

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجيلاي بونعامة. خميس مليانة



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

موافقة الزوج على الخلع في ضوء الإجتهادات القضائية والمقاصد الشرعية

مذكرة لنيل شهادة الماستر
تخصص: قانون أسرة

إعداد :

- الطالب: حمداة عبدالله

- الطالب: بورركة ابراهيم

إشراف:

- د/عشير جيلالي

لجنة المناقشة:

- (1) د/خذر محمد رئيسا.
- (2) د/عشير جيلالي مشرفا.
- (3) د/بن عيشوش فاطمة عضوا مناقشا.

السنة الجامعية: 2021/2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ملخص حول محتوى المذكرة

ملخص البحث

أوجد المشرع و كمقابل لحق الزوج في الطلاق ،ألية الخلع كحق للزوجة للتخلص من الحياة الزوجية التي تعكر صفوها لسبب من الأسباب ،و كما هو معلوم فإن الخلع في قانون الأسرة ،و كذا القضاء الجزائريين مر بمرحلتين من حيث تكييفه القانوني ،فبعدما كان يأخذ حكم الرخصة الممنوحة للزوجة و التي لا يمكن لها اللجوء إليها إلا في حال موافقة الزوج ،ارتقى إلى صفة الحق الأصيل و للزوجة سلطة الاستتار و التمسك به لاستعماله في أي وقت شاءت دون قيد أو شرط.فما موقف القضاء وفق المقاصد الشرعية للخلع لاسيما في موافقة الزوج عليه من جهة.و هل يقبل طلب الخلع قبل البناء في القانون الجزائري .

Abstract

He legislator adopted the way of EL KHOLA as a right for the wife to get rid of the conjugal life as problems that may distrub her life for different reasons .It is obvious that EL THOLA in the family law and the Algerian justice had passed through two steps in terms of its legal adapting.First ,it was given after the permission of her husband .It has been promoted to the autherntic right of the wife has tne right to use it whenever she wants without any restrictions.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين, نعبد الله ونشكره إلى يوم الدين ,

وله الفضل على نعمة العلم التي أنعمنا بها .

ونوجه الشكر والامتنان إلى الأستاذ المقرر والمشرف على تربصنا الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته و

نصائحه القيمة حول ميدان واتي كانت عوننا لنا في إتمام التربص ومنحنا الثقة الكاملة. وقبل ان

يشرف علينا بصدر رحب .

كما نوجه جزيل الشكر إلى الباحثة الفاضلة في الميدان القانوني والقضائي الأستاذة مولوة فطيمة التي

لم تبخل علينا بتوجيهاتها القيمة وتمكيننا من الاجتهادات القضائية .

كما نوجه جزيل الشكر إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما الوالدين أدامهما الله لنا. الاب والمعلم

نشكرك على مل ما علمتنا وأوصلتنا إليه ومساندتنا في المسار الدراسي والمهني ,شكرا صاحب القلب

الواعي والعقل المنير والوجود المؤثر في الحياة .

ونشكر من ربنا وأنارت دربنا وأعانتنا بالدعوات أغلى وأعز الناس الأم الحبيبة والحنونة.

ونشكر العائلة والأقارب من بعيد ومن قريب

إهداء

نهدي هذا العمل المتواضع إلى الأم رمز العطف والحنان والحب والعطاء وقدوتنا في الحياة, إلى الأب العزيز الدافع لنجاح, إلى من قاسمونا رحم الأم وكانوا شموعاً أنارت طريقنا ووهبنا الله

محبتهم.

إلى كل الاصدقاء والصديقات الذين رافقونا في المشوار الدراسي , وإلى كل أستاذ أنار عقولنا منذ

الصغر.

إلى كل زملائنا وزميلاتنا في العمل كما نهدي هذا العمل المتواضع إلى الأستاذ المشرف والمؤطر.

وإلى كافة أساتذة الحقوق وإلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد وبكلمة تشجيع وحتى

للمؤلفين جزاهم الله خيراً .

مقدمة

المقدمة:

لما كانت الأسرة اللبنة الأساسية لبناء المجتمع، فإن حفظ النوع الإنسانية يتحقق، إلا بقيام هذه المؤسسة عن طريق الزواج، هذا الأخير الذي عني الشارع الحكيم به عناية خاصة لم تتوفر في غيره من العقود و ذلك بإحاطته برعاية خاصة في جميع مراحلها.

وإذا كان الأصل في العلاقة الزوجية أن تكون مبنية على المحبة و الألفة و المودة و السكن النفسي لكلا من الزوجين، و ذلك مصداقا لقوله تعالى "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ".

إلا أن نهاته العلاقة قد يطرأ عليها طارئ يعكر صفوها، مما يجعل أمل استمرارها بين الزوجين عسيرا و يكون بذلك من الحكمة اللجوء إلى حلها، وقد يكون ذلك بالإرادة المنفردة للزوج و هو ما يمثل الطلاق كما قد يكون بإرادة الزوجة سواء بالتطليق أو الخلع، هذا الأخير الذي تلجأ إليه الزوجة التي تبغض زوجها و يستعصي عليها معالجة أسباب الكراهية، و يكون الحل الوحيد أمامها هو الخلع مقابل عوض تدفعه لزوجها لقاء التفريق بينهما، و لقد ثبت جواز الخلع في الشريعة الإسلامية و اقتدى بذلك المشرع الجزائري إلا إن هذا الأخير تأرجح في تكييف الخلع بين الرخصة و الحق إلى حين صدور الأمر 02/05 المتعلق بقانون الأسرة و الذي فصل باعتبار الخلع حق للزوجة يمكن لها اللجوء إليه متى شاءت و دون موافقة الزوج.

و لذا اخترنا هذا الموضوع المعنون موافقة الزوج على الخلع في ظل اجتهادات القضائية و المقاصد الشرعية. فأحببنا أن نوضح ابتداء أهمية الموضوع و أهم أسباب اختيارنا له فمن الأسباب هو جهل المرأة بالأحوال التي تعطيها الحق في اللجوء للقاضي لطلب التفريق. بيان الحكم الشرعي في مسألة الخلع و مدى حاجة المرأة لهذا الحكم الشرعي. تبيان أثر الخلع على الأسرة و المجتمع و كذا بيان فعالية هذا الحكم في حل الكثير من المشاكل الأسرية. أما فيما يخص أهمية الموضوع فتعود لحاجة المرأة المسلمة لمعرفة الأحكام و الحقوق التي خصها بها الله في إنهاء الحياة الزوجية بما يتوافق و الشرع الحكيم. تصحيح الأفكار التي تفرد الرجل

أي "الزوج" بكل مسائل الزواج و الطلاق و الآثار المترتبة عليها التفريق بين الأحكام الشرعية و أعراف المجتمع فيما يتعلق بالزواج بداية و نهاية. ففهاء الشريعة الإسلامية تناولوا موضوع الخلع بشكل واسع و مفصل إلا أن معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية لم تتطرق لموضوع الخلع بالشكل المناسب , و منه طرح الإشكالية التالية ماهي مقاصد التشريع الجزائري في مسألة الخلع و ما موقف القضاء الجزائري من مسألة موافقة الزوج عليه ؟

لدراسة هذه الإشكالية فقد قسمنا البحث إلى فصلين ،الفصل الأول بعنوان ماهية الخلع في القانون الجزائري و خلفيته الشرعية و فيه مبحثين ،المبحث الأول مفهوم الخلع على ضوء القانون و الاجتهاد القضائي في مطلبين الأول التعريف الخلع قانونية و فضاء ،و الثاني أنواع و طبيعة الخلع ،أما المبحث الثاني خصصناه للمقاصد الشرعية و حكمة مشروعية الخلع و فيه مطلبين ،الأول حكم الخلع في الشريعة الإسلامية و القانون ،والثاني تناولنا فيه حكمة و دلائل مشروعية الخلع.أما الفصل الثاني كان تحت عنوان موقف القضاء من مسألة الخلع مبحثين، الأول تناولنا فيه دور القاضي في التصدي لطلب الخلع بالنظر إلى أركانه وإجراءاته و ذلك وفق الخطة التالية:

خطة البحث

الفصل الأول: ماهية الخلع في القانون الجزائري و خلفيته الشرعية

المبحث الأول: مفهوم الخلع على ضوء القانون و الاجتهاد القضائي

المبحث الثاني: المقاصد الشرعية وحكمة مشروعية الخلع

الفصل الثاني: موافقة الزوج على الخلع في قانون الأسرة و القضاء الجزائري

المبحث الأول: موقف المشرع من مسألة موافقة الزوج على الخلع في القانون الجزائري

المبحث الثاني: تصدي القضاء لمسألة موافقة الزوج على الخلع في قانون الأسرة

والقضاء الجزائري

الفصل الأول:

ماهية الخلع في القانون

الجزائري و

مقاصده الشرعية

الفصل الأول: ماهية الخلع في القانون الجزائري و خلفيته التشريعية

قد تسلل إلى الحياة الزوجية بوادر الكره و المفور و قد يكون سببها ماديا أو معنويا كاختلاف الطباع و طريقة التفكير واختلاف العادات والتقاليد أو يكون النفور جسديا لدمامة في الخلق أو الخلق. فسوء المعاملة و عدم اللياقة في التعامل مع المرأة قد يؤدي إلى هذا النفور، بل يؤدي حتما إلى ذلك لأن أغلب حاجات المرأة عاطفية و عدم تلبيتها يؤدي إلى النفور النفسي و الجسدي. ومهما كانت الأسباب. فإذا كان الكره و النفور من جهة الرجل فبيده الطلاق بل هو حق أصيل له، أم إذا كانت الكراهية والنفور من جهة المرأة فلها أن تتخلص من الزوج بخلعه .

