمد حسن محمد حسن إسماعيل ،ط1 2005 ، دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان

86-الماوردي ، الاقناع في الفقه الشافعي ، ت ح خضر محمد خضر ،ط1 ايران ، دار إحسان طهران

87-عبد الرحمان بن محمد حافظ ،الخلاصة الفقهية على مذهب الامام الشافعي،حرره وضبط نصه عبد الرؤوف علي ،دار المنار ،الإمارات العربية المتحدة ، ط2 1414هـ- 1993م

88-شمس الدين محمد بن ابي العباس بن حمزة شهاب الدين الرملي المتوفى 1004هـ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج الطبعة الأخيرة 1404هـ 1984م ، دار الفكر بيروت

89-قاسم بن محمد النووي ، الروض النظير الجامع بين التحفة والطلاب والتيسير الفقه في الفقه الشافعي ، ط1 1425هـ-2004م ، دار البشائر الإسلامية بيروت لبنان

90-أبي زكرياء يحي بن شرف النووي الدمشقي ، روض الطالبين ، ط1 1423هـ-2002م، دار بن حزم ، بيروت لبنان.

91-حاشية قليوبي وعميرة الأولى :لشهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبي المصري المتوفى سنة 1069هـ – الثانية : لشهاب الدين احمد البرسلي الملقب بعميرة المتوفى سنة 957 هـ ، على شرح جلال الدين محمد احمد العلى المتوفى سنة 864 على منهاج الطالبين للإمام أبي زكرياءيحى بن شرف النووي المتوفى سنة 676هـ في الفقه الشافعي ط3 1375هـ 1956م شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباجي وأولاده بمصر.

92-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، عالم الكتب بيروت طبعة 1403هـ 1983م.

93-أبي إسحاق الشيرازي ،المهذب في الفقه الشافعي ، تحقيق وتعليق الدكتور محمد الزحيلي ، الطبعة الأولى 1417هـ، 1996م ،دار القلم دمشق ، دار الشامية بيروت.

د-الفقه الحنبلي

94-عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي /حاشية الروض المربع – ط1312،1هـ / المغنى ،ط3 1417هـ-1997م، دار عالم الكتب – الرياض/ السعودية

95-موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي/ المقنع،شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي /الشرح الكبير ،علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن احمد الماوردي ، ت الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، دار الهجرة ، مصر ،ط1 1416هـ-1996.

96-د/ محمد رواس قلعرجي ، موسوعة فقه ابن تيمية ، طبعة ثالثة 1428هـ-2007م،دار النفائس بيروت.

97-ابي بكر بن محمد عارف بن عبد القادر خوقير المكي / مختصر فقه احمد بن حنبل ، اعتنى به عبد السلام بن محمد الشويعر ، سنة1424هـ ، مكتبة الرشد ناشرون الرياض/ السعودية

98-ابن الجوزي ،مهذب الأحمد في مذهب الإمام احمد سنة الطبع 1378هـ-1959م ، مطبعة ق بومباي /الهند

99-الشيخ تقي الدين احمد بن محمد بن علي الآدمي /كتاب المنور في الراجح المحرر على مذهب الإمام احمد بن محمد بن حنبل الشيباني ،دراسة وتحقيق د-وليد عبد الله المنيس ط1 1424هـ-2003م ، دار البشائر الإسلامية بيروت

100-محمد بن الحسن الشيباني /الأصل ، ت ح ودراسة الدكتور محمد بيونوكالن ط1 1433هـ 2012 ، دار بن حزم بيروت /لبنان

101-موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي /الكافي في فقه احمد بن حنبل ، ت ح وت ع محمد فارس –مسعد عبد الحميد السعدني ،لبنان، ط1 1414هـ-1994م ، دار الكتب العلمية /بيروت

102-عبد الرحمان بن عبد الله البعلي الحنبلي 1110هـ -1196هـ /كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات ،قابله بأصل مصنفه وبثلاثة أصول أخرى محمد بن ناصر العجمي ط1 1423هـ -2002م ، دار البشائر الإسلامية / بيروت

103-محمد بن بدر الدين بن عبد القادر بن محمد ألبعلي الدمشقي / الكافي المبتدي من الطلاب ،ت ح الدكتور ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة ، ط1 1425-2004 مكتبة الرشد المملكة العربية السعودية /الرياض

104 -موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ،541 ،620 ، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي ،ت ح أحمد محمد عزوز 1423هـ 2003م ، المكتبة العصرية بيروت.

105 -إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح أبو اسحاق برهان الدين ت 884 هـ ، المبدع في شرح المقنع الطبعة الأولى 1418هـ-1997م،دار الكتب العلمية بيروت لبنان

106-ابراهيم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل ،ط1 ،1378هـ ، المطبعة الهاشمية بدمشقإبن القيم الجوزية ،زاد المعاد ، ، ط2 1418هـ-1998م ، مؤسسة الرسالة

107-البهوتي منصور بن يونس بن ادريس توفى سنة 1051 هـ، شرح منتهى الارادات ، ط2 سنة 1996 ،عالم الكتب بيروت

108-الخلواتي ،حاشية خلواتي على منتهى الارادات ، ت ح بن صالح اللحيدان ، دار النوادر قطر ، ط1 1436هـ-2011م

109-منصور بن يونس البهوتي،شرح منتهى الارادات ،طبعة عالم الكتب بيروت ط1 1413هـ-1993م

110-بهاء الدين عبد الرحمان بن ابراهيم المقدسي 556هـ -624هـ ، العدة في شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه ، ت ح عبد الرزاق المهدي ، 1426-2006 ، دار الكتاب العربي بيروت لبنان

111-إبن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، تحقيق وتخريج وتعليق شعيب الأرنؤوط ، عبد القادر الأرنؤوط ط3 1418هـ- 1998م مؤسسة الرسالة بيروت لبنان

112- ابن القيم الجوزية ،زاد المعاد في هدي خير العباد –مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ،بدون سنة الطبع وسنة النشر

113-فيصل بن عبد العزيز آل مبارك ،كلمات السداد على متن الزاد ، الناشر كنوز أشبيليا – السعودية –ط1 1427هـ-2008.

