

## عِوض الخُلْع في قانون الأسرة الجزائري

أ . عادل عيساوي

جامعة محمد الشريف مساعديّة، سوق أهراس

إشراف أ . د . مراد كاملي

جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل

### الخلاصة:

يعالج هذا البحث حقّا ماليا مُقرّرا للزّوج يتمثّل في عِوض الخُلْع، ويُقدّم نظرة قانونية حول معالجة المشرّع الجزائري لهذا الموضوع، كما يستعرض الرّصيد الفقهي والاجتهاد القضائي في المسائل المرتبطة به.

إنّ عِوض الخُلْع هو المقابل الذي تمنحه الزّوجة لزوجها لقاء فرقتها، وهو مقررّ بنصوص الشّريعة ونصوص قانون الأسرة، ويشترط فيه أن يكون مالا أو قيمة مالية أو منافع حسب الاتفاق، وقد اختلف الفقه حول قيمة بدل الخُلْع ومدى إلزامية مراعاة قيمة المهر عند تقديره، وقد أناط المشرّع الجزائري تقدير قيمته للقاضي حال عدم اتّفاق الزّوجين في تقديره، على أن يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وإمكانية استغلال الزّوجة لهذا المبدأ لافتداء نفسها بأقلّ من المهر الذي قبضته.

يعالج البحث أيضا الارتباط القائم بين الاتفاق على بدل الخُلْع وأحكام تصرّفات المريض مرض الموت تطبيقا للقواعد العامّة المقرّرة في الفقه الإسلامي

والقانون الجزائري، كما يعالج أهم إشكالات عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري، خاصة ما تعلّق منها بعدم اشتراط رضا الزوج بالعوض، ومعايير تقديره من طرف القاضي.

الكلمات المفتاحية: الخلع، عوض الخلع، الصّدّاق، صدّاق المثل.

### Conclusion:

Cette recherche traite un droit financier établi pour l'époux qui est " La contre- partie du khol'a", et présente un aperçu juridique sur le traitement du législateur algérien à ce sujet, comme elle expose la réserve du fiqh et la jurisprudence dans les affaires relatives.

La contre- partie du khol'a est en revanche, ce que donne une femme à son mari en contre partie à sa séparation, et il est établi par les textes de chari'a et les textes du code de la famille, et il faut qu'il soit financier ou de valeur monétaire ou de prestations conforme à l'accord, le désaccords du Fiqh en ce qui concerne la valeur de la contre- partie du khol'a et l'ampleur de l'obligation de complaisance de la valeur de la dot quant à son appréciation; le législateur algérien a confié son estimation au juge en cas de désaccord des conjoints sur son estimation, il doit ordonner le versement d'une somme dont le montant ne saurait dépasser la valeur de la dot de parité "sadaq elmithl" évalué à la date du jugement, et la possibilité de l'exploitation de l'épouse de ce principe afin de se rançonner avec un montant moins que la dot quelle a pris en main.

La recherche traite aussi le lien existant entre l'accord sur la

contre- partie du khol'a et les dispositions des actions par une personne, au cours d'une maladie ayant entraîné sa mort en application des règles générales prescrites dans le fiqh islamique et le code algérien de la famille, comme elle traite les plus importants problèmes de la contre- partie du khol'a, Surtout ceux relatifs à la non-exigence du consentement de l'époux pour la contre- partie du khol'a, et les critères de son évaluation par le juge.

**Mots-clés:** khol'a, La contre- partie du khol'a, la dot, la dot de parité "sadaq elmithl".

## مقدمة:

لقد كان لتقرير المشرّع الجزائري مبدأ عدم مجاوزة مقدار صداق المثل عند صدور الحكم في تقدير عَوْض الخلع أثره في إنهاء دواعي ابتزاز الزوجة، ولذا كان مدعاة لسلوك كثير من الراغبات في إنهاء العلاقة الزوجية لهذا الطريق، خاصة وأنه لا يتطلب موافقة الزوج أصلا.

ويعتبر عَوْض الخلع عنصرا ماليا جوهريا في الخلع بموجب الشرع والتشريع، إلا أنّ المشرّع الجزائري قصر الحديث عنه فيما يتعلّق بتقديره بصداق المثل عند صدور الحكم حال عدم الاتفاق، وأغفل كثيرا من المسائل كجعله في مقابل أجرة الرضاع أو الحضانة أو الإبراء من نفقة العدة، ولهذا فهو لم يعن به عناية كافية، واكتفى بالإحالة على أحكام الشريعة بمقتضى نصّ المادة 222 من قانون الأسرة رغم الاختلاف الفقهيّ الكبير في تقرير مسائل عوض الخلع. وهو ما يطرح تساؤلا حول مدى إمكانية تقرير نظام عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائريّ في ظلّ شحّ النصوص، وكثرة الاختلافات الفقهيّة في المسألة؟ ويتفرّع عن هذا التساؤل الأساسيّ تساؤلات ثانوية منها:

- ما مفهوم عَوْض الخلع في إطار التشريع الجزائري؟ - ما العلاقة الرابطة بين الصّدق وعَوْض الخلع في قانون الأسرة الجزائري؟ - ما الآثار المترتبة على تطبيقات المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري؟.

ويهدف هذا البحث إلى تقييم موقف المشرّع الجزائري في هذا الخصوص واقتراح البدائل.

وتقتضي دراسة الموضوع تعريف عَوْض الخلع وبيان دليل مشروعيته (المطلب الأول)، وكذا بيان شروطه وعلاقته بالصّدق (المطلب الثاني)، ثمّ بيان مقدار عَوْض

الخلع (المطلب الثالث)، وأخيراً إشكالات عَوْض الخلع في قانون الأسرة الجزائري (المطلب الرابع).

### المطلب الأول: تعريف عَوْض الخلع ودليل مشروعيته.

هناك عدّة تعاريف لغوية واصطلاحية لعَوْض الخلع وأدلة شرعية حيث تتنوّع التعاريف وتتحد المعاني مع القصد الشرعي لتحديد معاني المصطلحات الشرعية واللغوية، ممّا يتطلّب تقسيم المطلب إلى فرعين: يخصّص الأول للتعريف اللغوي والاصطلاحى للعَوْض والخلع، وأمّا الفرع الثاني فيخصّص للأدلة الشرعية كما يلي:

### الفرع الأول: تعريف عَوْض الخلع لغة واصطلاحاً.

#### أولاً: تعريف العَوْض في اللغة.

العَوْض في اللغة من عاضَ عَوْضاً وَعِياضاً، واعتاضَ أيضاً: أخذَ: العَوْض، وعَوْضُ اللَّيْلِ يعني: جَوْفُهُ، وعَوْضُ: صَنَمٌ<sup>(1)</sup>، والعَوْض بكسر ففتح جمعه أعواض ويقصد به الخلف والبدل، ويقال استعاض أي طلب العَوْض<sup>(2)</sup> ونقول عُضْتُ فلاناً وَأَعَضْتُهُ وعَوْضْتُهُ إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، وأيضاً اعتاضني فلان أي سأل العَوْض وعُضْتُ بمعنى أَصَبْتُ عَوْضاً<sup>(3)</sup> والعَوْض يأخذ منحى القسم ولذلك تقول

(1) الصاحب بن عباد. المحيط في اللغة. دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ط 2. 1988. ج 1 ص 182.

(2) أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. دار الفكر. بيروت، لبنان، ط 1. 1985. ص 166.

(3) ابن منظور محمد بن مكرم الأفيقي المصري. لسان العرب. دار صادر، بيروت، لبنان، ط 1. ج 7 ص 192.

العرب عِوض لا أفعل كذا<sup>(1)</sup>، والعوض باللغة الفرنسية (La Compensation) وهو الشيء الذي يدفع على جهة المِثْمَانَة بعقد ويشمل التقود وغيرها<sup>(2)</sup>. من خلال هذه التّفْرِيعَات اللّغَوِيَّة لمعنى العِوض يتّجه معناه إلى البدل والخلف والمقابل المادي الذي يدفعه الشّخص لغيره وهو أيضا بمعنى القَسَم.

### ثانياً: تعريف العِوض في الاصطلاح.

يقصد بالعِوض كل ما يكون في مقابل حقّ للغير وكذلك تعويض ضرر<sup>(3)</sup>. من خلال التّعريف الاصطلاحي للعِوض يتّضح أنّه إيجاد البديل على ما أصاب الغير جرّاء عمل معيّن وإلحاق الأذى به وضرورة جبر ذلك وردّ الأمور إلى نصابها.

### ثالثاً: تعريف الخلع في اللّغة.

ينصرف معنى الخلع في اللّغة إلى الإزالة والنّزع، ويقال خلّع الشيء يخلّعه خلْعاً واختلّعه بمعنى نزع، ولذلك يقال خلع النّعل والثوب والرّداء أي جرّده، وخلّع الوالي يعني غزّل<sup>(4)</sup>، والخلعة أيضا هي خيار المال، والخلع أيضا لحم يُطبخ بالتوابل ثم يُجعل في القرف وهو وعاء من جلد، وتخالع القوم بمعنى نقضوا العهد بينهم، والتخلّع هو التّفكّك في المشية، والخليع هو الصّيّاد، ويقال أيضا خولع وخيلع أي فزع يُصيّبه<sup>(5)</sup>،

(1) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب (اللّغوي). مجمل اللّغة، دارالرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1986. ج 1 ص 637.

(2) محمد رواس قلعة جي. معجم لغة الفقهاء. دار النفائس، بيروت لبنان، ط1. 1987. ص 425.

(3) مصطفى أحمد الزرقا. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام. دار القلم، دمشق، ط1، 1998. ج2 ص750.

(4) ابن منظور. لسان العرب. ج 8 ص 76.

(5) إسماعيل بن حماد الجوهري. الصحاح تاج اللّغة وصحاح العربية. دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط4. 1990. ج4 ص340.

وَالْخُلْعُ مَا يُعْطِيهِ الْإِنْسَانُ غَيْرُهُ مِنَ الثِّيَابِ مِئْحةً<sup>(1)</sup>، وخالعت المرأة بعلها : أرادته على طلاقها ببذل منها له<sup>(2)</sup>.

مما سبق يمكن القول بأنها كثيرة هي المعاني اللغوية للخلع في اللغة وعموما ينصرف المعنى إلى الإزالة والتجرد والعزل، وبمعنى خاص طلاق الزوجة زوجها وفك أو اصر الرابطة بينهما.

#### رابعاً: تعريف الخلع في الاصطلاح.

لقد جاء في تعريف الخلع من الناحية الاصطلاحية العديد من التعاريف الفقهية ومن أبرزها أنه "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع كقوله طلقتك أو خالعتك على كذا فتقبل"<sup>(3)</sup>، فواضح أنّ الخلع هو سبيل لفك الرابطة الزوجية برغبة من الزوجة الغير مطيقة لزوجها، حيث تؤدي له عوضاً لقاء اقتداء نفسها.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإنه لم يُفرد مادة بعينها تخص تعريف الخلع بل جاء النص عليه في إطار سبل حل الرابطة الزوجية بموجب المادة 48 التي نصّت على أنّه "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يخلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"<sup>(4)</sup>، فأراد المشرّع من خلال هذه المادة التصريح أنّ الرجل

(1) الفيومي. المصباح المنير. ص 68.

(2) أحمد بن فارس. مجمل اللغة. ج 1 ص 300.

(3) الشربيني محمد الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الفكر، بيروت، لبنان، ج 3 ص 262.

(4) القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة الجزائري الصادر في 09 يونيو 1984 (الجريدة الرسمية، رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984)، المعدل والمتمم بالأمر رقم (05-02)

والمرأة لهما نفس الحق في حلّ الرابطة الزوجية وعلى قدم المساواة من خلال اشتراكهما في الطلاق بالتراضي، وانفراد الرجل بالطلاق بإرادته المنفردة، وبالموازاة مع ذلك للمرأة الحق في الخلع بمحض إرادتها وأيضاً الحق في التطليق الذي هو طلب صرف لها يخضع لتقدير القاضي في إيقاعه.

كما وجاءت المادة 54 ناصّة على أنّه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

من خلال إيراد التعريف الخاص بالعبّوس والخلع يمكن الخلوّص إلى إيجاد تعريف **عبّوس الخلع** هو أنّه "كلّ ما تقدّمه المرأة لتفتدي نفسها"<sup>(1)</sup> فبدل الخلع هو المقابل الذي تمنحه الزوجة لزوجها لقاء فرقتها على أن يكون ذلك مالا أو مقوماً بالمال.

بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه لم يفرد تعريفا خاصا بعبّوس الخلع في إطار قانون الأسرة باستثناء النص على الخلع في المادة 54 وجعله "مقابلا ماليا" تفتدي به الزوجة نفسها من زوجها، على أن لا يتجاوز ذلك صداق المثل في حال اختلافهما على تحديد قيمته.

وهناك عدّة قرارات للمحكمة العليا تقرّر صحّة وجواز الخلع بصفة عامة من غير الخوض في التفاصيل التعريفية الخاصة به أو بعناصره والتي من ضمنها العبّوس،

المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري الصادر في 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية، رقم 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005) ص 19، الموافق عليه بموجب القانون (05-09) الصادر في 04 مايو 2005 (الجريدة الرسمية، رقم 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005).  
أنظر الموقع: [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz). تاريخ زيارة الموقع 2013/04/02.

(1) عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1. 1984. ص 301.



ونصّ اجتهاد قضائي على: "الخُلْع رخصة للزّوجة تستعملها لفدية نفسها من الزّوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه"<sup>(1)</sup>، فيمكن التّوصّل إلى أنّ عِوض الخُلْع هو المال الذي تؤدّيه الزّوجة لزوجها مقابل طلاقها منه، فتتولّى ردّ المال المؤدّى لها في شكل صداق كدليل على رغبتها في نقض الرّابطة الزّوجية.

كما أنّ المحكمة العليا قد جعلت من الدّخول شرطا جوهريّا لرفع دعوى الخلع، وسبب ذلك هو ضرورة تحقّق الباعث الرّئيسي المؤدّي للخلع وهو الكراهيّة والنّفور التي لا يمكن أن تتحقّق إلّا بعد الدّخول وهو ما شمله القرار التّالي: "حيث أنّ الحكم محلّ الطّعن خالف القانون وأساء تطبيقه، ذلك أنّ الخلع لا يمكن للزّوجة أن تطالب به قبل الدّخول، بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدّخول، وعند بلوغ حياتها الزّوجيّة مع زوجها حالة من الكراهيّة والنّفور يتعدّد معه مواصلة العشرة الزّوجيّة، الأمر الذي يجعل الحكم محلّ الطّعن عرضة للتّقض والإبطال..."<sup>(2)</sup>، وهو نفس النّسق التي دأبت عليه المحكمة العليا من خلال قرار آخر يعمل على ضرورة تحقّق الدّخول لرفع دعوى الخلع من خلال القرار الذي نصّ على: "حيث متى كان هناك عقد زواج مسجّل ببلديّة شميني بتاريخ 19-08-2003، والمطعون ضدها لم يتمّ الدّخول بها، فإنّ محكمة أول درجة لما قضت بفكّ الرّابطة الزّوجيّة عن طريق الخُلْع تكون قد أخطأت في تطبيق أحكام قانون الأسرة، لأنّ الخُلْع لا يتمّ إلّا بعد الدّخول بالزّوجة،

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 16/03/1999 ملف رقم 216239 - عدد خاص. ص 138.

