جامعة محمد خيضر – بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة
الخلع على ضوء الشريعة وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة :
- نسيمة عبدي

إشراف الأستاذ :
- صولي الزهرة

الموسم الجامعي :2015/2014

شكـــر وعرفـــان

شكـــر وعرفـــان

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

(من أوتي معروفا فليذكره فمن ذكره شكره، ومن كتمه فقد نكره)

أولا وقبل كل شيء أحمد الله عز وجل وأشكره الذي وفقني لهذا،

فهو أصل كل فضل ومصدر كل نعمة ومبعد كل نقمة

ميسر كل صعب....ومن لا يشكر الأصل لا قبول له بشكر الفرع.

ثم إنني أتقدم بالشكر الخالص إلى أستاذتي المؤطرة صولي الزهرة لقبولها

الإشراف على هذا العمل ولسعة صدرها وصبرها وحسن توجيهاتها .

كما أتوجه بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين

وافقوا على مناقشة هذه المذكرة.

شكر خاص إلى كافة الأساتذة الذين كان لهم الفضل في بلوغي هذا المستوى.

شكر خاص لكل من قدم لنا يد المساعدة فيّ إنجاز هذا البحث

الحمد والشكر لله رب العالمين الذي أعاننا على هذا

الإنجاز هذا العمل المتواضع .

اهدي حصالة مشواري العلمي والمعرفي إلى سراجي المنير إلى من كانت ضيائي في هذه الحياة إلى التي تزال وستظل نور طريقي ومنبع حياتي "أمي الحبيبة " رحمها الله واسكنها فسيح جنانه

إلى عماد أسرتي وشعاع دربي إلى من كرس حياته في سبيل راحتي "أبي العزيز" الذي كان رفيقي في فرحي وهمي رحمه الله واسكنه فسيح جنانه

إلى زينة الحياة أخواتي العزيزات ليندة ،راضية، فوزية، نرجس وإخوتي الأحباء فيصل، عادل

إلى عمتي الغالية جميلة وابنتها أمينة

إلى كتاكيت العائلة: ميلينا، علي، ثوتي، المشاكسة نورس

إلى اعز صديقاتي التي جمعتني بهن علاقة المودة والأخوة في كنف الأسرة الصغيرة المليئة بالحب طوال مشواري فوزية، حنان، إيمان، رميساء، نسرين، سهام، وهيبة، سارة، عبير.

إلى أعز أصدقائي: يوسف، باديس، رحمان، ثيثس، منصف، عبد الرزاق، محمد، طارق.

إلى أستاذتي المشرفة: "صولي الزهرة" التي ساعدتني في إنجاز هذا العمل

مع كل احترامي وتقديري لها

إلى كل من هم في قلبي ونسيهم قلمي

نسيمة

المقدمة:

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية لبناء المجتمع تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية و القرابة، فهي تأتي نتيجة زواج بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب ، حيث تعتمد في حياتها على الترابط و التداخل و حسن المعاشرة و التربية الحسنة ، حسن الخلق و نبذ الآفات الاجتماعية ، هذا بموجب ما نص عليه المشرع من أحكام عامة في قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل و المتمم بالأمر 02/05 لاسيما في المواد الثانية و الثالثة و الرابعة منه.

وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية عقد الزواج ميثاقا غليظا يقوم على الدوام لقوله تعالى: "وكيف تأخذونه، وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا" لكن إذا استحالت العشرة الزوجية بين الزوج و الزوجة، أباح الشارع الحكيم للزوج أن يوقع الطلاق إذا دعت الحاجة إليه و أباح للزوجة أيضا حق الانفصال عن زوجها من خلال طلب التطليق أو الخلع وعليه كان الخلع من بين صور انحلال الرابطة الزوجية وهو موضوع دراستنا.

وقد أجاز المشرع في المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة والمتممة بموجب الأمر 02/05 الحق للزوجة في طلب الخلع و ذلك بنصه: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

وعليه يعتبر الخلع موضوعا حيويا يمس واقع الأسرة و التي هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع فإن صلحت صلح المجتمع و إن فسدت فسد بالتبعية.

كما أن موضوع الخلع له أهمية كبيرة باعتباره طريقة منحها المشرع الجزائري للمرأة للتعبير عن إرادتها في تقرير مصيرها، وهو حق كرسته الشريعة الإسلامية من قبل تطبيقا لعدل الله تعالى بين عباده.

ويحتوي هذا الموضوع على زخم وثروة كبيرة من الأحكام الفقهية مرجعيتها الشريعة الإسلامية الغراء والتي هي القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية طبقا لنص المادة 222 قانون الأسرة.

إلا أن موضوع الخلع على أهميته لم يتطرق له المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 حيث أنه اكتفى بمادة وحيدة في تنظيم الخلع.

كما أن تعديل قانون الأسرة منذ سنة 2005 و في الآونة الأخيرة لاسيما في الخلع كان موضوع جدل إعلامي وقانوني ومجتمعي هذا الذي دفعنا إلى التساؤل حول أسباب هدا الجدل وباعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا أصليا ورسميا لقانون الأسرة إذا لا يمكن فهم أحكام الخلع من دون الرجوع إليها والتي يفترض أن يستمد تشريع الأسرة مبادئه و أحكامه منها طبقا لنص المادة 2 من الدستور "الإسلام دين الدولة".

ناهيك عن تزايد نسبة الخلع في السنوات الأخيرة منذ تعديل المادة 54 من قانون الأسرة سنة 2005 و هذا ما نلتمسه من خلال الإحصائيات التي أجرتها وزارة العدل حيث كان العدد الإجمالي 55 ألف حالة و تم قبول 20 ألف حالة خلال سنة 2013 بتاريخ 2013/12/13 .

وعليه تهدف الدراسة إلى المقارنة بين أحكام الخلع الواردة في قانون الأسرة الجزائري وأحكامها الأصلية في الشريعة الإسلامية من حيث التوافق والاختلاف.

ومعرفة الثغرات التي أغفلها المشرع في موضوع الخلع بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

فتحقيق التوازن بين حق المرأة في طلب الخلع الذي أقره الشرع والقانون من جهة واستقرار الأسرة من جهة أخرى يتطلب منا الإجابة على الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم الخلع بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الحقيقي والرسمي له ؟

بالإضافة إلى الإجابة على التساؤلات الفرعية:

- هل الخلع فسخ أم طلاق ؟

- هل الخلع عقد رضائي أم حق شخصي ؟

- ما مدى سلطة القاضي أثناء سير دعوى الخلع ؟

و للإجابة على هده إشكالية اعتمدنا المنهج التحليلي المقارن لتبيان أحكام الخلع بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري.

وقد قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين تعرضنا في الفصل الأول للطبيعة القانونية للخلع، و الذي تم تقسيمه بدوره إلى مبحثين يتعلق المبحث الأول بمفهوم الخلع أما المبحث الثاني تناولنا فيه شروط وقوع الخلع.

أما الفصل الثاني فقد خصصناه لإجراءات السير في دعوى الخلع و الآثار المترتبة عنها والدي قسمناه بدوره إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول إجراءات السير في دعوى الخلع أما المبحث الثاني فيتعلق بالحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع و الآثار المترتبة عنه.

ثم أنهينا بحثنا بخاتمة تتضمن النتائج المتوصل إليها من الدراسة.

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للخلع

تمهيد:

إن من دعائم الحياة الزوجية أن تقوم أساسا على المحبة والمودة وحسن المعاشرة، ولكن قد تطرأ على الحياة الزوجية أمور تعكر صفوها، ويحل محلها الكره والبغض.

فقد يحدث أن يكره الرجل زوجته أو تكره هي زوجها فالإسلام في هذه الحالة يوصي بالصبر والاحتمال، وينصح بعلاج أسباب هذه الكراهية، فإن كانت الكراهية من جهة الرجل فبيده الطلاق وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله، أما إذا كانت الكراهية من جهة المرأة فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من الرابطة الزوجية عن طريق ما يسمى بالخلع.

إذ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لموضوع الخلع من جميع جوانبه وذلك من خلال البحث في تعريفه وبيان التكييف القانوني له وتمييزه عن غيره من المصطلحات القانونية والشرعية التي يمكن أن تتداخل معه انطلاقا من نص المادة 02 من الدستور الجزائري [1] والمادة 222 من تقنين الأسرة الجزائري [2] التي تنص على ما يلي: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" إلا أن المشرع الجزائري في نص المادة 54 المعدل بموجب الأمر 02/05 المتعلق بقانون الأسرة [3] اختلف مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للخلع حيث اعتبره طلاقا إلا أنه هناك اختلاف في الشريعة حول اعتبار الخلع فسخ أم طلاق، ومن ثم كان لازما التطرق لهذه الجزئيات أو المسائل التي أهملها المشرع الجزائري أو لم يفصل فيها بالقدر الكافي من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين، وسنتناول من خلال هذا الفصل مفهوم الخلع في **المبحث الأول** وشروط وقوعه في **المبحث الثاني** كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم الخلع

---

[1]– المادة 02 من الدستور الجزائري: "الإسلام دين الدولة" دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حسب آخر تعديل 1996، الصادر بموجب مرسوم.

[2]– قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1948، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24 المؤرخة في 12 جوان 1984.

[3]– الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة، الجريدة الرسمية 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.

المبحث الثاني: شروط وقوعه

المبحث الأول: مفهوم الخلع

نحاول من خلال هذا المبحث الخوض في مفهوم الخلع، بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة و إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا من خلال بيان تعريفه لغة واصطلاحا (كمطلب أول) ثم بيان التكييف القانوني للخلع وتمييزه عن باقي صور انحلال الرابطة الزوجية (كمطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف الخلع

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع تناول الخلع في نص وحيد من دون أن يعطي تعريفا له، و هو نص المادة 54 منه [1]المعدلة بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة: " "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدرو الحكم".

و لذلك و عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري "، فإنه يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإيجاد تعريف للخلع وعليه سوف نورد تعريف الخلع في اللغة (كفرع أول) ثم تعريفه اصطلاحا (كفرع ثاني).

[1]- كانت صياغة المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديل 2005 كما يلي:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"

الفرع الأول: تعريف الخلع لغة

الخلع في اللغة هو التجريد و الإزالة، ويقال خلع الشيء يخلعه خلعا و أختلعه أي نزعه، إلا أن في الخلع مهلة، و سوى بعضهم بين الخلع و النزع، وخلع الثوب و النعل و الرداء يخلعه خلعا بمعنى جرده.

و في حديث كعب: إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة أي أخرج منه جميعه و أتصدق به و أعرى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه.

و خلع امرأته خلعا بالضم، وخلاعا فاختلعت و خالعته أي أزالها عن نفسه و طلقها على بدل منها له، فهي خالع و مختلعه [1].

و لقد و رد تعريفه في مدونة الإمام مالك بأنه" الخلع في اللغة الإزالة و الإبانة، من خلع الرجل ثوبه أزاله و أبانه– والزوجان كل منهما لباس لصاحبه–"[2]

كما عرفه في فتح القدير بأنه " هو النزع، خلع ثوبه و نعله، و منه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال، و خالعها و تخالعا صيغ منها المخالعة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب"[3].

---

[1]– ابن منظور، **لسان العرب**، الطبعة الأولى، المجلد الثاني، دار صادر بيروت، 1997، ص297.

[2]– الإمام مالك بن أنس الأصبعي ، **المدونة الكبرى**، الجزء الرابع ، سنة 1422هـ ،ص 156.

[3]– الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي ، **شرح فتح القدير**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة1995م،ص 188.

الفرع الثاني: تعريف الخلع اصطلاحا:

سنتناول في هذا الفرع التعريف القانوني للخلع (أولا) ثم بيان التعريف الشرعي له (ثانيا).

أولا: التعريف القانوني للخلع

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 54 منه على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع في قانون الأسرة الجزائري بين أن الخلع هو أحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون حاجة إلى موافقة الزوج، مقابل مبلغ من المال .و هذا يتفق مع ما قاله الإمام ابن رشد في كتابه " بداية المجتهد و نهاية المقتصد" عندما قال" و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق ،فإنما لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة (أي كره المرأة)، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (أي كرهته)[1].

ثانيا: التعريف الشرعي للخلع

عرف الفقهاء الخلع شرعا بتعريفات شتى حسب نظرة و تصور كل مذهب لمسألة الخلع، و سنتعرض لبعض هذه الآراء فيما يلي:

---

[1]– باديس ديابي: **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر**، الطبعة 2007، دار الهدى ، –عين مليلة–، الجزائر، ص60.

1- تعريف الخلع عند المالكية:

عرف بعض المالكية الخلع بأنه طلاق بعوض وقولهم" بعوض"، أي معاوضة فلو أحال عليها الزوج فماتت أخذ من تركتها أو أتبعت به"[1].

2-تعريف الخلع عند الحنفية :

عرف فقهاء الحنفية الخلع بأنه " إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها- الزوجة- بلفظ الخلع أو ما في معناه[2].

وقد خرج بقوله "ملك النكاح" الخلع في النكاح الفاسد ، وبعد البيونة والردة.

وخرج بقوله "المتوقفة على قبولها" ما لو قال لها : خلعتك وهو ينوي الطلاق، فإنه يقع بائنا غير مسقط للحقوق.

وخرج بقوله "بلفظ الخلع" الطلاق على مال.

وزاد قوله "أو ما في معناه" ليدخل لفظ المبارأة أو المفارقة والمباينة فكلها من ألفاظ الخلع.

وأفاد التعريف صحة خلع المطلقة رجعيا، لكون ملك النكاح ما زال باقيا عند المطلقة رجعيا [3].

---

[1]- سلطان بن محمد بن دعيلج، دعوى الخلع في القضاء السعودي ،دراسة تطبيقية، رسالة ماجستير،في قسم العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا، الرياض 1434هـ/2013 م، ص35.

[2]- ابن نجيم، **البحر الرائق** ، الجزء 4 ، ص 77 ، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزيباري، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، دار ابن حزم ، بيروت، 1997، ص49

[3]- ابن عابدين، **حاشية رد المختار** ،الجزء الثالث، ص 439، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزباري ، مرجع سابق ص50.

3- تعريف الخلع عند الشافعية:

عرف فقهاء الشافعية الخلع بأنه "هو فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج" [1] .

قوله "فرقة" أي بلفظ طلاق سواء كان صريحا أو كناية.

قوله "أو خلع" المراد به لفظه وما في معناه كالمبارأة والمفاداة .

قوله "بعوض" قيد أول، لأن الفرقة إذا خلت من العوض كان طلاقا رجعيا.

وقوله "لجهة الزوج" قيد ثاني لأن العوض إنما يكون للزوج أو سيده ، وقوله "مقصود" أي ذو منفعة تقصد منه ولو كمنفعة تعليم القرآن ، وخرج بهذا القيد الأعواض التي لا منفعة فيها مقصودة كالحشرات الضارة مثلا [2].

4- تعريف الخلع عند الحنابلة :

عرف فقهاء الحنابلة الخلع بأنه"فراق الزوج لزوجته على عوض منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة" [3] .

---

[1]- ابن شهاب الدين الرملي، شمس الدين ابن أبي العباس أحمد بن حمزة المنوفي المصري الأنصاري المشهور بالشافعي الصغير: **نهاية المحتاج للرملي** ، الجزء الثاني، ص 393. مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزباري ، مرجع سابق ص50.