بالرغم من أن عصمة فك الرابطة الزوجية بيد الرجل إلا أن الشريعة الإسلامية و التشريعات العربية من بينها المشرع الجزائري أباح للزوجة أن تفتدي نفسها وتخلع نفسها من زوجها وذلك بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، ورغم أن الشريعة الإسلامية جاءت بأدلة كثيرة حول الخلع في القرآن الكريم و السنة النبوية إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى موضوع الخلع مع جميع جوانبه بل اكتفى بنص المادة 54 من قانون الأسرة¹. أما من ناحية المبدأ فإن الدستور نص في المادة 2 من الدستور² على أن الإسلام دين الدولة، ونصت المادة 222 من قانون الأسرة على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

فما هي ماهية الخلع في القانون الجزائري وما هي مقاصده الشرعية؟

¹ الأمر 02-05، المؤرخ في 2005/02/27، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج ر ، 15، المؤرخة في 2005/02/27.

² مرسوم رئاسي رقم 20-251، مؤرخ في 2020/09/15، يتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور، ج ر رقم 54، صادرة في 2020/09/16.

نتناول في هذه المسألة نقطتين أساسيتين، الأولى مفهوم الخلع على ضوء القانون و الاجتهاد القضائي "المبحث الأول" وفي النقطة الثانية نحاول أن نبين المقاصد الشرعية وحكمة مشروعية الخلع "المبحث الثاني"

المبحث الأول: مفهوم الخلع على ضوء القانون و الاجتهاد القضائي

اختلف الفقهاء و كذا شراح قانون الأسرة حول تحديد مفهوم الخلع حيث وضع كل منهم تعريفا له إلا أنهم اتفقوا على مشروعيتها مع بعض الاختلاف في آليات تطبيقه. ونحاول من خلال هذا المبحث تبين مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية "المطلب الأول" ثم نبين مفهومه في القانون و الاجتهاد القضائي "المطلب الثاني"

المطلب الأول: مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية

قبل أن نبين مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية تقتضي الدراسة أن نبين أولا التعريف اللغوية للخلع "الفرع الأول" ثم نتحدث ثانيا عن مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية وكذا شراح وفقهاء القانون للخلع "الفرع الثاني".

الفرع الأول: تعريف الخلع لغة و اصطلاحا

أولا: تعريف الخلع لغة

الخلع لغة بفتح الخاء مصدر قياسي "الخلع" و يستعمل في الامور الحسية فيقال خلعت خلعا أي نزعته مصداقا لقوله تعالى: "فلما اتاها نودي يا موسى،اني انا ربك فاخلع نعليك

انك بالوادي المقدس طوى"سورة طه،اية 11_12¹

وفي هذه الآية الخلع بمعنى النزع وفي الامور المعنوية"كخلع الرجل امرأته خلعا" إذا أزال زوجيتها. وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتقدت منه

والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجة أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل و بالعكس هن لباس لكم و أنتم لباس لهن

¹ منصورى نورة، التطلق والخلع وفق الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 110.

"هذا و قد قال الفقهاء إن العرف خص إستعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، والخلع بالضم في إزالة الزوجية و هو إزالة ملك النكاح بأخذ المال.

واستقر الفقهاء بخصوص الخلع لغة، حول التفريق بين الخلع بفتح الخاء الذي يكون لغير إزالة الزوجية و بضم الخاء و الذي يستعمل في إزالة الزوجية، أو على ذلك يكون إستعمال الخلع بالضم في إزالة الزوجية المعنوية حقيقة و ظاهر أن كلا الزوجين لباس للآخر في المعنى، فالخلع يزيل هذا اللباس المعنوي ، و يقال أن الخلع بالضم ، معناه لغة النزع و الإزالة الحسية فقط.¹

ثانيا: تعريف الخلع اصطلاحا

إزالة ملك النكاح بعوض و بألفاظ مخصوصة وهو أيضا إلغاء العلاقة الزوجية بتراضي لزوجها ، كما يقال أن الخلع فرقة على ، راجع إلى الزوجين مقابل مال تدفعه الزوجة.²

الفرع الثاني: مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية

الخلع مباح في الشريعة الإسلامية. لكن تعددت تعريفات الفقهاء حول تعريف الخلع من الناحية الشرعية ، لذلك سنحاول عرض تعريف كل مذهب إيجازاً "أولاً"، ثم نحاول ان نبين حكم الخلع و دليل مشروعيته و الحكمة منه، رغم اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في المذاهب الأربعة في حكم الخلع بينما دليل مشروعيته فنجده في القرآن الكريم و السنة النبوية و الإجماع. "ثانياً"
أولاً: الخلع عند المذاهب الأربعة

الخلع في لشريعة الإسلامية يتحدد مفهومه لدى مذهب المالكي . الشافعي ، الحنبلي و الحنفي.

¹ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 265-266.

² نفس المرجع، نفس الصفحة

1- مذهب المالكي:

هو الطلاق بعوض, سواء أكان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره. أو هو بلفظ أو الخلع, و هو يدل على أن الخلع نوعان

النوع الأول: و هو الغالب ما كان في نظر عوض

النوع الثاني: ما وقع بلفظ الخلع, و لو لم يكن في نظير شيء كان يقول لها خالعتك أو انتم خالعة.

فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض.¹

2- مذهب الشافعي

يعرفون الخلع بأنه فرقة بعوض بلفظ الطلاق أو الخلع و بمقتضى ذلك لا يكون عندهم فرق بين الخلع و الطلاق على مال فهما شيء واحد في اصطلاحهم .وقيل أن الخلع فدية, لأن المرأة فدت نفسها منه لما لها ,كفدية الأسير بالمال.²

3- مذهب الحنبلي

بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة تنقسم الى قسمين: صريحة في الخلع و كناية فيه.الصريحة فهي خالعة فأم و فسخت و فاديت ,فإن استعملها الزوج مع ذكر العوض و لو جهل و قبلته الزوج صح الخلع و يترتب ن لم ينوه ,فإن لم يذكر العوض أو ذكره ولم تقبله الزوجة لا يقع الفراق و إذا ذكر العوض و قبلت الزوجة كان ذلك

¹ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 265-266.

² عمر جمعة محمود، فسخ عقد النكاح بين الشريعة الإسلامية والقانون، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2016، ص 184.

فاسخا بائنا تملك به الزوجة نفسها و لا الخلع و ينقص عدد الطلقات الثلاث، أما إذا نوى الزوج الطلاق فيكون له ذلك و ينقص به عدد الطلقات التي يملكها، و ألفاظ معينة و هي قسمان.¹

صريحة في الخلع: كالمفاداة و الخلع و الفسخ، و ناية الخلع: المبارأة، و المبانية و المفارقة

4- مذهب الحنفية

إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه، فخرج بكلمة (ملك النكاح): الخلع في النكاح الفاسد وبعد البينونة والردة، فإنه لغو، وخرج بكلمة المتوقفة على (المتوقفة قبولها) أي المرأة: ما إذا قال خالعتك ولم يذكر المال، ناويا به الطلاق، فإنه يقع بائناً غير مسقط للحق لعدم توقفه على قبول المرأة، فدل القبول على أن الخلع يكون ببدل، ومتى كان على بدل مالي لزم قبولها وخرج بقوله (بلفظ الخلع) الطلاق على مال، فإنه غير مسقط للحقوق. وأما قوله (أو ما في معناه) فيدخل فيه لفظ المبارأة ولفظ البيع و الشراء فإنه مسقط للحقوق.²

ثانيا: حكم الخلع و مشروعيته

سنتناول في هذا الفرع حكم الخلع و دليل مشروعيته و الحكمة منه، رغم اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في المذاهب الأربعة في حكم الخلع بينما دليل مشروعيته فنجده في القرآن الكريم و السنة النبوية و الإجماع.

1- حكم الخلع في الشريعة الإسلامية

تباينت آراء الفقهاء في حكم الخلع، فهو مكروه إذا خالعت الزوجة زوجها في استقامة الحال،

¹ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 120.

² عامر سعيد الزيارى، احكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيوت، 1998، ص 51.

ويصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والشافعي ويحتمل كلام أحمد تحريمه إذ قال "الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيها المهر فهو خلع" هذا الحديث يدل على أن الخلع لا يكون صحيحاً إلا في هذه الحالة لقوله تعالى في كتابه العزيز من سورة البقرة، الآية 229 "و لا يحل لكم ان تآخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا ان يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به". ولأن ما تقتدي به نفسها مع ذلك عوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحق أخذه منها للنهي عنه، والنهي نقيض الفساد.¹

من خلال التعاريف السابقة و التي و ان اختلفت في بعض الجزئيات الا انها اتفقتحول المعنى العام و هو حصول الفرقة بين الزوجين و برضاها ما بعوض تدفعه الزوجة لزوجها, و هو بذلك يختلف عن الطلاق والذي يكون بالإرادة المنفردة للزوج وتتحل به الرابطة الزوجية دون عوض، والملاحظ مما سبق كذلك أن كل التعاريف ركزت على مبدأ الرضائية في مسألة الخلع، إلا أنه وبتفحصنا لما جاء به بعض الفقهاء نلاحظ أن مسألة الرضائية ليست ضرورية حيث يمكن للزوجة أن تخالع زوجها دون حاجة لرضاه حيث كرهت العيش معه لكن بشرط تقديم العوض وهو ما جاء به ابن رشد الحفيد مسندا لذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك ما اخذ به المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الأسرة من خلال الأمر 02/05 حيث نستخلص من م54 منه بأن الخلع عقد معاوضة بين الزوجين شرع لمصلحة الزوجة لغرض إنهاء الحياة الزوجية و بإرادتها المنفردة ودون موافقة الزوج مقابل عوض أو مبلغ من المال تقدمه لزوجها.

¹ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 106.

