



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق.

أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر
تخصص قانون الأسرة

إعداد الطالبة: عمران لطيفة. بإشراف: أ. سواعدي الجليلي.

لجنة المناقشة:

- 1) الأستاذ: طحطاح علال.....رئيسا.
- 2) الأستاذ: سواعدي الجليلي.....مشرفا ومقرا.
- 3) الأستاذ: نوي عبد النور.....عضوا مناقشا.

تاريخ المناقشة: 02 جويلية 2019.

السنة الجامعية: 2019/2018.

شكرتكم

الحمد والشكر لله الذي هدانا إلى تحقيق وتحصيل سبل العلم و أعطانا القدرة على التفكير
وأهمننا نعمة الصبر على الابتلاءات.
بكل معاني الشكر والتقدير والعرفان أتقدم إلى الأستاذ المشرف سواعدي الجيلالي الذي لم
يخل علي بتوجيهاته وإرشاداته التي سهلت لي مهمة العمل والبحث .
و أخص بالشكر كذلك الأستاذ: طحطاح علال والأستاذ: نوي عبد النور أعضاء لجنة
المناقشة على تكريمهم لمناقشة هذا العمل.
وإلى كل من قدم لي يد المساعدة من قريب أو من بعيد لإنجاز هذا البحث والنجاح فيه بإذن الله.

إهداء:

إلى من أحمل إسمه بكل افتخار.....
أرجو من الله العلي القدير أن يتغمد روحه الطاهرة برحمته وسكينته ويسكنه جنة الفردوس، الذي تبقى
كلماته نجوم أهتدي بها اليوم و غدا وإلى الأبد.
.....إلى روح أبي الزكية الطاهرة الغالية.
إلى الوجه النير، المزدان بابتسامة الحياة المشرقة...
إلى من كلَّت وتعبت وضحت من أجلي
إلى من كان دعاؤها شفائي وسر نجاحي وحنانها بلسم جراحي.....
إلى قدوتي في الحياة..... أمي الحبيبة.....
إلى أفراد عائلتي : إخوتي وأخواتي و أولادهم.
إلى الصديقتين العزيزتين: صراوي صليحة و أنيفاك إيمان.
وإلى كل من حملهم قلبي ونسيهم قلبي.

مقدمة:

تتميز الأسرة بمكانة بارزة في النظام الإسلامي، فهي الركيزة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، لذلك حرصت الشريعة الإسلامية على تنظيمها بشكل دقيق وإحاطتها بجملة من الضمانات بهدف المحافظة عليها و على استقرارها.

حيث شرع ديننا الإسلامي الزواج بعد أن هدم جميع الأنكحة الفاسدة وجعله ميثاقا غليظا وبناءه على أساس المودة و الرحمة قال تعالى: ﴿وَقَدْ أَقْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنُ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ النساء، الآية 20. حيث توثق به القلوب، وتحفظ به المصالح، و يندمج به كل من الطرفين بصاحبه حتى يصير كل واحد منهما لباسا للآخر. قال تعالى: ﴿يَسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ البقرة الآية 187، يلجأ إليه كل من الرجل والمرأة ليجد سعادته واستقراره، ومن بين الأهداف التي شرع الزواج من أجلها تكوين أسرة ذات قواعد متينة تساهم في تكوين مجتمع سليم و متماسك.

وشرع الإسلام تبعا لذلك كثيرا من الضمانات التي تخول دون تعرض هذا الرباط للحل والتمزق ابتداء من الخطبة إلى غاية تعرض العلاقة الزوجية إلى مشاكل بين الزوجين، فأوجب على كل واحد من الزوجين مراعاة حقوق صاحبه عليه، وبين السبل المثلى لإصلاح ذات البين عند حدوث أي مشكل. إلا أنه وبالرغم من تلك الصفة القدسية لعقد الزواج، وبالرغم من كل تلك الضمانات التشريعية ومهما تكن نية الزوجين في الاستمرار والدوام عند الدخول في هذا الميثاق، فإن ذلك لا يعني أنه عقد أبدي لا تفك رابطته ولا تحل عقده.

فظروف الحياة المتغيرة وطبع الإنسان المتقلب ينادي بضرورة ترك الباب مفتوح أمام هذه الظروف لإيجاد الحلول إما لإنقاذ الزواج أو إنحلاله، وهو الأمر الذي رعاه الإسلام بواقعيته، فأقر الطلاق علاجاً أخيراً لما هو حاصل بين الزوجين من مشاكل، أو لما سيحصل بينهما مستقبلاً. حيث أباح الشارع الحكيم للزوج أن يوقع الطلاق إذا دعت الحاجة إليه، وأباح للزوجة أيضاً حق الانفصال عن زوجها من خلال طلب التطلاق الذي أساسه هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر، أو الخلع الذي أساسه في كراهة الزوجة لزوجها ونفورها منه.

و عليه فإن الخلع من بين صور انحلال الرابطة الزوجية وهو موضوع الدراسة.

حيث أن هذا الموضوع يحتوي على زخم و ثروة كبيرة من الأحكام الفقهية مرجعيتها الشريعة الإسلامية، والتي هي القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

ومنه فإن موضوع الخلع له أهمية كبيرة في الشريعة الإسلامية لكن المشرع الجزائري لم يوله هذه الأهمية، وهذا

من خلال تعرضه لمادة وحيدة في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل، فالصياغة الأصلية للمادة 54

مقدمة:

كانت تنص على أنه : "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم " . أما بعد التعديل بالأمر 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27 فأصبحت تنص 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".

ومنذ تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 تزايدت نسبة الخلع كثيرا من خلال الإحصائيات التي أجرتها وزارة العدل فأدى هذا إلى جدل كبير في المجتمع، وهذا الذي دفعنا إلى التساؤل عن أسباب هذا الجدل والتزايد، و باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا أصليا ورسميا لقانون الأسرة فلا بد من الرجوع إليها لفهم أحكام الخلع.

وتهدف هذه الدراسة لمعرفة الإختلاف والتوافق بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ومعرفة الثغرات التي أهملها المشرع الجزائري في موضوع الخلع.

كما أنه للموضوع أهمية بالغة في وقتنا هذا ولا سيما آثار الخلع على الطرفين سواء بالتراضي أو بالتقاضي وهذا ما دفعني إلى دراسة موضوع بحثي هذا و نظرا لاهتمامي الشخصي به و كل ما يترتب عن الطلاق بالخلع، وكيفية معالجة قضيته في الواقع و تبين مراحلها للغير .

و هنا الإشكالية التي نعالجها في هذا الموضوع هي: ما مدى توافق أحكام قانون الأسرة الجزائري في مسألة الخلع مع أحكام الشريعة الإسلامية؟.

و بالإضافة إلى الإجابة على التساؤلات الفرعية:

❖ ما هي الطبيعة الفقهية للخلع؟

❖ ما هو التكيف القانوني للخلع في قانون الأسرة الجزائري؟

❖ ما هو دور القاضي في الخلع؟

❖ ما هي الآثار التي تنتج عن الخلع عند فك الرابطة الزوجية؟.

و بعد الإجابة على الإشكالية السابقة والتي تتمثل في معرفة موقف الفقه الإسلامي من أحكام الخلع ومعرفة موقف المشرع الجزائري منه كذلك.

اتبعنا المنهج التحليلي من خلال تحليلنا للنصوص المأخوذة من قانون الأسرة كما اتبعنا المنهج المقارن من خلال المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة الجزائري وبين بعض القوانين الأخرى.

مقدمة:

وعليه قسمنا بحثنا إلى فصلين : الفصل الأول ماهية الخلع والذي بدوره قسمناه إلى ثلاث مباحث، المبحث الأول : مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، والمبحث الثاني : حكم الخلع ودليل مشروعيته والحكمة منه في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، أما المبحث الثالث : أركان الخلع. والفصل الثاني إجراءات السير في دعوى الخلع، و الآثار المترتبة عنها والذي قسمناه إلى ثلاثة مباحث : المبحث الأول: إجراءات السير في دعوى الخلع، والمبحث الثاني : الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع و الآثار المترتبة عنه، أما المبحث الثالث: آثار الخلع في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري.

مقدمة

الفصل الأول: ماهية الخلع.

المبحث الأول: مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

المطلب الأول: تعريف الخلع.

المطلب الثاني: طبيعة الخلع.

المطلب الثالث: صور الخلع.

المبحث الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته والحكمة منه في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول: حكم الخلع ودليل مشروعيته.

المطلب الثاني: الحكمة من الخلع.

المبحث الثالث: أركان الخلع.

المطلب الأول: طرفا الخلع.

المطلب الثاني: عوض الخلع.

المطلب الثالث: صيغة الخلع والمعوض.

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

المبحث الأول: إجراءات السير في دعوى الخلع.

المطلب الأول: قواعد الاختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع.

المطلب الثاني: كيفية تسيير الجلسة وإجراءات التحكيم والصلح في دعوى الخلع.

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

المطلب الأول: الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع.

المطلب الثاني: آثار الحكم بالخلع.

المبحث الثالث: آثار الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول: الآثار التي ينفرد بها الخلع.

المطلب الثاني: الآثار العامة.

خاتمة

الفصل الأول: ماهية الخلع.

لقد شرع المشرع الجزائري الطلاق في قانون الأسرة على منوال الفقه الإسلامي علاجا للخلافات الزوجية التي تحصل بين الزوجين، لكنه لم يترك الزوجة تحت رحمة زوجها الذي بيده الطلاق بل جعل لها مخرجا تستطيع أن تتخلص من الحياة الزوجية. وهذا المخرج يكمن في الخلع الذي هو صورة من صور حل الرابطة الزوجية فهو الوسيلة التي تتمكن الزوجة من خلالها الحصول على حريتها دون عناء، في مقابل بذل البذل وهو المهر أو مهر المثل.

ولمعرفة ماهية الخلع لابد أن نتعرض لمجمل عناصر الخلع وذلك من خلال التعرض لمفهومه وحكمه، دليل مشروعيته، الحكمة منه، أركانه وشروطه في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

الخلع أقرته الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة وذلك من خلال الآية الكريمة قال تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"¹. وكذلك من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة.

وفي هذا المبحث سنتعرض لتعريف الخلع وطبيعته وصوره.

المطلب الأول: تعريف الخلع.

لمعرفة معنى الخلع وجب أن نتعرض لمعنى الخلع لغة في فرع أول ومعنى الخلع اصطلاحا فرع ثاني.

¹سورة البقرة، الآية 229.

الفرع الأول: التعريف اللغوي.

الخلع في اللغة هو التجريد والإزالة، خلع الشيء يخله خلعاً إخلعه، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع. وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعاً أي جرده. وفي حديث كعب: إن من توبتي إن انخلع من مالي صدقة، أي أخرج منه جميعه وأتصدق به أعرى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه. وخلع امرته خلعاً بالضم، وخلاعا فاختلعت وخالعته: أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له، فهي خالعة والاسم الخلعة، وقد تخالعا واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة. وأبانها قال أبو منصور: خلع امرأته وخالعها إذا إفتقدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه وسمي ذلك الفراق خلعاً لأن الله تعالى جعل النساء لباساً للرجال، والرجال لباساً لهن¹.

ولقد ورد تعريفه في مدونة الإمام مالك بأنه: الخلع في اللغة الإزالة والإبانة، من خلع الرجل ثوبه وإبانته، والزوجان كل منهما لباساً لصاحبه².

كما جاء في فتح القدير بأنه: هو النزع، خلع ثوبه ونعله، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال، وخالعها وتخالعا صيغ منها المخالعة لملاسة كل للأخر كالثوب³.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.

أما اصطلاحاً وعلى نفس المعنى اللغوي أباح الإسلام والقانون الجزائري وهو مأخوذ من خلع الثوب أي أزاله لأن المرأة لباس الرجل والرجل لباس المرأة قال تعالى: "هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ"⁴.

¹ إبن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 1997، ص297.

² الإمام مالك بن أنس الأصبعي، المدونة الكبرى، الجزء الرابع، سنة 1422هـ، ص156.

³ الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1995، ص188.

⁴ سورة البقرة، الآية 187.

لهذا فالمعنى الاصطلاحي للخلع هو إزالة الزوجية وللخلع تعريفات عند الفقهاء:
أولاً: موقف الفقهاء.

1-فقهاء الحنفية:عرفوا الخلع بأنه "هو إزالة ملك النكاح بلفظ أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة"¹.

الخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه. فقوله إزالة ملك النكاح خرج به أمور ثلاثة:

الأمر الأول:إذا خالعتها في العدة بعد إبانيتها فإن الخلع لا يصح، وذلك لأن ملك النكاح قد زال بإبانيتها فلو خالعتها بمال ثم خالعتها في العدة بمال آخر فإن الخلع الثاني لا يصح. إذا طلقها طلاقاً صريحاً على مال، والطلاق الصريح يلحق البائن وهو الخلع سواء كان الصريح رجعيًا أو بائناً، والخلع ليس صريحاً فلا يلحق الخلع البائن².

الأمر الثاني:المرتدة إذا خالعتها زوجها وهي مرتدة فإن الخلع لا يصح لأن الردة أزلت ملك النكاح، والخلع هو إزالة الملك فلم يتحقق معناه فإذا خالعتة على مهرها يسقط المهر، ويبقى له ولاية الجبر على الزواج.

الأمر الثالث:النكاح الفاسد، فإذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها، فإن المهر يتقرر لها بالوطء، فإذا خالعتة على مهرها فإن الخلع لا يصح، ولكن في هذه المسألة خلاف فبعضهم يقول: أن مهرها يسقط بالخلع فلا حق لها فيه بعد ذلك، وبعضهم يقول لا يسقط لأن الخلع فاسد³.

¹ باديس نيايي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص59.

² عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1969، ص387.

³ عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص387-388.

2- فقهاء المالكية: الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أو من غيرها من ولي أو غيره أو بلفظ الخلع. وهو يدل على أن الخلع نوعان الأول وهو الغالب ما كان في نظير عوض.

أما الثاني فهو ما وقع بلفظ الخلع ولو لم يكن في نظير شيء كأن يقول لها خالعتك أو أنت مخالعة.

فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض¹.

3- فقهاء الشافعية: قالوا أن الخلع شرعا هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض.

فكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن². وقالوا كذلك أن الخلع هو الفرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ من ألفاظ الطلاق³.

وقيل الخلع إزالة ملك النكاح ببديل بلفظ الخلع أو في معناه كالمبارأة (الإبراء)*، فلو انتقى البديل عليه كان الطلاق بائنا وإذا لم يوجد لفظ الخلع ولا ما في معناه كان طلاقا على مال كما لو قال لها أنت طالق في مقابل خمسين جنيها⁴.

¹ د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع (الأحوال الشخصية)، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 480.

² عبد الرحمان الجزيري، المرجع نفسه، ص 388.

³ المستاري نور الهدى، الخلع - دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 15.

*المبارأة: من الإبراء وفي اللغة هو تخلي صاحب الدين عن حقه وخلص المدين منه. وفي اصطلاح الفقهاء هو تنازل المرأة وإسقاط بعض حقوقها لزوجها مقابل تخليص نفسها من الزوجية وحصولها على الطلاق مثل تنازلها عن مؤخر صداقها أو نفقة عدتها والمبارأة تشبه الخلع في أنه بحل منهما الطلاق بائن.

⁴ المستاري نور الهدى، المرجع السابق، ص 15.

4-فقهاء الحنابلة: قالوا بأن الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة¹.

أما الألفاظ المخصوصة تنقسم إلى قسمين صريحة في الخلع وكناية فيه.

فالصريحة: هي خلعت، فسخت، فاديت، وأما الكناية: في الخلع هي بَارَيْتُكَ، أَبْرَأْتُكَ، أَبْنَتُكَ فهذه الألفاظ يصح بها الخلع بالنية أو دلالة الحال².

ثانيا: موقف المشرع الجزائري.

أخذ المشرع الجزائري بالخلع ونص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة حيث كانت صياغتها الأصلية تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"³.

لكن بعد التعديل بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 أضيفت عبارة دون موافقة الزوج، فأصبحت تنص على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"⁴.

ومنه فإن التعديل الذي جاء به قانون الأسرة ينص على عدم الرضا، وهو ما يتفق مع ما قاله الإمام ابن رشد في كتابه "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" عندما قال "والفقه

¹- أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع، الإيلاء، الظهار، اللعان)، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص10.

²- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص392.

³- المادة 54 من الأمر 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05، المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.

⁴- المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري .

أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد المرأة إذا فركت الرجل (أي كرهته)¹.

وعليه فإنه يمكن للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها دون رضاه ويكون هذا عن طريق دفع مبلغ من المال فإذا لم يتفق الزوجان على المبلغ المالي يتدخل القاضي لفض أو للفصل في هذا النزاع ويحكم بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، حيث أن هذا المال الذي يأخذه الزوج هو مقابل تفتدي به الزوجة نفسها أي لقاء طلاقها.

المطلب الثاني: طبيعة الخلع.

هناك اختلاف حول طبيعة الخلع من حيث كونه فسخا أو طلاقا أو من حيث اعتباره يمينا أو معاوضة وسندرس في هذا المطلب رأي الفقهاء والمشرع الجزائري في هذا الاختلاف.

الفرع الأول: موقف الفقهاء.

سندرس فيه أولا من حيث اعتباره فسخا أو طلاقا، وثانيا من حيث اعتباره يمينا أو معاوضة.

أولا: إعتبار الخلع فسخا أم طلاقا.

- يرى الحنفية: أن الخلع جائز وهو تطليقة بائنة، وحجتهم في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديثه: "إقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، لأن النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ ما دام قد نشأ صحيحا وأن الخلع لا يكون إلا بعد تمام هذا العقد، وأضافوا أنه إذا خالع الزوج زوجته بعد أن طلقها وهي في العدة فإن الخلع لا يصح، أما إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم خالعها في العدة على مال فإن الخلع يصح ويلزم المال لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح.

أما في مسألة الزواج الفاسد قالوا أنه إذا نكح الزوج امرأة نكاحا فاسدا فإن الخلع لا يصح لأن العقد الفاسد لا يترتب عليه ملك النكاح.

¹- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص60.

- أما الشافعية: فصنفوا الخلع ضمن فرق النكاح بالطلاق والتي قسموها إلى: ألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية، الخلع، فرقة الإيلاء، فرقة الحكمين¹.

- أما المالكية: فقالوا أن الخلع طلاق بعوض والطلاق عندهم يشمل الصريح والكناية الظاهرة أو أي لفظ آخر بنية الطلاق.

- أما الحنابلة: فقد اختلفوا فأبي بكر وابن عباس وطاووس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فأخذوا بأن الخلع فسخ، أما سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة وشريح والمجاهد وأبي سلمى بن عبد الرحمان والنخاعي والشعبي والزهري وابن مسعود فأخذوا بأن الخلع طلاق بئنة.

ثانيا: إعتبار الخلع يمينا أو معاوضة.

الخلع في رأي المالكية والشافعية والحنابلة معاوضة فيحتاج لصحته قبض العوض فلو تم من قبل الزوج فماتت الزوجة أو أفلست أخذ العوض من تركتها وأتبعته به ويجوز رد العوض إذا كان فيه عيب، ويصح الخلع منجزا بلفظ المعاوضة لما فيه من معنى المعاوضة، ويصح معلقا على شرط لما فيه من معنى الطلاق.

إلا أن الشافعية قالوا أن الخلع معاوضة فيها شوب (مشوية) لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول دفع المال من الزوجة.

وذهب أبو حنيفة إلى أن الخلع قبل قبول المرأة يمين من جانب الزوج فلا يصح الرجوع عنه، لأنه علق طلاقا على قبول المال والتعليق يمينا اصطلاحا.

ويعتبر معاوضة بما فيه من جانب الزوجة، لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها وخلصها من الزوج، لكنها عند أبي حنيفة ليست معاوضة محضة بل فيها شبه بالتبرعات لأن بديل العوض ليس مالا مشروعاً وإنما هو افتداء المرأة نفسها.

¹ منصورى نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص

فلا يكون الخلع معاوضة محضة وقال صاحبان: الخلع يمين بالنظر إلى الزوجين جمعا.

ل يترتب على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الآثار التالية:

- 1- لا يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة (لأنه يمين).
- 2- لا يقتصر إيجاب الزوج على مجلسه، فلو قام من المجلس قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه بهذا القيام.
- 3- لا يجوز للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع لأنهم يمين من جانبه، فإذا اشترط الخيار كان الشرط باطلا لكن لا يبطل الخلع به.
- 4- يجوز أن يعلق الخلع بشرط أن يضيفه إلى زمن المستقبل مثل خالعتك على كذا غدا أو رأس الشهر القادم والقبول للزوجة عند تحقق الشرط أو حلول الوقت المضاف إليه.

ل يترتب على اعتباره عقد معاوضة ما يلي:

- 1- يجوز للزوجة أن ترجع على الإيجاب قبل قبول الزوج لأن المعاوضة يصح فيها الرجوع عن الإيجاب فلو قالت الزوجة لزوجها خلعت نفسي على مبلغ كذا ثم رجعت عن إيجابها قبل قبول الزوج جاز لها ذلك.
- 2- لا بد للزوجة أن تكون حاضرة بمجلس الخلع وأن تكون عالمة فإن كانت غير عالمة بما معناه ولقنها معنى الخلع بلغة لا تعرفها فتكلمت بها وخالعها، فلا يقع الطلاق ولا يلزمها المال ويشترط في المعاوضة العلم ببعض الألفاظ¹.

¹ د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 488.

3- للزوجة شرط الخيار لنفسها في مدة معينة لتفعل أو ترد فلو قال لها خلعتك على مبلغ كذا فقالت قبلت ولي الخيار ثلاثة أيام فلها أن تقبل الخلع أو تردده مدة خيار الشرط لأن الخلع من جانبها معاوضة والمعاوضات يصح اشتراط الخيار فيها.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري حول المسألتين.