[2]- حاشية الشرقاوي: على التحرير الجزء الثاني، ص 287، شرح البهجة ، زكريا الأنصاري الجزء الثاني، ص 266.، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزباري ، مرجع سابق ص50،51

[3]- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: **الخلع بطلب الزوجة لعدم الوئام مع زوجها**، الطبعة الأولى، دار ابن فرحون الرياض، 2010، ص19.

يعني فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها زوجها بألفاظ معينة وهي قسمان:

1- صريحة في الخلع: كالمفاداة والخلع والفسخ.

2- كناية في الخلع : المبارأة والمباينة والمفارقة [1].

فالخلع إذا باتفاق الفقهاء طلاق بعوض – أي حل رباط الزوجية- أو ما في معناه نظير عوض.[2]

وعرف الخلع شرعا بأنه: إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة في مقابل بدل مع قبول الزوجة.[3]

وعليه تشترك تعريفات الفقهاء الأربعة فيما يلي:

أ- أن الخلع لا بد فيه من عوض:

فالخلع مفارقة بين الزوجين على عوض يأخذه الزوج من المرأة أو من غيرها، وبدا يفرق عن الطلاق الذي يحصل به انحلال عقد الزوجية من غير عوض.

ب- أن الخلع لا بد فيه من الصيغة:

فالخلع عند الجمهور يكون بلفظ الخلع أو ما كان بمعناه مما يدل على فراق الزوج زوجته على بدل.

---

(1)- المغني لابن قدامة الجزء السابع، ص 67، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزيباري ، مرجع سابق ص51.

(2)- أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية "مصر" 2009، ص 127.

(3)- بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، "الزواج والطلاق"**، دار النهضة العربية "بيروت"، ص 391-392.

ج- أن الخلع عقد رضائي بين الطرفين:

فلا بد فيه من الاتفاق بين الزوج وملتزم العوض من زوجة أو غيرها ، فلا يجبر الزوج عليه، كما لا تجبر الزوجة على دفع العوض فيه، فهو بذلك كسائر العقود الرضائية التي لا تتم إلا بالإيجاب والقبول الرضائي، لكن لو التزم بالعوض أجنبي وخلعها الزوج عليه صح، وبانت الزوجة، ولزم الأجنبي العوض، لأنه يجوز للزوج طلاق المرأة ابتداء بغير عوض، فجازت مفارقتها بعوض يبذله الأجنبي.

د- أثر الخلع وأنه فراق:

بالخلع تحصل الفرقة بين الزوجين، فهو فرقة من فرق النكاح التي يحصل بها انحلال عقد النكاح وإنهاؤه بحيث يصير الزوجان بعده أجنبيين لا علاقة زوجية بينهما[1].

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها تكون مجتمعة في معنى واحد، ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة يكون بمعاوضة[2] تدفعها للزوج مقابل مفارقتها له، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 54 المعدلة بالأمر 02/05 .

---

[1]- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، مرجع سابق، ص 19-21.

[2]- الخلع نوعان:

1- خلع بعوض: كأن قال مثلا: خالعتك على كذا ،وذكر العوض و اسم الخلع يقع عليهما.

2- خلع بغير عوض: مثل من قال لامرأته خالعتك ولم يذكر العوض فإن نوى به الطلاق كان طلاقا وإلا فلا، لأنه من كنايات الطلاق على رأي أبي حنيفة وأصحابه، فإن نوى به ثلاثا كان ثلاث، وإن نوى به اثنتين فهن واحدة على رأي أصحاب المذهب الحنفي. ربيحة إلغات ، التفريق بين الزوجين ، دراسة نموذجية للخلع والظهار والإيلاء- رسالة ماجستير حقوق وعلوم قانونية وإدارية- جامعة الجزائر ، 1997 – 1998، ص 40.

المطلب الثاني:التكييف القانوني للخلع وتمييزه عن بعض صور انحلال الرابطة الزوجية

إذا كان الخلع طريقا من طرق فك الرابطة الزوجية تلجأ إليه الزوجة للتخلص من رابطة زوجية لا تريدها ، هذا يدفعنا للبحث في تمييز الخلع عن غيره من طرق انحلال الرابطة الزوجية لكن قبل ذلك لابد من الوقوف عند التكييف القانوني للخلع في الفرع الأول إلى جانب الفرق بين الخلع و بعض حالات الانحلال الأخرى في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التكييف القانوني للخلع بين الفسخ والطلاق

نظرا لما يرافق الخلع من عوض، وما اشترط بعض الفقهاء فيه أن يكون لدى القاضي و أنه يكون بطلب من الزوجة، كل هذا كان سبب الاختلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذه الفرقة، وفي هذا الصدد سنبين الاختلاف الفقهي حول اعتبار الخلع طلاقا أم فسخا (أولا) و موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع طلاق أم فسخ (ثانيا).

أولا: الاختلاف الفقهي حول اعتبار الخلع طلاق أم فسخ

انقسمت الآراء الفقهية إلى اتجاهين ، فهناك اتجاه يرى أن الخلع فسخ للنكاح و اتجاه آخر يرى بأن الخلع يقع به طلاق بائن ، فما ثمرة الخلاف وما فائدته.؟

1/الاتجاه القائل بأن الخلع فسخ:

و هو رواية عن أحمد بن حنبل و الشافعي في أحد أقواله، وقول ابن عباس و عكرمة و إسحاق و طاووس و أبو ثور، و استدلوا بالكتاب و السنة.

أ/ من الكتاب:

قوله تعالى« الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان و لا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به»[1]

و قول الله تعالى:« فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله و تلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون.»[2]

و وجه الاستدلال أن الله تعالى عندما ذكر الطلاق ذكره مرتين " الطلاق مرتان" ثم ذكر بعده الافتداء " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " ثم ذكر الطلقة الثالثة "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" فلو كان الخلع طلاقا، لكان عدد الطلقات هنا حسب ما ورد في الآية الكريمة أربعا، و هذا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها ، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجا أخر، فإن هو دخل بها دخولا شرعيا ثم طلقها، فتحل لزوجها الأول[3].

ب/ من السنة النبوية الشريفة:

---

[1]– الآية 229 من سورة البقرة.

[2]– الآية 230 من سورة البقرة.

[3]– منال محمود المشني: **الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه و أثاره – دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون** – الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن ،2008 ص64.

و استدلوا من السنة النبوية أنه فسخ عندما أمر النبي صلى الله عليه و سلم ثابت بن قيس بن شماس أن يطلق امرأته و أمرها أن تعتد بحيضة واحدة ، وهذا دليل أخر على أنه فسخ لا طلاق، فلو كان طلاقا لأمرها أن تعتد ثلاث حيضات،[1] لقوله تعالى: «و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء....»[2]

و استدلوا برواية عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأل النبي صلى الله عليه و سلم ، فقال: رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها؟ قال صلى الله عليه و سلم" نعم لينكحها ليس الخلع بطلاق" و ذكر الله الطلاق في أول آية و أخرها و الخلع فيما بين ذلك، فليس الخلع بشيء.[3]

و روى نافع مولى عن عمر أنه سمع الربيع بن معوذ ابن عفراء تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان ، فجاء عمها إلى عثمان بن عفان، فقال: أن ابنة معوذ إختلعت اليوم أفتنتقل؟ فقال عثمان :" لتنتقل و لا ميراث بينهما و لا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل" فقال ابن عمر :" عثمان خبرنا و أعلمنا"[4]

---

[1]– أمينة بن جناحي: **دور القاضي في الخلع – دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي**– رسالة ماجستير في الحقوق والعلوم السياسية فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة بومرداس الجزائر، 2014 ص 29.

[2]– الآية 228 من سورة البقرة.

[3]– أبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي: **الجامع لأحكام القرآن**، الجزء الثالث ، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة، ص133–134.

[4]– ابن همام: **شرح فتح القدير**، ص 190–191، مشار إليه عند أمينة بن جناحي، مرجع سابق، ص 29.

كما يجوز وقوع الخلع في الحيض، فلو كان طلاقا لم يصح وقوع الخلع فيه، فقد أجازه الرسول صلى الله عليه و سلم بينما أمر الذي طلق في الحيض بمراجعة زوجته.

و استندوا كذلك أنه لو كان طلاقا لصحت الرجعة فيه بعد الطلقة الأولى و الثانية فلما لم تصح الرجعة فيه، دل على أنه فسخ و ليس طلاقا[1].

2/الاتجاه القائل بأن الخلع طلاق:

قال جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والأحناف أن الخلع يقع به الطلاق بائنا، واستدلوا بقوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" وقوله أيضا: "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به..." ثم قال الله تعالى " فإن طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما. [2].

واستدلوا كذلك من السنة بما رواه البخاري في صحيحه، عن عكرمة ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت " يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام " فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أتردين عليه حديقته" فقالت نعم، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "اقبل الحديقة

---

[1]– بلبولة بختة: أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله، رسالة ماجستير ، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2004،2005 ،ص 133.

[2]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي: **الخلع في الشريعة الإسلامية ، دراسة فقهية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر،2003، ص 111-112.

وطلقها تطليقة" فقد جعله الرسول صلى الله عليه وسلم طلاقا حيث قال لثابت بن قيس اقبل الحديقة وطلقها تطليقة، فهذا دلّ أن الخلع طلاق.

واستدلوا بالمعقول بأن الزوج أخذ العوض على ما يملكه والذي يملكه الطلاق دون الفسخ[1].

3/ ثمرة الخلاف وفائدته: وتظهر ثمرة هذا الخلاف بين الفقهاء وفائدته في النقاط التالية:

أ/ من قال بأن الخلع فسخ: فإن للرجل المخالع أن يعيدها بعقد نكاح ومهر جديدين وإن تكرر منه الخلع، لأن الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وعلى هذا فهي تعود إليه بعد نكاح جديد بما كان يملكه عليها قبل الخلع.

أما إذا قلنا أن الخلع طلاق بائن فإنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج عليها:

– إن كان قد طلقها واحدة، ثم خالعها، ثم عقد بنكاح جديد عليها، فإنها تعود إليه وهو يملك عليها طلقة واحدة فقط،

– إن لم يكن قد طلقها قبل الخلع، ثم خالعها، ثم أعادها بعقد نكاح جديد فإنها تعود إليه وهو يملك عليها تطليقتين، لأن مخالعته لها قد اعتبرت تطليقة بائنة أنقص من عدد الطلقات الثلاث التي كان يملكها واحدة فبقيت له عليها طلقتان، فتعود إليه وهو يملك عليها طلقتين.

ب– إن الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، توجب للزوجة نصف المهر أو المتعة، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها، فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة. [2].

---

[1]– جلال الدين السيوطي،.**سنن النسائي**، الجزء الخامس، دار الفكر بيروت، ص168.

ج- معظم الذين جعلوا الخلع طلاقا، قالوا أن عدة المختلعة هي عدة الطلاق، ومن جعلوه فسخا قالوا بأن عدة المختلعة حيضة إلا الإمام بن حنبل الذي قال أن عدة المختلعة ثلاث حيضات رغم كون الخلع فسخا[1].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع طلاق أم فسخ

فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق، فإن المشرع الجزائري اعتمد على الموقف القائل بأن الخلع طلاقا لا فسخ، وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به المشرع في قانون الأسرة الجزائري، بحيث خصص المشرع الجزائري في الفصل الثالث الفسخ تحت عنوان "النكاح الفاسد والباطل" وذلك من خلال المادة 32 إلى غاية المادة 35 منه.

كما ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج وذلك في المادة 47 منه والتي تنص على: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

ثم تطرق لطرق انحلال الرابطة الزوجية من خلال المادة 48 من الفصل الأول من قانون الأسرة المعنون بالطلاق والتي تنص: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

---

(2)- باديس ديابي، المرجع السابق ص 68-69،

(1)- أحمد شامي: **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 221-222.

ونجد أن المادة 54 التي تعرضت للخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثر الواضح وتبني المشرع الجزائري للرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ.

ويكون في ذلك مصيبا، لأن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد، ويتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، وبينما الأمر يختلف عليه في الخلع، إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة عن العقد تستهدف حل الرابطة الزوجية[1]

الفرع الثاني: المقارنة بين الخلع و بعض حالات انحلال الرابطة الزوجية

نحاول من خلال هذا الفرع بيان أوجه التشابه والاختلاف بين الخلع وغيره من طرق انحلال الزواج ونركز على التطليق والطلاق على مال.

أولا: المقارنة بين الخلع و التطليق: نص المشرع على التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة ، ومن ثم فان الخلع والتطليق طريقان متمايزان، ونبين فيما يلي أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما:

1/ أوجه الاتفاق بين الخلع و التطليق:

[1]– سليم سعدي : **الخلع بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي**، رسالة ماجستير فرع عقود و مسؤولية ،كلية الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، ص 53–54.

يتفق الخلع مع التطليق على النحو الأتي:

-يتفق الخلع و التطليق في أن الفرقة بمبادرة من الزوجة، حيث أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب المفارقة سواء عن طريق الخلع [1] أو التطليق و ما جاء في قانون الأسرة الجزائري 11/84 المعدل و المتمم بالأمر 02/05 و ذلك في نص المادتين 53و 54 منه فأوجب المشرع على القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة في المفارقة و العمل على إنصافها طبقا لما تقرره العدالة.

- ووجه الاتفاق أيضا بين الخلع و التطليق في أن الفرقة بين الزوجين تتم بحكم قضائي ، فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء تطلب الخلع من زوجها حكم القاضي لها بالفرقة دون حاجة إلى موافقته، وكذلك نفس الحال في التطليق إذا أثبتت الزوجة الضرر الحاصل لها من زوجها طبقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05.

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

- كما يتفق الخلع و التطليق في أن الفرقة فيهما طلاق بائن وفقا للقاعدة الفقهية "الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن "حيث يترتب على التطليق و الخلع أن تحتفظ الزوجة بنفقة العدة و لا يجوز التوارث بينهما.

---

[1]- يحق لأحد الزوجين اللجوء إلى الحاكم أو القاضي عند فشله في الحصول على الخلع اتفاقا الأمر الذي يؤكده تكرار الله عز وجل لكمة الخوف بالجمع "**خفتم**" في الآية الكريمة :" **فان خفتم إلا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعدى حدود الله فأولئك هم الظالمون** "سلطان بن محمد بن دعيلج ، مرجع سابق ص 41.

– كما يتفقان في أن الأحكام الصادرة في التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف إلا ما يتعلق بالجانب المادي، طبقا لنص المادة 57 قانون الأسرة الجزائري. [1]

ب/ أوجه الاختلاف:

يختلف الخلع عن التطليق على النحو التالي:

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

–من حيث الأسباب : ينبني التطليق على أسباب مادية محضة ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة المعدلة و هي:

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1– عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78و 79و 80 من هذا القانون.

2– العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3– الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

[1]– سليم سعدي، مرجع سابق، ص 40.

