جامعة محمد خيضر – بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالب:

– مهدي كشاد

إشراف الأستاذ:

– عز الدين كيحل

الموسم الجامعي: 2016 – 2017

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء:

إلى كل من أكن لهم في القلب محبة وتقديرا، وفي العقل تفكرا وتفكيرا.

وأهدي حوصلة مشواري الدراسي إلى نور دربي والديا الكريمين اللذان كانا ومازالا سراج دربي، فأطال الله عمرهما وبارك فيه.

إلى كل من عملني الأخلاق وعلمني معنى الكفاح وزرع في محبة الناس.

إلى جميع أصدقائي وبالأخص صديقي مشوشة أحمد الذي جمعتني به علاقة المودة والأخوة طوال مشواري.

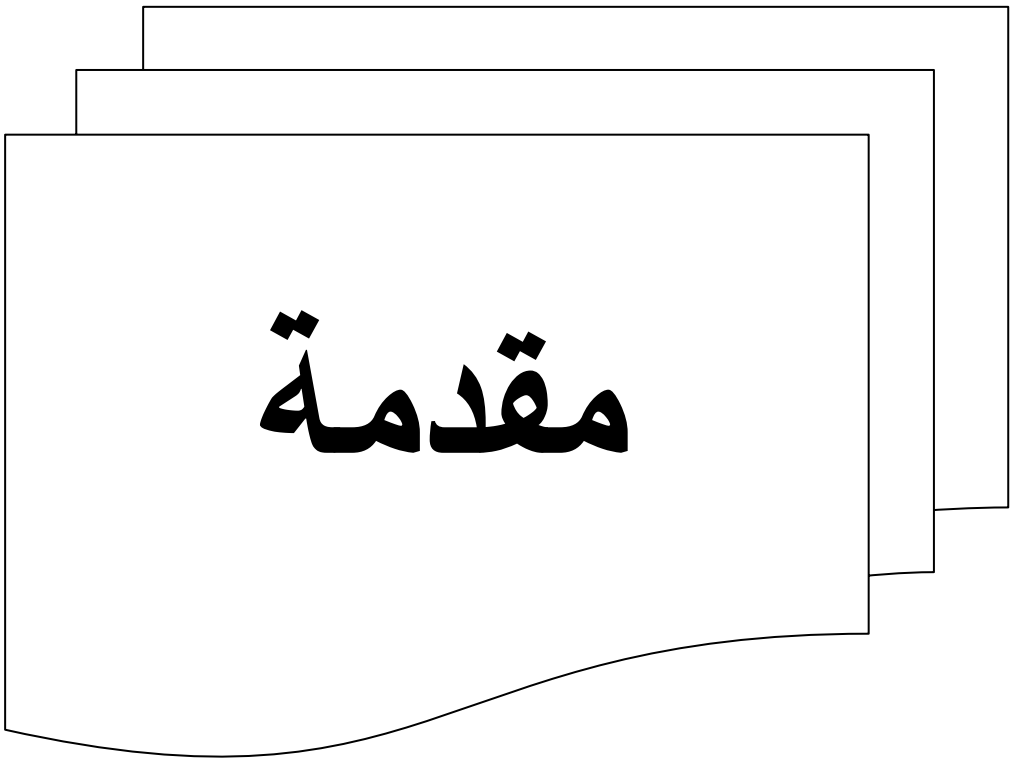
إلى أستاذي المشرف عز الدين كيحل الذي قدم لي يد العون في إنجاز هذا العمل.

شكر وعرفان:

من إجتهد وأصاب فله أجران ومن إجتهد وأخطأ فله أجر واحد.

الحمد لله الذي أعانني على هذه الدراسة المتواضعة، وما توفيقي إلا من الله سبحانه وتعالى فهو أصل كل فضل وخير وكل نعمة.

أما بعد فإنني أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني وساهم معي سواء من قريب أو بعيد بالقليل أو بالكثير في إنجاز هذا العمل، وأخص بالذكر الأستاذ المشرف عز الدين كيحل الذي لم يبخل علي بنصائحه وكان سندا لي لإنجاز هذا البحث، كما أتوجه بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين وافقوا على مناقشة هذه المذكرة، وشكر خاص إلى أخوتي وأصدقائي.


مقدمة

مقدمة:

لما كانت الأسرة اللبنة الأساسية لبناء المجتمع، فإن حفظ النوع الإنساني يتحقق بقيام هذه المؤسسة عن طريق الزواج، هذا الأخير الذي عنى الشارع الحكيم به عناية خاصة لم تتوافر في غيره من العقود وذلك بإحاطته برعاية خاصة في جميع مراحله.

وإذا كان الأصل في العلاقة الزوجية أن تكون مبنية على المحبة والألفة والمودة وسكن النفس لكلا الزوجين، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1].

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالإنسان، وكرمته وفضلته على سائر المخلوقات ونظمت له شؤونه، بما يحفظ له حياة كريمة في أسرة سعيدة هادئة، فحددت لكل من الجنسين ما يناسب طبيعته من حقوق وواجبات يكمل بعضها بعضا وألزمت كلاً منهما بما يخصه، فيقول المولى عز وجل: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2]، فبين سبحانه وتعالى أن للنساء حقا، وأن عليهن حقا.

فالإسلام أعطى مكانة خاصة للمرأة وفي جميع أدوار حياتها فانتقلت المرأة بهذه التوجيهات الإسلامية إلى حالة أصبحت تشعر بقيمتها وشخصيتها وتؤمن برسالتها الكبيرة التي خلقت من أجلها، تبني الأجيال وتوظف ما تعلمته من مبادئ دينها في بناء هذه الأجيال.

ومن تكريم الإسلام للمرأة نظرته للزواج أنه شراكة بين الزوجين تحقق أهدافا من تكثير النسل وإنشاء المجتمعات النظيفة، ومن هنا نرى أن الإسلام يؤكد عقد الزواج ويجعله ميثاقا غليظا ويكره الطلاق ويجعله أبغض الحلال، وتوعد المرأة التي تطلب الطلاق من زوجها بدون سبب فقال صلى الله عليه وسلم: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير سبب فحرام عليها رائحة الجنة»[3]، ولكن قد تطرأ على الزواج أمور تجعله مصدر شقاء وتحول حياة الزوجين إلى جحيم لا يطاق مما يصبح الفراق وسيلة لابد منها للتخلص من تلك الحالة، فقد يتزوج الرجل المرأة ثم يتبين أن بينهما اختلافا في الأخلاق وتنافرا في الطباع فيرى كل من الزوجين نفسه غريبا عن الآخر فيكون الفراق أمرا لابد منه.

---

[1] سورة الروم، الآية 21.

[2] سورة البقرة، الآية 228.

[3] أبو داود سليمان بن الأشعث ابن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدري السجستاني، **سنن أبي داود**، الجزء الثالث، المكتبة العصرية، صيدا، دون سنة نشر، ص 225.

وهناك وسائل وطرق كثيرة شرعها الإسلام لتتم الفرقة بين الزوجين كالطلاق والخلع وهذا الأخير هو موضوع بحثنا هذا.

وقد أجازت العديد من التشريعات الوضعية الخلع فقد أجازه المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة والمتممة بموجب الأمر 02/05 الحق للزوجة في طلب الخلع وعليه يعد الخلع موضوعا حيويا يمس واقع الأسرة باعتبارها هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع.

كما أن موضوع الخلع له أهمية كبيرة باعتباره حق كرسته الشريعة الإسلامية من قبل، تطبيقًا لعدل الله تعالى بين عباده، كما أنه طريقة منحتها العديد من التشريعات العربية من بينها المشرع الجزائري للمرأة للتعبير عن إرادتها.

وعليه تهدف الدراسة إلى المقارنة بين أحكام الخلع الواردة في القانون الوضعي وأحكامها الأصلية في الشريعة الإسلامية من حيث مواطن الاتفاق والإختلاف.

هذا ما يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

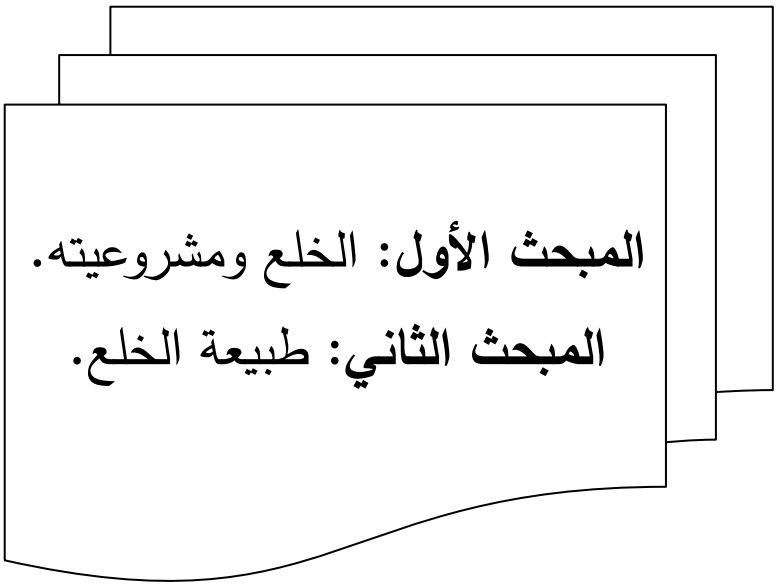
ما مدى توافق أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؟

بالإضافة إلى بعض التساؤلات الفرعية:

- ما هو التكييف القانوني للخلع؟
- هل أعطى القانون الوضعي للقاضي سلطة أثناء سير الدعوى؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بالاعتماد على المنهج التحليلي والمقارن أي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفصل الأول: الخلع فقها وتشريعا



تقديم:

امتدح القرآن الكريم المرأة التي تقوم بطاعة زوجها بقوله تعالى: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾[1]، وامتدح الرسول صلى الله عليه وسلم كذلك المرأة لطاعتها لزوجها فقال: « خير النساء التي إذا نظرت إليها أسرتك، وإذا أمرتها أطاعتك وإذا غبت عنها حفظتك في نفسها ومالك» رواه أبي داود.

فالإسلام أوصى الزوجة بطاعة زوجها والصبر والاحتمال[2]، لكن يحدث أن تكره الزوجة زوجها فنصح الإسلام بعلاج أسباب هذه الكراهية، ولكن فإن حدث واستمرت هذه الكراهية فقد أباح لها الإسلام أن تضع حدا للرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

وضعت الشريعة الإسلامية أركان وشروط الخلع وبينت مقداره، لكن وقع خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في الطبيعة القانونية للخلع هل هو طلاق أم فسخ، فكان لازما التطرق والتفصيل لهذه الجزئيات من خلال هذا الفصل في التعريف بالخلع في المبحث الأول، والطبيعة القانونية في المبحث الثاني، بينما المبحث الثالث فستناول فيه شروط الخلع.

---

[1] سورة النساء، الآية 34.

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، **الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 10.

المبحث الأول: التعريف بالخلع:

من خلال المبحث الأول سنقوم بوضع مفهوم للخلع من الناحية اللغوية ومن الناحية الاصطلاحية كذلك التعريف به عند المذاهب الأربعة هذا في المطلب الأول، ثم سنعالج الطبيعة القانونية للخلع في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الخلع:

هناك عدة تعريفات لغوية للخلع تمثل في معنى واحد، بالإضافة إلى التعريف الاصطلاحي كذلك.

الفرع الأول: تعريف الخلع من الناحية اللغوية:

– الخلع لغة: النزع يقول خلعت الثوب خلعا نزعته، وخالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمالها، فخلعها وأبانها عن نفسه، وسمي هذا الفراق خلعا، لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال، والرجال لباسًا لهن فقال: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾[1]، وهي ضجيعته فإذا اقتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأحالها إلى ذلك فقد بانت منه، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه.[2]

– وفي المصباح المنير جاء بمعنى خلعت النعل وغيره (خلعًا) نزعته وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه وطلقها على الفدية فخلعها هو خلعًا، والاسم (الخُلع) بالضم هو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه.[3]

– كذلك عرفه الإمام كمال الدين في كتاب شرح فتح القدير بأن الخلع هو النزع، خلع ثوبه ونعله، ومنه خالعت المرأة زوجها، إذا اقتدت منه بمال، وخالعها وتخالعا صيغ منها المخالعة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب.[4]

---

[1] سورة البقرة، الآية 187.

[2] ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 1997، ص 297.

[3] أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، **المصباح المنير في غريب شرح الكبير**، المجلد الأول، الطبعة الثانية، المكتبة العلمية، لبنان، دون سنة نشر، ص 178.

[4] كمال الدين بن الهمام، **شرح فتح القدير**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص 188.

الفرع الثاني: تعريف الخلع اصطلاحا:

وفيها التعريف الشرعي والتعريف القانوني.

أولا: التعريف الشرعي:

سنتناول التعريفات الشرعية عند المذاهب الأربعة وبعض من فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث تعرضوا لتعريف الخلع كل حسب نظره وفهمه.

1- عند الحنفية:

هو عبارة عن أخذ المال من المرأة بإزالة ملك النكاح.[1]

وعرفه صاحب شرح فتح القدير بأنه إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع.[2]

يؤخذ على هذا التعريف أنه لو قال لزوجته خالعتك ولم يسم شيئا فإنه خلع مسقط للحقوق، مع أنه ليس فيه ذكر للبدل.[3]

2- عند المالكية:

عرفه بعضهم بأنه طلاق بعوض، وقولهم "بعوض" أي معاوضة يعني لو أحال عليها الزوج فماتت أخذ من تركتها أو أتبعت به.[4]

ما يؤخذ على هذا التعريف على أنه غير جامع فلأنه لا يشمل سوى نوع واحد من الخلع وهو ما إذا كان بعوض، مع أن الطلاق بلفظ الخلع بلا عوض خلع صحيح والتعريف لا يشمله.[5]

3- عند الشافعية:

هو فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاده بعوض مقصود راجع لجهة الزوج.[6]

قوله فرقة: أي بلفظ دال عليها لا نفسها، لأن الخلع هو اللفظ الدال على الفرقة لا نفسها.

---

(1) محمد بن محمود البابرتي، **العناية شرح الهداية لهامش شرح فتح القدير**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص 57.

(2) كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي، مرجع سابق، ص 188.

(3) جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 27.

(4) أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام ملك**، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، دون سنة نشر، ص 518.

(5) جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 29.

(6) ابن نجيم، **البحر الرائق**، الجزء الرابع، مشار إليه في كتاب سعيد الزيباري، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1997، ص 49.

بعوض: أي ولو كان العوض منفعة أو دينا أو عينا إلا في خلع الأعمى إذا وقع على عين فلا يثبت المسمى، إنما يثبت مهر المثل قياسا على بيع الغائب.

ويحرج به ما إذا كانت الفرقة بلا عوض، فإنه يكون رجعيا.[1]

مقصود: صفة لعوض يخرج بها ما لو وقعت الفرقة بعوض غير مقصود كالدم، فإنه لا يكون خلعا وإنما يكون رجعيا.

4- عند الحنابلة:

فراق الزوجة بعوض بألفاظ مخصوصة.

ويقصد هنا أن تكون ألفاظ صريحة كخالعتك، وألفاظ كناية دالة على المفارقة.[2]

إذا نظرنا في تعريفات الفقهاء السابقة نجد أنها كلها تكاد تكون مجتمعة إلا من زيادة بعض القيود في بعضها عن بعض، ثم إنهم جميعا متفقون في أن الخلع من قبل الزوجة معاوضة، لأنها تدفع العوض في مقابل ملكها بضعها.

ثانيا: التعريف القانوني:

عرف القانون السوري في نص المادة 181 من قانون الأحوال الشخصية السوري[3] بأن: الخلع عقد بين الزوجين يتفقان على إنهاء الزواج ببدل تدفعه الزوجة أو غيرها لزوجها أو غيره لموافقة الزوج الآخر قبل الدخول أو بعده.

في حين القانون الجزائري لم يضع تعريفا محددا للخلع ولم يبين حتى الأسباب المؤدية إليه من خلال ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 في المادة 54 منه على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".[4]

---

[1] شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني الشافعي، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر، ص 430.

[2] منصور بن يونس ادريس البهوتي الحنبلي، **كشاف القناع عن متن الاقناع**، الجزء الخامس، عالم الكتب، بيروت، دون سنة نشر، ص 212.

[3] قانون الأحوال الشخصية السوري (طبعة إلكترونية).

[4] قانون رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 والمؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005، الموافق عليه بمقتضى القانون 05 – 09 الصادر في 4 ماري 2005، الجريدة الرسمية، المؤرخة في 22 جوان 2005.

– وحذا القانون المغربي والقانون المصري حذو القانون الجزائري حيث اكتفيا بالنص عليه فقط دون التعريف به.

– أما القانون الموريتاني فنص على الخلع في الفصل الثاني من نص المادة 92 بأنه يصح الطلاق بعوض من المرأة أو من ينوب عنها المطلق أو بإسقاطها حق لها عليه.

– وتكلم المشرع الإماراتي عن الخلع في الباب الثاني حيث بينت المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بأن الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها.

ما يلاحظ نجد أن معظم التشريعات الوضعية اكتفت بالنص على الخلع دون التعريف به على غرار المشرع الجزائري.