وفيه سنتعرض لاعتبار الخلع فسخا أم طلاقا، ولاعتبار الخلع يمينا أم معاوضة.

أولا: إعتبار الخلع فسخا أم طلاقا.

إعتبر المشرع الجزائري الخلع طلاقا وبحسب ضمن عدد الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك لأن انحلال الرابطة الزوجية تارة يكون طلاقا وتارة يكون فسخا، وقد سائر مشرعنا موقف جمهور العلماء في حكم الخلع واعتبره طلاقا وبالرجوع إلى موضع النصوص المتعلقة بأحكام الطلاق نجده أورد أحكامه في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون بانحلال الزواج، وقد أورد حكم الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اتجه إلى اعتبار الخلع طلاقا ويكون في ذلك مصيبا لأن الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة، لا يشوبها أي عارض يعيب العقد وإنما يكون ذلك نتيجة ظروف وعناصر خارجية عنها مست العلاقة الزوجية والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق¹. ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المؤرخ في 5 فبراير 1969 بما يلي :

"لا يحق الطلاق إلا للتي عقد عليها بنكاح صحيح"².

¹ - سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص 53.

² - منصور نورة، المرجع السابق، ص 113.

ثانيا: إعتبار الخلع يمينا أم معاوضة.

عرف المشرع الجزائري مرحلتين في تحديد رؤيته بشأن الخلع يمينا أم معاوضة ففي قانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة التكييف الفقهي للخلع في كونه عقد يتعين على الزوج اليمين، وعلى الزوجة المعاوضة كما أورده الفقهاء فيكون الخلع يعد يمينا من جانب الزوج، لأنه يرتبط بالطلاق ويعد معاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض، حيث اكتفى في المادة 54 من قانون الأسرة بالقول أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه...."، مما جعل بعض شراح القانون المتبنين للرأي أنه لا خلع بدون إرادة الزوج، على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب الزوجة¹.

إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة، فالخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الأطراف، لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما.

ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع، أنه كالطلاق على مال يعتبر يمينا من جانب الزوج، لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لأنها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية.²

ومن هنا فإن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج، ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة لأنها هي من تدفع مقابل تحرير نفسها.

¹ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 69.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 263.

لكن الرأي يتغير بعدها بتغيير عديد الظروف وفصل المشرع الجزائري في أمر التكييف للخلع في التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 الذي عدّل القانون 11/84 حينما عدّلت المادة 54 منه ونصت على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...".

وفي ذلك تأثير واضح لمذهب الظاهرية باعتبار الخلع حق أصيل للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يمكن اللجوء إليه إن شاءت و إذا رأت الزوجة استحالة الحياة الزوجية وبذلك فلا حاجة لمجلس عقد ولا أي إيجاب للزوجة في مخالعتها ولا أي قبول للزوج¹.

وجاء مؤكدا لهذا قرار المحكمة العليا رقم: 656259 بتاريخ: 2001/09/15، قضية (ب، ع) ضد (ط،ي)².

حيث أنه تم قبول الطعن بالنقض شكلا لأنهاستوفى الأشكال القانونية، ورفضه موضوعا لعدم التأسيس، لأن الحكم الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة تندوف بتاريخ: 2008/01/24 تحت رقم: 08/81 القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بين الطاعن الحالي وبين المطعون ضدها مع الأمر بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لبلدية تندوف والتأشير به على هامش عقدي ميلاد الطرفين وعقد زواجهما وإلزام المطعون ضدها بأن تدفع للطاعن مبلغ ستين ألف دينار تعويضا عن الخلع وإلزامه بأن يدفع لها مبلغ عشرة آلاف نفقة عدة وإسناد حضانة الأولاد ز، أ، ع، لأهمهم على نفقة أبيهم بواقع ألف وخمسمائة دينار شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ رفع الدعوى حتى غاية سقوطها شرعا وقانونا مؤسس، لأن الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن، ولا يعتد

¹ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص70.

² قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث، بتاريخ 2001/09/15، ملف رقم 656259، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، ص318.

فيه بإرادة الطاعن واستندت على المادة 54 من قانون الأسرة، وبالتالي فإن الحكم المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية مادام أن قاضي المحكمة قام بإجراء محاولة الصلح وتوصل إلى أن المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع.

فلهذه الأسباب قررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث: قبول الطعن بالنقض شكلاً ورفضه موضوعاً، والمصاريف القضائية على الطاعن.

المطلب الثالث: صور الخلع.

الخلع كما عرفه الفقهاء هو حل الرابطة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه في مقابل عوض تلتزم به الزوجة. فبمجرد قبولها للعوض تطلق طلاقاً بائناً وتلتزم بالعوض وتترتب سائر أحكام الخلع¹.

ومنه فالخلع نوعان: خلع بغير عوض، وخلع بعوض.

الفرع الأول: موقف الفقهاء.

وفيه سنتعرض لموقف الفقهاء حول الخلع بغير عوض، والخلع بعوض.

أولاً: خلع بغير عوض.

هذا النوع لا يخضع لأحكام الخلع وإنما يأخذ حكم كنايات الطلاق، والكناية تحتاج إلى النية، فإن قال الزوج أردت بالخلع الطلاق صدق ديانة وقضاء، والأحناف يقولون بأن الخلع من الكنايات، فلو قال الزوج لزوجته (خلعتك) فهنا ينوي الطلاق ويقع الطلاق بائناً لأن حقيقة الخلع لا تتحقق إلا بالطلاق البائن، لأن الكنايات عوامل بحقائقها، والنكاح قائم بالطلاق الرجعي فلم ينخلع.

¹- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص38.

ومنه إذا قال الزوج لزوجته خالعتك ولم يذكر العوض، فإن الخلع يرجع إلى نية الزوج المخالعة، فإن نوى به طلاقاً وإن لم ينو الطلاق فلا يقع به شيئاً، أما إذا نوى به الطلاق الثلاث كان كذلك، وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية، مثل: قول الزوج لزوجته خالعتك دون أن يذكر المال أو أي صيغة تدل على وجوبه على الزوجة¹.

ثانياً: خلع بعوض.

الخلع بعوض هو ما كان مقروناً بالبدل أي العوض أو الفدية بأن يقول الزوج لزوجته خالعتك على كذا وذكر عوض، فإذا قبلت تم الخلع صحيحاً وترتبت آثاره، وكذلك إذا قالت الزوجة لزوجها خالعتني على كذا وذكرت عوضاً وقبل الزوج تم الخلع صحيحاً وترتبت آثاره².

حتى أن الفقهاء قالوا إذا قال الزوج لزوجته خالعتك على كذا فقبلت، ثم قال بعد ذلك لم أنو الطلاق لا يصدق قضاءً، وسبب ذلك هو أن ذكر العوض في الخلع دليل على إرادة الطلاق، وإرادة الطلاق هنا ظاهر، فإذا ادعى غير الظاهر لا يصدق في ادعائه، فذكر العوض في الخلع له دلالة خاصة، وقبول العوض سواء من الزوج أو الزوجة، له دلالة خاصة هي ترتيب أثر الخلع، لأنه طلاق بعوض، فيملك الزوج العوض بقبولها التزامه، فلا بد أن تملك الزوجة العوض الآخر وهو نفسها تحقيقاً للمساواة بين البدلين.

يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف: "لا يتحقق الخلع شرعاً، ولا تترتب عليه أحكامه، إلا إذا استعمل لفظ الخلع أو ما في معناه وكان في مقابله مال تقبله الزوجة"³.

¹ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 38.

² منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 57.

³ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 39.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.

المادة 54 من قانون الأسرة نصت على هذا الشرط الجوهري بقولها: "...أن تخالع نفسها بمقابل مالي..." وغالبا ما يكون المقابل المالي هو مقدار الصداق الذي دفعه الزوج لزوجته أثناء إبرام عقد الزواج، غير أنه لا يوجد ما يمنع أن يكون المقابل في شيء آخر أو أي خدمة أو منفعة وهذا طبقا للقواعد العامة التي قالت بأنه يصلح كعوض كل ما يصلح أن يكون صداقا، خاصة وأن المادة 222 من قانون الأسرة أوجبت الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم التخصيص على مسألة ما¹.

ومنه أخذ المشرع الجزائري بمسألة الخلع بعوض ولم يأخذ الخلع بغير عوض.

المبحث الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته والحكمة منه في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

إختلف الفقهاء في حكم الخلع أما دليل مشروعيته فنجد الخلع موجود في القرآن الكريم، والسنة النبوية، وسندرس كذلك في هذا المبحث الغرض من مشروعية الخلع وذلك من خلال: حكم الخلع ودليل مشروعيته (مطلب أول)، والحكمة منه (مطلب ثاني).

المطلب الأول: حكم الخلع ودليل مشروعيته.

الخلع نوع من أنواع الطلاق لأن الطلاق تارة يكون بعوض، وتارة يكون بدون عوض، والأول هو الخلع، وقد عرفت أن الطلاق يوصف بالجواز عند الحاجة التي تقتضي الفرقة بين الزوجين، وقد يوصف بالوجوب عند عجز الرجل عن الإنفاق والإتيان.

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2013، ص166.

وقد يوصف بالتحريم إذا ترتب عليه ظلم المرأة والأولاد، وقد يوصف بغير ذلك من الأحكام المتقدم ذكرها هناك، على أن الأصل فيه المنع، وهو الكراهة عند بعضهم، والحرمة عند بعضهم ما لم تقض الضرورة الفراق.

الفرع الأول: حكم الخلع.

اختلف الفقهاء في حكم الخلع، فإذا خلعت الزوجة زوجها مع استقامة الحال كره لها ذلك، ويصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي ويحتمل كلام الحنبلي تحريمه إذا قال: "الخلع مثل سهلة تكره الرجل فتعطيها المهر فهو خلع".

وهذا يدل على أن الخلع لا يكون صحيحا إلا في هذه الحال وذلك أيضا قول ابن المنذر وداوود وقال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم¹.

وذلك لأن الله تعالى قال في كتابه العزيز: "وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"².

فدل بمفهومه على أن النجاح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال: "تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون". وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة فحرمه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، فالشافعي قال بأن الأصل في الخلع الكراهية ويكون مستحبا إذا أساءت المرأة المعاشرة ولا يوصف بغير ذلك فلا يكون حراما ولا يكون واجبا.

بالنسبة للزوجة يكون حراما إذا طلبته من غير سبب ويكون مباحا إذا كرهت زوجها وخافت ألا تؤدي الحقوق الزوجية فتكون بذلك عاصية لأمر الله تعالى.

¹ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق، ص 396.

² سورة البقرة، الآية 229.

بالنسبة للزوج يكون حراما إذا عضل زوجته أو ضربها لأجل أن تفتدي منه، وتطلب الخلع، ويكون مباحا إذا طلبت منه الخلع ولو بدون سبب فطلبه حينئذ يعتبر سببا يبيح له الطلاق، لأن من طلب الطلاق يصعب معها الحياة، ويكون مباحا إذا نشزت عليه أو آتت بفاحشة مبينة، ويكون مكروها لهما إذا اختلعا والأحوال ملتزمة والأخلاق مستقيمة، وقد يكون مندوبا عند الحاجة كأن يحلف بالطلاق الثلاث على عدم فعل ما لا بد من فعله كالكل مثلا فيخالع ثم يفعل المحلوف عليه فيكون وسيلة للتخلص من وقوع الثلاث¹.

وحكم الخلع إذا استوفى الجواز ودل على جوازه الكتاب والسنة النبوية والإجماع.

الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع.

سنعرض لأدلة مشروعية الخلع من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع وموقف المشرع الجزائري.

أولاً: من الكتاب العزيز الحكيم

حيث قال الله تعالى: "فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"².

ووجه الدلالة من الآية لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وآداء الحقوق الزوجية بينهما مثل بغض الزوجة لزوجها وكراهيتها له، وفي هذه الحالة التي استقحل فيها الشقاق والنشوز، إذا تعذر الإصلاح والتوفيق، أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا تملك عصمتها.

¹ عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 396.

² سورة البقرة، الآية 229.

ثانيا: من السنة النبوية.

مارواه البخاري والنسائي عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت ابن نقيس ابن شماس إلى رسول الله صل الله عليه وسلم فقالت: يارسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صل الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله صل الله عليه وسلم: "إقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، وهذا أول خلع في الإسلام ومعنى الحديث أن جميلة بنت عبد الله بن أبيه، ذكرت لرسول الله صل الله عليه وسلم أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لا يسيء إليها ولا يقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها وأنها تخشى أن تؤدي كراهيتها إلى التقصير في الحقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها¹.

ثالثا: من الإجماع.

أجمع جمهور الفقهاء والعلماء على أن الخلع جائز للأدلة السابقة ولم يخالفهم في ذلك إلا التابعي بكر بن عبد الله المزني، أما من أجاز الخلع فقد ذهب جمع منهم إلى إجازته مع اختلاف في الأحوال التي يجب فيها. أما الرأي الذي يتماشى مع الأدلة السابقة فهو من يقول بجواز الخلع مع الشقاق والوفاق ودون إذن من القاضي، وعلى المرأة دفع المال المتفق عليه ليتم الخلع وقد قال ابن رشد الحفيد في ذلك: "فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والأصل في ذلك الكتاب والسنة"².

رابعا: موقف المشرع الجزائري.

أساس مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري هو المادة 54 منه التي نصت: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذالم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"³.

¹ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 108.

² ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الفكر، ص 50.

³ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 109.

المطلب الثاني: الحكمة من الخلع.

شرع الإسلام حق المرأة المسلمة في إنهاء الرابطة الزوجية مقابل ما للرجل من حق في الطلاق بإرادتها المنفردة، وقد شرع الإسلام ذلك رفقاً بالزوج من ظلم زوجته له بسوء معاملته، ورفقاً بالزوجة من ظلمها لنفسها بوقوعها في الحرام جراء سوء معاملتها لزوجها، ورفقاً بها كذلك بعدم إجبارها على الاستمرار في عيشة لا تطيقها وقد تؤدي إلى الهلاك.

ولكي نتصور الحكمة من تشريع الخلع يجدر بنا مراجعة سابقة من تطبي المصطفى صل الله عليه وسلم فنكتشف مدى الجد والتقدير والعدالة فيه فقد روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي صل الله عليه وسلم فقالت: يارسول الله، ما أعتب على ثابت في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صل الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته، قالت: نعم، قال الرسول صل الله عليه وسلم: إقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

وكل الروايات اشتمت من دمامة وقصر قامته، فهنا الرسول صل الله عليه وسلم تصور الحالة النفسية التي كانت فيها امرأة ثابت بن قيس بن شماس وواجهها مواجهة من يدرك أنها حالة قاهرة لا جدوى من الرجوع فيها، أن لا خير في عشرة تسودها هذه المشاعر فأرشدنا إلى الحل وهو الخلع.

ومنه فالإسلام يراعي جميع الحالات الواقعية التي تعرض للناس ويراعي جميع مشاعر القلوب الجادة التي لا حياة للإنسان فيها ولا يقوم الزوجين على تحمل حياة ينفرا منها، فإذا كانت المرأة كارهة لزوجها لا تستطيع الحياة معه لسبب تعوضه عن الحالة التي تركته عليها بلا سبب منه¹.

¹ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، 1996، ص 63.

المبحث الثالث: أركان الخلع.

أركان الخلع هي العناصر التي يتكون منها ويتحقق بوجودها، فلكي يكون الخلع صحيحاً ومنتجاً لآثاره، لابد من توفر جملة من الأركان.

وأركان الخلع عند جمهور الفقهاء عددها خمسة وهي: القابل-الموجب-العوض المعوض والصيغة.

غير أن الحنفية اعتبروا أن للخلع ركن واحد وهو الصيغة أي (الإيجاب والقبول) لأنه عقد على الطلاق بعوض، فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون قبول.

ويشترط في كل ركن جملة من الشروط ارتأيت دراستها عند معالجة كل ركن من هذه الأركان.

ولذلك سأقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: طرفا الخلع.

المطلب الثاني: عوض الخلع.

المطلب الثالث: صيغة الخلع والمعوض.

المطلب الأول: طرفا الخلع.

إن من أهم الأشخاص الرئيسيين في الخلع هما الزوج والزوجة، فلا يتحقق الخلع بدونهما، إلا أنه قد يتولى الخلع شخص ثالث يُعيَّن لهذا الغرض، قد يكون وكيلاً عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معاً، كما يمكن أن يكون هذا الشخص أجنبياً أو فضولياً ليست له صفة الوكالة¹.

¹ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 63.

الفرع الأول: الزوج المخالغ والزوجة المختلعة.

هما طرفا الخلع، ونظرا لأهميتها، فقد اشترط الفقهاء مجموعة من الشروط في كل منهما وكذا المشرع الجزائري، وعليه سأعالج في بادئ الأمر الزوج المخالغ (أولا) ثم الزوجة المختلعة (ثانيا) ثم أتعرض لموقف المشرع الجزائري (ثالثا).

أولا: شروط الزوج المخالغ وحالاته.

يسمى أيضا الخالغ، فهو طرف في عقد الخلع مع زوجته التي هي الطرف الثاني وحتى يكون الزوج طرفا في عقد الخلع لابد من أن تتوافر فيه شروط معينة تمكنه من إجراء الخلع، فما هي هذه الشروط، وما هي الحالات التي لا يقع فيها الخلع من طرف الزوج؟

1- أهلية الزوج:

يشترط في الزوج أن يكون أهلا لإيقاع الخلع أي أن يكون بالغاً، عاقلاً، مختاراً يملك أهلية التصرف في ماله، وضابطه الشرعي "كل من صح طلاقه صح خلعه"¹.

وأن الفقهاء لم يفرقوا بين الخلع والطلاق من حيث أهلية الزوج، وسنتعرض لمختلف المذاهب في هذا الصدد:

أ- الحنفية:

قالوا أن الأهلية ضرورية في الزوج المخالغ، فلا يصح خلع الصبي ولا المجنون ولا المعتوه ولا المعمر عليه، وذلك أن الصبي ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره، وهذا لأن القصد ينبني على الخطاب، والخطاب ينبني على إعتدال الحال. وكذلك فعل أبيه عليه في الطلاق باطل، لأن الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر له

¹ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 63.

ولتحقق الحاجة إليه وذلك لا يتحقق في الطلاق ولا العتاق¹. أما المعنوه والمعنى عليه من مرض فهو بمنزلة الصبي لانعدام القصد².

ب- المالكية:

أجاز المالكية خلع الأب والوصي للصبي، وذلك من وجهة نظر مفادها أن الصبي مادام زواجه قائماً، فخلعه جائز أيضاً وينوب عنه الأب أو الوصي، ولو كان سفيهاً فالخلع جائز وطلاقه نافذ، لأنه إذا كان له أن يطلق فالأولى له أن يخالع³.

ج- الشافعية:

قالوا يشترط في الزوج أن يكون ممن ينفذ طلاقه لأن الخلع طلاق والزوج ركن لا شرط، فلا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهم، ويصح خلع المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه، سواء أذن الولي أم لا، وسواء كان العوض مهر المثل أو دونه، لأن طلاقهما مجانا نافذ، ولا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفيه، بل يسلمه إلى الولي، فإن تركها في يده حتى تلفت بعد علمه بالحال، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان.

وإن تلف في يد السفيه ولم يعلم بالتسليم رجع على المختلع بمهر المثل على الأظهر وبقيمة العين على قول آخر⁴.

¹ محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة د ب ن، الجزء الخامس، سنة 1989، ص 178.

² أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 224.

³ المدونة الكبرى للإمام مالك، المرجع السابق، ص 181، /بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، الجزء الأول، ص 451.

⁴ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعقدة المفتين، إشراف زهير الشاوشي، المكتب الإسلامي الجزء السابع، سنة 1991، ص 384.

قالوا يصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه، فيصح خلع المسلم والبالغ والصبي المميز الذي يعرف معنى الطلاق والرشيد والسفيه، لأن كل واحد منهم زوج يصح طلاقه فيصح خلع¹.

وقد جاء في الإنصاف: "إذا كان محجورا عليه، دفع المال إلى وليه، وقال في صحة خلع المميز وجهان أحدهما يصح وهو المذهب، والثاني لا يصح، والخلاف مبني على طلاقه"².

2- خلع السكران:

إذا شرب الإنسان مسكرا كخمر ونحوها، فإما أن يكون غير آثم لشربها، كأن يشربها مكرها أو يشربها جاهلا بها، فيكون حكمه حكم المجنون ولا يقع خلع، أما إذا شرب الخمر أو نحوها غير مكره وكان عالما بها، فقد اختلفت الآراء في ذلك وانقسمت إلى قسمين³:

الرأي الأول: طلاق السكران واقع وخلعه جائز، ومن بين مؤيدي هذا الرأي عطاء الحسن البصري، سعيد بن المسيب، الشعبي، محمد بن سيرين والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

الرأي الثاني: طلاق السكران غير واقع وخلعه باطل، وأيد هذا الرأي عثمان بن عفان رضي الله عنه وعمر بن عبد العزيز وغيرهم.

¹ ربيحة الغات، الطلاق بالخلع-دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا- مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد4، سنة 2009، ص318.

² علي بن سلمان بن احمد المرادوي، الإنصاف، الجزء الثامن، ص389.

³ جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص59.

3- خلع المكره:

اختلف الفقهاء في خلع المكره وانقسموا كذلك إلى قسمين:

الرأي الأول: يرى أن خلع المكره لا يقع، وقد روى هذا عن عمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب وعبد الله بن عباس.

الرأي الثاني: يرى أن خلع المكره جائز، وبه قال أبو قلابة والشعبي والنخعي، والحنفية¹.