114-ابن يوسف المرعي الحنبلي – دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل احمد بن حنبل ، المكتب الإسلامي بيروت ، سنة النشر 1389هـ الطبعة الثانية عدد الأجزاء 01

115-موفق الدين بن قدامة ،المغنى ،تحقيق الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي ، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ،الطبعة الثالثة 1417هـ -1997م دار عالم الكتب، الرياض السعودية.

116-محمودبن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين ، البناية شرح الهداية ، تحقيق ايمن شعبان، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، الطبعة الاولى 1420هـ-2000م.

117-زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم الجوزية –مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ،بدون سنة الطبع وسنة النشر

118-إبن الجوزي عبد الرحمان بن علي بن محمد توفى 597 هـ ، زادالميسر،ط3 1404هـ ،المكتب الاسلامي بيروت.

119-شرح منتهى الارادات لمنصور بن يونس البهوتي طبعة عالم الكتب بيروت ط1 1413هـ-1993م

هـ-كتب الظاهرية

120-ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد توفى سنة 456 هـ ،المحلى ، تح د /عبد الغفار سليمان البندري ، ط1 1425هـ، 2003 ، دار الكتب العلمية ، بيروت.

121-ابن حزم ،الزمزمي الكتاني الحسني /معجم فقه إبن حزم- إخراج واعتناء حمزة بن علي الكتاني ،ط1 2009 ، دار الكتب العلمية بيروت / لبنان.

رابعا: كتب الفقه المعاصرة :

122-أحمد بخيت الغزالي –أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر– طبعة1 .

123-السغدي ، علي بن حسن بن محمد، النتف في الفتاوى ، ، توفى 461هـ، مؤسسة الرسالة ، دار الفرقان ، بيروت ، عمان – الأردن سنة النشر 1404هـ ، الطبعة الثانية ، عدد الأجزاء : 2 ، المحقق : الدكتور صلاح الدين الناهي .

123-عامر سعيد الزيباري ،أحكام الخلع في الشريعة الاسلامية ، دار بن حزم ، بيروت لبنان ،الطبعة الاولى 1418هـ-1997.

124-لغزالي ، محمد بن محمد بن محمد أبو حامد : الوسيط في المذهب دار الإسلام ، القاهرة ، سنة النشر : 1417هـ ، الطبعة الأولى عدد الأجزاء 7 المحقق : احمدي محمود إبراهيم محمد محمد تامر .

125-علي الخفيف ،فرق الزواج في المذاهب الاسلامية– دار الفكر العربي القاهرة –ط1 1429 هـ- 2008م .

126-محمد بكر اسماعيل ،الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الاربعة ، الطبعة الثانية ، دار المنار القاهرة مصر .

د/ تقي الدين الهلالي ،أحكام الخلع في الإسلامي ،طبعة أولى 1390هـ ، المكتب الإسلامي ،بيروت.

127-عبد الله بن محمد بن سعد آل خمين ،الخلع بطلب الزوجة لعدم الوئام مع زوجها ، بدون سنة الطبع ، دار ابن خلدون.

128-علي خفيف ،فرق الزواج في المذاهب الاسلامية ، دار الفكر القاهرة الطبعة الاولى 1429 – 2008.

129-ظافر بن حسن العمري ، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ، ط1 1433هـ/2012م، دار الهدى النبوية ، مصر .

130-علي احمد عبد العال الطهطاوي ،تنبيه الابرار باحكام الخلع والطلاق والظهار ، الطبعة الاولى 1424هـ-2003م ، دار الكتب العلمية بيروت .

131-وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وادلته ، الطبعة الثانية 1405هـ-1985 ،دار الفكر ؛ دمشق سوريا .

132-السيد سابق ، فقه السنة ، ، ط1 ،1425هـ-2004م ،دار الحديث

القاهرة.
133-عبد الرحمان الجزيري ،الفقه على المذاهب ألأربعة،– الطبعة الثانية 1424هـ- 2003م ،دار الكتب العلمية – بيروت لبنان.

134-عبد الوهاب خلاف ،احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ،دار القلم الكويت 1410هـ -1990م .
135-السيخ مصطفى الزرقا،مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد ، دار القلم- دمشق .
136-احمد الغندور ،الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي ،–مطبوعات جامعة الكويت 1972
137-عمر سليمان الاشقر ، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ط2 1997. دار النفائس الاردن.
138- باسم بن محمد آل ياسين ،فقه المراة من المهد الى اللحد،ط1 1426هـ 2005 ،مؤسسة الريان بيروت .
139-ابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة ،دار الفكر ج1

.خامسا:الكتب القانونية :

140-جمال عبد الوهاب عبد الغفار الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، طبع سنة 1989 ، دار البعث للطباعة والنشر الجزائر .
141-جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي ،الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة ، بدون سنة طبع ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر .
142-كمال صلاح ألبنا –المشكلات العلمية في دعوى الطلاق و الفسخ و الخلع للمصريين المسلمين و غير المسلمين –ط1 عالم الكتب القاهرة .
143-محمد صبحي نجم ،محاضرات في قانون الأسرة ،طبعة ثالثة 1992 ، دوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر .
144-سعيد أحمد شعلة –قضاء النقض في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين ، سنة 2005 ،منشأة المعارف بالإسكندرية .

145-هشام حسن مهدلي ،الخلع بين الفقه والقضاء وفقا لقانون 1 لسنة 2000 ،طبعة ثانية 2002 ،دار الفكر الإسلامي الإسكندرية مصر .

146-إبراهيم بن محمد بن فائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى 1402-1982 الطبعة الثانية 1403-1983،المكتب الإسلامي بيروت –مكتبة أسامة الرياض .

147-مصطفى فرغلي الشقيري ،التعليق على قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية مع شرح المشكلات العلمية في دعوى الخلع ، طبعة الأولى 1421هـ-2000م ،دار البشرى للطباعة والنشر ، القاهرة مصر.

148-د/ مصطفى عبد الغني شيبة ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق وأثاره دراسة ، طبعة أولى 2006م،مقارنة،دار الكتب الوطنية ليبيا .

149-السيد محمد ، الخلع بين المذاهب الفقهية الاربعة والقانون المصري دراسة تحليلية لاحكام المحاكم المصرية سامح ،الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة 1426هـ-2005م .

150-محمد علي السرطاوي ،شرح قانون الأحوال الشخصية ، طبعة ثانية 1428هـ/2007م ، طبعة ثانية دار الفكر عمان.

