وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الحميد بن باديس

مستغانم

مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص قانون خاص معمق

عنوان :

الخلع في ظل التعديلات الجديدة

من إعداد الطالبة :

– دندان سعدية.

تحت إشراف الأستاذة :

– بنور سعاد.

أعضاء لجنة المناقشة

بوسحبة الجيلالي	رئيسا
بن نور سعاد	مشرفا
رحوي فؤاد	مناقشا

السنة الجامعة

2018/2017

قال تعالى

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾

البقرة ﴿229﴾

إهـــــداء

إلى من حصدت الأشواك في دربي لتمهد لي طريق العلم

إلى من حرمت نفسها النوم والراحة لأكمل طريق علمي وأرتاح

(والدتي الحبيبة القلب الكبير والصبر الجميل)

إلى من كلت أنامله ليقدم لي لحظة سعادة

إلى من تعب وجد ليقدم لي يد المساعدة

(والدي العزيز اليد المعطاء والقلب الشجاع)

إلى من أعطاني الضوء الأخضر للانطلاق إلى العلم

إلى من وقف بجانبي وعبد طريقي حتى لا أتعثر

(زوجي العزيز صاحب القلب الصبور)

إلى إخوتي أصاب القلوب الرحيمة والنفوس الرقيقة

هؤلاء أصحاب العون الكبير حتى أرسو في مناء النجاح

شكـــــر

أتوجه إلى أستاذتي الفاضلة التي لم تبخل عليا بما لديها من معلومات فكانت أفضل سند وأحسن موجه

إلى الأستاذة التي أعطتني من وقتها أكثر مما أستحق وجعلت من ظروفي ظروفها محاولة منها مساعدتي

شكرا لك أستاذتي يا من أشعلت شمعة في دروبي عملي ووقفت في منبري لتعطيني حصيلة فكرك لتنيري دربي

"الأستاذة بنور سعاد"

التي تفضلت بالإشراف على العمل الذي قمت به فكانت أفضل مرشد

فلك مني كل التقدير والعرفان والاحترام

مقدمة

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتبارها الخلية الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء، لذلك فإن كل تشريعات الدول والأنظمة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصياتها.

إن الأسرة في الإسلام نظام شرعي، فليس الزواج مجرد عقد بين الرجل والمرأة على الوجه المشروع وإنما فضلا عن ذلك يعتبر ميثاقا غليظا بين الزوجين وذلك **لقوله تعالى :** ﴿**... وأخذن منكم ميثاقا غليظا**﴾[1]، وهذا الميثاق يجب أن لا يستهان به.

وإن الله تعالى ولرحمته بعباده والتي وسعت كل شيء فإنه جعل بين الأزواج المودة والرحمة، **لقوله تعالى :** ﴿**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**﴾.[2]

فإذا لم يتحقق هذا المعنى من الزواج بحيث توجد مودة من الطرفين أو لم توجد من الزوج وحده وساءت العشرة فإن الزوج مأمور على العمر على إصلاح ما وسعه ذلك فإن تعسر العلاج فتسريح الزوجة بإحسان **قال تعالى :** ﴿**... إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ...**﴾[3].

وللإيقاع الطلاق هناك معادلة متبادلة بين الزوجين فيما يخص الطلاق بإرادة الزوج المنفردة ويقابلها الخلع بإرادة الزوجة وبنهما الطلاق باتفاق إرادة الطرفين ثم التطليق، وها نحن في بحثنا هذا نحاول مناقشة أحد المواضيع التي قد يلجأ إليها أحد الأزواج في حال النزاع، وهذا لاعتبار أن التشريع الإسلامي شرع الطلاق وجعله في الأصل من حقوق الزوج ولا يجوز الخروج عن هذا المبدأ، إلا استثناء وفي بعض الحالات فقط كحالة إيقاع الطلاق في حالة الإضرار بالزوجة أو في حالة نفورها من الزوج وتقديمها بدلا للخلاص منه، إذا كان للمرأة حق الخلاص من زوجها في حال الضرر والنفور والمتمثل في الخلع، كأحد الوسائل التي منحت لها بقوة الشرع والقانون.

---

[1]– الآية 21، سورة النساء.

[2]– الآية 21، سورة الروم.

[3]– الآية 229، سورة البقرة.

وسنقول أن الخلع قد مر بعدة مراحل إذ نجد أن تطبق الخلع في الحياة الواقعية قبل سنة 1958 ثم تغيبه كلية بمناسبة قانون 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 الذي خرج عن إطار الشريعة الإسلامية ووضع قواعد خاصة مغايرة تماما لما كان معمولا بها في المحاكم الشرعية وصدور قانون الأسرة في سنة 1984 لم يغير شيئا[1]، في الوضعية السابقة بفعل أحجابه عن الإسهاب في مسألة الخلع وإعطاء الرأي القانوني الفيصل الذي ينهي كل أشكال مختلف فيه، فقد جاء الخلع متضبا في مادة وحيدة، بدأ الكلام فيها عن جواز الزوجة مخالصة نفسها مقابل مال تدفعه، غير أن المبدأ كان مبهما واقتصر الحديث عن تصرف القاضي في حالة عدم الإنفاق على بدل الخلع، وأبقى على تغليب الرأي القائل بضرورة موافقة الزوج في الخلع.

وعلى ضوء التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري المتمثل في الأمر 02/05 المعدل للمادة 54 منه والتي تضمنت حق الخلع هذا يجعلنا نطرح الإشكالية التالية :

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في صياغته للمادة 54 من القانون الأسرة المعدلة؟ وما هي أحكام الخلع وفيما تتمثل آثار الخلع بشكل عام وخاص؟

وبالإجابة على هذه الإشكالية لابد من الاعتماد على المنهج التحليلي وكذا النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، بالإضافة إلى المنهج المقارن وهذا للمقارنة والشريعة الإسلامية الغراء.

تكمن أهمية الموضوع الذي نحن بصدد مناقشته من المواضيع الهامة فيما يتعلق بإنهاء معاناة المرأة داخل بيت الزوجية، ولوضع حد لتسلط الزوج باستعمال سلطته على المرأة بالإضافة إلى ذلك فإن هذا الموضوع يعتبر وفي الوقت الحاضر أحد فؤوس هذه الأسرة وكيانها، وهذا الاعتبار سوء استعمال الزوجات لهذا الحق، وحولته إلى عصا على أعناق الرجال، كما يسهم هذا الموضوع في الإحاطة بموضوع الخلع من كل جوانبه وهذا لتعرف على مزاياه وعيوبه، وكذا توضيح المفهوم العام والخاص للمادة المعدلة بموجب الأمر 02/05 أي الإحاطة بموضوع الخلع من كل جوانبه وخاصة الجانب القانوني لإظهار معنى التعديل.

[1]– أ. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية" على ضوء القانون والفضاء في الجزائر، دار الصدى، ص74–75.

وهذا لالتفاة معظم الأساتذة والدكاترة في الحقوق لدراسة الموضوع وحتى وجود دراسات موضوعية في هذا الشأن وهذا للإحاطة بظاهرة الخلع، وكذلك نقص التشريعي بالموضوع رغم أهميته في الواقع.

حيث يهدف هذا الموضوع إلى التعرف على أحكام الخلع والمتمثلة في ماهية الخلع الأساس القانوني للخلع بالإضافة إلى أركان الخلع وهذا كله جاء في الفصل الأول أما الفصل الثاني فنقوم بالتعريف بالأحكام الإجرائية للخلع والمتمثلة في إجراءات دعوى الخلع ومقدمات الطلاق ومضمونه وأخيرا في المبحث الأخير نتعرف على الآثار العامة والخاصة للخلع.

سبق التطرق للموضوع في عدة كتابات من طرف عدة مؤلفين فيما يخص قانون الأسرة الجزائري الخاص بانحلال الرابطة الزوجية حيث تناولوا الخلع كفرع من بحوثهم في الطلاق أو في بحث مزدوج بين التطليق والخلع كما تناولته الأستاذة منصوري نورة.

وجدت صعوبات من ناحية الدراسة القانونية وهذا أن معظم الكتب في المكتبات لا تشتمل على موضوع الخلع مستقل تدرسه دراسة تحليلية وافية.

وقد وجدت عدة صعوبات من الناحية القانونية وهذا أن معظم الكتب في مكتبات لا تتناول موضوع الخلع بصفة مستقلة. بالإضافة لضيق الوقت بين الدراسات والتحضير للبحث في إطار مذكرة تخرج، وسوف نحاول من خلال هذه الرسالة التعرض إلى موضوع الخلع في ظل التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري للإلمام بكل جوانبه للإعطاء الصورة الواضحة والدقيقة لموضوع الخلع في إطاره المعدل ولهذا عنونة الفصل الأول بالأحكام الخلع وهذا الفصل احتوى مبحثين الأول تحت عنوان ماهية الخلع أما المبحث الثاني فتضمن الأساس القانوني الخلع.

أما الفصل الثاني فتضمن الأحكام الإجرائية للخلع والآثار المترتبة عن الخلع هو الأخير تضمن مبحثين، المبحث الأول تناول الأحكام الإجرائية في دعوى الخلع أما المبحث الثاني فتضمن الآثار المترتبة عن الخلع.

الفصـل الأول

أحكام الخلـع

الطلاق أسلوب اجتماعي لإنهاء العلاقة الزوجية ووقف التفاعل بين الزوجين في الزواج الفاسد وهو نهاية مؤلمة، إلا أنه أسلوب جيد في إنهاء الزواج الذي زالت عنه المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين ومع الصراع المتواصل فإن حل عقد زواجهما أفضل من الحيات الزوجية التعيسة، التي يعيشانها لأنها أكثر خطورة من الطلاق الفعلي على النمو النفسي للأطفال وللزوجين على حد سواء. ولهاذا كان من المقرر شرعا وقانونا أن الطلاق يعتبر علاج للخلافات الزوجية، ومن ثم نجد أن الزوجة لم تعد تحت رحمة الزوج الذي يملك حق الطلاق، فلها أن تنفذ إلى خلاصها من جانب التطليق الذي يكون لأسباب معينة، وأن تتفق مع زوجها على الطلاق دون المساس بالحقوق الشرعية و حقوق الأبناء حيث يعتبر الطلاق بالتراضي. ولها بطريق الخلع ومنه نطرح التساؤلات التالية ماهي ماهية الخلع؟ وما أركانه؟ وماهي أحكامه التنظيمية؟ وللإجابة على هذه الإشكالات فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين الأول يتضمن الأحكام الموضوعية أما الثاني فتضمن الأحكام التنظيمية.

المبحث الأول : ماهية الخلع

وبالتطرق لهذه الأحكام وهذا للتعرف على ماهية الخلع بالقدر الوافي إذ نجد أن تعريف الخلع اللغوي يكون الخلع (بفتح الخاء) هو النزع والإزالة فيقال خلع فلان ثوبه، ويضم الخاء طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به المرأة.[1]

ومعناه أنه النزع بقول خلعت الثوب خلعا نزعته وخالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمالها، فخلعها وأبانها عن نفسه، ويسمى هذا الفراق خلعا ولأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجل، والرجل لباس لهن **فقال** : ﴿**هن لباس لكم وأنتم لباس لهن**﴾.

وهي ضجيعه وضجيعته، فإذا افتدت المرأة بما لا تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه، والخلع بالفتح والضم مصدر خلع والأول مصدر قياسي والثاني مصدر سماعي والخلع أيضا اسم مصدر لاختلع[2]، يقال أن العرف من استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية والخلع بالضم في إزالة الزوجية[3].

وتضيف إلى أن الخلع (يفتح الخاء) مصدر قياسي، يستعمل في الأمور الحسية فيقال خلع ثوبه أي إزاله عن بدنه، وفي الأمور المعنوية يقال خلع الرجل امرأته خلعا أي أزال زوجيتها وخلعت المرأة زوجها مخالفة إذا افتدت به، والخلع (بضم الخاء) مصدر سماعي، يستعمل في الأمرين أيضا مع فارق بسيط وهو أنه يستعمل في إزالة الزوجية.[4]

ونجد جانب آخر وهو الجانب الاصطلاحي وهو فك الرابطة الزوجية بسبب كراهية الزوجة لزوجها مقابل مبلغ محدد من المال وبتعريف أكثر شمولية وأكثر دقة فهو عقد رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض الزوجة وقبول الزوج مقابل مال[5]، معلوم ومقبول شرعا تدفعه الزوجة

---

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، الزواج والطلاق ديوان المطبوعات الجامعية2004، ص 261.

[2]– جمال عبد الوهاب عبد العفان الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة 2003، دار الجامعة الجديدة للنشر ص 26.

[3]– محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دار الجامعية للطباعة والنشر، ص151.

[4]– باديس زيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والفضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 58.

[5]– فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، منشورات أمين، 2007–2008، ص33 .

فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم[1]، وهو بذل المرأة العوض عن طلاقها أو هو طلاق بعوض.[2]

إضافة لما تناولناه من الجوانب السالفة الذكر لا بد من التطرق إلى التعريف الشرعي والقانوني الجديرين بالدراسة.

المطلب الأول : تحديد مفهوم الخلع

للتطرق لتعريف الخلع لابد من الإحاطة بجل جوانبه لإعطائه المعنى الكامل والشامل إذ نجد أن الخلع هو النزع والإزالة فيقال فلان خلع ثوبه، أو هو فك الرابطة الزوجية بسبب كراهية الزوجة لزوجها بمقابل مالي، ولوجود هذا التنوع تناولنا مفهوم الخلع قانونا وشرعا، ومنه الفرع التالي على هذا المنوال.

الفرع الأول : تعريف الخلع

كما سبق الذكر فيم يخص التعريف اللغوي والاصطلاحي سوف نتطرق إلى المفهوم القانوني ثم الشرعي الجدير بالدراسة، ومنه :

أولا : **التعريف القانوني للخلع**

الخلع من الناحية القانونية هو ما أعطى المشرع الجزائري للمرأة إمكانية خلع نفسها من الزوج الذي لا ترغب فيه، وهذا من خلال المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي :

"يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"[3].

وقد جاء تعديل هذه المادة وفق الأمر الرئاسي رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 24-11 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.[4]

فمن خلال هذه المادة يتبين أنه بإمكان المرأة أن تتبع إجراء الخلع لفك الرابطة الزوجية إن رأت ضرورة لذلك ولكن على شرط أن يتم الإنفاق بينهما وبين الزوج واعتمد

---

[1]- فضيل العيش، نفس المرجع، ص 33.

[2]- نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الصدى، عين ميلة، الجزائر، 2012.

[3]- قانون الأسرة الجزائري، قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيراير 2005.

[4]- الأمر الرئاسي 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 لقانون الأسرة الجزائري- الجريدة الرسمية رقم 15.

المشرع الجزائري في ذلك معيار صداق المثل في الفترة الزمنية التي يحكم في الدعوى غير أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بصداق المثل من هل الذي يدفع لمثل تلك المرأة الطالبة للخلع أو الذي يدفع لأي مرأة كانت في تلك الفترة[1].

ثانيا : التعريف الشرعي للخلع

الخلع من الناحية الشرعية هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة مع زوجها، ولهذا أجاز لها الشرع الإسلامي أن تفتدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها، ودل على ذلك من القرآن الكريم، وهذا **لقوله تعالى :** ﴿**فإن خفتم ألا يقيم حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾ والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا فإذا كره العيش مع المرأة وغابت عنه السكينة دون تقصير من الزوجة جاز له بفارقها بإحسان **لقوله تعالى :** ﴿**فأمسكوهن بمعروف أو فرقوهن بمعروف**﴾[2]، وقد شرع الخلع إذا تخاصم الزوجان بسبب ما ينشأ بينهما من خلاف وخصومات ولم يتمكنا من إقامة حدود الله[3].

أما تعريف الخلع في السنة النبوية الشريفة فنجد عن ابن عباس قال : (جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلي الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إني ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها تطليقة) رواه البخاري والنسائي.

وعن ابن عباي : (أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلي الله عليه وسلم فقالت : والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا:

---

[1]– لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، طبع في 2004، دار هومة للطباعة، ص103– 104.

[2]– بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، دون سنة النشر، ص 208.

[3]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 262.

فقال لها النبي صلي الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، فأمره رسول الله صلي الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد. رواه ابن ماجة.[1]

وعن الربيع بنت معوذ (أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميلة ثبت عبد الله بن أبي، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأرسل رسول الله صلي الله عليه وسلم إلى ثابت، فقال له : خذ الذي لها عليك وخل سبب لها؟ قال : نعم، فأمرها رسول الله صلي الله عليه وسلم أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها) رواه النسائي.

قد يدخل على المرأة ما يدخل على الرجل من كراهة معاشرة الزوج وجنوح النفس للفرق، إلى حد أنه لو أستمر العيش بين الزوجين دون انفصال، فإنه يخشى عند ذلك من الوقوع في الفاحشة، أو ركوب النشور والعصيان من قبل المرأة على زوجها، فتطلب المرأة في هذه الحالة الفراق، فكما أن الزوج أرصد مهرا يدفعه لها إذا طلقها كان العدل أن تدفع هي بالمقابل شيئا له لما أدخلت عليه من الضرر بتركها ولو كان الضرر معنويا، والغالب أن تكون المرأة لا مال لها، فتفتدي عنها بشيء من مهرها أو به كاملا[2].

أما التعريف الاصطلاحي لجملة من الفقهاء إذ نجد المذهب الحنفي عرفوه بأنه عبارة عن أخذ المال من المرأة بإزال ملك النكاح، ويؤخذ على هذا التعريف أنه لو قال لزوجته فخلعتكي ولم يسم شيئا، فإنه خلع مسقط الحقوق، مع أنه ليس فيه ذكر للبدل، ويجاب على هذا بأن مهرها الذي سقط عن الزوج يكون هو البدل.

ويعترض عليه بأنها لو كانت قد قبضت المهر كاملا فما هو البدل الذي سيسقط أجيب عنه بأنها ترد عليه جميع ما أخذت من المهر وعرفه صاحب البحر الرائق بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه قوله إزالة ملك النكاح يوافق المفهوم اللغوي ويفيد أنه إذا خالع الرجل زوجته المطلقة منه طلاقا رجعيا في العدة بمال، فإنه يصح ويجب المال ولو خالفها بمال ثم خالعها في العدة لم يصح، وقوله

[1]– بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا اللمعية والتوزيع، دون سنة النشر، ص 310–311.

[2]– بوقندورة سليمان، نفس المرجع، ص311–312.

متوقف على قبولها يفيد أنه يشترط أن تقبل المرأة بهذا الأمر.[1] وحوصلة القول أن الخلع بلفظه أو ما في معناه يفيد ما إذا وقع الخلع بلفظه الصريح أو بألفاظ أخرى[2].

أما فقهاء المالكية عرفوا الخلع على أنه طلاق بعوض يؤخذ على هذا التعريف بأنه غير مانع وغير جامع أما كونه غير مانع فلأنه يشمل الطلاق على مال وهو وإن كان يتفق مع الخلع في البيونة فإنه يختلف معه في بعض الأحكام.

وأما كونه غير جامع فلأنه لا يشمل سوى نوع واحد من الخلع وهو ما إذا كان يعرض، مع أن الطلاق بلفظ الخلع بلا عوض خلع صحيح والتعريف لا يشمله، فهو قاصر على ما إذا كان بعوض ولكن قد يحاب عن هذا من وجهتين، الأول أنه نص في هذا التعريف على الأصل في الخلع وهو أن يكون بعوض وترك غيره لفهمه بداهة، أما الوجه الثاني على أن التعريف يشمله "العوض" لأنه من لوازم كونه خلعا فتجري أحكامه عليه، ومنها سقوط نفقتها أيام عدتها.[3]

أما الشافعية فيقولون أنه فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج، أما الحنابلة فيقولون أنه فراقة الزوجة بعوض بألفاظ مخصوصة، أما الإمامية فيقولون أنه طلاق بعوض لازم لجهة الزوجة.

بالنظر في تعريفات الفقهاء السابقة نجد بأنها كلها تكاد تكون مجتمعة إلا من زيادة بعض القبور في بعضها عن بعض ثم أنهم جميعا متفقون في أن الخلع من قبل الزوجة معاوضة لأنها تدفع العوض في مقابل ملكها بضعها وأن التعريف المستحق للاختيار هو تعريف الشافعية القائل : "فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج".[4]

بالإضافة إلى قول الشافعية بقول الأستاذ محمد أبو زهرة على رأس الفقه الحديث أن الخلع يراد به أيّانًا معنى عام وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها سواء كان

---

[1]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص27-28.

[2]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار، نفس المرجع، ص 28.

[3]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار، نفس المرجع، ص 29.

[4]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار، نفس المرجع، ص 31.

لفظ الخلع أو بلفظ الطلاق وهذا الذي قال به المالكية والشافعية أي المعنى العام ومعنى خاص وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع أو في معناه حيث يقول أبو زهرة والذي يختار المعنى العام وهذا النوع من الطلاق إنه يتميز عن الطلاق أنه يكون في نظير عوض تقدمه الزوجة لزوجها وعلى ذلك فالرأي ما جاء به المالكية كما عرفه عبد الرحمن الهايوني على أنه : "الخلع هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها وأن هذا التعويض لا يتجاوز مقدار السهر"[1].

الفرع الثاني : أنواع الخلع.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره نجد أن أنواع الخلع جاء فيما يخص ما تدفعه الزوجة إلى زوجها إلى نوعين : نوع بغير عوض تدفعه الزوجة، ونوع بعوض ملتزمة للزوج نظير الافتداء أو الخلع.

الخلع بغير عوض هو نوع من الخلع الذي لا يخضع لأحكام الخلع وإنما يأخذ حكم كنايات الطلاق والكناية نحتاج إلى نبة مثل : قوله الزوج لزوجته "خالعتك" دون أن يذكر المال أو أي صيغة تدل وجوبه على الزوجة وإذا قال الزوج لزوجته أردت بالخلع الطلاق كان له ذلك وبمقتضى ما تقدم أن الزوج المخالع، فإذا أراد به طلاقا كان طلاقا، وإن لم ينو الطلاق فلا يقع به شيء وإذا نوى به الطلاقات الثلاث كان ذلك ووصيف الطلاق الواقع بلفظ الخلع بلا عوض بائن عن الأحناف والشافعية[2].

أما الخلع بعوض تدفعه الزوجة هو الذي تدفع فيه الزوجة مالا لزوجها أو تتنازل عن حقوقها الزوجية المالية ذلك هو النوع الذي نحن بصدده، لأن الخلع وإن كان يشمل الزوجين إلا أنه عند الطلاق ينصرف إلى النوع الثاني لغة وشرعا[3]، إذ نجد أن المخالعة[4] ككل العقود يحتاج إلى إيجاب وقبول وقد قال الكاساني : "أنه عقد على طلاقات يصدرها الزوج بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول من الزوجة بخلاف النوع لا

---

[1]– خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دون دار النشر وسنة النشر، ص165 –166.

[2]– أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانون، مصر، 2006م، ص 129.

[3]– إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق)، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1429هـ– 2008م.

[4]– شرح : الفرق بين الخلع والمخالفة، الخلع يكون بإرادة المرأة المنفردة أما المخالعة فتكون بإرادة الزوجين.

عوض فيه، إذ قال : "خالعتك" ولم يذكر العوض ونوع الطلاق وقع، سواء أقبلت أو لم تقبل لأي ذلك خلاف بغير عوض، فلا يفتقر إلى القبول منها أما الخلع فهو عقد بالإرادة المنفردة للزوجة".[1]

الفرع الثالث : ألفاظ الخلع.

أما ألفاظ الخلع فيرى الفقهاء أنه لا بد من أن يكون لفظ الخلع أو ما في معناه كالإيراد والمبارأة والفداء أو الافتداء، فلا بد من لفظ من الألفاظ الصريحة في معنى الخلع أو الكنايات عنه، ذلك لأن الخلع الشرعي له أحكام خاصة تختلف عن أحكام الطلاق فكان لبد من التميز في الصيغة ضرورة حتى لا يحصل الالتباس،[2] والألفاظ ذات الصلة بالخلع تتمثل في ما يلي :

1- الفسخ : جاء على لسان العرب" فسخ الشيء يفسخه فسخا فانفسخ نقضه فانتقض وتفاسخت الأقاويل : تناقضت،[3] وحقيقة الفسخ "قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه.[4]

2- الصلح : الصلح لغة اسم من المصالحة، رمي المسالمة بعد المنازعة وفي الشريعة عقد يرغم النزاع، وصلته بالخلع أنه نوع من المعاقدة ويقصد به فضع النزاع، سواء بين الجماعات الأفراد، ومنه لا يقع بين الزوجين من شقاق يقتضي المصالحة بمال أو دونه ويفهم من عبارات بعض الفقهاء، إن الصلح يقع على معنى الخلع، إذا كان البدل الذي أخذه الزوج نظير الخلع أقل أو أكثر مما ملكته الزوجة يعقد النكاح[5].