المطلب الثاني: مشروعية الخلع:

شرع الخلع بالكتاب والسنة والإجماع وفي هذا التبيان التالي:

الفرع الأول: مشروعيته من الكتاب:

حكم الخلع شرعا بالجواز، بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[1]، ففي حالة تشاقق الزوجين وخوفهما ألا يقيما حدود الله، وفي حالة عدم قدرة المرأة القيام بحقوق الرجل، وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، أجاز لها الشرع أن تفتدي منه بما أعطاها، ولا حرج على الزوجة في أن تدفع من مالها للحصول على الخلع وافتداء نفسها منه بما بذلته من مال ولا حرج على الزوج في أن يأخذ ذلك ليطلقها.[2]

الفرع الثاني: مشروعيته من السنة النبوية الشريفة:

حديث ابن عباس: أن امرأة ثابت من قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: «يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين، لكنِّي أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أقبل الحديقة، وطلقها تطليقة»[3]. فهي لا تريد مفارقته لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، وإنما كرهت من كفران العشير، والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له، فأمرها النبي

---

[1] سورة البقرة، الآية 229.

[2] منال محمود المثني، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 54.

[3] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، دار الريان للتراث، حديث رقم 4971، ص 307.

صلى الله عليه وسلم أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب برد الذي أمهرها إياه، وهو أول خلع وقع في الإسلام، وفيه معنى المعاوضة.[1]

الفرع الثالث: مشروعيته من الإجماع:

أجمع الفقهاء على مشروعية الخلع وما شذ إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه مردود بالكتاب والسنة، قال العيني أجمع العلماء على مشروعية الخلع إلا بكر بن عبد الله المزني، ثم نقل عن ابن عبد البر قوله في الكلام حول ما ذهب إليه المزني، فقال: هذا خلاف السنة الثابتة في قضية ثابت بن قيس وحبيبة بنت سهل وخالف جماعة الفقهاء والعلماء بالعراق والشام، وقال مالك لم أزل أسمع ذلك أي الخلع من أهل العلم وهو الأمر المجمع عليه عندنا.[2]

إذن يتبين أن حكم الخلع مشروع من الناحية الفقهية إلا ما شذ عنه بكر بن عبد الله المزني، وهو ما ذهبت إليه التشريعات الوضعية العربية بإجازته والنص عليه في قوانينها بإستثناء المشرع التونسي الذي استبعد فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع واعتبر أن الطلاق من حق القاضي دون سواه والذي ينطق به إذا اتفق الزوجان على ذلك، أو بطلب من أحدهما بضرر أو بدون ضرر.

وبين المشرع التونسي أن الطلاق لا يقع لدى المحكمة إلا في 03 حالات:

1- التراضي المشترك للزوجين.

2- بناء على طلب أحد الزوجين.

3- بناء على رغبة الزوج في إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.[3]

---

[1] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء السابع، **الأحوال الشخصية**، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985، ص 482.

[2] عامر سعيد الزيباري، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1997، ص 59.

[3] مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 1995، المادة 31.

المبحث الثاني: طبيعة الخلع:

يتفق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك معظم فقهاء التشريعات الوضعية العربية على أن الخلع صورة من صور فك الرابطة الزوجية، لكن يقع اختلاف حول طبيعته القانونية فهناك من قال على أنه فسخ وهناك من رأى عكس ذلك واعتبر الخلع طلاقًا وهذا ما سنعالجه في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سنتكلم على الاتجاه القائل بأن الخلع عقد رضائي، والاتجاه الذي اعتبر الخلع تصرفًا شخصيًا مع تبيان موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات الوضعية.

المطلب الأول: الخلع فسخ أم طلاق:

اختلف العلماء في اعتبار الخلع فسخًا أم طلاقًا وكلٌّ دعم وجهة نظره من القرآن والسنة والمعقول.

الفرع الأول: اعتبار الخلع فسخًا:

وهو ما ذهب إليه ابن عباس رضي الله عنه، وبه قال طاووس وعكرمة وذهب إلى ذلك الحنابلة، وقول للشافعية بأن الخلع فسخ وليس طلاقًا.

إن الوضع الفقهي للخلع أنه عقد ينعقد بإيجاب وقبول، ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل فهو يعتبر تعليقا للطلاق على قبول المال، ومن جانب المرأة يعتبر معاوضة لها شبه التبرعات.[1]

1- من الكتاب الحكيم:

قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾.[2]

فذكر تطليقتين والخلع تطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا[3]، وهذا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجا آخر،

---

[1] محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص 330.

[2] سورة البقرة، الآية 229.

[3] نصر سليمان، سعاد سطحي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، دون سنة نشر، ص 152.

فإن هو دخل بها دخولا شرعيا ثم طلقها فتحل لزوجها الأول.[1]

2- من السنة النبوية الشريفة:

واستدلوا من السنة النبوية أنه فسخ عندما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس بن شماس أن يطلق امرأته وأمرها أن تعتد بحيضة واحدة، وهذا دليل آخر على أنه فسخ فلو كان طلاقا لأمرها أن تعتد ثلاث حيضات، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ واستدلوا برواية ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال: رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها؟ قال: « نعم ليس الخلع بطلاق»، وفي رواية عن أمير المؤمنين عثمان بن عفان وأقره عليه ابن عمر.[2]

3- من المعقول:

إن الآثار المترتبة على الخلع تختلف عن أحكام الطلاق، وقد ذكر ابن القيم في كتابه زاد المعاد هذه الفروقات فقال:

أ- الزوج أحق بالرجعة بالطلاق مادامت الزوجة في العدة.

ب- الطلاق محسوب من الثلاثة، فلا تحل له بعد استيفاء العدد إلا بعد زوج وإصابته.

جـ- اتساعه للعدة بثلاثة قروء، وقد ثبت بالنص والإجماع أنه ليس للزوج الرجعة في الخلع، ثبت بالسنة النبوية وأقوال الصحابة أن العدة بالخلع حيضة واحدة وهي للإستبراء، ونسب بالنص جواز الخلع بعد طلقتين بوقوع ثالثة بعد حدوثه، وهذه أدلة على أن الخلع ليس بطلاق.[3]

الفرع الثاني: اعتبار الخلع طلاقًا:

وهو ما روي عن عمر وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر، وابن مسعود والحسن البصري، وأبو سفيان الثوري، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعي في الجديد.[4]

---

[1] منال محمود المشني، مرجع سابق، ص 64.

[2] ابن كثير أبو الفداء إسماعيل الدمشقي، **تفسير القرآن العظيم**، الطبعة الأولى، مؤسسة قرطبة ومكتبة أولاد الشيخ للتراث، الجيزة، دون سنة نشر، ص 275.

[3] ابن القيم، **زاد المعاد في هدى خير العباد**، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1365هـ، ص 34.

[4] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 104.

1- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

وجه الدلالة هنا أن المرأة تفتدي نفسها من عصمة الرجل وسلطانه.

إن للزوج البدل عليها، فتصير هي بمقابلته أملك لنفسها، ولأن غرضها من دفع البدل هو التخلص من الزوج وهذا لا يحصل إلا بوقوع الطلاق البائن.[1]

2- من السنة النبوية الشريفة:

ما رواه البخاري في صحيحه، في حديث امرأة ثابت بن قيس عندما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « طلقها تطليقة » فهذا دل على أن الخلع طلاق.[2]

3- من المعقول:

يقصد بالخلع إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز للرجل مراجعتها يعاد إليها الضرر.

❖ **موقف المشرع الجزائري:**

أخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور ومعظم التشريعات الوضعية العربية بأن الخلع طلاق لا فسخ، بحيث خصص المشرع الجزائري في الفصل الثالث الفسخ تحت عنوان "النكاح الفاسد والباطل".

أما الطلاق فقد ورد في الباب الثاني تحت عنوان إنحلال الزواج، ونجد أن المادة 54 التي تعرضت للخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق.

ويكون ذلك مصيبا لأن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد، ويشمل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، وبينما الأمر يختلف عليه في الخلع، إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة عن العقد تستهدف حل الرابطة الزوجية.[3]

---

[1] عبد الله ابن قيم الجوزي، مرجع سابق، ص 34.

[2] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، الجزء العاشر، دار الريان للتراث، دون بلد نشر، 1986، ص 313.

[3] سليم سعيد، **الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي**، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، ص 53 – 54.

هذا وقد أخذ المشرع الأردني في القانون المعدل رقم (82) لسنة 2001 الفقرة (ج) من المادة 126 بأن الخلع طلاق[1]، كذلك نفس الأمر بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية المصري لقانون رقم 01 لسنة 2000 في المادة 20 على أن الخلع يقع طلاقا بائنا، في حين بين المشرع المغربي في نص المادة 122 [2] من المدونة على أن الخلع يقع طلاقا بائنا.

❖ **ثمرة الخلاف وفائدته:**

رتب مجموعة من الفقهاء بعض النقاط الناتجة عن ثمرة الاختلاف:

* عند طلب المرأة الخلع في المذهب الأول لا يشترط أن تذكر المرأة سببا للخلع، وإنما يكفيها أن تطلبه وتعرض المقابل فيه من مالها.

* أما المذهب الثاني فلابد لها من ذكر سبب الخلع، وأن يكون هذا السبب هو الكراهة للحياة الزوجية والتباغض بين الزوجين.

* الاتجاه القائل بأن الخلع فسخ، للزوج أن يراجع زوجته لكل بعقد ومهر جديدين ما لم يكن الخلع مسبوقا بطلقتين.

* أما الاتجاه القائل بأن الخلع طلاق فإنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج عليها.[3]

* معظم الذين جعلوا الخلع طلاقا قالوا أن عدة المختلعة هي عدة الطلاق ومن جعلوه فسخا قالوا بأن عدة المختلعة حيضة إلا الإمام أحمد ابن حنبل الذي قال أن عدة المختلعة ثلاث حيضات رغم كون الخلع فسخا.[4]

الفرع الثالث: اعتبار الخلع عقدًا اتفاقيًا أو تصرفًا انفراديًا:

ذهب جمهور العلماء إلى أن الخلع يكون بين الزوجين بالتراضي فإذا لم يتم التراضي بينهما رفعا الأمر إلى القاضي ليلزم الزوج بذلك لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر ثابتًا بالطلاق بعد أخذ الفدية فحين تدفع الزوجة العوض يطلق الزوج، والخلع لا يحتاج لقاضي في حالة تراضي الزوجين إلا في حالة الاختلاف في العوض.

---

[1] منال محمود المنشي، مرجع سابق، ص 66.

[2] مدونة الأسرة المغربية صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016، القانون رقم 70.03 ظهير شريف رقم 22 – 1.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03، ص 37

[3] جلال الدين السيوطي، **سنن النسائي**، الجزء الخامس، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر، ص 168.

[4] باديس ديابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر**، دار الهدى، عين مليلة، 2007، ص 68 – 69.

قد يسيء الزوج لزوجته لتطلب الخلع وتعطيه ما دفعه، أما الإمام مالك بن أنس فيرى أن تعامله بنقيض قصده فالعوض يرد ويقع طلاق ويلزمه بسببه أن يدفع لزوجته مؤخر الصداق ومتعة ونفقة العدة، لأن مذهب مالك يقول بأن الخلع يصح أن يكون بحكم الحكمين ودون اشتراط لموافقة الزوج إذا طلبته الزوجة.[1]

في حين نص القانون المصري رقم 01 لسنة 2000 في المادة 20 منه على ما يلي: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلب وافتدت نفسها وخلعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاها لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه".[2]

وهكذا يتضح لنا بأن المشرع المصري نص على نوعين من الخلع، وهما الخلع الاتفاقي والخلع بحكم قضائي، أما المشرع السوري فاعتبر الخلع عقدًا رضائيًا بين الزوجين فإن طلبه أحدهما وجب أن يقبله الآخر، ولكل منهما التراجع قبل قبول الطرف الآخر، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون بقولها: "لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الطرف الآخر".[3] ويشترط لصحة الخلع أن يكون الرجل والمرأة أهلا لإيقاع الطلاق.

في حين بين المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية، اشتراط موافقة الزوج لوقوع الخلع بمعنى أن المشرع لا يقر إلا بالخلع الاتفاقي مخالفا بذلك المذهب المالكي، وهكذا نصت الفقرة الثالثة من المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق...".[4]

أما المشرع الجزائري فنص في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على ما لم يتم الاتفاق عليه..."[5] هذا نص المادة قبل التعديل لسنة 1984.

---

[1] طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما بإجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية ومرفق بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 134.

[2] قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 01 لسنة 2000.

[3] قانون الأحوال الشخصية السوري اللجنة المشتركة بموجب قرار السيد رئيس مجلس الوزراء رقم /2437/ بتاريخ 2007/06/07.

[4] مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004، مرجع سابق.

[5] قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984.

أما نص المادة المعدلة لسنة 2005 كان كالآتي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

فالمشرع الجزائري في التعديل الجديد نص على جواز الخلع دون موافقة الزوج عليه حيث أصبح من حق الزوجة أن تطلبه من القاضي في حالة تعنت الزوج وهو بذلك اعتبر الخلع تصرفًا انفراديًا،[1] وهذا مخالف لما أجمع عليه فقهاء الشريعة.

المطلب الثاني: تفريق الخلع عن بعض حالات انحلال الرابطة الزوجية:

سنحاول في هذا المطلب تبيان أوجه التشابه والاختلاف بين الخلع وبين صور فك الرابطة الزوجية، خاصة الطلاق على مال والتطليق.

الفرع الأول: المقارنة بين الخلع والطلاق على مال:

الكثير من التشريعات الوضعية العربية لم تنص على فكرة الطلاق على مال، على غرار المشرع الجزائري الذي اكتفى بالنص على الخلع كنوع من أنواع الطلاق، مما يحيلنا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[2]، أي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وتتمثل نقاط التشابه والاختلاف في:

أولا: أوجه الاتفاق بين الخلع والطلاق على مال:

- إن كل من الخلع والطلاق على مال يزول به عقد الزواج في الحال، ويقع بكل منهما طلاق بائن بينونة صغرى لصدوره نظير عوض تدفعه الزوجة لتفتدي نفسها من زوج لا ترغب فيه.
- إن كل من الخلع والطلاق على مال يشترط فيهما أن تقبل الزوج البدل الذي جعل في مقابل الطلاق على مال أو الخلع لأن قبولها للبدل في مقابلة افتداء نفسها من زوجها، كان ذلك معاوضة في حقها، والمعاوضة كما نعلم لابد فيها من قبول من يلزمه دفع العوض أو البدل.[3]

ثانيا: أوجه الاختلاف بين الخلع والطلاق على مال:

- اعتبر الشافعية والحنابلة أن الخلع فسخ ونقض للعقد، وعلى ذلك فلا يحتسب عدد الطلقات في حال رغب الزوج بإعادة زوجته بعد الخلع بعقد ومهر جديدين، أما الحنفية فقد اعتبره طلاقا

---

[1] بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة، 2008، ص 210.

[2] الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[3] منال محمود المنشي، مرجع سابق، ص 58 - 59.

بائنا يحتسب من عدد الطلقات، فلو أعاد الزوج زوجته بعد الخلع بعقد جديد فلا يملك عليها إلا ما تبقى له من الثلاث.

أما الطلاق على مال، فلا خوف فيه، فهو طلاق بائن ينقص به عدد الطلقات من غير خلاف.[1]

– الخلع تكون صيغته لفظ الخلع أو ما في معناه أما الطلاق على مال فإن صيغته لفظ الطلاق أو ما في معناه، كقول الرجل لزوجته طلقتك على مبلغ كذا، أو ابنتك في مقابل كذا.[2]

– الطلاق على مال لا يسقط به الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر، لأن لفظ الطلاق لا ينبئ عن البراءة من هذه الحقوق، فلا يثبت إلا ما حصل الاتفاق على دفعه مقابل الطلاق، أما الخلع فإنه يسقط به الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر، وهذا رأي الإمام أبو حنيفة رحمه الله.

أما رأي المالكية والشافعية فإنهم لا يرون فرقا بين الطلاق على مال والخلع، لأن الخلع عندهم هو الطلاق بعوض.

وقال البعض من المالكية أن الطلاق على مال والخلع في الأحكام على سواء.[3]

الفرع الثاني: المقارنة بين الخلع والتطليق:

المشرع الجزائري نص على التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة، ومن ثم فإن الخلع والتطليق طريقان متمايزان، وتتمثل نقاط التشابه والاختلاف في:

أولا: أوجه الاتفاق بين الخلع والتطليق:

– يتفق الخلع والتطليق في أن الفرقة بمبادرة من الزوجة، حيث أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب المفارقة سواء عن طريق الخلع أو التطليق وما جاء به في قانون الأسرة الجزائري 11/84 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 وذلك في نص المادتين 53 و54 منه فأوجب المشرع على القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة في المفارقة والعمل على انصافها طبقا لما تقرره العدالة.

---

[1] منال محمود المنشي، مرجع سابق، ص 59.

[2] بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، "الزواج والطلاق"**، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة نشر، ص 411 – 412.

[3] منال محمود المنشي، مرجع سابق، ص 60.

– يتفقان أيضا في أن الخلع والتطليق في أن الفرقة بين الزوجين تتم بحكم قضائي، فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء تطلب الخلع من زوجها حكم القاضي لها بالفرقة دون حاجة إلى موافقته، وكذلك نفس الحالة في التطليق إذا أثبتت الزوجة الضرر الحاصل لها من زوجها طبقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة.[1]

– نفقة الأطفال واجبة على الزوج في حالة التطليق أما في الخلع فقط تسقط إذا كان هناك اتفاق بين الزوجين على أن يكون العوض هو التزام الزوجة بالنفقة على الأولاد.

