وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المرجع: .....

قسم : القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الخلع وأحكامه بين الشريعة الإسلامية والقانون

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالب:
حداد شادلي

تحت إشراف الأستاذ:
- عباسة الطاهر

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	حميدة نادية	رئيسا
الأستاذ	عباسة الطاهر	مشرفا مقررا
الأستاذ	بن عديدة نبيل	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم:.2022/06/28

شكر وتقدير

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، الصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى أله وصحبه أجمعين.

يسعدني أن أتقدم بالشكر و وافر التقدير وعظيم الامتنان إلى الأستاذ المشرف على بحثي " د/ عباسة الطاهر " الذي كان خير معين وخير مرشد، فجزاه الله كل خير، ومتعه بالصحة والعافية.

والشكر موصول لكلية الحقوق والعلوم السياسية " جامعة عبد الحميد بن باديس من أستاذة وإداريين.

حداد

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى :

نبع الحب والحنان – الغالية أمي مدها الله بطول العمر والصحة

أغلى وأعز إنسان على قلبي "أبي" أدامه الله نعمة لا تزول

إلى الإخوة والأخوات والأصدقاء

حداد

المقدمة

أولت الشريعة الإسلامية الأسرة قدرا كبيرا من العناية و الرعاية، فأرست الدعائم التي تقوم عليها و أوضحت المبادئ التي تنظم شؤونها ، والأحكام التي ينبغي التقيد بها و ذلك من أجل تنشئة أسرة مسلمة و إعدادها بهذه النشأة للدور العظيم الذي قدره الله لها في الوجود، فوضع الأسس و المبادئ الصحيحة لاختيار الشريكين بعضهما لبعض و جعل الله تعلى بينهم ميثاقا غليظا فقال تعالى (و أخذنا منكم ميثاقا غليظا) .

تمثل العلاقة الزوجية استقرارا عاطفيا يحتاجه كل من المرأة والرجل و لا غنى لهما عنه، ولا يتحقق ذلك إلا في أسرة و بيت، فينظر الإسلام للزواج على أنه تآلف ومحبة و تعاون في اليسر والعسر، و ألزم كل طرف فيه بالقيام بواجباته وعدم الإضرار بالطرف الآخر ماديا أو معنويا .

إذا حدث ما يعكر صفو الحياة الزوجية جعل الله سبحانه و تعالى لكل من الزوجين مخرجا لهما، بحيث جعل الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت عندما يوجد ما يقتضيه أما الزوجة لا تملكه إلا بتمليك الزوج إياها فتوقعه حينئذ، و الحكمة من جعله بيد الزوج دون الزوجة هو لأن الزوج ملزم بتحمل الأعباء المالية كلها حتى بعد الطلاق و مع ما يمتاز به من قوة التحمل، و بناء على ذلك يستطيع الزوج أن يتحلل من العلاقة الزوجية إذا ما ساءت العشرة الزوجية بينهما وأصبحت جحيما لا يطاق.

لم يهمل الشارع الحكيم حق المرأة وشرع لها طريقا للخلاص من حياة زوجية لا تجد فيها راحتها و استقرارها إذا ما كرهت زوجها و تم تتحمل معاشرته فتخشى بذلك أن لا توفيه حقه أو تسيء معاملته، فإذا طلبت الطلاق منه وأبى ذلك لرغبته فيها أو لحرصه على ما أنفقه من مال في سبيل الزواج بها شرع لها الخلع للتخلص من الرابطة الزوجية التي لا ترضاها ، ولقد أقر قانون الأسرة الجزائري الخلع كطريق لفك الرابطة الزوجية في المادة 54 منه والتي تنص على ما يلي:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، ومما سبق نطرح الإشكالية التالية:

كيف تعاملت الشريعة الإسلامية مع مسألة الخلع باعتبارها السابقة لتنظيمه؟ وكيف نظم المشرع الجزائري أحكامه؟

وقع اختيارنا لهذا الموضوع لأنه مناسب للتخصص ولأنه لم يستوفي القدر الكافي من البحث والدراسات، بالإضافة إلى العديد من نقاط الاستفهام لتي تثار حول مدى مشروعية الحكم.

تكمن أهمية الدراسة كون موضوع الخلع كدراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون يعتبر من القضايا التي تثار من حولها عدة إشكالات خاصة في ضل تنامي ظاهرة الخلع لأسباب عديدة.

تهدف الدراسة إلى تحديد مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري ومدى مشروعيته ، وتسليط الضوء على مدى فعالية قانون الأسرة الجزائري في تنظيم أحكام الخلع.

وقد اعتمدنا على المنهج الوصفي خاصة في الفصل الأول من خلال تحديد الإطار العام للخلع، وبالإضافة إلى الاعتماد المنهج التحليلي في تحليل نصوص القانون وقرارات المحكمة العليا ذات الصلة بموضوع الدراسة.

قسمنا البحث إلى فصلين: الفصل الأول تطرقنا فيه إلى ا **الإطار العام للخلع** ، بينما خصصنا الفصل الثاني. ل: **إجراءات الخلع وأثاره.**

الفصل الأول

تمهيد:

إن الحياة الزوجية لا تقوم إلا على المحبة والمودة، والرحمة وحسن المعاشرة، وأداء كل من الزوجين ما عليه من حقوق، وقد يحدث أن يكره الرجل زوجته، أو تكره الزوجة زوجها.

والإسلام في هذا المجال يوصي بالصبر والاحتمال، وينصح بعلاج ما عسى أن يكون من أسباب الكراهية، قال تعالى:" وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا لكم"، وفي الحديث الصحيح "لا يفك مؤمن إن كره منها خلقا رضي منها خلقا اخر".

إلا ان البغض قد يتضاعف ويشتد الشقاق ويصعب العلاج، وينفذ الصبر ويذهب ما أسس عليه البيت من السكن والمودة والرحمة وأداء الحقوق، وتصبح الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح وحينئذ يرخص الإسلام بالعلاج الوحيد الذي لا بد منه.

فإن كانت الكراهية من جهة المرأة فقد أباح الإسلام لها أن تتخلص بطريقة الخلع بأن تعطي الزوج ما كانت أخذت منه باسم الزوجية لينهي علاقته بها لقوله تعالى:" فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به".

المبحث الأول: مفهوم الخلع ودليل مشروعيته

يعرف الخلع على أنه ذلك الاتفاق الذى يتم بين الزوج وزوجته على الفرقة مقابل مال تدفعه الزوجة، ويطلق على الخلع أيضا الفداء، فيسمح الخلع للمرآة التطليق من زوجها مقابل مال تدفعه له بموجب اتفاق بين الطرفين أو بناء على تقدير القاضي في حدود صداق المثل وقت صدور الحكم، وذلك في حال خوف الزوجة على نفسها عدم إقامة حدود الله إذا بغضت زوجها أو الوقوع في المحظور نتيجة ذلك، وبجواز الخلع تتجنب الوقوع في ذلك فهو رحمة من الله تعالى بالمرآة الكارهة لزوجها فأخرجها من الحرج التي هي فيه عن طريق سن الخلع.

المطلب الأول: تعريف الخلع وألفاظه

سنتناول في هذا المطلب الخلع لغة واصطلاحا في الفرع الأول والثاني على التوالي، كما سنتطرق إلى الخلع في الاصطلاح الشرعي بالإضافة إلى أنواعه وألفاظه.

الفرع الأول: الخلع لغة

الخلع لغة بفتح الخاء مصدر قياسي "خلع"و يستعمل في الأمور الحسية فيقال خلعت خلعا أي نزعته مصداقا لقوله تعالى :فلما آتها نودي يا موسى إني أنا ربك فاخلع نعليك إنك بالوادي المقدس طوى" وفي هذه الآية الخلع بمعنى النزع، وفي الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلعا إذ أزال زوجيتها و خلعت المرأة زوجها مخالعة إذ افتقدت منه.[1]

والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين لكن الخلاف في أنه حقيقي في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل و بالعكس "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن" وهذا وقد قال الفقهاء: إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، والخلع بالضم في إزالة الزوجية.[2]

[1]: زهرة منصوري ،التطليق والخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر،2012، ص101.

[2]: زهرة منصوري ،التطليق والخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص102.

الفرع الثاني: الخلع في الاصطلاح الشرعي

الخلع الذي أباحه الإسلام مأخوذ من خلع الثوب إذ أزاله، لأن المرأة لباس للرجل و الرجل لباس لها قال تعالى"هن لباس لكم وأنتم لباس لهن" كما أن للفقهاء تعريفات كثيرة للخلع نستعرض كلا منها بالتفصيل الموجز:

أولا:عند المالكية بأنه طلاق بعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ أو كناية ظاهرة أو أي لفظ آخر إذ كان بنية الطلاق فإن قالت له زوجته طلقني على مهري أو على مائة ريال مثلا فقال طلقتك على ذلك لزمه طلاق بائن ولزمها العوض وكذا إذا أجابها بكناية ظاهرة من كنايات الطلاق فإنه يقع الطلاق البائن، ويلزمها العوض وكذا إذا أجابها بأي لفظ ناويا به طلاقها فإنه يلزمه طلاق بائن و لفظا من ألفاظ الطلاق الصريح فإذا أجابها بقوله خالعتك أو اختلعتك كان بمنزلة قوله لها أنت طالق أو قال لها خالعتك أو اختلعتك بدون ذكر العوض لزمه طلاق بائن و قد عرفه بعضهم بأنه عقد معاو ضة على البعض تملك الزوجة نفسها ويملك بها الزوج العوض.[1]

ثانيا: عرفه الشافعية: عرفوا الخلع كما عرفه المالكية وليس عندهم فرق بين الخلع و الطلاق على مال فهما شئ واحد و غالبا لا يكون الخلع عندهم بدون عوض كما أنه لا يختص بلفظ معين كما يقع بصريح الطلاق و الكناية المقترنة بالنية.

وقال الماوردي أما الخلع في الشرع فهو افتراق بين الزوجين على عوض و إنما سمي خلعا لأن الزوجة لباس له كما هو لباس لها قال تعالى"هن لباس لكم وأنتم لباس لهن" فإذا افترقا بعوض فقد خلع لباسها وخلعت لباسه فيسمى خلعا.و قيل أن الخلع فدية ، لأن المرأة قد فدت نفسها منه بما لها كفدية الأسير بالمال.[2]

[1]: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر والتوزيع،الجزائر سنة الطبع2010 ، ص 316.

[2]: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، المرجع السابق، ص317.

ثالثا: عرفه الحنابلة: بأنه فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة يعني فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها زوجها بألفاظ معينة وهي قسمان:

1 – صريحة في الخلع كالمفادات والخلع والفسخ.

2 –كناية في الخلع المبارأة، المباينة والمفارقة.

ومقتضى التعريف أن الخلع لا يكون عندهم إلا بعوض،وهو رواية عن أحمد، ويفرقون بين الخلع، والطلاق على مال.

رابعا: عرفه الحنفية: بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه وألفاظه عندهم خمسة.[1]

أولها: ما اشتق من الخلع كأن يقول لها "خالعتك""اختلعي" "أخلعي نفسك" "أختلعك" لهذا قالوا أنه يقع به الخلع بدون نية لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيرا فأصبح كالصريح فإذا قال لامرأته خالعتك وذكر مالا فالأمر ظاهر وا ٍذا لم يذكر فإنه يقع به الطلاق سواء نوى أم لم ينو، قبلت أو لم تقبل.

ثانيها: لفظ "بارأتك" فإذا قال لها بارئتك على عشرين جنيها و قبلت وقع الطلاق بائنا و لزمها العشرون وسقط مهرها فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شئ بالاتفاق أما إذا لم يذكر البدل وقال لها "بارأتك" وقالت "قبلت" وقع الطلاق البائن وسقط حقها في المهر .

فهل يتوقف إيقاع الطلاق بهذا اللفظ على النية أم لا؟ والجواب إذا كثر استعمالها في الطلاق كالخلع يقع بها الطلاق بدون نية. [2]

[1]: المرجع نفسهن نفس الصفحة.

[2]: منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحكام الشخصية أحكامه آثاره، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 1430هـ-2009م، الطبعة الأولى، الاصدار الثاني، ص 40 .

ثالثها: لفظ "باينتك" فإنه موضوعا للخلع، فإذا لم يذكر مالا، وقبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، وان لم تقبل ونوى به الطلاق، وإن لم تقبل ونوى به الطلاق طلقت وإلا فلا، لأن المباينة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أما إذا قال لها باينتك على عشرين ريالا ولم تقبل لا يقع به الطلاق قولا واحدا ولا يلزمها البدل لأنه علق إبانتها على المال.

رابعها: لفظ "فارقتك فإنه إذا ذكر مالا فقال "فارقتك على مائة ريال" وقبلت بانت منه و لزمتها المائة، وسقط حقها في المهر، وإن لم تقبل لا يقع. ويلزمها المال وا ِن لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إذا نوى به الطلاق أو قامت قرينة على إرادة الطلاق وان لم تقبل فإن نوى به الطلاق لزمه طلاقا بائنا لأنه كناية والا فلا يلزمه شئ.[1]

خامسها: لفظ طلاق على مال فإذا قال لها طلقي نفسك على عشرين جنيها فقالت قبلت وقع الطلاق بائنا ولزمها العشرون أما إذا قال لها "طلقي نفسك" ولم يذكر مالا كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع.

ويضيف الحنفية لفظين آخرين :ما اشتق من لفظ البيع و ما اشتق من لفظ الشراء.