وهو بهذا المفهوم يختلف عن الطلاق الذي يكون بالإرادة المنفردة للزوج، وكذا التطلق الذي تلجأ إليه الزوجة بتوافر احد الأسباب المنصوص عليها في نص المادة 53 من قانون الأسرة.¹

ولا يوجد ما يقابل هذا المصلح في تشريعات الدول التي لا تدين بالدين الاسلامي ومنها التشريع الفرنسي والذي نجد فيه ما يعرف بالطلاق للخطأ، وهو أن يحكم بالطلاق لأحد الزوجين نتيجة لوجود خطأ من الطرف الآخر، كأن يترك أحدهما منزل الزوجية مثلا، غير انه مهما كان نوع الطلاق فانه ينبغي أن يصدر بشأنه حكم قضائي حتى وإن تعلق الأمر بطلاق التراضي.²

وكذا الانفصال الجسماني، والذي لا يؤدي إلى زوال الرابطة الزوجية، بل كل ما في الأمر أنه يضع حدا للعيش المشترك، وتبعا لذلك ينتهي الاشتراك المالي أيضا. ويمكن للزوجين البقاء في حالة انفصال جسماني إلى غاية وفاة أحدهما، كما يمكنهما، أيضا أن يتبعا الانفصال الجسماني بطلاق³.

2- مشروعية حكم الخلع في الشريعة الاسلامية و التشريع المتعلق بشؤون الأسرة :

يستمد الخلع مشروعيته من القرءان الكريم والسنة النبوية وما أجمع عليه الفقهاء المسلمين، وحدثت جل تشريعات الدول الإسلامية حدو الشريعة الإسلامية بإجازاتها للخلع في قوانينها وتشريعاتها المتعلقة بالأحوال الشخصية.

¹ صغيري سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطلق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم الإسلامية، قانون الخاص، قانون الأسرة، 2014-2015، ص 154.

² صغيري سمية، المرجع السابق، ص 154.

³ نفس المرجع، ص 155.

1- مشروعية الخلع في الشريعة الإسلامية

1- القرآن الكريم.

لقد ثبتت مشروعية الخلع في القرآن الكريم ومنه قوله تعالى "الطلاق مرتان فإمساك
بمعروف أو تصريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا
يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله
فلا تعدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"¹

الآية الكريمة ذكرت الطلاق الذي بيد الرجل وهو حق من حقوقه وله أن يستعمله
في حدود ما شرع الله، فإن كانت الكراهية من جهة المرأة فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من
الزوجية بطريق الخلع، بأن تعطي الزوج ما كانت أخذته منه باسم الزوجية، وله أن يأخذ من
زوجته مالا لتملك عصمتها.

وفي أخذ الزوج الفدية عدل وإنصاف، إذ أنه هو الذي أعطاه المهر و كذلك تكاليف
الزواج و الزفاف وأنفق عليها، وهي التي طالبت بجل العصمة و بذلك كان من الإنصاف أن
ترجع له ما أخذت منه²

وجاء في تفسير ابن كثير لقوله تعالى "و لا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا
إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله"³

¹ شافعة لمياء، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دراسة
تأصيلية تحليلية، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، قانون الخاص، قانون الأسرة، 2000-2001،
ص 103.

² صغيري سمية، المرجع السابق، ص 160.

³ شافية لمياء، المرجع السابق، ص 155.

أنه إذا تشاقق الزوجان ولم تقم الزوجة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدم على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاهها ولا حرج عليها في بذلها له ولا حرج عليه في قبول ذلك منه¹.

2- السنة النبوية.

عن أبي عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت "يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ودين و لكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): أتريدين عليه حديقته فقالت: نعم فقال رسول الله (صلى هلا عليه وسلم): أقبل الحديقة و طلقها تطليقه «وفي رواية أمره بطلاقها وهذا أول خلع في الإسلام.

ومعنى قولها أكره الكفر في الإسلام: أي أكره الإقامة عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر و المراد ما يضاد الإسلام من النشوز وبغض الزوج ونحوه².

3- الإجماع.

اتفق جميع الفقهاء على جواز الخلع ولم يخالف منهم سوى أبوبكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه وقال: إن أية الخلع منسوخة بقوله تعالى "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأنتيم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتانا وإثما مبينا"³.

والحق أنه لا يوجد تعارض بين الآيتين حتى نلجأ إلى النسخ لذلك قال النحاس دافعا عن القول بالنسخ: قول شاذ خارج عن الإجماع لشذوذه و ليست إحدى الآيتين دافعة للأخرى فيقع النسخ أن قوله تعالى "فإن خفتم" الآية ليست بمزاله بأية "وإن أردتم استبدال

¹ نفس المرجع، ص 157.

² زودة عمر، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن، مذكرة ماجستير، تخصص عقود المسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2000-2021، ص 104.

³ شافعة لمياء، المرجع السابق، ص 167.

زوج" لأنهما إذا خافا هذا لم يدخل الزوج في قوله تعالى "وإن أريتم استبدال زوج مكان زوج" لأن هذا للرجال خاصة: وقال الطبري الآية محكمة.

فكل من الآيتين مقصورة الحكم على حال مذكورة فيها ومن ثم ينتفي التعارض، وقد استقر الإجماع على مشروعية الخلع لثبوت مشروعية في القران الكريم و السنة النبوية¹.

ب- مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري

نص كل من القانون 11/84 والأمر 02/ 05 المعدل له و المتعلقين بقانون الأسرة على مشروعية الخلع بالرغم من اختلافها حول كونه حق أو رخصة

.حيث أعتبر القانون 11/ 84 .الخلع رخصة للزوجة تلجأ له الزوجة، لكن بموافقة زوجها مقابل عوض تدفعه له، و بالتالي كان مفهوم الخلع في هذا القانون على أنه عبارة عن عقد اتفاقي بين الزوجين، ينعقد عادة بعرض الزوجة مبلغ معلوم من المال إلى زوجها مقابل تطبيقها، مع قبول الزوج هذا العرض والطلاق، وهذا يعني أن الخلع طالق رضائي مقابل مال تقدمه الزوجة إلى زوجها من اجل أن تتخلص من رباط الزوجية دون نزاع او مخاصمة

.في حين وافق الامر 02/ 05 القانون 11/ 84 في جواز الخلع إلا أنه ارتقى به من كونه رخصة للزوجة يتوقف على رضائية الزوج، إلى حق أصيل، وذلك ما أثبتته من خلال نص م54" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما ال يتجاوز صدق المثل وقت صدورا لحكم".

¹ نفس المرجع، ص 114.

كما نصت المادة 48 من الأمر 02/05 وعرفت الطلاق على أنه "حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج، بتراضي الزوجين¹، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53/ 54 من هذا القانون".

و يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري، أجاز للزوجة أن تلجأ إلى طلب الخلع في حالة كرهها للزوج لأن الخلع شرع للكره عكس التطليق الذي شرع للضرر.

. و بذلك يكون المشرع أخذ بالخلع عمال بأحكام الشريعة الإسلامية، اقتداء بها كغيره من التشريعات الإسلامية الأخرى، وقصد به حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مبلغ مالي تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها، و يكون ذلك بإرادتها المنفردة دون ان يتوقف استغلال ذلك الحق على موافقة من الزوج.

¹ المادة 48 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المطلب الثاني: مفهوم الخلع في القانون والاجتهاد القضائي

إذا ما جلبت لهل اضرار مادية أو معنوية .حيث تصبح لا تطيق معاشرة زوجها، و ترى في استمرار العلاقة زيادة في البغض و الكراهية. ففتحت لها بابا لنوع من الطلاق تتخلص فيه من الرابطة الزوجية ، اذا أثبتت ذلك عند توافر الأسباب المنصوص عليها شرعا و قانونا. و هو "باب الخلع" نحاول ان نعطي مفهوم للخلع في القانون الاسرة في "الفرع الأول"، وفي الاجتهاد القضائي في "الفرع الثاني".

الفرع الأول: تعريف الخلع في القانون الاسرة الجزائري

بالرجوع الى نصوص قانون الاسرة الجزائري في الفصل الأول المعنون بالطلاق نجد أن المشرع لم يورد أي تعريف بخصوص التطلاق لكنه¹ اكتفى بذكر أسبابه في المادة 53 و عند التمعن في المواد من 48 و ما يليها نجد ان المادة 48 نصت على أنه: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج او بتراضي الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون" من خلال نص المادة 48 السالفة الذكر نتوصل الى انها أعطت مفهوم الطلاق و ضمت التطلاق و الخلع تحت مفهوم واحد رغم ان الطلاق يكون بإرادة الزوج اما التطلاق و الخلع فهو بإرادة الزوجة عن طريق القاضي اذا اثبتت سببا مشروعاً جعل الحياة الزوجية مستحيلة من اجل التيسير على الناس تجنباً للحرع و تماشياً و روح الإسلام السمحة².

بالرجوع الى نص المادة 48 السالفة الذكر يستنبط ان الخلع هو طريق لحل عقدة النكاح و ذلك عن طريق دفع مبلغ مالي للزوج دون حاجة لموافقة ، لكن في حالة الاختلاف في

¹محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري (دكتوراه تخصص فقه واصوله ، باتنة ، جامعة الحاج لخضر 2008 ، 2009/ص636

² وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته ، سوريا ، دمشق ، دار الفكر ، ج7، ط2، 1985م ، ص509

العوض يحكم القاضي بصدق المثل وقت صدور الحكم أو هو فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة بناء على حكم القاضي مقابل مال تدفعه للزوج دون اشتراط موافقته و في حالة التنازع على المقابل يحطم القاضي بما لا يجوز مهر المثل وقت صدور الحكم.

و بهذا جعل دور القاضي محصور في التدخل من أجل تحديد قيمة العوض المالي فقط و ذلك عند عدم اتفاق الزوجين. وبالتالي ارتقى دون مراعاة موافقة الزوج ، و هو ما أكده اجتهاد المشرع بالخلع ليجعله حقا اصيلا للزوجة أعطت معنى للخلع كالاتي :المحكمة في الملف رقم 33680 بتاريخ 2005/07/13 "إن الخلع ليس بعد رضائي ،و موافقة الزوج غير ضرورية فيه، و للزوجة وحدها الحق في مخالفته".

