جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان الحقوق والعلوم السياسة

فرع الحقوق
التخصص قانون أسرة

رقم : .....

إعداد الطالب:
برغيس معاذ

يوم: 2019/06/15

أحكام الخلع علي ضوء قانون الأسرة الجزائرية

لجنة المناقشة:

آمال يعيش تمام	دكتورة جامعة بسكرة	رئيسا
سلام أمينة	دكتورة جامعة بسكرة	مشرفا
بوسطلة شهرزاد	دكتورة جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2018 - 2019

شكر وعرفان

أشكر الله سبحانه وتعالى على ما مّن به علىّ بجزيل الفضل وعظيم النعم في انجاز وإتمام هذه المذكرة، فلولا فضل الله عليّ ورحمته لما تمكنت من ذلك ، ثم أتقدم بالشكر الخالص إلى الأستاذة المشرفة " سلام أمينه" على حسن إشرافها وتوجيهاتها القيمة التي قدمتها ، وقبولها الإشراف على هذا العمل ولسعة صدرها وصبرها وحسن إرشاداتها ، كما أتوجه بجزيل الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين وافقوا على مناقشه هذا البحث ،و شكر خاص إلى كافه الأساتذة الذين كان لهم الفضل و الثناء في بلوغ هذا المستوى.

الإهـــداء

إلى من تجرع الكأس فارغة ليسقيني قطره حب إلى من كلت أنامله يقدم لنا لحظه سعادة إلى القلب الكبير والدي العزيز.

إلى من أرضعتني الحب والحنان إلى رمز الحب وبلسم الشفاء إلى القلب الناصع الأبيض والدتي الحبيبة.

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين قلبي أخواتي البنات:

أميره، آية، هديل، لجين

إلى بيتي الثاني إلى من يرتعش قلبي لذكرهم عائلتي الكبيرة:

الجد، الجدة، الأخوال، الخالات

الآن تفتح الأشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة في عرض بحر واسع مظلم ،وهو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا يضيء إلا قنديل الذكريات، ذكريات الإخوة البعيدة ،إلى الذين أحببتهم وأحبوني أصدقائي.

إلى أخي وحبيبي الذي لم تلده أمي:

شابي شوقي

إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات إلى من سأفتقدهم وأتمنى أن يفتقدونني إلى من جعلهم الله أخوتي في الله ،إلى زملاء الدراسة .

إلى كل من وصلهم قلبي ،و لم يصلهم قلمي ،اهدي هذا العمل المتواضع إليهم ،راجيا من الله عز وجل التوفيق والسداد.

برغيس معاذ

مقدمة

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية لبناء المجتمع، تتكون من أشخاص تجمع بينهم الصلة الزوجية والقرابة، فهي تأتي نتيجة زواج بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، أساسها المودة والرحمة والتعاون و إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ونبذ الآفات الاجتماعية، فمن الواجب على كل واحد من الزوجين مراعاة حقوق صاحبه عليه ، إلا انه بالرغم من تلك المكانة المخصصة للزواج ،وبالرغم من كل تلك الضمانات الشرعية، ومهما تكن نية الزوجين في الاستمرار والدوام عند الدخول في هذا الميثاق فان ذلك لا يعني بأي حال انه عقد ابدي لا تنفك رابطته ولا تحل عقدته .

فظروف الحياة المتغيرة وطابع البشر المتقلب يؤدي إلى حدوث مشاكل في العلاقة الزوجية مما يؤدي إلى استحالة الاستمرار في الحياة الزوجية، و لذا شرع الشارع الحكيم الطلاق لاستحالة تحقيق الهدف من النكاح، ونظرا لخطورة هذا الأخير جعل بيد الزوج وهذا لان الرجل أكثر تعقلا من المرأة في لحظه الانفعال، وفي مقابل ذلك وعند تضرر الزوجة من تصرفات زوجها فتح لها طريقا للخلاص من الرابطة الزوجية التي أصبحت لا تطيقها خوفا من عدم إقامة حدود الله أولها التطليق وثانيها الخلع وهذا الأخير موضوع دراستنا، وقد أجاز المشرع في المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر05-02 الحق للزوجة في طلب الخلع ذلك بنصه :"يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم".

وعليه يعتبر الخلع موضوعا حيويا يمس واقع الأسرة التي هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع فان صلحت صلح المجتمع وان فسدت فسد بالتبعية،

-أهمية الموضوع :

1. حيث أن موضوع الخلع يحتوي على ثروة كبيره من الأحكام الفقهية مرجعها الشريعة الإسلامية والقانون .
2. كما أن موضوع الخلع له أهميه كبيره باعتباره طريقه منحها المشرع الجزائري للمرأة للتعبير عن إرادتها في تقرير مصيرها.
3. التأكيد على إعطاء المشرع الجزائري للمرأة حق الخلع ليس معناه أن تستعمله المرأة متى شاءت وكيفما شاءت، بل هناك ضوابط ومعايير تؤيد هذا الحق.

-أهداف البحث :

1. التعريف بالخلع والأدلة على مشروعيته والحكمة من تشريعه، وبيان أحكامه الشرعية المذكورة في القران لهذا الحكم الشرعي.
2. بيان مدى حاجة المرأة لهذا الحكم الشرعي.
3. تمييز الخلع من الأنظمة المشابهة له.
4. البحث في الآثار الناتجة عن الخلع.
5. تحديد نطاق سلطه قاضي الأسرة في الخلع .
6. معرفه كيف تتم سير دعوى الخلع .

-أسباب اختيار الموضوع :

1. إن الخلع موضوع حيوي يمس الأسرة التي هي اللبنة الأولى للمجتمع.
2. انه موضوع اهتم به الفقهاء قديما، الا انه في تقديري يحتاج إلى البحث فيه حسب مستجدات العصر لينتفع به العموم.
3. بيان أن المشرع لم يهمل جانب المرأة وحقها في الطلاق، فأباح لها طلبه إذا أرادت ذلك على أن تدفع لزوجها على ما يتفقان عليه من عوض.
4. لان الخلع يعتبر اليوم من مواضيع الساعة.

-الصعوبات

- عدم توفر مواد قانونيه شارحه الخلع في قانون الأسرة الجزائري مما دفعني للاعتماد بشكل كبير إلى الرجوع إلى المراجع الفقهية.
- اختلاف أسلوب كل مرجع عن المرجع الآخر.
- تشعب موضوع الخلع نظرا لوجود العديد من الجزئيات لهذا حاولت قدر الإمكان ضبطه والتحكم فيه.

الإشكالية:

تكمن مشكله البحث في بيان حقيقة الخلع ،ونظرا لتعديل قانون الأسرة الجزائري سنه 2005 تزايدت نسبه الخلع كثيرا من خلال الإحصائيات التي أجرتها وزاره العدل، فأدى هذا إلى جدل كبير في المجتمع، وعلى هذا المنطلق تطرح الإشكالية التالية:

- إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في ضبط أحكام الخلع على ضوء ما جاء في قانون الأسرة الجزائري؟.

بالإضافة إلى الإجابة عن مجموعه من التساؤلات الفرعية:

- ✓ في ما يتمثل الخلع؟.
- ✓ ما هو التكيف الفقهي الخلع ؟.
- ✓ ما هو دور القاضي في الخلع؟.
- ✓ ما هي الآثار الناتجة عن الخلع؟.

المنهج المتبع :

وللإجابة عن الإشكالية اعتمدت على المنهج الوصفي التحليلي في بيان أحكام الخلع وفقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائري.

تقسيم الدراسة:

لقد قمت بتقسيم البحث إلى فصلين تعرضت في الفصل الأول (الإطار المفاهيمي) للخلع، والذي قمت بتقسيمه إلى مبحثين يتعلق المبحث الأول بمفهوم الخلع والمبحث الثاني تناولت فيه أركان الخلع و التكييف الفقهي له، أما الفصل الثاني (الإطار التنظيمي) والذي قسمته بدوره إلى مبحثين المبحث الأول إجراءات دعوى الخلع المبحث الثاني أثار الخلع.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للخلع

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي

إن الحياة الزوجية لا تقوم إلا على المودة والرحمة والسكينة وحسن المعاشرة ، إلا انه قد تسير الحياة بما لا تشتهي السفن ، فتتحول المودة إلى كراهية وحسن المعاشرة إلى شقاق ، حيث يصعب العلاج وينفذ الصبر و تصبح الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح والاستمرار.

و كما نعرف أيضا الطلاق في الشريعة الإسلامية بيد الزوج يوقعه متى يشاء و إذا كانت الكراهية من طرف الزوج فبيده الطلاق ، إلا أن الإسلام لم يهمل جانب المرأة إذا كانت الكراهية من جانبها، فقد جعل لها طريقه للخلاص من حياه زوجية لا تجد فيها راحتها. إذ جعل لها الإسلام ان تفتدي نفسها على مال تدفعه لزوجها تعويضا عما أنفقه في سبيل زواجه، وهذا ما يسمى بالخلع .

وفي دراستي هذه سوف أتناول الخلع حيث سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الخلع

المبحث الثاني: أركان الخلع و شروطه.

المبحث الأول: مفهوم الخلع

هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة و العيش معه ، ولهذا أجاز الشرع الإسلامي أن تفدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها[1].

وانطلاقا من هذه النقطة سأتكلم عن الخلع في هذا المبحث وسأقسمه إلى ثلاثة مطالب وسأعالج في:

المطلب الأول : تعريف الخلع وتحديد الفاضة .

المطلب الثاني :حكم الخلع و مشروعيته.

المطلب الثالث: طبيعة الخلع وتمييزه عما يشابهه من النظم.

المطلب الأول تعريف الخلع وتحديد ألفاظه :

لكي أكوّن رصيدا معرفيا حول الخلع كان ولابد من التعرف على الخلع أولا، ثم تحديد ألفاظه ، ولهذا لا بد من تقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف الخلع .

الفرع الثاني: تحديد ألفاظه.

[1] بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية الجزائر ، 2008 ، ص208.

الفرع الأول تعريف الخلع لغة واصطلاحا لدى الفقهاء و رجال القانون:

تعريف الخلع لغة : الإزالة والنزع يقال خلع الثوب خلعا بفتح الخاء أي أزاله عن جسده، و خلع الرجل زوجته خلعا بالضم أي أزال عصمتها[1] . و أيضا يقال هو المنع النزع ، إلا أن في الخلع مهلة ، وبالضم طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها ،و الاسم الخلعة ، وهو النزع و الإزالة يقال خلع الشيء يخلعه خلعا و اختلعه كنزعه والخلع بفتح الخاء ونزعه بفتح الخاء يستعمل في الأمور الحسية كخلع ثوبه خلعا أزاله عن بدنه ، وفي الأمور المعنوية كخلع الرجل و امرأته خلعا إذا أزال زوجيتها وخلعت المرأة زوجها مخالعة ، إذا افتدت منه ، وبضم الخاء يستعمل في الأمرين معا ، وقد قال الفقهاء إن العرف استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية وبالضم في إزالة الزوجية . فإذا افتدت المرأة نفسها بمال تدفعه لزوجها فقد خالعته وبانت منه، و خلع كل واحد منهما لباس صاحبه لان الله تعالي جعل النساء لباسا للرجال وجعل النساء لباسا للرجال قال تعالى : (**هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ**)[2].

الخلع بفتح الخاء مصدر قياسي خلع ويستعمل في الامور فيقال خلع الرجل ثوبه خلعا أي أزاله عن بدنه ، و نزعه عنه ويقال خلعت النعل خلعا مصداقا لقوله تعالى: (**فَلَمَّا أَتَاهَا نُودِيَ يَا مُوسَى (11) إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى (12)**) .وفي هذه الآية الخلع بمعنى النزع ، و في الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلعا ، والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا، لكن الخلاف انه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجازيا باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس (**هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ**)[3].

ثانيا اصطلاح الفقهاء:

هو حل عقدة الزواج بلفظ الخلع أو في ما معناه نظير عوض تلتزم الزوجة بقبولها بان يقول الزوج لزوجته خلعتك على مائة جنيه فتقول قبلت، فإذا حصل هذا تم الخلع وترتبت عليه أحكامه[4].

فقد عرف الفقهاء بتعاريف متقاربة :

الحنفية:عرفوا الخلع بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة، بلفظ الخلع أو في معناه، ورتبوا على هذا التعريف انه لا يجوز الخلع في الزواج الفاسد، لان الزوج ليس له ملك في النكاح ، و لنفس السبب لا يجوز الخلع بعد الطلاق البائن ولا بعد الردة عند أبي يوسف فالخلع في هذا هذه الحالات لغو كما رتبوا أيضا على التعريف السابق ضرورة قبول الزوجة للخلع ، إذ يقول صاحب البحر لابد من القبول من الزوجة ،حيث كان الطلاق على مال أو بلفظ خالعتك أو اختلعي.

---

[1] سليمان ولد حسان ، المسير في شرح فنون الاسرة الجزائري ، الطبعة الثانية ، شركة الاصالة ، الجزائر العاصمة ،2012 ص 168،169

[2] خليل عمر ، انحلال الرابطة الزوجية ، دار الجامعة الجديدة : الاسكندرية ، 2015 ، ص 163

[3]منصوري نورة ، التطليق والخلع، دار الهدى، الجزائر ، 2010، ص101.

[4] نبيل صقر ، قانون الأسرة نص وفقها وتطبيقا ، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 196.

يقول الكمال ابن الهمام في فتح القدير: الخلع في الشرع هو إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع ، وقال الطلاق على مال ليس هو الخلع ، بل في حكمه من وقوع البينونة وقيل أيضا هو عبارة عن اخذ مال المرأة بإزالة ملك النكاح بلفظ مخصوص[1].

ومن خلال هذا التعريف نستنبط أن الخلع لا يتم إلا إذا توافرت الأمور التالية :

أ- أن يكون الخلع حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما ، حيث يكون ملك المتعة قائما فان كان في الطلاق البائن و الردة فلا يصح لأنه لغو ، ولان الردة إزالة الملك ، ولم يكن الملك نكاحا قائما ، أو في الزواج الفاسد لا يفيد الزوجية الصحيحة ولا يفيد المتعة.

ب- أن يكون بلفظ الخلع أو في ما معناه كالإبراء و الافتداء كأن يقول لها خالعتك على مال قدره كذا وكذا أو بارأتك على مال قدره كذا ،و اشترط ان يكون بلفظ الخلع[2]، أو ما في معناه حتى يخرج الطلاق على مال لان أحكام الخلع تخالف أحكام الطلاق على مال، وعلى ذلك فإذا كانت الألفاظ المستعملة في الخلع هي نفسها المستعملة في الطلاق فلا نكون أمام كل خلع بل نكون أمام طلاق على مال، لذا اشترط لفظ الخلع أو في ما معناه.

ج - ان يكون في مقابل مال من جهة الزوجة، لأنها هي التي تريد الخلاص من الحياة الزوجية.

د- ان يرض كل من الزوج والزوجة و تقبل الزوجة دفع العوض نظير الخلع فهو كالعقد يشترط فيه الرضا.

وقد عرفه ابن القيم على انه إزالة ملك النكاح المتوقف بلفظ أو في ما معناه إلا انه بالرجوع إلى التعريف الأول نجده شاملا لمفهوم الخلع مما يتعين الأخذ به[3].

المالكية :عرف المالكية الخلع لأنه طلاق بعوض بكل ما يشتمل الطلاق من ألفاظ صريحة أو كتاب ظاهرة أو أي لفظ آخر إذا كان بنيه الطلاق، فإذا قالت له زوجته طلقني على مهري أو على مائة ريال مثلا فقال: طلقتك على ذلك لزمه طلاق بائن ويلزمها العوض ، وكذلك إذا أجابها بكناية ظاهره من كنايات الطلاق، فانه يقع الطلاق البائن ويلزمها العوض.

وكذلك إذا أجابها بأي لفظ ناو نية الطلاق فانه يلزم طلاق بائن، ولفظا من ألفاظ الطلاق الصريح، فإذا أجابها بقوله خلعتك أو اختلعتك كان بمنزله قوله لها أنت طالق ،وإذا قال لها خالعتك أو اختلعتك بدون ذكر العوض لزمه طلاق بائن وقد عرفه بعضهم بأنه عقد معاوض على البضع تملك الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض[4].

---

[1] احمد نصر الجندي، من فرق الزوجية الخلع –الايلاء –الظهار– اللعان ،دار الكتب القانونية، مصر ،2005، ص 9 –10 .

[2] خليل عمرو ، المرجع السابق ، ص 164.

[3] خليل عمرو، المرجع نفسه ، ص 104.

[4] منصوري نورة، المرجع السابق ى، ص 104.

و عرف أيضا بأنه طلاق بعوض وقيل هو بذل المرأة على طلاقها، وعرف الخلع احد تلامذة الإمام ابن عرفه المالكي بقوله : عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الرجل العوض والخلع بطلاق على ثلاث معان وهي:

- على عقد الخلع الذي ينتج عنه تطليق الزوجة من زوجها .
- على المعنى الناشئ عن العقد ،وهو تملك المرأة نفسها مقابل تملك الزوج للعوض.
- على العوض في العقد وهو بدل الخلع، أي ما تبذله الزوجة في سبيل طلاقها.

وفي مذهب الإمام مالك هنالك نوعين من الخلع: الخلع الاتفاقي والخلع الصادر من المحكمين، و دون حاجه إلى رضا الزوجين أو احدهما.

فإننا أمام الخلع الاتفاقي من جهة ،وأمام الخلع بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة ،دون الحاجة إلى رضا الزوج من جهة أخرى[1].

- **الشافعية**: هو فرقه بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع إذ جاء في حاشية الباجوري هو فرقه بعوض مقصود، وعلى ذلك فهو عندهم كالمالكية فلا يفرقون بين الطلاق على مال و الخلع وليس لفظا مخصوص[2]. وعرف أيضا الخلع بانه اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض، ويكون بكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كنايه، يكون خلعا يقع به الطلاق البائن.

- **الحنابلة :** عرف بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذ منها او من غيرها بألفاظ مخصوصة تنقسم إلى قسمين صريحة في الخلع وكناية فيه ، فأما الصريحة فهي خالعت و وفسخت و فديت ،فان استعملها الزوج مع ذكر العوض ولوجهل و قبلته الزوجة صح الخلع ويترتب الفراق وان لم ينوه، فان لم يذكر العوض او ذكره ولم تقبل الزوجة لا يقع الخلع، وإذا ذكر العوض وقبلت الزوجة كان ذلك فسخا بائنا ، تملك به الزوجة نفسها، ولا ينقص عدد الطلقات الثلاث، أما إذا نوى الزوج الطلاق سيكون له ذلك وينقص به عدد الطلقات التي يملكها.

أما ألفاظ الكناية عندهم فهي اثنان -باريتك وابنتك - فهذان اللفظان يصح بهما الخلع بالنية ،أو دلاله الحال، والحاصل عندهم أن الخلع بألفاظه المخصوصة ، سواء صريحة أو كنايه فسخ لا ينقص من عدد الطلقات، بخلاف الطلاق على عوض بلفظ الطلاق فانه يكون طلاقا بائنا ينقص من عدد الطلقات بشرط النية و قبول الزوجة[3]. فالخلع بألفاظ صريحة كانت أو كنايه فسخ بائن ،والخلع بألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية طلاق بائن ينقص عدد الطلقات بشرط النية. وقد عرفه خليل درديز في مختصره بأنه طلاق بعوض ،وابن حزم الظاهري بانه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فتخاف الا توفيه حقه

---

[1] الحسين بن شيخ اث ملويا، رسالة في طلاق الخلع ، دارهومة ، الجزائر ، 2013 ، ص 15.