(2) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 14/06/2006 ملف رقم 581222 - مجلة المحكمة العليا لسنة 2006. العدد 02. ص 421. (أنظر: جمال سايس. الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشّخصيّة. منشورات كليك، المحمّدية، الجزائر، ط 1. 2013. ج 3 ص 1350 و 1351).

الشّيء الذي لا وجود له في دعوى الحال، ممّا يستوجب القول بأنّ الوجهين غير سديدين ويؤدّيان إلى نقض وإبطال الحكم المطعون فيه..."<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: دليل مشروعية عوض الخلع.

إنّ عوض الخلع له الخلفية الشرعية التي يستمدّ منها وجوده فهو ثابت من الكتاب والسنة وإجماع الفقهاء.

### أولاً: دليل عوض الخلع من القرآن الكريم:

عوض الخلع ثابت في مواضع عديدة من كتاب الله عزّ وجلّ ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>(2)</sup>، قال الطبري في تفسير هذه الآية: "يعني قوله تعالى ذكره بذلك : فإن خفتُم أيّها المؤمنون ألاّ يقيم الزوجان ما حدّ الله لكلّ واحد منهما على صاحبه من حقّ، وألزمه له من فرض، وخشيتُم عليهما تضييع فرض الله وتعديّ حدوده في ذلك فلا جناح حينئذ عليهما فيما افتدت به المرأة نفسها من زوجها، ولا حرج عليهما فيما أعطت هذه على فراق زوجها إياها ولا على هذا فيما أخذ منها من الجعل والعوض عليه... وأما أهل التأويل فإنهم اختلفوا في معنى "الخوف" منهما أن لا يقيما حدود الله، فقال بعضهم: ذلك هو أن يظهر من المرأة سوء الخلق والعشرة لزوجها، فإذا ظهر ذلك منها له، حلّ له أن يأخذ ما أعطته من فدية على فراقها"<sup>(3)</sup>، فلقد رخص المولى عزّ

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية والموارث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2009/01/14 تحت رقم 103-09. (أنظر: حسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. دار هومة، بوزريعة، الجزائر، ط2. 2015. ص 173).

(2) سورة البقرة. الآية 229.

(3) الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي أبو جعفر. جامع البيان في تأويل القرآن.

وجلّ للمرأة الفرقة بالحسنى على أن تبذل من مالها لقاء حريتها، سيما إذا جاء التّفور منها لسبب من الأسباب، وتأكّدت أنّها لن تقوم بواجبها الشرعي الأساسي، وهو طاعة زوجها في الحدود المباحة، فتبادر بإعطائه العوض ردّاً على الصّدق الذي قدّمه لها حتى لا يجمع الرّجل بين ألم الفرقة من جانبها والخسارة المالية.

كما يمكن الاستدلال بآيات الأصل فيها أنّه جاءت للدلالة على حرّية المرأة في التصرف في حرّ مالها والذي من أوجهه أن تبذل المخالعة من مالها لقاء حريتها - وهذا كما ورد في كتب التفسير وكذا في كتب الفقهاء أثناء تدليلهم على مشروعية الخلع من القرآن الكريم-، من خلال قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾<sup>(1)</sup>، وذلك معناه بحسب ابن العربي: "إِذَا أُعْطِنَتْ مَالَهَا بِرِضَاهَا مِنْ صَدَاقٍ وَغَيْرِهِ فَخُذْهُ... فَأَذِنَ اللَّهُ تَعَالَى لِلزَّوْجِ فِي قَبُولِ الصَّدَاقِ إِذَا طَابَتْ نَفْسُ الْمَرْأَةِ بِتَرْكِهِ"<sup>(2)</sup>، فيُعدّ اقتداء المرأة نفسها بعوض الخلع إحدى صور ترك مهرها ودلالة قويّة على حريتها في التصرف فيه، وقال ابن كثير في تفسير هذه الآية "وأما إذا تشاقق الزوجان، ولم تقم المرأة بحقوق الرّجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاه، ولا حرج عليها في بذلها، ولا عليه في قبول ذلك منها"<sup>(3)</sup>.

فالأصل أن لا يأخذ الزوج من مال زوجته إذا كرهت ذلك ويتجلّى الاستثناء في

مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2000. ج 4 ص 565 و 577.

(1) سورة النساء. الآية 4.

(2) محمد بن عبد الله الأندلسي (ابن العربي). أحكام القرآن . دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997. ج 1 ص 265 و 294.

(3) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي. تفسير القرآن العظيم. دار طيبة للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، السعودية، ط2، 1999. ج 1 ص 613.

ذلك إذا رضيت من دون وجه إكراه، وعوض الخلع يمثل إحدى هذه الصور حيث تتنازل المرأة على جزء من مالها طوعية في مقابل حرّيتها وفكّ رابطة الزواج الذي أصبحت لا تستطيع المضي فيه لسبب وجيه صادر منها.

وفي إطار نفس المعنى ورد قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾<sup>(1)</sup>، فقال الطّبري في تفسير الآية: "إجماع الجميع من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المسلمين، على تحطّته وإجازة أخذ الفدية من المفتدية نفسها لزوجها، وفي ذلك الكفاية عن الاستشهاد على خطئه بغيره... فقد ثبت أنّ أخذ الزّوج من امرأته مالا على وجه الإكراه لها وبالإضرار بها حتى تعطيه شيئا من مالها على فراقها حرام"<sup>(2)</sup>، فوضح مدى صراحة الآية في التّهي على أن يأخذ الزّوج شيئا من صداق زوجته وهي كارهة خاصة إذا أراد الإضرار بها، إلّا أن تعطيه هي من مهرها بصفة خاصة أو من مالها بصفة عامة وهي راضية تمام الرّضا، و دليل على افتداء الزّوجة لنفسها مقابل طلاقها من زوجها.

#### ثانياً: دليل عوض الخلع من السنة النبوية.

إنّ الخلع وعوضه ثابتان من السنة النبوية الشريفة ولعلّ أشهر واقعة هي التي حدثت بين ثابت بن قيس وزوجه، فعن ابن عبّاس أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النّبيّ ﷺ فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعْتَبُ عليه في خُلُقٍ ولا دينٍ ولكي أكرهه

(1) سورة النساء. الآية 20.

(2) الطّبري. جامع البيان في تأويل القرآن. ج 4 ص 581.

الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ قَالَتْ نَعَمْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ اقْبِلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقًا (1).

وجاء أيضا بحسب الرواية التالية: عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ حَمِيلَةَ بِنْتَ سُلُولَ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَتْ: وَاللَّهِ مَا أَغْتَبْتُ عَلَى ثَابِتٍ فِي دِينٍ، وَلَا خُلُقٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، لَا أُطِيقُهُ بَعْضًا، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ: أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا حَدِيثَهُ، وَلَا يَزْدَادَ (2)، فهي لا تريد مفارقتها لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، وإنما كرهت كفران العشير، والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له، فأمرها خير الأنام ﷺ أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب بردّ بستانه الذي أمهرها إياه، وهو أول خلع وقع في الإسلام، وفيه معنى المعاوضة (3).

إنّ هذه الأحاديث تبين مدى حرص هذه المرأة الراغبة في فراق زوجها الكارهة له، بمعنى أنّها هي من رغب في الفرقة وليس الزوج، واستعدادها لدفع ثمن ذلك وهو مهرها، وتبين أيضا هذه الحادثة قمة التبل في الأخلاق وخوف المرأة من عدم تمكّنها

(1) البخاري محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبد الله. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري). كتاب الطلاق. باب الخُلْعِ وَكَيْفَ الطَّلَاقِ فِيهِ. الحديث رقم 5273. دار طوق النجاة، القاهرة، مصر، ط1، 1420هـ، ج 7 ص 46؛ النسائي أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، سنن النسائي الكبرى. كتاب الطلاق. باب ما جاء في الخلع. الحديث رقم 5657. دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1991. ج3. ص 369

(2) ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة. كتاب الطلاق. باب الْمُخْتَلَعَةِ يَأْخُذُ مَا أُعْطَاهَا. الحديث رقم 2056. مكتبة أبي المعاطي، القاهرة، مصر، ط 1، 1990، ج 3 ص 308.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. دار الفكر، دمشق، سوريا، ط4، 1998. ج 9 ص 454.

من طاعة الله إن هي عصت أمر زوجها، فاهتدت للفراق رغم ألمه خير من استدامة عشرة غير هنيئة ولا سوية.

### المطلب الثاني: شروط عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري.

يشترط في العوض المالي عدّة شروط وهي أن يكون مالا أو قيمة مالية أو منافع حسب الاتفاق، ممّا يتطلّب دراسة الشّروط وتقسيم المطلب إلى فرعين:

#### الفرع الأول: أن يكون مالا أو ممّا يُقوّم بالمال.

إنّ كل ما يصلح أن يكون مهرا من مال أو منفعة تُقوّم بالمال يصلح أن يكون عوضا للخلع، غير أنّه ليس له حدّ أدنى بخلاف الصّدق، فيتحقّق الخلع بأي عوض قلّ أو كثر، ويُستحبّ أن لا يأخذ الرّجل أكثر ممّا أعطى المرأة من الصّدق عند أكثر العلماء<sup>(1)</sup>، كما أنّه لا يلزم ذكر العوض أو التّصريح قياسا على المهر في عقد الرّواج، فالعوض لازم في الخلع عند الحنفية حيث جاء في المبسوط: "إذا قالت المرأة اخلعني ولك ألف درهم أو قالت طلقني ولك ألف درهم ففعل وقع الطّلاق ولم يجب المال عليها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد"<sup>(2)</sup>، وقال الكاساني: "لأنّ ذكّر العوض دليل إرادة الطّلاق ظاهرا فلا يصدّق في العُدول عن الظّاهر بخلاف ما إذا قال لها خالعتك ولم يذكر العوض ثمّ قال ما أرذت به الطّلاق أنّه يصدّق إذا لم يكن هُناك دلالته حال تدلّ على إرادة الطّلاق من غَضَبٍ أو ذكّر طلاق"<sup>(3)</sup>، وكذا الشافعية<sup>(4)</sup>،

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 458.

(2) شمس الدين السرخسي. المبسوط. دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989. ج 6 ص 180.

(3) علاء الدين الكاساني. بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع. دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982، ج 3 ص 144.

(4) الدميّطي أبو بكر ابن السيد محمد شطا. حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين

فقد قال الشيرازي "فإن قال أنت طالق على أن عليك ألفا فقبلت صحّ الخلع ووجب المال لأنّ تقديره أنت طالق على ألف فإذا قبلت وقع الطلاق ووجب المال" (1)؛ فإذا تفاهما على الخلع ولم يذكر العوض كان الخلع صحيحا ولزم العوض، وقال المالكية وفي رواية عن الحنابلة أنّ الخلع يجوز دون عوض، فقد قال القرافي: "...ولهذا السرّ جوّزنا الغرر والجهالة في الخلع مطلقا..." (2)، وقال الدردير: "...أنّ الخلع نوعان: الأول وهو الغالب ما كان في نظير العوض، والثاني: ما وقع بلفظ الخلع ولولم يكن في نظير شيء، كأن يقول لها: خالعتك، أو أنت مخالعة" (3)، وقال ابن قدامة: اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فروى عنه ابنه عبد الله قال: لأبي رجل عقلت به امرأته تقول أخلعني قال قد خلعتك قال: يتزوّج بها ويجدد نكاحا جديدا وتكون عنده على اثنتين فظاهر هذا صحّة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لأنّه قطع لنكاح فصّح من غير عوض كالطلاق ولأنّ الأصل في مشروعية الخلع أن يوجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة إلى فراقه فسأله فراقها فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع فصّح كما لو كان بعوض" (4)، والرّاجح عند الحنابلة أنّ العوض هو ركن في الخلع وبالتالي انتفائه إذا لم يكن العوض، فقد جاء في الشرح الكبير على متن المقنع

لشرح قرة العين بمهمات الدين. دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ج 3 ص 381.

(1) الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي. دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998. ج 2 ص 73.

(2) القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس. الذخيرة. دار الغرب، بيروت، لبنان. ج 6 ص 244.

(3) الدردير أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. دار المعارف، القاهرة، مصر، 1986. ج 2 ص 456. ج 2 ص 518.

(4) ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله المقدسي الحنبلي. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني. دار الفكر، بيروت، لبنان، 1405 هـ. ج 8 ص 193.

لابن قدامة: "قال الشيخ رحمه الله (أحمد بن حنبل): ولا يصح الخلع إلا بعوض في إحدى الروايتين فإن خالعهما بغير عوض لم يقع إلا أن يكون طلاقاً فيقع رجعيًا والأخرى يصح بغير عوض"<sup>(1)</sup>.

من هذا المنطلق يرتبط معنى عوض الخلع بالصدّاق فقها وقانوناً، حيث يُشترط في عوض الخلع الشروط التي يتضمنها الصدّاق قياساً عليه، وعلى هذا الأساس فإنّ ما يصلح أن يكون صدّاقاً يمكن أن يكون عوضاً للخلع، وبالرجوع إلى الشروط الواجب مراعاتها في الصدّاق من الناحية الفقهية فإنّها تضمّنت ما يلي:

**أولاً:** أن يكون الصدّاق مالا أو شيئاً متقوّماً له قيمة، ولا يصح باليسير الذي لا قيمة له كحبة برّ ولا حدّ أعلى لقيّمته، فلو تزوّجها على صدّاق يسير حتى ولو كان ملء اليد قمحاً أو سميداً صحّ ذلك<sup>(2)</sup>، وهذا حتى يؤدي الصدّاق ما وُجد من أجله وهو إكرام الزوجة بشيء متقوّم مالياً على بساطته أو على غلاء قيمته، وبالمقابل فإنّ عوض الخلع يكون مالا ذو قيمة غير تافه أي دليلاً على صدق باذله، فالزوجة حتى تفتدي نفسها لا بدّ عليها أن تردّ ما مُنح لها على سبيل التكرّم، فالزّوج أكرمها بمهرها وعليها أن تردّ له كرمه بشيء متقوّم وذو قيمة.