الفرع الثاني تعريف الخلع في مفهوم الاجتهاد القضائي

لقد نص المشرع الجزائري على الخلع في المادة 54 من الامر 02/05 انه " يجوز دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها بمقابل مالي ، اذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قسمة صدق المثل وقت صدور الحكم " ، وبالرجوع لنص المادة 48 السالفة الذكر يستتبط ان الخلع (هو طريق لحل عقدة النكاح ، وذلك عن طريق دفع مقابل مال تدفعه للزوج دون اشتراط موافقته وفي حالة التنازع على المقابل يحكم القاضي بما لا يتجاوز مهر المثل وقت صدور الحكم) . وبهذا جعل دور القاضي محصور في التدخل من اجل تحديد قيمة العوض المالي فقط وذلك عند عدم اتفاق الزوجين ، وبالتالي ارتقى دون مراعاة موافقة الزوج ، وهو ما أكده اجتهاد المشرع بالخلع ليجعله حقا اصيلا للزوجة أعطت معنى للخلع كالاتي المحكمة في الملف رقم 33680 بتاريخ 2005/07/13 "ان الخلع ليس بعد رضائي ، وموافقة الزوج غير ضرورية فيه ، وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها ". اما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروض

فأئن لا يشكل مانعا للحكم بالخلع . وهو ما جاء موافقا للمادة 54 المعدلة بموجب الامر
102/25¹

ولقد كان سابقا بموجب القانون 11/84 في المادة 54 يشترط موافقة الزوج كما يلي " يجوز
للزوجة ان تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شئ يحكم
القاضي بما لا يتجاوز قسمة صداق المثل وقت الحكم" فقد كان الخلع رخصة للزوجة
وهو ما أكدته اجتهاد المحكمة العليا في الملف رقم 216239 بتاريخ 16/03/1999 الخلع

رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه² (.... إضافة
الى ذلك كان يعتبر الخلع طلاق بالتراضي تجب فيه موافقة الرجل ليقع ، مما دفع الى وضع
عدة تعريفات تدل على ذلك من بينها (الخلع عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف ، شرع
لمصلحة الزوجة غايته انتهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض احد الزوجين ،
وقبول الاخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعا تدفعه الزوجة ، فينتقان على
نوعه او مقداره في جلسة الحكم ، او يحدده القاضي وهو ما جاء موافقا له في القرار رقم
51728 بما لا يتجاوز داق المثل وقت الحكم (بتاريخ 21/11/1988 ، الذي جاء فيه
"من المقرر فقها وقضاء ان قبول الزوج للخلع امر وجوبي ، وان ليس للقاضي سلطة
مخالفة الزوجين دون رضا الزوج ، ومن ثمة فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا
لأحكام الفقه... لكن هذا التعريف والاجتهاد يتناقض مع اجتهاد المحكمة العليا في قرارات
أخرى ودليل ذلك في الملف رقم 83603 بتاريخ 21/07/1992 حيث جاء فيه / "ان المادة
54 من قانون الاسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ،

¹ حمد إبراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ، مرجع سابق ص، 251 قرار رقم 656259 بتاريخ 15/09/2011 الخلع حق
ارادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج مجلة قضائية 2012 عدد1 غرفة الأحوال الشخصية

² قرار 216239 بتاريخ 16/03/1999 ، مجلة قضائية 2001، عدد خاص ، غرفة الأحوال الشخصية ص138

وانه في حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على الا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم دون الالتفات الى عدم قبول الزوج بالخلع، وأن قضاة الموضوع لما بتطبيق الزوجة خلعا.

وكذلك الملف رقم 216239 بتاريخ 16/03/1999 الذي جاء فيه ان: "الخلع رخصة للزوجة لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ، وان قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون .)

الملاحظ في هذا الشأن: ان المشرع حاول التقليل من التناقض الذي حصل عن القضاة عند اصدار احكامهم، وذلك بتعديل نص المادة 54 والنص بصراحة على عدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع بان يكون هناك ايجاب وقبول بمعنى الصيغة هو تقييد للحق الممنوح للمرأة في طلب الخلع، وحتى لا يتعسف الزوج في استعمال حقة في الرضا مما يفتح المجال الى الابتزاز والاستغلال.

المبحث الثاني : المقاصد الشرعية وحكمة مشروعية الخلع

لتشريع الخلع في الاسلام معان ومقاصد سامية يهدف الى تحقيقها ، كإعطاء المرأة حق دفع الضرر عن نفسها ومنع تعسف الزوج عندما تتأكد من ان بعلمها انما يمسك بها اضرازا وعدونا ، وليس احسانا ومودة ، فاقيم العدل بينهما بان جعل للزوج حث الطلاق في مقابله حق الخلع للزوجة ، ويكون هذا الخير اما طلاقا او فسخا وهو مجال خلاف فقهي يستوجب التطرف له ، كما يثور التساؤل حول هل الحكم الصادر بشأن الخلع كاشف او منشى ؟
تقتضي دراسة هذه المسألة في نقطتين الأولى نوع الفرقة الواقعة بسبب الخلع في الفقه الإسلامي ، والمطلب الأول " ثم عند المشرع الجزائري " المطلب الجزائري "

المطلب الأول : المقاصد الشرعية للخلع في مفهوم الشريعة الإسلامية

لقد اختلف الفقهاء في هذا الشأن وانقسموا الى فريقين، نحاول من خلال الدراسة ان نبينها في نقطتين، الأولى، فريق يعتبر الخلع طلاقا " الفرع الأول " ، أما الثانية ، فريق يعتبر الخلع فسخا " الفرع الثاني " .

الفرع الأول : الخلع يعد طلاقا

وهو ما جاء به جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية في الجديد، والمالكية والحنابلة في احدى الروايتين بحيث يرون الخلع يعد طلاقا، حيث اعتبروا الخلع طلقة بائنة، وذلك على النحو ما قالوه في هذا الشأن:

أولاً: الحنفية :

فقد جاء في تحفة الفقهاء ان الخلع طلاق عندنا "عند الحنفية" وقال الشافعي هو فسخ في أحد القولين¹ وفي كتاب "كنز الدقائق" الخلع هو الفصل من النكاح والواقع بها طلاق بائن، ولزمها المال² فالخلع تطليقه بائنة والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه .

ثانياً: الشافعية:

يصح الخلع بلفظ الطلاق والخلع ، فان كان بلفظ الطلاق فهو طلاق ، وان كان بلفظ الخلع والمفاداة والفسخ ، فان نوى به الطلاق فهو طلاق وان لم ينوى به الطلاق ففيه ثلاثة اقوال احدهما انه طلاق والثاني انه فسخ والثالث انه ليس بشيء ولا يصح الخلع الا بنكر العوض³.

ثالثاً: المالكية:

جاء في كتاب القوانين الفقهية " تقع بذلك الخلع طلقة بائنة وقد فرق المالكية بين الخلع على مال والخلع دون مال، فالخلع على مال حكمه البينونة لان المرأة ان اعطته المال على ذلك وهذا هو المعروف، وعكسه الخلع من غير بدل⁴.

¹ عبد الرحمان بن محمد بن سلمان الكلبي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى بحر لبنان ، بيروت ، لبنان ، دار الكتاب ، العلمية ج21998 ، ص102

² سراج الدين عمر بن براهيم ابن الحنفي ، الفائق شرح كنز الدقائق ، ج2، ص294

³ إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي ، التنبيه في الفقه الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت ، 1998 ، ص17

⁴ خليل بن إسحاق المالكي ، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في الفقه الامام المالك ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، بيروت ، 2003 ، ص 421

رابعاً: الحنابلة

للإمام احمد روايتان ، احدهما تثبت ان الخلع طلاق فقد جاء في كتاب الخلع طلاق بائن فليس للزوج عليها رجعة فقه الدليل في شرح التسهيل الا برضاها وعقد جديد ، فلو كان لزوجها رجعة في العدة لم يكن لدفع العوض معنى ، ولان القصد إزالة¹

الفرع الثاني : الخلع يعد فسخا

ذهب اليه فقهاء الشافعية في القديم واحدى الروايتين احمد بن حنبل وابن تيمية واجمعوا بان فسخ لان اقترانه بالعوض يخرج من دائرة الطلاق

فقد قال ابن تيمية الخلع لا ينقص من عدد الطلقات ولو وقع بلفظ الطلاق او نيته كما قال ، وهذا القول الذي ذكرناه من ان الخلع فسخ تبين به المرأة باي لفظ كان هو الصحيح الذي تدل عليه النصوص والأصول (ثم أضاف (فاذا نوى ان يكون - أي الخلع - من الثلاث فقد نوى باللفظ ما لا يتحمله ، كما لو نوى بالخلع ان تحرم عليه حتى تتكح زوجا غيره فتعتبر هذا الحكم باطل كذلك بنية ان تكون من ثلاث باطل²

حجية هذا التفريق من الكتاب أولا ، يكمن تعقيب الخلع بعد ذكر الطلقتين يقضي ان يكون طلقة رابعة لوكلن الخلع طلاقا ، كما علق حكم الخلع يسمى الفدية لأنه ذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها يقيد بلفظ معين ، فحيث وجد هذا المعنى - وهو الافتداء - فهو خلعا بمعنى الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات³

¹ سراج الدين عمر بن إبراهيم ابن الحنفي ، المرجع السابق ، ص196

² عياض بن غوث بن جزء الحارثي اختيارات شيخ الإسلام بن تيمية الفقيه ، المملكة العربية الكريتية ، رياض كنوز اشيليا ، ج9، 2009، ص22

³ حسب الاية الكريمة 229 من سورة البقرة

اما من السنة فقد جاء في السنن الكبرى كل شئ اجازه المال فليس بطلاق القول الرجح هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء لقوة ادلتهم ، اذ ان الخلع طلاق بائن¹ ، لان مقتضى الافتداء يجب ان يكون طلاقا بائنا ، كون الزوجة حينما تتصرف وتبذل مالها لكن تخلص نفسها من عقد النكاح وقيده الذي لا تطيق الاستمرار فيه ، وهذا القيد لا ينفك الا بالطلاق البائن ، وفضلا عن ذلك فان الباعث الدافع الى مشروعية الخلع غالبا هو رفع النشوز القائم من الزوجين ، مع الحذر من التقصير في إقامة حدود الله ، وهذا لا يمكن تحقيقه الا اعتبار الخلع طلاقا بائنا يسد الباب بوجه الزوج لمنع الرجعة والدخول في جحيم المأساة مرة أخرى ، وتظهر ثمرة الخلاف في ان أصحاب القول الأول في انهم يوقعون به طلقة بائنة تحتسب من عدد الطلقات ، اما الذين يقولون بانه فسخ فانهم يرون انها لا تحرم عليه وان خلعا مرة كما تترتب اثار مختلفة حسب كل رأي².