[2]خليل عمرو، المرجع السابق، ص 165.

[3]منصوري نورة ، المرجع السابق، ص104 –105.

،او خافت أن يبغضها فلا يفيها حقها فلها أن تفتدي منه ، ويطلقها اذا رضي هو، والا لم يجيز، وإنما يجوز بتراضيهما.

وقد عرف الدكتور عبد الرحمن الصابوني: بأنه إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين ،او بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهرا[1].

إذا نظرنا إلى ما سبق يتبين أن هناك صله قويه بين التعريفين اللغوي والشرعي ،فعندما يقال خلع امرأته خلعا فاختلعت فهي خالع ،وخالعته يعني افتدت منه بمالها ليزيلها عن نفسه، و سميت هذه الفرقة خلعا من نزع اللباس في قوله تعالى (**هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ**) . فجعل سبحانه وتعالى النساء لباسا للرجال ،و الرجال لباسا للنساء، لقوه العلاقة بينهما جعل من احدهما سترا للأخر وإعفافه له، و لان كل منهما قد التبس بمودة الآخر ومحبته ، وفي الآية استعاره تصريحيه، فلقد شبه الساتر المعنوي بالساتر الحسي، و استعير اسم المشبه به وهو اللباس للمشبه وهو احد الزوجين، وعلى هذا لما كان معنى الخلع اللغوي هو الإزالة والنزع، والاصطلاحي هو إزالة ملك النكاح ببدل تبذله المرأة لزوجها ،كان بين المعنيين علاقة العموم[2].

ثالثا: قانونا

لم يعط قانون الأسرة الجزائري تعريفا محددا للخلع، ولم يبين حتى الأسباب التي تؤدي إليه ، من خلال ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 02/05 في المادة رقم 54 من هو على انه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مال، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي يحكم به القاضي بما لا يتجاوز قيمه صداق المثل وقت صدور الحكم[3] .

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع في قانون الأسرة الجزائري يبين أن الخلع هو أحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج ، مقابل مبلغ من المال ،و هذا ما يتفق مع ما قاله الإمام ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد عندما قال: والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابله ما بيد الرجل من طلاق ، فإنما جعل الطلاق بيد الرجل، إذا فرك المرأة أي كرهها ، و جعل الخلع بيد المرأة و إذا فركت الرجل أي كرهته) [4]، والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة، و لنفس السبب أيضا ، فإذا كره العيش مع المرأة و غابت عنه السكينه دون تقصير من الزوجة جاز له أن يفارقها بإحسان لقوله تعالى(**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**). فإذا طلقها للكراهية لا يكون متعسفا في حقها، والحب والكره مسالة

---

[1] منصوري نورة ، المرجع نفسه، ص105.

[2] عامر سعيد الزباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الأولى ، دار ابن حزم ، لبنان ، 1986، ص 52.

[3] المادة (54) من الأسر 02/50 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.

[4] نسيمه عبدي ، الخلع على ضوء الشريعة وقانون الأسرة الجزائري مذكره ماستر، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه بسكره، 2018 .

نفسيه لا يستطيع الإنسان التحكم فيها ، ولذلك جعل الله لكل منهما مخرجا ، فأباح للزوج أن يفارق زوجته بالحسنى مع إعطائها كامل حقوقها المقررة شرعا من المهر المؤخر إن وجد ،و الحق في النفقة والمسكن خلال العدة ، وحقها في نفقه المتعة قوله تعالى **(فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا).** كما أباح للزوجة أن تفارق زوجها بواسطة الخلع مقابل مال يتم الاتفاق عليه بينهما ، وسبب إلزامها بدفع المقابل هو أن الفرقة جاءت من طرفها دون تقصير من زوجها وبالتالي لا بد من أن تتحمل نتائج هذه الفرقة[1].

اخذ المشرع الجزائري الخلع ونص عليه في المادة (50) من قانون الأسرة حيث كانت صياغتها الأصلية تنص على (يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمه صداق المثل وقد وقت صدور الحكم). لكن بعد التعديل بموجب الأمر رقم 05-02 لسنه 2005 أضيفت عبارة دون موافقة الزوج فأصبحت تنص على ما يلي :يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ، وان لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمه صداق المثل وقت صدور الحكم .ومنه فإن التعديل الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري ينص على عدم على عدم الرضائية وهو ما يتفق مع ما قاله الإمام ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد عندما قال: والفقه إن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق فإنما جعل الطلاق بيد الرجل، إذا فرك المرأة أي كرهها ، و جعل الخلع بيد المرأة و إذا فركت الرجل أي كرهته). وعليه فانه يمكن للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها دون رضاه ويكون هذا عن طريق دفع مبلغ من المال ، فإذا لم يتفق الزوجان على المبلغ المالي تدخل القاضي للفصل في هذا النزاع، ويحكم بمال يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، حيث أن هذا المال الذي يأخذه الزوج هو مقابل لتفتدي به الزوجة نفسها أي لقائه طلاقها[2].

<u>الفرع الثاني: تحديد ألفاظ الخلع</u>

اختلف في تحديد ألفاظه الفقهاء وهذا ما سأرتئي عليه في هذا الفرع

خلع: خلع الشيء يخلعه خلعا ، واختلعه كنزعه ، إلا أن في الخلع مهلة. وسوى بعضهم بين الخلع والنزع ، وخلع النعل والثوب و الرداء يخلعه خلعا : جرده .

الخلعة من الثياب : ما خلعته فطرحته على آخر أو لم تطرحه كل ثوب تخلعه عنك خلعة وخلع عليه خلعة، وفي حديث كعب : ان من توبي أن انخلع من مالي صدقه، أي أن اخرج منه جميعه أو أتصدق به، وأعرى منه كما يعرى الإنسان من خلع ثوبه .

وخلع قائده خلعا : أزاله وخلع الرقه عن عنقه نقض عهده ،وتخالع القوم نقضوا الحلف والعهد بينهم ، وفي الحديث ((من خلع يدا من طاعة لقي الله لا حجه له)).إي من خرج عن طاعة سلطانه وعدا عليه لقي بالشر، قال ابن الأثير وهو ما خلعة الثوب إذا ألقيته

---

[1] بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق، ص 208-209.

[2] بن عيسى نور الهدى ، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ، شهادة الماستر ، جامعة محمد خيضر. بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2017/2018، ص9.

عنك :شبه الطاعة واشتمالها على الإنسان به وخص اليد لان المعاهدة والمعاقدة بها، وخلع دابته يخلعها خلعا وخلعها : أطلقها من قيدها ، وكذلك خلع قيده[1].

و لقد اختلف الفقهاء في تحديد ألفاظه وسنتعرف على هذا كالآتي :

اولا عند الحنفية : وقد عرفوه بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو في ما في معناه، وألفاظه عندهم خمسة :

1/ ما اشتق من الخلع كان يقول لها "خالعتك "اختلعي" اخلعي نفسك" اخلعتك" . لهذا قالوا انه يقع به الخلع بدون نية ، لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيرا، فأصبح كالصريح، فإذا قال لامرأته خلعتك وذكر مالا فالأمر ظاهر، وان لم يذكر فانه يقع به الطلاق سواء نوى أو لم ينو قبلت أو لم تقبل[2].

2/ لفظ " بارأتك" فإذا قال لها " بارأتك" على عشرين جنيها وقبلت وقع طلاقا بائنا، ولازمها العشرون وسقط مهرها ،فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء، باتفاق أما إذا لم يذكر البدل وقال لها " بارأتك" وقالت "قبلت " وقع الطلاق البائن وسقط حقها في المهر، فهل يتوقف إيقاع الطلاق بهذا اللفظ على النية أم لا و الجواب إذا كثر استعمالها في الطلاق كالخلع يقع بها الطلاق بدون نية.

3/ لفظ "باينتك" فانه موضوع الخلع ، فان لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، وان لم تقبل ونوى به الطلاق طلقت، وإلا فلا لان المباينة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية. أما ماذا قال لها" باينتك" على عشرين ريالا ولم تقبل لا يقع به الطلاق قولا واحدا ولا يلزمه البدل ،لأنه علق إبانتها على المال.

4/ لفظ "فارقتك" فانه إذا ذكر مالا فقال "فارقتك على مائة ريال" وقبلت بانت منه و لزمتها المائة، وسقط حقها في المهر ، وان لم تقبل لا يقع الطلاق و لا يلزمها مال ، وان لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع، إن نوى به الطلاق أو قامت قرينته على إرادة الطلاق، وان لم تقبل فان نوى به الطلاق لازمه طلاقا بائنا لأنه كتابة و إلا فلا يلزمه شيء.

5/ لفظ الطلاق على مال قال لها "طلقي نفسك على عشرين جنيها فقالت" قبلت "وقع الطلاق بائنا، وألزمها العشرون، أما ماذا قال لها "طلقي" نفسك ولم يذكر مالا كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع.

ويضيف الحنفية لفظين آخرين ما اشتق من لفظ البيع و ما اشتق من لفظ الشراء[3].

ثانيا عند المالكية الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أو من غيرها من ولي أو غيره، أو بلفظ الخلع، وهو يدل على أن الخلع نوعان الأول وهو الغالب ما كان في نظير عوض

---

[1] احمد عبد العال الطهطاوي، الخلع والطلاق والظهار، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003 ،ص8.
[2] منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص102.
[3] منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 102-103.

، أما الثاني فما وقع بلفظ الخلع ولم يكن في نظيره شيء، كان يقول لها خالعتك و أنت مخالعة فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض، **ثالثا عند الشافعية :** قالوا إن الخلع شرعا هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض فكل لفظ يدل على الطلاق صريحا او كناية يكون خالعا يقع به الطلاق البائن

وقالوا كذلك أن الخلع هو الفرقة بين الزوجين بعوض مقصودا راجع لجهة الزوج بلفظ من ألفاظ الطلاق .

وقيل إن الخلع إزالة ملك النكاح ببدل لفظ الخلع او فيما معناه ، كمبارأة فلو انتفى البدل عليه على الطلاق بائنا ، إذا لم يوجد بلفظ الخلع ولا ما في معناه كان الطلاق على مال، كما لو قال لها" أنت طالق في مقابل خمسين جنيها".

رابعا عند الحنابلة: قالوا: بان الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذ الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة.

أما الألفاظ المخصوصة تنقسم إلى قسمين" صريحه في الخلع " وكناية فيه ":

فالصريحة هي "خلعت" فسخت " فديت ".واما الكناية في الخلع هي "بارأتك " ابنتك" فهذه الألفاظ يصحب بها الخلع بالنية أو دلال الحال[1].

المطلب الثاني حكم الخلع ومشروعيته:

سأتناول هذا المطلب حكم الخلع ودليل مشروعيته، مستندا في ذلك على الكتاب والسنة والإجماع ، وبهذا سأقسم المطلب إلى فرعين:

- الفرع الأول : حكم الخلع.

-الفرع الثاني: دليل مشروعيه الخلع.

الفرع الأول: حكم الخلع هو الجواز، لا بأس به عند أكثر العلماء لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره أن تعيش معه لأسباب جسديه أو دينيه أو صحية أو ضعف أو نحو ذلك ،وتخشى أن لا تؤدي حق الله في طاعته. فشرع الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الزوجية ، لدفع الحرج عنها و رفع الضرر ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها ، وتتخلص من الزواج .وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها[2]، والخلع جائز عند الفقهاء بدون مخالفه إلا ما صدر عن التابعي بكر بن عبد الله المزني فانه لم يجزه وهناك من قال انه جائز مع الكراهة[3]، وهو جائز عندما يستحق الشقاق يستحيل الوفاق بين الزوجين ، فان الحياة الزوجية لا تقوم إلا على السكن والمودة والرحمة وحسن

[1] بن عيسى نور الهدى ، المرجع السابق ، ص7-8.
[2] روابط رزيقة. زرارقة فاطمة الزهراء،إحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، شهادة ماستر ، جامعة الجيلالي بونعامة .كلية الحقوق والعلوم السياسية .قسم الحقوق، 2015/2014، ص 10.
[3] سليمان ولد حسال، المرجع السابق، ص 169.

المعاشرة، وتأدية كل من الزوجين ما عليه من واجبات، إن استحال ذلك فلا سبيل إلى الخروج من هذا المأزق إلا الفراق بالطلاق أو بالخلع[1]. وذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح و الإمام احمد في رواية انه يقع طلقة بائنة لقوله تعالى(**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**). والى هذا ذهب كل من سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وشريح والمجاهد ومالك والاوزاعي وأصحاب الرأي و غيرهم ، وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود.

وعند الأمامية الاجتراء بلفظ الخلع هو هل يكون فسخا أو طلاقا؟.و ذهب المرتضى رحمه الله هو الطلاق وهو المروي عنه ، وقال الشيخ رحمه الله: الأول أن يقال فسخ وهو تخريج ومن قال هو فسخ لم يعتد به عدد الطلقات و يقع الطلاق مع الفدية وان تفرعنه لفظ الخلع[2] .

أما الزبدية فحكمه إذا وقع الخلع يشرط أو بعقد جامع للشروط فيهما يقع طلاقا بائنا، يمنع الرجعة إلا بعقد جديد في غير المثلثة ولو في العدة كالطلاق قبل الدخول وان خالفه في عدم ثبوت العدة فيه، فلا تصح الرجعة فيه بالقول أو الفعل كما تصح في الرجعي من الزوج في العدة ويمنع أيضا طلاق اي لا يتبعه طلاق، لان الطلاق لا يتبع الطلاق والخلع نوع من الطلاق لا فسخ[3].

الفرع الثاني دليل مشروعيه الخلع: تقوم مشروعيه الخلع على أساس من القران الكريم وسنه الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل الصحابة رضوان الله عليهم(الإجماع).

أولا من القران الكريم قال تعالى في سوره البقرة(**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)** [4] .وجه الدلالة من الآية لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا تملكه إلا في حاله الخوف من عدم إقامة حدود الله، و أداء الحقوق الزوجية بينهما ،مثل بغض الزوجة لزوجها وكراهيتها له، في هذه الحالة التي استفحل فيها الشقاق والنشوز، إذا تعذر الإصلاح والتوفيق أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها[5].

فبعد أن ذكر الله أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ذكر الله أن اخذ المال من الزوجة محرم، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة وهي إذا خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله بينهما ، فجاء هذا الاستثناء الوارد في الآية

---

1 احمد عبد العال، الطهطاوي ، المرجع السابق ، ص28.

2 عمر جمعة محمود، فسخ عقد النكاح بين الشريعة الإسلامية والقانون ، الطبعة الأولى ، مكتبة زين الحقوقية ، لبنان ،2016، ص190.

3 عمر جمعة محمود ، المرجع السابق ، ص 191

4 سورة البقرة، الآية 229.

5 منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 108

الكريمة التي تجيز للرجل أن[1] يأخذ شيئا مما قدم لزوجته من اجل الزواج نظيره طلاقها بالنهي عن ذلك في قوله تعالى: (**وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا (20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا**) [2]

لكن عندما تبغض الزوجة زوجها ولا تجد في المقام معه ما كانت تنشده وتشتد الكراهية منها له، إذ تخشى ألا توفيه حقه ، وهي لا تملك الطلاق ، فشرع لها الافتداء للتخلص من الرابطة الزوجية على وجه لا رجعه فيه للزوج ، إلا برضاها ، ومن تلك فلا حرج عليها إن تفتدي ولا على الزوج أن يأخذ فدلت الآية الأولى عن رفع الجناح على الزوجين في افتداء الزوجة نفسها من مال تدفعه لزوجها نظير تطليقها.

هناك من الفقهاء من قال إن الخلع لا يجوز لان الآية الأولى (**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**) منسوخة بآية وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم أحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا .وقد ورد على ذلك أن النسخ لا يكون عادة إلا عند التعارض بين حكمين أو آيتين لا يمكن الجمع بينهما ،وهنا بالرجوع إلى الآية الأولى نجد أنها قد أباحت للزوج أن يأخذ من مال زوجته إذا خاف عدم إقامة حدود الله كأن تكون كارهة أو مبغضة له، و أما الآية الثانية والتي تقضي (**وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا**). فان الخطاب هنا موجه إلى الزوج إذا أراد أن يستبدل زوجته ، إذا السبب هناك ليس من الزوجة ،ومن ذلك فان النسخ يكون عندما ينص النص اللاحق على انه ناسخ للسابق وان يكون بين النصين تناقض بحيث لا يمكن لا يمكن الجمع بينهما ، وهنا لا نسخ صريح ولا تناقض إذ أن الله قد أباح في حاله نفور الزوجة ومنع الأخذ في حالة بغض الزوجة ونفوره إذ هما آيتين لحكمين مختلفين[3].

ثانيا من السنة فقد ذكر أهل الحديث في روايات كثيرة في مشروعيه الخلع، وهي ان كانت معظمها تدور حول قضية واحده وهي خلع امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها ،إلا أنها تختلف في ما بينها من حيث زيادة الألفاظ في بعضها في سبب شكواها منه :

1- في صحيح البخاري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أتت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعتب عليه في دين ولا خلق ، ولكني اكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته .قالت: نعم .قال الرسول صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقه .
2- روى ابن عبد البر في الاشعاب أن جميلة بنت أبي سلول كانت عند ثابت بن قيس فنشزت عليه فأرسل إليها النبي صلى الله عليه وسلم .فقال: يا جميله ما كرهت من

[1] خليل عمرو، المرجع السابق ، ص167
[2] سورة النساء ، الآية 20-21
[3] خليل عمرو، المرجع السابق ، ص167-168

ثابت ؟. قالت: والله ما كرهت منه دينا و لا خلقا إلا أني كرهت دمامته . فقال لها: أتردين حديقته ؟.قالت :نعم فرد الحديقة وفرق بينهما.

3- روى الطبري عن عائشة رضي الله عنها أن حبيبه بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر نغضها ، فأتت الرسول صلى الله عليه وسلم بعد الصبح فاشتكته فدعا الرسول صلى الله عليه وسلم ثابت فقال له : خذ بعض مالها وفارقها ، فقال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال خذها وفارقها، ففعل.

4- روى الحاكم في المستدرك عن عكرمة انه قال كان بن عباس يقول إن أول خلع في الإسلام أخت عبد الله بن أبى، أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبدا إني رفعت جانب الخباء فرايته اقبل في عدة فإذا هو أشدهم سوءا ، وأقصرهم قامة ، وأقبحهم وجها ، قال زوجها : يا رسول الله إني أعطيتها أفضل مالي حديقة، فان ردت الي حديقتي قال رسول الله عليه وسلم :ما تقولين ؟ نعم وان شاء فردت ففرق بينهما [1].

رواية الحديث تدل على عده أمور هي:

أ- كانت هناك قضيه بين زوجين أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكانت الزوجة هي المدعية وعرضت قضيتها وأسباب طلبها وهو التفريق على زوجها .

ب- كان الزوج المدعى عليه حاضرا مجلس القضاء بين يدي الرسول صلى الله عليه وسلم، فسأله الرسول دفاعه في القضية المعروضة.

ت- الزوج المدعى عليه طلب من الرسول صلى الله عليه وسلم أن ترد امرأته عليه حديقته التي أعطاها إياها ، والرسول عرض الإيجاب الصادر من الزوج على زوجته فوافقت .

ث- مبدأ الرضائية واضح بين الرجل وامرأته ، فلا خلاف بينهما على الفراق ، والفقهاء يقولون أن الله لما سمى الخلع فدية دل أن فيه معنى المعاوضة، هل علي ان فيه معنى المعاوضة لا تقوم إلا بالرضاء.

ج- لم يطلق رسول الله وهو قاضي الدعوى على الرجل، ولم ينطق بالحكم ، و إنما قال للرجل : خل سبيلها. وقيل: طلقها تطليقه.