**ثانياً:** أن يكون الصدّاق حلالاً مشروعاً<sup>(3)</sup> يُنتفع به ومّا يجوز تملكه وبيعه كالذهب مثلاً، ولا يجوز ما هو غير مشروع كخمر أو خنزير<sup>(4)</sup>، فكلّ هذه الأمور لا

(1) شمس الدين أبي محمد عبد الرحمن بن الشيخ أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1983. ج 8 ص 191.

(2) عبد الزّحمان الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003. ج 4 ص 90.

(3) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 521.

(4) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 245.



يجوز تملكها شرعاً، كما لا يجب أن يكون مغصوباً بسرقة أو احتيال أو غيره<sup>(1)</sup>، فكان لزاماً أن يكون الصّدق نقياً وخالصاً من كلّ نزاع أو كلّ ما من شأنه أن يكدر نقاءه، وهو الأمر الذي ينطبق على العوض حيث لا يُتصوّر أن يكون غير مشروع بأي صفة كانت لأنّ ذلك يحول دون اعتباره عوضاً، خاصة وأنّ الزّواج وآثاره وكذا الطّلاق وصوره يحكمها الشّرع فكان لزاماً مراعاة أحكامه في أدنى التفاصيل.

ثالثاً: أن لا يكون الصّدق مجهولاً، فيجب أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة من حيث النّوع والصّنف والجنس والمقدار<sup>(2)</sup>، لأنّ الصّدق عوض في معاوضة، فهو بمثابة الثّمّن في البيع، فلا يجوز بصدق مجهول إلّا في حالة نكاح التّفويض: وهو أن يسكت العاقدان عن تعيين الصّدق حين العقد<sup>(3)</sup>، لأنّ عدم تحديد الصّدق وبالتالي العوض يحول دون علم الزّوج بحقّه فيه، فلا يمكن أن تخالغ الزّوجة زوجها مقابل شيء مجهول لتنافي ذلك مع المنطق عند بعض الفقهاء.

رابعاً: أن يسلم الصّدق من الغرر الشّديد: لأنّه لا ضير من الغرر اليسير، كأن يجعل صداقها ذهباً دون تبين نوع الحلّي أو أثاثاً دون تبين نوعه، فإذا لم تتم الإشارة إلى الصّدق وكان معلوم الصّنف والنّوع والجنس والقدر انتفت الجهالة، ففي حالات الغرر اليسير يؤخذ الزّوج بالوسط، أمّا إذا انتفت العناصر التي تجعل من الصّدق واضحاً ومعيناً كأن يُصدقها حيواناً كانت التّسمية غير صحيحة<sup>(4)</sup>، ففكرة الصّدق تنبني على التّسامح والمكارمة متى كانت الجهالة بسيطة ولا تفتح الباب للتأويل وبالتالي إمكانية التّنازع، فالأمر متروك للتّفاهم البيني بين طرفي العلاقة الخلعية سيما

(1) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 14 و 23.

(2) عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. ص 164.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 245.

(4) عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. ص 164.

وترك هامش من الحرية في الغرر اليسير بشرط أن لا يصل لحدّ الجهالة الجسيمة التي تحول دون معرفة العوض وتفصيله.

وبالرجوع إلى المشرّع الجزائري فلقد أخذ بالنسق الفقهي من خلال تبيان شروط الصّدق بالرغم من عدم إفراده مادة قانونية بعينها في قانون الأسرة ورغم ذلك يمكن استنتاج شروطه من خلال المادة 14 التي نصّت على: "الصّدق هو ما يُدفع نُحْلة للزّوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مُباح شرعا وهو ملك لها تتصرّف فيه كما تشاء"، والمادة 15 بنصّها على: "يُحدّد الصّدق في العقد، سواء كان مُعجّلا أو مؤجّلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصّدق، تستحقّ الزّوجة صداد المثل".

فمن خلال التّوليف بين المواد يمكن إجمال شروط الصّدق واستنتاج شروط العوض في منظور قانون الأسرة حيث ينبغي أن يكون العوض نقدا أو مُقوّمًا بالتّقد كأن يكون عقارا أو منفعة أو منقولا<sup>(1)</sup>، أو حتى أمرا معنويا فيمكن أن يكون مثليا أو قيميا<sup>(2)</sup>، وعلى هذا الأساس يمكن قياس العوض على المهر حيث يكون نقدا بمعنى عقار أو منقول وغير ذلك والأمر متروك للتّراضي بين المتخالعين في تقرير ذلك، فإن حدث خلاف ولم يتّفق الأطراف يتدخل القاضي ويفرض عوضا لا يتجاوز صداد المثل وقت الحكم ولا يجوز الرجوع عنه<sup>(3)</sup>. فقد يعفو الرّجل عن العوض ويتنازل عليه بإرادته تجاوبا منه في إنهاء العلاقة الزّوجية بأقل التّكاليف، كما يجب أن يكون العوض مُباحا، معلوما، وتعتمد المشرّع تغيب وإهمال إرادة الرّوج ليس فقط في

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 1999 ج 1. ص 105.

(2) الغوثي بن ملحّة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 2، 2008. ص 56.

(3) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 269.

قبول مبدأ الخُلْع في حدّ ذاته بل في مسألة العِوض كذلك؛ فمن خلال تمحيص المادة 54 يمكن لمس مدى جواز ترك إرادة الزّوج جانبا والحكم له بمبلغ لا يتجاوز مهر المثل وقت صدور الحكم<sup>(1)</sup>.

إنّ عوض الخُلْع يعتبر مسألة مالية طبقا لما نصّ عليه اجتهاد المحكمة العليا: "...وحيث إنّ القرار المنتقد لما قضى بالخُلْع بناء على طلب احتياطي من المطعون ضدها ودون أن تعرض على زوجها بدل الخُلْع قد أساء تطبيق القانون بل وخالفه لأنّ الخُلْع في الأصل لا يطالب به بصفة احتياطية هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّ كلّ امرأة تطالب بالخلع عليها وجوبا عرض مبلغ مالي مقابله وتبعا لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع لأنّ القاضي ملزم بالقضاء به يوم النّطق بالطلاق خلعا سواء اتّفق الطّرفان عليه أم اختلفا طبقا لأحكام المادة 54 من ق.أ..."<sup>(2)</sup>.

كما أنّ مسألة العِوض تدخل في صميم دعوى الخُلْع مع ضرورة تقديم مقداره بصفة جازمة وواضحة وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث طالما أنّ القرار محلّ الطّعن الذي أيّد حكم أول درجة فيما يتعلّق بمقابل الخلع، هذا الحكم الأخير الذي لم يوضّح ضمن حيثيّاته بالتّدقيق لمبلغ الخلع الذي عرضته المطلّقة أثناء جلسة الصّلح، مكتفيّة على أنّها مستعدّة لإرجاع طاقم ذهبها دون تحديدها لقيمتها نقدا، والذي قوبل بالرفض من طرف الطّاعن أصلا مُطالبًا من جهته بمبلغ 540770 دينارا. وحيث على الرّغم من عدم تحديد مقابل الخُلْع نقدا من طرف المطعون ضدها، إلّا أنّ قضاة الموضوع ذهبوا إلى تحديده بمبلغ 60.000 دج مُخالفين

(1) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. دار هومة، الجزائر، ط2، 2009. ص130.

(2) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2006/10/11 ملف رقم 365244 - المجلة القضائية لسنة 2007. العدد 01. ص 467.

في ذلك أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ذلك أنّ مقابل الخلع يحدّده القاضي في حالة عدم اتّفاق الزّوجين على مبلغ معلوم من المال أثناء صدور الحكم. حيث أمام هذه الاعتبارات ونتيجة لمخالفة قضاة الموضوع لنصّ المادة المذكورة أعلاه، يتعيّن القضاء بنقض القرار جزئيّاً فيما يتعلّق بمقابل الخلع<sup>(1)</sup>.

فضلا على أنّ مبلغ عوض الخلع لا يمكن رفعه من طرف أحد الزّوجين لا سيما في عدم الاتّفاق على تقييمه بل يدخل في صميم عمل قضاة الموضوع وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث بالفعل وبمراجعة القرار المطعون فيه، يتّضح منه أنّ قضاة الموضوع وفي قرارهم المتّخذ اعتبروا أنّ الطّاعن لم يناقش تفاصيل الخلع المفروض عليه، ولم يُنازع في الأثاث والمصوغ، ولكن بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتجلى أنّ الطّاعن كان يهدف من وراء استئنافه إلى رفع مبلغ الخلع، كما ادّعى بأنّ المطعون ضدها أخذت معها المصوغ المتمثّل في كُرافاش معه كتاب، خاتم ذهب، قرمط، فلايك ذهب، خاتم مثلث ذهب، لوزتان وسلسلة ذهبية، وأنّه مستعدّ لآداء اليمين، وكان على قضاة الموضوع أمام هذه الحالة مناقشة طلبات الطّاعن والحكم وفق القانون، الأمر الذي يستوجب مناقشة طلبات الطّاعن والحكم وفق القانون، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه..."<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: أن يكون عوض الخلع قيمة مالية.

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والموارث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2009/01/14 تحت رقم 76-09. (أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 173 و 174).

(2) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والموارث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2009/09/16 تحت رقم 960. (أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 177 و 178).

يمكن أن يكون الخُلْع واقعا على عِوض من التَّقود أو من المنافع المقومة بالمال، كسكنى الدَّار أو زراعة أرض زمنًا معيَّنًا أو إرضاع الولد أو حضانتها أو النفقة عليه، أو في مقابل بعض الحقوق المالية كإسقاط نفقة العدة، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم هذه التفصيلات إلى حقوق غير مالية وحقوق مالية.

### أولاً: الحقوق غير المالية مقابل عوض الخُلْع.

يندرج تحت هذا المفهوم الخُلْع على الرِّضاع والحضانة وإسقاط الديون المالية كالنفقة.

#### 1- عوض الخلع في مقابل الرِّضاع.

يمكن أن يتفاهم المتخالعان على جعل العِوض ممثلاً في إرضاع المرأة لولدها مدّة الرِّضاع لحولين كاملين، لأنّ الرِّضاع ممّا تصحّ فيه المعاوضة عنه في غير الخُلْع، فكان في الخُلْع أولى، فيجوز عند الفقهاء أن يكون الخُلْع مقابل الرِّضاع حيث تُرضع المخالعة الولد دون تحديد للمدّة مع الاحتفاظ بما تبقى من ذلك لانقضاء الحولين، لأنّ الله تعالى قد قيدها بالحولين من خلال صريح الآية ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...﴾<sup>(1)</sup>، فإذا ماتت المرضعة أو جفّ لبنها كان عليها أجر المثل ممّا تبقى من مدّة الرِّضاع المكتملة للحولين (المعاوضة إذا كانت حيّة والأخذ من تركتها إذا ماتت)، وأيضاً إن مات الولد وينفسخ الاتفاق بتلفه، فقد قال ابن قدامة في هذا الشأن: "إذا خالعتة على رضاع ولده سنتين صحّ وكذلك إن جعلنا وقتاً معلوماً قلّ أو كثر وبهذا قال الشافعي: لأنّ هذا ممّا تصحّ المعاوضة عليه في غير الخُلْع ففي الخُلْع أولى فإن خالعتة على رضاع ولده مطلقاً ولم يذكر مدته صحّ أيضاً وينصرف إلى ما بقي من الحولين نصّ عليه أحمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع كما ولدها ولا

(1) سورة البقرة. الآية 233.

يقول ترضعه سنتين قال نعم<sup>(1)</sup>، ورأى الشافعي بأن الاتفاق لا يفسخ كما أنه يجب ذكر مدة الرضاع وعدم تركها دون تحديد، فقال: "لو خالعهما على أن عليها رضاع ابنها وقتا معلوما كان جائزا لأن الإجازة تصح على الرضاع بوقت معلوم فلو مات المولود وقد مضى نصف الوقت رجع عليها بنصف مهر مثلها ولو لم ترضع المولود حتى مات أو انقطع لبنها أو هربت منه حتى مضى الرضاع رجع عليها بمهر مثلها وإنما قلنا إذا مات المولود رجع عليها بمهر مثلها ولم أقل يأتيها بمولود مثله ترضعه<sup>(2)</sup>، وأما الحنفية فأروا أنه إذا خالعه في مقابل الرضاع أن تحدد المدة ولا تصح فيها الجهالة وعليه أن يرجع عليها بأجرة الرضاع بحسب الحالة؛ قال ابن عابدين: "أن الخلع إذا كان على نفقة الولد وهو رضيع يراد بها مؤنة الرضاع لأن نفقته هي إرضاعه وهو مؤقت شرعا فتتصرف إليه بخلاف ما إذا كان فطيما فلا بد من التوقيت لأن نفقته طعامه وشرابه وذلك ليس له وقت مخصوص لأنه يأكل مدة عمره فلا تصح التسمية بدون توقيت للجهالة... فإذا هربت أو مات الولد وكذا لوم يكن في بطنها ولد فيما إذا خالعهما على إرضاع حملها إذا ولدته إلى سنتين فتد قيمة الرضاع ولو قالت عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ونفقته باقي السنين، رجع ببقية نفقة الولد فإن مضت سنة من السنتين مثلا ترد قيمة رضاع سنة"<sup>(3)</sup>، وقال الكاساني: "ولو شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك أجلا أربع سنين أو ثلاث سنين فذلك باطل وإن هلك الولد قبل تمام الرضاع فلا شيء عليها لأن النفقة

(1) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 189.

(2) محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله. الأم. دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1393هـ. ج 5 ص 201.

(3) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2000. ج 3 ص 456.

ليس لها مقدار معلوم فكانت الجهالة متفاحشة فلا يلزمها شيء<sup>(1)</sup>، وأما المالكية فرأوا جواز التفاهم حول الإبراء من الرضاع على أن يكون ذلك في حدود الحولين فإذا اشترط الزوج أكثر من ذلك كان ذلك باطلا، وقد قال الإمام مالك في ذلك: "إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن ترضع ولده سنتين وتنفق عليه إلى فطامه فذلك جائز وإن ماتت كان الرضاع والتفقة في مالها فإن اشترط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك أجلا أربع سنين أو ثلاث سنين فذلك باطل وإنما التفقة على الأم والرضاع في الحمل وفي الحولين فأما ما بعد الحول والحولين فذلك موضوع عن المرأة وإن اشترطه عليها الزوج"<sup>(2)</sup>، وقال الفاسي: "...وفيه قال ابن القاسم قلت لمالك: فإن مات الولد قبل الحولين أيكون للزوج على المرأة شيء؟ فقال: ما رأيت أحدا طلب ذلك، وكأنته ذهب إلى أنها إنما أبرأته من رضاع ابنه حتى تفتطمه، وإن ذهب قبل ذلك لم يكن للزوج عليها شيء"<sup>(3)</sup>، كما جاء أيضا في حاشية الدسوقي: "قوله ( وَيُؤْخَذُ مِنْ تَرْكِتِهَا فِي مَوْهًا مِقْدَارُ مَا يَفِي بِرِضَاعِهِ فِي بَقِيَّةِ الْحَوْلَيْنِ ) أَيَّ وَلَوْ اسْتَعْرَقَ ذَلِكَ جَمِيعَ التَّرِكَةِ لِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ عَلَى جَمِيعِ الْوَرَثَةِ ثُمَّ إِنَّهُ إِذَا أُخِذَ يُوقَفُ وَلَا يَأْخُذُهُ الْأَبُ لِاحْتِمَالِ مَوْتِ الْوَلَدِ قَبْلَ تِمَامِ بَقِيَّةِ مُدَّةِ الرِّضَاعِ وَإِذَا وَقَفَ فَكُلَّمَا مَضَى أُسْبُوعٌ أَوْ شَهْرٌ دَفَعَتْ أُجْرَتُهُ مِنْ ذَلِكَ الْمَوْقُوفِ فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ رَدَّ الْبَاقِي لَوَرَثَةِ الْأُمِّ يَوْمَ مَوْتِهَا"<sup>(4)</sup>.