– كما يتفق الخلع والتطليق في أن الفرقة فيهما طلاق بائن وفقا للقاعدة الفقهية "الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن"، حيث يترتب على التطليق والخلع أن تحتفظ الزوجة بنفقة العدة ولا يجوز التوارث بينهما.[2]

– كما يتفقان في الأحكام الصادرة في التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف إلاَّ ما يتعلق بالجانب المادي طبقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين الخلع والتطليق:

ويكون التفصيل كالتالي:

– الخلع يسقط كل حق ثابت لأحد الزوجين على الزوج الآخر ما عدا تلك التي أنشئت بعد الفرقة فيسقط الحق في المهر المؤجل في النفقة الغذائية بخلاف التطليق حيث تحتفظ الزوجة بحقها في طلب النفقة.

– من حيث الأسباب: يبنى التطليق على أسباب مادية محضة ذكرت في المادة 53 من قانون الأسرة وهي:

"يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية:

1– عدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

2– العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3– الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

---

[1] سليم سعدي، مرجع سابق، ص 40.

[2] نفس المرجع والصفحة.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا".

- بينما الخلع سببه ذاتي ومعنوي يكمن في بغض الزوجة لزوجها وعدم رغبتها في العيش معه، فهذا السبب كاف في حقها في طلب الفرقة، فهي غير ملزمة بإثبات هذا البغض والكراهية.

*** إتيان الزوجة بفاحشة مبينة:**

فإذا ارتكبت الزوجة فاحشة الزنا فللزوج أن يسترجع منها الصداق، الذي أعطاه إياها، إذ يقول تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾.

كما أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما ثبت من الأحاديث النبوية الشريفة، يمكن إجمال أسباب طلب الزوجة الخلع فيما يلي:

*** خشية المرأة من تقصيرها في حقوق زوجها:**

وذلك ظاهر مما ورد من قول المرأة في زوجها ثابت بن قيس "ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام"[1]، فهي تخشى كفران العشير والتقصير فيما يجب له وخافت أن تأتي بما تؤثم به.

*** عدم إطاقة المرأة لزوجها:**

وذلك ظاهر مما جاء في قول الزوجة "يا رسول الله إني ما أعتب على ثابت في دين، ولا خلق ولكني لا أطيقه" رواه البخاري والنسائي، أي أنها لا تطيق معاشرته.

---

[1] محمد بن علي الشوكاني، **نيل الأوطار**، **كتاب الخلع**، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الحديث، المدينة المنورة، 1993، ص 291.

*** كراهية الزوجة زوجها:**

وقد جاء في قصة جميلة بنت السلول قولها "لا أطيقه بغضا" رواه ابن ماجة، فهي تخبر بأنه قد استقر بغضه في نفسها.

*** دمامة خلق الزوج:**

فجاء في قصة حبيبة بنت سهل: كانت حبيبة بنت سهل تحث ثابت بن قيس بن شماس وكان رجلا دميما فقالت: "يا رسول الله والله لولا مخافة الله لدخل علي لبصقت في وجهه".[1]

شدة الزوج في معاملة زوجته:

وقد جاء في ذلك مصرحا به في حديث حبيبة بنت سهل رضي الله عنها "أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها" رواه ابن ماجة.

[1] أبي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، دون سنة نشر، ص 355.

المبحث الثالث: شروط الخلع:

سنعالج في هذا المبحث صحة شروط وقوع الخلع مع تبيان الآراء الفقهية في المذاهب الأربعة والاختلاف حول كل شرط والمتمثلة في الزوجين والعوض والصيغة، مع موقف بعض التشريعات الوضعية بما فيها المشرع الجزائري.

المطلب الأول: شروط الخلع بالنسبة للزوجين:

يرى الحنفية أن شروط الخلع إذا كان بعوض الإيجاب والقبول، وهذا على عاداتهم ويتفق جميع الفقهاء على شروط الزوجية، المتمثلة في الزوج والزوجة، بحيث لابد من توافر شروط في المخالع وشروط في المختلعة وتتمثل في:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالزوج المخالع:

– المخالع هو الزوج أو نائبه، ويشترط فيه عدة شروط، وضابطه كل من صح طلاقه صح خلعه[1]، وتتمثل هذه الشروط في:

أن يكون مسلمًا، بالغًا، باتفاق جميع الفقهاء.

فكل من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه، كالصبي والمجنون والمعتوه، ومن اختل عقله لمرض أو كبر سن، ولا يصح الخلع من المجنون والمعتوه ولا من المغمى عليه لأنه لا يصح طلاقهم لانعدام القصد الصحيح منهم.[2]

– قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من علماء الأمصار على أن المجنون لا يجوز طلاقه.

ولا يصح من الصبي لأنه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا لقوله صلى الله عليه وسلم: « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يعقل» رواه الإمام أحمد في سنده.

---

[1] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 57.

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 490.

أما السكران فعلى ضربين لأن سكره إما أن يكون للطرب والترفه، وإما أن يكون للتداوي.
فسكر الطرب والترفه إذا شرب الإنسان مسكرا كخمر ونحوها، فإما أن يكون غير آثم لشربها كأن يشربها مكرها، أو يشربها جاهلا بها، فهذا حكمه حكم المجنون والمعتوه لارتفاع الإثم عنه ولا يقع خلعه.
وأما إذا شرب الخمر أو نحوها لأجل الطرب مختارا وعالما بحرمتها فقد اختلف الفقهاء في حكم وقوع الخلع منه على مذهبين:

- **المذهب الأول:**

طلاق السكران واقع وخلعه جائز وبه قال عطاء والحسن البصري، وسعيد بن المسيب، والشعبي، ومحمد بن سيرين، وميمون بن مهران، ومجاهد، والحكم والنخعي، والثوري والأوزاعي وابن شبرمة، والمذاهب الأربعة.

- **المذهب الثاني:**

طلاق السكران غير واقع وخلعه باطل وحكي هذا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وبه قال عمر بن عبد العزيز، والقاسم بن محمد، وعطاء وطاووس، وربيعة، ويحيى الأنصاري، والليث بن سعد، وعبيد الله بن حسن وإسحاق.
أما بالنسبة لخلع المكره فقد اختلف الفقهاء على مذهبين:

- **المذهب الأول:**

خلع المكره لا يقع وروى هذا عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن الزبير، وجابر بن سمرة، وبه قال عبد الله بن عمير، وعكرمة والحسن البصري، وجابر بن زيد، وعطاء وطاووس وعمر بن عبد العزيز وأيوب السختياني والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور، وأبو عبيد وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وابن حزم الظاهري، والزيدية.[1]

- **المذهب الثاني:**

خلع المكروه جائز وواقع، وبه قال أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وقتادة، وإليه ذهب الحنفية.[2]

---

[1] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 67 – 68.

[2] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية**، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 490.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالزوجة:

المختلعة هي الزوجة أو وليها أو الأجنبي وهو قابل للخلع، واشترط فيها الفقهاء شروط معينة.

أولا: الأهلية:

بما أن الخلع تصرف قانوني يترتب على وقوعه صحيحا آثارا ونتائج كان لابد لمن ينشئه أن يكون أهلا لتحمل هذه المسؤولية، لذلك اشترط العلماء في المختلعة الأهلية.

والمقصود بالأهلية هنا أهلية الأداء، بأن تكون تصرفاتها من قول وفعل معتبرة شرعا، بأن تكون بالغة، عاقلة، رشيدة، غير محجور عليها لسفه أو مرض أو غفلة، فلا خلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها بخلاف المجنونة والصغيرة غير المميزة، والمحجور عليها لسفة أو مرض الموت.

بالنسبة للصغيرة وهي زوجة مخالعة تفهم معنى الخلع، وما يترتب عليه، وخالعها زوجها على مقدار من المال، وقبلت بذلك وقع الطلاق عليها، ولا يلزمها المال، لأن العوض في الخلع معنى التبرع، وهي ليست أهلا للتبرع في مالها.[1]

ثانيا: قيام الزوجية الصحيحة:

يشترط لصحة الخلع أن تكون المختلعة زوجة للمخالع بعقد زواج صحيح مع قيام الزوجية الصحيحة حال طلب الخلع، فخرج بذلك العقد، وكذلك إذا كانت المختلعة بائنة من طلاق، ذلك لأن البينونة تنهي الزوجية فلا يصح الخلع حينها، ويكون الخلع لغوا، فلا يترتب على أي أثر شرعي.

ثالثا: قبول المختلعة بالخلع:

– اتفق الفقهاء على أنه لابد من موافقة المختلعة على الخلع، لأنها ستكلف العوض فإن خالعها الزوج فلم تقبل، لم يقع الطلاق إلا أن ينويه.

ويشترط في قبولها علمها بمعنى الخلع، فلو قال لها اختلعي نفسك بكذا، ثم لقنها بالعربية، حتى قالت اختلعت، أو قالت بعد أن لقنها أبرأتك من المهر ونفقة العدة وهي لا تعلم معنى ذلك، فالصحيح أنه لا يصح، لأن الخلع معاوضة كالبيع، والتفويض فيه كالتوكيل، فيشترط فيه علم الوكيل بما وكل به، والإبراء عن نفقة العدة، والمهر وإن كان فيه إسقاط إلا أنه اسقاط فيه بشبهة البيع، والبيع وكل المعاوضات لابد فيها من العلم.

---

[1] بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 403

فإن اختلعت الزوجة وهي جاهلة بمعنى الخلع وقع الطلاق، ولم يلزم البدل لأن جهلها بمعناه عذر في عدم سقوط حقها، ولا يلزم منه عدم طلاقها إذا قبل الزوج، لأنه اتخذ جهلها بالعربية وسيلة للتغرير بها فعوقب بحرمانه من البدل لقاء فعله، أما الطلاق فيقع.[1]

– لأن مبادئ الشريعة الإسلامية تحرم التغرير بالآخرين، وحيث أن الزوج حاول التغرير بالزوجة، فإنه يعاقب على ذلك بوقوع الطلاق دون الحصول على البدل.[2]

– بالنسبة للتشريعات الوضعية لم تضع شروطًا خاصة بالنسبة للزوج وشروطًا بالنسبة للزوجة على حدة بل وجعلت كالزوجية كشروط دون التفصيل والتفريق بين الزوجين، بما فيها المشرع الجزائري الذي تكلم على شروط الخلع بالنسبة للزوجين كشرط واحد، ويأتي التفصيل كالتالي:

– بالنسبة للمشرع المغربي اعتبر الخلع تصرفا قانونيا، إذ اشترط الأهلية فلابد من توافرها في الطرفين، وهي بلوغ سن الرشد ويجب أن يكون الرضا خاليا من أي عيب كالإكراه، وإذا حصل وأن خولعت التي دون سن الرشد القانوني أي كان الخلع نتيجة لإكراه صادر عن الزوج أو ناتج عن الإضرار بها، فإن الطلاق يقع صحيحا، لكن لا تلتزم الزوجة ببذل بدل الخلع إلا بموافقة نائبها الشرعي إن كانت غير راشدة، وفي حالة الإكراه أو الإضرار بها، فإنه من حق الزوجة أن تسترجع ما بذلته للزوج، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 119 الفقرة الأولى من مدونة الأسرة المغربية.[3]

– في حين نص القانون السوري في قانون الأحوال الشخصية، لاشتراط صحة الخلع أن يكون الرجل أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له، ولا تلتزم المرأة القاصر بالبدل إلا بموافقة وليها الشرعي، وهذا ما جاء في المواد 181، 182، 183، 184 من قانون الأحوال الشخصية السوري.[4]

– أما المشرع المصري بالرغم من نصه على الخلع إلا أنه لم يتكلم عن شروط الزوجين واكتفى بالنص على شروط البدل فقط.

---

[1] سلطان بن محمد بن دعيلج، مرجع سابق، ص 65 – 67.

[2] المرجع نفسه، ص 65 – 66.

[3] القانون رقم 03–70 من مدونة الأسرة المغربية الصادرة في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 03 فبراير 2004.

[4] القانون رقم 01 لسنة 2000 قانون الأحوال الشخصية المصري.

❖ **موقف المشرع الجزائري:**

أخذ المشرع الجزائري شروط الخلع المذهب المالكي حيث اشترط أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما، فالخلع لا يصح إذا كان الزواج قد انحل كما لو حكم ببطلانه، أو كانت الزوجة قد بانت من طلاق رجعي بمعنى أن يطلقها الزوج طلاقا رجعيا ولا يراجعها أثناء العدة، وتنقضي هذه الأخيرة فهنا يصبح الطلاق بائنا، وتصبح الزوجة أجنبية عن زوجها، وبالتالي لا يصح الخلع لأن ملك الزوج زال بانقضاء العدة.

ومتى كانت الزوجية قائمة، فالخلع جائز سواء قبل الدخول أو بعده.

المطلب الثاني: بدل الخلع (عوض الخلع):

يعتبر العوض أو كما يسميه بعض الفقهاء الفداء كشرط من شروط صحة الخلع، وضعت الشريعة الإسلامية مبادئ وحددت مقداره، نفس الأمر قامت به العديد من التشريعات الوضعية العربية بما فيها المشرع الجزائري فاجتمعوا على أن العوض كشرط من شروط الخلع والاختلاف في بعض جزئياته بما فيه المقدار.

الفرع الأول: مفهوم العوض:

العوض هو ما تعطيه الزوجة أو وليها أو أجنبي للزوج، مقابل خلعها من عصمته.[1]

ويرى الفقهاء أن كل ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون عوضا في الخلع، فيجوز الخلع بكل ما له قيمة مالية معترف بها شرعا معلومة ومملوكة.

ويعرف كذلك على أنه المال الذي تبذله الزوجة أو ما ينوب عنها للزوج كمقابل للخلع، والأصل أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ مما دفعه للزوجة من صداق أو غيره إلا في حالة واحدة وهي إذا خافا ألا يقيما حدود الله.[2]

لذا فإن ظهرت بوادر الخلاف والخصام بين الزوجين واستحالت المعاشرة بينهما ففي هذه الحالة يجوز أن يأخذ منها ما تفتدي به نفسها عنه مقابل مخالعتها، والعوض هو المقابل الذي تمنحه الزوجة أو وليها أو من ينوب عنها مقابل خلعها من عصمة الزوج فقد يكون نقدا وقد يكون نفقة عدة أو عرض تجارة أو حضانة.

---

[1] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 87.

[2] منال محمود المشني، مرجع سابق، ص 50.

الفرع الثاني: شروط العوض فقها وقانونا:

وفيه سنبين الشروط في الشريعة الإسلامية والشروط في بعض القوانين الوضعية العربية ثم موقف المشرع الجزائري من العوض.

أولا: الشروط المتعلقة بصحة العوض في الشريعة الإسلامية:

ضابط العوض عند الفقهاء "أن كل ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون عوضا في الخلع" لأن ما صلح عوضا للمتقوم أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم.[1]

أما أهم الشروط التي تصح بدلا في الخلع هي:

1- أن يكون العوض مما يصح جعله صداقا:

إذا خالع الزوج زوجته على ما لا يصح جعله صداقا، كما لو خالعها على أن يكون العوض عقوبة بدنية مثلا، أو شرطا فاسدا وقع الخلع بمهر المثل.

2- أن يكون العوض مالا متقوما:

المال المتقوم شرعا هو ماله قيمة مقبولة في الشرع فيخرج به الخمر والخنزير والدم والميتة أما الخمر والخنزير فلحرمة الاستفادة منها، وأما الميتة والدم فلأنه لا قيمة مادية لهما.

ولكن وقع اختلاف بين الفقهاء فيما بينهم في مقدار البدل وصفته:

❖ **المذهب الأول:**

قال به الحنفية والشافعية والمالكية والشيعة والحنابلة والأوزاعي والثوري والظاهرية، على أن البدل في الخلع غير مقدر، وعلى ذلك قالوا أنه يجوز البدل بأكثر من المهر أو بأقل أو مساو للمهر[2] واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.[3]

وذهبوا إلى أنه يجوز للمرأة أن تخالع زوجها على ما شاء.

❖ **المذهب الثاني:**

أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من المرأة المفتدية أكثر من مهرها، فإن فعل رد الزيادة، لأن الزيادة لا وجهة لها وإذا أخذ زيادة عن مهرها صح مع الكراهية، وإلى هذا ذهب طاووس وعطاء، وعمر بن شعيب، والزهري، والإباضية وبه قال إسحاق وأحمد.

---

[1] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 87.

[2] منال محمود المنشي، مرجع سابق، ص 72

[3] سورة البقرة، الآية 229.