151-د/ أحمد موافي ،الضرر في الفقه الإسلامي ،طبعة الأولى 1418هـ،1997هـ،دار ابن عفان السعودية.

152-د/ أحمد فراج حسين ،أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي ،سنة الطبع 2004، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر.

153- د/عثمان التكروري ،شرح قانون الأحوال الشخصية طبعة أولى 2004م دار الثقافة عمان الأردن .

154-د /رمضان علي السيد الشرنباطي ،د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان ،طبعة ثانية 2011م، منشورات الحلبلى الحقوقية ، بيروت لبنان .

155-زوده عمر –طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها –الموسوعة للنشر –الجزائر 2003 ص108

156-لمطاعي نور الدين ،عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية ، ط2 دار الفسيلة ،الجزائر 2009.

157-عاصف فؤاد الصحاح ،الخلع والطلاق ،دار إيجي مصر ،الطبعة 2000.

158-بن سويح رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ،طبعة الأولى 1429هـ-2008م ، دار الخلدونية الجزائر .

159-نبيل سقر ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ،طبعة 2006 ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر .

160-حسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، سنة الطبع 2005،دار هومة الجزائر .

161-منصوري نورة ،التطليق والخلع وفق الشريعة والقانون ، طبعة 2012، دار الهدى الجزائر .

162-لوعيل محمد الأمين ، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والإجتهاد القضائي ، طبعة ثانية 2002 ، دار هومة الجزائر .

163-عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام الأسرة ،سنة الطبع 2004، دار الهدى الجزائر.

164-عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثالثة 1996م ن دار هومة الجزائر .

165-باديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، سنة الطبع 2012م ، دار الهدى الجزائر.

166-الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،سنة الطبع 2002، دار المطبوعات الجامعية

167-فريد الفتيان ،شرح قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات القانون وأحكام محكمة التمييز طبعة ثانية 1986 ، دار واسط الأردن .

168-منصورينورة،التطليق والخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية ،سنة الطبع 2012،دار الهدى ، الجزائر.

169-د/ محمد سمارة نأحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، طبعة ثالثة 1431هـ/2010، دار الثقافة عمان .

سادسا:الرسائل الجامعية :

170- الخلع دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المقارن من اعداد الطالبة المستاري نور الهدى اشراف الستاذ الدكتور تشوار الجيلالي السنة الجامعية 2013-2014.

سابعا :القوانين و الأوامر:

171- قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11،المعدل والمتمم بالقانون 05-02.

172- قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61-لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2008 –إصدار وزارة العدل الطبعة الأولى 2001 و إجراءات دعوى النسب و تصحيح الأسماء

173- المدونة الأسرة المغربية

174-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي

175-قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010

176-قانون الأ حوال الشخصية المصري

177- القانون المدني المصري 131 لسنة1948

178-قانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1973

179- قانون المرافعات المدنية التجارية المصري رقم13 لسنة 1986.

180-قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000.

181-قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

182- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لي 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

183-أمر رقم 66 -154 مؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل8 يونيو 1966م يتضمن قانون الإجراءات المدنية .

ثامنا:المجلات القضائية :

184-المجلة القضائية 1991 العدد 3

185-مجلة الأحكام ج1 دون سنة النشر

186-المجلة القضائية 1990 العدد 02

187-المجلة القضائية 1994 العدد 03 .

188-المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 2 لسنة 2009.

189-المجلة القضائية 1994 العدد 3

190-نشرة القضاة 1972العدد2

191-المجلة القضائية العدد 4.

192-المجلة القضائية 1993 العدد 2

193-اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص

194-المجلة القضائية 1992 العدد 2

195-المجلة القضائية 1989 العدد الاول

-المجلة القضائية 1997 العدد الاول

196-مجلة المحكمة العليا 2008 العدد 01

197-مجلة المحكمة العليا 2006 العدد 20.

198-اجتهاد قضائي 2001 عدد 1

199-نشرة القضاة العدد1

200-اجتهاد القضائي 2001 عدد خاص

201-المجلة القضائية 2001 العدد1

202-المجلة القضائية 1989 العدد 04

203-المجلة القضائية 1989 العدد 1

204-نشرة القضاة 1997 العدد 51

205-مجلة المحكمة العليا 2006العدد02

206-نشرة القضاة 1982 عدد خاص

207-نشرة القضاة 1980، العدد1

208-نشرة القضاة 1972العدد 02

209-المجلة القضائية ،عدد خاص 2001.

210-مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1 .

تاسعا :القرارات

211-القرار الصادر عن المجلس الأعلى في ملف رقم 57812 بتاريخ 25-12-1989 منشور بالمجلة القضائية 1991 العدد 3

212-قرار صادر عن المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،تحت رقم 356657 المؤرخ في 13-06-2007 قرار غير منشور.

213-قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في ملف رقم 620084 بتاريخ 14-04-2011مجلة المحكمة العليا 2012 العدد 1

214-قرار صادر عن المحكمة العليا – رقم 216850 المؤرخ في 16-02-1999،المجلة القضائية ،عدد خاص 2001

215-قرار صادر عن المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث تحت رقم 687997 المؤرخ بتاريخ 14-02-2013- غير منشور

216-قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25-12- في ملف تحت رقم 1989 تحت رقم 57812 منشور بالمجلة القضائية ، 1991 العدد 3

217-قرار صادر عن المجلس الأعلى للقضاء –غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 57812المؤرخ في 25-12-1989- المنشور بالمجلة القضائية 1991، العدد 3

218-قرار صادر عن المحكمة العليا –غرفة الأحوال الشخصية -تحت رقم 356657المؤرخ في 13-06-2007 غير منشور

219-قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 03-06- 1985 في ملف رقم :36962 ،المنشور بالمجلة القضائية 1990 العدد 02

220-القرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 19-4-1994تحت رقم 103793 منشور بنشرة القضاة العدد 51

221-قرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في ملف رقم 83603 الصادر بتاريخ 21-07-1992المنشور بمجلة الإجتهاد قضائي 2001 عدد خاص