وقد عرفه المشرع الجزائري في م" 54":[2]من قانون الأسرة بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها،دون موافقته و استعمل لفظ الخلع صراحة دون غيره من الألفاظ الدالة عليه.

الفرع الثالث: ألفاظ الخلع وصوره

أولا: ألفاظ الخلع

للخلع ألفاظ عدة تختلف من مذهب لأخر نذكرها على النحو التالي: [1]

[1]: عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،دار أبن حزم الطبعة الأولى 1418هـ –1998م، بيروت– لبنان، ص 51.

[2]: المادة 54 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

ألفاظ الخلع عند الحنفية: خمسة: الخلع، والمبارأة، والطلاق، والمفارقة، والبيع، والشراء. كأن يقول الرجل خالعتك بكذا أو بارأتك، أو فارقتك، أو طلقي نفسك على ألف، أو بعت نفسك أو طلاقك على كذا، وتقبل المرأة.

أما المالكية: فذكروا أن له أربعة "الخلع، المبارأة والصلح و الفدية أو المفاداة و كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها إلا أن اسم الخلع يختص عادة ببذلها له جميع ما أعطاها، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه.

وذكر الشافعية والحنابلة: أن الخلع يصح بلفظ الطلاق الصريح، والكناية مع النية وباللغة غير العربية، ومن الكناية قوله بعتك نفسك بكذا فقالت اشتريت، والصريح عند الشافعية لفظ الخلع، والمفاداة،وعند الحنابلة لفظ الخلع، والمفاداة، والفسخ، والكناية عند الشافعية مثل لفظ الفسخ في الأصح، وكل كنايات الطلاق، والكناية عند الحنابلة: مثل بارأتك، وأبرأتك، وأنبتك.[2]

ثانيا: أنواع الخلع

ينقسم إفتداء الزوجة نفسها بالمال الذي تدفعه لزوجها إلى نوعين:

1- نوع بغير عوض تدفعه الزوجه.

2- نوع بعوض ملتزمة للزوج نظير الإفتداء.

النوع الأول: مثل قول الزوج لزوجته (خالعتك) دون أن يذكر شيئا و حكمه أنه من كنايات الطلاق فلا يقع به شيء إلا بنية الطلاق من الزوج أو بدلالته الحال على المراد به الطلاق كما هي الحال في كنايات الطلاق.

---

[1]: عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سبق ذكرهن ص52.

[2]: عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص53.

النوع الثاني: الذي تدفعه الزوجة مالا لزوجها أو تتنازل عن حق من الحقوق الزوجية المالية وذلك هو النوع الذي نحن بصدده لأن الخلع وان كان يشمل النوعين إلا أنه عند الطلاق ينصرف إلى النوع الثاني لغة وشرعا فيكون حقيقة عرفية وشرعية.

والخلع عقد ككل العقود يحتاج إلى إيجاب، و قبول:[1]

" قال صاحب البدائع: أنه عقد على الطلاق يصدره الزوج بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول من الزوجة بخلاف النوع الذي لا عوض فيه فإنه إذا قال (خالعتك) ولم يذكر العوض ونوى الطلاق وقع سواء قبلت أم لم تقبل، لأن ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر إلى القبول منها.[2]

المطلب الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته

سنتطرق في هذا المطلب إلى حكم الخلع ودليل مشروعيته مستندين على كل من الكتاب والسنة والاجماع.

الفرع الأول: حكم الخلع

الخلع جائز لا بأس به عند أكثر العلماء لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع و عدم الوفاق بين الزوجين فقد تبغض المرأة زوجها، وتكره العيشة معه لأسباب جسدية خلقية أو دينية أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك .

وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الزوجية، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر عنها ببذل شيء من

[1]: هبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي،و أدلته الشامل للأدلة الشرعية ، والآراء المذهبية ،وأهم النظريات الفقهية، وتحقيق الأحاديث النبوية ، وتخريجها ،و فهرسة الجباية للموضوعات، و أهم المسائل الفقهية، الجزء السابع ،الأحوال الشخصية دار الفكر ص 382.

[2]: هبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي،و أدلته الشامل للأدلة الشرعية ، والآراء المذهبية ،وأهم النظريات الفقهية، وتحقيق الأحاديث النبوية ، وتخريجها ،و فهرسة الجباية للموضوعات، و أهم المسائل الفقهية، المرجع السابق، ص383

المال تفتدي بها نفسها، وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها.[1]

الفرع الثاني: مشروعية الخلع

دل الكتاب والسنة على مشروعيته.

أولا: من الكتاب

فقد ورد فيه آيات تثبت مشروعية الخلع و هي:

قوله تعالى: " الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا ومَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُم الظالمون".

ثانيا: من السنة

فحديث ابن عباس:"أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم فقال رسول الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" فهي لا تريد مفارقته لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، وإنما كرهت كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب برد بستانه الذي أمهرها إياه.[2]

[1]: رمضان على السيد الشرنباصي أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2002 ص 329.

[2]: رمضان على السيد الشرنباصي أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص330.

ثالثا: من الإجماع فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالفهم إلا بكرا بن عبد الله الملزيني ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه وقال الإمام مالك بهذا الصدد لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عندنا وأن الرجل إذا لم يضر المرأة ولم يسئ إليها ولمتأت من قبله وأحبت فراقه فيحل له أن يأخذ منها ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم.

الفرع الثالث: الأساس القانوني للخلع في قانون الأسرة الجزائري

المادة 54 من ق.أ [1]"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".

المطلب الثالث: تكييف الخلع

اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن الخلع عبارة عن عقد رضائي بين الزوجين، غير أنه هناك من يرى أن الخلع حق للزوجة (الفرع الأول)، و في ظل الاختلاف الفقهي حول تكييف الخلع، سوف نحاول تبيان موقف المشرع الجزائري من ذلك(الفرع الثاني).

الفرع الأول: التكييف الفقهي للخلع

يرى غالبية الفقه الإسلامي على أن الخلع يتم باتفاق الزوجين ويتوقف على إيجاب وقبول (أولا)، ولم يخرج على هذا الإجماع إلا فئة قليلة من الفقه والتي ترى بأنه ليس عقد بينهما (ثانيا).

أولا: الرأي الذي يعتبر الخلع عقد رضائي

[1]: المادة 54 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

وضع الخلع من الناحية الفقهية يتمثل في أنه عقد يتم بإيجاب وقبول بين الزوجين مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها من أجل أن يطلقها حتى ولو كان قبل الدخول، فلا يتحقق الخلع شرعا ولا تترتب عليه آثاره إلا إذا استعمل الزوج لفظ الخلع أو ما في معناه، وكان في مقابلة مال، ومؤدى ذلك أن الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر.

اختلف الفقهاء في اعتبار الخلع بالنسبة للرجل والمرأة وفي ذلك ظهر مذهبين:[1]

أ_ المذهب الأول:

ذهب الحنفية إلى أن الخلع يعتب ر يمينا من جانب الزوج، و هذا لأنه علق طلاق الزوجة على قبولها دفع المال، فإنه إذ قال لزوجته خلعتك على أن تدفعي لي مبلغ كذا، أي إذا قبلت دفع هذا المال لي فأنت طالق، و التعليق يسمي يمينا في اصطلاح الفقهاء، ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة، لأنها بقبولها التزمت بما أوجبه الزوج نظير افتداء نفسها، إلا أنها ليست معاوضة خالصة بل لها شبه بالتبرعات؛ لأن المعاوضة المحضة يكون كل من البدلين مالا أو ما في حكمه وما يخلص للزوجة في نظير المال ليس إلا خلاص نفسها وهو ليس بمال و لا بمال ولا في حكم المال. و يبني على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الأحكام التالية:[2]

1- إذا صدر الإيجاب من جانب الزوج، فلا يجوز له الر جوع عن إيجابه المذكور قبل قبول الزوجة، لان اليمين لا يمين الرجوع عنها بعد إصدارها.

2-أن إيجاب الزوج لا يبطل بقيامه من المجلس، فلو قبلت الزوجة بعد قيامه صح الخلع لأن الزوج لا يملك الرجوع عن الإيجاب صراحة فأولى أن لا يملك الرجوع عنه دلالة.

[1]: رمضان على السيد الشرنباصي أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص332.

[2]: المرجع نفسهن ص333.

3- يجوز للزوج تعليق إيجابه على شرط أو إضافته إلى زمن المستقبل، فإذا قبلت الزوجة ذلك وقع الخلع صحيحا عند تحقق الشرط المعلق عليه الخلع، أو عند حلول الأجل المضاف إليه.

4- لا يجوز له أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع، كأن يقول خالعتك على أن تبرئيني من مؤخر صداقك على أن لي الخيار ثلاثة أيام إذا قبلت ذلك وقع الطلاق في الحال ولزمها المال، و لا اعتبار لما اشترطه الزوج من خيار لنفسه، لأن الشرط الفاسد لا يبطل الخلع.[1]

يترتب على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة الأحكام الآتية:

1-إذا كان الإيجاب بالخلع صادرا من الزوجة، جاز لها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول.

2-إذا كانت الزوجة صاحبة الإيجاب حاضرة في مجلس الخلع ثم انصرفت عنه قبل قبول زوجها بطل الإيجاب، وسبب ذلك أن المعاوضة تبطل بتفريق المتعاوضان بعد الإيجاب وقبل القبول.

3- لا يجوز لها أن تعلق الخلع على شرط أو تضيفه إلى زمن المستقبل لأن المعاوضات لا تقبل ذلك.[2]

4-يجوز لها أن تشترط الخيار لنفسها في مدة معلومة؛ لأن الخلع من جانبها معاوضة والمعاوضة يصح فيها اشتراط الخيار لمن صدر منه الإيجاب.

5-الخلع باعتباره معاوضة من قبل الزوجة، يقتضي أن تكون الزوجة المخالعة من أهل التبرع- أي يشترط فيها البلوغ و العقل- لإلزامها ببدل الخلع، فإذا لم تكن أهلا للتبرع وقع الخلع مرتبا أثره، ولا يلزم الزوجة المال الذي عرضته.

---

[1]: حسن حسارين أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءا طبقا لأخر التعديلات الصادرة بالقانون ، دار الأفاق العربية، سنة الطبع2000، ص257.

[2]: حسن حسارين أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءا طبقا لأخر التعديلات الصادرة بالقانونن المرجع السابق، ص258.

ب- المذهب الثاني:

يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية و الحنابلة إلى أن الخلع معاوضة بين الجانبين ويشترط فيه أن يطابق الإيجاب القبول في مجلس العقد، فإن قام أحدهما قبل قبول الطرف الأخر يعتبر ذلك رجوعا واعراضا، في حين يجوز لكل من الزوجين الرجوع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر، كما يحق للزوجة الرجوع عن إيجابها قبل قبول الزوج، و لكن لا يجوز لأي من الزوجين أن يعلق إيجابه على شرط أو أن يضيفه إلى زمن المستقبل، لأن الخلع معاوضة فهو تمليك والتمليكات لا تقبل التعليق، ولا الإضافة.[1]

ثانيا: الرأي الذي يعتبر الخلع حق للزوجة

يذهب جانب من الفقه وفي مقدمتهم الإمام ابن رشد إلى اعتبار الخلع ليس بعقد بين الزوجين من أجل تقرير مصير الزوجة بخلعها من عدمه، بل هو حق للزوجة يحق لها اللجوء إليه متى شاءت، إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة الزوجية رفقة زوجها تعد ضربا من المحال؛ حيث قال في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد بأنه:" والفقه أن الفداء، إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة (أي كرهها) جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل؛ ولكن لابد أن يسبق ذلك النوع من الخلع تحكيم الحكمين" .

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تكيف الخلع

بعد عرض التكييف الفقهي للخلع لدى جمهور الفقهاء، سوف نحاول تبيان موقف المشرع الجزائري من خلال مرحلتي قبل وبعد تعديل 2005.

أولا: مرحلة قبل تعديل 2005

[1]: المرجع نفسه، ص259.

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة تكييف الخلع قبل تعديل 2005، مما جعل بعض شراح القانون المتبنين لرأي ألا خلع بدون إرادة الزوج قد تبنوا بذلك الرأي الذي يعتبر الخلع يمينا من جانب الزوج لأنه يرتبط بالطلاق، ومعاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض، و قد تبنوا بذلك رأي الحنفية.[1]

يقول الدكتور بلحاج العربي في هذا الصدد، إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة؛ و من هنا فإن التكييف القانوني للخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج لأنه علق على طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال في مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية، و سلطان زوجها التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه.

قضت المحكمة العليا في نفس السياق في قرار لها جاء فيه ما يلي: "ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفرة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين، غير أن عرض الزوجة الخلع لا يخولها أي حق و لا أثر له على إبقاء الروابط الزوجية إذا لم يرضى الزوج به ولا يمكن اعتباره كطلب مقدم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه. [2]

لعل الدوافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة تكييف الخلع، و الذي ورد بصيغة عامة لا يفهم منها اشتراط موافقة الزوج على الخلع أو عدم موافقته، ففسر شراح القانون و القضاة عبارة:" أن تخالع نفسها من زوجها" أن المشرع قصد من ورائها اشتراط موافقة الزوجين مجاريا في ذلك الفقه الإسلامي السائد، و

[1]: اديس ذيباني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للنشر عين مليلة، الجزائر،.2012، ص86.

[2]: اديس ذيباني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص259.

