وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الحميد بن باديس

مستغانم

مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص معمق

عنوان :

أحكام الخلع بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري

من إعداد :

الطالب : محمد زمار.

تحت إشراف :

الدكتور : بن فريحة رشيد.

لجنة المناقشة

د. بوسيحة جيلالي	رئيسا
د. بن فريحة رشيد	مشرفا ومقررا
د. زواتين خالد	ممتحنا

السنة الجامعة

2018/2017

إهداء

إلى والديّ اللذين ربياني صغيراً واعتنيا بي كبيراً ورافقني دعاؤهما في كل حركة وسكنة من حياتي،رحمهما الله وأسكنهما فسيح جناته.

إلى زوجتي أم عماد التي هيّأت لي أسباب الراحة وطلب العلم، والتي حمدت على حُلو الحياة وصبرت على مرها.

إلى أبنائي عماد الدين،فدوى،ضياء،إلهام ،لجين جعلهم الله من أبناء الخير والسعادة وأسأله أن يكونوا فتية آمنوا بربهم، وأن يحققوا الغاية التي خُلقوا من أجلها.

إلى كل الإخوة والأخوات وقفن بجانبي لم يبخلن عليّ بالدعاء.

إلى كل من علمني، وأنار شمعة علم في حياتي، إلى الشموع التي تحترق لتنير درب الآخرين.

إلى أستاذنا الفاضل الدكتور بن فريحة رشيد الذين كان نور دربي في هذه المسيرة الدراسية

إلى كل الشهداء، أصحاب الفضل والعطاء، الذين أحيوا الأمل للمجد وعِزّ الإسلام القادم.

إلى جميع حماة الوطن الغالي

إلى زملائي طلبة العلم الشرعي وطلبة الحقوق عامة وزملائي في قطاع التربية خاصة سلك التفتيش.

إلى كل من له فضل عليّ.

إليهم جميعاً أهدي ثمرة بحثي هذا، داعياً المولى عز وجل أن يجعل ذلك في ميزان حسناتي، وأن ينفع به المسلمين إنه جواد كريم.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة السلام على رسول الله محمد وعلى آله وصحبه وبعد:

من هذا المنطلق، وامتثالاً لقول النَّبِيِّ صَلَّى اللَّه عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (لَا يَشْكُرُ اللَّهَ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ).

ومن باب رد الجميل لأهله، واعترافاً مني لأهل الفضل بفضلهم، فإنني أتوجه بجزيل الشكر والعرفان والتقدير لأستاذي ومعلمي الفاضل، الأستاذ الدكتور: **بن فريحة رشيد** حفظه الله ورعاه وبارك في عمره، ونفع الله بعلمه الإسلام والمسلمين، حيث بذل جهده المشكور، وأوقاته الثمينة في الإشراف على هذه الرسالة، فكان له الفضل بعد الله على إخراج الرسالة على هذه الصورة، فوجدته ناصحاً ومرشداً وموجهاً، فجزاه الله خير الجزاء. وأرجو أن أكون من العلم الذي ينتفع به، وأنفع به الناس، فأكون ثمرة غرس سقاها ورعاها.

كما أقدم الشكر الجزيل إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم الإنسانية بجامعة عبد الحميد ابن باديس بولاية مستغانم

كل واحد بإسمه ،كما أقدم كل الشكر والتقدير إلى عائلتي الصغيرة وأم أولادي وإلى جميع أولادي حفظهم الله ورعاهم

وسدد خطاهم وجعلهم ذخرا للدين والوطن وجعلهم من حملة العلم

كما أتقدم بالشكر إلى كل قطاع سلك التربية وإلى كل من كان لهم دور كبير في إنجاز هذه المذكرة

ندعو لهم بالحفظ ودوام الصحة والعافية ودمتم ذخرا للعلم والمعرفة

وشكـرا

المقدمة

تعد الأسرة في قانون الأسرة الجزائري الخلية الأساسية للمجتمع، حيث حدد لها أهم الأهداف والأسباب لوجودها، وهي تكوين أسرة يكون أساسها ومنطلقها المودة والرحمة والتعاون بموجب ما نص عليه المشرع من أحكام عامة في قانون الأسرة الصادرتحت رقم 11/84 المعدل والمتمم بأمر 02/05 من قانون الأسرة المؤرخ في 2005/02/27 ذكر للضوابط والركائز التي ترتكز عليها، من ترابط وتكافل وحسن معاشرة وحسن خلق وتربية حسنة ونبذ جميع الآفات الاجتماعية، وهو ما نستقرؤه من المادة الثانية منه والتي تنص على أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة ومنه المادة الثالثة التي ورد فيها ما يلي تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية، و لقد استمّد تشريع الأسرة مبادئه وأحكامه، من الشريعة الإسلامية الغراء،التي ترى أن الزواج شركة بين الزوجين من أجل تحقيق أهداف سامية ونبيلة، فلم تجعل عقد الزواج كسائر العقود، بل وصفته بالميثاق الغليظ واعتبرته عقدا مقدسا يقوم على الدوام، إلا إذا استحالت العشرة الزوجية بين الزوج والزوجة،كأن تنحل الرابطة الزوجية لأسباب تمنع من العشرة واستمرارها،فضلا عن هذا، فقد يستحيل استمرار الحياة الزوجية بتأثر كيان الأسرة بظروف اجتماعية، تتحول معه هذه الحياة إلى ضيق وشدة، وينجّر عنها ضرر ونفور ما بين الزوجين، هنا أجازت الشريعة الإسلامية السمحة للزوج أو الزوجة فك هذه الرابطة الشرعية.

إن الشريعة الإسلامية كأحكام، عالجت المشاكل والاضطرابات التي تعتري الأسرة بالصبر والتحمل والحوار والصلح عن طريق وساطة الأهل والأقارب، ففي بعض الأحيان تسيطر الكراهية على أحدهما تجاه الأخر، بسبب أعراف وعادات لا تخلّ بالدين والأخلاق والثقة

بقدر ما تكون غير منسجمة مع عقلية وثقافة أحدهما، فيتجاهلان إيجابيات بعضهما ويركزان على سلبياتهما، وفي هذا المعنى جاء النهي عن هذا السلوك في قول الرسول عليه الصلاة والسلام

كما أوجبت الشريعة الإسلامية المعاشرة الحسنة بين الزوجين وعليه فإن الآية الكريمة أوجبت المعاشرة بالمعروف وبالتي هي أحسن،كتحمل أذى بعضهما والصبر على المشاكل التي تعتري أسرتهما، كما

جاء في**استوصوا بالنساء خيرا** « الحديث الصحيح أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال »**(ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا** ورغم الضمانات والاحتياطات التي وضعتها الشريعة الإسلامية لحفظ العلاقة الزوجية من الفرقة والانهيار، إلا انه قد تطرأ على الحياة الزوجية مشاكل تحوّله إلى مصدر بؤس وشقاء، فتتحول الحياة الزوجية إلى جحيم لايطاق يستحيل معه استمرار العلاقة بين الزوجين، فيصبح الفراق هو المخرج **إن يتفرقا يغن الله كلا** « والحل، بل ويصبح الخير كله في الطلاق لقوله تعالى » **من سعته** وهناك وسائل كثيرة للتفرقة بين الزوجين سواء بالإرادة المنفردة للزوج أوبالإرادة المشتركة أو بطلب من الزوجة أو بسبب نشوز أحد الزوجين، والأصل أن الشريعة الإسلامية أعطت للزوج حق الطلاق، بوضع العصمة الزوجية بيده، فهو الذي يملك عقد الحل والملك، وبالتالي يملك حق خالص في الطلاق بإرادته المنفردة أو بالتراضي إذا تم الاتفاق بين الزوجين على الفرقة بينهما فيجوز ذلك من منظور الفقه الإسلامي باعتباره الإحالة الأصل لتشريع الأسرة.

وفي مقابل حق الزوج في الطلاق، منحت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في الفرقة بينها وبين زوجها وذلك بطلب التطليق أو الخلع، إذا قدرت الزوجة أن الحياة مع زوجها أصبحت لا تطاق و مستحيلة من الناحية النفسية والمعنوية.

لقد نص المشرع في الباب الثاني من قانون الأسرة11/84 –المعدل والمتمم بأمر رقم 02/05/ المؤرخ 2005/02/27 عن انحلال الزواج بالطلاق في مادة 47انحلال بالوفاة ثم تطرق إلى حالات انحلال عقد الزواج بالطلاق في المادة 48 من ذات القانون بنصها يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53و 54من هذا القانون.

وقد منحت المادة 53 من ذات القانون للزوجة طلب التطليق لأسباب عشرة جاءت على سبيل المثال لا الحصر، تمكنها من طلب الفرقة مع زوجها،كما أجازت في المادة 53 مكرر، للقاضي إضافة إلى الحكم لها بالتطليق، أن يحكم لها بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

كما أجازت المادة 54 من نفس القانون للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .
وعليه، فإن الخلع كطريقة انحلال للرابطة بين الزوجين، هو تشريع أقرّه الإسلام ووضع أسسه وأحكامه وضوابطه فقهاء الشريعة الإسلامية والأصل فيه جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى « ما روى الإمام البخاري عن ابن عباس قال النبي صلى الله عليه و سلم، فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله، أفتردين عليه حديقته، فقالت نعم، فكان هذا أول خلع في الفقه الإسلامي » .فردت عليه و أمره مفارقتها إن التعديلات الأخيرة على تشريع الأسرة ، أزاحت بعض الغموض الذي اكتنف مسالة الطلاق خصوصا في شقه المتعلق بالخلع، فأقرّ المشرع في نص المادة 54 المعدلة تأكيد حق الزوجة في المطالبة بالخلع دون اشتراط قبول نص المادة في التقنين السابق تحت رقم 11/84 فضلا عن هذا / الزوج، وهذا بخلاف جاء تعديل عام على أحكام فك الرابطة الزوجية بنص المشرع على عدم قابليتها للطعن فيها بطريق الاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، مع بقاء الطعن فيها عن طريق الطعن بالنقض.
وفي الوقت الذي خصصت فيه بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية عدة مواد للخلع كقانون المشرع الجزائري اكتفى بمادة واحدة من قانون الأسرة المعدل والمتمم
بالأمر رقم 02/05 المؤرخ 27 /2005/02 ، تجيز للمرأة حـق اللجوء إلى القضاء لتخالع نفسها، بمقتضى نص المادة 54 على أنه يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.
وبالرغم من أهمية الموضوع وحساسيته إلا أنه لم يجد اهتماما من طرف الباحثين الجزائريين يناسب أهميته في الدراسة القانونية والأبعاد الفقهية و القانونية، باعتباره وسيلة أو طريقة منحها الإسلام للمرأة للتعبير عن رأيها في تقرير مصيرها بإرادتها المنفردة، وهذا اتجاه يبرره أصحابه على اعتبار أن المرأة و الرجل يتساويان في كل شيء، و بما أن الرجل له حق الطلاق يستعمله متى شاء و متى قدّر أن العلاقة الزوجية أصبحت لا تطاق و بالتالي استحالة استمرارها، فإن للمرأة الحق في الخلع بإرادتها المنفردة متى شعرت و قدّرت استحالة استمرار العلاقة الزوجية، وهذا عكس الاتجاه الآخر

الذي يرى أن العصمة بيد الرجل وأن المرأة سريعة الغضب سريعة الحكم و بالتالي لابد من موافقة الزوج ليتم التفريق بينهما.

وتتجلى أهمية الموضوع من خلال الأسئلة المطروحة بشأنه، سواء عند فقهاء القانون أو في مجال الاجتهاد القضائي، بسبب كون الخلع جاء على خلاف الأصل، مما يثير عدة إشكالات منها:

- هل الخلع صورة من صور التطليق؟
- هل الخلع فسخ أم طلاق ؟
- هل يعتبر الخلع عقدا رضائيا ؟
- هل يوافق الخلع في التشريع مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي ؟
- ما هي الحالات المشابهة للخلع ؟
- ما هي الإجراءات القضائية المتبعة في مسألة الخلع أمام الجهة القضائية ؟
- ما هي الآثار الشرعية والقانونية المترتبة عن الخلع ؟
- ما هي النتائج المتوصل إليها في مسألة الخلع ؟

لنصل إلى الإشكالية الرئيسية التالية

- ما مدى كفاية تشريع الأسرة للخلع وما مدى استقرار الاجتهاد القضائي فيه ؟
- ما هي الآثار والنتائج المترتبة عن الخلع ؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا بحثنا إلى فصلين:

يتعلق الفصل الأول الخلع في التشريع والاجتهاد القضائي

أما الفصل الثاني الآثار المترتبة عن الخلع وإجراءات التقاضي فيه

الفصل الأول

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في بيان الخلع هل هو تشريع إسلامي صرف، أم هو قانون محدث وضع من قبل البشر؟ وفي بيان المآخذ والاعتراضات التي وجّهت لذلك من خلال الفقه الإسلامي، وخصوصاً بعدما حصل في أرض الكنانة مصر من تشريع قانون الخلع في أواخر الألفنييات وما تبعه من اعتراضات وتساؤلات، وهل هو موافق لشرع الله أم مخالف له؟

أهمية البحث

1- بيان أنّ الخلع تشريع إسلامي أقره الإسلام بنص قرآني كريم وسنة نبوية فعلية وإجماع من العلماء على ذلك، وليست ثمرة للجهود التي بذلتها مدّعيات تحرير المرأة.

2- بيان أنّ الإسلام لم يهمل جانب المرأة وحقّها في فراق زوجها، فأباح لها طلب الخلع إذا رأت لزوما لذلك.

3- توضيح أنّ المآخذ التي أخذت على الخلع في الإسلام، سببها الجهل بأحكام الخلع في الإسلام، لذلك سأقوم بتوضيح هذه الأحكام.

4- التأكيد على أنّ إعطاء الإسلام للمرأة حق الخلع ليس معناه أن تستخدمه المرأة متى شاءت وكيفما شاءت، بل هناك ضوابط ومعايير تقيد هذا الحق.

5- ومما زاد اهتمامي بالبحث في هذا الموضوع – حينما بدأت ودرست مادة مناهج البحث، وَكُلّفت بهذا الموضوع- هو رؤيتي من خلال بحثي أنه من الممكن تطوير هذا البحث ليكون رسالة ماستار.

6- بعد توفيق الله لي وإكمال متطلبات الماجستير، ذهبت للتدريب في المحكمة الشرعية، فرأيت كثيراً من المشكلات الزوجية المستعصية، والتي تكون فيها المرأة كالمعلَّقة، وتكون هي السبب في تلك الخلافات، ولا يريد الزوج أن يطلق لهذا الأمر، حتى لا يتحمل التبعات المالية التي تتبع

الطلاق، ولا يخسر المهر الذي دفعه للزوجة، وكثيراً ما كان القاضي ينفرد بهذا الزوج بعيداً عن أعين المحامين ويعرض عليه الطلاق مقابل الإبراء العام، وهو ما يعرف بالخلع في المحاكم الشرعية وسرعان ما تتم الموافقة على ذلك، ممّا دفعني إلى التفكير في هذا الموضوع، وبيان موقف الإسلام منه، وبيان أحكامه، وتطبيقاته في المحاكم الشرعية.

أهداف البحث

1- التعريف بمنهج الإسلام المتكامل في حل المشاكل الزوجية، وبيان واقعية الإسلام، وأنه منهج رباني، حيث شرع للمرأة ما يناسبها ويحفظ كرامتها وينهي ما قد يقع بينها وبين زوجها من مشاكل واضطرابات.

2- التعريف بالخلع والأدلة على مشروعيته والحكمة من تشريعه، وبيان أحكامه الشرعية المذكورة في القانون.

3- عرض لأهم المآخذ والطعون التي وجهت لتشريع الخلع.

4- الرد على هذه المآخذ والطعون من منظور إسلامي وقانوني.

وعلى هذا الأساس نتطرق بالتفصيل :

المبحث الأول : ماهية الخلع

المطلب الأول :مفهوم الخلع

الفرع الأول : تعريف الخلع

-تعريف الخلع لغة وشرعا

أولا تعريف الخلع لغة :هو التجريد والإزالة، وخلع الشيء يخلعه خلعا وإختلعه أي نزعه، وخلع النعل والثوب والرّداء يخلعه خلعا :جرّده.

وأنخلع الرجل من ماله صدقة أي أخرج منه جميعه و تصدق به وتعرّى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه.

وخلع امرأته خلعا بالضم وخلاعا فاختلعت، وخالعته أزالها من نفسه على بذل منها له فهي خالع و مختلعة[1] .

وعرف الخلع لغة بأنه النزع خلع ثوبه ونعله، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا صيغ منها المخالعة[2] .

ثانيا تعريف الخلع شرعا : اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في تعريف الخلع على النحو التالي :
[3]

1- المالكية : هو طلاق بعوض فجاء في المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس " إذا كان النشوز من قبل المرأة يحل للزوج أن يأخذ منها ما أعطته على الخلع إذا رضيت بذلك ولم يكن منه في ذلك ضرر لها ويكون الخلع بهذا تطليقة بائنة[4] "

(1إبن منظور،لسان العرب ص. 114 الجزء الأول-مؤسسة الأعلمي للمطبوعات-بيروت 2005 .

(2 /510ابن الهمام .فتح القدير شرح الهداية .دار إحياء الكتب العربية بيروت2005.

(3عبد الرحمن الجزيري .كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ص. 387 .

(4يحي بن يحي الليثي .موطأ الإمام مالك .دار النقاش الطباعة والنشر والتوزيع .ص384 .

2 -الحنفية : هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه بخمسة ألفاظ هي خلعتك أو اخلعي نفسك مني، أو بارئتك على مبلغ محدد ويجب أن يذكر المبلغ وإلا لا يقع الطلاق، والثالثة باينتك على مبلغ كذا وحتى يقع الطلاق هنا لا بد من نية الطلاق ومن موافقة الزوجة على ذلك أما الرابعة فهي فارقتك على مبلغ كذا فإذا قبلت طلقت ولزمها المبلغ على سقوط حقوقها، والخامسة لفظ طلاق على مال كأن يقول لها طلقي نفسك على 2000دينار فإذا قبلت طلقت طلاقا بائنا وألزمت بالمبلغ.

وهناك لفظين آخرين أضيفا إلى الألفاظ الخمسة منها ما هو مشتق من لفظ البيع كقوله لها بعت نفسك بمبلغ كذا فتقول له اشتريت فإنها تطلق طلاقا بائنا لأن البيع يزيل الملك كذلك لفظ اشتري طلاقك بألف، فإذا قبلت وقع الطلاق البائن.

3 -الشافعية :الخلع شرعا عندهم هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض، وهو ما تبناه القانون المصري، والقانون السوري ،اللذان وافقا المذهب الشافعي في تعريفه للخلع.

4 -الحنابلة : عرّفوه بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة، قد تكون صريحة وهي خالعت، فاديت فسخت، وهذا على عوض محدد أما الخلع بألفاظ الكناية فتكون بلفظ باريتك ابنتك فهذه الألفاظ يصح بها الخلع إذا توافرت النية، أو إذا دل عليها الحال كأن تسأله هي الخلع فيعرض عليها مبلغ العوض فتوافقه على ذلك والخلع مهما كانت ألفاظه صريحة أو كناية فإنها لا تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج إلا إذا كانت هناك نية طلاق وكان هناك قبول من طرف الزوجة بالعوض.

ثالثا تعريف الخلع في القانون الجزائري : لم يعطي التشريع تعريفا محددا للخلع واقتصر على ذكر أسباب تحقيقه من خلال ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 54والمؤرخ في2005/02/27الجزائري المعدل تحت رقم02/05 منه على أنه جوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.[1]

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها تكاد تكون مجتمعة في معنى واحد، ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة هو معاوضة تدفعها للزوج مقابل مفارقتها له.

الفقرة الثانية : مشروعية الخلع

استدل أهل العلم على مشروعية الخلع من القرآن الكريم ومن السّنة النبوية.

أولا القرآن الكريم

شرع الخلع إذا تخاصم الزوجان بسبب ما ينشأ بينهما من خلاف وخصومات ولم الطلاق : « يتمكنا من إقامة حدود الله، وقد دل على شرعيته قوله تعالى مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا ممّا آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها و من يتعد حدود الله » (1).فأولئك هم الظالمونوجه الاستدلال من الآية أنه لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته الصداق الذي أعطاها حين الزواج إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء حقوق الزوجية فيما بينهما، فإذا وجدت المرأة أنها كارهة لزوجها ولا تطيق العيش معه لسبب يخص مشاعرها، و تحس أن كراهيتها له ونفورها منه سيجعلها تخرج عن حدود الله في حسن المعاشرة والعفة والأدب، فهنا يجوز لها أن تطلب الإختلاع منه وأن تعوضه عن تحطيم حياته وأسرته دون سبب منه فترد له المهر الذي أمهرها إياه[2] .

(1سورة البقرة، الآية 229 .

(2 .السيد قطب .الظلال .المجلد الأول، الجزء الثاني الطبعة التاسعة .دار الشروق ص 248 .

وقد استقر فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يجوز الخلع إلا أن يكون الشقاق والنشوز من جانب المرأة، فيجوز حينئذ للرجل قبول الفدية.

ثانيا السنة النبوية الشريفة

لقد ذكر علماء الحديث روايات كثيرة تدل على مشروعية الخلع تدور حول مسألة واحدة وهي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو كراهية زوجها و تريد الإختلاع منه فقد روى البخاري عن ابن عباس رضي أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي صلى الله عليه و " الله عنهما سلم فقالت :يا رسول الله ما أعيب عليه في خلق و لا دين، ولكن أكره الكفر"

في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم أتردين عليه حديقته قالت:

(1) نعم قال رسول الله صلى الله عليه و سلم أقبل الحديقة و طلقها تطليقة وفي رواية أكثر تفصيلا عن ابن جرير أنه سأل عكرمة، هل كان للخلع أصل؟

إن أول خلع كان في الإسلام في أخت عبد الله بن : قال كان ابن عباس يقول أبي، أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت :يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبدا، إني رفعت جانب الخباء فرأيته قد أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها، فقال زوجها :يا رسول الله إني قد أعطيتها أفضل مالي، حديقة لي فإن ردت عليّ حديقتي، قال :ما ، تقولين؟ قالت :نعم وإن شاء زدته ففرّق بينهما وجه الاستدلال من الحديثين النبويين أنه يجوز للمرأة أن تطلب الإختلاع من زوجها إن خافت لو بقيت تحت عصمته ألا تقيم حدود الله، وذلك بأن لا تقدر على تأدية واجباتها نحو زوجها فترد له الصداق الذي أعطاها ويتفرقا.

(1رواه البخاري . .موسوعة الحديث الشريف-الكتب الستة-دار السلام للنشروالتوزيع.الرياض.الطبعة . الثالثة-سنة 2000 ..

وإذا لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فانه يكره للزوجة أن تطلبه لقول الرسول عليه الصلاة أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير مابأس فحرام عليها رائحة الجنة « والسلام ثالثا الإجماع

اتفق جميع أهل العلم على مشروعية الخلع، ولم يخالف هذا الإجماع إلا بكر بن عبد الله المزني الشافعي وليس لديه حجج دامغة عدا ما ظن أن الآية في سورة البقرة في قوله تعالى "[1] (فلا جناح عليهما "

وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج و آتيتم إحداهن بقوله تعالى قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا، أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا، و كيف تأخذونه و قد [2]) أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا) ولعل أحاديث الخلع لم تبلغه، فيكون الخلع مشروعا بالقرآن والسنة والإجماع[3]).

حكمة الشارع من الخلع

المودة والرحمة هما الأساس الذي ارتضاه رب العزة للعلاقة الزوجية في قوله تعالى:" [4])

وجعل بينكم مودة ورحمة وهما حسن المعاشرة" حيث يعلم كل طرف ما عليه من واجبات فيؤديها للطرف الآخر لتمضى الحياة الزوجية سعيدة هنيئة، إلا أنه قد يحدث ما يزيل هذه المودة وقد يستتبعها زوال الرحمة بأن تكره الزوجة زوجها أو يكره الزوج زوجته، فتصير الحياة جحيمًا لا يطاق ونارًا لا تهدأ وقد لا تفلح دواعي الإصلاح ولا تجدي ومن ثم لا يكون هناك مفر من إنهاء العلاقة الزوجية.

(1سورة النساء الآية 20 .

(2محمد مصطفى شلبي.أحكام الأسرة في الإسلام.دار النهضة العربية بيروت .الطبعة الثانية .ص5313 سورة الروم آ 21 .

وإذا كان الكره أو الشقاق من جانب الرجل فقد خوّله الشرع إمكانية إنهاء العلاقة الزوجية بإيقاع الطلاق، وحينئذ يكون ملزمًا بكل ما ترتب على الزواج من آثار مالية، وإذا كان الكره أو الشقاق من جانب المرأة فقد خوّلها الشرع إمكانية الخلع ومقتضاها أنها تفتدى نفسها وخلاصها

بأن تؤدى للزوج ما دفعه من مقدم مهر وأن تتنازل له عن جميع حقوقها الشرعية والمالية من مؤخر صداق ونفقة المتعة ونفقة العدة.

وتتجلى حكمة الخلع هنا بأن تضمن كامل الحرية للزوجة، فمثلما هذه الحرية, ممنوحة للزوج إن أراد إنهاء العلاقة الزوجية، فهي أيضا متوفرة للمرأة إن أرادت وقدّرت بأن الحياة الزوجية مستحيل استمرارها، فهنا بإمكانها أن تستعمل ورقة الخلع الممنوحة لها شرعا لإنهاء هذه العلاقة.

الفرع الثاني : أنواع الخلع

قد يكون الخلع بسبب ما يصدر من الزوجة أو بسبب ما يصدر من الزوج، وقد يكون الخلع بلا سبب أصلا.