4- خلع المريض مرض الموت:

يُعرّف مرض الموت بأنه: "الحال الذي يكون عليه الشخص ويغلب فيه ظن الناس أنه سبب موته"².

كما يرى البعض الآخر بأنه: "المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل الموت به فعلا، ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلا ما دامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض"³.

وقيل علامته مُلَازمة الفراش وعدم القدرة على الصلاة قائما، كما أُلْحِقَ بالمريض مرض الموت في الحكم كل من يكون في حال يخشى فيها الموت أو يتوقعه كمن يحكم عليه بالإعدام أو من يكون على سفينة تلاطمت بها الأمواج وتوقع الغرق⁴.

وقد قال جمهور الفقهاء أن خلع المريض مرض الموت نافذ، لأنه لو طلق في مرض موته بغير عوض لصح طلاقه، فلئن يصح بعوض أولى بالجواز والصحة.

¹ جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص 62.

² فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 311.

³ محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، سنة 1994، ص 216.

⁴ عامر سعيد الزبيباري، الحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 10.

لكن الفقهاء اختلفوا في مدى حق الزوجة المختلعة في الإرث من زوجها إن مات بعد إجراء الخلع معها، وهذه أقوال الفقهاء في خلع المريض:

أ- المالكية:

جاء في مدونة الإمام مالك قوله: أرأيت إن اختلعت منه في مرضه فمات من مرضه ذلك أثرته أم لا؟ قال مالك: "نعم ترثه، وكذلك لو جعل أمرها بيدها أو خيرها فطلقت نفسها في مرض موته، فإنها ترثه، فكل طلاق وقع في المرض فالميراث للمرأة إذا مات من ذلك المرض وبسببه كان ذلك لها"¹.

ب- الحنفية:

إذا اختلعت الزوجة وهي صحيحة والزوج مريض مرض الموت، فالخلع جائز بما سمياه من بدل الخلع وتراضيا عليه قليلا كان هذا البديل أو كثيرا، لأن الزوج لو طلق بغير عوض كان طلاقه صحيحا فالبعوض أولى، ولا ميراث لها، لأن الفرقة وقعت بقبولها ورضاها².

ج- الشافعية:

يجوز خلع المريض مرض الموت عندهم لأن الرجل يملك الطلاق بدون عوض فخلعه طلاق بعوض يجوز بالأولى ولا ضرر فيه على المرأة يملك طلاقها، ويجوز الخلع في المرض، كما يجوز البيع.

¹ المدونة الكبرى للإمام مالك، المرجع السابق، ص185.

² عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص135.

د- الحنايئة: قالوا بأنه يجوز خلع المريض إذا لم يكن هناك محاباة، فإذا ظهرت محاباة الزوج من الخلع، كما لو أوصى لها مبلغ من المال، فإن كان أقل من ميراثها منه صلح ولزم، وإن كان أكثر يصح وتلغى الزيادة¹.

ثانياً: الزوجة المختلعة وحالاتها.

يعتبر الخلع بالنسبة للزوجة تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يشترط في الزوجة المختلعة أن تكون محلاً للطلاق وأهلاً للتبرع، لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أن الزوجة تملك نفسها مقابل هذا العوض، لكن ما تملكه من بعد لا يقوم بمال.

وعليه يشترط في الزوجة أن تكون بالغة، عاقلة، وغير محجور عليها، كما يشترط في الزوجة أن تكون راضية غير مكرهة، وعالمة بمعنى الخلع.

- وسنتعرض لهذه الحالات في خمس نقاط أساسية:

1- خلع الزوجة الصغيرة والمجنونة:

إذا تولت الزوجة الصغيرة والمجنونة الخلع بنفسها، فالخلع باطل لا يترتب عليه أي أثر، لأنه علق خلعها على قبولها وهو غير معتبر، فلم يتحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق، أما إذا تولى أبوها الاتفاق مع الزوج على خلعها أو طلاقها في نظير مال التزمه فيقع الطلاق بائناً في الحاليتين، لأن الزوج علقه على قبول الأب وقبوله معتبراً

¹ ربيحة الغات، التفريق بين الزوجين - دراسة نموذجية للخلع والظهار والإبلاء واللعان - رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق والعلوم القانونية والإدارية، معهد الحقوق والعلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1997-1998، ص48.

هنا، ويلزمه المال، ولا يسقط بهذا الخلع شيء من حقوق الزوجة التي تسقط بالخلع عند أبي حنيفة¹.

أما إذا قبل الأب الخلع ولم يلتزم بدفع البذل من ماله بل أضاف القبول إلى مال ابنته فإن المال لا يلزمها ولا يلزم الأب أيضا، لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع، ولا يملك أحد أن يتبرع من مال غيره ولو كان وليا عليه².

هذا بالنسبة للصغيرة غير المميزة أما بالنسبة للصغيرة المميزة ففيه تفصيل المذاهب الأربعة:

أ-المذهب الحنفي:

إذا كانت الزوجة الصغيرة مميزة مدركة لمعنى النكاح والخلع وما يترتب عليهما من آثار، فإن عبارتها حينئذ معتبرة شرعا، فإذا قبلت وقع الطلاق ولا يلزمها المال لأن التزامها المال كان في مقابل ما ليس بمال فكان تبرعا، وهي ليست من أهل التبرع³.

جاء في الدر المختار: "فإن قبلت الخلع-أي إذا قبلت الزوجة الصغيرة الخلع- وهي عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب، وقع الطلاق بالاتفاق، ولا يلزمها المال"⁴.

كما ورد في الفتح القدير: "أن الصغيرة العاقلة إذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال"⁵.

¹ محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، المرجع السابق، ص 541.

² بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، المرجع السابق، ص 403.

³ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 113.

⁴ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، الجزء الثالث، ص 457.

⁵ ابن همام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ص 220.

وهل للأب أن يختلع ابنته الصغيرة؟ الجواب أنه إذا اختلعا بماله أو بمهرها وقع الطلاق ولا يلزمها شيئاً، أما إذا اختلعا الأب بماله، فإنه يصح الخلع ويلزمه المال، وكذا إذا اختلعا بمال وضمنه، فإنه يلزمه، وليس للأب أن يختلع ابنته الكبيرة سواء كانت بكراً أو ثيباً، فإذا فعل ذلك وقع الخلع موقوفاً على إجازتها، فإن أجازته فإنه يصح ويلزمها المال وإن لم تجزه لا يقع ولا يلزمها المال¹.

ب-المذهب المالكي:

لا يصح للصغيرة أن تباشر مخالعة الزوج بعوض مالي، فإذا خالعا زوجها على مال وقبضه، فلا يصح الخلع ويجب عليه رد المال الذي قبضه، إلا إذا أذن وليها بالخلع فإن أذن فإنه يصح الخلع ويلزم العوض، أما إذا خالعا الزوج زوجته الصغيرة على مال بدون إذن الولي وقع عليه الطلاق بائناً، ولا حق له في العوض، وإذا قبضه وجب عليه رده².

ج-المذهب الشافعي:

لا يصح عندهم خلع الزوجة الصغيرة سواء كانت مميزة أو غير مميزة، كما لا يجوز للأب أن يخلع ابنته الصغيرة من الزوج بشيء من ماله، لأنه يسقط بذلك حقها من مهر والنفقة، فإن خالعا بشيء من ماله لم يستحق ذلك، ولكن لو خالعا عنها بماله أو بضمانه وقع الخلع والتزم هو بالمال، لأنهم قالوا بصحة خلع الأجنبي والتزامه بالبدل فالأب أولى³.

¹ عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص156.

² المدونة الكبرى للإمام مالك، المرجع السابق، ص183.

³ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص156.

د-المذهب الحنبلي:

قالوا يشترط في ملتزم العوض أن يكون أهلا للتصرفات المالية، فلا يصح الخلع بعوض من الصغيرة ولو بإذن الولي لأن مال الخلع تبرع ولا إذن للولي في التبرعات، وهذا هو المشهور عندهم، وقال بعضهم أن الأظهر صحته بإذن الولي إن كان فيه مصلحة¹.

2- خلع المحجور عليها:

السفينة هي: "التي تبلغ مبدرة مفسدة لمالها تضيعه في غير وجه شرعي"، فإذا خالعت السفينة زوجها بمال فهل يقع الطلاق ويلزمها المال، أم لا يقع؟. هذا ما أجاب عليه فقهاء المذاهب المختلفة².

أ-المالكية:

قالوا بأنه لا يصح الخلع من السفينة بغير إذن الولي، وإذا اختلعت وسلّمت بدل الخلع وجب ردّه إليها لعدم جواز البذل منها في الخلع، لأنه تبرّع وهي ليست من أهل التبرع. أما بالنسبة لخلع الأب عن البنت السفينة، فهناك قولان:

القول الأول: لا يجوز له ذلك إلا بإذنها.

القول الثاني: يجوز له ذلك تنزيلا لها بمنزلة البكر مادامت في ولاية الأب، والقول الأول هو المعمول به وهو أصل المذهب.

ب-الحنفية:

إذا خالعت السفينة زوجها على مال، جاز الخلع ولم يلزمها المال، أما جواز الخلع، فلأن وقوع الطلاق فيه يعتمد القبول منها وقد تحقق، وأما عدم التزامها ببذل المال فلأنها

¹ عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص1033.

² عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص1029.

بذلت مالها فيما لا يعتبر مالا وفيما لا منفعة ظاهرة لها فيه، فتعتبر كالصغيرة إذا اختلعت من زوجها، وإذا اختلعتها الأب، فإن ضمن المال صح الخلع ولزم المال وإلا فلا¹.

ج- الشافعية:

قالوا يشترط في ملتزم العوض المالي أن يكون مطلق التصرف المالي، فإذا كان محجورا عليه لسفه، فإنه لا يصح التزامه لعوض الخلع ولو بإذن الولي، فلو أذن الولي للزوجة المحجور عليها لسفه في مخالعة زوجها ففعلت، لا يلزمها المال، لأنها ليست من أهل الالتزام، وليس لوليها أن يبذل مالها في مثل عوض الخلع إلا إذا خشي ضياع مالها بواسطة الزوج-فأذن لها بالاختلاع منه صيانة لمالها- فإنه يصح في هذه الحالة².

د- الحنابلة: جاء في الإنصاف للمرداوي: "إن خالعت المحجور عليها، لم يصح الخلع على هذا المذهب سواء أذن لها الولي أم لا، لأنه لا إذن له في التبرع" وقيل "يصح إذا أذن لها الولي" وقيل: "إن كان فيه مصلحة صح بإذنه، وإلا فلا"³.

3- خلع المريضة مرض الموت:

المريضة مرض الموت أهل لكل التصرفات الشرعية، لأن المرض لا يوجب الحجر إلا إذا كان سببا في ضعف العقل، فيحجر على المريض لذلك لا لذات المرض⁴. ولا خلاف بين الفقهاء في جواز الخلع من المريضة مرض الموت، فهي لها أن تخالع زوجها على مالها كالصحيحة تماما، إلا أنه وقع خلاف بينهم في القدر الذي يجب أن تبذله للزوج مخافة أن تكون راغبة في محاباة الزوج على حساب الورثة⁵.

¹ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 157.

² عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 1033.

³ علي بن سليمان بن احمد المرادوي، الإنصاف، الجزء الثامن، ص 392.

⁴ مرض الموت، سبق تعريفه، ص 36.

⁵ أمير محمد مطاوع، الخلع بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 174.

وهذا تفصيل المذاهب في المسألة:

أ-الحنفية:

يرى فقهاء المذهب الحنفي أن المريضة مرض الموت إن خالعت زوجها وقع الطلاق، لأنه علق الطلاق على قبول المال، وقد وجد قبول صحيح، أما ما يستحقه الزوج المخالعة فهو بدل الخلع بشرط أن لا يزيد عن ثلث التركة ولا عن نصيبه في الميراث إن ماتت وهي في العدة، لأن موتها في العدة يجعل سبب الميراث قائماً ويخشى أن يكون القصد من المخالعة إعطائه أكثر من ميراثه فلا يزيد بدل الخلع عليه كما أن بدل الخلع تبرع في مرض الموت فهو وصية، والوصية يجب أن تنقيد بالثلث لا تزيد، وإن كانت وفاتها بعد انتهاء العدة، فقد انقطع سبب الميراث من كل الوجوه، وعلى ذلك يستحق الأقل من بدل الخلع وثلث التركة، لأن بدل الخلع تبرع وهو في مرض الموت وصية ولا تنفذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة¹.

ب-المالكية:

قالوا بأنه يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض، ولكن الخلع بينهما في مرض الزوجة، إن كان الطلاق بائناً ينفذ ولا يتوارثان، ولو ماتت وهي في العدة لأن الطلاق البائن يقطع العلاقة الزوجية، أما المال الذي التزمت الزوجة به، فإنه ينظر فيه إذا كان يساوي ميراثه منها يوم الخلع أو ينقص عنه، يملكه الزوج ولا يتوارثان بعد ذلك. أما إذا زاد على ميراثه، فإن الزيادة لا تكون حقا له ويجب عليه ردها إن كان قد قبضها ويجب أن لا يتصرف الزوج في المال قبل موتها².

¹ الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص339.

² عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص1034.

ج- الشافعية:

لو اختلعت الزوجة في مرض موتها، نظر إذا كان العوض يساوي مهر المثل، فإنه ينفذ، لأن مهر المثل في نظير حل العصمة، فليس فيه تبرع.

أما إذا كانت الزيادة على مهر المثل، فإن الزيادة على مهر المثل تكون تبرعا، ففي هذه الحالة ينظر إن كانت الزيادة أقل من الثلث، فإن له أخذها بدون أي اعتراض، وإن كانت أكثر فأجازها الورثة، فإنه يأخذها، فإن لم يجزها الورثة أو كان الثلث أقل، فسخ العوض المسمى ويرجع عليها بمهر المثل فقط¹.

د- الحنابلة:

قالوا إذا اختلعت الزوجة زوجها وهي مريضة مرض الموت، فإن الزوج يستحق الأقل من بدل الخلع أو ميراثه منها، فيجب النظر إلى بدل الخلع، فإن كان يساوي ميراثه منها، فإنه ينفذ ويستحقه الزوج، أما إذا كان أكثر من ميراثه منها، فإنه لا يستحق الزائد لأنه من حق الورثة، وكذلك خوفا من المحاباة².

قال المرادوي في الإنصاف " وإن خالعت في مرض موتها فله الأقل من المسمى أو ميراثه منها، وهذا المذهب، وقيل إذا خالعت على مهرها، فللورثة منعه، ولو كان أقل من ميراثه منها³.

4- خلع الحائض:

إتفق جمهور الفقهاء على أنه لا بأس بالخلع سواء كانت الزوجة في حيض أم في طهر الذي أصابها فيه، لأن المنع من الطلاق في الحيض عندهم هو من أجل الضرر الذي

¹ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص111.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، ص229.

³ علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف، الجزء الثامن، ص418.

يلحقها بطول العدة، وبما أن الخلع يقصد به إزالة الضرر الذي يلحقها لسوء العشرة والبقاء مع من تكرهه وترغب في فراقه، وذلك أعظم من ضرر طول العدة، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما، وهي قد رضيت به، مما يدل على رجحان مصلحتها، ولذا لم يسأل النبي صل الله عليه وسلم المختلعة عن حالها¹، قال ابن عابدين: "وإن الخلع لا يكره في حالة الحيض بالإجماع"².

بينما ذهب بعض المالكية إلى منع الخلع في الحيض، لأن علة المنع هي التعبد، وقالوا بأنه لا يجوز في الحيض لأنه بدعة ولا أثر لرضى الزوجين، ومن قال: أن علة المنع عدم تطويل العدة، قالوا: لا بدعة فيه لأن الخلع قد تم برضاها³.

5- خلع المكره:

اتفق الفقهاء على أنه إذا كانت الزوجة بالغة، عاقلة، راشدة ومختارة، يصح خلعها والتزامها بالعوض، فإذا كانت الزوجة مكرهة على الخلع، فلم يلزمها المال بسببه قولاً واحداً، لأن الالتزام بالمال مع الإكراه غير صحيح اتفاقاً.

أما ترتيب الطلاق عليه، فالمسألة اختلف فيها الفقهاء على قوانين:

القول الأول: لا يقع به الطلاق، بناء على أن الخلع يتضمن تعليق الطلاق على استحقاق الزوج ما جعله بدلاً عنه من مال، وبما أنه لم يستحق المال فلا يقع الطلاق، لأن الطلاق لا يقع بالإكراه فكذلك الخلع، وبه قال ابن عباس وعطاء ومجاهد والنخعي ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل وغيرهم.

¹ ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد المقدسي، المغني، دار إحياء التراث العربي، الجزء السابع، الطبعة الأولى، سنة 1985، ص248. / وهبة الزحيلي، الفقه المالكي المسير، المرجع السابق، ص200.

² محمد أمين بن عمر (ابن عابدين) رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ص441.

³ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص124.

القول الثاني: إن الطلاق في الخلع معلق على مجرد قبولها وقد قبلت، فيقع طلاقا رجعيا لأن الطلاق ليس في مقابله عوض، وقد علق قبولها فقبلت، ويحتمل أن يكون طلاقا بائنا لأن الخلع من كنايات الطلاق التي يقع بها بائنا.

وإن الرأي الراجح هو قول الجمهور، لأنه لا بد من قبول الزوجة في الخلع ولا عبءة بقبولها في حالة الإكراه، لأنها مسلوقة الإرادة، ولأن الخلع عقد معاوضة، فلا يصح إلا برضى طرفي العقد¹.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضا من أحكامها وذلك لأن المشرع نص في المادة السابعة من قانون الأسرة على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، وهذه المادة تكفي للتكلم عن شرط الأهلية عند مخالعة الزوج لزوجته، فيجب أن يكون متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه طبقا لنص المادة 85 من قانون الأسرة والتي نصت: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"، وإلا وقع تصرفه باطلا ولا ينتج أي أثر².

كما يرى الأستاذ فضيل سعد أن³: "الخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة 203 من قانون الأسرة، والتي اشترطت في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسعة عشر سنة وغير محجور عليه، ولأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه، وبذلك فإن السفهية لا تستطيع الإلتزام

¹ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص111.

² أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص227.

³ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص308.

بمبلغ من المال لاعتبار السفهية في قانون الأسرة الجزائري ناقصة الأهلية، فإذا أرادت أن تخالع نفسها وهي على هذا الحال، فإن أباهما هو الذي يتكفل بذلك وفي غياب هذا الأخير يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له¹.

وتجدر الإشارة بأنه يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوجة قبل السن القانوني عملا بنص المادة 7 الفقرة الثانية من قانون الأسرة والتي تنص: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

أما بالنسبة للمريضة مرض الموت، فتخضع لأحكام المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية" وهذه المادة تحيلنا إلى نص المادة 185 من القانون نفسه والتي تنص على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة"، ومن ثم فإن الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة².

الفرع الثاني: الوكالة في الخلع وخلع الأجنبي.

قد يتولى شخص ثالث يعينه الزوجان للقيام بهذا الإجراء-الخلع- وتكون له صفة إجراء المخالعة عنهما وهو ما يسمى بالوكيل (أولا) كما يحدث أن يخالع عن الزوجة شخص ليست له وكالة عنها وليس وليها وهذا ما يعرف بالفضولي وهو الأجنبي (ثانيا).

أولا: الوكالة في الخلع.

يصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين، ومن أحدهما منفردا، والقاعدة في الوكالة في الخلع: "كل من يصح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله حرا كان أو عبدا

¹ المادة 81 من قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 والتي تنص "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

² أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 228/229.

ذكرنا أو أنثى مسلما أو كافرا" لأن كل واحد من هؤلاء يجوز أن يوجب الخلع، فيصح أن يكون وكيلا وموكلا فيه¹.

وقد دل على مشروعيته التوكيل في الخلع قوله سبحانه وتعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"².

فقد بين الله سبحانه وتعالى أنه عند الشقاق يجوز إرسال حكمين من طرفهما واحد منهما عن الزوج والآخر عن الزوجة، ويجوز للحكمين أن يخالعا، فكان هذا دليل على جواز التوكيل في الخلع، كما أن الحاجة قد تدعو إليه كما تدعو إلى التوكيل في البيع والنكاح³.
ومما سبق يتضح أن التوكيل في الخلع يصح من الزوج (1) أو الزوجة (2) كما قد يكون التوكيل من الزوجين معا (3).

1- التوكيل من الزوج:

إذا وكل الزوج غيره ليخالع عنه، فقد يحدد لوكيله العوض الذي يخالع به (1) وقد يطلق له الوكالة فلا يقيد به بعوض معين (2) ولكل حالة أحكامها، وهذا ما نبينه فيما يلي:

أ- تحديد العوض:

إذا حدد الزوج العوض فخالع به أو بما زاد، صح الخلع ولزم العوض المسمى، لأنه موافق لغرض الزوج وفي مصلحته، أما إذا خالع بأقل منه، ففيه وجهان، أحدهما لا يصح، وهو قول الشافعي رحمه الله، لأنه خالف موكله، فلم يصح تصرفه ولأنه لم يأذن له

¹ - إبن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد المقدسي، المغني، الجزء الخامس، ص 273.

² - الآية 35 من سورة النساء.

³ - جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 140.

في الخلع بهذا العوض، فلم يصح منه، والثاني يصح، ويرجع على الوكيل بالنقص لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع¹.

ب-إطلاق الوكالة:

إذا وكل الزوج في خلع امرأته شخصياً بوكالة مطلقة أي من غير تقدير العوض صح التوكيل، فإن خالعه الوكيل بمهرها أو أكثر، صح الخلع ولزم العوض المسمى، لأنه زاد خيراً، وإن نقص الوكيل من المهر رجع الموكل على الوكيل بالنقص، وصح الخلع لأنه عقد معاوضة أشبه بالبيع، ولو خالعه الوكيل بلا مال، كان لغواً، ولو خالعه بنية الطلاق².