3- المفاداة : فداه من الأسرة (يفتديه)(فدى) وتفتح الفاء وتكسر إذا استنفذه بمال، واسم ذلك المال (الفدية) وهو عوض الأسير، وجمعها (فيدى) وَ (فيديات)، وفدت المرأة

---

[1]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزوج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر، 1428هـ-2007م، ص275.

[2]- منال محمود المشني، خلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه، آثاره)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان الأردن 1429هـ، 2008م، ص 58.

[3]- ابن منصور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1999م، ص169.

[4]- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار النهضة بيروت، دون تاريخ النشر، ص 390.

[5]- نورة منصورة، المرجع السابق، ص 105.

نفسها من زوجها (تعتدي أعطته مالا ولقد أستعمل القرآن هذا اللفظ في الدلالة على الخلع، وفي **قوله تعالى** : ﴿**فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾[1] وهو من ألفاظه الصريحة عند الجمهور.[2]

4- المبارأة : جاء في لسان العرب وبار المرأة مبارأة وبراء ما لخص على الفراق، أو هي التي بارأت زوجها قبل الدخول[3].

5-الطلاق : طلق الرجل امرأته (تطليقا/فهو مطلق) والاسم (الطلاق) فالتركيب دل على الحل، والانحلال، يقال (أطلقت) الأسير إذا حللت إساره، وخليت عنه (فانطلق) أي: ذهب في سبيله، ومن من قيل : (أطلقت) القول إذا أرسلته من غير قيد ولا شرط[4].

وبهذا المعنى يقول ابن رشد : واسم الخلع، والفدية، والصلح، والمبارأة، كلها تؤول إلى معنى واحد، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها، إلا أنه جعل الفرق بينهما يعود إلى مقدار العوض، فالخلع يختص ببذلها جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية بأكثره، والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه، وهو أمر ليس مح ل اتفاق.

ونرى أن أي لفظ من جانب الزوج سواء بلفظ المخالفة أو الافتداء أو يلفظ آخر من الألفاظ السابقة الذكر فإن ذلك يعتبر خلع، فالعبرة ليست بالألفاظ والدليل على ذلك أن **الله تعالى** : ﴿**لم يصبن لفظا بعينه مقابل القديمة**﴾[5]، أما المشرع الجزائري استعمل لفظ الخلع صراحة دون غير من الألفاظ الدالة عليه حسب ما جاء في نص المادة 54 من قانون الأسرة[6].

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للخلع

يعتبر الخلع فقها عقد بين الزوجين على خلاص المرأة من زوجها، نضير بدل فهو طلاق يشترك فيه الزوجين ولا يتم من جانب واحد، فالطلاق الذي يوقعه الزوج أو توقعه

---

[1]- سورة البقرة، الآية 229.

[2]- اسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، عليه الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2008م.

[3]- ابن منصور، المرجع السابق، ص170.

[4]- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص393.

[5]- منال محمد المسني، المرجع السابق، ص59.

[6]- نورة منصوري، المرجع السابق، ص 106.

الزوجة بتفويض من زوجها (طلاق تفويض). هذا من جهة، ومن جهة أخرى تدور مخرجات المسألة عند فقهاء المذاهب على اعتبار الخلع نوعا من المعاوضة، فبعضهم يراه يمينا من جانب الزوج أو معاوضة منها فيما استقل ابن تيمية في اعتباره نوعا من الازدواج أو المشاركة. وبناء على ما سبق تناوله من ماهية الخلع بالتطرق بتعريف الخلع وكذا ألفاظه وأنواعه لابد من تناول طبيعة الخلع والخلاص إلى موقف المشرع الجزائري منه.

الفرع الأول : اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة

عرف الفقهاء الطلاق على أنه يمين، سواء أوقعه الزوج أو الزوجة، فهل الطلاق الذي يشترك فيه الزوجان ولا يتم بإرادتهما مجتمعة يعتبر يمينا منهما أم مختلف كل منهما عن الآخر؟[1]

1- الموقف الفقهي :

الأحناف يرون أن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج، فهو تعليق الطلاق من الزوج بقبول المال، لأن الزوج الذي يقول لزوجته "خالعتك على مائة درهم" يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبوله دفع مائة درهم والتعليق يسمى يمينا، في اصطلاح الفقهاء لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج.

أما بالنسبة للزوجة فيعتبر معاوضة، لأنها بقبولها دفع المبلغ المالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج مقابل افتداء نفسها من قيود الزوجية وكأنها قالت له "رضيت أن أشتري عصمتي منك بهذا البدل".

إلا أن صاحبي أبي حنيفة قالوا إن الخلع يمين من جهة الزوج والزوجة معا ورتب الأحكام على ذلك ما يلي :[2]

يصح إيجاب الزوج بالخلع حتى ولو كانت الزوجة غائبة عن مجلس الخلع، فإذا بلغها إيجاب الزوج وقبلت في نفس المجلس الذي علمت فيه تم العقد على الخلع، أما إذا قامت من مجلسها دون أن تصرح بقبولها بطل إيجاب الزوج، وبذلك لا يتم انعقاد الخلع.

---

[1]- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، المرجع السابق، ص 64.

[2]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحد التعديلات دراسة فقهة ونقدية مقارنة جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، دون سنة النشر، ص 217.

إذا كان الزوج هو المبادر للخلع، فلا يبطل إيجابه برجوعه عنه، ولا بقيامه من المجلس قبل قبول الزوجة، وذلك لأن إيجاب الزوج يمين واليمين لا يجوز الرجوع عنها، صراحة ولا دلالة، فإذا قامت الزوجة من المجلس دون أن تقبل ببطل الإيجاب الصادر من الزوج بالخلع، وذلك لأن الخلع معارضة من جانب الزوجة والمعارضة تبطل بتفريق عاقد بها بعد الإيجاب وقبل القبول.

يصح للزوج أن يتعلق إيجابه بالخلع على شرط معين كما يجوز له أن يضيق الخلع إلى زمن المستقبل وذلك لأن الخلع في حقه يمين واليمين يجوز تعليقها أما الزوجة فلا يصح تعليق إيجابها على شرط، أو إضافته إلى زمن مستقبلي وذلك لأن الخلع في حقها معاوضة، والمعاوضة لا تقبل التعليق ولا إضافة.

في حين يذهب جانب من الفقه في مقدمتهم المالكية إلى أن الخلع حق أصيل للزوجة يحق لها اللجوء إليه[1]، متى شاءت وإن أرادت ذلك إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة الزوجية رفقة زوجها يعد ضربا من المحال وهي بذلك لا تحتاج إلى مجلس عقد ولا إلى إيجاب الزوج في مخالعتها[2].

الفرع الثاني : على اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا

تضاربت الآراء حول اعتبار الخلع فسخا أم طلاق، فمنهم من اعتبر الخلع فسخا والبعض الآخر اعتبره طلاقا وهذا ما جاء تبيانه في الموقف الفقهي.

1- الموقف الفقهي :

اختلف الفقهاء أيضا حول اعتبار الخلع طلاقا أم فسخا، فيرى جمهور الفقهاء المالكية والحنفية والشافعية أن الخلع طلاق بائن، فلا ترجع إلى زوجها إلا بعقد جديد وهو ما ذهب إلى بعض الصحابة كعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لاعتدائها معنى.

واحتجوا من يرون أنه الطلاق بأن الفسوخ إنما هي التي تقضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ، وفي هذا يقول السردسي وإذا اختلعت المرأة من زوجها فالخلع جائز والخلع تطليقه بائنة عندنا.

[1]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 218.

[2]- أحمد شامي، نفس المرجع، ص 218.

أما الذي قالوا بأن الخلع فسخ ومنهم أحمد بن الحنبل في إحدى الروايتين وداود واحد قولي الشافعي وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور واحتج ابن عباس بقوله تعالى : ﴿**الطلاق مرتان**﴾ ثم قال : ﴿**فلا جناح عليكما فيما افتدت به**﴾ ثم قال : ﴿**فإن طلقها فلا تحل له بعد حتى تنكح زوجا غيره**﴾.[1]

فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكان فسخا كسائر الفسوخ وفي نفس الصدد ذكر الإمام بن قيم الجوزية بقوله : "والذي يدل على أنه ليس بطلاق أنه سبحانه وتعالى رتب الطلاق بعد الدخول الذي لا يستوفي عدده ثلاثة أحكام، كلها مبتغية على الخلع ويعد فسخا لأنه محسوب بين الثلاث فلا تحل بعد استفاء العقد بعد ... الزوج وأصابته كما أن العدة فيه ثلاثة قروء ويضيف ابن القيم قوله ومن نظر إلى الحقائق العقود ومقاصدها درف ألفاظها بعد الخلع فسخا بأي لفظ كان حتى بلفظ الطلاق[2].

إن مما لا خلاف فيه بين الحنفية والشافعي أن الخلع طلاقا لا فسخ وهو الأظهر من قولي الشافعي رحمة الله تعالى ومما ينبغي الإشارة إليه أن الخلع قد يكون باللفظ الصريح كالخلع اتفاقا ومفاداة أيضا بناءً على رأي الشافعية وقد يقع باللفظ الكنائي كلفظ المبارأة والتحريم وغيرها من كتابات الطلاق اتفاقا على رأي الحنفية وفي قول على مذهب الشافعية[3]

في الأخير نرجع قول جمهور الفقهاء وذلك لقوة أدلتهم ولقوله صلي الله عليه وسلم "اقبل الحديقة وطلقها تطليقه" أي أن رسول الله صلي الله عليه وسلم اعتبر أن الخلع طلاق وليس فسخا[4].

---

[1]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص 220.

[2]– أحمد شامي، نفس المرجع، ص 220.

[3]– اسماعيل أبو بكر الباسري، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، دار الحامد، الطبعة الأولى، 1429هـ–2009م، ص 320.

[4]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص221.

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري

عرف المشرع الجزائري مرحلتين في تحديد رؤيته بشأن الخلع كيمين أم معاوضة، ففي قانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة التكيف الفقهي للخلع في كونه عقد يتضمن على الزوج اليمين، وعلى الزوجة المعاوضة كما أورد الفقهاء في كون الخلع يعد يمينا من جانبا الزوج، لأنه يرتبط بالطلاق ويعد معاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض حيث اكتفى في المادة 54 من قانون الأسرة بالقول "أنه يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الإنفاق عليه" مما جعل بعض شراح القانون المتبين لرأي ألا خلع بدون إرادة الزوج حاولوا شرح المادة 54 على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنوا ما جاء في تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة وفي هذا الصدد يقول الدكتور بلحاج العربي[1].

إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا (مخالعة) ومن هنا فإن الطبعة القانونية للخلع أنه طلاق على مال يعتبر يمينا من جانب الزوج، لأنه علق على طلاقها شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من رابطة زوجته[2].

ولعل الدافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة التكيف أو الطبيعة كونه اكتفى بالقول أنه في حال النزاع على ما يدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم وقد تساير القضاء الجزائري هذا الاتجاه لسنوات طويلة لكي الرأي تغير بعدها بتغيير عديد الظروف، وفصل المشرع الجزائري في أمر تكيف الفقهي للخلع في التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي عدل القانون 11/84 حينما عدلت المادة 54 منه ونصت على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

[1]– باديس ذيابي، المرجع السابق، ص67.

[2]– باديس ذيابي، نفس المرجع، ص67.

وفي ذلك تأثير واضح لمذهب الظاهرية في اعتبار الخلع حق أصيل للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يمكن لها اللجوء إليه أنى شاءت إذا ما تبين لها أن مواصلة الحياة[1]، الزوجية ضربا من المحال، وبذلك فلا حاجة لمجلس العقد ولا أي إيجاب الزوجة في مخالعتها ولا أي قبول الزوج.

أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق، فإن المشرع الجزائري كان واضحا منذ الوهلة الأولى بتبنيه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقا لا فسخا وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث تبيان كنه الطلاق ومعنى الفسخ وهو الترتيب الذي دعم هذا الرأي.

فقد خص المشرع الجزائري الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك في المادة 32 إلى 5 منه، إذ نص في المادة 32 "ببطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"

وأوضحت المادة 33 منه أيضا على أن ركن الرضا المهم والأساسي في إقامة الزواج إذا اختل بطل الزواج والمفهوم هنا أن البطلان مطلق، أما الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسح قبل الدخول والمادة 34 اعتبرت زواج بإحدى المحرمات فاسد يوجب فسخه قبل الدخول وبعده ويرتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستيراد، وفي المادة 35 وهي الأخيرة في الفصل الثالث أكدت على أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان العقد صحيحا والشرط باطلا.[2]

كما أنه ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان (انحلال الزواج) وذلك في المادة 47 التي تنص على طرق انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة ثم تطرق في الفصل الأول المعنون "بالطلاق" من المادة 48 التي نصت على أن عقد الزواج ينحل بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من نفس القانون، ونجد أن المادة 54 التي تنص على الخلع كصورة من صور فك الرابطة موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق وهو يؤكد التأثر الواضح وتبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بالخلع طلاقا لا فسخا على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع

[1]– باديس ذيابي، المرجع السابق، ص67.

[2]– باديس ذيابي، نفس المرجع، ص68.

الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته بينما الأمر يختلف عليه في الخلع، إذ يرى على علاقة زوجية صحيحة أم يعتبرها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف ما خارجية تماما عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية، فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق وقد أكدت ذلك المحكمة العليا في قرار شهير مؤرخ في 1969/02/05 حينما نوه على أنه (لا يحف الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح).[1]

ونظيف إلى هذا أن المشرع الجزائري قد أتجه إلى اعتبار الخلع طلاقا ويكون في ذلك مصيبا لأن الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة لا يشوبها أي عارض يعيب العقد وإنما نتيجة ظروف وعناصر خارجة عنه، مست العلاقة الزوجية، والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق، ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المبين أعلاه وفي هذا الشأن يقول الدكتور "العربي بلحاج" لا يقع الطلاق على المرأة المتزوجة، بعقد زواج فاسد لأن الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح وعليه فلا طلاق في عقد الزواج الفاسد بل يجب التفريق حالا بين الزوجين أو فسخ العقد بقوة القانون.[2]

سواء كان هذا الفسخ بسبب يوجب حرسه مؤبدة أو غير مؤبدة أم اختلال في أركانه الأساسية طبقا للمواد (31، 32، 33، 34) من قانون الأسرة.

ويضيف أنه يشترط لصحة الخلع ما يشترط في إنشاء الطلاق وعليه فما سبق ذكره عن الطلاق ينطبق على الخلع إذ حسب الدكتور بلحاج العربي ما هو إلا طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة.

المبحث الثاني : الأساس القانوني للخلع

ولتحديد أسس وأركان الخلع لابد من ذكر أهم أركانه التي اجتمع الفقهاء وشراح القانون عليها في توفرها من طرف الزوج والزوجة، وبالإضافة إلى الصيغة والبدل، وهذا

[1]– باديس ذيابي، المرجع السابق، ص69.

[2]– منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، ص113–114.

لما ورد من أقوال الفقهاء والمذاهب المختلفة، وهذا باعتبار أن الزوج والزوجة ركنان في الخلع، أما البدل فذكر من ثبوته لما ورد في قوله تعالى : ﴿**فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾[1]، ولهذا وجب من التطرق لأركان الخلع فيما يخص الشروط الواجب توفرها في الزوج وكذا في الزوجة والبدل والصيغة، وهذا ما جاء تفصيله في المطلب التالي.

المطلب الأول : أركان الخلع

لم يوضح المشرع الجزائري الشروط الواجب توفرها لصحة الخلع واكتفى بجواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان وفي حالة عدم الاتفاق يحدده القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وهذا يجعلنا تلجأ إليه مبادئ الشريعة الإسلامية.

ومن هذا فإنه يشترط لصحة الخلع توفر الأهلية القانونية لكل من الزوجين وأن تكون هناك علاقة زوجية قائمة وإلى أن يكون الخلع مقابل مال[2]، وللتطرق للشروط الواجب توفرها في الزوجين ليد من الإشارة إلى أنه :

الفرع الأول : الشروط الواجب توفرها في الزوج

لقد اختلف رأي الفقه حول الشروط الواجب توفرها في الزوج، فمنهم من جعلها تشابه الشروط الواجب توفرها في المطلق، ومنهم من يشترط توفر الرابطة الزوجية، وهذا ما يجعلنا نتساءل حول الموقف الفقهي فيما يخص هذه المسألة مع تبيان الموقف التشريعي على حد سواء.

أولا : الموقف الفقهي

وهو ما يتعلق بالزوج المخالع فيشترط فيه ما يشترط في المطلق، وهو أن يكون مسلما مكلفا فلا يصح خلع الصبي والمجنون، فهل لأب الصغير والمجنون أن يخالع زوجيتهما؟

وفي هذا الصدد نقول نعم يجوز ولكن يشترط أن يكون الخلع يشترط في الخلع قيام الرابطة الزوجية، فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا عنها أو تربطها به رابطة غير

[1]– سورة البقرة، الآية 229.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص265.

الزوجية بل لا بد من توفر عقد زواج صحيح، فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة، فلا يقع الخلع وكذلك لو انفصت الزوجة بسبب الفسح، أو الطلاق البائن.

وإذا كانت قائمة من عقد صحيح، ولم يقع دخول أو طلاق، فإن الخلع يقطع هذه الرابطة ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها، لأن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة من جهة وملكية الاستمتاع بها لم ترفع من جهة أخرى.

فإذا توافر شرط الرابطة الزوجية من يصح خلعه؟ لاسيما أن الخلع تصرف يحتمل النفع والضرر وآثاره خطيرة ولهذا فهو لا يقع من كل زوج ولا في كل الأحوال، بل لا بد لصحة إيقاعه وجوازه قانونا أن يكون من يصدر عنه بالغا عاقلا، لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء ومنه ليد من التطرق إلى شروط الواجب توفرها في الزوج والزوجة والصفة والبدل[1].

في مصلحتهما، وهل لأبي الصغير والمجنون أن يطلق عنهما بغير عوض؟ وفي هذا خلاف، فبعضهم يقول أنه لا يصح وبعضهم الآخر يقول أنه يصح إن كان في طلاقه عنهما مصلحة كما إذا ظهر فساد أخلاق الزوجة.

أما السفيه البالغ فيصح أن يتولى الخلع بنفسه، فإن كان المال الذي خالع به يساوي المال الذي يخال عبه مثله كذلك وإن خالع بدونه، فإنه يجب على ملتزم العوض أن يكمله له ولكن المال الذي يخال عبه السفيه لا يسلم له، بل لا بد من تسليمه لوليه، حتى تبرأ ذمة الزوجة أو ملتزم العوض منه، فلا يجوز لأبيه أن يخالع عنه لأن السفيه البالغ يملك الطلاق[2].

ويرى الشافعية : قالوا يشترط في الزوج أن يكون بالغا عاقلا مختارا، لأن الخلع طلاق فالزوج ركن لا شرط، وكونه يصح طلاقه شرط في الزوج، فلا يصح من الصبي والمجنون والمكره، أن يكون له مطلق التصرف في مال فلا يكون محجورا عليه حجر السفيه، وللحجر أسباب خمسة ذكر المصنف[3].

---

[1]– منصوري نورة، المرجع السابق، ص115–116.

[2]– عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية الجزء الرابع، ص355–336.

[3]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص226.

منها ثلاثة : الرق والسفه والمرض، وأسقط الصبا والمجنون لأن الخلع معهما لغو، ولو كانت المختلعة مميزة كما جرى عليه ابن المقري لانتفاء أهلية القبول فلا عبرة بعبارة الصغيرة والمجنونة بخلاف السفيهة، وجعل البلقيني المميزة كالسفيهة.

أما شروط الزوج المخالع فهي شروط المطلق فيصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه، فيصح خلع المسلم والبالغ والصبي المميز الذي يعرف معنى الطلاق وبفعله والرشيد والسفيه لأن كل واحد منهم زوج يصح طلاقه فيصح خلعه.[1]

أما الحنابلة : قالوا إنه يشترط في المرأة أن تكون أهلا للتصرفات المالية، فلا يصح الخلع بعوض عن الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه، ولو بإذني الولي، لأن مال الخلع تبرع ولا إذن للولي في التبرعات وقد أجازه البعض إذا كان في ذلك مصلحة[2].

ثانيا : موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى مواد متفرقة عن قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعض من الأحكام إذ اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة ولما يترتب عليه من الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية، وهذا جاء واضحا من خلال نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 19 سنة" بعدما كان سن الزواج محدد بإحدى وعشرون سنة بالنسبة للرجل في المادة السابعة قبل التعديل.[3]

إذا أن المادة 7 من الأمر 02/05 جاءت واضحة فيما يخص أهلية مخالعة الزوج لزوجته، حيث ليد أن يكون متمتع بقواه العقلية وغير محجور عليه طبقا للمادة 85 من قانون الأسرة الجزائري.[4]

---

[1]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص 226.

[2]– أحمد شامي، نفس المرجع، ص 226.

[3]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص199.

[4]– المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه".

حيث تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا كانت في حالة الجنون والعته والسفه وإلا كان التصرف باطلا وباعتبار أن الخلع تصرف مالي لبد من توفر أصلية التصرف ولهذا بنونه الولي طبقا المادة 02/210 من قانون الأسرة الجزائري[1].

بالإضافة إلى هذا نجد أن أهلية التبرع قد نص عليها المشرع في نص المادة 203 من قانون الأسرة جاء كما يلي : "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاسن تسعة عشرة سنة (19) وغير محجور عليه"[2]، ومنه أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ وتحديد السن الأدنى للزواج أخذه القانون الجزائري من آراء المالكية والحنفية واقتبسه من القوانين المقارنة إذ نجد السن القانونية في تونس حدده بعشرون (20) سنة، إلا أنه يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوج قبل السن القانونية للزوج إذ وجدت مصلحة في ذلك حيث أخذ بالمذهب المالكي الذي فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن.[3]

الفرع الثاني : الشروط الواجب توفرها في الزوجة

باعتبار أن الزوجة هي مقدمة بدل الخلع بشرط أن يكون العقد بينهما عقد صحيح كما يشترط فيها كمال الأهلية حتى تكون مؤهلة للتصرفات المالية باعتبار أن يدل الخلع من التصرفات المالية.

فما هو موقف الفقه أو المذاهب فيما يخص خلع عديمي أو ناقصي الأهلية والصغيرة والسفيهة والمجنونة والمريضة؟[4]

أولا : الموقف الفقهي

لقد اختلف المذاهب حول الشروط الواجب توفرها في الزوجة، وهذا فيما يخص الصغيرة والمجنونة والسفيهة والمريضة، فمنهم من يرى أن الصغيرة يقع طلاق الخلع ولكن دون إلزامها بالعوض، في حين يرى جانب آخر أن الخلع يقع إذا كان بواسطة ولييها مثله

[1]– جاء نص المادة 02/210 من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي "إذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

[2]– تقنين قانون الأسرة الجزائري.

[3]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص 227.

[4]– خليل عمرو، المرجع السابق، ص 170.

مثل زواجها، وبين هذا وذاك سوف نتعرض لموقف الفقه في مختلف هذه المسائل، وكذا موقف المشرع الجزائري.

1- خلع الصغيرة :

فالحنفية : يرون أن الصغيرة المميزة التي تعقل معنى النكاح والطلاق يقولون أن الطلاق يقع بالخلع ولكن لا يلزمها العوض باعتبار أن الخلع تبرع وهي ليست أهلا لذلك، أما إن كان البدل من مال الوالي فإن الخلع صحيح والعوض صحيح.

أما المالكية : فقالوا إن خالع الولي من ماله فالخلع جائز أو كان من مالها وكانت سمن تجبر على الزواج فالخلع كذلك جائز والبدل جائز.[1]

2- **السفيهة :** السفيه هو الشخص الذي يبدر أمواله في مقتضى الشرع والعقل وحكمه أنه ناقص الأهلية والفقهاء يوجبون وليا بتصرف عنه.

والحكم مأخوذ من آية المداينة حيث **يقول تعالى :** ﴿**فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل**﴾.