(1) علاء الدين الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 3 ص 149.

(2) مالك بن أنس. المدونة الكبرى. دار صادر، بيروت، لبنان، 1998، ج 5 ص 345.

(3) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي. الإتيقان والأحكام شرح تحفة الحكام. دار الحديث، القاهرة، مصر، 2011، ج 1 ص 430.

(4) محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار الفكر، بيروت، لبنان، ج 2 ص 385.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه لم يتطرق إلى هذه الجزئية المثارة فقهيًا، وبحسب الأستاذ العربي بلحاج فإنه إذا تمّ الاشتراط في المخالعة على إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد، وزواج الأم وتركها إياه، أو موتها فيرجع عليها الزوج بما يعادل أجره إرضاع الولد عن المدة الباقية، أمّا إذا مات الولد فليس للأب أن يرجع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت<sup>(1)</sup>.

إنّ الأمر 02-05 المتضمن تعديل قانون الأسرة قد ألغى واجبا (كان منصوصا عليه صراحة في القانون 84-11) غاية في الأهمية مُلقى على الزوجة ممثلاً في إرضاع أولادها في حدود الاستطاعة وذلك من خلال المادة الفقرة الثانية من المادة 39 التي كانت تنصّ على واجبات الزوجة ومن بينها: "إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم"، لذلك فإنه يمكن الاتفاق على الإبراء من أجره الرضاع على أن يكون ذلك محصوراً في مدة الفطام، فإذا قصّرت في ذلك بهروبها أو تزوّجت فيمكن للمُخالَع أن يطالبها بأجره ذلك بانتقاص ما أنفقت من المدة الإجمالية للفطام، أمّا إذا مات الولد قبل الحولين فلا شيء له عليها اقتداء برأي المالكية الأقرب للمنطق.

## 2- عوض الخلع في مقابل الحضانة.

يمكن أن يكون عوض الخلع في مقابل حضانة الولد مدّة معلومة من غير أجر<sup>(2)</sup>، ورأى الشافعي أنّه لا يصحّ الاتفاق حتى يذكر مدّة الرضاع ومقدار الطّعام وكلّ تفاصيله، فقد جاء في المغني: "قال الشافعي: لا يصحّ حتى يذكر مدّة الرضاع وقدر الطّعام وجنسه وقدر الإدام وجنسه ويكون المبلغ معلوما مضبوطاً بالصفة

(1) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 269.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 472.



كالمسلم فيه وما يحل منه كل يوم"<sup>(1)</sup>، وقال النووي: "وأنه لو خالعهما بألف وعلى حضانة ولده الصغير سنة فتزوجت في أثناء السنة لم يكن للزوج انتزاع الولد منها بتزوجها لأن الإجارة عقد لازم"<sup>(2)</sup>، كما قال الشيرازي<sup>(3)</sup>: "فإن خالعهما على أن تكفل ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها فالمنصوص أنه يصح"، فالشافعية يوجبون تعيين الأجرة، فلو تركت المرأة الولد وهربت أو مات الولد أو مات هي، وجب عليها المبلغ الباقي عن المدة الباقية، ورأى المالكية في الشرح الصغير "أنها لو أعسرت أنفق الأب على ولده المدة المشروطة ورجع عليها إذا أيسرت، وإن مات الولد أو غيره من زوج أو غيره رجع الوارث عليها أي على المرأة ببقية نفقة المدة المشترطة (الحضانة) إلا لعرف أو شرط فيعمل به"<sup>(4)</sup>، كما أن ذلك يصح عند الحنابلة ولو لم يذكر قدر الطعام على العكس من الشافعية فقد قال ابن قدامة: "وإن خالعهما على كفالة ولده عشر سنين صح وإن لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والادام ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله"<sup>(5)</sup>، وكذلك الشأن عند الحنفية فقد قال ابن عابدين: "خلع المرأة على كفالتها للولد بمعنى قيامها بمصالحه كلها وعدم مطالبة أبيه بشيء منها إلى تمام المدة والظاهر أنه يكفي عن التنصيص على الكسوة لأن المعروف كالمشروط تأمل قوله (فيصح كالظئر) أي كما يصح في استئجار الظئر وهي

(1) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 190.

(2) النووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1405 هـ. ج 7 ص 437.

(3) الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق. المذهب في فقه الإمام الشافعي. ج 2 ص 73.

(4) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 521.

(5) ابن قدامة المقدسي. الشرح الكبير على متن المقنع. ج 8 ص 197.

المرضعة<sup>(1)</sup>.

كما أنه إذا خالعت المرأة زوجها بشرط بقاء ابنه عندها إلى البلوغ صحّ الخلع ولم يصح الشرط عند الحنفية، فقد جاء في الفتاوى الهندية<sup>(2)</sup>: "وَلَوْ أُخْتُلِعَتْ عَلَى أَنْ تُمَسِكَ الْوَلَدَ إِلَى وَقْتِ الْبُلُوغِ صَحَّ وَهَذَا إِذَا كَانَ أَنْثَى أَمَّا فِي الْإِبْنِ فَلَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ آدَابِ الرِّجَالِ وَالتَّحَلُّقِ بِأَخْلَاقِهِمْ فَإِذَا طَالَ مُكُنُّهُ مَعَ الْأُمِّ يَتَحَلَّقُ بِأَخْلَاقِ النِّسَاءِ وَفِي ذَلِكَ مِنَ الْفَسَادِ مَا لَا يَحْفَى فَإِنْ تَزَوَّجَتْ الْأُمُّ فَلِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ الْوَلَدَ مِنْهَا وَإِنْ اتَّفَقَا لَا يُتْرَكُ عَنْدَهَا لِأَنَّ هَذَا حَقُّ الْوَلَدِ وَيُنْظَرُ إِلَى أَجْرِ مِثْلِ إِمْسَاكِ الْوَلَدِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ وَيُرْجَعُ الزَّوْجُ عَلَيْهَا بِذَلِكَ وَإِنَّمَا يَصِحُّ الْخُلْعُ عَلَى إِمْسَاكِ الْوَلَدِ إِذَا بَيَّنَّ الْمُدَّةَ فَإِنْ لَمْ يُبَيَّنْ لَا يَصِحُّ سَوَاءٌ كَانَ الْوَلَدُ رَضِيعًا أَوْ فَطِيمًا"، فالفرق يتمثل في أنّ الأب أقدر على تربية الابن من أمّه على عكس البنت التي تحتاج لرعاية الأم في تعليمها تدابير البيت وشؤونه، ورأى المالكية جواز اشتراط بقاء الابن مع أمّه حين البلوغ، لأنّ مدّة الحضانة الخاصة بالولد عندهم إلى البلوغ، وأمّا البنت فحتى الزّواج والدخول بها، فقال الفاسي: "...يعني أنّ حدّ الحضانة في الذّكر إلى الاحتلام أي البلوغ على القول المشهور، وقيل إلى الإثتّار، وهو قول أبي مصعب وغيره، وأمّا الأنثى فتنتهي إلى دخول زوجها بها"<sup>(3)</sup>.

كما يمكن المخالعة على اشتراط إسقاط الحضانة حيث يصحّ ذلك عند الفقهاء؛ فعند الحنفية لا يسقط حقّ الأم في الحضانة، لأنّ هذا الحقّ للولد فلا يمكن

(1) ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. ج 3 ص 456.

(2) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان. دار الفكر، بيروت، لبنان، 1991، ج 1 ص 490.

(3) الفاسي. الإثتقان والأحكام شرح تحفة الحكام. ج 1 ص 511.

للأم أن تتنازل عليه، قال السرخسي<sup>(1)</sup>: "وإذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لأنّ الأم إنّما تكون أحقّ بالولد لحق الولد فإنّ كون الولد عندها أنفع له ولهذا لو تزوّجت أو كانت أمة والولد حرّ لم تكن أحقّ بالحضانة لأنّها مشغولة بخدمة زوجها أو مولاهما فلا منفعة للولد في كونه عندها وإذا ثبت أن هذا من حقّ الولد فليس لها أن تبطله بالشرط"، وأجاز المالكية ذلك في مشهور المذهب أي إسقاط الحضانة وانتقالها للأب على أن يراعى في ذلك عدم الإضرار بالولد جرّاء فُرقة الأم، و قدرة الأب على الحضانة، غير أنّ المفتي به عندهم أنّ الحضانة لا تنتقل مباشرة للأب بعد إسقاطها على الأم بل تنتقل إلى من يلي الأم في المرتبة<sup>(2)</sup>، فقد جاء في الشرح الصّغير: "...وجاز الخلع بإسقاط حضانتها لولده وينتقل الحقّ له ولو كان هنا من يستحقّها غيره قبله وهذا هو المشهور، ولكن الذي جرى به العمل وبه الفتوى انتقالها لمن يليها في الرتبة"<sup>(3)</sup>، وقال الدسوقي<sup>(4)</sup>: هذا مُقَيَّد بِأَنْ لَا يُخْشَى عَلَى الْمَحْضُونِ ضَرَرًا ( ضرر ) ما ( إما ) يعلّق قلبه بأمّه أو ليكون مكان الأب غير حصين وإلا فلا تسقط الحضانة حينئذ اتفاقًا ويقع الطلاق وإذا خالعت على إسقاط الحضانة ومات الأب فهل تعود الحضانة للأم وهو الظاهر أو تنتقل لمن بعدها لإسقاط الأم حقّها".

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإنّ موادّه لم تُفرد جزئية في هذا الخصوص، وبحسب الدكتور الغوثي بن ملحّة لا يجوز التفاهم على عوض الخلع في مقابل التخلي

(1) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 169.

(2) الرعيني أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995. ج 5 ص 275 و 276.

(3) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 522.

(4) الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 2 ص 349.

عن حضانة الأولاد<sup>(1)</sup>، ثم إنَّ التنازل عن الحضانة منوط بعدم الإضرار بمصلحة المحضون وفقاً للمادة 66 من قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على: "يسقط حقّ الحاضنة بالتّزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضرّ بمصلحة المحضون"، ووفقاً للأستاذ العربي بلحاج لا يجوز للمرأة أن تتنازل على حضانة الولد لأبيه لأنّها هي أنفع له في هذه المرحلة<sup>(2)</sup>، بل إنَّ صياغة المادة 54 من قانون الأسرة ولا سيما الفقرة الأولى منها التي نصّت على: "يجوز للزّوجة دون موافقة الزّوج أن تخالغ نفسها بمقابل ماليّ" تتّجه إلى عدم اعتبار التنازل عن الحضانة عوضاً للخلع على أساس أنّ الحضانة لا يمكن أن تكون في مقابل المال لتعلّقها بالجانب الشّخصي وليس المادّي للطلاق، ثمّ إنّ المقصود من المال المذكور في المادة ينطوي على أنّ الخلع إنّما يكون بما هو ماليّ أو مقوّم بالمال<sup>(3)</sup>.

بالبحث في ثنايا قرارات المحكمة العليا - حسب الإطلاع- لم يوجد سوى قرار واحد في هذا الشّأن بالرّغم من عدم اتّضاحه في حسم مسألة جعل التّخلي على الحضانة كمقابل للخلع حيث نصّ على: "وحيث أنّ الزّوجة هي التي طلبت التّطبيق أمام المحكمة وأنّ زوجها علّق قبوله له على إسناد حضانة الأولاد إليه وعلى أن تخالعه ولم تحقّق به زوجته الشرطين ومن ثمّ حكمت عليها بالرجوع ولما لم ترضَ الزّوجة بهذا استأنفت الحكم مطالبة بإلغائه ولم يكن فيه ما لا تريده سوى الرجوع واستجاب المجلس لطلبها في لباس يظهران الزّوج هو الذي طلبه والرجوع إلى أقواله في القرار يتبيّن أنّها عرضت بتناقض يفيد الرجوع والطلاق ممّا يضعف الحكم ويقلّل من درجة

(1) الغوثي بن ملحّة. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ص 113.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 269.

(3) زكية تشوار حميدو. مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعيّة. دار الكتب

العلميّة. بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص 538.

تأسيسه الشرعي ويجعل الأسباب التي تبني عليها الحكم بالطلاق غير واضحة، فالطلاق حق للزوج ولكن لا بد أن يكون الطلب به بكل الطرق صريحا والتطليق حق للزوجة ولكن لا بد لها من أسبابه وفي القرار احتمال والاحتمال مانع من الحكم حتى يتجلى ومن ثم فالنعي على القرار كما في السبب هو كذلك<sup>(1)</sup>.

فورود القرار بهذه الصيغة يجعله محلاً للنقد سيما وأنه لم يتعرض لما اشترطه الزوج من شرطين وهما: إسناد الحضانة إليه أي تنازل زوجته على الحضانة في مقابل الخلع، وكذا تكيف مقابل الخلع بدليل الحديث على "أن تخالعه"، فسكوت القضاة في هذه المسألة تفسيره الرّفص صونا لحق المحضون<sup>(2)</sup>.

وتماشيا مع النسق العام لمراعاة مصلحة المحضون في عدم الاستغناء على أمه حتى بتنازلها عن الحضانة بجرها عليها وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث أنّ الطّاعن يعيب كذلك على قضاة المجلس عدم تبيّانهم للضرر وكيفية تشكيل الأحكام المدّنية له للمساس بشرف الأسرة، وقضائهم بإسناد حضانة الابن إلى المطعون ضدّها بالرّغم من تنازلها عنها. لكن حيث أنّ إدانته بسبب ارتكابه لجرميتي السرقة وانتحال صفة الغير والحكم عليه بالحبس من أجلهما يشكّل في حدّ ذاته، مساسا بشرف الأسرة، ويستحيل معه مواصلة الحياة الزوجيّة، ولا يحتاج إلى أي توضيح في هذا الشأن، كما أنّ مصلحة المحضون تقتضي إسناد حضانته إلى والدته بالرّغم من تنازلها عنها..."<sup>(3)</sup>.