2- التوكيل من الزوجة:

إذا وكلت الزوجة من يخالعه عنها، فيوجد حالتان كذلك، فإما تقيد له العوض أو تطلق الوكالة.

أ-تقييد الوكالة:

إذا قيدت الزوجة الوكالة وحددت العوض فعلى الوكيل أن يلتزم بما حدد له، فإن خالعه بما أمرت به، فالخلع جائز ولزمها ما خلع به، وإن خالعه بما دون ذلك، فهو جائز أيضاً، لأنه وإن كان قد خالف فهي مخالفة إلى ما فيه مصلحة، وإن خالعه بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة، لأنها لم تأذن فيها، ولزم الوكيل لأنه إلتزمه للزوج فلزمه الضمان، وقبل عليهما مهر مثلها ولا شيء على وكيلها³.

¹ ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد المقدسي، المغني، الجزء الخامس، ص273.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، ص230.

³ ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد المقدسي، المغني، الجزء الخامس، ص274.

ب- إطلاق الوكالة:

إذا وكلت المرأة من يخالع عنها فأطلقت له التصرف ولم تقيده، فيجوز للوكيل أن يخلع موكلته في هذه الحالة على مهرها عند الحنفية والحنابلة، وعند الشافعية على مهر مثلها، وعند المالكية على خلع مثلها¹.

3- التوكيل من الزوجين معا:

يصح أن يكون الشخص وكيلا عن الزوجين في المخالعة ويتولى الخلع عنهما بهذه الصفة، فقد جاء في كشف القناع في فقه الحنابلة: "ولو كان وكيل الزوج والزوجة واحد فله أن يتولى طرفي العقد كالنكاح"². وعند الشافعية لا يصح أن يتولى شخص واحد الوكالة عن الزوجين ويتولى عقد الخلع عنهما بهذه الصفة.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فإنه من بين التعديلات التي جاء بها الأمر رقم 02/05 إلغائه لنص المادة 20 من القانون رقم 11/84-بموجب المادة 18 من هذا الأمر - التي كانت تسمح بالوكالة في إبرام عقد الزواج، ومن ثم فلا مجال للحديث عن الوكالة في الخلع من باب أولى.

ثانيا: مخالعة الأجنبي أو الفضولي.

الأجنبي الذي يخالع عن الزوجة هو الفضولي أي الذي ليست له صفة تخوله لإجراء المخالعة عنها، إذ ليس هو بولي عنها، ولا بوكيل عنها في موضوع الخلع، فهو أجنبي عنها من هذه الجهة، ومن يباشر عقدا عن غيره دون ولاية له على هذه المباشرة يسمى فضوليا³.

¹ جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص141.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، ص231.

³ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص146.

ولقد اختلف الفقهاء في خلع الأجنبي عن الزوجة من زوجها على قولين: أحدهما يجيز خلع الأجنبي (1) والثاني لا يجيز (2) ولكل فريق أدلته وحججه.

1- صحة خلع الأجنبي:

وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية، الشافعية والحنابلة، ولقد استدلت أصحاب القول الأول بما يأتي:

أ- أن الأجنبي بذل مالا في مقابل إسقاط حق عن غيره، فصح كما لو قال: "إعتق عبدك وعليّ ثمنه" صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقا عن أحد، فهنا أولى.

ب- قد يكون الأجنبي فيه غرض ديني بأن يراها لا يقيمان حدود الله أو يجتمعان على محرّم والتفريق بينهما ينقذهما من ذلك، فيفعل طلبا في الثواب¹.

ج- لأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها فجاز من غيرها كالدين، فيجوز إبراء دين المدين.

2- عدم صحة خلع الأجنبي:

وهو قول الظاهرية والزيدية والجعفرية والإمام أبي ثور، ولقد استدلت أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أ- إن مخالعة الأجنبي ببذله ماله سفه منه، فلا يصح، لأنه ببذله عوضا في مقابل مالا منفعة له فيه، فإن الملك لا يحصل له بهذا الخلع، بل يحصل للزوجة، إذ تملك نفسها وتتخلص من قيد النكاح.

ب- إن الخلع من المعاوضات، فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب العوض كالبيع، ولأن الله تعالى أضاف الفدية إلى الزوجة في قوله تعالى: "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَّتْ

¹ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص146.

به"، ولأن الأصل بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل له، وحينئذ فلا يملك الزوج البدل ولا يقع الطلاق إن لم يتبع به، فإن أتبع به كان رجعياً¹.

المطلب الثاني: عوض الخلع.

ويقصد بالبدل في باب الخلع ما تلتزم الزوجة ببذله لزوجها وينعقد عليه الخلع ومؤدى هذا أن الخلع لا يتم بدون العوض، ولكن هذا ليس محل اتفاق بين الفقهاء، ذلك أن الأحناف والمالكية ورأي عند الحنابلة يرون صحة الخلع بدون ذكر العوض، فلو قال الزوج لزوجته: خالعتك، أو قال لها: اختلعي، ولم يذكر مالا، فقبلت، وقع الخلع صحيحاً.

غير أن الأحناف يفرقون بين ما إذا قال الزوج "خالعتك" بلا ذكر مال، ناوياً الطلاق وقع به الطلاق بائناً، لأن لفظ "خالعتك" من كنايات الطلاق فيقع به الطلاق بائناً دون التوقف على قبول الزوجة، أما إذا قال لها "خالعتك" ولم يذكر مالا وقبلت الزوجة وقع الخلع صحيحاً مسقطاً للحقوق المتعلقة بالزوجية.

والمالكية يقولون بجواز الخلع بعوض وبغير عوض، والواقع في الحالتان طلاق بائن، بينما يرى الشافعية والحنابلة في رواية أخرى أنه لا يصح الخلع بدون عوض ورواية الحنابلة أساسها أن الأصل في مشروعية الخلع أن يكون لدى المرأة رغبة عن زوجها وحاجة إلى فراقه فتسأله فراقها، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع ويصح ما دام هناك عوض².

وبتأثير موضوع العوض في الخلع عدة مسائل تناولها فقهاء المذاهب بالتفصيل عند كلامهم عن الخلع، وسنتعرض في بادئ الأمر إلى مقدار العوض (الفرع الأول) ثم نبحث

¹ - د/أحمد ذياب شويديح، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضى الزوج في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مقال منشور في مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، غزة فلسطين، الجزء 17، عدد 34، رجب 1426هـ، ص 118.

² - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطبيق وآثارهما، دار الكتب القانونية مصر، سنة 2004، ص 384.

عن نوع العوض وما يصح أن يكون عوضاً في الخلع (الفرع الثاني) وبعدها ننقل للتعرف على موقف المشرع الجزائري من مسألة العوض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مقدار العوض.

قلنا أن مشروعية العوض تثبت في القرآن والسنة، فإذا كرهت الزوجة زوجها وبادرت بطلب الفراق، ولم تكن مكرهة على طلبه، كان مقتضى العدل أن ترد له صداقها حتى لا يجتمع على الزوج خسارتين-خسارة الزوجة وصداقها- فإذا تحققت هذه الشروط حل له أخذ الفداء، وجاز لها بذله، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء وأكدوا مشروعيته.

ووقع الخلاف بين المذاهب الفقهية بعده في تحديد مقداره، فقال بعضهم يتحدد العوض بمقدار ما أعطاه (أولاً) وقال آخرون يصح بأكثر مما أعطاه (ثانياً).

أولاً: الرأي القائل بأن العوض يتحدد بمقدار ما أعطاه.

قالت طائفة من الفقهاء لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطاه وبه قال من الصحابة علي ابن أبي طالب ومن التابعين الحسن وابن المسيب والشعبي وعطاء والزهري والأوراعي: "كان القضاة لا يجيزون أن يأخذ إلا ما ساق إليها" وبه قال كذلك أحمد وإسحاق¹. واحتجوا في ذلك بالآتي:

1- قوله تعالى: "وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا" ثم قال بعد ذلك: "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"².

فوجدت أن يكون المفتدى به راجعاً إلى ما أتاه، وإذا كان كذلك فلا يدخل إلا ما قد أعطاه من المهر³.

¹- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص131.

²- سورة البقرة الآية 229.

³- د/إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية-الزواج والفرقة وحقوق الأقارب- مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص194.

2- ما روي عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صل الله عليه وسلم، فقالت: "والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا" فقال لها النبي صل الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته؟"، فقالت: "نعم"، فأمره رسول الله صل الله عليه وسلم أن يأخذ منها الحديقة ولا يزداد¹.

ووجه الاستدلال أن النبي صل الله عليه وسلم نهى عن أخذ الزيادة بل وأوجب الاقتصار على ما أعطاه لا أكثر منه².

3- وروى كذلك عن أبي الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي سلول وكان قد أصدقها حديقة فكرهته، فقال النبي صل الله عليه وسلم: أما الزيادة فلا"، ووجه الاستدلال: لو كان الزائد على المهر جائزا لما حدده الرسول صل الله عليه وسلم وأمرها برده له.

ثانيا: الرأي القائل بأن العوض يتحدد بما يترضى عليه الزوجان.

يرى أصحاب هذا الرأي أن العوض يتحدد بما يتفق عليه الزوجان في المخالعة سواء تجاوز المهر أو سواه أو كان أقل منه، وهذا قول الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة وابن حزم ، وغيرهم³.

قال الماوردي في الحاوي الكبير: "الخلع يجوز بما اتفق من العوض قليلا كان أو كثيرا سواء كان بمهر المثل أو أقل أو أكثر، وسواء كان من جنسه أو غير جنسه"⁴.

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، الجزء السادس، رقم 4971، ص2022. / أخرجه النسائي، الجزء السادس، رقم 3469، ص170، / وابن ماجه، الجزء الأول، رقم 2056، ص663.

² د/أحمد نياض شويديح، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج، المرجع السابق، ص123.

³ د/أحمد نياض شويديح، المرجع نفسه، ص122.

⁴ أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء العاشر، سنة 1999، ص13.

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أ- قوله تعالى: "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدتْ بِهِ" ووجه الدلالة أن هذا النص عام يشمل ما افتدت به سواء كان قليلا أو كثيرا زائدا عما أعطاها الزوج أو مساويا له أو أقل منه¹.

ب- قال ابن جرير حدثنا يعقوب بن إبراهيم، حدثنا ابن علية، أخبرنا أيوب عن كثير مولى سميرة أن عمر رضي الله عنه أتت امرأة ناشز، فأمر بها إلى بيت كثير الزيل ثم دعا بها فقال: "كيف وجدت؟" فقالت: "ما وجدت الراحة منذ كنت عنده إلا هذه الليلة التي حبستني"، فقال لزوجها: "إخلعها ولو من قرطها"².

ج- قال سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن حميد بن عبد الرحمان، أن امرأة أتت عمر بن الخطاب فشكت زوجها فأباتها في بيت الزيل، فلما أصبحت قال لها: "كيف وجدت مكانك؟" قالت: " ما كنت عنده ليلة أقر لعيني من هذه الليلة" فقال: " خذ ولو عقاصها" وقال البخاري "وأجاز عثمان الخلع دون عقاص رأسها"³.

د- أن الخلع معاوضة، فوجب أن لا يتقيد بمقدار معين، فكما أن للمرأة أن لا ترضى عند النكاح إلا بصداق كثير، فكذا للزوج أن لا يرضى عند المخالعة إلا بالبذل الكثير⁴.

وربما لا يكون لطالبة الخلع ما تفتدي به نفسها، فقد جاءت امرأة مع زوجها إلى القاضي سعيد بن سليمان الغافقي-أحد قضاة قرطبة- تريد الانفصال منه، وكان ممتعا عن تطليقها، وطلب الزوج من القاضي أن يأمر زوجته بالإلتحاق بمنزله، فعبرت هذه الأخيرة عن كرهها للزوج بأن التصقت بالأرض وأبت أن تمشي معه شبرا، ثم قالت للقاضي: "بالله الذي لا إله إلا هو لئن صرفتني إليه لأقتلن نفسي وتكون مسؤولا عن دمي" فاقترح

¹- د/أحمد نياض شويدح، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج، نفس المرجع ، ص122.

²- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، ص618.

³- الإمام حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، ص309.

⁴- د/أحمد نياض شويدح، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج، المرجع السابق ص123.

القاضي حينئذ على الزوج مخالعة زوجته، فرفض بحجة أن لا مال عندها، فعرض القاضي دفع المال من جيبه فرفض الزوج.

وهذا كان سببا دفع الفقهاء لوضع قاعدة أجازوا فيها لشخص ثالث أن يتفق مع الزوج على مخالعة زوجته على أن يدفع هذا الشخص بدل الخلع للزوج، ولقد وضع المالكية شرطا وهو أن يقصد الأجنبي بفعله هذا تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، فإذا قصد الإضرار بالزوجة والحاق السوء بها، فإن الخلع لا يصح⁴.

الفرع الثاني: نوع العوض.

سننتاول في هذه المسألة من البحث دراسة ما يصح أن يكون عوضا في الخلع أي نوع العوض، والقاعدة في هذا الصدد أن كل ما جاز أن يكون صداقا، جاز أن يكون عوضا في الخلع، وذلك لعموم قوله تعالى: "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ" فكل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون بدلا للخلع والعكس غير صحيح، فليس كل ما يصح أن يكون بدلا في الخلع يصح أن يكون مهرا¹.

وترتكز هذه المسألة على مجموعة من المسائل الفرعية ينبغي التعرض إليها وتتعلق أساسا حول مدى إمكانية الخلع بعوض مجهول (أولا)، وبعوض غير متقوم (ثانيا)، أو غير مقدور على تسليمه (ثالثا)، وقد يكون مقابل الخلع في شكل التزام من قبل الزوجة، كالتزامها بإرضاع الولد مدة معينة والإنفاق عليه (رابعا)، كما قد يحصل أن يكون مقابل تحرر الزوجة من عقدة النكاح تنازلها عن بعض الحقوق الشخصية المتعلقة بها كنفقتها ومهرها (خامسا) أو تنازلها عن بعض الحقوق المتعلقة بأطفالها كحق الحضانة (سادسا).

¹ أمير محمد مطاوع، الخلع بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 177.

أولاً: حكم الخلع بالبعوض المجهول.

اختلف الفقهاء في صحة الخلع على عوض مجهول، وظهر في هذا الصدد اتجاهين يرى الأول صحة الخلع بعوض مجهول (1) والثاني لا يجيز الخلع بعوض مجهول (2) ولكل رأي حججه وأدلته:

1- الإتجاه القائل بصحة الخلع بعوض مجهول:

يرى هذا الاتجاه أن الخلع بعوض مجهول جائز، سواء كان المجهول موجوداً حال الخلع أم غير موجود. وبهذا قال جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة¹.

وقد جاء في مدونة الإمام مالك ما يفيد ذلك، لأن الإمام مالك قال في رجل يخالع امرأته على ثمر لم يبد صلاحه أن ذلك جائز ويكون له الثمرة².

والحجة لما ذهب إليه الإمام مالك عموم قوله تعالى: "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"، ومن جهة القياس أنه مما يملك بالهبة والوصية، جاز أن يكون عوضاً في الخلع كالمعلوم، وأيضاً لأن الخلع طلاق والطلاق يصح بغير عوض أصلاً³.

كما استدلوا على جواز الخلع بالبعوض المجهول بحجة أخرى مفادها أن الخلع طلاق وفيه معنى الإسقاط، لأنه يؤدي إلى سقوط حق الزوج في المتعة، والإسقاطات تدخلها المسامحة، ولذا جازت من غير عوض، وإذا جازت من غير عوض، جازت معه جهالته إذ أنها ليست أدنى حالة من عدمه، فصح الخلع مع جهالة البذل⁴.

¹- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص131.

²- المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص161.

³- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، نفس المرجع، ص132.

⁴- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، ص223.

ولقد اختلف الفقهاء فيما بعد فيما يلزم أن يكون بدلا عند جهالة العوض، فقال الشافعية يجب الرجوع إلى مهر المثل عند جهالة العوض، وقال الأئمة الثلاثة: أن الزوجة في هذه الحالة تلتزم بما التزمت به من بدل مجهول، فإن وجد دفعته إلى زوجها¹.

2- الإتجاه الذي لا يجيز الخلع بعوض مجهول:

قال بهذا الإتجاه الظاهرية وأبو بكر من الحنابلة وأبو ثور، فقال أبو بكر: "لا يصح الخلع على عوض مجهول" وقال أبو ثور: "الخلع بالمجهول باطل"².

وقد استدلت أصحاب هذا القول، بأن الخلع معاوضة، والمعاوضات تفسدها جهالة العوض، لذلك كان الخلع فاسدا عند جهالة العوض كالبيع.

وأن قولهم: "أن الخلع يعتبر عقد معاوضة" يرد عليه بأن الخلع عقد معاوضة غير محضة والعقود التي لا يتمحض فيها العوض تصح مع كونه مجهولا، لذلك فإن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، لقوة أدلتهم³.

ثانيا: العوض غير المتقوم.

إذا خالع الرجل امرأته على عوض يظنه مالا متقوماً فظهر غير متقوم، كأن يخالعها على خل، فظهر خمرًا، يرى الحنابلة والشافعية بأن الخلع في هذه الحالة صحيح، لأن الخلع معاوضة بالبضع، فلا يفسد بفساد العوض، كالنكاح، ويرجع عليها بمثله خلا.

وقال الشافعي يرجع بمهر المثل⁴.

¹ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص182.

² عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص197.

³ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص188.

⁴ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمة المفتين، الجزء السابع، المرجع السابق، ص391.

أما الحنفية فقد ورد في رد المختار على الدر المختار "ولو سمت حلالاً-أي في عوض الخلع- كهذا الخل، فإذا هو خمر رجع الزوج بالمهر إن كانت الزوجة قد أخذته وإلا سقط عنه"، وعند أبي يوسف ومحمد يجب مثله من خل وسط، لأنه صار مغروراً من جهتها بتسمية المال¹.

ثالثاً: العوض إذا كان غير مقدور على تسليمه.

صورته كالخلع على الجمل الشارد والفرس التائه، ولقد اتفق الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة على جواز الخلع في هذه الحالة، إلا أنهم اختلفوا فيما يكون للزوج من عوض على الوجه الآتي:

-قال الحنفية: على الزوجة أن تسلم للزوج عينه إن استطاعت، وإن عجزت فعليها قيمته ولا تبرأ من الضمان.

-قال المالكية: إن استطاعت سلمت المطلوب له، وإلا فلا شيء عليها ويقع الطلاق بائناً.

-قال الشافعية: يرجع الزوج عليها بمهر المثل إذا لم تقدر على تسليم المطلوب له.

-أما الحنابلة فقالوا بأنه: إن استطاعت سلمت المطلوب له، وإلا وجب عليها إرضاءه فإن تراضيا وجب له عليها أن تعطيه أقل ما يتناوله العوض المطلوب².

رابعاً: الخلع على إرضاع الولد وحضانه ونفقتة.

يصح الخلع أيضاً عند الحنابلة على إرضاع ولده مطلقاً دون تحديد المدة وينصرف إلى ما بقي من الحولين³، لأن الله تعالى قيّد الرضاعة بالحولين، فقال تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ

¹ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، الجزء الثالث، ص446.

² عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع نفسه، ص192.

³ ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، الجزء الخامس، ص762.

يُرْضِعَنَّ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ¹، وقال النبي صل الله عليه وسلم: "لا رضاع بعد فصال"².

فإذا لم تتم الرضاعة لوفاة الطفل أو وفاتها أو لامتناعها ففيه تفصيل المذاهب:

أ- الحنفية:

إذا مات الولد الذي جرى الخلع على إرضاعه قبل أن ترضعه، رجع عليها بقيمة الرضاع للمدة المتفق عليها، أما إن مات الولد في بعض المدة المتفق عليها، رجع عليها بقيمة ما بقي من المدة.

أما إذا ماتت المرضعة المختلعة قبل إكمال مدة الرضاعة، رجع الزوج المخالغ على تركتها بقيمة ما بقي من المدة المتفق عليها³.

ب- المالكية:

إذا مات الولد قبل الحولين سقط ما بقي من أجره الرضاع، فلا يرجع عليها أبوه بشيء ما لم تكن عادتهم الرجوع، فإن له مطالبتها بالباقي، أما إذا ماتت أو جف لبنها فعليها مقدار ما بقي من أجره رضاعه، ويؤخذ من تركتها إذا كانت قد ماتت⁴، فنفقة الولد في مالها، لأنه حق لها ثابت فيه قبل موتها، فلا يسقط بموتها⁵.

¹- الآية 233 من سورة البقرة.

²- د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص7029.

³- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص199.

⁴- عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص1037.

⁵- أبو عبد الله محمد ابن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الأول، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص132.

ج- الحنابلة:

إن مات الولد رجع بأجرة باقي المدة من أجرة الرضاع، في هذا المذهب، وقيل يرجع بأجرة المثل، أما إن ماتت المختلعة المرضعة أو جف لبنها رجع المخالعبأجرة المثل لباقي المدة¹.

د- الشافعية:

إذا مات الولد فهناك قولان: الأول يسقط الرضاع ويرجع إلى مهر المثل، والثاني لا يسقط الرضاع بل يأتيها بولد آخر لترضعه لأن المنفعة باقية، فإن لم يأتي بولد آخر حتى مضت المدة، فلا يرجع عليها بشيء في أحد القولين في المذهب، وفي قول آخر يرجع عليها بمهر المثل وبأجور الرضاع، أما إذا ماتت المختلعة، فهو كالعين إذا هلك قبل القبض².

ويجوز أن يكون بدل الخلع نفقة إبنه الصغير منها، كقوله لها: "خالعتك على أن تنفقي على إبنني حتى يبلغ سبع سنين"، فنقول: "قبلت" فيلزمها الإنفاق عليه في المدة المحدودة، فإذا لم تقم بالإنفاق بسبب وفاة الولد أو وفاتها أو امتناعها، كان له أن يرجع عليها بمثل نفقته في المدة أو ما بقي منها³، وتؤخذ من تركتها في موتها، وإن أعسرت أنفق الزوج عليها ويرجع بالنفقة إن أسرت⁴.