ذلك طبقا لما نصت عليه المادة 222 ق. أ بأنه [1]: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

اعتبرت مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة امتداد للفترة التي سبقتها حيث أبقى القضاة والشراح و القانونيون على سيادة الرأي القائل بضرورة اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة، و قد تجلى ذلك بشكل واضح في قرارات المحكمة العليا، فذكرت في قرار لها أنه: "من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، و أن ليس للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه...".[2]

ثانيا: مرحلة بعد التعديل2005

بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 7 فبراير 2005 غير المشرع الجزائري رأيه في تكييف الخلع في اعتباره حقا للزوجة بدلا من اعتباره يمين من جانب الزوج و معارضة من جانب الزوجة، فنصت المادة 54 في فقرتها الأولى من ق.أ على ما يلي:[3]

"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"الإمام ابن رشد في اعتبار الخلع حقا للزوجة يقابل حق الزوج في الطلاق، يمكنها اللجوء إليه متى شاءت إذا ما تبين لها أن مواصلة الحياة الزوجية تعد ضربا من المحال على ان يسبق ذلك تحكيم الحكمين .

---

[1]: المادة 222 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]: مصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر، والتوزيع الجزائر2010، ص 276.

[3]: الفقرة الأولى من المادة 54 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

بالرغم من أن الإمام مالك كان متحفظا في منح الزوجة حق مخالعة نفسها، فذكر أن الخلع في الأصل يكون بالتراضي بين الطرفين، و يكون بحكم القاضي بعد أخذ رأي الحكمين، فأجاز للزوجة الكارهة أن يلجأ إلى القاضي طالبة منه الحكم بالخلع، فيبعث القاضي حكمين خلاف، فإن لم يفلحا لصلح بين الزوجين لأنهما يختلطان بالزوجين ويعرفا ما بينهما من في الصلح فرقا بين الزوجين دون رضا الزوج، فدوره في التحقق من إرادة الزوجة.

أصبحت الزوجة بعد التعديل تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج، فما عليها إلا أن تقدم طلبها بذلك إلى القاضي، و هذا الأخير لا يملك حق رفض التفريق بالخلع و ليس له أية سلطة تقديرية في ذلك، لأن الأمر يتعلق بممارسة الحق الإرادي طبقا للشكل المقرر قانونا، و يقتصر دوره في التحقق من إرادة الزوجة، وردها للمهر الذي ساقه إليها الزوج.[1]

كان ذلك تتويجا لاجتهادات المحكمة العليا التي لم تقف موقف الجمود و أخذت تعمل على تطوير اتجاهها حتى تبلور أخيرا في قاعدة جديدة؛ وهي القاعدة التي تقوم على أساس جواز النطق بالطلاق عن طريق الخلع حتى و لو لم يتراضيا الزوجان عليه، بل يمكن للقاضي الاكتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة الزوج عليه إذا أصبحت العشرة بينهما لا يرضاها الدين الإسلامي.

من قراراتها في هذا الصدد القرار الصادر في 21 جويلية 1992[2]:" من المقرر قانونا أن يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال، يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

[1]: مصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص277.

[2]: القرار الصادر في 21 جويلية 1992.

إن المادة المذكورة (54 ق.أ) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال و قدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج وعليه بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب لابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا فإن قضاة الموضوع – في قضية الحال – لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون" .[1]

أصبحت الزوجة منذ صدور هذا القرار تتمتع بحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وقت ما شاءت دون الحاجة إلى موافقة الزوج في ذلك، و عليه فقد تبنى المشرع الجزائري التكييف القائل بأن الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة، منذ الاستقلال إلى بداية التسعينيات، و في ظل الانتقادات الموجهة إليه في أن الهدف الحقيقي من وجود الخلع لم يتحقق؛ حيث ظل الزوج صاحب القول الفيصل بشأن فك الرابطة الزوجية، دونما أن تجد الزوجة منفذ للتخلص من زوجية تخشى على نفسها الوقوع في المحظور، تبنى على إثرها الرأي القائل بأحقية الزوجة في الخلع، و هذا ما جسده بصريح العبارة في نص المادة 55 من ق.أ بعد تعديلها. [2]

غير أنه اعترف بحق الزوجة في الخلع بعد الدخول وليس قبله، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بأنه: " أن طلب الخلع لا يمكن لزوجة أن تطالب به قبل الدخول بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول...".

المبحث الثاني: أركان الخلع وشروطه

سنبين في هذا المبحث كل من أركان الخلع، وشروطه كالأتي:

[1]: أيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، 2014، ص331.

[2]: المادة 55 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول:أركان الخلع

المقصود بالركن ما يتوقف الشيء على وجوده، وكان جزءا من حقيقته، وأركان الخلع عند جمهور الفقهاء، ما عدا الحنفية،خمسة فالحنفية يرون أن أركان الخلع هي الإيجاب،والقبول، ويصح أن يكون الإيجاب من الزوج أو الزوجة، ويكون القبول من الطرف الثاني.

أما الجمهور فيرون أن الأركان خمسة، وهي الموجب، القابل، العوض، المعوض والصيغة.

والجدير بنا ذكره في موضوع أركان الخلع أن هناك من أطلق عليها عبارة أركان، وهناك من سماها شروطا، لذا إرتأينا وصفها بالأركان لأهميتها ولأنها تدخل لا في حقيقة الخلع الذي لا يصح إلا بها.

الفرع الأول: الزوج المخالع

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج ركن من أركان الخلع لهذا لابد أن يكون ممن يصح طلاقه أي أن يكون أهلا للطلاق فمن لا يصح طلاقه لا يصح خلعه، ويرى المالكية أنه يشترط في الزوج المخالع الشروط التي تشترط في الطلاق، ومنها أن يكون مسلما ومكلفا، فلا يصح خلع الصبي، والمجنون، ويصح حسبهم خلع الأب والوصي للغير أو المجنون لزوجتيهما بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما.[1]

كما لا يقع خلع السكران:والهازل، ولا يقع خلع المكره عند جمهور الفقهاء، ولم يجز أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد خلع الأب لزوجة الإبن الصغير والمجنون، ولطلاقهما فمن لا يجوز أن يطلق على الصغير، والمجنون لا يجوز أن يخالع عليهما.[2]

غير أنه إذا كان المخالع مريضا مرض الموت وقت الخلع ثم توفي قبل أن يبرأ لم ترثه زوجته،ولو كانت،ولو كانت وفاته أثناء عدتها عند الحنفية،والشافعية،والحنابلة وترثه

[1]: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ،المكتبة العصرية، بيروت 2004، ص995 .

[2]: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص996.

عند المالكية إذا توفي في مرضه الذي خالعها فيه سواء أكانت وفاته في أثناء عدتها أم بعد إنتهائها، وسواء أتزوجت بغيره أم لم تتزوج ،وذلك لإقدام الزوج على ما يتسبب عنه إخراج وارث من تركة كان له فيها حق،وذلك غير جائز، والمدخول بها وغير المدخول بها في هذا الحكم سواء، أما الزوج فلا يرث زوجته المختلعة عند الجميع لأنه هو الذي أسقط ما كان له من حق.

و إذا أقر المخالع لمن خلعها في مرض الموت بمال،أو أوصى لها بوصية نفذ ذلك في ثلث تركته عند الحنفية، والشافعية لصيرورتها أجنبية عنه بالخلع،وذهب الحنابلة إلى أن ذلك إنما ينفذ في حدود إرثها منه،فما زاد عليه لا تعطاه إلا بإجازة الورثة وقد يتخذ ذلك وسيلة لزيادة ما تأخذه من تركته.[1]

الفرع الثاني: الزوجة المختلعة

أجمع الفقهاء على أن الزوجة ركن من أركان الخلع يشترط أن تكون في زواج صحيح شرعي، وإذا كانت هي التي تجري الخلع بنفسها فيشترط فيها البلوغ، والعقل والرشد بمعنى أن تكون أهلا للتبرع،وشرط الزواج الشرعي أمر لازم لان الزوجة فيه تطلب خلاصها من قيد الزوجية، ولذلك خرج النكاح الفاسد من الخلع لأن المرأة لا تعتبر زوجة في النكاح الفاسد كما أنها ليست طرفا في عقد زواج شرعي.[2]

أولا: مخالعة المرأة المعتدة

1-المعتدة من طلاق رجعي:

هذه المعتدة بإتفاق الفقهاء زوجة حكما وهي في عدة هذا الإتفاق، ولذلك تجوز مخالعتها في العدة، ولذلك يقول الأحناف أن لزوجها أن يطلقها على جعل بعد الطلاق الرجعي ما دامت في عدتها، ولزمها الجعل متى إتفقا على ذلك،وهذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية، والحنابلة.

---

[1]: المرجع نفسهن ص997.

[2]: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص998.

2-المعتدة من طلاق بائن: في خلعها رأيان:

الرأي الأول: يقول به الأحناف، وهو أن الطلاق على مال يلحق المعتدة من طلاق رجعي، ويجب المال، ويلحق المعتدة من طلاق بائن ولا يلزم المال.

بمعنى أن الرجل إذا طلق إمرأته بائنا، ثم طلقها في العدة على مال وقع الطلاق الثاني أي الطلاق على مال، وسبب ذلك أن إعطاء المال قصد به تخليصها الخلاص المنجز من العصمة، وهذا حاصل في الطلاق البائن، ومن ثم فلا حاجة منها لدفع المال، وهذا بخلاف المعتدة في الطلاق الرجعي فهي زوجة حكما في خلال أجل العدة، ويجوز للزوج مراجعتها في العدة، ولزوم المال هنا سببه شراء عصمتها في خلال العدة الرجعية .[1]

الرأي الثاني: ذهب المالكية، والشافعية إلى أن المطلقة بائنا لا يلحقها الخلع في العدة،إذ لا يملك الرجل بضع إمرأته بعد الطلاق البائن يقول الدردير في الشرح الصغير"ورد المال الذي خالعها به أيضا بكونها بائنا أي ثبوت كونها وقت الخلع كانت مطلقة طلاقا بائنا إذ الخلع لم يصادف محلا حال البينونة.[2]

يقول الدكتور عبد الكريم زيدان"ويبدو لي أن الخلع، وان لم يقع مستوجبا بدل الخلع إلا أنه يقع طلقة بائنة، وٍ استخلص هذا من قول الدرد ير: "ورد المال الذي خالعها به أيضا..." فهم قالو ا يرد المال، ولم يقولوا ببطلان المخالعة كلها بما فـيها إيقاع الطلاق وبذل المال، ولكن الظاهر أنه يقول: "رد المال الذي خالعها به....إذ الخلع لم يصادف محلا حالة البينونة منه" وبذلك يكون الرأي عند الماك ية متفق مع الحنابلة، والشافع ية، ويشترط في الزوجة أن تكون أهلا للتبرع لأن الخلع في حقها يعتبر معاوضة فيها شبهة التبرع، لأن فيها بذل المال فيها لا يعتبر مالا،وهو ملكها لعصمتها من أجل ذلك إشترط

[1]: محمد زيد الأبياني، الأحوال الشخصية، مكتبة سريد عبد الله وهبة، القاهرة د.ب.ن.د.ت، ص253.

[2]: محمد زيد الأبياني، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 254.

الفقهاء في الزوجة أهلية التبرع، وبما أنه أشترط في الزوجة المخالعة أهل ية التبرع فإنها تكون أهلا للتبرع إذا إجتمع فيها أربعة شروط.

الأول:أن تكون بالغة فلا يتحقق الخلع إذا كانت الزوجة صغ يرة مم يزة كانت أو غ ير مميزة.

الثاني: أن تكون عاقلة فلا يتحقق الخلع إذا كانت الزوجة مجنونة أو معتوهة.

الثالث: ألا تكون مريضة مرض الموت.[1]

ثانيا:- خلع الصغيرة:

الصغيرة إما أن تكون مم يزة، وا ما أن تكون غ ير مميزة، وعلى كل حال إما أن يجري الخلع بينها وبين زوجها، واما أن يجري بين زوجها،وولِيها،فإما أن يضمن ولِيها بدل الخلع لزوجها، واما ألا يضمن ذلك.فإن كانت الزوجة صغ يرة غير مميزة، وخالعت زوجها بنفسها لم يقع عليها الطلاق ولم يلزمها شيء،أما عدم وقوع الطلاق عل يها فلأن الزوج قد علق طلاقه إياها على قبولها دفع البدل،والقبول إنما يكون معتبرا الشريعة إذا حصل ممن هو أهل له والصغيرة غير المميزة ليست أهلا للقبول البتة فالمعلق عليه لم يحصل على الوجه المعتد به شرعا، فلا يحصل المعلق الذي هو الطلاق.وا ِن كانت الزوجة صغيرة مميزة وخالعت زوجها بنفسها فإن كان بلفظ الطلاق، فإنه يقع عليها طلاق رجعي، ولا يلزمها شيء من المال.[2]

ثالثا: خلع المحجور عليها لسفه

السفه ضد الرشد.هو كون الإنسان مصلحا في ماله لا يبذر فيه، ولايضيعه على خلاف ما يرتضيه الشرع.

---

[1]: شريخ علي الخفيف،فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ، دار الفكر العربي، سنة الطبع2008 ،ص672.

[2]: شريخ علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ، المرجع السابق، ص673.

واذا خالعت الزوجة زوجها، وهي سفـيهة على مهرها،أو على شيء من مالها فإن كان إختلاعها منه بلفظ الطلاق وقع عل يها طلاق رجعي، ولم يلزمها البدل لأن وقوع الطلاق يعتمد القبول، وقد تحقق منها، ولأن لزوم المال يعتمد كونها أهلا للتبرع، ولـيست أهلا له.