عاشرا :المواقع الإلكترونية :

https://www.e.gov.kw/sites/kgoarabic/Forms/QanoonAlAhwalAl
Madaniyah.pdf يوم 28-09 2019 الساعة 19:26

https://www.e.gov.kw/sites/kgoarabic/Forms/QanoonAlAhwalAl
Madaniyah.pdf يوم 28-09-2019 19:26

http://www.dji.gov.ae/Lists/DJIBooks/Attachments/79/Ahwal%2
0Shakhsia%20Big%20WEB.pdf 19:26 2019-09-28
-https://jordan-lawyer.com/wp-content/uploads/2018/11/

http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes
http://www.incometax.gov.eg/New%20LAWs/law-131-227
1948.pdf

https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf
http://www.lcrdye.org/wp-content/uploads/2018/02/
http.//www.startimes.com/?t 15173831
19:26 2019-09-28 www.wluml.org
www.tribunaldz.com/forum/t1439

د–فهرس الموضوعات

قبس.....2
شكر وتقدير.....3
إهداء.....4
أهم قائمة المختصرات.....5
مقدمة.....7
أهميَّة الموضوع :..... 8
أسباب الاختيار والأهداف : 8
أوَّلا: أسباب الاختيار:..... 8
ثانيا:أهداف البحث : 9
ثالثا: الدراسات السابقة التي لها علاقة بالموضوع :..... 9
رابعا: الصعوبات :.....10
خامسا: الإشكالية :.....11
سادسا: خطة البحث : 11
المقدمة : 11
فصل تمهيدي : 12
فصول البحث :.....12
فصل تمهيدي: مفاهيم عامة حول الخلع.....13
تمهيد الفصل. 14
المبحث الأول: مفهوم الخلع 15
المطلب الأول: تعريف الخلع.....15
الفرع الأول :تعريف الخلع لغة :.....15

الفرع الثاني :تعريف الخلع فقها : 15
أولا المالكية : 15
ثانيا الحنفية: 16
ثالثا الحنابلة : 16
رابعا الشافعية: 16
خامسا الظاهرية: 16
الفرع الثالث:تعريف الخلع قانونا 17
أولا- في قانون الأسرة الجزائري: 17
ثانيا- عند المشرع الكويتي 17
تعريف المختار 17
المطلب الثاني: حكم الخلع 18
الفرع الأول الخلع بسبب 19
الفرع الثاني الخلع بغير سبب 19
المطلب الثالث: أركان وشروطه الخلع.....21
الفرع الأول :المتخالعان والعوضان 21
أولا :من الناحية الفقهية 21
1-المتخالعان 21
2-العوضان: 22
ثانيا موقف بعض التشريعات العربية : 23
1-قانون الأحوال الشخصية الكويتي.....23
2-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 23
3-قانون الأسرة الأردني 36 لسنة 2010 24

4- قانون الأسرة الجزائري 24
الفرع الثاني الصيغة 24
أولا :من الناحية الفقهية 25
1-ألفاظ الخلع عند المالكية.....25
2-ألفاظ الخلع عند الحنفية 25
3-ألفاظ الخلع عند الشافعية :.....26
4-ألفاظ الخلع عند الحنابلة.....27
ثانيا : من الناحية القانونية 28
1-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 28
2-قانون الأحوال الشخصية الكويتي.....28
3-قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 28
4-قانون الأسرة الجزائري 05-02.....29
المبحث الثاني : أحكام خاصة بالخلع.....30
المطلب الأول: الفرق بين الخلع والطلاق على مال.....30
الفرع الأول:من الجانب الفقهي : 30
أولا:الأحكام التي يتفقان فيها :.....30
ثانيا :الأحكام التي يفترقان فيها.....31
الفرع الثاني :من الجانب القانوني 32
أولا :الأحوال الشخصية الكويتي.....32
ثانيا قانون الأحوال الشخصية الأردني 32
ثالثا قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 33
رابعا قانون الأسرة الجزائري 33

المطلب الثاني : نوع الفرقة الواقعة بواسطة الخلع 34
الفرع الأول :مفهوم الفسخ والطلاق.....34
أولا تعريف الطلاق والفسخ : 34
ثانيا الفرق بين الطلاق والفسخ 34
الفرع الثاني: الخلع بين الطلاق والفسخ 35
أولا من الناحية الفقهية: 35
-القول الأول 36
القول الثاني 37
القول الثالث 37
ثانيا: من الناحية القانونية 38
1-موقف المشرع المصري 38
2-موقف المشرع المغربي 39
3-موقف المشرع الإماراتي. 39
4- موقف المشرع الأردني.....39
5-موقف المشرع الجزائري:.....39
المطلب الثالث : إلحاق المختلعة الطلاق.....40
الفرع الأول: من الناحية الفقهية.....40
الفرع الثاني موقف القانون المقارن.....41
خاتمة الفصل :.....42
الفصل الأول: التنازع بين الزوجين في الخلع أمام القاضي.....43
تمهيد الفصل 44
المبحث الأول: سلطة القاضي في توقيع الخلع.....46

المطلب الأول: سلطة القاضي في توقيع الخلع قبل الدخول 46
الفرع الأول :موقف الشريعة الإسلامية 46
الفرع الثاني :من الناحية القانونية: 47
1-الخلع قبل الدخول في قانون الأسرة الكويتي 48
2-الخلع قبل الدخول في قانون الأسرة الأردني 48
3-الخلع قبل الدخول في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي :.....48
4-الخلع قبل الدخول في قانون الأسرة الجزائري : 49
أ-الرأي الذي يرى أنَّ الخلع لا يكون قبل الدخول: 49
ب-الرأي الذي يرى أن الخلع يصح قبل الدخول 49
المطلب الثاني : الاختلاف بين الزوجين في الخلع.....50
الفرع الأول الاتفاق على وقوع أصل الخلع و الاختلاف في عوضه 50
الفرع الثاني تنازع الزوجين في أصل الخلع: 52
أولا: موقف الشريعة الإسلامية.....52
ثانيا : موقف المشرع الجزائري 53
المطلب الثالث : سلطة القاضي في إجبار الزوج على أصل الخلع أو عوضه.....57
الفرع الأول : سلطة القاضي في إجبار الزوج على أصل الخلع.....57
أولا :موقف فقهاء الشريعة الإسلامية 57
1-الفقهاء الذين يرون أنَّ الخلع لا يقع إلاَّ برضا الزوج: 57
2- الفقهاء الذين يرون أنَّه يجوز للقاضي إلزام الزوج على الخلع إذا طلبته الزوجة: 59
ثانيا :موقف القانون المقارن.....59
1-موقف المشرع المصري : 59
2- موقف المشرع المغربي 60