3- أن يكون العوض معلوما:

فإذا ما كان هذا العوض مجهولا بالنسبة للزوج، فما هو حكم هذا الخلع؟ فقد اختلف العلماء في ذلك:

- ذهب ابن حزم إلى أن: الجهالة في العوض تجعل الخلع باطلاً فهو يقول: "من خلع على مجهول فهو باطل، لأنه لا يدري هو ما يجب له عندها، ولا تدريه هي، فهو عقد فاسد". واستدلوا بأن المختلع لا يدري ما يجب له عند المختلعة، ولا تدري هي فهو عقد باطل وكل طلاق لم يصح إلا بصحة ما لا صحة له غير صحيح.[1]

- أما جمهور الفقهاء وأصحاب المذاهب الأربعة إلى أن الخلع يصح على مجهول، لأن الخلع من جانب الزوج هو إسقاط الملك، أي ملك التمتع ببضع الزوجة، وهذا الإسقاط كان مشروطا على شيء يقابله، فإذا كان هذا الشيء مجهولا أو محرما، فيجب بدله وهو مهر المثل.[2]

4- اشتراط وجود الشقاق بين الزوجين:

اختلف الفقهاء في اشتراط وجود شقاق بين الزوجين لجواز أخذ العوض من زوجته، منهم لا يشترط الشقاق بل يجوز مع الكراهة أخذ العوض من الزوجة في حالة الوفاق بين الزوجين، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ومنهم لا يجيز أخذ المال إلا بوجود الكراهة منها أو منهما معا، وإليه ذهب الظاهرية وابن المنذر.[3]

ثانيا: شروط العوض في القانون الوضعي:

- ذهب المشرع المصري بأن البدل في الخلع هو جميع الحقوق المالية للزوجة وكذا الصداق الذي استلمته من زوجها، بحيث اشترط القانون المصري عدم جواز العوض بأن يكون حقا يتعلق بالأطفال كالحضانة والنفقة وغير ذلك من حقوقهم، ومع ذلك أوجب الزوجة بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وأن ترد له الصداق الذي أعطاها.[4]

- أما المشرع المغربي فنص في مدونة الأسرة المغربية بأن العوض هو كل ما يصح الالتزام به شرعا، سواء كان منقولا أو عقارا أو مجرد خدمة، غير أنه ذهب إلى ما ذهب إليه المشرع

---

[1] سلطان بن محمد بن دعيلج، مرجع سابق، ص 69 - 71.

[2] مصطفى أمين حيدر الأنروشي، **أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام الظاهري مقارنا بالمذاهب الإسلامية الخمسة وبعض القوانين المعاصرة**، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 347.

[3] عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص 69 - 71

[4] أحمد حسام النجار، **كتاب الخلع**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 70 - 71.

المصري بأنه لا يجوز الخلع بشيء من حق الأطفال أو نفقتهم إذا كانت الأم في حالة إعسار، لأن ذلك إضرار بمصلحة الأطفال، إلا في حالة تنازل الأم عن حقها في نفقة الأطفال، وهذا ما بينته المادة 119 الفقرة الأولى من مدونة الأسرة المغربية.

– أما في حالة الاتفاق على مبدأ الخلع والاختلاف في البدل فتعرضت لهذه الحالة المادة 120 الفقرة الأولى من المدونة بقولها: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج...".[1]

– أما المشرع السوري فقد أضاف عن باقي التشريعات الوضعية بأن المرأة القاصر لا تلتزم بالبدل إلا في حالة موافقة وليها الشرعي واشترط في المرأة أهلية التبرع لأنها هي التي تدفع البدل وهو الصداق وبين أن كل ما صح إلتزامه شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع، على أن لا يتجاوز مهر الزوجة، وأن يكون البدل حقيقيا وبالتراضي واعتبر بدل الخلع من الديون ذات الامتياز كالمهر ونفقة الزوجة.[2]

ولا يتم تسجيل الخلع في المحكمة قبل قبض الزوج بدل الخلع المتفق عليه، ويعفى البدل من الرسوم المالية والقضائية.

– واعتبر المشرع الأردني أن كل ما يصلح أن يكون مهرا في عقد الزواج، صلح أن يكون عوضا في الخلع سواء نقدا، أو أعيانا كالعقارات والمنقولات، أو منافع مقومة بالمال، وسواء كان هو المهر أو غيره، وهذا ما جاء في نص المادة 104 في قانون الأحوال الشخصية الأردني.[3]

❖ **أما موقف المشرع الجزائري من العوض:**

لم يبين المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه، مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا، باعتباره استعمل مصطلح مال ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يكون من النقود

---

[1] المادة 120 الفقرة الأولى من مدونة الأسرة المغربية.

[2] قرار رئيس الوزراء رقم 2437 بتاريخ 2007/06/07 بأحكام تفصيلية في مادة الخلع، المواد 182 و183، 184 من المشروع.

[3] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009، ص 82.

والأوراق المالية المعروفة والمتداولة، وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا وبعبارة فقهية أدق أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل خلع.

ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا أو قانونا.

ولكنه لا يجوز التنازل للزوجة عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة من حقوق المحضون، وليست حقا للزوجة.[1]

أما في حالة اتفاق الزوجين على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين حول المبلغ المطلوب أداؤه فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا تتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع.

وقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها: ما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 وجاء فيه: "لتأكيد مبدأ الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاختلاف في مقدار الخلع، فإن أمره يعود تقديره لقاضي الموضوع، الذي استوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة محل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغا قدره خمسين ألفا دج (50000 دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبها له معا.

وفي الأخير حكم قاضي الأحوال الشخصية لمحكمة سيدي بلعباس حكما حضوريا علنيا ابتدائيا نهائيا بالطلاق بالتراضي على أساس الخلع بمبلغ قدره عشرون ألفا (20000 دج).[2]

المطلب الثاني: صيغة الخلع:

لابد للخلع من صيغة فلا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالا وتخرج من داره بدون أن يقول لها: "اختلعي على كذا" فتقول له: "اخلعني على كذا" فيقول له: "خلعتك على ذلك" والإيجاب والقبول لابد منه أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع، وإن نوى به الطلاق، أو كان به الطلاق متعارفا. والصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج وقبوله من الزوجة وهي تنقسم إلى صريح وكناية.

---

[1] منصوري نورة، **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 2010، ص 140.

[2] القرار الصادر بتاريخ 1985/04/22 رقم 36709، المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص 92.

وفي صيغ الخلع وشروطها نتعرض لتفصيل المذاهب، وفي ذلك ثم موقف المشرع الجزائري وما توصل إليه الاجتهاد القضائي.

لهذا سنتناول في الفرع الأول مفهوم الصيغة وأقسامها، أما في الفرع الثاني سنعالج شروط الصيغة عند الفقهاء وعند المشرع الجزائري.

الفرع الأول: مفهوم الصيغة:

وفيه سنتناول تعريف الصيغة ثم بيان أقسامها.

أولا: تعريف الصيغة:

المراد بصيغة الخلع التي ينعقد بها الخلع والصيغة قصد بها الإيجاب والقبول، فالإيجاب يصدر من أحد الزوجين والقبول من الآخر.[1]

ثانيا: أقسام الصيغة:

تنقسم الصيغة إلى صريح وكناية، فالصريح ما كان في لغة الخلع كخالعتك وفاديتك ونحوها، أما الكناية هي لفظ يفيد الفرقة بين الزوجين كبعتك طلاقك بكذا، أو بعتك عصمتك بكذا أو نحوها، وهذا لا يقع الخلع به إلا مع النية أو القرينة التي تثبت ذلك.

لقد تعددت ألفاظ صيغة الخلع في المذاهب الأربعة على النحو التالي:

– يرى الأحناف والشافعية أن صيغ الخلع ثلاثة ألفاظ هي خالعتك والمفاداة وفسخت النكاح.[2]

الفرع الثاني: شروط الصيغة:

وفيه سنرى شروط صيغة الخلع عند المذاهب الأربعة، وشروط الصيغة عند المشرع الجزائري.

أولا: الموقف الفقهي:

❖ **رأي الحنفية:**

قالوا بشأن الأحكام التي تتعلق بالصيغة أنه يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون عالمة بمعنى الخلع واعتبروا يمينا من جانب الزوج، فلو ابتدأ الخلع بقوله: "خالعتك على مائة" مثلا فإنه لا يملك الرجوع عنه وكذا لا يملك فسخه ولا نهي المرأة عن قبوله وله أن يعلقه على شرط، ويضيفه إلى وقت.[3]

---

[1] أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في القانون الكويتي**، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 241.

[2] المرجع نفسه، ص 38.

[3] منصوري فريدة، مرجع سابق، ص 124.

أما الخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال، لأنها تعطي الرجل مالا ملك له في نظير الطلاق، وذلك معنى المعاوضة بين إثنين، أحدهما يعطي مالا لغيره على سبيل الملك، وثانيهما يعطي بدلا في نظير تمليك ذلك المال، فإذا كان كذلك يصرح لها أن ترجع قبل القبول، فلو بدأت الخلع هي قالت "اختلعت نفسي منك بألف" أو "خالعني على صداقي ونفقة عدتي" فلها أن ترجع قبل أن يقول الزوج "خالعتك على ذلك"، ويبطل بقيام أحدهما المجلس قبل القبول، ولا يصح للزوجة أن تعلقه على شرط ولا أن تضيفه إلى وقت.

ويشترط الحنفية مطابقة الإيجاب للقبول، فإذا قال لها: "أنت طالق أربعا بثلاث مائة"، فقالت: "قبلت ثلاثا" لم تطلق، لأنه علق الخلع على قبولها الأربع، فإذا لم يتحقق المعلق عليه، وإذا قال لها: "طلقتك على ألف" فقالت: "قبلت" ثم قال: "طلقتك على ألف" فقالت: "قبلت"، ثم قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت" فإنه يقع ثلاث تطليقات بثلاثة آلاف، وهذا بخلاف ما إذا قال لها: "خالعتك ولم يذكر بدلا"، فقالت: "قبلت" ثم أعاد لها اللفظ، فقالت: "قبلت" فإن الثاني لا يقع لأن الأول وقع بائنا فلا يلحقها الثاني.

– والفرق بين العبارتين: أن الأول مذكور فيه العوض، فلا يقع إلا إذا قبلت، أما الثاني فلم يذكر فيه العوض، فلا يتوقف وقوع الطلاق على قبولها متى نواه أو كان بلفظ خالعتك فإنه لا يحتاج إلى نية على قول، وإنما الذي يتوقف على قبولها سقوط حقها، وحينئذ يقع الطلاق باللفظ دون قبولها وهو بائن.[1]

❖ رأي المالكية:

قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

– الشرط الأول:

أن تكون لفظا بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحا أو كناية فإذا عمل عملا يدل على الطلاق بدون نطق، فإنه لا يقع به الطلاق إلا إذا جرى به العرف.

– الشرط الثاني:

أن يكون القبول في المجلس، إلا إذا علقه الزوج بالأداء أو الإقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس، فإذا قال لها: "إن أقبضتني عشرين جنيها أو أديت إلي كذا فأنت طالق"

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار حزم للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة نشر، ص 368 – 369.

فإن لها أن تقبضه بعد المجلس، بحيث تمكث مدة يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقضبه في المجلس فإنه يعمل بها فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل.

- الشرط الثالث:

أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال، فإذا قال لها: "طلقتك ثلاثا بألف" فقالت: "قبلت واحدة بثلث الألف"، لم يلزم طلاق، فإن له أن يقول: "إنني لم أرض بطلاقها إلا بألف"، وهذا بخلاف ما إذا قالت له: "طلقني ثلاثا بألف" فطلقها "واحدة بألف" فإن الطلاق ينفذ والعوض يلزم، وذلك لأنها تملك نفسها بهذا وتبين به فما زاد عليه لم يتعلق به غرض الشارع ولا فائدة لها منه وكذا إذا قالت له: "طلقني واحدة بألف"، فطلقها ثلاثا، فإنه يصح لحصول عرضها وزيادة.[1]

❖ رأي الشافعية:

قالوا صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية ومن كناياته لفظ: بيع وفسخ، فإذا قال لها: "بعتك نفسك بألف" ناويا بذلك الطلاق، فقالت: "قبلت" كان خلعا صحيحا تبين به، ويلزمها العوض ومثل ذلك ما إذا قال: "فسخت نكاحك بألف" وفي هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقا بقبض عشرين، فقال: "طلقتك على ذلك" فإنه يكون طلاقا صريحا بائنا يقع بدون نية، فإذا نوى به أكثر من واحدة لزمه ما نواه، أما إذا قالت له: "أبني على عشرين" فقال لها: "أبنتك" فإنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية، وهكذا في كل ألفاظ الكنايات التي تقدمت.[2]

وهذا وإذا بدأ الزوج بالطلاق على مال فذكر العوض، كان الخلع عقد معاوضة مشوبًا ومعلقًا على دفعها للعوض، فلا يقع به الطلاق إلا إذا قبلت، فكأنه قال لها: "إذا قبلت دفع العوض فأنت طالق" وعلى هذا يصح له الرجوع قبل قولها نظرا لجهة العوض.

أما شروط الصيغة فهي:

أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين ومنهما أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب، ومنها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه، فإنه لا يصح ومنها أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول،

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 370.

[2] المرجع نفسه، ص 370 - 371.

ومنها أن يتفق الإيجاب مع القبول، فإذا قال لها: "طلقتك بألف"، فقالت: "بألفين لا يقع شيء"، وإذا قال لها: "طلقتك ثلاثا بألف"، فقالت: "قبلت واحدة بألف"، فإن الثلاث تقع بألف، وذلك وإن لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق، لكنه وافقه في المال والزوجة تملك المال والزوج يملك الطلاق وقد وافقته فيما تملك فتلزم به ويلزم بالثلاث.[1]

❖ **رأي الحنابلة:**

يشترط في صيغة الخلع عدة شروط:

- **أولها:**

أن تكون لفظا، فلا يصح الخلع بالمعاطاة ولو نوى بها الطلاق، بل لابد فيه من إيجاب وقبول.

- **ثانيا:**

أن يكون بالإيجاب والقبول في المجلس، فإذا قال لها: خالعتك بكذا وقام من المجلس قبل قبولها، فإنه لا يصح وكذا إذا قامت هي ولم تقبل.

- **ثالثها:**

ألا يضيف الخلع إلى جزء منها، فإذا قال لها: "خالعتك يدك أو رجلك بكذا" وقبلت يكون لغوا، وذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق، بخلاف الطلاق الذي يقع عندما يضاف إلى جزء المرأة.[2]

- **رابعها:**

أن لا يعلقها على شرط فإذا قال لها "إن بذلك لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماه بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه، وإذا اجتمع شرطا مع الخلع فإن الخلع يصح والشرط يبطل.

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، تطبيقا لنص المادة (222) التي تنص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 373.

[2] نفس المرجع والصفحة.

كذلك نص المادة (54) لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عمليا فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط لإيقاع الخلع، ومنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضا.[1]

وقد انقسم قضاة المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين:

1- الإتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 والذي جاء فيه:

"من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته".[2]

- القرار الصادر بتاريخ 1991/04/30 وتحت رقم 73885 جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانون أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون".[3]

2- الإتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع:

هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 والذي جاء في: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، إن المادة المذكورة من

---

(1) منصوري فريدة، مرجع سابق، ص 129.

(2) القرار الصادر في 1988/12/21 رقم الملف 51728، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990، ص 32.

(3) القرار الصادر في 1991/04/03، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1993، ص 55.

قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للإبتزاز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإن قضاة الموضوع – في قضية الحال – لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومن كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

– القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 والذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع كما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[2]

من خلال العرض السابق للآراء الفقهية وسكوت المشرع الجزائري وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضا الزوج، فإننا نرى أن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسته الشريعة الإسلامية، وهو ما اهتدى إليه المذهب المالكي المعتمد في قانون الجزائري والذي سبق وأن وضحنا رأيه في المسألة من جواز الخلع دون الأخذ برضا الزوج، وقد صدر عن المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – قرار تحت رقم 141262 المؤرخ في 1996/07/30 والذي قضى: "أن طعن الزوج بالخلع انتهى إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا، استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيا بين الزوجين"[3]، وبالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع وتعذر إعادة الوفاق بين الطرفين، ويبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المخالعين.

ورد في حكم محكمة النقض السوري "يجب أن يحدد الابراء في عقد المخالعة الحقوق التي يشملها ولا يصح استنتاج ذلك استنتاجًا".

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/07/21 ملف رقم 83603 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 134.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216239 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 138.

[3] القرار الصادر بتاريخ 1996/07/30 تحت رقم 141262 (غير منشور)، مأخوذ من كتاب زودة عمر، ص 159.

ويتضح أن اجتهاد المحكمة العليا ومحكمة النقض السورية يتماشى والفقه الحالي الذي يرى أن الخلع لا يسقط حق من الحقوق إلا إذا ما اتفق عليه باعتباره كالطلاق على مال.

الفصل الثاني: كيفية سير دعوى الخلع

المبحث الأول: إجراءات سير دعوى الخلع.

المبحث الثاني: الحكم الصادر في دعوى الخلع.

المبحث الثالث: توابع الخلع.

تقديم:

إن الخلع باعتباره أحد طرق فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة يرتب آثارا منها ما يتعلق بالجانب الإجرائي المتمثل في طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأنه ومنها ما يتعلق بالجانب الموضوعي المتمثلة في توابع الخلع.

سنعالج إجراءات سير دعوى الخلع في القانون الوضعي، أي في القانون الجزائري على وجه التحديد بحيث هذا الأخير لم يبين في قانون الأسرة الجزائري للإجراءات الواجب اتباعها في حالة إثارة النزاع بين الزوجين وبالخصوص دعوى الخلع، الذي يستوجب الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية وعليه سنتحدث في المبحث الأول عن إجراءات سير دعوى الخلع وعن الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع كمبحث ثاني، أما المبحث الثالث سنتكلم فيه عن الآثار المترتبة عن الحكم الصادر في دعوى الخلع.

المبحث الأول: إجراءات سير دعوى الخلع:

بحيث سنتكم فيه عن قواعد الاختصاص القضائي لدعوى الخلع في المطلب الأول، أما المطلب الثاني ففيه سير جلسة دعوى الخلع.