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

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

بينما الخلع سببه ذاتي و معنوي يكمن في بغض الزوجة لزوجها، و عدم رغبتها في العيش معه، فهذا السبب كاف في حقها في طلب الفرقة، فهي غير ملزمة بإثبات هذا البغض و الكراهية [1]، إلا أن ذلك لا يستقيم من الناحية الشرعية فإذا كان الخلع من حقوق الزوجة تفتدي نفسها من رباط الزوجية فهو ليس على الإطلاق بل هناك أسباب:

الشقاق والضرر: قالت طائفة كثيرة من أئمة الخلف أنه لا يجوز الخلع إلا أن يكون الشقاق من جانب المرأة، فيجوز للرجل حينئذ قبول الفدية وهذا في قوله تعالى: "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما

[1]- سليم سعدي، مرجع سابق، ص 41 -42.

أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعدى حدود الله فأولئك هم الظالمون"[2]

ويحقق نشوز الزوجة بتوفر المعاشرة بالمعروف من ناحية الرجل لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن ياتين بفاحشة مبينة وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خير كثيرا" [1]، وقد يكون النشوز من جانب الرجل فالرجل قد يحصل منه النشوز والإعراض عن الزوجة لأسباب راجعة إليها لمرضها مرضا مزمنا أو لدمامتها وقلة جمالها ولأسباب أخرى

إتيان الزوجة بفاحشة مبينة: فإذا ارتكبت الزوجة فاحشة الزنا فللزوج أن يسترجع منها الصداق، الذي أعطاه إياها[2]، ، قال الله تعالى: الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تصريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله"[3]

كما أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومما ثبت من الأحاديث النبوية الشريفة [4]

يمكن إجمال أسباب طلب الزوجة للخلع فيما يلي:

---

[2]– سورة البقرة الآية 229.

[1]– سورة النساء الآية 19

[2]– سلطان بن محمد دعيلج ، مرجع سابق ص30–32.

[3]– سورة البقرة الآية 229.

[4]– للمزيد من التفاصيل ارجع إلى الفصل الأول المتضمن أصول الأحاديث الواردة في طلب المرأة الخلع لعدم الوئام مع زوجها وما يعارضها، عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، مرجع سابق، ص37–51.

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

عدم إطاقة المرأة زوجها: وذلك ظاهر مما جاء في قول الزوجة:" يا رسول الله إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني لا أطيقه"، أي أنها لا تطيق معاشرته.

كراهية الزوجة زوجها: وقد جاء في قصة جميلة بنت سلول قولها : "لا أطيقه بغضا" فهي تخبر بأنه قد استقر بغضه في نفسها.

دمامة خلق الزوج: قد جاء في قصة حبيبة بنت سهل:"كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس وكان رجلا دميما فقالت: يا رسول الله، والله لولا مخافة الله لدخل علي لبصقت في وجهه"

شدة الزوج و جفاؤه في معاملة زوجته: وقد جاء ذلك مصرحا به في حديث حبيبة بنت سهل رضي الله عنها "أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها".[1]

ثانيا:المقارنة بين الخلع و الطلاق على مال:

لم ينص المشرع الجزائري على فكرة الطلاق على مال في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 مكتفيا بالنص على الخلع كنوع من أنواع الطلاق على مال في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 ونورد فيما يلي أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما:

[1]– عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، مرجع سابق، ص37– 49.

أ/أوجه الاتفاق:

يتفق الخلع مع الطلاق على مال على النحو الآتي:

-أنه لابد من قبول المرأة في كليهما لأن كلا من الخلع و الطلاق على مال معاوضة و المعاوضة لابد فيها من قبول من يلتزم بدفع العوض فإن وجه القبول وقع الطلاق و ألزم البدل للزوجة و إن لم يكن قبولا فلا يقع الطلاق و يلزم البدل.

-تقع الفرقة في الخلع أو الطلاق على مال طلاقا بائنا من غير قبول الزوجة دفع البدل لأن الزوجة تتحمل دفعه للتخلص من الزوج و لا خلاص لها إلا بأن يكون الطلاق بائنا و لو كان رجعيا و انفصلت من سلطات الزوج إلا بعد انقضاء العدة لأنه في أثناء العدة يملك مراجعتها [1]

ب/ أوجه الاختلاف:

يختلف الخلع عن الطلاق على مال على النحو الآتي:

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

إذا بطل البدل في الخلع بأن لم يكن مالا متقوما كالخمر و الخنزير مثلا وقع الطلاق بائنا، أما في الطلاق على مال إذا بطل البدل و قع الطلاق رجعيا، لأن لفظ الطلاق يكون صريحا في الطلاق على مال فيقع به طلقة رجعية أما لفظ الخلع فهو كناية في الطلاق و ليس صريحا فيقع به الطلاق بائنا.-أن الخلع يسقط كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الطرف الآخر إذا تم، أما الطلاق على مال فإنه لا يسقط أي حق من الحقوق الثابتة لأحد الزوجين على الزوج الأخر إلا ما اتفق الزوجان على سقوطه مقابل الخلع. [2]

---

[1]- طاهري حسين: **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا و المذاهب الفقهية**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009 ،ص 137.

[2]- بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص 411-412.

-الطلاق على مال اتفق الفقهاء ، على أنه يقع به طلاق بائن فينقضي به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، أما الخلع فقد اختلف فيه الفقهاء هل هو فسخ أم طلاق، فقال الحنابلة أنه فسخا لعقد الزواج فلا ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته فإذا أعادها إلى عصمته يكون ذلك بعقد جديد و ترجع إليه ما كان يملكه عليها من الطلقات، و ذهب الحنفية إلى اعتباره طلاق تنقضي به عدد الطلقات. [1]

المبحث الثاني: شروط وقوع الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 لم يتعرض في نص المادة 54 منه على شروط الخلع بل أهملها وأغفلها واكتفى فقط بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان أو يحدده القاضي عند خلافهما على مقداره بحيث لا يتجاوز المثل ولهذا فبيان شروط وقوع الخلع سيكون اعتمادا على القواعد العامة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع والزوجة المختلعة

نبحث فيما يلي في الشروط الواجب توافرها في الزوج المخالع والزوجة المختلعة:

[1]- أحمد محمود خليل: **عقد الزواج العرفي، أركانه و شروطه و أحكامه**، الطبعة 2006، دار الكتب القانونية، ص99-100.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالزوج المخالع

اتفق أهل العلم على قاعدة عامة وهي " كل من جاز طلاقه جاز خلعه"[1] ، بحيث يشترط في الزوج المخالع ما يشترط في الزوج عند إيقاع الطلاق من حيث توافر الأهلية:

- أن يكون بالغا.

- عاقلا في رأي الجمهور.

- وأجاز الحنابلة أن يكون مميزا بعقله، فكل من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه، كالصبي والمجنون والمعتوه من اختل عقله لمرض أو كبر سن[2] ، ولا يصح الخلع من المجنون والمعتوه ولا من المغمى عليه لأنه لا يصح طلاقهم لانعدام القصد الصحيح منهم. قال ابن المنذر"أجمع كل من أحفظ عليهم من علماء الأمصار على أن المجنون لا يجوز طلاقه".

ولا يصح من الصبي لأنه ليس له قصد معتبر شرعا، خصوصا فيما يضره لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يعقل"[3]

وأما السكران فعلى ضربيين، لأن سكره إما أن يكون للطرب والترف وإما أن يكون للتداوي.

فسكره للطرب والترف: إذا شرب الإنسان مسكرا كالخمر، فإما أن يكون غير آثم لشربها، كأن يشربها مكرها، أو جاهلا فهذا حكمه حكم المجنون والمعتوه لارتفاع الإثم عنه، ولا يقع الخلع

---

[1] – سلطان بن محمد بن دعيلج، مرجع سابق ،ص68

[2] – وهبة الزحيلي: **الفقه الإسلامي وأدلته الأحوال الشخصية**، الجزء السابع، طبعة خاصة، دار الفكر، الجزائر، ص 490.

[3] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، مرجع سابق ص 58.

طبعا، وأما إذا شرب لأجل الطرب، مختارا عالما بحرمتها فقد اختلف الفقهاء في حكم وقوع الخلع منه على مذهبين:

المذهب الأول: طلاق السكران واقع، وخلعه جائز، وبه قال عطاء وحسن البصري وسعيد بن سيب وغيرهم ، وإليه ذهب أئمة المذاهب الأربعة.

المذهب الثاني: طلاق السكران غير واقع وخلعه باطل، وحكي هذا عن عثمان بن عفان وبه قال عمر بن عبد العزيز وغيرهم ، إذا أخذ الإنسان بنج أو ما في معناه لقصد التداوي سواء بالشرب أو بالحقن لم يقع طلاقه ولا يصح خلعه ويكون في حكم المغمى عليه لأنه مباح لا يؤخذ به[1].

ويصح خلع المريض مرض الموت[2] ، لأنه لو طلق بغير عوض لصح فالأولى يصح بعوض لأن الورثة لا يتضررون بخلعه بشيء، وعبر المالكية[3] بذلك بقولهم : ونفذ خلع المريض مرض مخوفا إشارة إلى أنه لا يحرم ابتداء لما فيه من إخراج وارث وترثه على المشهور زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه ككل مطلقة بمرض الموت مخوف، حتى ولو انتهت عدتها،

---

[1]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، نفس المرجع، ص 58 –66.

[2]– يعرف مرض الموت بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه، ويتصل الموت به فعلا، ولو كان المريض قد توفي لسبب أخر كحادث مثلا مادامت وفاته قد وقعت ، في أثناء هذا المرض، انظر بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي ، رسالة ماجستير في الحقوق والعلوم السياسية فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة ، بومرداس، 2014، ص36.

[3]– عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، الطبعة الأولى، دار ابن حزم بيروت لبنان2001، ص .403

وتزوجت بغيره، ولا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله ولو كانت مريضة حال الخلع أيضا لأنه هو الذي أسقط ما كان يستحقه[1].

وقد اختلف الفقهاء في خلع المكره على مذهبين:

المذهب الأول: إن خلع المكره لا يقع، وروى هذا عمر بن الخطاب وعن عبد الله بن عمر وغيره من الصحابة، وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة، واستدلوا على عدم وقوعه بقوله تعالى:" إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان" فإن الله سبحانه وتعالى قد أبطل حكم من أكره على الكفر لأن الكفر قول كذلك حكم كما في مثله كالطلاق والخلع.

المذهب الثاني: أن الخلع المكره جائز وواقع وبه قال أبو قلابة والشعبي والنوخعي وغيرهم وإليه ذهب الحنفية واستدلوا على وقوعه ما روى أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته فقالت: لتطلقني ثلاث أو لأذبحنك فناشدها الله تعالى أبت فطلقها ثلاثا، ثم جاء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق فدل ذلك على وقوع طلاق المكره[2].

الفرع الثاني:الشروط المتعلقة بالزوجة المختلعة

اشترط العلماء في المختلعة شروط معينة هي:

---

[1] – وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص 491.

[2] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، مرجع سابق، ص 68-67

أولا: الأهلية

بما أن الخلع تصرف قولي يترتب على وقوعه صحيحا آثار ونتائج، كان لا بد لمن ينشؤه أن يكون أهلا لتحمل هذه المسؤولية، لذلك اشترط العلماء في المختلعة الأهلية.

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

ثانيا: قيام الزوجية الصحيحة

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

والبينونة تشمل البينونة الصغرى، والبينونة الكبرى معا، لأن الزوجية تنتهي بهما، فإذا خالع الرجل المرأة بعد أن بانت منه، سواء كانت هذه البينونة صغرى أم كبرى، لم يصح الخلع، وكان لغوا، وكذلك إذا كانت المختلعة مرتدة، لأنه بالردة تزول الزوجية، فيصبح الخلع لغوا.

ثالثا: قبول المختلعة بالخلع

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

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

فإذا إختلعت الزوجة وهي جاهلة بمعنى الخلع وقع الطلاق، ولم يلزم البدل، لأن جهلها بمعناه عذر في عدم سقوط حقها، ولا يلزم منه عدم طلاقها إذا قبل الزوج، لأنه اتخذ جهلها بالعربية وسيلة للتغرير بها فعوقب بحرمانه من البدل لقاء فعله، أما الطلاق فيقع، لأن ثبوته لا يتوقف على ثبوت البدل.

ويتناسب ذلك ومبادئ الشريعة الإسلامية التي تحرم التغرير بالآخرين، وحيث أن الزوج حاول التغرير بالزوجة، فإنه يعاقب على ذلك بوقوع الطلاق دون الحصول على البدل [1].

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالعوض

يقصد بالبدل في باب الخلع ما تلتزم الزوجة ببذله لزوجها وينعقد عليه الخلع ومؤدى هذا أن الخلع لا يتم بدون عوض، ولكن هذا ليس محل اتفاق بين الفقهاء وعليه ينبغي أن نرى مفهوم

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

العوض ثم بيان موقف المشرع الجزائري من مسألة العوض(كفرع أول) ثم نتناول شروط العوض (كفرع ثاني).

الفرع الأول: مفهوم العوض وموقف المشرع الجزائري منه

سنتناول في هذا الفرع مفهوم العوض (أولا) وموقف المشرع الجزائري منه (ثانيا).

أولا مفهوم العوض: هو المال الذي تبذله الزوجة أو من ينوب عنها للزوج كمقابل الخلع، و الأصل أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ مما دفعه للزوجة من صداق أو غيره إلا في حالة واحدة و هي إذا خافا ألا يقيم حدود الله، لذا فإن ظهرت بوادر الخلاف و الخصام بين الزوجين و استحالت المعاشرة بينهما ففي هذه الحالة يجوز أن يأخذ منها ما تفتدي به نفسها منه مقابل مخالعتها، والعوض هو المقابل الذي تمنحه الزوجة أو وليها أو من ينوب عنها مقابل خلعها من عصمة الزوج، فقد يكون نقدا وقد يكون نفقة عدة أو عرض تجارة أو حضانة. [1]

ثانيا / موقف المشرع الجزائري من العوض

بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يورد شروط خاصة يجب توافرها في عوض الخلع و تحدث في قانون الأسرة على الصداق في المادة 14 على "أن الصداق يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"[2] ونصت المادة 54 من قانون الأسرة المعدل تحت رقم 02/05 " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" [3].

الفرع الثاني:الشروط المتعلقة بصحة العوض

---

[1]– عامر سعيد الزيباري:" **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، دار بن حزم بيروت، 1997،ص 150.

[2]– المادة 14 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.

[3]– سليم سعدي، مرجع سابق، ص 33.