3-موقف المشرع الجزائري:.....60
أولا -الرأي الذي كان يرى رضا الزوج شرط لتوقيع الخلع : 60
ثانيا -الرأي الذي يرى أن الخلع لا يحتاج إلى رضا الزوج : 60
الترجيح.....61
الفرع الثاني :قبول الزوج لمبدأ الخلع وعدم الاتفاق على بدل الخلع : 62
أولا:الاتجاه الذي يري أنَّه لا يجوز إلزام الزوج بالمبلغ رغم قبوله لمبدأ الخلع : 62
ثانيا :الاتجاه الذي يرى أنَّه يجوز إلزام الزوج ببدل الخلع عند الاتفاق على أصل الخلع : ..63
المطلب الرابع : سلطة القاضي في توقيع خلع الحائض وفي مرض الموت 64
الفرع الأول :سلطة القاضي في توقيع خلع الحائض 64
أولا :من الناحية فقهية.....64
1-الرأي الذي يرى جواز الخلع في الحيض 64
2-الرأي الذي يرى عدم جواز الخلع في الحيض 65
ثانيا:من الناحية القانونية 66
1- بالنسبة للقانون المقارن.....66
2-بالنسبة للمشرع الجزائري.....66
الفرع الثاني سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت: 66
أولا :حكم الخلع في مرض الموت.....67
1-حكم الخلع في مرض الموت فقها 67
2-حكم الخلع في مرض الموت قانونا.....67
-المشرع الجزائري.....67
- المشرع الكويتي 68
-المشرع الإماراتي و الأردني 68

ثانيا :سلطة القاضي في توريث أحد الزوجين عند وقوع الخلع في مرض الموت.....68
1-سلطة القاضي في توريث الزوجة التي خالعة زوجها في مرض موته.....68
أ-من الناحية الفقهية :.....68
-الاتجاه الأول :.....68
-الاتجاه الثاني :.....69
ب-من الناحية القانونية :.....69
الرأي الشخصي :.....70
2-حكم ميراث الزوج الذي خالعته الزوجة في مرض موتها.....70
أ-من الناحية الفقهية :.....71
الرأي الشخصي :.....72
ب-من الناحية القانونية.....73
المبحث الثاني : سلطة القاضي في توقيع الخلع فاقد الأهلية.....73
المطلب الأول : سلطة القاضي في توقيع خلع المكره والمكرهة.....73
الفرع الأول :سلطة القاضي في توقيع خلع المكره.....74
أولا-من الناحية الفقهية:.....74
ثانيا-الناحية القانونية:.....75
المشرع الجزائري.....75
1-إكراه الزوج على الخلع من طرف القاضي بطلب من الزوجة.....75
2-إكراه الزوج على الخلع من طرف أجنبي.....75
المشرع الكويتي.....76
المشرع الإماراتي.....76
المشرع الأردني.....76

الفرع الثاني :سلطة القاضي في توقيع خلع المكرهة: 77
-حكم إكراه الزوجة على الخلع.....77
1-من الناحية الفقهية : 77
أ-إكراه الزوج زوجته على الخلع قاصدا ذلك مع وجود سبب. 77
الحنفية.....77
الشافعية 77
الحنابلة 78
الظاهرية 78
رأي الشخصي: 78
ب-إكراه الزّوج زوجته لتخالعه قاصدا ذلك دون وجود سبب.....79
المالكيّة 79
الحنفيّة.....79
الحنابلة 79
الشّافعية 79
رأي الشخصي : 79
2- من الناحية قانونية :.....79
المطلب الثاني : سلطة القاضي في توقيع خلع الصغير والمجنون 82
الفرع الأول :سن التمييز: 82
أولا –من الناحية الفقهية:.....82
ثانيا –من الناحية القانونية : 82
-المشرع الجزائري.....82
-المشرع الإماراتي 83

-المشرع الأردني.....83
الفرع الثاني :خلع الصغير والمجنون.....83
أولا -حكم خلع الصبي المميز : 83
1-من الناحية الفقهية : 83
2-من الناحية القانونية : 84
-المشرع الجزائري.....84
-المشرع الأردني 84
-المشرع الإماراتي 85
ثانيا-حكم خلع الصغير الغير المميز والمجنون : 85
1-من الناحية الفقهية:.....85
2- من الناحيةالقانونية : 86
-المشرع الجزائري :.....86
الرأي الشخصي: 88
الفرع الثالث :خلع الصغيرة والمجنونة:.....88
أولا —من الناحية الفقهية: 88
ثانيا من الناحية القانونية : 89
-المشرع الكويتي : 89
-المشرع الجزائري : 89
المشرع الأردني 91
المشرع الإماراتي 91
المطلب الثالث : سلطة القاضي في توقيع خلع السفيه والسفيهة والسكران 92
الفرع الأول : حكم خلع السفيه والسفيهة فقها.....92

أولا-حكم خلع السفيه: 92
ثانيا-حكم خلع السفيهة 92
الفرع الثاني :حكم خلع السفيه والسفيهة قانونا 93
أولا – موقف المشرع الجزائري.....93
ثانيا –موقف المشرع الإماراتي.....93
ثانيا – موقف المشرع الكويتي : 94
رابعا – موقف المشرع الأردني.....95
الفرع الثالث :حكم خلع ولي السفيه.....95
أولا-من الناحية الفقهية: 96
ثانيا- من النحية القانونية : 96
1-موقف المشرع الجزائري.....96
2-موقف المشرع الإماراتي 97
3- موقف المشرع الكويتي 97
4-موقف المشرع الأردني.....97
الفرع الرابع :سلطة القاضي في توقيع خلع السكران.....97
أولا-من الناحية الفقهية :.....97
القول الأول. 98
القول الثاني 98
الرأي الشخصي: 99
ثانيا : من الناحية قانونية.....100
1-موقف المشرع الجزائري.....100
2-موقف المشرع الكويتي 100