¹ برهان الدين إبراهيم بن محمد بن ابي بكر بن أيوب بن القيم جوزية، المسائل الفقهية من اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية ، تحقيق احمد موافي ، المملكة العربية السعودية ومصر ، دار ابن القيم وابن عفان ط12007م/1428هـ ، ص22

² الحارثي ، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، كنوز اشيليا

ج9ط2009، 1م/1430هـ، ص 22

المطلب الثاني: مقاصد الشرعية للخلع في مفهوم القانون الجزائري

الفرع الأول: نوع الفرقة الواقعة بسبب الخلع عند المشرع الجزائري

بالرجوع الى نص المادة 54 "يجوز دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، " لا أجد على أي لفظ بخصوص نوع الفرقة الواقعة بسبب الخلع. اتعد فرقة طلاق ام فسخ؟ مما يحتم اللجوء الى مواد أخرى متفرقة من الامر 02/05 ، كالمواد 33 فقرة 02 و 34 اللذان جاءا بحالات الفسخ وهي حالة قبل الدخول اذا تم الزواج بدون شاهدين او صداق او ولي في حالة وجوده، او حالة الزواج بالمحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، والخلع ليس من ضمنهما ودليل ذلك ما جاء في المادة 48 من قانون الاسرة " مع مراعاة احكام المادة 48 ادناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ، او بتراضي الزوجين، او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون " فالمشرع اعتبرها مسلك من مسالك الطلاق ، فلا يتم ايقاعه الا في عقد زواج صحيح قائم بذاته يتوافر فيه ركنه وكل شروطه المادة 09 و 09 مكرر ، وعند التطرق الى نص المادة 49 من قانون الاسرة " لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته ثلاثة (03) اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح ، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ".....يفهم ان الخلع هو طلاق لا يثبت الا بحكم بعد اجراء عدة محاولات للصلح كونه اجراء جوهري سبق التطرق له في التطبيق ومتمى تم الحكم بالخلع دون اجراء الصلح كان هذا الحكم معرضا للطعن. وهو ما اثبته قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه¹ : من المقرر قانونا ان الطلاق -الخلع- لا يثبت الا بحكم بعد محاولة الصلح بين الطرفين - لا

¹ ملف رقم 477546 بتاريخ 2009/01/14، مجلة 2009، عدد2، ص 279

يقوم الابن الطرفين المتنازعين ، ولا يصح فيه النيابة ، ومتى تبين ان هذا الاجراء قام به شخص اخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور، وخط في تطبيق القانون . (فمتى تبين عدم القيام بالصلح في حدود 03 اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى المواد من 439 الى 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون مخالفا للمادة 49 من قانون الاسرة¹ .

ان القضاء بالتطليق خلعا دون اجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الاسرة (والصلح الأصل فيه ان يباشر القاضي بنفسه في حدود ثلاثة اشهر بحضور الزوجين كما جاء في الملف رقم 474956 بتاريخ 2009/01/14) :يجب على الزوج الطالب لفك الرابطة الزوجية ، حضور جلسة الصلح شخصيا تحت طائلة الرفض²، لان محاولات الصلح في دعاوى الطلاق تتم وجوبا امام المحكمة فقط 2 دعوات مصداقا لما جاء في المادة 56 فقرة 02 من قانون الاسرة يمكن له ان يسند هذه المهمة الى حكمين " يعين القاضي الحكمين ، حكما من اهل الزوج وحكما من اهل الزوجة وعلى هذين الحكمين ان يقدموا تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين . " وبالرجوع الى المادة 50 من قانون الاسرة التي تنص على ان " من راجع زوجته اثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد " . فهي تتكلم عن الطلاق البائن و الرجعي، ويستشف منها انه عند الحكم بالخلع على اعتبار انه طلاق يكون الطلاق بائنا وليس رجعي حيث لتتم المراجعة لا بد من ابرام عقد زواج جديد اذا تم ايقاعه بعد اجراء عدة محاولات صلح في مدة لا تتجاوز 03 اشهر .

¹ قرار رقم 417622 بتاريخ 2008/01/16، م، ق، 2009 ع02، ص115

² صغيري سمية ، المرجع السابق، ص 157

الفرع الثاني: طبيعة الحكم الصادر بشأن الخلع في القانون الجزائري

تعد الاحكام القضائية التي يصدرها قضاة المحاكم هي احكام ابتدائية تقبل الطعن بالطرق العادية وغير العادية. المادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويشترط ان يكون معللا بالأسباب وموقع عليه وفقا لما جاء في المواد 275 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ولا يعدوان يكون الحكم القضائي: حكما حضوريا (المادة 288 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ولا يعدوان يكون الحكم القضائي، حكما حضوريا (المادة 288 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

او حكما غيابيا او معتبر حضوريا (المادة 292 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

او حكما فاصلا في الموضوع (المادة 296 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

فالحكم الحضوري هو ذلك الحكم الذي يحضره الخصوم شخصا او ممثلين بوكلائهم او محاميهم اثناء الخصومة

اما الحكم الغيابي هو الحكم الذي يحضر فيه المدعي او وكيله او محاميه ومحاميه رغم صحة التكليف بالحضور وهو غير قابل للمعارضة¹.

كما يمكن تقسيم الحكم القضائي الى حكم كاشف (تقريري) "أولا" او منشئ "ثانيا" او حكم الزامي.

¹ لمادة 295 من ق.ا.ج.م.ا

أولاً : الحكم بالخلع هو حكم كاشف "تقريري"

والاحكام المنشئة التي تدخل ضمن الدراسة فيقصد بها على التوالي :

الحكم التقريري ذلك الحكم الذي يؤكد وجود او عدم وجود الحق او المركز القانوني ، فبواسطته يتم ابراز الحق وهذا الحكم لا يمكن تنفيذه جبرا عكس الحكم الملزم لانه بمجرد صدوره تتحقق الغاية كونه حكم لا يمس باصل الحق فيغيره بل يبين وجوده القانوني من عدمه ، وهذا النوع من الاحكام لا يعترف له القانون باية قوق تنفيذية ، لانه يحقق الحماية دون الحاجة الى تنفيذ لان الهدف هو تحقيق اليقين بوجود الحق او المركز القانوني المدعى به دون الزام المحكوم عليه بأداء معين .

ثانيا : الحكم بالخلع هو حكم منشئ

هو حكم قد يغير مراكز اطراف الخصومة ، كما انه مرتبط ارتباطا وثيقا باستعمال الحق الارادي سواء كان استعمالا حرا وكاملا مرتبا لاثاره بمجرد ايقاعه من صاحبه ، او استعمالا مقيدا لا يرتب أي اثر اوجزه منه الا اذا استوفى القيد القانوني ، وهذه الاحكام تحقق الحماية القانونية بذاتها بمجرد صدورها ، ودون الحاجة الى أجزاء لتنفيذها تعتبر سندات تنفيذية وتختلف الاحكام التقريرية (الكاشفة) عن الاحكام المنشئة في كون هذه الأخيرة تكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة خلافا للأحكام الكاشفة تكون سلطته محدودة ومما سبق ذكره : يمكن تحديد طبيعة حكم التطبيق والخلع حسب قناعة الباحث كالآتي :

فبالنسبة لحكم التطبيق هو حكم كاشف لأنه بمجرد صدوره تتخلص الزوجة من الرابطة الزوجية التي كانت قائمة بينها وبين زوجها ، لان القضاء يساهم في الكشف عن رغبة المرأة في تقرير انهاء الرباط القائم بينها وبين زوجها ، لتوافر أسباب محددة ، يتبع القاضي إجراءات الكشف عنها ، كونها محددة بموجب القانون في المادة 53منه خاصة في حالة الضرر والشقاق المستمر

اما بالنسبة لحكم الخلع فهو حكم منشئ لان ما ذهبت اليه المحكمة العليا بشأن الخلع وذلك بانه حق الزوجة لوحدھا لا يشترط فيه موافقة الزوج . (وكذلك القرار رقم 367091 بتاريخ 1985/04/22 الذي جاء فيه) من المقرر شرعا وقانونا ان الخلع حق خولته الشرعية الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا بهذا يتجسد ان المرأة قد أصبحت تتمتع بحق ارادي يترتب عليه اثر قانوني يتمثل في انشاء او انقضاء مركز قانوني لا يترتب الا لصاحب الحق في مواجهة الطرف الاخر فيصبح هذا الأخير خاضعا للأثر رغم ارادته¹.

¹ صغيري سمية، المرجع السابق، ص 160.

الفصل الثاني:

موافقة الزوج على الخلع

في القانون الأسرة

والقضاء الجزائري

المبحث الأول: موقف المشرع الجزائري من مسألة موافقة الزوج على الخلع

يقتضي تناول في هذه النقطة الحكم موافقة الزوج على الخلع في القانون الجزائري "المطلب الأول" ثم تناول شروط الواجب توافرها في الزوج والزوجة لقبول الخلع في القانون الجزائري "المطلب الثاني".