رابعا:- خلع المكرهة:

إذا أكرهت الزوجة على الخلع فلا يلزمه المال لأن الالتزام بالمال بالإكراه لا يصح بإتفاق فقهاء المذاهب الإسلام ية، ويقع الطلاق عليها لأنه علق على مجرد قبولها وقد قبلت. وقد ورد عن الإمام مالك قوله في الموطأ إن المرأة التي تخالع زوجها ثم يتبين أن الدافع إلى الخلع هو أن زوجها كان يضربها فيلزمه أن يرد لها ما دفعته له و يمضي الطلاق الذي أوقعه عليها.

خامسا:- خلع المريضة مرض الموت:

اختلفت المذاهب الفقهية في أثار هذا الخلع:

يرى الحنفية أن هذا الخلع صحيح، ويقع به طلاق بائن، ويثبت به البدل، وأن ذلك البدل يخضع في نظرهم لأحكام الوص ية فيفذ في حدود ثلث التركة، واذا توفت الزوجة في مرضها أثناء عدتها، وجب للزوج الأقل من الأمور الثلاثة "بدل الخلع،وثلث الخلع،أو نصيبه من الم يراث" وهذا كله لو افترض بقاء الزوج ية، وورثها بالفعل، ولقد وجب له الأقل من الأمور الثلاث احتياطيا ومحافظة على حقوق ورثتها لإحتمال أن يكون الزوجان قد إتفقا على الخلع في هذا المرض ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الم يراث لو استمر زواجه إلى وقت وفاتها، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحابيه بطريق التبرع لأنه وصية، والوصية لا تجوز للوارث عند الجمهور، وإذا ماتت بعد أن شفـيت من مرضها

الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج المخالع بدل الخلع كله لظهور أن الخلع تم في حالة الصحة.[1]

ويرى المالكية أن الزوج إذا خالع زوجته، وهي مريضة مرضا مخوفا،فإن الطلاق منفذ، ولا يتوارثان عند المالكية ولو ماتت اثناء العدة.[2]

سادسا: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضا من أحكامها وذلك لأن المشرع نص في المادة السابعة من قانون الأسرة على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، وهذه المادة تكفي للتكلم عن شرط الأهلية عند مخالعة الزوج لزوجته، فيجب أن يكون متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه طبقا لنص المادة 85 من قانون الأسرة[3] والتي نصت:"تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"، وإلا وقع تصرفه باطلا ولا ينتج أي اثر.

كما يرى الأستاذ فضيل سعد أ:" الخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصين وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عل يها المادة 203 من قانون الأسرة، والتي اشترطت في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسعة عشر سنة وغ ير محجور عليه، ولأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه، وبذلك فإن السفيهة لا تستطيع الإلتزام بمبلغ من المال لاعتبار السف يهة في قانون الأسرة الجزائري ناقصة

[1]: محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، بيروت لبنان2007، ص343.

[2]: محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، المرجع السابق، ص344.

[3]: المادة 85 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

الأهلية، فإذا أرادت أن تخالع نفسها وهي على هذا الحال، فإن أباها هو الذي يتكفل بذلك وفي غياب هذا الأخير.

وتجدر الإشارة بأنه يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوجة قبل السن القانوني عملا . يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له بنص المادة 7 الفقرة الثانية من قانون الأسرة والتي تنص:" يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

أما بالنسبة للمريضة مرض الموت، فتخضع لأحكام المادة 204[1] من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية" وهذه المادة تحيلنا إلى نص المادة 185 من القانون نفسه[2] والتي تنص على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة"، ومن ثم فإن الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الوارث.

المطلب الثاني: شروط الخلع ودور القاضي

الفرع الأول: شروط الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع بل أهملها، و اكتفى بالإشارة إلى مقداره بحيث لا يتجاوز مهر المثل، ولهذا سنعالج هذه الشروط اعتمادا على قواعد الفقه العامة.

بحيث يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق، أي أن يكون بالغا عاقلا مختارا يملك أهلية التصرف في ماله، وأن تكون الزوجة محلا للطلاق أي أن تكون زوجة شرعية حقيقية أو حكما.

---

[1]: المادة 204 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]: المادة 185 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

فلا يجوز للمرأة أن تخلع رجلا أجنبيا عنها أو تربطها به رابطة غير الزوجية فلا بد من توفر عقد صحيح فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة فلا يقع الخلع،و كذلك لو انفصمت عرى الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن.

وبما أن الخلع طلاق على مال، فإنه يشترط فيه، ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة للكيليهما .

وعليه فإنه يشترط في الزوج أن يكون بالغا تسعة عشر سنة (المادة 7 ق.أ)،[1] وأن يكون متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه (المادة 85 ق.أ) [2]،وفي حالة غياب أهلية التصرف في ماله ينوب عنه وليه (المادة210/2ق.أ)[3].

أما بالنسبة للزوجة، فإن الفقه الإسلامي يشترط فيها في حالة الخلع أن تكون متمتعة بأهلية التبرع (المادة203ق.أ)،[4] وعليه فإذا كانت الزوجة التي خالعها زوجها على مال لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة7 ق.أ،لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك، والمراد بالولي هاهنا،من له الولاية على نفسها و أما التي هي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل المال إلا بموافقة ولي المال.

ومن هنا، فالزوجة المخالعة التي لاتملك حق التصرف في أموالها،كما لو كانت صغيرة لا تملك حق المخالعة شرعا ومن الناحية القانونية لا تملك حق المخالعة قبل سن

---

[1]: المادة 07 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]: المادة 85 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]: الفقرة الثانية من المادة 210 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[4]: المادة 203 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

الرشد المدني الوارد في المادة 40ق.م، [1]حتى ولو بلغت سن الزواج المنصوص عليه في المادة 7ق.أ،[2] وبموافقة ولي المال طبقا لأحكام المادة 83ق.أ،[3] والتي تنص على أن من بلغ سن الرشد تكون تصرفاته متوقفة على إجازة الولي إذا كانت مترددة ب ين النفع والضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.

والمشرع لم يتطرق للشروط الواجب توفرها لصحة الخلع، واكتفى بالإشارة إلى ضرورة وجود الاتفاق بين الزوجين حول مبدأ الطلاق بالمخالعة في المادة 54ق.أو هي المادة الوح يدة التي تعرضت لمسالة الخلع،مما يستوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لأحكام المادة222 ق.أ [4]غير أن المحكمة العليا في قرارها المنشور بتاريخ 12/03/1996أوضحت بان الخلع لا يتم بالإ يجاب والقبول بـين الزوج ين،وانه يشترط اتفاقهما على المبلغ الذي تقدمه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها .وان عدم موافقة الزوج على المخالعة لا يؤثر على بقاء العلاقة الزوج ية، كما أن قرارها الصادر في 1968/03/22 قررت بأنه عندما يتفق الزوجان على مبدأ الطلاق بالمخالعة ويختلفان في بدل الخلع فإنه يمكن للقاضي بصفة مطلقة القيام بمهمة التحكيم، مقابل الخلع إنطلاقا من مقدار الصداق المقدم للزوجة، والأضرار الواقعة.

فالخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة تمكنها من طلب التطل يق من زوج أصبحت تكرهه وتبغضه، واستحالة المعاشرة معه ،ولم يمنحه لها الفقه الإسلامي في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة .

---

[1]: المادة 40 من الأمر رقم 85-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 .

[2]: المادة 07 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]: المادة 83 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[4]: المادة 222 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

وعليه لا يجب الخلط بين الخلع كرخصة للزوجة الوارد في نص المادة 54ق.أ وبين التطليق أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة للأسباب المذكورة في المادة 53ق.أ [1]فالخلع كعقد ثنائي الطرف أو إتفاق بين الزوجين لا يتم بالإيجاب و القبول، ويشترط فيه ما يشترط في الطلاق من شروط وأركان، أن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج ،ليس حقا لها تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة.

الفرع الثاني" دور القاضي في الخلع

يرى جمهور الفقهاء على أن الخلع طلاق لا يحتاج إلى إذن الحاكم ، أو حكم يصدر منه فإذا اتفق الزوجان على الخلع، وعوضه وقع الطلاق دونما حاجة إلى حكم به، وسند الجمهور:

1: الطلاق جائز دون الحاكم، ويقع بدون حكم يصدر منه بذلك فكذلك الخلع طلاق.

2: قال الله عز وجل:" فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " الآية

229 من سورة البقرة.[2]

الخطاب هنا ليس موجها للحكام، وإنما هو حكم الدين بتمكين الزوجين من التخالع إذا خافا ألا يقيما حدود الله، أي الخوف بعدم القيام بالواجب، وليس المراد وجوب الترافع أمام القاضي لأخذ الإذن أو لإجازة الخلع فيما بينهما.

3:إن كتاب الله عز وجل أجاز الخلع فأباح للزوج أخذ العوض فيما افتدت به بالتراضي من غير حاكم.

[1]: المادة 53 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]: الأية 229 من سورة البقرة.

وقال رأي أخر بضرورة إذن القاضي لجواز الخلع لان الله تعالى قال: " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله"، والخوف هنا موجه لغير الزوجين لأن الله عز وجل لم يقل "فإن خافا" والمراد هنا القاضي.

والرأي الراجح ما ذهب إليه الجمهور لقوة سنده،وضعف استدلال مخالفوه.[1]

[1]: محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، مرجع سبق ذكره، ص345.

الفصل الثاني

تمهيد:

يقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته، فهي وسيلة مشروعة لتعبير عن الرغبة في الدفاع عن الحق، وذلك باللجوء للسلطة القضائية التي خولها القانون الدفاع عن حقوقهم، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لم يعطي لها تعريفا رغم أنه كان مستفيضا في إعطاء تعريفات لبعض الإجراءات الأخرى، وكأنه يرى أن تعريف الدعوى بالذات من اختصاص الفقه لا التشريع، رغم ما اكتنف نظرية الدعوى من غموض وخلط بينهما وبين الخصومة القضائية .

تختلف الدعوى عن الخصومة التي تتشكل من مجموعة إجراءات تمثل الشق العملي أو التنفيذي لممارسة الحق، في أن ترك الدعوى لا يعني ترك الخصومة؛ إذ أن ترك الدعوى يؤدي إلى التنازل عن الحق ذاته، كأن يسحب المدعي طلبه المتضمن التعويض عن الضرر القائم عن المسؤولية التقصيرية للمدعي عليه، فليس له أن يعود مرة ثانية لمطالبة خصمه بدفع مقابل الضرر، بينما يحتفظ المدعي في ترك الخصومة بحق إعادة رفعها بموجب تكليف آخر.

المبحث الأول: إجراءات السير في دعوى الخلع

نتعرض في هذا المبحث الذي نقسمه إلى مطلبين ففي المطلب الأول نبين قواعد الاختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع والثاني كيفية تسيير الجلسة و إجراءات التحكيم

والصلح.

المطلب الأول: قواعد الاختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة في دعوى الخلع.

تعرض الخلع على المحكمة المختصة محل يا ونوع يا وفقا لقواعد الاختصاص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي:

أولا: الاختصاص المحلي.

تختص محليا في المنازعات التي تثار بين الزوجين محكمة مقر مسكن الزوج ية وفقا لنص المادة 426/3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

والاختصاص المحلي ليس من النظام العام، ومن ثم يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحل خلافهما إما المحكمة الأقرب أو التي يختارانها بإرادتهما وفي هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الاختصاص المحلي.

ثانيا: الاختصاص النوعي.

تقام دعوى الخلع أما قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي، وفقا لنص المادة 423/1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها[2]: " ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآت ية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى ب يت الزوج ية وانحلال الرابطة الزوج ية وتوابعها

[1]: المادة 3/426 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]: المادة 1/423 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة" وذلك واضح من عبارة "وانحلال الرابطة الزوجية"، وبما أن الخلع حالة من حالات انحلال الرابطة الزوجية ويكيف على انه طلاق حسب قانون الأسرة الجزائري، فان المحكمة المختصة هي قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي.

والاختصاص النوعي من النظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه استنادا لأحكام المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

الفرع الثاني: كيفية رفع دعوى الخلع وشروط قبولها.

لرفع دعوى الخلع طرق وشروط واجب توافرها في رافع الدعوى ولدى سوف نتعرض لطرق رفع الدعوى وشروط قبولها.