ويجوز أن يكون بدل الخلع حضانة إبنه مدة حضانته بلا أجر، لأن حضانتها للصغير في مدة الحضانة منفعة متقومه يستحق في مقابلها المال كرضاعه⁵.

¹ منصور ابن يونس ابن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، ص221.

² د/عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص203.

³ د/إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص196.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص7031.

⁵ د/إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص196.

وقال الشافعي: "لا يصح الإتفاق حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه، ويكون المبلغ معلوما مضبوطا بالصفة كالمسلم فيه"¹.

ومبنى الخلاف يدور حول مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته، فالشافعية يوجبون تعيين الأجرة، بينما الجمهور فإنهم لم يوجبوا تعيين الأجر للعرف واستحسان المسلمين. وإذا لم تقم بحضانتها لوفاته أو وفاتها أو امتناعها رجع عليها بقيمة الحضانة في المدة أو فيما بقي منها².

ولو اختلعت المرأة على أن تمسك الولد إلى وقت البلوغ، صح الخلع إذا كان الولد أنثى، أما الإبن فلا يصح، لأنه يختلج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم، فإذا طال مكثه عند الأم تخلق بأخلاق النساء³، في حين أجاز المالكية اشتراط بقاء الإبن مع الأم إلى البلوغ، لأن مدة حضانة الإبن عندهم إلى البلوغ، والبنت إلى أن تتزوج ويدخل الزوج بها⁴.

خامسا: نفقة المختلعة ومهرها كمقابل للخلع.

يصح أن يكون العوض في الخلع نفقة ماضية وجبت للزوجة في ذمة زوجها، كما يصح أن يكون العوض نفقة المختلعة في العدة، وبهذا صرح الفقهاء، فقد أجاز الحنفية الخلع على نفقة العدة والمتعة، ولكن يشترط لإسقاط النفقة أن ينص عليها في الخلع، وذلك لأن الخلع يسقط عن الزوجين حقوق الزوجية الثابتة لكل منهما وقت الخلع، أما جعل النفقة عوضا عن الخلع، فإنه يصح لأن الخلع سببا في وجوب العدة والنفقة عوضا يستوفيه

¹ - إبن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المغني ، الجزء السابع، المرجع السابق، ص262.

² - د/وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص7030.

³ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص396.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص7030.

شيئاً فشيئاً، أما المتعة فإنها تسقط بدون ذكر، وهذا ما صرح به الشافعية كذلك فيصبح الخلع عندهم على نفقة العدة والحضانة ونحوهما لأنه مال مقصود يصح به الخلع.

أما إذا خالعت على السكنى فإنها لا تسقط وذلك لأنها ملزمة شرعاً بالسكنى في البيت الذي طلقت فيه، وإذا سكنت في غيره ارتكبت معصية وحينئذ تكون السكنى حق الشرع، فلا يصح إسقاطها¹.

ويصح الخلع عند المالكية بنفقة الحمل-أي بنفقتها على نفسها مدة حملها- إن كان حملاً أي على تقدير وجوده، أما إذا كان الخلع على نفقة ما تلده من الحمل، فلها نفقة فترة الحمل، لأنهما حقان أسقطت أحدهما عنه في نظير الخلع فيبقى الآخر².

كما يصح الخلع على المهر (المؤجل) فهو يصلح أن يكون عوضاً في الخلع لأنه دين في ذمة الزوج والدين مال حكمي أي له حكم المال³.

سادساً: إسقاط الحضانة كمقابل للخلع.

أجاز المالكية الخلع على إسقاط الحضانة، فإذا قالت له: "خالعني على إسقاط حقي في حضانة ولدي منك" فقال: خالعتك على ذلك، فإنه يصح وتبين منه ويسقط حقها في الحضانة وينتقل إلى الأب، ولو كان هناك من يستحقه غيره، ولكن يشترط أن لا يخشى على الولد المحضون ضرر بمفارقة أمه، أو يكون الأب لا يستطيع حضانته، وإلا وقع الطلاق ولا تسقط الحضانة بالاتفاق، وبعضهم يقول إذا خالعت على إسقاط حضانتها لا تنتقل الحضانة للأب ولكن تنتقل لمن لها حق الحضانة بعد الأم، وهذا هو الذي عليه

¹ عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص1035.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص203.

³ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص199.

العمل وإذا كان الأول وهو انتقاله إلى الأب هو المشهور، وإذا خالعه على إسقاط الحضانة ومات الأب، فهل تعود الحضانة للأم أم لا؟ الجواب أنها تعود للأم¹.

كما قال الحنفية أن الخلع على إسقاط الحضانة جائز، ولكن لا يسقط حق الأم في الحضانة لأن هذا الحق للولد فلاتملك الأم التنازل عنه².

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مسألة العوض.

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى العوض في الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، والتي نصت على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي.

وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، وإن المتأمل لنص 54 السالفة الذكر، يرى موافقتها لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فقد ترك ذلك لتراضي الزوجين سواء كان العوض مثل مقدار المهر أو أقل أو أكثر، أما في حالة عدم الإتفاق، فقد أعطيت السلطة التقديرية في ذلك للقاضي على أن لا يتجاوز ما يحكم به صداق المثل وقت صدور الحكم³.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد شروطاً خاصة يجب توافرها في عوض الخلع في حين أن هذا الأمر مهم جداً وقد يكون فيه تلاعب ومساس بحقوق ثابتة خاصة بحضانة ونفقة الأبناء⁴.

¹ عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص1037.

² د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص7031.

³ سليمان نصر وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري-دار الهدى-، الجزائر، سنة 2003، ص154.

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص269.

وهذا يدفع بنا لمعالجة نقطة جد حساسة والتي كانت محل نقاش بين الفقهاء ورجال القانون والقضاء وهي ما مدى صحة التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات المقارنة؟.

ولقد ظهر في هذا الصدد اتجاهين أساسيين، حيث يرى البعض صحة الخلع وبطلان المقابل المتمثل في التنازل عن الحضانة لتعلقه بحق الغير ومساسه بمسألة تخرج عن إرادة الأشخاص وتخضع للنظام العام، بينما يرى فريق آخر أنه لا يجوز الخلع على أن تنتازل الزوجة عن حضانة ولدها، ودعموا رأيهم بحجة مشتقة من مبدأ مصلحة المحضون ومضمونها "أن حق الحضانة هو حق الولد وبقائه عند أمه انفع له فضلا على أنه ليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه"¹.

أما من زاوية القانون، فتتجه مختلف القوانين العربية إلى تأييد الرأي الأول، فقد جاء في المادة 103 من قانون الأحوال الشخصية السوري: "إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة، صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه" كذلك جاء في المادة 20 الفقرة الثالثة من قانون رقم 01 لسنة 2000 بأنه: "لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم"².

أما بالنسبة لقوانين المغرب العربي، فإنها لم تسلك نفس المسلك بشأن مدى صحة التنازل عن الحضانة مقابل الاختلاع، ففي تونس سكت المشرع عن هذه المسألة بدلالة أنه لا يعترف بالخلع كحالة من حالات الطلاق. وفي المغرب يمكن استخلاص موقف المشرع

¹ زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، عدد 02، سنة 2003، ص 14.

² زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، سنة 2004/2005، ص 484.

من خلال المادتين 119/118 الفقرة الأولى من مدونة الأسرة اللتان تتصان على الترتيب: "كل ما صح الالتزام به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة"¹.

إن النص الأول إذا أخذنا به بمعزل عن الثاني نقول أنه لم ينف التنازل عن الحضانة كمقابل للاختلاع، لاستعمال عبارة "شرعا" لتحديد بدل الخلع، ولكن بالانتقال للنص الثاني نجد عكس ذلك حيث حسمت المدونة موقفها بعدم جواز الإختلاع بالتنازل عن الحضانة.

أما المشرع الجزائري، فلم يتناول هذه المسألة في المواد المتعلقة بالحضانة، ومع ذلك يمكن أن نستخلص حكمها من الفقرة الأولى من المادة 54 المعدلة والتي نصت على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي...". ويستشف من هذا النص أنه لا يجوز في التشريع الجزائري أن يكون التنازل عن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بأمر شخصية لا مادية للطلاق، ولأن كلمة "المال" الواردة في نص المادة المذكورة تؤكد أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مالا، ومن ثم كل ما لا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل الخلع².

*المطلب الثالث: صيغة الخلع والمعوض.

بعد أن تعرضنا إلى طرفا الخلع وهما الزوج والزوجة وإلى الركن الثاني وهو العوض، نستكمل البحث في أركان الخلع ونتعرض من خلال هذا المطلب إلى صيغة الخلع (الفرع الأول) والمعوض أو البضع (الفرع الثاني).

¹ المادة 119/118 من القانون رقم 70/03 (بمثابة مدونة الأسرة المغربية-المؤرخ في 12 من ذي الحجة الموافق ل3 فبراير 2004 (جريدة رسمية رقم 5184 الصادرة يوم 5 فبراير سنة 2004).

² زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة دراسة مقارنة، المرجع نفسه، ص485.

الفرع الأول: الصيغة.

ويراد بصيغة الخلع ما ينعقد به الخلع وذلك بإيجاب من أحد طرفي هذا العقد وقبول من الطرف الآخر، وصيغة العقد ما يتحقق به الإيجاب والقبول وهي صورته في الخارج التي يوجد بوجودها.

والصيغة في إنشاء العقود باللفظ وهذا هو الأصل، فإن تعذر اللفظ كالأخرس والخرساء، فالصيغة، أي الإيجاب والقبول أو أحدهما تكون بالإشارة.

وقد تكون صيغة العقد بالمعاطاة أي بأفعال يقوم بها أطراف العقد أو أحدهما، فهل تصح صيغة الخلع بالمعاطاة؟. وهذا ما نبينه (أولاً) كما يشترط الفقهاء مجموعة من الشروط في الصيغة، ولهذا سنتعرض لموقف كل مذهب من المذاهب على حدى (ثانياً) وفي الأخير نتعرض لموقف المشرع الجزائري (ثالثاً).

أولاً: صيغة الخلع بالمعاطاة.

اختلف الفقهاء في صحة إيقاع الخلع بالمعاطاة، بأن تقوم الزوجة بفعل معين يدل على إرادتها في إيقاع الخلع ويعتبر ذلك منها إيجاباً، ويقوم الزوج بما يدل على قبوله كأن يتسلم المال منها ولايمنعها من الخروج من بيت الزوجية¹.

وفي هذه المسألة يوجد اتجاهين، إتجاه يرى جواز الخلع بالمعاطاة(1) والثاني لا يجيز عقد الخلع بالمعاطاة (2) وسنتعرض لكل قول وأدلته.

1- الإتجاه الذي يرى جواز الخلع بالمعاطاة:

وبهذا صرح المالكية وبعض الحنابلة والزيدية على ما يستفاد من أقوالهم، فقد جاء في الشرح الصغير للدردير في فقه المالكية: "وكتفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق إن

¹ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع ، ص165.

جرى بها عرف، كان يجري عرفهم بأنها متى دفعت له إسورتها أو عقدها فأخذه وانصرفت كان ذلك خلعا، ومثله قيام قرينة¹.

ولقد استدل أصحاب هذا القول بالعرف وهذا واضح من قول المالكية، لأنهم قالوا بجواز الخلع بالمعاطاة على جريان العرف بذلك.

كما استدل من قال بهذا القول من الحنابلة بما رواه إسحاق ابن منصور قال: "قلت لأحمد كيف الخلع؟ قال: إذا أخذ المال فهي فرقة وفي قصة خلع زوجة ثابت ابن قيس جاء فيها قول النبي صل الله عليه وسلم لها: "أتردين عليه حديقته" قالت: "نعم" ففرق النبي صل الله عليه وسلم بينهما وقال: "خذ ما أعطيتها ولا تزداد". ولم يستدعي منه لفظا².

2- الاتجاه الذي لا يجيز عقد الخلع بالمعاطاة:

وهو قول الشافعية والحنابلة، فقد جاء في كشاف القناع في فقه الحنابلة "ولا يصح الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج"³.

ولقد استدل أصحاب الرأي القائل بمنع الخلع بالمعاطاة بالآتي:

1- إن الخلع تصرف في البضع-أي في رفع قيد النكاح- بعوض فلم يصح بدون اللفظ كعقد النكاح وإيقاع الطلاق.

2-أخذ المال قبض لعوض، فلم يقد بمجرد مقام الإيجاب، كقبض أحد العوضين في البيع.

¹ الدردير أبي البركات أحمد بن محمد، شرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص446.

² عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص166.

³ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، ص219.

3- أما حديث قصة خلع جميلة امرأه ثابت بن قيس فقد رواه البخاري: "إقبل الحديقة وطلقها تطليقة" وهذا صريح في اعتبار اللفظ¹.

والراجح قول المانعين من صحة الخلع بالمعاطاة لما استدلوا به، وعليه لا بد في الخلع من صيغة، فلا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالا وتخرج من داره بدون ان يقول لها "اختلعي على كذا" فيقول لها: "خالعتك على ذلك" فالإيجاب والقبول بالقول لا بد منه أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع وإن نوى به الطلاق أو كان به الطلاق متعارفا².

ثانيا: الموقف الفقهي من صيغة الخلع وشروطها.

وفي صيغة الخلع وشروطها نتعرض لتفصيل المذاهب:

أ- الحنفية:

يرى الحنفية أن الخلع يعتمد أساسا على الرضا كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج ولاية إيقاع الطلاق ولها ولاية التزام بالعوض³.

فبعد أن حدد الأحناف ألفاظ الخلع، واشتروا أن تكون الزوجة عالمة ومدركة لهذه الألفاظ، فإذا كانت لا تفهم معناها، فإن الخلع غير صحيح. ولا يصح للزوج الرجوع في الخلع، لأنه بالنسبة للزوج يمين، وكذلك لا يملك فسخه ولا نهيا المرأة عن قبوله، وله أن يعلقه على شرط ويضيفه إلى وقت كما بيناه سابقا، أما الخلع بالنسبة للمرأة فهو بمثابة معاوضة، لأنها تعطي الرجل مالا له في نظير الطلاق، وعليه يحق لها أن ترجع عنه إن قبل الزوج⁴.

¹ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، نفس المرجع، ص 219.

² أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 230.

³ أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، نفس المرجع، ص 230.

⁴ عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 1041.

ويشترط الحنفية مطابقة الإيجاب بالقبول دون فاصل كلامي أو زمني طويل، فإن قال لها: "أنت طالق أربعاً بثلاثمائة، فقالت: "قبلت ثلاثاً" لم تطلق، لأنه علق الخلع على قبولها الأربع، فإذا قبلت ثلاثاً لن يتحقق المعلق عليه، وهو قبولها الأربع.

كما يشترط مطابقة الإيجاب والقبول فيما يتعلق بالعوض، فإذا بدأ الزوج فقال لها: "طلقني نفسك ثلاثاً بألف"، فطلقت نفسها واحدة، فإنه لا يقع شيء، لأن الخلع يمين معلق على قبول المرأة إذا بدأ به الرجل، وإن المعلق على القبول هو طلاقها ثلاثاً، فإذا طلقت نفسها واحدة، فإنها لم تقبل اليمين المعلق فلا يقع به شيء بخلاف ما إذا كانت هي البائدة فإنه من جهتها معاوضة، فإذا عرضت عليه ثلاثاً بألف وطلقها واحدة بألف، فإنها تبيّن منه بثلاث الألف، وأن الإيجاب يبطل بالرفض الصريح أو الرفض الضمني دلالة بالإعراض عنه أو القيام من مجلس¹.

ب- المالكية:

قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن تكون لفظاً بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحاً أو كناية فإذا كان فعل يدل على الطلاق بدون النطق، فإنه لا يقع به الطلاق، إلا إذا جرى به العرف أو قامت قرينة.

الشرط الثاني: أن يكون القبول في المجلس إلا إذا علقه الزوج بأداء أو قبض، فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس، فإذا قال لها: "إن أقبضتني عشرين ديناراً فأنت طالق"، فإنه لها إن قبضه بعد المجلس ومتى فعلت بانتهائه، إلا إذا طال الزمن بعد الإنصراف عن المجلس بحيث تمكث مدة يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها، على

¹ عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، نفس المرجع، ص1042.

أنه إذا قامت قرينة على الزوج يريد أن تُقبضه في المجلس، فإنه يعمل بها بحيث لو قامت من المجلس بطل الخلع، فلا تملك طلاق نفسها بالبدل.

الشرط الثالث: أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال، فإذا قال لها: "طلقتك ثلاثا بألف"، فقالت قبلتها واحدة بثلاث الألف لم يلزمه الطلاق، وهذا خلاف ما إذا قالت له: "طلقني ثلاثا بألف" فطلقها واحدة بألف، فإن الطلاق ينفذ والعوض يلزم.

ج- الشافية:

قالوا أن صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية واشتروا في الخلع جملة من الشروط وهي:

- 1- أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين.
- 2- أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق، فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه فإنه لا يصح.
- 3- أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام وأن يتفق الإيجاب مع القبول، فإذا قال لها: "طلقتك بألف" فقالت: "قبلت واحدة بألف" فإن الثلاث تقع بألف، فإنه وإن لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق، ولكن وافقه في المال¹.

د- الحنابلة:

قالوا يشترط في صيغة الخلع الشروط التالية:

- 1- أن تكون لفظا، فلا يصح الخلع بالمعاطاة ولو نوى به الطلاق، بل لا بد فيه من إيجاب وقبول.

¹ نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1999-2000، ص174.

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

3- أن لا يضيف الخلع إلى جزء منها، إذا قال لها: "خالعتك يدك أو رجلك بكذا" وقبلت كان لغوا.

4- أن لا يعلقه على شرط، فإذا قال لها: "إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماه، وإذا اجتمع شرط مع الخلع، فإن الخلع يصح والشرط يبطل¹.

ثالثا: الموقف التشريعي.

لم يتعرض المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة لمسألة الصيغة وشروطها تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص: "كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية"، غير أن الحديث عن صيغة الخلع أصبح لا جدوى منه بعد أن أهمل التعديل الجديد إرادة الزوج وأغفلها بمنحه للزوجة الحق في مخالعة زوجها دون موافقته، فلا يستدعي الأمر القبول منه.

ولم يقر التعديل الجديد تغييب إرادة الزوج في مسألة الخلع، وإنما أقر تغييبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع، حيث ترك أمر تقديره في حالة عدم الإتفاق للقاضي يفصل فيه بناء على سلطته التقديرية، وعليه فلا حاجة لمجلس العقد ولا أي إيجاب للزوجة في مخالعتها ولا أي قبول للزوج².

¹ عبد الرحمان محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، نفس المرجع، ص1042.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-سلسلة تبسيط القوانين دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2009، ص130.

الفرع الثاني: المعوض أو البضع.

المعوض وهو البضع ويشترط فيه أن يكون مملوكا للزوج، وبناءا على ذلك يشترط أن تكون المرأة زوجته شرعا، وهذا الشرط معقول، لأن الغرض من الخلع هو خلاصها من قيد الزوجية، وهذا القيد إنما يكون في النكاح الصحيح، حيث تكون الزوجة شرعية¹.

وعليه فلا حاجة للخلع في النكاح الفاسد، لأن المرأة فيه لا تعتبر زوجة شرعية ولا طرفا في رابطة زواج شرعية-يحتاج لقطعها الطلاق أو المخالعة- فهي رابطة واجبة الانفصال بحكم الشرع ولا يملك فيها الرجل حق الحبس على المرأة، ولا حق الطلاق عليها فلا حاجة للمرأة أن تقتدي نفسها وتقطع الرابطة الزوجية عن طريق الخلع².

وسنتناول في هذا الفرع مسألتين فرعيتين، نخصص الأولى لخلع المعتدة (أولا) والثانية لخلع غير المدخول بها (ثانيا).

أولا: خلع المعتدة.

إن المعتدة لا تخلو من أن تكون معتدة من طلاق بائن أو رجعي، فبالنسبة للمعتدة من طلاق بائن اتفق الجمهور على أن خلع المعتدة من طلاق بائن هو مجرد طلاق لا يجب به العوض، لأن المقصود من الخلع هو بذل المال من الزوجة لتملك عصمتها وبما أنها قد ملكت عصمتها بالطلاق البائن السابق عليه وزالت به أسباب الزوجية، فلا يصح أن تدفع مالا فيما هو واقع فعلا، ويجب على الزوج رده لها إن كان قد أخذه.

وذهبوا كذلك إلى القول بصحة خلع المعتدة من طلاق رجعي، لكونها لا زالت في حكم الزوجة في الكثير من الأحكام، وبما أن الزوج بإمكانه إرجاعها إليه فقد صح منها بذل المال عوضا لخلعها.

¹ جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص84.

² عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص140.

وقد خالف بعض الشافعية رأي الجمهور، وقالوا بعدم صحة المعتدة من طلاق رجعي لعدم الحاجة إلى الافتداء لما أمرها إلى البيونة بانقضاء عدتها، لكنه قول ضعيف والأصح عندهم هو القول الأول، وهو القول الراجح لأن المطلقة طلاقا رجعيا لازالت تعتبر زوجة في عصمة زوجها الذي بإمكانه أن يرجعها إلى عصمته، لأجل ذلك فلا مانع أن تبذل هذه المطلقة الرجعية مالا عوضا عن طلاقها أو خلعها¹.

ثانيا: خلع الزوجة غير المدخول بها.

لقد أجاز الإمام مالك مدونته الخلع قبل البناء، وقال أنه لو تزوج رجل امرأة على مهر مائة دينار، فدفع إليها المائة وخالعه قبل البناء، فلا يمكن لها أن تتبعه بنصف المهر، لأنه لم يرض أن يخلي سبيلها حتى يأخذ منها، فكيف تتبعه؟ وذلك سواء نقدها أم لم ينقدها².

ولقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2006/06/14- خلافا لرأي الإمام مالك- بأن: "طلب الخلع بعد الدخول وليس قبل الدخول".

وجاء فيه ما يلي: ".حيث أن الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه وذلك لان طلب الخلع لا يمكن أن تطالب به قبل الدخول، بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول، وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض والإبطال.."³.

¹ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص190.

² المدونة الكبرى للإمام مالك، المرجع السابق، ص165.

³ المحكمة العليا، ملف رقم 258613، قرار بتاريخ 2006/06/14، قضية (ب-ح) ضد (ق-ل) مشار إليه في كتاب الأستاذ حسين طارهرري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية، دار الخلدونية الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص500.

خلاصة الفصل الأول:

نستخلص من خلال ما تعرضنا له:

أن المشرع الجزائري تبني الرأي القائل بان الخلع طلاق وليس فسخ وذلك من خلال المادة 54 الموجودة في الفصل الخاص بالطلاق، أما فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا حول الفرقة بين الزوجين بالخلع على رأيين: الرأي الأول يرى بان الخلع فسخ، أما الرأي الثاني فيرى أن الخلع طلاق بائن.

و إن المشرع الجزائري من خلال المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري أن الخلع حق شخصي من طرف الزوجة في فك الرابطة الزوجية لأنه يعتبر الخلع عقد معاوضة، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فاعتبروا الخلع عقد رضائي ويجب فيه الرضائية بين الزوجين.

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 دعاوي 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 (كفرع أول) وكيفية رفع دعوى الخلع (كفرع ثاني).

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة في دعوى الخلع.

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

أولاً: الاختصاص المحلي.

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

والاختصاص المحلي ليس من النظام العام¹. ومن ثم يجوز للزوجين الاتفاق على ان يحل خلافهما إما المحكمة الأقرب أو التي يختارونها بإرادتهما، وفي هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواتهما لعدم الاختصاص المحلي².

ثانيا: الاختصاص النوعي.

تقام دعوى الخلع أما 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 انه طلاق حسب قانون الأسرة الجزائري، فان 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 والإدارية³.

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 إرجع 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 أبريل 2008.

² يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، الطبعة 2011، دار هومة، الجزائر، ص56.

³ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص56.

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 ، 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 فيها¹: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون" فالنيابة العامة هدفها السهر على تطبيق القانون، فلا تتحاز لأمر طرف وقد جرى الفقه على تسمية النيابة العامة عندما تعمل أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة بالطرف المنظم، والبيانات اللازمة في العريضة هي اسم ولقب ومهنة وموطن المدعي عليه (الزوج)، وكذلك ذكر الجهة القضائية المختصة والقسم، وان تتضمن الوقائع والأسباب وتختتم 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 وإثبات أيضا صفتها وفق نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

2- رفع الدعوى بواسطة تصريح شفهي أمام المحكمة، وهنا يتولى كاتب الضغط 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، ثم تقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة³.

¹ يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 57.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 342.

³ عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل -، الطبعة الرابعة-دار هومة، 2010، ص 117.

كما أن المحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه، بحيث دعوى الخلع لا بد أن ترفع بدعوى مستقلة، بحيث لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق طلب مقابل ما لم يوافق الزوج على ذلك ودون قيد أو شرط وهذا لما جاء في قرار المحكمة العليا 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 الزوجة بغية الشمل أنها قابلت طلبه بالرفض وطالبت خلعها مقابل عشرة آلاف دينار على أساس الهجر في المضجع وعدم الاتفاق إلى ما سبق ذكره فإن المحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه و إذا كانت المطعون ضدها تدعي ضرراً أو تروم إلى طلب الخلع أن تتخذ ما تراه مناسباً.

ومن ثم يكون القاضي الأول لما استجاب لطلب المطعون ضدها الخلع بمجرد طلب مقابل قد اضر بالطاعن وخالف القانون مما يجعل هذين الوجهين مؤسسين مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه¹.

وجاء في قرار 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 ضرراً أو تسعى لطلب الخلع أن تتخذ ما تراه مناسباً.

حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى ضد المطعون ضدها-بصفتها زوجته طالبا رجوعها إلى بيت الزوجية التي غادرت رفقة أهلها، وذلك

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

2006، ص 431.

دون قيد أو شرط بينما طالبت المطعون ضدها رفض طلباته وبالمقابل الحكم بتطبيقها للضرر مع الحقوق واحتياطيا طالبت الطلاق عن طريق الخلع وعرضت مبلغا مقابل ذلك كما طالبت بحقوق أخرى.

وحيث انه 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، لان 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 فان هذا الوجه مؤسس وينجز عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الأوجه¹.

ثانيا: شروط قبول الدعوى.

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

كما نصت المادة 437 من نفس القانون على أن: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة". وانطلاقا من هذين النصين فان القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة أن يكون ذا صفة، بمعنى انه يجب أن يكون المدعي في دعوى الخلع هي الزوجة نفسها أو أحد ممثليها قانونا كالمحامي أو الولي أو الوصي، وفقا لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون ممثلا للزوج والمقصود هنا الزوجة طالبة الخلع وليها أو

¹ مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ 2011/09/15، ملف رقم 647108، العدد 01،

2012، ص 311.

مقدمها، والأمر كذلك بالنسبة للزوج المدعى عليه وان يكون المدعي متمتعاً بأهلية التقاضي، أي أن يكون بالغ سن الرشد المدني وهو 19 سنة طبقاً لنص المادة 40 من القانون المدني، متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه وفقاً للمادتين 42 و 44 من القانون المدني¹.

كما يشترط أيضاً في المدعي رافع الدعوى الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع، أي أن يهدف من الالتجاء إلى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة، والمصلحة القائمة أصلاً 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 أيضاً من تلقاء نفسه وجود إذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازماً.

يشترط أيضاً إلى جانب الشروط السابقة لقبول دعوى الخلع أمام المحكمة لا بد من تقديم نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية، فهي ضرورية لقبول الدعوى، فإن لم تقدم هذه النسخة التي تثبت قيام علاقة زوجية صحيحة، فإن المحكمة تقضي بعدم قبول الدعوى، فإذا توافرت هذه الشروط يلجأ المدعي وبالأحرى المدعية وهي الزوجة أو ممثلها القانوني إلى المحكمة التي يوجد مقر الزوجية ضمن دائرة اختصاصها. تقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة.

المطلب الثاني: كيفية تسيير الجلسة وإجراءات التحكيم والصلح في دعوى الخلع نتناول في هذا المطلب كيفية تسيير الجلسة من خلال الفرع الأول ثم بيان إجراءات التحكيم والصلح في الفرع الثاني.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 342.

الفرع الأول: كيفية تسيير الجلسة.

إن تسيير جلسة الأحوال الشخصية فهي عادية ولا تختلف عن الجلسات الأخرى والاختلاف 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 لذلك¹.

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 في دعواتهما، وعندئذ يتعين على الزوجين المتخاصمين حضور الجلسة في التاريخ المعين، إما بنفسهما أو بواسطة وليهما إذا كان كلاهما أو احدهما قاصرا أو محجورا عليه².

فعلى الزوجين الإدلاء بطلباتهم وادعاءاتهم، كما لهما تدعيم ادعاءاتهم بما لديهما من حجج من الأدلة المقرر قانونا.

أما إذا لم يحضر المدعي أو وليه في اليوم 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 أحد³.

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

¹- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 343.

²- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 352.

³- الغوثي بن ملح، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،

2008، ص 117.

الزوجين وهي الزوجة في دعوى الخلع بعرض طلباته من المحكمة مع إبراز الأدلة التي يعتمد عليها ثم يعطي القاضي الكلمة للمدعى عليه منهما ليقدم دفوعاته وحججه وأدلته المعاكسة، بعد ذلك يحيل القاضي الكلمة إلى محامي المدعي ثم محامي المدعى عليه قبل إقفال باب المرافعة، وفي حال عدم حضور المدعي أو ممثله القانوني يحكم القاضي بشطب الدعوى، أما في حالة عدم حضور المدعى عليه فيصدر في حقه حكما غيابيا، وإذا فعل ذلك دون إثبات أن المدعى عليه قد قدم تم تكليفه بالحضور وفقا للقانون وأنه قد بلغ تبليغا صحيحا وتغيب دون عذر مقبول، فإن حكمه الغيابي سيكون مخالفا للقانون ومعرضا حتما للإلغاء¹.

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 مدة ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

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

تسجيل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، مع كاتب الضبط والطرفين.

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

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 352. عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 118.

كما نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 على الصلح في المواد 439 إلى 449، ونص على أن اجراءات الصلح في مادة الأحوال الشخصية وجوبي وإلزامي¹.

كما يتضح من نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري سالفه الذكر على أن سياسة المشرع الجزائري في تقييد الحق في الطلاق، وما على القاضي إلا أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة رئيس كتاب الضبط، وذلك بمجرد تسجيل الدعوى وطرحها عليه، وان يعين لهما جلسة صلح خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما تجاه الآخر، وذلك حتى يحاول خلالها إظهار مساوئ الفرقة من اجل إقناع طالبة الخلع بالرجوع عن التفكير في الخلع والعودة إلى حياة المودة والوئام على شرط أن لا تتجاوز مدة محاولات الصلح ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى بالخلع، لكن إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات محاولات الصلح دون عذر فان ذلك يعتبر امتناعا متعمدا ورفضاً ضمنيا لمحاولات الصلح، ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار ويعفيه من تجديد محاولات الصلح ويعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة، فيحرر محضرا بفسلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر لأنه عندما تفشل محاولاته بالصلح ينتقل بالضرورة إلى الحكم بالخلع².

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 23/10/1997 الذي جاء فيه أن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات تجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور احدهما، لان المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة الصلح بثلاثة أشهر³.

¹- أحمد شامي، مرجع سابق، ص268.

²- أحمد شامي، مرجع سابق، ص271-272.

³- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 23/10/1997، ملف رقم 174132 قبل تعديل القانون رقم

11/84 المتعلق بقانون الأسرة.

كما أن المشرع في نص المادة 49 من قانون الأسرة يلزم القاضي بتحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج ايجابية أم سلبية، فإذا كانت ايجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها وإذا كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح فشلت ويمكن أن يشير إلى أسباب فشلها وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي و أمين الضبط والزوجين، لكن ما يعاب هذه المادة أنها لم تنص على وجوب وإلزام إجراء محاولات الصلح¹.

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

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

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

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

"بدعوى أن قاضي الدرجة الأولى أجرى محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح، لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30 تمسك فيه الزوجان بمطالبهما وبالتالي فإن الأجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة ثم استنفاذه ولا

¹- أحمد شامي، مرجع سابق، ص272.

يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض¹.

ثانياً: إجراءات التحكيم في دعوى الخلع.

نص المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 على: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين²."

1- توظيف الحكمين في الشقاق الزوجي:

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

القول الأول: إن المبعوثون في الشقاق بين الزوجين حاکمان يقضيان بين الزوجين بجمع أو فرقة، بعبوض أو بغير عبوض، من غير توكيل من الزوجين أو رضا منهما، ببحثهما أو بحكهما.

وهو قول أكثر المالكية، وقول الشافعية ورواية عند الحنابلة وابن تيمية في أحد القولين المنقولين عنه.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1- قوله تعالى: "إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا"³.

¹ مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، 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 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.

³ سورة النساء، الآية 35.

فسماهم الله -عز وجل- حكّمين ونصبهما للحكم بين الزوجين، ومكنهما منه، وللحكم في الشريعة الإسلامية اسم ومعنى، وللوكيل في الشريعة اسم ومعنى، والخطاب الوارد بالأحكام وتنفيذها ينصرف إلى الحكام والأئمة دون أهل الخصومات.

2- روى محمد بن سيرين عن عبيدة انه قال في هذه الآية: "إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا"¹.

قال " جاء رجل وامرأة إلى علي رضي الله عنه ومع كل واحد منهما فتام من الناس أمرهم علي رضي الله عنه فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، ثم قال للحكّمين تدریان 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 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 : تدریان ما عليكما؟ وإنما كان يقول: أتدریان بما وكلتما؟ ويسأل الزوجين ما قال لهما.

القول الثاني: أما المبعوثين وكيلان عن الزوجين، فلا يجوز بعثهما إلا برضاها وموافقتهما وليس لهما التفريق إلا برضاها وتوكيلهما، فيوكل الزوج حكمه-إن شاء- بطلاق.

وقبول عوض خلع، وتوكل الزوجة-إن شاءت- حكمها ببذل عوض خلع وقبول طلاق ثم يفعل الحكمان الأصلح من صلح أو تفريق إن رأياه صوابا.

وهو قول من المعقول: أن الزوجين راشدان والمال حقها والبضع حقه، فلا يجوز لغيرهما التصرف في ذلك إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما.

¹- سورة النساء ، الآية 35.

القول الثالث: إن المبعوثين بين الزوجين رسولان وشاهدان يرسلهما الحاكم ليصلحا بين الزوجين برضاهما وليعرفا حالهما: من الظالم منهما ومن المظلوم؟ ويخبرا الحاكم بما اطعاه عليه، ويشهدا بما ظهر لهما ، وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين.

وهو مذهب الحنفية، وقول ابن حزم، واحد قول ابن تيمية ، وهو قول بعض المالكية.
أدلة هذا القول:

1- قوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾¹.

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

2- الأثر المروي عن علي - رضي الله عنه- للحكمين:

" تدریان ما علیكما؟ علیكما إن رأیتما أن تجمعا أن تجمعا ، وإن رأیتما أن تفرقا أن تفرقا، قالت المرأة: رضیت بكتاب الله بما علي فيه ولي، وقال الرجل أما الفرقة فلا ، فقال رضي الله عنه: كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به".

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

القول الرابع: إن المبعوثين وكلهما الزوجان فهما وكيلان ينفذ تصرفهما فيما وكلا فيه مجتمعين أو منفردين حسب التوكيل، وان لو يوكلهما الزوجان فهما شاهدان

وهو قول الطبري وقول الصحاح من الحنفية واستدلوا بما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾².

¹- سورة النساء ، الآية 35.

²- سورة النساء ، الآية 35.

فقد أمر الله - عز وجل- بان يكون احد المبعوثين من أهل الزوجة، والآخر من أهل الزوج، فالذي من أهله وكيل عنه، والذي من أهلها وكيل عنها، فكأنه قال " فابعثوا رجلا من قبله ورجلا من قبلها، وتسميتهما حكيمين لا يعارض كونهما وكيلين، لأن الأصل قبول قولهما على الزوجين، ونفاذه عليهما بموجب توكيلهما، فكان لزوم قول الحكيمين للزوجين بمثابة الحكم، فسميا حكيمين من هذا الوجه، وحقيقتهما وكيلان¹.

2- تعيين الحكيمين في قانون الأسرة الجزائري:

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

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

ويشترط في الحكيمين أن يكونا رجلين عادلين من أهل الزوجين إذا أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقادر على الإصلاح بينهما، وعلى هذين الحكيمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين وان يبذلا جهدهما في الإصلاح، ولقد اوجب القانون على الحكيمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي عن مهمتهما في اجل شهرين.

فالقاضي يحكم على ضوء تقرير الحكيمين، ولا يشترط فيه أن يكون معللا كما يجوز له رفض التقرير وتعيين حكيمين آخرين كما أن قناعة الحكيمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا، وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن².

فإذا تم الصلح من طرف الحكيمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر آخر قابل لأي طعن طبقا لما جاء في نص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فان عجز عن الصلح حكم القاضي بالخلع الذي لا يلزم الزوجة إثبات الضرر

¹- عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، مرجع سابق، ص117.

²- بلحاج العربي، نفس المرجع ، ص 359.

عكس التطلاق الذي يتطلب إثبات الزوجة الضرر، كما أن المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكّمين تلقائياً إذا تبينت له صعوبة المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

3- دور الحكّمين:

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

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يجعل للحكّمين حق التفريق دون القاضي بل جعل الحق بناء على اقتراحهما وهذا فيه احتياط حيث يجعل القاضي فرصة لمناقشة الحكّمين في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية،¹ ومن ثم فهما يعتبران وسيطين وليس حكّمين. ومن المفترض أن تتلخص مهمة الحكّمين في ما يلي:

أ- أحوال الجمع بين الزوجين:

إذا حصل الشقاق بين الزوجين وبأن 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 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 ضرراً موجبا للتفريق بين الزوجين، بل يجمع بينهما.

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

الحالة الثانية: إذا أن سبب الشقاق من الزوجة وهو تخيب أهلها أو غيرهم:

الذي يحدث أحيانا أن يقوم أهل الزوجة من أم ونحوها أو غير أهلها بتخيبها 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 المشاقاة والمخاصمة غالى بغضاء حقيقية من الزوجة فتعامل في هذه الحالة معاملة الكارهة لزوجها ويجري ما يقتضيه الوجه الشرعي¹.

ب- أحوال التفرقة بين الزوجين:

يفرق بين الزوجين عند الشقاق في أحوال أبرزها ما يلي:

الحالة الأولى: إذا كانت الإساءة والمظلمة من الزوج:

و قد اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: إذا بأن 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.

¹- سليم سعدي، مرجع سابق، ص66.

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

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

- قوله تعالى: **"فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ"**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 صل الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، فذا ثبت ضرر الزوج وجب عليه إزالته فإذا تعين الطلاق سبيلا له وجب، وقرر الحكماء، فان امتنع منه الزوج استوفاه الحاكم لان من وجب عليه حق فامتنع عن أدائه استوفاه الحاكم.

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

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 مخالفة.

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

القول الثاني: إن الحكمين إذا رأيا صلاحا في التفريق بينهما على شيء يأخذانه منها للزوج، وإذا لم يفرقا بينهما وانتمناه على الزوجة. و به قال بعض المالكية.

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

القول الثالث: أنه إذا فقد الاتفاق والتالف وحسن التعاشر بين الزوجين ولو ظهر الظلم والإساءة والمخالفة من احدهما واو كانت الزوجة، فرق بينهما.

¹ سورة البقرة، الآية 229.

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

الترجيح: هو القول الثالث لما يلي:

- قوة ما علل به قائله.

- قوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ" فقد اوجب 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 اظلم فرق بينهما بخلع. كما انه احد قولين ابن تيمية عند سوء العشرة بين الزوجين، وألزم به بعض حكام الشام من الحنابلة¹.

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 المدلة بالأمر 02/05 ومن ثم جرد القاضي من أي سلطة في الاستجابة من عدمها لطلب الخلع وسوف نتعرف في هذا

¹ عبد الله بن محمد بن سعد الختین، مرجع سابق، ص 103.

المبحث إلى الحكم 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.

أولاً: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع.

نص المشرع الجزائري بأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وأنه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق إلا إذا صدر نص به حكم من القضاء، وأنه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق طبقاً للمادة 49 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم يتضح من تفسير العبارة إن 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، ويأتي تثبيته لأمر حصل من قبل¹.

ثانياً: أقسام الحكم الصادر في دعوى الخلع.

إن الحكم الصادر في مسائل الخلع لا بد أن يكون مسبب بأن تتمسك الزوجة بالخلع أثناء محاولات الصلح، ومعنى ذلك بيان ما إقترح القاضي بما قضي به وجعله يحكم بالخلع². وهذا الحكم الذي يصدر عادة ما ينقسم إلى قسمين هما:³

1- قسم الجانب الشخصي:

¹ الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 122.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 361.

³ سليم سعدي، المرجع السابق، ص 70.

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 في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

وهذا خلافا لما كان عليه الأمر قبل التعديل حيث كان الأطراف هم اللذان يسعيان إلى تسجيل حكم الطلاق بالحالة المدنية¹.

2- قسم الجانب المادي:

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

الفرع الثاني: طرق الطعن في الحكم القاضي بالخلع.

نصت المادة 57 من قانون الأسرة صراحة بأنه "تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية". وقبل التعديل بموجب الأمر رقم 02/05 فإن النص القديم كان ينص فقط على عدم جواز استئناف الأحكام الناطقة بالطلاق، فالمشروع الجزائري عمد إلى إزالة الغموض ونص على أن أحكام التطبيق 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 هدم أطالة الإجراءات إذ لا يعقل أن يتفق الزوجان على مسائل الخلع أو تخالع الزوجة نفسها ثم تستأنف الحكم².

¹- يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص56.

²- سليم سعدي، المرجع السابق، ص71.

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/03/20: "من المقرر قانوناً أن الأحكام الصادرة بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية وثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ مخالفاً للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم والقاضي بالطلاق بالخلع إلى الطلاق بتظلم الزوج قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذل لا يجوز إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون"¹.

يتضح من اجتهاد المحكمة العليا أنها كرست مبدأ أن أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية وهذا من عبارة أن: "قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم و القاضي بالطلاق بالخلع إلى الطلاق بتظلم الزوج قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون". وعليه وفقاً لقواعد الإجراءات المدنية والإدارية فإن القسم المتعلق بالجانب الشخصي من الحكم القاضي بالخلع قابل فقط للطعن أمام المحكمة العليا، والحكم الصادر في القسم المادي يقبل الاستئناف أمام المجلس والطعن أمام المحكمة العليا.

المطلب الثاني: آثار الحكم بالخلع.

لم يسر المشرع الجزائري في مواد قانون الأسرة إلى الآثار الناجمة عن التفريق بالخلع ولم يعرّها 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) والنزاع على متاع البيت (كفرع ثالث).

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/03/20، ملف رقم 72858، المجلة القضائية،

العدد 01 1993، نقلاً عن سليم سعدي، المرجع السابق، ص 71.

الفرع الأول: إلتزام الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية.

يترتب عن الخلع التزم في ذمة الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية لذا نتطرق إلى التزم الزوجة بدفع بدل الخلع (أولاً) ثم سقوط الحقوق الزوجية الناشئة قبل الخلع (ثانياً).
أولاً: التزم 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 وخالعه 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 المنفق عليه مقابل الخلع، أو ميراثه، أو ثلث تركتها ولو كانت وصية¹ وهذا وفقاً لنص المادة 180 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 يأخذ من التركة حسب الترتيب الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

وإذا لم يحدد بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل طبقاً 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 بغير عوض:

إذا كانت الإساءة من الزوج بان ظهر ظلمه لزوجته من غير سوء اقترفته ولم ترض بالمقام معه فرق بينهما من غير عوض.
قال بذلك المالكية، وابن حجر من الشافعية، وابن تيمية من الحنابلة وهو مقتصر ما ذكره الحنفية.

وهذا ظاهر لما يلي:

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 270.

قوله تعالى: "وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ" فإن الزوج إذا اضر بالزوجة وكان سببا في نشوزها عليه وطلبت فراقها منه من غير فاحشة اقتربها كأنه عضلها ظلما ، فلا مهر له.

و لأنه 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: انه "ضرب إمرأته، 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 اختلف 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 احدهما اظلم كان بجزء منه حسب حصة إساءته ثلثا أو ربعا وهكذا جعل الله للمطلقة قبل الدخول نصف المهر في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾² 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 إستحق الزوج نصف المهر لو طلق قبل الدخول فكذا يستحقه أو طلق عليه وكان هو الظالم.

¹ سورة النساء، الآية 19.

² سورة البقرة، الآية 237.

قال ابن تيمية: هذا يدل على أن المرأة إذا فسخت قبل الدخول فلها نصف الصداق، لان 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:

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:

القول الأول: إذا كانت الزوجة هي الظالمة بنشوز أو غيره وليس من الزوج ظلم أو إساءة فإن المهر في حال طلبت الزوجة الفرقة يتقرر كاملا للزوج من غير زيادة وهو قول الحنفية وابن حجر من الشافعية في فسح المرأة إذا كان النشوز من قبلها بان يكون بالمهر، و به قال الحنابلة.

واستدل ابن تيمية بأمر النبي صل الله عليه وسلم لإمرأة ثابت بن قيس بن شماس برد وقد جاء فيه: "أقبل 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 زيادة¹.

ودليل ذلك ما يلي:

¹ عبد الله بن محمد بن سعد الختيني، مرجع سابق، ص 123.

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

الصورة الثانية: إذا أشكل أيهما الظالم فإن الأصل قول من ينفيه، فإذا فرق بينهما للخلل في مقاصد النكاح من الألفة فإنه يكون على المهر وما يتبعه من حلي. ووجهه انه لم يثبت على الزوج ما يسقط حقه في استعادة المهر، لعموم قوله صل الله عليه وسلم في حديث ابن عباس رضي الله عنهما: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة".

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 الا حق النفقة المتعلق بالعدة لأنه حق يكون قد نشأ بعد حدوث الطلاق، وهو حق يبقى في ذمة الزوج¹.

كما أنه لا توارث بين الزوجين بعد فرقتهما، إلا إذا توفي احدهما 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 احد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، إستحق الحي منها الإرث²."

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- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص271.

²- الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص123.

أولاً: عدة المختلعة.

العدة مأخوذة من العدد لاشتمالها عليه غالباً، وفي الاصطلاح هي المدة التي تترتبها المرأة حتى تحل لزوج آخر وفي هذا المعنى جاء قوله تعالى: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"¹.

والآية جاءت على صيغة الأمر والوجوب والحكمة من مشروعية العدة هي تحقيق بعض المصالح وهي معرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب².
وقد نص المشرع الجزائري على عدة المختلعة في المادتين 58 و60 من قانون الأسرة الطلاق".

وعليه فمهما كان أمر عدة الطلاق خلعت تستحق النفقة كاملة طول مدة العدة التي تعندها، لأنها تعتبر شرعاً وقانوناً ما زالت في عصمة مخالعتها وأن من حقها أن تبقى في بيت الزوجية خلال مدة العدة ولها الحق في النفقة في هذه الفترة، سواء كانت حاضنة أو غير حاضنة³.

كما أن المادة 78 من قانون الأسرة نصت على مشتملات 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 مظلومة⁴.

ومن أهم الحقوق المترتبة للمختلعة هو الحق في النفقة والسكن وفقاً لنص المادة 61 من قانون الأسرة السابقة الذكر، لكن في الواقع غالباً ما تترك الزوجة بيت الزوجية

¹ - سورة البقرة، الآية 228.

² - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 193.

³ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 336.

⁴ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 378.

وتستقر في بيت أهلها طوعا أو كراهية، وهذا لان الزوج كثيرا ما يطرد الزوجة من البيت¹.

لكن السؤال الذي يطرح ماذا لو أن الزوجان اتفقا على أن تكون نفقة العدة والسكنى هي مقابل الخلع؟ وكذلك 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 خالعه على نفقة العدة والسكنى في مدتها صح في إسقاط نفقة العدة وبطل في إسقاط السكن لان سكن المطلقة في غير المسكن الذي كانت فيه وقت الطلاق لا يصح إسقاطها بحال ما دامت في العدة، لكن أو أبرأته من أجره المسكن بان التزمت الإقامة في ذلك المسكن حتى تنقضي عدتها، وتقوم هي بدفع الأجرة من مالها أو كان البيت ملكا لها صح الإبراء².

أما في حالة اتفاق الزوجين على أن يكون مقابل الخلع هو التزام الزوجة بالإنفاق على أولادها مدة محددة، ثم حصل أن وقعت في إفسار وعجزت عن النفقة فيجب على الزوج في هذه الحالة أن يتولى الإنفاق على أولاده ويكون ذلك دينا على الزوجة المخالعة ومن حقه أن يعود به عليها عند اليسار، أما إذا ماتت الزوجة بعد الطلاق بالخلع وكان الزوجان قد تخالعا على نفقة الأولاد فان واجب النفقة ينتقل إلى الأب وله أن يرجع بها على تركة الزوجة إن كانت قد خلفت ما يورث³.

¹ لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر، 2006، ص128.

² أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، 1998، ص143.

³ ربيحة الغات، مرجع سابق، ص71.

الفرع الثالث: الحضانة والنزاع على متاع البيت.

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

أولاً: الحضانة.

من أهم الآثار الناجمة عن انحلال الزواج بالخلع وضع الطفل عند من هو اقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه والحضانة هي ضرب من الرعاية بالطفولة، بحيث يكفل التربية الصحيحة والخلفية السليمة¹.

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 على أن "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.

ومن ثم فإن الحضانة هي حق من حقوق الأولاد وشرعت لمصلحة الولد، لان الولد في حياته الأولى يحتاج إلى تربيته ورعايته، والحضانة هي ضرب من هاتين الوظيفتين².

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 النص³.

كما أن المشرع أغفل ذكر الأوصاف والصفات المتعلقة بأهلية الحاضن في المادة 2/62 واكتفى فقط بالنص على انه "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، مما

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 379 .

² الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 131.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 139.

يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وهي البلوغ، العقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا، والأمانة والاستقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير، وعدم زواج الحاضنة من أجنبي أو بغير قريب محرم¹.

المشرع أحسن صنعا عندما ذكر في المادة 02/62 مسالة اتحاد الدين بين المحضون وحاضنته على أن تكون تربية الطفل المحضون على دين أبيه وهي مسالة اقره الفقه الإسلامي².

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. كما أن المشرع رتب الأولوية في الحضانة طبقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة وهي الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في هذا الترتيب، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيادة³.

فالمشرع احتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال وهذا يعني أن مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار زمن شأنها أن تغير 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 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 احد الأقربون بطلب للمحكمة.

¹- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص390.

²- بلحاج العربي، نفس المرجع ، ص 391.

³- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1979/04/16 ملف رقم 19827، نشرة القضاة، العدد 02،

1981، نقلا عن الغوثي بن ملحّة-، المرجع السابق، ص131.

أضف إلى ذلك فالمشرع اوجب على القاضي عندما يحكم بالخلع وإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه احدهما وفي هذا الحكم اخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها انه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لا يطلبه الخصوم¹.

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 الأم لم تتزوج، 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 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 بسبب 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، وان 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 انه: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

¹ بلحاج العربي، نفس المرجع ، ص 391.

يتضح من المادة السابقة أن حق الزوجة الحاضنة في السكن مكفول ومكرس ولو كانت حاضنة لابن أو بنت واحدة¹.

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 اوجب 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. 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 أو خالعت الزوجة زوجها على أن تقوم بحضانة ولده منها، صح الخلع، ولزومها القيام بحضانتها المدة المحددة لها شرعا، فلو هربت أو مات الولد أو ماتت هي كان للزوج لن يرجع عليها أو على ورثتها لما يعادل أجره الحضانة عن المدة الباقية إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك².

ثانيا: النزاع في متاع البيت.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 على أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيئة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يتقاسمان مع اليمين".

¹ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص51.

² - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص142.

يتضح من هذه المادة ان النزاع في متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح صاحب البيت وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية المشهورة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل الالتزام، كما أن المادة جاءت في صيغة غير موفقة نظراً لعموميتها وشمولها وهذا ما يزيد في تقييد التعامل مع نفس الحكم¹.

والمقصود بمتاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة². 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 اعتماداً كلياً على مضمون القائمة المقدمة إليه من الزوج دون حجة أو دليل من أحدهما، ويكتفي بتوجيه اليمين طبقاً لنص المادة 73 من قانون الأسرة، ثم يعطي الحق لمن يحلف ويمنعه عن ينكر، وعليه يمكن القول انه 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 هي شيء من متاع البيت حقيقة، وان يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية خالصة له، وأخيراً أن يكون للمدعي منهما حجة كتابية أو شفوية لإثبات ما يدعيه، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فلا حاجة لأعمال 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".

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

¹ - بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 394.

² - الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 125.

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

ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقاً لأحكام المادة 73 من قانون الأسرة على تركها أثاثها و مصوغها في بيت الزوجية غير أنها امتنعت من تأديتها وعليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقاً ونكلت عنها خطأً في تطبيق القانون¹.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص الأثاث و المصوغ².

المبحث الثالث: آثار الخلع بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

أورد قانون الأسرة الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق وتدرج آثار الخلع في هذا الفصل باعتباره طريق من طرق حل الرابطة الزوجية مع اختلافات ينفرد بها الخلع وتتمثل هذه الآثار في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع واعتدادها ونفقة عدتها وسقوط الحقوق الزوجية بالخلع.

المطلب الأول: الآثار التي ينفرد بها الخلع.

الفرع الأول: إلتزام المختلعة تسديد بدل الخلع.

متى وقع الإيجاب والقبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به التزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البديل المتفق عليه أو المحكوم به قضاءً أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الطلاق وقل العموم قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، إن هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداءً لزوجها قليلاً كان أم كثيراً زائداً عن المهر أو اقل منه.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع نفسه ، ص198.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار بتاريخ 14/04/1992 ملف رقم 81850، عدد خاص،

2001 نقلا عن الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص125.

الفرع الثاني: اعتداد المختلعة.

اختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين:

القول الأول: إن المختلعة تعدد بثلاثة قروء لعدة المطلقة و به قال أبو حنيفة ومالك

والشافعي وأحمد في رواية لهم واستدلوا على ذلك بما يلي:

قوله تعالى: **"وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"**¹ ومادام الخلع طلاق فتدخل

المختلعة في عموم الآية.

قال أبو داود حدثنا القصنبي عن مالك عن شافع عن عمر ابن عمر قال: عدة المختلعة

عدة المطلقة.

القول الثاني: المختلعة تعدد بحيضة واحدة، وذهب إليه ابن تيمية وابن قيم وهر رواية

معتمدة عن احمد واستدلوا في ذلك:

روى أبو داود عن ابن عباس انه قال: "إن امرأة ثابت ابن قيس إختلعت من زوجها على

عهد النبي صل الله عليه وسلم فأمرها أن تعدد بحيضة".

وروى عن الربيع بنت معوذ بن عفراء إن ثابت ابن قيس ضرب امرأته فكسر يدها وهي

جميلة بنت عبد الله فجاء أخوها يشتكيه إلى الرسول صل الله عليه وسلم فأرسل رسول الله

إلى ثابت فقال: " خذ التي لك وخل سبيلها، قال نعم فأمرها الرسول أن تتربص حيضة

واحدة وتلحق بأهلها".

موقف المشرع الجزائري:

نصت المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري على أن المشرع جعل من عدة

المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء وما دام لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فإنها تعدد

هي أيضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص ويستتبع ذلك

والإئس من الحيض تعدد ثلاثة أشهر والحامل بوضع حملها.

¹ - سورة البقرة الآية 288.

الفرع الثالث: سقوط الحقوق الزوجية.

تسقط الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوج والزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع ولا اثر لهذا الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج، في سقوط هذه الحقوق المالية من عدم سقوطه ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أبي حنيفة أن الخلع يسقط به كل حق ثابت الفعل لكل من الزوجين على الآخر كالمهر والنفقة المتجمدة للزوجة سواء كان الخالع بهذا اللفظ أو بلفظ المبادرة ومشتقاتها. لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين وهذا لا يتحقق إلا بإسقاط كل حق متعلق بالزواج فليس للزوجة المطالبة بمهرها التي لم تقبضه، وليس لزوجها المطالبة بالمهر الذي قبضت هالا إذا كان الخلع واقعا عليه أما ما لم يثبت كنفقة العدة والسكن فلا تسقط بالخلع بالاتفاق، ومثل ذلك حق الطفل في الحضانة وأجرة الرضاعة تغير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع¹.

الرأي الثاني: ترى الجعفرية أن الخلع لا يسقط به أي حق ولا يوجب به إلا ما اتفق عليه الزوجين، بأي لفظ وقع لأنه شبيه بالمفاوضة، ولأن كلا من لفظي الخلع والمباراة صريحا في الدلالة على سقوط تلك الحقوق، فللزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر إن لم تكن قبضته وينفقتها المتجمدة وغير ذلك من الحقوق.

الرأي الثالث: يفرق أبو يوسف بينما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع وبينما إذا وقع بلفظة المبادرة ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقنا عليه وفي الثاني لا تسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة مع ما اتفق عليه فهو في الأول مع الجعفرية وفي الثاني مع الحنفية، ووجه التفريق إن المباراة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه وهي لم تفيد شيء دون غيره فتحمل على الإبداء كل ما يتعلق بالزواج أما لفظ الخلع وما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى إن اقتصر فيه على ما اتفق عليه.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع نفسه ، ص198.

الرأي الرابع: موقف المشرع الجزائري.

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

المطلب الثاني: الآثار العامة.

وهي الآثار التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوجية فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه، وعلى القاضي الاستجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة، ونفقة المحضون وسكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه ونظرا لما سبق التفصيل فيه نتعرض لها بإيجاز وهي:

الفرع الأول: نفقة العدة.

إن وجوب العدة على المطلقة يعتبر من الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية والعدة هي الأجل المضروب لانقضاء ما بقي من الآثار لعقد النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الزوجين لا تنقطع الرابطة الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تترىص المرأة ولا تتزوج غيره حتى تنتهي المدة التي قدرها الشارع¹.

¹ - عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ص 195.

أولاً: موقف الفقهاء.

ولقد اتفق الفقهاء على أن المطلقة رجعياً تستحق النفقة والسكنى، فقال: أبو حنيفة لها النفقة والسكنى مثل المطلقة رجعياً لأنها مكلفة بقضاء مدة العدة في بيت الزوجية، فهي محتسبة لحقه عليها فتجب لها النفقة، وتعتبر هذه النفقة ديناً صحيحاً من وقت الإطلاق ولا تتوقف على التراضي ولا قضاء القاضي ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الغبراء.

و قال أحمد: "لا نفقة لها ولا سكنى" واستشهدوا بحديث فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها، فقال لها الرسول صل الله عليه وسلم " ليس لك عليه نفقة".

وقال الشافعي ومالك: "لها السكنى بكل حال ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً"، ودليلهم في ذلك أن عائشة وابن المسيب أنكرا على فاطمة بنت قيس حديثها، قال مالك: سمعت ابن شهاب يقول: "المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحمل وليس لها نفقة إلا أن تكون حاملاً فينفق عليها حتى تضع حملها" ثم قال: "وهذا الأمر عندنا"¹.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري.

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعتها طيلة مدة عدتها، ويجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة.

ولقد تبني المشرع الجزائري رأي الحنفية بقوله أن "للمطلقة الحق في السكن والنفقة" ويتجلى ذلك في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص "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". ومن خلال هذه المادة نجد إن المشرع الجزائري أعطى الحق لكل مطلقة أو متوفى عنها زوجها

¹ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 150.

في النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها، وذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه المرحلة تكون محتسبة عن الزواج بأمر الشرع لمصلحة النظام العام ولمصلحة الرجل الذي تعتد لصيانة النسب إليه.

و تعتبر نفقة العدة من النظام العام "فلا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة العدة ما دامت العدة من النظام العام"¹.

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18 والذي جاء فيه: "إن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بفرضهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شاؤوا قرارهم بالقصور في التعليل، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"².

الفرع الثاني: متاع البيت.

يعد النزاع حول متاع البيت من الآثار المهمة لانحلال الرابطة الزوجية، وقد عالجه المشرع الجزائري بنص واحد وهو المادة 73 من قانون الأسرة، كما أسهب فقهاء الشريعة الإسلامية في الحديث عن متاع البيت.

أولاً: موقف الفقهاء.

يراد بمتاع البيت كل ما يوجد ببيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة من جهاز أو أدوات منزلية بعد الزواج³.

¹ بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع-دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2014، ص 131.

² قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 75029، المجلة القضائية، العدد 02، 1994، ص 65.

³ طاهري حسين، المرجع السابق، ص 157.

يقصد بالجهاز الأثاث الذي تعده الزوجة هي وأهلها ليكون معها في البيت، إذا دخل بها الزوج وقد جرى العرف على أن تقوم الزوجة وأهلها بأعداد الجهاز وتأثيث البيت وهو أسلوب من أساليب إدخال السرور على الزوجة بمناسبة زفافها¹.

تثور خلافات بين الزوجين في إثبات ملكية موجودات بيت الزوجية أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما، وقد وضع الفقهاء قواعد لحل تلك النزاعات، فإذا كان الخلاف حال قيام الزوجية واستطاع أحدهما أن يأتي ببينة تؤيد دعواه، حكم له بموجبها لأنه استطاع أن يثبت ذلك من غير تعارض مع نية أخرى.

فالحكم عند الحنابلة والإمامية ونفر من الحنفية في أحد قوليه هو تصنيف الأشياء المتنازع عليها، وذهب المالكية والشافعية ونفر من الحنفية في قوله الآخر أن الكل يكون مناصفة بينهما لأن يداهما ثابتة في كل ما في البيت.

أما إذا وقع الخلاف حول الجهاز والمتاع وموجودات بيت الزوجية بعد الطلاق صارت البائن أو المكمل للثلاث، فالقول قول الزوج لأنها بالطلاق صارت أجنبية عنه وزالت يدها وأصبح الظاهر يشهد له.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري.

قد يثور النزاع بين الزوجين على المتاع عند الحكم بالخلع، إذا تم اكتسابه خلا الزواج وباشتراك الزوجين، فيتمسك كل زوج بأحقية على هذا المال دون تقديم دليل يثبت ادعائه، وقد وضع الفقه الإسلامي كما اشرنا قاعدة بسيطة وهي نفسها التي أخذت بها التشريعات المعاصرة ومنها التشريع الجزائري عند عدم وجود دليل إثبات بالبينة وهي قول من يشهد له الظاهر بيمينه، فما يكون صالحا لاستعمال الرجال فقط، يكون القول فيه قول الزوج، وما يكون صالحا لاستعمال النساء فقط، يرجع فيه لقول الزوجة.

ولقد تعرض المشرع الجزائري للنزاع حول متاع البيت في المادة 73 من قانون الأسرة والتي تنص على: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتها في مناع البيت وليس لأحدهما

¹ سيد سابق، المرجع السابق، ص 108.

بينة فالقول للزوجة أو وريثها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو وريثه مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتريات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع قد وضع للقاضي قاعدة يعتمد عليها في تقدير ملكية أثاث البيت بحيث انه إذا كان لأحد المتنازعين بينة حكم القاضي بمقتضى هذه البينة ، أما إذا لم يكن لأحدهما بينة على دعواه، فقد أعطت المادة 73 ثلاثة حلول يعتمد عليها القاضي لحل النزاع وهي: قول الزوجة أو وريثها مع اليمين، قول الزوج أو وريثه مع اليمين، تقسيم المشتريات مع اليمين.

الفرع الثالث: الحضانة.

إن الحضانة خلافاً لباقي توابع الطلاق ليست حقاً بحتاً للشخص المسندة إليه بل هي أصلاً حق للمحزون كون أنها شرعت من أجل رعايته وتربيته وحفظه صحة وخلقا لذلك ومراعاة لمصلحة المحزون عند إسناد الحضانة يجب على القاضي أن يتحرى عما إذا كان طالبا تتوفر فيه شروط استحقاق الحضانة ويحقق الأهداف المرجوة منها لصالح المحزون¹.

و من ثم فإن الحضانة هي حق من حقوق الأولاد وشرعت لمصلحة الولد، لان الولد في حياته الأولى يحتاج إلى تربيته ورعايته، والحضانة هي ضرب من هاتين الوظيفتين².

وعرفت المادة 62 من قانون الأسرة الحضانة بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا" ويتعين على المحكمة عندما تقر الحكم بالطلاق بين الزوجين ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لأنها أولى، ثم يليها من هم أحق بالحضانة وبعدها حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة وعلى القاضي

¹ بن جناحي أمينة، المرجع السابق ، ص142.

² الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص131.

ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها قانوناً لسبب من الأسباب أو وجوب مانع وتنتهي حضانة الولد ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ما لم تتزوج الأم ثانية¹.

الفرع الرابع: حق الزيارة.

الزيارة هي رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون.

أولاً: موقف الفقهاء.

اتفق الفقهاء على حق زيارة من لم تسند له الحضانة للمحضون، فإنهم اختلفوا حول مدة الزيارة، فالمالكية يرون أن لكل من الأم والأب في رؤية صغارهما المحضونين، فلو كان الطفل في حضانة أبيه، فلام الحق في أن تراه مرة كل يوم إن كان صغيراً، أما إن كان كبيراً فلها رؤيته كل أسبوع مرة، ونفس الحكم ينطبق على الأب قبل بلوغ الصغير سن التعليم، أما بعد بلوغ هذا السن فله حق رؤيته والاطلاع عليه من آن غالى آخر، ليتولى تأديبه وتعليمه، كما يرون أن أجرة النقل على طالب الزيارة، وإن كانت الأم متزوجة وطلبت من والد المحضون أن يحضره لرؤيته في بيت زوجها الجديد، فإن رفض فعلها أن تنتقل هي لرؤيته إن أرادت سواء عند أبيه أو عند حاضنته.

أما الشافعية فيرون إن حق الزيارة يكون بعد بلوغ المحضون سن التمييز واختياره العيش مع احد والديه، ويرون أن المحضون إن كانت أنثى فإنها تمنع من زيارة أمها لحفظها وصيانتها وأما فيما يخص ميعاد الزيارة فتكون مرة في الأيام أي في يومين فأكثر لا كل يوم.

أما الحنفية فيرون أن للأب الحق في رؤية ولده في حضانة أمه أو غيرها من النساء الحاضنات، وعلى الأم أن تسمح للأب أن يزور محضونه كل يوم، أما إذا كان

¹ منصورى نورة، المرجع السابق، ص155.

الحاضن هو الأب فقد قدر حق الزيارة بمرة كل أسبوع، أما غير الأم فليس لها رؤية الصغير كل أسبوع مرة بل كل شهر مرة على الأقل، وهو قول غير مشهور في المذهب. بينما الحنابلة فقالوا أن الصغير المميز له حق اختيار البقاء نهارا مع أبيه أو أمه، أما إذا كان المحضون بنتا وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنين من عمرها ، فلام حق رؤيتها في أوقات خروج الأب¹.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري.

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى حق الزيارة في المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02/05 والتي تنص: "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" ولم يحدد قانون الأسرة المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة و المحضون لان هذه المسألة في الأساس تقوم على الرضائية².

وقد حددتها المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16 عندما ذكرت "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فانه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع ليمدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم"³.

¹ قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/04/16، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، العدد 04، 1991، ص126.

² بن جناحي أمينة، المرجع السابق، ص143.

³ بن جناحي أمينة، نفس المرجع، ص145.

خلاصة الفصل:

نستخلص من خلال ما استعرضناه: إن المشرع الجزائري تعطى للقاضي السلطة في تقدير بدل الخلع، وفك الرابطة الزوجية بالخلع فور طلب الزوجة ذلك، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فاشتروا رضا الزوجين، لكن اختلفوا في أذا بإمكان القاضي أن يجبر الزوج على الخلع أو لا يمكن إجباره من طرف القاضي.

إن المشرع الجزائري تبنى آثار الخلع مثل آثار الطلاق إلا أنه زاد عليها التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع، وسقوط الحقوق الزوجية.

إن المشرع الجزائري جعل العصمة بيد الرجل وأعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته المنفردة وهذا ما يعتبر تعسفا في حق المرأة إن هي من أرادت إنهاء الرابطة الزوجية، وعليه و في المقابل أعطى الزوجة كذلك طريقتين للخلاص من الرابطة الزوجية التي تشوبها استحالة العشرة الزوجية وعدم إمكانية استمرار الحياة مع زوجها وزاد بينهما الشقاق، وهذين الطريقتين هما التطليق والخلع وهذا الأخير موضوع دراستنا. وبالرغم من أهمية هذا الموضوع وانتشاره خاصة خلال الآونة الأخيرة، إلا أن المشرع الجزائري أغفله وأهمله ويظهر ذلك من خلال تنظيمه لأحكام الخلع، حيث جاء بمادة وحيدة فقط تاركا الأمر في شرحه إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية.

حيث نجد أن الشريعة الإسلامية أعطت اهتماما كبيرا لأحكام الخلع على عكس المشرع الجزائري بحيث ركزت على شروطه وأركانه. أما المشرع الجزائري فاكتفى بمقابل عوض يتفق عليه الزوجان وفي حالة عدم الاتفاق تعطى السلطة التقديرية للقاضي.

وعليه يظهر جليا إغفال المشرع الجزائري لأحكام الخلع، أما في حالة سكوته هذه يتعين علينا الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

ومنه فإن المشرع الجزائري قبل التعديل كان يميل تارة إلى موافقة الزوج وتارة إلى عدمه ولكن بعد التعديل 02/05 أصبح الخلع بدون موافقة الزوج، فالخلع طلاق معلق على مال من جهة الزوج، ومعاوضة من جهة الزوجة، ويعتبر الخلع طلاقا وليس فسخ، كما أن الخلع طلاق بائن.

و بإغفال المشرع الجزائري لشروط وأركان الخلع نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية تحدثوا عن هذه الشروط وهي:

1- بالنسبة للزوج المخالع:

- أن يكون بالغا.
 - عاقلا في رأي الجمهور.
 - ومميزا لعقله وهو قول الحنابلة.
 - 2- بالنسبة للزوجة المختلعة:
 - الأهلية.
 - قيام الزوجية الصحيحة.
 - قبول المختلعة بالخلع.
 - 3- بالنسبة للعرض:
 - أن يكون العرض مما يصح جعله صداقا.
 - أن يكون العرض مالا متقوما.
 - أن يكون العرض معلوما.
 - 4- بالنسبة للصيغة:
 - عند الحنفية: الشروط مطابقة لإيجاب والقبول.
 - عند المالكية: اشترطوا 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.
- أما بالنسبة لدور القاضي في الخلع فأخذ الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة بعد ضرورة الترافع أمام الحاكم.
- وعليه يظهر جليا إغفال المشرع الجزائري لأركان وشروط الإسلامي طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و على هذا الأساس يمكن تقديم الملاحظات أوالتوصيات التي بإمكان المشرع أن يتداركها:

*إلغاء أو تعديل جزئي للتعديل الوارد على نص المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة فيما يتعلق بحق الزوجة في الخلع، خاصة في الشق المتعلق في عدم موافقة الزوج عن الخلع و جعله على الأقل بشروط وأسباب يراها الشرع والقانون منطقية ومقنعة لإيقاع الخلع هذا ناهيك عما يتطلبه الموضوع من أهمية لأركان يجب توافرها لوقوعه شرعا.

*ضرورة إنشاء محكمة للأسرة لكثرة هذا النوع من القضايا مؤخرا وأهمية هذا الموضوع.

*تكوين القضاة قانونيا وفقهيا لأن الشريعة الإسلامية مصدر رسمي لقانون الأسرة، وباعتبار أهمية وشساعة هذا الموضوع الذي أبحر فيه الفقهاء وخاضوا فيه آراء وجدالات فكان من الأجدر أن يأخذ نصيبه في القانون والقضاء على قدر ولو جدي نوعا ما مما أخذه من أهمية في الشريعة والفقهاء والاجتهاد.

*تخصيص قضاة لحل نزاعات الأسرة، وليس كل قاضي يمكنه الإلمام بكل القوانين و معالجة أنواع مختلفة من القضايا.

* التكييف القانوني و يحسم إذا كان الخلع عبارة عن طلاق أم فسخ لأن كل حالة ولها آثارها الخاصة بها.

* أن يحسم المشرع كذلك إن كان الخلع حق إرادي للزوجة أم هو مجرد رخصة تستعملها لكن بقيود و إن كان القيد وحيدا وهو العوض فقط.

* أن تحسم مسألة إجراء الصلح من طرف المشرع و يقرر ما إذا كان إجباري يترتب على عدم القيام به بطلان الإجراءات أم أنه إجراء اختياري يمكن الإستغناء عنه.

* أن يفصل المشرع في مسألة العوض و يقرر ما إذا كان بإمكان الزوج أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطها كمهر منها.

* أن يعزز قانون أو بالأحرى إجراءات خاصة لرفع الدعوى كقانون أسرة قائم بذاته وبإجراءاته يوجه القضاة و المتقاضين على حد سواء لمعرفة إجراءات سير هذه القضايا والتقاضي والتي يجب عليهم إتباعها.

وهذا لكي يكون مجال الخطأ قليل بالمقارنة مع ما يتطلبه الخلع من أهمية بالغة في الدين، ونظرا لما عرفه المجتمع من جهة والمحاكم من جهة أخرى مؤخرا من تسجيل لحالات الخلع المنقطعة النظير بسبب ما أتت به المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 وهو خلع المرأة لنفسها دون موافقة زوجها، فهذا حقا إعطاء المرأة حق إنهاء لحياة لا تطاق، لكن كان من الأجدر بمقابل ذلك تخويل القاضي سلطة التقدير ليس فقط في تحديد العوض المالي بل سلطة النظر بالتدقيق لأسباب الخلع ووضع بالمقابل شروط و التحقق من توافرها و التمعن بروية و ذلك بالرجوع إلى الآراء الفقهية و الشريعة الإسلامية و ذلك حفاظا على أقدس رباط الإسلام و هو الزواج.

* كما أن على المشرع الجزائري أن يحدد مفهوم الخلع حتى لا يقع خلط و أن يبين كما سبق لنا التوضيح شروط الخلع و آثاره.

و في الأخير آمل أن أكون قد قدمت ولو جزء بسيط و استطعت أن أبين مدى أهمية قيمة الخلع بالنسبة للمرأة وأني قد توصلت إلى توضيح ولو جزء بسيط من النقائص التي لم تتداركها الدراسات السابقة.

وفي ختام بحثي هذا أخلص إلى القول أن الخلع هو فرقة بين الزوجين بعوض مقصود به جبر الضرر اللاحق بالزوج، وأن الخلع يتم حتى ولو لم يكن للزوجة مبررات شرعية لذلك وهذا ما يعيب الخلع في القانون الجزائري، وهذا يبين لنا سلبياته التي قد تغلب على إيجابياته لذا يجب اقتراح - كما أشرت إليه في التوصيات - إعادة النظر فيه وذلك بإعطائه ما يتطلبه من إهتمام قانوني وإجرائي كرض القضاة لطلبات الخلع حتى يتبين أن للزوجة مبرر شرعي من أجل قيامها بطلب الخلع، لأن ديننا الإسلامي الحنيف يحثنا على بناء أسرة واستقرارها ويس هدمها بلا سبب وعدم أخذ ما سيعود على الأسرة من جراء ذلك من عواقب خيمة وكذا ما سيعود على المجتمع من تحطيم وتهديم على حساب الراحة التي تصبوا إليها المرأة من طلبها للخلع.

قائمة المراجع

* القرآن الكريم.

* المؤلفات.

- 1- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الفكر.
- 2- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، الجزء الثالث.
- 3- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، الجزء الثالث.
- 4- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد المقدسي، المغني، الجزء الخامس
- 5- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد المقدسي، المغني، دار احياء التراث العربي، الجزء السابع، الطبعة الأولى، سنة 1985.
- 6- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 1997.
- 7- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعقدة المفتين، إشراف زهير الشاوشى، المكتب الإسلامي الجزء السابع، سنة 1991.
- 8- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمة المفتين، الجزء السابع.
- 9- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الجزء العاشر، سنة 1999.
- 10- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن.
- 11- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، 1998.
- 12- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطبيق وآثارهما، دار الكتب القانونية مصر، سنة 2004.
- 13- أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع، الإيلاء، الظهار، اللعان)، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 14- الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1995.
- 15- الإمام مالك بن أنس الأصبعي، المدونة الكبرى، الجزء الرابع، سنة 1422هـ.
- 16- أمير محمد مطاوع، الخلع بين الشريعة والقانون.

قائمة المراجع

- 17- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون.
- 18- د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية.
- 19- د. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية-الزواج والفرقة وحقوق الأقارب- مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، الطبعة الأولى، سنة 1999.
- 20- د. أحمد ذياب شويدح، مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مقال منشور في مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، غزة فلسطين، الجزء 17، عدد 34، رجب 1426هـ.
- 21- د. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- 22- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- 23- د. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1969.
- 24- د. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-سلسلة تبسيط القوانين دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2009.
- 25- د. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة د ب ن، الجزء الخامس، سنة 1989.
- 26- د. منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- 27- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع (الأحوال الشخصية)، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1985.

قائمة المراجع

- 28- سليمان نصر وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، سنة 2003.
- 29- شيماء الصراف، أحكام المرأة بين الإجهاد والتقليد-دراسة مقارنة في الشريعة والفقہ والقانون والاجتماع-دار القلم باريس، الطبعة الأولى، سنة 2001.
- 30- صحيح البخاري، الجزء السادس، رقم 4971. /النسائي، الجزء السادس، رقم 3469، وابن ماجه، الجزء الأول، رقم 2056.
- 31- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية.
- 32- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية.
- 33- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، 1996.
- 34- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل- سلسلة تبسيط القوانين دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2009.
- 35- علي بن سلمان بن أحمد المرادوي، الإنصاف، الجزء الثامن.
- 36- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقہ والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2008.
- 37- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 38- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر، 2006.
- 39- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس.
- 40- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس.
- 41- منصور نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2010.

قائمة المراجع

42- يوسف دلاندة، إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، الطبعة 2011، دار هومة ، الجزائر

* الأطروحات والمذكرات:

1- بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع-دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2014.

2- ريحة الغات، التفريق بين الزوجين- دراسة نموذجية للخلع والظهار والإيلاء واللعان- رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق والعلوم القانونية والإدارية، معهد الحقوق والعلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1997-1998.

3- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، سنة 2004/2005.

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

5- المستاري نور الهدى، الخلع - دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

6- نعيمة تبوداشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1999-2000.

* المقالات:

1- ريحة الغات، الطلاق بالخلع-دراسة تحليلية في ضوء الفقه والقانون واجتهادات المحكمة العليا- مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد4، سنة 2009.

2- زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، عدد 02، سنة 2003.

قائمة المراجع

*النصوص القانونية:

- 5- 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 أبريل 2008.
- 4- المادة 119/118 من القانون رقم 70/03 (بمناوبة مدونة الأسرة المغربية-المؤرخ في 12 من ذي الحجة الموافق ل3 فبراير 2004 (جريدة رسمية رقم 5184 الصادرة يوم 5 فبراير سنة 2004).
- 3- المادة 81 من قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.
- 2- المادة 54 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.
- 7- المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.
- 1- المادة 54 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في: 09 رمضان عام 1404 الموافق ل09 يونيو سنة 1984.

* قرارات المحكمة العليا:

- 1- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 15/09/2001، ملف رقم 656259، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012.
- 2- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم 75029، المجلة القضائية، العدد 02، 1994.
- 3- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 23/10/1997، ملف رقم 174132 قبل تعديل القانون رقم 11/84 المتعلق بقانون الأسرة.
- 4- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 16/04/1990، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، العدد 04، 1991.

قائمة المراجع

5- قرار المحكمة العليا، بتاريخ 2006/06/14، ملف رقم 258613، قضية (ب-ح) ضد (ق-ل) مشار إليه في كتاب الأستاذ حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية، دار الخلدونية الجزائرية، الطبعة الأولى، سنة 2009.

* المجالات:

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

3- مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ 2011/09/15، ملف رقم 647108، العدد 01، 2012.2012

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

فهرس:

الصفحة	العنوان.
	مقدمة.
5	الفصل الأول: ماهية الخلع.
5	المبحث الأول: مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.
5	المطلب الأول: تعريف الخلع.
6	الفرع الأول: التعريف اللغوي.
6	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.
7	أولا: موقف الفقهاء.
9	ثانيا: موقف المشرع الجزائري.
10	المطلب الثاني: طبيعة الخلع.
10	الفرع الأول: موقف الفقهاء.
10	أولا: اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا.
11	ثانيا: اعتبار الخلع يمينا أم معاوضة.
13	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري حول المسألتين.
13	أولا: اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا.
14	ثانيا: اعتبار الخلع يمينا أم معاوضة.
16	المطلب الثالث: صور الخلع.
16	الفرع الأول: موقف الفقهاء.
16	أولا: خلع بغير عوض.
17	ثانيا: خلع بعوض.
18	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.
18	المبحث الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته والحكمة منه في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.
18	المطلب الأول: حكم الخلع ودليل مشروعيته.

فهرس:

19	الفرع الأول: حكم الخلع.
20	الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع.
20	أولاً: من الكتاب العزيز الحكيم.
20	ثانياً: من السن النبوية.
20	ثالثاً: من الإجماع.
20	رابعاً: موقف المشرع الجزائري.
22	المطلب الثاني: الحكمة من الخلع.
23	المبحث الثالث: أركان الخلع.
23	المطلب الأول: طرفا الخلع.
24	الفرع الأول: الزوج المخالع والزوجة المختلعة.
24	أولاً: شروط الزوج المخالع والزوجة المختلعة.
29	ثانياً: الزوجة المختلعة و حالاتها.
37	ثالثاً: موقف المشرع الجزائري.
38	الفرع الثاني: الوكالة في الخلع و خلع الأجنبي.
38	أولاً: الوكالة في الخلع و خلع الأجنبي.
41	ثانياً: مخالعة الأجنبي أو الفضولي.
43	المطلب الثاني: عوض الخلع.
44	الفرع الأول: مقدار العوض.
44	أولاً: الرأي القائل بأن العوض يتحدد بمقدار ما أعطاه.
45	ثانياً: الرأي القائل بأن العوض يتحدد بما يتراضى عليه الزوجان.
47	الفرع الثاني: نوع العوض.
48	أولاً: حكم الخلع بالعوض المجهول.
49	ثانياً: العوض غير المتقوم.
50	ثالثاً: العوض إذا كان غير مقدور على تسليمه.

فهرس:

50	رابعا: الخلع على إرضاء الولد وحضائنه ونفقته.
53	خامسا: نفقة المختلعة ومهرها كمقابل للخلع.
54	سادسا: اسقاط الحضانة كمقابل للخلع.
55	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مسألة العوض.
57	المطلب الثالث: صيغة الخلع والمعوض.
58	الفرع الأول: الصيغة.
58	أولا: صيغة الخلع بالمعاطاة.
60	ثانيا: الموقف الفقهي من صيغة الخلع وشروطها.
63	ثالثا: الموقف التشريعي.
64	الفرع الثاني: المعوض أو البضع.
64	أولا: خلع المعتدة.
65	ثانيا: خلع الزوجة غير المدخول بها.
66	خلاصة الفصل الأول
68	الفصل الثاني: إجراءات السير في دعوى الخلع والآثار المترتبة عنها.
68	المبحث الأول: إجراءات السير في دعوى الخلع.
68	المطلب الأول: قواعد الاختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع.
68	الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة في دعوى الخلع.
68	أولا: الاختصاص المحلي.
69	ثانيا: الاختصاص النوعي.
69	الفرع الثاني: كيفية رفع دعوى الخلع وشروط قبولها.
69	أولا: طرق رفع الدعوى.
71	ثانيا: شروط قبول الدعوى.
72	الفرع الأول: كيفية تسيير الجلسة.
73	الفرع الثاني: إجراءات الصلح والتحكيم.

فهرس:

73	أولاً: إجراءات الصلح في دعوى الخلع.
75	ثانياً: إجراءات التحكيم في دعوى الخلع.
81	المبحث الثاني: الحكم القضائي الصادر في دعوى الخلع والآثار المترتبة عنه.
81	المطلب الأول: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع.
81	الفرع الأول: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع و أقسامه.
81	أولاً: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع.
82	ثانياً: أقسام الحكم الصادر في دعوى الخلع.
82	الفرع الثاني: طرق الطعن في الحكم القاضي بالخلع.
83	المطلب الثاني: آثار الحكم بالخلع.
84	الفرع الأول: التزام الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية.
84	أولاً: التزام الزوجة بدفع بدل الخلع.
86	ثانياً: سقوط الحقوق الزوجية الناشئة قبل الخلع.
87	الفرع الثاني: عدة ونفقة المختلعة.
87	أولاً: عدة المختلعة.
88	ثانياً: نفقة المختلعة.
88	الفرع الثالث: الحضانة والنزاع على متاع البيت.
91	أولاً: الحضانة.
91	ثانياً: النزاع في متاع البيت.
93	المبحث الثالث: آثار الخلع بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.
93	المطلب الأول: الآثار التي ينفرد بها الخلع.
93	الفرع الأول: التزام المختلعة تسديد بدل الخلع.
93	الفرع الثاني: اعتماد المختلعة.
94	الفرع الثالث: سقوط الحقوق الزوجية.
95	المطلب الثاني: الآثار العامة.

فهرس:

95	الفرع الأول: نفقة العدة.
95	أولا: موقف الفقهاء.
96	ثانيا: موقف المشرع الجزائري.
97	الفرع الثاني: متاع البيت.
97	أولا: موقف الفقهاء.
97	ثانيا: موقف المشرع الجزائري.
98	الفرع الثالث: الحضانة.
98	الفرع الرابع: حق الزيارة.
99	أولا: موقف الفقهاء.
99	ثانيا: موقف المشرع الجزائري.
100	خلاصة الفصل.
103	خاتمة.
108	قائمة المصادر والمراجع.