حيث جعل للسفيه وليا يتصف عنه وهذا ما جاء به القانون المدني حيث نصت المادة 43 سنة على أن السفيه ناقص الأهلية وناقص الأهلية له أهلية التبرع وعلى ذلك فلا يجوز الخلع من السفيه.

3- **المجنونة المعتوهة :** المجنونة عديمة العقل فتأخذ حكم الصغير قبل التمييز سواء كان الجنون مطبقا أو متقطعا

4- **المعتوهة :** فهي قليلة الفهم فاسدة التدبير مختلطة الكلام فعند الفقهاء نأخذ حكم الصغيرة بعد سن التميز أي تصرفاتها هي تصرفات ناقص الأهلية، وأما في نظر المشرع الجزائري فإنها تأخذ حكم المجنون فتعتبر فاقدة الأهلية.

وعلى ذلك فإن كل هذه الحالات التي ذكرت إذا ما حصلت فإن البدل لا يلزمها لأنها ليست من أهل التبرع، أما إذا تولى الولي دفع البدل من ماله الخاص فإن (الخلع) يصح ولزم الأب المال لأن الالتزام صدر ممن يملكه ويقع الطلاق[2].

---

[1]- خليل عمرو، المرجع السابق، ص 170.

[2]- خليل عمرو، نفس المرجع، ص170-172.

5- المريضة مرض الموت :

المريضة مرض الموت أهل لجميع التصرفات الشرعية، لأن المرضى لا يكون سببا إلا أن يؤدي إلى ضعف العقل فيحجر عليه لذلك وليس لذات المرض، فإذا خالعت المرأة زوجها وهي في مرض الموت صح الخلع عند جمهور العلماء ويلزمها، فأما وقع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض، فلأنها قبلت ما خلعها زوجها عليه.[1]

واختلف الفقهاء في مقدار عوض الخلع في هذه الحالة هو أن الذي يستحقه الزوج المخالع في هذه الحالة هو عرف الخلع بشرط عدم الزيادة على ثلث التركة، ولا عن نصيبه في الميراث إن ما تمت وهي في العدة، لأن موتها في العدة يجعل سبب الميراث قائما من وجه، وخشية أن يكون القصر من الخلع محاباة الزوج بأكثر من ميراثه، لذلك فلا يزيد بدل الخلع عليه، ثم إن بدل الخلع تبرع في مرض الموت، فهو في حكم الوصية[2] والوصية تكون في حدود الثلث وإنما ما زادت قلا تنفذ إلا بإجازة الورثة فله الأقل من هذه المقادير : ثلث التركة، بدل الخلع، نصيبه من الميراث.[3]

إذا توفيت بعد انتهاء العدة فقد انقطع سبب الميراث فيستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة، لأن بدل الخلع تبرع، وهو في مرض الموت وصية، ولا تنفذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بإذن الورثة[4]

عند المالكية : فإنه يقع به طلقة بائنة وعلى ذلك فإن ماتت المرأة وهي في مرض الموت بعد الخلع فلا توارث بينهما أما بالنسبة إلى المال المتفق عليه فينظر هل يساوي ميراثه منها يوم وفاتها أو ينقص عنه فإنه يملك العوض ولا إشكال في ذلك، أما إذا كان أكثر من الميراث فإن الزيادة يجب ردها إذا كان قد قبض أو تصرف إليه ولم يقبض.

أما الشافعية : فهم يرون أنه إن كان العوض سيساوي سهر المثل فإنه ينفذ وذلك لأنه في نظير العصمة وليس تبرع أما إن كان يزيد على سهر المثل فإن الزيادة تعتبر تبرعا وعلى ذلك فتجري عليها أحكام الوصية فإن كانت أقل من الثلث فإنه بأخذها بدون

---

[1]- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص315.

[2]- الوصية : هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع.

[3]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي القاهرة، مصر، بدون تاريخ النشر، ص396.

[4]- محمد أبو زهرة، نفس المرجع، 397.

اعتراف وإن كانت أكثر فإذ أجازها الورثة نفذت وإن لم يجيزها فسخ العوض ورجع إلى مهر المثل فقط[1].

ثانيا : موقف المشرع الجزائري

لم يرد في نص المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توفرها في الزوجة والتي سبق وأن تناولها في الفقه، إلا أنه بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضا من أحكامها ذلك لأن المشرع في نص المادة السابقة من قانون الأسرة نص على "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة" ولا يكون هذا إلا بأمر من القاضي وبهذه المادة تكفيفا للتكلم عن شروط الأهلية عند المخالعة لزوجها.

كما يرى الأستاذ "فضل أن الخلع هو تصرف مالي مصحوب يتصرف شخصي، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة (203) من قانون الأسرة، لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أن الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع، ولكن ما تملكه بعد ذلك لا يقوم بمال فهو ليس عوضا لما دفعته وبالتالي لا يصح اعتباره عند معاوضة وبذلك فإذا كانت سفيهة محجورا عليها، فلا تستطيع الالتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية، كالمجنونة والمعتوهة[2]، والصغيرة عديمة التميز فإذا أرادت أن تخالع نفسها وهي على هذا الحال فإن أباها هو الذي يتكفل بذلك، وفي حالة غياب هذا الأخير، يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له.

ولكى الحال الذي يستدعى النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني- فهل يصح لها ذلك؟

[1]- خليل عمرو، المرجع السابق، ص172.

[2]- منصوري نورة، المرجع السابق، ص121-122.

ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية وتصرفاتها تخضع لإجازة وليها طبقا للمادة (83)[1]، من قانون الأسرة الجزائري كما يجوز للقاضي أن إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج، إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن واعتماد القاعدة الفقهية "كل من صح طلاقه صح خلعه" فإذ من لا يملك الزواج إلا بإذن، لا يملك الخلع إلا بإذن، أما الزوجة المريضة مرض الموت فإن المخالعة مقبولة وتكون ملزمة ببدل الخلع، لأنها أهل لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يوجب الحجر فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالصها زوجها عليه، وفي حالة الوفاة فبدل الخلع يكون لازما على أن لا يتجاوز ثلث التركة وإن زاد على مهر المثل، لأنها تملك حق التصرف في مالها ماعدا التبرع من الثلث ونجد أن بدل الخلع بالنسبة للزوجة يأخذ حكم الهبة وتطبقا للمادة 204 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى المادة 185 من نفس القانون الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

الفرع الثالث : الصيغة

إن المبدأ العام للصيغة هي عقد من العقود وهي تخضع للإيجاب والقبول أي لابد من توافق الإرادتين المتعاقدين، إذ لابد للخلع من صيغة، فلا يصح بالمعطاة كأن تعطيه مالا ومتخرج من داره بدون أن يقول لها "اختلعي عليا بكذا" فيقول لها خلعتكي على ذلك، فالإيجاب بالقبول بالقول لابد منه، فكان هناك اختلاف بين الفقهاء في صيغة الخلع، فهل يعتمد على رضا الزوج أو لا؟ وللإجابة هذا الإشكال لابد من التعرف على الموقف الفقهي ثم التشريعي.

أولا : الموقف الفقهي

يرى الحنفية : أن الخلع يعتمد على الرضا كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق يعوض وللزوجة إيقاع الطلاق ولها ولاية التزام العوض ويشترط الحنفية تطابق الإيجاب والقبول "فإذا غال لأمته قد خالعتك أو برأتك، أو طلقتك بألف درهم فالقبول إليها في

[1]– تنص المادة 83 "من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد طبقا لمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت ناقصة له وباطلة إذا كانت ضارة له وتتوفر على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت تراوحت بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.

مجلسها" ولهذا فإجاب الخلع من الزوج في المعنى تطبق الطلاق بشرط قبولها، لأن العوض من جانبه في هذا العقد الطلاق، وهو محتمل التعليق بشرط.[1]

إذا قال أبو حنيفة تقع تطليقه رجعية وليست عليها شيء من الألف وقال أبو يوسف ومحمد بقع عليها تطليقه بائنة بثلاث الألف.[2]

ويرى المالكية : أن الخلع بدون عوض يكون طلاقا بائنا ورأى مالك أنه يكون طلاقا رجعيا[3].

عند الشافعية : الصيغة عند الشافعية يقولون أن الصيغة تكون بلفظ الخلع أو المفاداة وأن الخلع يقع بهاذين اللفظين إذا جرى العرف على أن المراد من ذلك الفرقة وأنهم يشترطون أن يتطابق الإيجاب والقبول وتترتب على ذلك أحكام الإيجاب والقبول مثله مثل أحكام العقود الأخرى من حيث المطابقة الإيجاب للقبول ومن حيث أن يكون القبول في مجلس العقد.[4]

ثانيا : موقف المشرع الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض في المادة 54 منه، لمسألة الصيغة وشروطها تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبق لنص المادة (222) التي تنص على أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

حتى أن المادة 54 ينصها على أنه" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإنفاق عليه إن لم ينفقا على شيء بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وغث الحكم" لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو كلى بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عمليا، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط لإيقاع

---

[1]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص 230.

[2]– نورة منصوري، المرجع السابق، ص125

[3]– طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعها باجتهاد المحكمة العليا (المذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27م، دار الخلدونية، ص 132.

[4]– خليل عمرو، المرجع السابق، ص175.

الخلع، ومنهم من يرى أنه يتم بمجيء عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضا[1] ، وقد انقسم قضاة المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين :

1- الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع

هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا وقد وجد تطبقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها : القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تم رقم 51728 والذي جاء بها أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول عن هذا الأخير فكان قضاء تطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع خرج عن القواعد الفقهية الخاصة بالخلع متى كان كذلك وجب نقض الحكم.[2]

2- الاتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج لصحة الخلع

حيث أن هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكتفي بعرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد تطبق هذا من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بـ 1992/07/21 تحت رقم 83603 حيث جاء فيه أن للزوجة مخالفة زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم وكان تطبيقهم صحيح وأنه[3]، بموجب التعديل الجديد للمادة 54 من قانون الأسرة للأمر 02/05 وفي إحدى القضايا المنشورة (ق. م. ع. غ. أ. ث. م بتاريخ 16 سبتمبر 2009 رقم 1067، غير منشور).

نجد أن من حيث أن المادة 54 من قانون الأسرة تنص صراحة على أنه يجوز للزوجة موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع بحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم" ومن ثم فإن عدم موافقة الطاعن على الخلع الذي تطالب به المطعون ضدها وعلى المقابل المالي

[1]- خليل عمرو، المرجع السابق، ص131-132.

[2]- خليل عمرو، نفس المرجع، ص 133.

[3]- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 133.

المقترح متى قبلها لا يحرمها من مخالعة نفسها، ولا تحرمها أحكام الشريعة الإسلامية ولا القانونية ومن ذلك مثلما يعتقد الطاعن خطأ.[1]

وبالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع وتصدر إعادة الوفاق بين الطرفين، ويبقي دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين[2].

الفرع الرابع : بدل الخلع

وهو العوض الذي تدفعه الزوجة، لتفتدي نفسها من زوجها كما جاء في قضية الحال ملف رقم 216239 قرار بتاريخ 16-03-1999 هو أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليها ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة فلها دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون[3].

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ع خ 2001 ومنه فما هو حكم الزوج لبدل الخلع؟ وما يصح أن يكون بدلا؟ وما يشترط غير؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية لبد من تناول هذا الفرع من جانبه الفقهي والقانوني.

1- الموفق الفقهي :

أ- **حكم أخذ الزوج لبدل الخلع** : يجوز شرعا أن يأخذ الزوج مالا أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منه، ولا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى ﴿**فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾ فإذا كان البدل مساويا لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه أما إذا كان أقل من قيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى وهذا بإجماع الفقهاء إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البدل أكثر مما قدم إليها من مهر وفي هذا الشأن كان لكل مذهب رواية.

إذ نجد أن الأصل عند الحنفية في عوض الخلع : "أنه ما جاز أن يكون مهر أجاز أن يكون بدلا في الخلع "لا العكس" فليس كل ما يصح عوضا في الخلع يصلح عوضنا

---

[1]- الحسين بن شيخ آت ملويا، المرشد في قانون الأسرة دار هومة، دون تاريخ النشر، ص 178.

[2]- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 134.

[3]- يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت على موجب الأمر رقم 02/05 دار هومة، الطبعة الثالثة، 2009، ص 138.

في النكاح لأن باب الخلع أوسع إذ هو يتحمل جهالة لا يتحملها النكاح"[1]، رأي الحنفية لأخذ الزوج لبدل الخلع، وانقسموا إلى روايتين.

الأولى : أن أخذ الزيادة جائز، لا شيء فيه لإطلاق الآية السابقة "فلا جناح عليهما فيما افتدت" والتي رفعت الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء، من غير فصل بين إذا كان هذا البدل مساويا للمهر أو زائد عليه.

واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى ﴿**فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت**﴾ إذا أن الآية نفت الجناح (الإثم) عن الرجل فيما يأخذ من فدية (بدل الخلع) قل أو كثر، واستدلوا بقصة الربيعة بنت معاذ رضي الله عنهما فقد شكت إلى عثمان رضي الله عنه زوجها وأنها انفلتت منها كلمة "أنا أفتدي بمالي كله" فقال الزوج "قد تجليت" قال عثمان "خذ منها" فأخذ مالها كله.

ولأن الخلع معارضة والبدل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فإن الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون عن طيب خاطر لقوله تعالى ﴿**وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا**﴾.

الثانية : أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة " فلا جناح عليهما فيما افتدت به" لأن أخذ الآية مردود إلى أولها والتي تنهي الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما آتوهن من مهور، واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله ويؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابت أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال أتردين عليه حديقته؟" فقالت "نعم وزيادة" فقال "أما الزيادة فلا" وبذلك نهي الرسول صلي الله عليه وسلم عن الزيادة[2].

رأي الشافعية في حكم أخذ الزوج لبدل الخلع قالوا أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر، ولا فرق أن يكون البدل عينا أو دينا أو ضعفه وضابطه أن "كل ما جاز أن يكون صدقا جاز أن يكون عرضا في الخلع" **لقوله تعالى** ﴿**فلا جناح عليهما فيما أعتدت به**﴾.[3]

---

[1]– سماعيل أبا بكر علي البامري، المرجع السابق، ص 322.

[2]– منصوري نورة، المرجع السابق، ص135–136.

[3]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص 243.

ب- الخلع في مقابل الحضانة وإرضاع الصغير

يصح الخلع على أن تقوم الزوجة بإرضاع ولدها الصغير مدة الرضاعة أو تقوم بحضانة الولد بدون أجر، فإذا لم تقم بما التزمت أو تركت الولد وهربت أو مات الولد أو ماتت هي أو خرجت عن أهلية الحضانة كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها بما يعادل أجر حضانة الولد أو إرضاعه عن المدة كلها هذا إذا لم تكن الزوجة قد اشترطت على الزوج عند الخلع على الحضانة أو الإرضاع ألا يرجع عليها بشيء، أن مات الولد أثناء مدة الحضانة أو الرضاعة.

ج- الخلع مقابل الإنفاق على الصغير :

يصح الخلع إذا جعلت الزوجة البدل إنفاقها على ولدها الصغير مدة معلومة، وتكون ملزمة بهذا الاتفاق طول المدة المتفق عليها حتى قبلت ذلك، فإن أستنعت عن الإنفاق أو مات الولد أو ماتت هي قبل انقضاء المدة فللزوج أن يرجع إليها بمثل نفقته[1] في المدة كلها، فإن عجزت الزوجة عن الإنفاق على الولد لإعسارها فإنه يجوز أن تطالب الزوج بأن ينفق على الولد من المال نفسه وهذا لكن النفقة حق للولد فيجب على الأب أن يقوم بما عجزت عنه الأم التي هي مطالبة بها نجعلها بدل عن الخلع[2].

د- إسقاط الحضانة في مقابل الخلع :

إذا خالعت الزوجة على أن يبقي ابن الزوج منها عندها حتى يبلغ صح الخلع وبطل الشرط أما إذا خالعت الزوجة على إبقاء أبنها منه عندها إلى البلوغ فإن يصح الخلع والشرط ووجب الفرق بينهما هو أن المخالعة على بقاء البنت أولو عند الأم ليس فيها إضرارا أما بقاء الابن عند الأم بعد زمن الحضانة إهدار حق الصغر الذي كفله له الشارع فلا يصح الاتفاق ويصح الخلع.

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من بدل الخلع

نجد أنه قبل تعديل نصت المادة 54 من القانون رقم 84-11 لم يبين المشرع ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتضمن معه الرجوع إلى الفقه لاسيما المذهب

[1]- منصوري نورة المرجع السابق، ص 138.

[2]- نبيل صقر، قانون الأسرة (نص ونقما وتطبيقا)، موسوعة الفكر القانوني دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين ميلة، الجزائر 2006م، ص206-207.

المالكي، وهذا باعتبار استعماله للفظ (المال) إذن حجر وفق هذا القانون أن المشرع لم يحس المشرع الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج، فالمادة تحدثت فقط على إمكانية مخالفة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها دون[1]، أن يتم التوضيح إذا كان لرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا؟ في حين وبالتطرق إلى التعديل الجديد رقم 05-02 حسم الأمر واعتبر أن الخلع حق أصيل للزوجة تستعمله وقت ما تشاء وليس مجرد رخصة حبيسة ترخيص من زوجها، وهذا كما جاء واضحا من خلال المادة 54 المعدلة "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".[2]

ومنه نقول أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 خالف معظم التشريعات العربية وذلك فيما يخص عدم موافقة الزوج في مسألة الخلع متأثر بالمذهب المالكي إذ نجد في القانون المصري كان يأخذ أقوال المذهب الحنفي وظل الخلع بعيدا عن التفسير حتى سنة 2000 في قانون رقم 01 في المادة 20 حيث أنه للزوجين أن يتراضيا فيها بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه أقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالصت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمة المحكمة بتطليقها".[3]

إضافة لأن المشرع الجزائري بين أن بدل الخلع إذا لم يحمل اتفاق عليه بين الفرعين فإن للقاضي أن يتدخل لفض النزاع إذا أقر التعديل بإهمال تفسير إرادة المزوج في مسألة الخلع وكذا مسألة المقابلة[4]، إذالة من خلال المادة 54 من الأمر 02/05 أنه إذا لم يرضى الزوج بقيمة المبلغ المالي المقدم من الزوجة فلا عبرة لعدم قبوله بحث يحكم لهذا الزوج بمبلغ لا يجوز أن يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم سواء قبل أم رفض.

---

[1]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 241.

[2]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في توبة الجديد، الطبقة الرابعة، دار موسى، الجزائر، 2010م، ص 130.

[3]- أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، مصر 200م، ص 13.

[4]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص243

المطلب الثاني : حكم الخلع والحكمة من مشروعيته

اختلف الفقهاء في حكم الخلع إلا أنه كأصل عام جائز شرعا، وقد يختلف حكم الخلع بحسب أسبابه الموجبة له، فقد تكون الزوجة هي الكارهة لزوجها أو قد يكون الزوج هو الذي يلجئها إلى طلب الخلع، وقد يتم بسبب أو بغير سبب، فما حكم الخلع؟

الفرع الأول : حكم الخلع ودليل مشروعيته

قد يكون هناك اختلاف بين الفقهاء فيما يخص حكم الخلع رغم جوازيته، حيث يظهر الاختلاف في حكمه فيما يخص الأسباب الموجبة له، ومنه نتساءل حول حكم الخلع في قانون الأسرة الجزائري، وفي حالة الفراغ التشريعي في هاته المسألة ما هو المصدر البديل للتعرف على حكم الخلع؟

أولا : حكم الخلع

وفيما يتعلق بحكم الخلع في قانون الأسرة الجزائري فإنه لم ينص في مسودة على أي شيء يتعلق بالخلع؛ وهو ما يستوجب العودة إلى أحكام الشريعة التي قرر رفقها بعوض، وأن الخلع يكون طلاق بائن بمجرد توافق الطرفين، ورأى مالك من جانب آخر أن الخلع كما حصل يتراضى الزوجين، يحصل بحكم محكمين يعينهما القاضي، لكن الإمام القرطبي قال في تفسيره، إن الخلع يقع بتراضي الزوجين.[1]

واختلف في نوع الفقرة الحاصلة بالخلع فمن يقول بقع بالخلع طلاق بائن، والآخر يقول أنه فسخ لعقد الزواج، وفي ذلك ينصب الخلاف على احتساب الطلقة، وفي الحقيقة فالرأي السائد هو أن الفرقة بالخلع هي طلاق وهذا وأن الخلع يتم ببدل، وعليه ما يجوز أن يكون بدلا في الخلع.[2]

ثانيا : دليل مشروعيته

من الكتاب **قوله تعالى** ﴿**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ألا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود**

[1]– العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دار الحكمة، دون سنة النشر، ص151–152.

[2]– الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، ص 112.

الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون﴾.[1]

زوجها الطلاق من غير ما يأس، فحرام عليها رائحة الجنة فإن أول خلع في الإسلام، هو ما كان في جميلة بنت سلول تزوجت ثابت بن قيس، فرفعت يوما جانب الخباء، فرأته مقبلا في عدة رجال، فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها، فوقع في قلبها النفور منه، قال ابن عباس : "فأنت الرسول صلي الله عليه وسلم فقالت والله ما أغيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطبقه بعضا فقال لها النبي صلي الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته، وكانت تلك الحديقة هي سهرها الذي أخذته منه، قالت : نعم، فأمره الرسول عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد"، الحديث رواه ابن ماجة والبخاري والنسائي.

وقد ذكر الإمام القرطبي في شرحه للحديث فقال : "فيقال أنها كانت تبغضه أشد البغض وكان يحبها أشد الحب، ففرق بينهما الرسول صلي الله عليه وسلم بطريق الخلع، فكان أول خلع في الإسلام"[2].

حيث صدر عن المحكمة العليا قرار يعرف الخلع في 08/02/82 جاء فيه أن الخلع عقد يتوقف على يجاب وقبول الطرفين، وأيضا إن الخلع يعتبر عقد، رضائيا فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، وكذلك الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه.[3]

الفرع الثاني : الحكمة من مشروعية الخلع

وقد شرع الخلع للزوجة في مقابل حق الزوج في الطلاق، فإذا بغض الزوج زوجته طلقها، ولكن قد تبغض الزوجة زوجها ولا تريدها شرحته وتود الخلاص منه، ويرفض الزوج أن يطلقها لرغبته فيها أو لحرصه على ماله الذي أنفقه، لذلك شرع لها الإسلام طريقا للخلاص من الرابطة الزوجية عندما فوت الغرض المقصود من الزواج لعدم

---

[1]– سورة البقرة، الآية 229.

[2]– باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دون دار النشر ودون سنة النشر، ص61–62.

[3]– قرار المحكمة العليا، قرار بتاريخ 08/02/82 نشر القضاة 1982، ص258.

الانسجام في الحياة الزوجية ولدفع الضرر عنها، فأجاز لها أن تعوض زوجها عما أنفقه في سبيل الزواج بها، وتقدم له شيئا من المال تفتدي به نفسها في مقابل خلاصها من الشدة التي هي فيها معه مادام النفور من جهتها أو منها أو منهما معا ولما كان الخلع قد شرع لرفع الضرر عن الزوجة فإن طلبها الخلع من غير حاجة حرام، وذلك للحديث : "أيُّما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما يأس، فحرم عليها رائحة الجنة".

أما إذا كان السبب من الزوج وضيق على الزوجة حتي يضطرها إلى افتداء نفسها، فلا يحل له ديانة أن يأخذ عوضا عن المخالعة **لقوله تعالى** : ﴿**وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم**[1] **أحدا من قنطارا فلا تأخذوا سنة شيئا، أتأخذونه بهتانا وإنما مبينا، وكيف تأخذونه وقد أفض بعضهم إلى بعض وأخذن منكم ميثاق غليظا**﴾ **وقوله أيضا** : ﴿**ولا تضاروهن لتضيقوا عليهم**﴾ **وكذلك** : ﴿**ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن بفعل ذلك فقد ظلم نفسه**﴾.[2]

[1]– عثمان التكراوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، أستاذ مشارك في القانون كلية الشريعة، جامعة الخليل، كلية الحقوق، جامعة القدس سابقا، الطبعة الأولى الإصدار الثالث، دار الثقافة، 2007، ص 207.

[2]– عثمان التكراوي، نفس المرجع، ص 208.