3-موقف المشرع الإماراتي 100
4-موقف المشرع الأردني..... 101
المبحث الثالث: سلطة القاضي في التوكيل في الخلع..... 101
المطلب الأول: مفهوم الوكالة وحكمها 101
الفرع الأول مفهوم الوكالة 101
أولا : مفهوم الوكالة لغة..... 101
ثانيا :مفهوم الوكالة فقها 102
ثالثا:مفهوم الوكالة قانونا 102
1)المشرع الجزائري..... 102
2)المشرع المصري 102
3)المشرع الأردني..... 102
الفرع الثاني : حكم الوكالة:..... 103
أولا :حكم الوكالة في الفقه الإسلامي:..... 103
ثانيا :حكم الوكالة قانونا : 104
1)المشرع الجزائري 104
2)المشرع الأردني..... 104
3)المشرع الكويتي 105
4)المشرع الإماراتي 105
المطلب الثاني: التوكيل بالخلع من طرف الزوجين..... 105
الفرع الأول:التوكيل بالخلع من طرف الزوج 105
أولا : سلطة الوكيل عند تحديد مقدار العوض من الزوج :..... 105
القول الأول 105

القول الثاني 106
ثانيا :سلطة الوكيل في حالة عدم تحديد العوض من الزوج : 106
القول الأول 107
القول الثاني 107
القول الثالث. 107
الفرع الثاني: التوكيل بالخلع من طرف الزوجة..... 107
أولا:سلطة الوكيل في حالة تحديد الزوجة مقدار العِوَض 107
القول الأول 108
القول الثاني 108
ثانيا: سلطة الوكيل في حالة عدم تحديد الزوجة مقدار العوض 108
المطلب الثالث : السلطة القانونية للوكيل في الخلع 109
الفرع الأول : سلطة الوكيل عند تحديد العوض..... 109
أولا : موقف المشرع الجزائري :..... 109
ثانيا موقف المشرع الأردني : 110
الفرع الثاني سلطة الوكيل في الخلع عند عدم تحديد مقدار العوض : 110
أولا :موقف المشرع الجزائري : 110
ثانيا موقف المشرع الأردني:..... 110
المطلب الرابع : سلطة الوكيل في مباشرة إجراءات التقاضي 111
الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري..... 111
الفرع الثاني موقف المشرع الأردني : 112
الفرع الثالث المشرع المصري:..... 113
خلاصة الفصل : 114

الفصل الثاني سلطة القاضي في إجراء الصلح والآثار المترتبة على الخلع.....117
تمهيد الفصل : 118
المبحث الأول سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع 120
المطلب الأول : ماهية الصلح ومشروعيته 120
الفرع الأول : تعريف الصلح لغة 120
الفرع الثاني تعريف الصلح فقها: 120
الفرع الثالث :تعريف الصلح قانونا 121
أولا :تعريف الصلح عند المشرع الجزائري 121
ثانيا :تعريف الصلح عند المشرع المصري :.....121
ثالثا تعريف الصلح عند المشرع الأردني : 122
رابعا: تعريف الصلح عند المشرع المغربي 122
الفرع الثاني:مشروعية الصلح. 122
أولا من القران الكريم: 122
ثانيا من السنة النبوية: 123
ثالثا من الإجماع: صلاحية القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع.....123
المطلب الثاني:صلاحية القاضي في إجراء الصلح في دعولى الخلع 123
الفرع الأول: صلاحية القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع في التشريع الجزائري 123
أولا: قبل صدور قانون الأسرة رقم 84-11ك.....124
ثانيا بعد صدور قانون الأسرة 84-11 124
1)الاجتهاد الذي يرى أنّ الصلح ليس إجراءا جوهريا: 124
2)الاجتهاد الذي يرى أنَّ الصلح إجراءا جوهريا: 125

الفرع الثاني :صلاحية القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع في بعض التشريعات العربية
.....125
أولا:في التشريع المصري 126
ثانيا :في التشريع المغربي: 127
ثالثا :في التشريع الإماراتي: 128
رابعا :في التشريع الكويتي.....128
المطلب الثالث : أثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح.....128
الفرع الأول :أثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح في التشريع الجزائري : 129
أولا: الاتجاه الذي يرى بطلان الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح : 129
ثانيا :الاتجاه الذي يرى عدم بطلان الحكم بالخلع في حالة الحكم به دون إجراء الصلح:130
الفرع الثاني: أثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح في التشريع المصري 130
المبحث الثاني: سلطة القاضي في بعث الحكمين في دعوى الخلع 132
المطلب الأول : حكم بعث الحكمين في الشقاق بين الزوجين.....132
الفرع الأول: حكم بعث الحكمين في الشقاق فقها 132
الرأي الأول.....133
الرأي الثاني 133
الفرع الثاني :حكم بعث الحكمين في الشقاق قانونا 134
أولا :في التشريع الجزائري : 134
ثانيا: في التشريع المصري: 134
ثالثا :في التشريع الأردني :.....135
رابعا :في التشريع الكويتي : 135
خامسا :في التشريع الإماراتي :.....135

المطلب الثاني: مهمة الحكمين في الشِّقاق 135
الفرع الأول:تحديد مهمة الحكمين في الشقاق فقها: 136
-القول الأول : 136
القول الثاني 137
الفرع الثاني :تحديد مهمة الحكمين في الشقاق قانونا : 138
أولا :في التشريع الجزائري: 138
ثانيا :في التشريع المصري : 138
ثالثا :في التشريع الأردني: 139
رابعا: في التشريع الكويتي : 139
خامسا :في التشريع الإماراتي : 140
المطلب الثالث : حكم بعث الحكمين في دعوى الخلع ومهمتهما 141
الفرع الأول :بعث الحكمين في دعوى الخلع في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية 141
أولا :بعث الحكمين في دعوى الخلع في التَّشريع الجزائري: 141
ثانيا :بعث الحكمين في دعوى الخلع في بعض التشريعات العربية 142
1)في التشريع المصري:..... 142
2)في التَّشريع الأردني: 142
3) في التشريع الإماراتي والكويتي : 142
الفرع الثاني :مهمة الحكمين في دعوى الخلع في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية:
..... 142
أولا :مهمة الحكمين في دعوى الخلع في التشريع الجزائري:..... 142
ثانيا :مهمة الحكمين في دعوى الخلع في بعض التشريعات العربية:..... 143
1)في التشريع المصري:..... 143