(1) المجلس الأعلى-غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1987/02/07 ملف رقم 44858 - المجلة القضائية لسنة 1990. العدد 04. ص 52-53.

(2) زكية تشوار حميدو. مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية. ص 541 و542.

(3) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2010/10/14 ملف رقم

بل إنّ مصلحة المحضون قد تقتضي إعادة الحضانة إلى الحاضنة حتى بعد تنازلها عنها وهو ما تضمّنه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث أنّ تنازل الحاضنة عن الحضانة لا يجرمها نهائياً عن إعادة إسناد الحضانة لها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك وهذا تطبيقاً لأحكام المادتين 66 و 67 من قانون الأسرة، لأنّ مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنّها تخصّ حالة الأشخاص وبالتالي فقضاة المجلس باعتمادهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون قد أخطأوا في تطبيق القانون..."<sup>(1)</sup>.

فهذه التفاصيل تعكس مدى التزام المشرّع بفكرة مؤدّاها أنّ الحضانة هي حقّ وواجب؛ حقّ للمحضون، وواجب على الأم التي قد تُجبر عليها، إلّا إذا أثبتت عجزها لسبب جدّي يستدعي إعادة النّظر من طرف القضاء في جبرها عليها وإسنادها لمن يليها في ترتيب الحاضنين مع مراعاة مصلحة المحضون.

### ثانياً: التنازل عن الحقوق المالية مقابل عوض الخلع.

قد يكون الخلع مقابل التنازل عن مجموعة من الحقوق الماليّة كنفقة المحضون ونفقة العدة حيث أجازها الفقهاء ويمكن أن يتفق عليها الزوجان.

#### 1- عوض الخلع مقابل نفقة الصّغير.

إذا تمّ الاتفاق على أن يكون عوض الخلع نفقة المرأة على ابنه الصّغير لمدة معيّنة فذلك يجعل من الخلع صحيحاً عند المالكية والحنفية، وهي بالتالي ملزمة بالإنفاق تلك المدة فإن حدث ومات الولد قبل انقضاء المدة فلا يجب عليها شيء لأبيه، قال

581222 - مجلة المحكمة العليا لسنة 2011. العدد 01. ص 248.

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1999/04/20 ملف رقم

220470 - مجلة المحكمة العليا لسنة 2001. عدد خاص. ص 181.

الفاسي: " فإذا مات الولد الذي التزمت الزوجة الإنفاق عليه، فلا يجب عليها لأبيه بعد موته شيء على ما جرى به الحكم والقضاء في هذه الأزمنة..."<sup>(1)</sup>، وإن أعسرت أنفق الزوج عليها ويعتبر دائنا إن تيسرت أمورها، وإذا كان الاتفاق يقضي بتحملها نفقة نفسها خلال فترة الحمل فالأصح أنه لا تسقط نفقة الحمل، فقد جاء في الشرح الصغير: "وجاز الخلع (بنفقة حمل): أي بنفقتها على نفسها مدة حملها (إن كان حمل: أي على تقدير وجوده، وأولى الحمل الظاهر) وبالإنفاق على ولدها) منه (أو ما تلده) من الحمل (مدة الرضاع) عامين (وأكثر). (ولا تسقط به) أي بخلعها على نفقة ما تلده من الحمل ( نفقة الحمل على الأصح) وهو قول ابن القاسم، قال: لها نفقة الحمل لأتّهما حقان أسقطت أحدهما عنه في نظير الخلع فيبقى الآخر، وقال الإمام: إذا خالعه بنفقة ما تلده استلزم ذلك سقوط نفقة الحمل، وهو الذي مشى عليه الشيخ بقوله: فلا نفقة للحمل، ورجح الأول، وإذا خالعه على إسقاط نفقة الحمل فلا يسقط به نفقة الرضاع، (وإن أعسرت) المرأة (أنفق الأب) على ولده المدة المشترطة، (ورجع) عليها إذا أيسرت"<sup>(2)</sup>، وأما الحنفية فاعتبروا أنّ إسقاط نفقة الصغير إذا كانت أمّه معسرة لا يجوز لإعسارها، فلو طالبت به بما يُجبر عليها، فقد جاء في مجمع الأنهر: " ولو خالعه على نفقة ولده شهرا وهي معسرة فطالبته بالنفقة يجبر عليها وعليه الاعتماد لا على ما أفتى به بعضهم من سقوط النفقة..."<sup>(3)</sup>.

من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري يلاحظ مدى شحّها في التطرّق لمثل هكذا تفاصيل والأحرى التدخل وصياغتها بغية بحارة تعقيدات الحياة والتوجّهات الفقهية،

(1) الفاسي. الإنفاق والأحكام شرح تحفة الحكام. ج 1 ص 429.

(2) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 521 و522.

(3) عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوبي المدعو بشيخي زاده. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998 ج 2 ص 110.

ومن بين هذه التفاصيل الاتفاق على إسقاط نفقة الأولاد لقاء عوض الخلع، حيث أنه ليس للمخالعة الحق في التصرف فيما ليست له بأهل، فنفقة الصغير وحقوقه لا يمكن الاتفاق على إسقاطها<sup>(1)</sup>، فإذا اشترط عليها الإنفاق على الولد فتزوجت وتركته أو ماتت، يرجع عليها الزوج بما يعادل المدة الباقية، أما إذا مات الولد فليس للأب أن يرجع عليها بشيء عن المدة الواقعة بعد الموت، كما تجدر الإشارة إلى أن نفقة الولد من الديون الممتازة، والتي لا تكون محلّ مقاصة بين الحاضنة والأب، فلا تسقط نفقته المستحقة على الأب مقابل دين على حاضنته التي خالعهما، حتى لا تضيع حقوق الولد، فإجمالاً لا يمكن أن ينصبّ الخلع على حقّ للأولاد إذا كانت المرأة معسرة<sup>(2)</sup>.

إنّ فكرة إسقاط نفقة الولد كعوض للخلع وحفاظاً على حقّ الولد تقتضي قيام المرأة بها، وعلى هذا الأساس لا يمكنها أن تبرئه من نفقة الولد إلاّ إذا كانت ضامنة بمعنى يسارها وقدرتها على النفقة عليه.

## 2- عوض الخلع مقابل الإبراء من نفقة العدة .

يمكن أن يشمل التّفاهم في مقابل عوض الخلع إبراء المرأة زوجها من نفقة العدة حتى وإن كان السّاقط مجهولاً، كما يمكن أن يكون العوض في مقابل إسقاط حقّ السّكنى مدة العدة، ولا يسقط حقّها، لأنّ سكّنى المعتدة في بيت الزوجية واجب شرعي، ولا يمكن للزوجة التّصرّف فيه بالإسقاط أو الإعفاء، وفي هذا الخصوص قال

(1) الرّشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. دار الخلدونية. القبة القديمة، الجزائر، 2008، ص 213.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 269 و 270.



الكاساني<sup>(1)</sup>: "...وَلَوْ خَلَعَهَا عَلَى نَفَقَةِ الْعِدَّةِ صَحَّ وَلَا تَجِبُ النَّفَقَةُ وَلَوْ أَبْرَأَتِ الزَّوْجَ عَنِ النَّفَقَةِ فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ لَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ وَتَجِبُ النَّفَقَةُ لِأَنَّ النَّفَقَةَ فِي النِّكَاحِ تَجِبُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ خُدُوثِ الزَّمَانِ يَوْمًا فَيَوْمًا فَكَانَ الْإِبْرَاءُ عَنْهَا إِبْرَاءً قَبْلَ الْوُجُوبِ فَلَمْ يَصِحَّ فَأَمَّا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ فَإِنَّمَا تَجِبُ عِنْدَ الْخُلْعِ فَكَانَ الْخُلْعُ عَلَى النَّفَقَةِ مَانِعًا مِنْ وَجُوبِهَا وَلَا يَصِحُّ الْخُلْعُ عَلَى السُّكْنَى وَالْإِبْرَاءُ عَنْهُ لِأَنَّ السُّكْنَى تَجِبُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى"، مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُخْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾<sup>(2)</sup>، ويصحّ إذا تعهدت الزوجة دفع بدل إيجار البيت فيصح لها عندئذ أن تعفيه من دفع بدل الإيجار<sup>(3)</sup>، قال الفاسي: "وفي المقرّب: قلت له: فإن اختلعت منه على أنّه لا سكنى على الزوج؟ فقال: إن كان إنّما شرطَ عليها كراء المنزل الذي تعتدّ فيه فذلك جائز، مثل أن تكون في مسكن الكراء، وكذلك إن كانت تسكن في مسكن الزوج، فاشتراط أنّ عليها كذا وكذا درهما في كراء المسكن، فذلك جائز أيضا، وإن كان إنّما اشترط عليها أن تخرج من المنزل الذي تعتدّ فيه، فهذا لا يجوز في قول مالك، وتسكن بغير شرط والخلع ماض..."<sup>(4)</sup>.

من خلال النّظرة القانونية يتّضح جليا خلوّ قانون الأسرة الجزائري من هذه الجزئية والتي مفادها تنازل المرأة عن نفقة عدتها لقاء إبراء الرجل من عوض الخلع،

(1) علاء الدين الكاساني. بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع. ج 3 ص 152.

(2) سورة الطلاق. الآية 01.

(3) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 473.

(4) الفاسي. الإتقان والأحكام شرح تحفة الحكام. ج 1 ص 430.

وبالعودة إلى أحكام المادة 222 المحيلة على أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه وبالتوافق مع الآراء الفقهية فإن المرأة وبما أتمها صاحبة الحق في نفقة العدة فإن لها إبراءه منها كعوض للخلع.

وخلاصة لما سبق يمكن القول أنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة هي حق للمحضون، وليس للزوجة افتداء نفسها بحق الغير بدلاً للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه.

### المطلب الثالث: مقدار عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري.

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية أن ما يصلح أن يكون صداقا يمكن أن يكون عوضا للخلع من حيث المشروعية والملكية للمخالعة ونفي الجهالة، ويظهر الجدل في قيمة العوض؛ وخلع المريضة مرض الموت ومدى جوازه، ولدراسة مقدار العوض وخلع المريضة مرض الموت يقسم المطلب إلى فرعين: الأول يخص مقدار العوض، والثاني خلع المريضة مرض الموت.

### الفرع الأول: تقدير عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري.

إذا كان بدل الخلع بدلا عن المهر فهل يجوز أن يكون بنفس القيمة أو يمكن أن يكون بقيمة مالية أكثر أو أقل من قيمة المهر؟ هناك خلاف فقهي في تحديد قيمة بدل الخلع والالزام بقيمة المهر استنادا إلى النصوص الشرعية، فهناك رأي يميز أن يكون بدل الخلع أكبر من المهر وهناك رأي يمنع هذه الزيادة، والأمر يختلف بحسب الباعث الحقيقي وراء الخلع، فمسألة الزيادة على المهر كبديل للخلع كانت محل اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية ومعيار ذلك هو الجهة التي ينبعث منها النفور؛ من الزوجة أو الزوج أو منهما معا.

## أولاً: الاتجاه الأول: جواز الزيادة على المهر.

إذا كانت المرأة غير راغبة باستمرار الحياة مع الزوج بسبب قبح منظره أو لسوء عشرة، وتخاف ألا تؤدي حقوقه، يجوز للزوج أن يخالعه ويأخذ العوض ويطلقها، فأجاز الجمهور أن يأخذ الزوج أكثر مما أعطاه طالما كانت هي الناشز، لكن ذلك لا يستحب له لقوله تعالى: ﴿...وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حِفْظُكُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>(1)</sup>، فلقد أزال الله تعالى الإثم على الرجل في الأخذ من الزوجة مما قلّ أو كثر لقاء طلاقها، والنهي على الزيادة في حديث ثابت محمول على خلاف الأولى<sup>(2)</sup>، فقد قال ابن قدامة: "ولا يُستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاه، هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق وأتّهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صحّ وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وابن عكرمة ومجاهد و قبيصة بن ذؤيب و النخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس وابن عمر أتهما قالوا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزا"<sup>(3)</sup>، وقد ذهب إلى جواز ذلك المالكية، قال ابن العربي: "...وَنَصُّ الْحَدِيثِ فِي قِصَّةِ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْخُلْعِ بِجَمِيعِ مَا أُعْطَاهَا، وَعُمُومُ الْقُرْآنِ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهِ بِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ..."<sup>(4)</sup>، وقال الفاسي: "وقد قال مالك: ما رأيت أحدا ممن يقتدى به

(1) سورة البقرة. الآية 229.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 469.

(3) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 176.

(4) ابن العربي. أحكام القرآن. ج 1 ص 265.

يكروه أن تفتدي المرأة بأكثر من صداقها، وقال تعالى: ﴿...فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾<sup>(1)</sup>، وهذا إذا لم يكن عن إضرار من الزوج بها ولا تضيق عليها<sup>(2)</sup>، فذهب الإمام مالك إلى جواز أن يأخذ منها أكثر من مهرها وقال: "لم أزل أسمع من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا أنّ الرجل إذا لم يضرّ بالمرأة ولم يسيء إليها ولم تؤت المرأة من قبله وأحبّت فراقه فإنّه يحلّ له أن يقبل منها ما افتدت به وقد فعل ذلك النبي ﷺ بامرأة ثابت بن قيس بن شماس"<sup>(3)</sup>.

كما أجاز الشافعية ذلك إذا كان التشوز من طرفها، لأنّ الآية جاءت عامّة ولم تقيّد الافتداء، فقد قال ابن كثير في تفسيره: "ومعنى هذا: أنّه يجوز أن يأخذ منها كل ما بيدها من قليل وكثير، ولا يترك لها سوى عقاص شعرها. وبه يقول ابن عمر، وابن عباس، ومجاهد، وعكرمة، وإبراهيم النخعي، وقبيصة بن ذؤيب، والحسن بن صالح، وعثمان البتي، وهذا مذهب مالك، والليث، والشافعي، وأبي ثور، واختاره ابن جرير"<sup>(4)</sup>، فقد جاء في مغني المحتاج: "(ويصح عوضه) أي الخلع (قليلا وكثيرا دينا وعينا ومنفعة) لعموم قوله تعالى: ﴿...فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾"<sup>(5)</sup>، ولأنّه عقد على منفعة البضع فجاز بما ذكر كالصداق<sup>(6)</sup>، وقال الشافعي في نفس السياق بجواز الزيادة على المهر: "...وَكَذَلِكَ لَوْلَمْ تَمْنَعُهُ بَعْضَ الْحَقِّ وَكَرِهَتْ صُحْبَتَهُ حَتَّى خَافَتْ تَمْنَعَهُ كِرَاهِيَّةَ صُحْبَتِهِ بَعْضَ الْحَقِّ فَأَعْطَتْهُ الْفِدْيَةَ طَائِعَةً حَلَّتْ لَهُ وَإِذَا حَلَّ

(1) سورة البقرة. الآية 229.