الفصل الثاني

الأحكام الإجرائية في دعوى الخلع والآثار المترتبة عن الخلع

سنتناول من خلال المبحث الأول الأحكام الإجرائية في دعوى الخلع في مطلب أول يتناول الشروط العامة الخاصة لرفع دعوى الخلع أما المطلب الثاني فيتناول مقدمات الطلاق بالخلع ومضمونة في فرعين الأول بعنوان مقومات الطلاق بالخلع يحتوي على إجراء الصلح والتحكيم بين الزوجين وكذا النيابة العامة كطرف في دعوى الخلع أما الفرع الثاني فيحتوي على مضمون الحكم بالخلع حيث يعالج النطق بالطلاق بعوض أما المبحث الثاني فيتضمن آثار الخلع العامة والخاصة.

المبحث الأول : الأحكام الإجرائية في دعوى الخلع

وفق المادة 54 من الأمر 05-02 المعدلة يتبادر إلى الذهن هل للقاضي دور هام في الخلع، ومن كون أن نص المادة جاء صريحا وجعل من سلطة القاضي المتبقية في تقديره لبدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بين الطرفين عليه إذ نجد أن هذا الأمر يتضمن النصوص الموضوعية المتمثلة في ماهية الخلع دون النصوص التنظيمية والإجرائية التي تفتضيه في الشكل إذ أن قانون الأسرة باعتباره قانونا خاصا كان من اللازم أن يتضمن قانون إجراءي خاص به وهذا ما حققه المشرع الجزائري في آخر تعديل له الصادر بالقانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

وهذا تسهيلا للقاضي والمتقاضي وضمان حماية المصالح القانونية للأطراف المتخاصمة، وفي غياب قانون إجرائي خاص بالأسرة وحتمية لذلك كان من اللازم الرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره الشريعة العامة للقواعد الإجرائية الواجب اتباعها أمام القضاء، ولأجل هذا تطرقنا إلى شروط قبول دعوى الخلع ومقدمات الطلاق والخلع ومضمونه.

المطلب الأول : شروط قبول دعوى الخلع

لقيام أي دعوى أمام القضاء لابد من شروط ترتكز عليها وبما أننا أمام نزاع يؤول حله إلى الخلع فيجب أن ترفع الدعوى أمام القاضي المختص، وأن يحمل الرافع للدعوى الصفة والمصلحة طبقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المعنية والإدارية[2]. وان يكون عقد الزواج المراد له رسميا وليس عرفيا.

الفرع الأول : الشروط العامة لرفع دعوى الخلع

ولرفع أي دعوى لابد من توفر جملة من الشروط للوصول إلى حل النزاع المطروح، وبالخصوص فيما يتعلق بميدان قانون الأسرة الجزائري في موضوعه الخلع، الذي جاء

---

[1]- قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات والمدنية والإدارية، المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، الصادر في 17 ربيع الثاني 1429هـ الموافق لـ 23 أفريل 2008م، ص-ص 10-95.

[2]- نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من القانون 02-09 : "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم له صفة أو له مصلحة قائمة أو مصلحة يقرها القانون ...".

إثر التعديل الأخير لتبيان الجهة المعنية للفصل فيه، وكذا الإشارة إلى مركز الطرفين المتنازعة، وهذا بتبيان صفة كل منهما وشروط التقاضي الخاصة بهما.

أولا : الاختصاص النوعي والإقليمي لرفع دعوى الخلع

والاختصاص : هو توزيع العمل القضائي بين جهات القضاء المختلفة فهو السلطة الممنوحة لمحكمة ما للنظر في أمر النزاع المرفوع منه :

الاختصاص المحلي : يعني ولاية جهة قضائية للنظر في القضايا التي تقع على الإقليم التابع لها بشكل عام يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصاها موطن المدعي عليه حسب المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]. وعليه في المحكمة المختصة بالفصل في النزاعات أو الخصومات التي تنشأ بين الزوجين عادة ليس دائما محكمة واحدة فالمادة 02/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مفادها أن المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة هي المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الحضانة، أما دعاوى النفقة في المحكمة المختصة هي المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها موطن الدائن بالنفقة، على اعتبار أن المشروع راعي المركز الاقتصادي الضعيف لطالب النفقة، أما فيما يخص دعاوى الطلاق والعودة إلى مسكن الزوجية فترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية حسب ما جاء في نص المادة 3/426[2].

الاختصاص النوعي : وهو من النظام العام إذ لا يسكن تجاوزه بأي حال من الأحوال وللقاضي أن يشيره من تلقاء نفسه، وفي أي حالة كانت عليها الدعوى حسب نص المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

---

[1]– نصت المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من قانون رقم 08–09 حيث نص "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي تقع فيها آخر وطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

[2]– نصت المادة 426 قانون الإجراءات المدنية والإدارية من قانون رقم 08–09 الفقرة 3:" في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي ...".

[3]– نصت المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقتضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى".

بينما يؤول الاختصاص القضائي جاء في المادة 423 قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، حيث ذكره أهم المسائل الداخلة في اختصاص فرع شؤون الأسرة، ولكن هذا التعداد غير وارد على سبيل الحصر فقد استعمل النص مصطلح على الخصوص الذي يفيد أن ما ذكر جاء على سبيل المثال لأهم تلك المسائل، وعليه يختص نفس الفرع أيضا في المسائل الأخرى غير المذكورة في النص.

بالمقارنة بين حكم المادتين 2/40 و423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من مضمون قانون الأسرة يتضمن أن هناك مسائل أخرى لم يرد النص على اختصاص قسم شؤون الأسرة بها ويتعلق الأمر بمنازعات الحقوق والالتزامات بين الأزواج والنزاع في متاع البيت وكذا نظام الأموال بين الزوجين وأيضا منازعات ترشيد القصر وقسمة التركات فضلا عن المسائل الأخرى ذات طابع مالي وهي الهبات والوصايا والوقف[2].

ثانيا : تقديم عريضة افتتاحية الدعوى وعدم اشتراط ذكر أي سبب لطلب الخلع

عند رفع الزوجة لدعوى أمام القضاء لطلب الحكم لها بالخلع مقابل عوض تؤديه للزوج لبدء العريضة القدمة أمام القضاء أن تتعرض للمسائل التالية.

الشروط الواجب توافرها في عريضة افتتاح الدعوى :

ككل دعوى ترفع أمام القضاء لابد من أن تتجسد في شكل عريضة لافتتاح الدعوى صادرة عن الزوجة أو محاميها طبقا لنص المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن تتضمن البيانات التالية :

الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى، اسم ولقب وجنسية وموطن وتاريخ وسنة ميلاد الزوجة المدعية والزوج المدعي عليه ومهنتها عند الاقتضاء، عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

---

[1]– نصت المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الأتية : الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في القانون الأسرة ... والتقديم".

[2]– الطيب زروتي، الكامل في العرائض القضائية طبقا لقانون 08-09، الجزء الأول، العرائض القضائية في شؤون الأسرة، الطبعة الأولى، مطبعة الفضيلة، الدويرة الجزائر، 2010م، ص 23.

حيث أنه يجب أن يرفع مع العريضة مستخرج من عقد زواج الطرفين وعند الاقتضاء شهادة عائلية وكذا شهادة عمل كلا منها، وفي عريضة افتتاح الدعوى تسرد المدعية الوقائع باختصار، وتذكر فيها بأنها تطلب الحكم لها بالطلاق بعوض أو الخلع من زوجها المدعى عليه سواء كان العوض مبلغا من المال أو أي شيء آخر كان يكون تنازلا عن حق من حقوقها أو تقديم خدمة للزوج[1].

ولا يشترط أن تقدم الزوجة أي سبب للخلع كما هو عليه الحال في طلب التطليق بل يكفي أن تقول بأنها تكرهه أو أنها لا تستطيع العيش معه والقاضي لا يطلب منه التأكد من بغض الزوجة لزوجها لأن ذلك من الأمور الباطنية ويكفي فقط أن تقدم الزوجة أي سبب للخلع كما هو الحال في طلب التطليق بل يكفي أن تقول بأنها تكرهه أو أنها لا تستطيع العيش معه والقاضي لا يطلب منه التأكد من بغض الزوجة لزوجها لأن ذلك من الأمور الباطنية ويكفي فقط أن يتأكد خلال جلسة الصلح أو من خلال عريضة افتتاح الدعوى أو العرائض اللاحقة بأنها مصممة على طلب الخلع وأنها لا تريد الرجوع إلى زوجها[2].

وترفع الدعوى بواسطة تقديم عريضة وفقا للاتكال المقررة لرفع الدعوى وهذا حسب ما جاء في نص المادة 436 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] رقم 08-09، ولهذا يجب أن تتوفر في الزوجة شروط قبو الدعوى كما بمقدورها توكيل غيرها ليقوم برفع الدعوى باسمها ولصالحها، وحيث أنه يجب أن تتوفر في الدعوى الشروط المقررة قانونا لرفعها ثم النظر في موضعها لقبول الطلبات، حيث أن المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اقتصرت على شرطي المصلحة والصفة وهو ما يجعلنا نتساءل ما إذا كانت الصفة تشمل أيضا الأهلية[4].

---

[1]- لحسين بن شيخ أث ملويا، رسالة طلاق الخلع (دراسة فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 147.

[2]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 276.

[3]- نص المادة 436 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 " ترفع دعوى الطلاق من احد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفق للإشكال ... المقررة لرفع الدعوى".

[4]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 06.

وقد جاء في تفصيل المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي "لا يجوز لأي شص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، ومنه نستنتج أن الصفة والمصلحة شرطين أساسين لرفع الدعوى القضائية والتي هي كالتالي :

الصفة : هي شرط أساسي في كل دعوى قضائية حيث يشترط أن يكون للمدعي صفة في رفع الدعوى وأن يكون للمدعي عليه صفة في رفع الدعوى أي بعبارة أخرى أن ترفع الدعوى من ذوي صفة ولقد نص المشرع الجزائري عليها في المادة 13.ق.إ.م.إ.و وقد جعل المشرع شرط توافرها من النظام العام في الفقرة الثانية من نفس المادة[1]

وصفة في دعوى الخلع تكمن في العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها فرافع دعوى الخلع هو الزوجة، والمدعي عليه هو الزوج الراد مخالعته وتثبت هذه العلاقة من سجل الحالة المدنية طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة ويترتب على عدم توفر الصفة في رفع الدعوى عدم قبولها حسب نص المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المصلحة : وتعد المصلحة الفائقة العملية التي تعود على رافع الدعوى من رفعها سواء كانت مادية أو معنوية وطبقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب أن تحقق شرط المصلحة عند رفع الدعوى ويفترض استمرار وجودها لغاية الفصل في الموضوع ولو أن المشرع للقاضي أن يثير من تلقاء نفسه كما بالنسبة لشرط الصفة والإذن عند لزومه[2].

والمصلحة في إطار دعوى الخلع لابد أن تكون قانونية، وتتمثل المصلحة القانونية للزوجة طالبة الخلع طبقا لنفس المادة 222 من قانون الأسرة الجزائرية[3]. في عدم قدرتها

[1]– خالد شويرب، محضرات في القانون الإجراءات المدنية وإدارية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون قسم الكفاءة المهنية للمحامين 2014.

[2]– الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 07.

[3]– نص المادة 222 من قانون الأسرة.

على العيش مع زوجها وخوفا من مخالفته لحد من حدود الله وباعتبار أن المصلحة ليست دائما مصرحا بها في دعاوى الخلع، ولذلك تبقى للسلطة التقديرية للقاضي[1].

الأهلية : تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يذكر الأهلية في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية منفصلة، وهذا لكونها تدخل ضمن الصفة في التقاضي ولهذا بغض النظر على كون الأهلية نوعان:

أهلية اختصام : وهي تعبير عن أهلية الوجوب في الحال الإجرائي وتعني صلاحية الشخص لاكتساب المركز القانوني للخصم، لما يتضمن من حقوق وواجبات إجرائية. أما أهلية التقاضي من تعبير عن أهلية الأداء في مجال التقاضي وتعني صلاحية الشخص لمباشر إجراءاتها.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 07 من القانون 11/84 تنص على أن اكتمال أهليه الرجل بـ 21 سنة والمرأة بـ 18 سنة في حين أن هذا التحديد ستناقض لاعتبار أن المرأة التي تعتبر كاملة الأهلية بتمام 18 سنة في قانون الأسرة الجزائرية هي قاصر بموجب أحكام المادة 40 من القانون المدني والتي لم يشملها التعديل الذي يحدد من سن الرشد بـ 19 سنة كاملة

أما فيما يخص التعديل للمادة 07 من الأمر 02/05 الذي يحدد من خلالها المشرع الجزائري سن الزواج ومنه لابد أن تتوافر في الزوجة المطالبة بالخلع أهلية التقاضي وهي بلوغ سن الرشد المدني ويتمثل في بلوغها سن (19) سنة وهذا طبقا للمادة 86 من قانون الأسرة وكمطابقة للمادة 40 من القانون المدني الجزائري.

وهكذا باستطاعة الزوجة رفع دعوى الخلع إذا بلغت سن الرشد المذكورة ولم تصب بآفة ذهنية كالجنون أو العته ولم يحجر عليها[2].

بحيث أنه إذا كانت الزوجة ناقصة الأهلية بسبب عدم بلوغها سن الرشد المدني أو لإصابتها بإحدى العاهات الذهنية كالجنون والعته ...إلخ، ولكونها محجوز عليها فإن الدعوى ترفع باسمها من طرف وليها الشرعي أو مقدمها أو وصيتها تبعا للحالات وتطبيقا

[1]– يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 23.

[2]– لحسن بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 154.

لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، بالإضافة نجد أن التمثيل بمحامي ليس بالوجوبي في دعاوى الأحوال الشخصية بما في ذلك دعوى الخلع سواء أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة أو أمام المجلس القضائي في الاستئناف.

ثالثا : الوكالة في رفع دعوى الخلع

باعتبار أن الخلع هو تصرف قانوني فإنه تجوز فيه الوكالة ولكوننا بصدد عمل من أعمال التصرف لأنه يتضمن تنازل الزوجة عن الصداق أو إعطاء أي شيء للزوج فإنه لابد من وكالة خاصة، وهذا طبقا للمادة574 من القانون المدني الجزائري بقولها "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في البيع والرهن والغرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء ..."، ويجب أن ينص في عقد الوكالة عل أنها تتم في الخلع مع تقدير العوض الذي يمكن للوكيل أن يخالع به اسم الزوجة[2].

تبعا لذلك تجوز الوكالة في كل التصرفات القانونية بما في ذلك الأعمال الإجرائية وعلى ذلك تجوز في رفع الدعاوى والخصومة وما يتصل بذلك من إجراءات، وفي مادة شؤون الأسرة (الأحوال الشخصية) إذا قام الزوج أو الزوجة بتحرير وكالة لشخص آخر (وقد تكون وكالة المحام) بغية رفع دعوى الطلاق أو الخلع أو التطليق ...إلخ، ومتابعة الإجراءات من رفع الدعوى لغاية صدور الحكم بما في ذلك في حضور الجلسات وتقديم المذكرات وتمثيل الموكل أثناء جلسة الإصلاح والتحدث باسمه[3].

الفرع الثاني : الشروط الخاصة لرفع دعوى الخلع

بعد التعرض لرفع الدعوى فيما يخص الشروط المذكورة آنفا، سنقوم بالتعرف على الشروط الخاصة الواجب توفرها في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع كالآتي :

---

[1]– نص المادة 437 قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08–09:" عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة".

[2]– نص المادة 2/5 قانون المدني الجزائري على النحو التالي : الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو يعين محل العمل على وجه التخصص، إلا إذا كان العمل من التبرعات.

[3]– لحسين آث ملويا، المرجع السابق، ص–ص 158–159.

أولا : عقد زواج رسمي

الرسمية في عقد الزواج هي أول أمر يبحث فيه القاضي أثناء رفع الدعوى، أي حتى تكون الدعوى مستوفية شروطها الشكلية والمقصود بها إبرام عقد الزواج بأركانه وشروطه طبقا لنص المادة 09 وَ 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05[1]. أمام موظف مؤهل قانونا وفي هذا تنص المادة 18 من الأمر 02/05 على أنه : "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهلا قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 وَ 9 مكرر من هذا القانون"، كما تنص المادة 1/22 من قانون الأسرة الجزائري "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ...".

ومن خلال ما جاء في هذه النصوص التشريعية، نستخرج أنه لقبول دعوى الخلع يشترط في الزوجة أن تقدم نسخة من عقد الزواج أمام المحكمة أو تقديم الدفتر العائلي لدى ضابط الحالة المدنية طبقا للمادة 18 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 71 من قانون الحالة المدنية[2].

وقد يبرم عقد الزواج أمام الموثق الذي يسجله مبدئيا في سجلاته المعدة لذلك، ثم يسلم الزوجين نسخة تسمى (لفيف الزواج)[3]، للإثبات ثم يقوم بإرسال ملخص عن وثيقة عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية في اجل أقصاه ثلاث أيام من تاريخ تسجيل العقد ليسجله في سجلات الحالة المدنية خلال مدة خمسة أيام الموالية لوصول الملخص الذي

---

[1]– نص المادة 09 مكرر المضاف بالأمر 05–02 " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية الأهلية– الصداق، الولي، شهدان، انعدام الموانع الشرعية" وأصبح بهذا عنصر الرضا ركن وحيد في عقد الزواج باختلاله يبطل العقد أما ما جاء في المادة 09 مكرر هي شروط غيابها يرتب الفسخ.

[2]– نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية:" يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار سند شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج ولا تطبق هذه المحلة على المواطنين".

[3]– لفيف الزواج : هو إشهار يقدمه الموثق للزوجين لإثبات احتياطيا في حالة عدم استكمال الموثق إجراءات تسجيل أو لأية ظرف كان.

أرسله الموثق إليه ويسلم الزوجين بعدها الدفتر العائلي ويؤشر بهذا الزوج على هامش سجل ميلاد كل من الزوج والزوجة[1].

والسؤال الذي يطرح نفسه في حالة إذ ما أرادت الزوجة أن تخالع زوجها من زواج عرفي؟ هذا يلزمها بإجراء تثبيت لزوجها العرفي حتى يصير رسميا.

ثانيا : إجراءات تثبيت عقد الزواج العرفي

يطلق الزواج العرفي على عقد الزواج الصحيح شرعا، لكن غير الموثق بوثيقة رسمية فبعض الأزواج يبرمون عقد الزواج أمام إمام (الطالب أو شيخ المسجد) فيكون عقدهم صحيحا من الناحية الشرعية متى توافرت أركانه وشروطه، ولكنه لا ينتج أثره أمام القانون، ففرضا أن الزوجة أرادت أن تطالب بالنفقة أمام القضاء فإن طلبها هذا سيقابل بالرفض نظرا لعدم وجود عقد الزواج مسجل في تسجيلات الحالة المدنية، ففي هذه الحالة على الزوجة القيام بإجراءات تثبيت عقد الزواج، لتحصل على حكم قضائي يقوم مقام العقد وعندما يسكن لها المطالبة بحقوقها أمام القضاء[2].

وتتمثل إجراءات عقد الزواج العرفي ممن له مصلحة في ذلك بالقيام برفع دعوى مدنية بمقتضى عريضة، تسجيل لدى كتابة الضبط بعد دفع المصاريف المحددة قانونا لذلك تكون مسندة بأدلة كافية يطلب من خلالها.

تثبيت عقد الزواج فتقوم المحكمة بالفصل في هذا الطلب إذا تبين للمحكمة من خلال الأدلة أن عقد الزواج صحيحا تقوم بإصدار حكم قضائي يتضمن تثبيت هذا الزواج حيث تنص المادة 01/22 من قانون الأسرة "... وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي" وبعدها تأمر النيابة العامة بتسجيل هذا الحكم في الحالة المدنية طبقا للمادة 02/22 من قانون الأسرة الجزائري[3].

---

[1]– بن عبيد عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص–ص 3–35.

[2]– علي هاشم يوسفات، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

[3]– فيما يتعلق بالتأسيس القانوني لدعوى طلب تسجيل الزواج في الحالة المدنية فغن أحكامها الموضوعية واردة في المواد 09 وَ 09 مكرر والإدارية رقم 09/08.

بحيث تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية يسعى من النيابة العامة لأن النيابة العامة صارت طرفا أصليا في ضوء المادة 3 مكرر من قانون الأسرة. حيث إذا كانت الدعوى مستوفية لشروطها حينئذ يتسنى لرافعها أن يتقدم أمام المحكمة المختصة بتقديم طلباته هذا ما سنتعرض له في المطلب الموالي.

المطلب الثاني : مقدمات الطلاق بالخلع ومضمونه

بعد توفر الشروط العامة والخاصة لرفع الدعوى فتنتقل القضية إلى الجلسة التي تنتهي بحكم ولابد من مقدمات قبل النطق بالطلاق بالخلع، والخلع هو طلاق بعوض بناء هي طلب الزوجة وباعتبار أن الطلاق لابد قبل النطق بهمن إجراء القاضي لمحاولات الصلح ولذا التحكيم بالإضافة إلى اعتبار النيابة العامة كطرف في دعوى الصلح.

الفرع الأول : مقدمات الطلاق بالخلع

نجد في مقدمة رفع أي دعوى وخاصة فيما يخص فك الرابطة الزوجية بالخلع أن تسبق بإجراءات يقوم بها القاضي سعيا منه إلى الوصول بالطرفين المتخاصمة إلى المصالحة بينهما، وهذا لتجنب الطلاق الذي قد يحصل وينتهج في ذلك عدة سبل كإجراء الصلح أو التحكيم أو وجود النيابة العامة كطرف في الدعوى، وهذا ما سيأتي شرحه كالتالي :

أولا : إجراء الصلح بين الزوجين

الصلح هو محاولة سابقة قبل الفصل في الدعوى بحكم فك الرابطة الزوجية بالخلع لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع سعيا لإقناع الطرفين بالمصالحة ويعتبر هذا الإجراء إلزاميا طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري[1].

وهذا باعتبار أن إجراء الصلح يكون في مسائل الأحوال الشخصية أو الخصومات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين، هي من الإجراءات الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي اللجوء إليها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه لاسيما إذا تعلق الأمر بالطلاق وهي إجراءات كان قد عرفها التشريع الإسلامي منذ مئات

[1]– نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

السنين وقبل ولادة نابليون وقوانينها[1]. حيث رغم الشرع الحكيم في الصلح بين الزوجين لقوله تعالى : ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما**﴾[2].

إذ يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، بوقعة مع كاتب الضبط والطرفين بخصوص وجوبا لقيام بمحاولتين على الأقل للإصلاح ويتم ذلك في جلسة سرية بمعنى في قاعة المداولات أو في مكتب القاضي، وفي اليوم المحدد لإجراء محاولة الإصلاح بقوم القاضي باستماع إلى كل زوج على انفراد تم لكلاهما معا ويبدأ بالاستماع إلى الزوجة الصالحة المدعية ثم إلى زوج[3].

وباعتبار إجبارية إجراء الصلح صدر بشأنه عدة قرارات عن المحكمة العليا تعتبر فيها أن إجراء الصلح هو إجراء إجباري وعدم احترامه 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 بعد خطا في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاقين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون"[4]، وهناك قرار آخر مؤرخ في 1994/01/18 إن الحكم بفك الرابطة الزوجية لا يصدر إلا بعد اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملا بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري[5].

ومن خلال هذين القرارين نستنتج أن إجراء الصلح هو إجراء إجباري يتعين القيام به في أي طريقة من طرق انحلال الرابطة الزوجية على أساس أن القاعدة المنصوص عليها في المادة 49 من قانون الأسرة الجزائرية هي إجرائية وشكلية لا يقوم عليها أي استثناء[6].

---

[1]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص 263.

[2]– سورة النساء الآية 35.

[3]– نص المادة 1/440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج انفراد ثم معا"

[4]– قرار المحكمة العليا قرار بتاريخ 91/06/18 ملف رقم 75141، ص 75.

[5]– قرار المحكمة العليا بالتاريخ 1994/06/18، ملف رقم 96688، ص 0.

[6]– الغوتي بن ملحة : محاضرات قانون الأسرة ألقيت على طلبة السنة الأولى 2004.

إذ نصت المادة 49 من قانون الأسرة : "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر. ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" ولهذا يتعين على القاضي تحرير محضة يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، بوقعة مع كاتب الضبط والطرفين ..."، بخصوص وجوب القيام بمحاولتين على الأقل للإصلاح ويتم ذلك في جلسة سرية بمعنى في قاعة المداولات أو في مكتب القاضي وفي اليوم المحدد لإجراء محاولة الإصلاح يقوم القاضي بالاستماع إلى كل من الزوجين كل على انفراد ثم معا.