أولا: طرق رفع الدعوى

رفع الدعوى وإقامتها أمام المحكمة توجد طريقتان هما:

1 – رفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي إلى المحكمة وهي الزوجة في دعوى الخلع تطلب منها أن تحكم لها بالخلع، و يشترط في العريضة أن تكون مكتوبة على نسختين ، كما يجب أن تحتوي على البيانات اللازمة المنصوص عليها في المواد 14– 15–16–17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 03 مكرر من قانون الأسرة:"[2]تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق الأحكام التي جاء فيها هذا القانون" فالنيابة العامة هدفها السهر على تطبيق القانون، فلا تنحاز لأمر طرف وقد جرى الفقه على تسمية النيابة العامة عندما تعمل أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة بالطرف المنظم، والبيانات اللازمة في العريضة هي اسم ولقب ومهنة وموطن المدعي عليه (الزوج)، وكذلك ذكر الجهة القضائية المختصة والقسم، وان تضمن

[1]: المادة 36 من القانون رقم 09–08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]: المادة 03 مكرر من من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

الوقائع والأسباب وتختم بالطلبات وعريضة افتتاح الدعوى، كما يستوجب القانون إرفاقها بالوثائق اللازمة كعقد الزواج والشهادة العائلية وكل وثيقة تراها المدعية أو ولِيها ضرورية لدعم أوجه دفاعها وطلباتها ولإثبات أ يضا صفتها وفق نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

2- رفع الدعوى بواسطة تصريح شفهي أمام المحكمة، وهنا يتولى كاتب الضغط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه انه لا يمكنه التوقيع، ويصبح هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة، ثم تقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لرت يب ورودها مع بيان أسماء أطراف ورقم القضية.[2]

كما أن المحكمة العل يا سارت على اجتهاد مفاده عدم إض رار أي شخص من دعواه، بحيث دعوى الخلع لابد أن ترفع بدعوى مستقلة، بحيث لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق طلب مقابل ما لم يوافق الزوج على ذلك ودون قيد أو شرط وهذا لما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/07/12 أنه[3]: "حيث يتبين بالفعل من خلال وقائع الدعوى أن الطاعن هو الذي أقام الدعوى من اجل رجوع المطعون ضدها إلى ب يت الزوجة بغية الشمل أنها قابلت طلبه بالرفض وطالبت خلعها مقابل عشرة آلاف د ينار على أساس الهجر في المضجع وعدم الاتفاق إلى ما سبق ذكره فان المحكمة العل يا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه و إذا كانت المطعون ضدها تدعي ضررا أو تروم إلى طلب الخلع أن تخذ ما تراه مناسبا.

ومن ثم يكون القاضي الأول لما استجاب لطلب المطعون ضدها الخلع بمجرد

---

[1]: المادة 13 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]: أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر، و البرمجيات مصر، سنة النشر 2009، ص381.

[3]: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/07/12.

طلب مقابل قد اضر بالطاعن وخالف القانون ما يجعل هذين الوجهين مؤسسين ما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه وجاء في قرار المحكمة العليا مؤرخ في 2001/09/15 والذي جاء فيه أن الطاعن هو الذي رفع الدعوى من اجل رجوع المطعون ضدها للبيت الزوجي ورفضت ذلك وقابلت طلبه بالرفض مطالبة بالخلع، من المبدأ انه لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق مقابل حسب اجتهاد المحكمة العليا في ملف الطعن رقم 353851 في القرار الصادر بتاريخ 2006/07/12، والمحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه، وان كانت المطعون ضدها تدعي ضررا أو تسعى لطلب الخلع أن تخذ ما تراه مناسبا.[1]

حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى ضد المطعون ضدها–بصفتها زوجته طالبا رجوعها إلى بيت الزوجية التي غادرته رفقة أهلها، وذلك دون قيد أو شرط بينما طلبت المطعون ضدها رفض طلباته وبالمقابل الحكم بتطليقها كما طالبت بحقوق أخرى للضرر مع الحقوق واحتياطيا طلبت الطلاق عن طريق الخلع وعرضت مبلغا مقابل ذلك وحيث انه بذلك يكون الطاعن قد استعمل حقه في مطالبة زوجته المطعون ضدها الرجوع إلى بيت الزوجية ما دامت في عصمته ولم ترفع دعوى مستقلة سواء بالتطليق أو الخلع أو غير ذلك، وبالتالي فلا يجوز للمطعون ضدها أن تقدم طلبا مقابلا أو طلبين مقابلين، سواء بالتطليق أو بالخلع، لان دعوى التطليق أو دعوى الخلع لا تكون إلا بدعوى مستقلة ما لم يوافق الزوج على ذلك ودون قيد أو شرط وبالتالي كان على المحكمة التقيد بموضوع الطلب الأصلي من عدم حرمان المطعون ضدها من حقوقها عند الضرورة، وعليه فان هذا الوجه مؤسس وينجز عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الأوجه.

ثانيا: شروط قبول الدعوى

[1]: قرار المحكمة العليا مؤرخ في 2001/09/15.

نصت المادة436 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه [1]: "ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقرة لرفع الدعوى".

كما نصت المادة 437 من نفس القانون على أن [2]: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة" ، وانطلاقا من هذين النصين فان القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة أن يكون ذا صفة، بمعنى انه يجب أن يكون المدعي في دعوى الخلع هي الزوجة نفسها أو أحد مثليها قانونا كالمحامي أو اولي أو الوصي، وفقا لنص المادة 437[3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون مثلا للزوج والمقصود هنا الزوجة طالبة الخلع وليها أو مقدمها، والأمر كذلك بالنسبة للزوج المدعى عليه وان يكون المدعي متمتعا بأهلية التقاضي، أي أن يكون بالغ سن الرشد المدني وهو 19 سنة طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني[4]، متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه وفقا للمادتين 42 و 43 من [5] كما يشترط أيضا في المدعي رافع الدعوى الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة القانون المدني في موضوع النزاع، أي أن يهدف من الالتجاء إلى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة، والمصلحة القائمة أصلا هي الشرط الأساسي لسماع الدعوى وقبولها أمام المحكمة و أن

[1]: المادة 436 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]: المادة 437 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3]: المادة 437 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4]: المادة 42 من الأمر رقم 85-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 .

[5]: المادتين 42 و 43 من الأمر رقم 85-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 .

لا دعوى حيث لا مصلحة، كما أن القاضي يقر من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة، كما يقر أيضا من تلقاء نفسه وجود إذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازما.

يشترط أيضا إلى جانب الشروط السابقة لقبول دعوى الخلع أمام المحكمة لا بد من تقديم نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدن ية، فهي ضرور ية لقبول الدعوى، فان لم تقدم هذه النسخة التي تثبت ق يام علاقة زوج ية صح يحة، فإن المحكمة تقضي بعدم قبول الدعوى، فإذا توافرت هذه الشروط يلجا المدعي وبالأحرى المدع ية وهي الزوجة أو مثلها القانوني إلى المحكمة التي يوجد مقر الزوج ية ضمن دائرة اختصاصها، وتقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة في سجل خاص تبعا لرتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة.[1]

المطلب الثاني: كيفية تسيير الجلسة وإجراءات التحكيم والصلح في دعوى الخلع

التحكيم والصلح في الفرع الثاني. تناول في هذا المطلب ك يفية تسيير الجلسة من خلال الفرع الأول ثم بيان إجراءات التحكيم والصلح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: كيفية تسيير الجلسة

إن تسيير جلسة الأحوال الشخص ية فهي عاد ية ولا تختلف عن الجلسات الأخرى والاختلاف يكمن في أنه يمكن لأحد الزوج ين أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما في جلسة سرية لا يمكن حضورها إلا الطرفين والقاضي وأم ين الضبط كما يمكن للقاضي ومن تلقاء نفسه أن يجعل الجلسة سرية إذا رأى ضرورة ذلك عندما تقام دعوى الخلع من طرف الزوجة ضد زوجها، وفقا لإحدى الطرق السابقة، يقوم كاتب الضبط بتسج يلها في السجل الخاص وتع ين تاريخ الجلسة التي ستعرض في دعواهما، وعندئذ يتعين على

[1]: عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص28.

الزوجين المتخاصمين حضور الجلسة في التاريخ المعين، إما بنفسهما أو بواسطة وليهما إذا كان كلاهما أو احدهما قاصرا أو محجورا عليه.

فعلى الزوجين لإدلاء بطلباتهم وإدعاءاتهم، كما لهما تدعيم إدعاءاتهم بما لديهما من حجج من الأدلة المقررة قانونا. [1]

أما إذا لم يحضر المدعي أو وليه في اليوم المحدد للجلسة، رغم صحة تبليغه بتاريخ الجلسة، فان القانون يخول للقاضي سلطة الحكم بشطب الدعوى، أما إذا لم يحضر المدعى عليه، فانه يجوز للقاضي الفصل في الدعوى في غيابه ويفصل القاضي دائما بحضور الزوجين المتخاصمين في الجلسات بعد سماع كل منهما و يجوز لكل واحد منهما أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما في جلسة سرية لا يحضرها معهما أحد يجوز لكل واحد من الزوجين أن يصحب معه شهوده إلى المحكمة و يقدمهم مباشرة إلى القاضي أثناء الجلسة، أما المرافعات أثناء الجلسة تكون بأن يبدأ المدعي من الزوجين وهي الزوجة في دعوى الخلع بعرض طلباته من المحكمة مع إبراز الأدلة التي يعتمد عليها ثم يعطي القاضي الكلمة للمدعى عليه منهما ليقدم دفوعاته وحجه وأدلته المعاكسة، بعد ذلك يحيل القاضي الكلمة إلى محامي المدعي ثم محامي المدعى عليه قبل إقفال باب المرافعة، وفي حال عدم حضور المدعي أو مثله القانوني يحكم القاضي بشطب الدعوى، أما في حالة عدم حضور المدعى عليه فيصدر في حقه حكما غيابيا،إذا فعل ذلك دون بات أن المدعى عليه قد قدم تم تكليفه بالحضور وفقا للقانون وانه قد بلغ تبليغا صحيحا وتغيب دون عذر مقبول، فان حكمه الغيابي سيكون مخالفا للقانون ومعرضا حتما للإلغاء.[2]

الفرع الثاني: إجراءات الصلح والتحكيم

---

[1]: المرجع نفسه، ص29.

[2]: عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، ص30.

أوجب القانون على القاضي قبل أن يحكم بحل الرابطة الزوج ية بالخلع أن يتبع بعض الإجراءات والشكليات تعلق بالصلح والتحكيم بين الزوجين، فنتطرق إلى إجراءات الصلح (أولا)، ثم بعد ذلك إجراءات التحكيم (ثانيا).

أولا: إجراءات الصلح في دعوى الخلع

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05/02[1] على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تجاوز مدة ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تح ير محضر بين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط أو الطرفين.

تسجيل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة بين مساعي ونتائج محاولات الصلح، مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجيل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

كما نص في قانون الإجراءات المدن ية والإدار ية رقم 08-09 المؤرخ في 2008/08/25 على الصلح في المواد 439 إلى 449[2]، ونص على أن اجراءات الصلح في مادة الأحوال كما يتضح من نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري[3] سالفة الذكر على أن الشخصية وجوبي وإلزامي سياسة المشرع الجزائري في تقييد الحق في الطلاق، وما على القاضي إلا أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة رئيس كتاب الضبط،

---

[1]: المادة 49 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]: المواد من 439 على 449 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3]: المادة 49 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

وذلك بمجرد تسجيل الدعوى وطرحها عليه، وان يعين لهما جلسة صلح خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما تجاه الآخر، وذلك حتى يحاول خلالها إظهار مساوئ الفرقة من اجل إقناع طالبة الخلع بالرجوع عن التفكير في الخلع والعودة إلى حياة المودة والوئام على شرط أن لا تجاوز مدة محاولات الصلح ثلاثة (03) أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى بالخلع، لكن إذا تخلف أحد الزوج ين عن حضور جلسات محاولات الصلح دون عذر فان ذلك يعتبر امتناعا متعمدا ورفضا ضمنيا لمحاولات الصلح، ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار و يعفيه من تج يد محاولات الصلح و يعتبر محاولات الصلح فاشلة وغ ير منتجة، فيحر محضرا بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر لأنه عندما تفشل محاولاته بالصلح ينتقل بالضرورة إلى الحكم بالخلع.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 23/10/197[1] الذي جاء فيه "لن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأج يل إجرائها عدة مرات تجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور احدهما، لان المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة الصلح بثلاثة أشهر.

كما أن المشرع في نص المادة 49 من قانون الأسرة يلزم القاضي بتحير محضر بين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج ا يجابية أم سلبية، فإذا كانت ايجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها وإذا كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح فشلت و يمكن أن يشير إلى أسباب فشلها وبعد تح ير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي و أم ين الضبط والزوج ين، لكن ما يعاب هذه المادة أنها لم تنص على وجوب عكس نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن وإلزام

[1]: قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/10/23.

إجراء محاولات الصلح "محاولات الصلح وجوبية وتم في جلسة سر ية" ومن هذه المادة يتضح أن محاولات الصلح وجوبية وتم في جلسة سرية.

كما أن الفقرة الأخيرة من المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بينت حالة ما إذاتم الحكم بالطلاق، لابد من تسج يل الحكم في سجلات الحالة المدن ية وتولى هذه المهمة النيابة العامة.

لقاضي إلى جانب ذلك له السلطة التقد يرية في إجراء محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح طالما انه اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات الصلح.[1]

وفي هذا المعنى صدر ق رار المحكمة العليا بتاريخ 2001/04/14 [2]حيث جاء فيه:

"بدعوى أن قاضي الدرجة الأولى أجرى محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح، لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوج ين وعقد ذلك جلسة بتار يخ 2008/01/30 تمسك فيهل الزوجان بمطالبهما وبالتالي فإن الأجراء المقر في المادة 49 من قانون الأسرة ثم استنفاذه ولا بعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما القاضي بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض".

ثانيا: إجراءات التحكيم في دعوى الخلع

نص المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05/02[3] على: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضر وجب تعين حكمين للتوفيق بينهما.

[1]: عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مرجع سبق ذكرهن ص34.

[2]: قرار المحكمة العليا بتاريخ 2001/04/14.

[3]: المادة 56 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذ ين الحكمين ان يقدما تقريرا على مهمتهما في اجل شهرين.

1- توظيف الحكمين في الشقاق الزوجي:

إختلف العلماء في توصيف المبعوثين للشقاق الزوجي، هل هما حكمان أو وكيلان أو شاهدان وذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: إن المبعوثون في الشقاق بين الزوجين حاكمان يقضيان بين الزوجين بجمع أو فرقة، بعوض أو بغير عوض، من غير توكيل من الزوجين أو رضا منهما، بحثهما أو بحكمهما.