(2) الفاسي. الإتيان والأحكام شرح تحفة الحكام. ج 1 ص 429 و 430.

(3) مالك بن أنس. المدونة الكبرى. ج 3 ص 340.

(4) ابن كثير. تفسير القرآن العظيم. ج 1 ص 617.

(5) سورة البقرة. الآية 229.

(6) الشرييني. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ج 3 ص 265.

له أَنْ يَأْكُلَ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسًا عَلَى غَيْرِ فِرَاقٍ حَلٍّ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسًا وَيَأْخُذَ عَوَضًا بِالْفِرَاقِ ( قَالَ ) وَلَا وَقْتُ فِي الْفِدْيَةِ كَانَتْ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا أَوْ أَقَلَّ" (1).

وقال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد إذا صدر النشور منها حلّ له أن يأخذ منها ما أعطاه ولا يزداد، فيكره إذن عند الحنفية أن يأخذ أكثر مما أعطاه، قال الكاساني (2): "نهي عن أخذ شيء مما أعطاه من المهر واستثنى القدر الذي أعطاه من المهر عند خوفهما ترك إقامة حدود الله على ما نذكر والنهي عن أخذ شيء من المهر نهى عن أخذ الزيادة على المهر... وروى أن رسول الله لمّا قال لامرأة ثابت بن قيس بن ثمّاس أتريدنّ عليه حديقته فقالت نعم وزيادة قال أمّا الزيادة فلا نهى عن الزيادة مع كون النشور من قبلها وبه تبين أن المراد من قوله فيما افتدت قدر المهر لا الزيادة عليه وإن كان ظاهره عامًا".

فبالرغم من أن بعض الفقهاء قد أجازوا الزيادة إلا أن ذلك مع الكراهة وهم المالكية وبعض الحنابلة والحنفية (3) وبذلك قال سعيد بن المسيّب والحسن البصري؛ قال القرطبي: "...وقال مالك : ليس من مكارم الأخلاق، ولم أر أحداً من أهل العلم يكره ذلك" (4)، وقال ابن قدامة: "قالت الرّبيع بنت معوذ: اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي فأجاز ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيكون إجماعاً ولم يصح عن علي خلافة فإذا ثبت هذا فإنه لا يُستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاه وبذلك قال سعيد بن المسيّب والحسن و الشعبي والحكم وحماد

(1) محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله. الأم. ج 5 ص 197.

(2) علاء الدين الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 3 ص 150.

(3) علاء الدين الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج 3 ص 150.

(4) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 3 ص 141.

وإسحاق وأبو عبيد فإن فعل جاز مع الكراهة<sup>(1)</sup>.

بينما رأى الشافعية<sup>(2)</sup> وبعض الحنابلة<sup>(3)</sup> وأبو حنيفة على رواية الجامع الصغير إلى أنّ الزيادة تطيب للزوج ولا تكره لقوله تعالى: ﴿...فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾<sup>(4)</sup>، فقال الطبري: "لما حل لها إعطاؤه ذلك، إلا على وجه طيب النفس منها بإعطائه إياه على ما يحل له أخذه منها"<sup>(5)</sup>، وجاء في الجامع الصغير أنّه إذا "امرأة اختلعت على أكثر من مهرها والتشوز منها طاب الفضل للزوج"<sup>(6)</sup>.

#### ثانياً: الإتجاه الثاني: عدم جواز الزيادة على المهر.

يرى هذا الاتجاه أنّه لا يجوز للزوج أن يأخذ أكثر ممّا أعطاهها، فإن خالعهها على ذلك وقع الخلع في حدود المهر الذي أعطاهها، ويبطل ما زاد على ذلك، حتى لو كان الخلع معلّقاً على التزامها بما زاد على المهر، وهذا مروي عن عطاء وطاوس والزّهري وعمر بن شعيب، فقد جاء في الإنصاف: "وقال أبو بكرٍ لَا يَجُوزُ وَيَزِيدُ الزَّيَادَةَ وهو رَوَايَةٌ عن الإمامِ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ"<sup>(7)</sup>، ولقد أشار ابن قدامة إلى ذلك من خلال قوله: "وقال عطاء وطاوس والزّهري وعمر بن شعيب لا يأخذ أكثر ممّا أعطاهها وروي ذلك عن علي بإسناد منقطع واختاره أبو بكر قال: فإن فعل ذلك ردّ الزيارة وعن سعيد

(1) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 176.

(2) الشرييني. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ج 3 ص 265.

(3) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 176.

(4) سورة البقرة. الآية 229.

(5) الطبري. جامع البيان في تأويل القرآن. ج 4 ص 566.

(6) أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني. الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير. عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1406 هـ. ص 216.

(7) علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج 8 ص 398.

بن المسيّب قال: ما أرى أن يأخذ كل ما لها ولكن ليدع لها شيئا واحتجوا بما روي أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا فقال لها النبي ﷺ أتردين عليه حديثه قالت: نعم فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديثه ولا يزداد رواه ابن ماجة ولأنه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد والعوض في الإقالة ولنا قول الله تعالى: ﴿...فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾،... وروي عن عطاء عن النبي ﷺ أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاه رواه أبو حفص بإسناده وهو صريح في الحكم فنجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والتّهي عن الزيادة للكره والله أعلم<sup>(1)</sup>، كما ذكر القرطبي في تفسيره: "وقالت طائفة: لا يأخذ منها أكثر ممّا أعطاه، كذلك قال طاوس وعطاء والأوزاعي، قال الأوزاعي: كان القضاة لا يجيزون أن يأخذ إلّا ما ساق إليها، وبه قال أحمد وإسحاق. واحتجّوا بما رواه ابن جريج: أخبرني أبو الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول، وكان أصدقها حديقة فكرته، فقال النبي ﷺ: "أمّا الزيادة فلا ولكن حديثه"، فقالت: نعم. فأخذها له وخلّى سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ<sup>(2)</sup>، فمن شبهه بالأعواز في المعاملات رأى أنّ القدر فيه راجع للرّضا ومن أخذ بظاهره لم يجز أكثر من ذلك وكأنّه أخذ للمال بغير وجه حق<sup>(3)</sup>.

فإذا كان النّفور صادرا من الرّوج، فإنّه يكره باتّفاق العلماء أن يأخذ منها العوض

(1) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 176.

(2) القرطبي. الجامع لأحكام القرآن. ج 3 ص 141.

(3) سليم سعدي. الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي. بحث لنيل شهادة الماجستير.

جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة. تخصّص عقود ومسؤولية. ص 33.

وذلك من خلال قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾<sup>(1)</sup>، كأن يسيء معاملتها ويدفعها لطلب الخلع حتى ينال العوض، لقوله تعالى: ﴿...وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...﴾<sup>(2)</sup>، فلا يحلّ له أن يأخذ منها شيئا عند الحنفية، قال السرخسي: "ثم الأصل في الخلع أنّ النشوز إذا كان من الزوج فلا يحلّ له أن يأخذ منها شيئا بإزاء الطلاق"<sup>(3)</sup>، وأيضا عند الشافعية، فقال الشيرازي: "وإن ضررها أو منعها حقها طمعا في أن تخالعه على شيء من مالها لم يجوز لقوله عزّ وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ...﴾ فإن طلقها في هذه الحال على عوض لم يستحق العوض لأنه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض"<sup>(4)</sup>، وكذا المالكية الذين رأوا أنّه لا يحلّ له أن يأخذ منها شيئا، فإن فعل كان عليه ردّه لها، فقد جاء في المدونة: "أرأيت إذا كان الخلع على ما تخاف المرأة من نشوز الزوج (قال) لا يجوز للزوج أن يأخذ منها على طلاقها شيئا"<sup>(5)</sup>، وكذلك عند الحنابلة فقال ابن قدامة "فأما إن عضل زوجته وضرارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النّفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالحلّ باطل والعوض مردود"<sup>(6)</sup>.

(1) سورة النساء. الآية 20.

(2) سورة البقرة. الآية 231.

(3) السرخسي. المبسوط. ج 6 ص 183.

(4) الشيرازي. المذهب. ج 2 ص 71.

(5) مالك بن أنس. المدونة الكبرى. ج 3 ص 335.

(6) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 179.



وفي صورة ما كان الكره والبغض متبادلا بين الجانبين، وخشياً أن يقصراً في الحقوق الزوجية، جاز الخلع وجاز العوض<sup>(1)</sup> لقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>(2)</sup>.

من خلال الآراء الفقهية المتضادة حول جواز الزيادة على المهر يتضح تأرجحها بين الجواز، والجواز مع الكراهة وعدم الجواز، ومرد ذلك هو السبب الكامن وراء وقوع الخلع من حيث كراهة الزوجة الاستمرار في الحياة الزوجية، أو دفعها والضغط عليها للخلع من قبل الزوج، أو من كليهما معا.

بالرجوع إلى منحنى المشرع الجزائري فإنه لم يدخل في تفاصيل الزيادة أو التقصان في عوض الخلع وإنما ومن خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة "... إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، فإنه أوكل الأمر لطرفي الخلع في التفاهم حول العوض قلّ أو كثر، وفي صورة ما تمّ الخلاف يتدخل القاضي لفرض عوض لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، فالأصل أن يتم الاتفاق بينهما على المبلغ الذي تدفعه الزوجة لزوجها ليطلقها برضاه دون حصول نزاع بينهما، كما يتعين على الزوج عدم ظلم الزوجة في رفع المبلغ المالي الذي تدفعه له مقابل طلاقها، ولحسم النزاع والتقليل من استمرار الخصومة<sup>(3)</sup>.

من خلال تفحص هذه المادة يتضح موافقتها للرأي الفقهي من حيث عدم

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. ج 9 ص 470 و 471.

(2) سورة البقرة. الآية 229.

(3) العربي بخي. أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط1، 2014، ص 126.

تحديد المال المخالغ عليه بمقدار معين من حيث الزيادة أو عدمها لا سيما إذا كان التّشوز من قبلها وفقا لرأي الجمهور، وإنما يُترك الأمر لاتفاقهما في الأصل سواء كان ذلك مطابقا للصدّاق أو أقلّ منه أو أكثر فإذا تفاهما وتراضيا فلا إشكال يُطرح.

فلا اعتبار لرضا الزوج بقيمة العوض، فإذا رفض المبلغ أو الشيء المعروض عليه مقابل الخلع، يتعيّن على قاضي شؤون الأسرة التدخّل ليقتضي بالطلاق وفقا لرغبة الزّوجة المنفردة، وعند اختلافهما من حيث المقدار يحكم للزوج بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم<sup>(1)</sup>.

أمّا إذا دبّ الخلاف بينهما حول مقدار العوض فللقاضي وفقا لسلطته التقديرية أن يحكم بما لا يتجاوز صداق المثل وقت إصدار الحكم، وهذه نقطة مهمّة تُحسب للمشرّع الجزائري بحيث أنّه لو حكم لها القاضي برّد صداقها الذي أصدقه إياها قبل عشرة أعوام فإنّه لا يساوي عُشر الصّدّاق المتعامل به وقت صدور الحكم<sup>(2)</sup>.

ولا يدخل في مجال تحديد مبلغ العوض تقدير ظروف المعاش أو الأسباب الدّاعية إلى طلبه، بل باتّفاق الطّرفين وفي حالة الاختلاف يلجؤ إلى صداق المثل وقت صدور الحكم وهو ما شمله قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث أنّ تقدير المقابل المالي للخلع والذي يجب على الزّوجة أن تدفعه للزوج مقابل مخالعة نفسها منه، لا يخضع لظروف المعاش أو استنادا إلى الدّوافع التي أدّت إلى المطالبة به مثلما تعتقد الطّاعنة، وإنّما يتمّ تقديره طبقا لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة استنادا إلى اتّفاق الطّرفين بشأنه، أو استنادا إلى قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. وحيث ثبت من القرار

(1) عبد العزيز سعد. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013، ص 84.

(2) نصر سلمان؛ سعاد سطحي. أحكام الطّلاق. دار الفجر للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، 2006. ص 163.

المطعون فيه أنّ قيمة الصّدّاق المدفوع من قبل المطعون ضده للطّاعة قدّر بمبلغ 110000 دج وهو المبلغ الذي لم تنازع فيه الطّاعة، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس بقضائهم برفع مقابل الخلع المحكوم به للمطعون ضده من 60000 دج إلى 110000 دج استنادا إلى قيمة الصّدّاق الحقيقي المدفوع فعلا للطّاعة، فإنّهم طبقوا القانون تطبيقا سليما، وسبّبوا قرارهم بما فيه الكفاية، وبالتالي فإنّ الوجهين المثارين من طرف الطّاعة غير مؤسّسين ويتعيّن عدم الالتفات إليهما، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطّعن... " (1).

كما أنّ الحكم الصادر بشأن الشّق المالي للخلع لا يعدّ نهائيا بل يكون قابلا للاستئناف وهو ما أشار إليه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث أنّ النزاع حول بدل الخلع عند عدم التفاهم على مقداره هو من المسائل القابلة للاستئناف وليس الطّعن بالنقض، ممّا يتعيّن رفض الوجه المثار لعدم التّأسيس" (2).

ولا يتطلّب هذا الطّلاق شكلا خاصا ولا شكلية معينة، وإن حصل بينهما التّباين حول قيمة العوض يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدّاق المثل وقت صدور الحكم، عملا بأحكام المادة 54 من قانون الأسرة وكذا المادة 222 أيضا، وإعمالا للقواعد العامة للفقّه الإسلامي فيما يتعلّق بصحّة الخلع (3).

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والموارث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2009/12/10 تحت رقم 1390 (أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 180).

(2) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والموارث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2009/09/16 تحت رقم 1009 (أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 179).

(3) عبد الفتّاح تقيّة. التّصوص التّشريعية في قضايا الأحوال الشّخصية: قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتّشريعية. ديوان الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 2012، ص 217.

كما أنّ المحكمة العليا قد أدخلت فكرة العرف السائد محلياً كمعيار يعتمد إليه القضاة أثناء تحديدهم لعوض الخلع إذا لم يتفق عليه الزوجان وفقاً للقرار الذي نصّ على: "حيث متى تبين من خلال حكم أول درجة المؤيد بالقرار محلّ الطعن اختلاف الزوجين على تحديد مُقابل الخلع، وقامت عندئذ محكمة أول درجة بتحديد تماشياً مع عرف وعادات أهل المنطقة، فإنّ قضاة الموضوع طبقوا صحيح القانون في تلك المسألة، ممّا يجعل الوجه المثار غير مؤسّس وتبعاً لذلك رفض الطعن..."<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: خلع المريضة مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري.