المطلب الأول: حكم موافقة الزوج على الخلع في القانون الجزائري

يقتضي تناول في هذه النقطة الحكم هو فقط الزوجة على الخلع في القانون الجزائري "الفرع الأول" شروط الواجب توافرها في الزوج والزوجة لقبول الخلع في القانون الجزائري "الفرع الثاني"

الفرع الأول: حكم موافقة الزوج على الخلع في قانون الأسرة

أخذ المشرع الجزائري كغيره من المشرعين العرب بالخلع في القانون رقم 84 / 11 في المادة 54 من هو والتي تم تعديلها في 2005 وكانت المادة 54 قبل تعديلها تنص على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". الظاهر من هذه المادة أن المشرع الجزائري سكت عن تحديد طبيعة الخلع في ما إذا كان حقا للزوجة وهو عقد رضائي يستلزم موافقة الزوج باعتباره عقدا هي النتيجة تستعمله بإرادتها المنفردة أم أن الذي ذهب إليه شراح قانون الأسرة وقضاة المحكمة العليا خاصة في السنوات الأولى من صدور قانون الأسرة حيث اعتبر قضاة المحكمة العليا الخلع عقدا قضائيا بين الزوجين ولا بد فيه من موافقة الزوج¹ معدل المشرع الجزائري المادة 54 من قانون الأسرة الخاصة بالخلع بالأمر 02/05 فأصبحت كتالي "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل

¹ المحكمة العليا، ملف رقم 51728، بتاريخ 21/11/1988، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 3، ص 72.

وقت صدور الحكم فالمشرع الجزائري قد ارتقى بالخلع ليجعل منه اصيلا للزوجة دون موافقة الزوج مقابل حق الزوج في الطلاق بعد أن كانت رخصة تعملها الزوجة عند الحاجة لذلك ففي نظر المشرع أن ربط الخلع برضا الزوج هو تقييد للحق الممنوح للمرأة في طلب الخلع و حتى لا يتعسف الزوج في استعمال حقه في الرضا مما يفتح باب الابتزاز والاستغلال والمالغ ايضا ان تعديل المادة أصبح يوجب على القاضي أن يحكم للزوجة بالتطبيق مقابل مال تحت تسمية خلع بمجرد طلبه وفي مجرد عرض مبلغ من المال مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج أو عدم موافقته وتبعاً لذلك فإن التعديل الحالي لم يهمل فقط إرادة الزوج في مسألة الخلع وإنما إهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة "على أنه إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" ومن ثم فلا عبرة بعدم قبول الزوج وأنه يجوز للقاضي في مثل هذه الحال أن يترك إرادة الزوج جانبا وأن يحكم للزوج بمبلغ لا يجوز أن يتجاوز قيمة صداق مثل صدور الحكم.

الفرع الثاني: في مادة الخلع في القانون الجزائري

- ما يلاحظ على موقف قانون الأسرة الجزائري في المادة 54 الخاصة بالخلع ما يلي:
- إن المشرع الجزائري اختصر موضوع الخلع في في مادة واحدة كانت قبل التعديل فقرة واحدة وأصبحت بعده فقرتين قصيرتين، تخص الاولى حق الزوجة في المخالعة دون موافقة الزوج، و تخص الثانية تدخل القاضي لتحديد مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه.
 - إن مادة واحدة مقتضبة في الخلع ليست كافية وهي تقرر حقا أساسيا للمرأة مما له من الأهمية والحساسية ما يستدعي تخصيص أكثر من مادة للتعرض لشروط الالتجاء إليه، وربما وضع بعض القيود حتى لا تستعمله المرأة دون وجه الحق.

وهو الخوف ألا تقيم حدود الجانب النفسي الذي من أجله أمر الرسول ثابت بن قيس أن يعطل أهلا في المشرع الجزائري لم يذكر حتى هذا الضابط.

• إن المشرع الجزائري لم يذكر أي شرط يخص طرفي المخالعة وهذا طبعا يستدعي تطبيق القواعد العامة في الطلاق و لكن الخلع عنصر الإضافي لا يوجد في الطلاق أو التطلق وهو دفع المقابل المالي فكان لا بد أن يذكر شابه أهلية الزوجة في الالتزام بالبدل¹

• لم يتعرض المشرع الجزائري للأمور التي لا ينبغي أن تكون بدلا من الخلع كعدم جواز التنازل عن حضانة الأولاد أو نفقتهم.

• لم يتعرض المشرع الجزائري للإجراءات الخاصة التي يجب على القاضي أن يسلكها للصلح بين الزوجين وأخص بالذكر تعيين حكيمين لمحاولة الصلح قبل الحكم بالخلع وهذا لا يعني عدم تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تخص ضرورة اللجوء القاضي إلى محاولات الصلح قبل الحكم بالطلاق وهذا ما أكده القرار المؤرخ في 14 / 01 / 2009 والذي قضى بأن القضاء قضى بالتطبيق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفين النزاع مخالفة لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة وما عدا ذلك لا توجد الا الفقرة 05 من المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي " يعين القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة".

¹ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 81 وما بعدها.

المطلب الثاني: شروط الواجب توفرها في الزوج والزوجة لقبول الخلع في القانون الجزائري

الفرع الأول: الشروط العامة المتفق عليها قانونا وفقها

لم يرد في نص المادة 54 من قانون الأسرة ذكر الشروط الواجب توافرها في كل من الزوج والزوجة الراغبين في الخلع إلا أنه بالرجوع إلى المواد المتفرقة من الأمر 05/02 يمكن أن نستخلص من بعض الأحكام ما يلي:

- بما أن الخلع هو تصرف المال مصحوب بتصرف شخصي تتوفر فيه الإرادة الحرة وذلك لما جاء في نص المادة صف 7 من الأمر 05/02 "بمعنى أنه يشترط توافر الأهلية الكاملة تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج بمعنى أنه إذا كان الزوج أو الزوجة راغبين في الخلع فهما حتما اما لهما أهلية 19 سنة كاملة أو مرشدين لهما أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات المادة 07 السالفة الذكر حاليا من أي عيب من عيوب وإلا عدت تصرفات احدهما أو كلاهما باطله طبقا للمادة 81 من قانون الأسرة في المواد من 82 إلى 85 من الأمر 05 /102. المادة 40 من القانون المدني" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية"¹
- وبما أن الخلع تصرف قانوني له أثر مالي يتمثل في إعطاء وقبول بدل خلع فهو بحاجة إلى أهلي التصرف والتبرع وفقدانها ونقصانها ينوب عنهما المادة 81، لأن العوض المالي في الخلع من قبل التبرعات، المادة 210 من الأمر 05/02 .

وبهذا يمكن أن نستخلص أن المشرع في هذه المواد المتفرقة السالفة الذكر والتي حاولت جمعها يمكن تقديرها على المال كونه في حالة الحجر ينوب الولي أو الوصي أو مقدم من أجل

¹ جاء موافقا للمادة 15 من الفقرة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، رقم 180 /34، ديسمبر 1979، والتي تنص على "أنها تمنح الدول المرأة أهلية قانونية" ص 15.

التصرف فيه في حدود النفع فقط لكن لا نفهم منها ما هي شروط الزوج أو الزوجة المحجور عليهما في حال الخلع، وهل يمكن أن ينوب عنهما الولي أم لا؟ وتمكن الاجابة حسب رأي الباحث أنه يمكن قبوله الخلع الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج إذا وجدت فيه مصلحته مراعاة لنص المادة 07 من الأمر 05/02 والمذهب المالكي لان من لا يمكنه الطلاق إلا بإذن قبل بلوغ سن الرشد وفقا للقواعد الفقهية "كل من صحة طلاقه صح خلعها" بمعنى يمكن للولي الإنابة من أجل الخلع متى توفرت المصلحة أو دعت إليه الضرورة إما بخصوص الخلع في مرض الموت فلا أجد أي نص مما يتعين اللجوء إلى المادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه أحكام الشريعة الإسلامية" وبالتالي يفهم أن بالنسبة لعرض الزوجة المريضة مرض الموت للمختلعة فهو مقبول لأنها أهل للتصرفات المالية كون المرض لا يوجد الحجر إلا إذا كان له تأثير على العقل وفي حالة وفاتها يكون البديل في حدود الثلث لأن البديل في الخلع بالنسبة للزوجة يأخذ حكم الهبة تطبق عليه أحكام المادة 204 من الأمر 05/02 في هذه الحالة¹ لأن العوض ركن في الخلع وهو يقدر حسب اتفاق الزوجين أن لا يتجاوز المهر المقدم من قبل الزوج اما في حالتي ذكر أو عدم ذكر العوض حسب رأي الباحث يتماشى مع المذهب الشافعي لأن الخلع الأصل فيه أن المرأة تدفع مبلغا ماليا مقابل طلاقها فإن عقد البديل². أصبح الخلع كناية من كنايات الطلاق فالحكمة من وجود البديل تكمن في أن المتفق عليه أن الزوجة يمتلك البديل إذا كان التقصير والاعتداء الحامل لها على طلب الخلع من جهتها، سواء كان هذا البديل

¹ المادة 210 الفقرة 2 من الأمر 02/05: "إذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى حيازة من ينوب عنه قانونا"

² أطروحة الدكتوراه، ص 130.

مماثلا للمهر أو دونه أو أكثر منه وسبب ذلك أن الزوجة قد رضيت بدفع العوض المقرر مقابل موافقة الزوجة على إسقاط حقه في الإبقاء عليها¹.

أما عن موقف المشرع في كيفية تحديد مقدار البديل في الخلع فقد نص في المادة 54 من الأمر 05/02 على "أنه يجوز بدون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" أي أنه في حالة الاتفاق يمكن أن يكون أقل أو يساوي أو أكثر من الصداق بمعنى أن المشرع لم يحدد مقدار البديل إلا في حال عدم الاتفاق يحدده القاضي بصداق المثل وقت صدور الحكم بغيت منع الابتزاز والتعسف من قبل الزوج، و تكمن الحكمة في تحديد قيمة البديل في حالة عدم الاتفاق بوقف الحكم في أنه إذا حكم للزوج بصداقه الذي قدمه وقت العقد عليها فإنه قد لا يكون نصف الصداق المتعامل به وقت الحكم فلا يمكن للزوج المخلوع أن يكفل مقدار مهر الزوجة المستقبلية بدل التي خلعتة، وأكدت المحكمة العليا² ما يثبت إمكانية تحديد البديل من قبل الزوجة أو القاضي في قرارها الذي جاء فيه ما يلي "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالف نفسها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداقه مثل وقت الحكم".

إن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المالي وقدره وفي حالة عدم اتفافية ما يتدخل القاضي لتحديد على أن لا يتجاوز ذلك مثل وقت الحكم.

بالرجوع إلى حالة الخلع دون ذكر العوض الذي تطرق لها الفقهاء نص في نفس المادة 54 السالفة الذكر أنه يوجب ذكر البديل بمعنى لا يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها

¹ عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري النخعي، م- وافي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، ص 351.

² القرار رقم 83603 بتاريخ 21 / 7 / 1992، م.ق، ع3، 1993، ص 113.

بدون تقديم العوض آخذاً في ذلك بمذهب الإمام الشافعي، وفي حالة عدم الاتفاق يرجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في حدود مهر مثيلاتها وقت صدور الحكم هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار الملف رقم 2¹ جاء فيه ما يلي: "إن تحديد مبلغ الخلع عنصر أساسي في الطلاق بالخلع يحدده القاضي وجوباً في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه".

¹ قرار رقم 275497 بتاريخ 17/10/2006، المجلة القضائية، 2007، العدد 01، غرفة الأحوال الشخصية، ص 467.

المبحث الثاني: تصدي القضاء لمسألة موافقة الزوج على الخلع

نحاول في هذا المبحث التطرق الى الطبعة القانونية للخلع في قانون الأسرة في المطلب الأول، ثم تأرجح اجتهاد المحكمة العليا حول مسألة موافقة الزوج عليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تصدي القضاء لمسألة موافقة الزوج على الخلع بالنظر الى طبيعة القانونية للخلع في قانون الأسرة الجزائري.

يعتبر الخلع طريقة شرعية أباحها الشارع الحكيم الزوجة كارهة لعشرة زوجها من اجل التخلص من الحياة الزوجية التي استعصت عليها، وحدت كل القوانين والتشريعات الإسلامية حدو الشريعة الإسلامية بإجازة الخلع للزوج إلا أن هذه القوانين اختلفت من حيث تحديد الطبيعة القانونية للخلع ومن هذه التشريعات نجد المشرع الجزائري الذي عرف مرحلتين في تحديد رؤيته بشأن رضائية الخلع وعدم رضائية.

الفرع الأول: القانون 84 / 11 المؤرخ في 09 جوان 1984

لم يعترض المشرع إلى مسألة التكييف القانوني للخلع وإنما اكتفى بنص عام تمثل في نص المادة 54 والتي تنص على أنه يجوز للزوجة مخلعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداقه مثل وقت الحكم وكان الغموض سيد الموقف في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري كونها لم تحسن إذا كان الخلع حقا للزوجة تستعمله متى جاءت أن يخضع لقبول الزوج ورضاه حيث تحدثت المادة عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مبلغ من المال تقدم لزوجها كبديل فقط دون الخوض في مسألة الموافقة الزوج من عدمها وأمام هذا السكوت عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي جعل شراح القانون ينهلون من آراء الفقهاء وذلك استنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة انقسمت آراؤهم إلى قسمين:

أولاً: الخلع عقد رضائي

وهو الرأي الذي تبناه أغلب الشراح حيث قالوا مبدأ رضائية الخلع بدون موافقة الزوج وذلك ما هو واضح في مجمل كتاباتهم وفي هذا الصدد نجد عبد العزيز سعد في كتاب الزواج والطلاق في تعريف الخلع بأنه عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الاطراف ينعقد عادة بدفع الزوجة لمبلغ من المال مقابل طلاقها وقبول صريح من الزوج لهذا الغرض ول الطلاق هو تعريف مستمد من معنى المادة 54 من ق أ ج وهو يعني ان الخلع ليس الا طلاقاً رضائياً مقابله مال تقدمه الزوجة لزوجها او هو عقد من اجل ان تتخلص من رباط الزوجية دون نزاع او مخاصمه غير الاستاذ بالحاجة العربي اذا اتفق الزوج مع الزوجة ان تدفع له مبلغ من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك وقبول سمي هذا مخالعة¹.

ثانياً: الخلع غير الرضائي

وهو ما ذهب اليه القليل من شراح قانون الأسرة باعتبار انه يمكن للزوجة اللجوء الى الخلع دون موافقه زوجها حيث ان المشرع ركز في النص المادة 54 من ق أ ج فقط على ان يكون اتفاق طرفين منصبا على مالا للزوج وفي حال عدم الاتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الامر للقاضي².

كما رأى الاستاذ ان ملويا بانه يلاحظ من المادة 54 ان ازالة عقد النكاح بالخلع جائز للمرأة بإرادتها المنفردة ولا حاجه بصدور قبول من الزوج حيث ان الاتفاق بين الزوجين لا علاقة له بالخلع لكن بالمال المبتدأ به اي مقدار الذي تفتدي به الزوجة.

¹ عايض بن فدغو، وتحقيق: أحمد موافي، المملكة العربية السعودية ومصر، دار ابن القيم وابن عفان، ط 1، 2007، ص 22.

² شافعه لمياء، المرجع السابق، ص 155.

كما هو معلوم إثر هذه الآراء والمواقف على احكام وقرارات القضاء الى حين صدور الامر 05/02 الذي فصل بصفه نهائية معلنا وضع حد لهذا الاختلاف بنصه على عدم الرضائية الخلع الذي يمكن ان يحصل بطلب من الزوجة دون موافقه الزوج.

الفرع الثاني: الامر 05/02 المؤرخ في 27 فيفري 2005

اقر هذا الامر من خلال نص المادة 54 من ق أ ج بحق الزوجة في اللجوء الى الخلع متى شاءت وبدون موافقه الزوجة حيث نصه المادة 54 على ما يلي يجوز للزوجة دون موافقه الزوج ان اتخاذ على نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمه صداق المثلي وقت صدور الحكم.

ومن خلال نص المادة نلاحظ ان المشرع قد خالف من قال بان الخلع عقد الرضائي يشترط فيه موافقه الزوجة ورضاه في ذلك، ولذلك فان الخلع كالطلاق، لما كان بيد الرجل فانه لا ينظر فيه الى موافقه المرأة او عدم موافقتها في ذلك فكذلك الامر بالخلع بالنسبة للرجل فلا يعتد بعدم موافقته.

ومن ثم جاء نص المادة 54 المعدل واضحا مزيلا لكل غموض في انه لا يشترط موافقه الزوج في طلب الخلع لأنه لو كانت موافقته شرطا لكن بصدد طلاق بالتراضي خلع وعدم موافقه الزوج في دعوى الخلع هو الارجح والاولى بالأخذ، اوجه الاتفاق الى هو مقدار التعويض للخلع نفسه.

ومما سبق نلاحظ كيف ارتقى مفهوم الخلع من مجرد رخصه للزوجة الى حق اصيل لها والذي يمكنها اللجوء اليه متى جاءت دون ما حاجه الى رضا وموافقته الزوج.

المطلب الثاني: تأرجح اجتهاد المحكمة العليا حول مساله موافقه الزوج على الخلع

ظل القضاء الجزائري يعتبر الخلع عقدا رضائيا الى وقت ليس بالقصر، مستندا في ذلك الى اراء الفقهاء والتي شكلت الأغلبية في هذا الامر الى حين ظهور اجتهاد المخالفين اعتبر ان الخلع حق أصيل للزوجة.

لايخضع لرضاء الزوج، وبقي بذلك إخلاف القضائي سيد لموقف إلى حين تدخل المشرع والفصل نهائيا في هاته المسألة.

الفرع الأول: الإجتهد القديم للمحكمة العليا " الخلع عقد الرضاء". "موافقة الزوج عليه"

يتجلى ذلك من خلال تفحصنا لبعض قرارات المحكمة العليا ، واعترافها الصريح بكون الخلع ماهو عقد رضائي بين الزوجين، يتطلب لوقوعه رضاء الزوجة به، وهو ماتفسره جملة من قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن والتي تتعرض لأهميتها كما يلي:

- القرار الصادر في 12/03/1960 ، الذي يقضي أن الخلع" ليس الخلع في القانون إلا طلاق صادر عن إرادة الزوج المنفردة ، يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر بإتفاق الطرفين غير أن عرض الزوجة الخلع لا يخولها لأي حق ولا اثر له على إبقاء الروابط الزوجية اذا لم يرض به الزوج¹ .

- القرار المؤرخ في 11/06/1984 ملف رقم 33652 (خلع - تقديره - عقد رضائي - الحكم به تلقائيا- مخالفة الأحكام الشريعة الإسلامية) متى كان من المقرر شرعا أم الخلع يعتبر عقدا رضائيا. ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به تلقاء نفسه لأن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع".

¹ القرار الصادر في 12 مارس 1969، نقلا عن سمية صغيري، المرجع السابق ، ص 159.

- القرار المؤرخ في 1988/11/21 ملف رقم 51728 (خلع - تطليق على أساس الخلع - دون موافقة الزوج - الحكم به تلقائياً - مخالفة قواعد فقہته-) من المقرر فقہا وقضاء ان قبول الزوج للخلع أمر وجوبي ، وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة للزوجين دون رضا الزوج ومتى تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه. ومما سبق يتضح أن قضاء المجلس الأعلى، وعه المحكمة العليا كان يوجب موافقة الزوج في الخلع، إذ لا يمكن للقاضي مخالفة الزوجين دون رضی الزوج وبقي الأمر على حاله إلى حين التحول في موقف المحكمة العليا تجاه المسألة في بداية التسعينات.

الفرع الثاني: الإجتہاد الحديث للمحكمة العليا الخلع غير الرضائي " لا يشترط موافقة الزوج"

سار إجتہاد المحكمة العليا على الإجتہاد السابق إلى حين صدور قرارات لها في بداية التسعينات متخلفة فيها عن القبول برضائية الخلع من أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 ملف رقم 82603 (خلع - تطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج - تطبيق صحيح لقانون) من المقرر قانونياً أنه تجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال ينبغي الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يجوز صداق المثل وقت الحكم.