2) في التشريع الأردني 144
3) في التشريع الكويتي والإماراتي..... 144
المبحث الثالث : سلطة القاضي في ترتيب آثار الخلع 144
المطلب الأول سلطة القاضي في التقدير الزمني لعدة المختلعة 144
الفرع الأول مفهوم العدة: 144
أولا –لغة 145
ثانيا –فقها..... 145
1–المالكية 145
2–الحنفية. 145
3–الحنابلة. 145
4–الشافعية..... 145
ثالثا:قانونا : 146
1– قانون الأسرة الجزائري..... 146
2– قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 146
3– قانون الأحوال الشخصيَّة الكويتي..... 146
4– قانون الأحوال الشخصية الأردني. 146
الفرع الثاني :حكم العدة 147
أولا :فقها..... 147
ثانيا :قانونا..... 147
1)حُكْمها عند المشرع الجزائري..... 148
2–حكمها في التشريع الإماراتي 148
3–حكمها في التشريع الكويتي..... 148

4-حكمها في التشريع الأردني 148
الفرع الثالث :مدة عدة المختلعة..... 148
أولا :فقها..... 149
القول الأول. 149
القول الثاني 149
ثانيا:قانونا..... 150
1-قانون الأسرة الجزائري 150
2-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 151
3-قانون الأحوال الشخصية الكويتي..... 151
4- قانون الأحوال الأسرة الاردني رقم 36 لسنة 2010..... 152
الفرع الرابع :تحول المختلعة من الاعتداد بالأقراء أو الأشهر إلى عدة الوفاة:..... 152
1-فقها..... 154
أولا:-تحول المطلقة طلاقا رجعيا من العدة بالأقراء أو الأشهر إلى عدة الوفاة 152
ثانيا-تحول المطلقة طلاقا بائنا من العدة بالأقراء أو الأشهر إلى عدة الوفاة..... 153
2-قانونا..... 154
1)قانون الأسرة الجزائري 154
2)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي..... 154
3)قانون الأحوال الشخصية الكويتي 155
المطلب الثاني: واقع حق السكنى والنفقة للمختلعة..... 155
الفرع الأول : سلطة القاضي في الحكم للمختلعة بالسكنى..... 156
أولا-حكم سكنى المعتدة من الخلع فقها 156
ثانيا :-حكم سكنى عدةً المختلعة قانونا: 157

1)-قانون الأسرة الجزائري 157
2)قانون الأحوال الشخصية الكويتي 157
3)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي..... 158
4)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 158
الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير نفقة عدة المختلعة..... 158
أولا -مفهوم النفقة..... 158
1)-لغة 158
2)-فقها : 158
3)-قانونا..... 159
أ)-قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02: 159
ب)-قانون الأحوال الشخصية الكويتي:..... 159
د)-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: 159
هـ)-قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 :..... 160
ثانيا:-حكم نفقة المختلعة..... 160
1)-فقها 160
2-قانونا:..... 161
1)-نفقة المختلعة في قانون الأسرة الجزائري : 161
2)-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:..... 162
3)-قانون الأحوال الشخصية الكويتي:..... 162
4)-قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة2010: 163
المطلب الثالث : سلطة القاضي في الحكم للمختلعة بالمتعة..... 163
الفرع الأول :تعريف المتعة : 163

أولا – لغة :..... 163
..... 163
ثانيا–فقها :..... 163
1)–عند المالكية 163
2)–عند الحنفية 164
3)–عند الشافعية..... 164
4)–عند الحنابلة..... 164
5)–عند الظاهرية..... 164
6)–من التعريفات المعاصرة :..... 165
الفرع الثاني :حكم متعة المختلعة 165
أولا :مشروعية متعة المطلقة :..... 165
ثانيا :حكم متعة المطلقة :..... 166
1)–فقها : 166
2) قانونا: 171
أ)قانون الأسرة الجزائري 171
موقف القضاء من المتعة والتعويض: 171
–الإجتهاد الذي يرى أنَّ المقصود من التعويض هو المتعة : 171
–الإجتهاد الذي يرى أنَّ التعويض ليس هو المتعة:..... 171
–الإجتهاد الذي يرى أنَّه لا تعويض للمطلقة قبل الدخول :..... 172
–الإجتهاد الذي يرى أنَّ المطلقة قبل الدخول لها التعويض :..... 172
ب)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 173
ج)قانون الأحوال الشخصية الكويتي 173

د)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة2010..... 173
الفرع الرابع :حكم متعة المختلعة 174
أولا :فقها..... 174
ثانيا : قانونا..... 174
1)قانون الأسرة الجزائري 174
2)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي..... 175
3)قانون الأحوال الشخصية الكويتي 175
المبحث الرابع : سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع 175
المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع عند الإتفاق بين المتخالعان على إسقاط حق من حقوق الطفل 176
الفرع الأول : المال الذي يكون بدل الخلع..... 176
أولا :فقها..... 176
ثانيا :قانونا..... 177
1)التشريع الجزائري..... 177
2)المشرع الكويتي : 178
3)المشرع المغربي 179
4)المشرع الإماراتي 179
5)المشرع الأردني..... 179
الفرع الثاني : حكم الإتفاق بين المتخالعان على إسقاط حق من حقوق الطفل 179
أولا: فقها..... 179
ثانيا: قانونا..... 181
1)المشرع الجزائري..... 181

2)المشرع المغربي. 182
3)المشرع الإماراتي..... 182
المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير البدل عند الخلع في ظل بدل محرم أو مجهول . 182
الفرع الأول حكم الخلع على البدل المحرم: 182
أولا فقها : 182
الحالة الأولى:إذا كانا يعلمان معا حرمة البدل أو كان يعلم الزوج 182
الحالة الثانية:إذا كانا يجهلان معا أو كان يجهل الحرمة هو 183
ثانيا- قانونا: 184
1)-قانون الأسرة الجزائري 184
2)-قانون الأحوال الشخصية المصري : 185
3)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي..... 186
4)قانون الأحوال الشخصية الكويتي. 186
6)مدونة الأسرة المغربية 186
الفرع الثاني:سلطة القاضي في الخلع على مجهول..... 186
أولا : حكم الخلع على المجهول..... 187
1)-فقها 187
أ) الرأي الذي يرى أنَّه يجوز الخلع على عوض مجهول..... 187
ب)- الرأي الذي يرى أنَّه لايجوز الخلع على عوض مجهول..... 188
2)قانونا : 188
أ)قانون الأسرة الجزائري 188
ب)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. 189
ج)قانون الأحوال الشخصية الكويتي 189