أولا الخلع بسبب الكره

الخلع بسبب المقصود به شرعا هو الخلع الذي تكره فيه الزوجة زوجها لسوء خلقه أو لسوء سلوكه معها أو لقلة دينه أو حتى لقبح منظره، ولما كانت المرأة تملك مثلما يملك الرجل من مشاعر وعواطف وتحس مثلما يحس، فقد تشعر بالنفور من زوجها والعيش معه في الوقت الذي يكون هو يحبها ويقدّرها ويقوم بجميع حقوقها، فترى لكراهتها هذه أن تفتدي منه مقابل أن يفارقها.

1 -في القرآن :نفى الله عز وجل الجناح والإثم عند الخوف من التقصير في فإن خفتم ألا يقيما :الحقوق الزوجية بسبب التباغض والتنافر في قوله تعالى حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به.

2 -في السنة : ما حدث في قصة امرأة ثابت بن قيس بن شماس وهي جميلة بنت سلول عندما أتت النبي صلى الله عليه و سلم و قالت :إنني لا أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا، وفي رواية صحيحة أخرى وصفته بأشد القوم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها.

ثانيا الخلع بسبب آخر:

هناك سبب أخر شرع سبحانه و تعالى الخلع للزوجة لتفتدي نفسها من زوجها ببذل ما قدمه لها من صداق، إذا أحست وشعرت بأن منبع الحب الذي كان يجمعها مع زوجها قد نضب، فالقلوب بين أصبعين من أصابع الرحمان يقلبها كيف يشاء ولا يستطيع أحد أن يتحكم في عواطف النّاس ويجبرهم على ما لا يرغبون فيه.

ولما كان الشارع الحكيم قد جعل الطلاق بيد الرجل يوقعه إذا شعر بأن الحياة مع زوجته أصبحت مستحيلة بعدما استنفذ كل وسائل التسوية لإعادة التعايش والوفاق إلى حياتهما الزوجية، فلا بأس بعد ذلك من الطلاق، فآخر الدواء الكي كما تقول الحكمة.

ثالثا الخلع بسبب الحكم التكليفي:

يختلف حكم الخلع إذا كان بسبب يؤدي إليه باختلاف السبب نفسه، فهو تصرف شرعي له حكمه الشرعي حسب نوعية السبب.

– 1مباح :الأصل في الخلع الإباحة وذلك إذا كان سبب الكراهة بين الزوجين والخوف من أن يؤدّي هذا إلى التفريط في الحقوق والواجبات الزوجية.

2 -مكروه : وقد يكون سبب الخلع مكروها كأن تميل الزوجة إلى غير زوجها وترغب في نكاحه فتخالع زوجها لتنكح من مالت إليه ورغبت فيه فسبب هذا الخلع مكروه لما رواه ثابت بن يزيد عن عقبة بن عامر عن رسول » (1) المختلعات المنتزعات هن المنافقات : « الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يعني التي تختلع من زوجها للميل إلى غيره.

(1سورة البقرة آ 229 .

وقد يكون الخلع مكروها بسبب الزوج كأن تكون الزوجة ذات مال فيضيّق عليها مع قيامه بالواجب لها طمعا في مالها كي تخالعه على مال، فإن هذا السبب يكون مكروها من جهة الزوج لا من جهة الزوجة، مع أن الخلع هنا يكون جائزا على أساس التباغض و التنافر الذي يحدثه الزوج لزوجته.

3 -محرّم : قد يكون سبب الخلع محرّما إذا كان النشوز من قبل الزوج لأجل الافتداء كأن ينالها بالشتائم والضرب والأذى حتى تخالعه على مال تفتدي نفسها به، فهذا النوع من الخلع حرام وذلك لانعقاد الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق، وهنا لم تطب نفسها ولا رضيت، بل أجبرت على دفع العوض بالتضييق والأذى فهي مكرهة على بذل هذا العوض مقابل الفرقة .وفي هذا ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم : « يقول سبحانه وتعالى) .1 » (نفسه

فإذا حصل هذا النوع من الخلع .فما هو حكمه؟

4موقف الفقهاء من الخلع المحرم بسبب :لقد اختلف الفقهاء حوله على مذهبين:

ا - المذهب الأول :ذهب أصحاب هذا المذهب إلى القول أن الخلع باطل والعوض مردود وروي هذا عن ابن عباس، وعطاء ومجاهد والشعبي وإليه.

(1رواه النسائي .موسوعة الحديث الشريف-الكتب الستة-دار السلام للنشر والتوزيع.الرياض.الطبع .الثالثة-سنة2000 .

(2سورة البقرة، الآية 231 .

وإن أردتم « ذهب المالكية والشافعية والحنابلة واستدلوا على ذلك بقوله تعالى استبدال زوج مكان زوج و آتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا، » (1) أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين « كما قال تعالى (2 فبينت الآيتين النهي

والحرمة بأعظم الأوصاف فكان العوض » بفاحشة مبينة الذي أكرهت على بذله بغير حق غير مستحق.

ب - المذهب الثاني : يتبناه الأحناف، حيث يرون أن هذا النوع من الخلع حرام وأن الزوج في هذه الحال آثم وعاص " فإذا أقسى الزوج على زوجته في المعاملة وضارها لتفتدي منه حرم عليه أخذ شيء من المال سواء كان من الصداق أو من غيره3)"

(4إلا أن العقد يبقى » فلا تأخذوا منه شيئا « وإلى هذا يشير قوله تعالى صحيحا والعوض لازم ولكنه عوض خبيث بسبب الإضرار وسوء العشرة من الزوج.

الفقرة الثانية :الخلع دون سبب

إذا كانت الحياة الزوجية منسجمة بين الزوجين والعلاقة حسنة والنفوس ساكنة والمودة والرحمة موجودة وليس هناك تقصير من أحدهما للآخر، هل يصح أن يكون هذا النوع من الخلع ؟

وبعبارة أخرى هل يجوز أن يكون الخلع دون سبب يستدعيه ؟

أولا موقف الفقهاء من الخلع دون سبب

(1سورة النساء، الآية 20 .

(2سورة النساء الآية 19 .

(3عبد الرحمن الجزيري .مرجع سابق .ص 395 .

(4سورة النساء الآية 34 .

اختلف الفقهاء على هذا النوع من الخلع إلى مذهبين:

1-المذهب الأول : رأى أصحاب هذا المذهب أنه يجوز للمرأة أن تخالع زوجها من غير سبب، و ذهب إلى ذلك الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة و أدلتهم في ذلك:

فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه : « أ -القرآن الكريم : في قوله تعالى

فقد أجازت الآية الكريمة للزوج أن يأكل ما طابت نفس الزوجة هنيئا مريئا به و أن يأخذه دون إشكال و هذا عام يُحمل على عمومه، فإذا جاز له أن يأكل ما طابت نفسها به من غير أن يمّلكها به بضعها، فمن باب أولى أن يحل له ذلك . إذا مّلكها به بضعها[2] .

ب - المعقول : الخلع عقد مثل عقود المعاوضة يجوز حال الخصومة فجاز مع التراضي من باب أولى كعقد البيع مثلا، و لأن كل عقد صحّ مع الكراهة فمن باب أولى صحته عند وجود التراضي كسائر العقود.

2 -المذهب الثاني :يقول أصحابه أن الخلع دون سبب يعتبر خلعا فاسدا و لا يستحق به الزوج العوض وقال بهذا ابن حزم و عطاء والنخعي وداوود الظاهري والزيدية والإمامية واستدلوا بما يلي:

ولا يحل لكم أن تأخذوا ممّا آتيتموهنّ « أ - القرآن الكريم :في قوله تعالى شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود اللّه، فإن خفتم أ ّ لا يقيما حدود اللّه فلا » (1)جناح عليهما فيما افتدت به فقد بينت الآية الكريمة أن الجناح يمس الطرفين إذا افتدت الزوجة من غير

تلك حدود اللّه فلا : « خوف ثم غّلظ بالوعيد على من خالف، فقال تعالى » (2) .

تعتدوها، و من يتعد حدود اللّه فأولئك هم الظالمون.

(1 .سورة النساء، الآية 4 .

(2 .جمال عبد الوهاب . الخلع في الشريعة الإسلامية .دار الجامعة الجديدة وللنشر .مصر .ص 51 /2005.

(1سورة البقرة، الآية 229 .

(1سورة البقرة، الآية 229 .

ب - السنة النبوية الشريفة : ما رواه البخاري عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه و سلم خالع امرأة ثابت ابن قيس من زوجها حين قالت له :إني لا أستطيعه و أكره الكفر في الإسلام، فالخلع المشروع هو ما كان بسبب كراهة الزوجة لزوجها و عدم إطاقتها للحياة الزوجية معه.

أيما امرأة سألت زوجها : « وقد روى عن النبي صلى اللّه عليه و سلم أنه[1]، فدلّ الحديث على » (الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة حرمة الزوجة من أن تطلب الفرقة أو الخلع دون سبب.

3 -المعقول :إن طلب الخلع من غير سبب هو إضرار بالزوجة والزوج و بالأولاد و هو هدم للأسرة و بيت الزوجية و هذا خلافا للقاعدة لا ضرر و لا ضرار الفقهية المشهورة

ثانيا منطوق الفقهاء حول الخلع بسبب محرم:

بخصوص اختلاف الفقهاء حول الخلع بسبب محرم، أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الراجح، ذلك أن هذا العقد تم بإكراه الزوجة على الافتداء من أجل الخلع فهو باطل ولا ينبغي على الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاها كصداق فيحرم على الزوج التعدي على زوجته والتضييق عليها من أجل أن تتخلص منه ببذل مالها، ففي ذلك استغلال لضعفها وهو من أفحش الظلم. و ذلك لأن إضرار الرجل بإمرأته حتى تفتدي نفسها منه ظلم لا يرضاه الله عز و جل لأنه حرم الظلم على نفسه و جعله محرم بين خلقه إلا أن هذه الحرمة وهذا البطلان لا ينطبقان عل موضوع حق الزوج في تقويم زوجته إذا وجد منها نشوزا، فهذا حق مكفول بنص

---

1) سنن ابن ماجة. مرجع سابق .

القرآن الكريم في قوله الرجال قوامون على النساء بما فضل اللّه بعضهم على بعض وبما : « تعالى أنفقوا من أموالهم، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله، واللاتي تخافون نشوزهنّ فعضوهنّ واهجروهنّ في المضاجع واضربوهنّ، فإن أطعنكم » (1) .فلا تبغوا عليهنّ سبيلا، إن الله كان عليا كبيرا فلا يجوز للزوجة طلب الإختلاع من الزوج لأجل هذا التقويم لأنه حق من حقوقه، فإن طلبت منه الإختلاع بهذه الصورة ولهذه الأسباب لم يؤثر ذلك في الخلع لأنه لا يدخل في مجال الإضرار والإكراه من أجل الإفتداء.

أما فيما يتعلق بالخلع دون سبب، فبالنظر و التمعن في روح الشريعة الإسلامية يتبين أن كل مسألة تدعو إلى الفرقة والشتات أمر غير مرغوب فيه ولما كانت المرأة التي تطلب الخلع من غير سبب ولا مبرر يستدعيه، كان الخلع في رأيي محظور لأنه يمس أصل الرابطة الزوجية التي من أهدافها التكافل وحسن المعاشرة وحسن الخلق، وخاصة الاستمرار العائلي الذي يؤّثر تأثيرا حقيقيا على الأولاد و المجتمع، كما أنه إذا كان الطلاق يملكه الرجل و بإمكانه أن يوقعه دون سبب قد وصفه الشارع الحكيم بأنه أبغض الحلال إلى الله فكذلك الخلع أيما امرأة سألت :دون سبب فهو محظور لقول النبي صلى الله عليه وسلم.(2) زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة

(1 .سورة النساء، الآية 34 .

(2الحديث سبق تخريجه .

وفي حالة إذا ما وقع هذا النوع من الخلع فللرجل الحق في أخذ العوض مصداقا [1] .فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا :لقوله تعالى وهنا قد طابت نفسها بما تدفعه وإن كان الخلع هنا محظورا إلا أن الزوج لا دخل له في المسألة وبالتالي حق له أخذ العوض بسبب هذا التعسف في استعمال الحق.

وممّا سبق، تتضح ثمرة أو نتيجة الخلاف بين الرأيين، ففي المذهب الأول القائل بجواز الخلع دون سبب لا يشترط أن تذكر المرأة المخالعة لزوجها سبب الخلع، إنما يكفيها المطالبة به و تعرض المال مقابل ذلك.

أمّا في المذهب الثاني والقائل بحظر الخلع دون سبب فلابد للمخالعة أن تذكر سبب الخلع و أن يكون هذا السبب هو الكراهة للحياة الزوجية القائمة أو التباغض بين الزوجين أو الخوف من عدم إقامة حدود الله.

المطلب الثاني : الأركان و الشروط

تتلخص أركان الخلع في أربعة أركان هي:

-(1الزوجة أو ملتزم العوض الذي يلتزم المال سواء أكانت الزوجة أو غيرها.

-(2الزوج وهو قابل العوض أو من ينوب عنه.

-(3العوض و هو المال الذي يبذل للزوج في مقابل العصمة أو الخلع.

-(4الصيغة و هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج و قبوله من الزوجة.

و يضيف جمهور الفقهاء ركن خامس إلى الخلع و هو ركن المعوض أو البضع الذي يملك الزوج الاستمتاع به.

(1 .سورة النساء، الآية 4 .

وأرى شخصيا أن المعوض أو البضع لا يمكن أن يكون مفصولا عن الأركان الأربعة السالفة الذكر، فهو شرط تلقائي و بديهي في عملية الخلع فلا يمكن أن نتصور قيام الأركان الأربعة من زوجة و زوج و عوض و صيغة من دون أن تكون الحياة الزوجية قائمة بكل متطلباتها و لهذا استبعدته كركن من أركان الخلع.

أما المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة المعدل تحت رقم 02/05 فقد ذكر ثلاثة أركان وهي الزوج والزوجة وعوض الخلع الذي حدده بمال يتفق عليه أو بمال لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم في حالة عدم حصول الاتفاق بين الزوجين حول مقداره.

الفرع الأول :ركن الزوجة والزوج

يشترط في الخلع ما يشترط في الطلاق ذلك أن هناك قاعدة فقهية اتفق عليها فقهاء المذاهب الأربعة مفادها أن " :كل من صحّ طلاقه صحّ خلعه."

فالمالكية قالوا " :موجب الخلع زوج مكلف لا صبي مجنون."

والحنفية قالوا " :شروطه كشروط الطلاق."

والشافعية قالوا " :شرط الخلع زوج يصح طلاقه."

والحنابلة قالوا " :يجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه."

الفقرة الأولى : المختلعة و المخالع

المختلعة هي الزوجة أو وليها أو من ينوب عنها وهو في كل الأحوال قابل الخلع، الذي يشترط فيه أن يكون مطلق التصرف في المال، صحيح الإلتزام.

أما المخالع فهو الزوج أو من ينوب عنه ويشترط فيه أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق بأن يكون بالغا عاقلا مكلفا.

أولا عوارض الخلع

ماذا لو باشرت الصغيرة أو السفيهة خلعها بنفسها ؟ أو حدث العكس بأن باشر الزوج الصغير أو السفيه الخلع بنفسه ؟ أو حدث الخلع في حالة مرض الموت ؟

1-) .الخلع الصادر عن الصغيرة :تنوعت آراء فقهاء المذاهب الأربعة[1]

أ – **المالكية :**قالوا أنه لا يصح خلع الصغيرة و كذا السفيهة .فإن وقع مثل هذا الخلع وقبض الزوج المخالع المال وجب رده من الذي قبضه منه و لم يصّح الخلع في هذه الحالة إلا إذا أذن الولي فإن الخلع هنا يقع صحيحا سواء كان من ماله أو من مالها، بإذنها أو دون إذنها.

ب – **الأحناف :**ذهب إلى أنه لو باشرت الصغيرة الغير مميزة عقد الخلع فإنه يقع باطلا ولا يترتب عنه طلاق، ذلك أن عقد الخلع في هذه الحالة باشره من ليس أهلا له فكان باطلا.

أما إذا كانت الزوجة صغيرة مميزة فإن عباراتها في عملية الخلع معتبرة شرعا لأنها تدرك أن الخلع يوجب الفرقة بينها و بين زوجها، فإنها في هذه الحالة يقع الخلع و تبين منه إلا أن المال المتفق عليه هنا لا يلزمها لأن التزامها المال كان يقابله ما ليس بمال وهو الفرقة فكان تبرعا و هي هنا لا تملك أهلية التبرع، لذلك وجب هنا الطلاق منها بغير بدل.

ونفس الحكم ينطبق على السفيهة المحجور عليها فلا يجوز أن تخالع نفسها على مال ويكفي أن تكون مبذرة لأموالها في غير وجه الشرع حتى تعد سفيهة لأنها ليست أهلا للتبرع المالي سواء أكانت بإذن الولي أو بغير إذنه ذلك أنه ليس للولي الإذن في التبرعات وهذا الخلع كالتبرع، إلا إذا اختلعها الأب بماله فإنه يصح و يلزمه المال.

(1 /118عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص 113 .

ج - الشافعية : ذهبوا إلى عدم جواز استحقاق المال للزوج إذا وقع الخلع من الصغيرة أو السفيهة المحجور عليها وإن كان يقع الطلاق هنا رجعيا، إلا أنهم استثنوا حالة واحدة أجازوا فيها استحقاق الزوج العوض من مالها وهي حالة ما إذا خشي وليها ضياع مالها بواسطة الزواج فأذن بالإختلاع منه صيانة لمالها فإنه يصح في هذه الحالة العوض و يقع الطلاق بائنا.

د - الحنابلة :اشترطوا في ملتزم العوض أن يكون أهلا للتصرفات المالية فلا يصح الخلع بعوض من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه و لو بإذن الولي، لأن مال الخلع تبرع

و لا إذن للولي في التبرعات[1])

2 -الخلع الصادر عن الصغير :بالنسبة لخلع الصغير اتفق المذاهب الأربعة على عدم جواز خلع الصغير والمجنون، كما اتفقوا على عدم جواز خلع الأب أو الولي عن ابنه الصغير أو المجنون مستدلين بقول النبي صلى الله عليه وسلم [(2)]·إنما الطلاق لمن أخذ بالساق إلا أن المالكية قالوا بجواز هذا النوع من الخلع في حالة إذا ما كان لمصلحته فإذا رأى .الأب أو الولي مصلحة لولده الصبي أو المجنون في هذا صح الخلع[3])

بينما اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على صحة خلع السفيه انطلاقا من القاعدة » [(4)]·أنه من صحّ طلاقه صحّ خلعه « الفقهية فالذي يملك الطلاق وهو مجرد إسقاط دون أن يحصل على مقابل كان من باب أولى أن يملكه بعوض، ويشترط في هذه الحالة تسليم العوض إلى الأب أو الولي لأن السفيه محجور عليه، فإذا سلم له دون إذن الأب أو الولي لا تبرأ ذمة الزوجة أو ملتزم العوض ويبقى بمثابة دين في ذمتها تعطيه للأب أو الولي.

(1عبد الرحمان الجزيري .كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. المجلد الرابع دط 7 دار إحياء التراث العربي(405.

(2رواه ابن ماجة وقد قوى هذا الحديث ابن القيم في كتابه زاد المعاد ج 4 ص(127

(3عامر سعيد الزيباري. .أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية .دار ابن حزم .بيروت ط 1 سنة(1997 .

(4عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص(93

3 -الخلع في مرض الموت : المريضة مرض الموت عكس الحالات التي تقدمت ذلك أنها أهلا لكل التصرفات الشرعية لأن المرض لا يوجب الحجر إلا إذا كان ذلك سببا في ضعف العقل فيحجر على المريض لذلك لا لذات المرض.

فالمريضة إذا خالعت نفسها من زوجها بمال في المرض تم ماتت فإن خلعها لا 3لأن ذلك يعد تبرعا، ولذلك أجاز جمهور الفقهاء / يصح إلا في حدود الثلث[1] خلع المريضة مرض الموت وألزموها بالعوض بسبب توافر العقل الراشد وقبولها دفع العوض التي خالعت به زوجها، إلا أنهم اختلفوا في مقدار العوض[2]).

أ – المالكية :ذهبوا إلى القول بأنه يحرم على الزوجين أن يتخالعا أثناء مرض الموت ولكن إذا وقع هذا النوع من الخلع والزوجة مريضة فإن الطلاق البائن يكون نافذا ولا يتوارثان حتى وهي في مرحلة العدة، إذا كان بدل الخلع يساوي ميراثه أو أقل منه فإنه جائز ونافذ أما إن زاد عن ميراثه فإن الزيادة لا تكون حقا له ويتوجب عليه إعادتها لها إن كان قد قبضها.

ب – الحنفية : اعتبروا هذا النوع من الخلع صحيحا شريطة أن لا يزيد بدل الخلع عن نصيبه في الميراث إن ماتت وهي في العدة لأن ميراثها في العدة يجعل سبب الميراث قائما فيخشى أن يكون القصد من المخالعة محاباته ومنحه أكثر من ميراثه، كما يجب أن لا يكون بدل الخلع أكثر من ثلث التركة لأنه تبرع في مرض الموت.

ج - الشافعية : يرون أن المريض مرض الموت له مطلق التصرف في ماله عدا التبرع فليس له أن يتبرع فوق الثلث، فإذا كان بدل الخلع يعادل مهر المثل فإنه يكون نافذا في حق الزوج..

(1 .محمد أبو زهرة، .الأحوال الشخصية .الطبعة الثانية دار الفكر العربي .القاهرة .ص 338 ..

(2 /112عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص 109 .

د - الحنابلة :ذهبوا إلى القول بأن الزوج يستحق الأقل من بدل الخلع أو من ميراثه منها فإن عادل ميراثه منها بدل الخلع فإنه ينّفذ في حقه، وإن كان أكثر من ذلك فلا يستحق الزائد لأنه من حق الورثة وتجنبا للمحاباة.

وبالنسبة للرجل فقد اتفق الأئمة الأربعة على جواز الخلع من المريض مرض الموت وقالوا أنه من جاز طلاقه جاز خلعه، إلا أن المالكية مع قولهم بصحة الخلع قضاءا قالوا بعدم جوازه شرعا، وحسبهم إذا خالع الزوج ثم توفي قبل أن يبرأ من مرضه فإنها ترثه عند الإمام مالك خلافا للأئمة الثلاثة وسواء في ذلك وفاته أثناء عدتها أم بعد انتهائها[1])

ثانيا التوكيل في الخلع

لا تشترط المباشرة في الخلع بل يمكن لكل من الطرفين التوكيل في طلب الفراق والبذل فيجوز أن يكون البذل والطلاق بمباشرة الزوجين أو بتوكيلهما الغير أو بالاختلاف، ويجوز أن يوكلا شخصًا واحدًا ليبذل عنها ويطلق عنه، بل الظاهر أنه يجوز لكل منهما أن يوكل الأخر فيما هو من طرفه، فيكون أصلي لا فيما يرجع إليه لا فيما يرجع إلى الطرف.

واتفق الأئمة الأربعة على صحة التوكيل في الخلع من الزوجين أو من أحدهما وللرجل أن يوكل في ثلاثة أشياء وهي تحديد العوض وقبض العوض وأخيرا إيقاع الطلاق بالخلع وللمرأة أن توكل في ثلاثة أشياء وهي طلب الخلع وتقدير العوض وأخيرا تسليم العوض[2].

– 1حالة مخالفة الوكيل أمر موكله :اتفق الفقهاء على أن وكيل الزوج في الخلع إذا التزم بما أوصى موكله أو خالفه إلى ما هو أحسن في عوض الخلع فإنه ينفذ ويلزم المبلغ المعين.

لكنهم إختلفوا فيما إذا خالف الوكيل أمر موكله إلى ما فيه ضرر كأن ينقص الوكيل عما سماه له الموكل بين أربعة أقوال[3] .

(1عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص 104 .

(2 – 206عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق . ص 205 .

(3 – 207عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق . ص.206

أ – المالكية : يرون أنه لا يلزم الخلع إذا أكمل الوكيل أو الزوجة ما سماه له موكله، وأما إذا و كل الزوج وكيله وكالة مطلقة ولم يحدد له مبلغا معينا، ففي هذه الصورة إذا خالع الوكيل على أقل من خلع المثل فإنه لا يلزم حتى يتم خلع المثل.

ب - الحنفية :يرون أنه إذا خالف وكيل الزوج إلى ضرره كأن يقول له طلق زوجتي ثلاثا بألف، فإذا طلقها واحدة أو اثنتين فلا يقع الخلع.

ج – الشافعية : في حالة عدم إلتزام الوكيل بالمبلغ المحدد وذلك بأن خالع على أقل من العوض المحدد، فالمعتمد عندهم عدم وقوع الطلاق وأما إذا أطلقت الوكالة ولم يحدد مبلغا معينا فالمعتمد عندهم أن الطلاق يقع ويلزمها مهر المثل.

د – الحنابلة : كل في خلع امرأته مطلقا فخالع الوكيل زوجة موكله بأنقص من مهرها فقد ضمن الوكيل النقص من مهرها وصح الخلع، وإن حدد للوكيل مبلغا محددا فنقص منه لم يصح الخلع لأنه أوقعه على وجه لم يؤذن له فيه.

أما إذا كانت الموكلة هي الزوجة فقد اتفق الفقهاء على أن الزوجة لو حددت العوض للوكيل فخالعها به أو بأقل منه صح الخلع ونفذ ولزمها المال لأنه زادها خيرا، وأما إذا خالعها بأكثر مما حددت له صح الخلع ولم تلتزم بالزيادة، وقال الشافعية هنا أنه لا يلزمها إلا مهر المثل لأنه في هذه الحالة خالف ما سمته فكان ما خالع عليه فاسدا فيلزم مهر المثل .

– 2إطلاق الوكالة :أما إذا أطلقت الوكالة ولم تحدد الزوجة للوكيل مبلغا معينا فلا يخلوا الأمر من حالات ثلاث:

-أن يخالع الوكيل بمهر المثل فيصح الخلع.