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

أما أهم الشروط المتعلقة في العوض حتى يصح بدلا في الخلع فهي في المسائل التالية:

أولا: أن يكون العوض مما يصح جعله صداقا

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

ثانيا/: أن يكون العوض مالا متقوما

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

وقد اختلف الفقهاء في الأثر المترتب عند تخلفه:

حيث ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى وقوع الخلع ولا شيء للزوج ، ووجه ذلك أن الزوج إذا قبل الخلع على ما لا يمكن له الاستفادة منه، كان كمن قبل بالخلع مجانا، كما أن الزوجة لم تسم شيئا متقوما لتكون قد غرته به، ولا كان العوض متقوما لتجب عليها قيمته.
وذهب الشافعية إلى عدم جواز الخلع على محرم لكن إذا حصل وقع الطلاق، ورجع على

الزوجة بمهر المثل ، هذا إذا كان المحرم خمرا، أو ميتة أما إذا كان دمّا ، فيقع الطلاق رجعيا ووجه ذلك أن الدم لا يقصد بحال ، فكأنه لم يطمع في شيء .[1]

يشترط المالكية في العوض أن يكون مالا حلالا و لا يكون مغصوبا فإن كان كذلك وجب على الزوج رده إلى أصحابه و لا يشترط أن يكون عوض الخلع محقق الوجود فيصح الخلع بالغرر كالجنين في بطن أمه الذي قد يولد حيا و قد ينزل ميتا كما أنه يصح الخلع على شيء غير معين كأن يتفقا على أن يكون الخلع مثلا قطعة من القماش فهنا يكون الخلع على قماش من نوع وسط كما يصح الخلع على نفقة العدة و كذا إسقاط الحضانة و هنا طبعا لابد من مراعاة مصلحة المحضون و مراعاة عدم الإضرار به لمفارقة أمه و نجد هنا أن هناك من لا يجيز الاتفاق على التنازل عن الحضانة مقابل الخلع لأنه من مصلحة الولد البقاء مع أمه.[2]

ثالثا: أن يكون العوض معلوما: ذهب الفقهاء في جواز الخلع بالمجهول إلى قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وبعض الشافعية وجمهور الحنابلة، إلى جواز الخلع بالعوض المجهول واستدلوا لذلك بأن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط، فجاز أن يستحق العوض المجهول ،ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع ،وليس فيه تمليك شيء و الإسقاط تدخله المسامحة ، فجاز بعوض مجهول من باب أولى.

---

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

[2] – شمس الدين السرخسي: **المبسوط**، الجزء 6 ، دار المعرفة بيروت، ص196.

القول الثاني: ذهب جمهور الشافعية و ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز الخلع بالعوض المجهول فلو خالعت الزوجة زوجها على عوض مجهول فالخلع باطل.

واستدلوا لذلك بأن المختلع لا يدري ما يجب له عند المختلعة ، ولا تدريه هي فهو عقد باطل وكل طلاق لم يصح إلا بصحة ما لا صحة له غير صحيح. [1]

رابعا : اختلف الفقهاء في اشتراط وجود الشقاق بين الزوجين لجواز أخذ الزوج العوض من زوجته، منهم من لا يشترط وجود الشقاق بل يجوز مع الكراهة أخذ العوض من الزوجة في حالة الوفاق بين الزوجين، واليه ذهب الحنفية و المالكية و الشافعية والحنابلة، و منهم من لا يجيز أخذ المال إلا بوجود الكراهية منها أو منهما معا و إليه ذهب الظاهرية و ابن المنذر[2]

أما شرط عدم العضل فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز عضل الزوج زوجته و إساءة عشرتها ليحملها على افتداء نفسها منه، ولكن إذا فعل ذلك فقد اختلف الفقهاء في خلعه و أخذ العوض منها، فالحنفية قالوا أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته و لا يبطل بعضله الخلع إذا طلبت المخالعة، ولكن لا يطيب له أخذ العوض، بينما ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أن الخلع باطل في هذه الحالة و العوض مردود عليها إن أخذ منها و يقع به طلاق رجعي لأنه طلاق ليس في مقابل مال.[3]

---

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

[2] – عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص 151.

[3] – عامر سعيد الزيباري، نفس المرجع ،ص 157-163.

المطلب الثالث: الشروط المتعلقة بالصيغة

المشرع الجزائري لم يتعرض في المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 لمسألة الصيغة وشروطها تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" ومن هنا نتطرق إلى تعريف الصيغة و أقسامها (كفرع أول) ثم بيان شروطها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها (كفرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الصيغة وأقسامها

سنتناول في هذا الفرع تعريف الصيغة (أولا) ثم بيان أقسامها (ثانيا).

أولا/ تعريف الصيغة

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

ثانيا/أقسام الصيغة

تنقسم الصيغة إلى صريحة وكناية [2] فالصريحة ما كان في لغة الخلع كخالعتك وفاديتك ونحوها أما الكناية هي كل لفظ يفيد الفرقة بين الزوجين كبعتك، طلاقك بكذا، أو بعتك عصمتك

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

[2]– وهبة الزحيلي المرجع السابق، ص 486.

بكذا ونحوها، وهذا لا يقع الخلع به إلا مع النية أو القرينة التي تثبت ذلك[1].

لقد تعددت ألفاظ الصيغة اللفظية للخلع في المذاهب الأربعة على النحو التالي:

– يرى الأحناف أن ألفاظ الخلع خمسة وهي: خالعتك ، وباينتك ، وبارأتك، وفارقتك، وطلقي نفسك على كذا، وزيد على هذه الألفاظ البيع والشراء، والواقع بهذه الألفاظ طلاق بائن ولو بلا مال بشرط نية الطلاق.

– ويرى المالكية أن الخلع يكون بلفظ الخلع وما في معناه من الفدية والصلح والمبارأة.

– ويرى الحنابلة والشافعية أن صيغ الخلع ثلاثة ألفاظ هي خالعتك ، والمفاداة ، وفسخت النكاح. [2]

الفرع الثاني : شروط الصيغة وموقف المشرع الجزائري منها

نتناول فيما يلي شروط الصيغة في الفقه الإسلامي(أولا) وموقف المشرع الجزائري من الصيغة (ثانيا).

أولا/شروط الصيغة في الفقه الإسلامي: شروط الصيغة عند فقهاء المذاهب الأربعة هي:

– عند الحنفية الشروط مطابقة لإيجاب القبول.

---

[1] – سليم سعدي، مرجع سابق، ص 38.

[2] – أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 241، 242.

– عند المالكية: اشترط أن يكون لفظا بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء صريحا أو كناية وأن يكون القبول في المجلس، كما اشترطوا أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال.

– عند الشافعية : شروط الصيغة عندهم هي أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين، وان يكون قبول ممن صدر معه الخطاب، و أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق، وان لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام،وان يتفق الإيجاب مع القبول.

– عند الحنابلة: اشترطوا في الصيغة أن تكون لفظا فلا تصح بالمعاطاة، وان يكون الإيجاب و القبول في المجلس، وألا يضيف الخلع إلى جزء منها،كأن قال لها خالعتك يدك أو رجلك بكذا، وان لا يعلقه على شرط فإذا قال لها "إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فان الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماه. [1]

ثانيا/موقف المشرع الجزائري من الصيغة: ومما سبق تعتبر الشريعة الإسلامية الخلع عقدا رضائيا، غير أن المشرع الجزائري تذبذب موقفه بين اعتباره عقدا رضائيا أو حقا شخصي طبقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بين النص القديم الوارد في القانون رقم 11/84 ونص المادة 54 المعدل بالامر 05/ 02. ونوضح ذلك فيما يلي:

[1]– أحمد شامي، مرجع سابق، ص 231– 232.

أ/الخلع عقد رضائي: إن المشرع الجزائري طبقا لما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة القديم 11/84 قبل التعديل ، كان يعتبر الخلع عقد رضائي بين الزوجين :" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"، حيث يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري يعتبر الخلع عقد رضائي بين الزوجين والتأثر كان واضحا بالمذهب المالكي، وهذا الأخير يرى أن الخلع معاوضة من الجانبين، حيث تبنى المشرع الجزائري للرأي القائل بضرورة اشتراط اتفاق بين الزوجين على مبدأ المخالعة. [1]

ب/الخلع حق شخصي: إن المشرع الجزائري من خلال التعديل الذي أحدثه على قانون الأسرة بالأمر 05/ 02 في المادة 54 منه وهي الوحيدة التي تعرضت لمسألة الخلع، حيث انه بتعديل المادة السابقة أضيف عبارة "دون موافقة الزوج".

ويتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري بين صراحة أن الخلع حق الزوجة لا يتطلب موافقة الزوج، لكن رغم أنه منح للزوجة هذا الحق إلا أنه نص على أن يكون مقابل مبلغ من المال تدفعه إلى زوجها مقابل خلعها منه حفاظا على حق الزوج ،وهذا طبقا لما جاء في المادة 54/ 2 في قانون الأسرة الجزائري"فان لم يتفقا يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" [2].

---

[1] – باديس ديابي ، مرجع سابق ص 72-73.

[2] – باديس ديابي ، مرجع سابق ، ص75

وهو ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 2011 عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث في قضية (ب.ع) ضد (ط.ي) بحضور النيابة العامة حيث تبين مما ورد في رد المحكمة العليا على أوجه الطعن و الأسباب التي آثارها الطاعن ما يلي :"**إنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة سببت حكمها بأن الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن واستندت إلى المادة 54 من قانون الأسرة ، وبالتالي فان الحكم المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية، مادام أن القاضي قام بإجراء محاولة الصلح وتوصل إلى أن المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع**"[1].

[1] – قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بتاريخ 15 سبتمبر 2011 ، ملف رقم 656259 قضية (ب.ع) ضد (ط.ي) ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول ، 2012، ص319

http://www.coursupreme.dz/?p=jurisprudence تاريخ الزيارة 15 مارس 2015، على الساعة. 20.20

خلاصة الفصل الأول

نستخلص من خلال ما استعرضناه في الفصل الأول :

أن المشرع الجزائري تبنى الرأي القائل بأن الفرقة التي تكون عن طريق الخلع تعتبر طلاقا لا فسخا وذلك أن المادة 54 منه موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق في حين هناك اختلاف في الشريعة حول اعتبار الخلع طلاق أم فسخ إلى اتجاهين: اتجاه يرى أن الخلع فسخ للنكاح واتجاه آخر يرى بأن الخلع يقع به طلاق بائن.

و أن المشرع الجزائري من خلال التعديل الذي أحدثه على قانون الأسرة المؤرخ في 27 فيفري 2005 في المادة 54 منه بين صراحة أن الخلع حق شخصي وإرادي للزوجة في فك الرابطة الزوجية من دون البحث عن الأسباب على خلاف الشريعة الإسلامية التي اعتبرته عقدا رضائيا يستوجب استيفاء شروط معينة لوقوعه.

الفصل الثاني: إجراءات السير في دعوى الخلع والآثار المترتبة عنها

إن قانون الأسرة الجزائري رغم معالجته للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنظمة للأسرة وأحكامها إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب إتباعها في حالة إثارة نزاع بين الزوجين وخاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية وخاصة الخلع، الأمر الذي يستوجب الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعرفة إجراءات السير في دعوى الخلع (كمبحث أول)، كما نبين الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع والآثار المترتبة عنه(كمبحث ثاني).

المبحث الأول: إجراءات السير في دعوى الخلع

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

المطلب الأول: قواعد الاختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع

نتناول في هذا المطلب الجهة القضائية المختصة في دعوى الخلع (كفرع أول) وكيفية رفع دعوى الخلع (كفرع ثاني).

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة في دعوى الخلع

تعرض دعوى الخلع على المحكمة المختصة محليا ونوعيا وفقا لقواعد الاختصاص الواردة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية كما يلي:

أولا: الاختصاص المحلي

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

والاختصاص المحلي ليس من النظام العام[1]. ومن ثم يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحل خلافهما أمام المحكمة الأقرب أو التي يختارانها بإرادتهما، وفي هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الاختصاص المحلي [2].

ثانيا: الاختصاص النوعي

تقام دعوى الخلع أمام قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي، وفقا لنص المادة 1/423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: " ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

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

---

(1)– ارجع إلى المواد من 45 إلى 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 08–09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

(2)– يوسف دلاندة: **استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة**، الطبعة 2011، دار هومه –الجزائر–، ص 56.

حسب قانون الاسرة الجزائري ،فإن المحكمة المختصة هي قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي.

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

الفرع الثاني: كيفية رفع دعوى الخلع وشروط قبولها

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

أولا: طرق رفع الدعوى

لرفع الدعوى وإقامتها أمام المحكمة توجد طريقتان هما:

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

---

[1]- يوسف دلاندة: المرجع السابق، ص 56.

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

النيابة العامة عندما تعمل أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة بالطرف المنظم [1]، والبيانات اللازمة في العريضة هي اسم ولقب ومهنة وموطن المدعي عليه (الزوج)، وكذلك ذكر الجهة القضائية المختصة والقسم، وأن تتضمن الوقائع والأسباب وتختم بالطلبات وعريضة افتتاح الدعوى، كما يستوجب القانون إرفاقها بالوثائق اللازمة كعقد الزواج والشهادة العائلية وكل وثيقة تراها المدعية أو وليها ضرورية لدعم أوجه دفاعها وطلباتها ولإثبات أيضا صفتها وفق نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2].

2- رفع الدعوى بواسطة تصريح شفهي أمام المحكمة ، وهنا يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع، ويصبح هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة [3]، ثم تقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة[4].

كما أن المحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه، بحيث دعوى الخلع لابد أن ترفع بدعوى مستقلة، بحيث لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق طلب مقابل ما لم يوافق الزوج على ذلك ودون قيد أو شرط وهذا لما جاء في قرار المحكمة العليا

---

[1]- يوسف دلاندة ، مرجع سابق ، ص 56-57.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 342.

[3] -- أحمد شامي، مرجع سابق، ص 250.

[4] -- عبد العزيز سعد: **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل** ،الطبعة الرابعة- دار هومه، 2010، ص 117.

المؤرخ في 2006/07/12 أنه: " حيث يتبين بالفعل من خلال وقائع الدعوى أن الطاعن هو الذي أقام الدعوى من أجل رجوع المطعون ضدها إلى بيت الزوجية بغية الشمل إلا أنها قابلت طلبه بالرفض وطالبت خلعها مقابل عشرة آلاف دينار على أساس الهجر في المضجع وعدم الإنفاق التي تدخل ضمن حالات التطليق المحدد بالمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وحيث أنه بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن المحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه وإذا كانت المطعون ضدها تدعي ضررا أو تروم إلى طلب الخلع أن تتخذ ما تراه مناسبا.

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

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

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

حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى ضد المطعون ضدها- بصفتها زوجته- طالبا رجوعها إلى بيت الزوجية التي غادرته رفقة أهلها، وذلك دون قيد أو شرط بينما طلبت المطعون ضدها رفض طلباته وبالمقابل الحكم بتطليقها للضرر مع الحقوق واحتياطيا طلبت الطلاق عن طريق الخلع وعرضت مبلغا مقابل ذلك كما طالبت بحقوق أخرى.

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

ثانيا: شروط قبول الدعوى

نصت المادة 436 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : " ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى".

[1]- مجلة المحكمة العليا: **غرفة شؤون الأسرة والمواريث**، قرار بتاريخ 2011/09/15، ملف رقم 647108، العدد 01، 2012، ص 311.

كما نصت المادة 437 من نفس القانون على أن: " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة".

وانطلاقا من هذين النصين فإن القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة أن يكون ذا صفة ، بمعنى أنه يجب أن يكون المدعي في دعوى الخلع هي الزوجة نفسها أو أحد ممثليها قانونا كالمحامي أو الولي أو الوصي،و وفقا لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون ممثلا للزوج والمقصود هنا الزوجة طالبة الخلع وليها أو مقدمها، والأمر كذلك بالنسبة للزوج الدعى عليه وأن يكون المدعي متمتعا بأهلية التقاضي، أي أن يكون بالغ سن الرشد المدني وهو 19 سنة طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني، متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه وفقا للمادتين 42 و44 من القانون المدني[1].