وفي حالة استحالة الحضور في التاريخ المحدد لجلسة الصلح على أحد الزوجين أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية[1]، غير أنه إذ تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحدثة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي مضرا بذلك[2]، يذكر في صحة التبليغ وغياب الزوج المعني أثناء الجلسة ونصت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقت بموجب أمر غير قابل لأي طعن ...".

ويفهم من هذا النص أن محاولة الإصلاح مرتين على الأقل وبصفة وجوبيه غير أنه يجوز للقاضي قبل إجراءه لمحاولة الصلح جديدة أن يمنح للزوجين مهلة للتفكير فقد تتراجع الزوجة عن طلب الطلاق بعوض (الخلع) أو يتفق على العوض ومقداره، وفي جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر، ابتداءً من تاريخ رفع دعوى الخلع[3]، وإذا توصل القاضي إلى الإصلاح بين الزوجين فإنه يحرر محضرا بذلك

[1]– يجري نص المادة 1/441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" إذا استحال على احد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة ، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية".

[2]– يجري نص المادة : 2/441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون ذكر عذر تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك".

[3]– نصت المادة 2/442 من القانون أعلاه على " في جميع الحالات، يجب ألا يتجاوز محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق

ويصدر حكما بالإشهاد للزوجين بما اتفقا عليه أما إذا فشلت محاولات الصلح، فإنه يحرر أيضا محضر عدم الصلح ويشرع في مناقشة موضوع دعوى الطلاق بعوض[1].

ويوقع على محضر الصلح أو عدم الصلح من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين مع إيداعه بأمانة الضبط، ويلاحظ بأن المادة 2/49 من قانون الأسرة نتحدث عن المحضر الذي يحور من طرف القاضي في حين تتحدث المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن المحضر الذي يحرره أمين الضبط تحت اعتراف القاضي[2].

وليس هناك تناقض بين النصين في النص الأول أن يحور القاضي بينه المحضر أعلاه في حين المقصود في النص الثاني هو أن يحور أمين الضبط تحت إعلاء القاضي وهذا الأخير حر في أن يتولى تحرير المحضر بنفسه أو يتولى ذلك العمل لا بين الضبط لكن تحت إشرافه أو رقابية وعلى رقابته وعلى زوجين أن لا يوقفها على المحضر إلا بعد تلاوته عليهما من طرف القاضي أو أمين الضبط ويجب التنصيص في أسفل المحضر بان عملية التلاوة تمت على الطرفين.

وأوجبت المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على القاضي أن يعاين الوقائع المعتمدة عليها في طلب الخلع وأن يعطيها الوصف القانوني الصحيح طبقا لأحكام قانون الأسرة فإن طلبت الزوجة الانفصال عن الزوج مقابل مبلغ من المال ولم تذكر عبارة "الخلع" فإن القاضي يعطي الوقائع صفة الخلع وكذا الحال عندما تطلب الخلع صراحة ولا تعرض العوض فإن القاضي لا يرفض الطلب بل يدعوها إلى اقتراح العوض أو الحكم بصداق المثل كعوض للطلاق والقيام بمحولات الصلح قبل النطق بعوض أو بأي طلاق لآخر بمثابة تدبير وجوبي سواء على مستوى الدرجة الأولى (المحكمة) أو أمام المجلس القضائي ويلاحظ بأن المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث) ذهبت إلى كون جهة الاستئناف ليست ملمة لقضاة المجلس القضائي[3].

---

[1]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص 271.

[2]– نص المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة ...".

[3]– لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص–ص 186–187.

وصدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/11/15 (ملف رقم 372130) وجاءت أسبابه كما يلي : لكن متى كانت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري ملزمة للقاضي أول درجة دون قضاة الاستئناف فإن ما ذهبت إليه قضاة المجلس في قراراتهم كان يتماشى والقانون مما يتضمن رفض الوجه لعدم قانونية وتبعا لذلك رفض الطعن"[1].

أما في القانون المغربي فقد نص على إجراءات الصلح بين الزوجين في المادتين 21 وَ 82 من مدونة الأسرة المغربية حيث نصت المادة 81 من المدونة على ضرورة حضور الزوجين إلى جلسة الصلح خاصة الزوجة فقد ألزمها على الحضور لجلسة الصلح فإذا لم تحضر فإنها ستتحمل مسؤوليتها ويمكن أن تعرض نفسها للعقاب الجزائري كما أن جلسة صلح تكون جلسة واحدة واستثناءً جلستين في حالة وجود أطفال بشرط أن تكون الفترة بين الجلستين أكثر من شهر طبقا لنص المادة 82 من المدونة عكس المشرع الجزائري الذي نص على إجراء عدة محاولات للصلح بين الزوجي[2].

وتظهر أهمية محاولة الإصلاح من خلال ما أكدته المحكمة العليا ذلك في قرارها بتاريخ 2009/03/11 تحت رقم 09/00302 وجاءت بما يلي :

وقد أكدت من خلال قراراها هذا على الطابع الوجوبي لمحاولة الإصلاح وجاء كما يلي "عن الوجه الوحيد المخول من مخالفة وإغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات والذي جاء فيه أن المادة 49 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة اشترطت على قاضي شؤون الأسرة إجراء محاولات الصلح بين الطرفين وفي دعوى الحال فإن قاضي الدرجة الأولى أغفل ذلك.

لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة قامت بمحاولة صلح وعاينت أن المطعون ضدها أصرت عل طلب الخلع وبالتالي قدرت أن ذلك كاف للتعرف على نية الطرفين وخصوصا أن الدعوى التي أسفرت عن الحكم المطعون فيه هي دعوى خلع ولا تكون إلا بعدما ترى الزوجة المطعون ضدها أنها أصبحت غير راغبة في

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بالتاريخ 2006/11/15، ملف رقم 0372130 المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الثاني، ص 463، أخذا لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 172.

[2]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص–ص 273–274.

استمرار الحياة الزوجية مع الطاعن وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتضمن رفضه ..."[1].

ويلاحظ من هذا القرار بان الطاعن آثار مسالة اكتفاء المحكم بمحاولة إصلاح واحدة ولم تقم بعدة محاولات (محاولتين على أكثر) كما جاء في المادة 49 من قانون الأسرة وقد أجابت المحكمة العليا بأن المحكمة قامت بمحاولة إصلاح وتصرفت بواسطتها على نية الطرفين[2]. فهل أن الاشتراط المذكور في المادة 49 من قانون الأسرة الجزائرية إلزامي للقاضي؟

الحقيقة أن اشتراط نص المادة 49 وجوب قيام القاضي بعدة محاولات للصلح ليس على إطلاقه فإنه يدعو الزوجان إلى محاولة إصلاح ثانية أو ثالثة تبعا لما يراه مناسبا أما إذا تبين له بعد محاولة الصلح الأولى بأنه لا يوجد أي أمل في الوصول إلى الصلح بين الزوجين وأن كل منها متمسك بموقفه فإنه لا يدعو هما إلى محاولة إصلاح ثانية لعملية بأن لا جدوى في ذلك إضافة للوقت، وبعد تمسك كل من الزوجين بموقفه أثناء جلسة محاولة الصلح الأولى ورفضها معا أو رفض أحدهما للتفاهم مع الآخر يعد رفضا قاطعا لإجراء محاولة ثانية للإصلاح[3].

ثانيا : إجراء التحكيم بين الزوجين

جاء في نص المادة 56 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت وجب تعيين حكمين من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين"، أما ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 446 حيث جاء بها أنه "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضيان يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 245.

[2]- لحسين بن شيخ آث ملويا، نفس المرجع، ص-ص 245-246.

[3]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 280.

بالإضافة إلى الموارد 447-448-49[1]، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذه المواد بينت الإجراءات التحكيم في القانون الجزائري، ومن خلال التمعن فيها والمقارنة بما جاء في قانون الأحوال الشخصية.

تطرق المشرع الجزائري إلى شروط الحكمين من خلال تعينهما من أهل الزوجين أو من أهل الزوجين أو من الأجانب[2]. حيث حسم الأمر ونص على وجوب تعينهما أي من أهل الزوجين وحكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوجة دون الإشارة إلى إمكانية تعذر ذلك وإعطاء البديل، وهذا ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 56 السالفة الذكر[3].

تطرق المشرع الجزائري إلى إطلاع القاضي على إصلاح القاضي على ما توصل عليه الحكمان دون تفضيل في نتيجة تحكيم وفي حالة الفشل في الإصلاح، وما إذا كان سبب الشقاق يعود إلى الزوج أو الزوجة أو أنهما لم يستطع معرفة المتسبب فيه وهذا عكس ما ذهبت إليه أراء الفقهاء وبعض تشريعات الدول العربية والتي تحكم بالتطبيق ولكن باختلاف التبعات المالية فيها إذا كان المتسبب في شقاق الزوج أو الزوجة، كما يلاحظ أن محضر الصلح الذي يشرف عليه القاضي لأنه يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط أما المحضر الأول فلا يحتاج إلى مصادقة ليسبح سندا تنفيذيا.

أهم قضية يمكن ملاحظتها في قضية التحكيم هي أن المشرع الجزائري أعطى سلطة محددة للحكمين وهي محاولة الإصلاح فقط فإن نجح في ذلك أثبتاه في محضر يصادق عليه القاضي[4].

---

[1]- المواد 447 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة.

[2]- المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : "إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير لأي طعن.

[3]- المادة 499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد قضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة.

[4]- يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 42-43.

لا وقد تثبت مشروعية التحكيم في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وما ثبت عن الصحابة والإجماع، أما في القرآن الكريم **قوله تعالى** ﴿**وإن خفتم بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريد إصلاح بوقف الله بينهما**﴾[1].

أما من السنة تحكيم النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن معاذ في أسر بني قريضة عن عائشة رضي الله عنهما قالت : **"كان بينها وبين النبي عليه السلام فقال:" اجعلي بيني وبينك عمر فقلت : لا : قال : اجعلي بيني وبينك أباك، فقالت : نعم".**

ولابد من مراعاة شروط التحكيم والمتمثلة :

البلوغ : فلا يصح تولي الصغير حكما لنقصان تميزه ولأنه لا يحتويه عقله.

العقل : إن المجنون مرفوع عليه القلم والتحكيم يحتاج إلى عقل وإدراك[2].

الإسلام : فلا ولاية للكافر على المسلم **لقوله تعالى** ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**﴾.

العدالة : فإن انتقلت العدالة تحقق الفسق، والفاسق لا يؤمن من الانحياز إلى طرف دون الآخر.

سلامة الأعضاء : ومنها السمع والبصر والقدرة على الكلام[3].

ومنه فإن التحقق من وجود أو عدم وجود ضرر، ومدى حساسيته متروك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يفصل في موضوع الدعوى، ويسبب الشكوى، ويشترط في الضرر وقيامه ووصوله قبل رفع الدعوى وقبل تسجيلها لدى كتابة الضبط بالمحكمة ومع ذلك فإن إقامة الزوجة دعوى الخلع بالضرر ولم تتمكن من إثبات الضرر وكمت المحكمة برفض دعواها فإن ذلك لا يمنعها من تجديد رفع الدعوى مرة ثانية إذا كانت ستتمكن من إثبات الضرر وتحقق وجوده[4]،

---

[1]– سورة النساء، الآية 35.

[2]– أحمد على جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديدة، الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 2012 والطبعة الثانية 2016، ص 247.

[3]– يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 44.

[4]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 50.

ومنه الفرق بين الصلح والتحكيم :حيث يتفق الحكم الصادر صلحا والحكم الصادر تحكميا في أن كل منهما يستند إلى إدارة طرف الخصومة، كما أن كلاهما يؤدي إلى حسم النزاع بين الأطراف وبالتالي يجوز كل منهما حجية الأمر المقضي فيه.

بينما أوجه الاختلاف : فنجد التحكيم ينتج عنه حكم قضائي بخلاف التحكيم فيتنازل عن حق، بالإضافة أن الذي بحسم النزاع في التحكيم شخص ثالث من غير أطراف النزاع (الحكم) والذي يحسم النزاع في الصلح فهم الأطراف أنفسهم.

أما بالنسبة للجانب الإجرائي للصلح فإن قانون الأسرة لم ينص إلا على مادة واحدة توضح أن الصلح إجراء جوهري لابد منه وهي المادة 49، مما يستوجب الرجوع إلى مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره المرجعية الإجرائية لقسم شؤون الأسرة لتوضيح ذلك من خلال بيان إجراءات الدعوى في مادة الطلاق، وتوضيح الصلح الجوهري فيه[1].

ثالثا : النيابة العامة كطرف في دعوى الخلع

باعتبار أن النيابة العامة للهيئة الدفاعية على مصالح العامة والتي تسهر على تطبق القانون، حيث تتولى رغم الدعوى المرتبطة بالمصلحة العامة باسم المجتمع في الحدود التي وضعها القانون.

وأن التعديل الجديد لقانون الأسرة الخاص بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 حيث أضاف لقانون الأسرة مادة جديدة هي مادة 03 مكرر وتنص على ما يلي : "تعد النيابة العامة فرعا أصليا في جميع القضايا الرامية لتطبيق أحكام هذا القانون".

وقد جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص آخر يكمل المادة 03 مكرر السابقة وهي المادة 01/438 التي توجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسميا المدعي عليه والنيابة العامة في دعوى الطلاق بنسخة من العريضة[2].

وتبعا لما جاء في النصين السؤال المطروح هل تعتبر النيابة خصما وطرفا أصليا في كل قضايا الأسرة وهذا طبقا للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة أم قضايا الطلاق طبقا

---

[1]– هشام الذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد أحمد لخضر 2014–2015.

[2]– الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 18.

للمادة 01/438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإذا كان الأمر ذلك وجب إدخالها ضمن أطراف الخصومة كما يجوز لها أن ترفع هذه الدعوى على أطراف علاقات الأسرة أو على احدهما[1]. وان تطعن في الأحكام الصادرة في هذا الشأن.

وفي حين نجد دور النيابة العامة الحقيقي هو الدعوى العمومية حيث تستأثر وحدها بتحريكهما ومتابعتها أمام القضاء، أما القضايا المدنية فقد يكون لها دور إما أن يكون طرفا أصليا أو طرفا منضما[2].

أ- دور النيابة العامة كطرف أصلي :

حيث تعتبر النيابة العامة محامي المجتمع وهي الطرف العام في الخصومة الجنائية، حيث تعتبر النيابة العامة الهيئة الإجرائية[3]، وبهذا كانت طرفا أصليا وأصبحت بالموازاة تقوم بهذا الدور في قضايا الأسرة طبعا المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، حيث تعتبر الوظيفة الأساسية للنيابة العامة هي ممارساتها في القضايا الجنائية التي تعتبر فيها طرفا أصليا وأصبحت تقوم بهذا الدور في قضايا الأسرة[4]. كم أشرنا آنفا حيث يمكننا رفع الدعوى فتفقد موقف المدعي أو المدعي عليه بحسب الأحوال إن تقوم برفع الدعوى باعتبارها الممثلة الرسمية للنظام العام إذن القانون هو الذي يعطيها صفة رافع الدعوى ويكون لها ما للخصوم من حقوق ويكون عليها ما على الحضور من واجبات وأعباء وبالتالي تكون طرف كاملا يمكنها توجيه سير الخصومة وإبداء الطلبات والوقوع وتقديم الحجج وأدلة الإثبات والحضور وكل الإجراءات تحرر باسمها وتبلغ بنفسها طلباتها إلى الطرف الخصم ولا يجوز[5]، القضاء في غيبتها وإلا كانت إجراءات المحاكمة باطلة الحكم الصادر في الدعوى باطلا لأن صحة التمثيل من النظام العام والنيابة عامة باعتبارها طرف أصليا فالدعوى المرفوعة من طرفها هي رفع الادعاء على القضاء للحصول على حكم إيجابي من القضاء[6].

---

[1]- أحمد نصر الجندي، شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 32.

[2]- الطيب زروقي، المرجع السابق، ص 18.

[3]- محمد محمود سعيد، حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية، دار الكتاب الحديث، 1982.

[4]- علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص 74.

[5]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة، دار موسى، الجزائر، 2010.

[6]- علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص 74.

ب- النيابة العامة كطرف منظما

لقد انعقاد الخصومة تتدخل بوصفها ممثلة للمصلحة العامة ساعية لضمان التطبيق السليم للقانون ولكن أن تكون لها صفة أحد طرفي الخصوم ولا يترتب على دورها ذلك نفس الآثار المترتبة على الخصومة بين طرفيها[1].

وتكون النيابة العامة بوصفين :

تدخل النيابة العامة الوجوبي :

يمكن للنيابة العامة أن تعمل كطرف منظم في الخصومة المدنية ويكون تدخلها وجوبيا بمقتضى القانون وحدد المشرع حالاته في الفقرات من 1 إلى 8 من المادة 260 قانون الإجراءات المدنية السابق (المادة 141 الفقرات من 1 إلى 8)[2] في تلك القضايا ويجب إطلاع النيابة العامة عليها فتقدم رأيها وإلا كان الحكم الصادر في الدعوى باطلا وهو بطلان من النظام العام.

ولكن يمكننا القول إنه في قضايا الزواج والطلاق تعمل النيابة العامة كطرف منظم ولكن يمكننا القول إنه في قضايا الزواج والطلاق تعمل النيابة العامة كطرف منظم ولكن بصفة أخرى أي تنظم إلى الدعوى ولا تكون لا مدعي ولا مدعى عليها أي تكون طرفا "أصليا" ليس بصفة مطلقة حيث أنها لا تبدي طلبات ولا دفوعا لأنه من مصلحتها أن تقف إلى جانب الزوج أو إلى جانب الزوجة بل تلتمس جميع قضايا شؤون الأسرة[3].

جـ- تدخل النيابة العامة الاختباري :

يجوز للنيابة العامة أن تتدخل أمام القضاء المدني في أية قضية إذا رأت أنها تمس بالنظام العام وهذا الحق متروك لتقديرها فتستطيع أن تتدخل في أية قضية ويسمى هذا التدخل الاختياري أو تعلقا، ولا يجوز للجهة القضائية أن ترفض تدخل النيابة العامة في الدعوى كون النزاع لا يتعلق بالنظام العام، ولكن النزاع خارج على نطاق النظام العام أو عدم تعلقه بالآداب، حيث إن النيابة العامة هي التي تستغل بتقدير ما إذا كان تدخلها من

[1]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 19.

[2]- الطيب زروتي، نفس المرجع، ص 20.

[3]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 251-252.

دواعي الصالح العام أم لا[1]، أخيرا نشير أن نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة المضافة بموجب أمر 05-02 مطابقا تماما لنص المادة 03 من قانون الأسرة المغربي (قانون 03-07 المنشور في 1 فبراير 2004)[2].

الفرع الثاني : مضمون الحكم بالخلع

يتعلق الأمر بمضمون منطوق الحكم القضائي الفاصل في دعوى الخلع المرفوعة من طرف الزوجة ولا يقتصر الحكم على النطق بعوض بل يفصل أيضا في الطلبات الأخرى ...إلخ، بالإضافة لذا يجب التعرض لهذه المسائل إضافة إلى ما هو ابتدائي في الحكم.

أولا : النطق بالطلاق بعوض

باستطاعة القاضي أن يستعمل عدة صيغ عندما يحكم بالخلع، وتوجد الصيغ التالية: حكمت المحكمة بالطلاق بين الزوجين بعوض قدره (مع ذكر المبلغ بالحروف والأرقام) وحكمت المحكمة بالطلاق بواسطة الخلع مقابل مالي قدره ... تدفعه الزوجة للزوج وحكمت المحكمة بخلع المدعية عن المدعي عليه وألزمها بان تدفع له مبلغا ماليا قدرة ...، ولابد من ذكر المبلغ المالي المختلف به منطوق الحكم وإلا فإننا لا نكون بصدد خلع، بل بصدد الطلاق أو تطليق بغير عوض ولا يجوز أن تقتضي بحفظ العوض لكون العوض، شرط جوهري لا يكون بدونه الخلع ولا يقع صحيحا إلا بذكره وتحديده تحديدا دقيقا بما يجعله قابلا للتنفيذ.

ولقد كانت المحكمة العليا في بادئ الأمر تقبل الحكم بحفظ حق الزوج في العوض وجاء في قرار لها بتاريخ 2005/07/13 (ملف رقم 336380) يقولها : "لكن حيث يلاحظ من خلال الحكم المطعون فيه أن المطلقة قد عرت مبلغا ماليا على الطاعن مقابل الخلع، إلا أن هذا الأخير لم يناقش المبلغ المعروض مما أدى بقاضي الدرجة الأولى إلى حفظ حقه في هذا الجانب وإذا أراد الطاعن مناقشة هذا الجانب فكان عليه أن يطعن فيه بالاستئناف، الشيء الذي يجعل الوجهين غير وجهين مما يتضمن رفضها أو تبعا لذلك

[1]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 252.

[2]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 21.

رفض الطعن ..."[1]. حيث أن القرار المنتقد لما قض بالخلع بناء على طلب احتياطي من المطعون ضدها ودون أن تعرض على زوجها بدل الخلع قد أساء تطبيق القانون بل وخالفه لأن الخلع في الأصل لا يطالب به بصفة احتياطية هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن كل امرأة تطالب بالخلع عليها وجابا عوض مبلغا مالي مقابلة وتبعا لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع لأن القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بالطلاق خلعا سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا طبقا لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة ولما قضى قضاة الموضوع بمجلس قضاء **تيزي وزو** بخلاف ذلك فإن فضائهم جاء مشوبا بالقصور في الأسباب وانعدام الأساس القانوني الأمر الذي يتعين عه نقضيه وأبطاله ..."[2].

ونجد أن المحكمة العليا قضت بوجود أن ينص الحكم الناطق بالطلاق بعوض على بدل الخلع لأنه عنصر جوهري لا يمكن الاستغناء عن ذكره فأساس الطلاق هو العوض وبدونه لا يقع الطلاق، ونشير على أن المحكمة العليا قد أخفقت في مسألتين :

1- بخصوص عدم جواز المطالبة بالخلع بصفة احتياطية : وذهبت المحكمة العليا في عدم جواز المطالبة بالخلع بصفة احتياطية وبوجوب أن يطلب بصفة أهلية وهذا المذهب غير مستساغ لكون القانون لم يشترط ذلك من جهة[3]، زمن جهة أخرى، فإنه قياسا على الخلع الذي ينطبق به الحكمين في المذهب المالكي فإن هؤلاء لهما أن يختارا عند عدم الإصلاح في التفريق بين الزوجين بالتطليق أو يخلع الزوجة مقابل مال معين وعلى ذلك فإنه باستطاعة القاضي عندما تطلب الزوجة التطليق بصفة أصلية والخلع بصفة احتياطية أي يختار بينهما مراعاة للمصلحة وله اللجوء إلى الخلع إذا لم تكن

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/07/13، ملف رقم 633380، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد 61، ص 330، أخذا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 198.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/10/11، ملف رقم 365244، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد الأول، ص 467 أخذا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، نفس المرجع، ص 172.

[3]- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع، نفس المرجع، ص 172.

شروط التطليق بدون عوض متوفرة وهذا بعد أن يحاول الإصلاح بين الزوجين لكن دون جدوى[1].

2- بخصوص بوجوب عرض الزوجة للعوض : رأت المحكمة العليا بأنه على الزوجة التي تطالب بالخلع أن تعرض المبلغ المالي الممثل للعوض وما ذهبت إليه المحكمة العليا غير مستساغ لأنه باستطاعة القاضي أن يحكم بالخلع مقابل صداق المثل كما له أن يدعو الزوجة إلى عوض بدل الخلع مقابل صداق المثل كما له أن يدعو الزوجة إلى عوض بدل الخلع إذا طلب القاضي من الزوجة أن تعرض العوض ولم تستجب لذلك وبالمقابل صرح الزوج بأنه اصدقها عند زواجه على مقداره بان تقول بانه يقل عنه فهنا وبالنظر لعدم حصول اتفاق بين الزوجين على المقابل المالي للخلع فإن القاضي يحكم بصداق المثل[2].

ثانيا : طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

لابد التطرق إلى أنواع الأحكام بإيجاز قبل التطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالخلع، ومنه :هناك الحكم الملزم وهو ذاك الحكم الذي يتضمن إلزام المدعي عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري ولذلك فإن حكم الإلزام يهدف إلى تقرير إلزام ولكي نتحقق هذه الصورة فلابد أن يكون هنالك تنفيذ جبري يهدف إلى إعادة مطابقة المركز الواقعي مع المركز القانوني للشخص فمتى نقول أننا أمام حكم ملزم فتكون أمام محكمة ملزم إذا كان هناك حق يقابله إلزام ويكون هذا الحكم قابل للتنفيذ الجبري.

وكذلك الحكم المقرر وهو ذاك الحكم الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني، وهذا الحكم لا يمكن تنفيذه جبرا، عكس الحكم الملزم لأنه بمجرد صدوره تتحقق الغاية منه مثل الحكم المصادر بالتطليق فبمجرد صدوره تشبع الحاجة منه أي نخلص الوجهة من الزوج.

[1]- علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص 78.

[2]- نبيل صقر، المرجع السابق، ص 201.

والأحكام المقررة لا يساهم القضاء إلا في الكشف عنها وتقريرها والدعاوى التقديرية لا توجه اعتداء ظهر فيشكل مخالف للالتزام لأن الحق أو المركز القانوني لا يقابله الالتزام وإنما يقابله مجرد اعتراف[1].

وكذا الحكم المنشئ وهو ذلك الحكم الذي يهدف إلى الحصول على القضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني وهو مثل الحكم المقرر فبمجرد صدوره تتحقق الغاية منه بدون الحاجة إلى تنفيذه جبرا، وتختلف الأحكام التقريرية عن الإنشائية في كون أن الأولى تكون فيها السلطة التقديرية للقضاء محدودة بينما في الأحكام الإنشائية تكون السلطة التقديرية للقضاء أوسع.

ونستخلص مما سبق أن القضاء الصادر بإنهاء الرابطة الزوجية سواء تعلق الأمر بالطلاق أو التطليق أو الخلع هو قضاء منشئ بحيث يترتب عنه إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج[2]، ومنه طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع.

حيث بصدد هذه النقطة نجد أن هناك اختلاف بين القضاء إذن نجد أن أبو حنيفة يعطيه حكم اليمين من جانب الزوج وحكم المعاوضة من جانب الزوجة، أما المالكية يرون أن الخلع معاوضة من جانب الزوجة، أما المالكية يرون أن الخلع معاوضة من الجانبين في حين أن فقه الحديث يرى أن الخلع هو عقد بين الرجل والمرأة على إنهاء الحياة الزوجية لقاء بدل ما تدفعه الزوجة زوجها وهذا ما جاء في بيانه في المطلب الثاني من المبحث الثاني للأحكام التنظيمية للخلع في بحثنا هذا بالإضافة إلى تدخل القاضي في حالة عدم الاتفاق على بدل الخلع حيث أن لا يتجاوز ما دفعه الزوج من مهر.

إذ نجد أن الأحكام الصادرة في مجال الخلع بصفة عامة مثلها مثل الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن فيها بالطرق العادية أو المتمثلة في المعاوضة والاستئناف، تطبق في ذلك المادة 57 من قانون الأسرة بقولها : "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"، كما نصت المادة 452 من قانون

[1]– عمر زودة، المرجع السابق، ص 98.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 51.

الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : "لا بوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 وَ 451.

إذ تتعلق المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، بإرادة بين الزوج في حين تتعلق المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، بالتطليق بناءا على طلب من الزوجة وكذا بالخلع الذي تطلبه الزوجة وتبعا للمادتين أعلاه تترتب النتائج التالية :

أ- كون الرجل حل رابطة الزوجية بموجب الخلع ذو طابع نهائي

يعتبر التفريق بين الزوجين مقابل عوض وهو الخلع ذو طابع نهائي أي كان الطلاق بيد الزوج فهو حتى إرادي يملكه الزوج ومن هنا فإن حكم القاضي يعتبر كاشفا لحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة وهو نفس الشيء بالنسبة للخلع الذي هو اتفاق بين الزوجين على مخالعة مقابل مبلغ مال تدفعه للزوج وعندها ما على قاضي إلا بكشف إرادة الزوجة في وثيقة رسمية تحتج بها أمام الغير وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم 05-02 في مادته 57 المعدلة على أن الأحكام القاضية بالخلع تقع نهائيا[3]، لأن الخلع في الشريعة الإسلامية يقع بائنا وبالتالي فإن الخلع لا يقبل الاستئناف إلا في جوانبه المادية[4].

مع الإشارة بان الطابع النهائي لحكم الخلع في جانبه المتعلق بحل عقدة الزواج يكون بقوة القانون ولا حاجة إلى التنصيص على ذلك من طرف القاضي ذلك أنه حتى ولو لم يذكر القاضي في حكمه بأن الطلاق بعوض نهائي فإنه يقع نهائيا ولا يمكن مخاصمته بواسطة طرق الطعن الأخرى[5]، ما عدا الطعن بالنقض.

---

[1]- نص المادة 450 من قانون الإجراءات والإدارية: رقم 08-09 : يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، وبأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها ملائمة لذلك"

[2]- نص المادة 451 من القانون أعلاه : "يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة للطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة ...".

[3]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص-ص 280-281.

[4]- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص 201.

[5]- طرق الطعن : طريقتان طرق الطعن العادية : المعارضة والاستئناف وطرق الطعن غير العادية : الطعن بالنقض والتماس وإعادة النظر والطعن باعتراض غير الخارج عن الخصومة.

ب- قابلية الجوانب المادية للخلع للاستئناف

المقصود بذلك هو مقدار المبلغ المالي المشكل لعوض في الخلع وكذا الجوانب المادية الأخرى المفصول فيها من نفقة إهمال ونفقة سكن وكذا نفقة الأطفال والحضانة وكل ما يرتبط بها كحق الزيادة والولاية على القصر والتنازل بشأن المتاع ...إلخ.

ج- الأثر غير الموقف للطعن بالنقض بخصوص فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع

إذا قضى الحكم بالطلاق بعوض بين الزوجين وهو الخلع فإنه ينفذ فورا ولا يتوقف الطعن بالنقض ذلك التنفيذ وبالتالي باستطاعة الزوجين أو أحدهما أن يطلب تسجيل بعوض لدى مصلحة الحالة المدنية بل ويجب على النيابة العامة أن تسعى في ذلك[1].

بالموازاة لما جاء سلفا قد نشير إلى اجتهاد المحكمة العليا بخصوص إجراءات الخلع إذا تعرضت بقراراتها لمسألة عدم اشتراط طلب طلاق الخلع. إذا كما ذكرنا سابقا أنه لا يشترط من الزوجة أن تذكر السبب الذي دفعها إلى طلب الطلاق بعوض وبالتالي لا يحق للقاضي أثناء جلسة الصلح أن يستفسرها عن ذلك لأنها هي البادلة للعوض مقابل حريتها فيكفي أن تبدي رغبتها على عدم إرادتها في مواصلة الحياة الزوجة[2]. وأكدت ذلك المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/12/10 تحت رقم 09/01385 جاء فيه ما يلي :

"حيث أن طاعن يعين على قاضي محكمة الدرجة الأولى مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك بقضائه بفك الرابطة الزوجية بينه وين زوجة المطعون ضدها عن طريق الخلع، بالرغم من عدم موافقته على الخلع المذكور إلا أنه وخلافا لادعاء الطاعن فإن المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري تنص صراحة على أنه : "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" ومن ثم فإن عدم موافقته على الخلع المطالب به من

[1]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص-ص 297-298.

[2]- طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأحوال الشخصية مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 1430هـ- 2008م.

طرف المطعون ضدها لا يمنع القاضي من القضاء به، كما أن الزوجة ليست مطالبة بتقديم آية مبررات لطلب ذلك الخلع ..."[1].

وهكذا فإن الخلع حق للزوجة مقابل ما للزوجة من حق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ولذا لا يحتاج في الخلع الذي ينطق به القاضي إلى إرادة الزوج ولا يشترط على الزوجة أن تبدي الأسباب التي دفعتها إلى المطالبة بطلاق الخلع مادام أن ذلك حقا خالصا لها[2]، وللقاضي الاستجابة لها بشأنه فالخلع جائر من غير اشتكاء الضرر من طرف الزوجة أو الزوج، وكما ذكره فيما يخص المادة 552 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهو أن النص يفيد بان الطعن بل نقض غير موقف للتنفيذ، فيما يتعلق بأحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين (450-451) السابقة الإشارة إليها، والتي تشمل كل من : الطلاق، التطليق، والخلع.

إذ نجد أن آلية التطليق هي التي تعني كل من الزوجين، والقاضي على النحو التالي : فعلى الزوجان أن يعلما يقينا بأنه لا مجال للطعن في موضوع الطلاق أو التطليق أو الخلع، لأي سبب كان، فالأمر جاء، ولا مجال لأي تهور أو تلاعب ومن ثم عليهما تطبق السبب الشعبي القائل : قيس قبل ما تبتغي، أما بالنسبة للقاضي فمتى تم الطعن أمامه في أي حكم أو قرار ما ذكر أعلاه، فليس أمامه إلا القضاء بعدم القبول، وتتمة لما جاء في هذه الدراسة أو الجانب الإجرائي لابد أن نخلص كنتيجة لهذا ككل إلى مجموعة من الآثار العاملة والخاصة وحتى النفسية للخلع.

المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن الخلع

نجد أن آثار الخلع هي النتائج القانونية المترتبة عنه في مواجهة الزوجين وكذا في مواجهة الأطفال وقد يتعلق الأمر بنتائج مادية كما هو الحال بالنسبة لمختلف النفقات من نفقة عدة أو إهمال وكذا الحضانة ونفقة المحضون وحق الزيارة بالإضافة إلى نتائج

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص 174.

[2]- مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة (الطلاق وآثاره)، الطبعة الأولى، منشورات جامعة سبها، 2006م ص 83.

خاصة كالنزاع الزوجة يتسبب بدل الخلع والاعتداء المختلفة وسقوط حقوق الزوجية ونخلص إلى النتائج المخلفات النفسية للطلاق ككل خاصة الخلع.

المطلب الأول : الآثار العامة

الخلع كغيره من أشكال فك الرابطة الزوجية قد ينشئ عنه جملة من الأثار، وهذا فيما يتعلق بالزوجة مثلها مثل ما يقع في الطلاق من العدة وعدم إرجاع الزوج لزوجته إلا بعقد جديد وبرضاها وعدم توارث بين المطلقين خلعا ...الخ، وهذا ما سيأتي بيانه بجميع الحالات في فروع متفرقة.

الفرع الأول : الخلع طلاق بائن

يعتبر الخلع طلاق بائن سواءا من طرف الزوجين وبحكم من القاضي، وهذا ما جاء تبيانه في المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه يتم بمقابل مالي من جهة، ومن جهة أخرى أنه صادر عن القاضي.

أولا : العدة

وباعتبار الخلع طلاق بائن سواء بإرادة الزوجين أو بحكم القاضي وعلى ذلك إذا أخذ الزوج العوض فإنه عصمة الزوجة تخرج عن يده ونكون بصدد طلاق بائن ويعد الخلع كذلك في قانون الأسرة الجزائري لأنه يتم بمقابل مال من جهة ومن جهة أخرى لأنه صادر عن القاضي ذلك أن كل طلاق ينطق به القاضي[1].

ويعد طلاقا بائنا وعلى ذلك نصت المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : "ومن راجعها (أي زوجته) بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الطلاق وجوبا بسعي من النيابة العامة وتشمل أحكام الطلاق، الطلاق الصادر عن الزوج أو بتراضيها وكذا الطلاق الصادر عن القاضي بعد أن تطلبه الزوجة ويدخل في ذلك التطليق والخلع[2]. كما لا تقبل الأحكام الصادرة في مادة الخلع الطعن فيها بالاستئناف ما عدا في جوانبها

[1]– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص 207.

[2]– المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على مختلف حالات الطلاق.

المادية[1]، ويترتب على كون الخلع طلاق بائن يترتب عنه العدة تجب العدة وهذا ثابت في الكتاب والسنة **لقوله تعالى** ﴿**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾، ولقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قبس : "اعتدي في بيت ابن أم مكتوم"، وعلى وجوب العدة إجماع الصحابة وعمل الأمة وإن حصل اختلاف في بعض أنواعها، وتجب العدة في أحوال منها:

إذا حصلت الفرقة من نكاح صحيح، سواء أحصل دخول حقيقي أم لم يحصل، بل يكفي تأكيد العقد بالدخول الحكمي وهو الخلوة، وتجب العدة أيضا بوفاة الزوج سواء أدخل بها أم لم يدخل صغيرة كانت أم كبيرة، وإذا حصلت الفرقة من نكاح فاسد، لا تجب الصلة إلا بالدخول الحقيقي أما الخلوة فيه فلا اعتبار لها، إذا حصلت الفرقة بعد الوطء بشبهة والوطء الذي يوجب العدة، هو كل وطء لا يوجب الحد على الواطئ أما الوطء الموجب للحد كالزنا عدة فيه لأن العدة لحفظ الأنساب وليس في الزنا نسب.

وأخيرا وهو محط دراستنا إذ نجد العدة تجب إذا حصلت الفرقة بالقضاء بفسخ بعيب، أوضاع، أو اعتبار أو إعتاق وأخيرا والمهم بالدراسة هو المخالفة وتجب العدة في هذه الأنواع من التفريق لأنها بمعنى الطلاق، ونجد أن الاعتداد بالقروء هو الأصل، ولا يصار إلى الأشهر إلا عند تعذر العدة بالحيض **لقوله تعالى** ﴿**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾[2].

وأخذ القانون الجزائري نص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء والبائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق[3]، وإن الفقرة الأخيرة من نص المادة 58 أشارت إلى لفظ

---

[1]– المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري:" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جونبها المادية".

[2]– محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429هـ – 2008م، ص–ص 356–362.

[3]– غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة بين الشرع والقانون)، الطبعة الأولى، دار طليعة، الجزائر، 1423هـ– 2011، ص 145.

القروء إلا أنها لم توضح إذا كانت تحسب بانتهاء مدة الحيض أو بمجرد حصول الحيضة الثالثة[1].

أما الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه حددت مدة العدة للزوجة التي لا تحيض بثلاثة أشهر، وهذا يوافق **قوله تعالى** ﴿**واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ولائي لم يحضن ...**﴾[2].

ويؤخذ على هذه الفقرة الأخيرة بان على الزوجة أن تنتظر صدور الحكم من المحكمة لحساب عدتها، وهذا ما لا يوافق الرأي الشرعي[3]، وإن توفي الزوج المطلق أثناء العدة، فإنها تثبت على الطلاق، ولم يلزمها الانتقال إلى عدة الوفاة في حين أن عدة الحامل هو منع الحمل أو أقصى مدة للحمل عشرة (10 أشهر تاريخ الطلاق)[4].

ثانيا : عدم إرجاع الزوج لزوجته إلا بعقد جديد وبرضاها

إذا نطق القاضي بالطلاق خلعا فإنه لا يجوز للزوج أن يرجع زوجته أثناء العدة لأنها أصبحت أجنبية عنه، لأننا بصدد طلاق بائن، لكن يجوز أن يراجعها بعد زواج جديد ويجب أن يكون ذلك برضاها[5]، فإن رفضت التزوج نه فإنه يمنع عليه إبرام عقد الزواج وهذا طبقا لمبدأ حرية الإرادة، وفي ذلك يقول القاضي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي : "الخلع المطلق يقطع الرحمة ..." لأن المرأة إنما تبذل العوض بإزالة الضرر عنها وكل فرقة لإزالة الضرر فإنه تقتضي قطع ما يعيدها إلى ثبوت الرجعة عليها وإعادتها إلى الضرر ولأنها تعجز إقامة حقوق الله تعالى في ذات زوجها فلم تستطع ذلك[6].

وهذا لأن الزوجة ضحت بمالها، من أجل الانفصال عن الزوج والحصول على فك الرابطة وبالتالي لا يعقل أن يسمح للزوج بإرجاعها حتى لو رد عليها ما افتدت به ويترتب

---

[1]– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، المرجع السابق، ص 208.

[2]– سورة الطلاق، الآية 4.

[3]– غنية قري، المرجع السابق، ص 145.

[4]– المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على عدة الطلاق.

[5]– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، نفس المرجع السابق، ص 280.

[6]– اسماعيل أبا بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 329.

عن الزوجة المطلقة خلفا أصبحت أجنبية عن الزوج أنه لا يمكن أن يطلقها مرة أخرى لأنها خرجت عن عصمته لأن طلاقه سوف يكون منصبا على العدم لأن محل الطلاق والذي هو الزوجة منعدم لأن الزوجة بانت منه بعد صدور حكم الخلع[1].

ثالثا : الخلع ينقص ما يملكه الزوج من الطلقات

بمعنى أنه إذا حصل الخلع باتفاق الزوجين فإنه تنقص من حق الزوج في عدد الطلقات ولا تبقى له إلا طلقتين وفي ذلك يقول ابن القاسم في المدونة الكبرى : "وأخبرني الليث بن سعد عن عبير بن أبي جعفر عن عثمان ابن عفان أنه قال : الخلع مع الطلاق تطليقتان إلا أن يكون لم يطلق قبله شيئا فالخلع تطليقه ..."[2].

ومعناه إذا كان الزوج قد طلق زوجته من قبل ثم أرجعها في العدة أو تزوجها من جديد بعد العدة وبعد ذلك طلقها خلعا فإنه يكون قد استنفذ حقه في الطلاق مرتين ولم يبقى له إلا تطليقه واحدة[3]، إما إذا وقع خلع ولم يكن قد طلق زوجته من قبل فنكون بصدد تطليقة وتبقى للزوج تطليقتان وهذا إذا تمكن من إرجاع زوجته بعقد زواج جديد وبرضاها.

أما إذا كان الزوج قد سبق له وان طلق زوجته تطليقتان ثم أعاد الزواج بها بعقد جديد، وبعد ذلك طلقها خلعا فإنه تصبح أجنبية عنه بتة ونكون بصدد الطلاق المكمل للثلاث ولا يمكن أن بعيد الزواج منها إلا بعد أن تتزوج من رجل آخر وتطلق منه كما يعد الخلع في عدة الطلاق الرجعي طلقتين، وذلك أنه إذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا، بمعنى أن تصدر عنه طلقة واحدة ولكونها لا تزال في عصمته أثناء العدة فإنه يطلقها مرة ثانية وهي في العدة مقابل عوض معنى أن يطلقها طلاق الخلع فإننا نكون بصدد تطليقتين[4].

---

[1]– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، نفس المرجع السابق، ص 280.

[2]– مصطفى عبد الغاني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وآثاره)، الطبعة الأولى، منشورات جامعة سابها، 2006م.

[3]– طاهر حسين، المرجع السابق، ص 136.

[4]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 391

رابعا : عدم التوارث بين المطلقين خلعا

وهذا كون الخلع طلاق بائن فإن الزوجين يصبح كل منهما أجنبيا عن الآخر وبالتالي لا توارث بينهما وفي ذلك يقول الإمام مالك : "ولا يتوارثان ولا رجعة له عليه ..." أي لا يتوارثان فبمجرد تمام الخلع لا يرث أحدهما صاحبه إذا مات حتى ولو العدة[1].

وعلى ذلك لا توارث بينهما في العدة أو بعد نقضا عوضا ذلك أن الزوجية انقضت بينهما فمن شروط الميراث وجوب قيام الزوجية قبل وفاة أحد الزوجين وقيامها بان تكون الوفاة وهما زوجان، وتكون عدة من الطلاق رجعي فإن توفي الزوج وهي مطلقة طلاقا رجعيا ولم تكن العدة قد انتهت ورثت منه، وكذا إذا توفيت وهي في العدة وذلك لكون الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الزواج فلا يمنع التوارث[2].

وإذا طلبت الزوجة الخلع من القاضي وحكم لها بذلك وهي في مرض الموت، وأنها توفيت مباشرة أو بعد زمن قليل من التطليق به فإن الزوج لا يرثها سواء انقضت عدتها أم لا وكذا الحال إذا طلبت الزوجة الخلع من القاضي وزوجها في مرض الموت وحكم لها بذلك فإن لا توارث فيها بينما والسبب في ذلك لأن الطلاق صادر عن القاضي وهو الذي أنشا سواء اتفق الزوجان على العوض أو لم يتفقا وحدده القاضي بما يساوي صداق المثل.

بالإضافة أنه في حالة الخلع الاتفاقي والذي يقتصر فيه دور القاضي على الإشهار للزوجين، وبذلك فإننا بصدد طلاق بائن أيضا[3].

الفرع الثاني : عدم سقوط ديون أحد المطلقين على الأخر

الخلع لا يسقط الديون والحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر بما لا علاقة له بالزواج وتلك كالرهن والوديعة وثمن المبيع كما لا يسقط الحقوق المرتبطة بالزواج كالحق في الصداق أو في نصفه وكذا الحق في نفقة الإهمال[4].

---

[1]– ماهر حسين، المرجع السابق، ص 136.

[2]– نبيل صقر، المرجع السابق، ص 203.

[3]– مصطفى عبد الغاني شيبة، المرجع السابق، ص 90.

[4]– بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 99.

وبالمقابل يجوز أن يكون العوض في الخلع ليس هو الصداق بل قضاء الزوجة لدين زوجها الذي عليها ومثال ذلك أن يكون زوج دائنا للزوجة بمبلغ مالي ثم يعرض عليها الخلع مقابل أن توفي بدينه فتقول نعم وتؤدي ما عليها فهنا يقع الخلع وتكون بصدده طلاق بائن يشترط أن يكون الزوج قد قصد من عوضه الفدية[1].

ويقول القاضي ابن رشد في تفسيره ذلك : قوله في الذي قال لامرأته أقضي ديني وأفارقك ثم قال : لا أفارقك حق كان لي عليك فقضيتنيه إن ذلك يكون طلاقا إن كان على وجه الفدية معناه إذا ثبت أن ذلك كان على وجه الفدية ببساط تقوم بينة مثل أن تسأله أن يطلقها على شيء تعطيه إياه فيقول لها : اقضي ديني وأفارقك وما أشبه ذلك أو يقر بذلك على نفسه فإذا اثبت ذلك أو أقره على نفسه كان خلعا ثابتا ..."[2].

وإذا كان دين الزواج على زوجته مؤجلا لأي لم يحل أجله بعد أو عرض عليها الزوج الخلع مقابل إسقاط الأجل عنها ووفائها بالدين فإن طلاق ناقل إذا تلاقى الإيجاب والقبول حول مبدأ المخالعة فالخلع شرعا واقع وما على القاضي إلا تثبيته وإضفاء الرسمية عليه ضمانا لحقوق الطرفين فهو لا يستدعي تدخل القاضي إلا لإثباته بحكم قضائي بعد أن يتأكد من توافر شروطه وضمان حقوق الأولاد[3]، ولا يمن له أن يبحث في التزامات الأطراف طبقا للمادة 106 من القانون المدني الجزائري التي يجري نصها : "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين"، ومن ذلك جاء في حاشية الدسوقي : "لا يجوز الخلع حالة كونه بحاكم وبل حاكم: واستلامه لمبلغ الدين قرينة على أنه رضي بالمخالعة ويلزم بعد ذلك بردها استلمه إلى المخالعة ولا يسلمه إلا عند حلول آجله لأن تعجيل الدين على الطلاق محرم[4].

[1]– علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص 99.

[2]– التواتي بن التواتي، المرجع السابق، ص 547.

[3]– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع، المرجع السابق، ص 216.

[4]– علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص 99.

وفي ذلك يقول ابن رشد : "وكذلك إن له عليها دين إلى أجل فقال لها: إن عجلت لي بديني فارقتك فعجلته وقبضه منها يلزمه الطلاق بإجماع لأن قبضه منها قبل حلوله رضي منها بالمخالعة ويرد المال إليها إلى أجله لأن تعجيله على الطلاق حرام ..."[1].

الفرع الثالث : عدم إسقاط الخلع لحقوق المطلقة والأطفال

قد حث القانون الجزائري في قانون الأسرة: في تعديله الجديد على تنظيم الأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية وكذلك أحكامها الإجرائية ستتبعه بالضرورة تنظيم الآثار الناجمة عن انحلال الرابطة الزوجية من آثار خاصة فيما يتعلق بحقوق الأطفال وحقوق الزوجة[2]، ومنه سنتناول منه الحقوق وفق ما يلي :

أولا : الخلع لا يسقط حقوق المطلقة

وفي هذا الصدد الأمر يتعلق بالحقوق التي تتمخض عن الطلاق بالخلع وذلك بالحديث عن الحق في السكن أثناء العدة والحق في النفقة والسكن إذا كانت الزوجة حاملا ...إلخ، ومنه :

أ- الحق في السكن أثناء العدة

نصت المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري بقولها : "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا متوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت عدة الطلاق"، والمقصود بالمطلقة هنا كل زوجة طلقها زوجها بإرادته المنفذة أو طلقها القاضي إذا طلبت التطليق أو الخلع ولذلك جعل لها المشرع الجزائري الحق في السكن وفي النفقة أثناء العدة، والهدف من ذلك هو استيراد الرحم، بمعنى معرفة إذا كانت حاملا أم لا لأن ذلك قد يدفع بالزوج إعادة الزواج منها بعقد جديد إن رضيت ذلك[3]، وهذا حفاظا على مصلحة الطفل كما أن إبقائها في مسكن الزوجية راجع إلى كونها لا تستطيع خلال العدة إعادة الزواج من شخص آخر

[1]- ابن الرشد، بوابة المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2001م.

[2]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 29.

[3]- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع، المرجع السابق، ص 206.

غير مطلقها[1]، أنه أن عدم خروج الزوجة من بيت الزوجية إلا لضرورة أو حاجة سواء أكانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها[2].

ب- الحق في النفقة والسكن إذا كانت الزوجة حامل

إذا تبين للقاضي أثناء النطق بالخلع بأن الزوجة حاملا وجب عليه أن يقضي لها بناءا على طلبها بالنفقة وحق السكن (إلزام الخروج بتخصيص مسكن أو دفع بدل الإيجار) لغاية وضع حملها[3]. ولا خلاف في ذلك من الفقهاء في وجوب النفقة للمرأة المختلعة إذا كانت حاملا وذلك **لقوله تعالى** ﴿**وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى**﴾[4].

فقد نصت الآية الكريمة على وجوب النفقة للمرأة الحامل الطلقة طلاقا بائنا والخلع طلاق بائن[5]، وإذا كانت المرأة غير حامل فقد اختلف الفقه في استحقاقها النفقة والسكن على النحو التالي :

المذهب الأول : يكون لها حق النفقة والسكن ولا يسقط منها شيء بالخلع ودوى هذا عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما مستدلين من الكتاب العزيز : ﴿**... لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينه ...**﴾[6].

المذهب الثاني : يسقط الخلع حقها في النفقة والسكن ولا يكون لها نفقة ولا سكن وروى ذلك عن **عبد الله بن عباس رضي الله عنهما واستدل أصحاب هذا المذهب على ما روى عن يَحْيَى بْنُ يَحْيَى، قَالَ : قَرَأْتُ عَلَى مَالِكٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ مَوْلَى الْأَسْوَدِ بْنِ سُفْيَانَ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، أَنَّ أَبَا عَمْرِو بْنَ حَفْصٍ طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكِيلُهُ بِشَعِيرٍ، فَسَخِطَتْهُ، فَقَالَ : وَاللَّهِ مَا لَكِ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، فَجَاءَتْ رَسُولَ**

---

[1]- العربي بختي، المرجع السابق، ص 134.

[2]- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح القانون الأسرة الجزائري (والأمر المعدلة له)، الطبعة الثانية، تحديد ورسالة، الأصالة للنشر والتوزيع، 1434هـ- 2012م، ص 181.

[3]- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص 184.

[4]- سورة الطلاق، الآية 06.

[5]- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص 185.

[6]- سورة الطلاق، الآية 01.

اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ : لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ، فَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكٍ، ثُمَّ قَالَ : تِلْكِ امْرَأَةٌ يَغْشَاهَا أَصْحَابِي، اعْتَدِّي عِنْدَ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ، فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى تَضَعِينَ ثِيَابَكِ"[1].

أما الرأي الراجع بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم نرى أن الأدلة كانت معظمها محتملة وليس نص يقطع النزاع، فلذا نرى أن الرأي الراجح هو القائل هو بأن لا يثبت لها شيء من النفقة والسكن، وذلك أن المرأة المختلفة هي التاركة لدفء الحياة الزوجية فأولى أن تحرم من حقوقها بعد تركها لعشرتها مع زوجها[2]، ألا أن كل مختلفة معتدة تستحق نفقة من مال مخالفها طيلة مدة عدتها ويجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة وعلى المحكمة أن تحكم بها وتحدها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك ولم نتنازل عن حقها هنا الصراحة أمام القاضي[3]، وطبقا لنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري:" ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق" وعلى القاضي أن يراعي في تقدير نفقة العدة يمكن أن يكون بدلا للخلع وبالتالي يسقط هذا الحق وليس المطالبة به[4].

ج- حق الزوجة المختلعة في الحصول على متاعها

ويشمل المتاع كلما أحضرته الزوجة إلى بيت الزوجية أثناء دخول بها، ويشمل ذلك المصبوغ والملابس ...إلخ، فالزوجة المختلفة مثلها مثل المطلقة طلاقا بائنا فلا يجوز لزوج أن يستولى على متاع الزوجة وفي حالة النزاع بين الزوجين وورثتهما في المتاع البيت ولبس لأحدهما دليل فالقول قول الزوجة أورثتها مع اليمين في هذا إذا كان المتاع موجودا ووقع النزاع بشأن ملكيته[5]، أما إذا نصت النزاع على مدى وجوده من عدمه وأنكر الزوج وجود متاع الزوجة عنه فإن القواعد العامة في الإثبات هي وجبة التطبيق[6].

---

[1]- القرطبي جامع الأحكام الفقهية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ-1999م.

[2]- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص-ص 195-196.

[3]- غنية قري، المرجع السابق، ص 152.

[4]- نورة منصوري، المرجع السابق، ص 154.

[5]- نص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري : "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجل".

[6]- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع، المرجع السابق، ص 221.

فقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي : "حيث أنه بالرجوع إلى أوراق الملف ولاسيما منها الحكم المستأنف والقرار المنتقد يتبين بالفعل أن قضاة الموضوع لم يحيبوا الطاعنة في عدد من دفوعها المتعلقة بالأثاث ولاسيما أنهم أغفلوا الفواتير التي قدمتها للمناقشة والتي أشارت إليها المحكمة والتي تثبت شراءها لبعض الأثاث هنا من جهة وجهة أخرى لما عجزت المدعية عن تقديم البينة عن باقي الأثاث كان من المفروض على قضاة الموضوع توجيه يمين الإنكار للمطلقة طبقا للأحكام العامة في قواعد الإثبات ولما قضى قضاة الموضوع بخلاف ذلك جعلوا قرارهم عرضة للنقد من جزئيا فيما يخص الأثاث محل النزاع ..."[1]، وهكذا وأمام إنكار الزوج لوجود المتاع لديه فإنه ومع انعدام الدليل كان على المحكمة أن توجه له اليمين الحاسمة طبقا للقواعد العامة للإثبات، حق الزوجة في استرداد عوض الخلع في حالة ثبوت غش الزوج :

إن تزوج رجل امرأة ثم اختلفت منه اتفاقا أو بحكم القاضي مقابل عوض دفعته إليه واكتشفت بأن بمطلقها عيوبا كالجنوب أو الجذام وغير ذلك من الأمر أمن غير القابلة للبرء، فإن الخلع ما من وعلى الزوج ردما أخته منها كعوض[2]، وفي ذلك يقول سحنون الفقيه المالكي : "وكذلك لو كان الزوج غرها من نفسه ثم خالعته بشيء ثم علمت بصبه رجعت عليه بما أعطته لأنه قد كان لها أن تفارقه ..."[3].

ويعلق ابن رشد على هذا التعليل بقوله : "إذا كان العيب بالزوج فلم تعلم به الزوجة حتى مات عنها أو طلقها أو خالعها لا رجوع عليه بشيء عند مالك وخالفه سحنون في المخالفة فقال : "إن كانت خالعته قبل البناء بأكثر من صداقها رجعت عليه بالزائد وإن كانت خالعته بعد البناء رجعت عليه بالزائد، وإن كانت خالعته بعد البناء رجعت عليه بجميع ما خالعته به من قليل أو كثير لأنه قد تم الكشف بها ظهر بالزوج من العيوب إن الرد كان لها والصداق قد وجب لها بالدخول ..."[4].

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2005/10/12 ملف رقم 335858، نشرة القضاة، 2008، العدد 63، ص 335، أخذا عن الحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 222.

[2]– منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 22.

[3]– أحمد شامي، المرجع السابق، ص 215.

[4]– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع، المرجع السابق، ص 222.

وهكذا نجد مالك يرى أنه ليس للزوجة المختلعة أن تسرد من الزوج ما دفعته إليه في سبيل العوض إذا اكتشفت بأن به عيبا من عيوب الخيار كالجذام والجنون ...إلخ غير أن الفقيه سحنون والذي روى الدونة الكبرى عن ابن القاسم خالف مالك بخصوص الخلع وفرق بين حالتين : تمثلت الأولى في أن يقع الخلع قبل الدخول، فإذا حصل هذا الأخير قبل دخول الزوج بالزوجة بصداقها فإنها لا ترجع عليه بشيء من ذلك وكذا الحال، إذا خالصت بأقل من صداقها[1]، إذا خالعته بأكثر من صداقها قلها الرجوع عليه بما زاد عن صداقها، أما الحالة الثانية أن يقع الخلع بعد الدخول فتستحق الزوجة كامل الصداق بالدخول لكن باستطاعتها مخالعة زوجها مقابل رده للزوج فإن اكتشفت بعد الخلع بأنه مصاب بعيب من عيوب الخيار فإنه من حقها أن تسترد جميع ما دفعته للزوج على سبيل العوض[2].

ثانيا : الخلع لا يسقط حقوق الأطفال

إذا انطلق القاضي بالطلاق خلعا بين الزوجين، فإن حقوق الأطفال المشتركين لا تسقط وتتمثل في الحضانة والنفقة وحق الولاية وكذا حق الزيارة للطرف الغير الحاضن، باستثناء الحق في النفقة الذي هو لصالح الطفل والطرف الحاضن في آن واحد بما في ذلك من حق السكن[3].

أ- الحق في الحضانة

يعتبر الحق في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها الشريعة هي القوانين الوضعية للطفل فالطفل في حاجة ماسة يراه ويقوم بأمره، وبكل ما يحفظ حياته ويحقق مصالحة[4]، إذا عرفها المشرع الجزائري في المادة 1/62 من القانون رقم 11/84 بقوله : "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظ صحته وخلقه"[5].

---

[1]- منال محمود المستني، المرجع السابق، ص 203.

[2]- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص223.

[3]- لحسين بن شيخ آث ملويا، نفس المرجع، ص 226.

[4]- أحمد شامي، المرجع نفسه، ص 203.

[5]- سليمان ولد خسان، المرجع السابق، 182.

وقد أعطى قانون الأسرة الجزائري الحق في حضانة الولد لأمه بموجب المادة 64 بقولها : "الأم أولى بحضانة ولدها ..."، إدراكا من المشرع بان مصلحة المحضون لا تتحقق إلا عند أمه ومن ثم إذا انصرفت لها فلا تؤخذ منها إلا بموجب مسقط شرعي أو ثبوت عدم قدرتها على تربيته والاعتناء به وإذا كانت الأم هي أحد الناس بحضانة طفلها أو صغيرها ثابت ومحل إجماع فإن المختلف فيه بين الفقهاء وبين نص المادة 64 من القانون رقم 84-11[1]. ونص المادة 64 من القانون المعدل بالأمر 05-02 هو في من يلي الأم بالحضانة، فالرجوع إلى نص المادة 64 من القانون 84-11 نجد ترتيب الحواضن ما يلي : "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن بحكم بحق الزيارة".

أما في أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الآراء الفقهية اختلفت اختلافا بينا في ترتيب الحاضنات بعد الأم بحسب ما تقتضيه مصلحة المحضون، حيث يرى الحقيقة إلا اللاحق بالحضانة هو: الأم ثم أم الأم ثم الأخوات، ثم الخالات ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ، ثم العمات، على ترتيب الميراث أما المالكية فيرون أن الأحق بالحضانة هم الأم، ثم الجدة الأم، ثم الخالة، ثم الجدة الأب وغن حلت، ثم الأخت ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم الموصى ثم الأفضل من العصبة[2].

في حين أن المشرع الجزائري ومن خلال المادة 64 المعدلة بموجب الأمر 05-02 قد أعاد ترتيب الأشخاص الذين يمكن أن تستند لهم الحضانة بحيث أن المادة 64 لقانون الأسرة الجزائري الصادر عام 1984 نصت على ما يلي : "الأم الأولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم الأم ثم الأقربون درجة[3].

هذا الترتيب غير الإلزامي بمعنى أن القاضي يراعي مصلحة المحضون فإذا كانت المصلحة تقتضي أن يكون الطفل مع الجدة لأب، فيحكم بذلك رغم أن المادة أعطت

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 269.

[2]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 304.

[3]- أحمد شامي، نفس المرجع، ص 304.

الأولوية للجدة لأم، وهذا ما ذكرته المادة نفسها[1]عبر تحديد الترتيب غير الإلزامي بقولها : "مع مراعاة مصلحة المحضون".

ب- الحق في السكن

هذا الحق لفائدة الطفل المحضون وكذا لفائدة الحاضن فإذا أسندت الحضانة للأم في حالة الطلاق التزم الأب وفقا لنص المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري بتوفير مسكنا ملائما للحاضنة حتى تستطيع ممارسة حقها في أحسن الظروف باتجاه ولدها المحضون وفي حالة عدم تمكنه من ذلك ألزم بدفع قيمة بدل الإيجار، لإيجاد مسكن تقطن فيه الوالدة وولدها المحضون لتسهيل عملية الرعاية والتربية في ظروف ملائمة تصون كرامة الحاضنة والمحضون، كما حثت المادة نفسها على بقاء هذه الزوجة المطلقة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ أحد الأمرين وتوفير السكن ودفع أجرة الكراء[2].

لكن من الممكن أن يكون عوضا في الطلاق خلعا فباستطاعة الزوجة إن تطلب الخلع مقابل تنازلها عن المسكن أو أجرته للممارسة الحضانة[3].

ج- حق الولاية على الأطفال

بصفتهم قصرا يحتاج الأطفال إلى من ينوب عنهم شؤونهم لغاية بلوغهم سن الرشد، وقد نصت المادة 3/87 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : "في حالة الطلاق يمنع القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"[4]، وتبعا لذلك إذا حكم القاضي بالخلع مع إسناد حضانة الأطفال للام، فإنه يحكم وجوبيا بمنح الولاية على هؤلاء للأم[5]، وفي مقدور هذه الأخيرة أن تتنازل عن ذلك الحق للأب أو لأي قريب للطفل.

د- الحق في النفقة

النفقة حق للطفل على الوالد ما دام غير قادر على الاسترزاق عندما يقضي القاضي بالطلاق خلعا بين الزوجين وإسناد حضانة الطفل لأمه فإنه يجعل نفقته على

---

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 226.

[2]- علي هاشم يوسفات، المرجع السابق، ص 97.

[3]- نورة منصوري، المرجع السابق، ص 155.

[4]- غنية قري، المرجع السابق، ص 149.

[5]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 318.

الأخير وهذا طبقا للمادة 75 من قانون الأسرة الجزائري بقولها : "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"[1].

وقال ابن القاسم في المدونة الكبرى بخصوص وجوب نفقة الأب على الأبناء البالغين والذين يعجزون عن الإنفاق على أنفسهم بسبب حالتهم المرضية لأن الولد إنما أسقط عن الأب النفقة حين احتل وبلغ الكسب وقوي على ذلك ألا ترى أنه قبل الاحتلام إنما ألزم الأب نفقته لضعفه وضعف عقله وضعف عمله فهؤلاء الذين ذكرت عندي (أي المجانين والمرض بمرض مزمن) أضعف من الصبيان ألا ترى أن من الصبيان من هو قبل الاحتلال قوي عن الكسب إلا أنه على كل حال على الأب نفقته ما لن يحتلم إلا أن يكون للصبي كسب يستغني به عن الآباء أو يكون له مال ينفقه عليه من ماله ..."[2].

ويجوز للأم أن تطلب الخلع مقابل التنازل عن نفقة الأبناء إذا كانت قادرة على الإنفاق عليهم بنفسها وعلى القاضي التأكد من ذلك لأن مصلحة الأطفال التي يجب مراعاتها لكون النفقة حق لهم[3].

هـ- حق الزيارة

زيارة الأطفال حق للطرف غير الحاضن من الأبوين كما هي حق للطفل التمتع برؤية والده غير الحاضن وعلى القاضي الحكم وجوبيا بحق الزيارة عندما يحكم بالحضانة لأحد الأبوين أو لغيرهما وهذا طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة[4]، إذ نجد أن الحكم للام بالحضانة، يحكم القاضي بحق الزيارة للأب تلقائيا دون أن يطلب ذلك لأنها من النظام العام، ويحدد في الحكم الأوقات وأماكن الزيارة[5]، ونجد هذا قد وافق القرار[6]، للمحكمة

[1]- نورة منصوري، المرجع السابق، ص 155

[2]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 318.

[3]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 210.

[4]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 318.

[5]- غنية قري، المرجع السابق، ص 151.

[6]- نورة منصوري، المرجع السابق، ص 153.

العليا الصادر بالتاريخ 2006/01/04 تحت رقم 530942 والذي قضى بزيارة الوالد لابنه المحضون عند غيره حتى له وغير مرتبط بسن معينة[1].

إذ أنه بالإضافة لهذا أنه لابد من مراعاة ظروف الطرف الذي له الحق في الزيارة من جهة مكان إقامته ومدى بعده عن مسكن الطفل المحضون[2]، والتنصيص إذا كانت الزيارة في مسكن هذا الأخير أو بالأخذ والرد وكذا بشأن اقتسام أيام العطل السنوية والدراسية إلى غير ذلك من التفاصيل تفاديا لأي إشكال في التنفيذ[3].

فيما يخص آثار الخلع فيما يخص بحقوق الزوجة والأطفال التي تسقط إذ نستشف من خلال ما يتعلق باجتهادات الغير منشورة لسنة 2009 لغرفة الأحوال الشخصية والمواريث إذ تعرضت المحكمة العليا لهذا الأمر.

إذ أنه لا يسقط طلاق الخلع ما للزوجة المختلفة من حقوق على ذمة الزوج سواء كانت سابقة للنطق بطلاق الخلع كنفقة الإهمال التي تبقى دين على الزوج أو نفقة العدة وكذا نفقة الحامل وحق السكن أثناء العدة وأيضا ما يتعلق بالأطفال من نفقة وحضانة وحق السكن وأيضا حق الزوجة في الحصول على متاعها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/06/10 بقولها : "فضلا عن أن الطاعنة بصفتها إما هي أولى بالحضانة ما لم تسقط عنها شرعا كما أنهم أي قضاة الموضوع لم يقضوا بالنفقة للمطعون ضدها كما يزعم الطاعن الأمر الذي يجعل الوجه المثار على أساس وبالتالي يتعين رفضه[4].

وبالرجوع إلى وقائع القضية يلاحظ بأنه قد صدر حكم قضى نهائيا بطلاق الخلع وابتدائيا بإلزام المدعية بأن تدفع المدعى عليه مبلغ 30000 دج كتعويض عن طلاق الخلع وإسناد حضانة الأطفال الأربعة لأمهم مع إلزام أبيهم بنفقة شهرية قدرها 3000دج

---

[1]– القرار المحكمة العليا الأحوال الشخصية رقم 530942 الصادر بتاريخ 2006/01/04، نشرة القضاء، عدد خاص، 2006، ص 126.

[2]– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع، المرجع السابق، ص–ص 228–229.

[3]– لحسين بن شيخ آث ملويا، نفس المرجع، ص–ص 179–176

[4]– لحسين بن شيخ آث ملويا، نفس المرجع، ص 265.

لكل واحد منهم ورفع بدل الإيجار إلى مبلغ 4000 دج شهريا لممارسة الحضانة مع إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ 15000 دج نفقة عدة ومبلغ 3000 دج نفقة إهمال.

وبعد رفع الاستئناف أمام مجلس قضاة المسيلة قضى هذا الأخير بتاريخ 2007/03/19 بتأييد الحكم المستأنف مبدئيا وتعديله برفع بدل الخلع إلى 60000 دج وخفض نفقة الأطفال إلى 2000 دج شهريا وخفض بدل الإيجار إلى 3000 دج[1].

فرفع المدعي في الاستئناف طعنا بالنقض أمام المحكمة العليا أثار فيها عدة أوجه من بينها الوجه المتمثل في كون المطعون ضدها لا تستحق النفقة والتعويض والحضانة ما عدا نفقة العدة وهذا طبقا لأحكام الشريعة طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ويلاحظ بان ما آثاره الطاعن غير مستساغ من جهتين فقد تمثلت الجهة الأولى بخصوص الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

إذا لا يمكن الرجوع إلى هذا النص والذي يحيل إلى تطبيق مقتضيات الشريعة الإسلامية لأن قانون الأسرة فصل بمقتضيات واضحة في موضوع النفقة والحضانة والعدة فالمادة 61 من قانون الأسرة قررت أن كل مطلقة (بما في ذلك المختلعة) لها حق في النفقة أثناء العدة كما أن المادة 74 أوجبت على الزوج الإنفاق على زوجته بعد الدخول بها وبالتالي فإن النفقة الإهمال المحكوم بها إنما هي مستحقة أثناء قيام العلاقة الزوجية أي قبل النطق بطلاق الخلع وهي لا تسقط عند الحكم بالطلاق لأنها دين سابق للوضعية الجديدة هي طلاق خلع ولأن الزوجة كانت تحت عصمة الزوج أثناء استحقاقها لها وبخصوص التعويض الذي أشار إليه الطاعن فإن المحكمة ومعها المجلس القضائي لم يقضي بأي تعويض للمطلقة أما الحاضنة ونفقة الأطفال فإن قانون الأسرة ونضمها بدقة، أما الجهة الثانية فتتعلق بأحكام الشريعة الإسلامية، بشأن المسائل محل النزاع، فإذا رجعنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية وعلى الخصوص مقتضيات المذهب المالكي نجده انه لم يسقط حقوق الطفل طلاق الخلع والمتمثلة في نفقة الإهمال لكونها دين سابق للطلاق وكذا بخصوص حق الزوجة في السكن أثناء العدة وأيضا ما يتعلق بالحقوق الأطفال من حضانة وسكن وقد سبق وأشرنا إلى هذه المسائل سابقا فيما جاء به المشرع

[1]– لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 265.

في قانون الأسرة زيادة عن ما هو مذكور في المذاهب خاصة المذهب المالكي وهو حق المطلقة في النفقة أثناء العدة مهما كان نوع الطلاق (المادة 61 أعلاه)[1].

بالإضافة إلى أن طلاق الخلع لا يسقط حق الزوجة في الحصول على متاعها وهذا طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/12/10 تحت رقم 09/01453 ما يلي : "حيث متى ذهب قضاة الموضوع إلى كون الطاعن لم يذكر أمام الدرجة الأولى للأثاث الذي طالبت به زوجته كما لم ينف وجوده بحوزتها حينما ادعت المطعون ضدها ذلك وثم تم الحكم لهذه الأخيرة بأغراضها التي طالبت بها حسب القائمة المرفقة فإنهم قد طبقوا القانون مما يتعين رفض هذا الوجه لعدم التأسيس ..."[2].

المطلب الثاني : الآثار الخاصة

وقد عاجلت في هذا الجانب النفسي أو السيكولوجي في لأثار الخلع بالنسبة للزوجين عامة والأولاد خاصة، قد تتخلل الحياة الأسرية مشكلات تؤدي إلى اضطراب العلاقات بين الزوجين وإلى السلوكيات الشاذة والتعاكس الزوجية، مما يهدد استقرار الجو الأسري والصحة النفسية لكل أفراد الأسرة، ويصدر النزاع والشجار عن أزواج غير متوافقين مع الحياة الزوجية، نظرا إلى عدم وضوح دور كل منهما وتفكك شبكة العلاقات بينهما، مما يؤدي إلى شعور الزوجين بخيبة الأمل والإحباط والفشل والغضب، والنزاع والشجار، وبعد النزاع والشجار المتكرر بين الزوجين عاملا رئيسيا في التفكك الأسري ولاشك أن حالات النزاع والخصومة التي تجري على[3].

إلا أن هذا الحال الذي قد تلجا المرأة إليه (الخلع) بشكل تفككا جديدا وصعبا للأسرة وهذا لدورها الأساسي فيه، وهذا وفق ما هو موجود في الواقع حيث نلاحظ تزايد طلب المرأة لخلع حيث أن الأولاد ثمرة الزواج لم يشكل رادعا في وجه الأم والتي كانت سابقا تحت المرأة على التضحية والصبر على أوضاع وأخلاق زوجها مهما كانت.

---

[1]– لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع، المرجع السابق، ص–ص 265–266.

[2]– غنية قري، المرجع السابق، ص 267.

[3]– منال محمود المشني، المرجع السابق، ص–ص 240–241.

الفرع الأول : أثار الخلع الإيجابية والسلبية على المطلقين

من خلال إطلاع الباحثة على الأمور الخاصة للنساء المختلعات أثناء المقابلات الشخصية وجدت أن هناك آثارا إيجابية وسلبية للخلع ويمكن توضيحها فيما يلي:

أولا : آثار الخلع الإيجابية والسلبية للزوجة

قد تتنوع آثار الخلع في جانبها الخاص من إيجابية إلى سلبية لكلى المطلقين، كأن يعتبر الخلع الحل الأمثل والمناسب لهما، في حين قد نجد إحدى نقاط الضعف والضياع التي قد يصطدم بها الطرفين، ومنه سنقوم بتبيان ذلك من خلال سردنا للآثار التالية :

أ- آثار الخلع الإيجابية للزوجة

يعتبر الخلع الحل الأمثل والأسرع للنساء الراغبات في الطلاق، واللواتي عانين الكثير من الظلم من الأزواج ويتعمدون نكاية المرأة وتركها فلا هي زوجة ولا هي مطلقة، ويصعب عليها إثبات ذلك، مجرد الأزواج لزوجاتهم في كثير من الأحيان خارج البلد حيث لا تستطيع الخلاص من الزوج إلا عن طريق الخلع، لاعتباره الضمان والمخرج الوحيد بسبب إجراءات الشريعة.

استحالة الحياة الزوجية وبعد استنفاد كافة الطرق والوسائل الممكنة لاستمرار الحياة بينهما، تلجأ بعض النساء للخلع كوسيلة للتخلص من ظلم زوج قد يكون مقامرا أو زانيا، بحيث لا تستطيع الإشهار عليه، أولا تستطيع البوح بذلك لوجود الأولاد بينهما، فتكتم هذا الأمر حتى لا تعيق مستقبلهم الزوجي، وخاصة إذا كان لديها إناث.

عند اضطهاد المرأة، وهدر كرامتها، وخاصة إذا كانت المرأة متعلمة ولديها مركز اجتماعي كان تكون طيبة لدكتورة جامعية، حيث يضربها الزوج ويهينها أمام أولادها في كثير من الأحيان، ولا تستطيع مثل هذه الزوجة البوح بذلك أمام الآخرين خوفا من انكسار كرامتها، وخاصة أن ثقافة المجتمع تطلب المرأة نحمل القسوة والإهانة والضرب والمعاملة السيئة من اجل المحافظة على بيتها وأولادها.

عند عدم قدرة الزوج من إشباع الرغبات العاطفية والجنسية لدى الزوجة تلجأ للخلع[1]، خاصة أن كثير من أمثال هؤلاء الزوجات لا يرغبن ي اطلاع المحكمة على مثل

[1]- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه، آثاره)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429هـ- 2008م، ص 234.

هذه الأسباب، في حل المشجرات الدائمة بين الزوجين التي قد تطول لسنوات عديدة وخاصة عندما يتزوج الزوج بالمرأة الثانية، ويلحق الضرر الشديد بزوجة الأولى بسبب الهجر وإيذاء مشاعرها في حين يصعب عليها إثباته[1].

ب- آثار الخلع السلبية على الزوجة

يضعف مركز المرأة الاجتماعي، ويشرح لها الكثير من التساؤلات ويجعلها تحمل لقبا خاصا "المخالعة" إضافة إلى تعبير نظرة المجتمع لها وخاصة الرجال.

شعور المرأة بالقيود الاجتماعية على تصرفاتها، مما قد يؤدي إلى إصابتها بأمراض نفسية صعبة وغير مريحة، استنكار المجتمع والأهل للمرأة "الخالعة" واعتبارها عارا على الأسرة، الصعوبات والمتاعب النفسية والاجتماعية التي تحملها الخالعة بعودتها إلى بيت أهلها في كثير من الأحيان حاملة فشل حياتها الزوجية، شعور المرأة التي تخلع زوجها بأنها أقل مرتبة اجتماعية من المطلقة والبكر لرفض المجتمع لها بسبب العادات والتقاليد، الشعور بالندم وعدم الرضا عند الكثيرات من اللواتي أقبلن على الخلع نتيجة تسرعهم وعدم إدراكهم عواقب الأمور.

اعتراف الكثيرات من اللواتي حصلن على الخلع، بإنهاء مشكلة، وبداية مشكلات عديدة لديها أو خاصة لمن لديها أولاد تبدأ معاناة الرعاية والنفقة والوضع الاجتماعي الجديد الذي وصف بعد تقبله عن الكثير من أولاد النساء اللواتي أقبلن على الخلع.

الخسارة المادية التي تلحق بالزوجة بعد الدخول، حيث تقوم برد مقدم الصداق والتنازل عن جميع حقوقها الزوجية، أما الزوجة قبل الدخول فالخسارة لديها أكبر وأعظم، حيث إنها تعيد ما استلمته من مهرها إضافة إلى ما نكلف به زوجها من نفقات الزواج[2].

ثانيا : أثار الخلع الإيجابية والسلبية على الزوج

أ- الآثار الإيجابية للزوج

ينظر بعض الأزواج إلى الخلع من منظور مادي، وكونه غير مكلف، حيث يستطيع هؤلاء الأزواج استغلال لمصلحتهم، فبعد أن يتزوج لأتفه الأسباب أحيانا يبدأ بضربها وإهانتها أو تعذيبها نفسيا، بحيث يجبرها على أن تتنازل عم جميع حقوقها المادية

[1]- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 235.

[2]- منال محمود المشني، نفس المرجع، ص 236.

والشرعية، بل وترد له معجل الصداق وأحيانا بأخذ أكثر من ذلك بكثير، ليبدأ بإعادة الكرة ذاتها مع امرأة أخرى يتزوجها.

دخول البيوت من أبوابها فبعد أن كان الشاب العربي يعاني الأمرين من أجل التعرف على فتاة ذات أخلاق وجمال، أصبح الآن وبعد تطبيق الخلع في المحاكم الشرعية[1]، يدخل البيوت من أجل الخطبة وعقد القرآن على من أعجبته لأغراض نفسية مرضية، فإذا ما حصل على مبتغاه (كشر عن أنيابه) وأرشد الفتاة إلى الحل السحري السريع، فيقول لها إن لم يعجبك هذا الحال اخلعيني، قد يكون الخلع هو الحل الوحيد للرجل الذي لا يريد أن يشيع اسراره الزوجية. بما يكون فيه عيب والزوجة لا تريد أن تعلنه للمحكمة والناس بصورة علنية.

ب- الآثار السلبية على الزوج

الشعور بالنقص وامتهان الكرامة بين الأهل والأصدقاء والمعارف والجيران، خاصة وأنه يحمل لقب "الزوج المخلوع" والذي عبر عنه الكثير من هؤلاء الأزواج الذين مروا بتجربة الخلع بأنه بصمة عار على جبينهم خاصة مجتمعنا الشرقي في تقبل طلاق الزوج لزوجته ورفضه لها، ولا يتقبل أبدا رفض المرأة لزوجها وخلعها له، الآثار النفسية العصبية التي تعرض لها الكثير من الأزواج بعد الخلع مما أثار كثيرا على مستوى أدائهم العملي والوظيفي[2].

الخسارة المادية الكبيرة التي يتعرض لها الزوج المخلوع، حيث يتكبد الزوج في زواجه مبالغ باهظة، إضافة إلى تكاليف إعداد منزل الزوجية، بينما ترد له الزوجة في حالة الخلع وفي كثير من الأحيان مبالغ رمزية، فعادة المهر المعجل التكاليف التي دفعت للزوجة في حال الزواج.

ومن الآثار أكثر تأثيرا على الرجل، إضافة إلى هدم أسرته وتشتيت أولاده، قد يخسر أمواله وعقاراته التي كان قد ملكها لزوجته من ماله وجهده وعرقه وغربته في كثير من الأحيان تعبيرا له عن حبه الكبير لها وثقته بها، فتكون المكافأة لا خلعه ورد مهرها المعجل والذي لا يتجاوز في الكثير من الأحيان الدينار الأردني أو الليرة الذهب.

[1]- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 237.

[2]- منال محمود المشني، نفس المرجع، ص 237.

انتشار ظاهرة تعدد الأزواج خاصة بين النساء غير الأردنيات، حيث يتفاجئ الزوج المغدور بان من تزوجها "هي زوجة لرجل آخر" في إحدى الدول العربية، فإذا ما اكتشفت الأمر، سرقت ما تستطيع سرقته ووكلت محاميا لها لرفع دعوى الخلع على زوجها الثاني، وولت هاربة إلى بلدها[1].

الفرع الثاني : أثار الخلع الإيجابية والسلبية على الأولاد

باعتبار الخلع كأداة من أدوات فك الرابطة الزوجية وما ينجم عنه من آثار خاصة قد تمس المطلقين، ولكن هذا الأثر قد ينحو نحو الأولاد شأنهم شأن الوالدين المطلقين، حيث يظهر هذا الأثر من التفاقم ما يتجاوز آثار المرتبطة بالمطلقين، باعتبار هؤلاء الأولاد اللبنة الأساسية للنهوض بالأجيال وسط نمط أسري عادي، ومنه جاءت الآثار كالتالي :

أ- الآثار الإيجابية على الأولاد

يستطيع العديد من علماء النفس خلال تجاربهم ونظرياتهم المثبتة القول غذ بناء شخصية الأفراد تتم من خلال مجموعة الصفات النفسية الموروثة والمكتسبة من تجارب الطفولة وتجارب الحياة، وان المجتمع الذي بحيث فيه الفرد عامل مهم في تكوين الشخصية، ويرى المحلل النفسي (إريك إيركسون) بان المشاكل الاجتماعية (الأسرية) التي يتعر لها الفرد أثناء نموه أكثر أهمية من المشاكل البيولوجية، وبناءا على نظريات علماء النفس فمن الأصلح للأبناء أن لا يعيشوا حياة فاسدة، ومناخا مشحونا بالخلافات المستمرة بين الأبوين[2]، حيث يسود فيه عدم الاحترام والكثير من الإهانات التي تصل في أغلبها إلى ضرب الأم والمعاملة السيئة للأولاد.

وهنا تؤكد الباحثة أن الخلع في مثل هذه الأحوال يكون لصالح الأطفال، خاصة إذا كانت سبب الخلاف من جانب الزوج، فقد تحاول الزوجة أصلا حالة، كما تحاول المحكمة قبل البت في القضية من الإصلاح بين الزوجين، فترسل حكمين لمواصلة مساعي الصلح، ولكن عند تعذر الإصلاح، ونستطيع القول أن المسالة ليست انفعالية من جانب الزوج، بل قد تفشى به سوء الخلق، ومحاولة إصلاح الزوج في الوقت الحالي غير

[1]- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص-ص 237-238.

[2]- منال محمود المشني، نفس المرجع، ص 239.

ممكن ... ومن الأصلح لهم الافتراق لمصلحة الأولاد والزوجة، فإن رفض فلا سبيل أمام الزوجة إلى الخلع القضائي، فمن خلال الواقع الذي شاهدته الباحثة أثناء دراستها لبعض حالات الخلع، طفلة لا تتجاوز التاسعة من عمرها قالت "إن أبي يضرب أمي كل يوم، وبعد ذلك يضربني أنا وإخواني الصغار، ويطلب من أمي تقول له من أين أحضر لك مال حتى تشرب؟

وقد شاهدت الباحثة هذه الطفلة وسمعت عنها المأساة التي تعيشها هي وإخوانها الصغار، ولاحظت بعض التشوهات الجسدية التي ألحقها الأب بابنته، ففي مثل هذه الحالات يكون الخلع إيجابيا على الأولاد.

ب- الآثار السلبية للخلع على الأولاد

تشير الدراسات النفسية إلى الخلافات الزوجية الحادة وانفصال الزوجين يترك أثرا عميقا عند الأطفال والمراهقين تظهر على الأشكال العدوان والجنود وظهور حالات وأعراض الاكتئاب عند الأبناء إضافة إلى انخفاض في مشاعر عدم الأمن والثقة بالنفس، فيولد لديهم الصراع الداخلي، واضطراب النمو الانفعالي والعقلي الذي يؤدي إلى تراجع في تحصيلهم العلمي وعلاقتهم بالآخرين وقد تضطرب الحالة المادية للأبناء بعد انفصال ولديهم، حيث يضطرون إلى التنازل عن وضعهم المادي والتعليمي والصحي والترفيهي، وأحيانا كثيرا يتنازلون عن السكن المناسب، بسبب عدم تقديم العون المادي من الابن ليهدد بذلك مكانتهم الاجتماعية وحرمانهم من تلبية الاحتياجات التي اعتادوا عليها[1].

وترى الباحث من خلال دراستها لبعض الأسرة أن الآثار السلبية للخلع على الأولاد يسكن إجمالها بالنقاط التالية :

خسارة الجو الأسري الطبيعي الذي ولد فيه تعود عليه، صعوبة اختيار الأولاد لأحد الوالدين للعيش عنده، وتشتت الإخوة وتفرقهم، تغير نظرة الناس لديهم، بحيث يصبح الأولاد يحملون لقب "أبناء الخالعة" وَ "أبناء المخلوع" حيث أن تركيبة المجتمع القائم على العادات والتقاليد والنظرة الذكورية، ترفض الأمر، الخجل من الناس، التغيرات الاجتماعية الكبيرة، والحد الشديد من العلاقات الاجتماعية، إحساس الأولاد الذكور بعدم وجود مرجع

[1]- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص-ص 239-240.

قوي لهم (وهذا المرجع يتمثل بالأب)، حيث أن وجودهم عند الأم يضعف إحساسهم بوجود رقابة صارمة على تصرفاتهم، مما قد يؤدي فعلا إلى انحرافهم ، خاصة إذا كانوا في مرحلة المراهقة، انخفاض معدل النتائج الدراسية لدى الأبناء بشكل ملحوظ، وأحيانا كثيرة يؤدي الخلع بين الزوجين إلى الخروج أبنائهم من المدرسة وضياع مستقبلهم.

الخاتمة :

قد لا يرتبط وضع المرأة في أي مجتمع كان، بالأحكام الدينية والقانونية فحسب، بل ثمة عوامل أخرى اجتماعية ونفسية تؤثر أيضا في تحديد هذا الوضع، إلا أن المجتمعات الإسلامية لا تزال على الرغم من ذلك مختلفة ومتخلفة عن غيرها بسبب إثباتها عدم مساواة المرأة للرجل في القانون.

خرجت المرأة المسلمة في هذه المجتمعات من بينها برغم الأحكام الشرعية التي كانت سائدة لقرون عديدة للتعلم والعمل وتشارك في الإنفاق على أسرتها كما أنها حصلت على مراكز هامة في المجتمع، فصارت أستاذة جامعة وطبيبة ومديرة ووزيرة ورئيسة وزراء، ونتيجة للخلافات التي قد تحصل لها في الوسط الأسري فقد أعطاها القانون عدة سبل للخلاص من هذه الخلافات حيث أعطاها حل لفك الرابطة الزوجية كالخلع إذ أنه ومن خلال البحث نجد أن المشرع الجزائري قصر عموما في إطار تحديده للخلع، وهذا لما حدده في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري فقد جاءت المادة واحد ووحيدة، إذ نجد الأمر 02/05 جاء عموما يتضمن النصوص الموضوعية دون الإجرائية التي تقتضيه من الناحية الشكلية، إذ أن جانب الخلع يندرج ضمن آليات فك الرابطة الزوجية ولكن دون إنكار الدور الإيجابي الذي لعبه المشرع الجزائري حديثا من خلال تعديله لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بالأمر 66-154 بالقانون 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير 2008، حيث خص الكتاب الثاني منه لإجراءات التقاضي في قضايا شؤون الأسرة من المواد 423 إلى 499، وبالإجابة على الإشكالية في المقدمة نخلص إلى مجموعة من النتائج :

أولها : أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير بموجب الأمر 05-02 خالف معظم التشريعات العربية فيما يخص عدم رضا الزوج بالخلع متأثر بالمذهب المالكي، وتقتصر سلطة القاضي فيما يخص تقديره لبدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين على ذلك.

ثانيا : لابد على المشرع من تدارك النقص الحاصل في المادة 54 وذلك عن طريق إدراجه لمواد أخرى لتوضيح الأحكام المتعلقة بمخالعة الزوجة الرشيدة ودون سن الرشد، وأن لا يتعلق الخلع بحق من حقوق الأطفال ولا يكون مقابل الخلع حضانة الأطفال

...الخ، أي أن يجعل المشرع من مختلف المواد المفهوم الواضح الذي يمنع التضارب والتأويلات.

ثالثا : العمل على تكوين وتأهيل قضاة متخصصون في مجال شؤون الأسرة، حيث أنه على القاضي أن يكون ملما بأحكام الشريعة الإسلامية وكذا الارتباط القانوني بها ارتباط وثيقا طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

رابعا : وضع أخصائيين نفسانيين واجتماعيين تحت تصرف القاضي المختص بشؤون الأسرة من شأنهم أن يبينوا الاتجاه الصحيح وهذا باعتمادهم على تقارير في مسائل فك الرابطة الزوجية، وإن تنظيم المشرع القانوني للخلع من شأنه أن يحقق الكثير من الانتصارات للمرأة التي تبغض زوجها.

قائمة المصادر والمراجع :

1- القرآن الكريم.

2- الكتب :

1.ابن الرشد، بوابة المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2001م.

2.ابن منصور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1999م.

3.أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، مصر 200م.

4.أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحد التعديلات دراسة فقهة ونقدية مقارنة جامعة الإسكندرية دار الجامعة الجديدة.

5.أحمد على جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديدة، الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 2012، والطبعة الثانية 2016.

6.أحمد نصر الجندي، شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

7.أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانون، مصر، 2006م.

8.إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1429هـ- 2008م.

9.اسماعيل أبو بكر الباسري، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة دار الحامد الطبعة الأولى، 1429هـ-2009م.

10. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الصدى.

11. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار النهضة بيروت، دون تاريخ النشر.

12. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، الزواج والطلاق ديوان المطبوعات الجامعية 2004.

13. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دار الخلدونية.

14. بن عبيد عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

15. بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية شرح قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا اللمعية والتوزيع.

16. جمال عبد الوهاب عبد العفار الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة 2003، دار الجامعة الجديدة للنشر.

17. الحسين بن شيخ آت ملويا، المرشد في قانون الأسرة دار هومة.

18. خالد شويرب، محضرات في القانون الإجراءات المدنية وإدارية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون قسم الكفاءة المهنية للمحامين 2014.

19. خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

20. سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة، الجزء الأول المواد من 1 إلى 583، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.

21. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح القانون الأسرة الجزائري (والأمر المعدلة له)، الطبعة الثانية، تحديد ورسالة، الأصالة للنشر والتوزيع، 1434هـ- 2012م.

22. طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأحوال الشخصية مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 1430هـ- 2008م.

23. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائر ي مدعها باجتهاد المحكمة العليا (المذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27م، دار الخلدونية.

24. الطيب زروتي، الكامل في العرائض القضائية طبقا لقانون 08-09، الجزء الأول، العرائض القضائية في شؤون الأسرة، الطبعة الأولى، مطبعة الفضيلة، الدويرة الجزائر، 2010م.

25. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية الجزء الرابع.

26. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الرابعة، دار موسى، الجزائر، 2010.

27. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزوج والطلاق، الطبعة الأولى دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر، 1428هـ-2007م.

28. عثمان التكراوي، شرح قانون الأحوال الشخصية أستاذ مشارك في القانون عليه الشريعة.

29. العربي بختى، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دار الحكنة.

30. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة بين الشرع والقانون)، الطبعة الأولى، دار طليعة، الجزائر، 1423هـ- 2011.

31. الغوتي بن ملحة : محاضرات قانون الأسرة ألقيت على طلبة السنة الأولى 2004.

32. الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة.

33. فضيل العبش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد منشورات أمين 2007-2008.

34. القرطبي جامع الأحكام الفقهية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ-1999م.

35. لحسين بن شيخ أث ملويا، رسالة طلاق الخلع (دراسة فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

36. لوعيل محمد لمين قاضي مجلة قضاء الجزائر– المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري طبع في 2004، دار هومة للطباعة.

37. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي القاهرة، مصر، بدون تاريخ النشر.

38. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429هـ – 2008م.

39. محمد محمود سعيد، حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية، دار الكتاب الحديث، 1982.

40. محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دار الجامعية للطباعة والنشر.

41. مصطفى عبد الغاني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وآثاره)، الطبعة الأولى، منشورات جامعة سابها، 2006م.

42. منال محمود المشني، خلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه ،آثاره، الطبعة الأولى، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان الأدن 1429هـ، 2008م).

43. منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية دار الهدى.

44. نبيل صقر، قانون الأسرة (نص ونقما وتطبيقا)، موسوعة الفكر القانوني دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين ميلة، الجزائر 2006م.

45. نورة منصوري التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الصدى، عين ميلة، الجزائر، 2012.

46. هشام الذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد أحمد لخضر 2014–2015.

47. يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت على موجب الأمر رقم 02/05 دار هومة الطبعة الثالثة 2009.

المذكرات :

48. اسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريف الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، عليه الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية نابلسا، فلسطين، 2008م.

49. علي هاشم يوسفات، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

القوانين :

1.قانون الأسرة الجزائري، قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيراير 2005.

2.قانون الإجراءات والمدنية والإدارية، المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، الصادر في 17 ربيع الثاني 1429هـ الموافق لـ 23 أفريل 2008م.

الأوامر :

1. الأمر الرئاسي 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 لقانون الأسرة الجزائري- الجريدة الرسمية رقم 15.

الاجتهاد القضائي :

1.المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بالتاريخ 2006/11/15، ملف رقم 0372130 المجلة القضائية لسنة 2007، العدد الثاني، أخذا لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

2. قرار المحكمة العليا الأحوال الشخصية رقم 530942 الصادر بتاريخ 2006/01/04، نشرة القضاء، عدد خاص، 2006.

3. قرار المحكمة العليا بالتاريخ 1994/06/18، ملف رقم 96688.

4. قرار المحكمة العليا قرار بتاريخ 91/06/18 ملف رقم 75141.

5. قرار المحكمة العليا، قرار بتاريخ 08/02/82 نشر القضاة 1982.

الفهرس :

إهداء.

شكر.

مقدمة 1

الفصل الأول : أحكام الخلع 4

المبحث الأول : ماهية الخلع 5

المطلب الأول : تحديد مفهوم الخلع 6

الفرع الأول : تعريف الخلع 6

الفرع الثاني : أنواع الخلع. 10

الفرع الثالث : ألفاظ الخلع. 11

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للخلع 12

الفرع الأول : اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة 13

الفرع الثاني : على اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا 14

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري 16

المبحث الثاني : الأساس القانوني للخلع 18

المطلب الأول : أركان الخلع 19

الفرع الأول : الشروط الواجب توفرها في الزوج 19

الفرع الثاني : الشروط الواجب توفرها في الزوجة 22

الفرع الثالث : الصيغة 26

الفرع الرابع : بدل الخلع 29

المطلب الثاني : حكم الخلع والحكمة من مشروعيته 33

الفرع الأول : حكم الخلع ودليل مشروعيته 33

الفرع الثاني : الحكمة من مشروعية الخلع 34
الفصل الثاني : الأحكام الإجرائية في دعوى الخلع والآثار المترتبة عن الخلع 36
المبحث الأول : الأحكام الإجرائية في دعوى الخلع..... 37
المطلب الأول : شروط قبول دعوى الخلع..... 37
الفرع الأول : الشروط العامة لرفع دعوى الخلع 37
الفرع الثاني : الشروط الخاصة لرفع دعوى الخلع 43
المطلب الثاني : مقدمات الطلاق بالخلع ومضمونه..... 46
الفرع الأول : مقدمات الطلاق بالخلع..... 46
الفرع الثاني : مضمون الحكم بالخلع..... 57
المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن الخلع 63
المطلب الأول : الآثار العامة..... 64
الفرع الأول : الخلع طلاق بائن..... 64
الفرع الثاني : عدم سقوط ديون أحد المطلقين على الأخر 68
الفرع الثالث : عدم إسقاط الخلع لحقوق المطلقة والأطفال..... 70
المطلب الثاني : الآثار الخاصة..... 80
الفرع الأول : أثار الخلع الإيجابية والسلبية على المطلقين 81
الفرع الثاني : أثار الخلع الإيجابية والسلبية على الأولاد 84
الخاتمة :..... 87
قائمة المصادر والمراجع : 89