-أن يخالع الوكيل بأقل من مهر المثل فيصح كذلك.

-أن يخالع على أكثر من مهر المثل فلا تلزمها الزيادة ويضمنها الوكيل وذهب إلى هذا المالكية والحنابلة، أما عند الشافعية فلا يلزمها إلا مهر المثل.

3 -موقف التشريع والإجتهاد القضائي:

الحديث لقد أغفل قانون الأسرة الجزائري في التعديل الأخير الصادر تحت رقم 02/05 عن التوكيل في الطلاق رغم نصه على جواز التوكيل في إبرام عقد الزواج حسب المادة 20منه.

إلا أن الإجتهاد القضائي أجاز الوكالة فأخذ بمبدأ التوكيل حين أقر الوكالة قي انحلال الرابطة الزوجية، وذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/11/15قضت فيه بأنه" يتعين القول أن للزوج الذي وكل والده نيابة عنه لمتابعة إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق كان بناء على وكالة رسمية التي تحدث أثارها القانونية ."

شروط صحة المختلعة و المخالع

لقد أهمل نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ذكر شروط الخلع الواجب توافرها في كل من الزوجة المختلعة والزوج المخالع، مكتفيا فقط بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال .ولتبيان هذه الشروط اعتمدنا على قواعد الفقه وما جاء من مواد في قانون الأسرة.

أولا موقف الفقه الإسلامي

يشترط الفقه الإسلامي أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق أي أن يكون بالغا عاقلا يملك الأهلية الكاملة في القصد والاختيار، ويشترط في الزوجة المختلعة من كونها زوجة دائمة وكونها معينة بالاسم أو بالإشارة الرافعة للإبهام، كذلك لا يجوز الخلع من المرأة المرتدة عن الإسلام لأن ملك النكاح قد زال بالردة كما يشترط في الزوج المخالع أن يكون مسلما.

كما يشترط فقهاء الشريعة أن لا تطالب الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر تخاف معها أن لا تقيم حدود الله في نفسها أو حقوق زوجها، فيجب أن يكون البغض من الزوجة ويعتبر بلوغ كراهيتها له حدًا يحملها على تهديده بترك رعاية حقوقه الزوجية وعدم إقامة حدود الله تعالى فيه، فإن كان الزوج هو كارها لها فليس له أن يأخذ منها فدية وإنما عليه أن يصبر عليها أو يطلقها إن خاف ضررا، وأن لا يتعمد الزوج إيذاء الزوجة حتى تخالع نفسها فان فعل فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا أبدا.

والكراهة المعتبرة في الخلع بأن تكون ذاتية ناشئة من خصوصيات الزوج كقبح منظره وسوء خلقه وغير ذلك، وأن تكون عرضية من جهة عدم إيفائه ببعض حقوقها المستحبة أو قيامه ببعض الأعمال التي تخالف ذوقها كالتزوّج عليها بأُخرى.

ثانيا موقف التشريع

بما أن الخلع طلاق على مال فإنه يشترط فيه ما يشترط في الطلاق بالنسبة للزوج وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما[1]) .

ولا يتطلب الخلع شكلية معينة، بل يشترط لصحته أن يكون اتفاقهما على الخلع قد وقع بعد زواج شرعي وقانوني صحيح سواء سجل في سجلات الحالة المدنية أو لم يسجل ولا يمكن أن يكون الخلع قانونيا أو قضائيا ولا تقبل به المحكمة إلا بعد تسجيل عقد الزواج.

34من قانون الأسرة – 33- وإذا كانت الرابطة الزوجية فاسدة طبقا للمواد32 فلا يقع الخلع بالنسبة للزواج الفاسد وكذلك لو انقطعت الرابطة الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن.

إلى جانب هذه الشروط الشكلية، يشترط القانون الجزائري شروطا أخرى كأن كون الزوجان راشدان وأهلان للتصرف في مالهما، لأن الخلع عقد معاوضة مثله مثل باقي العقود المدنية من حيث شروط المتعاقدين ولا يصح من الناحية المالية أن يقع مثل هذا العقد من شخص لم يبلغ سن الرشد وفي هذا السياق يشترط المشرع الجزائري في الزوج المخالع والزوجة المخالعة أن يكونا بالغين التي 19 سنة طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة المعدلة في قانون رقم 02/05 وحدت سن الزواج بعد أن كان في القانون السابق 21 سنة للرجل و 18 سنة للمرأة بنصها تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

والخلع بالنسبة للزوجة تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي وعليه يتطلب أن تتوفر الزوجة على أهلية التبرع التي نصت عليها المادة 203 من قانون الأسرة التي نصت على أنه" يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشر (19) سنة وغير محجور عليه "

وعليه إذا كانت الزوجة التي خالعها زوجها على المال، صغيرة لم تبلغ سن الرشد 19 سنة أي أنها تزوجت بعد الترخيص لها بالزوج دون سن 19 سنة، فإنها لا تلتزم بالعوض المالي فإذا قال لها زوجها خلعتك على مبلغ معين وقالت قبلت فإنها لا تلزم بدفع المبلغ المالي لأن ذلك يعد تبرعا من طرفها حسب المادة 203من قانون الأسرة الجزائري وهي ليست أهلا للتبرع .

"فالزوجة التي لا تملك حق التصرف في أموالها لا تملك حق المخالعة شرعا[1])."

وفي هذه الحالة يشترط موافقة وليها بحيث لا يجوز لها بذل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك، والمقصود بالولي هنا هو من له الولاية على نفسها الولي الشرعي أو من له الولاية على مالها الوصي وهذا من أجل فعل المخالعة بغض النظر عن المال الذي هو مقابل الخلع، بسبب كونها صغيرة السن وبالتالي " من لا تملك حق المخالعة شرعا طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة رقم 11/84 لم يبلغ سن الرشد تكون تصرفاته متوقفة على إجازة الولي

وإذا اختلعها والدها بمال وهي صغيرة صح خلعها إذا أجازته عند كبرها، وفي هذه الحالة فإن الإجازة لا بد أن تكون خلال فترة معينة حتى لا تبقى علاقتها مع زوجها معلقة.

ونفس الشيء ينطبق على الزوج في حال غياب أهليته، فيجب أن ينوب عنه .

(1ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد الجزء 2 دار الكتب الحديثة .ص(41

كما يشترط أن نائبه القانوني حسب المادة 210 قانون الأسرة رقم 11/84 يكون مكلفا فلا يصح خلع الزوج الصغير، في حين يصح لأبيه أن يخالعه مع زوجته إذا كان الخلع في مصلحتهما، أما السفيه فيصح أن يتولى الخلع بنفسه ولكن يجب أن لا يسلم له مبلغ العوض وإنما يستلمه وليه.

إضافة إلى هذا، يشترط المشرع الجزائري أن يكون أحد الزوجين متمتعا بقواه " تعتبر العقلية وغير محجور عليه طبقا للمادة 85 من قانون الأسرة رقم 11/84 تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"، وفي هذا الشأن جاءت المادة السابعة الجديدة في قانون الأسرة لتزيل الغموض والتناقض الذي شاب أحكام قانون الأسرة السابق رقم 02/05 مع قواعد القانون المدني فيما يخص الأهلية لا سيما المادة 43 التي تنص على أنه " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"وطبقا لهذه المادة فإذا كان أحد الزوجين سفيها أو

معتوها يفتقر إلى الأهلية منذ صدور التصرف منه أو إليه يكون تصرفه باطلا ولا ينتج أي اثر لأن الخلع تصرف قانوني له أثر مالي فهو بحاجة إلى أهلية التصرف وبفقدانها أو نقصها ينوب عنه المؤهل 2 /11 .

الفرع الثاني :العوض والصيغة

العوض هو المال الذي تبدله الزوجة أو من ينوب عنها للزوج كمقابل للخلع والصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج وقبوله من الزوجة .

من قانون الأسرة رقم / 84 قانونا طبقا لأحكام المادة (2101 .

الفقرة الأولى : العوض

الأصل أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ مما دفعه للزوجة من صداق أو غيره إلا في حالة واحدة وهي إذا خافا ألا يقيما حدود الله، لذا فإن ظهرت بوادر الخلاف والخصام بين الزوجين واستحالت المعاشرة بينهما ففي هذه الحالة يجوز أن يأخذ منها ما تفتدي به نفسها منه مقابل مخالعتها، والعوض هو المقابل الذي تمنحه الزوجة أو وليها أو من ينوب عنها مقابل خلعها من عصمة الزوج، فقد يكون نقدا وقد يكون نفقة عدة أو عرض تجارة أوحضانة

أولا - شروط العوض:

–في المذاهب الفقهية : اختلف الفقهاء في اشتراط وجود الشقاق بين الزوجين لجواز أخذ الزوج العوض من زوجته، منهم من لا يشترط وجود الشقاق بل يجوز مع الكراهة أخذ العوض من الزوجة في حالة الوفاق بين الزوجين، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ومنهم من لا يجيز أخذ المال إلا بوجود الكراهية منها أو منهما معا وإليه ذهب الظاهرية وابن .المنذر[1])

أما شرط عدم العضل فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز عضل الزوج زوجته وإساءة عشرتها ليحملها على افتداء نفسها منه، ولكن إذا فعل ذلك فقد اختلف الفقهاء في خلعه وأخذ العوض منها .فالحنفية قالوا أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته ولا يبطل بعضله الخلع إذا طلبت المخالعة، ولكن لا يطيب له أخذ العوض، بينما ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الخلع باطل في هذه الحالة والعوض مردود عليها إن أخذ منها ويقع به طلاق رجعي لأنه طلاق ليس في مقابلة مال[2])

(1عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق.ص 151 .

(2 -163عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص157 ..

وبالنسبة لشروط العوض العامة فقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة:

أ - المالكية : يشترطون في العوض أن يكون مالا حلالا ولا يكون مغصوبا فان كان كذلك وجب على الزوج رده إلى أصحابه ولا يشترط أن يكون عوض الخلع محقق الوجود فيصح الخلع بالغرر كالجنين في بطن أمه الذي قد يولد حيا وقد ينزل ميتا كما أنه يصح الخلع على شيء غير معين كأن يتفقا على أن يكون الخلع مثلا قطعة من القماش فهنا يكون الخلع على قماش من نوع وسط كما يصح الخلع على نفقة العدة وكذا إسقاط الحضانة وهنا طبعا لابد من مراعاة مصلحة المحضون ومراعاة عدم الإضرار به لمفارقة أمه ونجد هنا أن هناك من لا يجيز الاتفاق على التنازل عن الحضانة مقابل الخلع لأنه من مصلحة الولد).البقاء مع أمه[1])

وهناك رأي أخر يرى أنه إذا خالعت الزوجة زوجها على سقوط الحضانة فان الحضانة لا تسند للأب وإنما لمن هو أحق بها بعد الأم مباشرة كما يصح الخلع مع البيع كأن تأخذ منه نصف ثمن الغرس مثلا والنصف الآخر تختلع نفسها به فيكون نصيبه وإذا كان الخلع على شيء هو ليس بملك للزوجة فان الخلع لا يصح.

ب -الحنفية : يرون أن كل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون خلعا كما يصح أن يكون الخلع ثمارا لم تنضج أو ما يوجد في بطن الغنم فإن وجدوا كان له ذلك وإن لم يتحقق وجودهم كان له قيمتهم إضافة إلى أنها تلتزم برد المهر الذي قبضته منه كما يصح الخلع بنفقة العدة والمتعة ولكن بشرط أن يذكر ذلك صراحة وإذا خالع الزوج زوجه على مبلغ مالي معين محدد فإنها تطلق منه وتكون ملزمة بدفع هذا المبلغ فقط ولا ترد له شيء من المهر أما إذا طلقها ولم تأخذ مهرها بعد سقوط حقها فيه وإذا كان الطلاق قبل الدخول.

(1شمس الدين السرسخي .المبسوط .الجزء .6 دار المعرفة بيروت .ص 196 .

ولم يكن قد دفع لها المهر فلا حق لها فيه أما إذا كان سبق وأن دفعه لها فإنها لا ترجع له منه شيئا ويسقط حقه في استرجاع نصف الصداق ويصح الخلع عند الحنفية على نفقة الولد لفترة محددة سواء كان رضيعا أو فطيما أو حتى مجرد حمل فإذا خلعت نفسها منه على نفقة الحمل المستكن) الولد المنتظر (لفترة الرضاعة فإنها ملزمة بإرضاعه لمدة عامين كاملين وهي المدة المتفق عليها للرضاعة مصداقا » .والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين « لقوله تعالى أما إذا كان الولد فطيما فيجب تحديد المدة فإن مات الولد قبل انتهاء الفترة المتفق عليها وجب عليها دفع ما تبقى من نفقته للزوج عن باقي الفترة.

ج - الشافعية : يشترطون في عوض الخلع جملة من الشروط، بأن يكون مقصودا ذو قيمة، وأن يكون راجعا إلى جهة الزوج معلوما، وأن يكون مقدورا على تسليمه، وأخيرا أن يكون حلالا غير فاسد، فكل ما يصح صداقا يصح كعوض للخلع فإذا خالعها على مال صحيح وأخر فاسد فإن المال الصحيح يصح خلعا ويستبعد المال الفاسد على أن تكمله بمهر المثل كما أنه إذا خالعها على مال كان يعلم أنه فاسد فإن الطلاق يقع ولكن رجعيا وليس بائنا.

د - الحنابلة : يشترطون في عوض الخلع الشروط التالية : أن يكون مالا حلالا فإذا كان الزوج يعلم أنه ليس حلالا كان الخلع فاسد أما إذا كان لا يعلم بذلك فإن الخلع يصح وعلى الزوجة

أن تدفع قيمة العوض فلا يشترط في العوض أن يكون معلوما وأن يكون موجودا فيمكن الاتفاق على شيء يحتمل وجوده في المستقبل ويصح الاتفاق بالخلع على السكن في دار هي ملك للزوجة لمدة محددة مجانا كذلك قد يكون عوض الخلع الاتفاق على إرضاع ولده لمدة معينة دون أن يدفع لها النفقة أثناء تلك الفترة كذلك يصح الخلع على كفالة الولد لمدة معينة حيث تتكفل به الزوجة الأم مجانا لمدة محددة يتفق عليها.

عبد الرحمن الجزيري :كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. المجلد الرابع دط 7 دار إحياء التراث العربي.

2 -في القانون الجزائري : أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يورد شروط خاصة يجب توافرها في عوض الخلع وتحدث في قانون الأسرة على الصداق في المادة 14 على أن" الصداق يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ." ونصت المادة 54 من " قانون الأسرة المعدل تحت رقم 02/05 يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. "

ثانيا – تحديد المقدار والصفة في الخلع

لقد ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى جواز كل عوض يصلح لأن يكون مهرا فيجوز الخلع بكل قيمة مالية متعارف بها من الناحية الشرعية تكون معلومة و مملوكة لبادل العوض، غير أنهم اختلفوا في صفة العوض ومقداره.

1 -)المقدار :لقد انقسم الفقه الإسلامي حول مقدار الخلع إلى مذهبين هما1) :

أ - المذهب الأول : من باب أن الخلع عقد رضائي بمعنى أن للزوجين تمام الحرية في تحديد مقدار الخلع باتفاقهما فيجوز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها إذا كان النشوز قبلها وبمثله وبأقل منه2) .

و بالتالي يجوز المخالعة بالعوض المطلق والقدر المتفق عليه بين الزوجين قل ذلك عن صداقها أو كثر، ولا اعتبار لحد العوض الذي تخالع به الزوجة زوجها مادام ذلك واقع بالتراضي بينهما، و هذا الرأي مروي عن الأئمة

(1جمال عبد الوهاب عبد الغفار مرجع سابق ص 87 .

(2 -68ابن رشد .مرجع سابق .ص 2 .

فإن خفتم ألا يقيما : « الأربعة وابن حزم الظاهري وقد استدلوا بقوله تعالى » (1)حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به فجاء الفداء أو العوض في الآية الكريمة مطلقا قلّ أو كثر.

كما استدلوا بعمل الصحابة وهو ما روى عن كثير بن أبي كثير أن إمرأة نشزت عن زوجها، فرفعها إلى عمر بن الخطاب، فقال عمر لزوجها :إخلعها و لو من قرطها2).

ب -المذهب الثاني : لقد قال أصحاب هذا المذهب أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة أكثر مما أعطاه في الصداق على ظاهر حديث ثابت بن قيس، فمن شبهه بسائر الأعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك وكأنه رأي من باب أخذ المال بغير وجه حق.

وأكد أصحاب هذا الرأي عدم جواز أن يأخذ الرجل من المرأة المفتدية أكثر من المهر الذي أعطاها إياه في عقد الزواج فإن حدث وأخذ منها أكثر من ذلك وجب عليه رد الزيادة، و ذهب إلى هذا الرأي طاووس، وعطاء، وعمر بن سعيب، والزهري3).

وقد استدل أصحاب هذا المذهب بالحديث الذي رواه ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت :و الله ما أعتب على ثابت في خلق و لا دين و لكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا، فقال لها النبي عليه الصلاة والسلام :أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، فأمره رسول الله صلى الله عليه و سلم أن

يأخذ منها حديقته و لا يزداد" فدلّ الحديث على النهي عن أخذ الزيادة ولو كان جائزا لما حدده النبي عليه الصلاة و السلام.

(1سورة البقرة، الآية 229 .

(2الشوكاني . نبيل الأوطار شرح منتقي الأخيار . الجزء 6 دار الحديث القاهرة .ص 251 .

(3القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الجزء 3 دار القلم الطبعة الثالثة .ص 93 .

ج – موقف المشرع : لقد نصت المادة 54 من قانون الأسرة المعدل بأمر " يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها من زوجها رقم 02/05 بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. "

فالعوض يحدد أصلا باتفاق الطرفين فإن لم يتفقا فإن القاضي يتدخل لتحديد الأمور بينهما وتحديد المبلغ الذي تدفعه الزوجة لزوجها لقاء حصولها على الخلع، ويراعى في ذلك صداق المثل وقت الحكم فيجب أن لا يتعدى تعويض الخلع مقدار صداق المثل.

وعلى خلاف هذا، نجد أن القانون السوري نص في المادة 46 منه على أن "للزوج أن يخالع زوجته على عوض أقل أو أكثر من مهرها "وهو ما يوافق ما ذهب إليه المالكية والشافعية من أنه يجوز للزوج أن يأخذ أكثر مما أعطى.

كما نجد أنه في القانون الجزائري يمكن أن يكون المقابل من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة داخل الوطن السندات التجارية ويمكن أن تكون من النقود والأوراق المالية المتداولة خارج الوطن كما يمكن أن يكون من نوع الأشياء التي يمكن تقويمها بالمال شرعا فقد تكون مبلغا من الدينارات الجزائرية ويمكن أن تكون سيارة أو بيتا كما يمكن أن يكون دينا للزوج على الزوجة أو شيئا غيره من الأشياء التي تقوّم بأنها مال شرعا.

والعوض الذي يستحقه الزوج لقاء الخلع لا يحق له الرجوع عنه وهو ما. إستقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1969/03/22

النتيجة

لعل السبب في اختلاف الفقهاء في مقدار بدل الخلع يرجع إلى أن أصحاب المذهب الأول ينظرون إلى البدل على أنه مثله مثل سائر المعاوضات في المعاملات، ولهذا يكون القدر فيه راجع إلى الرضا بين المتعاقدين، فما تراضوا عليه جاز.

وأما أصحاب الرأي الثاني فنظروا إليه على أنه يختلف عن سائر المعاوضات فهو يخضع لظاهر حديث ثابت بن قيس، فلم يجز أن تدفع المرأة أكثر مما .أخذت من زوجها، لأن الزيادة تكون من باب أكل أموال الناس بالباطل .

2 -الصفة : يعد العوض صفة في جواز الخلع عند جمهور الفقهاء والذي هو القيمة المالية المعتبرة شرعا المعلومة الصفة والمقدار.

أ - العوض مجهول الصفة :اختلف جمهور الفقهاء إلى رأيين في العوض إن كان مجهول الصفة كأن تقول الزوجة لزوجها خالعتك على ثوب أو على مال ولم تحدده1)

-الرأي الأول : ذهب إلى القول بأن العوض المجهول باطل لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع و قد تبّنى هذا الرأي أبو ثور وابن حزم الظاهري.

-الرأي الثاني :وهو للأئمة الأربعة يشير إلى جواز الخلع بالعوض المجهول » (2)فلا جناح عليهما فيما افتدت به : « مستدلين على ذلك بقوله تعالى فالحكم هنا عام يشمل المعلوم والمجهول.

-سبب الخلاف بين الرأيين : هو تردد العوض في تشبيهه هل يشبه العوض في البيوع ويلحق بها، أو يشبه الأشياء الموهوبة والموصى بها و يلحق بها، فمن شبهه بالعوض في البيوع اشترط فيه ما يشترط في العوض في البيوع فلم يجز العوض المجهول، و من شبهه بالهبات لم يشترط كونه معلوما)فأجاز العوض بالمجهول3).

ب – مشروعية صفة العوض : لابد أن يكون الشيء المبذول مما يصح التعاوض به شرعًا، عينًا كان أو منفعة أو حقًا، أما إذا خالعت المرأة زوجها على عوض فاسد أو غير متقوم كالخمر والخنزير مثلا، فهناك رأيين.

(1جمال عبد الوهاب عبد الغفار .مرجع سابق .ص 94 .

(2سورة البقرة الآية 229 .

(3ابن رشد .مرجع سابق .ص73

-الرأي الأول : ذهب إليه كل من الإمام مالك وأحمد وأبو حنيفة إلى القول بأن الخلع صحيح ولا شيء للزوج، لأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم فإذا رضي بغير عوض صحّ الخلع ولم يكن له شيء، كما لو عّلق طلاقها على فعل شيء ففعلته 1).

-الرأي الثاني : للإمام الشافعي حيث قال يرجع عليها بمهر المثل والخلع صحيح ذلك أن الخلع معاوضة بالبضع، فإذا كان العوض محرما وجب مهر المثل كالنكاح 2).

الفقرة الثانية : الوصف الشرعي للصيغة

الصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع وقبوله من الزوجة، وسوف نتطرق لصيغة الخلع من خلال الألفاظ المستعملة فيها والشروط الواجب توافرها لصحة الصيغة.

أولا تعريف الصيغة وألفاظها

لقد تعددت الألفاظ بين فقهاء المذاهب الأربعة:

– 1عند المالكية : يرون في الصيغة كل لفظ أدّى إلى بذل المرأة مالها لتملك نفسها كالخلع والمبارأة والمفاداة، و كذا بالمعاطاة أي بدون لفظ إذا قام العرف دليلا على قصدها، كأن تعطي المرأة زوجها شيئا يفهم منه أنه في نظير خلعها.

عند الشافعية : ذهب إلى القول بأن صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة وكناية ومن كنايته لفظ بيع وفسخ ، فإذا قال لها بعتك نفسك بألف، ناويا بذلك الطلاق فقالت

قبلت كان خلعا صحيحا تبين به ويلزمها العوض، أما الصريح كأن تقول له طلقني على عشرين فقال طلقتك على ذلك) .كان طلاقا صريحا بائنا [3]

---

1) السرخسي .مرجع سابق .ص 191 ..

2) الشيرازي المهذب في شرح الفقه الشافعي.الجزء 2 دار إحياء الكتب العربية بيروت.ص 73 .

3) عبد الرحمن الجزيري .مرجع سابق .ص(421

(2-

والخلاف بين المالكية والشافعية يكمن في أن الشافعية يكتفون بوجود العوض فلا عبرة باللفظ المستعمل، بينما المالكية يكتفون باللفظ إن لم يذكر المال طالما أن اللفظ هو الخلع وطالما أن العودة في تحديد المبلغ ستكون إلى القاضي الذي لن يتجاوز قيمة صداق المثل كحد أقصى وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة المعدل تحت رقم 02/05

– 3) :عند الحنفية : يرى أن الفرقة على مال تكون بأحد اللفظيين[1] لفظ الخلع وما في معناه كالمفارقة والمبارأة والمباينة وهو كناية.

الطلاق على مال و هو لفظ صريح.

– 4) :عند الحنابلة : ألفاظ الخلع قسمان 2)

القسم الأول : الصريحة وهي الخلع – المفاداة – الفسخ

القسم الثاني : مثل بارءتك – أبنتك

ثانيا أقسام الصيغة

تنقسم الصيغة إلى صريح و كناية، فالصريح ما كان في لفظ الخلع كخالعتك وفاديتك ونحوهما . أما الكناية فهي كل لفظ يفيد الفرقة بين الزوجين كبعتك طلاقك بكذا، أو بعتك عصمتك بكذا ونحوهما، وهنا لا يقع الخلع به إلا مع النية أو القرينة التي تثبت ذلك.

وقد يكون الطلاق بواسطة الخلع عن طريق الفعل كأن يغضب الزوج مع أهل الزوجة فيقولون له "نرد لك ما أخذناه ورد لنا بنتنا."أو أن يغضب الزوج مع زوجه فتنزع

(1عاملا سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص(127

(2 **عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص 139**

أساورها ومجوهراتها مثلا وتعطيها له ثم تغادر البيت وهو لا يمنعها من ذلك فإذا كان هذا في عرفهم فإنه يصح الخلع ويقع الطلاق البائن.

ثالثا موقف المشرع الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توافرها في صيغة الخلع، مما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني لاسيما المادة 60 منه فكل فعل أو قول متداول بين الناس ومتعارف عليه بينهم يستعمل للتعبير عن الرغبة في الطلاق بواسطة الخلع يصح صيغة لهذا الطلاق.

رابعا شروط صحة صيغة الخلع

1 -المالكية : يشترط في صّيغ الخلع ثلاثة شروط، بأن يكون لفظا فلا يكفي مجرد الفعل بل لابد من لفظ الخلع أو ما في معناه، وأن يكون القبول في مجلس العقد إلا إذا علقه الزوج بالأداء أو القبض، وأن يكون بين الإيجاب والقبول توافق على مال.

– 2الحنفية : اشترطوا أن تكون الزوجة عالمة ومدركة لهذه الألفاظ فإذا كانت لا تفهم معناها فان الخلع غير صحيح ولا يصح للزوج الرجوع في الخلع لأنه يمين بالنسبة له ومعاوضة بالنسبة لها، يحق أن تتراجع عنه قبل قبول الزوج له ويحق للزوج الخيار في بدل الخلع فله أن يرفضه إذا كان به عيب فاحش، كما يشترطون أن تقبله الزوجة حتى يزول به عقد النكاح لذلك يجب أن يحدد المال بصراحة كأن يقول لها خلعتك على مبلغ كذا، كما يجب أن يكون قبول الزوجة

صريحا مع ذكر لفظ يتضمن الخلع وتحديد المال الذي يتوقف عليه الخلع ولا يشترط أن تكون النية في ألفاظ الخلع فيكفي أن يذكر مبلغ المال ولفظ من ألفاظه.

– 3الحنابلة : اشترطوا أن تكون صيغة الخلع لفظا فلا يصح بالمعاطاة بل لابد من الإيجاب و القبول، كما اشترطوا أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس) .العقد**1)**

(1 .عبد الرحمن الجزيري .مرجع سابق .ص 223 .

ومن خلال ما تقدم نخلص إلى أن شروط الصيغة تنحصر في ثلاث نقاط:

أولها : أن يكون القبول موافقا للإيجاب، كأن يقول الزوج مثلا خالعتك بألف فتقول قبلت، أما إن قالت قبلت بخمسمائة فلا يصح هذا.

ثانيها :أن يكون القبول في مجلس الإيجاب، فإن قالت الزوجة لزوجها مثلا إخلعني أو بارئني بألف فإنه يصح مادامت جالسة في المجلس فإن قامت منه بطل، وكذا إذا قام الزوج من المجلس قبل القبول فإنه لا يصّح.

ثالثهما :يشترط أن تكون اللغة المتداولة في المجلس مفهومة بينهما سواء أكانت عربية أو أعجمية.

وإذا وقع الخلع بمباشرة الزوجين فإما أن تبدأ الزوجة وتقول"بذلت لكَ، أو أعطيُتكَ ما عليكَ من المهر لتطلّقني "فيقول الزوج" أنت طالق أو مختلِعة على ما بذلتِ، أو على ما أعطيتِ"

وإما أن يبتدأ الزوج بعدما اتفقا على الطلاق بعوض فيقول"أنت طالق أو مختلعةِ بكذا أو على كذا "فتقول الزوجة "قبلت أو رضيت."

المبحث الثاني :التكييف القانوني للخلع وموقف الاجتهاد القضائي منه

-ما هي نظرة الفقه للخلع ؟

وكيف فسرت القرارات الصادرة من المحكمة العليا المجلس الأعلى سابقا ؟ موضوع الخلع منذ صدور قانون الأسرة عام1984

-وهل الخلع عقد رضائي أم حق شخصي ؟

المطلب الأول : التكييف القانوني للخلع

اختلف الفقه والقانون والقضاء حول التكييف القانوني للخلع، بين من اعتبره فسخا لا ينقص به عدد الطلقات، ومن قال أنه طلاق ينقص به عدد الطلقات.

الفرع الأول : الفرق بين الخلع وحالات الانحلال الأخرى

من الحالات التي تعبر عن الفرقة الزوجية بين الرجل والمرأة، الطلاق على مال والتطليق،فما هي أوجه التشابه و أوجه الاختلاف بينها و بين الخلع؟

الفقرة الأولى :الخلع والتطليق من حيث أوجه التشابه والاختلاف

أولا أوجه التشابه بين الخلع و التطليق

يتفق الخلع والتطليق على نفس القاسم المشترك وهو الفرقة بمبادرة من الزوجة حيث أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب المفارقة سواء عن طريق 11/84 المعدل و المتمم بأمر الخلع أو التطليق وعلى ذلك نص قانون الأسرة في المادتين 53 و 54 فأوجب على والمؤرخ في 2005/02/27 تحت رقم **02/05** القاضي أن يجيب الزوجة الطالبة للمفارقة ويعمل على إنصافها طبقا لما تقره العدالة.

كما يتفق الخلع والتطـليق في أن الفرقة بين الزوج والزوجة تتم بحكم قضائي فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء لتختلع من زوجها حكم القاضي لها بالفرقة دون الإلتفات إلى موافقة الزوج من عدمها، وكذلك الحال في التطليق إذا أثبتت الزوجة الضرر الحاصل لها من زوجها وفق ما قررته المادة 53 من قانون الأسرة.

ومن أوجه التشابه أيضا بين الخلع والتطليق أن كليهما يقع بهما الطلاق بائنا وفقا للقاعدة الفقهية" الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن "حيث تحتفظ الزوجة في التطليق أو الخلع بنفقة العدة ولا يجوز التوارث بينهما.

كما أن الأحكام الصادرة في التطليق أو الخلع تكون غير قابلة للاستئناف إلا ما تعلق بالأمور المادية.

ثانيا أوجه الاختلاف بين الخلع و التطليق

تبرز أوجه الاختلاف بين الخلع والتطليق في نقاط نوجزها فيما يلي:

-كون الخلع سببه ذاتي ومعنوي كمن في بغض الزوجة لزوجها وعدم طاقتها العيش معه، حيث يصلح كسبب ترفع به الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة الحكم لها بالفرقة، دون أن تكون ملزمة بإثبات هذا البغض والكراهية، بل ولا يحق للقاضي مساءلتها في ذلك.

-بينما يرتكز التطليق على أسباب مادية محضة ذكرها القانون في سبع حالات هي : التطليق لعدم الإنفاق – العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج – الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر –الحكم بعقوبة شائنة أكثر من سنة – الغياب بعد مضي مدة سنة دون عذر ولا نفقة –الضرر المعتبر شرعا – الفاحشة المبينة. فمن خلال هذه الحالات يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقضاء شريطة أن تثبت للقاضي تضررها من خلال ما جاء من الأسباب السالفة الذكر .ولقد أضاف التعديل الأخير لقانون الأسرة رقم 02/05 ثلاثة أسباب إلى أسباب التطليق السبعة فأصبحت عشرة كاملة وهي:

مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من ذات القانون التي تنص على وجوب إخبار الزوج زوجته السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها إذا ما أراد أن يعدد الزواج – الشقاق المستمر بين الزوجين–

وأخير مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

وعليه نجد أن الخلع يخرج عن إطار هذه الحالات العشر، ذلك أنه حالة خاصة خصص له المشرع مادة منفردة به وإن كانت غير كافية للإحاطةبكافة جوانب الموضوع.

-لقد أضافت المادة 53 مكرر من قانون الأسرة رقم 11/84 عاملا مهما في مسألة التعويض فأجازت للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، على خلاف ما هو معمول به في الخلع، حيث يتوجب على المختلعة أن تدفع مبلغا من المال تفتدي نفسها به من زوجها وبمعنى أخر أنه في مسألة التطليق تكون هي المستفيدة من الجانب المادي إن حكم لها القاضي بذلك، بينما في الخلع تكون هي البادلة للعوض.

-في موضوع الإيجاب والقبول نجد أنه في الخلع بإمكان الزوجة أن تبادر بالإيجاب لزوجها كأن تقول له " خالعني على ألف دينار "فيقول" قبلت "كما يمكن للزوج أن يبادر بالإيجاب كأن يقول لها" خالعتك بألف " وتقول هي"قبلت "بخلاف التطليق الذي يتم عرضه من طرف الزوجة فقط دون الزوج.

-بوقوع الخلع تسقط كافة الحقوق المترتبة للزوجين ما عدا تلك التي أنشأت بعد الفرقة فيسقط الحق في المهر المؤجل وفي النفقة الغذائية بخلاف التطليق حيث تحتفظ الزوجة بحقها في طلب النفقة - نفقة الأطفال واجبة على الزوج في حالة التطليق أما في الخلع فقد تسقط إذا كان الاتفاق أن تلتزم الزوجة بالنفقة مقابل الخلع العوض.

الفقرة الثانية :الخلع والطلاق على مال من حيث أوجه التشابه والاختلاف لم يتطرق المشرع إلى فكرة الطلاق على مال في قانون الأسرة الجزائري2005/02/27والمؤرخ في السابق ولا في التعديل الصادر تحت رقم 02/05

مكتفيا بنصه على الخلع كنوع من أنواع الطلاق على مال.

أولا أوجه التشابه

-الطلاق على مال هو أن تمنح الزوجة مبلغا من المال إلى الزوج يكون قد طلبه منها مقابل أن يفارقها، كأن يقول لها" أنت طالق على ألف دينار "فإذا قبلت الزوجة وقع الطلاق، ومن هنا فهو يتفق مع الخلع بأن كلاهما يزيل قيد الزواج الصحيح في الحال، ذلك أن المرأة إذا قبلت دفع البدل لتضع حدا للحياة الزوجية لا يتحقق لها ذلك إلا بالطلاق

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

البائن [1] فكان الطلاق على مال كالخلع في درجة البينونة.

-كما يتفق الطلاق على مال مع الخلع في اشتراط أن تقبل المرأة البدل الذي اقترح في مقابل الفرقة، ذلك أن المرأة حينما قبلت بدفع البدل للتخلص من زوجها كان معاوضة في حقها، فمتى وجد القبول منها وقع الطلاق وصار البدل دين في ذمتها، وجب عليها أداؤه للزوج.

-من هنا كان التشابه بين الخلع والطلاق على مال في اشتراط العوض في كل منهما، وكذا اشتراط قبول الزوجة بأن تدفع البدل للزوج في كل منهما إذا كانت هي الملتزمة بدفع البدل.

ثانيا أوجه الاختلاف بينهما:

يختلف الخلع مع الطلاق على مال في جملة من الأحكام هي كما يلي1

-إن الخلع يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة، أما الطلاق على مال فان صيغته لا تكون إلا بلفظ الطلاق أو فيما معناه كأن يقول الزوج لزوجته طلقتك على ألف دينار أو أبنتك بألف.

-إن الطلاق على مال يقع طلاقا بائنا فينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، وأما الخلع فقد اختلف فيه الفقهاء هل هو فسخ أم طلاق فمن قال انه فسخ لعقد النكاح لا تنقص به عدد الطلقات عن الثلاث وهي التي يملكها الزوج على زوجته فإذا أعادها بعقد جديد عادت إليه وهو يملك عليها من الطلقات ما كان يملكه قبل الخلع وذهب الحنفية إلى اعتباره طلاق تنقص به عدد الطلقات.

(1بدران أبو العينين بدران .الفقه المقارن للأحوال الشخصية .دار النهضة العربية بيروت .ص 411 .

ثانيا أوجه الاختلاف بينهما:

يختلف الخلع مع الطلاق على مال في جملة من الأحكام هي كما يلي1

-إن الخلع يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة، أما الطلاق على مال فان صيغته لا تكون إلا بلفظ الطلاق أو فيما معناه كأن يقول الزوج لزوجته طلقتك على ألف دينار أو أبنتك بألف.

-إن الطلاق على مال يقع طلاقا بائنا فينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، وأما الخلع فقد اختلف فيه الفقهاء هل هو فسخ أم طلاق فمن قال انه فسخ لعقد النكاح لا تنقص به عدد الطلقات عن الثلاث وهي التي يملكها الزوج على زوجته فإذا أعادها بعقد جديد عادت إليه وهو يملك عليها من الطلقات ما كان يملكه قبل الخلع وذهب الحنفية إلى اعتباره طلاق تنقص به عدد الطلقات.

-إذا حصل الخلع وتم فإنه يسقط به كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الأخر وقت الخلع، أما الطلاق على مال فإنه لا يسقط به أي حق من حقوق الزوجين إلا إذا اتفق الزوجان على سقوطه.

-إذا كان البدل باطلا في الخلع بأن لم يكن مالا متقوما كالخمر مثلا وقع الطلاق بائنا، أما إذا بطل البدل في الطلاق على مال كان الطلاق رجعيا ذلك أن لفظ الطلاق يكون صريحا في الطلاق فيقع به طلقة رجعية، أما لفظ الخلع فهو كناية في الطلاق وليس صريحا فيقع به الطلاق بائنا.

(1-عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص / 246بدران أبو العينين .مرجع سابق .ص 245 .

الفرع الثاني :الخلع عقد رضائي أم حق شخصي

تباينت الآراء حول التكييف القانوني للخلع بين من اعتبره عقد رضائي يترتب عن اتفاق بين الزوجين، وبين من وصفه أنه حق شخصي للزوجة ينطق به القاضي حتى ولو لم يكن قد حصل رضا الزوج على الطلاق بالخلع.

فقد فسر الفقه والقضاء الجزائري الخلع المنصوص عليه في المادة 54 من 1984بأنه اتفاق بين المرأة 11 /06/ الصادر في / 09 قانون الأسرة رقم84 والرجل على إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها ثم الاتفاق عليه، وفي حالة عدم الاتفاق عليه يكون على الزوجة أن تدفع مبلغا لا يتجاوز قيمة صداق المثل بناء على حكم القاضي.

ونلاحظ أن هذه المادة تطرقت إلى حالة عدم الاتفاق بين الزوجين حول مبلغ العوض، ولم تشر إلى ضرورة موافقة الزوج كي يقع الخلع.

فهل يشترط قبول الزوج وموافقته على الخلع كي تقع الفرقة بينهما، أم أن موافقته لا تعدو إلا أن تكون أمرا شكليا لا يلتفت إليه القاضي أثناء النطق بالحكم ؟

هذا التساؤل يطرح فرضيتين، فإما الطلاق بواسطة الخلع لا تأخذ فيه إرادة الزوج بعين الاعتبار ولا يهم قبوله، أي انه رخصة وحق شخصي ممنوح للزوجة، وإما موافقة الزوج ضرورية لوقوع الخلع.

الفقرة الأولى :الخلع كعقد رضائي

أولا موقف الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقه الإسلامي في تحديد طبيعة الخلع وتباينت أراء الأئمة الأربعة حيث يرى الإمام أبو حنيفة أن الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة وذهب الإمام مالك إلى أن الخلع هو معاوضة من الجانبين1) .

(1 -129عامر سعيد الزيباري.أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية .دار ابن حزم بيروت ط 1 سنة . 1997 ص 128 .

ويشترط جانب من الفقه الإسلامي رضا الزوج حيث يقول الظاهرية الخلع هوالإفتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو، وإلا لم يجبر هو ولا جبرت هي إنما يجوز بتراضيهما .[1])

ومن حادثة زوجة ثابت بن قيس يصل الرازي في تفسيره إلى أن الخلع كان بالتراضي فخل الرجل سبيل المرأة، لذلك يقول الفقهاء أن هذه الفرقة تتوقف على رضا الطرفين[2].

وذهب عامة الفقهاء إلى انه إذا طلبت المرأة الخلع لم يجبر الزوج على إجابتها به وإنما يكون ذلك لاختياره ورضاه لأن الخلع عقد معاوضة يعتمد التراضي

بين المتعاقدين، ولأن الزوج لما كان ممنوعا من إجبار المرأة على دفع العوض لافتداء نفسها وإجبارها على الخلع، كان الزوج كذلك غير مجبر على قبول العوض . [3])

ثانيا موقف التشريع والقضاء

في الجزائر ساير أصحاب الإتجاه القائل أن الخلع عقد رضائي عامة الفقه الإسلامي ، كما تأثر بالفكر الغربي حيث أطلق فقهاء الغرب على الخلع مصطلح الطلاق بالتراضي أو التطليق و قد اعتبر جانب من الفقه الجزائري أن الخلع divorceليس إلا طلاقا رضائيا مقابل ما تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها .

1) احمد نصر الجندي .التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال

2)احمد نصر الجندي .مرجع سابق ص481 .

3) عبد الوهاب عبد الغفار مرجع سابق ص 137 .

فقد اعتبر أصحاب هذا المذهب الخلع ليس حقا للزوجة تطلبه متى شاءت بل هو عقد ثنائي الطرف أو عقد ملزم للجانبين لا يتم إلا بالإيجاب والقبول1) .

فيقوم هذا العقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول، وقد يكون الإيجاب من الزوجة فهو عقد معلق على شرط قبول دفع المال من طرف الزوجة2) .

-ويستند أصحاب هذا الرأي على أن الخلع من عقود المعاوضة، يشترط فيه ما يشترط في عقود المعاوضة، بحيث يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب المرأة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية)وسلطان زوجها التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه3) .

وفي الفقه الجزائري هناك من اعتبر الطلاق بالخلع من أسباب انحلال الزواج بالإرادة المشتركة للزوجين، مستندا إلى ما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة 1984فلا يجوز في نصها القديم الصادر تحت رقم84 للقاضي أن يحكم بالخلع بمجرد طلبه من الزوجة دون رضاء الزوج وموافقته الصريحة4) .

كما اعتبروا أن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لتمكنها من طلب التطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه ولم تعد تحتمل مواصلة العشرة معه، ولم يمنحه لها الفقه الإسلامي في صورة حق من حقوق الزوجية)مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة) . 5

(1 – بلحاج العربي.الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري .الجزء 1 ديوان المطبوعات الجامعية 1994 . ص 264 ،.267.

(2محاضرات في قانون الأسرة د محمد صبحي نجم الطبعة الثانية 1988 ص 16.

(4 – 249عبد العزيز سعد .الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري .دار البعث طبعة 2 سنة . 1989 ص 248 .

(5 -220عبد العزيز سعد . مرجع سابق . ص 219 .

الفقرة الثانية الخلع كحق شخصي

أولا – موقف المشرع قبل التعديل

من الغموض والإبهام لم يسلم نص المادة 54 من قانون الأسرة فنصت على أنه " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم. "

و قد أسال هذا النص الحبر الكثير و تعددت من حوله الآراء، فهناك من خالف الرأي القائل أن الخلع عقد ثنائي – كما رأينا في الفقرة السابقة -و رأى أنه حق شخصي تستعمله الزوجة بكامل حريتها الفردية في طلب المخالعة دون رضا الزوج، مبررين ذلك بأن نص المادة 54 في نصها السابق قبل التعديل لا تدل في قراءتها الأولية على الرضائية عندما تنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليها، وإنما تدل أن لها كامل الحرية في طلب المخالعة متى رأت وقدرت ذلك، مستنبطين هذا الرأي من أول حادثة خلع وقعت في عهد النبي صلى الله عليه و سلم، حيث لم يشترط فيه رضا الزوج بل ناقش مسألة المهر مع الطالبة للخلع و لم يناقش مسألة الفرقة البتة، وقد تبلور هذا الإتجاه في بعض قرارات المحكمة العليا.

و من خلال ما تقدم ننتهي إلى أن سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع بإعتباره عقد رضائي أم حق شخصي سمح لرجال القانون بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية فتباينت آراءهم في الموضوع وفق ما هو عليه الفقه الإسلامي.

---

1)–قانون الأسرة كمرجع سابق

ثانيا – موقف المشرع بعد التعديل

رغم التباين الفقهي المسجل حول المادة 54 شكلا ومضمونا خلال عشرين سنة منذ صدور أول قانون للأسرة ببلادنا و رغم الحركية الكبيرة التي آثارها الموضوع داخل أوساط المجتمع المدني من رجال قانون ومثقفين ومهتمين بمجالات حقوق المرأة، فكان المراقبون ينتظرون أن يواكب المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة هذه الديناميكية والحركية مسجلة إلا أن أنها جاءت مقتضبة عكس نلاحظ على المادة المعدلة في قانون رقم02/05.

التوقعات:

ورغم ذلك فإن ذات المادة حسمت مسألة الخلاف بين رضائية الخلع وكونه حق شخصي يتم بالإرادة المنفردة للزوجة، فنصت صراحة على انه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، فقد جاءت المادة بإضافة عبارة دون موافقة الزوج على النص القديم، وتكون بذلك قد أيدت المذهب القائل أن الخلع مسالة شخصية تتعلق بالزوجة فلها كامل الحرية في أن تطالب المخالعة من زوجها دون الاهتمام بموافقته.

ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 54 من قانون الأسرة في نصها الجديد الذي نستشف أن المشرع الجزائري اعتبر الخلع حق جاء به القانون رقم 02/05شخصي للزوجة فأجاز لها أن تخالع نفسها دون موافقة زوجها.

ومنه فالخلع وفق نص الفقرة الأولى من ذات المادة هو فرقة لا تؤخذ فيه إرادة الزوج بعين الاعتبار ولا يهم قبوله من عدمه، لأنه رخصة في صورة حق شخصي ممنوح للزوجة تطلبه متى رأت وقدرت أن الحياة الزوجية لا يمكن استمرارها.

كما تكون هذه المادة المعدلة قد أيّدت الحديث الصحيح الذي جاء في مسالة الخلع والذي لم يشترط فيه النبي عليه الصلاة والسلام منها موافقة زوجها بل ولم يستشر الزوج في الموافقة من عدمها بل كل ما دار من حديث بينهم، كان في مسألة التعويض أو المال.

---

1)–قانون الأسرة كمرجع سابق

وعليه فإن الخلع وفق هذا المذهب هو وسيلة من الوسائل الشرعية الممنوحة للمرأة من أجل أن تطلب المخالعة من زوجها باللجوء إلى القضاء للتخلص من رابطة زوجية هي كارهة لها ومن زوج أصبح غير مرغوب فيه لأسباب متعددة ومختلفة.

و رغم تدخل المشرع في التعديل المذكور أعلاه ليجعل من الخلع حقا شخصيا وأصليا للزوجة إلا أن اقتصاره على مادة واحدة أمر ليس كافيا لاحتواء الموضوع و استيعاب كل تفاصيله.

الترجيح:

من خلال الرأيين السابقين في إعتبار الخلع عقد ثنائي بين الزوج وزوجته واعتباره حق شخصي تستعمله الزوجة متى قدرت أن الحياة الزوجية مستحيل استمرارها.

أرى حسبما جاء به نص المادة 54 المعدل للنص السابق أن الأصل في الخلع حق شخصي من خلال منح المادة الحرية الكاملة للزوجة بأن تخالع زوجها دون موافقته، وفي هذه الحالة يكون للقاضي دور مهم في الفصل والحكم بالخلع إذا لم يوافق الزوج عليه.

وقد يتحول هذا الأصل كحق شخصي للزوجة استثناءا إلى عقد ثنائي الأطراف إذا وافق الزوج على مبدأ الخلع، وهنا يكون للقاضي دور مكمل لإرادة الطرفين وبلورة اتفاقهما في الحكم القضائي.

ثالثا موقف الاجتهاد القضائي من الخلع

لقد كانت القرارات الصادرة في موضوع الخلع من 1984 إلى غاية1992 تقضي لقبول الخلع موافقة الزوج ولا تجيز للقاضي الحكم به إذا طالبت به الزوجة بإرادتها المنفردة.

وقد تغيرت أحكام قرارات المحكمة العليا منذ 1992 فأصبحت تعتبر أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقدا رضائيا.

---

1)–قانون الأسرة كمرجع سابق

فكيف نسمي هذا التباين؟

هل نسميه تراجعا أم نسميه استدراكا أم شيئا آخر ؟ وما هي القرارات التي جانبت الصواب السابقة أم اللاحقة ؟

لقد تأثر الاجتهاد القضائي بهذه الآراء الفقهية والغموض الذي شاب المادة54 من قانون الأسرة في نصها القديم، فقبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 وبعده والى غاية سنة 1992كان الاجتهاد القضائي في موضوع الحال لا يجيز للزوجة المطالبة بالخلع من تلقاء نفسها ولا يجيز للقاضي أن يحكم به بطلب منفرد من الزوجة إلا بموافقة الزوج ورضاه .ولكن بعد سنة 1992 ظهر أول 1992أجاز للزوجة مخالعة نفسها دون اشتراط قبول الزوج /7/ قرار في21 بالخلع واعتبر أن ذلك مفتاح لباب الابتزاز والتعسف الممنوعان شرعا.

أولا قبل سنة1992

سار القضاء الجزائري على نهج أن الخلع عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض من احد الزوجين وقبول الأخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم

أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم ولا يجوز الرجوع فيه.

وهذا هو الموقف الذي اتخذه المجلس الأعلى سابقا المحكمة العليا حاليا قبل صدور قانون الأسرة 1984حيث اعتبر الخلع عقد ثنائي ورضائي في قرار 1969على أن" من المقرر شرعا /02/صادر عن المجلس الأعلى في19 وقانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج" 1969أوضح أن الخلع لا /03/ وفي قرار أخر للمجلس

الأعلى صادر في12 يتم إلا بالإيجاب والقبول بين الزوجين وانه يشترط اتفاقهما على المبلغ الذي)تقدمه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها1) .

1981قضى بأنه" من المقرر /04/ صدر قرار آخر عن المجلس الأعلى في23 شرعا وقانونا انه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع وقضى بالرغم من انه لايتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ القانون .

" 1984متى كان من المقرر شرعا أن /06/ كما جاء في قرار صادر في11

الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع وإذا كان من الثابت في الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أنقضاة الموضوع قد حكموا بالخلع بتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق بين الزوجين وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وان الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك الحكم فان هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا قد انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار)المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي3) ."

وواصل المجلس الأعلى في مسايرة هذا الطرح بعد صدور قانون الأسرة في " 1988من /11/ قرار عن غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى في21 المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وان ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لأحكام الفقه .

---

1)المجلة القضائية الجزء 01 ص 170 مكرر (1 /03/ قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في(12 1969

2)المجلة القضائية مرجع سابق

ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير فان القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع .ومتى كان)كذلك استوجب نقض الحكم فيه دون إحالة)."

1

" 1991من المقرر شرعا -04- كما صدر عن المحكمة العليا قرار في23 وقانونا انه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطا في تطبيق القانون .ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قاضي الموضوع فرض على الزوج) الطاعن (الخلع وقضى به .

ثانيا بعد سنة1992

لقد كانت المحكمة العليا تأخذ بفكرة أن الطلاق بواسطة الخلع هو عقد رضائي لكنها تراجعت عن موقفها بداية من سنة 1992 إذ صدر عنها قرار في 1992/7/21 /1990/3 المؤيد للحكم الصادر عن محكمة وهران بتاريخ17 والقاضي بمخالعة الزوجة نهائيا وابتدائيا والحكم على الزوجة المخالعة أن تدفع للزوج عشرين ألف دينار فقضت المحكمة العليا بأن المادة 54من قانون الأسرة"تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حال عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لان ذلك يفتح باب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا وعليه فان قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق

الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون1

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

" 1994إن الخلع يحكم به القاضي دون /04/ كما جاء في قرار أخر قرار في19 اشتراط رضا الزوج وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل)" 1988ملف رقم. 51728 المجلة القضائية سنة 1990 عدد 3 ص (1 /11/ 72 قرار صادر عن المجلس الأعلى في(21

1991ملف رقم 73885 المجلة القضائية سنة 1993 العدد 2 ص (2 -04- 55 قرار صادر عن المحكمة العليا قرار في(23

1992ملف 83603 المجلة القضائية سنة 2001 عدد خاص ص(3 /7/ 134 قرار صادر عن المحكمة العليا في(21

1994ملف 115118 نشرة القضاة عدد 52 سنة 1997 ص(4 /04/ 106 قرار صادر عن المحكمة العليا في(19

1996مفاده " من المقرر /07/ وكان القرار الصادر عن المحكمة العليا في30 شرعا وقانونا أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحة للزوجة لفك الرابطة الزوجية وليس عقدا رضائيا ومن ثم فان قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فانهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة . ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه1)."

1999قضت المحكمة العليا أن" الخلع -03- وفي قرار آخر صادر في16 رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه.

ومن ثم فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون .ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار ."

1/-قانون الأسرة كمرجع سابق

" 2000إن قبول الزوج لمبدأ الخلع -11- كما قضت المحكمة العليا قرار في21 أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين".

فالمحكمة العليا إذن بقرارها هذا تراجعت عن موقفها وأصبحت لا تعتد برضاء الزوج في حالة الطلاق بواسطة الخلع إذ أن العقد ليس رضائيا، بل أكثر من هذا فإن المحكمة العليا قررت أن

المحكمة يمكن أن تمنح للزوجة الطلاق بواسطة الخلع مع حفظ حق المطلق في عوض الخلع إذا كان لم يطالب به، وإذا كان رفض فكرة الطلاق وتمسك بالرجوع.

فالطلاق بواسطة الخلع يختلف عن الطلاق بالتراضي لكون الطلاق بالتراضي يقتضي موافقة الزوج على الطلاق، كما يختلف عن التطليق للأسباب المقررة في المادة 53 من قانون الأسرة والتي يجب على الزوجة أن تثبتها حتى تحصل على التطليق بغض النظر عن موافقة الزوج عن فكرة الطلاق، فالطلاق بالخلع هو الحل الأخير بيد الزوجة إذا لم تستطع إثبات أي سبب من أسباب التطليق المقررة في المادة 53 لكن مقابل دفعها لمبلغ مالي كعوض للخلع.

1996ملف 141262 المجلة القضائية عدد 1 سنة 1998 ص (1 /07/ 120

القرار الصادر عن المحكمة العليا في(30

1999ملف 216239 المجلة القضائية سنة 2001 عدد خاص ص (2 -03- 140

قرار صادر عن المحكمة العليا في(16

2000ملف رقم 252994 المجلة القضائية سنة 2001 عدد 1 ص (3 -11- 293

قرار صادر عن المحكمة العليا في(21

1/-قانون الأسرة كمرجع سابق

المطلب الثاني :مدى التكييف الشرعي لطرق الخلع

قد تنتهي العلاقة الزوجية بإحدى الطريقتين إما الفسخ أو الطلاق.

وقد اختلف رأي الفقه في نوع الفرقة التي تحصل بين الزوجين إذا ما منحت المرأة مالا لزوجها مقابل فراقها له فحصلت هذه الفرقة وجرت بلفظ الخلع أو ما يدل عليه. فهل تعتبر فسخ لا

ينقص به عدد الطلقات؟ أم هي طلاقا تنقص به عدد الطلقات في الطلاق ؟ وما هو التكييف الشرعي لنوع الطلاق بالخلع هل هو طلاق رجعي أم طلاق بائن ؟

الفرع الأول :الخلع فسخ أم طلاق

لقد انقسم الفقه الإسلامي في نوعية الحكم الصادر في مسألة التفريق بين الزوجين عن طريق الخلع بين من أطلق عليه مصطلح الفسخ وبين من وصفه بأنه طلاق.

الفقرة الأولى :الخلع كطريقة للفسخ

فإذا ما وقع لا يحسب به عدد الطلقات فمن طلق زوجته مرتين ثم خالعها لا تبين منه بينونة كبرى ويمكن له أن يراجعها بعقد جديد .وبه قال ابن عباس وعكرمة وطاووس واحمد وإسحاق وأبو ثور واختاره ابن المنذر.

فقد جاء في إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل أن الخلع تطليقة بائنة وفي الأخرى فسخ وهذا أيضا قول الشافعي وابن عباس وغيرهم بأنه فسخا1)

وورد في الإنصاف" الصحيح أن الخلع فسخا "وما روي عن عمر بن دينار انه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول ما أجازه المرء فليس بطلاق لأن النبي عليه الصلاة والسلام أمر زوجة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة ولو كان طلاقا ما أمرها بذلك.

.ونص الإمام الشوكاني في كتابه الدراري المضيئة أن " الخلع فسخ2) "

(1ابن قدامة .المغني على مختصر الخرقي .الجزء 2 دار إحياء الكتاب العربي بيروت .ص(180

(2الشوكاني الدراري المضيئة ج 2 ص(74

وقال ابن تيمية"الخلع فسخ وهذا ثابت عن ابن عباس بإتفاق أهل المعرفة والحديث1)

الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو « وإستدل القائلون بأن الخلع فسخ بقوله تعالى تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا ممّا آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم

ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون فإن طلقها » (2).فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ووجه الاستدلال من الآية الكريمة أن الله تعالى ذكر الطلاق مرتان تستتبع كل مرة منها بالإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان وبعدها ذكر افتداء الزوجة **فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى** « نفسها مقابل عوض مالي ثم بعدها قال تعالى أي إن طلقها بعد ذلك فلو كان الافتداء بالخلع طلاقا لترتب » **تنكح زوجا غيره** عليه الحرمة حتى تنكح زوجا غيره هي أربع طلقات وليست ثلاثة فهذا صريح).على أن الخلع ليس بطلاق3)

والاستدلال الثاني جاء في روايات حادثة ثابت بن قيس مع زوجته منها:

رواية النسائي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لثابت بن قيس خذ الذي لك عليها وخلّ سبيلها قال نعم فأمرها النبي عليه الصلاة والسلام أن تتربص حيضة).واحدة وتلحق بأهلها) 4

(1 .بن تيمية .الفتاوى الجزء .3 مطابع الرياض .ص(31

(2 -230سورة البقرة الآية(229

(3تفسير القرطبي. مرجع سابق .ص(143

(4ابن القيم .زاد المعاد في هدي خير العباد .الجزء 2 دار الحديث القاهرة .ص(415

ووجه الاستدلال من هذه الأحاديث أن التعابير التي وردت بألفاظ" خلّ سبيلها" "تلحق بأهلها "ونحو ذلك مما دلّ على أن الخلع ليس بطلاق كما دلت على أن الخلع لا يترتب عليه وجوب العدة وإنما الإستبراء بحيضة واحدة ولو كان طلاقا ».**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** « لاستتبع العدة لقوله تعالى

الفقرة الثانية :الخلع كطريقة للطلاق

يرى أصحاب هذا المذهب أن الخلع طلاقا وبه قال عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وابن مسعود وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن البصري وإليه ذهب جمهور الفقهاء كمالك والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه2) وعن سعيد بن المسيب أن النبي عليه الصلاة والسلام جعل الخلع تطليقة.3)

أولا رأي أصحاب المذاهب

1 -المالكية : قال بن رشد إن الفسوخ هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره وهذا الخلع راجع إلى الاختيار فليس بفسخ إذن هو طلاق4)

2-الحنفية : جاء في المبسوط أن الخلع تطليقة بائنة أي النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه) 5

3 -).الحنابلة : جاء في المغني" الخلع تطليقة بائنة على إحدى الروايتين6) "

(1ابن حزم .المحلي الجزء 10 دار التراث العربي بيروت .ص(237
(2محمد شرح الخرشي على مختصر خليل الجزء.4 ص- 12 ابن همام.ص - 201 المغني ص(57
(3ابن همام .مرجع سابق .ص(201
(4ابن رشد .مرجع سابق .ص(41
(5شمس الدين السرخسي .المبسوط الجزء 6 دار المعرفة .ص(177
(6المغني .مرجع سابق .ص(57

4 -).الشافعية : قال الغزالي" الصحيح أنه طلاق1)

لقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي2) ما جاء في حديث البخاري عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ثابت بن قيس أن يقبل الحديقة ويطلقها تطليقة ووجه

الاستدلال من الحديث الشريف أن النبي عليه الصلاة والسلام أمره بطلاقها مقابل إرجاع الحديقة بلفظ الطلاق صراحة.

إن امرأة ثابت بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون الخلع طلاقا.

إن هذه الفرقة حدثت بعد تمام النكاح فتكون طلاقا لا فسخا.

إن الطلاق قد يكون صراحة أو كناية ويدخل ضمن هاتين الحالتين الخلع الذي تنحل به الرابطة الزوجية فالخلع يعتبر طلاقا فإذا نوى بالخلع ثلاثا كان الطلاق بائنا بالثلاث.

ثانيا في حالة نية الخلع بأقل من ثلاث:

أما إذا نوى به أقل من الثلاث فهناك خلاف في المذاهب الفقهية3)

1-المالكية :يبينون أن الفرقة بين الزوجين تكون إما بالطلاق أو الفسخ ويحددون الأنواع التي تدخل ضمن الطلاق كما يلي : في كل عقد يعتبره المالكية فاسد والردة تعتبر سبب للطلاق البائن والخلع والطلاق الصريح والكناية والفرقة بسبب الإيلاء والفرقة بسبب الإعسار عن دفع الصداق أو دفع النفقة.

– **2الحنفية :**يرون انه إذا نوى بالخلع ثلاث فهو طلاق بائن أما إذا نوى به اثنين فقط فانه لا تحسب عليه سوى طلقة واحدة.

– **3الحنابلة :**يعتبرون الخلع فسخا فإذا لم يقترن بلفظ يفيد الطلاق فانه لا يعتبر طلاقا.

(1شمس الدين الرملي.نهاية المحتاج شرح المنهاج.الجزء6 دار احياء الكتب العربية ص(397

(2 -227عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص(224

(3عبد الرحمن الجزيري. مرجع سابق .ص(423

4الشافعية :يفرقون بين الفسخ والطلاق ويدرجون ضمن الطلاق أربعة أنواع هي :ألفاظ الطلاق صريحة وكناية والخلع والفرقة للإيلاء وأخيرا فرقة الحكمين.

الفقرة الثالثة :الخلع طلاق بائن أم رجعي

اختلف أنصار الخلع طلاق، بين من وصفه بأنه طلاق رجعي ومن قال بأنه طلاق بائن.

أولا الخلع طلاق بائن :الخلع طلاق بائن تنحل به الرابطة الزوجية فلا يملك الزوج مراجعة المرأة المختلعة منه ولو كانت في العدة وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية1)

وفي نظر أصحاب هذا الرأي، فإن الخلع طلاق بعوض وقد ملك الزوج العوض بقبولها فلا بد وأن تملك هي نفسها تحقيقا للمعاوضة، ولا تملك نفسها إلا بالبائن فيكون الخلع حينئذ طلاق بائن، ذلك أنها بذلت العوض لتخّلص نفسها عن حبالة الزوج، ولا تتخلص في هذه الحالة إلا بالبائن لأن الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي، حيث لا تتخلص عندئذ منه ويذهب مالها بغير شيء فكان الواقع)بائنا2).

وذكر في حاشية الشرقاوي أنه إذا ذكر المال في الخلع وقبلت الزوجة هو طلاق بائن3) .

فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا « وقد إستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى ووجه الاستدلال أن يكون الفداء إذا خرجت من **» جناح عليهما فيما افتدت به** عصمته وسلطانه فالله سبحانه وتعالى رفع الإثم والجناح في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله في العشرة الزوجية عن إفتداد نفسها من هذه العشرة والإفتداد هو الخلاص والإستنفاذ مأخوذ من إفتداء الأسير.

(1ابن همام ص– 214 الخرشي ص – 12 الرملي ص – 405 المغني ص- 57 الجزيري ص(424
-ابن تيمية ص- 31 السرخسي ص177

(2 -244عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص(241

(3الشرقاوي .حاشية الشرقاوي .المطبعة الأزهرية .ص(291

كما إستدل أصحاب هذا الرأي بما رواه ابن عباس عن النبي عليه السلام أنه قال لثابت أقبل الحديقة وطلقها تطليقة، كما روى مالك عن نافع في قصة خلع الربيع بنت المعوذ أن عدة المختلعة هي عدة المطلقة.

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

وما روي أيضا عن هشام عن عروة عن أبيه عن جيهان أن أم بكرة الأسلمية كانت تحت عبد الله بن أسيد فاختلعت منه فقدما إلى عثمان بن عفان فأجاز ذلك وقال هي واحدة إلا أن تكون سميت شيئا فهو على ما سميت.

ثانيا الخلع طلاق رجعي : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول برجعية الطلاق في الخلع شريطة أن لا يأخذ المال المفتدى به من طرف الزوجة فللزوج الخيار بين أن يقبل المال فيسقط حقه في الرجعة وبين أن يرد المال ويثبت له حق الرجعة وبه قال سعيد بن المسيب والزهري وهو مذهب ابن حزم والرجعة).في كل حالة تكون في العدة فقط1)

فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف« بوإستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى هذا هو أمر الله في الطلاق فلا يجوز أكثر منه، كما استدل أصحاب» ذا الرأي إلى انه عندما يرد العوض للمرأة يبقى الطلاق على أصله وهو الرجعي2)

وقال عبد الله أبو بكر المزني يسقط الدينار والرجعة ويوجب مهر المثل لما قال الشافعي فيمن خالع امرأة على عوض واشترطت أنها متى شاءت استرجعت العوض وثبتت الرجعة.

***ولكن ما هو الحكم إذا خالع الرجل زوجته واشترط عليها أن له الرجعة ؟**

إختلف الفقهاء في ذلك على مذاهب ثلاثة هي3)

(1عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق ص(237

(2المحلى. مرجع سابق .ص(235

/ 244 -127جمال عبد الوهاب عبد الغفار .مرجع سابق .ص (3 - 121 عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق

المذهب الأول : قال أصحابه أنه يبطل الشرط ويقع الطلاق بائنا ويجب العوض والى هذا ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة.

-المذهب الثاني : يرى أنصاره أنه يصح الشرط ويقع الطلاق رجعيا ويجب العوض وهو قول سحنون عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي.

-المذهب الثالث : ذهب مؤيدوه إلى القول ببطلان الخلع ووقوع الطلاق رجعيا بلا بدل وهو مذهب الشافعية.

النتيجة

من خلال ما تقدم من سرد لمختلف الآراء والأدلة نستنتج أن الذين اعتبروا الخلع فسخا منحوا الفرصة لإمكانية إعادة العلاقة الزوجية في حالة ما إذا بقي للزوج طلقة واحدة على الطلاق الثلاث وهذا أقرب للمصلحة وما كان أقرب للمصلحة كان أقرب للشرع حسب القاعدة الفقهية " حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله. "

بينما إعتمد الذين اعتبروا الخلع طلاقا على صريح حديث النبي عليه الصلاة والسلام لثابت أقبل الحديقة وطلقها تطليقة، كما اعتبروا أنه لا ملازمة لكي يكون الخلع طلاقا بأن تعتد المرأة المختلعة ثلاث حيض، وبذلك يكونون قد حسموا المسألة لزوجة كارهة وباغضة العيش مع زوج أصبحت الحياة معه في نظرها مستحيلة.

و من خلال ما سبق ذكره لا أرى مانعا من المزاوجة بين من اعتبر أن الخلع فسخا، ومن اعتبره طلاقا.

فيكون الخلع فسخا لا ينقص به عدد الطلقات، إذا أجبر القاضي الزوج على مخالعة زوجته دون موافقته ورضاه، فلمّا كان هذا الأخير بيده الحل والعقد في فك الرابطة الزوجية وإبقائها، ولما انعدم هذا الحق في هذه الحالة بانعدام إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، كان الخلع فسخا.

ويكون الخلع طلاقا تنقص به عدد الطلقات، إذا ما كان الإيجاب والقبول متطابقين سواء بادرت الزوجة بالخلع أو بادر به الزوج، فإذا كان قبول الزوج للخلع بمحض إرادته دون أن يجبره القاضي بذلك، وحصلت الفرقة كان طلاقا.

أما بالنسبة إلى كون الخلع طلاق بائن أم طلاق رجعي، أرى أنه إذا وقع الخلع بالتراضي بين الزوجين وكانت إرادة الزوج خالية من أي ضغط أو إكراه، كان الطلاق رجعيا، بينما إذا لم يوافق الزوج على الخلع ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء، ففرق القاضي بينهما دون الإلتفات إلى إرادة الزوج، كان الطلاق طلاقا بائنا.

الفرع الثاني : وصف الخلع في التشريع والقضاء الجزائري

نستعرض نوعية الوصف الذي أعطاه المشرع للخلع ثم وصفه من خلال القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا.

الفقرة الأولى :موقف المشرع الجزائري

يقع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري المستنبط من الفقه الإسلامي رجعيا، إلا المكمل للثلاث وكذا الطلاق قبل الدخول والطلاق على مال كالخلع أو الذي يوقعه القاضي بناء على طلب المرأة، ففي هذه الحالات يكون الطلاق بائن، فإذا أراد الزوج مراجعة زوجته لا يكون له ذلك إلا بعد عقد جديد، والطلاق البائن على نوعين بينونة صغرى وبينونة كبرى .فما هو نوع الحكم الذي يمكننا أن نستنبطه للخلع في قانون الأسرة الجزائري ؟

11/ لم يتطرق المشرع الجزائري في المادة **54** من قانون الأسرة رقم**84** **2005**إلى نوعية الفرقة **02 /02/** والمؤرخ في **/ 27** المعدل و المتمم بأمر**05** الحاصلة بين الزوجين عن طريق الخلع، عكس بعض القوانين العربية.

---

1)-من قانون الأسرة مرجع سابق

التي اعتبرته طلاق بائن ولما كان الخلع إفتداء بمال من الزوجة إلى الزوج، كان حكمه كالطلاق على مال فقد اعتبر المالكية أن الطلاق بعوض هو طلاق بائن، فلا يمكن أن تكون المرأة قد افتدت نفسها بالمال إلا إذا كان الطلاق بائنا، لا يملك المطلق معه مراجعتها في العدة بغير رضاها.

وبما أن قانون الأسرة مستنبط من الشريعة الإسلامية وأن المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي، فإنني أرى أن قانون الأسرة الجزائري في التعديل الأخير، اعتبر الفرقة عن طريق الخلع طلاق بائن خصوصا بعد أن حوّله إلى حق خالص للزوجة يمكنها أن تستعمله متى قدّرت ذلك دون موافقة الزوج، فلا يمكن أن نعتبره حقا محضا للزوجة ثم يكون رجعيا.

وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه

الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه"

الفقرة الثانية :موقف القضاء الجزائري

في القضاء الجزائري الطلاق قد يكون رجعي وقد يكون بائن وقد جاء قرار عن " 1986من المتفق عليه فقها وقضاء في /02/ المحكمة العليا مؤرخ في10 أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها لأحكام ومبادئ الشريعة

1-قانون الأسرة مرجع سابق

الإسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا وعليه فالطلاق بالخلع يعد طلاق بائن.

فمن خلال هذا القرار يتضح أن موقف القضاء الجزائري من الخلع أنه طلاق بائن وذلك عندما نص بعبارة" الطلاق البأئن فهو الذي يقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية"

الفصل الثاني

ولهذا وعليه نتطرق للخلع من ناحية القضائية:

الفصل الثاني : إجراءات التقاضي في الخلع والآثار المترتبة عنه

قبل التطرق إلى الآثار التي تنجر على الفرقة بالخلع سواء بين الزوجين أو الأولاد، نتعرض في البداية إلى الإجراءات القضائية المعمول بها في قضايا الخلع.

المبحث الأول : إجراءات التقاضي في الخلع

الخلع قانونًا هو دعوى قضائية ترفعها الزوجة ضد زوجها أمام القضاء إذا كرهت العيش معه، ولم يكن في تقديرها من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض والكره.

المطلب الأول : الإجراءات الشكلية و الموضوعية في قضايا الخلع

بما أن الخلع هو فرقة بين الزوجين، فإن هذه الفرقة تثبت بحكم قضائي وفقا لما وفقا لقانون الأسرة رقم 11/84 والمتمم بأمر 02/05/المؤرخ 2005/02/27 تقضي به المادة 49 أنه أنه لا بد من اللجوء إلى القضاء والاحتكام إلى القاضي من خلال إتباع إجراءات قانونية معينة.

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

الفرع الأول : الجهة القضائية المختصة في قضايا الخلع

الفقرة الأول :المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية

نصت المادة (37) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ."كما نصت المادة (40) الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن " دعاوى الطلاق ترفع أمام الجهة القضائية التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية.

والاختصاص المحلي ليس من النظام العام، وعليه يمكن رفع دعوى الخلع أمام أية محكمة أخرى بشرط أن لا يدفع الخصم بعدم الاختصاص، وهو ما نصت عليه المادة (46) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه" يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا."

وفي حالة عدم استقرار الزوجان في مسكن واحد، فالرأي الأرجح هو السكن الأخير قبل رفع الدعوى، وفي حالة ما إذا كان الزوجان يقيمان خارج الوطن فإن القضاء الجزائري مختص للفصل في دعوى الطلاق لأن الأمر يتعلق بسيادة القانون الوطني وأحكام قانون الجنسية وقواعد القانون الدولي الخاص وهو ما " 1992من المقرر قانونا أنه /10/ يوضحه قرار المحكمة العليا المؤرخ في27 يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى وأن موطن كل جزائري هو المحل الذي فيه سكناه الرئيسي وعن عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

وكما تبث من قضية الحال أن المتخاصمان جزائري وجزائرية يقيمان مؤقتا ببلد أجنبي وطلبا التقاضي أمام محكمة جزائرية فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي **فإنهم**

بذلك دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي وأن المسألة تتعلق).بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه1)"

وإذا كان جزائريان تزوج بالجزائر ثم غادرا إلى بلد أجنبي فحصل طلاق بينهما هناك فإنه لتنفيذ ذلك الحكم في الجزائر، فإن المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه " يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر 1992ملف رقم 86305 المجلة القضائية عدد 1 سنة 1995 (1 /10/قرار المحكمة العليا المؤرخ في(27 المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ .أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق في حالة الحكم الأجنبي فإن المادة 12 مدني نصت على أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى .كما نصت المادة 13 مدني أنه يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المواد12 / 11 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزوج.

الفقرة الثانية : الإجراءات القضائية الواجب إتباعها في قضايا الخلع

في هذه القضايا على المدعي الزوجة مراعاة قواعد الاختصاص المحلي والنوعي فترفع دعواها أمام قسم الأحوال الشخصية مع ضرورة توفر شروط الدعوى وهي الصفة والمصلحة والأهلية حسب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

.يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة والمصلحة في المدعي أو في المدعي عليه .كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون .فالشرط الأساسي أن يكون المدعي زوجة شرعية وأن يكون رافع الدعوى هو المعني بالأمر شخصيا أو وكيله القانوني أي محاميه أو وليه الشرعي أو وصيه وبخصوص الأهلية لابد أن يكون قد أتم19 سنة سن الرشد المدني حسب المادة 40

مدني، وأن لا يكون رضاه مشوب بأحد العيوب خاصة الجنون والعته، ففي مثل هذه الحالات لا بد من قيّم أو وصّي يرفع الدعوى، وفيما يخص المصلحة فلا بد لرافع الدعوى أن يهدف إلى تحقيق هدف مشروع .فإذا توافرت هذه الشروط، فإن المعمول به في قضايا الخلع لجوء الزوجان إلى المحكمة المختصة بعريضة افتتاحية للدعوى مشتركة يسجلان فيها كل ما اتفقا عليه ويوقعان عليها بعد تاريخها مع إرفاق الدعوى التي تكون على نسختين باللغة العربية بنسخة من عقد الزواج مع دفع الرسم القضائي المقدر حاليا ب 200 د ج . وفي حالة الفرقة بالخلع فعلى الزوجة الإدلاء بالأسباب الشخصية التي أدت بها إلى طلب الخلع حتى يتم لها الاستجابة لطلبها من القاضي، ثم يسجل الكاتب القضية في السجل العام المخصص للقضايا المدنية يمنح لها رقما خاصا ويسلم وصلا للمدعي يحمل رقم القضية وتاريخ تسجيل الدعوى وتاريخ الجلسة الذي يجب أن يحضر فيه أمام المحكمة .وفي حالة انعدام الأهلية للخصوم نصت المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية

والإدارية على بطلان الإجراءات.

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

الفرع الثاني : الإجراءات الشكلية أمام الجهة القضائية

قبل جلسة الحكم بالخلع يستوجب القانون على القاضي إتباع بعض الإجراءات

و الشكليات تتعلق بما يلي.

الفقرة الأولى : جلسة الصلح

أول جلسة تحددها المحكمة هي جلسة الصلح التي تكون مغلقة في مكتب التداول يحضرها أربعة أشخاص هم القاضي والكاتب والمدعي والمدعى عليه يحاول فيه القاضي الإصلاح بينهما ،تحت رقم 84 /11للمادة 49 من قانون الأسرة ،المعدل والمتمم بأمر 02/05 المؤرخ 2005/02/27 والتي تقضيلا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى."

وهذه الإجراءات من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فإذا لم تحترم كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون، وفي حالة غياب الزوج في دعاوى الخلع عن جلسات الصلح فالقاضي ملزم بالفصل في الدعوى بعد فوات مهلة الثلاثة " 1997إن عدم /10/ أشهر طبقا لقرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ23 حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم حضور أحدهما لأن المادة 49 من).قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر "

وقد نصت عليه الفقرة 2 من المادة 49 على أنه " يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين."

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

وعليه فإذا أجرى القاضي الصلح وباءت محاولته بالفشل يقوم بتحرير محضر عدم الصلح ثم تجدول القضية ضمن الجلسات العلنية في اليوم نفسه الذي تفشل فيه محاولة الصلح، **ويحدد** القاضي تاريخ الجلسة ويسلم للمدعي عليه نسخة من العريضة التي تقدم بها المدعي وذلك لغرض الاطلاع عليها والرد عليها.

الفقرة الثانية : تعيين الحكمين

وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها « يقول تعالى » (1).إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا فالصلح هو الإجراء القانوني العادي الذي يتوجب على القاضي إتباعه في قضايا التفريق بين الزوجين، فإذا اشتد الخصام بينهما وصعب إثبات الضرر، عيّن القاضي حكمين واحد من أهل الزوج والأخر من أهل الزوجة يشترط فيهما العدل، وتنحصر مهمتهما في عملية الصلح لمدة لا تتجاوز الشهرين يقومان فيها بإعداد تقرير شامل على الوضعية التي يعيشها الزوجان ودرجة الشقاق الذي وصلا إليه.

11المعدل و المتمم / وهذا ما نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة رقم84

2005إذا اشتد الخصام بين الزوجين 02 /02/ والمؤرخ في / 27 بأمر05

ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين.

إلا أنه في قضايا الخلع لا يشترط على الزوجة إثبات الضرر لأنها معفية منه وعلى الحكمين التأكد فقط من البغض والكراهية وعدم قدرتها على مواصلة العيش مع زوجها تحت سقف واحد.

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

ليعدا بعد ذلك تقرير عن الوضعية يحكم من خلاله القاضي بالتفريق عن طريق الخلع، وهذا ما يؤكده الفقه المالكي عندما رأى أن مهمة الحكمين لا تقتصر على مجرد الإصلاح بين الزوجين وإنما وسع مهامهما بأن منح لهما الحق في طلب التفريق بين الزوجين إذا رأيا أن الإصلاح بينهما بات أمرا مستحيلا.

المطلب الثاني : مدى تدخل القاضي في الخلع

تبرز مدى تدخل القاضي في قضايا الخلع من خلال تحديد سلطاته والأحكام التي يصدرها.

الفرع الأول : السلطة التقديرية للقاضي

الفقرة الأولى : موقف الفقه الإسلامي

اختلف العلماء حول اشتراط حضور القاضي في الخلع أم يكفي تراضي الزوجين إلى اتجاهين:

-الاتجاه الأول : يشترط إذن القاضي في الخلع ومنهم الحسن البصري وابن (1).سيرين وسعيد بن جبير مستدلين بقوله تعالى »وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها « وقوله أيضا(2).

ووجه الاستدلال من الآيتين الكريمتين أن الله سبحانه وتعالى جعل الخوف في).خطابه لغير الزوجين فلم يقل وإن خافا أي الزوجين3)

-الاتجاه الثاني : لا يشترط إذن القاضي في صحة الخلع ومنهم فقهاء ولا يحل لكم أن تأخذوا مما « المذاهب الأربعة والظاهرية، واستدلوا بقوله تعالى أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا » (4)

(1سورة البقرة آ 229 .

(2سورة النساء آ.(34 .

(3تفسير الرازي. مرجع سابق ص 100 .

(4سورة البقرة آ(229 .

جناح عليهما فيما افتدت به ووجه الاستدلال من الآية الكريمة أن الله تعالى أباح الأخذ منها بتراضيها ولم يورد للسلطان ذكر مما يدل على عدم اشتراطه1)

أتردين « والدليل الثاني قول النبي عليه الصلاة والسلام لامرأة ثابت بن قيس ووجه ». خذها وفارقها « قالت نعم فقال عليه الصلاة والسلام » عليه حديقته الدلالة أنه لو كان الخلع إلى السلطان لما سألها النبي صلى الله عليه وسلم عن موافقتها لرد الحديقة ولما طلب من الزوج أن

يفارقها لأن السلطان له أن يجتهد في حكمه حسب ما يرى ولا عبرة برفض أو موافقة الخصمين أو أحدهما.

الفقرة الثانية :موقف المشرع

حدى المشرع الجزائري حدو المذاهب الفقهية في سلطة القاضي في قضايا الخلع

فإذا تمعّنا في المادة 54 من قانون الأسرة نجد دوره محدد في مهمتين:

المهمة الأولى : تتمثل في الاستجابة التلقائية من القاضي لطلب الخلع إذا طلبته الزوجة وتأكد من بغضها وكراهيتها لزوجها دون الالتفاتة إلى رأي وإرادة هذا الأخير، عكس ما جاءت به الاجتهادات القضائية الصادرة قبل سنة 1992 التي اعتبرت الخلع عقد رضائي لا يتم إلا بموافقة الزوجين ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، مثلما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى في " 1984/06/11متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد إنهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع"

وقضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وان ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضاء الزوج ومن ثمة كان القضاء بما يخالف المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه2) "

(1الكاساني .بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.الجزء 3 دار الكتب العربية ص . 894.

أنظر أيضا :المحلي .ص - 37 المغني .ص52

(2 -عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق ص 215 .

المهمة الثانية :تؤكد على ضرورة تدخل القاضي في تحديد المبلغ المالي أو مقدار العوض في حالة عدم اتفاق الزوجان على ذلك، وقد وضعت المادة54 من قانون الأسرة سقفا لمقدار الخلع لا ينبغي عليه تجاوزه وهو قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، فيجب على"القاضي عند تحديده لمقدار الخلع أن يكون).محايدا ولا يتدخل لصالح أحد المتخاصمين ليرفع من مقدار الخلع أو يخفضه1)"

1982على أن " من المقرر /2/ كما قضى المجلس الأعلى بقرار مؤرخ في8 شرعا أنه للطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع) .زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه[2]).

وفي هذا المعنى أيضا أكدت المحكمة العليا على دور القاضي في تحديد مقدار 1985جاء فيه "من المتفق عليه فقها في أحكام /04/ الخلع في قرار صادر في22 الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع ومن تم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق.

وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب النقض للقرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية والتي طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج خلعا قدره خمسون ألف دينار جزائري رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق) .بخلع وطلبهما معا.

(1عبد العزيز سعد .الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري .دار البعث .قسنطينة.سنة(1989

(2المجلة القضائية عدد 1 سنة 1989 ص (4 /04/ 92 قرار المجلس الأعلى مؤرخ في(22

الفرع الثاني : الأحكام القضائية الصادرة في قضايا الخلع

الفقرة الأولى :أنواع الأحكام القضائية الصادرة في قضايا الخلع

أولا حكم التفريق بالخلع بالتراضي :إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة خلعها من زوجها مقابل مبلغ مالي تخالع به نفسها منه واستجاب القاضي لطلبها قضى بالتفريق بواسطة الخلع،

وعليه أن يذكر مبلغ الخلع أو أن يحفظ حق الرجل في عوض الخلع إن لم يطلب به أثناء المحاكمة .

ثانيا الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء : وهو ما ذهب إليه قرار المحكمة

"لا نتكلم عن طلاق قبل البناء بل فسخ العقد العليا الصادر بتاريخ 0232 /1985/12 قبل البناء مع الإشارة انه إذا كانت الزوجة هي المتسببة في هذا الفسخ فان طلبها .لا يقبل إلا مقابل خلع تدفعه1)"

الفقرة الثانية: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في قضايا الخلع

أولا الصيغة تتضمن الأحكام الصادرة في قضايا الخلع شكليات محددة كالتعبير على رأس الصفحة بفقرة" الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية – باسم الشعب الجزائري"، كما يشير الحكم إلى تشكيلة المحكمة أي اسم القاضي الذي ترأس الجلسة واسم كاتب الضبط الذي حضر الجلسة وكذلك أسماء الأطراف وعناوينهم وصفاتهم وتاريخ صدوره.

ثانيا أقسام الأحكام القضائية الصادرة في قضايا الخلع

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

ينقسم الحكم القضائي الصادر في الخلع إلى أربعة أقسام هي : الديباجة ثم بيان الوقائع ثم حيثيات المحكمة ويتضمن الرد على جميع الطلبات والدفوع ويتعين الرد على الدفوع الشكلية قبل الرد على أي طلب أخر، وفي النهاية نصل إلى منطوق الحكم الذي يجب أن يكون نتيجة منطقية للحيثيات.

والحكم الذي يصدر في مسائل الخلع عادة ما ينقسم إلى قسمين هما:

قسم خاص بالخلع على عقدي ميلاد كل من الزوج والزوجة وكذلك على عقد زواجهما بالحالة المدنية في السجلات المخصصة على مستوى البلدية وحسب الفقرة 3 من المادة " 49 تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة. "

أما القسم الثاني فهو خاص بالجوانب المادية المرتبطة بالخلع وهي الخاصة بتوابع فك العصمة الزوجية.

أشارت المادة 57 من قانون الأسرة رقم84 /11إلى أن دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا الجوانب المادية وكذا أحكام الحضانة فتكون بذلك أحكام الخلع أحكام نهائية لا يقبل فيها الاستئناف.

وقد عمد المشرع في التعديل الجديد لهذه المادة إلى إزالة الغموض الذي إكتنف نص المادة في القانون السابق بعد أن شمل إجراء عدم قابلية أحكام الطلاق للاستئناف وبقية أنواع الطلاق كالتطليق والخلع.

والهدف من عدم جعل أحكام الطلاق على درجتين من التقاضي هو عدم إطالة الإجراءات إذ لا يعقل أن يتفق الزوجان على مسائل الخلع أو تخالع الزوجة نفسها ثم تستأنف الحكم.

ونشير إلى أنه لا يجوز تعديل وصف الحكم أمام المجلس ذلك أنه جاء في قرار " 1991من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق /03/ للمحكمة العليا مؤرخ في20 غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية .

المبحث الثاني : الآثار الشرعية والقانونية للخلع

لم يشر المشرع الجزائري في مواد قانون الأسرة إلى الآثار الناجمة عن التفريق بالخلع ولم يعرها الاهتمام اللازم ومرجعنا هنا ما استقرت عليه نظريات الفقه الإسلامي وكذا القواعد العامة التي اشتمل عليها قانون الأسرة.

المطلب الأول : التزامات الزوجة ونفقتها وعدتها

الفرع الأول : التزامات الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية

تقوم الزوجة بعرض مقدم المهر الذي قبضته من زوجها وتتنازل عن جميع حقوقها المالية وهى أولى الإجراءات الخاصة بدعوى الخلع.

الفقرة الأولى :التزام الزوجة بدفع المال

إن أول ما يترتب عن الخلع من أثار هو إلتزام الزوجة بدفع المال المتفق عليه بشرط أن تكون كاملة الأهلية سليمة من أي عيب من عيوب الرضا، فإذا توفيت الزوجة فمن حق الزوج أن يطالب ورثتها بالمبلغ المتفق عليه1)

وفي الفقه الإسلامي إذا خالع الزوج زوجته بعوض معلوم فإن كان هذا العوض يساوي المهر أو أزيد منه إستحقه الزوج ولم يبق من المهر شيء، أما إذا كان العوض أقل من المهر فقد اختلف الفقهاء فيما بقي منه وهو القدر الزائد عن)العوض على ثلاثة مذاهب2)

-المذهب الأول : يرى أن الخلع يسقط كل حق للزوجين قبل الآخر في المهر حتى ولو خالعها الزوج بعوض معلوم لم يكن له سوى المسمى، والى هذا ذهب الإمام مالك والإمام أبو حنيفة.

(1شرح الخرشي. مرجع سابق .ص(155

(2 - 184جمال عبد الوهاب عبد الغفار .مرجع سابق .ص(181

-المذهب الثاني :يقول أن الخلع لا يسقط ما بينهما من حقوق تتعلق بالمهر إلا بالقدر ما سمياه وإتفقا عليه ويسقط كل حق بينهما يتعلق بالمهر إذا كان بلفظ المبارأة والى هذا ذهب أبو يوسف من الحنفية.

-المذهب الثالث :يشير إلى أن الخلع لا يسقط من حقوق المهر شيئا إلا قدر ما سمياه وإتفقا عليه، فإن خالع الزوج زوجته بعوض فإنهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق التي تتعلق بالمهر،

فإن كان هذا قبل الدخول فلها نصف المهر، وإن كانت قد قبضت المهر كله ردت نصفه، وإن كانت المرأة مفوضة فلها المتعة، وإلى هذا ذهب إليه الشافعي والحنابلة.

الفقرة الثانية :سقوط الحقوق الزوجية الناشئة قبل الخلع إن وقوع المفارقة بواسطة الخلع تزيل الملك والحل إذا كانت مكملة للثلاث وإذا لم تكن مكملة للثلاث يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته،فتسقط بذلك كافة الحقوق المترتبة للزوجين بمجرد حصول الخلع.

وتتعلق هذه الحقوق بتلك التي يتفق عليها الزوجين قبل مخالعتهما، ماعدا تلك التي نشأت بعد الخلع فيسقط الحق في المهر المؤجل وفي النفقة الغذائية، كما لا يجوز لأحد الزوجين الخلوة بالأخر وتكون الزوجة في منزلة الأجنبية بالنسبة لزوجها ولو كانت في العدة وليس للزوج أن يعيدها إلا بعقد وصداق جديدين إذا كان الحل لا يزال باقيا ويتم هذا بإذنها ورضاها.

11على أنه" من / وفي هذا الإطار نصت المادة 50 من قانون الأسرة رقم84 راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد" كما أنه لا توارث بينهما فلا يرث أحد الزوجين الآخر حتى ولو حدثت الوفاة قبل انقضاء العدة إ ّ لا إذا رجعت الزوجة المختلعة في الفدية فمات أحدهما بعد ذلك قبل انقضائها فهنا يحق لكل واحد منهما أن يرث الأخر.

1/ قانون الأسرة كمرجع سابق

11على أنه " إذا / وفي هذا الشأن نصت المادة 132 من قانون الأسرة رقم84 توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث."

الفرع الثاني : نفقة وعدة المختلعة

تعد نفقة المختلعة وعدتها من أهم الآثار الناجمة عن الخلع

الفقرة الأولى :أثر الخلع في نفقة المختلعة وسكناها

لقد إتفق الفقهاء على وجوب النفقة والكسوة إذا كانت المرأة المختلعة حاملا » (1)وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن « مصداقا لقول الله تعالى وإن كانت المرأة أي حائلا غير حامل فقد إختلف الفقهاء في استحقاقها للنفقة والسكنى إلى ثلاثة مذهب هي) :
2

المذهب الأول يرى أنه يكون لها حق النفقة والسكنى ولا يسقط منهما شيء بالخلع وإليه ذهب الحنفية والظاهرية.

لا تخرجوهن من بيوتهن ولا « واستدل أصحاب هذا المذهب بقوله تعالى » . (3)يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة .

المذهب الثاني :يقول أصحابه أن الخلع يسقط حقها في النفقة والسكنى ولا يكون لها نفقة ولا سكن وإليه ذهب الحنابلة.

(1سورة الطلاق آ(6

(2 -196جمال عبد الوهاب عبد الغفار .مرجع سابق .ص(183

(3سورة الطلاق آ__(1

وإستدل أنصار هذا المذهب من السنة النبوية ما روي عن آبي سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام أرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علي من شيء وإنما نتطوع عليك فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال عليه ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك .

المذهب الثالث يرى أن الخلع يسقط حق المختلعة في النفقة دون السكنى وإليه .

موقف المشرع الجزائري : نجده في المادة 61 من قانون الأسرة رقم 11/84أوجب على الزوج أن يبقي زوجته في المسكن العائلي ما دامت في العدة من طلاق ولم يستثن من ذلك إلا حالة واحدة يمكن فيه للزوج أن يخرج المطلقة من بيته وهي حالة ما إذا ارتكبت فاحشة مبينة. كما منحت ذات المادة حق النفقة في فترة العدة لكونه حق نشأ بعده، أي بعد نشوء الخلع وهو حق يبقى في ذمة الزوج ومن حق الزوجة أن تطالب به، وإذااتفق الزوجان على أن يكون مقابل الخلع التزام الأم بنفقة الأولاد لمدة محددة أوغير محددة وتم الطلاق بالمخالعة ثم حصل أن وقعت الزوجة في إعسار وعجزت عن النفقة، فإنه يجب على الزوج في هذه الحالة أن يتولى الإنفاق على أولاده ويكون ذلك دينا على الزوجة المخالعة، وبالتالي يحق له أن يعود به عليها عند اليسر، أما إذا ماتت الزوجة بعد الخلع وكان الزوجان قد تخالعا على نفقة الأولاد، فإن واجب النفقة ينتقل إلى الزوج وله أن يرجع على تركة الزوجة إن كانت خلفت تركة.

(1سورة الطلاق آ(6

(2أخرجه النسائي في سننه والإمام احمد في مسنده .

الفقرة الثالثة :عدة المختلعة

لقد اختلف الفقهاء في عدة المختلعة على قولين1) :

القول الأول : قال به أبو حنيفة ومالك والشافعي أن المختلعة تعتد بثلاثة قروء كعدةالمطلقة. »(2).والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء « وإستدل أصحابه بقوله تعالى وكذا ما روي عن عبد الله بن عمر أنه قال" عدة المختلعة عدة المطلقة."

القول الثاني : تعتد المختلعة بحيضة واحدة وذهب إليه ابن تيمية وابن القيم وهو رواية معتمدة عند احمد.

وإستدل أصحاب هذا المذهب ما رواه سليمان بن يسار عن الربيع بنت معوذ بن عفراء أنها إختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي عليه الصلاة والسلام أن تعتد بحيضة.

وما روي أيضا عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي عليه الصلاة والسلام أن تعتد بحيضة.

وإذا خالع الرجل زوجته ثم طلقها وهي في العدة هل يلحقها هذا الطلاق ويقع عليها أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذا إلى أربعة مذاهب هي3) :

المذهب الأول :لا يلحق للمختلعة الطلاق ولو كانت في العدة، وإليه ذهب الطلاق مرتان « الشافعية والحنابلة وابن القيم .وإستدل أصحابه من قوله تعالى » .(4)فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

المذهب الثاني :يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية وإليه ذهب الحنفية واستدلوا بقوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا ممّا آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا **جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا فإن.**(1 **«** إلى قوله تعالى **»** (**تعتدوها و من يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون »** (2)طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره.

أن « ومن السنة ما رواه أبو يوسف عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال **»** .**المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة**

المذهب الثالث : إن طلقها في مجلس خلعه وقع الطلاق وإن طلقها في غيره لم يقع وإليه ذهب الحسن البصري.

المذهب الرابع : إن طلقها عقب خلعه حتى اتصل طلاقه بخلعه وقع أي إذا كان متتابعا نسقا، وإن انفصل عنه لم يقع وإليه ذهب المالكية

(1 عامر سعيد الزيباري .مرجع سابق .ص(251

(2سورة البقرة آ(228

(3 -179جمال عبد الوهاب عبد الغفار .مرجع سابق .ص(173

(4سورة البقرة آ(229

المطلب الثاني :سقوط حق الحضانة في مقابل الخلع

لقد تباينت الآراء الفقهية والنصوص القانونية والاجتهادات القضائية حول حق الحضانة في مقابل الخلع.

الفرع الأول : سقوط حق الحضانة في الفقه والقانون

الفقرة الأولى :سقوط حق الحضانة في الفقه الإسلامي

تعددت أراء الفقه حول مدى صحة التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع في الفقه الجزائري والفقه المقارن إلى ثلاثة آراء هي:

الرأي الأول : وهو غالبية الفقه الإسلامي ذهب إلى صحة الخلع في هذه الحالة وبطلان المقابل المتمثل في التنازل عن الحضانة لتعلقه بحق الغير، وأن هذا الشرط أو الإتفاق لتعديل تطبيق قاعدة الحضانة يعتبر باطلا وكأن لم يكن، بسبب مساسه بمسألة تخرج عن إرادة الأشخاص وتخضع لأحكام النظام العام1)

الرأي الثاني : يري أنصاره أنه لا يجوز في الخلع أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها مستندين في ذلك على مبدأ مصلحة المحضون القائم على أن حق الحضانة هو حق للولد وبقاءه عند أمه أنفع له كما أنه ليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا من أجل الحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد)ترغب في الحياة معه2) .

الرأي الثالث : جاء خلافا للرأيين السابقين حيث ترى قلة ضئيلة من الفقه بأنه)يمكن للزوجة أن تتنازل عن الحضانة للتحرر من عقدة النكاح3) .

(1 بدران أبو العينين. مرجع سابق .ص- 545 عبد الرحمن الصابوني ص- 239 الأمام محمد أبو زهرة .مرجع سابق .ص 411).

عبد الرحمن الجزيري. مرجع سابق .ص - 362 فضيل سعد مرجع سابق .ص.379 .

(2عبد العزيز سعد. مرجع سابق .ص(250 .

(3)gh benmelha le droit algérien de la famille opu alger 1993 p 232

وهذا ما قاله المالكية الذين أجازوا إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب إذا توافر شرطان هما أن لا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه، وأن يكون الأب)قادرا على حضانة الولد، وإلا يقع الطلاق وتسقط الحضانة .

الفقرة الثانية :سقوط حق الحضانة في القوانين العربية

أما على مستوى القوانين المقارنة فنجد أن القوانين العربية المعاصرة تميل إلى تأييد الرأي الأول حيث جاء في المادة 102 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية بأنه " لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد ولا شيئا من حقوقهم فان وقع صح الخلع وبطل الشرط."

أولا باستعمال المشرع عبارة" شرعا "لتحديد بدل الخلع حيث أنه يجوز في المذهب المالكي المعمول به في الجزائر أن يتفق الزوجان على أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع.

ثانيا من ذات المدونة الرامي إلى القول بأنه يجوز التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع إذا كانت الزوجة موسرة .

الفرع الثاني : سقوط حق الحضانة في التشريع والقضاء

الفقرة الأولى :في التقنين

نستشف من المادة 54 أنه لا يجوز أن يكون التنازل عن الحضانة مقابل الخلع وحجتنا في ذلك أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بالأمور الشخصية لا المادية للطلاق ولأن كلمة مال الواردة في المادة المذكورة تبرهن أتم البرهان أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مال1).

(1تشوار حميدو زكية مرجع سابق .ص(17

ولا ريب أن لهذا النص حكمته فقد أراد المشرع من وضعه أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حريتها ولكن إهدارا لمصالح الطفل وإجحافا لحقوقه لذلك كان من الضروري أن يسد الباب من الأصل صيانة لحقوق الطفل وحماية مصالح المجتمع ككل[1]

الفقرة الثانية :في القضاء

إتفقت الأحكام والقرارات القضائية حول جواز التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، فقد اتخذ القضاء الجزائري مواقف متطابقة سواء قبل الاستقلال أو بعده فقد طبق القضاء الجزائري قبل الاستقلال أحكام المذهب المالكي ومن ثم لم يمنع أن يكون مقابل الخلع التنازل عن الحضانة شريطة أن لا يخشى على المحضون ضررا من جراء انفصاله عن أمه فقد أصدرت محكمة استئناف

الجزائر حكما 1863يقضي بوجوب تنفيذ الاتفاق بين الزوجين في حالة ما إذا /10/ في 26خالعت الزوجة الحامل زوجها على إسقاط حقها في الحضانة وتسليم الولد بعد الوضع لأبيه) .

كما قضت غرفة مراجعة الأحكام الإسلامية في قرارها الصـادر في14 تمنع الشريعة الإسلامية المرأة الحامل من مخالعة زوجها على إسقاط حضانة الولد لأبيه إلا أنه لا يجوز أن يكون هذا الاتفاق مانعا من قيام الأم بواجب إرضاع ولدها يبقى الاتفاق معلقا إلى بلوغ المحضون سنتين أي مدة الرضاعة المقررة شرعا ولا أثر له على صحة الطلاق.

1959اكتفى المشرع بمعالجة مسألة /2/ أما في ظل الأمر رقم 274 الصادر في4 الحضانة في مادة واحدة حيث جاء فيها أن الحكم الناطق بانحلال الزواج يجب أن يفصل أيضا في حضانة الأولاد حسب مصلحة هؤلاء.

---

1)تشوار حميدو زكية مرجع سابق .ص 18 .

1949مجموعة الأحكام القضائية الإسلامية ج 1 من 1945 إلى(3 /11/ 1950 غرفة مراجعة الأحكام الإسلامية قرار192

وبعد الاستقلال واصل القضاء على هذا النهج حيث صدر عن مجلس قضاء تلمسان 1967 قرار تتلخص وقائعه في أن محكمة تلمسان قررت إسناد حضانة /7/ بتاريخ6 الأطفال البنات الأربعة لصالح أبيهم مع احتفاظها بالبنت الكبرى، فطلب الأب تعديل نظام الحضانة بأن تكون حضانة الأولاد كلها له فكان رد المجلس القضائي لتلمسان " حيث أن القاضي مقيد بالاتفاقية مثل ما هو مقيد بالقانون وحيث أنه لم يقدم أي دليل على هذا التنازل قد أضر بمصلحة الأطفال فحسب تصريحات الأب الطاعن يتبين أن العمة تقدم لهن الرعاية اللازمة."