قد يكون خلع المرأة لزوجها في صحتها كما في مرضها، وفي هذا النطاق قد يتفاهم الزوجان على الخلع سوريا وتفتدي المرأة نفسها بكل ما تملك من أموال تدفعها لزوجها وتضّر بباقي ورثتها محابية زوجها حيث تحالعه وتبذل لقاء ذلك كلّ ما تملك فتحرم الورثة من الميراث لأنّها هربت أموالها بطريق عوض الخلع، ويكتنف خلع المريضة في الفقه الإسلامي العديد من الاختلافات، فقد رأى الحنفية أنّ خلع المريضة صحيح حتى ولو اختلعت في مرضها المؤدي للموت فهو من الثلث، لأنّها متبرّعة في قبول المال، فيعتبر من الثلث فإن ماتت في العدة فللزوج النصيب الأقل من بدل الخلع ومن ميراثه منها، وفي هذا السياق قال ابن عابدين: "...فما بذلته من بدل الخلع تبرع لا يصحّ لوارث وينفذ للأجنبي من الثلث لكنّه يعطي الأقل دفعا لثُهمة المواضعة... والحاصل أنّ له الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع ومن الثلث"<sup>(2)</sup>، أمّا المالكية فقد رأوا

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية والموارث - قرار غير منشور صادر بتاريخ 2009/07/08

تحت رقم 850. (أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 177).

(2) ابن عابدين. حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة. ج 3 ص 460.

في مُخالعة المريضة مرض الموت الحرمة، فيحرم عليها مخالعة زوجها وأيضاً يحرم على الزوج الخلع لإعانته لها على الحرام، ولكن الطلاق يسري، ولا يتوارثان إذا كان الزوج صحيحاً، ولو ماتت في عدتها. أمّا إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت وخالع زوجته ومات في مرضه فترثه زوجته المخالعة ولو انقضت عدتها وتزوجت غيره، ولا يرثها هو إذا ماتت هي قبله، حتى ولو كانت مريضة أثناء الخلع، فهو قد أسقط ما يستحقّه ككلّ مطلّقة بمرض الموت فترثه إن مات من ذلك المرض دون أن يرثها، فجاء في الشرح الصغير: "... (ولا يجوز خلع) الزوجة (المريضة) مرضاً مخوفاً أي يحرم عليها أن تخالع زوجها، وكذا يحرم عليه لإعانته لها على الحرام، وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما إن كان الزوج صحيحاً، ولو ماتت في عدتها، ومحلّ المنع (إن زاد) الخلع (عن إرثها منه) لو ماتت بأن كان إرثه منها عشرة وخالعتة بخمسة عشر، وأولى لو خالعتة بجميع ما لها، فإن خالعتة بقدر إرثه فأقلّ جاز ولا يتوارثان، قاله ابن القاسم وقال مالك: إن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع ما لها لم يجوز ولا يرثها، وظاهر أنّ قول ابن القاسم لا يخالفه كما قاله أكثر الأشيخ<sup>(1)</sup>، ورأى الحنابلة أنّه إذا خالعت بميراثه منها فما دونه صحّ ولا رجوع فيه، وإن خالعتة بزيادة بطلت هذه الزيادة، قال ابن قدامة: "... وجملة الأمر أنّ المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو هما جميعاً لأنه معاوضة فصّح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافاً ثم إذا خالعتة المريضة بميراثه منها فما صحّ ولا رجوع وإن خالعتة بزيادة بطلت الزيادة"<sup>(2)</sup>، وقال الشافعية: إن خالعت الزوجة في مرض موتها وماتت فإن لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال، أي من جميع التركة، وإن زاد على مهر المثل، اعتبرت

(1) الدردير. الشرح الصغير. ج 2 ص 528 و529.

(2) ابن قدامة. المغني. ج 8 ص 223.

الزيادة من الثلث، قال الشَّريبي: "(ويصح اختلاع المريضة ) أي التي مرضت (مرض الموت ) لأنَّ لها صرف مالها في أغراضها وملاذها بخلاف السَّفيهة كما للمريض أن ينكح أبكارا بمهور أمثالهن من غير حاجة ( ولا يحسب من الثلث إلا ) قدر ( زائد على مهر مثل ) بخلاف مهر المثل وأقل منه فمن رأس المال لأن التبرع إنما هو بالزائد فهو كالوصية للأجنبي ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث إلا أن يكون وارثا بجهة أخرى غير الزوجية كابن عم أو معتق"<sup>(1)</sup>.

لم تتضمن المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري فكرة الخلع في مرض الموت، فلا مانع في القانون من ممارسة هذا التصرف المالي من قِبَل المرأة لأنَّها ذات أهلية كاملة لمباشرة التزاماتها، فالمرض ليس مانعا إلا إذا أثر على ملكاتها العقلية فيُحجر عليها بموجب حكم قضائي وفقا للمادة 101 من قانون الأسرة التي نصَّت على: "من بلغ سنَّ الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"، ويكون ذلك بطلب من له مصلحة بموجب المادة 102 التي نصَّت على: "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة".

فالزوجة المريضة مرض الموت و المخالعة ملزمة بعوض الخلع، حتى ولو كانت مريضة مرض الموت، وفي حالة وفاتها فعوض الخلع يكون لازما على أن لا يتجاوز ثلث التركة إذا زاد عن صداق المثل، لأنَّه يعتبر تبرعا منها ولا يجوز لها التصرف في مالها بأكثر من الثلث، لأنَّ العوض في هذه الحالة في حكم الهبة، والهبة مقيدة بالثلث فقط وتأخذ منحى الوصية إذا كانت الواهبة في مرض الموت إعمالا لنص المادة 204 من قانون الأسرة "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر

(1) محمد الخطيب الشريبي. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ج3 ص 264 و 265.

وصية"، والوصية لا تزيد عن الثلث إلا بإجازة الورثة وفقا لنص المادة 185 من قانون الأسرة " تكون الوصية في حدود ثلث التركة. وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

### المطلب الرابع: إشكالات عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري.

إنّ علاج المشرّع الجزائري لمسألة الخلع بموجب المادة 54 من قانون الأسرة لا يخلو من ظهور بعض الإشكالات القانونية سيما وأنّ النصوص القانونية شحيحة للغاية واقتصار المشرّع على الإشارة إلى الخلع في مادة واحدة فقط، ولعلّ أهمّ الإشكالات المثارة هي مدى رضا الزوج بالخلع بصفة عامة وبالعوض بصفة خاصة، وكذا ظهور بعض النتائج العكسية لهذه المادة. ولدراسة مدى رضا الزوج بالخلع والقيمة وكيفية معالجة التشريع الجزائري للخلع يقسم المطلب إلى فرعين.

### الفرع الأول: رضا الزوج بالخلع وبالعوض في قانون الأسرة الجزائري.

جاءت المادة 54 من قانون الأسرة صريحة من حيث عدم اشتراط قبول الزوج فأجازت للزوجة افتداء نفسها منه لقاء مقابل مالي دون التفات لرضاه أو عدمه، وهذه المادة معدّلة بموجب الأمر 02-05 حيث كان الأمر مغايرا قبل التعديل بنصّها على " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"، فواضح أنّ هذه المادة لا تنصّ صراحة على أنّ الخلع عقد رضائي، أي يشترط توافق طرفيه إلّا أنّه ومن خلال تمحيص الاجتهادات القضائية يتّضح جليا أنّها كانت سابقا تشترط موافقة الزوج للخلع من حيث المبدأ وإلّا عدّ لاغيا وهو ما جسّده الاجتهاد التالي: " من المقرّر فقها وقضاء أنّ قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنّ ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما

يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً لأحكام الفقه. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ المطعون ضدها طلبت التّطليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإنّ القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعدّ مخالفاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة<sup>(1)</sup>، فالخلع بهذه الصّفة ليس إلا طلاقاً رضائياً مقابل مال تؤدّيه الزّوجة لزوجها في مقابل طلاقها<sup>(2)</sup>، فلقد ذهب عديد الاجتهادات القضائية في فترة ما قبل التّعديل إلى اشتراط قبول الزّوج بغية وقوع الخلع.

لكن المحكمة العليا بدأت تغيّر من نهجها من حيث إفراغ الخلع من ضرورة قبول الزّوج به وهو ما بدأ يظهر عبر التدرّج التاريخي للنصوص الاجتهادية والتي من بينها قرار نصّ على: "حيث أنّه جاء في القرار المنتقد بأنّ الطّاعنة لم تفتح حتى مبلغ الخلع الذي تعرضه على المطعون ضده وبهذا الفهم يصبح الخلع وكأنّه بيع بالمزاد العلني خصوصا وأنّ الطّاعنة قد تنازلت عن جميع حقوقها... حيث أنّ المادة 54 من ق.أ لا تشترط قبول الزّوج لمبدأ الخلع ولا للمبلغ الذي يطلبه منعا للابتزاز والاستغلال..."<sup>(3)</sup>، وأيضاً النصّ الاجتهادي الذي تضمّن: "إنّ المادة المذكورة من ق.أ تسمح للزّوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتّفق الطّرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتّفاقهما يتدخل القاضي لتحديد على

(1) المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 1988/11/21 ملف رقم 51728 - المجلة القضائية لسنة 1990. عدد 03. ص 72.

(2) العربي بلحاج. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج 1 ص 264.

(3) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/11/21 ملف رقم 252994 - المجلة القضائية لسنة 2001. عدد 01. ص 293.



أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتّعسف الممنوعين شرعا<sup>(1)</sup>.

فواضح من خلال هذا النصوص الاجتهادية أنّ الهدف من جعل الخلع بيد الزوجة دون اعتبار لرأي الزوج ورضاه هو دفع لحالات عديدة قد تكون المرأة ضحيّة لها في ظلّ ابتزاز الرجل والتأثير عليها بغية الخلع والحصول على العوض الذي قد لا تستطيع دفعه.

كما نصّ اجتهاد قضائي آخر على: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبّقوا صحيح القانون"<sup>(2)</sup>، فعلى ضوء هذا النصّ يتّضح جليا مدى الاستغناء عن رضا الزوج في إيقاع الخلع والاكتفاء برضا الزوجة دفعا لكلّ استغلال للزوجة ودفعها لطلب الخلع.

هذا وجاء اجتهاد قضائي على النحو التالي: "... إنّ الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرّسه قانون الأسرة وسواء رضي به الزوج أو لم يرض ويكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة على موافقة الزوج"<sup>(3)</sup>.

لقد انتقل المشرّع الجزائري صراحة بموجب التعديل إلى اعتبار رضا الزوجة فقط

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1992/07/21 ملف رقم 83603 - المجلة القضائية لسنة 2001. عدد خاص. ص 134.

(2) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216239. عدد خاص. ص 138.

(3) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 1994/04/19 ملف رقم 115118 - النشرة القضائية لسنة 1997. عدد 52. ص 106

إذا انتفت سبل العيش المعروف وكان الباعث عليه هو رفضها الاستمرار في الحياة الزوجية بسبب بغضها للزوج، فلها أن تطلب من القاضي الخلع من دون موافقة الزوج ولاسيما إذا تعنت في قبول الخلع<sup>(1)</sup>، فقد شرع الخلع في صورة رخصة لتمكينها من طلب الانفصال من زوج أصبحت لا تطيقه، وانتقل من اعتباره رخصة يمنحها لها القانون إلى صورة حق من الحقوق الزوجية كما هو الشأن بالنسبة للزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة<sup>(2)</sup>، أي تحقيق توازن رضائي وبالتالي استبعاد رضا الزوج كلياً.

بل إنّ عدم قبول الزوج بالعوض لا يحول دون الحكم بالخلع طالما أنّ مسألة تحديده من صميم السلطة التقديرية للقضاة في حالة عدم الاتفاق عليه ما لم يُجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، فذلك لا يمنع الزوجة في أن تخالع نفسها وهو ما تضمنه قرار المحكمة العليا الذي نصّ على: "حيث أنّ المادة 54 من قانون الأسرة تنصّ صراحة على أنّه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم". ومن ثمّ فإنّ عدم موافقة الطّاعن على الخلع الذي تُطالب به المطعون ضدها وعلى المقابل المالي المقترح من قبلها، لا يحرمها من مخالعة نفسها، ولا تحرمها أحكام الشريعة الإسلامية ولا القانون من ذلك مثلما يعتقد الطّاعن خطأً. كما أنّ عدم موافقته لا يمنع القاضي من الحكم بالخلع ومن استعمال وممارسة سلطته التقديرية في تقدير وتحديد ذلك المقابل شريطة ألاّ يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وبالتالي فإنّ قاضي محكمة الدرجة الأولى بقضائه بفكّ الرابطة الزوجية

(1) الرّشيد بن شويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. ص 210.

(2) عبد العزيز سعد. قانون الأسرة في ثوبه الجديد. ص 129 و 130.

عن طريق الخلع وتقدير المقابل المالي له بمبلغ 50000 دج وإلزام المطعون ضدها بدفعه للطّاعن، يكون قد طبّق القانون تطبيقاً سليماً، وسبّب حكمه بما فيه الكفاية...<sup>(1)</sup>.

هذا وأكّدت المحكمة العليا على أنّ تحديد العوض يُعتبر مسألة جوهرية في الطّلاق الخُلعي من خلال ما نصّ عليه القرار التّالي: " تحديد مبلغ الخلع عنصر أساسي في الطّلاق بالخلع، يحدّده القاضي وجوباً في حالة عدم اتّفاق الطّرفين عليه. حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبيّن أن قاضي الموضوع عندما قضى بالطّلاق عن طريق الخلع وقضى بحفظ حقّ الطّاعن في طلب مقابل الخلع فإنّه يكون قد جانب الصّواب، لأنّ تحديد المبلغ مقابل الخلع هو عنصر أساسي من عناصر الطّلاق بواسطة الخلع إذ يتعيّن في مثل هذه الحالة تدخّل قاضي الموضوع في تحديد مبلغ الخلع إن لم يتفق الطّرفان عليه...<sup>(2)</sup>، فواضح أنّ سلطة القاضي تتجلى في تحديد عوض الخلع إذا لم يتفق الطرفان عنه بتسقيفه في حدود صداق المثل، وهذا قفز ضمنياً على رضا الزوج لا سيما إذا كان قد أصدقها أكثر من صداق المثل الذي يحدّده القاضي.

كما لا يمكن للقاضي في صورة ما لم يتفق طرفا العلاقة الخُلعيّة على حفظ حقّ الطّاعنة في مقابل الخلع وهو ما نصّ عليه قرار المحكمة العليا التّالي: "حيث من المقرّر

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية والموارث- قرار غير منشور صادر بتاريخ 2009/01/14 تحت رقم 76-09. (أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 178 و179).