كما يشترط أيضا في المدعي رافع الدعوى الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع، أي أنه يهدف من الالتجاء إلى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة ، والمصلحة القائمة أصلا هي الشرط الأساسي لسماع الدعوى وقبولها أمام المحكمة وأن لا دعوى حيث لا مصلحة، كما أن القاضي يقرر من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة ، كما يقرر أيضا من تلقاء نفسه وجود إذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازما.

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

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 342-343.

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

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

المطلب الثاني : كيفية تسيير الجلسة و إجراءات التحكيم والصلح في دعوى الخلع

نتناول في هذا المطلب كيفية تسيير الجلسة من خلال الفرع الأول ثم بيان إجراءات التحكيم والصلح في الفرع ثاني

الفرع الأول: كيفية تسيير الجلسة

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

عندما تقام دعوى الخلع من طرف الزوجة ضد زوجها، وفقا لإحدى الطرق السابقة، يقوم كاتب الضبط بتسجيلها في السجل الخاص وتعيين تاريخ الجلسة التي ستعرض فيها دعواهما، وعندئذ يتعين على

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 343.

الزوجين المتخاصمين حضور الجلسة في التاريخ المعين، إما بنفسهما أو بواسطة وليهما إذا كان كلاهما أو أحدهما قاصرا أو محجورا عليه [1].

فعلى الزوجين الإدلاء بطلباتهم ودفوعهم، كما لهما تدعيم إدعاءاتهم بما لديهما من حجج من الأدلة المقررة قانونا [2].

أما إذا لم يحضر المدعي أو وليه في اليوم الأول المحدد للجلسة، رغم صحة تبليغه بتاريخ الجلسة، فإن القانون يخول للقاضي سلطة الحكم بشطب الدعوى، أما إذا لم يحضر المدعى عليه، فإنه يجوز للقاضي الفصل في الدعوى في غيابه ويفصل القاضي دائما بحضور الزوجين المتخاصمين في الجلسات بعد سماع كل منهما ويجوز لكل واحد منهما أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما في جلسة سرية لا يحضرها معهما أحد(3)

يجوز لكل واحد من الزوجين أن يصحب معه شهوده إلى المحكمة ويقدمهم مباشرة إلى القاضي أثناء الجلسة، أما المرافعات أثناء الجلسة تكون بأن يبدأ المدعي من الزوجين وهي الزوجة في دعوى الخلع بعرض طلباته من المحكمة مع إبراز الأدلة التي يعتمد عليها ثم يعطي القاضي الكلمة للمدعى عليه منهما ليقدم دفوعه وحججه وأدلته المعاكسة، بعد ذلك يحيل القاضي الكلمة إلى محامي المدعي ثم إلى محامي المدعى عليه قبل إقفال باب المرافعة، وفي حالة عدم حضور المدعي أو ممثله القانوني يحكم القاضي بشطب الدعوى، أما في حالة عدم حضور

---

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 352.

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

[3]– بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 352.

المدعى عليه فيصدر في حقه حكما غيابيا، وإذا فعل ذلك دون إثبات أن المدعى عليه قد تم تكليفه بالحضور وفقا للقانون وأنه قد بلغ تبليغا صحيحا وتغيب دون عذر مقبول، فإن حكمه الغيابي سيكون مخالفا للقانون ومعرضا حتما للإلغاء [1] .

الفرع الثاني: إجراءات الصلح والتحكيم

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

أولا: إجراءات الصلح في دعوى الخلع

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين.

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

[1]– عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 118.

كما نص في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 على الصلح في المواد من 439 إلى 449، ونص على أن إجراءات الصلح في مادة الأحوال الشخصية وجوبي و إلزامي.[1]

كما يتضح من نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري سالفة الذكر على أن سياسة المشرع الجزائري في تقييد الحق في الطلاق، و ما على القاضي إلا أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة رئيس كتاب الضبط ، وذلك بمجرد تسجيل الدعوى و طرحها عليه، وأن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما تجاه الآخر، و ذلك حتى يحاول خلالها إظهار مساوئ الفرقة من أجل إقناع طالبة الخلع بالرجوع عن التفكير في الخلع و العودة إلى حياة المودة و الوئام على شرط أن لا تتجاوز مدة محاولات الصلح ثلاثة(3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى بالخلع، لكن إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات محاولات الصلح دون عذر فإن ذلك يعتبر امتناعا متعمدا و رفضا ضمنيا لمحاولات الصلح، و مثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار و يعفيه من تجديد محاولات الصلح و يعتبر محاولات الصلح فاشلة و غير منتجة، فيحرر محضرا بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر لأنه عندما تفشل محاولاته بالصلح ينتقل بالضرورة إلى الحكم بالخلع.[2]

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/10/23 الذي جاء فيه "إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات تجعل القاضي ملزما بالفصل

---

[1]- أحمد شامي، مرجع سابق، ص 268.

[2] - أحمد شامي، المرجع السابق، ص 271-272.

في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة الصلح بثلاثة أشهر.[1]

كما أن المشرع في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري يلزم القاضي بتحرير محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج إيجابية أم سلبية ، فإذا كانت ايجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها و إذا كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح فشلت و يمكن أن يشير إلى أسباب فشلها وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي و أمين الضبط و الزوجين ، لكن ما يعاب على هذه المادة أنها لم تنص على وجوب و إلزام إجراء محاولات الصلح. [3]

عكس نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أن "محاولات الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية" ومن هذه المادة يتضح أن محاولات الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية.

كما أن الفقرة الأخيرة من المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بينت حالة ما إذا تم الحكم بالطلاق، لابد من تسجيل الحكم في سجلات الحالة المدنية و تتولى هذه المهمة النيابة العامة.

---

[1] - المحكمة العليا : **غرفة الأحوال الشخصية** ، قرار بتاريخ 1997/10/23 ، ملف رقم، 174132 قبل تعديل القانون رقم 11/84 المتعلق بقانون الأسرة .

[3] - أحمد شامي، المرجع السابق، ص 272.

و القاضي إلى جانب ذلك له السلطة التقديرية في إجراء محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح طالما أنه اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات الصلح.

و في هذا المعنى صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 2011/04/14 حيث جاء فيه:

"بدعوى أن قاضي الدرجة الأولى أجرى محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح ، لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين و عقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما و بالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة ثم استنفاذه و لا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض"[1].

ثانيا/: إجراءات التحكيم في دعوى الخلع

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

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين."[2]

---

[1]– مجلة المحكمة العليا : **غرفة شؤون الأسرة و المواريث** ، قرار بتاريخ 2011/04/14 ملف رقم 620084، العدد 01، 2012 ، ص 301.

[2] - المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية العدد 15المؤرخة في 27 فيفري 2005.

1/ توصيف الحكمين في الشقاق الزوجي

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

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

و هو قول أكثر المالكية ، و قول الشافعية و رواية عند الحنابلة و ابن تيمية في أحد القولين المنقولين عنه .

و استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

1- قوله تعالى " و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها "[1]

فسماهما الله –عز وجل –حكمين و نصبهما للحكم بين الزوجين، و مكنهما منه، و للحَكَم في الشريعة اسم و معنى، و للوكيل في الشريعة اسم و معنى، والخطاب الوارد بالأحكام و تنفيذها ينصرف إلى الحكام و الأئمة دون أهل الخصومات .

2–روى محمد بن سيرين عن عبيدة أنه قال في هذه الآية " وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها " [2]

[1] - سورة النساء الآية 35 .

[2] -)– سورة النساء الآية 35.

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

القول الثاني: أما المبعوثين وكيلان عن الزوجين، فلا يجوز بعثهما إلا برضاهما وموافقتهما و ليس لهما التفريق إلا برضاهما و توكيلهما ، فيوكل الزوج حَكَمه –إن شاء– بطلاق.

و قبول عوض خلع، و توكل الزوجة – إن شاءت– حَكَمها ببذل عوض خلع و قبول طلاق به ثم يفعل الحكمان الأصلح من صلح أو تفريقا إن رأياه صوابا .

و هو قول بعض المالكية، وقول الشافعية هو الأظهر عندهم رواية عند الحنابلة هي الصحيح من المذهب.

و استدلوا من المعقول: أن الزوجين راشدان و المال حقها و البضع حقه، فلا يجوز لغيرهما التصرف في ذلك إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما.

القول الثالث: أن المبعوثين رسولان و شاهدان يرسلهما الحاكم ليصلحا بين الزوجين برضاهما و ليعرفا حالهما: من الظالم منهما و المظلوم ؟ و يخبرا الحاكم بما اطلعا عليه، و يشهدا بما ظهر لهما، و ليس لهما أن يفرقا بين الزوجين.

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

أدلة هذا القول:

1-قوله تعالى " إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما "[1]

و وجه ذلك عنده أن الإصلاح هو قطع الشر بين الزوجين و قد ردّه الله -عز وجل- إلى اختيار الزوجين، ولا يعرف في اللغة ولا في الشريعة أن من الإصلاح بين الزوجين تطليق الزوجة على زوجها، و ليس في الآية و لا في شيء من السنن أن للحكمين أن يفرقا، و هذا شأن الشاهد .

2- الأثر المروي عن علي- رضي الله عنه - الذي جاء فيه قوله- رضي الله عنه -للحَكَمين: " تدريان ماعليكما ؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا ، و إن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا، قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي ، و قال الرجل : أما الفرقة فلا، فقال علي - رضي الله عنه - كذبت ، و الله حتى تقر بمثل ما أقرت به ".

[1]- سورة النساء الآية 35.

فدل على أن ما يفعله الحكمان إنما يكون برضا الزوجين و تفويضهما، فان علي قال: "كذبت" "والله حتى تقر بمثل ما أقرت به" و هذا هو شأن الوكالة.

القول الرابع : أن المبعوثين إن وكلهما الزوجان فهما وكيلان ينفذ تصرفهما فيها و كّلا فيه مجتمعين أو منفردين حسب التوكيل ، و أن لم يوكلهما الزوجان فهما شاهدان .

وهو قول الطبري و قول الحصّاص من الحنفية.

و استدلوا بما يلي :

1-قوله تعالى "فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها "[1]

فقد أمر الله -عز وجل- بأن يكون أحد المبعوثين من أهل الزوجة ، و الآخر من أهل الزوج ، فالذي من أهله وكيل عنه ، و الذي من أهلها وكيل عنها ، فكأنه قال "فابعثوا رجلا من قبله ، و رجلا من قبلها ، و تسميتهما حَكَمين لا يعارض كونهما وكيلين ، لأن الأصل قبول قولهما على الزوجين ، و نفاذه عليهما بموجب توكيلهما ، فكان لزوم قول الحكمين للزوجين بمثابة الحكم ، فَسُميَا حَكَمين من هذا الوجه ، و حقيقتهما وكيلان.[2]

2/ تعيين الحكمين في قانون الاسرة الجزائري

كما نص أيضا على إجراءات التحكيم في المواد 446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية، و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25.

---

[1]- سورة النساء الآية 35.

[2]- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، مرجع سابق، ص 113-117.

ومن تحليل هذه المواد نجد أنه إذا اشتد الخصام و الشقاق بين الزوجين، أو أضر أحدهما بالأخر و استحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما و لم يثبت الضرر، اختارت المحكمة حكمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة.

ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عادلين من أهل الزوجين إذا أمكن ، و إلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقارة على الإصلاح بينهما، وعلى هذين الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين و أن يبدلا جهدهما في الإصلاح، و لقد أوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي عن مهمتهما في اجل شهرين.[1]

فالقاضي يحكم على ضوء تقرير الحكمين، و لا يشترط فيه أن يكون معللا كما يجوز له رفض التقرير وتعيين حكمين آخرين كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا، وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن.[2]

فإذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر أخر قابل لأي طعن طبقا لما جاء في نص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإن عجز الحكمان عن الصلح حكم القاضي بالخلع الذي لا يلزم الزوجة إثبات الضرر عكس التطليق الذي يتطلب إثبات الزوجة الضرر، كما أن المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت على أن :"يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص359.

[2]- بلحاج العربي، نفس المرجع ، ص 359.

تبنيت له صعوبة مهمة التحكيم، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة."

3/دور الحكمين :

يلاحظ أن مهمة الحكمين في قضايا الخلع هي التأكد فقط من البغض و الكراهية لأن الزوجة في الخلع غير ملزمة بإثبات الضرر، فبمجرد عدم القدرة على مواصلة العيش مع زوجها يقوم الحكمين بإعداد تقرير عن الوضعية يحكم من خلاله القاضي بالتفريق عن طريق الخلع.[1]

و الملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي بل جعل الحق بناء على اقتراحهما و هذا فيه احتياط حيث يجعل القاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية.[2] ومن ثم فهما يعتبران وسيطين وليس حكمين .

ومن المفترض أن تتلخص مهمة الحكمين في ما يلي:

أ/ أحوال الجمع بين الزوجين:

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

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

---

[1]– سليم سعدي، مرجع سابق، ص 66.

[2]– طاهري حسين، مرجع سابق، ص 127.

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

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

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

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

ب /أحوال التفرقة بين الزوجين:

يفرق بين الزوجين عند الشقاق في أحوال أبرزها ما يلي:

الحالة الأولى: إذا كانت الإساءة والمظلمة من الزوج:

وقد اختلف العلماء في ذلك على قولين:

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

وهذا مذهب المالكية، وقول ابن تيمية من الحنابلة.

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

الترجيح: هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لما يلي:

– قوله تعالى: "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[1]، فقد أوجب الله عز وجل على الرجال إمساك المرأة بالمعروف أو تسريحها بإحسان، فإذا أضر بها فقد تعذر الإمساك بالمعروف ووجب التسريح بالإحسان.

– ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، فإذا ثبت ضرر الزوج وجب عليه إزالته، فإذا تعين الطلاق سبيلا له وجب، وقرر الحكمان، فإن امتنع منه الزوج استوفاه الحاكم لأن من وجب عليه حق فامتنع عن أدائه استوفاه الحاكم.

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

[1]– سورة البقرة الآية 229.

لقد اختلف العلماء على ثلاثة أقوال:

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

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

القول الثاني: أن الحكمين إذا رأيا صلاحا في التفريق بينهما فرقا على شيء يأخذانه منها للزوج، وإذا لم يريا صلاحا في ذلك لم يفرقا بينهما وائتمناه على الزوجة. وبه قال بعض المالكية.

زاد بعض المالكية: أنه إذا استوت مصلحة الفرقة ومصلحة البقاء رجع إلى إجتهاد الحكمين في البقاء والفرقة.

القول الثالث: انه إذا فقد الاتفاق والتآلف وحسن التعاشر بين الزوجين ولو ظهر الظلم والإساءة والمخالفة من أحدهما ولو كانت الزوجة، فرق بينهما.

وبذلك قال ابن العربي من المالكية وعلل ذلك بأن الفرقة تكون بوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة، فإذا وقع الخلل في مقصود النكاح ولو بظهور ظلم الزوجة لم يكن لبقاء العقد وجه.

الترجيح: هو القول الثالث لما يلي:

– قوة ما علل به قائله.

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

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

وبذلك قال المالكية وبعض الحنابلة.