ويترتب على ذلك أنه يمكن الانتفاع بموقف المالكية مادام أن الاتفاق القائم بين الزوجين لم يمس بمصلحة المحضونين إذ لو قدر المجلس بأن هذا الاتفاق مضر بمصلحة الأطفال)لصادق على فك الرابطة الزوجية دون الأخذ في الاعتبار ما تعلق بحضانة الأطفال1).

أما بعد صدور قانون الأسرة سنة 1984 فإننا لم نعثر إلا على قرارا واحدا والذي لم يتضح موقفه تمام الوضوح إذ انطوى على شيء من التردد والغموض حول منع أو إجازة التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع وذلك عندما قضى المجلس الأعلى في 1987/12/7بأن الزوجة هي التي طلبت التطليق أمام المحكمة وأن زوجها علق قبوله له

على إسناد حضانة الأولاد إليه، على أن تخالعه ولم تحقق به زوجته الشرط، ومن تم 1983 بالرجوع واستجاب مجلس قضاء مستغانم /7/ حكمت عليها محكمة غليزان في24 1984 لطلبها في لباس يظهر أن الزوج هو الذي طلبه، وبالرجوع إلى أقواله /11/ في26 في القرار يتبين أنها عرضت بتناقض يفيد الرجوع والطلاق مما يضعف الحكم ويقلل من درجة تأسيسه الشرعي ويجعل الأسباب التي بني عليها الحكم بالطلاق غير واضحة.

---

(1)cf h h bencheik . la condition juridique de la famme mariee au maghreb th etat rennes 1982 p 130

ومن خلال ما تقدم نرى أن القضاء الجزائري اعتمد في إجتهاده على المذهب المالكي الذي يجيز أن تكون الحضانة للأب مقابل للخلع، فإذا وقع اتفاق بين الزوجين على أن يطلقها مقابل أن تتنازل عن حقها في حضانة الأولاد، فإن الخلع جائز وكذلك التنازل عن الحضانة شريطة أن لا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه، وأن يكون الأب قادرا على حضانة الولد، وعلى القاضي التأكد من تحقق هذين الشرطين.

إحصائيات قضايا الخلع في المحاكم

تفاقمت حدة ظاهرة الخلع في المجتمع الجزائري بشكل غير مسبوق، وسجل ارتفاع مذهل لعدد الحالات في الجزائر خلال هذه الألفية الجديدة مقارنة مع سنوات نهاية الألفية الفارطة.

وحسب الأرقام والإحصائيات المسجلة لدى وزارة العدل، فان عدد الأحكام والقرارات الصادرة في قضايا الخلع التي رفعت على مستوى الجهات القضائية وصل 655 حالة خلع سجلت ما بين سنوات 1994 و 1998 ، في حين وصل عددها سنة 2004 لوحدها على سبيل المثال 813حالة خلع، ليرتفع العدد بعد سنة إلى 1170 حالة ثم 1720 حالة خلع سنة 2006 ، وهي أرقام مرشحة للارتفاع في السنتين الأخيرتين، خصوصا بعد أن حسمت المادة 54 المعدلة في 02في مسألة الخلاف بين رضائية الخلع / قانون الأسرة الصادر تحت رقم05 وكونه حق شخصي يتم بالإرادة المنفردة للزوجة، حيث أيد التعديل الأخير المذهب القائل أن الخلع مسالة شخصية تتعلق بالزوجة، لها كامل الحرية في أن

تطالب المخالعة من زوجها دون الاهتمام بموافقته، لأنه رخصة في صورة حق شخصي تطلبه متى رأت وقدرت أن هذه الحياة الزوجية لا يمكن استمرارها.

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

وإذا كان الخلع هو طريق لانحلال الرابطة الزوجية ، فان أسباب حدوثه لاتختلف عن أية طريقة انحلال سواء كان الطلاق بالتراضي، أو الطلاق بالإرادة المنفردة أو التطليق، حيث تتعدد أسبابها ومنها الملل الزوجي وسهولة التغيير وإيجاد البديل، وطغيـان الحياة المادية،والبحث عن اللذات، وانتشار الأنانية وضعف الخلق، ومن الأسباب الأخرى الخيانة الزوجية.

ولعل أهم دافع يشير إليه علماء الاجتماع في تفاقم ظاهرة الخلع في المجتمع الجزائري يتعلق بالاستقلالية المالية للمرأة، الذي يكون مشجعا على الاستقلال الذاتي، كما أن عنصر

الاستقلالية المالية للمرأة بفضل عملها، قد يكون في بعض الحالات عنصرا مشجعا على الاستقلال الذاتي لها.

ويعد العاملان علامتان مميزتان على التفكك الأسري، ووصول الروابط الاجتماعية إلى مرحلة من التأزّم الاجتماعي والنفسي، مما يؤدي إلى انفصال وانفصام جسماني وروحي في آن واحد بين الزوجين، يدفع بالمرأة إلى مخالعة نفسها بمال.

إلى جانب هذا، هناك غياب التكافؤ بين الطرفين مما يساعد على إنشاء حلقات اجتماعية ظرفية وعابرة تخضع للعواطف، فضلا عن وجود عوامل محيطة خارجية تلعب دور في تفاقم الظاهرة، كالمحيط الأسري في العائلات الممتدة من الأهل، والظروف الاقتصادية وأزمة السكن، والدور السلبي لوسائل الإعلام في التأثير على ذهنيات وسلوكات الأزواج، كما توجد عوامل ثقافية وظروف اجتماعية مؤثرة في تفاقم الظاهرة.

مثال عن مذكرة لدعوى الخلع :

أنه في يوم الموافق / / 2012م

بناء على طلب السيدة / ..... والمقيمة ..... ومحلها / المحامي

آنا محضر محكمة ..... انتقلت في تاريخه و أعلنت :-

السيد/ ..... والمقيم .....

. .....

مخاطبا مع / .....

وأعلنته بالآتي

الطالبة زوجة للمعلن إليه بصحيح العقد الشرعي برقم ..... بتاريخ ..... ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج .

وحيث أن الطالبة قد بغضت الحياة مع زوجها إلى الحد الذي أصبحت العشرة بينهما غير متصورة وإنها تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض الأمر الذي دعاها إلى مطالبته وديا بتطليقها خلعا على أن ترد إليه مقدم المهر الذي دفعة لها وتتنازل له عن جميع حقوقها الشرعية المالية إلا انه رفض .

وحيث أنة يحق للطالبة والحال كما سلف أن تقيم دعواها بطلب التطليق من زوجها خلعا للبغض واستحالة العشرة بينهما وخشيتها ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

وحيث أن الطالبة ستقوم برد مقدم الصداق الذي أعطاه لها زوجها الثابت بأصل وثيقة الزواج وذلك بالجلسة المحددة لنظر الدعوى.

وحيث أن الطالبة ستتنازل لزوجها المعلن إليه عن جميع حقوقها المالية الشرعية افتداء وخلاصا لها .

وحيث أن المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن تنظيم بعض إجراءات وأوضاع التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ، تجيز للزوجة رفع دعواها بطلب التطليق خلعا متى بغضت حياتها الزوجية وافتدت نفسها برد مقدم صدقها وتنازلها عن جميع حقوقها الزوجية .

وحيث أن الطالبة تقدمت بطلب تسوية قيد برقم لسنة 2012م تسويات ولم يحضر المعلن إليه فيحق لها رفع الدعوى

بناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت إلى حيث إقامة المعلن إليه وسلمته صوره من هذه

الصحيفة وكلفته بالحضور أمام الدائرة شرعي كلى ومقرها محكمة ..... شارع ..... بجلسة ..... الموافق ..... /...../ 2012م ابتداء من الساعة الثامنة صباحا وما بعدها ليسمع المعلن إلية الحكم بتطليق زوجته خلعا طلقة بائنة وإلزامه بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة . مع حفظ كافة حقوق الطالبة الأخرى.

ولأجل العلم ،،

قانون الأحوال الشخصية

المبحث الأول : الإجراءات الخاصة برفع الدعوى وقواعد الإختصاص

الفرع الأول: إجـراءات الدعـوى

أولا : شروط قبول الدعوى

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخاصة المادة 13 منه التي تشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة أن ترفع من شخص له صفة وأهلية ومصلحة في ذلك.

كما نصت المادة 5 من القانون رقم 63-224 الصادر بتاريخ 1963/06/29 بأنه لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج، وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد

زواج مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية.

ومن تحليل أحكام هذين النصين يتبين بأنه يجب على الزوجة قبل أن تعرض النزاع على المحكمة المختصة أن تتوفر فيها الشروط العامة المتمثلة في الصفة والأهلية وأن تكون لها مصلحة في ذلك، كما يجب توفر هذه الشروط في المدعي عليه كون أن الدعوى لا ترفع إلا من ذي صفة على ذي صفة.

وبالإضافة إلى هذه الشروط العامة الواجب توفرها لرفع ي دعوى قضائية فهناك شرط خاص يجب توفره في دعاوى التطليق والخلع وهو أن تقدم الزوجة رفقة العريضة الإفتتاحية نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية بالبلدية لم يمض على إستخراجها أكثر من عام وذلك لإثبات العلاقة الزوجة القائمة بين الطرفين وهذا يمكن إعتباره شرط شكلي وهو إلزامي في كل دعوى . وسنتطرق إلى دراسة هذه الشروط بنوع من الإيجاز:

1)- شرط المصلحة:

والمقصود بالمصلحة هنا أن يكون الهدف من اللجوء إلى القضاء هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية أو فائدة عملية مشروعة..

2)- شرط الصفة:

والمقصود بالصفة أنه يجب أن يكون كلا من الزوجين يتمتعان بصفة التقاضي بحيث يجب أن تكون المدعية هي الزوجة والمدعي عليه هو الزوج بحيث لا يمكن رفع الدعوى من أب الزوجة أو أخيها كما لا يمكن أن ترفع على أب الزوج أو أخيه بحيث إذا حصل ذلك فلا تقبل الدعوى لإنعدام الصفة.

3)- شرط الأهلية :

والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية التقاضي أمام المحكمة بحيث يجب أن يكون كلا من الزوجين يتمتعان بأهلية التقاضي(19سنة) وذلك حسب المادة 40 ق.م وأن يكونا متمتعين بقواهما العقلية لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقبل أية دعوى من أو على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني.

وفي هذا المجال يمكن طرح إشكال يتعلق بحالة ما إذا تزوجت المرأة عن طريق الإذن من القضاء أي كانت تبلغ 17 سنة من العمر وبعد عدة أشهر من ذلك أرادت رفع دعوى تطليق أو خلع فهل

تقبل دعواها رغم أنها لم تبلغ سن الرشد أم يجب رفع دعواها باسم وليها وبتعبير آخر فهل الزواج يمنح الزوجة أهلية التقاضي ؟ حسب رأيي هناك حلين:

الحل الأول :

ما دام أنه لا يوجد نص صريح يحل هذا الإشكال فإنه يجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة وبالأخص المادة 40 من ق.م التي تحدد صراحة أهلية التقاضي ب 19 سنة كاملة وطالما أن الزوجة لم تبلغ هذا السن فإنه لا يجب عليها رفع هذه الدعوى باسمها وأنما باسم وليها.

الحل الثاني :

ما دام أن المشرع قد نص في المادة 7 من ق.أ على أن تكتمل أهلية المرأة في الزواج ببلوغها 18 سنة أي بمعنى تستطيع أن تبرم عقد الزواج الذي تترتب عنه نتائج خطيرة فمن باب أولى تستطيع أن ترفع دعوى أمام القضاء.

وحسب إعتقادي فإن الرأي الأول هو الأرجح بدليل أنه لاستثناء إلا بنص صريح وطالما أنه لم ينص المشرع على ذلك في قانون الأسرة فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة وخاصة المادة 40 ق.م التي تحدد أهلية التقاضي ب 19 سنة كاملة.

ومن ثم فإذا رفعت الزوجة دعوى وهي لم تبلغ هذا السن فإنه يحكم لها بعدم قبول الدعوى.

شرط تقديم نسخة من عقد الزواج :

ويعتبر هذا الشرط من الشروط الخاصة التي تتطلبها إجراءات رفع دعوى التطليق والخلع لأنه يعتبر الدليل الفعلي على وجود زواج رسمي بين هذين الزوجين المتنازعين وهذا يعني أنه إذا أرادت الزوجة أن ترفع دعوى التطليق ضد زوجها.

ثانيا : إجراءات الصلح والتحكيم

إجراءات الصلح والتحكيم هي من المسائل الهامة التي تعرضت لها قوانين الأحوال الشخصية وخاصة منها في البلدان العربية والإسلامية وقد جاء النص على هذه المسألة في القرآن الكريم وذلك بقوله في سورة النساء " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما، إنّ الله كان عليما خبيرا " (1).

إجراءات الصلح :

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء في المادة 49 ق.أ بقوله " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر ".

ويتبين من خلال هذه المادة أنه لا يمكن وجود الطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، ويتم إجراء الصلح باستدعاء القاضي للزوجين المتنازعين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط وذلك في جلسة سرية التي يحاول من خلالها أن يجمع شمل الزوجين ويبين لهما محاسن المحبة والتفاهم ويصلح بينهما فإذا نجح في ذلك فينبغي عليه أن يحرر محضرا بما تصالح عليه الزوجان، أما إذا فشل في ذلك فيحرر أيضا محضر عدم الصلح ويحيل الأطراف إلى جلسة علنية من أجل النطق بالطلاق خلعا أو بالتطليق.

وإجراء الصلح قد أثار إشكالا يكمن في هل أنه إجراء إجباري يترتب على عدم احترامه بطلان الإجراءات أم أنه إختياري يجوز الإستغناء عنه ؟

وفي هذا الشأن صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا تعتبر فيها أن إجراء الصلح هو إجراء إجباري وعدم إحترامه يعتبر خطأ في تطبيق القانون منها القرار المؤرخ في 1991/06/18 الذي جاء فيه أنه " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

---

(1)سورة النساء الآية 35.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون" (1).

وهناك قرار آخر مؤرخ في 1994/01/18 " إن الحكم بفك الرابطة الزوجية لا يصدر إلا بعد إتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملا بأحكام المادة 49 ق.أ " (2) .

ومن خلال هذين القرارين نستنتج بأن إجراء الصلح هو إجراء إجباري يتعين القيام به في أي طريقة من طرق إنحلال الرابطة الزوجية على أساس أن القاعدة المنصوص عليها في المادة 49 ق.أ هي إجرائية وشكلية لا يقوم عليها أي إستثناء (3).

إجراءات التحكيم :

التحكيم منصوص عليه في المادة 56 ق. بقولها " إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي حكما من أهل الزوج وحكما

(1) المحكمة العليا قرار بتاريخ 91/06/18 ملف رقم 75141 ص75.

(2) المحكمة العليا قرار بتاريخ 94/01/18 ملف رقم 96688 ص80.

(3) الدكتور الغوتي بن ملحة: محاضرات في قانون الأسرة ألقيت على طلبة السنة الأولى لسنة 2004.

من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين ".

فقانون الأسرة لم يوضح جليا بعض المسائل منها كيفية تعيين الحكمين فهل يتم تعيينهم بأمر كتابي أو شفهي ومتى نلجأ إلى هذا الإجراء أبعد فشل محاولة الصلح أو أثناء إجراءات الصلح وكذلك لم يتطرق إلى حالة ما إذا رفض الزوجان مبدأ التحكيم أو لم يجد من يقبل التحكيم فماذا يمكن أن يفعله القاضي ؟

فلم يتطرق المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توفرها في الحكمين ولذلك علينا الرجوع إلى الفقه الإسلامي حيث حصرها الفقهاء في الإسلام والتكليف والعدالة والذكورية وفهم المقصد للذي وجه إليه (1)، و الحكم الذي يباشر هذه المهمة لا يكون حكما ناجحا إلا إذا توفرت فيه هذه الشروط.

فرغم أن هذا الإجراء هو قليل العمل به في الجهات القضائية إلا أنه وحسب ما اطلعنا عليه في محكمة بشار فإن تعيين هذين الحكمين يكون بناء على أمر كتابي من القاضي المكلف بالأحوال الشخصية على أن يراعي في إختيارهما درجة القرابة من كلا الزوجين كأن يكون الجد أو العم أو الخال أو الأخ وفي هذا الشأن ذكر الدسوقي أنه لا يجوز بعث أجنبين مع وجود الأهل أما فيما يخص المهلة الممنوحة لهما للقيام بهذه المهمة فحسب نص المادة هي شهرين.

وتنحصر مهمتهما اساسا في التعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين ثم بذل قصارى جهدهما في رفع هذا الخلاف والشقاق وزرع الإئتلاف والوفاق بينهما واستعمال كل ما يؤدي إلى عودة الصفاء والمودة بينهما.

وبعد إنتهاء المحكمين من هذه المهمة فعليهما أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما بحيث يقدم على نسختين الأولى توضع بالملف والثانية بكتابة الضبط لإطلاع

الطرفين عليهما وعلى القاضي أن يأخذ بعين الإعتبار ما هو مدون في هذا التقرير وأن يحكم بمقتضاه. وتستند هذه الأحكام المستمدّة من الفقه المالكي إلى قوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا " (2) .

من خلال هذه الآية نفهم بأن الله تعالى شرع التحكيم كإجراء وقائي يلجأ إليه قبل وقوع الكارثة وهي التطليق أو الخلع أو الطلاق وما ينجم عنهم من آثار سلبية وخطيرة.

ونذكر كذلك أنه بالرغم من أن القانون لم يوضح متى يلجأ إلى التحكيم أبعد فشل محاولة الصلح أم أثناء إجراءات محاولة الصلح فإنه قد جرى العمل على أن تتم هذه الإجراءات

---

(1) الأستاذ: عبد المؤمن بلباقي : المرجع السابق ص 120.

(2) سورة النساء الآية 35.

أثناء محاولة الصلح وهذا فيه فائدة كبيرة جدا بحيث يمكن أن يأتي بنتيجة إيجابية لأننا نكون أمام إجرائين في نفس الوقت وهذا يمكن أن يؤثر على الزوجين ويقع الصلح بينهما.

فبالنسبة لطبيعة التحكيم فإنه وإن كان جوازي في المواد المدنية فإنه إجباري في مسائل أحوال الشخصية ولاسيما فيما يتعلق بدعاوى الطلاق إلا أنه لا يعمل به في الميدان العملي إلا نادرا وهذا راجع لكون أن القضاة لا يريدون إطالة الإجراءات ويكتفون بالصلح فقط وذلك من أجل التخلص من الملفات بسرعة.

الفرع الثاني : قواعد الإختصاص وكيفية تسيير الجلسة

تختلف المحكمة المختصة بالفصل في القضايا التي تنشأ بين الزوجين المتخاصمين وذلك حسب

إختلاف موضوع الطلب المقدم للمحكمة فقد نصت المادة 40 فقرة 2 ق.إ.م إ على أن المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق (وتشمل التطليق والخلع) ودعاوى الرجوع إلى محل الزوجية هي (1) .

أما بالنسبة لتسيير جلسة الأحوال الشخصية فهي عادية ولا تختلف عن الجلسات الأخرى والإختلاف الوحيد يكمن في أنه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما في جلسة سرية لا يمكن حضورها إلا الطرفين والقاضي وأمين الضبط كما يمكن للقاضي ومن تلقاء نفسه أن يجعل الجلسة سرية إذا رأى ضرورة لذلك.

بعدما يقوم كاتب الضبط بتسجيل القضية في السجل الخاص وبعد تعيين تاريخ الجلسة الأولى فيحضر الزوجين في هذا اليوم إما شخصيا أو عن طريق ممثليهما القانونيين ويشرح كل واحد منهما طلباته ومزاعمه بالإثبات والأدلة.

وفي حالة عدم حضور المدعي أو وكيله للجلسة الأولى رغم تبليغه شخصيا بتاريخ الجلسة فإن على القاضي أن يحكم بشطب الدعوى .

كما يجوز لكل من الطرفين أن يحضروا شهودهم إلى المحكمة ويقدمهم مباشرة للقاضي أثناء الجلسة.فيبدأ القاضي أولا بسماع المدعي الذي يعرض طلباته إلى المحكمة مع تقديم أدلته وبعد الانتهاء من ذلك يعطي الكلمة للمدعي عليه للرد على طلبات المدعي وذلك بتقديم دفوعه.

---

(1) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 88/06/06 ملف رقم 49091 (غير منشور).

المطلب الثاني : أثار الأحكام الصادرة بالخلع وطرق الطعن فيها

بعدما تطرقنا في المبحث الأول إلى الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى والقواعد العامة والخاصة بها فينبغي علينا الآن أن نحدد ونبين طرق الطعن في الأحكام الصادرة بالتطليق أو الخلع وما يمكن أن ينجم عن هذه الأحكام من آثار سواء بالنسبة للطرفين أو الغير وما هي طبيعة هذه الأحكام.

الفرع الأول : الأحكام الصادرة بالخلع

إن الأحكام القضائية بصفة عامة تقسم إلى أحكام تقريرية وأحكام منشئة وأحكام إلزام

ولذلك يجب أن نتطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع ثم ندرس آثار هذه الأحكام.

أولا : طبيعة هذه الأحكام

وقبل التطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالخلع والتطليق يتعين علينا أن نشير إلى أنواع هذه الأحكام بنوع من الإيجاز.

1)-الحكم الملزم :

حكم الإلزام هو ذلك الحكم الذي يتضمن إلزام المدعي عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري ولذلك فإن حكم الإلزام يهدف إلى تقرير مصدر الإلزام ولكي تتحقق هذه الصورة فلابد أن يكون هناك تنفيذ جبري يهدف إلى إعادة مطابقة المركز الواقعي مع المركز القانوني للشخص فمتى نقول بأننا أمام حكم ملزم ؟ فنكون أمام حكم ملزم إذا كان هناك حق يقابله إلتزام ويكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ الجبري (1).

---

(1) الأستاذ عمر زودة: المرجع السابق ص 98.

2)-الحكم المقرر:

هو ذلك الحكم الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني وهذا الحكم لا يمكن تنفيذه جبرا وهذا عكس الحكم الملزم لأنه بمجرد صدوره تتحقق الغاية منه مثل: الحكم

الصادر بالتطليق فبمجرد صدوره تشبع الحاجة منه أي تخلص الزوجة من الزوج.

والأحكام المقررة لا يساهم القضاء إلا في الكشف عنها وتقريرها، والدعوى التقريرية لا تواجه إعتداء ظهر في شكل مخالف للإلتزام لأن الحق أو المركز القانوني لا يقابله إلتزام وإنما يواجهه مجرد

إعتراض.

3)–الحكم المنشئ :

هو ذلك الحكم الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني وهو مثل الحكم المقرر فبمجرد صدوره تتحقق الغاية منه بدون حاجة إلى تنفيذه

الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالخلع :

لقد جعلت الشريعة الإسلامية مركز الزوجة مساويا بمركز الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بحيث منحتها حقا إراديا في التفريق لقاء بدل تدفعه للزوج إذا لم تستطيع أن تثبت إخلال الزوج بأحد إلتزاماته، أما إذا تمكنت من إثبات ذلك فيفرق بينهما بدون دفع أي مقابل.

ونتيجة لكل ما تقدم فإن الحكم الصادر بالخلع لا يختلف من حيث طبيعته القانونية عن الحكم الصادر بالطلاق في كون أنه من الأحكام التقريرية إذ لا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم لأن هذا الحق هو أرادي وتستطيع الزوجة إستعمال حقها في أي وقت تريد بشرط أن تدفع مقابل لقاء تخليصها من حياة زوجية أصبحت لا تطيقها غير أنه يختلف عنه من حيث تكييف الفرقة الناتجة عنه فهي تدخل تحت نظام الفسخ لأنه لم تقع بناء على إرادة الزوج وتعتبر فرقة بائنة بينونة صغرى(1).

---

(1) الأستاذ : زودة عمر المرجع السابق ص 117.

ثانيا : آثار الحكم بالخلـع

إن أثار الحكم بالخلع هي نفسها أثار الحكم بالتطليق مع إختلاف بسيط يكمن في أن التعويض في الخلع يكون من طرف الزوجة وهذه الآثار تكمن فيما يلي : نفقة العدة، نفقة الإهمال، حق الحضانة، حق طلب أجرة الحضانة، طلب السكن لممارسة حضانة الأولاد، وحق الزيارة،

وسنتعرض لهذه الآثار بنوع من الإيجاز

1)– نفقة العدة:

فالعدة هي المهلة أو المدة التي منحتها الشريعة وكذا القانون للزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أو الحامل أو المفقود عنها زوجها أن تتربص بها ولا يمكن لها أن تتزوج خلال هذه المدة إلا بعد

انتهائها، وقد نص المشرع في المادة 58 ق.أ " على أن تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" وأضافت المادة 60 ق.أ " عدة الحامل هو وضع حملها وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق "، والهدف من العدة هو إستبراء الرحم.

كل مطلقة معتدة تستحق نفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها ويجب على المطلق أن يتحمل نفقة العدة وعلى المحكمة أن تحددها سواء شهريا أو إجماليا ولكن في الميدان العملي فإنها تحدد إجماليا وعلى القاضي أن يراعي عند تقديرها حال الطرفين.

2)- الحضانــة:

لقد نص عليها المشرع في المادة 62 [1]ق.أ بقوله أن " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه

---

(1) الأستاذ : زودة عمر المرجع السابق

والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا "، وقد جعل المشرع الجزائري حضانة الصغير في مرحلة الطفولة من شؤون النساء بحيث نصب المادة 64 ق.أ على أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون وقد أعطى المشرع حق الحضانة للنساء أصلا لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به.كما إشترط المشرع توافر شروط معينة في الحاضن وتتمثل في العقل، البلوغ، القدرة، الأمـانة والإستقامة وأن تكون قريبة للطفل.

كما نصت المادة 65 من ق.أ على مدة الحضانة بحيث تنقضي مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات وبالنسبة للأنثى ببلوغها سن الزواج ويمكن للقاضي تمديد مدة الحضانة بالنسبة

للذكر إلى 16 سنة، بشرط عدم زواج المرأة ثانية.

3)– نفقة المحضون وسكنه:

فقد تضمنتها المادة 72 ق.أ بحيث جعلت نفقة المحضون وسكناه من ماله الخاص إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته.

وتكون هذه النفقة شهرية حسب مقدور الأب وتسري إبتداء من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا.

4)– نفقة الإهمال :

لقد أقرت المادة 74 ق.أ أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها بحيث إذا لم يقم الزوج بالإنفاق على زوجته فإنه يحق لها طلب نفقة الإهمال التي تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالتطليق أو الخلع وللقاضي سلطة تقديرمبلغ نفقة الإهمال شهريا مراعيا في ذلك حال الزوجين.

5) – حق الزيارة :

فعلى القاضي عند منح حق الحضانة للأم أو لأي شخص آخر من الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 64 ق.أ أن يحكم بحق الزيارة للأب مع تحديد أيام وساعات الزيارة حتى لا يقع خلاف بين المطلقين حول حق الزيارة وأيامها.

---

(1) قانون الأسرة كمرجع سابق

6)–النزاع حول متاع البيت :

لقد جاءت المادة 73 ق.أ كل النزاع القائم بين المطلقين حول متاع البيت بقولها أنه "إذاوقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يتقسماتها مع اليمين "نفهم من هذه المادة أنه إذا تنازع الزوجان أو ورثتهما ولم يكن لديهما أي دليل فالقول للزوجة أو ورثتها مع تأدية اليمين وذلك في المتاع المتعلق بالنساء، أما ما يتعلق بالرجال فالقول للزوج أو ورثته مع تأدية اليمين، أما ماهو مشترك بينهما فيتم تقسيمه بينهما مناصفة بعد أداء اليمين لكل واحد منهما على أنه ملكه.

بحيث هناك إتجاه يرفض تعويضها على أساس أن التعويض يكون في حالة ما إذا طلقها الزوج طلاقا تعسفيا ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته وذلك أخذا بالمادة 52 ق.أ ويعتبر الحكم بالتعويض في حالة التطليق فهم خاطئ للقانون (1) حيث جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 86/05/05 " إن المبدأ الذي إستقر عليه الإجتهاد القضائي أن الزوجة التي تطلب الطلاق لا يمنح لها التعويضات ومن ثم فإن المحكمة العليا بعد المداولة القانونية قررت نقض القرار المطعون فيه نقضا جزئيا في التعويض دون إحالة " (2) .

لقد جاء في القرار أن الزوجة تطلب الطلاق في حين الأصل أن الزوج هو الذي يطلب الطلاق بينما هي تطلب التطليق.وفي قرار آخر صادر بتاريخ 89/03/27 جاء فيه " من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون "، في حين هناك إتجاه آخر يرى بأنه " يحق للقاضي تعويض المطلقة إذا ألحقت بها أضرار واستندوا في ذلك على المادة 55 ق.أ على أنه " في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ".

---

(1) الدكتور العربي بلحاج: المرجع السابق ص 308.

(2) المحكمة العليا: قرار بتاريخ 86/05/05 ملف رقم41104 (غير منشور).

وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه ومتعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر

الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام الادة 55 ق.أ قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن " (1).

ملاحظة: هناك نقطة يمكن إضافتها بالنسبة للخلع حيث أن التعويض مقابل الخلع تدفعه الزوجة إلى زوجها بعد الإتفاق عليه أو تحديده من طرف القاضي وفي هذا يختلف عن التطليق.

الفرع الثالث : طرق الطعن في الأحكام الصادرة بالخلع

إن طرق الطعن الخاصة بالأحكام الصادرة بالخلع هي نفسها طرق الطعن الأخرى الصادرة في المواد الأخرى ومن ثم فإنها كأصل عام تقبل الطعن بالمعارضة والإستئناف وذلك في الجانب المادي فقط كما تقبل الطعن بالنقض. ولهذا يمكن تقسيم طرق الطعن إلى عادية وتشمل المعارضة والإستئناف وطرق غير عادية وتشمل الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر.

أولا : طرق الطعن العادية

إن الأحكام الصادرة في مسائل الطلاق بصفة عامة مثلها مثل غيرها من الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن فيها بالطرق العادية والمتمثلة في المعارضة والإستئناف.

---

(1) المحكمة العليا: قرار بتاريخ 97/12/23 ملف رقم 181648.

1- الطعن بالمعارضة

لا نجد في قانون الأسرة أي نص يستفاد من مضمونه أن أحكام الخلع تقبل الطعن بالمعارضة ولذلك علينا الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وحيث تنص المادة 327 منه على أنه: : تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب ، إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي . يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون ، ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن ، ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولا بالنفاذ المعجل .

ولذلك نقول بأنه يمكن المعارضة في الحكم الغيابي القاضي بالخلع ويكون الحكم غيابيا إذا لم يكن التكليف بالحضور قد سلم للشخص الخصم أي أنه قد سلم لشخص آخر كأن يكون أحد أقاربه أو تابعيه أو البوابين أو أي شخص آخر يقيم بنفس المنزل ولذلك فإذا لم يكن قد تسلم

ورقة التكليف بنفسه فإن القانون يجيز له المعارضة في الحكم الصادر ضده غيابيا. ويترتب عن المعارضة وقف تنفيذ الحكم المعارض فيه طيلة أجل المعارضة المحددة قانونا وهي 10 أيام

2- الطعن بالاستئناف

الاستئناف هو أحد طرق الطعن العادية يرفع ضد حكم محكمة الدرجة الأولى بقصد تجديد النزاع أمام جهة الدرجة الثانية قصد إلغائه أو تعديله ويجب أن يرفع في مهلة لا تتجاوز شهر من تاريخ تبليغ الحكم إذا كان حضوريا أو من تاريخ انقضاء مهلة المعارضة إذا كان غيابيا.

وبالرجوع إلى نص المادة 48 من ق.أ فنجدها تنص على أن " الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53 و54 من هذا القانون " وتنص المادة 57 ق.أ على أن " الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ".

إذن فالمادة الأولى عددت الحالات التي يتم بها انحلال عقد الزواج ومن هذه الحالات حالة الطلاق بإرادة الزوج ثم جاء المشرع في المادة الثانية ونص على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف أي سواء كانت بناء على إرادة الزوج المنفردة او بتراضي الزوجين إذا لو أراد المشرع أن يشمل الحالات الأخرى

---

1)-قانون الأسرة كمرجع سابق

وما يمكن استخلاصه في هذا الشأن أن الأحكام الصادرة بالطلاق بناء على إرادة الزوج أو إرادة الزوجين معا لا تقبل الطن بالاستئناف وهذا هو مفهوم المادة 57 من ق.أ، أما الأحكام الصادرة بشأن التطليق والخلع حسب نص المادة السابقة فإنها تكون قابلة للاستئناف لأن المادة 57 ق.أ خصت أحكام الطلاق فقط وبالتالي لا يجب التوسع في شرح مفهوم الطلاق.

وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أن موقف المحكمة العليا بخصوص هذه المسألة قد انقسم إلى اتجاهين: الأول يقبل الطعن بالاستئناف في أحكام التطليق والخلع والثاني لا يقبل الطعن فيها بالاستئناف.

فالاتجاه الأول:

يجيز الطعن بالاستئناف في أحكام التطليق والخلع معتمدا في ذلك على نص المادة 57 ق.أ التي

لم تنص صراحة على أن الأحكام الصادرة بالتطليق أو الخلع لا تقبل الاستئناف وطالما أنه لا يوجد نص صريح يستثني ذلك فبمفهوم المخالفة فإنه يجوز استئناف أحكام التطليق والخلع طبقا لمبدأ التقاضي على درجتين وفي هذا الشأن هناك قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 93/04/27 الذي قضى برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 90/06/16 الذي صرح بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتطليق وقد جاء في حيثياته " فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصه ذلك أن المادة 57 من قانون الأسرة فهي لا تجيز الاستئناف في الأحكام بالطلاق والحكم المستأنف لم ينص بالطلاق وإنما بالتطليق " (1).

والإتجاه الثاني :

يعتبر الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف لأن هناك فرق بين الطلاق الصادر بإرادة الزوج والذي لا يقبل الاستئناف تطبيقا لأحكام المادة 57 ق.أ وبين التطليق والخلع الذي تطلبهما الزوجة استنادا إلى أحكام المادتين 53 و54 ق.أ واللذين يقبلان الطعن بالاستئناف.

---

(1) المحكمة العليا: قرار بتاريخ 93/04/27 ملف رقم 89635.

وفي هذا الشأن صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا التي اعتبرت فيها أن الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف منها القرار المؤرخ في 98/02/17 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية حيث وقع الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر.

ثانيا : طرق الطعن غير العادية

يمكن الطعن في الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع بطرق الطعن الغير العادية والمتمثلة في الطعن بالنقض وإلتماس إعادة النظر.

1- إلتماس إعادة النظر

إن الأحكام الصادرة من المحاكم أو المجالس التي لا تكون قابلة للطعن فيها بالمعارضة أو

الإستئناف يجوز التماس إعادة النظر فيها من جانب من يكون طرفا فيها أو من له مصلحة في ذلك وهذا حسب الأحوال المنصوص عليها في المادة 390 من ق.إ.م إ.

ومن خلال كل ما سبق يتبين بأنه يمكن أن يرفع إلتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة بالخلع ما دام أنه لا يوجد نص يمنع ذلك.

2- الطعن بالنقض

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة للقانون أو بطلان في الإجراءات ويطعن بهذا الطريق في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم أو القرارات الصادرة من المجالس وذلك طبقا لأحكام المادة 349 ق.إ.م.إ فالبعض يرى بأنه مادام المشرع قد ذكر في المادة 57 ق.أ بأن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف والأحكام الصادرة بالتطليق والخلع كلها قابلة للطعن فيها بالنقض مادا لم يوجد نص صريح يمنع ذلك،إلا أنه وحسب رأيي وعملا بالمادة 57 ق.أ وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام فإن أحكام الطلاق تقبل الطعن بالنقض لأن المشرع ذكر غير قابلة للإستئناف فقط.

1/- قانون الأسرة كمرجع سابق

الخاتمة

إن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان وأي إخلال بهذا المبدأ أو أي عدول من الزوج عنه قد يلحق بالزوجة ضررا أيّا كان نوعه , المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02/05 يتعارض مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للخلع حيث إعتبره طلاقا إلا أنه هناك إختلاف في الشريعة حول إعتبار الخلع فسخ أم طلاق، ومن ثم كان لازما التطرق لهذه الجزئيات أو المسائل التي أهملها المشرع الجزائري أو لم يفصل فيها بالقدر الكافي .

من خلال دراستنا لموضوع الخلع من جوانبه الفقهية و القانونية و القضائية انتهينا إلى النتائج التالية :

1. إن الخلع كطريقة انفصال بين الزوجين ووسيلة تخول للمرأة الحق في إنهاء العلاقة الزوجية بإرادتها المنفردة كما للرجل الحق في الطلاق، هو تشريع أقره الإسلام ووضع أسسه وأحكامه وضوابطه فقهاء الشريعة الإسلامية.

2. إن الخلع كطريق لإنهاء الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة هو فرقة تختلف عن التفريقات الأخرى فالخلع يختلف عن الطلاق بالتراضي لكون الطلاق بالتراضي يقتضي موافقة الزوج على الطلاق، كما يختلف عن التطليق للأسباب المقررة في المادة 53 من قانون الأسرة 11/84 المعدل بأمر تحت رقم 02/05 الأسرة على الزوجة أن تثبتها حتى تحصل على التطليق، فالطلاق بالخلع هو الحل الأخير بيد الزوجة إذا لم تستطع إثبات أي سبب من أسباب التطليق المقررة في المادة 53 لكن مقابل دفعها لمبلغ مالي كعوض للخلع.

3. إن المشرع الجزائري لم يعط هذا الموضوع الحيوي أهميته اللازمة مكتفيا بمادة واحدة من قانون الأسرة المعدل و المتمم الصادر بأمر02/05/ المؤرخ 2005/02/27، تجيز للمرأة حق اللجوء إلى القضاء لتخالع نفسها، وقد جاءت المادة 54 في قانون الأسرة الجزائري ضعيفة من حيث الكم، وتجلى هذا الضعف الكمي في عدم كفاية النص لاحتواء كل موضوع الخلع، فلم يتطرق المشرع الجزائري إلى الحكمين ولا إلى مسألة حضانة الأولاد كمقابل للخلع

.4وأما في موضوع الكيف فتكون المادة المعدلة قد أزالت الغموض الذي اكتنف النص السابق في مسألة موافقة الزوج من عدم موافقته، فحسمت المسألة بعبار" دون موافقة الزوج"، و تكون بذلك قد أغنت القاضي عن التأويل كما كان يحدث سابقا.

.5وبالنسبة لتكييف الخلع رأينا تباين أراء الفقه والقضاء بين أنصار أن الخلع عقد رضائي ثنائي بين الزوج و زوجته وأنصار أنه حق شخصي تستعمله الزوجة متى قدرت أن الحياة الزوجية مستحيل استمرارها، وأرى أن الأصل في الخلع حق شخصي من خلال منح المادة 54الحرية الكاملة للزوجة بأن تخالع زوجها دون موافقته، وفي هذه الحالة يكون للقاضي دور مهم في الفصل والحكم بالخلع إذا لم يوافق الزوج عليه، وقد يتحول هذا الأصل كحق شخصي للزوجة استثناءا إلى عقد ثنائي الأطراف إذا وافق الزوج على مبدأ الخلع، و هنا يكون للقاضي دور مكمل لإرادة الطرفين و بلورة اتفاقهما في الحكم القضائي.

.6فضلا عن هذا، فإن التعديل الأخير على مادة الخلع في قانون الأسرة الجزائري، جاء مسايرا و مطابقا للقرارات الصادرة عن المحكمة العليا في مسألة الخلع منذ تاريخ 1992/07/21حيث أصبحت لا تعتد برضاء الزوج في حالة الفرقة بواسطة الخلع وبالتالي فإن الخلع في نظر الاجتهاد القضائي الجزائري ليس رضائيا، وهذا بعد أن كان قبل سنة 1992 لا يجيز للزوجة المطالبة بالخلع من تلقاء نفسها ولا يجيز للقاضي أن يحكم به بطلب منفرد من الزوجة إلا بموافقة الزوج و رضاه.

.7أما بالنسبة إلى كون الخلع طلاق بائن أم طلاق رجعي أرى أن الفرقة عن طريق الخلع تعتبر طلاقا بائنا ذلك أن الطلاق الذي يوقعه القاضي هو طلاق بائن، كما أنه لا يمكن أن نعتبر الخلع بعد أن حوله المشرع إلى حق خالص ومحض للزوجة يمكنها أن تستعمله متى قدرت ذلك دون موافقة الزوج، ثم يكون رجعيا.

.8لقد حددت سلطة القاضي في قضايا الخلع تحديدا واضحا،تمثل بمهمتين ، المهمة الأولى هي الاستجابة التلقائية من القاضي لطلب الخلع إذا طلبته الزوجة و تأكد من بغضها و

كراهيتها لزوجها دون الإلتفات إلى رأي و إرادة هذا الأخير بينما تؤكد المهمة الثانية على ضرورة تدخل القاضي في تحديد المبلغ المالي أو مقدار العوض في حالة عدم اتفاق الزوجان على ذلك.

9.وأخيرا يتضح جليا أن أحقية الزوجة في طلب الفرقة من زوجها عن طريق الخلع أضحى حقا ثابتا يقابل حق الزوج في الطلاق ، و لم يصبح الخلع مجرد رخصة تتوقف على إجازة الزوج أو القضاء ، و قد اتضحت الصورة من حيث التساوي بين الزوج والزوجة فتي عملية فك الرابطة الزوجية و بهذا يكون قانون الأسرة الجزائري في المادة 54 من قانون 11/84 قد جعل عقد الزواج عقدا مدنيا تساوى فيه حق المرأة والرجل في طلب الفرقة الزوجية المعدل والمتمم بأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

المراجع

المراجع باللغة العربية

.القران الكريم

.السنة النبوية الشريفة

أ -المراجع العامة:

كتب التفسير:

•أبو عبد الله بن أحمد القرطبي.الجامع لأحكام القرآن .الجزء. 3 الطبعة الثالثة سنة . 1966 دار القلم.

•السيد قطب.الظلال .المجلد الأول، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة .دار الشروق.

•الفخر الرازي التفسير الكبير الجزء 6 الطبعة الثانية .دار إحياء الكتب العربية بيروت.

•إبن كثير.

•الطبري

كتب الحديث

•أبو عبد الله البخاري .صحيح البخاري .موسوعة الحديث الشريف-الكتب الستة-دار السلام للنشر والتوزيع.الرياض.الطبعة الثالثة-سنة2000

•أبو الحسن مسلم .صحيح مسلم .موسوعة الحديث الشريف-الكتب الستة .-دار السلام للنشروالتوزيع.الرياض.الطبعة الثالثة-سنة2000

•أبو عيسى بن سورة .سنن الترميذي .موسوعة الحديث الشريف-الكتب .الستة-دار السلام للنشر والتوزيع.الرياض.الطبعة الثالثة-سنة2000

•أبو عبد الله القزويني .سنن إبن ماجة .موسوعة الحديث الشريف-الكتب .الستة-دار السلام للنشر والتوزيع.الرياض.الطبعة الثالثة-سنة2000

•أبو داود سليمان .سنن أبي داوود .موسوعة الحديث الشريف-الكتب .الستة-دار السلام للنشر والتوزيع.الرياض.الطبعة الثالثة-سنة2000

•أبو عبد الرحمن بن شعيب .سنن النسائي .موسوعة الحديث الشريف-الكتب الستة-دار السلام للنشر والتوزيع.الرياض.الطبعة الثالثة .-سنة2000

•علي بن محمد الشوكاني .نبيل الأوطار شرح منتقي الأخبار من أحاديث سيد الأخيار .الجزء 6 دار الحديث القاهرة.

كتب الفقه

•ابن تيمية .الفتاوى .الجزء 3 مطابع الرياض.

•ابن القيم الجوزية . زاد المعاد في هدي خير العباد .الجزء 2 دار الحديث القاهرة.

•ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد الجزء 2 دار الكتب الحديثة.مصر.

•ابن الهمام .فتح القدير شرح الهداية .الجزء 2 دار إحياء التراث العربي بيروت.

•أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي .المهذب في شرح الفقه الشافعي. الجزء 2 دار إحياء الكتب العربية.

•أبو محمد بن احمد بن سعيد بن حزم .المحلى .دار التراث العربي بيروت.

• .أبوعبد الله محمد الخرشي . الخرشي على مختصر خليل الجزء4

ب -المراجع المتخصصة:

•احمد نصر الجندي .التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .دار الكتب القانونية.

•بدران أبو العينين بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية الجزء 1 دار .النهضة العربية بيروت 1967

•جمال عبد الوهاب ". الخلع في الشريعة الإسلامية"دار الجامعة الجديدة وللنشر .مصر.

•شمس الدين السرسخي .المبسوط .الجزء .6 دار المعرفة الطبعة الثانية.

•شمس الدين محمد بن أبي عباس الرملي .نهاية المحتاج شرح المنهاج .الجزء 6 دار احياء الكتب العربية1967

•الشرقاوي.حاشية الشرقاوي على التحرير .المطبعة الأزهرية مصر1928.

•عبد الله بن احمد ابن قدامة .المغني على مختصر الخرقي .الجزء 2 دارالكتاب العربي.

•عبد الرحمن الصابوني مدى حرية الزوجين في الطلاق. دار الفكر.بيروت .الطبعة الثانية.

•عبد الرحمن الجزيري :كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. المجلد الرابع دط 7 دار إحياء التراث العربي.

•علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء 3 دار الكتب العلمية بيروت.

•عبد العزيز سعد .الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري .دار البعث .ط2 1989

•عامر سعيد الزيباري.أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية .دار ابن حزم .بيروت ط 1 سنة 1997

•محمد أبو زهرة، " الأحوال الشخصية" ، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة.

•محمد مصطفى شلبي.أحكام الأسرة في الإسلام .دار النهضة العربية بيروت .الطبعة الثانية.

•محمد الميلي-عبد الله شريط الجزائر في مرآة التاريخ.الطبعة1 1965 مكتبة البعث قسنطينة.

• .محمد صبحي نجم .محاضرات في قانون الأسرة .الطبعة الثانية 1988

•بلحاج العربي .الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.الجزء 1 د م ج . 1994

•يحي بن يحي الليثي إعداد احمد راتب. موطأ الإمام مالك دار النقاش

•الطباعة والنشر والتوزيع.

•منال محمود المشني.الخلع في قانون الأحوال الشخصية-أحكامه وأثاره-الطبعة الأولى سنة. 2008 دار الثقافة للنشر والتوزيع.عمان الأردن.

القوانين

58 .المؤرخ في 26 سبتمبر • - 1975 القانون المدني الجزائري أمر75

11 /02.المعدل والمتمم بأمر رقم • / 5 قانون الأسرة الجزائري رقم84

09 .مؤرخ في 25 فبراير • - 2008 قانون الإجراءات المدنية رقم08

- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1401 هـ الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الطبعة الثالثة 1999، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة 2001، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل و متمم 1999، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

المجلات القضائية :

- مجلة الأحكام المجموعة الأولى: الجزء الأول.

- نشرة القضاة لسنة 1982.

- المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث.

- المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الرابع.

- المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الأول.

- المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثاني.

- المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثالث

- نشرة القضاء العدد 94.

- المجلة القضائية لسنة 2001 العدد الأول.

- المجلة القضائية للأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001

الأحكام والاجتهادات القضائية :

-أحكام صادرة عن محكمة بشار

-الدكتور العربي بلحاجي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا.

-قرارات صادرة عن المحكمة العليا.

القواميس

•إبن منظور . لسان العرب .الجزء الأول-الطبعة الأولى-مؤسسة

.الأعلمي للمطبوعات بيروت2005 -

الرسائل الجامعية

•د.عبد الفتاح تقية. الطلاق بين تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي.رسالة

/2006.لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون. السنة الجامعية2005 -

•

المقالات

•تشوار حميدو زكية.الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 45 من قانون

الأسرة.مقال بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية

/2002.الجزء 41 عدد2

المجلات

•المجلة القضائية.

• .مجموعة الأحكام القضائية الإسلامية الجزء 1 من 194 إلى1950

المراجع باللغة الفرنسية

• ghouti benmelha le droit algérien de la famille opu alger 1993 p

• limon le divorce en France.

• cf.c.a.alger 1er ch 26/10/1863 in estoublon, jurisprudence algerienne de 1830 à 1876 t 3 , 1863 cf h h

الفهرس

الفهرس

مقدمة

الفصل الأول الخلع في التشريع والاجتهاد القضائي ----------03

المبحث الأول ماهية الخلع ----------03

المطلب الأول مفهوم الخلع ----------03

الفرع الأول تعريف الخلع ----------03

الفرع الثاني أنواع الخلع ----------08

المطلب الثاني أركان الخلع وشروطه ----------15

الفرع الأول ركن الزوجة والزوج ----------16

الفرع الثاني العوض والصيغة ----------25

المبحث الثاني التكييف القانوني للخلع وموقف الاجتهاد القضائي منه -----36

المطلب الأول التكييف القانوني للخلع ----------36

الفرع الأول الفرق بين الخلع وحالات الانحلال الأخرى----------37

الفرع الثاني الخلع عقد رضائي أم حق شخصي ----------42

المطلب الثاني مدى التكييف الشرعي لطرق الخلع ----------53

الفرع الأول الخلع فسخ أم طلاق ----------53

الفرع الثاني وصف الخلع في التشريع والقضاء الجزائري ----------60

الفصل الثاني إجراءات التقاضي في الخلع والآثار المترتبة عنه ----------64

المبحث الأول إجراءات التقاضي في الخلع ----------64

المطلب الأول الإجراءات الموضوعية والشكلية في قضايا الخلع --------64

الفرع الأول الجهة القضائية المختصة في قضايا الخلع ----------65

الفرع الثاني الإجراءات الشكلية أمام الجهة القضائية ----------68

المطلب الثاني مدى تدخل القاضي في الخلع ----------70

الفهرس

الفرع الأول السلطة التقديرية للقاضي ----------70

الفرع الثاني الأحكام القضائية الصادرة في قضايا الخلع ---------73

المبحث الثاني الآثار الشرعية والقانونية للخلع ----------75

المطلب الأول التزامات الزوجة ونفقتها وعدتها ----------75

الفرع الأول التزامات الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية----------75

الفرع الثاني نفقة وعدة المختلعة ----------77

المطلب الثاني سقوط حق الحضانة في مقابل الخلع ----------81

الفرع الأول سقوط حق الحضانة في الفقه والقانون----------81

الفرع الثاني سقوط حق الحضانة في التشريع والقضاء----------82

المطلب الثالث: إجراءات خاصة برفع دعوى وقواعد الإختصاص-----89

الفرع الأول: إجراءات الدعوى----------89

الفرع الثاني: قواعد الإختصاص وكيفية تسيير الجلسة----------93

الفرع الثالث: طرق الطعن في الأحكام الصادرة بالخلع----------99

خاتمة ----------105

المراجع ----------109