ح- القضية بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرد بها لفظ "الخلع" . وانما لفظ " خلّ سبيلها " . وهذا هو القضاء الحق لان الرجل يملك العصمة بالنكاح وله فيه حقوق شرعها الله[2] .

ومن السنة أيضا ما روي أن جميلة بنت سلول امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله لا أنا ولا ثابت ولا ما أعطاني وسألته أن يطلقها على ما قدم لها من مهر وهي حديقة من أرض ثابت .فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم :خذ الحديقة وطلقها تطليقه .

1 المستاري نور الهدى ، الخلع دراسة مقارنة، شهادة ماستر جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق ، 2013 ص 121

2 احمد نصر جندي ، المرجع السابق ، ص 15

و فيه إشارة واضحة للتراضي في نيل الحرية لجميله بنت سلول مقابل أن ترد المهر الذي قدمه ثابت بن قيس و هو الخلع[1].

ثالثا الإجماع :

فقد اجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالف إلا بكر بن عبد الله المزني ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه[2]، وقال الإمام مالك بهذا الصدد لم أزل اسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عندنا، واذا الرجل لم يضر بالمرأة ولم يسيء إليها ، ولم و لم تأت منه قبله، و أحبت فراقه فيحل له اخذ منها ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه و سلم .

وأساس مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري المادة 54 منه والتي نصت على : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم [3].

و قال ابن قدامه في الخلع :هو قول عمر وعثمان.... ولم نجد لهم في عصرهم مخالفا فيكون إجماعا. وقال ابن حجر: اجمع العلماء على مشروعية إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور، فقد ذكر الطبري عن عقبه بن أبي قال :سالت بكر بن عبد الله المزني عن الرجل تريد امرأته منه الخلع فقال: لا يحل له أن يأخذ شيئا ،قلت يقول الله تعالى (**مِنْهُ شَيْئًا** وقال :هذه نسخت. قلت: فاني حفظت . قال : حفظت في سورة النساء قوله تعالى :ا: (**وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا (20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا**) [4].

وقال ابن عبد البر في التمهيد : و اجمع العلماء على إجازة الخلع بالصداق الذي أصدقها، إذا لم يكن مضرا بها ، و خاف ألا يقيما حدود الله إذا فحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية يستند إلى أدله قويه من الكتاب والسنة[5].

المطلب الثالث : تمييز الخلع عما يشابهه من النظم:

يعتبر كل من الطلاق والخلع والتطليق والطلاق على مال طرق لفك الرابطة الزوجية، إلا أن هناك اختلاف لكل واحد منهم، وهذا ما دفعني إلى تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع :

1 احمد محمد المومني ،إسماعيل أمين نواهضة ، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق و الخلع، الطبعة الاولى ، دار المسيرة ، الاردن ،2009 ، ص 81

2 سليمان ولد حسان ، المرجع السابق ، ص 170

3 منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 109

4 عامر سعيد الزيباري ، المرجع السابق ، ص 60

5 عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية ، كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية جامعة وهران ، قسم الشريعة والقانون ، شهادة ماستر ، 2006 ص 28-29

الفرع الأول: الخلع والطلاق.

يتحد كل من الخلع والطلاق في كونهما طريقه لفك الرابطة الزوجية، إلا أن الطلاق يختلف عن الخلع في كونه حق للرجل ، وهذا هو الوضع الشائع ولهذا أقدمه على الشكل التالي:

أولا من حيث التعريف : الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص ، وحل الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن ، وفي المال أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي ،واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ البائن والحرام ، واستعمل لفظ كلمه تشتمل على حل الشيء تشتمل انحلال الزواج او ضرر الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي ، أما في الخلع فقد سبق وان عرفناه ، ويعني إزالة ملك الزواج بلفظ أو في ما معناه .

ثانيا من حيث الصيغة: للطلاق عده صيغ يتحقق من خلالها فك الرابطة الزوجية، في حين أن المخالعة تكون بصيغه المخالعه "كخالعتك" او "خالعني" بارأتك" وألفاظ مشتقه من كلمه الطلاق مثل "أنت طالق" طلقتك" مطلقه". أما الكناية الظاهرة لها حكم صريح وهي التي جرت العادة أن يطلق لها الشرع و في اللغة كلفظ التسريح أو الفراق كقوله: أنت بائن[1].

ثالث من حيث الدرجة: الطلاق له ثلاث درجات :

1- الطلاق الرجعي : هو الذي يملك فيه المطلق مراجعه مطلقته وإعادتها إلى الزوجية مادامت في العدة، سواء رضيت أم كرهت.
2- الطلاق البائن بينونة صغرى: ويخرج المرأة لبيت زوجها لتقضي عدتها وهنا ما لا يمكن مراجعتها، إلا برضاها وحده أو بإرادته المنفردة ، بل يجب أن يتوافر رضاها ، وان يكون هناك عقد ومهر جديدين .
3- الطلاق البائن بينونة كبرى: لا يمكن أن تتم المراجعة بين الزوجين ما لم تنكح زوجا غيره ،ويتم الانفصال بينها وبين الزوج الجديد وتقضي عدتها ثم تعود لزوجها بعقد ومهر جديدين، أما الخلع فله حكم واحد الطلاق البائن بينونة صغرى، فإذا أراد الزوجان عودة الحياة الزوجية لابد من رضاها و بعقد ومهر جديدين .

يختلف الخلع عن الطلاق في أن الخلع يجوز في حاله الطهر والحيض ، و لا يتقيد وقوعه بوقت لان الله تعالى أطلقه ولم يقيده دون زمن ولان الرسول صلى الله عليه وسلم أطلق الحكم في الخلع بالنسبة لامرأة ثابت من غير بحث ولا استفسار عن حالة الزواج ،وليس الحيض بامر نادر الوجود بالنسب للنساء ،و لأن ترك الاستفسار في قضايا الأحوال، مع قيام الاحتمال منزل منزلة العموم في المقام،و لان المنهي عنه الطلاق في الحيض من اجل ان لا تطول عليها العدة، وهي هنا التي طلبت الفراق ورضيت بالتطويل، والخلع من هذه الناحية كالتطليق من قبل القاضي.

1 المستاري نور الهدى ، المرجع السابق ، ص 25

و يختلف الخلع عن الطلاق، ويشبه التطليق بأمر القاضي ، في أن من خلع زوجته لا يستطيع مراجعتها رغما عنها لو دفع إليها ما اخذ منها، لان المرأة بدلت المال أو خاصمت زوجها أمام القضاء للتخلص من الزوجية التي لا تستطيع أن تطيع الله بها أو تصبر.

فلو جوزنا للزوج مراجعة الزوجة في التطليق أو الخلع لا انتفت الحكمة من مشروعيتها، ثم إن الخلع تقع به طلقة بائنة أما الطلاق يقع به طلقه رجعية.

أ- المخالعه اتفاق بين الرجل والمرأة ،أما الطلاق تصرف من قبل الزوج .
ب-تكون المخالعه مقابل بدل ولا يكون الطلاق مقابل مال.
ت- يقع التفريق بالمخالعة بائنا بينونة صغرى بينما الطلاق رجعي.
ث- لا تعتد المختلعة في بيت الزوجية و تعتد المطلقة فيه .
ج- لا ترث المخالعه من زوجها لو مات أثناء العدة وترثه المطلقة الرجعية لو مات إثناء العدة.
ح- تنقطع الزوجية في المخالعه أما الطلاق الرجعي فالزوجية باقية حكما حتى انتهاء العدة .
خ- تتقيد المخالعة بالشروط التي يتفق عليها الزوجان بينما يعتمد الطلاق على إرادة الزوج فقط.
د- إذا أراد الزوج مراجعة زوجته المختلعه فانه يحتاج لعقد ومهر جديد يدين ولإذنها و رضاها. ولا تحتاج المعتدة في الطلاق الرجعي لذلك بل ليراجعها أثناء العدة دون عقد أو مهر و دون إذنها أو رضاها [1].

الفرع الثاني الخلع والتطليق : سأتناول فيه الخلع والتطليق من حيث الماهية ومن حيث الأساس، من حيث السلطة التقديرية للقاضي، وأخيرا من حيث الآثار.

أولا من حيث الماهية : بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف كل من التطليق والخلع ضمن المادتين(53، 54) منه ، كما انه لم يحدد صيغا أو ألفاظا خاصة بالتطبيق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعه دون الألفاظ الأخرى الدالة عليه ، و الواردة في الشريعة الإسلامية كالمبارأة والمفاداة .

فإذا لن تستعمل الزوج لفظ المخالعة لا يقع الخلع ، وإنما تكون في وضعيه قانونيه أخرى، فاعتبر البعض أن غياب لفظ "الخلع" مع وجود المال لا يعتبر خلعه وإنما يكون طلاقا على مال ، في حين ذهب المالكية والشافعية إلى أن وجود المال مهما كان اللفظ المستعمل من احد الزوجين هو "الخلع" ، وزاد المالكية عن ذلك بأن الخلع يتحقق ولو لم يذكر المبلغ المالي.

فالخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي ، وعليه تطلب أهليه التبرع الذي نصت عليه المادة (203) من قانون الأسرة ، لان العوض المالي في الخلع من قبيل

---

1 المستاري نور الهدى ، المرجع السابق ، ص 27

التبرعات ، فيأخذ حكمها رغم أن الزوجة تملك نفسها مقابل دفعه ، و هذا ما لا يشترط فيه التطليق[1] .

فالتطليق من الطلاق كلاهما سواء في المعنى لغة أو شرعا ،غير أن المشرع الجزائري استحدثه للتفريق بينه وبين الطلاق، ويسمى أيضا التفريق القضائي ، والتطليق هو أن يفرق القاضي بين الزوجين بطلب من الزوجة، إذا ما تحقق سبب من الأسباب المذكورة في المادة (53) من الامر 02/05 [2].

ثانيا من حيث الأساس :نص المشرع الجزائري في المادة(53) من قانون الأسرة على جواز طلب التطليق من طرف الزوجة ،ولكن قيدها بأسباب منصوص عليها في ذات المادة وهي سبعة:

1- التطليق لعدم الاتفاق.
2- التطليق للعيب.
3- التطليق للهجر في المضجع أربعة أشهر.
4- التطليق للحكم بعقوبة شائنة مقيده للحرية لمده أكثر من سنة.
5- التطليق للغيبة
6- التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.
7- التطليق لارتكاب فاحشه مبينه.

بينما اكتفى في المادة(54) من نفس القانون بالنص على انه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون أن يقيدها بأية أسباب و شرط لكن بالرجوع لكن الفقه نجده قد حدد هذه الشروط وهي ثلاثة لا يصح الخلع إلا بها[3]:

أ- قيام الرابطة الزوجية و الشروط المتعلقة بالزوجين .
ب- الصيغة.
ت-البدل .

و من خلال ما سبق يتبين لنا أن أساس التطليق هو الضرر اللاحق بالزوج و يسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر، بينما يجد الخلع أساسه في كره الزوجة لزوجها ،ونفورها منه، وبهذا يكون للزوجة طريقين لفك الرابطة الزوجية فإذا انتفت أسباب الطريق الأول المتمثلة في التطليق يفتح لها الطريق الثاني للافتداء بنفسها مقابل مبلغ مالي، وهو ما يعرف بالخلع .

ثالثا :من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

تختلف السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصبا على التطليق أو الخلع في الأول بقدر كبير وهذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق

1 منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 157
2 سليمان ولد حسان ، المرجع السابق ، ص 154
3 منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 157-158

جدي و مطابقة الوقائع على النصوص وتمحيصها ، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج ، حتى يتسنى له الحكم لها بالتطليق أو برفضه، اعتمادا على الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، بينما تضيق سلطته في الثاني حيث لا يبقى له إلا تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه ، بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم وليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط قبول الزوج حسب ما استقرينا عليه سابقا بالإضافة إلى مراقبته مدى شرعيه وصحة مقابل الخلع إذ لا يجوز أن يكون الحضانة مقابل الخلع ، وفي مقابل التنازل عنها للأب لان ذلك يعد باطلا.

رابعا :من حيث **الآثار**:

يشترك كل من الخلع والتطليق في الآثار العامة الناجمة عن فك الرابطة الزوجية و المتمثلة في العدة ونفقتها ، نفقة الإهمال، النزاع حول متاع البيت، النسب، حضانة الأولاد ونفقتهم وسكناهم ، و حق زيارة المحضون، وما يميز التطليق عن الخلع هوالتعويض الذي يحكم به للمطلقة جبر الضرر اللاحق جراء إخلال الزوج بالتزاماته اتجاهها عند توفر احد أسباب المنصوص عليها في المادة (53)من قانون الأسرة إلى جانب الحكم لها بالتطليق في حين ينفرد الخلع بآثار متعلقة به و المتمثلة في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع ، وسقوط الحقوق الزوجية ، فيعتبر بدل الخلع شرطا أساسيا لصحة الخلع وتبقى المختلعة ملتزمة بتسديد و وجب في ذمتها أدائه فيكون دينا عليها حتى تسدده ما لم يضمنه عنها غيرها ،و يعد بمثابة التعويض في مقابل خلاصها من العشر التي أصبحت لا تطيقها[1].

الفرع الثالث الخلع والطلاق على المال :

رأينا في السابق أن الخلع عند الحنفية هو مكان بلفظ الخلع أو في ما معناه، حتى لا يدخل الطلاق على مال من ألفاظه، و عند المالكية والشافعية فهو طلاق بعوض أو فرقة بعوض سواء كان بلفظ الخلع أو الطلاق وعلى ذلك فن الفرق بين الخلع والطلاق على مال لا يكون إلا عند الحنفية والطلاق على مال هو ان يقول الزوج لزوجته أنت طالق على ألف دينار، فان قبلت الزوجة وقع الطلاق دون توقف الوقوع على أداء المال ، و يجب ان يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وان تكون المرأة أهلا للتصرف في أموالها ، وهو يتفق مع الخلق في بعض الأمور، ويختلف عنه في البعض الأخر نوردها كما يلي:

أولا: الأحكام التي يتفق فيها كل من الخلع والطلاق على مال :

1- إن كلا من الخلع والطلاق على مال يشترط فيها قبول الزوج لأنها معاوضة و المعاوضة يلزم فيها قبول من يلزمه دفع العوض ،ومتى وجد القبول من الزوجة وقع الطلاق 3
2- ان الطلاق في كل منهما يقع طلقه بائنة ،لان المرأة دفعت العوض من اجل أن تتخلص من سلطه الزوج ، ولا يتحقق ذلك إلا بالطلاق البائن.

[1] منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 159-160

ثانيا : الأحكام التي يختلف فيها الخلع عن الطلاق على مال :

1- أن تكون الصيغه في الخلع بلفظ الخلع أو في ما معناه ،أما في الطلاق على مال فان صيغتها تكون على لفظ الطلاق او في ما معناه كأن يقول الرجل لزوجته طلقتك على مبلغ ألف دينار.

انه لو كان الغموض باطل شرعا، كان يقع على مال ليس بما هو متقوم شرعا مثل أن يقع على ثمن خمر أو خنزير ، فإن الخلع يقع الطلاق بائنا لان لفظ الخلع عند الحنفية كناية على الطلاق والكنايات عندهم تجعل الفرقة بائنة ، أما في الطلاق على مال فان الطلاق يقع رجعيا ،لان لفظ الطلاق صريح ، و في الطلاق الصريح تقع به الرجعية .

إن الخلع يسقط به كل الحقوق والواجبة بسبب الزواج لأحد الزوجين على الأخر، مثل المهر والنفقة الماضية المتجمدة على الزواج ، وعند أبي حنيفة خلافا لأبي يوسف ومحمد، أما الطلاق فلا يسقط أي حق من الحقوق الثابتة لأحد الزوجين، وهذا بإجماع فقهاء الحنفية، إلا إذا نص عليه في الاتفاق فنها تسقط الأشياء المتفق عليها[1] ،كل من الخلع والطلاق على مال لهما أوجه التشابه وأوجه الاختلاف نوجزها ها كالآتي:

أ-أوجه الشبه

1- البدل يلتزم ذمه الزوجة في الخلع لابد من أن تدفع الزوجة بدل الخلع للزوج ولكن في الطلاق على مال لابد على الزوجة أن تدفع كذلك مقابله للزوج شريطه أن يطلقها ويفك العصمة
2- كل واحد منهما يشترط قبول الزوجة ورضاها : في كل الفريقين لا يقع الخلع و لا الطلاق على مال ، إذا لم تشأ الزوجة أن تدفع البدل أو العوض برضاها الخالي من كل العيوب التي تشينه كالغش والتدليس والإكراه والغصب،
3- متى صح البدل وقعت به الفرقة : إذا دفعت الزوجة البدل في كل الفريقين وقع الطلاق سواء بالخلع أو الطلاق على مال.

ب- أوجه الاختلاف:

1- اعتبر الشافعية والحنابلة أن الخلع فسخ ونقض للعقد، وعلى ذلك فلا يحتسب من عدد الطلقات في حال رغب الزوج بإعادة زوجته بعقد ومهر جديدين، أما الحنفية اعتبروه طلاقا بائنا يحتسب من عدد الطلقات، فلو أعاد الزوج زوجته بعد الخلع بعقد فلا يملك إلا ما بقي له من الثلاث، أما الطلاق على مال فلا خلاف فيه، فهو طلاق بائن ينقص عدد الطلقات.
2- الطلاق على مال يتم بلفظ الطلاق أو في ما معناه "طلقتك "أنت علي حرام" أما الخلع فيتم بلفظ الخلع أو في ما معناه، كالمبارأة والافتداء ل.
3- الطلاق على مال لا يسقط به الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الأخر، لان لفظ الطلاق لا ينبئ عن البراءة من هذه الحقوق فلا يثبت ما حصل الاتفاق على

---

[1] خليل عمرو منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 200

دفعه مقابل الطلاق، أما الخلع فانه تسقط به الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الأخر طبقا لرأي الحنفية، أما رأي المالكية والشافعية فإنهم لا يرون فرقا بين الطلاق على مال والخلع ، لان هذا الأخير عندهم هو الطلاق بعوض.

4- إذا بطل البدل في الخلع وقع به طلقة بائنة ، وإذا بطل البدل في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيا ، وقد رأى المالكية إن الطلاق على مال والخلع في الأحكام على سواء إلا في فعل واحد ، وهو أن الخلع متى وقع على عوض لا قيمة له بمعنى لا يجب العوض ولا قيمة البضع ويكون الطلاق بائنا ،لان الخلع من كنايات الطلاق، وأما الطلاق بعوض لا قيمه له، فإذا بطل العوض فالطلاق يكون رجعيا لان صريح الطلاق يكون رجعيا ،وإنما تثبت البينونة لأجل العوض،فإذا بطل العوض بقي مجرد صريح الطلاق ويكون رجعيا.[1]

[1] المستاري نور الهدى منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 33-34

المبحث الثاني أركان الخلع وتكييفه الفقهي:

من خلال التعريف الذي سبق واخترته للخلع ، استطيع أن أقول أن الخلع يقوم كغيره من النظم القانونية على مجموعه من الأركان ، والتي تعتبر أسسا لصحته، وكما له تكييف قانون خاص به ، وعلى هذا الأساس قمت بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول أركان الخلع .

المطلب الثاني التكييف الفقهي للخلع.

المطلب الأول أركان الخلع:

والجدير بالذكر في موضوع أركان الخلع أن هناك من أطلق عليها عبارة أركان ، وهناك من سماها شروطا ، ولكن قمت بها بوصفها بالأركان لأهميتها ولأنها تدخل في حقيقة الخلع الذي لا يصح إلا بها ، ولهذا قمت بتقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول :الزوجان.