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

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

المبحث الثاني: الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع والآثار المترتبة عنه

على عكس الشريعة الإسلامية التي اعتبرت الخلع عقدا رضائيا، جعل قانون الأسرة الجزائري مركز الزوجة مساويا لمركز الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية، بحيث منحها حقا إراديا في التفريق لقاء بدل تدفعه للزوج، في المادة 54 المعدلة بالأمر 02/05 ومن ثم جرد القاضي من أي سلطة في الاستجابة من عدمها لطلب الخلع وسوف نتعرف في هذا المبحث الى الحكم

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

القضائي الصادر في دعوى الخلع (كمطلب أول)، ثم بعد ذلك إلى آثار الحكم بالخلع (كمطلب ثاني) .

المطلب الأول:الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع

نتعرض في هذا المطلب إلى طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع وأقسامه (كفرع أول) وطرق الطعن في الحكم (كفرع ثاني)

الفرع الأول: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع وأقسامه

أولا/ طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع

نص المشرع الجزائري بأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وانه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق إلا إذا صدر نص به حكم من القضاء،وانه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة والتي جاء فيها:"لا يثبت الطلاق إلا بحكم"يتضح من تفسير العبارة أن الحكم الذي يصدر في دعوى الطلاق يأتي ليؤكد رغبة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية ،التي هي قائمة من اليوم الذي اتجهت فيه نية الزوج أو الزوجة إلى حل الرابطة الزوجية، وأما الحكم ما هو إلا كاشف للخلع[1] ويأتي تثبيتا لأمر حصل من قبل [2].

[1]– الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 122.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 361.

ثانيا/:أقسام الحكم الصادر في دعوى الخلع

إن الحكم الصادر في مسائل الخلع لابد أن يكون مسبب بان تتمسك الزوجة بالخلع أثناء محاولات الصلح ،ومعنى ذلك بيان ما اقنع القاضي بما قضي به وجعله يحكم بالخلع.[1]، وهذا الحكم الذي يصدر عادة ما ينقسم إلى قسمين هما:[2]

1/ قسم الجانب الشخصي

هذا القسم ينصب على عقدي ميلاد كل من الزوجين وكذلك عقد زواجهما المسجلين بسجلات الحالة المدنية الموجودة على مستوى البلدية، حيث يصبح كل من الزوجين أجنبيا عن الآخر، ووفقا لنص المادة 03/49 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 التي تنص على أنه:"تسجل أحكام الطلاق وجوبا قي الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

وهذا خلافا لما كان عليه الأمر قبل التعديل حيث كان الأطراف هم اللذان يسعيان إلى تسجيل حكم الطلاق بالحالة المدنية [3]،

2/ قسم الجانب المادي

فهو خاص بالجوانب المادية المرتبطة بالخلع وهي الخاصة بتوابع فك الرابطة الزوجية، وسنفصل فيها في آثار الحكم بالخلع .

---

[1]– الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 120.

[2]– سليم سعدي، المرجع السابق، ص 70.

[3]– يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 56.

الفرع الثاني :طرق الطعن في الحكم القاضي بالخلع

نصت المادة 57 من قانون الأسرة صراحة بأنه " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية."

وقبل تعديل المادة بموجب الأمر رقم 02/05 فإن النص القديم كان ينص فقط على عدم جواز استئناف الأحكام الناطقة بالطلاق، فالمشرع الجزائري عمد إلى إزالة الغموض ونص على أن أحكام التطليق والخلع إلى جانب أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف وهي الأحكام المتعلقة بالناحية الشخصية للزوجين، بخلاف الناحية المادية فهي تقبل الاستئناف.

والهدف من عدم جعل أحكام الطلاق على درجتين من التقاضي هو عدم إطالة الإجراءات إذ لا يعقل أن يتفق الزوجان على مسائل الخلع أو تخالع الزوجة نفسها ثم تستأنف الحكم [1] .

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/03/20 : " من المقرر قانونا أن الأحكام الصادرة بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية وثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم والقاضي بالطلاق بالخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون".[2]

---

[1]– سليم سعدي، المرجع السابق، ص 71.

[2] - المحكمة العليا: **غرفة الأحوال الشخصية**، قرار بتاريخ 1991/03/20، ملف رقم 72858 ، المجلة القضائية ، العدد 01، 1993، نقلا عن سليم سعدي ، المرجع السابق، ص 71.

يتضح من اجتهاد المحكمة العليا أنها كرست مبدأ أن أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية و هذا من عبارة أن: " قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم و القاضي بالطلاق بالخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون."

وعليه وفقا لقواعد الاجراءات المدنية والإدارية فان القسم المتعلق بالجانب الشخصي من الحكم القاضي بالخلع قابل فقط للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا،والحكم الصادر في القسم المادي يقبل الاستئناف أمام المجلس والطعن أمام المحكمة العليا.

المطلب الثاني: آثار الحكم بالخلع

لم يشر المشرع الجزائري في مواد قانون الأسرة إلى الآثار الناجمة عن التفريق بالخلع ولم يعرها الاهتمام اللازم ومرجعنا هنا ما استقرت عليه نظريات الفقه الإسلامي وكذا القواعد العامة التي اشتمل عليها قانون الأسرة الجزائري لذا نتطرق إلى التزام الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية (كفرع أول)، عدة ونفقة المختلعة (كفرع ثاني) والحضانة و النزاع على متاع البيت (كفرع ثالث)

. الفرع الأول: التزام الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية

يترتب عن الخلع التزام في ذمة الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية لذا نتطرق إلى التزام الزوجة بدفع بدل الخلع (أولا) ثم سقوط الحقوق الزوجية الناشئة قبل الخلع (ثانيا).

أولا: التزام الزوجة بدفع بدل الخلع

يترتب عن الخلع لزوم المال المسمى لوجوبه بالتزامها ما لم تكن محجورة لسفه أو مكرهة فلا يلزمها شيء، وإذا كانت مريضة مرض الموت وخالعها زوجها على مال وقبلت وقع عليها طلاق بائن، كما لو كان الخلع في حالة صحتها، ويستحق الزوج إذا توفيت الزوجة وهي في عدة مرض الموت المبلغ المتفق عليه مقابل الخلع، أو ميراثه، أو ثلث تركتها ولو كانت وصية [1] وهذا وفقا لنص المادة 180 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 يأخذ من التركة حسب الترتيب الديون الثابتة في ذمة المتوفى،

وإذا لم يحدد بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل طبقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري ، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع جعل من القاضي مجرد أداة للنطق بالخلع وقيد سلطته حتى فيما يتعلق بتقدير استحقاق العوض من عدمه لأنه لا يمكن التعامل مع كل الحالات بنفس الأثر:

1- الفرقة بين الزوجين ن غير عوض:

إذا كانت الإساءة من الزوج بأن ظهر ظلمه لزوجته من غير سوئ اقترفته ولم ترض بالمقام معه فرق بينهما من غير عوض.

قال بذلك المالكية، وابن حجر من الشافعية، وابن تيمية من الحنابلة، وهو مقتضى ما ذكره الحنفية.

وهذا ظاهر لما يلي:

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق ص 270.

قوله تعالى: " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن ياتين بفاحشة مبينة"[1] فإن الزوج إذا أضر بالزوجة وكان سببا في نشوزها عليه وطلبت فراقها منه من غير فاحشة اقترفتها كأنه عضلها ظلما، فلا مهر له.

ولأنه لما كانت الإساءة من الزوج فقد كانت الفرقة بسببه فاستحق فوات المهر عليه.

ولا يعارض هذا ما ورد في بعض طرق الحديث كما عند النسائي في قصة ثابت بن قيس بن شماس: أنه " ضرب امرأته، فكسر يدها" لأنه لم تشتكه لأجل ذلك.

2- الفرقة بين الزوجين بجزء من المهر:

تتوجه الفرقة بين الزوجين عند الشقاق الزوجي بجزء من المهر وذلك في صورتين هما:

الصورة الأولى: إذا كانت الإساءة منهما معا.

وقد أختلف علماء المالكية في هذه الصورة على قولين:

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

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

الترجيح: أنه إذا علم الظلم أو الإساءة من الزوجين معا فإن الفرقة تكون ببعض من المهر، والأصل أنه إذا تساوت الإساءة أو جهل قدرها كانت الفرقة بنصفه، وإذا كان أحدهما أظلم كان بجزء منه حسب حصة إساءته ثلثا أو ربعا وهكذا، وقد جعل الله للمطلقة قبل الدخول نصف

[1]- سورة النساء الآية 19.

المهر في قوله تعالى: " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم" [1]، فدل على أصل مشروعية تجزئة المهر عند الفرقة.

الصورة الثانية: إذا كان الظلم من الزوج وكانت الفرقة قبل الدخول

فتكون الفرقة بين الزوجين في هذه الحال على نصف المهر المفروض، فإذا استحق الزوج نصف المهر لو طلق قبل الدخول فكذا يستحقه لو طلق عليه وكان هو الظالم.

قال ابن تيمية: هذا يدل على أن المرأة إذا فسخت قبل الدخول فلها نصف الصداق، لأن سبب الفسخ هو العيب من جهته، وهي معذورة في الفسخ.

3- الفرقة بين الزوجين بالمهر كاملا:

يقرر المهر كاملا عند الفرقة بين الزوجين في صورتين هما:

الصورة الأولى: إذا كانت الزوجة هي الظالمة، والزوج المحسن إليها:

فإذا كانت الزوجة هي الظالمة وطلبت الفرقة من زوجها مع إحسانه إليها وجب عليها إعادة المهر.

وقد اختلف العلماء في مقدار العوض الذي يقرر في هذه الحالة على قولين:

---

[1]- سورة البقرة الآية 237.

القول الأول: إذا كانت الزوجة هي الظالمة بنشوزها وإساءتها فإن المهر في حال طلب الزوجة الفرقة يتقرر كاملا للزوج من غير زيادة وهو قول الحنفية وابن حجر من الشافعية في فسخ المرأة إذا كان النشوز من قبلها بأن يكون بالمهر، وبه قال الحنابلة.

واستدل ابن تيمية بأمر النبي صلى الله 68 لم لامرأة ثابت بن قيس بن شماس برد الحديقة، وقد جاء فيه:" اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة".

القول الثاني: إذا كانت الإساءة من الزوجة وفرق بينهما:

فيكون على عوض يقدره الحكمان حسب اجتهادهما بما يريانه مناسبا للطرفين ولو بأزيد من المهر وبذلك قال المالكية.

الترجيح: هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أنه إذا كانت الإساءة أو البغض والكراهية إنما هي من الزوجة وليس من الزوج شيء فإن الفرقة تكون بالمهر كاملا وما يتبعه من نحو حلي سلمت لها من الزوج من دون زيادة.

ودليل ذلك ما يلي:

- قصة امرأة ثابت بن قيس بن شماس وما جاء فيها من قوله صلى الله عليه وسلم " اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة"، ففي الحديث أن الفرقة تكون بعوض وهو المهر، وأنه لا يرد بغير زيادة ولا نقصان، لأنه صلى الله عليه وسلم إنما أمر برد الحديقة.

الصورة الثانية: إذا أشكل أيهما الظالم

إذا أشكل أيها الظالم فإن الأصل قول من ينفيه، فإذا فرق بينهما للخلل في مقاصد النكاح من الألفة فإنه يكون على المهر وما يتبعه من حلي.

ووجهه أنه لم يثبت على الزوج ما يسقط حقه في استعادة المهر، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس رضي الله عنهما: " اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة"[1].

ثانيا: سقوط الحقوق الزوجية الناشئة قبل الخلع

إذا صار الطلاق بائنا فهنا ينفي الحياة الزوجية المشتركة بين الزوجين، وعليه تسقط كل الحقوق الناشئة عنه بين الزوجين مثل الصداق المؤجل النفقة الغذائية الواجبة إلا حق النفقة المتعلق بالعدة لأنه حق يكون قد نشأ بعد حدوث الطلاق، وهو حق يبقى في ذمة الزوج[2] .

كما أنه لا توارث بين الزوجين بعد فرقتهما، إلا إذا توفي أحدهما قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، وهذا طبقا لنص المادة 132 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 والتي تنص: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منها الإرث"[3].

الفرع الثاني: عدة ونفقة المختلعة

تعد نفقة المختلعة وعدتها من أهم الآثار الناجمة عن الخلع لذلك سوف نتعرض لعدة المختلعة (أولا) ثم نفقة المختلعة (ثانيا).

[1] - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، مرجع سابق، ص 123-131.

[2] - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 271.

[3] - الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 123.

أولا: عدة المختلعة

العدة مأخوذة من العدد لاشتمالها عليه غالبا، وفي الاصطلاح هي المدة التي تتربصها المرأة حتى تحل لزوج آخر وفي هذا المعنى جاء قوله تعالى "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"[1].

والآية جاءت على صيغة الأمر والوجوب والحكمة من مشروعية العدة هي تحقيق بعض المصالح وهي معرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب[2].

وقد نص المشرع الجزائري على عدة المختلعة في المادتين 58 و 60 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، فالمشرع لم يفرق بين حالات الطلاق سواء كانت من جانب الرجل أو المرأة و اعتبر فترة العدة نفسها[3].

يتضح من خلال المادتين السابقتين أن عدة المختلعة نوعان هما:

1- عدة المختلعة غير الحامل

تعتد المختلعة غير الحامل بمضي ثلاثة قروء أي ثلاثة حيضات إذا كانت ممن يحضن[4]

ودليل ذلك قوله تعالى " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"[5] .

---

[1] - سورة البقرة، الآية 228.

[2] - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 193.

[3] - سليم سعدي، المرجع السابق، ص 77.

[4]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 372.

[5] - سورة البقرة الآية 228.

وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة بقوله :"تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء"، وهذا يعني أنه إذا كانت المحكمة قد أصدرت حكما بقضي بطلاق الزوجة من زوجها خلعا، فإنها لا يجوز لها أن تبرم عقد زواج جديد إلا بعد مرور ثلاثة قروء، وهو يساوي ثلاثة شهور إن تزوجت قبل ذلك فإنها تكون قد خالفت الشرع و القانون و اعتبرت آثمة[1] .

أما إذا كانت المرأة لا تحيض سواء كانت صغيرة دون البلوغ أو بلغت سن اليأس من المحيض وهي خمسة وخمسون سنة على المفتى به، فعدتها ثلاثة أشهر[2]

لقوله تعالى :"واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر "[3]

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة التي تنص على أنه :"واليائس من المحيض بثلاثة أشهر ، من تاريخ التصريح بالطلاق " وهذا يعني أن الزوجة إذا صدر حكم بخلعها من زوجها لا يجوز لها هذه الفترة أن تتزوج ثانية مع أي كان وإن تزوجت فإنها تكون قد ارتكبت إثما و اقترفت حراما و عرضت زواجها للبطلان"[4].

2- عدة المختلعة الحامل

[1] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 136.

[2] - بلحاج العربي، المرجع السابق،ص372.

[3] - سورة الطلاق الآية 04.

[4] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 136.

إذا كانت المختلعة حاملا فعدتها وضع حملها ودليل ذلك قوله تعالى: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن" [1]

فالحامل تعتد بوضع الحمل، فمدة العدة بالنسبة للمختلعة الحامل تختلف عن غيرها من النساء، فهي لم تحسب بالقروء ولا بالأشهر وإنما مدة العدة بالنسبة إليها تنتهي بمجرد وضع حملها[2].