وهو قول أكثر المالكية، وقول الشافعية ورواية عند الحنابلة وابن تيمية في أحد القولين المنقولين عنه، واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1- قوله تعالى:"إِنْ خِفتُمْ شِقَاقَ بيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحكَمًا مِنْ أَهْلِهَا" فسماهم الله -عز وجل- حكم ين ونصبهما للحكم بين الزوجين، ومكنهما منه، وللحكم في الشريعة الإسلامية اسم ومعنى، وللوك يل في الشر يعة اسم ومعنى، والخطاب الوارد بالأحكام وتنفيذها ينصرف إلى الحكام والأئمة دون أهل الخصومات. [1]

2- روى محمد بن سرين عن عبيدة انه قال في هذه الآية: ""إِنْ خِفتُمْ شِقَاقَ بيْنِهِم فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها.

قال " جاء رجل وامرأة إلى علي رضي الله عنه ومع كل واحد منهما فئام من الناس أمرهم علي رضي الله عنه فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، ثم قال للحكم ين تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإ ن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا، قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي، وقال الرجل أما الفرقة فلا ، فقال

[1]: محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة ، دار الزرفة العربية، مصر، 1990، ص158.

رضي الله عنه: كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به، فهذ ا الأثر عن علي يدل أنهما حكمان، لا وكيلان لا شاهدان، فلو كنا وكل ين أو شاهد ين لم يقل لهما : تدر يان ما عليكما؟و إنما كان يقول: أتدريان بما وكلتما؟ ويسأل الزوجين ما قالا لهما.

القول الثاني: أما المبعوث ين وكيلان عن الزوج ين، فلا يجوز بعثهما إلا برضاهما وموافقتهما وليس لهما التفر يق إلا برضاهما وتوك يلهما، فيوكل الزوج حكمه-إن شاء- بطلاق. [1]

وقبول عوض خلع، وتوكل الزوجة-إن شاءت- حكمها بذل عوض خلع وقبول طلاق ثم يفعل الحكمان الأصلح من صلح أو تفريق إن رأياه صوابا.

وهو قول من المعقول: أن الزوج ين راشدان والمال حقها والبضع حقه، فلا يجوز لغيرهما التصرف في ذلك إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما.

القول الثالث: إن المبعوثين بين الزوجين رسولان وشاهدان يرسلهما الحاكم ليصلحا بين الزوجين برضاهما وليعرفا حالهما: من الظالم منهما ومن المظلوم؟ و يخبرا الحاكم بما اطلعا عليه، ويشهدا بما ظهر لهما، وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين.[2]

وهو مذهب الحنفية، وقول ابن حزم، واحد قول ابن ت يمية ، وهو قول بعض المالكية. أدلة هذا القول:

1- قوله تعالى:﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ وجه ذلك عنده إن الصلاح هو قطع الشر بين الزوجين وقد رده الله -عز وجل- إلى اختيار الزوجين، ولا يعرف في اللغة ولا في الشريعة أن من الإصلاح بين الزوجين تطليق الزوجة على زوجها، وليس في الآية ولا في شيء من السنن أن الحكمين أن يفرقا، وهذا شان الشاهد.

2- الأثر المروي عن علي - رضي الله عنه- للحكمين:

[1]: محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص159.
[2]: المرجع نفسه، ص160.

قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي، وقال الرجل أما الفرقة فلا ، فقال " تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا ، وان رأ يتما أن تفرقا أن تفرقا، رضي الله عنه: كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به".

فدل على أن ما يفعله الحكمان إنما يكون برضا الزوج ين وتفويضهما، فان علي قال: "كذبت "والله حتى تقر بمثل ما أقرت به" وهذا هو شان الوكالة.

القول الرابع: إن المبعوثين وكلهما الزوجان فهما وكيلان ينفذ تصرفهما فيما و كلا فيه مجتمعين أو منفردين حسب التوكيل، وان لو يوكلهما الزوجان فهما شاهدان وهو قول الطبري وقول الصحاح من الحنفية واستدلوا بما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾.

فقد أمر الله- عز وجل- بان يكون احد المبعوثين من أهل الزوجة، والآخر من أهل الزوج، فالذي من أهله وكيل عنه، والذي من أهلها وكيل عنها، فكأنه قال " فابعثوا رجلا من قبله ورجلا من قبلها، وتسم يتهما حكمين لا يعارض كونهما وكلين، لأن الأصل قبول قولهما على الزوج ين، ونفاذه عليهما بموجب توكيلهما، فكان لزوم قول الحكم ين للزوجين

1- بمثابة الحكم، فسميا حكمين من هذا الوجه، وحقيقتهما وكيلان. [1]

2- تعين الحكمين في قانون الأسرة الجزائري:

كما نص أ يضا على إجراءات التحك يم في المواد 46 إلى 49[1] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08/09 المؤرخ في 2008/02/25 ومن تحليل هذه

[1]: محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص161.

المواد نجد أنه إذا اشتد الخصام والشقاق بين الزوجين، أو أضر أحدهما بالآخر واستحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما ولم يثبت الضرر، اختارت المحكمة حكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة.

ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عادلين من أهل الزوجين إذا أمكن، وإلا فمن غيرهم من له خبرة بحالهما وقادر على الإصلاح بينهما، وعلى هذين الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين وان يبذلا جهدهما في الإصلاح، ولقد اوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي عن مهمتهما في اجل شهرين.[2]

فالقاضي يحكم على ضوء تقرير الحكمين، ولا يشترط فيه أن يكون معللا كما يجوز له رفض التقرير وتعين حكمين آخرين كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا، وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن فإذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر آخر قابل لأي طعن طبقا لما جاء في نص المادة 48[3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فان عجز عن الصلح حكم القاضي بالخلع الذي لا يلزم الزوجة إثبات الضرر عكس التطليق الذي يتطلب إثبات الزوجة الضرر، كما أن المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تعسفت له صعوبة المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

3- دور الحكمين:

يلاحظ أن مهمة الحكمين في قضايا الخلع هي التأكد فقط من البغض والكراهية لأن الزوجة في الخلع غير ملزمة بإثبات الضرر، فبمجرد عدم القدرة على مواصلة العيش

---

[1]: المواد 46 إلى 49 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]: حاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص104.

[3]: المرجع نفسه، ص105.

مع زوجها يقوم الحكمين بإعداد تقرير عن الوضعية يحكم من خلاله القاضي بالتفريق عن طريق الخلع.

والملاحظ أن قانون الآسرة الجزائري لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي بل جعل الحق بناء على اقتراحهما وهذا فيه احتياط حيث يجعل القاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما ما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية، ومن المفترض أن تلخص مهمة الحكمين في ما يلي:

أ-أحوال الجمع بين الزوجين:

إذا حصل الشقاق بين الزوجين وبان سببه ما لا يوجب الفرقة بينهما وجب الجمع ومن ذلك حالتان هما:

أ- الحالة الأولى: إذا كان سبب الشقاق مطالبة الزوجة لزوجها بأمر لا يسوغ شرعا:

لقد ذكر المالكية أنه إذا كان الشقاق بين الزوجين بسبب منع الزوج لزوجته من الخروج إلى الحمامات ونحوها، أو تأديبها على ترك الصلاة، أو زواجه عليها فلا يكون ذلك ضررا موجبا للتفريق بين الزوجين، بل يجمع بينهما.[1]

وما ذكروه ظاهر، فلا يفرق بين الزوجين في شيء من ذلك ما لم يوجد ما يقتضي التفريق بسبب آخر ما يسوغ في التفريق، كظهور الشقاق بينهما، و النفور من الزوجة لزوجها.

ب- الحالة الثانية: إذا أن سبب الشقاق من الزوجة وهو تخييب أهلها أو غيرهم:

الذي يحدث أحيانا أن يقوم أهل الزوجة من أم ونحوها أو غير أهلها بتخييبها على زوجها، إما بغض منهم للزوج وإما لغير ذلك من الأسباب، فيحملون زوجته على شقاقه والمطالبة بفراقه، وقد تستجيب الزوجة لهم إما مجاملة للأهل، وإما غرورا بها منهم أو من غيرهم، وتكون الزوجة في الحقيقة غير مبغضة للزوج، ولا كارهة له ولا متمنية فراقه، لذا

[1]: محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص162.

وجب على الحكم ين التحقق من هذه الحالة وما يماثلها، فإذا حدثت وجب الجمع ب ين الزوجين إذا أمكن صلاح حالهما بذلك، لكن إذا انقلب ذلك مع المشاقة والمخاصمة غالى بغضاء حقيقة من الزوجة فتعامل في هذه الحالة معاملة الكارهة لزوجها و يجري ما يقتضيه الوجه الشرعي.[1]

ب- أحوال التفرقة بين الزوجين:

يفرق بين الزوجين عند الشقاق في أحوال أبرزها ما يلي:

الحالة الأولى: إذا كانت الإساءة والمظلمة من الزوج:

و قد اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: إذا بأن ظلم الزوج لزوجته وإساءته لها وإضاره بها، ولم ترضى بالمقام معه، فرق بينهما بطلاق لا عوض فيه.

وهذا مذهب المالكية وقول ابن تيمية من الحنابلة.

القول الثاني: لا يفرق بين الزوجين بدون رضاهما لو كانت الإساءة والنشوز من الزوج. وهو مذهب الحنفية والظاهرية.

الترجيح: هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لما يلي:[2]

- قوله تعالى:"فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِ يحٌ بِإِحْسَانٍ " ، فقد أوجب الله عز وجل على بالمعروف وجب التسريح بالإحسان. الرجال إمساك المرأة بالمعروف أو تسر يحها بإحسان، فإذا أضر بها فقد تعذر الإمساك- ما رواه أبو سع يد الخذري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم: "لا ضر ولا ضار"، فذا ثبت ضر الزوج وجب عليه إزالته فإذا تعين الطلاق سبيلا له وجب، وقر الحكمان، فان امتنع منه الزوج استوفاه الحاكم لان من وجب عليه حق فامتنع عن أدائه استوفاه الحاكم.

الحالة الثانية: إذا كانت الإساءة من الزوجة فقط والزوج محسن إليها:

---

[1]: محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص163.

[2]: محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص164.

لقد اختلف العلماء على ثلاثة أقوال:[1]

-القول الأول: إذا كانت المخالفة والإساءة من الزوجة فقط فلا يفرق بينهما إلا أن تطلب الزوجة ذلك ويرضى به الزوج فتكون مخالعة.

وبذلك قال بعض المالكية، وابن تيمية من الحنابلة في احد قوليه.

-القول الثاني: إن الحكم ين إذا رأ يا صلاحا في التفر يق بينهما على شيء يأخذانه منها للزوج، وإذا لم يفرقا بينهما وائتمناه على الزوجة. و به قال بعض المالكية.

زاد بعض المالكية: انه أذا استوت مصلحة الفرقة ومصلحة البقاء رجع إلى اجتهاد الحكمين في البقاء والفرقة.

-القول الثالث: أنه إذا فقد الاتفاق والتالف وحسن التعاشر بين الزوجين لو ظهر الظلم والإساءة والمخالفة من احدهما او كانت الزوجة، فرق بينهما.

وبذلك قال ابن الربي من المالك ية وعلل ذلك بان الفرقة تكون بوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة ، فإذا وقع الخلل في مقصود النكاح لو بظهور ظلم الزوجة لم يكن لبقاء العقد وجه.[2]

- الترجيح: هو القول الثالث لما يلي:

- قوله تعالى:" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"، فقد أوجب الله عز وجل على الرجل إمساك زوجته بمعروف أو تسريحها بإحسان، وإذا تعذر الإمساك بالمعروف لنشوز المرأة وطلبها الفراق وجب التسريح بإحسان.

[1]: المرجع نفسه، ص165.

[2]: محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص166.

الحالة الثانية: إذا كانت الإساءة من الزوجين معا على وجه السوية، أو أشكل أيهما ظلم أو أيهما كان أظلم:

وبذلك قال المالكية وبعض الحنابلة.

فقد صرح علماء المالكية بأنه إذا كانت الإساءة والظلم من الزوجين معا على وجه السوية، أو أشكل أيهما ظلم أو أيهما كان اظلم فرق بينهما بخلع.

كما انه احد قولين ابن تيمية عند سوء العشرة بين الزوجين، وألزم به بعض حكام الشام من الحنابلة.[1]

المبحث الثاني: لآثار المترتبة عن الحكم في دعوى الخلع

يترتب على أي نوع من الفرقة سواء كانت طلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو التطليق بأمر من القاضي أو الخلع آثارا قانونية وشرعية ، أقرتها كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من خلال عدة نصوص قانونية، وذلك من أجل حماية حقوق الزوجة المطلقة والأبناء المشتركين بين المطلقين، وهذه الآثار بعضها متعلق بالنظام العام ويقضي القاضي بها من تلقاء نفسه والمتمثلة في الحضانة نفقة المحضون وسكناه، أما باقي الآثار والمتمثلة في العدة ونفقة الإهمال والنزاع في متاع البيت فهي غير متعلقة بالنظام العام، وتخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه وعلى القاضي الاستجابة لذلك والقضاء بما تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين يمكن أن نجمل آثار الخلع في نوعين من الآثار وهي: آثار خاصة ينفرد بها الحكم بالخلع (المطلب الأول)، وآثار عامة يشترك فيها مع باقي صور فك الرابطة الزوجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الآثار الخاصة المترتبة عن الحكم في دعوى الخلع

يترتب على وقوع الخلع مستوفيا أركانه آثارا خاصة ينفرد بها دون غيره من طرق

[1]: محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص167.

فك الرابطة الزوجية، و تتمثل هذه الآثار في وقوع الفرقة ب ين الزوجين (الفرع الأول)، واستحقاق الزوج لبدل الخلع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة إذا تم الخلع إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو رأي الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة في روا ية أنه طلاق بائن واستدلوا بالآتي:[1]

1. بما روي من حد يث ابن عباس أنه عليه السلام قال لثابت بن ق يس: (اقبل الحد يقة وطلقها تطليقه) وكان ذلك دالا على أن الخلع طلاق.

2. إن الخلع فرقة بعوض حاصلة من قبل الزوج فتكون طلاق لأن الفرقة التي يملك الزوج ايقاعها هي الطلاق دون الفسخ.[2]

القول الثاني: وهو روا ية عن أحمد بن حنبل والشافعي في أحد قوله أنه فسخ و هو قول بن عباس وعثمان وأحمد وداود وهم صحابة رسول الله عل يه الصلاة والسلام واستدلوا بالآتي:

- استندوا لقوله تعالى: "مرتان الطلاق".
- إن عدة المخالعة قرء واحد، أما المعتدة من طلاق فعدتها ثلاث قروء، فقد أمر الرسول زوجة ثابت بن قيس بأن تعتد حيضه، فعن ابن عباس: (أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها الرسول أن تعتد بح يضة)، فلو كانت المخالعة طلاقا لاعتدت كما تعتد المطلقة بثلاث حيضات.

[1]: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، مرجع سبق ذكره، ص212.

[2]: المرجع نفسه، ص213.

القول الثالث: ذهب رأي من الظاهرية إلى اعتبار الخلع طلاقا رجعيا، فيقول ابن حزم أن الطلاق البائن الذي لا رجعة فيه، هو الطلاق الثلاث أو قبل الدخول فقط وما سواه فهو طلاق رجعي.[1]

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على نوع فرقة الخلع لورود نص وح يد بخصوص الخلع، وعليه سوف نحاول تبيان موقفه من خلال عنونة أبواب وفصول قانون الأسرة، فقد خص المشرع الجزائري الفصل الثاني من الباب الأول بعنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من المادة 32 إلى غاية 35 منه، فنصت المادة 33 و 34 [2]منه أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، وكل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده.

ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج ثم عنون الفصل الأول "بالطلاق" والذي تضمن المادة 48 إلى غاية 57 مكرر منه[3]، ونجد إن مادة الخلع (54 ق.أ) موجودة في الخانة الخاصة بالطلاق، ومن خلال الترت يب الذي أورده المشرع الجزائري في قانون الأسرة يؤكد تبني المشرع للرأي القائل بأن الخلع طلاق ولس فسخ.

يؤكد في هذا السياق القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1985/04/22 على أن الخلع طلاق حيث جاء فيه: "...باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاق على مبدأ الطلاق بالخلع ومنه يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق...".

جاء في القرار الصادر في 1986/02/10 ما يلي: "...أما الطلاق البائن...، أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها..." .[4]

---

[1]: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، المرجع السابق، ص214.

[2]: المادة 33 والمادة 34 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]: المواد من 48 إلى 57 مكرر من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[4]: قرار المحكمة العليا الصادر في 1986/02/10.

يتبين من خلال القرار ين أن الخلع طلاق بائن بـينونة صغرى، وهو ما قال به الفقهاء؛ لأن المقصود منه أن تملك المرأة أمرها، وتمنع الزوج من مراجعتها إلا برضاها وعقد ومهر جديدين .

الفرع الثاني: استحقاق الزوج لبدل الخلع

يجوز للزوج إذا وقع الخلع أخذ العوض عن الطلاق البائن الواقع منه وتلتزم الزوجة بأداء البدل في نظير خلاصها منه، فيستحق الزوج بذلك بدل الخلع في حالتين من وجهة نظر جمهور الفقهاء هما:

أولا: الخلع بسبب كراهية الزوجة البقاء مع زوجها

إذا كرهت الزوجة البقاء مع زوجها قد يكون دون إيذاء يقع منه عليها، أو إضرار يلحقها من جانبه في هذه الحالة يجوز لها أن تفتدي نفسها بمال تقدمه لزوجها، و يجوز للزوج أن يأخذ هذا الفداء في نظير طلاقها، ولا إثم عليه في هذه الحالة.

أما إذا عظل الزوج زوجته لتفتدي نفسها، فإذا وقع الخلع جراء إضرار الزوج بزوجته لإجبارها على دفع العوض، فقد اختلف الفقهاء فيه على مذهبين: [1]

-المذهب الأول : الخلع باطل و العوض مردود هذا ما ذهب إل يه الشافعية والمالكية والحنابلة و جمهور العلماء.

-المذهب الثاني: ذهب الحنيفة إلى أن العقد صح يح، والخلع واقع والعوض لازم، وهو آثم لأنه يحرم عليه أن يأخذ شيئا وهو مضار لها.

ثانيا: الخلع بسب الشقاق بين الزوجين

إذا ترتب عن الشقاق بين الزوجين خوفهما من عدم إقامة حدود الله بـينهما فيجوز للمرأة أن تفتدي نفسها ويجوز للزوج أن يأخذ من هذا المال مقابل الخلع، أما إذا لم يكن هناك شقاق بينهما واتفقا على الخلع قال رأي بكراه ية الخلع، وهناك رأي أخر يقول بتحريم

[1]: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، المرجع السابق، ص215.

المخالعة في حالة الوفاق ب ين الزوج ين، أما جمهور الفقهاء فأجازوا الخلع رغم وفاق الزوجين.

أما بالنسبة للحقوق الثابتة للزوجين فقد اختلف الفقهاء حول سقوطها على رأيين:

يرى الإمام أبو حنيفة أنه إذا ثبت الخلع سقط كل حق مالي ثابت للزوج ين وقت العقد بمقتضى الزواج الذي حصل منه الخلع، فيسقط عنده متجمد النفقة ومؤخر الصداق ويسقط ما قدمه إليها من نفقة معجلة ولم تمضي مدتها، وحجته أن لفظ الخلع أو المبارأة يدلان على الانفصال والانخلاع التام من كل حقوق مالية كانت ثابتة بالزواج.

أما الحقوق التي لا تتعلق بالزواج كثمن مب يع وكدين لأحدهما على الآخر، لا تسقط ونفس الحكم يطبق على الحقوق التي تنشأ بعد حدوث الخلع كنفقة العدة، فالزوج لا يبرأ من هذه النفقة إلا إذا نص عليها صراحة بأنها بدلا للخلع فتسقط به.[1]

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع لا يسقط شيء من الحقوق إلا ما اتفق على إسقاطه كبدل للخلع، ودليلهم في ذلك أن الحقوق لا تسقط ألا بما دل على إسقاطها قطعا، وليس في الخلع دلالة على إسقاط الحقوق الثابتة لأن الخلع معاوضة من الجانبين، والمعاوضات لا أثر لها في غير ما تراضي عليه الطرفان.

وعليه فالمشرع الجزائري لم يورد نصوص بشأن آثار الخلع الخاصة مما يوجب الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي، و التي تقضي بأن الخلع طلاق بائن، و يكون بدل الخلع دينا في ذمة الزوجة واجب الأداء، وأن الخلع لا يسقط من الحقوق والديون لأحد الزوجين على الأخر إلا ما اتفق عليه.[2]

المطلب الثاني: الآثار العامة المترتبة عن الحكم في دعوى الخلع

[1]: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، المرجع السابق، ص216.

[2]: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، المرجع السابق، ص217.

وهي الآثار التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوج ية فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه، وعلى القاضي الاستجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة، ونفقة المحضون وسكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه ونظرا لما سبق التفصيل فيه نتعرض لها بإيجاز وهي:

الفرع الأول: نفقة العدة

إن وجوب العدة على المطلقة يعتبر من الآثار المرتبة على انحلال الرابطة الزوجية والعدة هي الآجل المضروب لانقضاء ما بقي من الآثار لعقد النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الزوجين لا تقطع الرابطة الزوج ية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره حتى تنتهي المدة التي قدرها الشارع.

أولا: موقف الفقهاء.

ولقد اتفق الفقهاء على أن المطلقة رجعيا تستحق النفقة والسكنى، فقال: أبو حنيفة لها النفقة والسكنى مثل المطلقة رجع يا لأنها مكلفة بقضاء مدة العدة في ب يت الزوجية، فهي محتسبة لحقه عل يها فتجب لها النفقة، وتعتبر هذه النفقة د ينا صحيحا من وقت الغبراء.

وقال الشافعي ومالك: "لها السكنى بكل حال ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا"، ودليلهم في ذلك أن عائشة وابن المسيب أنكرا على فاطمة بنت قيس حديثها، قال مالك: سمعت ابن شهاب يقول:"المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحمل وليس لها نفقة إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها" ثم قال: "وهذا الأمر عندنا".[1]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

[1]: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، المرجع السابق، ص218.

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعها ط يلة مدة عدتها، و يجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة، ولقد تبنى المشرع الجزائري رأي الحنفـية بقوله أن "للمطلقة الحق في السكن والنفقة" ويتجلى ذلك في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري [1] والتي تنص "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبـينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، ومن خلال هذه المادة نجد إن المشرع الجزائري أعطى الحق لكل مطلقة أو متوفي عنها زوجها في النفقة من مال زوجها ط يلة مدة عدتها، وذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه المرحلة تكون محتسبة عن الزواج بأمر الشرع لمصلحة النظام العام ولمصلحة الرجل الذي تعتد لصيانة النسب إليه.

وتعتبر نفقة العدة من النظام العام "فلا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة العدة ما دامت العدة من النظام العام".

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18[2] والذي جاء فيه: "إن تح يد مبالغ المتعة والتعو يض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقد يرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تح يدها، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.

ولما كان من الثابت في قض ية الحال أن قضاة المجلس بفرضهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن ب ينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

الفرع الثاني: متاع البيت

[1]: المادة 61 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]: يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص78.

يعد النزاع حول متاع الب يت من الآثار المهمة لانحلال الرابطة الزوج ية، و قد عالجه المشرع الجزائري بنص واحد وهو المادة 73 من قانون الأسرة،[1] كما أسهب فقهاء الشريعة الإسلامية في الحديث عن متاع البيت.

أولا: موقف الفقهاء

يراد بمتاع البيت كل ما يوجد بيت الزوجية ما ينتفع به في المعيشة من جهاز أو أدوات منزلية بعد الزواج.

يقصد بالجهاز الأثاث الذي تعده الزوجة هي وأهلها ل يكون معها في البيت، إذا دخل بها الزوج وقد جرى العرف على أن تقوم الزوجة وأهلها بأعاد الجهاز وتأثيث البيت وهو أسلوب من أساليب إدخال السرور على الزوجة بمناسبة زفافها.

تثور خلافات بين الزوجين في إثبات ملكية موجودات بيت الزوجية أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما، وقد وضع الفقهاء قواعد لحل تلك النزاعات، فإذا كان الخلاف حال قيام الزوجية واستطاع أحدهما أن يأتي بينة تؤيد دعواه، حكم له بموجبها لأنه استطاع أن يثبت ذلك من غير تعارض مع بينة أخرى.

فالحكم عند الحنابلة والإمام ية و نفر من الحنف ية في أحد قول يه هو تصنيف الأشياء المتنازع عليها، وذهب المالكية والشافعية و نفر من الحنفية في قوله الآخر أن الكل يكون مناصفة بينهما لأن يداهما ثابتة في كل ما في البيت.

أما إذا وقع الخلاف حول الجهاز والمتاع وموجودات ب يت الزوجية بعد الطلاق صارت البائن أو المكمل للثلاث، فالقول قول الزوج لأنها بالطلاق صارت أجنب ية عنه وزالت يدها وأصبح الظاهر يشهد له.[2]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

---

[1]: المادة 73 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، المرجع السابق، ص218.

قد يثور النزاع بين الزوجين على المتاع عند الحكم بالخلع، إذا تم اكتسابه خلا الزواج وباشتراك الزوجين، فيتمسك كل زوج بأحقيته على هذا المال دون تقديم دليل يثبت ادعائه، وقد وضع الفقه الإسلامي كما اشرنا قاعدة بس يطة وهي نفسها التي أخذت بها التشريعات المعاصرة ومنها التشريع الجزائري عند عدم وجود دليل إثبات بالبينة وهي قول من يشهد له الظاهر بيمينه، فما يكون صالحا لاستعمال الرجال فقط، يكون القول فيه قول الزوج، وما يكون صالحا لاستعمال النساء فقط ، يرجع فيه لقول الزوجة.

ولقد تعرض المشرع الجزائري للنزاع حول متاع الب يت في المادة 73 من قانون الأسرة والتي تنص على: "إذا وقع النزاع ب ين الزوجين أو ورثتها في مناع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".[1]

الفرع الثالث: الحضانة

الزوج أو ورثته مع اليمين، تقسيم المشتركات مع اليمين. ثلاثة حلول يعتمد عليها القاضي لحل النزاع وهي: قول الزوجة أو ورثتها مع ال يمين، قول إن الحضانة خلافا لباقي توابع الطلاق ليست حقا بحتا للشخص المسندة إليه بل هي أصلا حق للمحضون كون أنها شرعت من أجل رعا يته وتربيته وحفظه صحة وخلقا ذلك ومراعاة لمصلحة المحضون عند إسناد الحضانة يجب على القاضي أن يتحرى عما إذا كان طالبها توفر فيه شروط استحقاق الحضانة و يحقق الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون و من ثم فإن الحضانة هي حق من حقوق الأولاد وشرعت لمصلحة اولد، لان اولد في ح ياته الأولى يحتاج إلى تربيته ورعايته، والحضانة هي ضرب من هاتين الوظيفتين.

[1]: المادة 73 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

وعرفت المادة 62 من قانون الأسرة [1] الحضانة بأنها: "رعا ية اولد وتعلـيمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حما يته وحفظه صحة وخلقا" و يتعين على المحكمة عندما تقر الحكم بالطلاق بين الزوجين ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لأنها أولى، ثم لها من هم أحق بالحضانة وبعدها حسب نص المادة 64 [2]من قانون الأسرة وعلى القاضي ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها قانونا لسبب من الأسباب أو وجوب مانع وتنتهي حضانة الولد ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ما لم تتزوج الأم الثانية.

الفرع الرابع: حق الزيارة

الزيارة هي رؤ ية المحضون والاطلاع على أحواله المع يشية والتربو ية والتعلـيمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون.

أولا: موقف الفقهاء

اتفق الفقهاء على حق ز يارة من لم تسند له الحضانة للمحضون، فإنهم اختلفوا حول مدة الزيارة، فالمالكية يرون أن لكل من الأم والأب في رؤ ية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه، فللام الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيرا، آما إن كبيوا فلها رؤيته كل أسبوع مرة، ونفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم، أما بعد بلوغ هذا السن فله حق رؤ يته والاطلاع عليه من آن غالى آخر، ليتولى تأديبه وتعلـيمه، كما يرون أن أجرة النقل على طالب الز يارة، وان كانت الأم متزوجة وطلبت من والد المحضون أن يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجد يد، فان رفض فعليها أن تنتقل هي لرؤيته إن أرادت سواء عند أبيه أو عند حاضنته.

---

[1]: المادة 62 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]: المادة 64 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

أما الشافعية فيرون إن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز واختياره العيش مع احد والديه، ويرون أن المحضون إن كانت أنثى فإنها تمنع من زيارة أمها لحفظها وصيانتها وأما فيما يخص ميعاد الزيارة فتكون مرة في الأيام أي في يومين فأكثر لا كل يوم.

أما الحنفية فيرون أن للأب الحق في رؤية ولده في حضانة أمه أو غيرها من النساء الحاضنات، وعلى الأم أن تسمح للأب أن يزور محضونه كل يوم، أما إذا كان لحاضن هو الأب فقد قدر حق الزيارة بمرة كل أسبوع، أما غير الأم فليس لها رؤية الصغير كل أسبوع مرة بل كل شهر مرة على الأقل، وهو قول غير مشهور في المذهب.

بينما الحنابلة فقالوا أن الصغير المميز له حق اختيار البقاء نهارا مع أبيه أو أمه، أما إذا كان المحضون بنتا وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنين من عمرها، فللام حق رؤيتها في أوقات خروج الأب.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى حق الزيارة في المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02/05 والتي تنص: "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم

بحق الزيارة" ولم يحد قانون الأسرة المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة و المحضون لان هذه المسالة في الأساس تقوم على الرضائية وقد حددتها المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16[1] عندما ذكرت "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فانه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق رتيبا

[1]: قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/04/16.

مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع ليمدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.[1]

[1]: المادة 64 من الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.

الخـــاتمـة

إن المشرع الجزائري جعل العصمة بيد الرجل و أعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته المنفردة وهذا ما يعتبر تعسفا في حق المرأة إن هي من أرادت إنهاء الرابطة الزوجية، و عليه و في المقابل أعطى الزوجة كذلك طريقتين للخلاص من الرابطة الزوجية التي تشوبها استحالة العشرة الزوجية و عدم إمكانية استمرار الحياة مع زوجها وزاد بينهما الشقاق، وهذين الطريقتين هما التطليق والخلع وهذا الأخير موضوع دراستنا.

وبالرغم من أهمية هذا الموضوع وانتشاره خاصة خلال الآونة الأخيرة، إلا أن المشرع الجزائري أغفله وأهمله و يظهر ذلك من خلال تنظيمه لأحكام الخلع، حيث جاء بمادة وحيدة فقط تاركا الأمر في شرحه إلى أحكام المادة 22 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية.

بعد الوقوف عند كل العناصر والنقاط الأساسية لموضوع الخلع سواء من حيث أحكامه وكيفية إيقاعه والإجراءات الخاصة به وكذا من حيث الآثار المترتبة عنه، تبين لنا أن المشرع وبالرغم من النص عليه إلا أنه ترك الكثير من الأمور في حالة إبهام وغموض، فموضوع الخلع من المسائل الحساسة تحتاج إلى معالجة خاصة ودقيقة من طرف المشرع الجزائري خاصة في ظل التنظيم الذي أولاه الفقه الإسلامي في ذلك، في حين أن المشرع الجزائري حتى وإن اهتم بتنظيم بعض المسائل المتعلقة بالخلع إلا أنه لم يتنظيمها دقيقا وقاصرا جدا، نتج عنه تذبذ الاجتهاد القضائي على مستوى المحكمة العليا وتناقض أحكام المحاكم والمجالس القضائية، فهناك بعض الثغرات تخللت هذا التنظيم القانوني فلا بد من الوقوف عندها.

-نتائج الدراسة:

-يعرف الخلع على أنه ذلك الاتفاق الذ ي يتم بين الزوج وزوجته على الفرقة مقابل مال تدفعه الزوجة

- للخلع ألفاظ عدة تختلف من مذهب لأخر

-ينقسم إفتداء الزوجة نفسها بالمال الذي تدفعه لزوجها إلى نوعين: نوع بغير عوض تدفعه الزوجة، ونوع بعوض ملتزمة للزوج نظير الإفتداء.

-الخلع جائز لا بأس به عند أكثر العلماء لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع و عدم الوفاق بين الزوجين

-دل الكتاب والسنة على مشروعة الخلع

-اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن الخلع عبارة عن عقد رضائي بين الزوجين، غير أنه هناك من يرى أن الخلع حق للزوجة

-لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة تكييف الخلع قبل تعديل 2005، مما جعل بعض شراح القانون المتبنين لرأي ألا خلع بدون إرادة الزوج قد تبنوا بذلك الرأي الذي يعتبر الخلع يمينا من جانب الزوج لأنه يرتبط بالطلاق، ومعاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض، و قد تبنوا بذلك رأي الحنفية

-بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 7 فبراير 2005 غير المشرع الجزائري رأيه في تكييف الخلع في اعتباره حقا للزوجة بدلا من اعتباره يمين من جانب الزوج و معارضة من جانب الزوجة

-الجمهور يرون أن الأركان خمسة، وهي الموجب، القابل، العوض، المعوض والصيغة.

-إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع بل أهملها، و اكتفى بالإشارة إلى مقداره بحيث لا يتجاوز مهر المثل، ولهذا سنعالج هذه الشروط اعتمادا على قواعد الفقه االعامة.

-تعرض الخلع على المحكمة المختصة محليا ونوعيا وفقا لقواعد الاختصاص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

-التحكيم والصلح في الفرع الثاني. تناول في هذا المطلب كيفية تسيير الجلسة و إجراءات التحكيم والصلح

- يترتب على أي نوع من الفرقة سواء كانت طلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو التطليق بأمر من القاضي أو الخلع آثارا قانونية وشرعية ، أقرتها كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من خلال عدة نصوص قانونية، وذلك من أجل حماية حقوق الزوجة المطلقة والأبناء المشتركين بين المطلقين

التوصيات والاقتراحات:

-تخصص قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة حتى لا يصعب على المتقاضين معرفة الإجراءات الواجب إتخاذها.

-تكوين قضاة ملمين بالجانب الفقهي، والقانوني حتى يكونوا أهلا للفصل في نزاعات تكون أثارها وخيمة على المجتمع.

-تعديل المادة 54 بإدراج فقرات أخرى توضح نوع البدل و ماذا يكون غير النقود.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أ- المصادر:

1. القرآن الكريم.

أولا: القوانين والقرارات

1. الأمر 05/02 المؤرخ في 18 محرم علم1426 الموافق ل27فبراير 2005 من قانون الأسرة الجزائري.
2. الأمر رقم 85-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 .
3. القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
4. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/07/12.
5. قرار المحكمة العليا مؤرخ في 2001/09/15.
6. قرار المحكمة العليا الصادر في 1986/02/10.

ثانيا: الكتب

1. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر، و البرمجيات مصر، سنة النشر 2009.
2. اديس ذيباني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للنشر عين مليلة، الجزائر،.2012.
3. حاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
4. حسن حسانين أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءا طبقا لأخر التعديلات الصادرة بالقانون ، دار الأفاق العربية، سنة الطبع2000.

5. شيخ علي الخفيف،فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ، دار الفكر العربي، سنة الطبع2008.

6. عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،دار أبن حزم الطبعة الأولى 1418هـ -1998م. بيروت- لبنان

7. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ،المكتبة العصرية، بيروت 2004.

8. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009.

9. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر والتوزيع،الجزائر سنة الطبع2010.

10. محمد زيد الأبياني، الأحوال الشخصية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة د.ب.ن.د.ت.

11. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، بيروت لبنان2007.

12. محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة ، دار الزرفة العربية، مصر، 1990.

13. مصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر، والتوزيع الجزائر2010.

14. منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحكام الشخصية أحكامه آثاره، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 1430هـ، 2009م، الطبعة الأولى، الاصدار الثاني.

15. نورة منصوري ،التطليق والخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر،2012.

16. هبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي،و أدلته الشامل للأدلة الشرعية ، والآراء المذهبية ،وأهم النظريات الفقهية، وتحقيق الأحاديث النبوية ، وتخريجها ،و فهرسة الجبائية للموضوعات، و أهم المسائل الفقهية، الجزء السابع ،الأحوال الشخصية دار الفكر، رمضان على السيد الشرنباصي أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2002.

17. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2007.

ثالثا: الرسائل الجامعية

1. أيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، 2014.

الفهرس

الفهرس

الواجهة.....

شكر وتقدير.....

الإهداء.....

مقدمة.....أ

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لتسوية النزاعات الدولية

تمهيد:.....6

المبحث الأول: مـــــاهية تسوية النزاعات الدولية.....7

المطلب الأول: مفهوم النزاع الدولي.....7

الفرع الأول: تعريف النزاع الدولي وشروطه.....7

الفرع الثاني: أسباب النزاعات الإفريقية.....11

المطلب الثاني: مفهوم منظمة الوحدة الإفريقية.....15

الفرع الأول: تعريف منظمة الوحدة الإفريقية.....16

الفرع الثاني: أهداف الاتحاد الإفريقي ومراحل تأسيسه 18

المبحث الثاني: فعالية الهيئات المختصة بتسوية النزاع الدولي على حدود إفريقيا.....23

المطلب الأول: مبادئ منظمة الوحدة الإفريقية وهياكلها 23

الفرع الأول: مبادئ منظمة الوحدة الإفريقية 23

الفرع الثاني: أجهزة منظمة الوحدة الإفريقية لحل النزاعات الدولية على حدود إفريقيا..27

المطلب الثاني: دور منظمة الوحدة الإفريقية في تسوية النزاع على حدود إفريقيا 30

خلاصة الفصل.....32

الفصل الثاني: جهود إفريقيا لحل النزاعات الدولية

تمهيد..... 34

المبحث الأول: جهود الاتحاد الإفريقي لتسوية النزاعات الدولية 35

المطلب الأول: مجلس السلم والأمن والمنظمات الإفريقية الفرعية.....35

الفرع الأول: مجلس السلم والأمن.....35

الفرع الثاني: المنظمات الإفريقية الفرعية.....39

المطلب الثاني: مبادرات الإتحاد الإفريقي تسوية النزاعات الدولية.....43

الفرع الأول: الاتفاقيات الأمنية والدفاعية.....43

المبحث الثاني:آليات تسوية النزاعات في إطار الاتحاد الإفريقي 52

المطلب الأول: الآليات المنصوص عليها في بروتوكول مجلس السلم والأمن

الإفريقي.....53

الفرع الأول: وثيقة إنشاء مجلس السلم والأمن الإفريقي.....53

الفرع الثاني: فعالية دور مجلس السلم والأمن الإفريقي.....54

المطلب الثاني: الآليات المنصوص عليها في المنظمات الإقليمية الإفريقية.....57

الفرع الأول: المنظمات الإقليمية الفرعية.....58

الفرع الثاني: المنظمات الاقتصادية لغرب إفريقيا 59

خلاصة الفصل.....64

الخاتمة..... 69

قائمة المصادر والمراجع.....

الفهرس.....

الملخص.....

الملخص

مـلخص مذكرة الماستر

أقرت الشريعة الإسلامية الخلع للزوجة عندما ترى تعذر الحياة الزوجية وتخاف أن قامت مع زوجها في هذا الحال أن لا تتمكن من إقامة حدود الله، كما اقر المشرع الجزائري بدوره أحكاما وشروطا خاصة لطلب الخلع من المرأة تتماشى مع الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية:

1/ الخلع 2/الشريعة الإسلامية 3/قانون الأسرة 4/ المرأة 5/ الأسرة

Abstract of The master thesis

Islamic Sharia approved divorce for the wife when she sees that marital life is impossible and she is afraid that she will not be able to establish the limits of God with her husband in this case.

keywords:

1/ Khul’ 2/ Islamic law 3/ family law 4/ women 5/ family