(2) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشّخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/10/17 ملف رقم 275497 (أنظر: نبيل صقر؛ عز الدين قمرأوي. قانون الأسرة نصاً وتطبيقاً. دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008. ص 101).

قانونا وفقا للمادة 54 من قانون الأسرة، أنه يجوز للزوجة أن تُخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل. ولما تبين من دعوى الحال أنّ الطرفان لم يتفقا على مبلغ الخلع، وقاضي الدرجة الأولى قضى بحفظ حق الطّاعة في مقابل الخلع، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون لا سيما المادة 54 من قانون الأسرة، ممّا يتعيّن الاستجابة للوجه المثار...<sup>(1)</sup>.

من خلال النصوص الاجتهادية الأخرى السابق ذكرها يتّضح أن المشرّع تعمّد إغفال رضا الزوج في الخلع وفي عناصره التي من بينها العوض. كما أنّ مقدار العوض يكون متزامنا مع النطق بحكم الخلع وليس مقترنا بتاريخ انعقاد الزواج وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي نصّ على: "حيث أنّه بالرجوع إلى الحكم المستأنف المؤيّد بالقرار المطعون فيه، يتبيّن وأنّ قضاة الموضوع طبّقوا صحيح نصّ المادة 54-2 من قانون الأسرة بخصوص مُقابل الخلع طالما أنّ الزوجان لم يتفقا على المقابل المالي، وانتهوا بما لهم من سلطة تقديرية في ذلك إلى تقديره بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم وليس وقت الزواج، ممّا يجعل الوجه غير سديد في هذا الشق..."<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: معالجة قانون الأسرة الجزائي لعوض الخلع.

(1) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بتاريخ 2001/10/17 ملف رقم 275497 (أنظر: نبيل صقر؛ عز الدين قماروي. قانون الأسرة نصا وتطبيقا. دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008. ص 101).

(2) المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار غير منشور صادر بتاريخ 2012/01/12 تحت رقم 12-00004 (أنظر: حسين بن شيخ آث ملويا. المرشد في قانون الأسرة. ص 179).

جرّد المشرّع الجزائري الرّوج من رضاه في كلّ ما يتعلّق بالخلع من حيث القبول به ومن حيث التّفاهم حول العوّض، لأنّ الأمر يوكل للقاضي في تحديده، وينتج عن هذا الواقع ظهور إشكالات تتعلّق بطرفي العلاقة الخلعية وفقا للتّفصيل التالي:

**أولاً: إيجابيات جعل عوض الخلع بيد القاضي وقت صدور الحكم.**

في هذا الصّدّد ربّما يُحسب للمشرّع الجزائري إيجابيات من حيث جعله العوّض بيد القاضي إذا لم يتّفق الطّرفان وأيضا لا يتجاوز صداق المثل ويمكن إبراز ذلك في الآتي:

1- إنّ جعل أمر التّقييم والتّقدير في يد القاضي هو أمر موضوعي يستحقّ التّمين خاصّة وأنّ العوّض عادة ما يكون حجر عثرة للطّرفين المتنازعين في فكّ الرّواج خلعا، وقطع أمد التّزاع بينهما لأنّهما سوف لن يتّفقا لا سيما وأنّ الأمر قد وصل للقاضي ليس في مسألة إصدار الحكم بل في تقدير العوّض، وجعل كلّ طرف حرّا من أجل الاستمرار والانصراف لحياته.

2- أنّه قد خلّص الرّوجة من الإكراه المعنوي الذي قد يمارسه الرّوج بغرض الضّغط عليها ودفعها لطلب الخلع مقابل مبلغ مالي معتبر قد تعجز عن تدبّره ودفعه، فقطع المشرّع الطّريق بذلك على هذا الابتزاز من طرف الرّوج وحدّد استفادته من العوّض في حدود صداق المثل.

**ثانياً: سلبيات ربط عوّض الخلع بصداق المثل وقت صدور الحكم.**

في مقابل بعض الإيجابيات تظهر بعض النّقائص التي يمكن عدم إغفالها في هذا الشّأن لعلّ أهمّها:

1- تظهر إشكالية جديّة تستدعي التّدقيق حيث قد يكون الرّوج قد دفع صداقا معتبرا، أو أنّ الرّوجة قد تزوّجت به لأجل ماله خاصة إذا كان ثريّا، وبتحاييل منها تطلب الخلع للتخلّص منه وتعمّد إظهار عدم التّوافق على العوّض فيضطر ذلك

القاضي لإعمال النص القانوني للمادة 54 من قانون الأسرة ويحكم بمبلغ أقل من الصّدق الذي أدّاه الزوج وفي هذا تفريط في حقّه وفي صالحها.

2- بالمقابل قد يتعمّد الزوج طلب مبلغ من المال قد تعجز الزّوجة على دفعه<sup>(1)</sup>، إلا أنّ ذلك يمنح للقاضي سلطة تقدير مبلغ لا يتجاوز صدق المثل، أي أنّ إمكانية تحايل الزوج قد وجد لها المشرّع حلاً، وعلى هذا الأساس يمكن اقتراح تكملة المبلغ إذا قلّ المبلغ الذي حكم به القاضي باعتباره صداقاً مثلياً وليس ذلك بمثابة تعسّف في حق الزّوجة المخالعة لزوجها لأنّها هي التي رغبت في الفرقة فكان عليها تحمّل تبعات ذلك.

3-فتح الباب واسعا لتفكيك الأسر وتشريد الأطفال وظهور الآفات الاجتماعية وتفشّي قتل الأصول والفروع وخطف الأطفال.

4-العزوف عن الزواج وتفشّي العنوسة وكثرة الطّلاق في الأسبوع الأول من الزواج والبناء الأسري وهي ظاهرة تدلّ على مدى تفكّك وتخلخل كيانها والاهتزاز الاجتماعي.

5-إنّ تعديلات قانون الأسرة باعثها الانتقام من الرّجال والأسر، ووضع قنابل موقوتة لتفكيك عرى الأسرة والمجتمع.

(1) الرّشيد بن الشويخ. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. ص 211.

## الخاتمة:

من خلال التفاصيل التي تم استعراضها على امتداد هذا البحث يمكن الوصول إلى أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي:

## أولاً: أهم النتائج.

- 1-عدم نصّ المشرّع الجزائري من خلال قانون الأسرة على عوض الخلع والاكْتفاء بمادة وحيدة مخصّصة للخلع بصفة عامة.
- 2-تجريد الرّوج من رضاه فيما يتعلّق بعوض الخلع وترك الأمر بيد المخالعة والقاضي في تحديده.
- 3-عدم تضمين قانون الأسرة بعض التفاصيل التي عاجتها الشريعة الإسلامية عبر الآراء الفقهية الثرية جدا في هذا المجال لا سيما التفاهم حول التنازل على بعض الحقوق في مقابل عوض الخلع، بالتالي ترك الأمر لتقدير القضاة وإحالتهم للشريعة الإسلامية ذات الآراء الفقهية شديدة التفرّع.
- 4 -عدم جواز التنازل على حضانة الأولاد أو حقوقهم المالية لقاء العوض على اعتبار أنّ المرأة ليست أهلا للتصرّف فيها.
- 5-ظهور مدى نجاح المشرّع الجزائري في الجزئية المتعلّقة بجعل تحديد العوض بيد القاضي خاصّة إذا كان سببا جوهريا وراء إطالة أمد إجراءات الخلع بين الطرفين، ودرة الابتزاز من جانب الرّجل.
- 6-ظهور النتيجة العكسية لجعل تحديد عوض الخلع بيد القاضي ممثلة في بخس الرّجل حقّه وبالخصوص إذا كان صدّاقه المدفوع أكثر من صدّاق المثل وقت صدور الحكم.

## ثانياً: أهم التوصيات.

- 1- ضرورة التوسع في مسألة عوض الخلع في إطار قانون الأسرة الجزائري من خلال إضافة مواد قانونية بهذا الشأن لأنها حقيقة لا تفي بالغرض المطلوب في ظلّ تفاقم حالات الخلع وزيادتها وتنوعها وتطورها، فكان حريّا بمجاعة ذلك.
- 2- وجوب النصّ والتدقيق في التفاهات حول المقاصة التي تحدث بين طرفي علاقة الخلع وإخضاع ذلك للنظام العام إذا كانت هذه التفاهات تتعارض والشرع.
- 3- وجوب النصّ على تكملة مبلغ عوض الخلع إلى الصّدق الذي أدّاه الزوج إذا كان صدق المثل الذي نصّت عليه المادة 54 من قانون الأسرة أقل من الصّدق المدفوع للزوجة.

## قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

التصوص الرسمية:

القوانين:

\* القانون رقم (84-11) المتضمن قانون الأسرة الجزائري الصادر في 09 يونيو 1984 (الجريدة الرسمية، رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984)، المعدل والمتمم بالأمر رقم (05-02) المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري الصادر في 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية، رقم 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005)، الموافق عليه بموجب القانون (05-09) الصادر في 04 مايو 2005 (الجريدة الرسمية، رقم 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005). أنظر الموقع: [www.joradp.dz](http://www.joradp.dz). تاريخ زيارة الموقع 2013/04/02.

كتب القانون:



## كتب الأحوال الشخصية:

- \* آث ملويا، حسين بن شيخ. المرشد في قانون الأسرة. ط2 بوزريعة، الجزائر: دار هومة، 2015.
- \* بختي، العربي. أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. ط1 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2014.
- \* بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ط 1999 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- \* بن ملح، الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ط 2 بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.
- \* بن شويخ، الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. القبة القديمة، الجزائر: دار الخلدونية، 2008.
- \* تقيّة، عبد الفتاح. النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية: قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية. ط1 القاهرة، مصر: ديوان الكتاب الحديث، 2012.
- \* تشوار حميدو، زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية. ط1 بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2008.
- \* صقر، نبيل؛ قماروي، عز الدين. قانون الأسرة نصا وتطبيقا. عين مليلة، الجزائر: دار الهدى، 2008.
- \* عبد العزيز، عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. ط1 القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1984.
- \* سايس، جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية. ط1 المحمدية،

الجزائر، منشورات كليك، 2013.

\* سلمان، نصر؛ سطحي، سعاد، أحكام الطلاق. قسنطينة، الجزائر: دار الفجر للطباعة والنشر، 2006.

\* سعد، عبد العزيز. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. ط 2، الجزائر: دار هومة، 2009.

\* سعد، عبد العزيز. إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. بوزريعة، الجزائر: دار هومة، 2013.

كتب الشريعة:

كتب التفسير:

\* ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي. تفسير القرآن العظيم. ط 2 المدينة المنورة، السعودية: دار طيبة للنشر والتوزيع، 1999.

\* الطبري أبو جعفر، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، جامع البيان في تأويل القرآن. ط 1، بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة، 2000.

\* ابن العربي، محمد بن عبد الله الأندلسي، أحكام القرآن. ط 1 بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1997.

\* القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن. الرياض، السعودية: دار عالم الكتب، 2003.

\* الشوكاني، محمد بن علي بن محمد. فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير. ط 1 بيروت، لبنان: دار الفكر، 1998.

كتب الحديث:

\* البخاري أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، صحيح البخاري. ط1 القاهرة، مصر: دار طوق النجاة، 1420هـ.

\* ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه. ط 1 القاهرة، مصر: مكتبة أبي المعاطي، 1990.

\* النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، سنن النسائي الكبرى. ط1 بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1991.

#### كتب الفقه:

\* ابن أنس، مالك، المدونة الكبرى. بيروت، لبنان: دار صادر، 1998.

\* الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة. ط2 بيروت، لبنان: دار الفكر العربي، 1998.

\* الدردير، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك. القاهرة، مصر: دار المعارف. 1986.

\* الدمياطي، أبو بكر ابن السيد محمد شطا. حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين. بيروت، لبنان: دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

\* الدسوقي، محمد عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. بيروت، لبنان: دار الفكر.

\* الرعيني، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1995.

\* الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته. ط4 دمشق، سوريا: دار الفكر، 1998.

\* الزرقا، مصطفى أحمد، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام.

ط1 دمشق، سوريا: دار القلم، 1998.

\* الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت، لبنان: دار الكتاب العربي، 1982.

\* المرداوي أبو الحسن، علي بن سليمان. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي.

\* التّووي. روضة الطالبين وعمدة المفتين. بيروت، لبنان: المكتب الإسلامي، 1405هـ.

\* ابن عابدين. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبوحنيفة. بيروت، لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر، 2000.

\* الفاسي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد، الإتيقان والأحكام شرح تحفة الحكام. القاهرة، مصر: دار الحديث، 2011.

\* ابن قدامة المقدسي الحنبلي، موفق الدين أبو محمد عبد الله، المغني. بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي، 1978.

\* ابن قدامة المقدسي، شمس الدين أبي محمد عبد الرحمن بن الشيخ أبي عمر محمد بن أحمد، الشرح الكبير على متن المقنع. بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي، 1983.

\* القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. الذخيرة. بيروت، لبنان: دار الغرب، 1994.

\* السرخسي، شمس الدين، المبسوط. بيروت، لبنان: دار المعرفة، 1989.

\* الشافعي، محمد بن إدريس أبو عبد الله، الأم، بيروت، لبنان: دار المعرفة، 1393هـ.

- \* الشرييني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. بيروت، لبنان: دار الفكر.
- \* الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن. الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير. بيروت، لبنان: عالم الكتب، 1406هـ.
- \* الشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، بيروت، لبنان: دار الفكر، 1991.
- \* شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوبلي. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، بيروت، لبنان: دارالكتب العلمية، 1998.
- \* الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي. بيروت، لبنان: دار الفكر، 1998.

#### المذكرات:

- \* سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي بحث لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية. جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة.

#### القواميس:

- \* الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. ط4 بيروت، لبنان: دار العلم للملايين، 1990.
- \* ابن منظور الأفرقي المصري، محمد بن مكرم، لسان العرب. ط1 بيروت، لبنان: دار صادر.
- \* ابن عباد، صاحب، المحيط في اللغة. ط2 بيروت، لبنان: دار الفكر العربي، 1988.
- \* ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا بن محمد بن حبيب، مجمل اللغة. ط2

بيروت، لبنان: دار الرسالة، 1986.

\* الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير. ط1 بيروت، لبنان: دار الفكر، 1985.

\* قلعة جي، محمد روا، معجم لغة الفقهاء. ط1 بيروت، لبنان: دار النفائس، 1987.

#### المجلات القضائية:

\* المجلس الأعلى: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية 1990 العدد الثالث والرابع.

\* المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1990 العدد الثالث.

\* المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، النشرة القضائية، 1994 العدد 54.

\* المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1999 عدد خاص.

\* المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، 2001 عدد خاص والعدد الأول.

\* المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 2011 العدد الأول.