د)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 189
ثانيا :ما يكون بدل العوض في الخلع على مجهول 190
المطلب الثالث : سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع عند الإتفاق على أكثر وأقل المهر 191
الفرع الأول :تعريف المهر وحكمه 191
أولا –تعريف المهر : 191
1)لغة 191
2)فقها : 191
3)قانونا : 192
أ)قانون الأسرة الجزائري 192
ب)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 192
ج)قانون الأحوال الشخصية الكويتي 192
د)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 192
ثانيا :حكم المهر 193
1)–فقها 193
أ)من القرآن الكريم 193
ب)من السنة 193
ج)من الإجماع 193
2) حكم المهر قانونا : 194
أ)قانون الأسرة الجزائري 194
ب)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 194
ج)قانون الأحوال الشخصية الكويتي 195
ج)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 195

الفرع الثاني :أنواع المهر : 195
المهر المسمى 195
مهر المثل 195
أولا :مفهوم مهر المسمى و مهر المثل في التشريعات العربية وقانون الأسرة الجزائري : 196
أ)-في فانون الأسرة الجزائري 196
ب)-في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 196
ج)-قانون الأحوال الشخصية الكويتي 196
د)-قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 196
الفرع الثالث :بدل الخلع بين أكثر المهر وأقله 197
أولا: أقل المهر وأكثره فقها 197
ثانيا :أكثر المهر وأقله قانونا 198
1)قانون الأسرة الجزائري 198
2)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 199
3)قانون الأحوال الشخصية الكويتي 199
4)قانون الأسرة الأردني رقم 36 لسنة 2010 199
ثالثا-الخلع على أكثر وأقل المهر: 199
1)فقها : 199
الترجيح 200
2)قانونا : 200
أ)قانون الأسرة الجزائري : 200
ب)قانون الأحوال الشخصية المصري : 201
ج)المشرع المغربي : 201

د)قانون الأحوال الشخصية الإماراتي : 202
هـ)قانون الأحوال الشخصية الكويتي :.....202
و)قانون الأسرة الأردني 36 لسنة 2010 : 202
خلاصة الفصل : 202
خاتمة.....205
أولا النتائج :.....206
ثانيا :التوصيات 207
الفهارس العامة.....209
أ-فهرس الآيات برواية حفص.....214
ب- فهرس الأحاديث 216
ج -قائمة المصادر والمراجع 220
د-فهرس الموضوعات 241

ملخص :

تناولت في مذكرتي هذه سلطة القاضي في فض النزاعات الزوجية ، والخلع كأحد هذه النزاعات التي تثار أمام القضاء . على إعتبار أن الخلع هوعقد معاوضة تملك به الزوجة نفسها ويأخذ الزوج العوض في

نظير تخلية سبيلها ، لكن الأمر لا يتوقف عند العوض فقط بل قد تثار إشكالات أخرى متعلقة ، بالخلع في مرض الموت أو الحيض ونفقة المختلعة أثناء العدة ومدتها وخلع فاقد الأهلية ، كما قد يوكل الزوجين طرفا آخر في توقيع الخلع فينجم عن ذلك نزاعات متعلقة بسلطة الوكيل،كما أنَّ أي نزاع بين الزوجين يخضع لإجراء الصلح ذلك من أجل المحافظة على استقرار الأسر ، إلاَّ أن المشرع الجزائري اعتمد في ذلك على المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 ، تاركا كل هذه النزاعات لمبادئ الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من نفس القانون ، إلاَّ أنّ مبادئ الشريعة الإسلامية متعددة الآراء مما ينجم عنه اختلاف في أحكام المحاكم واجتهادات المحكمة العليا.

Resume:

My thesis paper has dealt with the judge's authority to settle marital disputes, and khula is one of these disputes that is raised in front of the judge. Khula is considered to be a contract on which the husband takes the compensation in return of divorcing of the wife. The khula may be raised by many problems such as in terminal illness, menstruation, alimony during the iddat of the woman who asked for divorce , and the khula for incapacitated people. In addition to that the couple who asked for khulamay appoint another person to sign instead of them, which may raise other problems. Moreover to maintain stability, problems between couples who asked for khula are passed through conciliation process. Algerian legislators relied on article 54 from family law adjusted by the order 05-02, leaving all these disputes to the principles of Islamic regulations according to Article 222 of the same law. However the principles of Islamiclegislations varied, resulting in a difference in court decisions and Supreme Court's jurisprudence

ملخص

تناولت في مذكرتي هذه سلطة القاضي في فض النزاعات الزوجية، والخلع كأحد هذه النزاعات التي تثار أمام القضاء . على إعتبار أن الخلع هو عقد معاوضة تملك به الزوجة نفسها ويأخذ الزوج العوض في نظير تخلية سبيلها ، لكن الأمر لا يتوقف عند العوض فقط بل قد تثار إشكالات أخرى متعلقة ، بالخلع في مرض الموت أو الحيض ونفقة المختلعة أثناء العدة ومد ا وخلع فاقد الأهلية ، كما قد يوكل الزوجين طرفا آخر في توقيع الخلع فينجم عن ذلك نزاعات متعلقة بسلطة الوكيل،كما أنَّ أي نزاع بين الزوجين يخضع لإجراء الصلح ذلك من أجل المحافظة على استقرار الأسر ، إلاَّ أن المشرع الجزائري اعتمد في ذلك على المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 ، تاركا كل هذه النزاعات لمبادئ الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من نفس القانون ، إلاَّ أنّ مبادئ الشريعة الإسلامية متعددة الآراء مما ينجم عنه اختلاف في أحكام المحاكم واجتهادات المحكمة العليا.

كلمات مفتاحية:

الإثبـــات؛ سلطة القاضي؛ الخلع؛ الطلاق على مال؛ التشريعات العربية؛ القانون؛ الفقه؛سلطة الوكيل؛ النزاعات الزوجية؛ المشرع الجزائري؛ الشريعة الإسلامية.

تاريخ المناقشة 2021/12/02

بتقدير مشرف جدا