- حيث أن المادة 54 من ق . م . ج ، تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم إتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده، على أن لايجوز ذلك القيمة قيمة صداق المثل وقت الحكم ، دون إنتقاة إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للإبتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً.

وعليه فإن قضاء الموضوع - في قضية الحال - لما قضو بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون.¹

القرار الصادر بتاريخ 1997/07/30 (الخلع حق للزوجة لوحدتها لا يشترط فيه موافقة الزوج في التعويض).-تطبيق صحيح للقانون.²

من خلال هاته القرارات يتجلى لنا وبوضوح تحول رأي القضاء الجزائري في مسألة الخلع إذ بعد أن كان يعتبر رضاء الزوج واجب، والحكم بالخلع دون رضائه مخالف لأحكام القانون والشريعة الإسلامية ، هاهو الآن يتحول من إعتبار أن الخلع رخصة للزوجة يتوقف في إستعمالها على الزوج إلى إعتبار أن الخلع حق أصيل للزوجة وذلك ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا ، إلى غاية صدور الأمر 02-05 والذي أزال الغموض عن نص المادة 54 من قانون الأسرة.³

¹ ليل بن إسحاق المالكي ، توضيح شرح مختصر ابن الحاجب في القوانين الفقهية في تلخيص مذهيب مالك، المرجع السابق، ص 375.

² عدنان علي التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني ،مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي ، كلية الشريعة ، غزة 2008، ص152.

³ نفس المرجع، نفس الصفحة.

الختمة

خاتمة

إن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان وأي إخلال بهذا المبدأ أو أي عدول من الزوج عنه قد يلحق بالزوجة ضررا أيًا كان نوعه، رغم ان معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية لم تتطرق لموضوع الخلع بالشكل المناسب ، الا ان انتقال المشرع الجزائري في قانون الأسرة، من اعتبار الخلع رخصة للزوجة يتوقف قيامه على موافقة من يرضه و يجيزه وهو الزوج ،إلى اعتباره أي الخلع حق أصيل للزوجة تستعمله على طلاقته دون قيد ولا شرط ، لم يكن محض صدقه بل كان نتيجة لاختلاف فرضته قرارات القضاء المتناقضة ، بسبب الغموض الذي كان يكتنف نص المادة 54 من قانون الأسرة، ليتدخل المشرع من خلال الأمر 02/05 بتعديله لنص المادة وإزالة الغموض و النص صراحة على ثبوت الحق الأصيل للزوجة مستندا في ذلك لعدة آراء فقهية منها رأي الإمام ابن رشد الحفيد في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،في قوله (و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل) ، فقد تناولنا من هذا البحث نقطتين أساسيتين ، الأولى تناولنا من خلالها مفهوم الخلع على ضوء القانون والاجتهاد القضائي ،و المقاصد الشرعية وحكمة مشروعية الخلع و الثانية تناولنا من خلالها موقف القضاء من مسالة الخلع في القانون الجزائري ، مدى تصدي القضاء لمسالة موافقة الزوج على الخلع قبل البناء وبعده

و بالرغم من تدخل المشرع لإزالة الغموض من خلال تعديله لنص م 54 إلا أنه كان عليه كذلك أن يزيل العمومية و الغموض عن المادة ، بتفصيلها أو إضافة مواد أخرى لتوضيح ما يلي:

- تحديد شروط الخلع سواء تلك الشروط المتعلقة بالزوج أو الزوجة
- تحديد نوع العوض ومقداره و ما يصح أن يكون عوضا.

- تحديد الآثار المترتبة عن الخلع واعطاء الزوج الحق في التعويض إضافة للبدل عملاً بمبدأ المساواة بين الزوجين حيث منح هذا الحق للزوجة في الطلاق و التطلق.



قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

1. منصوري نورة، التطلاق والخلع وفق الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2010.
2. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
3. عمر جمعة محمود، فسخ عقد النكاح بين الشريعة الإسلامية والقانون، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2016.
4. عامر سعيد الزيارى، احكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، 1998 .
5. صغيري سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطلاق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، كلية الحقوق والعلوم الإسلامية، قانون الخاص، قانون الأسرة، 2014-2015.
6. شافعة لمياء، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دراسة تاصيلية تحليلية، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، قانون الخاص، قانون الأسرة، 2000-2001.
7. زودة عمر، طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن، مذكرة ماجستير، تخصص عقود المسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2000-2021.
8. محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة (الجزائري) دكتوراه تخصص فقه واصوله ، بائنة ، جامعة الحاج لخضر 2008، 2009.
9. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته ، سوريا ، دمشق ، دار الفكر ، ج7، ط2، 1985م .
10. عبد الرحمان بن محمد بن سلمان الكليوبي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى بحر لبنان ، بيروت ، لبنان ، دار الكتاب ، العلمية ج21998 .
11. سراج الدين عمر بن براهيم ابن الحنفي ، الفائق شرح كنز الدقائق ، ج2.

12. إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي ، التنبيه في الفقه الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت ، 1998.
13. خليل بن إسحاق المالكي ، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في الفقه الامام المالكي ، مؤسسة الرسالة ، لبنان، بيروت ، 2003 .
14. عياض بن غوث بن جزاء الحارثي اختيارات شيخ الإسلام بن تيمية الفقيه ، المملكة العربية الكريتية ، رياض كنوز اشيليا ، ج9، 2009.
15. برهان الدين إبراهيم بن محمد بن ابي بكر بن أيوب بن القيم جوزية، المسائل الفقهية من اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية ، تحقيق احمد موافي ، المملكة العربية السعودية ومصر ، دار ابن القيم وابن عفان ط12007م/1428هـ.
16. الحارثي ، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، كنوز اشيليا ج9ط2009،1م/1430هـ.
17. المادة 295 من ق.ا.ج.م.ا.
18. باديس نيايبي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007
19. عبید الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري التفریح، م- وافي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2.
20. عايض بن فدغو، وتحقيق: أحمد موافي، المملكة العربية السعودية ومصر، دار ابن القيم وابن عفان، ط 1، 2007
21. عدنان علي التفریق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي ، كلية الشريعة ، غزة 2008.
22. المحكمة العليا، ملف رقم 51728، بتاريخ 21/11/1988،المجلة القضائية لسنة 1990،العدد،3.
23. القرار رقم 83603 بتاريخ 21 /7/ 1992 ، م.ق، ع3، 1993.

قائمة المصادر والمراجع

24. قرار 216239 بتاريخ 1999/03/16 ، مجلة قضائية 2001، عدد خاص ، غرفة الأحوال الشخصية .
25. الأمر 02-05، المؤرخ في 2005/02/27، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج ر ، 15، المؤرخة في 2005/02/27.
26. المادة 48 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
27. قرار رقم 275497 بتاريخ 17/10/2006،المجلة القضائية، 2007، العدد 01، غرفة الأحوال الشخصية
28. قرار رقم 417622 بتاريخ 2008/01/16، م،ق، 2009ع02.
29. ملف رقم 477546 بتاريخ 2009/01/14، مجلة 2009، عدد2.
30. مرسوم رئاسي رقم 20-251، مؤرخ في 2020/09/15، يتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور، ج ر رقم 54، صادرة في 2020/09/16.
31. المادة 210 الفقرة 2 من الأمر 02/05

فهرس المحتويات

ملخص الدراسة

شكر وتقدير

إهداء

الفصل الأول: ماهية الخلع في القانون الجزائري و خلفيته الشرعية

- 7.....المبحث الأول: مفهوم الخلع على ضوء القانون و الاجتهاد القضائي
- 7.....المطلب الأول: مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية
- 8.....الفرع الثاني :مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية
- 17.....المطلب الثاني: مفهوم الخلع في القانون والاجتهاد القضائي
- 17.....الفرع الأول: تعريف الخلع في القانون الاسرة الجزائري
- 18.....الفرع الثاني تعريف الخلع في مفهوم الاجتهاد القضائي
- 21.....المبحث الثاني: المقاصد الشرعية وحكمة مشروعية الخلع
- 21.....المطلب الأول: المقاصد الشرعية للخلع في مفهوم الشريعة الإسلامية
- 21.....الفرع الأول : الخلع يعد طلاقا
- 23.....الفرع الثاني : الخلع يعد فسخا
- 25.....المطلب الثاني: مقاصد الشرعية للخلع في مفهوم القانون الجزائري
- 25.....الفرع الأول: نوع الفرقة الواقعة بسبب الخلع عند المشرع الجزائري
- 27.....الفرع الثاني: طبيعة الحكم الصادر بشأن الخلع في القانون الجزائري

الفصل الثاني: موافقة الزوج على الخلع في قانون الأسرة و القضاء الجزائر

- المبحث الأول: موقف المشرع الجزائري من مسألة موافقة الزوج على الخلع..... 31
- المطلب الأول: حكم موافقة الزوج على الخلع في القانون الجزائري 31
- الفرع الأول: حكم موافقة الزوج على الخلع في قانون الأسرة..... 31
- الفرع الثاني: في مادة الخلع في القانون الجزائري 32
- المطلب الثاني: شروط الواجب توفرها في الزوج والزوجة لقبول الخلع في القانون الجزائري 34
- الفرع الأول: الشروط العامة المتفق عليها قانونا وفقها 34
- المبحث الثاني: تصدي القضاء لمسألة موافقة الزوج على الخلع..... 38
- المطلب الأول: تصدي القضاء لمسألة موافقة الزوج على الخلع بالنظر الى طبيعة القانونية للخلع في قانون الأسرة الجزائري. 38
- الفرع الأول: القانون 84 / 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 38
- الفرع الثاني: الامر 05/02 المؤرخ في 27 فيفري 2005..... 40
- المطلب الثاني اجتهاد المحكمة العليا حول مساله موافقه الزوج على الخلع..... 41
- الفرع الأول: الإجتهد القديم للمحكمة العليا " الخلع عقد الرضاء". "موافقة الزوج عليه" 41
- الفرع الثاني: الإجتهد الحديث للمحكمة العليا الخلع غير الرضائي " لا يشترط موافقة الزوج" 42
- خاتمة 45