المطلب الأول: قواعد الاختصاص القضائي لدعوى الخلع:

وفيه الجهة القضائية المختصة لرفع دعوى الخلع كفرع أول، وكيفية رفع دعوى الخلع كفرغ ثانٍ.

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة لرفع دعوى الخلع:

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

أولا: الاختصاص المحلي:

– تختص محليا بالنظر في المنازعات التي تثار بين الزوجين محكمة مقر مسكن الزوجية وفقا لنص المادة 3/426 من قانون إجراءات المدنية والإدارية.

والاختصاص المحلي ليس من النظام العام، ومن ثم يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحل خلافهما أمام المحكمة الأقرب أو التي يختارانها بإرادتهما، وفي هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الاختصاص المحلي.[1]

ثانيا: الاختصاص النوعي:

– تقام دعوى الخلع أمام قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي، وفقا لنص المادة 1/423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2] والنص جاء فيه:

ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة، وذلك واضح من عبارة "وانحلال الرابطة الزوجية" وبما أن الخلع حالة من حالات انحلال الرابطة الزوجية ويكيف على أنه طلاق حسب قانون الأسرة الجزائري، فإن المحكمة المختصة في قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة

---

[1] يوسف دلاندة، **استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة**، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 56.

[2] قانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 43.

الدرجة الأولى للقضاء العادي، والاختصاص النوع من النظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه استنادا لأحكام المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

الفرع الثاني: كيفية رفع دعوى الخلع:

– بحيث هناك طرق لرفع دعوى الخلع وشروط واجب توافرها في رافع الدعوى، سنتعرض لطرق رفع الدعوى أولا، ثم شروط قبولها ثانيا.

أولا: طرق رفع الدعوى:

بحيث توجد طريقتان أمام المحكمة وهما:

1– رفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي إلى المحكمة وهي الزوجة في دعوى الخلع تطلب منها أن تحكم لها بالخلع، ويشترط في العريضة أن تكون مكتوبة على نسختين[2] كما يجب أن تحتوي على البيانات اللازمة المنصوص عليها في المواد 14، 15، 16، 17 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "تعد النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون" فالنيابة العامة هدفها السهر على تطبيق القانون، فلا تنحاز لأمر طرف وقد جرى الفقه على تسمية النيابة العامة عندما تعمل أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة بالطرف المنظم.[3]

والبيانات اللازمة في العريضة هي اسم ولقب ومهنة وموطن المدعى عليه (الزوج) وكذلك ذكر الجهة القضائية المختصة والقسم، وأن تتضمن الوقائع والأسباب وتحتم بالطلبات وعريضة افتتاح الدعوى، كما يستوجب القانون ارفاقها بالوثائق اللازمة كعقد الزواج والشهادة العائلية وكل وثيقة تراها المدعية أو وليها ضرورية لدعم زوجه دفاعها وطلباتها ولإثبات أيضا صفتها وفق نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[4]

2– رفع الدعوى بواسطة تصريح شفهي أمام المحكمة، وهذا يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة، ثم تقيد الدعوى

---

[1] قانون رقم 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 43.

[2] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق**، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 341.

[3] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 56 – 57.

[4] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 342.

المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة.

كما أن المحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه، بحيث دعوى الخلع لابد أن ترفع مستقلة، بحيث لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق طلب مقابل لم يوافق الزوج على ذلك ودون قيد أو شرط وهذا لما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2006/07/12 أنه: حيث تبين بالفعل من خلال وقائع الدعوى أن الطاعن هو الذي أقام الدعوى من أجل دفع المطعون ضدها إلى بيت الزوجية بغية الشمل إلا أنها قابلت طلبه بالرفض وطالبت خلعها مقابل عشرة آلاف دينار على أسباب الهجر في المضجع وعدم الانفاق التي تدخل ضمن حالات التطليق المحددة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وحيث أنه بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن المحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه وإذا كانت المطعون ضدها تدعى ضررا أو تروم إلى طلب الخلع أن تتخذ ما تراه مناسبا.

ومن ثم يكون القاضي الأول لما استجاب للطالب المطعون ضدها الخلع بمجرد طلب مقابل قد أضر بالطاعن وخالف القانون مما يجعل هذين الوجهين مؤسسين مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه".[1]

وجاء في قرار عن المحكمة العليا مؤرخ في 2011/09/15 والذي جاء فيه أن الطاعن هو الذي رفع الدعوى من أجل رجوع المطعون ضدها للبيت الزوجي ورفضت ذلك وقابلت طلبه بالرفض مطالبة بالخلع، من المبدأ أنه لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق مقابل حسب اجتهاد المحكمة العليا في ملف الطعن رقم 353851 في القرار الصادر بتاريخ 2006/07/12، والمحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه، وإن كانت المطعون ضدها تدعي ضررا أو تعسى لطلب الخلع أن تتخذ ما تراه مناسبا.

حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعواه ضد المطعون ضدها، بصفتها زوجته طالبا رجوعها إلى بيت الزوجية التي غادرته رفقة أهلها، وذلك دون قيد أو شرط، بينما طلبت المطعون ضدها رفض طلباته وبالمقابل الحكم بتطليقها للضرر مع الحقوق

---

[1] ملف رقم 353851 قرار بتاريخ 2006/07/12، الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2006، ص 431.

واحتياطيا طلبت الطلاق عن طريق الخلع وعرضت مبلغا مقابل ذلك كما طالبت بحقوق أخرى، وحيث أنه يكون بذلك الطاعن قد استعمل حقه في مطالبة زوجته المطعون ضدها الرجوع إلى بيت الزوجية ما دامت في عصمته، ولم ترفع دعوى متعلقة سواء بالتطليق أو الخلع أو غير ذلك، وبالتالي فلا يجوز للمطعون ضدها أن تقدم طلبا مقابلا أو طلبين مقابلين سواء بالتطليق أو الخلع، لأن دعوى التطليق أو دعوى الخلع لا تكون إلا بدعوى مستقلة ما لم يوافق الزوج على ذلك ودون قيد أو شرط وبالتالي كان على المحكمة التقيد بموضوع الطلب الأصلي من عدم حرمان المطعون ضدها من حقوقها عند الضرورة، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الأوجه.[1]

ثانيا: شروط قبول الدعوى:

– نصت المادة 436 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] على أنه: ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، كما نصت المادة 437 من نفس القانون على أن: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم باسمه، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة".

وانطلاقا من هذين النصين فإن القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة أن يكون ذا صفة، بمعنى أنه يجب أن يكون المدعي في دعوى الخلع هي الزوجة نفسها أو أحد ممثليها قانونا كالمحامي أو الولي أو الوصي، وفقا لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون ممثلا للزوج والمقصود هنا الزوجة طالبة الخلع وليها أو مقدمها والأمر كذلك بالنسبة للزوج المدعى عليه متمتعا بأهلية التقاضي، أي يكون بالغ سن المدني وهو 19 سنة طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني، متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه وفقا للمادتين 42 و14 من القانون المدني.[3]

كما يشترط أيضا في المدعي رافع الدعوى الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع، أي أنه يهدف من الالتجاء إلى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة، والمصلحة قائمة أصلا هي الشرط الأساسي لسماع الدعوى وقبولها أمام المحكمة وأن لا دعوى حيث لا

---

[1] ملف رقم 647108 قرار بتاريخ 2011/09/15، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة المواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، ص 311.

[2] قانون رقم 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 45.

[3] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 343.

مصلحة، كما أن القاضي يقرر من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة، كما يقرر أيضا من تلقاء نفسه وجود إذن الدعوى إذا كان هذا الإذن لازما.

يشترط أيضا إلى جانب الشروط السابقة لقبول دعوى الخلع أمام المحكمة لابد من تقديم نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية فهي ضرورية لقبول الدعوى.

فإن لم تقدم هذه النسخة التي تثبت قيام علاقة زوجية صحيحة فإن المحكمة تقضي بعدم قبول الدعوى، فإذا توافرت هذه الشروط يلجأ المدعي وبالأحرى المدعية وهي الزوجة أو ممثلها القانوني إلى المحكمة التي يوجد مقر الزوجية ضمن دائرة اختصاصها.

تقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة.[1]

المطلب الثاني: سير جلسة دعوى الخلع:

وفي طريقة سير جلسة كفرع أول ثم نرى في الفرع الثاني الصلح والتحكيم من الناحية الإجرائية.

الفرع الأول: كيفية سير الجلسة:

– جلسة الأحوال الشخصية عادية ولا تختلف عن الجلسات الأخرى والاختلاف الوحيد يكمن في أن يمكن لأحد الزوجين أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتها في جلسة سرية لا يمكن حضورها إلى الطرفين والقاضي وأمين الضبط كما يمكن للقاضي ومن تلقاء نفسه أن يجعل الجلسة سرية إذا رأى ضرورة لذلك.

عندما تقام دعوى الخلع من طرف الزوجة ضد زوجها، وفقا لإحدى الطرق السابقة يقوم كاتب الضبط تسجيلها في السجل الخاص، وتعيين تاريخ الجلسة التي ستعرض فيها دعواهما، وعندئذ يتعين على الزوجين المتخاصمين حضور الجلسة في التاريخ المعين، إما بنفسهما أو بواسطة وليهما إذا كان كلاهما أو أحدهما قاصرا أو محجورا عليه.[2]

فعلى الزوجين الإدلاء بطلباتهم ودفوعهم، كما لهما تدعيم ادعاءاتهم بما لديهما من حجج من الأدلة المقررة قانونا.[3]

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 343.

[2] المرجع نفسه، ص 352.

[3] الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 117.

أما إذا لم يحضر المدعي أو وليه في اليوم الأول المحدد للجلسة، رغم صحة تبليغه بتاريخ الجلسة، فإن القانون يخول للقاضي سلطة الحكم بشطب الدعوى أما إذا لم يحضر المدعى عليه، فإنه يجوز للقاضي الفصل في الدعوى في غيابه ويفصل القاضي دائما بحضور الزوجين المتخاصمين في الجلسات بعد سماع كل منهما ويجوز لكل واحد منهما أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما في جلسة سرية لا يحضرها معهما أحد.

يجوز لكل واحد من الزوجين أن يصحب معه شهود إلى المحكمة ويقدمهم مباشرة إلى القاضي أثناء الجلسة، أما المرافعات أثناء الجلسة تكون بأن يبدأ المدعي من الزوجين وهي الزوجة في دعوى الخلع بعرض طلباتها من المحكمة مع ابراز الأدلة التي يعتمد عليها ثم يعطي القاضي الكلمة للمدعى عليه منهما ليقدم دفوعه وحججه وأدلته المعاكسة بعد ذلك يحيل القاضي الكلمة إلى محامي المدعى عليه قبل إقفال باب المرافعة، وفي حالة عدم حضور المدعي أو ممثله القانون يحكم القاضي بشطب الدعوى، أما في حالة عدم حضور المدعى عليه فيصدر في حقه حكما غيابيا، وإذا فعل ذلك دون إثبات أن المدعى عليه قد تم تكليفه بالحضور، وفقا للقانون وأنه قد بلغ تبليغا صحيحا وتغيب دون عذر مقبول فإن حكمه الغيابي سيكون مخالفا للقانون ومعارضا حتما للإلغاء.[1]

الفرع الثاني: الصلح والتحكيم في دعوى الخلع:

– يجوز للزوجة فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع لكن أوجب القانون على القاضي قبل أن يحكم بفك الرابطة أن يتبع بعض الإجراءات تتعلق بالصلح والتحكيم بين الزوجين، سنرى إجراءات الصلح أولا ثم إجراءات التحكيم ثانيا.

أولا: إجراءات الصلح في دعوى الخلع:

– بالرجوع إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري[2] حسب آخر تعديل بالأمر 02/05 على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

---

[1] عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 118.

[2] القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم 05 – 02، ص 08.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

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

كما نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 – 09 المؤرخ في 2008/02/25 على الصلح في المواد من 439 إلى 449 ونص على إجراءات الصلح في مادة الأحوال الشخصية وجوبي وإلزامي.

كما يتضح من نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري سالفة الذكر على تقييد الحق في الطلاق، وما على القاضي إلى أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة رئيس كتاب الضبط، وذلك بمجرد تسجيل الدعوى واطلاعه عليها، وأن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما تجاه الآخر، وذلك حتى يحاول خلالها إظهار مساوئ الفرقة من أجل إقناع طالبة الخلع بالرجوع عن التفكير في الخلع والعودة إلى حياة المودة والوئام على شرط أن لا يتجاوز محاولات الصلح 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى بالخلع، إذا تخلف أحد الزوجين على حضور جلسات محاولات الصلح دون عذر فإن ذلك يعتبر امتناعا متعمدا ورفضا ضمنيا لمحاولات الصلح، ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار، ويعفيه من تحديد محاولات الصلح وتعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة.[1]

فيحرر محضر بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر لأنه عندما تفشل محاولاته بالصلح ينتقل بالضرورة إلى الحكم بالخلع.[2]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/10/23 الذي جاء فيه: إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات تجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة الصلح بثلاثة أشهر.[3]

---

[1] أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 68.

[2] المرجع نفسه، ص 271 – 272.

[3] ملف رقم 174132 قرار بتاريخ 1997/11/23، الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قبل تعديل القانون رقم 11/84 المتعلق بقانون الأسرة.

كما أن المشرع في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري يلزم القاضي بتحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج إيجابية أم سلبية، فإذا كانت إيجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها، وإذا سلبية يذكر محاولات الصلح فشلت، ويمكن أن يشير إلى أسباب فشلها وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين، لكن ما يعاب على هذه المادة أنها لم تنص على وجوب إلزام إجراء محاولات الصلح.[1]

عكس نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] التي تنص على أن:

"محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، ومن هذه المادة يتضح أن محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية.

كما أن الفقرة الأخيرة من المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بينت حالة ما إذا تم الحكم بالطلاق، لابد من تسجيل الحكم في سجلات الحالة المدنية وتتولى هذه المهمة النيابة العامة. والقاضي إلى جانب ذلك له السلطة التقديرية في إجراء محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح طالما أنه اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات الصلح.

وفي هذا المعنى صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 2011/04/14 حيث جاء فيه: "بدعوى أن قاضي الدرجة الأولى أجرى محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح، لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاذه ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه الوحيد سديد مستوجب الرفض".[3]

ثانيا: إجراءات التحكيم في دعوى الخلع:

نص المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 على: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينها.

---

[1] أحمد شامي، مرجع سابق، ص 272.

[2] قانون رقم 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 45.

[3] ملف رقم 620084 قرار بتاريخ 2011/04/14، الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، ص 301.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا على مهمتهما في أجل شهرين".[1]

1- توصيف الحكمين في الشقاق الزوجي:

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

- **القول الأول:** أن المبعوثين في الشقاق بين الزوجين حاكمان يقضيان بين الزوجين بجمع أو فرقة، بعوض أو بغير عوض، من غير توكيل من الزوجين أو رضا منهما، ببحثهما أو بحكمها.

وهو قول أكثر المالكية، وقول الشافعية ورواية عند الحنابلة وابن تيمية في أحد القولين المنقولين عنه، وقال المالكية بأنهما حكمين بين الزوجين وينفذ قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما فيهما، بدليل ما رواه مالك عن علي ابن أبي طالب أنه قال في الحكمين: "إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع"، فالإمام مالك يشبه الحكمين بالسلطان وهذا الأخير يطلق في رأيه بالضرر إذا تبين، وقد سماهما الله حكمين ولم يعتبر برضا الزوجين. وأخذ القانون السوري والمصري باعتبار المبعوثين حكمين.[2]

واستدل أصحاب القول بما يلي:

* قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾[3]، فسماهما الله عز وجل حكمين ونصبهما للحكم بين الزوجين ومكنهما منه، وللحَكَمْ في الشريعة الإسلامية اسم ومعنى، وللوكيل في الشريعة الإسلامية اسم ومعنى، والخطاب الوارد بالأحكام وتنفيذها ينصرف إلى الحكام والأئمة دون أهل الخصومات.

* روى محمد بن سيرين عن عبيدة أنه قال في هذه الآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾.

---

[1] المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 2005/02/27، ص 09.

[2] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء السابع، **الأحوال الشخصية**، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع، دمشق، 1985، ص 529.

[3] سورة النساء، الآية 35.

قال رجل وامرأة علي رضي الله عنه ومع كل واحد منهما من الناس، فأمرهم علي رضي الله عنه فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، ثم قال للحكمين: "تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا، أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا تفرقا، قالت المرأة رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي، وقال الرجل: أما الفرقة فلا فقال علي رضي الله عنه كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به" فهذا الأثر على علي بدل أنهما حكمان لا وكيلان لا شاهدان، فلو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما: "تدريان ما عليكما؟" وإنما كان ليقول: أتدريان بما وكلتكما؟ ويسأل الزوجين ما قالا لهما.

- **القول الثاني:**

تأولت طائفة قليلة على المقصود بعث الحكمين للإصلاح بين الزوجين وتعيين وسائل زجر للظلم منها كقطع النفقة عن المرأة مدة حتى يصلح حالها، وأنه ليس للحكمين التطليق إلا برضا الزوجين، فيصيران وكيلين وبذلك قال أبو حنيفة وهو قول الشافعي، فيريد أنهما بمنزلة الوكيل الذي يقدمه القاضي عن الغائب، وهذا صرف للفظ الحكمين عن ظاهره فهو من التأويل، والباعث على تأويله عند أبي حنيفة أن الأصل أن الطلاق بيد الزوج وإن المبعوثين وكيلان عن الزوجين، فلا يجوز بعثهما إلا برضاهما وموافقتهما وليس لهما التفريق إلا برضاهما فيوكل الزوج حكمه إن شاء طلق وقبول العوض الخلع، توكيل الزوجة إن شاءت حكمها ببذل عوض الخلع وقبول طلاق به ثم يفعل الحكمان الأصلح من صلح أو تفريق.

واستدلوا من المعقول أن الزوجين راشدان والمال حقهما، فلا يجوز لغيرهما التصرف في ذلك.[1]

- **القول الثالث:** أما المبعثوين رسولان وشاهدان يرسلهما الحاكم ليصلحا بين الزوجين برضاهما وليعرفا حالهما: من الظالم منهما ومن المظلوم؟ ويخبرا الحاكم بما اطلعا عليه، ويشهدا بما ظهر لهما وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين.

وهو مذهب الحنفية، وقول ابن حزم، وأحد قول ابن تيمية، وهو قول بعض المالكية.

أدلة هذا القول:

* قوله تعالى: ﴿إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾.[2]

---

[1] محمد الطاهر بن عاشور، **التحرير والتنوير "تحرير المعني السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد"**، المجلد الأول، الجزء الخامس، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ص 47.

[2] سورة النساء، الآية 35.

وجه ذلك عنده أن الإصلاح هو قطع الشر بين الزوجين وقد رده الله عز وجل إلى اختيار الزوجين، ولا يعرف في اللغة وفي الشريعة أن من الإصلاح بين الزوجين تطليق الزوجة على زوجها، وليس في الآية ولا في شيء من السنن أن للحكمين أن يفرقا وهذا شأن الشاهد.

* الأثر المروي عن علي رضي الله عنه الذي جاء فيه قوله رضي الله عنه للحكمين: "تدريان ما عليكما؟ عليكم إن رأيتما أن تجمعا تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا تفرقا، قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي في ولي، وقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه: كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به".

فدل على أن ما يفعله الحكمان إنما يكون برضا الزوجين، وتفويضهما فإن علي قال: كذبك والله حتى تقر بمثل ما أقرت به، وهذا هو شأن الوكالة.

- **القول الرابع:** أن المبعوثين إن وكلهما الزوجان فهما وكيلان تنفيذ تصرفهما فيها وكلا فيه مجتمعين أو منفردين حسب التوكيل، وإن لم يوكلهما الزوجان فهما شاهدان وهو قول الطبري وقول الجصاص من الحنفية.

واستدلوا بما يلي:

* قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾، فقد أمر الله عز وجل بأن يكون أحد المبعوثين من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج، فالذي من أهله وكيل عنه، والذي من أهلها وكيل عنها، فكأنه قال: فابعثوا رجلا من قبله، ورجلا من قبلها، وتسميتهما حكمين لا يعارض كونهما وكيلين، لأن الأصل قبول قولهما على الزوجين، ونفاذ عليهما بموجب توكيلهما، فكان لزوم قول الحكمين للزوجين بمثابة الحكم، فسميا حكمين من هذا الوجه وحقيقتهما وكيلان.

2- تعيين الحكمين في قانون الأسرة الجزائري:

كما نص أيضا على إجراءات التحكيم في المواد 446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

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

[1] قانون رقم 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 46.

ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عادلين من أهل الزوجين إذا أمكن وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة والقدرة على الإصلاح بينهما، وعلى هذين الحكمين أن يتعرفا عن أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يبذلا جهدهما في الإصلاح، ولقد أوجب القانون على الحكمين، ولا يشترط فيه أن يكون معللا كما لا يجوز له رفض التقرير وتعيين حكمين آخرين كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا، وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن.[1]

فإذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر آخر قابل لأي طعن طبقا لما جاء في نص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن عجز الحكمان عن الصلح حكم القاضي بالخلع الذي لا يلزم الزوجة إثبات الضرر عكس التطليق الذي يتطلب إثبات الزوجة الضرر، كما أن المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أن: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبين له صعوبة مهمة التحكيم، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

3- دور الحكمين:

يلاحظ أن مهمة الحكمين في قضايا الخلع هي التأكد فقط من البغض والكراهية لأن الزوجة في الخلع غير ملزمة بإثبات الضرر، فبمجرد عدم القدرة على مواصلة العيش مع زوجها يقوم الحكمين بإعداد تقرير عن الوضعية يحكم من خلاله القاضي بالتفريق عن طريق الخلع.[2]

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي بل جعل الحق بناء على اقتراحهما، وهذا احتياط حيث يجعل القاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجة[3] ومن ثم فهما يعتبران وسيطين وليس حكمين ومن المفترض أن تتلخص مهمة الحكمين فيما يلي:

أ- أحوال الجمع بين الزوجين:

إذا حصل الشقاق بين الزوجين وكان سببه مما لا يوجب الفرقة وجب الجمع ومن ذلك حالتان هما:

- **الحالة الأولى:** إذا كان سبب الشقاق مطالبة الزوجة لزوجها بأمر لا يسوغ شرعا: لقد ذكر المالكية أنه إذا كان الشقاق بين الزوجين بسبب منع الزوج لزوجته من الخروج إلى الحمامات

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 359.

[2] سليم سعدي، مرجع سابق، ص 66.

[3] طاهري حسين، مرجع سابق، ص 127.

ونحوها، أو تأديبها على ترك الصلاة، أو زواجه عليها فلا يكون ذلك ضروريا موجبا للتفريق بين الزوجين، بل يجمع بينهما، وما ذكروه ظاهرا، فلا يفرق بين الزوجين في شيء من ذلك ما لم يوجد ما يقتضي التفريق بسبب آخر مما يسوغ فيه التفريق، كظهور الشقاق بينهما، والنفرة من الزوجة لزوجها.

- **الحالة الثانية:** إذا ظهر أن سبب الشقاق من الزوجة هو تخبيب أهلها أو غيرهم:

الذي يحدث أحيانا أن يقوم أهل الزوجة من أم ونحوها أو غير أهلها بتخبيبها على زوجها، إما بغض منهم للزوج، وإما لغير ذلك من الأسباب، فيحملون زوجته على شقاقه والمطالبة بفراقه، وقد تستجيب الزوجة لهم إما مجاملة للأهل، وإما غرورا بها منهم أو من غيرهم، وتكون الزوجة في الحقيقة غير مبغضة للزوج، ولا كارهة له، وما يماثلها، فإذا حدثت وجب الجمع بين الزوجين إذا أمكن صلاح حالها بذلك، لكن إذا انقلب ذلك مع المشاقة والمخاصمة إلى بغضاء حقيقية من الزوجة فتعامل في هذه الحالة معاملة الكارهة لزوجها، ويجري ما يقتضيه الوجه الشرعي.

ب- أحوال التفرقة بين الزوجين:

يفرق الزوجين عند الشقاق في أحوال أبرزها ما يلي:

- **الحالة الأولى:** إذا كانت الإساءة والمظلمة من الزوج.

وقد اختلف العلماء في ذلك في قولين:

القول الأول: إذا كان ظلم الزوج لزوجته وإساءته لها وإضرارا بها، ولم ترضى بالمقام معه، فرق بينهما بلا طلاق ولا عوض فيه، وهذا مذهب المالكية وقول ابن تيمية من الحنابلة.

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

الترجيح: هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1]، فقد أوجب الله عز وجل على الرجل إمساك المرأة بالمعروف أو تسريحها بإحسان، فإذا أضر بها فقد تعذر الإمساك بالمعروف ووجب التسريح بالإحسان.

[1] سورة البقرة، الآية 229.

– وما رواه أبو سعيد الخذري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» فإذا وجب ضرر الزوج وجب إزالته، فإذا تعين الطلاق سبيلا له وجب وقرر الحكمان، فإن امتنع منه الزوج استوفاه الحاكم لأن من وجب عليه حق فامتنع عن أدائه استوفاه الحاكم.

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

لقد اختلف العلماء في ثلاثة أقوال:

القول الأول: إذا كانت المخالفة والإساءة من الزوجة فقط فلا يفرق بينهما إلا أن تطلب الزوجة ذلك ويرضى به الزوج فتكون مخالعة، وبذلك قال بعض المالكية وابن تيمية من الحنابلة في أحد قوليه.

القول الثاني: أن الحكمين إذا رأيا صلاحا في التفريق بينهما فرقا على شيء يأخذانه منها للزوج، وإذا لم يريا صلاحا في ذلك لم يفرقا بينهما وائتمناه على الزوجة وبه قال بعض المالكية. زاد بعض المالكية أنه إذا استوفت مصلحة الفرقة ومصلحة البقاء رجع إلى اجتهاد الحكمين في البقاء والفرقة.

القول الثالث: أنه إذا فقد الاتفاق والتآلف وحسن التعاشر بين الزوجين ولو ظهر الظلم والإساءة والمخالفة من أحدهما ولو كانت الزوجة فرق بينهما، وبذلك قال ابن العربي من المالكية وعلل ذلك بأن الفرقة تكون بوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة، فإذا وقع الخلل في مقصود النكاح ولو بظهور ظلم الزوجة لم يكن لبقاء العقد وجه.

الترجيح: هو القول الثالث لما يلي:

* قوة ما علل به قائله.

* قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1]، فقد أوجب الله عز وجل على الرجل إمساك زوجته بمعروف أو تسريحها بإحسان، وإذا تعذر الإمساك بالمعروف لنشوز المرأة وطلبها الفراق وجب التسريح بإحسان.

– **الحالة الثالثة:** إذا كانت الإساءة من الزوجين معا على وجه السوية، أو شكل أيهما ظلم أو أيهما كان أظلم، وبذلك قال المالكية وبعض الحنابلة.

[1] سورة البقرة، الآية 229.

فقد صرح علماء المالكية بأنه إذا كانت الإساءة والظلم من الزوجين معا على وجه السوية، أو أشكل أيهما أظلم أو أيهما كان أظلم فرق بينهما بالخلع، كما أن أحد قولي ابن تيمية عنده سوء العشرة بين الزوجين وألزم به بعض حكام الشام من الحنابلة.[1]

[1] عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، مرجع سابق، ص 103 – 111.

المبحث الثاني: الحكم الصادر في دعوى الخلع:

– تنتهي دعوى الخلع إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه، إذ يستشف من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا عند النظر للطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية، فالشريعة الإسلامية اعتبرت الخلع عقدا رضائيا، على عكس بعض القوانين الوضعية ومنها القانون الجزائري جعل مركز الزوجة مساويا لمركز الزوج، سوف نتعرض في المطلب الأول على التكييف القانون للحكم الصادر في دعوى الخلع، وطرق الطعن القانون لدعوى الخلع في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التكييف القانون للحكم الصادر في دعوى الخلع:

وفيه طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع كفرع أول، وأقسام الحكم الصادر في دعوى الخلع كفرع ثانٍ.

الفرع الأول: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع:

– لا وجود للطلاق إلا إذا صدر حكم من القضاء، وأنه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق إلا إذا صدر نص به حكم من القضاء، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم" يتضح من تفسير المادة أن الحكم الذي صدر في دعوى الطلاق يأتي ليؤكد رغبة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية، التي هي قائمة من اليوم الذي اتجهت فيه نية الزوج أو الزوجة إلى حل الرابطة الزوجية، وأما الحكم ما هو إلا كاشف للخلع، ويأتي تثبيتا لما حصل من قبل.[1]

الفرع الثاني: أقسام الحكم الصادر في دعوى الخلع:

لابد من تسبيب الحكم الصادر في دعوى الخلع ومعنى ذلك هو بيان ما أقنع القاضي بما قضى به وجعله يتجه في حكمه الاتجاه الذي اطمأن عليه، ولابد من الإشارة إلى إجراء محاولة الصلح وما ترتب عليها، وهذا الحكم الذي يصدر عادة ينقسم إلى قسمين هما:[2]

---

[1] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 122.

[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 361.

أولا: قسم الجانب الشخصي:

هذا القسم ينصب على عقدي ميلاد كل من الزوجين وكذلك عقد زواجهما المسجلين بسجلات الحالة المدنية الموجودة على مستوى البلدية حيث يصبح كل من الزوجين أجنبيا عن الآخر.

ووفقا لنص المادة 03/49 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 التي تنص على أنه:

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

وهذا خلافا لما كان عليه الأمر قبل التعديل حيث كان الأطراف هم اللذان يسعيان إلى تسجيل حكم الطلاق بالحالة المدنية.[1]

ثانيا: قسم الجانب المادي:

هو باب خاص بالجوانب المادية المرتبطة بالخلع وهي الخاصة بتوابع فك الرابطة الزوجية.

المطلب الثاني: طرق الطعن القانونية لدعوى الخلع:

- حدث انقسام بالنسبة للأحكام والقرارات الصادرة بشأن الخلع حيث انقسم إلى اتجاهين: اتجاه يرى أن أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف (الفرع الأول)، واتجاه يرى بأنها قابلة للاستئناف كفرع ثانٍ.

الفرع الأول: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائية نهائية استنادا إلى نص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية" إضافة إلى ما أوردته المادة 48 أيضا والتي اعتبرت الخلع طلاقا وبذلك هو غير قابل للاستئناف.[2]

وبالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعوى الخلع غير قابلة للاستئناف وذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه، كما تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا ورفضها موضوعا، وقبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائية وقد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جويلية 1996 تحت رقم 141562

---

[1] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 56.

[2] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 147.

فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994، عن محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر العاصمة إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا، استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الاقتضاء وليس عقد رضائيا بين الزوجين.

الفرع الثاني: أحكام الخلع قابلة للاستئناف:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالاستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى وبعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى وصرح من جديد بالتفريق بالخلع، وتكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنيا بجوز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى إلى واللافت للانتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوى الخلع يجري على درجة واحدة لصرحت بنقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة.[1]

ويرجح هذا الاتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب ذلك أن كره الزوجة لزوجه في فترة ما ولظروف مؤقتة يجعلها تبغضه ولا تطيق عشرته تدفعها لمخالعته إلا أنه وبزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها وتندم على طلبها عندما يبرز لها جليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة والانفصال وهذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعها الله في نفس الرجل والمرأة لا سيما هذه الأخيرة التي تغلب عليها العاطفة والرجعة أشد لها حفاظا على تكامل الأسرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد أجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاقا بائنا، واعتبر بينونة كبرى في حالة تناقض البدل مع الرجعة حتى ولو اشترط الزوج الرجعة في الخلع، فإنه في نظر الفقهاء يصح الخلع والشرط يبطل وهنا يمكن أن يكون المقصود البينونة الصغرى، إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعته بمهر وعقد جديدين كل هذا جعل حكم الخلع ابتدائيا قابلا للاستئناف.

أما البينونة الكبرى فتكمن فقط في التفريق باللعان وكذا الطلاق المكمل بالثلاث.[2]

---

[1] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 148.

[2] المرجع نفسه، ص 149.

المبحث الثالث: توابع الخلع:

– أخذت الكثير من القوانين الوضعية الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية بما فيها المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية كقواعد عامة حيث أورد قانون الأسرة الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق وتندرج آثار الخلع في هذا الفصل باعتباره طريقا من طرق حل الرابطة الزوجية مع اختلافات ينفرد بها الخلع، بحيث تتمثل في سقوط حقوق الزوجية كمطلب أول، والعدة كمطلب ثانٍ، والحضانة والنزاع على متاع البيت كمطلب ثالث.

المطلب الأول: الآثار التي ينفرد بها الخلع:

وتتمثل هذه الآثار في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع كفرع أول وسقوط الحقوق الزوجية بينهما كفرع ثانٍ.

الفرع الأول: التزام المختلعة تسديد بدل الخلع:

متى وقع الإيجاب والقبول على الخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به التزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البدل المتفق عليه أو المحكوم به قضاء أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق وأقل العموم قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[1] إذ هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أم كثيرا زائدا عن المهر أو أقل منه.

وإذا كانت مريضة مرض الموت وخالعها زوجها على مال وقبلت وقع عليها طلاق بائن، كما لو كان الخلع في حال صحتها، ويستحق الزوج إذا توفيت الزوجة وهي في عدة مرض الموت المبلغ المتفق عليه مقابل الخلع أو ميراثه أو ثلث تركتها ولو كانت وصية[2]، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 يأخذ من التركة حسب الترتيب الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

وإذا لم يحدد بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل طبقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

فيما يتعلق بتقدير استحقاق العوض من عدمه لأنه لا يمكن التعامل مع كل الحالات بنفس الأثر.

---

[1] سورة البقرة، الآية 229.

[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 270.

1- الفرقة بين الزوجين غير عوض:

إذا كانت الإساءة من الزوج بأنه ظهر ظلمه لزوجته من غير سوء اقترفته ولم ترض بالمقام معه فرق بينهما من غير عوض قال بذلك المالكية، وابن حجر من الشافعية، وابن تيمية من الحنابلة، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [1]فإذا كانت الإساءة من الزوج فقد كانت الفرقة بسببه فاستحق فوات المهر عليه.

2- الفرقة بين الزوجين بجزء من المهر:

وتتمثل في حالتين:

- **الحالة الأولى: إذا كانت الإساءة منهما معا:**

وقد اختلف علماء المالكية في قولين:

القول الأول: تكون الفرقة من غير عوض، ويطلق الزوج من غير رد المهر.

القول الثاني: تكون الفرقة ببعض المهر، ولا يستوعبه الحكمان.

- **الترجيح:** أنه إذا علم الظلم أو الإساءة من الزوجين معا فإن الفرقة تكون ببعض المهر والأصل أنه إذا تساوت الإساءة أو جهل قدرها كانت الفرقة بنصفه وإذا كان أحدهما أظلم كان بجزء منه حسب حظ إساءته ثلثا أو ربعا.

- **الحالة الثانية: إذا كان الظلم من الزوج وكانت الفرقة قبل الدخول:**

فتكون الفرقة في هذه الحالة بنصف المهر المفروض فإذا استحق الزوج نصف المهر لو طلق قبل الدخول فكذا يستحقه أو طلق عليه وكان هو الظالم وهو ما قال به ابن تيمية وهي معذورة في الفسخ.

3- الفرقة بين الزوجين بالمهر كاملا:

وتتمثل في حالتين:

- **الحالة الأولى:** إذا كانت الزوجة هي الظالمة والزوج يحسن إليها فيتوجب عليها إعادة المهر.

واختلف العلماء في مقدار العوض وفيه قولين:

القول الأول: المهر في حال طلب الزوجة الفرقة يتقرر كاملا للزوج من غير زيادة وهو قول الحنفية وابن حجر من الشافعية في فسخ المرأة إذا كانت النشور من قبلها بأن يكون بالمهر وبه

---

[1] سورة النساء، الآية 19.

قال الحنفية، واستدل ابن تيمية بأمر النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس في رد الحديقة.

القول الثاني: إذا كانت الإساءة من الزوجة وفرق بينهما، فيكون على عوض يقدره الحكمان حسب اجتهادهما بما يريانه مناسبا للطرفين ولو بأزيد من المهر وبذلك قال المالكية.

- **الترجيح:** هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول بحيث تكون الفرقة بالمهر كاملا وما تبعه من حلي سلمت لها من الزوج من دون زيادة.

- **الحالة الثانية:** إذا اختلف أيهما الظالم، هنا الأصول قول من ينفيه، فإذا فرق بينهما للخلل في مقاصد النكاح من الألفة فإنه يكون على المهر وما تبعه من حلي ووجهه أنه لم يثبت على الزوج يسقط حقه في استعادة المهر لعموم قوله صلى الله عليه وسلم في قصة الحديقة.

الفرع الثاني: سقوط الحقوق الزوجية:

- تسقط الحقوق الزوجية لكل من الزوج والزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع، ولا أثر لهذا الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج، وفي سقوط هذه الحقوق من عدم سقوطه ثلاثة آراء.

- **الرأي الأول:**

يرى أبو حنيفة أن الخلع يسقط به كل حق ثابت الفعل لكل من الزوجين على الآخر، كالمهر والنفقة المتجمدة للزوجة، سواء كان الخلع بهذا اللفظ أو بلفظ المبارأة ومشتقاتها، لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين وهذا لا يتحقق إلا بإسقاطه كل حق يتعلق بالزواج فليس للزوجة المطالبة بمهرها التي لم تقبضه وليس لزوجها المطالبة بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقعا عليه، أما ما لم يثبت كنفقة العدة والسكن فلا تسقط بالخلع بالاتفاق ومثل ذلك حق الطفل في الحضانة وأجرة الرضاعة غير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع.[1]

- **الرأي الثاني:**

يرى الجعفرية أن الخلع لا يسقط به أي حق ولا يوجب به إلا ما اتفق عليه الزوجين، بأي لفظ وقع لأنه شبيه بالمفاوضة، ولأن كلا من لفظي الخلع والمبارأة صريحا في الدلالة على سقوط

---

[1] محمد مصطفى شلبي، **فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانوني، أحكام الأسرة في الإسلام**، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر، ص 252.

تلك الحقوق، فللزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر إن لم تكن قبضته وبنفقتها المتجمدة وغير ذلك من الحقوق.

- الرأي الثالث:

يرى أبو يوسف بين ما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع، وبين ما إذا وقع بلفظة المبارأة، ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقا عليه وفي الثاني لا تسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة، مع ما اتفق عليه فهو في الأول مع الجعفرية وفي الثاني مع الحنفية، ووجه التفرقة أن المبارأة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه وهي لم تقيد شيء دون غيره فتحمل على الإبداء كل ما يتعلق بالزواج، أما لفظ الخلع وما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى ان اقتصر فيه على ما اتفقه عليه.[1]

- يتضح مما سبق أن المسألة اجتهادية لعدم ورود نصوص شرعية أو قانونية تخصصها، ولكن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم اسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع لأن هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه ولا يسقط غيره، وفي حالة المخالعة عن طريق القضاء فإن المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري تجعل فترة تقدير العوض من سلطة القاضي وفي حالة عدم اتفاق الزوجان عليه، وهنا ورد اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 1968/05/22 جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، وليس مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناءً على الصداق المعجل وما ثبت لديهم من الظلم".

المطلب الثاني: الآثار العامة:

وهي الآثار العامة التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوجية فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه، وعلى القاضي الاستجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة مثلا التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه، وفيه سنتعرض في الفرع الأول لنفقة العدة، والحضانة كفرعٍ ثاني، وأخيرًا النزاع في متاع البيت.

الفرع الأول: نفقة العدة:

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعها طيلة مدة عدتها ويجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة وعلى المحكمة أن تحكم بها وتحدها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك ولم

[1] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 573.

تتنازل عن حقها هذا صراحة أمام القاضي، وهذا الأخير يجب عليه أن يراعي في تقدير نفقة العدة حال الزوجين وتجدر الإشارة إلى أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلا للخلع وبالتالي يسقط هذا الحق وليس المطالبة به.[1]

أولا: عدة المختلعة:

العدة مأخوذة من العدد لاشتمالها عليه غالبا، وفي الاصطلاح هي المدة التي تتربصها المرأة حتى تحل زوج آخر وفي هذا المعنى جاء قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[2] والحكمة من هذه الآية التي جاءت على صيغة الأمر هي براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب.[3]

وقد نص المشرع الجزائري على عدة المختلعة في المادتين 58 و60 من قانون الأسرة الجزائري في التعديل الجديد، فالمشرع الجزائري لم يفرق بين حالات الطلاق سواء كانت من جانب الرجل أو المرأة، واعتبر فترة العدة نفسها.

1- عدة المختلعة غير الحامل:

- تعتد المختلعة غير الحامل بمضي ثلاثة قروء أو ثلاثة حيضات إذا كانت ممن يحضن[4]، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري وهذا يعني أنه إذا كانت المحكمة قد أصدرت حكما يقضي بطلاق الزوجة من زوجها خلعا، فإنه لا يجوز لها أن تبرم عقد الزواج جديد إلا بعد مرور ثلاثة قروء، وهو ما يساوي ثلاثة أشهر إن تزوجت قبل ذلك فإنها تكون قد خالفت الشرع والقانون واعتبرت آثمة[5]، أما إذا كانت المرأة لا تحيض سوء كانت صغيرة دون البلوغ أو بلغت من اليأس من المحيض وهي خمسة وخمسون سنة على المُفتى به، فعدتها ثلاثة أشهر.

لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾[6]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري، يعني أن الزوجة إذا

---

(1) منصوري نورة، مرجع سابق، ص 154.

(2) سورة البقرة، الآية 228.

(3) طاهري حسين، مرجع سابق، ص 193.

(4) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 372.

(5) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 136.

(6) سورة الطلاق، الآية 04.

صدر الحكم بخلعها من زوجها لا يجوز لها هذه الفترة أن تتزوج ثانية من أي كان وإن تزوجت فإنها تكون قد ارتكبت إثما وقد اقترفت حراما، وعرضت زواجها للبطلان.[1]

2- عدة المختلعة الحامل:

إذا كانت المرأة حاملا فعدتها وضع حملها ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[2]، فالحامل تعتد بوضع الحمل، فمدة العدة بالنسبة للمختلعة الحامل تختلف عن غيرها من النساء، فهي لم تحسب بالقروء، ولا بالأشهر وإنما مدة العدة بالنسبة إليها تنتهي بمجرد وضع حملها.[3]

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 60 من قانون الأسرة: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

كما يلتحق بالوضع إسقاط الحمل إذا جاء مستبينًا بعض أعضائه، غير أن المشرع الجزائري جعل أقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، وهو ما يتفق مع رأي الأطباء الذين يؤكدون أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من هذه المدة.[4]

3- نفقة المختلعة:

- تستحق المعتدة من طلاق بائن النفقة إذا كانت حاملا لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، فالمطلقة تستحق السكن والنفقة، وهذا تطبيقا لما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".[5]

وعليه فمهما كان أمر عدة الطلاق فإن المطلقة خلعا تستحق النفقة كاملة طول مدة العدة التي تعتدها، لأنها تعتبر شرعا وقانونا مازالت في عصمة مخالعها أو من حقها أن تبقى في بيت

---

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 136

[2] سورة الطلاق، الآية 04.

[3] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 136.

[4] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 371.

[5] نفس المرجع والصفحة.

الزوجية خلال مدة العدة ولها الحق في النفقة في هذه الفترة، سواء كانت حاضنة أو غير حاضنة.

ومن ثم فإن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها في جميع الأحوال سواء كانت ظالمة أو مظلومة، وباعتبار أن من أهم الحقوق المترتبة للمختلعة هي الحق في النفقة والسكن، لكن في الواقع غالبا ما تترك الزوجة بيت الزوجية وتستقر في بيت أهلها طوعا أو كراهية، وهذا لأن الزوج كثيرا ما يطرد الزوجة من البيت.[1]

الفرع الثاني: الحضانة:

أولا: تعريف الحضانة:

لغة: بمعنى الضم، ويقال: حضن الطائر البيضة أي ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وحضنت الأم ولدها أي قامت على تربيته.[2]

اصطلاحا: للعلماء عدة تعاريف:

فقد عرفها الكاساني بأنها: ضم الأم لولدها إلى جنبها، واعتزالها إياه من أبيه، ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه، وغسل ثيابه، وهو قول علماء الفقهاء.[3]

– أما المشرع الجزائري فقد عرف الحضانة في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

ومن ثم فالحضانة هي حق من حقوق الأولاد وشرعت لمصلحة الولد لأن الولد في حياته الأولى يحتاج تربيته ورعايته والحضانة هي ضرب في هاتين الوظيفتين.[4]

يتضح أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يراعي هذه الجوانب التي تضمنها النص، كما أن المشرع الجزائري أغفل ذكر الأوصاف والصفات المتعلقة بأهلية الحاضن في المادة 2/62 واكتفى

---

[1] لوعيل محمد لمين، **المركز القانون للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية، دار هومة، 2006، ص 128.

[2] زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، **مختار الصحاح**، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية، بيروت، 1999، ص 60.

[3] علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية بيروت، بدون سنة نشر، ص 40.

[4] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 131.

بالنص فقط على أنه: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وهي البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا والأمانة والاستقامة والإقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير، وعدم زواج الحاضنة من أجنبي أو بغير قريب محرم.[1]

المشرع أحسن صنعا عندما ذكر في المادة 02/62 مسألة اتحاد الدين بين المحضون وحاضنته على أن تكون تربية الطفل المحضون على دين أبيه وهي مسألة أقرها الفقه الإسلامي، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1979/04/16 حيث نقضت حكم إسناد الحضانة للأم تتدين بالمسيحية، وثبت أنها تربي الولد على دينها.[2]

كما أن المشرع رتب الأولوية في الحضانة طبقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري وهي الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في هذا الترتيب، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فالمشرع احتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحيا وأخلاقيا وتربويا ودينيا وعاطفيا، وأوجب المشرع على القاضي عندما يحكم بالخلع وإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه أحدهما وفي هذا الحكم أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم.[3]

كما نص المشرع في نص المادة 65 على مدة انقضاء الحضانة هي حضانة الذكر تنتهي ببلوغه 10 سنوات، وللقاضي أن يمدد في هذه السن إلى 16 سنة بشرط أن تكون الحاضنة هي الأم ولم تتزوج ثانية، وأما حضانة الأنثى تنتهي ببلوغها سن الزواج وهو 19 سنة وبين المشرع الحالات التي تسقط فيها الحضانة في المواد 66 إلى 70 فضلا على الشروط المنصوص عليها في المادة 62، وكذلك إذا لم يطلب من له حق في الحضانة مدة تزيد عن

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 139.

[2] ملف رقم 19827 قرار بتاريخ 1979/04/16، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، العدد 02، 1981، نقلا عن: الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 131.

[3] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 391.

سنه بدون عذر، وأيضا إذا توطن الحاضن ببلد يصعب على ولي المحضون القيام بواجباته، هنا تبقى السلطة التقديرية للقاضي في إثباتها أو إسقاطها كما أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري طبقا لنص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري ولا يشكل على الحاضنة سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وفي جميع الأحوال لابد من إعمال شرط مراعاة مصلحة المحضون.[1]

– كما بين المشرع الجزائري على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإذا تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، ونصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات وفي العرف والعادة.

لكن قد يتفق الزوجان على أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع ففي هذه الحالة لو خالعت الزوجة زوجها على أن تقوم بحضانة ولده منها صح الخلع، ولزومها القيام بحضانته المدة المحددة لها شرعا، فلو هربت أو مات الولد أو ماتت هي كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها بما يعدل أجرة الحضانة عن المدة الباقية إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك[2]، وهذا الأمر أغفله المشرع الجزائري.

الفرع الثالث: النزاع في متاع البيت:

يعتبر النزاع في متاع البيت من أهم الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية بما فيها الخلع، وقد يتنازع الزوجان في بعض متاع البيت أو كله، بأن يزعم أحدهما أن المتاع كله ملكٌ له، بينما ينكر الطرف الثاني هذه الملكية.

والمقصود بمتاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة.[3]

– نص المشرع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة حسب التعديل الأخير على أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.

---

[1] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 142.

[2] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 142.

[3] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 198.

والمشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين".[1]

– انطلاقا من القاعدة الفقهية المشهورة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" يتضح أن النزاع في متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح صاحب البيت وهذا على أساس طبيعة الشيء محل الالتزام، كما أن المادة جاءت في صيغة غير معرفة نظرا لعموميتها وشمولها وهذا ما يزيد في تعقيد التعامل مع نفس الحكم، فيبقى لقاضي الموضوع السلطة التقديرية أثناء الفصل في قضية النزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو معتاد للنساء وما هو معتاد للرجال عادة، ولا يجوز أن يعتمد اعتمادا كليا على مضمون القائمة المقدمة إليه من الزوج دون حجة أو دليل من أحدهما، ويكتفي بتوجيه اليمين طبقا لنص المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري ثم يعطي الحق لمن يحلف ويمنعه عمن ينكر، وعليه يمكن القول أنه لا يجوز تطبيق المادة السابقة في مجال النزاع حول متاع البيت إلا إذا توافرت ثلاثة شروط مجتمعة هي أن يكون موضوع النزاع قائما بين الزوجين هو شيء في متاع البيت حقيقة، وأن يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعى به[2] ملكيته خاصة له، وأخيرا أن يكون للمدعي منهما حجة كتابية أو شفهية لإثبات ما يدعيه فإن تخلف شرط واحد فلا حاجة لإعمال نص المادة 73، ونرى أن القضاء تعامل في متاع البيت بحيث ورد في الحكم: "من المقرر قانونا أن الناكل عن اليمين خاسر دعواه ومتى تبين في قضة الحال أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقا لأحكام المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري على تركها أثاثها ومصوغها في بيت الزوجية غير أنها امتنعت عن تأديتها وعليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا ونكلت عنها أخطأت في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص الأثاث والمصوغ".[3]

يرجع تقسيم متاع البيت أو مبالغ المتاع باعتباره مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار وليس إلى القضاة وأما في حالة إنكار المتاع المطالب به فتطبق القاعدة العامة في الإثبات البينة على من ادعى واليمين على من انكل.[4]

---

[1] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 125.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 149 – 151.

[3] ملف رقم 81850 قرار بتاريخ 1992/04/14، الصادر عن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث، عدد خاص، 2005، ص 230.

[4] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 128 – 129.

الخاتمة

الخاتمة:

وفي ختام بحثنا هذا المتواضع والذي تطرقنا فيه لموضوع أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي كدراسة مقارنة بينهما، بحيث عرفنا أن الخلع هو من صور فك الرابطة الزوجية، ويكون بطلب من الزوجة ولكن بشرط تقديم بدل للزوج لإنهاء هذه الرابطة، وقد لا يكون الخلع مبنيًا على سبب مقنع ولا يشترط ذلك فيه، واهتمت الشريعة الإسلامية بموضوع الخلع اهتماما كبيرا، ودليل ذلك النصوص القرآنية والسنة النبوية الشريفة، وفقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم من علماء الشريعة الإسلامية، ويعود سبب هذا الاهتمام الكبير إلى ما ينجم عن هذا التصرف، والذي في الغالب يكون سلبيًا من شأنه التأثير في الأسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة.