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

كما يلتحق بالوضع إسقاط الحمل إذا جاء مستبينا بعض أعضائه، غير أن المشرع الجزائري جعل أقصى مدة الحمل (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة طبقا للمواد 42 و 43 و 60 من قانون الأسرة، وهو ما يتفق مع رأي الأطباء اللذين يؤكدون أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من هذه المدة[3].

ثانيا: نفقة المختلعة

يرى الفقه المالكي أن المعتدة من طلاق بائن تستحق السكنى حاملا كانت أم غير حامل وتستحق النفقة إذا كانت حاملا لقوله تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم، ولا

[1] - سورة الطلاق الآية 04.

[2] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق،ص 136.

[3] - بلحاج العربي، المرجع السابق،ص371.

تضاروهن لتضيقوا عليهن، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" فالمطلقة المعتدة تستحق النفقة والسكنى[1] وهذا تطبيقا لما جاء به المشرع الجزائري في المادة 61 من قانون الأسرة والمعدل بالأمر 02/05 بقولها: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

وعليه فمهما كان أمر عدة الطلاق فإن المطلقة خلعا تستحق النفقة كاملة طول مدة العدة التي تعتدها، لأنها تعتبر شرعا وقانونا ما زالت في عصمة مخالعها وأن من حقها أن تبقى في بيت الزوجية خلال مدة العدة ولها الحق في النفقة في هذه الفترة، سواء كانت حاضنة أو غير حاضنة[2].

كما أن المادة 78 من قانون الأسرة نصت على مشملات النفقة وحصرتها في الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، ولهذا فالمختلعة لها الحق في النفقة ما دامت في مدة العدة.

ومن ثم فإن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها في جميع الأحوال سواء كانت ظالمة أو مظلومة[3].

[1] - بلحاج العربي، المرجع السابق،ص377.

[2] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 336-337.

[3] - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص378.

ومن أهم الحقوق المترتبة للمختلعة هو الحق في النفقة والسكن وفقا لنص المادة 61 من قانون الأسرة السابقة الذكر، لكن في الواقع غالبا ما تترك الزوجة بيت الزوجية وتستقر في بيت أهلها طوعا أو كراهية، وهذا لأن الزوج كثير ما يطرد الزوجة من البيت[1].

لكن السؤال الذي يطرح ماذا لو أن الزوجان اتفقا على أن تكون نفقة العدة والسكنى هي مقابل الخلع؟ و كذلك ماذا لو اتفق الزوجان على أن تكون نفقة الأولاد هي مقابل الخلع؟

إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص على هذه الحالة مما يحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، نجد أنه إذا خالعت المرأة زوجها في مقابل إبرائه من نفقة العدة صح الخلع وبرئ الزوج منها، ولو خالعته على نفقة العدة والسكن في مدتها صح في إسقاط نفقة العدة وبطل في إسقاط السكن لأن سكن المطلقة في غير المسكن الذي كانت فيه وقت الطلاق معصية لا يصح إسقاطها بحال ما دامت في العدة، لكن لو أبرءته من أجرة المسكن بأن التزمت الإقامة في ذلك المسكن حتى تنقضي عدتها، وتقوم هي بدفع الأجرة من مالها أو كان البيت ملكا لها صح الإبراء[2].

أما في حالة اتفاق الزوجين على أن يكون مقابل الخلع هو التزام الزوجة بالإنفاق على أولادها مدة محددة، ثم حصل أن وقعت في إعسار وعجزت عن النفقة فيجب على الزوج في هذه الحالة أن يتولى الإنفاق على أولاده ويكون ذلك دينا على الزوجة المخالعة ومن حقه أن يعود

[1] - لوعيل محمد لمين: **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية، دار هومه– الجزائر– 2006، ص 128

[2] - أحمد فراج حسين: **أحكام الأسرة في الإسلام**، الدار الجامعية، 1998، ص 143.

به عليها عند اليسار، أما إذا ماتت الزوجة بعد الطلاق بالخلع وكان الزوجان قد تخالعا على نفقة الأولاد فإن واجب النفقة ينتقل إلى الأب وله أن يرجع بها على تركة الزوجة إن كانت قد خلفت ما يورث[1].

الفرع الثالث: الحضانة والنزاع على متاع البيت

نتناول في هذا الفرع كيفية الفصل فيما يتعلق بالحضانة والنزاع في متاع البيت عند الحكم بالخلع.

أولا / الحضانة

من أهم الآثار الناجمة عن انحلال الزواج بالخلع وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من الرعاية بالطفولة، بحيث يكفل الطفل التربية الصحيحة والخلقية السليمة[2].

لقد تعرض المشرع الجزائري للحضانة كأثر من آثار انحلال الزواج في المواد 62 إلى 72 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 وبين أحكامها، فنص في المادة 62 ع>ل أن "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

ومن ثم فالحضانة هي حق من حقوق الأولاد وشرعت لمصلحة الولد، لأن الولد في

[1] - ربيحة إلغات ، مرجع سابق ، ص 71-72.

[2] - بلحاج العربي، المرجع السابق،ص379.

حياته الأولى يحتاج إلى تربيته ورعايته، والحضانة هي ضرب من هاتين الوظيفتين[1]

يتضح من المادة السابقة أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يراعي هذه الجوانب التي تضمنها النص[2].

كما أن المشرع أغفل ذكر الأوصاف والصفات المتعلقة بأهلية الحاضن في المادة 2/62 واكتفى فقط بالنص على أنه "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وهي البلوغ، العقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا، والأمانة والاستقامة، والإقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير، وعدم زواج الحاضنة من أجنبي أو بغير قريب محرم[3].

المشرع أحسن صنعا عندما ذكر في المادة 02/62 مسألة إتحاد الدين بين المحضون وحاضنته على أن تكون تربية الطفل المحضون على دين أبيه وهي مسألة أقرها الفقه الإسلامي[4].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1979/04/16 حيث نقضت حكما كان إسناد الحضانة لأم تتدين بالمسيحية، وثبت أنها تربي الولد على دينها[5].

---

[1] - الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 131.

[2] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 139.

[3] - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص390.

[4] - بلحاج العربي، نفس المرجع، قص391.

[5] المحكمة العليا: **غرفة الأحوال الشخصية**، قرار بتاريخ 1979/04/16 ملف رقم 19827، نشرة القضاة، العدد 02، 1981، نقلا عن الغوثي بن ملحة: المرجع السابق، ص 131.

كما أن المشرع رتب الأولوية في الحضانة طبقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة وهي الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في هذا الترتيب، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

فالمشرع احتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة التي هي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحيا وأخلاقيا وتربويا ودينيا وعاطفيا.

كما أن المشرع لم يوضح المقصود بالأقربين درجة وما هو الحل إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كإخوة أو أعمام إلى جانب ذلك لم يبين الحل في حالة تخلي أصحاب الحق في الحضانة وعدم تقدم أحد الأقربون بطلب للمحكمة.

أضف إلى ذلك فالمشرع أوجب على القاضي عندما يحكم بالخلع وإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه أحدهما وفي هذا الحكم أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم[1].

كما نص المشرع في المادة 65 على مدة انقضاء الحضانة وهي أن حضانة الذكر تنتهي ببلوغه 10 سنوات، وللقاضي أن يمدد هذه السن إلى سن 16 سنة شرط أن تكون الحاضنة هي

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص391.

الأم لم تتزوج ثانية، أما حضانة الأنثى تنتهي ببلوغها سن الزواج وهو 19 سنة طبقا لنص المادة 07 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

والمشرع بين أيضا الحالات التي تسقط فيها الحضانة في المواد من 66 إلى 70 فضلا عن الشروط المنصوص عليها في المادة 62 وهي إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم أو بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، وكذلك إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر، وأيضا إذا استوطن الحاضن بلد يصعب على ولي المحضون القيام بواجباته، هنا تبقى السلطة التقديرية للقاضي في إثباتها أو إسقاطها، كما أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري طبقا لنص المادة 71 من قانون الأسرة، ولا يشكل عمل الحاضنة سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وفي جميع الأحوال لا بد من إعمال شرط مراعاة مصلحة المحضون.

كما أن المشرع نص في المادة 72 من قانون الأسرة على أنه "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، ونصت المادة 78 من نفس القانون على أنه: " تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

يتضح من المادة السابقة أن حق الزوجة الحاضنة في السكن مكفول ومكرس ولو كانت حاضنة لابن أو بنت واحدة.

وأن المادة 72 جاءت بصيغة "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية" بمعنى أن القانون اشترط فقط أن تكون الزوجة المختلعة حاضنة ولم يحدد عدد الأولاد المحضونين، إلا أنه في حالة عدم تمكن الأب من إيجاد سكن لإيواء الحاضنة فإن القانون أوجب دفع بدل الإيجار والذي يتم تحديده من طرف القاضي، والحاضنة تظل مستفيدة بحق البقاء في السكن أو أجرته إلى غاية سقوط الحضانة لسبب من الأسباب المقررة شرعا وقانونا كزواجها من غير قريب محرم أو انحرافها خلقا أو بلغ الأبناء سن سقوط الحضانة عنهم[1].

لكن السؤال الذي يطرح ماذا لو اتفق الزوجان على أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع؟

إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 54 منه لم ينص على هذه الحالة وهذا يحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

ففي هذه الحالة لو خالعت الزوجة زوجها على أن تقوم بحضانة ولده منها، صح الخلع، ولزومها القيام بحضانته المدة المحددة لها شرعا، فلو هربت أو مات الولد أو ماتت هي كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها بما يعادل أجرة الحضانة عن المدة الباقية إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك[2].

ثانيا/ النزاع في متاع البيت

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 على أنه:

---

[1]– يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص 51.

[2] - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 142.

"إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يتقسمانها مع اليمين".

يتضح من هذه المادة أن النزاع في متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح صاحب البيت وذلك انطلاقا من القاعدة الفقهية المشهورة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل الالتزام(1)،كما أن المادة جاءت في صيغة غير موفقة نظرا لعموميتها وشمولها وهذا ما يزيد في تعقيد التعامل مع نفس الحكم(2)

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

ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية أثناء الفصل في قضية نزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو معتاد للنساء وما هو معتاد للرجال عادة، ولا يجوز أن يعتمد اعتمادا كليا على مضمون القائمة المقدمة إليه من الزوج دون حجة أو دليل من أحدهما، ويكتفي بتوجيه اليمين طبقا لنص المادة73 من قانون الأسرة، ثم يعطي الحق لمن يحلف ويمنعه عمن ينكر، وعليه يمكن القول أنه لا يجوز تطبيق المادة السابقة في مجال النزاع حول متاع البيت إلا إذا توافرت ثلاثة شروط مجتمعة هي أن يكون موضوع النزاع القائم بين الزوجين هو شيء من متاع البيت

---

(1)– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص394.

(2)– الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 125.

(3)– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 198.

حقيقة، وأن يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له، وأخيرا أن يكون للمدعي منهما حجة كتابية أو شفهية لإثبات ما يدعيه، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فلا حاجة لإعمال نص المادة 73 من قانون الأسرة، بل يجب اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني ضمن إطار قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"[1]

كما أن أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزوج، وللزوجة أن تثبت عكس ذلك، كما أن الزوج أحق قانونا بمتاع البيت المشترك بين الزوجين مع يمينه، وأن الناكل عن اليمين خاسر دعواه.

وفي هذا المعنى جاء قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/04/14 أنه: "من المقرر قانونا أن الناكل عن اليمين خاسر دعواه".

ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقا لأحكام المادة 73 من قانون الأسرة على تركها أثاثها ومصوغها في بيت الزوجية غير أنها امتنعت من تأديتها وعليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا ونكلت عنها أخطأ في تطبيق القانون.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص الأثاث والمصوغ[(2)].

---

[1] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 149-151.

[(2)]- المحكمة العليا: **غرفة الأحوال الشخصية والمواريث**، قرار بتاريخ 1992/04/14 ملف رقم 81850، عدد خاص، 2001 نقلا عن الغوثي بن ملحة: المرجع السابق، ص 125-126.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما استعرضناه في الفصل الثاني :

يتبين لنا أن سلطة القاضي في دعوى الخلع وفقا لقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 تحدد بمهمتين الأولى هي الاستجابة التلقائية من القاضي للزوجة إذا طلبت الخلع وتأكد من بغضها وكراهيتها لزوجها، بينما الثانية هي ضرورة تدخل القاضي في تحديد المبلغ المالي للخلع في حالة عدم الاتفاق عليه من طرف الزوجين.

الخاتمة :

من خلال الدراسة التي أجريت لموضوع الخلع من جانبه القانوني و الفقهي أظهرت النتائج التالية:

– أن الخلع طريق قانوني يخول للزوجة الحق في إنهاء العلاقة الزوجية بإرادتها المنفردة مقابل حق الزوج في الطلاق. حيث أن المشرع الجزائري تبنى الرأي القائل بأن الفرقة التي تكون عن طريق الخلع تعتبر طلاقا لا فسخا وذلك أن المادة 54 التي تنص على الخلع كصور من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق وهذا لاختلاف أثر كل منهما.

– وبالرغم من أن الخلع حق أقرته الشريعة الإسلامية للمرأة ووضع له الفقهاء أحكامه الخاصة به، إلا أن المشرع في قانون الأسرة أقره بصورة مختلفة في كثير من المسائل عن مقصد الشارع الحكيم من تشريع الخلع.

– دلت الدراسة أن الخلع كحالة لفك الرابطة الزوجية بين الزوجين يختلف عن حالات الانحلال الأخرى فهو يختلف عن التطليق للأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة 11/84 المعدل بالأمر 02/05 و المؤرخ في 2005/02/27 و التي يجب على الزوجة إثباتها حتى تحصل على التطليق بخلاف الخلع الذي يعد الحل الأخير بيد الزوجة إذا لم تستطيع إثبات أي سبب من أسباب التطليق فتلجأ إلى الخلع لأنها غير ملزمة بإثبات ذلك كما يختلف على الطلاق على مال في فروقات عديدة وأهمها أن الطلاق على مال فإن صيغته لفظ الطلاق أو

ما في معناه، كقول الرجل لزوجته طلقتك على مبلغ كذا أو أبنتك في مقابل كذا، أما الخلع تكون صيغته لفظ الخلع أو ما في معناه.

– كما بينت الدراسة أن 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 02/05 لقانون الأسرة، على خلاف الشريعة الإسلامية التي اعتبرته عقدا رضائيا يستوجب استيفاء شروط معينة لوقوعه وهي شروط أغفلها المشرع الجزائري لأنه اعتبر الخلع حقا شخصيا.

وتتمثل شروط الخلع المتعلقة بالزوج المخالع في:

– أن يكون بالغا.

– عاقلا في رأي الجمهور.

– وأجاز الحنابلة أن يكون مميزا بعقله.

أما الشروط المتعلقة بالزوجة المختلعة تتمثل في:

– الأهلية.

– قيام الزوجية الصحيحة.

– قبول المختلعة بالخلع.

وبالنسبة للشروط المتعلقة بالعوض تتمثل في:

- أن يكون العوض مما يصح جعله صداقا.

- أن يكون العوض مالا متقوما.

- أن يكون العوض معلوما.

وأخيرا الشروط المتعلقة بالصيغة هي:

- عند الحنفية: الشروط مطابقة لإيجاب القبول.

- عند المالكية: أشترط أن يكون لفظا بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء صريحا أو كناية.