الفرع الثاني: الصيغة .

الفرع الثالث :العوض.

الفرع الأول :

من خلال هذا الفرع سوف أوضح الشروط التي يجب توفرها في الزوج المخلوع والزوجة المختلعة .

أولا الزوج المخلوع: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج ركن من أركان الخلع، لهذا لابد أن يكون ممن يصلح طلاقه و يكون أهلا للطلاق، فمن لا يصح طلاقه لا يصح خلعه ، ويري المالكية انه يشترط في الزوج المخالع الشروط التي تشترط في الطلاق في الطلاق ومنها : أن يكون مسلما مكلفا، فلا يصح خلع الصبي والمجنون، ويصحح حسبهم خلع الأب والوصي للغير أو المجنون لزوجتهما بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما[1]، كما لا يقع الخلع السكران والمهازل ولا يقع خلع المكروه عند جمهور الفقهاء، ولم يجز ابو حنيفة والشافعي واحمد خلع الأب لزوجة الابن الصغير والمجنون لا يجوز ان يخالع عليهما[2]، غير انه إذا كان المخالع مريضا مرض الموت وقت الخلع ، ثم توفي في قبل ان يبرا لم ترثه زوجته ، ولما كانت وفاته أثناء عدتها عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وترثه عند المالكية اذا توفي في مرضه الذي خالعها فيه ،سواء كانت وفاته في أثناء عدتها أم بعد انتهائها، وسواء تزوجت غيره ام لم تتزوج وذلك لإقدام الزوج على ما يتسبب عنه إخراج وارث من تركته، كان له فيه حق ، وذلك غير جائز، و المدخول بها أو غير المدخول بها في هذا الحكم سواء ، ام الزوج فلا يرث زوجته المختلعه عند الجميع ،لأنه هو الذي اسقط ما كان له من حق.

و إذا اقر المخالع لمن خلعها في مرض الموت بمال ،أو أوصى لها بوصيه نفذ ذلك في ثلث تركته عند الحنفية والشافعية لصيرورتها أجنبيه عنه بالخلع ، وذهب الحنابلة إلى أن ذلك ينفذ في حدود ارثها منه، فما زاد عليه لا تعطاه إلا بإجازة الورثة، قد يتخذ ذلك وسيلة وسيله لزيادة ما تأخذه من تركته[3].

ويشترط فيه كذلك أن يكون أهلا للتصرف، إذ يجب عليه أن يكون أهلا للطلاق فيشترط فيه كمال الأهلية في الفقه و العقل والبلوغ ، وكل من يصح طلاقه يصح طلاقه خلعه ومن لا يصح طلاقه لا يصح خلعه ،المميز والمجنون و المعتوه ،ومن اختل عقله لمرض أو كبر سن، أما السفيه فان خلعه يصح ، كما أن طلاقه يصح ، لأنه لا يحجز إلا في التصرفات المالية هذا باتفاق الفقهاء ، وزاد المالكية انه يجب أن يكون المال المخالع به يساوي الذي يخالع به مثله ، و أن يسلم إلى وليه باعتباره محجورا عليه[4].

1 محمد زيد الابياني ، الأحوال الشخصية ، مكتبة سيد عبد الله وهية ة، القاهرة ، ص 253
2 روابط رزيقة ، زرارفة فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص 25
3علي الخفيف ، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ، دار الفكرالعربي ، 2008، ص 672
4 خليل عمرو، المرجع السابق ص173

إن شروط الخالع هي نفسها شروط المطلق ، ولهذا قال الفقهاء من جاز طلاقه جاز خلعه لان من جاز طلاقه بدون عوض فطلاقه بعوض يجوز بالأول[1] .

ثانيا الزوجة المختلعه: هي مقدمه بدل الخلع بشرط أن يكون للعقد بينهما عقد صحيحا ، كما يشترط فيها كمال الأهلية ، حتى تكون مؤهله للتصرفات المالية ، باعتبار أن بدل الخلع من التصرفات المالية، أما خلع عديمي أو ناقصي الأهلية والصغيرة و المجنونة و المريضة في المذاهب ففيه تفصيلات نوردها في ما يلي:

1-خلع الصغيرة : هي الزوجة التي لم تبلغ من الزواج إلا انه رخص لها بالزواج وفقا لنص المادة رقم (7) من قانون الأسرة فان وليها المالي هو الذي ينوب عنها ،وهنا اختلاف الفقهاء في حكمها:

-الحنفية: يرون أن الصغيرة المميزة التي تعقل معنى النكاح والطلاق ،يقولون: أن الطلاق يقع بالخلع ، ولكن لا يلزمها العوض لان العوض تبرع ، وهي ليست أهلا لذلك أما إذا كان البدل من مال الولي فان الخلع صحيح والعوض صحيح.

- المالكية : فقالوا: إن خالع الولي من ماله فالخلع جائز، أو كان من مالها و كانت من تجبر على الزواج فالخلع كذلك جائز والبدل جائز[2]، و إذا كانت الزوجة صغيره مميزه مدركة لمعنى النكاح ولمعنى الخلع وما يترتب عليهما من أثار، فان عبارتها حينئذ معتبر شرعا، فإذا قبلت وقع الطلاق ،ولا يلزمها المال لان التزامها المال كان في مقابله ما ليس بمال ، فكان تبرعا وهي ليست من أهل التبرع لذلك قالوا لذلك فالواقع طلاق بغير بدل[3].

فإذا كانت الزوجة صغيرة غير مميزة وخالعت زوجها بنفسها، لم يقع عليها الطلاق ولم يلزمها بشيء ،أما عدم وقوع الطلاق عليها فان الزوج قد علق طلاقه إياها على قبولها دفع البدل ،و القبول إنما يكون معتبرا الشريعة إذا حصل ممن هو أهل له و الصغيرة غير المميزة ليست أهلا للقبول فالمعلق عليه لم يحصل على الوجه المعتد به[4].

2-خلع السفيهة : السفيه هو الشخص الذي يبذر أمواله في غير مقتضى الشرع والعقل ، وحكمه انه ناقص الأهلية، و الفقهاء يوجبون وليا يتصرف عنه، حيث جعل للسفيه وليا يتصرف عنه وهذا ما جاء به القانون المدني حيث نصت المادة (43) من القانون المدني : على أن السفيه ناقص الأهلية وناقص الأهلية ليس له أهلية التبرع وعلى ذلك فلا يجوز الخلع من السفيه[5] ."كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ،يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"[6].واذا خالعت السفيهة زوجها وهي سفيهة على مهرها ، أو على شيء من مالها فان كان اختلاعها منه بلفظ

1 سليمان ولد حسان ، المرجع السابق ص 170
2 خليل عمرو، المرجع السابق ص170
3 عامر سعيد الزيباري ، المرجع السابق ص113
4 روابط رزيقة ، زرارفة فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص 25
5 خليل عمرو، المرجع السابق ص170-171
6 المادة 43 من الامر 75-58 المؤرخ 20 رمضان 1395 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

الطلاق وقع عليها طلاق رجعي ولم يلزمها البدل، لان وقوع الطلاق يعتمد على القبول ، وقد تحقق منها لان لزوم المال يعتمد كونها أهلا للتبرع وليست أهلا له[1] .

3-المجنونة والمعتوهة: المجنونة عديمة العقل فتأخذ حكم الصغيرة قبل التمييز ، سواء كان الجنون مطبقا أو متقطعا .

وأما المعتوهة فهي قليلة الفهم فاسدة التدبير ، مختلطة الكلام فعند الفقهاء تأخذ حكم الصغيرة بعد سن التمييز أي تصرفاتها هي تصرفات ناقصة الأهلية ، وأما في نظر المشرع الجزائري فإنها تأخذ حكم المجنونة فتعتبر فاقدة للأهلية طبقا للمادة -43- سالفة الذكر ، إلا انه بالنسبة لأهلية التبرع فأنه لا يعتد بالأهلية الناقصة ولا بالأهلية المعدومة إذ لابد من تمام التبرع [2].

4-خلع مريضه مرض الموت: المريض مرض الموت أهل لكل التصرفات الشرعية ، لان المرض لا يوجب الحجر، إلا إذا كان سببا في ضعف العقل فيحجر على المريض لذلك لا لذات المرض. ولا خلاف بين الفقهاء في جواز الخلع من المريضة مرض الموت فهي لها أن تخلع زوجها على مالها كصحيحة تماما ،إلا انه وقع خلاف في القدر الذي يجب أن تبذله للزوج مخافة أن يكون راعيه في محاباة الزوج على حساب الورثة[3].

مرضا ماتت منه و خلعت زوجها في ذلك المرض ،فان الخلع يصحح إذا كان في حدود ثلث التركة عند الحنفية، إلا انه تبرع وليس لها أن تتبرع بأكثر من الثلث ،والى ما يستحقه من الميراث .إذا جاء في الفقه على المذاهب الأربعة فان كان الثلث أكثر من ذلك المال ينظر إلى ما يستحقه من الميراث ، فإن كان يستحقه من الميراث أكثر فانه يأخذ ذلك المال الذي خالعت عليه، لأنه اقل من المال الذي خلعته عليه .فإنه ينظر هل الثلث اقل أيضا مما يستحقه من الميراث، فان كان كذلك اخذ الثلث أما إذا كان ما يستحقه من الميراث اقل ، فانه يأخذ ما يستحقه من الميراث ، فهو دائما يأخذ الأقل من ثلث المال أو الميراث . فمثلا إذا خالعت على مال قدره ألف دينار وكان الميراث خمسمائة دينار وثلث المال ألفا و خمسمائة دينار. فانه يأخذ بالميراث لأنه الأقل ، و هذا بشرط أن تكون في العدة وتكون مدخولا بها ، والسبب في ذلك خشية تواطؤ المريضة مع زوجها وربما تسمى له عوض كبيرا يزيد عما يستحقه من الميراث ،وذلك من اجل المحافظة على حق الورثة[4].

5-موقف المشرع الجزائري: لم يرد في نص المادة 54 من قانون الأسرة الشروط الواجب توفرها في كل من الزوجة والزوج و التي سبق أن تناولتها في الفقه إلا انه بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضها بعضا من إحكامها كما يرى الأستاذ "فضيل سعد" إن الخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة 203 من قانون الأسرة لان العوض

1 روابط رزيقة ، زرارفة فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص 28
2 خليل عمرو ، المرجع السابق ص 31
3 بن جناحي أمينة ، دور القاضي في الخلع ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بومرداس 2014 ص 41
4 خليل عمرو ، المرجع السابق ص 28

المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ من حكمه، رغم أن الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع ،ولكن ما تملكه بعد ذلك لا يقوم بمال فهو ليس عوضا لما دفعته ، وبالتالي لا يصح اعتباره عقد معاوضة ولذلك فإذا كانت سفيهة محجورا عليها فلا تستطيع الالتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفيه في قانون الأسرة الجزائري عديم الأهلية كالمجنونة والمعتوهة والصغيرة عديمة التمييز ،فان أرادت أن تخلع نفسها وهي على هذا الحال فان أباها هو الذي يتكفل بذلك، وفي حاله غياب هذا الأخير يتدخل القاضي اعتباره ولي من لا ولي له ، كما يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج ،إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي، من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن ،وباعتماد القاعدة الفقهية "كل من صح طلاقه صح خلعه "فانه من لا يملك الزواج الا بأذن لا يملك الخلع إلا بإذن، أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت هنا عرض المخالعه مقبول ،و تكون ملزمة ببدل الخلع لأنها أهل لجميع التصرفات المالية فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا تسبب في ضعف العقل، فانه يجب عليها بحكم قضائي[1] .

الفرع الثاني: العوض

من خلال هذا الفرع سأتناول الشروط الواجب توفرها في العوض .

الخلع كما سبق هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال، فالعوض جزء أساسي من مفهوم الخلع، فإذا لم يتحقق العوض لم يتحقق الخلع ،فإذا قال الزوج لزوجته : خالعتك . وسكت، لم يكن ذلك خلعا[2]، لابد في الخلع من عوض، وهو المقابل المالي الذي يحصل به الاتفاق و يتدخل القاضي في فرض قيمه صداق المثل وقت صدور الحكم[3].

العوض هو وجميع ما يقبل التعامل فيه سواء كان مالا منقولا أو عقارا أو خدمة، ولا يجوز بمال مجهول بل يجب أن يكون المال محدودا أو مرئيا بواسطة العلم به ، او وصفة و للزوجة أن تفتدي بالصداق او ما بما تملك[4].

وهو المال الذي يبذل للزوج مقابله العصمة[5].فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع وبدونه لا يتحقق فان قال الزوج لزوجته "خالعتك" . وسكت،لم يكن ذلك خلعا وان نوى الطلاق كان الطلاق رجعيا ،و إذا لم ينو شيء لم يقع به شيء، لأنه من ألفاظ الكناية التي

---

1 منصوري نورة ، المرجع السابق ،ص 121-122-123
2 احمد عبد العال الطهطاوي ، المرجع السابق ،ص 40
3 بن الشيخ رشيد ، المرجع السابق ،ص 211
4 الحسين بن الشيخ آث ملوي ، المرجع السابق ،ص 126
5 عمر جمعة محمود ، المرجع السابق ،ص 187

تفتقر إلى النية ، فبدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه[1].

أولا ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه:

المقصود بالبدل هو العرض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها ،والخروج من الحياة الزوجية. ويصح الخلع مما يصح أن يكون مالا متقوما موجودا وقت الخلع، معلوما أو مجهولا أو منفعة تقوم بمال هذا عند الجمهور[2]، كل ما صلح أن يكون مهرا في عقد الزواج صلح أن يكون عوضا في الخلع، سواء كان نقودا أو عيان او كالعقارات والمنقولات، أو منافع مقومه بالمال، وسواء كان هو المهر أو غيره، وقد نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على" كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع" [3]. فيصح ان يكون من النقد أو العقار أو المنقول ،كما يصح ان يكون دينا في ذمه الزوج ،أو منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون برضاعه الزوجة لولدها منه مده معينه ،او على حضانته المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه عليها[4]. أما إذا خالعته على مال باعتقاد أن البدل ملك للزوجة فظهر انه لغيرها قال الحنفية والاماميه إذا أجاز المالك صح الخلع و اخذ الزوج المال، و إذا لم يجز كان البدل له من المثل أو القيمة، كما قال الشافعي: له مهر المثل إن شاء إلى ما هو مقرر عندهم من ذكر البدل الذي لا يصح بدلا يبطل و ليثبت بمهر المثل ،وقال المالكية: يقع الطلاق بائنا و يبطل العوض[5].

ثانيا حكم اخذ البدل:

يجوز شرعا أن يأخذ الزوج مالا أو ما يقوم مقامه، في نظير خلاص الزوجة منه ولا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى:(**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**) .فان كان البدل مساويا لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه، فان كان اقل من قيمه المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى وهذا بإجماع الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في ما إذا كان البدل أكثر مما قدم إليها من مهر، وفي هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه[6].

لأخذ البدل في الخلع حكم من حيث القضاء وحكم أخر من حيث الديانة.

- أما من حيث القضاء ومن المتفق عليه أن الزوجة يتملك البدل الذي رضيت الزوجة بدفعه ،سواء كان التقصير والاعتداء الحامل لها على طلب الخلع من جهته أو من جهتها أو من جهتهما معا ، وسواء كان بدل الخلع مماثلا للمهر أو دونه أو أكثر منه، وسبب ذلك أن الزوجة قد رضيت بدفع العوض في مقابل موافقة الزوج على إسقاط حقه في الإبقاء عليها زوجة.

1 منصوري نورة ، المرجع السابق ،ص 135
2 خليل عمرو ، المرجع السابق ،ص 176
3 احمد محمد المومني ، إسماعيل أمين ، المرجع السابق ،ص 82
4 روابط رزيقة ، زرارفة فاطمة الزهراء، المرجع السابق ص 41
5 منصوري نورة ، المرجع السابق ،ص138
6 منصوري نورة ، المرجع نفسه ،ص135-136

- أما من حيث الديانة اي الإثم وعدمه ، فحكم اخذ البدل يتفاوت بتفاوت الحالة الموجبه له والطرف المتسبب فيه[1]، والمالكية يقولون بجواز الخلع بعوض وبغير عوض ،والواقع في الحالتين طلاق، بينما يرى الشافعية والحنابلة في رواية أخرى انه لا يصح الخلع بدون عوض[2].

ثالثا مقدار العوض:

لم تضع المادة (54) من قانون الأسرة حدا ادني أو أقصى لمقدار العوض الذي تدفعه الزوجة ، وبالتالي يجوز أن يكون اقل من الصداق الذي استلمته من الزوج أو أكثر منه ،وفي ذلك يقول بن جلاب البصري :"ولا باس بان يخلعها على صداقها كله أو بعضه أو على أكثر منه...." وهكذا إذا عرضت الزوجة أمام القاضي عوض الخلع، والذي قد يكون مبلغا معينا من المال ، فان القاضي سوف يحكم بتطليقها مقابل ذلك المبلغ في حاله عدم اعتراض الزوج على ذلك المقدار[3]، و أما عن مقدار العوض فللفقهاء ثلاثة أقوال هي:

1- لا يجوز أن يأخذ الزوج أكثر مما أعطاها إذا كان النشوز من جانبها وهو رأي الزيديه .
2- يجوز أن يأخذ اقل أو أكثر مما أعطاها مادام ذلك بالتراضي بين الزوجين، وهو رأي المالكية والشافعية والظاهرية والجعفرية، ولعل هذا الرأي هو ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 54/ 2 من الأمر 05 /02 بمفهوم "المخالعه"
3- لا يجوز اخذ الزيادة ديانة وتجوز قضاء وهو قول الأحناف والحنابلة، وتجدر الملاحظة إلى أن الخلع إذا ما وقع من غير بدل، بان صرح الزوج بنفي المال في هذا الخلع كان ذلك طلاقا محظا فقها و قانونا، كما ان الحضانة لا توضع في مقابل الخلع فإذا ما اشترطت فان الشرط باطل والخلع صحيح[4].

رابعا موقف المشرع الجزائري من العوض:

بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يورد شروطا خاصة يجب توفرها في الخلع ، وتحدث في قانون الأسرة على الصداق في المادة 14 منه[5] .

لم تبين المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ما يصح أن يكون بدلا للخلع، وشروطه و شروطه ، مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه لاسيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، و المال يمكن ان يكون من

1 احمد محمد المومني ، إسماعيل أمين ، المرجع السابق ،ص 83
2 بن جناحي امينة ، المرجع السابق ،ص 30
3 الحسين بن الشيخ آث ملوي ، المرجع السابق ،ص173-174
4 سليمان ولد حسان ، المرجع السابق ،ص171-172
5 سمية عبد ، المرجع السابق ،ص31

النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذلك كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا[1] .

كما أن القانون لم يتحدث عن صوره ما إذا أنهما يريدان المخالعه دون مقابل، فهل يتحقق الخلع ام لا، في هذه الوضعية في الحقيقة تحيلنا إلى المادة 48 أي إلى الطلاق بالاتفاق[2].

كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 جاء فيه :"من المتفق عليه فقها ،في الشريعة الإسلامية انه في حاله الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فان أمر تقديره يعود لقاض الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمه الخلع ، ثم الحكم بالطلاق". وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بالخلع على مقدار صداقها، واشترط الزوج مبلغا قدره خمسون ألف دينار جزائري رغم الصداق ،إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا[3].

الفرع الثالث الصيغة:

من خلال هذا الفرع سأقوم بشرح الشروط الواجب توفرها في الصيغة:

أولا الصيغة : مثل "خالعتك" او "خلعتك على كذا "[4]، أن تكون المخالعه على لفظ الخلع أو بلفظ يدل على معنى الخلع،مثل "الابراء"."الافتداء". فإذا قال الزوج لزوجته: خالعتك على ألف جنيه أو على مؤخر الصداق فقبلت ذلك ،وقع الخلع مرتبا أثره، و مثل "خالعتك"،"بارأتك" او "افدي نفسك بكذا " فتقبل"[5]، يقع الخلع بلفظ الخلع والفدية والطلاق الصريح المقترن بعوض وغيره، لان تقييده الخلع بلفظ أو لفظين لا معنى له ،فان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، كما أن الصيغة تتم عن طريق الإيجاب والقبول ...إذل لا يصح لازم إلا إذا صح فيه الإيجاب والقبول. أما قانونا فان المادة 50 من القانون رقم 84/ 11جاءت بصيغة عامه، لا يفهم منها اشتراط موافقة الزوج على الخلع أو عدم موافقته، مما أدى على مدار عشرين سنه كاملة إلى تعارض وتناقض كبيرين في الاجتهاد القضائي، ولهذا جاءت المادة 54 من الأمر02/05 توضح صراحة أن الخلع يقع ولو بدون موافقة الزوج ،وقد جاء في عرض الأسباب إن هذا التعديل يهدف إلى توضيح الخلع.

والخلع يقع طلاقا بائنا عند المالكية والحنفية وهو ما اخذ به القانون الجزائري[6].

---

[1] منصوري نورة ، المرجع السابق ،ص 140
[2] بن الشويخ رشيد ، المرجع السابق ،ص212
3 القرار الصادر بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 المجلة القضائية.
4 عمر جمعة محمود، المرجع السابق ،ص 187
5 احمد نصري الجندي ، المرجع السابق ،ص 23
6 سليمان ولد حسان ، المرجع السابق ،ص 172-173

فقال ابن رشد :"....إن اسم الخلع يختص ببذل المرأة جميع ما أعطاها، والصلح يبعضه ، والفدية بأكثر، والمبارأة بإسقاط حقا لها عليه". وقال القرطبي:".. المختلعة هي التي تختلع من كل الذي لها والمفتدى به، أن تفتدي يبعضه وتأخذ يبعضه، و المبارأة هي التي بارأت زوجها قبل أن يدخل بها"[1].

ثانيا موقف المشرع الجزائري من الصغة:

ان قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض في المادة 54 منه لمسالة الصيغة وشروطها تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له، و حسب نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري لا تشترط موافقة الزوج لصحة الخلع، بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع، وقد وجب تطبيقه، كذلك في عدة قرارات المحكمة العليا أهمها: القرار الصادر بتاريخ 21-07-1992 تحت رقم 603 /83 ، والذي جاء فيه "من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على ما لم يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم ".ان المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ، كما يتفق الطرف على نوع المال وقدره، وفي حاله عدم الاتفاق يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمه صداق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لان ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا[2] .مما سبق نستخلص أن المشرع الجزائري لم يتعرض لموضوع صيغه في المادة 54 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني التكيف الفقهي للخلع:

المقصود بالتكيف هنا هو بيان الأثر المترتب على الخلع، أي بيان نوع التفريق بين زوجين تخالعا[3]،وهنا اختلف الفقهاء حول ما إذا كان الخلع يمينا أو معاوضه أو من حيث كونه فسخا أو طلاقا ، ولهذا سأعالج في هذا المطلب اعتبار الخلع يمينا أو معاوضه كفرع أول ،واعتبار الخلع فسخا أو طلاقا كفرع ثان.

الفرع الأول :اعتبار الخلع يمينا أو معاوضه:

الخلع في رأي المالكية والشافعية والحنابلة معاوضه ، فلا يحتاج لصحته قبض العوض فلو تم من قبل الزوج فماتت الزوجة أو أفلست اخذ العوض من تركتها ،واتبعت به ، ويجوز رد العوض فيه بالعيب ويصبح الخلع منجزا بمعنى المعاوضه ،لكل من معنى المعاوضة ، ويصبح معلقا على شرط لما فيه من معنى الطلاق.

إلا إن الشافعية قالوا :"الخلع معاوضة فيها شوب وتعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه ،على قبول دفع المال من الزوجة".

1 عامر سعيد الزيباري ، المرجع السابق ،ص 131
2 بن عيسى نور الهدى ، المرجع السابق ،ص 30-31
3 احمد نصر الجندي، المرجع السابق ،ص 30

و ذهب أبو حنيفة إلى أن الخلع قبل قبول المرأة يمين من جانب الزوج ،فلا يصح الرجوع عنه، لأنه علق طلاقا على قبول المال ،والتعليق يمين اصطلاحا ويعتبر معاوضة بمال من جانب الزوجة ، لأنها التزمت بالمال، في مقابل افتداء نفسها وخلاصها من الزوج ،لكنها عند أبي حنيفة ليست معاوضة محضة بل فيها نسبة بالتبرعات لأن بديل العوض ليست مالا مشروعا وإنما هو افتداء المراة نفسها..

فلا يكون الخلع معاوضة محضة ، وقال الصاحبان :" الخلع يمين بالنظر إلى الزوجين معا". ويترتب على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الآثار التالية:

* لا يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المراة.

* لا تقتصر إيجاب الزوج على مجلسه فلو قام من المجلس قبل قبول الزوجة لا يبطل اجابه بهذا القيام.

* لا يصح للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مده معلومة لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع، لأنه يمين من جانبه، فإذا اشترط الخيار كان الشرط باطلا، لكن لا يبطل الخلع به[1].

* يجوز للزوج أن يعلق الخلع بشرط أن يضيفه إلى زمن المستقبل مثل "خالعتك على كذا غدا أو رأس الشهر القادم" ، والقبول للزوجة عند تحقق الشرط أو حلول الوقت المضاف إليه ،و يترتب على اعتباره معاوضة: يجوز للزوجة أن ترجع على الإيجاب قبل قبول الزوج ،لان المعاوضة يصح فيها الرجوع عن الإيجاب، فلو قالت الزوجة لزوجها:" خلعت نفسي على مبلغ كذا ".ثم رجعت عن إيجابها قبل قبول الزوج جاز لها ذلك.

* لابد للزوجة شرط الخيار أن تكون حاضرة بمجلس الخلع، وان تكون عالمة فان كانت غير عالمة بما معناه ،ولقتها معنى الخلع بلغة لا تعرفها فتكلمت بها وخلعها فلا يقع الطلاق ،ولا يلزمها المال ،و يشترط في المعاوضة العلم ببعض الألفاظ .

*للزوجة شرط الخيار لنفسها في مدة معينة ،لتفعل أو ترد، فو قال لها :"خالعتك على مبلغ كذا". فقالت:" قبلت ولي الخيار ثلاثة أيام فلها أن تقبل الخلع أو ترده مدة خيار الشرط ، لان الخلع من جانبها معاوضه ،و المعاوضات يصح اشتراط الخيار فيها .

ـ موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة :

عرف المشرع الجزائري مرحلتين في تحديد رؤيته بشان الخلع يمينا او معاوضة، ففي قانون /11/84 المؤرخ في 09 جوان1984 لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسالة التكييف الفقهي للخلع في كونه عقدا يتعين على الزوج اليمين وعلى الزوجة المعاوضة كما أورده الفقهاء، فالخلع يعد يمينا من جانب الزوج ،لأنه يرتبط بالطلاق وذ يعد من جانب الزوجة معاوضة ،لان المسالة متعلقة بالتعويض.

[1] بن عيسى نور الهدى ، المرجع السابق ،ص 10-13

حيث اكتفى في المادة54 من قانون الاسرة بالقول:" انه يجوز مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه...". مما جعل بعض شرّاح القانون المتبنين للرأي انه لا خلع بدون إرادة الزوج ،على أساس أن الخلع عقد ،وبالتالي تبنوا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج و معاوضه من جانب الزوجة[1].

الفرع الثاني اعتبار الخلع فسخ او طلاقا:

واختلف فيه الفقهاء إلى مذهبين:

المذهب الاول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح والإمام احمد في رواية انه يقع طلقه بائنة لقوله تعالى:(**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**). ووالى هذا ذهب كل من سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وشريح و المجاهد ومالك والاوزاعي وأصحاب الرأي و غيرهم، وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود ،وعند الامامية الاجتراء بلفظ الخلع هل يكون فسخا أو طلاقا؟. فذهب المرتضى رحمه الله هو طلاق، وهو المروي ،وقال الشيخ رحمه الله الأولى أن يقال فسخ وهو تخريج، فمن قال انه فسخ لم يعتد به عدد الطلقات، و يقع الطلاق مع الفدية بائنا ، وان نفر عن لفظ الخلع.

أما الزيديه فحكمه إذا وقع الخلع بشرط أو بعقد جامع للشروط فيهما ليقع طلاقا بائنا يمنع الرجعة ،إلا بعقد جديد في غير المثلثة ولو في العدة، كالطلاق قبل الدخول وان خالفه في عدم ثبوت العدة فيه فلا تصح الرجعة فيه بالقول أو الفعل كما تصح فيه الرجعي من الزوج في العدة ويمنع أيضا الطلاق ،أي لا يتبعه طلاق لان الطلاق عندنا لا يتبع طلاق والخلع نوع من الطلاق لا فسخ واستدلوا ما أخرجه البيهقي في سننه من حديث عباد بن كثير عن عكرمة عن عباس رضي الله عنهما" أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقه بائنة" تفرد به عباد بن كثير البصري وقد ضعفه احمد ابن حنبل ويحيى بن معين والبخاري، و تكلم فيه شعبه ابن حجاج وكيف يصح ذلك ومذهب ابن عباس وعكرمة بخلافه ،على انه يحتمل أن يكون المراد به إذا نوى طلاقا او ذكره، و المقصود منه قطع الرجعة، لكن اسند عن البخاري قال :"تركوه"، وعن النسائي انه متروك الحديث .

المذهب الثاني :وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة في قول آخر بأنه فسخ ،وفصلوا القول كالأتي:

- ذهب المالكية كما ذكر صاحب مواهب الجليل :"الخلع هو طلاق بعوض هذا هو المشهور، أي أن الخلع طلاق وقيل فسخ "،وقال المسيلي في نكت التفسير:" قال شيخنا يعني -ابن عرفه -كان شخصا يقال له النحاس له فيه امرأته طلقتان فخالها ثم ردها قبل زواجها بناء على أن الخلع فسخ ،ففرق بينهما ولم يحد للشبهة.
- الشافعية قالوا إن الخلع فسخ لا ينقص عددا، ويجوز تجديد النكاح بعده من غير حصر.

[1] بن عيسى نور الهدى ، المرجع السابق ،ص 10-13

- لدى الحنابلة هو أن الخلع فسخ في إحدى الروايتين والأخرى تطليقه بائنة[1] ، ودليلهم أن الله سبحانه وتعالى ذكر الطلاق فقال :(**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**) ثم ذكر الافتداء وهو الخلع قبل ذلك بقوله (**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**). فلو جعلت الافتداء –الخلع- طلاقا لكان الطلاق الذي ذكره بعده طلاقا رابعا .
- ما روي عن الربيع ابن معوذ في قصه زوجه ثابت بن قيس فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم :"خذ الذي لها عليك وخل سبيلها". فأمرها صلى الله عليه وسلم أن تتربص حيضه واحده وتلحق بأهلها وهذا شان الفسخ .
- انها فرقة خلت من صريح الطلاق ونيته، فكانت فسخا.

و ذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي في مذهبه الجديد المعتمد انه يقع بالخلع طلقة بائنة ، واستدلوا بما يلي :

- انه سبحانه وتعالى بعد قوله :"الطلاق مرتان "ذكر حكم الافتداء ثم عقب بذكر الأثر المترتب على الطلقة الثالثة، ولم يذكرها ،فدل على إن المراد بها هو الافتداء
- إن أكثر الصحابة رضوان الله عليهم قالوا :عده المختلعة كعدة المطلقة، والعدة لا تكون إلا في الطلاق .
- إن الفسخ إنما يكون في الفرقة التي لا ترجع اختيار الزوج، و الخلع يرجع إلى اختياره فكان طلاقا لا فسخا.
- وعند الشيعة تنوع في اعتبار الخلع فسخا أو طلاقا والأرجح عندهم انه فسخ ،لانها فرقه أعربت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا [2]. روي عن الإمام احمد عن يحيى ابن سعد عن سفيان عن عمروعن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال :"الخلع تفريق وليس بطلاق".
- ان الخلع فرقه بعوض، وهذه الفرقة حصلت من قبل الزوج فيكون الخلع طلاقا .و قد شرع القران الكريم الخلع لحاجه الناس إليه ،وحاجه الناس تندفع بالطلاق، وهي إن كانت تندفع عن طريق الفسخ الا ان هذا الفسخ ضرورة لا مقصوده ،إذ النكاح لا يحتمل الفسخ عند الأحناف، لان جوازه ثبت مع قيام المنافي لهذا الجواز والمشرع اسقط اعتبار المنافي وألحقه بالعدم لحاجه الناس إليه، وحاجتهم لا تندفع إلا بالطلاق بعوض و بغير عوض.
- لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على الفسخ ،لان الخلع مأخوذ من الخلع، والنزع إخراج الشيء من الشيء، فمعنى خلعها أي إخراجها من ملك النكاح ،وهذا هو معنى الطلاق البائن ،أما فسخ النكاح فهو رفعه من الأصل وجعله كان لم يكن رأسا ،فلا يتحقق فيه معنى الإخراج ومن المقرر أن إثبات حكم اللفظ "الخلع" على وجه يدل عليه اللفظ لغة أولى[3].

ـ موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع فسخا ام طلاقا:

---

[1] عمر جمعة محمود ، المرجع السابق ،ص 190-191

[2] احمد محمد الموني ، المرجع السابق ،ص84-85

[3] احمد نصر الجندي، المرجع السابق ،ص33-34

يترتب عن الخلع طلاق ، ويحسب ضمن عدد الطلاقات الثلاث التي يمتلكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك، لان انحلال الرابطة الزوجية تارة يكون طلاق وتارة يكون فسخا.

والطلاق هو عصمه الزوجية بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية، وقد ساير مشرعنا موقف جمهور العلماء من حكم الخلع و اعتبره طلاقا وبالرجوع إلى موضوع النصوص المتعلقة بالفسخ نجده أوراد إحكامه في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة المعنون "بالزواج "في المادة الثانية والثلاثين وما بعدها .

بينما أوردت أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون "بانحلال الزواج" وقد أورد أحكام الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق. فيكون المشرع الجزائري إلى اعتبار الخلع طلاقا ، ويكون مصيبا في ذلك لان الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد، بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة لا يشوبها أي عارض يعيب العقد، وإنما نتيجة ظروف وعناصر خارجة عنه مست العلاقة الزوجية، والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق، ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المؤرخ في5 فبراير1969 بما يلي :"لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح"[1].

[1] منصوري نورة ، المرجع السابق ،ص113-114

الفصل الثاني

الإطار التنظيمي للخلع

الفصل الثاني الإطار التنظيمي للخلع:

بعد التعرف على ماهية الخلع لابد لنا من التعرف على إجراءات دعوى الخلع والتي تبدأ برفع الدعوى وتبيان المحكمة بعد ذلك ا تطرق إلى الآثار المتمثلة في أثار ينفرد بها الخلع ،و وجود أثار خاصة وأخرى عامه، ومن خلال ذلك سأقسم الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول: إجراءات دعوى الخلع .

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن دعوى الخلع.

المبحث الأول إجراءات دعوى الخلع:

إن الخلع باعتباره احد طرق فك الرابطة الزوجية، فإذا انه يمر بمجموعه من الإجراءات للتفريق بين الزوجين ،ولهذا سأتطرق في هذا المبحث إلى تناول:

المطلب الأول: الإجراءات الخاصة برفع الدعوى.

المطلب الثاني: قواعد الاختصاص.

المطلب الثالث :طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشان الخلع .

المطلب الأول الإجراءات الخاصة برفع دعوى الخلع:

لرفع دعوى الخلع لابد من المرور بمجموعه من المراحل سأتكلم عنها بشكل فروع:

الفرع الأول: كيفية رفع دعوى الخلع .

الفرع الثاني: سير دعوى الخلع.

الفرع الأول كيفيه إجراء رفع الدعوى:

ترفع الدعوة الخلع. ترفع دعوى الخلع عن طريق عريضة تسمى عريضة افتتاح الدعوى من قبل صاحب المصلحة طبقا للمادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1]،بنصها " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعه ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف"[2].

أولا طرق رفع الدعوى:

1- رفع الدعوة 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[3] كما يجب أن تحتوي على البيانات اللازمة المنصوص عليها في المواد 14 ، 15 ، 16 ، 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و المادة 3 مكرر من قانون الأسرة التي جاء فيها :"تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ". النيابة هدفها السهر على تطبيق القانون، فلا تنحاز لطرف على طرف ، وقد جرى الفقه على تسميه النيابة العامة عندما تعمل أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة "بالطرف المنظم"[4]. والبيانات اللازمة في العريضة هي:" اسم ولقب ومهنه وموطن المدعى عليه .-الزوج- وكذلك ذكر الجهة القضائية المختصة والقسم ،وان تضمن الوقائع والأسباب وتختتم بطلب و عريضة افتتاح الدعوى ، كما يستوجب القانون إرفاقها بالوثائق اللازمة كعقد الزواج والشهادة العائلية، وكل وثيقة تراها المدعية أو وليها ضرورية لدعم أوجه في دفاعها وطلباتها ،ولإثبات أيضا صفتها وفقا نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [5].

2- رفع الدعوى بواسطة تصريح شفهي أمام المحكمة، وهنا يتولى كاتب الضبط أو احد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه انه لا يمكنه التوقيع، ويصبح هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة، ثم تقييد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف و رقم القضية وتاريخ الجلسة.

كما إن المحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه، بحيث دعوى الخلع لا بد أن ترفع بدعوى مستقلة، بحيث لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق طلب مقابل ما لم يوافق الزوج على ذلك ، و دون قيد أو شرط وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا[6] المؤرخ في 12 -07- 2006 انه :"يثبت بالفعل من خلال وقائع

---

[1] المستاري نور الهدى، المرجع السابق ، ص57

[2] المادة 14 مكن الأمر 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[3] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج والطلاق الجزء الاول ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2007 ،ص 341

[4] يوسف دلالنة ، استشارات قانونية في وصايا شؤون الاسرة ، الطبعة الاولى ،دار هومة ،2011،ص ص56-57

5 بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 342

6 نسيمة عبدي، المرجع السابق ،ص 44

الدعوى أن الطاعن هو الذي أقام الدعوى من اجل رجوع المطعون ضدها إلى بيت الزوجية بغية لم الشمل ،إلا أنها قابلت طلبه بالرفض، وطالبت خلعها مقابل عشرة ألاف دينار على أساس الهجر في المضجع ،و عدم الاتفاق، التى تدخل ضمن حالات التطليق المحدد بالمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ".وحيث انه بالإضافة إلى ما سبق ذكره فان المحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده "عدم إضرار إي شخص من دعواه". وإذا كانت المطعون ضدها تدعي ضررا أو تروم إلى طلب الخلع أن تتخذ ما تراه مناسبا ، ومن ثم يكون القاضي الأول لما استجاب لطلب المطعون ضدها بمجرد طلب مقابل قد اضر بالطاعن وخالف القانون، مما يجعل هذين الوجهين مؤسسين ، مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه[1]. وجاء في قرار عن المحكمة العليا مؤرخ في 15 -09- 2011 والذي جاء فيه:" إن الطاعن هو الذي رفع الدعوى من اجل رجوع المطعون ضدها للبيت الزوجي، ورفضت ذلك وقابلت طلبه بالرفض، مطالبة بالخلع ، من المبدأ انه لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق مقابل"، حسب اجتهاد المحكمة العليا في ملف الطعن رقم 353851 في القرار الصادر بتاريخ 12-07- 2006 والمحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه وان كانت المطعون ضدها.تدعي ضرر، أو تسعى لطلب الخلع أن تتخذ ما تراه مناسبا .

حيث يثبت انه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى ضد المطعون ضدها بصفتها زوجته، طالبا رجوعها إلى بيت الزوجية التي غادرته رفقه أهلها ،وذلك دون قيد أو شرط بينما طلبت المطعون ضدها رفض طلباته ، وبالمقابل الحكم بتطليقها مع الحقوق واحتياطاتها طلبت الطلاق عن طريق الخلع ،وعرضت مبلغا ماليا مقابل ذلك ، كما طلبت بحقوق أخرى. وحيث انه بذلك يكون الطاعن قد استعمل حقه في مطالبه زوجته المطعون ضدها بالرجوع إلى البيت الزوجية ما دامت في عصمته ولم ترفع دعوى مستقلة سواء بالتطليق أو الخلع، لان دعوى التطليق أو دعوى الخلع لا تكون إلا بدعوى مستقلة ما لم يوافق الزوج على ذلك ،و دون قيد أو شرط وبالتالي كان على المحكمة التقيد بموضوع الطلب الأصلي، من عدم حرمان المطعون ضدها من حقوقها عند الضرورة، وعليه فان هذا الوجه مؤسس ، وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشه بقية الأوجه[2].

ثانيا شروط قبول الدعوى:

1 مجلة المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 12-07-2006 ملف رقم 353851 العدد 02 ، 2006، ص431

[2] نسيمة عبدي، المرجع السابق ،ص ص 45-46

نصت المادة 436 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه :" ترفع دعوى الطلاق من احد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للإشكال المقررة لرفع الدعوى ".كما نصت المادة 437 من نفس القانون على انه :"عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة". وانطلاقا من هذين النصين فان القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة أن يكون ذو صفة ، بمعنى انه يجب أن يكون المدعي في دعوى الخلع هي الزوجة أو احد ممثليها قانونا كالمحامي أو الولي أو الوصي، و وفقا لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون ممثلا للزوج والمقصود هنا الزوجة طالبه الخلع وليها أو مقدمها ، والأمر كذلك بالنسبة للزوج المدعى عليه، و أن يكون المدعي متمتعا بأهلية التقاضي أي أن يكون بالغا سن 19 سنه طبقا للمادة 40 من القانون المدني ، متمتعا بقواه العقلية و غير محجور عليه وفقا للمادتين 42 و 44 من القانون المدني[1].

وخلاصه القول فإن صفة الخصم أو الطرف تقتضي أن يصدر الحكم له أو عليه ، والنيابة العامة هنا لا يمكن الحكم لها ولا الحكم عليها ،حتى لو جاز القول أن النيابة طرف أصلي مدخل في الخصام ،فان الحكم الذي ستصدره المحكمة، سيصيب نصيب منه المدخل في الخصام ،سلبا أو إيجابا والنيابة هنا لا نصيب لها في نتيجة الحكم[2].

كما يشترط أيضا في المدعي رافع الدعوى الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع ،أي انه يهدف من الالتجاء إلى القضاء تحقيق فائدة عمليه مشروعه ، والمصلحة القائمة أصلا هي الشرط الأساسي لسماع الدعوى وقبولها أمام المحكمة، وان لا دعوى حيث لا مصلحه، كما أن القاضي يقرر من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة، كما يقرر أيضا من تلقاء نفسه وجوده إذن برفع الدعوى إذا كان هنا الإذن لازما، ويشترط أيضا إلى جانب الشروط السابقة لقبول الدعوى أمام المحكمة، لابد من تقديم نسخه من عقد الزواج مستخرجه من سجل الحالة المدنية فهي ضرورية لقبول الدعوى، فإن لم تقدم هذه النسخة التي تثبت قيام علاقة زوجيه صحيحة فان المحكمة تقضي بعدم قبول الدعوى، فإذا توافرت هذه الشروط يلجا المدعي وبالأحرى المدعية و هي الزوجة أو ممثلها القانوني إلى المحكمة التي يوجد مقر الزوجية ضمن دائرة اختصاصها، تقييد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية و تاريخ الجلسة[3].

الفرع الثاني سير دعوى الخلع:

ليكون سير دعوى الخلع صحيحا يجب إتباع إجراءات تتمثل في سلطه القاضي في الخلع والصلح.

أولا سلطه القاضي في دعوى الخلع:

1 بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص ص 342-343
2 أحمد شامي ، قانون الاسرة الجزائري ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2010، ص 250
3 بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص ص 342-343

اختلف الفقهاء في الخلع هل يشترط أن يتم عند القاضي ويشترط إيقاع القاضي له ،أم يكفي مجرد تراضي الزوجين عليه ، فإذا اتفق الزوجة والزوج بمحضر من الشهود على إيقاع الخلع و اتفاقهما على العوض ،فهل يقوم الزوج بإيقاع الطلاق أو إعلان انتهاء عقد النكاح بلفظ الخلع ويكفي هذا في تحقيق العقد ويترتب أثار عليه ؟.أم لا بد من الترافع إلى القاضي وان يفصل القاضي فيه على مذهبين :

المذهب الأول: لا يحتاج الخلع إلى الترافع أمام القضاء بل يكفي التراضي بين الزوجين عليه، و اتفاقهما علي عوض ،وليس حضور القاضي ولا إذنه في الخلع شرطا فيه ، وروي هذا عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم جميعا، و هو قول شريح وطاووس والزهري وإسحاق ابن راهويه واليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية وابن المنذر وابن حزم واستدلوا في ذلك على أن الخلع دون القاضي جائز بالكتاب وعمل الصحابة والمعقول[1] :

-من الكتاب قوله تعالى:(**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا**) [2] .فقد دلت الآية على أن الخلع يتم بالتراضي بين المرأة والزوج ، فان المرأة إن طابت نفسها بما تدفعه جاز للزوج قبوله أو إتمام الخلع ، وليس في هذا حاجه إلى السلطان بل يكفي مجرد التراضي بينهما قوله تعالى (**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**). و قوله تعالى (**وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ**)[3]. فقد أباح الله سبحانه وتعالى الأخذ منها بتراضيهما من غير سلطان، فدل هذا على عدم اشتراط السلطان في الخلع.

- من السنة النبوية :ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في حادثه امرأة ثابت بن قيس انه قال لها :" أتردين عليه حديقته ".قالت:" نعم". ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لزوجها ثابت بن قيس:" خذها وفارقها". فقوله صلى الله عليه وسلم لثابت خذها وفارقها يدل على أن السلطان ليس شرطا في الخلع لأنه لو كان الخلع إلى السلطان شاء الزوجان أم أبيا إذا علم أنهما لا يقيمان حدود الله لم يسالها النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا خاطب الزوج بقوله :" اخلعها "، بل كان يخلعها منه ويرد عليه حديقته، وان أبيا أو واحد منهما، و انه لما كانت فرقه المتلاعنين إلى الحاكم لم يقل للمتلاعنين :"خل سبيلها ". بل فرق بينهما كما روى سهل ابن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين، كما قال في حديث آخر عن ابن عمر :"لا سبيل لك عليها". ولم يرجع ذلك إلى الزوج .

-عمل الصحابة: ما روي عن عبد الله ابن شهاب أن امرأة خلعت زوجها بألف درهم فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجازه[4].

---

1 جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2003 ، ص ص 129-130

2 سورة النسآء ، الآية 4

3 سورة النساء ، الآية 19

4 جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق ،ص ص 130-132

- من المعقول :ان الخلع عقد معاوضة يعتمد الرضا بين الطرفين فلا يفتقر إلى حكم حاكم كالبيع والنكاح، ولابد أن تملك البضع بالنكاح لا يفتقر الى حكم حاكم فلذلك تمليكه بالخلع أولى أن لا يفتقر إلى حكم حاكم ،ولان شروط النكاح أغلظ من شروط الخلع ، ولأنه قطع عقد بالتراضي جعله لدفع الضرر فلم يفتقر إلى الحاكم كالإقالة في البيع.

المذهب الثاني: لا يجوز الخلع إلا عند القاضي و إلى هذا ذهب الحسن البصري ومحمد بن سيرين وسعيد بن جبير واستدلوا ايضا من الكتاب والسنة والمعقول .

-من الكتاب :قوله تعالى **(فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)**.
وقوله تعالى فإن خفتم خطاب خطاب موجه للوالي والحكام فنظم الآية يفيد أن أول الكلام خطاب للحكام وآخره خطاب للأزواج، فدل هذا على أن حضور الحاكم شرط في الخلع، كما ان حضور الأزواج شرط فيه.

-من السنة النبوية : ما رواه أبو داود في سننه عن السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها" أن حبيبه بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس فضربها فكسر بعضها، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم بعد الصبح فاشتكت اليه فدعا النبي صلى الله عليه وسلم ثابتا فقال :له خد بعض ما لها وفارقها .فقال :ويصلح ذلك يا رسول الله. فقال: نعم قال :فاني أصدقها حديقتين وهما بيدها. فقال النبي صلى الله عليه وسلم :خذهما وفارقها ففعل.

- من المعقول: إن النشوز شرط في الخلع وهو يتضمن الخصومة وهي تحتاج إلى القاضي لفضها و الفصل بينهما فيها[1] .

ومن المقرر شرعا وقانونا بان الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه، ومن ثم فانه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج، ومن المقرر أيضا في الشرع أن الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبولها ومقداره يحدد بالتراضي بين الطرفين ولا دخل للقاضي في تحديده وفقا للشريعة الإسلامية، و بما أن القضاة تدخلوا لتحديد مقداره لحسم النزاع القائم بين الطرفين، فيكونون اخلوا بقواعد الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم ، وأيضا يعتبر الخلع عقد رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا صريحا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع. اذا كان من الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وتحديد مبلغه دون وقوع اي اتفاق عن ذلك بين الزوجين ، وكان الزوج غير راض بملغ الخلع المحكوم به ، وان الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك فان القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي ، ولقد قرر الفقه انه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على على مقداره ، فان أمر تقديره يعود للقاضي الموضوع باعتباره ان ذلك يعتبر اتفاق على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق ، وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض

1 جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق ،ص ص 134-136

القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بالخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج بخلع قدره خمسون إلف دينار جزائري رغم إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا[1] .

وخلاصه القول إن السلطة التقديرية للقاضي تضيق إذا كان طلب الزوجة مبني على الخلع حيث لا يبقى له إلا تقدير بدل الخلع ، وفي حاله عدم اتفاق الطرفين عليه بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم ، وليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط فيه قبول الزوج حسب ما استقرينا عليه سابقا .

يبدو أن المشرع الجزائري ذهب إلى اعتبار الخلع عقدا قائما على رضا الجانبين بحيث ركز فقط على أن يكون اتفاق الطرفين منصبا على مال كبدل للزوج ،وفي حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على شيء، يرجع الأمر إلى القاضي الذي يحدد البدل نقدا على أن لا يتجاوز قيمه صداق المثل[2].

ثانيا إجراءات الصلح :في الخلع اوجب القانون على القاضي قبل أن يحكم بحل الرابطة الزوجية بالخلع أن يتبع بعض الإجراءات الشكلية تتعلق بالصلح بين الزوجين، قبل أن نتكلم عن إجراءات الصلح لابد من تعريفه ودليل مشروعيته: **تعريف الصلح** :

-لغه :هو اسم بمعنى المصالحة التي هي خلاف المخاصمة واصله بمعنى الصلاح الذي هو بمعنى استقامة الحال أو هو إنهاء الخصومة فنقول صالحه وصلاحا إذا صالحه، ونقول صالحه عن الشيء أي سلك مسلك المسالمة في الاتفاق ،وصلح الشيء إذا زال عنه الفساد.

-شرعا: هو عقد يرفع النزاع بالتراضي إي بتراضي الطرفين المتخاصمين ،ويزيل الخصومة ويقطعها بالتراضي ، وركنه عبارة عن الإيجاب والقبول، وينعقد ويصح بحصول الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الأخر أو عقد قد ينهي الخصومة بين المتخاصمين، ويسمى كل من المتخاصمين مصالحا ويسمى الحق المتنازع عليه بينهما مصالحا عنه ويسمى ما يؤديه احدهما للآخر قطعا للنزاع أو مصالحه عليه أو بدل الصلح[3] .

-قانونا عرفته المادة 459 من القانون المدني:" بأنه عقد ينهى به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيا به نزاعا محتملا، وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه ".أما الدكتور احسن بوسقيعه فيرى انه يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام بأنها" تسويه النزاع بطريقه ودية"[4].

دليل مشروعيته الصلح :

1 بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص ص 286-288
2 منصوري نورة ، ،المرجع السابق ،ص 151
3 الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ،الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005، ص 111
4 احمد شامي ، المرجع السابق ،ص ص 265-266

تثبت مشروعية الصلح في كتاب الله وسنة نبيه وإجماع الصحابة :

فمن الكتاب قوله تعالى **(وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)**[1] و من السنة النبوية عن عمرو بن عوف ان الرسول صلى الله عليه وسلم قال:" الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو احل حراما". ومن الإجماع فقد ثبت إجماع الصحابة والفقهاء المسلمون على مشروعيه الصلح بين الخصوم[2].

إجراءات الصلح :

تعتبر محاوله الإصلاح قبل النطق بطلاق الخلع وجوبيه وهذا ما فرضته المادة 49 من قانون الأسرة، و كذا المادة 439 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

ولقد تعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمحاولات الصلح في المواد من 439 إلى غاية 443 و تكلم في المادة 439 عن محاوله الصلح ،مما يؤكد ما هو مذكور في المادة 49 من قانون الأسرة بخصوص وجوب القيام بمحاولتين على الأقل للإصلاح، ويتم ذلك في جلسه سرية بمعنى في قاعه المداولات أو في مكتب القاضي، وفي اليوم المحدد لإجراء محاولة الإصلاح يقوم القاضي بالاستماع إلى كل من الزوجين على انفراد، ثم كلاهما معا ،ويبدأ بالاستماع إلى الزوجة المدعية ثم إلى الزوج، ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور احد أفراد الأسرة و المشاركة في محاوله الإصلاح، و في حاله استحالة الحضور في التاريخ المحدد لجلسه الصلح على احد الزوجين أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير انه إذا تخلف احد الزوجين عن حضور الجلسة ألمحدده للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا ،يحرر القاضي محضرا بذلك يذكر فيه صحة التبليغ و غياب الزوج المعنى أثناء الجلسة، ونصت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه:" يمكن للقاضي منح الزوجين مهله التفكير لإجراء محاوله صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن " .ويفهم من نص المادة أن محاوله الإصلاح مرتين على الأقل وبصفه وجوبيه ،غير انه يجوز للقاضي قبل إجراء محاوله صلح جديدة أن يمنح للزوجين مهله للتفكير، فقد تتراجع الزوجة عن طلب الطلاق بعوض" الخلع" او يتفقا على العوض ومقداره[4].

وفي جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاوله الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع دعوى الخلع ،ومن هنا يمكن القول بان إجراء الصلح في ماده الطلاق هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاوله إقناع الزوج عن التراجع عن طلبه في الطلاق

---

1 سورة الحجرات ، الآية19

2 احمد شامي ، المرجع السابق ،ص ص 266-267

3 لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق ،ص244

4 لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه ،ص ص 184-185

لكونه ان محاوله الصلح تعد عنصر من العناصر الشكلية لممارسه الحق الإداري، وان لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية حكم إبطال إجراءات الطلاق، وهذا ما أكد عليه قانون الأسرة خلال عام 1984 من خلال المادة 49 على انه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاوله الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر". يستفاد من نص المادة أن إرادة الزوج لا تكفي لوحدها لترتيب الأثر القانوني للطلاق إلا باستفاء الشكل القانوني ، كما يعتبر نص الماده 49 من قانون الاسرة نصا اجرائيا قانونيا أي انه يتعلق بإجراءات الطلاق ،حيث انه يوجب على القاضي إجراء محاوله الصلح قبل النطق بحكم الطلاق و إلا سيكون حكمه معيبا و مخالفا للقانون ويتحتم نقضه[1] ،ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاوله الصلح بين الزوجين ، وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما، خلال مده لا تتجاوز ثلاثة أشهر وبعد أن تقرر الزوجة صراحة إنها تبغض الحياة مع الزوج ، وانه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط الحضانة أو نفقتهم أو إي حق من حقوقهم .ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاقا بائنا .ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن[2].

المطلب الثاني قواعد الاختصاص:

المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى هي التي تكون مختصة لذا يجب تحديدها لأنه قد تكون محل بحث و اجتهاد قانوني ولهذا سوف ادرس هذا المطلب في فرعين :

أولهما تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم في دعوى الخلع.

و الفرع الثاني أتطرق فيه إلى بيان الاختصاص الإقليمي لمحاكم دعوى الخلع.

الفرع الأول الاختصاص النوعي :

يسند اختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمون قانون الأسرة الذي يضبط الجانب الموضوع المتعلق بقضايا الاسرة، في حين ينظم قانون الإجراءات الشق الإجرائي ،أما الدعاوى الخمسة المذكورة في المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد ورد ذكرها باعتبارها أهم الدعاوى التي يعرفها القضاء ،لكنها لا تمثل كل الدعاوي التي تختص بها قسم شؤون الأسرة لوجود منازعات أخرى لم يات ذكرها، منها القضايا المتعلقة بالهبات والوصايا المتعلقة بالمنقولات والحقوق الوراثية وغيرها ،أما في ما يتعلق بالمادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي أسندت الى قاضي شؤون الأسرة مهام جديدة تخص حماية مصالح القاصر خاصة عند وفاه الأبوين وعدم وجود من يتولى شؤونهم، يتكفل القاضي شؤون على الخصوص على حماية مصالحهم[3].

1 أحمد شامي ، المرجع السابق ،ص 268

2 بن الرشيد ، المرجع السابق ص 213

3 بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، طبعة اولى ، منشورات بغدادي، 209 ص ص 329-328

مع ذلك يجب التمييز بين قاضي الأحداث و قاضي شؤون الأسرة، فهذا الأخير لا يتدخل إلا لحماية مصالح للقصر، وفي حاله وفاه الوالدين او وجود خصومة بينهما يتدخل قاضي الأحداث وفقا لقانون الإجراءات الجزائية كلما كان الحدث في حاله خطر قد تؤدي به إلى الانحراف الأخلاقي بغض النظر عن وجود الوالدين أم لا[1].

المادة 423 :"ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية، وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.
2- دعاوى النفقة و الحضانة و حق الزيارة.
3- دعاوى إثبات الزواج والنسب.
4- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم "[2].

المادة 424 " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر" [3].

الفرع الثاني الاختصاص الإقليمي:

تحدد المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع ، إما في موطن المدعى عليه أو في موطن المدعي أو بناء على اختيار الطرفين، أما القضايا التي لم يذكرها فيتم الرجوع فيها إلى القواعد العامة في الاختصاص[4].

المادة 426" تكون المحكمة المختصة إقليميا في:

1- موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه .
2- موضوع إثبات الزواج من مكان وجود موطن المدعى عليه .
3- موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي ، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة احد الزوجين حسب اختيارهما.
4- موضوع الحضانة وحق الزيارة و الرخص الإدارية ألمسلمه للقاصر او المحضون بمكان ممارسه الحضانة .
5- موضوع النفقة الغذائية بمواطن الدائن.
6- موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي.
7- موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص .
8- موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه.

1 بربارة عبد الرحمان ، المرجع نفسه ص 329
2 المادة 423 من القانون 08-09 السابق الذكر.
3 المادة 424 من القانون 08-09 السابق الذكر.
4 بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ص 329

9- موضوع الولاية بمكان ممارسه الولاية"[1] .

المطلب الثالث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشان الخلع:

تنتهي دعوه الخلع إلى إصدار حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار الإشكال بشان طبيعة الأحكام الفاصلة فيه، ولهذا سأقسم المطلب الى فرعين:

- الفرع الأول : طرق الطعن العادية.
- الفرع الثاني طرق الطعن غير العادية.

الفرع الأول طرق الطعن العادية: إن الأحكام الصادرة في مسائل الخلع بصفه عامه مثلها مثل الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن فيها بالطرق العادية و المتمثلة في المعارضة والاستئناف يكون في الجوانب المادية فقط ،لان أحكام الخلع تكون أحكاما ابتدائية ونهائيه يتم الفصل فيها كأول وآخر درجه وفقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.

أولا الطعن بالاستئناف :هو احد طرق الطعن العادية يهدف إلى مراجعه أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة، ويعتبر الاستئناف المظهر العملي لمبدأ التقاضي على درجتين، بالرجوع إلى المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تتضمن مبدأ عاما وهو عدم قابليه الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع للاستئناف إلا في جوانبه المادية، بالرغم من أن المادة جاءت صريحة إلا انه حصل تضارب في قرارات المحكمة العليا فمنهم من ذهب إلى ان أحكام الخلع غير قابله للاستئناف، ومنهم من قال عكس ذلك وعليه ارتأيت أن أوضح ذلك[2].

إحكام الخلع غير قابله للاستئناف يرى أصحاب هذا الاتجاه أن إحكام الخلع تصدر ابتدائية نهائية استنادا إلى المادة 57 من قانون الأسرة التي تنص على "الأحكام بالطلاق غير قابله للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية"، إضافة إلى ما أوردته المادة 48 أيضا والتي اعتبرت الخلع طلاقا وبذلك فهو غير قابل للاستئناف.

و بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعوى الخلع غير قابله للاستئناف وذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع او برفضه كما يقبل الطعن في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع وان تحققت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا ورفضها موضوعا ،و قبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشره يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائيه ،وقد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 -07 -1996 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم

---

1 المادة 426 من القانون 08-09 السابق الذكر.

2 روابط رزيقة ، زرارفة فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ص ص 74-75

الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1994 عن محكمه الحراش مجلس قضاء الجزائر العاصمة الى قبوله شكلا ورفضه موضوعا ، استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الاقتضاء، وليس عقد رضائي بين الزوجين[1].

أحكام الخلع القابلة للاستئناف :يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابله للطعن فيها بالاستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق والخلع عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف ، انتهى الى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع ، كما قبلت المحكمة العليا بالطعن بالنقص ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدره تأييدا لحكم محكمه الدرجة الأولى وبعضها الأخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى، وصرح من جديد بالتفريق بالخلع، وتكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى واللافت للانتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوى الخلع يجري على درجه واحده التي صرحت بنقض القرار المطعون فيه و بدون أحاله.

ونحن نرجح هذا الاتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب، ذلك عن كره الزوجة لزوجها في فتره ما ، ولظروف مؤقتة يجعلها تبغضه ولا تطيق عشرته تدفعها لمخالعته ،إلا انه بزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها وتندم على طلبها عندما يبرز لها جليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها إلى طلب الفرقة، وهذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعها الله في قلب الرجل والمرأة لاسيما هذه الأخيرة التي تغلب عليها العاطفة والرجعة اجدى لها حفاظا على تكامل الأسرة[2].

ثانيا الطعن بالمعارضة لا نجد في قانون الأسرة الجزائري أي نص يستفاد من مضمونه ان أحكام الخلع تقبل المعارضة، و لذلك علينا بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية حيث تنص المادة 328 منه على" يكون الحكم أو القرار الغيابي قابلا للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". فالطعن بالمعارضة لا يكون إلا ضد الحكم الغيابي وترفع المعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي، وتهدف المعارضة إلى مراجعه الحكم أو القرار وكأنه لم يكن، إلا إذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل طبقا لنص المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات المعارضة تخضع للإجراءات العادية لرفع الدعوى حسب نص المادة 330 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتفصل فيها الجهة القضائية التي تعرض عليها في الشكل والموضوع ،ولا يجوز القضاء ينظر في الدعوى في حاله المعارضة ويجب أن تكون العريضة مرفقه بنسخه من الحكم المعارض فيه تحت طائلة عدم قبول المعارضة شكلا، و حتى تقبل المعارضة يوجب القانون من المعارض تبليغ الخصم ،ويكون الحكم الصادر في المعارضة حضوريا حسب المادة 331 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،أما اجل المعارضة فهو شهرواحد يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي أو الحكم أو القرار وذلك حسب نص المادة 329 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

---

1 منصوري نور الهدى ، المرجع السابق ص ص 147-148

2 منصوري نور الهدى ، المرجع السابق ص ص 148-149

ومن خلال ما تناولناه بشان المعارضة فانه يتبين لنا أن الزوج المخالع له الحق في الطعن بالمعارضة، وذلك في حاله عدم تسلمه التكليف المباشر بالحضور بشرط عدم انقضاء الآجال القانونية المحددة[1].

الفرع الثاني طرق الطعن غير العادية :

بعد الخوض في طرق الطعن العادية سأتحدث عن طرق الطعن غير العادية:.

أولا الطعن بالنقض: المواد المتعلقة بإجراءات الطعن بالنقض وفقا للقانون الجديد تتضمن أحكاما تؤكد المبادئ العامة المعمول بها، وهي تخص تسيير الإجراءات أمام المحكمة العليا كتابيا، وضرورة تمثيل الخصوم من طرف محامين معتمدين لدى جهة النقض كما تتضمن تدابير جديدة تخص التصريح بالطعن[2].

يتم الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ،و يتعلق بإصلاح الأخطاء القانونية التي ارتكبت أمام المحاكم الدنيا ويختلف الطعن عن الاستئناف من حيث أن المحكمة العليا غير مختصة باعداه النظر في الوقائع التي استند إليها الحكم المطعون فيه ،ولا يملك كذلك سلطه إجراء التحقيق أو سماع الشهود، وإنما يجب عليه فقط البحث عما إذا كان الحكم المطعون فيه مطابقا للقانون وذلك تطبيقا لمبدأ "المحكمة العليا محكمه قانون وليست محكمه وقائع"[3].وإنها لا تشكل درجه ثالثه من التقاضي بحيث تنص المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" تكون قابله للطعن بالنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجه عن المحاكم والمجالس القضائية" وفيما يخص آجال الطعن بالنقض فقد نصت عليها الماده 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" يرفع الطعن بالنقض في اجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي"[4]. أما عن الآثار التي تترتب عن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم أو القرار حسب نص المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،وبما أن المادة 57 من قانون الأسرة كانت صريحة في عدم قابليه أحكام الخلع للاستئناف ،فهي أحكام قابله للطعن بالنقض[5]. **ثانيا التماس إعادة النظر** : هو ثالث طريق غير عادي بالإضافة إلى الطعن بالنقض،و اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ويمارسه الخصم أمام نفس الجهة التي أصدرت الأمر الإستعجالي أو الحكم أو القرار المطعون فيه. يهدف التماس إعادة النظر إلى مراجعه الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع لقوه الشيء المقضي به ،و الفصل فيه من جديد من حيث الوقائع و القانون، ومنح اختصاص النظر في الطعن بالالتماس

1 روابط رزيقة ، زرارفة فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ص ص 74-75
2 بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ص 394
3 روابط رزيقة ، زرارفة فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ص ص 76-77
4 قانون الاجراءات المدنية والجزائية المواد 349-354
5 روابط رزيقة ، زرارفة فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ص -77

لنفس الجهة التي أصدرت السند المطعون فيه،يرجع إلى الفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا الطعن، فهو لا يهدف الى إصلاح تقدير خاطئ إنما إلى إعادة النظر لأجل تقدير جديد في ضوء ظروف جديدة، إذ لاشك في إن الجهة التي أصدرت السند المطعون هي اعلم من غيرها بقيمه العناصر المثارة لأول مره بعد اكتشافها،و يشترط لقبول الالتماس توفر العناصر الآتية:

- أن يتعلق الالتماس بمراجعه أمر استعجالي أو حكم أو قرار فاصل في الموضوع، إذ لا يجوز التماس إعادة النظر في ما لا يتصف بالطابع القطعي كالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ،او الأوامر الولائية.
- أن يكون الأمر الاستعجالي أو الحكم او القرار المطعون فيه حائزا لقوة الشيء المقضي به، وبالتالي فان الحكم القابل للاستئناف أو المعارضة لا يمكن أن يكون موضوع التماس بإعادة النظر، مادامت مادامت الآجال لم تنتهي وطرق الطعن العادية لم تستغرق.
- أن يكون المتقدم بالطعن طرفا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه ، او تم استدعاؤه قانونا،فمن لم يكن حائزا لصفة الطرف كما هو مبين في المادة 391 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يجوز له الطعن بالالتماس ،إنما له أن يسلك طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة [1].

كما يرفع التماس إعادة النظر في اجل شهرين يبدأ سريانه من تاريخ شهادة الشاهد أو ثبوت التزوير أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة، ومن شروط تقديم التماس إعادة النظر توفر احد السببين التاليين :

- إذا تبين القرار أو الحكم على شهادة الشهود أو على وثائق اعترف بتزويرها أوثبت قضائيا تزويرها بعد صدور الحكم ، وحيازته قوة الشيء المقضي به .
- إذا اكتشف بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوه الشيء المقضي فيه أوراق حاسمه في الدعوى كانت محتجزة عمداعند احد الخصوم[2].

المبحث الثاني أثار الخلع:

يعتبر الخلع احد طرق فك الرابطة الزوجية لذلك أورد قانون الأسرة الجزائري أثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان أثار الطلاق، وتندرج أثار الخلع في هذا الفصل مع وجود بعض الاختلافات ينفرد بها الخلع، ولهذا سأتناول في هذا المبحث مطلبين:

- المطلب الأول : الآثار الخاصة بالخلع.
- المطلب الثاني: الآثار العامة

المطلب الأول الآثار الخاصة بالخلع:

1 بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ص ص 289-290
2 روابط رزيقة ، زرارفة فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ص -78

ينفرد عن باقي طرق حل الرابطة الزوجية بمجموعه من الآثار والتي سوف أتكلم عنها في شكل فروع :

الفرع الأول التزام المختلعه بتسديد بدل الخلع :

متى وقع الإيجاب والقبول على المخالعة 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 أو اقل، العموم قوله تعالى:(**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**) إنما هو عام في كل ما تعطيه الزوجة لزوجها قليلا كان ام كثيرا زائدا عن المهر أو اقل منه[1].

الفرع الثاني اعتداد المختلعة:

العدة اجل ضربه الشارع ما بقي من أثار الزواج أو شبهته، وفي ضوء ما قاله الفقهاء في تعريف العدة في اصطلاح الشرع يمكن أن يعرف بأنها "مده مقدره بحكم الشرع تلزم المرأة مراعاة أحكامها عند وقوع بينها وبين زوجها و الحكمة من تشريع العدة هي التأكد من عدم حملها من زوجها الذي فارقها فلو لم تجب العدة مع احتمال حملها من زوجها الذي فارقها ، فإنها قد تتزوج قبل أن تضع حملها فيطؤها زوجها الجديد وهي حامل من زوجها القديم فيصير ساقيا ماؤه زرع غيره ،وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك بقوله "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره" وإذا جاءت بولد في هذه الحالة فان نسب الولد يضيع لوجود الشك في نسبه إلى الزوج الأول أو إلى الزوج الثاني، فيضيع الولد لعدم المربى فوجدت العدة ليعلم بها فراغ الرحم وعدم اشتغاله بالحمل لا تقع هذه العواقب الوخيمة[2] والعدة واجبة شرعا وقد دل على وجوبها من الكتاب والسنة والإجماع، اما من الكتاب ففيه آيات كثيرة وردت في وجوبها منها قوله تعالى:(**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**)[3] . و قوله تعالى :**(وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**)[4]. وفي السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة في وجوب العدة منها قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس" اعتدي في بيت ابن ام مكتوم" . وأجمعت الأمة على وجوبها في الجملة[5] .

و تعتبر المختلعة في حكم المطلقة، لذا يجب عليها أن كان مدخولا بها أن تعتد بثلاثة قروء ، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر ابتداء من يوم التصريح بالطلاق من طرف القاضي، وان توفي الزوج المطلق أثناء العدة فإنها تثبت على عده الطلاق، ولم يلزمها

---

1 منصوري نورة، المرجع السابق ص15
2 نبيل صفر ، المرجع السابق ص 223
3 سورة البقرة ، الآية 228
4 سورة البقرة ، الآية 234
5 نبيل صفر ، المرجع السابق ص 227

الانتقال إلى عده الوفاة، في حين أن عده الحامل هي وضع حملها ،و أقصى مده الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق[1].

واختلف الفقهاء على عده المختلعه على قولين :

- **القول الأول:** أن المختلعة تعتد بثلاثة قروء لعدة المطلقة وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي واحمد في رواية لهم، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى :(**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**).ومادام الخلع طلاق فتدخل المختلعه في عموم الآية.وقال أبو داود حدثنا القصبي عن مالك عن شافع عن بن عمر انه قال "عدة المختلعة عدة المطلقة".
- **القول الثاني** المختلعة تعتد بحيضه واحدة ، وهو ما ذهب إليه ابن تيميه وابن القيم وهي رواية معتمده عن احمد في ذلك واستدلوا في ذلك ما رواه أبو داود عن ابن عباس انه قال:" أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تعتد بحيضه. وروي عن الربيع بن معوذ بن عفراء "ان ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميله بنت عبد الله عن ابي فجاء أخوها يشتكي إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، فأرسل رسول الله الى ثابت فقال :"خذ الذي لك عليها وخل سبيلها ".قال :"نعم ".فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تتربص حيضه واحده وتلحق بأهلها".

من خلال القولين يمكن أن نقول أن الأرجح هو الاعتداد ثلاث حيضات وذلك لعموم الآية الكريمة المذكورة أعلاه ،ما إن الحكمة من جعل العدة ثلاث حيضات هو الاحتياط المطلق حتى يغلب على الظن بتكرر الحيض ثلاث مرات أن الرحم لا يشمل على حمل منه، و دلاله ذلك ثلاث حيضات ابلغ من دلاله حيضه واحدة.

وكذا المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري نصت أن المشرع جعل من عده المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء ، وما دام لم يريد استثناء في ذلك على المختل،عه فإنها تعتد هي أيضا بثلاثة قروء، لاعتبرها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص، ويتبع وذلك أن اليائسة من المحيض تعتد بثلاثة أشهر و الحامل بوضع الحمل[2].

الفرع الثالث سقوط الحقوق الزوجية :

1 لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ص 208
2 منصوري نورة، المرجع السابق ص ص 150-151

يسقط الخلع كل ما نشأ قبله من حقوق الزوجين[1]، تسقط الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوج و زوجته وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع، ولا اثر لها الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج،و يتضح مما سبق أن المسالة اجتهادية لعدم ورود نصوص شرعيه أو قانونيه تخصصها ، ولكن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع لان هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه، ولا يسقط غيره ،وفي حاله المخالعه عن طريق القضاء فان المادة 54 من قانون الأسرة تجعل فتره تقدير العوض من سلطه القاضي في حاله عدم اتفاق الزوجين عليه ،و وهنا ورده اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 22 ماي 1968 جاء فيه "من المقرر شرعا انه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناء على الصداق المعجل وما ثبت لديهم من الظلم". ويتضح أن اجتهاد المحكمة العليا يتماشى والفقه الحالي الذي يرى أن الخلع لا يسقط حقا من الحقوق إلا المتفق عليه باعتباره طلاقا على مال[2] .

المطلب الثاني الآثار العامة للخلع:

لقد تطرقت سابقا إلى أن هناك أثارا خاصة ينفرد بها الخلع عن باقي الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوجية، إلا أن هناك أثارا يشترك بها الخلع مع الطرق الأخرى وتتمثل في الآثار العامة والتي سوف أتطرق إليها في مجموعه من الفروع:

الفرع الأول نفقه العدة :كل مختلعة معتدة تستحق نفقه من مال مخالعها مدة عدتها، ويجب على الخالع أن يتحمل نفقه العدة، وعلى المحكمة أن تحكم بها وتحددها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك، ولم تتنازل عن حقها هذا صراحة أمام القاضي طبقا لنص المادة من قانون الأسرة" و لها الحق في النفقة في عده الطلاق" .وعلى القاضي أن يراعي في تقدير العدة حال الزوجين، وتجدر الإشارة إلى أن نفقه العدة يمكن أن تكون بدل الخلع وبالتالي يسقط هذا الحق وليس المطالبة به[3].

وجاء مدعما لم وضحناه قرار المحكمة العليا الصادر في 22- 10 -1984 تحت رقم 34327 والذي جاء فيه" متى كان المقرر شرعا أن نفقه العدة واجبه للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمه أو مظلومة، فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لحكم من أحكام الشريعة الإسلامية[4].

و يصح الخلع مقابل إبراء المرأة زوجها من نفقه العدة ويبرا الزوج منها لأنه مال مقصود يصح به الخلع ،حتى وان كانت العدة عدة حمل حيث يصح الخلع عن نفقه عده الحامل، إلا إذا أعسرت في هذه المدة، فانه يجب عليه أن ينفق عليها وتكون هذه النفقة دينا

1 عبد القادر بن حرزالله ، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق ، الطبعة الاولى ، دار الخلدونية ، الجزائر،2007،ص 267

2 منصوري نورة، المرجع السابق ص ص 151-153

3 منصوري نورة، المرجع السابق ص 154

4 روابط رزيقة ، زرارفة فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ص 68

عليها يأخذه منها متى أيسرت ،هذه بعض المنافع والحقوق التي يجوز عليها الخلع شرعا[1].

الفرع الثاني نفقه الإهمال: نصت المادة 74 من قانون الأسرة بأن نفقه الزوجة على زوجها المدخول بها ،فإذا قدمت المختلعه ما يثبت أن مخالعها لم ينفق عليها، يحق لها طلب نفقه الإهمال من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع ،و تقدر نفقه الإهمال حسب مقدور الزوجين و هي شهريه[2].

ويجب من تاريخ خروجها من المسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع ،حسب ظروف ومقدور الزوج وتشمل الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من ضروريات العرف والعادة[3].

ونصت على ذلك المادة 79 من قانون الأسرة " يراعي القاضي في تقدير النفقة حاله الطرفين وظروف المعاش ولا يرجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

الفرع الثالث الحضانة :الحضانة معناها إمساك الولد وتربيته منذ أول وجوده سواء كان ذلك للام أو لغيرها ممن يقوم مقامها فهي أول ضرب من ضروب الولاية على الطفل ويعرفها الفقهاء:" بأنها تربية الولد لمن له حق الحضانة " الحضانة حق للصغير و الحاضنة معا ، فإذا أسقطت الأم حقها في الحضانة بقي حقه هو، وذلك لان حق الولد أن تعتني به والدته منذ ولادته ،ومن هذه العناية حفظه والقيام بشؤونه ،وهذا ما يكون واجبا على الأم في هذه الفترة من حياته، لأنها اقدر على هذا من الأب وحق الصغير في حضانته اقوي من حق الحاضنة نفسها، وينطبق هذا على الأب أيضا بالنسبة لظم الصغير إليه بعد تجاوزه سن الحضانة[4] .

وعرفتها المادة 62 من قانون الأسرة:" الحضانة هي رعاية الطفل وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا" .

وألام أولى بحضانة الأطفال لكن بالتنازل عن الحضانة للأب ،كما في مقدورها أن تطلب الخلع مقابل تنازلها عن الحضانة، إلا إن فقهاء المالكية يشترطون أن لا يضر ذلك بالطفل، وقد سبق التطرق لهذه المسألة[5] .

ويتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق بين الزوجين،ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لأنها أولى ، ثم يليها من هم احق بالحضانة وبعدها حسب نص المادة 64

1 خليل عمرو، المرجع السابق ص ص 181-182
2 منصوري نورة، المرجع السابق ص 154
3 المستاري نور الهدى ، المرجع السابق ص 85

4 نبيل صقر ، المرجع السابق ص 244
5 لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق ص 266

من قانون الأسرة و على القاضي ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها قانونا لسبب من الأسباب[1].

الفرع الرابع نفقه المحضون: إن موضوع نفقه المحضون تناولتها المادة 72 "في حاله الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسه الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن". وقد اتفق المالكية على أن السكن واجب على الأب في ما يخص المحضون، واختلفوا فيما يخص الحاضنة من السكن وقد اخذ القانون من الفقه المالكي[2].

إذا كان للمحضون مال خاص به فذلك و إلا تعين على القاضي الحكم للوالد بالنفقة على محضونه، كما يجب على الأب توفير مسكن له، فإذا لم يستطيع ذلك يقوم بدفع الأجرة للسكن حسب مقدور الأب تبدأ من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا[3].

طبقا للقرار الصادر في 8- 5 -2002 تحت رقم 254635 ،والذي جاء فيه "يعتبر بدل الإيجار أو السكن عنصر من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الأب للمحضون ،ولا يمكن منح بدل الإيجار بعدد الأطفال المحضونين.

يجوز للام أن تطلبه الخلع مقابله التنازل عن نفقة الأبناء إذا كانت قادرة على الإنفاق عليهم بنفسها ،وعلى القاضي التأكد من ذلك ،لان مصلحة الأطفال هي التي يجب مراعاتها ،لكون النفقة حقا لهم[4] .

الفرع الخامس حق الزيارة: يعتبر موضوع الزيارة كأثر للطلاق من المسائل التي عالجها المشرع الجزائري في تعديله الأخير بعد أن أغفلها في فتره معينه، اكتفى خلالها بتقريرها فقط في حكم الطلاق دون إقرارها قبله ولو مؤقتا ،حيث كان القضاة يحكمون بصفه قطعيه ضمن أحكامهم القاضية بالطلاق مباشرة بحق الزيارة، أي زيارة المحضون للزوج الأخر الذي لم تسند إليه الحضانة عملا بأحكام المادة 64 من قانون الأسرة رقم 11-84[5].

زيارة الأطفال حق للطرف غير الحاضن من الأبوين، كما هي حق للطفل في التمتع برؤية والده غير الحاضن ،وعلى القاضي الحكم وجوبا بحق الزيارة عندما يحكم بالحضانة لأحد الأبوين أو غيرهما ،وهذا طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة[6].

في مقابل الحكم للام بالحضانة، يحكم القاضي بحق الزيارة للأب تلقائيا دون أن يطلبها ،لانها من النظام العام ، ويحدد أوقات وأماكن الزيارة[1].

---

1 منصوري نورة، المرجع السابق ص 79
2 نبيل صقر ، المرجع السابق ص 262
3 منصوري نورة، المرجع السابق ص 155
4 لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المرجع السابق ص 228
5 احمد الشامي ، المرجع السابق ص 283
6 لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المرجع السابق ص 228

ويجب التنصيص في الحكم على مضمون حق الزيارة بالساعة واليوم مع مراعاة سن الطفل وقدرته على الخروج من منزل الحاضنة أو الحاضن وكذا مراعاة ظروف الطرف الذي له الحق في الزيارة من جهة مكان إقامته ومدى بعده عن مسكن الطفل المحضون ، والتنصيص إن كانت الزيارة في مسكن هذا الأخير أو بالأخذ والرد ،وكذا بشان اقتسام أيام العطل السنوية و الدراسية ، إلى غير ذلك من التفاصيل تفاديا لأي إشكال في التنفيذ[2].

بعد التعديل للأحكام المتعلقة بحق الزيارة بإضافة المادة 58 من قانون الأسرة ، أصبح من حق أي من مستحقي الحضانة أن يتقدموا أمام قاضي الأحوال الشخصية في الفترة التي تلي رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم من اجل إصدار أمر على ذيل العريضة يتم وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها في المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويعتبر من قبيل التدابير التحفظية التي يمنح القضاء الاستعجالي من خلالها حق الزيارة للزوج الأخر والحاضن من جهة أخرى والحكمة من هذا التعديل هي مراعاة الجانب النفسي والمعنوي للمحضون من جهة، و للحاضن من جهة أخرى لاسيما أن الغالب الأعم في خصومات الطلاق أن يمنع احد الزوجين عن الزوج الآخر زيارة المحضون انتقاما منه لرفع دعوى الطلاق.[3]

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى حق الزيارة في المادة 64 من قانون الأسرة ولم يحدد المدة التي يستغرقها المستفيد من حق الزيارة للمحضون لان هذه المسالة تقوم على الرضا[4].

وقد حددتها المحكمة العليا مره في كل أسبوع على الأقل ، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 16 -4 -1990 عندما ذكرت" متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة، أن يحكم بحق الزيارة، فانه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيب مرنا وفقا لما تقتضيه حاله الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مره في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم .[5]

---

1 منصوري نورة، المرجع السابق ص 155
2 لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المرجع السابق ص 228
3 احمد شامي ، المرجع السابق ص 284
4 بن عيسى نور الهدى ، المرجع السابق ص 57
5 قرار المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية بتاريخ 16-04-1990ملف رقم 59784 المجلة القضائية ، العدد 04، ص 126

خاتمة

لقد وضع الشارع الحكيم العصمة بيد الرجل وأعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته، ولكن في المقابل أعطى للزوجة طريقتين في فك الرابطة الزوجية إذا استحالت الحياة الزوجية والعشرة مع زوجها، وزاد بينهما الشقاق و هذين الطريقين هما التطليق والخلع وهذا الأخير هو موضوع دراستنا ،وبالرغم من أهمية هذا الموضوع وانتشاره خاصة خلال الآونة الأخيرة ، إلا أن المشرع الجزائري أغفله وأهمله، ويظهر ذلك من خلال تنظيمه لأحكام الخلع، وقد جاء بماده واحده فقط تاركا الأمر في شرحه إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية.

ولعل الوقت حان لمراجعة أحكام قانون الأسرة في هذا الشأن، فكان المشرع الجزائري في ما يخص الخلع تبيين أن حق الزوجة في طلبه يتم دون موافقة الزوج ولا يكون للقاضي سوى سلطه تقديريه في تحديد بدله بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم في حاله اختلافهما في تحديده ،ولا يكون له الاستجابة لطلبها لأنه على الرغم من نص في المادة 54 من قانون الأسرة، إلا أن هذه المادة أثارت العديد من الإشكاليات والتأويلات في فهم المشرع لها قبل التعديل .

مما أدى إلى عدم استقرار الاجتهاد القضائي في هذا الشأن فتارة يتجه نحو موافقة الزوج و تارة أخرى يتجه إلى عدمه ليتم الخلع ،ولكن بعد التعديل لم يعد يعتمد على موافقة الزوج، فالخلع طلاق معلق على مال من جهة الزوج و معاوضه من جهة الزوجة وكل من صلح طلاقه صلح خلعه،فالخلع يعتبر طلاقا لا فسخا ، كما أن الخلع طلاق بائن، تملك به المرأة عصمتها ولا يراجعها الزوج إلا بموافقتها بعقد ومهر جديد، كما انه يكره للمرأة طلب الخلع إلا إذا رأت من زوجها ما يحمله على كراهته وأيقنت أنها عاجزة على معاشرته بالمعروف.

إذا طلبت الزوجة الخلع من زوجها ولم تجد نفعا معها محاوله الإصلاح والتوفيق وجب على الزوج إجابة طلبها.ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

أولا النتائج

من خلال الدراسة التي قمت بها بموضوع الخلع من الجانب التشريعي توصلت إلى النتائج التالية:

1. ان الخلع طريق قانوني يخول للزوجة الحق في المطالبة في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة ومقابل حق الزوج في الطلاق.

2. تبنى المشرع الجزائري الرأي القائل بان الفرقة التي تكون عن طريق الخلع يعتبر طلاقا ل فسخا وذلك لان المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أن الخلع صوره من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانه الفصل الخاص من الطلاق ،وهذا الاختلاف اثر لكل منهما.
3. كما بينت الدراسة ان المشرع في قانون الأسرة اعتبر الخلع حقا مكتسبا وحقا إراديا للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة من دون البحث في الأسباب من خلال نص المادة 54 المعدلة بالأمر من قانون الأسرة الجزائري .
4. كما ترفع دعوى الخلع بطريقتين الأولى بعريضة مكتوبة وموافقة المدعي، أما الطريقة الثانية فهي بالإوعاء أمام أمين الضبط المختص.
5. ترفع دعوى أمام قسم الأحوال الشخصية التي يوجد بها مقر مسكن الزوجية.
6. الخلع يقبل الطعن سواء بطرق الطعن العادية او بطرق الطعن الغير العادية .
7. تعتبر سلطه القاضي في دعوى الخلع وفق القانون الأسرة محدده بمهمتين :المهمة الأولى هي الاستجابة التلقائية من القاضي للزوجة إذا طلبت الخلع بعد إجراء الصلح كإجراء التزامي، بينما تبقى سلطته في حاله عدم الاتفاق عليه من الزوجين في تقدير العوض في حالة عدم الاتفاق عليه من الزوجين.
8. الخلع يتمتع بآثار خاصة عن باقي الطرق لفك الرابطة الزوجية كما يشترك معهم في مجموعه من الآثار العامة.

ثانيا المقترحات :

1. على المشرع أن يضع قوانين أكثر صرامة لعلاج مشكله الطلاق بالخلع للحد من تفشي هذه الظاهرة.
2. ضرورة إنشاء محكمه خاصة بالأسرة على غرار المحكمة الإدارية، وتقسيمها إلى أقسام من بينها قسم خاص بالنزاعات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، حتى لا يثقل كاهل القضاة والوصول إلى تحقيق العدالة المرجوة من اللجوء إلى القضاء.
3. ضرورة إضافة العديد من المواد وإدراجها في قانون الأسرة متعلقة بالخلع، وهذا من اجل تحديد نطاقه والحد من الاختلاف الكبير لدى الفقهاء.

قائمه المصادر و المراجع

أولا المصادر:

أ- القران الكريم .

ب- القوانين

1. القانون رقم02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.
2. القانون رقم05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 ، الجريدة الرسمية العدد31، المؤرخة في 13 ماي 2007.
3. القانون رقم09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية العدد21، المؤرخة في 23 افريل 2008.

ثانيا المراجع

1-الكتب

1. احمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،2010
2. احمد نصر الجندي ،فرقه الزواج ،دار الكتب القانونية، مصر، 2005
3. احمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى دار المسيرة، الأردن، 2009.
4. الغوثي بن ملحه ،قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005
5. بربارة عبد الرحمن ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار البغدادي للطباعة والنشر، الجزائر2009.
6. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
7. بلحاج العربي ،قانون الأسرة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،
8. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية،
9. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2003.

10. خليل عمرو ،الرابطة الزوجية ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2015.
11. سليمان ولد حسان ،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الطبعة الثانية الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
12. عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى دار الخلدونية ، الجزائر،2007.
13. عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم ،لبنان،2016.
14. عمر جمعه محمود، فسخ عقد النكاح بين الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقيه ،لبنان،2016.
15. علي احمد عبد العال الطهطاوي، الخلع والطلاق والظهار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
16. على الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، دون مكان للنشر.
17. لحسين بن شيخ اث ملويا ،رسالة في طلاق الخلع ،دار هومه، الجزائر،2013.
18. محمد زايد الابياني، الأحوال الشخصية، مكتبه سيد عبد الله وهبه، القاهرة، دون سنه النشر.
19. منصوري نوره، التطليق والخلع، دار الهدى ،الجزائر،2010.
20. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وتطبيقا وفقها، دار الهدى، الجزائر،2006.
21. يوسف دلاندة ، استشارة قانونيه في قضايا شؤون الأسرة ، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2011.

رابعا الرسائل الجامعية

1. بن جناحي امينه ،دور القاضي في الخلع ،دراسه الفقه والقانون والاجتهاد القضائي ،مذكره ماجستير ،كليه الحقوق، جامعه بومرداس،2014.
2. المستاري نور الهدى ، الخلع دراسة مقارنه، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه تلمسان ،2013.
3. بن عيسى نور الهدى، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ،مذكره ماستر كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه بسكره، 2018 .
4. روابط رزيقه ،زرارفة فاطمة الزهراء ،أحكام الخلع في القانون الجزائري، مذكره ماستر، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه النعامه ، 2015

5. عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنه بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكره ماجستير، كليه العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعه وهران، 2006.
6. نسيمه عبدي ، الخلع على ضوء الشريعة وقانون الأسرة الجزائري مذكره ماستر، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه بسكره، 2018 .

رابعا القرارات القضائية.

1. قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفه الأحوال الشخصية بتاريخ 12-07-2006 ،ملف رقم 353851 ،لمجله المحكمة العليا العدد02، 2006.
2. قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفه الأحوال الشخصية بتاريخ 08-05-2002 ،ملف رقم 254635 ، نشره القضاء ،العدد57، 2006.
3. قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفه الأحوال الشخصية بتاريخ 16-04-1990 ،ملف رقم 59784 ، المجلة القضائيه العدد04، 1991.
4. قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفه الأحوال الشخصية بتاريخ 22-04-1985 ،ملف رقم 36709 ،لمجله القضائية العدد..،

الفهـــــــــــــرس	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للخلع	9
المبحث الأول: مفهوم الخلع	10
المطلب الأول: تعريف الخلع وتحديد ألفاظه	10
الفرع الأول: تعريف الخلع	10
أولا :تعريف الخلع لغة.	10
ثانيا :تعريف الخلع اصطلاحا	12
ثالثا: تعريف الخلع قانونا	16
الفرع الثاني :تحديد ألفاظ الخلع	17
أولا: ألفاظ الخلع عند الحنفية	18
ثانيا :ألفاظ الخلع عند المالكية	19
ثالثا: ألفاظ الخلع عند الشافعية	19
رابعا: ألفاظ الخلع عند الحنابلة	20
المطلب الثاني: حكم الخلع ومشروعيته	20
الفرع الأول: حكم الخلع في الشرع	21
الفرع الثاني دليل مشروعية الخلع	21
أولا :دليل مشروعية الخلع من القرءان الكريم	21
ثانيا: دليل مشروعية الخلع من السنة النبوية	23
ثالثا: دليل مشروعية الخلع من الإجماع	25
المطلب الثالث: تمييز الخلع عمل يشابهه من النظم	26
الفرع الأول: الخلع والطلاق	26
أولا :من حيث التعريف	26
ثانيا: من حيث الصيغة	27
ثالثا :من حيث الدرجة	27
الفرع الثاني :الخلع والتطليق	28
أولا :من حث الماهية	28
ثانيا :من حيث الأساس	29
ثالثا :من حيث السلطة التقديرية للقاضي	30
رابعا: من حيث الآثار	31
الفرع الثالث: الخلع والطلاق على مال	31
أولا :الأحكام المتفق عليها	32
ثانيا :الأحكام المختلف فيها	32
المبحث: الثاني أركان الخلع وتكييفه الفقهي	32
المطلب: الأول أركان الخلع .	35
الفرع :الأول الزوجان	36
أولا: الزوج المخلوع	36
ثانيا: الزوجة المختلعة	36

الفرع :الثاني العوض	37
أولا : ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه	41
ثانيا :حكم اخذ البدل	41
ثالثا :مقدار العوض	42
رابعا: موقف المشرع الجزائري من العوض	43
الفرع :الثالث الصيغة	44
أولا :شروط الصيغة	44
ثانيا :موقف المشرع الجزائري من الصيغة	45
المطلب الثاني: التكييف الفقهي للخلع	45
الفرع الأول: اعتبار الخلع يمينا أو معاوضه	46
الفرع الثاني: اعتبار الخلع فسخا أو طلاق	46
الفصل الثاني :الإطار التنظيمي للخلع	48
المبحث الأول: إجراءات دعوى الخلع	53
المطلب الأول :الإجراءات الخاصة برفع دعوى الخلع	54

الفرع الأول: كيفية إجراء رفع الدعوى	الصفحة
أولا :طرق رفع الدعوى	54
ثانيا: شروط قبول الدعوى	57
الفرع الثاني :سير دعوى الخلع	58
أولا :سلطة القاضي في دعوى الخلع	58
ثانيا :إجراءات الصلح في دعوى الخلع	61
المطلب الثاني: قواعد الاختصاص	64
الفرع الأول اختصاص النوعي	65
الفرع الثاني :الاختصاص الإقليمي	66
المطلب الثالث: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع	67
الفرع الأول طرق الطعن العادية	67
أولا :الطعن بالاستئناف	67
ثانيا: الطعن بالمعارضة	69
الفرع الثاني: طرق الطعن الغير عادية	70
أولا: الطعن بالنقض	70
ثانيا :الطعن بالتماس اعادة النظر	72
المبحث الثاني :اثار الخلع	72
المطلب الأول: الآثار الخاصة بالخلع	72
الفرع الاول: التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع	72
الفرع الثاني: اعتداد المختلعة	72
الفرع الثالث :سقوط الحقوق الزوجية	75
المطلب الثاني :الآثار العامة للخلع	75

الفرع الأول: نفقة العدة	75
الفرع الثاني: نفقة الإهمال	76
الفرع الثالث :الحضانة	77
الفرع الرابع: نفقة المحضون	77
الفرع الخامس حق الزيارة	78
الخاتمة	81
قائمة المصادر والمراجع	84
الفهرس	88

ملخص المذكرة

من مظاهر تكريم الله سبحانه وتعالى للمرأة والزوجة انه فتح له باب الخلاص من الرابطة الزوجية التي أصبحت لا تطيقها ،وخوفا من أن لا تقيم حدود الله ،ومن بين تلك الأبواب ما يطلق عليه في اصطلاح الفقهاء الخلع والذي قد تناول دوره في قانون الأسرة الجزائري ، حيث تعرض المشرع الجزائري إلى الخلع كطريقة من طرق حل الرابطة الزوجية، وقد تناولها في المادة 54 من قانون الأسرة و التي تم تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 بحيث إن هذه المادة جاءت كتبيان أن الخلع حق أصيل للمرأة، ولم يتعرض خلال هذه المادة إلى تبيان مفهوم الخلع وشروطه تاركا للفقه أمر ذلك ،ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد ركز في دراسة الخلع على الجانب الإجرائي التنظيمي أكثر من الجانب المفاهيمي ، حيث انه ركز وبشكل كبير على إجراءات الخلع ، ودور القاضي في دعوى الخلع ، وتبيان أيضا الآثار التي قد تترتب عن الخلع الخاصة منها والعامة.

الكلمات المفتاحية :اصطلاح ، الفقهاء،الخلع ،المشرع ،الأمر