– وما لا يجدر التغافل عنه أن الإسلام قضى على مبدأ التفرقة بين الرجل والمرأة في القيمة الإنسانية المشتركة، وجعل المرأة مثلما عليها من الحقوق والواجبات بالمعروف، فصحيح أن المرأة يكون لها طلب الخلع، إذا رأت من زوجها ما يحملها على كراهته وتيقنت أنها عاجزة عن معاشرته بالمعروف.

– وبالرجوع إلى القوانين العربية الوضعية بما فيها المشرع الجزائري نجدهم قد ساروا على درب الشريعة الإسلامية إذ أنهم أقروا بحق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بواسطة الخلع باستثناء المشرع التونسي الذي لم ينص عليها أصلا، وقد نظمت هذه التشريعات العربية هذا التصرف في مجموعة من النصوص القانونية والتي في حقيقة الأمر نقطة في بحر من الأحكام، أما المشرع الجزائري على وجه الخصوص فصحيح أنه أعطى للمرأة الحق في الخلع لكن جعله في نص مادة واحدة وهي المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، بحيث أهمل الكثير من الأمور التي من شأنها وضع القضاة في حيرة أمام تنوع القضايا في هذا الباب، مما يدفع بالاجتهاد القضائي في الكثير من الحالات التي لم يتطرق المشرع لها، فالاجتهادات القضائية جاءت لسد الفجوة التي تركها المشرع الجزائري ولكن لسوء التشريع في بلادنا، خلقت لنا هذه الاجتهادات مشكلًا آخر وهو مشكل التناقض بين ما جاءت به هاته الاجتهادات وبين ما نص عليه المشرع.

– بالنسبة لمسألة شروط الخلع نجد أن الشريعة الإسلامية وضعت شروطا خاصة للزوج وشروطا خاصة للزوجة على عكس التشريعات العربية الوضعية التي نظمت شروط الخلع لكن دون التفريق بين الزوجين، واتفقوا جميعا على الزوجية كشرط متفق فيه، أما المشرع المصري فكما رأينا سابقا على أنه لم يتكلم عن شروط الزوجين بالرغم من نصه على الخلع.

وما يجدر التنويه عنه أن التشريعات العربية التي سبق ذكرها في بحثنا هذا قد تكلمت في نصوصها القانونية على بدل الخلع أو العوض على عكس المشرع الجزائري الذي لم يبين ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه.

– ذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إلى اعتبار الخلع طلاقا وليس فسخا، وهو ما تبنته التشريعات الوضعية بما فيها المشرع الجزائري بحيث نص على الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري وهو صورة من صور فك الرابطة الزوجية وضعه في الفصل الخاص بالطلاق، لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه سار في طريق شاذ مخالفا الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية في اعتبار أن الخلع تصرف انفرادي لا اتفاقي بحيث جعله حقا مكتسبا وإراديا للزوجة بإرادتها المنفردة.

– أما من ناحية إجراءات رفع الدعوى وتبين أن السلطة المخولة للقاضي الجزائري تحدد بمهمتين الأولى هي الاستجابة التلقائية من القاضي للزوجة إذا طلبت الخلع بعد إجراء الصلح كإجراء إلزامي، أما المهمة الثانية فتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير العوض في حالة عدم الاتفاق عليه بين الزوجين، لكن الشريعة الإسلامية تبين أنه قد يختلف مدى استحقاق الزوج للعوض باختلاف أحوال الفرقة بطريق الخلع، فقد يستحقه كله إذا تبين أن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وقد لا يستحقه تماما إذا تبين أن الزوج هو الذي دفع المرأة إلى طلب الخلع مستغلا عدم إمكانية إثباتها الضرر، وهو ما يدفع القاضي في هذه الحالة إلى القيام بإجراء آخر وهو التحكيم والذي يلزم القاضي باللجوء إليه في حالة الخصام وعدم إثبات الضرر.

– أخيرا لا يمكننا القول إلا أن قانون الأسرة الجزائري قد خالف الشريعة الإسلامية في الكثير من المسائل التي عالجها فهو قانون ليس مكتملًا وبه عدة عيوب ونقائص، فلابد من إعادة النظر في المسائل التي أغفلها والتي لم يتطرق لها بحيث ترك الباب مفتوحا أمام السلطة التقديرية للقاضي، فأثناء معالجتنا لهذا الموضوع وجدنا أن التشريعات التي ذكرناها قد تفوقت

على المشرع الجزائري خاصة المشرع الأردني والإماراتي في معالجة موضوع الخلع على وجه الخصوص.

المقترحات:

وما يتبقى لنا إلا أن نقترح مجموعة من التوصيات التي ارتأينا من خلالها أنها تساهم في حل كثير من المشاكل التي يواجهها الأزواج بسبب خروج بعضٍ من مشرعي الدول العربية عن أحكام الشريعة الإسلامية، نذكر منها:

ضرورة النظر في التنظيم القانوني للخلع بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وكذلك بشيء من التفصيل على غرار القوانين العربية الأخرى حتى لا يُترك القاضي تائهًا وسط إشكالات اجتماعية لا وجود لها في القانون.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

1- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

2- السنة النبوية الشريفة:

- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، **سنن أبي داود**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قروبللي، شادي محسن الشياب، الجزء الثالث، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009.
- بن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار الريان للتراث، دون بلد نشر، دون سنة نشر.
- النسائي، **سنن النسائي**، الجزء الخامس، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر.
- ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، دون سنة نشر.

3- القوانين والمراسيم:

القوانين الجزائرية:

- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية رقم 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.
- قانون رقم 09/08 الصادر في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

التشريعات الأخرى:

- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 1995.
- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 01 لسنة 2000.
- قانون الأحوال الشخصية السوري للجنة المشكلة بموجب قرار السيد رئيس مجلس الوزراء رقم /2437/ تاريخ 2007/06/07.

- مدونة الأسرة المغربية، صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016، القانون 70.03، ظهير شريف رقم 22 – 01.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004) تنفيذ القانون رقم 70.03.

المراجع:

الكتب:

1- أحمد حام البخار، **كتاب الخلع**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

2- أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

3- أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009.

4- أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في القانون الكويتي**، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

5- البابرتي، **العناية شرح الهداية لهامش شرح فتح القدير**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.

6- باديس ديابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر**، دار الهدى، عين مليلة، 2007.

7- بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون "الزواج والطلاق"**، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة نشر.

8- بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة، 2008.

9- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق**، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

10- البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، الجزء الخامس، عالم الكتاب، بيروت، دون سنة نشر.

11- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، **الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

12- الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، دون سنة نشر.

13- الرازي، **مختار الصحاح**، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية، بيروت، 1999.

14- الشوكاني، **نيل الأوطار، كتاب الخلع**، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الحديث، المدينة المنورة، 1993.

15- طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية ومرفق بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

16- عبد الرحمن الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار حزم للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة نشر.

17- محمد الطاهر بن عاشور، **التحرير والتنوير، تحرير المعنى السديد وتنوير العقل، الجديد من تفسير الكتاب المجتهد**، المجلد الأول، الجزء الخامس، دار التونسية للنشر، تونس، بدون سنة نشر.

18- عامر سعيد الزيباري، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1997.

19- عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق**، بعد التعديل الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2008.

20- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء**، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

21- الفيومي، **المصباح المنير في غريب شرح الكبير**، المجلد الأول، الطبعة الثانية، المكتبة العلمية، لبنان، دون سنة نشر.

22- الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر.

23- ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، الطبعة الأولى، مؤسسة قرطبة ومكتبة أولاد الشيخ للتراث، الجيزة، دون سنة نشر.

24- لوعيل محمد لمين، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية، دار هومة، 2006.

25- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.

26- محمد مصطفى شلبي، **فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانوني، أحكام الأسرة في الإسلام**، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر.

27- مصطفى أمين حيدر الأنروسي، أحكام الزواج **والطلاق في فقه الإمام الظاهري مقارنا بالمذاهب الإسلامية الخمسة وبعض القوانين المعاصرة**، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

28- منال محمود المثني، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.

29- منصوري نورة، **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 2010.

30- ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 1997.

31- نصر سليمان، سعد سطحي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، دون سنة نشر.

32- بن الهمام، **شرح فتح القدير**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.

33- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الجزء السابع، **الأحوال الشخصية**، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1985.

34- يوسف دلاندة، **استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة**، دار هومة، الجزائر، 2011.

الرسائل الجامعية:

- سليم سعيد، **الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي**، رسالة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية.

المجلة القضائية:

1- العدد الأول لسنة 1989.

2- العدد الأول لسنة 1990.

3- العدد الثالث لسنة 1990.

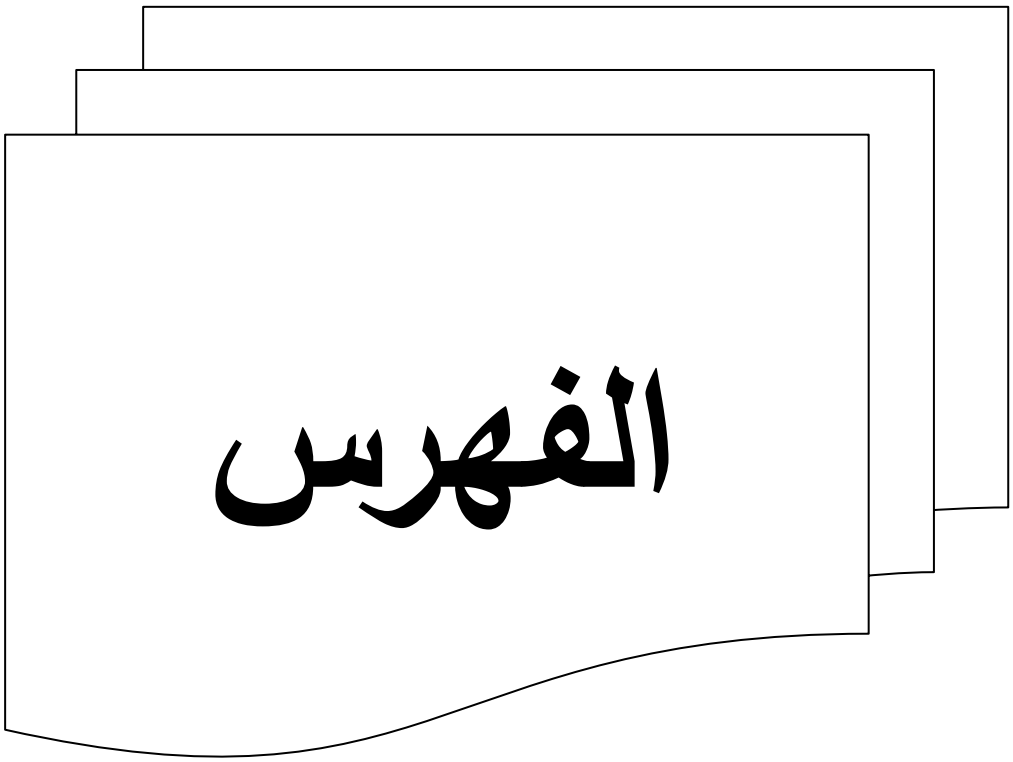
مجلة المحكمة العليا:

1- العدد الثاني لسنة 2006.

2- العدد الأول لسنة 2012.

النشرات القضائية:

- العدد الثاني لسنة 1981.


الفهرس

الفهرس:

العنوان	الصفحة
الإهداء	
الشكر والعرفان	
مقدمة.	أ
الفصل الأول: الخلع فقها وتشريعا.	03
المبحث الأول: التعريف بالخلع.	03
المطلب الأول: مفهوم الخلع.	03
الفرع الأول: تعريف الخلع من الناحية اللغوية.	03
الفرع الثاني: تعريف الخلع اصطلاحا.	04
أولا: التعريف الشرعي.	04
ثانيا: التعريف القانوني.	05
المطلب الثاني: مشروعية الخلع.	06
الفرع الأول: مشروعيته من الكتاب.	06
الفرع الثاني: مشروعيته من السنة النبوية الشريفة.	06
الفرع الثالث: مشروعيته من الإجماع.	07
المبحث الثاني: طبيعة الخلع.	08
المطلب الأول: الخلع فسخ أم طلاق.	08
الفرع الأول: اعتبار الخلع فسخا.	08
الفرع الثاني: اعتبار الخلع طلاقا.	09
الفرع الثالث: اعتبار الخلع عقدا اتفاقيا أو تصرفا انفراديا.	11
المطلب الثاني: تفريق الخلع عن بعض حالات انحلال الرابطة الزوجية.	13
الفرع الأول: المقارنة بين الخلع والطلاق على مال.	13
أولا: أوجه الاتفاق بين الخلع والطلاق على مال.	13
ثانيا: أوجه الاختلاف بين الخلع والطلاق على مال.	13
الفرع الثاني: المقارنة بين الخلع والتطليق.	14

أولا: أوجه الاتفاق بين الخلع والتطليق.	14
ثانيا: أوجه الاختلاف بين الخلع والتطليق.	15
المبحث الثالث: شروط الخلع.	18
المطلب الأول: شروط الخلع بالنسبة للزوجين.	18
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالزوج المخالع.	18
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالزوجة.	20
أولا: الأهلية.	20
ثانيا: قبول المتخلعة.	20
ثالثا: قبول المختلعة الخلع.	20
المطلب الثاني: بدل الخلع (عوض الخلع).	22
الفرع الأول: مفهوم الخلع.	22
الفرع الثاني: شروط العوض فقها وقانونا.	23
أولا: الشروط المتعلقة بصحة العوض في الشريعة.	23
ثانيا: شروط العوض في القانون الوضعي.	24
المطلب الثاني: صيغة الخلع.	26
الفرع الأول: مفهوم الصيغة.	27
أولا: تعريف الصيغة.	27
ثانيا: أقسام الصيغة.	27
ثالثا: الموقف الفقهي.	27
الفصل الثاني: كيفية سير دعوى الخلع	36
المبحث الأول: اجراءات سير دعوى الخلع.	36
المطلب الأول: قواعد الاختصاص القضائي لدعوى الخلع.	36
الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة لرفع الدعوى الخلع.	36
أولا: الاختصاص المحلي.	36
ثانيا: الاختصاص النوعي.	36
الفرع الثاني: كيفية رفع دعوى الخلع.	37

أولا: طرق رفع الدعوى.	37
ثانيا: شروط قبول الدعوى.	39
المطلب الثاني: سير جلسة دعوى الخلع.	40
الفرع الأول: كيفية سير الجلسة.	40
الفرع الثاني: الصلح والتحكيم في دعوى الخلع.	41
أولا: اجراءات الصلح في دعوى الخلع.	41
ثانيا: اجراءات التحكيم في دعوى الخلع.	43
المبحث الثاني: الحكم الصادر عن دعوى الخلع.	51
المطلب الأول: التكييف القانوني للحكم الصادر في دعوى الخلع.	51
الفرع الأول: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع.	51
الفرع الثاني: أقسام الحكم الصادر في دعوى الخلع.	51
أولا: قسم الجانب الشخصي.	52
ثانيا: قسم الجانب المادي.	52
المطلب الثاني: طرق الطعن القانونية لدعوى الخلع.	52
الفرع الأول: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف.	52
الفرع الثاني: أحكام الخلع قابلة للاستئناف.	53
المبحث الثالث: توابع الخلع.	54
المطلب الأول: الآثار التي ينفرد بها الخلع.	54
الفرع الأول: التزام المختلعة تسديد بدل الخلع.	54
الفرع الثاني: سقوط الحقوق الزوجية.	56
المطلب الثاني: الآثار العامة.	57
الفرع الأول: نفقة العدة.	57
أولا: عدة المختلعة.	58
ثانيا: نفقة المختلعة.	59
الفرع الثاني: الحضانة.	60
الفرع الثالث: النزاع في متاع البيت.	62

الخاتمة	65
قائمة المصادر والمراجع	69
الفهرس	76
ملخص	

ملخص:

إن أبغض الحلال إلى الله هو الطلاق، بحيث جُعِلَ آخر إجراء لإنهاء الرابطة الزوجية في حالة استحالة دوام العشرة بينهما، لذا وضعت الشريعة الإسلامية حق إيقاع الطلاق بيد الزوج، وهذا لكونه أكثر تبصرا في عواقب الأمور والأكثر ميولا إلى العقل، ولكن من مظاهر تكريم الله سبحانه وتعالى للمرأة، أنه فتح لها بابًا لفك الرابطة الزوجية في حالة ما أصبحت لا تطيق الحياة مع زوجها بأن تقدم له عوضا تفتدي به نفسها وهذا ما يعرف في الشريعة الإسلامية بالخلع، والذي أقرته العديد من التشريعات الوضعية كسبب من أسباب حل الرابطة الزوجية، فنجد أن المشرع الجزائري تعرض إلى الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري والتي تم تعديلها بموجب الأمر 02/05، كمادة وحيدة خالية من التعريف والطبيعة والشروط على عكس التشريعات الأخرى على غرار المشرع المصري والأردني والمغربي الذين أقروه في أكثر من مادة واحدة.

كما بينت الشريعة الإسلامية أن الهدف من إقرار الخلع لفك الرابطة الزوجية، في حالة ما إذا كرهت المرأة زوجها أو خافت ألا تقيم حدود الله جاز لها ذلك، وهو ما ذهب إليه المشرع الإماراتي في نص المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي باشتراط رضا الزوجين على إنهاء عقد الزوجين مقابل عوض، أما المشرع الجزائري فقد خالف الشرع في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بأن جعل الخلع تصرفا انفراديا لا عقدا اتفاقيا.