- عند الشافعية: أن كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر.

- عند الحنابلة: اشترطوا في الصيغة أن تكون لفظا فلا تصح بالمعاطاة وأن يكون الإيجاب والقبول في المجلس.

- كما ترفع دعوى الخلع بطريقتين الأولى بعريضة مكتوبة و موقعة من المدعي ، أما الثانية بالادعاء الشفهي أمام أمين الضبط المختص، و الدعوى ترفع أمام قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة التي يوجد بها مقر مسكن الزوجية، ورافع الدعوى لابد أن تتوفر لديه الأهلية و الصفة و المصلحة حتى تقبل دعواه.

– كما أن سلطة القاضي في دعوى الخلع وفقا لقانون الأسرة الجزائري تحدد بمهمتين الأولى هي الاستجابة التلقائية من القاضي للزوجة إذا طلبت الخلع بعد إجراء الصلح كإجراء إلزامي ولكنه في نظرنا شكلي نظرا للمهام العديدة الملقاة على عاتق قاضي الأحوال الشخصية، بينما الثانية تبقى سلطته في تقدير العوض في حالة عدم الاتفاق عليه من طرف الزوجين، رغم أن ما ذهب إليه فقهاء مذاهب الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمدى استحقاق الزوج للعوض قد يختلف باختلاف أحوال الفرقة بطريق الخلع فأحيانا يستحقه كله إذا كانت هي متعسفة في طلب الخلع أو بعضه و أحيانا لا يستحقه تماما خصوصا إذا تبين أن الزوج هو الذي دفع المرأة إلى طلب الخلع مستغلا عدم إمكانية إثباتها الضرر أو سلوكها دعوى التطليق الذي حدد المشرع أسبابه حصرا، وهذا ما كان سيتجلى للقاضي إذا قام بإجراء أخر وهو التحكيم والذي أوجب فيه المشرع على القاضي اللجوء إليه في حالة اشتداد الخصام ولم يثبت الضرر.

– إن الحكم الصادر في الخلع يقبل الطعن بالنقض دون الاستئناف ماعدا في جوانبه المادية ويترتب عليه نفس آثار الطلاق من حيث الحضانة أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 54 لم ينص على حالة ما إذا اتفق الزوجان على أن تكون الحضانة هي مقابل للخلع وهذا يحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري ففي هذه الحالة لو خالعت الزوجة زوجها على أن تقوم بحضانة ولده منها، صح الخلع ولزمها القيام بحضانته المدة المحددة لها شرعا. وكذلك لم ينص على حالة ما إذا كانت نفقة الزوجة هي مقابل الخلع.

التوصيات

– وفي الأخير يمكننا القول أن المشرع الجزائري لم يهتم بموضوع الخلع رغم أهميته و ما قد يترتب عن التطبيق الخاطئ لفكرة الخلع من تشتيت الأسرة و تفريق للأولاد، حيث خصص له مادة واحدة فقط من قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 تجيز للزوجة دون موافقة الزوج حق اللجوء إلى القضاء لتخالع نفسها، وجعلها في مركز مساوي للرجل و أن المادة 54 من قانون الأسرة جاءت غير كافية و ذلك لعدم احتوائها على جل المسائل المتعلقة بموضوع الخلع، حيث أن المشرع لم يتطرق لموضوع الخلع فيما يتعلق بشروطه و كذا في جانب الأمور التي لا ينبغي أن تكون بدلا للخلع كحضانة الأولاد والأشياء المتعلقة بحقوقهم تكريسا لمصلحة المحضون وكذلك لم ينص على حالة ما إذا كانت نفقة الزوجة هي مقابل الخلع، وكذا في مسألة ما يصح بدلا للخلع وعدم النص على منع الأشياء المحرم التعامل فيها كمقابل للخلع طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية.

– ومن ثم على المشرع الجزائري أن يتدارك هذه الثغرات بالتعديل والنص عليها صراحة عوض السكوت عنها في ظل عدم وجود قضاة متخصصين في الشريعة حتى لا يفسر دائما الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة على هوى القاضي .

– تفعيل إجراء التحكيم في الخلع للحفاظ قدر الإمكان على أواصر الأسرة، والاستعانة بالحكمين سواء من أهل الزوجين أو من أهل التخصص و الخبرة في مجال الدين كالأئمة و

الأطباء النفسانيين كإجراء في شكل قائمة معتمدة لدى المحكمة أسوة بقوائم الخبراء في المحاكم.

– ضرورة إنشاء محكمة للأسرة على غرار المحكمة الإدارية وتقسيمها إلى أقسام من بينها قسم خاص بالنزاعات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية حتى لا يثقل كاهل القضاة وللوصول إلى تحقيق العدالة المرجوة من اللجوء إلى القضاء.

– وأيضا لابد من تكوين القضاة والاستفادة من الإطارات المتخرجة من كلية الشريعة الإسلامية في مجال القضاء.

– على المشرع أن يضع قوانين أكثر صرامة لعلاج مشكلة الطلاق بالخلع لعله بسن هذه القوانين يحد من تفشي هذه الظاهرة.

قائمة المصادر و المراجع

أولا/ قائمة المصادر

1- القرآن الكريم

2-السنة النبوية الشريفة

3-النصوص التشريعية

-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المعدل والمتمم الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرّخ في 22 رجب عام 1409 الموافق 28 فبراير سنة 1989 يتعلّق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في 23 فبراير سنة 1989 الجريدة الرسمية رقم9 الصادرة بتاريخ أوّل مارس سنة 1989. المعدّل بموجب مرسوم رئاسي 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 الجريدة الرسمية 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 ، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002 الجريدة الرسمية العدد 25 المؤرخة في 14 أفريل 2002 وكذا القانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري الجريدة الرسمية العدد 63 المؤرخة 16 نوفمبر 2008

-قانون رقم 09/08 الصادر في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،الجريدة الرسمية عدد 21 ،المؤرخة في 23 أفريل 2008.

- قانون رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 والمؤرخ في 27 فبراير2005، الجريدة الرسمية 15، المؤرخة في 27 فيفري2005 الموافق عليه بمقتضى القانون 05-09 الصادر في

4 ماي 2005 ، الجريدة الرسمية العدد 43 المؤرخة في 22 جوان 2005

-الأمر رقم58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 78، المؤرخة في 30سبتمبر 1975.

4- قرارات قضائية

- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة **شؤون الأسرة والمواريث** بتاريخ 15 سبتمبر 2011 ملف رقم 656259، قضية (ب.ع) ضد (ط.ي) ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول ، 2012

- قرار المحكمة العليا صادر عن **غرفة الأحوال الشخصية** بتاريخ 2006/07/12 ، ملف رقم 353851 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02، 2006.

- قرار المحكمة العليا صادر عن **غرفة الأحوال الشخصية** بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 353851، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2006.

- قرار المحكمة العليا صادر عن **غرفة شؤون الأسرة والمواريث** بتاريخ 2011/09/15، ملف رقم 647108، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2012.

- قرار المحكمة العليا صادر عن **غرفة شؤون الأسرة والمواريث** بتاريخ 2011/04/14، ملف رقم 620084، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012.

- قرار المحكمة العليا صادر عن **غرفة الأحوال الشخصية** بتاريخ 1991/03/20، ملف رقم 72858، المجلة القضائية، العدد 01، 1993.

- قرار المحكمة العليا صادر عن **غرفة الأحوال الشخصية** بتاريخ 1979/04/16، ملف رقم 19827، المجلة القضائية، العدد 02، 1981.

- قرار المحكمة العليا صادر عن **غرفة الأحوال الشخصية** بتاريخ 1992/04/14 ملف رقم 81850، عدد خاص، 2001.

ثانيا /قائمة المراجع :

1- الكتب:

- أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في القانون الكويتي**، الطبعة2006، دار الكتب القانونية.

- _____، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية "مصر"2009.

- أحمد محمود خليل، **عقد الزواج العرفي، أركانه وشروطه وأحكامه**، الطبعة 2006، دار الكتب القانونية.

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

- أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار الجامعية، 1998.

- أبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، الجزء الثالث، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة.

- باديس ديابي ، **فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر**، الطبعة 2007 دار الهدى عين مليلة – الجزائر–

- بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانون**، "**الزواج والطلاق**"، دار النهضة العربية، بيروت.

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

- جلال الدين السيوطي،.**سنن النسائي**، الجزء الخامس، دار الفكر بيروت.

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

- شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، الجزء 6 ، دار المعرفة بيروت.

- طاهر حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية**، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

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

- الإمام مالك بن أنس الأصبعي، **المدونة الكبرى**، الجزء الرابع، سنة 1422هـ .

- الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي، **شرح فتح القدير**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ، 1995.

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

- عامر سعيد الزيباري، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية** ، دار بن حزم ، بيروت، 1997.

- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة** ،الطبعة الأولى ، دار حزم للطباعة والنشر، بيروت(لبنان)، 2001 .

- عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل** ، الطبعة الرابعة، دار هومه، الجزائر ، 2010 .

- منال محمود المشني، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وأثاره – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، دار الثقافة، الأردن ، 2008.

– لوعيل محمد لمين، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر، 2006 .

– وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته – الأحوال الشخصية** ، الجزء السابع، طبعة خاصة – ،دار الفكر ، الجزائر.

– يوسف دلاندة ، **استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة** ،الطبعة 2011.

دار هومه ، الجزائر.

3–**<u>الرسائل الجامعية</u>** :

– أمينة بن جناحي ، دور القاضي في الخلع – دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي – رسالة ماجستير في الحقوق والعلوم السياسية فرع عقود ومسؤولية ، جامعة محمد بوقرة بومرداس ، الجزائر 2014 .

– بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله ، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2004–2005 .

– ربيحة الغات، التفريق بين الزوجين – دراسة نموذجية للخلع والظهار والايلاء– رسالة ماجستير حقوق وعلوم قانونية وإدارية، جامعة الجزائر ،1997–1998 .

– سليم سعدي ،الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر.

- سلطان بن محمد بن دعيلج ، دعوى الخلع في القضاء السعودي ، دراسة تطبيقية رسالة ماجستير في قسم العدالة الجنائية ، تخصص التشريع الجنائي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا، الرياض1434هـ-2013م .

الفهرس **الصفحة**

مقدمة.....أ

الفصلالأول: الطبيعة القانونية للخلع.....5

المبحثالأول: مفهوم الخلع.....6

المطلبالأول: تعريف الخلع.....6

الفرعالأول: تعريف الخلع لغة.....7

الفرعالثاني: تعريف الخلع اصطلاحا.....8

أولا : التعريف القانوني للخلع.....8

ثانيا : التعريف الشرعي للخلع.....8

المطلب الثاني : التكييف القانوني للخلع وتمييزه عن بعض صور انحلال الرابطة الزوجية..13

الفرع الأول:التكييف القانوني للخلع بين الفسخ والطلاق.....13

أولا : الاختلاف الفقهي حول اعتبار الخلع طلاق أم فسخ.....13

ثانيا :موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع طلاق أم فسخ.....18

الفرع الثاني :المقارنة بين الخلع و بعض حالات انحلال الرابطة الزوجية.....19

أولا : المقارنة بين الخلع و التطليق.....19

ثانيا : المقارنة بين الخلع و الطلاق على مال.....24

المبحثالثاني: شروط وقوع الخلع.....26

المطلب الأول :شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع والزوجة المختلعة.....26

الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالزوج المخالع.....27

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالزوجة المختلعة.....29

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالعوض.....31

الفرعالأول:مفهوم العوض وموقف المشرع الجزائري منه.....32

أولا : مفهوم العوض.....32

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من العوض.....32

الفرعالثاني:الشروط المتعلقة بصحة العوض.....33

المطلبالثالث: الشروط المتعلقة بالصيغة.....36

الفرع الأول :تعريف الصيغة وأقسامها.....36

أولا : تعريف الصيغة.....36

ثانيا : أقسام الصيغة.....36

الفرعالثاني:شروط الصيغة وموقف المشرع الجزائري منها.....37

أولا :شروط الصيغة في الفقه الإسلامي.....37

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من الصيغة.....38

الفصل الثاني : إجراءات السير في دعوى الخلع والآثار المترتبة عنها.....42

المبحث الأول : إجراءات السير في دعوى الخلع.....42

المطلب الأول :قواعد الاختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع.....42

الفرع الأول :الجهة القضائية المختصة في دعوى الخلع.....43

أولا : الاختصاص المحلي.....43

ثانيا :الاختصاص النوعي.....43

الفرع الثاني : كيفية رفع دعوى الخلع وشروط قبولها.....44

أولا : طرق رفع الدعوى.....44

ثانيا :شروط قبول الدعوى.....48

المطلب الثاني : كيفية تسيير الجلسة و إجراءات التحكيم والصلح في دعوى الخلع.....50

الفرع الأول :كيفية تسيير الجلسة.....50

الفرع الثاني : إجراءات الصلح والتحكيم.....52

أولا:إجراءات الصلح في دعوى الخلع.....52

ثانيا: إجراءات التحكيم في دعوى الخلع.....56

المبحث الثاني : الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع والآثار المترتبة عنه.....66

المطلب الأول :الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع.....67

الفرع الأول :طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع وأقسامه.....67

أولا: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع.....67

ثانيا: أقسام الحكم الصادر في دعوى الخلع.....68

الفرع الثاني :طرق الطعن في الحكم القاضي بالخلع.....69

المطلب الثاني :آثار الحكم بالخلع.....70

الفرع الأول : التزام الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية.....71

أولا : التزام الزوجة بدفع بدل الخلع.....71

ثانيا : سقوط الحقوق الزوجية الناشئة قبل الخلع.....75

الفرع الثاني : عدة و نفقة المختلفة.....76

أولا : عدة المختلفة.....76

ثانيا : نفقة المختلفة.....79

الفرع الثالث :الحضانة والنزاع على متاع البيت.....82

أولا: الحضانة.....82

ثانيا: النزاع في متاع البيت.....87

الخاتمة

قائمة المصادر و المراجع

ملخص المذكرة

من مظاهر تكريم الله سبحانه و تعالى للزوجة أنه فتح لها باب الخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها مقابل أن تقدم لزوجها مالا تفتدي به نفسها و هذا ما يطلق عليه في اصطلاح الفقهاء بالخلع ، والذي كرسه المشرع الجزائري في قانون الأسرة الذي تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الحقيقي والرسمي حيث تعرض المشرع الجزائري إلى الخلع كسبب من أسباب حل الرابطة الزوجية في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري والتي تم تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05 ونصها كالآتي:

يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

و لقد جاءت هذه المادة خالية من كل قيد أو شرط، فلم تعط تعريفا للخلع و لم تبين طبيعته و لا شروطه و منه فإن هذه المادة تطرح عدة إشكاليات فقهية عالجها الفقه الإسلامي

ومن ثم و الملاحظ ان سياق الخلع في الشريعة اختلف عن الهدف من اقراره كطريق لحل الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، فقد دل الشرع على أن المرأة إذا كرهت زوجها أو خافت ألا تقيم حدود الله فلا حرج عليها أن تفتدي نفسها، كما أنه لا جناح على الزوج أن يأخذ منها ما تفتدي به وإذا لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فإنه يكره للزوجة أن تطلبه لقوله صلى الله عليه وسلم "أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة."

كما أنه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها.