



جامعة الخليلي بونعامة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص الأحوال الشخصية

تحت إشراف الأستاذ:

سواعدي الخليلي

إعداد الطالبتين:

- رواط رزيقة
- زرارة فاطمة الزهراء

أمام اللجنة المشكلة من:

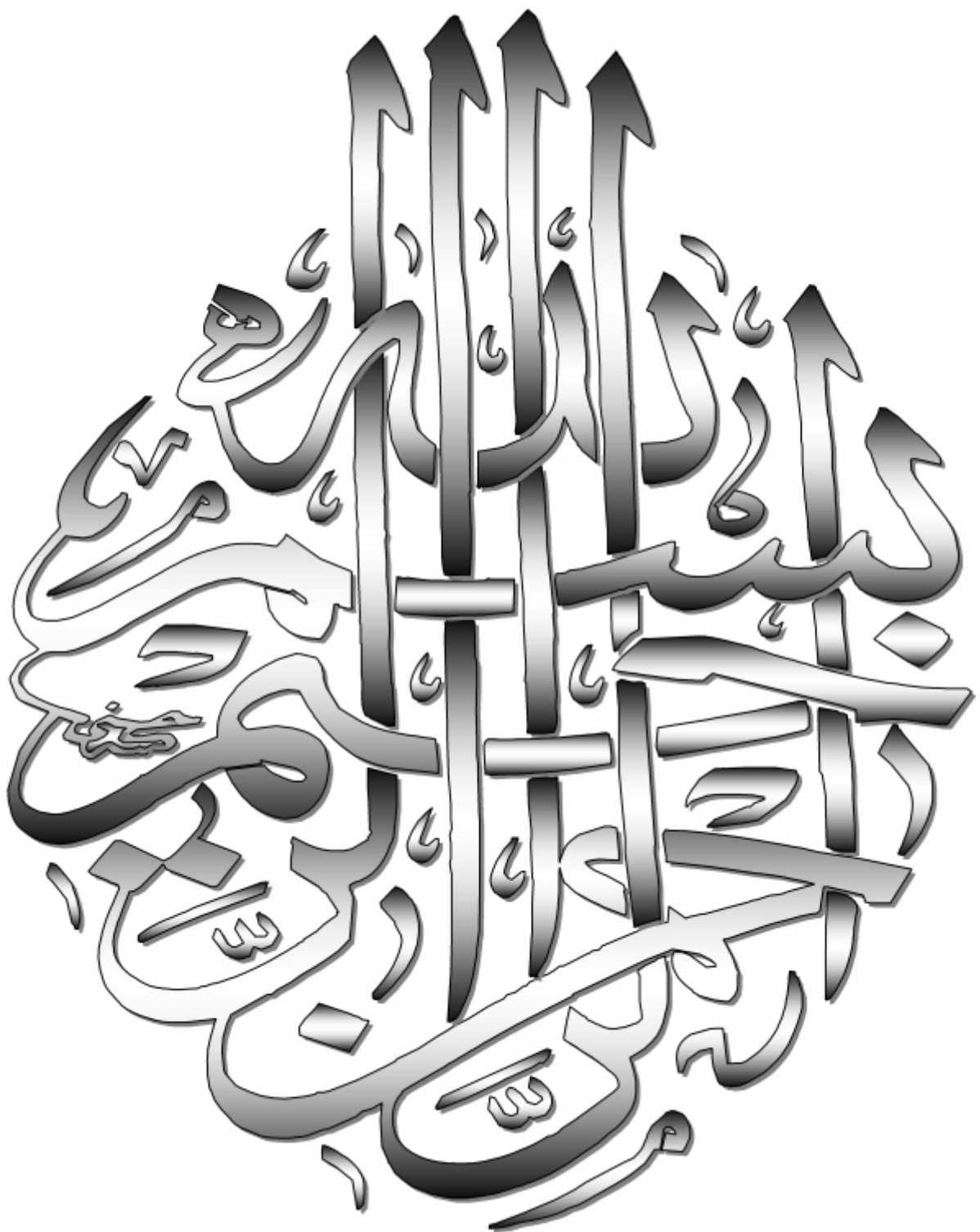
رئيسا

مقرر ا

1- بن ناجي مديحة

2- بن عيشوش فاطمة الزهراء

السنة الجامعية: 2015/2014



شكر وتقدير

قال الله تعالى: ﴿لَإِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ صدق الله العظيم

نحمد المولى عز وجل على توفيقه لنا في إنجاز هذا العمل حمدا يليق بجلاله وعظمته

فالحمد والشكر لله الواحد الاحد اولا واخيرا

نتقدم بجزيل الشكر إلى الاستاذ المشرف سواعدي الجليلي على حسن إشرافه وتوجيهاته

الفيمة التي قدمها لنا

الاستادة مباركة صليحه على ما قدمته لنا من مساعدة لإتمام هذا العمل.

إلى جميع الاساتذة عبر جميع مراحل الدراسة

كما نتقدم بالشكر الخالص إلى الاساتذة اعضاء اللجنة لقبولهم منافسته هذا البحث

إلى كل هؤلاء شكرا

إهداء

الحمد لله الذي بمعرفته نبصر في الظلمات و بفضله نجتاز العقبات و بتوفيقه نبلغ الغايات و بكرمه تتحقق الأمنيات و بعونه نحقق النجاحات و الصلاة و السلام على نبينا محمد الذي بلغنا الدين و جعل لنا العلم مفتاح الفوز في الدارين .

يقال عند إنتهائنا من المذكرات يزول العناء لكن أصعب الأشياء كتابة الإهداءات فلو جعلنا أقوال العماء و قصائد الشعراء في وصف الأعراء لكانت كقطرة ماء في أكبر صحراء

أهدي ثمرة هذا الجهد إلى :

حبيبتي الغالية و التي هي في المقام عالية إلى أحب وأعز إنسان في قلبي أمي الحبيبة.

إلى أبي الحنون الذي ساندني و كان لي العون والرفيق في مشواري الدراسي.

إلى من أحبهم و ترعرعت معهم و عشت أسعد أيام حياتي بقربهم إخوتي:

أحلام، نجية، إيمان، أسامة، والحبوب عبدا لوهاب.

إلى نسبيا محمد و عادل و ابن أختي محمد أشرف

إلى كل من أحمل لهم في القلب المحبة و بالأخص صديقتي و أختي رزيقة التي تشاركت معها أحلى الأيام و هذا العمل المتواضع و إلى عائلتها

إلى كل عائلتي وصديقاتي و أصدقائي وأحبتي

وإلى كل من وسعهم قلبي ولم يسعهم قلبي

إليهم كلهم أهدي هذا العمل المتواضع راجيتا من الله العلي التوفيق و السداد

فاطمة الزهراء

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أمي وأبي اللذان أستضيء بنورهما
وأدعو الله أن يحفظهما ويهدي بالهما ويجعل نجاحي دائما عزة وفخرا لهما
وإلى إخوتي وأخص بالذكر:

فؤاد.فاطمة الزهراء.حورية.عبد القادر.أحمد.معمر.فتيحة، نور الهدى
إلى أبناء أختي ألاء وأمير

وإلى صديقتي التي شاركتني بتحضير هذا العمل فاطمة الزهراء

وإلى أختي وصديقتي حليلة

وإلى كل من وسعهم قلبي ولم يسعهم قلبي.

رزيقة

مقدمة

يعتبر الزواج سنة من سنن الله في خلقه، وهي قاعدة عامة لا تشذ عنها العوالم المختلفة من إنسان، وحيوان، ونبات، وذلك منوه عنه في القرآن الكريم، ومؤكد بقوله تعالى **وَفِيهِ لَآيَاتٌ لِّأُولِي الْأَبْصَارِ شَيْءٌ مِّمَّا خَلَقْنَا زَوْجًا وَجَيْنَ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ** "الاية 49 من سورة الذريات. **سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنْبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ أَنْفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ** " الاية 36 من سورة يس.

فهي طريقة، وكيفية إصطفاها العلي القدير للتكاثر، وعمارة الأرض بعد أن هيا كلا الزوجين لأداء دورهما المرجو، فجعل إتصال الرجل، والمرأة إتصالا كريما مبنيا على الإيجاب، والقبول، وعلى الإشهاد، وفي ذلك حماية للمرأة وصونا للنسل من الضياع، والهلاك قال تعالى **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ كُمْ جَعَلْنَاكُمْ قِبَائِلَ لَتَعَارَفُوا إِنَّا أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاتُمْ إِنَّا اللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ** "الاية 13 من سورة الحجرات.

فجعل الله نعمة التعارف بين الشعوب، والقبايل، والعائلات بالزواج فالزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على الرجل، و المرأة، و لا على الأسرة التي توجد بوجوده، بل يمتد إلى المجتمع، حيث لم تخل شريعة من الشرائع السماوية من الإذن به، و تنظيمه.

وقد جعله الرسول -صلى الله عليه و سلم- مكملا لدين المسلم حيث يقول عليه الصلاة والسلام: **"من تزوج فقد أحرز شطر دينه، فليتيق الله في الشطر الآخر"** وقال أيضا **"يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه اغض للبصر وأحصن للفرج، و من لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء"** كما روى مسلم عن عمرو ابن العاص أن رسول الله -صلى الله عليه و سلم- قال: **"الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة"**

لكن جرت السنن الكونية على أن التماسك، والمودة، والرحمة، ليس مصير كل زواج فقد تعتري الأسر المشاكل التي تعصف هدوءها، وتعكر صفوها، وعليه جعل الشارع الحكيم الطلاق البديل الأمثل، والمنصف لمعالجة الشقاق الحاصل داخل الأسر. ولكن إذا استعمل بغير سبب أصبح بمثابة التعدي على حدود الله، كما أنه مبغوض و مكروه عن أبي داوود في السنن 2177 لقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: "إن أبغض الحلال عند الله الطلاق" وعن ابن الجوزي 27712 عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "تزوجوا و لا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش جعله الشارع الحكيم بيد الزوج يستقل بإيقاعه دون اشتراط رضی الزوجة لأن الأمر الغالب في النساء بحسب طبيعتين التي خلقن عليهن سرعة التأثر والإنفعال والإنقياد للعاطفة، والخضوع لها أكثر من انقيادهن وخضوعهن لما يقتضيه العقل والتفكير السليم، بخلاف الرجال فإن الأمر الغالب فيهم هو ضبط النفس عند الغضب و التدبر قبل الإقدام على فعل الأمور فلو جعل الطلاق بيد الزوجة لما استقرت الحياة الزوجية وكانت معرضة لهدمها لأقل الأسباب.

ولم يشترط في الطلاق أن يكون برضى الزوجين و إتفاقهما كما في عقد الزواج إذ لو اشترط ذلك قلما يمكن إنهاء الزوجية التي لا خير في بقائها.

وتأكيدا لذلك نجد الشريعة الإسلامية جاءت مبينة لشروط الطلاق، وأصوله على النحو الذي يحفظ لكلا الزوجين كرامته، والطلاق يحمل من حيث الشرع، والقانون عديد الصور تتلخص أساسا في :

الطلاق بإرادة الزوج المنفردة كفلها الشارع الحكيم، ولم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن القاعدة، وجعل من الطلاق حق إرادي أصيل للزوج دونما الرجوع إلى الزوجة أي أن إرادتها تتعدم أمام إرادة زوجها في إحداث هذا الأثر القانوني، وذلك ما أكدته المادة 48 من قانون الأسرة.

ثم نجد الطلاق بالتراضي، ويقصد أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن إستمراريتها أضحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الإستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني .

كما أننا نجد صورة أخرى لفك الرابطة الزوجية ألا وهي التطلق حيث أنه لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر الطلاق إذ أنه جوبه عن طريق الفقه، والقانون اللذان لم يهدرا حق الزوجة من التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطبقها إما بسبب إخلال الزوج بواجباته اتجاهها وتضررها من ذلك نتيجة كرهها ونفورها منه ويكون بذلك قد فتح لها طريقين لحل تلك الرابطة الزوجية و فتح أمامها الباب للتخلص من عشرة زوجها وذلك باللجوء للقضاء لطلب التطلق. كما فتح لها باب الافتداء بسبب كراهيتها و نفورها من زوجها، إذ فتح لها المشرع أيضا باب الخلع لاسترجاع حريتها مقابل مبلغ مالي بصورة أخرى عن طريق القاضي والتي أصطلح على تسميتها بالتطلق، وبناء على هذه الصورة أصبح للمرأة الحق بفك الرابطة الزوجية ليس بإرادتها المنفردة وإنما عن طريق القضاء إذا ما أثبتت سببا مشروعاً يجعل الحياة الزوجية مستحيلة فأساس هذه الصورة هو التيسير على الناس تجنباً للحر، وتماشيا لروح الإسلام وعليه قانون الأسرة الجزائري واكب هذا الرأي وجعل من مادته "53" تسهل على الزوجة إمكانية طلاقها، ولو لم يرغب الزوج في ذلك محددًا الأسباب 10 التي يجب أن يتوفر أحد الأسباب منها، ثم نجد المادة "54" والتي تعطي الحق للمرأة في طلب الخلع وهو الموضوع الذي نخص به دراستنا.

ونظرا لتضارب الآراء حوله، وكثرة النقاشات، إرتأينا دراسته فالخلع موضوع يتعلق

بجانب مهم وحيوي من حياة المسلمين من الناحية الإجتماعية والقانونية يمس الأسرة التي

هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع وإن إهتم به الفقهاء قديما إلا أنه يحتاج إلى البحث

بأسلوب عصري لينتفع به طلاب العلم، خاصة بعد تعديل نص المادة 54 قانون الأسرة

الجزائري

فما هي أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري وماهي الآثار المنجزة عنه وفيما تتمثل إجراءات التقاضي الخاصة به؟
وللإجابة عن هاته الإشكالية سنتعرض لأحكام قانون الأسرة المتعلقة بها، وكذا سنتعرض إلى آخر ما توصل إليه الإجتهد القضائي.

الفصل الأول

الفصل الأول: أحكام الخلع

للإجابة على هذه الإشكالية سنقف في هذا الفصل عند آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، كما سنتعرض إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري المتعلق بها، كما أننا سنتطرق إلى آخر ما توصل إليه الاجتهاد القضائي وذلك في ثلاث مباحث وفقا لما يلي:

المبحث الأول: مفهوم الخلع ودليل مشروعيته.

سنتناول في هذا المبحث تعريف الخلع، وحكمه، ودليل مشروعيته، وطبيعته، إضافة إلى أنواعه، كما سندعم بآخر ما توصل إليه الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول: تعريف الخلع وألفاظه

سنتناول في هذا المطلب الخلع لغة واصطلاحا في الفرع الأول والثاني على التوالي، كما سنتطرق إلى الخلع في الاصطلاح الشرعي بالإضافة إلى أنواعه وألفاظه.

الفرع الأول: الخلع لغة

الخلع لغة بفتح الخاء مصدر قياسي "خلع" ويستعمل في الأمور الحسية فيقال خلعت خلعا أي نزعته مصداقا لقوله تعالى: فلما آتتها نودي يا موسى إني أنا ربك فاخلع نعليك إنك بالوادي المقدس طوى" وفي هذه الآية الخلع بمعنى النزع، وفي الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلعا إذ أزال زوجيتها وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذ افتقدت منه. والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين لكن الخلاف في أنه حقيقي في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل و بالعكس "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن" وهذا وقد قال الفقهاء: إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، والخلع بالضم في إزالة الزوجية.¹

¹ - أنورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى عين مليلة الجزائر، سنة الطبع 2012، ص 101.

الفرع الثاني: الخلع إصطلاحا

هو بذل المرأة العوض عن طلاقها، أو هو طلاق بعوض.¹

الفرع الثالث: الخلع في الاصطلاح الشرعي

الخلع الذي أباحه الإسلام مأخوذ من خلع الثوب إذ أزاله، لأن المرأة لباس للرجل و الرجل لباس لها قال تعالى "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن" كما أن للفقهاء تعريفات كثيرة للخلع نستعرض كلا منها بالتفصيل الموجز:

أولاً: عند المالكية بأنه طلاق بعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ أو كناية ظاهرة أو أي لفظ آخر إذ كان بنية الطلاق فإن قالت له زوجته طلقني على مهري أو على مائة ريال مثلا فقال طلقتك على ذلك لزمه طلاق بائن ولزمها العوض وكذا إذا أجابها بكناية ظاهرة من كنيات الطلاق فإنه يقع الطلاق البائن، ويلزمها العوض وكذا إذا أجابها بأي لفظ ناويا به طلاقها فإنه يلزمه طلاق بائن و لفظا من ألفاظ الطلاق الصريح فإذا أجابها بقوله خالعتك أو اختلعتك كان بمنزلة قوله لها أنت طالق أو قال لها خالعتك أو اختلعتك بدون ذكر العوض لزمه طلاق بائن و قد عرفه بعضهم بأنه عقد معلوضة على البعض تملك الزوجة نفسها و يملك به الزوج العوض.²

ثانياً: عرفه الشافعية: عرفوا الخلع كما عرفه المالكية وليس عندهم فرق بين الخلع و الطلاق على مال فهما شئ واحد و غالبا لا يكون الخلع عندهم بدون عوض كما أنه لا يختص بلفظ معين كما يقع بصريح الطلاق و الكناية المقترنة بالنية.

¹ - د عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر سنة الطبع 2010، ص 316.

² -أ نورة منصور، المرجع السابق ص 104.

وقال المارودي أما الخلع في الشرع فهو افتراق بين الزوجين على عوض و إنما سمي خلعاً لأن الزوجة لباس له كما هو لباس لها قال تعالى "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن" فإذا افترقا بعوض فقد خلع لباسها وخلعت لباسه فيسمى خلعاً. و قيل أن الخلع فدية ، لأن المرأة قد فدت نفسها منه بما لها كفدية الأسير بالمال.¹

ثالثاً: عرفه الحنابلة: بأنه فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة يعني فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها زوجها بألفاظ معينة وهي قسمان:

1 - صريحة في الخلع كالمفادات والخلع والفسخ.

2 - كناية في الخلع المبارأة، المباينة والمفارقة.

ومقتضى التعريف أن الخلع لا يكون عندهم إلا بعوض، وهو رواية عن أحمد، ويفرقون بين الخلع، والطلاق على مال.²

رابعاً: عرفه الحنفية: بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه وألفاظه عندهم خمسة.

أولها: ما اشتق من الخلع كأن يقول لها "خالعتك" "اختلعي" "أخلعي نفسك" "أختلحك" لهذا قالوا أنه يقع به الخلع بدون نية لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيراً فأصبح كالصريح فإذا قال لامرأته خالعتك وذكر مالا فالأمر ظاهر وإذا لم يذكر فإنه يقع به الطلاق سواء نوى أم لم ينو، قبلت أو لم تقبل.

ثانيها: لفظ "بارأتك" فإذا قال لها بارئتك على عشرين جنيتها و قبلت وقع الطلاق بانئنا ولزمها العشرون وسقط مهرها فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شئ بالاتفاق أما إذا لم يذكر البديل وقال لها "بارأتك" وقالت "قبلت" وقع الطلاق البائن وسقط حقها في المهر .

¹ - منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحكام الشخصية أحكامه آثاره، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 1430هـ- 2009م، الطبعة الأولى، الاصدار الثاني، ص 40 .

² - د عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،دار ابن حزم الطبعة الأولى 1418 هـ -1998م، بيروت- لبنان، ص 51.

فهل يتوقف إيقاع الطلاق بهذا اللفظ على النية أم لا؟ والجواب إذا كثر استعمالها في الطلاق كالخلع يقع بها الطلاق بدون نية

ثالثها: لفظ "باينتك" فإنه موضوعا للخلع، فإذا لم يذكر مالا، وقبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، وإن لم تقبل ونوى به الطلاق، وإن لم تقبل ونوى به الطلاق طلقت وإلا فلا، لأن المباينة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أما إذا قال لها باينتك على عشرين ريالاً ولم تقبل لا يقع به الطلاق قولاً واحداً ولا يلزمها البذل لأنه علق بإبانتها على المال.

رابعها: لفظ "فارتك" فإنه إذا ذكر مالا فقال "فارتك على مائة ريال" وقبلت بانت منه ولزمها المائة، وسقط حقها في المهر، وإن لم تقبل لا يقع. ويلزمها المال وإن لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إذا نوى به الطلاق أو قامت قرينة على إرادة الطلاق وإن لم تقبل فإن نوى به الطلاق لزمه طلاقاً بائناً لأنه كناية وإلا فلا يلزمه شيء.

خامسها: لفظ طلاق على مال فإذا قال لها طلقي نفسك على عشرين جنيهاً فقالت قبلت وقع الطلاق بائناً ولزمها العشرون أما إذا قال لها "طلقي نفسك" ولم يذكر مالا كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع.

ويضيف الحنفية لفظين آخرين: ما اشتق من لفظ البيع و ما اشتق من لفظ الشراء¹.

وقد عرفه المشرع الجزائري في م"54": من قانون الأسرة بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها، دون موافقته واستعمل لفظ الخلع صراحة دون غيره من الألفاظ الدالة عليه.

¹ - أ منصورى نورة، المرجع السابق ص 102-103.

الفرع الرابع: ألفاظ الخلع وأنواعه

أولاً: ألفاظه

للخلع ألفاظ عدة تختلف من مذهب لأخر نذكرها على النحو التالي:

ألفاظ الخلع عند الحنفية: خمسة: الخلع، والمبارأة، والطلاق، والمفارقة، والبيع، والشراء. كأن يقول الرجل خالعتك بكذا أو بارأتك، أو فارقتك، أو طلقي نفسك على ألف، أو بعت نفسك أو طلاقك على كذا، وتقبل المرأة.

أما المالكية: فذكروا أن له أربعة "الخلع، المبارأة والصلح و الفدية أو المفاداة و كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها إلا أن اسم الخلع يختص عادة ببذلها له جميع ما أعطاه، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه.

وذكر الشافعية والحنابلة: أن الخلع يصح بلفظ الطلاق الصريح، والكناية مع النية، وباللغة غير العربية، ومن الكناية قوله بعتك نفسك بكذا فقالت اشتريت، والصريح عند الشافعية لفظ الخلع، والمفاداة، وعند الحنابلة لفظ الخلع، والمفاداة، والفسخ، والكناية عند الشافعية مثل لفظ الفسخ في الأصح، وكل كنايات الطلاق، والكناية عند الحنابلة: مثل بارأتك، وأبرأتك، وأنبتك.¹

ثانياً: أنواعه

ينقسم إفتداء الزوجة نفسها بالمال الذي تدفعه لزوجها إلى نوعين:

1- نوع بغير عوض تدفعه الزوجه.

2- نوع بعوض ملتزمة للزوج نظير الإفتداء.

¹ د وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، وأدلته الشامل للأدلة الشرعية، والآراء المذهبية، وأهم النظريات الفقهية، وتحقيق الأحاديث النبوية، وتخريجها وفهرسة الجبائية للموضوعات، وأهم المسائل الفقهية، الجزء السابع، الأحوال الشخصية دار الفكر ص 382-383.

النوع الأول: مثل قول الزوج لزوجته (خالعتك) دون أن يذكر شيئاً و حكمه أنه من كنايات الطلاق فلا يقع به شيء إلا بنية الطلاق من الزوج أو بدلالاته الحال على المراد به الطلاق كما هي الحال في كنايات الطلاق.

النوع الثاني: الذي تدفعه الزوجة مالا لزوجها أو تتنازل عن حق من الحقوق الزوجية المالية وذلك هو النوع الذي نحن بصدده لأن الخلع وإن كان يشمل النوعين إلا أنه عند الطلاق ينصرف إلى النوع الثاني لغة وشرعا فيكون حقيقة عرفية وشرعية. والخلع عقد ككل العقود يحتاج إلى إيجاب، و قبول:

" قال صاحب البدائع: أنه عقد على الطلاق يصدره الزوج بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول من الزوجة بخلاف النوع الذي لا عوض فيه فإنه إذا قال (خالعتك) ولم يذكر العوض ونوى الطلاق وقع سواء قبلت أم لم تقبل، لأن ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر إلى القبول منها¹.

المطلب الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته

سنتطرق في هذا المطلب إلى حكم الخلع ودليل مشروعيته مستنديين على كل من الكتاب والسنة والاجماع.

الفرع الأول: حكمه الخلع جائز لا بأس به عند أكثر العلماء لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع و عدم الوفاق بين الزوجين فقد تبغض المرأة زوجها، وتكره العيشة معه لأسباب جسدية خلقية أو دينية أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك . وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الزوجية، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر عنها ببذل شيء من المال تفتدي بها نفسها، وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها.

¹ - د رمضان على السيد الشرنباصي أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2002 ص 329.

الفرع الثاني: دليل مشروعيته

دل الكتاب والسنة على مشروعيته.

أولاً: من الكتاب

فقد ورد فيه آيات تثبت مشروعية الخلع و هي:

الطَّلَاقُ لِمَنْ تَعَلَّنِي: فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِدْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا
مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا
جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ
الظَّالِمُونَ¹

ثانياً: من السنة

فحديث ابن عباس: "أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم
فقال: يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم أتريدن عليه حديقته؟ فقالت نعم فقال رسول الله عليه وسلم:
اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" فهي لا تريد مفارقتها لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، و إنما كرهت
كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له فأمرها النبي صلى الله عليه
وسلم أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب برد بستانه الذي أمهرها إياه، وهو أول خلع وقع في
الإسلام وفيه معنى المعاوضة.²

ثالثاً: من الإجماع فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالفهم إلا بكر بن عبد
الله المزني ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه وقال الإمام مالك بهذا الصدد لم أزل أسمع ذلك
من أهل العلم وهو الأمر المجمع عندنا وأن الرجل إذا لم يضر المرأة ولم

¹- الآية 229 من سورة البقرة.

²- د وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 482.

يسئ إليها ولمتأت من قبله وأحبت فراقه فيحل له أن يأخذ منها ما اقتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم.¹

الفرع الثالث: الأساس القانوني للخلع في قانون الأسرة الجزائري

المادة 54 من ق.أ "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"

المطلب الثالث: التكييف الفقهي للخلع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة الخلع من حيث كونه فسخ أو طلاق قد ونجم عن هذا الاختلاف عدة آراء نوردتها بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: إعتباره يمينا أو معاوضة.

ذهب أبو حنيفة إلى أن الخلع قبل قبول المرأة يمينا من جانب الزوج فلا يصح الرجوع عنه، لأنه علق طلاقا على قبول المال والتعليق يمينا اصطلاحا. ويعتبر معاوضة بمال 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.، فلا يكون الخلع معاوضة محضة، و قال الصحابان: الخلع يمينا بالنظر الى الزوجين جميعا .

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

1- لا يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة .

2- لا يقتصر إيجاب الزوج على مجلسه، فلو قام من المجلس قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه بهذا القيام.

¹ - أ منصورى نورة، المرجع السابق، ص 409.

- 3- لا يصح للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع لأنه يمين من جانبه، فإذا اشترط الخيار كان الشرط باطلاً لكن لا يبطل الخلع به.
- 4- يجوز للزوج أن يعلق الخلع بشرط أن يضيفه إلى زمن المستقبل مثل خالعتك على كذا غداً أو رأس الشهر القادم و القبول للزوجة عند تحقق الشرط أو حلول الوقت المضاف إليه.¹

ثانياً: 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 بمعناه و لقنها معنى الخلع بلغة لا تعرفها فتكلمت بها وخالعها، فلا يقع الطلاق ولا يلزمها المال و يشترط في المعاوضة العلم ببعض الألفاظ.
- 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 ترده مدة خيار الشرط لأن الخلع من جانبها معاوضة والمعاوضات يصح اشتراط الخيار فيها.²

الفرع الثاني: اعتبار الخلع فسخاً أم طلاقاً.

اختلف الفقهاء أيضاً حول اعتبار الخلع فسخاً أم طلاقاً.

فالذين قالوا أنه فسخ ومنهم أحمد وداوود وابن عباس وعثمان وهم صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم استندوا إلى قوله تعالى: "الطلاق مرتان" ثم بعد ذلك ذكر الله الافتداء **إِذَا قُلْتُمْ لِلنِّسَاءِ: فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَتَّخِجَ زَوْجًا غَيْرَهُ...**" الآية 230 سورة البقرة

¹د وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص488-489.

²منال محمود المشني، المرجع السابق ص 62.

مكونان الافتداء طلاقا لازدياد عدد الطلقات على ذلك.

وفي نفس الصدد ذكر الإمام ابن القيم الجوزية بقوله: والذي يدل على أنه ليس بطلاق أنه سبحانه وتعالى رتب الطلاق بعد الدخول الذي لا يستوفي عدده ثلاثة أحكام كلها منتفية على الخلع ويعد فسخا لأنه محسوب بين الثلاث فلا تحل بعد استيفاء العدد بعد دخول الزوج وإصابته كما أن العدة فيه ثلاثة قروء ويضيف ابن القيم قوله: "ومن نظر إلى حقائق العقود مقاصدها دون ألفاظها يعد الخلع فسخا بأي لفظ كان حتى يلفظ الطلاق".

ومما يدل لحسب الرأي دائما على أن الخلع فسخ هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ثابت بن قيس أن يطلق امرأته في الخلع تطليقة ومع هذا أمرها أن تعتد بحيضة.

أما الذين قالوا أن الخلع طلاق فإنه روي عن عثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعن جماعة من التابعين أن الخلع يعد طلاقا وفي ذلك قول أبو حنيفة ومالك والشافعي، وهذا الحكم مؤكدا سواء كان خلع على مال أم كان بغير ذلك لأن الله شرع الخلع كي تملك الزوجة نفسها وهذا ما يتنافى مع الطلاق الرجعي ومن اعتبر الخلع طلاقا احتسب من عدد الطلقات و أدلة الخلع على أنه طلاق:

1- حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "ردي عليه حديثه"، ومفهوم الرد المفارقة التخلية ولا يقع الا بطلاق .

2- ما حدث به الباقي بن مانع قال : حدثنا أحمد بن الحسن عبد الجبار قال: حدثنا أبو همام قال: حدثنا الوليد عن أبي سعد قال: سمعت رفقة بن أبي عبد الرحمن قال :سمعت سعيد بن المسيب قال (جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة) وثمره هذا الخلاف تظهر في الاعتداد بالطلاق فمن رأى أنه طلاق احتسبه طلاقه بئنه، ومن رأى أنه فسخ لم يحتسب، فمن طلق امرأته طلقتين ثم خالعهما ثم أراد أن يتزوجها فله ذلك وإن لم تتكح زوجا غيره لأنه ليس له إلا تطليقتين والخلع لغو.¹

¹ - باديس نيباني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للنشر عين مليلة، الجزائر، 2012ص

ومن أجل الخلع طلاقاً قال لم يجز لها أن يراجعها حتى تتكح زوجا غيره لأنه بالخلع كملت الطلقات الثلاث.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من المسألتين

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 التكيف الفقهي للخلع في كونه عقد يتعين على الزوج اليمين، وعلى الزوجة المعاوضة كما أورده الفقهاء في كون الخلع يعد يمينا من جانب الزوج، لأنه يرتبط بالطلاق و يعد معاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض حيث إكتفى في المادة "54" من قانون الأسرة بالقول " أنه يجوز مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق...." مما جعل بعض شراح القانون المتبنين للرأي ألا خلع بدون إدارة الزوج حاولوا شرح المادة 54، على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب الزوجة¹.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور بلحاج العربي إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة ومن هنا فإن التكيف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال يعتبر يمينا من جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيهه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية.

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

¹- باديس ذيباني، المرجع السابق ، ص 69.

وفي ذلك تأثير واضح لمذهب الظاهرية باعتبار الخلع حق أصيل للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يمكن لها اللجوء، إليه أنى شاءت 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 تاريخ القرار 2011/09/15. قضية: (ب.ع) ضد (ط.ي) مجلة المحكمة العليا 2012 - العدد 01 ص 318.²

أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق فإن المشرع الجزائري كان واضحا منذ الوهلة الأولى بتبنيها للاتجاه القائل بان الخلع يعد طلاقا لا فسخا و ذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث تبيان أنه طلاق و معنى الفسخ هو الترتيب الذي دعم هذا الرأي.

ونجد أن المادة 54 التي تنص على الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية الموجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق وهو يؤكد التأثير الواضح و تبني المشرع الجزائري كلية للرأي القائل بالخلع طلاقا لا فسخا على اعتبار أن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب يشوب العقد وتمثل أساسا في إختلال أحد أركان العقد وإشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته بينما الأمر يختلف عليه في الخلع إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة، لم يعوّها أي عارض يعيب العقد وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف ما خارجة تماما عن العقد تستهدف وجود العلاقة الزوجية فلا يمكن حل هذه الرابطة إلا بالطلاق.

وقد أكد هذا اجتهاد المحكمة العليا في قرار شهير مؤرخ بـ 1969/02/05 حينما نوه على أنه لا يحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح³.

¹ - باديس ذيباني، المرجع السابق ، ص70.

² - قرار رقم 656259 المؤرخ بـ 2011/09/15، مجلة المحكمة العليا 2012، العدد 01، ص 318.

³ - باديس ذيباني ، المرجع السابق، ص71.

المبحث الثاني: تمييز الخلع عما يشابهه من النظم

الأمر التي تشبه الخلع هي متعددة فجميعها تنتهي بموجبها الحياة الزوجية إلا أنهم يختلفون في بعض الجزئيات ومن ثم أصبح من الضروري التطرق إلى هذه النظم بإيجاز.

المطلب الأول: الإبراء أو المبارأة

الإبراء في 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 بمعناها سالف الذكر تشبه الخلع في أنه يقع بكل منهما الطلاق بائنا فيهما قبول الزوجة لأنها معاوضة من جانبها ، والمعاوضة يلزم فيها القبول.

وقد إستقرت الأحكام القضائية على أنه إذا طلق الزوج زوجته نظير الإبراء من مؤخر صداقها، ونفقة عدتها وقع الطلاق بائنا¹

المطلب الثاني: الفرق بين الخلع والطلاق:

1: يملك الرجل على زوجته ثلاث طلاقات الأولى، والثانية منه رجعتان أما الثالثة فبائنة بينما يملك الرجل على زوجته خلعاً واحداً في الزواج الواحد.

2: في الطلاق الأول، والثاني يحق للزوج مراجعة زوجته بإرادته المنفردة، ودون إشتراط رضا الزوجة أما في الخلع فلا يجوز للزوج مراجعتها، ولكن يحق له العقد عليها مرة أخرى بعقد ومهر جديدين، ويشترط فيه رضا المرأة بالزوج.

3: الطلاق الثالث يقع بائنا بينونة كبرى فلا تحل لزوجها السابق إلا بعد الزواج بأخر ويحل بها ثم تطليق، وتنتهي عدتها منه، أما الخلع فيقع به الطلاق بائنا بينونة صغرى فيجوز للزوج بعده إعادة زوجته السابقة إلى عصمته بعقد ومهر جديدين.

4: الطلاق ينقص من الطلاقات التي يملكها الرجل على المرأة أما الخلع فلا يحسب

ضمن هذه الطلاقات عند من يرون أنه فسخ للزوج.

¹ -المستشار حسن حسنين أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء طبقاً لأخر التعديلات الصادرة بالقانون ، دار الأفق العربية، سنة الطبع 2000 ،ص256-257.

5: العدة في الطلاق بثلاث لمن تحيض، وعدتها في الخلع حيضة واحدة.

6: الخلع يسقط به الحقوق الثابتة للزوجة على زوجها المترتبة على عقد الزواج مثل المهر عاجله، وأجله، ونفقة الزوجية، المتعة أما الطلاق فلا يسقط به شيء من ذلك¹.

المطلب الثالث: الفرق بين الخلع والطلاق على مال

الفرق المتفق عليه بينهما في الصيغة.

فالخلع يكون بصيغة الخلع أو المفاداة أو المبرأة، أما الطلاق فيكون بلفظ الطلاق أو التسريح، ونحوه كطقتك أو سرحتك على مال قدره كذا. أما الفرق بينهما من حيث الأثر: فالطلاق على مال تقع به طلبة بائنة بلا خلاف بينما الخلع يختلف فيه هل هو طلاق أو فسخ.

وصحيح ما ذهب إليه علي حسب الله على أن ما ذهب إليه المالكية، والشافعية ومحمد بن الحنفية إلى أنه لا فرق بين الخلع والطلاق على مال، فكلاهما يقع به الطلاق بائن ويجب فيه البذل المتفق عليه ولا أثر لهم في غير ذلك من الحقوق لأن كلا منهما معاوضة تفتدي به المرأة نفسها، وتشتري عصمتها من الزوج بالبذل الذي يتفقان عليه، والمعاوضات لا أثر لها في غير ما تراضا عليه المتعاقدان، وقد أطلق الخلع على مال، فقد في حديث امرأة ثابت بن قيس: "إقبل الحديقة، وطلقها² تطليقة"، ولا بد أن يستجيب ثابت لأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم رويت الحادثة بعينها بلفظ "أن امرأة ثابت بن قيس إختلعت من زوجها" وهذا الرأي المعقول.

¹ -المستشار حسن حسنين، المرجع السابق، ص256.

² - د المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر، والتوزيع الجزائر 2010، ص 276.

المطلب الرابع: الخلع بين الطلاق البائن والطلاق الرجعي

اختلف الفقهاء الذين اعتبروا الخلع طلاق بدورهم حول ما إذا كان هذا الأخير بائناً أو رجعياً.

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن الخلع طلاق بائن لا رجعة فيه، وقد ذهب إلى ذلك كثيرون من أهل العلم كالحسن، وعطاء، والأوزاعي، وقال كذلك الحنفية، ومالك والشافعي، وأحمد بن حنبل.

وقد إستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أ- أن الله تعالى في الآية 229 من سورة البقرة سمي البذل الذي تدفعه الزوجة إلى زوجها مقابل خلاصها فداء، وهذا لا يكون إلا إذا حقق لها ذلك خروجاً حقيقياً من قبضته وسلطانه وبالتالي لا يمكن لهذا المعنى أن يتحقق إذا كان الزوج يملك مراجعة زوجته بعد تقديم هذا الفداء، وهذا ما ذهب إليه الفقيه ابن قدامة.

ب- بما أن الخلع طلاق بعوض فقد ملك الزوج العوض بقبولها فلا بد أن تملك هي نفسها إلا بالبائن.

ج- المقصد الأصلي للخلع هو إزالة الضرر عن المرأة، فإذا حق له مراجعتها عاد الضرر¹

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن الزوج له الخيار بين إمساك العوض، ولا رجعة فيه، وبين رده، وله الرجعة، وروي ذلك عن الزهري بن المسيب، وابن حزم.

قال ابن حزم مستدلاً على رأيه: قد بين الله حكم الطلاق، وأن بعولتهن أحق بردهن وقال "أمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف"

¹-أيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون تاريخ المناقشة 2014/06/26، السنة الجامعية 2014/2015، ص331.

فلا يجوز خلاف ذلك، وما وجدنا خلاف ذلك، وما وجدنا قط في دين الإسلام عن الله تعالى، ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاقاً بائناً لا رجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التي لم يطأها ولا مزيد، وأما عدا ذلك أراء لا حجة فيها.

علق الدكتور يوسف قاسم على قول ابن حزم فقال: رحم الله ابن حزم فإن في قول الله تعالى: "فيما افتدت به" ما يؤكد أن الإفتداء، والفدية إنما تكون لأمر خطير ألم بها، ومشكلة عويصة تريد التخلص منها تماماً كما هو الحال بالنسبة للأسير الذي يرنو إلى الخلاص، ولو يدفع فداء، فهذه المسكينة البائسة التي دفعت مالها للإفتداء لا يعقل في قواعد الشريعة أن تعاد إلى الأسر مرة أخرى بإرادة الزوج الذي أخذ المال لتخليصها مما هي فيه.¹

المطلب الخامس: الفرق بين التطليق والخلع

يتحد التطليق والخلع في كونهما طريقان لفك لرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقرهما الشرع، والقانون، إذ يجد كليهما أساسه في الشريعة الإسلامية السمحاء بكل مصادرها، كما كرسهما التشريع الجزائري على غرار باقي تشريعات الدول العربية، والإسلامية، وبعد كل منهما طلاقة بائنة، تنقص من عدد الطلاقات الثلاث التي يملكها الزوج، ولا يثبتان إلا بحكم قضائي ابتدائي يفصل في طلب الزوجة المرفوع أمام القضاء، ويحدد الآثار العامة والتوابع المنجزة عن إنهاء الرابطة الزوجية بواسطتهما إلا أنهما يختلفان من أوجه عدة نبينها ضمن هذا المبحث.

الفرع الأول: من حيث الماهية

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف كل من التطليق والخلع ضمن المادتين (53) و(54) منه، كما أنه لم يحدد صيغة أو ألفاظ خاصة بالتطليق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعة دون الألفاظ الأخرى الدالة عليه

¹ - آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص332.

والواردة في الشريعة الإسلامية، كالمبارأة، والمفادات، واللمباينة، والصلح، والمفاسخة، فإذا لم تستعمل الزوجة لفظ المخالعة لا يقع الخلع، وإنما تكون في وضعية قانونية أخرى، فاعتبر البعض أن غياب لفظ "الخلع" مع وجود المال لا يعتبر خلعا، وإنما يكون طلاقا على مال، في حين ذهب المالكية والشافعية إلى أن وجود المال مهما كان اللفظ المستعمل من أحد الزوجين هو خلع، وزاد المالكية عن ذلك بأن الخلع يتحقق ولو لم يذكر المبلغ المالي.

فالخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة (203) من قانون الأسرة الجزائري لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمها، رغم أن الزوجة تملك نفسها مقابل دفعه وهذا مالا يشترط في التطبيق، ولقد شرع التطليق لرفع الضرر عن الزوجة بحكم من القاضي في حين شرع الخلع لها لافتداء نفسها مقابل عوض مالي نتيجة كراهيتها لزوجها، وخشيتها من عدم إقامة حدود الله مصداقا **لِقَوْلِهِ تَهْتِكُ: (أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)¹**

الفرع الثاني: من حيث الأساس

بالرجوع إلى نص المادة (53) قانون الأسرة، على جواز طلب التطليق من طرف الزوجة ولكن قيدها بأسباب منصوص عليها في ذات المادة، وهي عشرة:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالما بإعساره وقت الزواج.
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- الهجر في المضجع فوق 4 أشهر.
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8.

¹ - الآية 229 من سورة البقرة.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

بينما اكتفى في المادة (54) من نفس القانون بالنص على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها على مال دون أن يقيد بها أية أسباب أو شروط، لكن بالرجوع إلى الفقه نجد أنه قد حدد هذه الشروط، وهي ثلاثة لا يصح الخلع إلا بها:

1- قيام رابطة الزوجية والشروط المتعلقة بالزوجين. 2- الصيغة. 3- البذل.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن أساس التطلق هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر بينما يجد الخلع أساسه في كراهية الزوجة لزوجها، ونفورها منه، وبهذا يكون للزوجة طريقين لفك الرابطة الزوجية، فإذا انتفت أسباب الطريق الأول المتمثل في التطلق، يفتح لها الطريق الثاني لافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي، وهو ما يعرف بالخلع¹.

الفرع الثالث: من حيث السلطة التقديرية للقاضي

تختلف السلطة التقديرية للقاضي بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصب على التطلق أو الخلع، حيث تتسع في الأول بقدر كبير، وهذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص، وتمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج، حتى يتسنى له الحكم له بالتطلق أو يرفضه اعتماداً على الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة، بينما تضيق سلطته في الثاني .

¹ - أنورة منصورى، المرجع السابق، ص 156-158.

حيث لا يبقى إلا تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه، بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم وليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط قبول الزوج حسبما استقرينا عليه سابقا.

بالإضافة إلى مراقبته لمدى شرعية، وصحة مقابل الخلع إذ لا يجوز أن تكون الحضانة مقابلا للخلع، في مقابل التنازل عنها للأب لأن ذلك يعد باطلا .

الفرع الرابع: من حيث الآثار

يشترك كل من الخلع، والتطليق في الآثار العامة الناجمة عن فك الرابطة الزوجية والمتمثلة في العدة، ونفقتها، نفقة الإهمال، النزاع حول متاع البيت، النسب، حضانة الأولاد، ونفقتهم وسكناهم، وحق زيارة المحضون، وما يميز التطليق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بالتزاماته إتجاهها عند توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة إلى جانب الحكم بالتطليق، في حين ينفرد الخلع بآثار متعلقة به، والمتمثلة في إلزام المختلعة بتسديد بدل الخلع، وسقوط الحقوق الزوجية، فيعتبر بدل الخلع شرطا أساسيا لصحة الخلع وتبقى المختلعة ملتزمة بتسديده مالم يضمنه عنها غيرها، ويعد بمثابة التعويض في مقابل خلاصها من العشرة التي أصبحت لا تطيقها.

أما بالنسبة لحقوق الزوجية ورغم اختلاف آراء الفقهاء بصددها فإنه، وأخذا بالفقهاء المالكي المعتنق من قبل القانون الجزائري ذهب إلى عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع باعتبار هذا الأخير عند معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه، والتالي فلا يمكن إسقاط أي من هذه الحقوق إلا بنص أو إتفاق.

وعلاوة على ما قيل فإن من الحقوق الزوجية المتعلقة بالنفقة، والحضانة لا يمكن الإتفاق على إسقاطها كونها من النظام العام، وعلى القاضي الحكم بها تلقائيا¹

¹ - أنورة منصور، المرجع السابق، ص 159-160.

المبحث الثالث: أركان الخلع و شروطه

سنبين في هذا المبحث كل من أركان الخلع، وشروطه كالآتي:

المطلب الأول: أركان الخلع

المقصود بالركن ما يتوقف الشيء على وجوده، وكان جزءا من حقيقته، وأركان الخلع عند جمهور الفقهاء، ما عدا الحنفية، خمسة¹ فالحنفية يرون أن أركان الخلع هي الإيجاب، والقبول، ويصح أن يكون الإيجاب من الزوج أو الزوجة، ويكون القبول من الطرف الثاني. أما الجمهور فيرون أن الأركان خمسة، وهي الموجب، القابل، العوض، المعوض والصيغة². والجدير بنا ذكره في موضوع أركان الخلع أن هناك من أطلق عليها عبارة أركان، وهناك من سماها شروطا، لذا إرتأينا وصفها بالأركان لأهميتها ولأنها تدخل لا في حقيقة الخلع الذي لا يصح إلا بها.

الفرع الأول: الزوج المخالع

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج ركن من أركان الخلع لهذا لا بد أن يكون ممن يصح طلاقه أي أن يكون أهلا للطلاق فمن لا يصح طلاقه لا يصح خلعه، ويرى المالكية أنه يشترط في الزوج المخالع الشروط التي تشترط في الطلاق، ومنها أن يكون مسلما ومكافا، فلا يصح خلع الصبي، والمجنون، ويصح حسبهم خلع الأب والوصي للغير أو المجنون لزوجيتهما بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما³

¹ - د عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة العصرية، بيروت 2004، ص995 .

² - د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص485 .

³ - محمد زيد الأبياني، الأحوال الشخصية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة د.ب.ن.د.ت، ص253.

كما لا يقع خلع السكران: والهازل، ولا يقع خلع المكره عند جمهور الفقهاء، ولم يجز أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد خلع الأب لزوجة الإبن الصغير والمجنون، ولا طلاقهما فمن لا يجوز أن يطلق على الصغير، والمجنون لا يجوز أن يخالع عليهما¹ غير أنه إذا كان المخالع مريضاً مرض الموت وقت الخلع ثم توفي قبل أن يبرأ لم ترثه زوجته، ولو كانت، ولو كانت وفاته أثناء عدتها عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة وترثه عند المالكية إذا توفي في مرضه الذي خالعها فيه سواء أكانت وفاته في أثناء عدتها أم بعد إنتهائها، وسواء أتزوجت بغيره أم لم تتزوج، وذلك لإقدام الزوج على ما يتسبب عنه إخراج وارث من تركة كان له فيها حق، وذلك غير جائز، والمدخول بها وغير المدخول بها في هذا الحكم سواء، أما الزوج فلا يرث زوجته المختلعة عند الجميع لأنه هو الذي أسقط ما كان له من حق.

وإذا أقر المخالع لمن خلعها في مرض الموت بمال، أو أوصى لها بوصية نفذ ذلك في ثلث تركته عند الحنفية، والشافعية لصيرورتها أجنبية عنه بالخلع، وذهب الحنابلة إلى أن ذلك إنما ينفذ في حدود إرثها منه، فما زاد عليه لا تعطاه إلا بإجازة الورثة إ قد يتخذ ذلك وسيلة لزيادة ما تأخذه من تركته².

الفرع الثاني: الزوجة المختلعة

أجمع الفقهاء على أن الزوجة ركن من أركان الخلع يشترط أن تكون في زواج صحيح شرعي، وإذا كانت هي التي تجري الخلع بنفسها فيشترط فيها البلوغ، والعقل والرشد بمعنى أن تكون أهلاً للتبرع، وشرط الزواج الشرعي أمر لازم لان الزوجة فيه تطلب خلاصها من قيد الزوجية، ولذلك خرج النكاح الفاسد من الخلع لأن المرأة لا تعتبر زوجة في النكاح الفاسد كما أنها ليست طرفاً في عقد زواج شرعي.

¹ - دوهبة الزحيلي، المرجع السابق ص491.

² - الشيخ علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، سنة الطبع 2008، ص672.

أولاً: مخالعة المرأة المعتدة

1-المعتدة من طلاق رجعي:

هذه المعتدة باتفاق الفقهاء زوجة حكما وهي في عدة هذا الإتفاق، ولذلك تجوز مخالعتها في العدة، ولذلك يقول الأحناف أن لزوجها أن يطلقها على جعل بعد الطلاق الرجعي ما دامت في عدتها، ولزمها الجعل متى إتفقا على ذلك، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية، والحنابلة.

2-المعتدة من طلاق بائن: في خلعها رأيان

الرأي الأول: يقول به الأحناف، وهو أن الطلاق على مال يلحق المعتدة من طلاق رجعي، ويجب المال، ويلحق المعتدة من طلاق بائن ولا يلزم المال.

بمعنى أن الرجل إذا طلق امرأته بائنا، ثم طلقها في العدة على مال وقع الطلاق الثاني أي الطلاق على مال، وسبب ذلك أن إعطاء المال قصد به تخليصها الخلاص المنجز من العصمة، وهذا حاصل في الطلاق البائن، ومن ثم فلا حاجة منها لدفع المال، وهذا بخلاف المعتدة في الطلاق الرجعي فهي زوجة حكما في خلال أجل العدة، ويجوز للزوج مراجعتها في العدة، ولزوم المال هنا سببه شراء عصمتها في خلال العدة الرجعية .

الرأي الثاني: ذهب المالكية، والشافعية إلى أن المطلقة بائنا لا يلحقها الخلع في العدة، إذ لا يملك الرجل بضع امرأته بعد الطلاق البائن يقول الدردير في الشرح الصغير "ورد المال الذي خالعه به أيضا بكونها بائنا أي ثبوت كونها وقت الخلع كانت مطلقة طلاقا بائنا إذ الخلع لم يصادف محلا حال البينونة¹

يقول الدكتور عبد الكريم زيدان ويبدو لي أن الخلع، وإن لم يقع مستوجبا بدل الخلع إلا أنه يقع طلقة بائنة، وإستخلص هذا من قول الدردير: "ورد المال الذي خالعه به

¹-أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر، و البرمجيات مصر، سنة النشر 2009 ، ص381.

أيضا... " فهم قالوا يرد المال، ولم يقولوا ببطلان المخالعة كلها بما فيها إيقاع الطلاق وبذل المال، ولكن الظاهر أنه يقول: "رد المال الذي خالعه بها... إذ الخلع لم يصادف محلا حالة البيونة منه" وبذلك يكون الرأي عند الماكية متفق مع الحنابلة، والشافعية، ويشترط في الزوجة أن تكون أهلا للتبرع لأن الخلع في حقها يعتبر معاوضة فيها شبهة التبرع، لأن فيها بذل المال فيها لا يعتبر مالا، وهو ملكها لعصمتها من أجل ذلك إشتراط الفقهاء في الزوجة أهلية التبرع، وبما أنه أشتراط في الزوجة المخالعة أهلية التبرع فإنها تكون أهلا للتبرع إذا اجتمع فيها أربعة شروط.

الأول: أن تكون بالغة فلا يتحقق الخلع إذا كانت الزوجة صغيرة مميزة كانت أو غير مميزة.

الثاني: أن تكون عاقلة فلا يتحقق الخلع إذا كانت الزوجة مجنونة أو معتوهة.

الثالث: ألا تكون مريضة مرض الموت.

الرابع: ألا تكون محجورا عليها لسفه¹.

وسنتكلم على حكم إختلاع الصغيرة، والمريضة، والمحجور عليها والمكرهه باختصار في ما يلي:

ثانيا: - خلع الصغيرة:

الصغيرة إما أن تكون مميزة، وإما أن تكون غير مميزة، وعلى كل حال إما أن يجري الخلع بينها وبين زوجها، وإما أن يجري بين زوجها، ووليها، وإما أن يضمن وليها بدل الخلع لزوجها، وإما ألا يضمن ذلك. فإن كانت الزوجة صغيرة غير مميزة، وخالعت زوجها بنفسها لم يقع عليها الطلاق ولم يلزمها شيء، أما عدم وقوع الطلاق عليها فلأن الزوج قد علق طلاقه إياها على قبولها دفع البدل، والقبول إنما يكون معتبرا الشريعة إذا حصل ممن هو أهل له والصغيرة غير المميزة ليست أهلا للقبول البتة فالمعلق عليه لم يحصل على الوجه المعتد به

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 382.

شرعا، فلا يحصل المعلق لذي هو الطلاق. وإن كانت الزوجة صغيرة مميزة وخالعت زوجها بنفسها فإن كان بلفظ الطلاق، فإنه يقع عليها طلاق رجعي، ولا يلزمها شيء من المال.

ثالثا: خلع المحجور عليها لسفه

السفه ضد الرشد. هو كون الإنسان مصلحا في ماله لا يبذر فيه، ولا يضيعه على خلاف ما يرتضيه الشرع.

وإذا خالعت الزوجة زوجها، وهي سفية على مهرها، أو على شيء من مالها فإن كان إختلاعها منه بلفظ الطلاق وقع عليها طلاق رجعي، ولم يلزمها البذل لأن وقوع الطلاق يعتمد القبول، وقد تحقق منها، ولأن لزوم المال يعتمد كونها أهلا للتبرع، وليست أهلا له¹

رابعا: - خلع المكره:

إذا أكرهت الزوجة على الخلع فلا يلزمه المال لأن الالتزام بالمال بالإكراه لا يصح بإتفاق فقهاء المذاهب الإسلامية، ويقع الطلاق عليها لأنه علق على مجرد قبولها وقد قبلت. وقد ورد عن الإمام مالك قوله في الموطأ إن المرأة التي تخالع زوجها ثم يتبين أن الدافع إلى الخلع هو أن زوجها كان يضربها فيلزمه أن يرد لها ما دفعته له ويمضي الطلاق الذي أوقعه عليها.

خامسا: - خلع المريضة مرض الموت:

اختلفت المذاهب الفقهية في آثار هذا الخلع:

يرى الحنفية أن هذا الخلع صحيح، ويقع به طلاق بائن، ويثبت به البذل، وأن ذلك البذل يخضع في نظرهم لأحكام الوصية فينفذ في حدود ثلث التركة، وإذا توفت الزوجة في مرضها أثناء عدتها، وجب للزوج الأقل من الأمور الثلاثة "بذل الخلع، وثلث الخلع، أو نصيبه من الميراث" وهذا كله لو افترض بقاء الزوجية، وورثها بالفعل، ولقد وجب له الأقل من الأمور

¹ - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، بيروت لبنان 2007، ص343، 344.

الثلاث احتياطياً ومحافظة على حقوق ورثتها لإحتمال أن يكون الزوجان قد إتفقا على الخلع في هذا المرض ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث لو استمر زواجه إلى وقت وفاتها، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحاييه بطريق التبرع لأنه وصية، والوصية لا تجوز للوارث عند الجمهور، وإذا ماتت بعد أن شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج المخالغ بدل الخلع كله لظهور أن الخلع تم في حالة الصحة.

ويرى المالكية أن الزوج إذا خالغ زوجته، وهي مريضة مرضاً مخوفاً، فإن الطلاق منفذ، ولا يتوارثان عند المالكية، ولو ماتت أثناء العدة¹

الفرع الثالث: صيغة الخلع

لا بد للخلع من صيغة وفلا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالاً وتخرج من داره بدون أن يقول لها: "اختلعي على كذا"، فتقول له: "اخلعني على كذا"، فيقول لها: "خلعتك على ذلك"، فالإيجاب والقبول بالقول لا بد منه، أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع، وإن نوى به الطلاق، أو كان به الطلاق متعارفاً.

وفي صيغة الخلع وشروطها نتعرض لتفصيل المذاهب في ذلك ثم موقف المشرع الجزائري وما توصل إليه الإجتهد القضائي.

¹ - د أحمد أباش الأسرة بين الجمود، والحداثة منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2011، ص 265-266.

أولاً: الموقف الفقهي

1- رأي الحنفية:

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

أما الخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال، لأنها تعطي الرجل مالاً ملكاً له في نظير الطلاق، وذلك معنى المعاوضة بين اثنين، أحدهما يعطي مالاً لغيره على سبيل الملك وثانيهما يعطي بدلاً في نظير تمليك ذلك المال، فإذا كان كذلك يصح لها أن ترجع قبل القبول فلو بدأت الخلع هي، فقالت: "اختلعت نفسي منك بألف"، أو "خالعتني على صداقي ونفقة عدتي" فلها أن ترجع قبل أن يقول الزوج: "خالعت على ذلك"، ويبطل بقيام أحدهما عن المجلس قبل القبول، ولا يصح للزوجة أن تعلقه على شرط ولا أن تضيفه إلى وقت¹.

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

والفرق بين العبارتين أن الأول مذكور فيه العوض، فلا يقع إلا إذا قبلت ولما كره لها بالعوض قبلت، فيقع الثلاث جملة واحدة بالعوض المكرر، أما الثاني فلم يذكر

¹ - د عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، الجزء الرابع، دار الأرقم للنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ص 368.

فيه العوض، فلا يتوقف وقوع الطلاق على قبولها متى نواه أو كان بلفظ خالعتك فإنه لا يحتاج إلى نية على قول. وإنما الذي يتوقف على قبولها سقوط حقها، وحينئذ يقع الطلاق باللفظ دون قبولها وهو بائن. فإذا كرهه فإن الثاني لا يلحقه، هذا إذا بدأ الزوج بالعوض، أما إذا بدأت الزوجة بأن قالت: "خالعت نفسي منك بألف" وكررتها ثلاثاً، فقال: "قبلت"، فإنه لا يقع إلا بوحدة بألف على الصحيح.⁽¹⁾

2- رأي المالكية:

قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن تكون لفظاً - بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحاً أو كناية فإذا عمل عملاً يدل على الطلاق بدون نطق، فإنه لا يقع به الطلاق، إلا إذا جرى به العرف.

الشرط الثاني: أن يكون القبول في المجلس، إلا إذا علّقه الزوج بالأداء أو الاقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس. فإذا قال لها: "إن أقبضتني عشرين جنيهاً أو أديت إلي كذا فأنت طالق"، فإن لها أن تقبضه بعد المجلس، ومتى فعلت ذلك بانتهائه، إلا إذا طال الزمن بعد الانصراف عن المجلس، بحيث تمكث مدة، يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس فإنه يُعمل بها فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل.

الشرط الثالث: أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال، فإذا قال لها: "طلقتك ثلاثاً بألف" فقالت: "قبلتها واحدة بثلاث الألف"، لم يلزمه طلاق، فإن له أن يقول: "إنني لم أرض بطلاقها إلا بألف"، وهذا بخلاف ما إذا قالت له: "طلقتني ثلاثاً بألف" فطلقها "واحدة بألف" فإن الطلاق ينفذ والعوض يلزم، وذلك لأنها تملك نفسها بهذا وتبين به فما زاد عليه لم

¹ - د عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 369.

يتعلق به غرض الشارع ولا فائدة لها منه وكذا إذا قالت له: "طلقني واحدة بألف"، فطلقها ثلاثاً فإنه يصح لحصول عرضها وزيادة.⁽¹⁾

3- رأي الشافعية:

قالوا: صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية ومن كنياته لفظ: بيع وفسخ، فإذا قال لها: "بعتك نفسك بألف" ناويا بذلك الطلاق، فقالت: "قبلت"، كان خلعاً صحيحاً تبين به، ويلزمها العوض ومثل ذلك ما إذا قال: "فسخت نكاحك بألف"، وفي هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقاً ينقص عدد الطلقات ومثال صريح الطلاق في الخلع أن تقول له: "طلقني على عشرين"، فقال: "طلقتك على ذلك" فإنه يكون طلاقاً صحيحاً بائناً يقع بدون نية، فإذا نوى به أكثر من واحدة لزمه ما نواه، أما إذا قالت له: "أبني على عشرين"، فقال لها: "أبنتك"، فإنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية، وهكذا في كل ألفاظ الكنایات التي تقدمت.

هذا وإذا بدأ الزوج بالطلاق على مال فذكر العوض، كان الخلع عقد معاوضة مشوب ومعلق على دفعها للعوض، فلا يقع به الطلاق إلا إذا قبلت، فكأنه قال لها: "إذا قبلت دفع العوض فأنت طالق" وعلى هذا يصح له الرجوع قبل قبولها نظراً لجهة العوض. أما شروط الصيغة فهي:

- أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعاً للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين ومنها أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب، ومنها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق. فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه، فإنه لا يصح ومنها أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام، ومنها أن يتفق الإيجاب مع القبول، فإذا قال لها: "طلقتك بألف"، فقالت: "قبلت بألفين لا يقع شيء"، وإذا قال لها "طلقتك ثلاثاً بألف" فقالت: "قبلت واحدة بألف" فإن الثلاث تقع بألف، وذلك وإن لم

¹ - د عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 370-371.

يوافق القبول الإيجاب في الطلاق، لكنه وافقه في المال، والزوجة تملك المال والزوج يملك الطلاق وقد وافقته فيما تملك، فتلزم به ويلزم بالثلاث.⁽¹⁾

4- رأي الحنابلة:

يشترط في صيغة الخلع عدة شروط:

أولها: أن تكون لفظاً، فلا يصح الخلع بالمعاطاة ولو نوى بها الطلاق، بل لا بد فيه من إيجاب وقبول.

ثانيها: 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.

ثالثها: ألا يضيف الخلع إلى جزء منها، فإذا قال لها: "خالعتك يدك أو رجلك بكذا" وقبلت كان لغواً، وذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق، بخلاف الطلاق الذي يقع عندما يضاف إلى جزء المرأة.

رابعها: أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها: "إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا يصح

ولو بذلت له ما سماه، بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه، وإذا اجتمع شرطاً مع الخلع فإن الخلع يصح، والشرط يبطل مثل ذلك ما إذا اشترط الخيار، كما قال لها: "خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام"، فإن من خلال ما سبق تبين لنا إجماع الفقهاء على ضرورة تطابق الإيجاب مع القبول، فيما يخص صيغة الخلع.

إلا أنه لم يتضح لنا في شأن ماذا يتم هذا التطابق، هل يقصد به تطابق الإيجاب والقبول في مبدأ الخلع بحد ذاته؟ أو تطابق ذلك على البديل؟ وبالتالي هل يكون للخلع صفة العقد يستلزم قبول الزوج، أم هو مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟ أم هو حق إرادي تمارس من خلاله الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة؟

¹ - د عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق، ص 371-372.

اختلفت الآراء حول طبيعة الخلع، فهناك من يعتبره عقداً وهناك من يعتبره مكنة للزوجة ولكل في ذلك حججه.

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع عقد فنجد الدكتور "محمد أبو زهرة" يقول أنه: "عقد ينعقد بالإيجاب والقبول" أي أنه يخضع لمبدأ العقد شرعية المتعاقدين، وفي هذه الحالة فلا يوجد إشكال بالنسبة للقاضي لأن دوره ينحصر في تثبيت ما اتفق عليه الزوجان وهذا يأخذ حكم الطلاق بالتراضي وهو ما ذهب إليه الدكتور "عبد الرحمن الصابوني" في تعريفه للخلع على أنه: "إنهاء للحياة الزوجية بين الزوجين أو بالتراضي أو بحكم القاضي، على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغ من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهراً".

وقد عرفه الأستاذ "عوتي بن ملحمة" على أنه: "عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج وقبول الزوجة".

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع مكنة للزوجة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فقد ذهب الإمام مالك في مدونته في جزئها الخامس إلى شرح الحالة التي تستطيع فيها الزوجة الكارهة أن تلجأ إلى القاضي للمطالبة بالخلع، هذا الأخير يعين حكّمين للصلح بين الزوجين فإن لم يتوصلا إلى الإصلاح، فرق القاضي بينهما بغير رضا الزوج. (1)

وجاء في شرح الزرقاني ما نصه: "فإن تعذر الإصلاح فإن أساء الزوج طلق بلا خلع إن لم ترض بالمقام معه وبالعكس فإن كانت هي المسيئة فقد ائتمانه عليها وخالعناه منها، بقدر المخالعة له ولو زاد على الصداق".

في حين ذهب ابن رشد في بداية المجتهد إلى أن: "الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق" وبهذا اعتبر أن للمرأة حق فك الرابطة الزوجية بالخلع في مقابل حق الطلاق الذي منح للزوج.

1- أ نورة منصور، المرجع السابق، ص 130.

وعليه فإن الزوجة تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج، فإذا قبل ذلك انعقد الاتفاق بينهما، أما إذا رفض فبنشأ تبعاً لذلك حق إرادي يسمح لها بإنهاء العلاقة الزوجية، ومن ثمة فلا يملك القاضي حق رفض طلب التفريق بالخلع وليس له أية سلطة تقديرية في ذلك. (1)

وهذا استناداً لقوله سبحانه وتعالى { جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا قَدَّاتَ بِهِ } الآية 229 من سورة البقرة ولقوله -صلى الله عليه وسلم-: ".... اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" والذي جاء بصيغة الأمر ومما يدل أن الخلع حق للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض في المادة (54) منه، لمسألة الصيغة وشروطها تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له، تطبيقاً لنص المادة (222) التي تنص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

حتى أن المادة (54) بنصها 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. "لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عملياً، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط لإيقاع الخلع ومنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضا.

وقد انقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين:

1-أ عمر زودة، طبيعة الأحكام لإنهاء الرابطة الزوجية، وأثر الطعن فيها، دار انكسولوبيديا، ص 60.

1. الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا وقد وجد تطبيقه في

عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 والذي جاء فيه: "من المقرر فقهاً وقضاءً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطلاق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرق للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته".⁽¹⁾

- القرار الصادر بتاريخ 1991/04/03 وتحت رقم 73885 جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون"⁽²⁾.

2- الاتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع:

هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل

الخلع وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

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

¹ -القرار الصادر في 1988-12-21 رقم الملف 51728، المجلة القضائية لعام 1990، العدد الثالث، ص 32.

² -القرار الصادر في 1991،04-03 المجلة القضائية لعام 1993، العدد الثاني،الصفحة 55.

- إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفقاها يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع -في قضية الحال- لما قضاوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن⁽¹⁾
- القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 والذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽²⁾
- من خلال العرض السابق للآراء الفقهية، وسكوت المشرع الجزائري بعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضا الزوج جاءت المادة 54 بعد تعديل 2005 صريحة في هذا الصدد، وعليه فإن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسنه الشريعة الإسلامية، وهو ما اهتدى إليه المذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري والذي سبق، وأن وضحنا رأيه في المسألة من جواز الخلع دون الأخذ برضا الزوج، وقد صدر عن المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية- قرار تحت رقم 141262 المؤرخ في 1996/07/30، والذي قضى: "أن طعن الزوج بالخلع إنتهى إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا، إستنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك

¹ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 92/07/21 ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، العدد الخاص ص 134.

² - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 99/03/16 ملف رقم 216239، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، العدد الخاص، ص 138.

الرابطه الزوجية عند الإقتضاء، وليس عقدا رضائيا بين الزوجين⁽¹⁾ وبالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع، وتعذر إعادة الوفاق بين الطرفين ويبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين.

الفرع الرابع: بدل الخلع

إن الخلع كما سبق: هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدى به الزوجة نفسها. فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع. وبدونه لا يتحقق، فإن قال الزوج لزوجته: "خالعتك" وكت لم يكن ذلك خلعا، وإن نوى الطلاق كان طلاقاً رجعيّاً. وإذا لم ينو شيئاً لم يقع به شيء لأنه من أفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية".

فبدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها وخلص نفسها منه.

فما حكم أخذ الزوج لبديل الخلع؟ وما يصح أن يكون بدلا؟ وما يشترط غيره؟

وللإجابة عن هذه الإشكاليات نتناول ذلك على ضوء كل من الفقه، والقانون، وكذا اجتهادات المحكمة العليا.

أولاً: الموقف الفقهي

1- حكم أخذ الزوج لبديل الخلع

يجوز شرعاً أن يأخذ الزوج مالاً أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منه، ولا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" فإذا كان البديل مساوياً لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه. أما إذا كان أقل من قيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى وهذا بإجماع الفقهاء. إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البديل أكثر مما قدم إليها من مهر وفي هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه.

¹-القرار الصادر بتاريخ 1996/07/30، تحت رقم 1141262، غير منشور مأخوذ عن كتاب الأستاذ عمرزودة، المرجع السابق، ص159.

رأي الحنفية:

انقسم الحنفية إلى روايتين أولاهما: أن أخذ الزيادة جائز، لا شيء فيه، لإطلاق الآية السابقة: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" والتي رفعت الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء، من غير فصل بين ما إذا كان هذا البديل مساوياً للمهر أو زائداً عليه.

و استدلووا على رأيهم بقوله **فَلَيْسَ عَلَى خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**⁽¹⁾ إذ أن الآية نفت الجناح (الإثم) عن الرجل فيما يأخذ من فدية (بدل الخلع) قل أو كثر، واستدلوا بقصة الربيع بنت معوذ-رضي الله عنها- فقد شكت إلى عثمان - رضي الله عنه- زوجها وأنها انفلتت منها كلمة "أنا أفندي بما لي كله"، فقال الزوج: "قد قبلت" قال عثمان: "خذ منها" فأخذ مالها كله، وفي رواية أخرى أنه ورد عن الربيع بنت معوذ قالت: "قلت له لك كل شيء وفارقني"، فقال: "قد فارقت"، فأخذ والله كل شيء، فجئت وهو محصور فقال: "الشرط أملك خذ حتى عقاس رأسها"

ولأن الخلع معاوضة والبديل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فإن الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون عن طيب خاطر لقوله **فَوَعَّالَةٌ نَسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**⁽²⁾

وثانيهما: أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" لأن آخر الآية مردود إلى أولها والتي تنهى الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما آتوهن من مهر، واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله. ويؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال: "أتردين عليه حديقته؟" فقالت: "نعم"

¹-سورة البقرة الآية 229.

²-سورة النساء الآية 4.

وزيادة"، فقال: "أما الزيادة فلا" وبذلك نهى الرسول -صلى الله عليه وسلم- عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها.⁽¹⁾

رأي الجعفرية:

يرى الجعفرية أنه إذا كانت الكراهة من قبل الزوج وحده وبذلت له الزوجة المال ليخالعها "لا يصح الخلع كما لا يحل له البذل، وعند وقوع النزاع بينهما يجوز الخلع على بدل تدفعه الزوجة، لكن إذا كانت الكراهة من جانبيهما جاز له أن يخالعها على أكثر مما أعطاه من المهر، وإن كانت منهما معاً لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه"⁽²⁾.

رأي الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر. ولا فرق أن يكون البذل عيناً أو ديناً أو منفعة وضابطه أن "كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون عوضاً في الخلع لقوله تعالى: { فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }"⁽³⁾

رأي المالكية:

يرى المالكية أنه لا يحل للزوج شرعاً أن يأخذ شيئاً من زوجته إذا كان سبب النشوز منه، وإن أخذ وجب عليه أن يرده إليها، وإن التزمت بشيء في مقابل الخلع سقط عنها التزامها⁽⁴⁾ واستدلوا في رأيهم بقوله تعالى: { تَعَذُّلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ }⁽⁵⁾ وقوله تعالى: { تَمَسُّ كُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا }⁽¹⁾.

¹ - د محمد مصطفى شلبي، فقه المذاهب السنية، والمذهب الجعفري، والقانوني، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، ص 570-571.

² - د محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 571.

³ - سورة البقرة الآية 229

⁴ - د أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد، ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطبوعات، الإسكندرية. 1997 ص 77 .

⁵ - سورة النساء الآية 19 .

2- ما يصح أن يكون بدلاً للخلع وشروطه

كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون بدلاً في الخلع، ولا تقدير فيه باتفاق جمهور الفقهاء، فيصح أن يكون من النقد أو العقار أو المنقول، كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة، أو على حضانتها المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها أو تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة وعليها الوفاء بذلك، فإن امتنعت عن القيام بما التزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعه الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية.⁽²⁾

وإذا لم يستوف الزوج ما اتفق عليه يرجع على الزوجة ببقية حقه أو على ورثتها إن ماتت أثناء المدة المتفق عليها.

وإذا خالعه على ما يعتقد أنه حلال وتبين أنه حرام كما لو قالت له: اخلعني على ما في هذا الإناء من الخل، فتبين أنه خمر، قال الإمامية والحنابلة: يرجع عليهما بمثله خلاً، وقال الحنفية: يرجع عليها بالمهر المسمى، كما أضاف الشافعية: يرجع عليها بمهر المثل.

أما إذا خالعه على مال باعتقاد أن البديل ملك للزوجة، فظهر أنه لغيرها، قال الحنفية والأمامية "إذا أجاز المالك صح الخلع وأخذ الزوج المال وإن لم يجز كان البديل له من المثل أو القيمة"، كما قال الشافعية: له مهر المثل استناداً إلى ما هو مقرر عندهم من متى ذكر البديل الذي لا يصح بدلاً يبطل ويثبت بمهر المثل، وقال المالكية: يقع الطلاق بائن ويبطل العوض.

¹ - سورة البقرة الآية 231.

² - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 565-566.

وليس للمطلق شيئاً حتى ولو أجاز المالك⁽¹⁾ وأضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلالاً، فلا يصح الخلع على خمر أو خنزير أو مال معصوب مثل المسروق فإذا خالعتة على شيء من ذلك وقع الطلاق بائناً، ويبطل العوض، فإن كان مغصوباً وجب عليه أن يرده إلى صاحبه، فإن كان خمرًا وجبت عليه إراقته، وإن كان خنزيراً وجب قتله وقيل يسرح ولا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

- أما إذا خالعتة على شيء بعضه حلال وبعضه حرام، كما إذا خالعتة على خمر وثوب فإن الخلع ينفذ والعوض يبطل، فلا شيء للزوج مطلقاً⁽²⁾ أما لو علمت الزوجة بالحرمة دون الزوج فلا يلزمه الخلع.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري

لقد نصت المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

لم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدلاً للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه، لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا، باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، وبعبارة فقهية أكثر دقة: "أن كل ما صح أن يكون صداقاً صح أن يكون مقابل خلع"، ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً وقانوناً.

¹ - عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النشر المعرفة، الرباط، ص 268.

² - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 362.

ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة هي حق للمحضون، وليس للزوجة حق الغير بدلاً للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه.

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون في مقابل الخلع معلوماً ومتفقاً عليه بين الزوجين.

- أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أداءه في حكم بالطلاق خلعاً مقابل مال لا تتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

و قد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها ما ورد في القرار المؤرخ في 26 ماي 1968 عن المجلس الأعلى سابقا، والذي جاء فيه:

"إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءً على صداق مؤجل وما ثبت لهم من ظلم يراه المجلس الأعلى أنه ينجر عنه الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج بدون حاجة إلى اشتراط أدائه فوراً، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه كما يسوغ أن يكون الشيء غير موجود وقت الاتفاق" (1)

- كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 جاء فيه: "من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق.

¹ - قرار 22-04-1985 تحت رقم 36709 مجلة المحكمة العليا منشور في مجموعة الأحكام القضائية، الجزء 1.

وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغاً قدره خمسين ألف دج (50 000 دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معاً⁽¹⁾ وخلال تربيصنا الميداني لدى محكمة سيدي بلعباس ومجلسها القضائي عاينا بعض التطبيقات حول الخلع من أمثلتها:

- الحكم الصادر في 2000/06/04 والذي تتلخص وقائعه فيما يلي:

رفعت المدعية (ع م) دعوى في 2000/04/02 ضد (ق م) جاء فيها أنها تزوجت به في 1998/07/08 وصدر حكم بشع ضدها عن محكمة سيدي بلعباس في 2000/01/16 قضى بإرجاعها إلى بيت الزوجية ولم يسع الزوج إلى إرجاعها وطلبت في دعواها التطلاق. وفي عريضة إضافية اقترحت أن تدفع للمدعي عليه قيمة صداقها المقدرة بعشرين ألف دينار جزائري بدلا للخلع (20 000 دج) في حين طلب المدعي عليه الرجوع إلى بيت الزوجية واحتياطيا في حالة تمسكها بالخلع فله الحق في صداقها المتمثل في سلسلة ذهب قيمتها ألفي دينار جزائري (2000 دج) وتعويضا قيمته خمسة آلاف دينار جزائري (5000 دج) وسبعيات بثلاثين ألف دينار جزائري (30.000 دج) وسلسلة قيمتها سبعمائة دينار جزائري (700 دج).

وفي جلسة الصلح تم الاتفاق بين الزوجين على مبلغ عشرين ألف دينار جزائري (20 000 دج) كبديل للخلع وسلسلة كتاب.

فحكم قاضي الأحوال الشخصية لمحكمة سيدي بلعباس المرفوعة أمامه الدعوى حضوريا علنيا ابتدائيا نهائيا بالطلاق بالتراضي بين الطرفين على أساس الخلع، والإشهاد أن المطلق تسلم مبلغ قدره عشرين ألف دينار جزائري (20 000 دج) نقدا وسلسلة كتاب

¹ - القرار الصادر بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، صفحة 92.

مقابل خلعها وسلمتها المطلقة بالجلسة وبحضور دفاعها والإشهاد بأنها تنازلت عن باقي حقوقها.⁽¹⁾

وفي قضية أخرى عرضت على محكمة سيدي بلعباس في سنة 1991 وتتلخص وقائعها فيما يلي:

رفعت السيدة (ع ز) أمام محكمة سيدي بلعباس في 15/06/1991 دعوى مخالعة ضد المدعى عليه (ع ق) الذي كانت تزوجت به في 08/08/1990 وعرضت عليه مقابل خلع قدره عشرة آلاف دينار جزائري (10 000 دج) وطلبت نفقة إهمال شهرية قدرها ستمائة دينار جزائري (600 دج) تسري من تاريخ 18/10/1990 إلى غاية النطق بالحكم ونفقة عدة قدرها ثلاث آلاف دينار جزائري (3000 دج) والتمست تمكينها من أثاثها وذكرت قائمة الأثاث المتروك في بيت الزوجية مؤسسة طلبها على فساد أخلاق المدعى عليه وسوء طباعه في مضجع الزوجية.

في حين فند المدعى عليه أقوال المدعية بخصوص فساد أخلاقه، وتمسك برجعها إلى بيت الزوجية والتمس احتياطيا قبول طلبها المتعلق بالخلع لكن بمقابل قدره ستين ألف دينار جزائري (60 000 دج).

ولم تغلح محاولة الصلح بين الطرفين إذ تمسكت الزوجة بمخالعة نفسها وتغيب المدعى عليه عن حضور هذه الجلسة، وجاءت حيثيات الحكم كما يلي:

"حيث أن الخلع عقد رضائي بين الطرفين وقد عرفه الفقهاء بأنه عقد إتفاقي وثنائي الأطراف يكون عادة بعرض الزوجة لمبلغ من مال معلوم ممن تقوم شرعا، مقابل طلاقها وبقبول صريح من الزوج لهذا العرض وقد ورد ذكره في المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري بدون تفصيل تاركا المشرع للمحكمة إمكانية الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة (222) من قانون الأسرة "

¹ - أنورة منصور، المرجع السابق، ص 143.

فعرّف هذا الحكم الخلع وكيفية فقها وقضاءً ثم بين أصله في القرآن وفي السنة كما يلي:
 "حيث أن أصل الخلع ما جاء في قوله تعالى {فَدَفْتُمْ} أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ لِّلَّذِينَ تَعَدُّوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ } (1)

حيث أن أصل الخلع ما جاء في أحاديث الرسول -صلى الله عليه وسلم- منها حديث الحافظ الذي أخرجه "البراز" من حديث "عمر" وكذا في موطأ "الإمام المالك" عن يحيى بن سعيد" عن "عمرة بنت عبد الرحمن بن زرارة".

كما عرفه وكيفية على ضوء المذهب المالكي في إحدى حيثياته: "حيث أنه جاء في بداية المجتهد للفقهاء المالكي "ابن رشد" ما يلي: والفقهاء أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذ فرك للمرأة جعل الخلع للمرأة. ثم رجع إلى القضية المعروضة عليه وكيف الوقائع على أن عرض الزوجة لمقابل الخلع وإبداء الزوج معارضته في طلب الرجوع قدم طلباً احتياطياً مبيناً رغبته في الخلع بمقابل ستين ألف دينار جزائري (60 000 دج) أي ست مرات (6) ما عرضته زوجته وهو ما جعل القاضي يستنتج قرينة على أن الطرفين متفقين على مبدأ المخالعة، لكنهما اختلفا حول مقدار بدل الخلع، ثم رجع إلى أحكام الشريعة لتعريف وتحديد مقابل الخلع فجاء في إحدى حيثياته: "حيث أنه ثبت عن الرسول -صلى الله عليه وسلم- أن مبلغ المخالعة يكون في حدود مقدار الصداق الذي أداه الزوج لزوجته يوم الزواج منها، وإن كان هناك أقوال بأخذ الزيادة. إلا أن معظم الفقهاء كرّهُوا ذلك.

ثم رجع إلى المادة (54) من قانون الأسرة التي منحت للمحكمة سلطة تقدير البدل في حالة عدم الاتفاق عليه بما لا يجاوز صداق المثل وقت الحكم، وبالتالي فإن طلب الزوج لمبلغ ستين ألف دينار جزائري (60 000 دج) كبديل للخلع، مبالغ فيه وعرض الزوجة لمبلغ

¹-سورة البقرة الآية 229.

عشرة آلاف دينار جزائري (10 000 دج) محجف في حقه مما أدى إلى تقديره بما يعادل صداق المثل، وحدده القاضي آنذاك بمبلغ عشرين ألف دينار جزائري (20 000 دج) تلتزم الزوجة بأدائه مقابل خلع نفسها منه.

وبالنسبة لتوابع الخلع حكم القاضي بعدم استحقاق الزوجة المختلعة لمؤخر الصداق والنفقة الواجبة ورفض طلبها المتعلق بنفقة الإهمال وبنفقة العدة لبينونة المدعية، وإلزام الزوج المخالعة بتمكين مخالطته من الأثاث، لأنه أقر قائمته¹.

المطلب الثاني: شروط الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع بل أهملها، و اكتفى بالإشارة إلى مقداره بحيث لا يتجاوز مهر المثل، ولهذا سنعالج هذه الشروط اعتمادا على قواعد الفقه العامة.

بحيث يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق، أي أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً يملك أهلية التصرف في ماله، وأن تكون الزوجة محلاً للطلاق أي أن تكون زوجة شرعية حقيقية أو حكماً.

فلا يجوز للمرأة أن تخلع رجلاً أجنبياً عنها أو تربطها به رابطة غير الزوجية فلا بد من توفر عقد صحيح فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة فلا يقع الخلع، وكذلك لو انفصمت عرى الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن.

وبما أن الخلع طلاق على مال، فإنه يشترط فيه، ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما .

وعليه فإنه يشترط في الزوج أن يكون بالغاً تسعة عشر سنة (المادة 7ق.أ)، وأن يكون متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه (المادة 85 ق.أ)، وفي حالة غياب أهلية التصرف في ماله ينوب عنه وليه (المادة 210/2ق.أ).

¹ - أ نورة منصوري، المرجع السابق، ص 144.

أما بالنسبة للزوجة، فإن الفقه الإسلامي يشترط فيها في حالة الخلع أن تكون متمتعة بأهلية التبرع (المادة 203 ق.أ)، وعليه فإذا كانت الزوجة التي خالعتها زوجها على مال لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 7 ق.أ، لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك، والمراد بالولي هاهنا، من له الولاية على نفسها و أما التي هي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل المال إلا بموافقة ولي المال¹.

ومن هنا، فالزوجة المخالعة التي لا تملك حق التصرف في أموالها، كما لو كانت صغيرة لا تملك حق المخالعة شرعا ومن الناحية القانونية لا تملك حق المخالعة قبل سن الرشد المدني الوارد في المادة 40 ق.م، حتى ولو بلغت سن الزواج المنصوص عليه في المادة 7 ق.أ، وبموافقة ولي المال طبقا لأحكام المادة 83 ق.أ، والتي تنص على أن من بلغ سن الرشد تكون تصرفاته متوقفة على إجازة الولي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.

والمشرع لم ينطرق للشروط الواجب توفرها لصحة الخلع، واكتفى بالإشارة إلى ضرورة وجود الاتفاق بين الزوجين حول مبدأ الطلاق بالمخالعة في المادة 54 ق.أ أو هي المادة الوحيدة التي تعرضت لمسألة الخلع، مما يستوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لأحكام المادة 222 ق.أ غير أن المحكمة العليا في قرارها المنشور بتاريخ 12/03/1996 أوضحت بان الخلع لا يتم بالإيجاب والقبول بين الزوجين، وأنه يشترط اتفاقهما على المبلغ الذي تقدمه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها. وان عدم موافقة الزوج على المخالعة لا يؤثر على بقاء العلاقة الزوجية، كما أن قرارها الصادر في 22/03/1968 قررت بأنه عندما يتفق الزوجان على مبدأ الطلاق بالمخالعة ويختلفان في بدل الخلع فإنه يمكن للقاضي بصفة مطلقة القيام بمهمة التحكيم، مقابل الخلع إنطلاقا من مقدار الصداق المقدم للزوجة، والأضرار الواقعة.

¹ - بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق الميراث الوصية، الجزء الأول الزواج والطلاق ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة 2004، ص 265-266.

فالخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة تمكنها من طلب التظليق من زوج أصبحت تكرهه وتبغضه، وإستحالة المعاشرة معه ،ولم يمنحه لها الفقه الإسلامي في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة .
وعليه لا يجب الخلط بين الخلع كرخصة للزوجة الوارد في نص المادة 54ق.أ وبين التظليق أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة للأسباب المذكورة في المادة 53ق.أ فالخلع كعقد ثنائي الطرف أو إتفاق بين الزوجين لا يتم بالإيجاب و القبول ،ويشترط فيه ما يشترط في الطلاق من شروط و أركان ،أن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج ،ليس حقا لها تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة.¹

المطلب الثالث :التوكيل في الخلع ودور القاضي فيه

الفرع الأول:التوكيل في الخلع

اتفق الأئمة الأربعة على صحة التوكيل في الخلع من الزوجين أو أحدهما، واتفقوا كذلك على صحة توكيل كل من صح تصرفه بالخلع لنفسه سواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى مسلما أو كافرا محجورا عليه أو رشيدا لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب لنفسه فصح أن يكون وكيفا وموكلا فيه كالحر الرشيد
هذا، وأن الرجل أن يوكل في ثلاثة أشياء وهي:

1. تحديد العوض
2. قبض العوض
3. إيقاع الطلاق أو الخلع

¹ - بلحاج العربي المرجع السابق ،ص 267 .

أولاً: إذا كان الزوج هو الموكل

إتفق الفقهاء على أن وكيل الزوج في الخلع إذا التزم بما أوصاه موكله أو خالفه إلى ما هو أحسن في عوض الخلع فإنه ينفذ ويلزم المبلغ المعين ولكنهم اختلفوا فيما إذا خالف الوكيل أمر موكله إلى ما فيه ضرر كأن ينقص الوكيل عما سماه موكله.

القول الأول: لا يلزم الخلع إلا إذا أكمل الوكيل أو الزوجة ما سماه له موكله وذهب إليه المالكية.

جاء في شرح ألجرشي: إذا قال الزوج لوكيله خالع لي زوجتي بعشرة مثلاً فخالفها بخمسة فإن الخلع لا يلزم ولا يقع الطلاق لأن الوكيل معزول عن ذلك إلا أن يتمه الوكيل أو الزوجة، وأما إذا وكل الزوج وكيله وكالة مطلقة و لم يحدد له مبلغاً معيناً ففي هذه الحالة إذا خالع الوكيل على أقل من خلع المثل فإنه لا يلزم حتى يتم خلع المثل فإذا تم له خلع المثل فإنه يلزم الخلع.¹

القول الثاني: إذا خالف وكيل الزوج إلى ضرره، كأن يقول له طلق زوجتي ثلاثاً بألف طلقها واحدة أو اثنتين فلا يقع الخلع و هذا ما ذهب إليه الحنفية.

جاء في المبسوط " وإن وكله أن يطلقها ثلاثاً بألف درهم أو على ألف درهم فطلقها واحدة أو اثنتين لم يقع، لأنها وقعت بحصتها من الألف فكان بما صنع مخالفاً وفيه ضرر على الموكل "

القول الثالث: وهو للشافعية في حالة عدم التزام الوكيل بالمبلغ المحدد و ذلك بأن خالع على أقل من العوض المحدد، فالمعتمد عند الشافعية عدم وقوع الطلاق، وأما أطلقت الوكالة ولم يحدد مبلغاً معيناً فالمعتمد عندهم أن الطلاق يقع ، ويلزمها مهر المثل

¹- د عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى 1418هـ-1998، ص 205.

جاء في معنى المحتاج: >> فلو قال لوكيله: خالعه بمائة لم ينقص منها: أ أطلق لم ينقص مهر المثل، فإن نقص لم تطلق <<

القول الرابع: وهو للحنابلة من وكل في الخلع امرأته مطلقا فخالع الوكيل زوجت موكله بأنقص من مهرها فقد ضمن الوكيل النقص من مهرها، وصح الخلع لانصراف الإذن إلى إزالة ملكه عن البعض بالعوض المقدر شرعا وهو مهرها.

وإن حدد للوكيل مبلغا محددًا فنقص منه لم يصح الخلع لأنه أوقعه على وجه لم يؤذن له فيه.

ثانيا: إذا كانت الموكلة هي الزوجة

اتفق الفقهاء على أن الزوجة لو حددت العوض للوكيل. فخالعها به، أو بأقل منه: صح الخلع، ونفذ، ولزمها المال، لأنه زادها خيرا.

وأما إذا خالعه بأكثر مما حددت له صح الخلع، ولم تلتزم بالزيادة، ولكن الوكيل هو الذي يضمنها فكأنها من الوكيل إلى الزوج.

أما الشافعية: قالوا لا يلزمها إلا مهر المثل لأنه في هذه الحالة خالف ما سمته، فكان ما خالعه عليه فاسدا فيلزم مهر المثل، لأنه إذا كان بدل الخلع فاسدا لا يلزم إلا مهر المثل.

وأما إذا أطلقت الوكالة، ولم تحدد الزوجة للوكيل مبلغا معينًا فلا يخلو الأمر في هذه الحالة.

1. إما أن يخالعه الوكيل بمهر المثل فيصح الخلع.

2. إما أن يخالعه على أكثر من مهر المثل فلا تلزمها الزيادة، ويضمنها الوكيل، وهذا ما ذهب إليه المالكية، والحنابلة.

أما عند الشافعية فلا يلزمها إلا مهر المثل فقط، حيث أن عوض الخلع صار فاسدا، ولا يجب عند فساد العوض إلا مهر المثل، كما ذكرنا سابقا.¹

¹ -د عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق ص 207.

بعد عرض آراء الفقهاء، وتوجيهاتهم أرى أن الزوج إذا أطلق الوكالة لوكيله، ولم يحدد مبلغاً معيناً فتلزم الزوجة مهر المثل، ويصح الخلع، ومثل ذلة إذا أطلقت الزوجة الحرة لوكيلها في بدل الخلع فيلزمها مهر المثل، وهذا ما ذهب إليه الشافعية.

الفرع الثاني: دور القاضي في الخلع.

يرى جمهور الفقهاء على أن الخلع طلاق لا يحتاج إلى إذن الحاكم، أو حكم يصدر منه فإذا اتفق الزوجان على الخلع، وعوضه وقع الطلاق دونما حاجة إلى حكم به. وسند الجمهور:

1: الطلاق جائز دون الحاكم، ويقع بدون حكم يصدر منه بذلك فكذلك الخلع طلاق.

2: قال الشافعية **"أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"** الآية 229 من سورة البقرة.

الخطاب هنا ليس موجهاً للحكام، وإنما هو حكم الدين بتمكين الزوجين من التخالع إذا خافا ألا يقيما حدود الله، أي الخوف بعدم القيام بالواجب، وليس المراد وجوب الترافع أمام القاضي لأخذ الإذن أو لإجازة الخلع فيما بينهما.

3: إن كتاب الله عز وجل أجاز الخلع فأباح للزوج أخذ العوض فيما افتدت به بالتراضي من غير حاكم.

وقال رأي آخر بضرورة إذن القاضي لجواز الخلع لان الله تعالى قال: **"فإن خفتم ألا يقيما حدود الله"**، والخوف هنا موجه لغير الزوجين لأن الله عز وجل لم يقل **"فإن خافا"** والمراد هنا القاضي. والرأي الراجح ما ذهب إليه الجمهور لقوة سنده، وضعف استدلال مخالفوه¹

¹ -المستشار أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، طبعة 2004، ص 403-404.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في دعوى الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري رغم معالجته للأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنظمة للأسرة وأحكامها إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب إتباعها في حالة إثارة نزاع بين الزوجين وخاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية الأمر الذي يستوجب الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعرفة طرق رفع الدعوى أمام المحكمة واختصاصها وطرق الطعن في هذه الأحكام وأثارها وهذا ما سنبينه في هذا الفصل.

المبحث الأول: الإجراءات الخاصة برفع الدعوى و قواعد الاختصاص

سنتطرق في هذا المبحث إلى شروط وإجراءات رفع الدعوى من تاريخ تسجيلها إلى غاية الفصل فيها بحكم قضائي من طرف القاضي المختص في قضايا شؤون الأسرة كمبحث أول ثم نتطرق إلى الآثار الناجمة عن الحكم وطرق الطعن فيه كمبحث ثاني.

المطلب الأول: إجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها

الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى

جاء في مضمون نص المادة 14 من ق.إ.م.و.إ على أنه ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، وموقعة، ومؤرخة من المدعي بواسطة المحامي تسمى بعريضة افتتاح الدعوى¹ تسجل لدى أمانة الضبط أمام كاتب مكلف بذلك إذ يسجل هذا الأخير العريضة حسب دورها في سجل يومي ثم يحيل العريضة حسب دورها في سجل يومي ثم يحيل العريضة إلى الكاتب المختص الذي يسجلها في الدفتر الخاص بالجلسة المحددة من كاتب الضبط، وتكون عريضة افتتاح الدعوى بنسخ تساوي عدد المدعى عليهم ونسخة للقاضي تبقى في ملف الدعوى².

¹ - ملحق رقم 01.

² - عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار هومة، الطبعة الثانية 2010، ص 16.

وبما أننا بصدد دراسة إجراءات رفع دعوى الخلع فإن ق.إ.م.و.إ.لم ينص على إجراءات خاصة بهذه الدعوى لذا فإنها تنقيد بنفس الدعاوى المنصوص عليه في المادة 14 المذكورة أعلاه .

الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى

اقتصر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة الثالثة عشر الفقرة الأولى بالنص على الصفة و المصلحة كشرطين أساسيين من شروط رفع الدعوى القضائية وهذا ما سنتناوله بالشرح فيما يلي :

أولاً: الصفة

الصفة هي شرط أساسي في كل دعوى قضائية حيث يشترط أن تكون للمدعي صفة في رفع الدعوى وأن تكون للمدعى عليه صفة في رفع الدعوى عليه أي بعبارة أخرى أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة ولقد نص المشرع الجزائي عليها في المادة 13 ق.إ.م.و.إ.، وقد جعل المشرع شرط توافرها من النظام العام في الفقرة الثانية من نفس المادة¹. والصفة في دعوى الخلع تكمن في العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها فرافع دعوى الخلع هو الزوجة، والمدعى عليه هو الزوج المراد مخالغته، و تثبت هذه العلاقة بمستخرج من سجل الحالة المدنية طبقاً لنص المادة 22 من قانون الأسرة، ويترتب على عدم توفر الصفة في رافع الدعوى عدم قبولها حسب نص المادة 67 من ق.إ.م.و.إ.

¹ - د خالد شويرب، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، السنة الجامعية 2014-2015.

ثانيا : المصلحة

عرفت المصلحة بأنها المنفعة التي تعود على المدعى في الالتجاء إلى القضاء، ويجب أن تكون المصلحة مستتدة إلى حق أو مركز قانوني، وأن تكون شخصية ،قائمة ،وحالة أو محتملة، و يقرها القانون .

إذا فالمصلحة هي الغاية والهدف الذي من أجله رفعت الدعوى¹.

ولقد جاءت المادة 13 من ق.إ.م.و.إ تتحدث عن شرط المصلحة كعنصر جوهري وأساسي في رافع الدعوى ،و للقاضي الحق في إثارة انعدام المصلحة في المدعي و المدعى عليه².

حيث جاء نص المادة كما يلي"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه .

والمصلحة في إطار دعوى الخلع يجب أن تكون قانونية فالزوجة طالبة الخلع يجب أن يكون لها من خلال دعواها مصلحة قانونية، و تتمثل المصلحة القانونية للزوجة طالبة الخلع طبقا لنص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري.

في عدم قدرتها على العيش مع زوجها وخوفها من مخالفتها لحد من حدود الله والجدير بنا ذكره أن المصلحة ليست دائما مصرحا بها في دعاوى الخلع، ولذلك تبقى السلطة التقديرية للقاضي .

¹ - أ يوسف دلاندة ،الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومه طبعة 2009 ، ص 22 .

² - عبد الله مسعودي، المرجع السابق ،ص 15.

المطلب الثاني: قواعد الاختصاص

سنتطرق في هذا المطلب إلى قواعد الاختصاص بالنسبة لموضوع الخلع كطريق من طرق فك الرابطة الزوجية بداية من الاختصاص النوعي ثم الاختصاص المحلي أو الإقليمي

الفرع الأول: الاختصاص النوعي.

حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادتين 32-33 الاختصاص النوعي للمحاكم¹

حيث جاء في نص المادة 32 من ق.إ.م.و.إ. المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص والعام و تتشكل من أقسام²

والاختصاص النوعي من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وبما انه من النظام فلا يمكن الاتفاق على مخالفته ولذلك جاءت المادة 36 من ق.إ.م.و.إ. كما يلي "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

وتأكيدا على أن الاختصاص النوعي للمحکم من النظام العام جاء اجتهاد المحكمة العليا في قرارها 54-288 المؤرخ في 19/02/1989 كالتالي:

¹- عبد الله مسعودي، المرجع السابق ص 26 .

²- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد 08-09 ل 25-02-2008 مطبعة البدر، ص 11.

متى كان مقرا قانونا أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام وهي تفصل في جميع القضايا المدنية، والتجارية، أو دعاوى الشركات التي تختص بها محليا. فإن إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يتعدى اختصاصا نوعيا لهذه الفروع بل هو تنظيم إداري بحت، ومن ثم فإن النعي على القرار بخرق قواعد الاختصاص النوعي غير سليم يتعين رفضه¹.

ونشير إلى أن الاختصاص النوعي في شؤون الأسرة، و الدعاوى المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية خصوصا تضمنته المواد من 423 إلى 425 من ق. إ. م. و. إ. حيث جاءت المادة 423 من ق. إ. م. و. إ. تبين أن قسم شؤون الأسرة على مستوى المحكمة مختصا نوعيا في:

الدعاوى المتعلقة بالخطبة، والزواج، والرجوع إلى بيت الزوجية، وإنحلال الرابطة الزوجية، وتوابعها حسب الحالات، والشروط المذكورة في قانون الأسرة.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي

حددت المواد من 37 إلى 40 من ق. إ. م. و. إ.، الاختصاص الإقليمي للجهات القضائية، و يقصد بالاختصاص الإقليمي أو الاختصاص المحلي الحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة النظر، و الفصل في المنازعات التي تثور فيه و الذي يتم تحديده عن طريق التنظيم خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة للاختصاص النوعي فإن الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام، وهذا يدل على أنه يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته و اللجوء إلى جهة قضائية غير مختصة إقليميا لفض نزاعهم.

وقد نصت المادة 37 ق. إ. م. و. إ. "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له معروف، وفي حالة اختيار موطن

¹ - قرار رقم: 54-288 المؤرخ في 19/02/1989 عدد 04، ص 108 مأخوذ عن حمدي باشا عمر مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، طبعة 2002 دار هومة، ص 04.

يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك¹.

وبما ان موضوع الدراسة يتمحور حول دعوى الخلع فإن المحكمة المختصة إقليمياً بالنظر في هذه الدعوى حسب نص المادة 426 ق إ م و إ يعود إلى وجود مسكن الزوجية إذ تنص المادة 426 ق إ م و إ في فقرتها الثالثة على ما يلي:

في موضوع الطلاق أو الرجوع لمكان وجود المسكن الزوجي .

ومنه نستخلص أن المحكمة التي يقع فيها مسكن الزوجية هي المختصة إقليمياً بالنظر في الدعوى.

الفرع الثالث: القضاء الإستعجالي

يختص هذا القضاء باتخاذ تدابير مؤقتة إلى حين الفصل في النزاع القائم بعد التحقيق فيه أو البحث في الإجراء الوقائي المطلوب منه اتخاذ لمنع الضرر أو الخطر الذي يهدد حق من لجأ إليه لإسباغ حمايته عليه حيث يكفي وجود مظاهر، وبودر الخطر أمام القضاء المستعجل².

وقد اسند ق إ م و إ إلى قاضي شؤون الأسرة الصلاحية المخولة لقاضي الاستعجال طبقاً لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

والحالات التي ينظر إليها القاضي استعجالينا مذكورة في المواد 453-460-467-472-474-499 ق إ م و إ .

¹-0 أ يوسف دلاندة، المرجع السابق ص 40.

²-المستشار: عبد الرحيم إسماعيل زيتون، والدكتور صلاح الدين جمال: الجديد في قضاء التنفيذ، وقضاء الأمور المستعجلة، والإعلانات القضائية 2007 دار المكتبة القانونية مصر ص 145 .

المطلب الثالث: جلسات الصلح

سنبين في هذا المطلب إجراءات الصلح، وكيفية سير الجلسة، وإنعقادها على التوالي:

الفرع الأول: إجراءات الصلح

الصلح هو محاولة سابقة قبل الفصل في الدعوى بحكم فك الرابطة الزوجية بالخلع لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع سعياً لإقناع الطرفين بالمصالحة، ويعتبر هذا الإجراء إلزامياً طبقاً لنص المادة 49 ق.أ.ج: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى "

كما نجد أيضاً المادة 439 من ق.إ.م.و. تؤكد على إلزامية هذا الإجراء: "محاولة الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية "

كذلك تم ذكر الصلح في القرآن الكريم من خلال الآية 127 من سورة النساء لقوله تعالى: **وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً**¹.
وتعتبر المادة 49 من ق.أ.ج نصاً يتعلق بإجراءات الطلاق حيث يجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإذا لم يتبع القاضي هذا الإجراء أصبح حكمه معيباً ومخالفاً للقانون، ويجب نقضه و نجد قرار المحكمة العليا رقم 75141 المؤرخ ب 1991/06/18 "من المقرر قانوناً انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي بعد

¹ - سورة النساء الآية 129.

محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون¹.

ونجد قرار آخر للمحكمة العليا يؤكد على وجوبية الصلح .

قرار رقم 966 88 المؤرخ في 18 جانفي 1994 "إن الحكم بفك الرابطة الزوجية لا يصدر إلا بعد اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملاً بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة"².

الفرع الثاني: كيفية تسيير الجلسة

إجراءات الصلح تبنتها المواد 439 إلى 449 ق.إ.م.و.إ. من المعمول به بعد تحديد تاريخ الجلسة، وتبليغ الأطراف لحضورها ينادي القاضي على الأطراف في الجلسة المحددة ليتأكد من حضورهما فإذا تغيب أحدهما حدد تاريخ لاحق للجلسة وذلك عملاً بنص المادة 441 من ق.إ.م.و.إ.، وهذا من أجل منحه فرصة للحضور وتقديم طلباته أو دفعه.

كما أنه إذا تغيب أحد الزوجين بدون عذر، و بالرغم من تبليغه شخصياً فإن القاضي يحزر محضر بذلك .

تتعقد جلسة الصلح بمكتب القاضي بحضوره وبحضور أمين الضبط والأطراف المعنية كلا على حدا ثم معاً طبقاً لنص المادة 440 ق.إ.م.و.إ. الفقرة 1 كما أنه وبناء على طلب الزوجين يمكن حضور أحد أفراد العائلة، والمشاركة في محاولات الصلح، وتجسيدا لنص المادة 440 ق.إ.م.و.إ. فالجاري العمل به هو استقبال المدعي أولاً بالمكتب وبعد تأكد القاضي من هويته يستمع إليها ويحاول الاستفسار منها عن سبب طلبها للخلع

¹ - قرار رقم: 4 751 المؤرخ بـ 18/06/1991 مأخوذ عن جمال سايس أستاذ جامعي، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، ج 2، طبعة 2013، منشورات كليك، ص 654.

² - قرار رقم: 96688 المؤرخ بـ 18/01/1994، نشرة القضاة 1997، العدد 50 ص 80، المرجع السابق ص 847.

ويقوم بمحاولة تهدئة الأمور، والحث على المحافظة على الرابطة الزوجية ثم يتم الإستماع إلى الطرف الثاني، وهو المدعى عليه حيث يستمع القاضي إلى طلباته وبعد أن يتراءى للقاضي أنه لا جدوى من الصلح وكل من الزوجين يريد إنهاء الرابطة الزوجية فإنه يحزر كل من تصريحات الزوج، والزوجة في محضر يسمى بمحضر عدم الصلح يوقعان عليه بالإضافة إلى بصمتهما إلى جانب توقيع كل من القاضي و كاتب الضبط¹.

الفرع الثالث: انعقاد الجلسة

الأصل أن الدعوى تنظر في جلسة علنية تتعد بحضور النيابة العامة ،باعتبارها طرف أصلي في دعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة ،إضافة إلى كاتب الضبط .
ونظرا لحساسية النزاعات الأسرية، فإنه يمكن أن تعقد الجلسة سرية وذلك طبقا لنص المادة 7 ق. إ. م. و. إ "الجلسات علنية ما لم تمس العلنية بالنظام العام، أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة"².

إذ يتبين من نص المادة 7 ق. إ. م. و. إ إن القاضي بعد دراسته لموضوع النزاع ويتبين له أن هناك بعض الأمور تخدم كرامة أحد الزوجين فإنه يضطر إلى عقد جلسة سرية ،ويكون ذلك مع أخذ بعين الاعتبار أن النطق بالأحكام يكون علنيا طبقا لنص المادة 272 ق. إ. م. و. إ: "يتم النطق بالأحكام الفاصلة في موضوع النزاع علنيا يصرح بالأوامر الولائية بغير ذلك"³.

كما انه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب بان تكون الجلسة سرية.

إن ضبط الجلسة منوط برئيسها وذلك لضمان السير الحسن لها طبقا لنص المادة 262 ق. إ. م. و. إ "ضبط الجلسة منوط برئيسها، لضمان الهدوء، والرصانة، والوقار الواجب لهيئة المحكمة".

¹ - ملحق رقم 02.

² - المادة 7 ق إ م و إ الجديد.

³ - المادة 272 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد 08-09 الموافق 25-02-2008 مطبعة البدر.

وتتخذ الإجراءات وفق مبدأ المواجهة كأصل عام تطبيقاً لنص المادة 263 ق إ م واء¹ يتم الاستماع إلى الخصوم ووكلائهم، ومحاميهم وجاهياً إذ يلزم كل من الزوج والزوجة بشرح طلباته، ومزاعمه بالإثبات، والأدلة إذ أمكن ذلك "

يحضر الأطراف في اليوم المحدد في التكليف بالحضور بأنفسهم أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم حسب نص المادة 20 ق إ م واء¹.

فإذا لم يحضر المدعي أو من ينوب عنه قانوناً في اليوم المحدد رغم صحة التبليغ وكان لهذا الغياب مبرر شرعي فإنه يجوز للقاضي تأجيل القضية إلى جلسة موائية لتمكين المدعي من الحضور، وفي حين كان غيابه لسبب غير مشروع فإنه يجوز للمدعي عليه أن يطلب الفصل في موضوع الدعوى، ويكون الحكم حضورياً، وهذا ما نصت عليه المادتين 289 و290 من ق إ م واء على التوالي:

المادة 289: "إذا لم يحضر المدعي لسبب غير مشروع جاز للقاضي تأجيل القضية إلى الجلسة الموائية لتمكينه من الحضور".

المادة 290: "إذا لم يحضر المدعي دون سبب مشروع جاز للمدعي عليه طلب الفصل في موضوع الدعوى، ويكون الحكم في هذه الحالة حضوراً".

هذا بالنسبة للمدعي أما بالنسبة للمدعي عليه، إذا لم يحضر هو شخصاً أو من ينوب عنه قانوناً رغم صحة التكليف يقضي القاضي في غيبته و يكون هذا الحكم غيابياً طبقاً لما جاء بنص المادة 292 ق إ م واء¹.

"إذا لم يحضر المدعي أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور يفصل القاضي غيابياً".

¹ - المادة 20 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد 08-09 الموافق 25-02-2008 مطبعة البدر.

الفرع الرابع: عوارض الجلسة

بعد أن تقدم الزوجة طلبها في فك الرابطة الزوجية، يحق للزوج مواجهة هذا الطلب بواسطة الدفع.

والدفع هي وسيلة دفاعية بحتة يرمي بها المدعي عليه للإجابة على طلبات الخصم قصد تقاضي الحكم بها، أو تأخير الفصل فيها¹.

وتوجد ثلاثة أنواع من الدفع:

أولاً: الدفع الشكوية (الإجرائية)

عرفتها المادة 49 من ق. إ. م. و. إ. بأنها كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها ومن الدفع الشكوية الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي حسب المادة 51 ق. إ. م. و. إ.، الدفع بوحدة الموضوع، والارتباط حسب المادة 53 ق. إ. م. و. إ.، الدفع بإرجاء الفصل المادة 59 ق. إ. م. و. إ.، إضافة إلى الدفع بالبطلان المادة 60 ق. إ. م. و. إ.، و الدفع بعدم القبول المادة 67 ق. إ. م. و. إ.².

ثانياً: الدفع في الموضوع

نصت المادة 48 من ق. إ. م. و. إ. على أن الدفع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض، وادعاءات الخصم، ويمكن تقديمها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وعليه يمكن أن نقول بأن الدفع الموضوعية هي تلك الأقوال، والحجج والأدلة التي يقدمها المدعي عليه للوصول إلى القضاء برفض دعوى المدعي موضوعاً، و لعدم التأسيس، كما تعتبر وسيلة لدحض إدعاءات الخصم، وفيما يخص إبداء الدفع الموضوعية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

¹ - د بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نظرية الدعوى نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، ص 130 .

² - أ يوسف دلاندة المرجع السابق، ص 46.

المبحث الثاني: آثار الأحكام الصادرة بالخلع

بعدما تطرقنا في المبحث الأول إلى الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى أو القواعد العامة والخاصة بها ينبغي علينا أن نحدد ونبين طرق الطرق الطعن في الأحكام الصادرة بالتطبيق أو الخلع وما يمكن أن ينجم عن هذه الأحكام من آثار سواء بالنسبة للطرفين أو الغير وما هي طبيعة هذه الأحكام.

المطلب الأول: الأحكام الصادرة بالخلع

إن الأحكام القضائية بصفة عامة تقسم إلى أحكام منشئة و أحكام تقريرية و أحكام إلزام ولذلك يجب أن نتطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالخلع ثم ندرس آثار هذه الأحكام.

الفرع الأول: طبيعة هذه الأحكام

قبل التطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالخلع يتعين علينا أن نشير إلى أنواع هذه الأحكام بنوع من الإيجاز.

أولاً: أنواع الأحكام

1- **الحكم الملزم:** حكم الإلزام هو ذلك الحكم الذي يتضمن إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري ولذلك فإن حكم الإلزام يهدف إلى تقرير مصدر الإلزام ولكي تتحقق هذه الصورة فلا بد أن يكون هناك تنفيذ جبري يهدف إلى إعادة مطابقة المركز الواقعي مع المركز القانوني للشخص فمتى نقول إننا أمام حكم ملزم فنكون أمام حكم ملزم إذا كان هناك حق يقابله إلزام ويكون هذا الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري.¹

2- **الحكم المقرر:** هو ذلك الحكم الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني، وهذا الحكم لا يمكن تنفيذه جبراً، وهذا عكس الحكم الملزم لأنه بمجرد صدوره

¹ - أ عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها، ص98.

تتحقق الغاية منه مثل الحكم الصادر بالتطبيق فبمجرد صدوره تشبع الحاجة منه أي تخلص الزوجة من الزوج.

والأحكام المقررة لا يساهم القضاء إلا في الكشف عنها و تقريرها والدعوى التقديرية لا توجه اعتداء ظهر فيشكل مخالف للالتزام لان الحق أو المركز القانوني لا يقابله التزام و إنما يواجهه مجرد اعتراض.

3- **الحكم المنشئ:** هو ذلك الحكم الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني وهو مثل الحكم المقرر فبمجرد صدوره تتحقق الغاية منه بدون حاجة إلى تنفيذه جبرا.

وتختلف الأحكام التقديرية عن الإنشائية في كون إن الأولى تكون فيها السلطة التقديرية للقضاء محدودة بينما في الأحكام الإنشائية تكون السلطة التقديرية للقضاء أوسع. ونستخلص مما سبق إن القضاء الصادر بإنهاء الرابطة الزوجية سواء تعلق الأمر بالطلاق أو التطلق أو الخلع هو قضاء منشئ بحيث يترتب عنه إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج.

بعد معرفة أنواع الأحكام القضائية فإننا سنقوم بدراسة الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بعد أن اشرنا في الفرع الأول إلى أنواع الأحكام القضائية سنتطرق إلى طبيعة هذه الأحكام المتعلقة بالخلع.¹

ثانيا: طبيعة حكم الخلع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول تكيف الخلع فأبو حنيفة يعطيه حكم اليمين من جانب الزوج وحكم المعاوضة من جانب الزوجة، في حين يرى المالكية أن الخلع معاوضة من الجانبين بينما يؤكد الفقه الحديث إن الخلع عقد بين رجل وامرأة على إنهاء الحياة الزوجية لقاء بدل ما تدفعه الزوجة لزوجها، وقد عرف البعض الآخر الخلع على انه

¹ - أ عمر زودة ، المرجع السابق، ص 99.

إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما دفعه لها مهراً ونحن في هذا الصدد لسنا في حاجة إلى الانضمام إلى احد الاتجاهين.

1: الاتجاه الذي يرى أن الخلع عقد رضائي

إن المركز القانوني الناتج عن عقد الزواج لا يمكن أن ينقضي إلا بصور عمل قانوني، وقد يكون هذا الانقضاء نتيجة لممارسة العمل الولائي أو القضائي إذن إذا تم اتفاق الزوجين على إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج فهو لا يتم إلا إذا انعقد العقد فيما بينهما، وبما أن الإرادة أصبحت قاصرة لوحدها لترتيب الأثر القانوني. والشكل المقرر قانوناً لإفراغ إرادة الطرفين هو الحكم القضائي، ويعد الحكم من الأحكام الاتفاقية، والقاضي في هذه الحالة لا يخرج دوره عن الموثق، فهو يقوم بتوثيق إرادة الطرفين، ويسمى هذا الحكم بالعقد القضائي، وبالتالي فهو يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له سائر العقود الرسمية¹.

ومن أجل تدعيم هذا الاتجاه نجد قرار المحكمة العليا رقم 73885 المؤرخ في 1991/04/23 والذي ينص على ما يلي: "من المقرر شرعاً و قانوناً انه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع، و خطأ في تطبيق القانون².

2: الاتجاه الذي يرى إن الخلع هو مكنة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي بل البعض

يرى انه حق للمرأة ، ويجب على القاضي أن يقرر لها هذا الحق .

إذا لم يصل الاتفاق بين الزوجين على الفرقة ،لقاء بدل تدفعه الزوجة ورفعت هذه الأخيرة أمرها إلى القاضي ، طالبة التفريق لقاء بدل تدفعه في حين يرفض الزوج ذلك.

¹ - أ عمر زودة المرجع السابق ص 114-115.

² - القرار رقم 73885، المؤرخ في 1991/04/23، المجلة القضائية 1993، العدد 2، ص 55، الجزء الثاني .

فهل يحق للقاضي رفض الزوج ذلك أن يطلق الزوجة من زوجها فقد سبق وان رأينا انه يحق للقاضي أن يطلق الزوجة من زوجها رغم رفض الزوج استنادا في ذلك إلى السنة النبوية وأراء الفقهاء حيث ذهبوا إلى عدم اشتراط الكراهية من طرف الزوجة لصحة الخلع و تبعا لذلك أصبح من حق الزوجة أن تطلب التفريق لقاء بدل تدفعه دون أن يتوقف ذلك على أي شرط ،يجب أن تثبته و بالتالي أصبح حق التطليق مقابل ما تدفعه من مال،حقا إراديا تملكه الزوجة،و من ثمة إذا تمسكت بالتفريق لقاء بدل تدفعه للزوج،فلا يملك القاضي أن يرفض ذلك وليس له أي سلطة تقديرية في ذلك¹.

وهذا ما يؤكد قرار المحكمة العليا رقم 83603 المؤرخ في 1992/07/21 والذي جاء في نصه مايلي:"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. وهذا ما يؤكد أيضا قانون الأسرة الجزائري في مادته 54 الفقرة الأولى يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .وبهذا المشرع الجزائري قد أزال التضارب حول مبدأ الموافقة من قبل الزوج.

الفرع الثاني: الحكم بالخلع

تنتهي دعوى الخلع بصدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، ويشمل القاضي حكمه، بالتتابع التي تخلفت عن فك الرابطة الزوجية يصدر هذا الحكم ابتدائيا نهائيا على مستوى الدرجة الأولى كما جاء في نص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري فيما عدا الجوانب المادية فإنها تقبل الإستئناف².

¹ - أ عمر زودة، المرجع السابق، ص 115-116.

² -ملحق رقم:3.

المطلب الثاني: توابع الخلع

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 طريقاً 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.¹

الفرع الأول: 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 الإيجابية لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة، ونفقة المحضون وسكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه و نظرا سبق التفصيل فيه نتعرض لها بإيجاز وهي:

أولاً: نفقة العدة

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعتها طيلة مدة عدتها و يجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة وعلى المحكمة أن تحكم بها و تحدها إجمالياً أو شهرياً إذا طلبت الزوجة ذلك ولم تتنازل عن حقها هذا صراحة أمام القاضي طبقاً لنص المادة من قانون الأسرة "ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق" وعلى القاضي أن يراعي في تقدير نفقة العدة حال الزوجين وتجدر الإشارة إلى أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلاً للخلع وبالتالي يسقط هذا الحق و ليس المطالبة به.

وجاء مدعماً لم وضحناه قرار المحكمة العليا:

القرار الصادر ب: 1984/10/22 تحت رقم 34327 والذي قضى ب: متى كان من المقرر شرعاً أن نفقة العدة تضل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.²

¹ - أنورة منصوري، المرجع السابق، ص 150.

² القرار الصادر بتاريخ 01996/06/18، تحت رقم 34327، المجلة القضائية 1989 العدد 3، المرجع السابق ص 297.

ثانياً: نفقة الإهمال

نصت المادة (74) من قانون الأسرة بأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها فإذا قدمت المختلعة ما يثبت أن مخالعتها لم ينفق عليها يحق لها طلب نفقة الإهمال، تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع و تقدر نفقة الإهمال حسب مقدور الزوجين و هي شهرية.

ثالثاً: الحضانة

عرفت المادة (62) من قانون الأسرة الحضانة بأنها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، ويتعين على المحكمة عندما تقرر 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 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 ثانية.

رابعاً: نفقة المحضون

إن مسألة نفقة المحضون وسكناء تضمنتها المادة (72) من قانون الأسرة "نفقة المحضون وسكناء من ماله الخاصة إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيء له سكناً" فإذا كان للمحضون مال خاص به فذلك، وإلا تعين على القاضي الحكم للوالد بالنفقة على محضونه، كما يجب على الأب توفير مسكن له فإذا لم يستطع ذلك، يقوم بدفع أجرة السكن حسب مقدور الأب، تبدأ من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعاً.

طبقا للقرار الصادر في: 2002/05/08 تحت رقم 254635 والذي جاء فيه "يعتبر بدل الإيجار أو السكن عنصر من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الأب للمحزون، ولا يمكن منح بدل الإيجار بعدد الأطفال المحزونين¹ .

خامسا: حق الزيارة

في مقابل الحكم للأم بالحضانة، يحكم القاضي بحق الزيارة للأب، تلقائيا دون أن يطلبها، لأنها من النظام العام، و يحدد في الحكم أوقات و أماكن الزيارة.⁽²⁾ وفقا لقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/01/04 تحت رقم 350942 والذي قضى بزيارة الوالد لإبنيه المحزون عند غيره ،حق له وغير مرتبطة بسن معينة.³

الفرع الثاني: الآثار الخاصة للخلع

أولاً- إلتزام المختلعة تسديد بدل الخلع:

متى وقع الإيجاب والقبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به إلتزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البديل المتفق عليه أو المحكوم به قضاء أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق وأقل العموم قوله **تَطَلَّعَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** { إن هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أم كثيرا زائدا عن المهر أو أقل منه.

ثانيا- إعتداد المختلعة:

اختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين:

القول الأول: أن المختلعة تعد بثلاثة قروء لعدة المطلقة وبه قال "أبو حنيفة" و"مالك" و"الشافعي" و"أحمد" في رواية لهم واستدلوا على ذلك بما يلي:

¹ - القرار الصادر بتاريخ 2002/05/08، تحت رقم 254635، نشرة القضاء 2006، العدد 57 ص 209، الجزء الثالث، ص 1309 .

² - أ نورة منصوري، المرجع السابق، ص153.

³ القرار الصادر بتاريخ 2006/01/04، تحت رقم 350942، مجلة المحكمة العليا 2006، العدد 1، ص 455 المرجع السابق، ص 1334 .

قوله **لَمَّا طَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** {⁽¹⁾} وما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية.

قال أبو داود حدثنا القسبي عن مالك عن شافع عن ابن عمر أنه قال: عدة المختلعة عدة المطلقة"

القول الثاني: المختلعة تعد بحیضة واحدة، وذهب إليه ابن تيمية وابن قيم وهي رواية معتمدة عن أحمد واستدلوا في ذلك :

- روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال: "إن امرأة ثابت ابن قيس إختلعت من زوجها على عهد النبي -صلى الله عليه وسلم- فأمرها أن تعد بحیضة.

- وروى عن "الربيع بنت معودبن عفرأ": أن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي فجاأ أخوها يشتكيه إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فأرسل رسول الله إلى ثابت فقال: "خذ التي لك عليها- و خل سبيلها، قال نعم فأمرها الرسول أن تتربص حیضة واحدة وتلحق بأهلها".

من خلال القولين يمكن أن نقول أن الأرجح هو الاعتداد بثلاث حیضات وذلك لعموم الآية الكريمة المذكورة أعلاه، ما أن الحكمة من جعل العدة ثلاث حیضات هو الإحتياط لماء المطلق حتى يغلب على الظن بتكرر الحیض ثلاث مرات أن الرحم لا يشتمل على حمل منه، ودلالة ثلاثة حیضات أبلغ من دلالة حیضة واحدة.

وكذا المادة (558) من قانون الأسرة الجزائري نصت أن المشرع جعل من عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء وما دام لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فإنها تمتد هي أيضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص، ويستتبع ذلك أن اليأس من المحیض تعد بثلاثة أشهر والحامل بوضع الحامل.

¹ - سورة البقرة الآية 228.

ثالثاً: سقوط الحقوق الزوجية

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

الرأي الأول:

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

الرأي الثاني:

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 والمبرأة صريحا في الدلالة على سقوط تلك الحقوق، فللزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر إن لم تكن قبضته وبنفقتها المتجمدة وغير ذلك من الحقوق.

الرأي الثالث:

يفرق أبو يوسف بينما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع، وبينما إذا وقع بلفظة المبرأة 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 أن المبرأة

¹ - أ نورة منصورى، المرجع السابق، ص 150.

صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه وهي لم تقيد شيء دون غيره فتحتمل على الإيداء كل ما يتعلق بالزواج، أما لفظ الخلع وما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى إن اقتصر فيه على ما اتفق عليه⁽¹⁾

يتضح مما سبق أن المسألة اجتهادية لعدم ورود نصوص شرعية أو قانونية تخصصها، ولكن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع لأن هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه، ولا يسقط غيره، وفي حالة المخالعة عن طريق القضاء فإن المادة (54) من قانون الأسرة 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 فلقضاء الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناء على الصداق المعجل وما ثبت لديهم من الظلم".

ورد في حكم محكمة النقض السوري "يجب أن يحد الإبراء في عقد المخالعة الحقوق التي يشملها ولا يصح استنتاج ذلك استنتاجا .

ويتضح أن اجتهاد المحكمة العليا ومحكمة النقض السورية يتماشى، والفقهاء الحالي الذي يرى أن الخلع لا يسقط حق من الحقوق إلا ما اتفق عليه باعتباره كالطلاق على مال⁽²⁾.

المبحث الثالث: طرق الطعن في الحكم الصادر بالخلع

تنقسم طرق الطعن في الأحكام إلى نوعين:

طرق طعن عادية، وطرق الطعن الخاصة بالأحكام الصادرة بالخلع هي نفسها طرق الطعن الأخرى الصادرة في المواد الأخرى، ومن ثم فإنها كأصل عام تقبل الطعن بالمعارضة، والإستئناف، وذلك في الجوانب المادية فقط كما تقبل الطعن بالنقض، ولهذا يمكن تقسيم طرق

¹ - أ نورة منصورى، المرجع السابق، ص 153.

² - أ نورة منصورى، المرجع السابق، ص 153.

الطعن إلى طرق طعن عادية، وتشمل المعارضة، والإستئناف، وطرق طعن غير عادية، وتشمل الطعن بالنقض، وإلتماس إعادة النظر.

المطلب الأول: طرق الطعن العادية

إن الأحكام الصادرة في مسائل الخلع بصفة عامة مثلها مثل الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن فيها بالطرق العادية، والمتمثلة في المعارضة، والإستئناف يكون في الجوانب المادية فقط لأن أحكام الخلع تكون أحكام ابتدائية نهائية يتم الفصل فيها كأول، وآخر درجة وفقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: الطعن بالمعارضة

لا نجد في قانون الأسرة الجزائري أي نص يستفاد من مضمونه أن أحكام الخلع تقبل المعارضة، ولذلك علينا الرجوع إلى ق.إ.م.و.إ حيث تنص المادة 328 منه على أنه: "يكون الحكم، أو القرار الغيابي قابلا للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"¹.

فالطعن بالمعارضة لا يكون إلا ضد الحكم الغيابي، وترفع المعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي، وتهدف المعارضة إلى مراجعة الحكم أو القرار، وكأنه لم يكن إلا إذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل طبقا لنص المادة 327 ق.إ.م.و.إ.

إجراءات المعارضة تخضع للإجراءات العادية لرفع الدعوى حسب نص المادة 330 ق.إ.م.و.إ، وتفصل فيها الجهة القضائية التي تعرض عليها في الشكل والموضوع، ولا يجوز القضاء بشطب الدعوى في حالة المعارضة، ويجب أن تكون العريضة مرفقة بنسخة من الحكم المعارض فيه تحت طائلة عدم قبول المعارضة شكلا، وحتى تقبل المعارضة يوجب القانون على المعارض تبليغ الخصم، ويكون الحكم الصادر في المعارضة حضوريا حسب المادة 331 ق.إ.م.و.إ.

¹ - المادة 328 من قانون الإجراءات المدنية، والإدارية ص 51.

أما أجال المعارضة فهو شهر واحد يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم، أو القرار وذلك حسب نص المادة 329ق.إ.م.و.إ.

ومن خلال ما تناولناه بشأن المعارضة فإنه يتبين لنا أن الزوج المخالغ له الحق في الطعن بالمعارضة، وذلك في حالة عدم تسلمه التكليف المباشر بالحضور بشرط عدم إنقضاء الآجال القانونية المحددة.

الفرع الثاني: الطعن بالإستئناف

هو أحد طرق الطعن العادية يهدف إلى مراجعة، أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة، ويعتبر الإستئناف المظهر العملي لمبدأ التقاضي على درجتين، وبالرجوع إلى المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تضمنت مبدأ عاما، وهو عدم قابلية الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع للإستئناف إلا في جوانبه المادية¹. بالرغم من أن المادة جاءت صريحة إلا أنه حصل تضارب في قرارات المحكمة العليا فمنهم من ذهب إلى أن أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف ومنهم من قال عكس ذلك، وعليه إرتأينا أن نوضح ذلك في ما يلي:

أولا: أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائيا نهائيا، عدا الجوانب المادية، كالنفقة، والحضانة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حين تعديله، حيث نص في المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري "أن تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق، والخلع غير قابلة للإستئناف في ما عدا جوانبها المادية".

وبالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العلي نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للإستئناف، وذلك عندما يطعن في الأحكام الإبتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه كما تقبل الطعن في القرارات الصادرة عن المجلس القضائية

¹ - المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري .

الفاصلة في الإستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع، وابتُهِت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلاً ورفضها موضوعاً¹

وقد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جويلية رقم 1415262 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994 إلى قبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً.²

ثانياً: أحكام الخلع قابلة للإستئناف

يرى أنصار هذا الإتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييداً لحكم المحكمة الدرجة الأولى، وبعضها الآخر ألغى حكم الدرجة الأولى، وصرح من جديد بالتفريق بالخلع، وتكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمناً بجواز الطعن بالإستئناف في تلك الأحكام على إعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى³

وبعد صدور التعديل أصبحت أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف حسب نص المادة 57 ق.أ.ج

المطلب الثاني: طرق الطعن غير العادية

بعد أن تطرقنا إلى طرق الطعن العادية سنتحدث عن طرق الطعن غير العادية:

الفرع الأول: الطعن بالنقض

يتم الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ويتعلق بإصلاح الأخطاء القانونية التي ارتكبت أمام المحاكم الدنيا، ويختلف الطعن بالنقض عن الإستئناف من حيث أن المحكمة

¹ - أ عمر زودة ، المرجع السابق، ص162.

² - قرار رقم 1415262 ، المؤرخ ب 30 /07/ 1996، الصادر ب1994/12/14، المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية. مأخوذ عن الأستاذ عمر زودة، ص162.

³ - أ عمر زودة، المرجع السابق، ص 162.

العليا غير مختصة بإعادة النظر في الوقائع التي إستند إليها الحكم المطعون فيه ،ولا يملك كذلك سلطة إجراء التحقيق، أو سماع شهود وإنما يجب عليه فقط البحث عما إذا كان الحكم المطعون فيه مطابقا للقانون ،وذلك تطبيقا لمبدأ المحكمة العليا محكمة قانون، وليست محكمة وقائع، وأنها لا تشكل درجة الثالثة من التقاضي، بحيث تنص المادة 349 من ق.إ.م.إ. "تكون قابلة للطعن بالنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية".

وفيما يخص أجال الطعن بالنقض فقد نصت عليها المادة 354 ق.إ.م.إ. : "يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي".
أما عن الآثار التي تترتب عن الطعن بالنقض فإنه لا يوقف تنفيذ الحكم أو القرار حسب نص المادة 361 ق.إ.م.و.إ.¹.

وبما أن المادة 57 من قانون الأسرة كانت صريحة فيما يخص عدم قابلية أحكام الخلع للإستئناف فبالتالي هي أحكام قابلة للطعن بالنقض.

الفرع الثاني: إلتماس إعادة النظر

لا يسمح بطلبات إعادة النظر إلا بالنسبة للقرارات الصادرة عن المجلس القضائية أو الأحكام الصادرة عن المحاكم إلا إذا حازت قوة الشيء المقضي فيه.
جاء في المادة 390 من ق.إ.م.إ.: "يهدف إلتماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الإستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع، والحائز لقوة الشيء المقضي فيه، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع، والقانون.

ويكون إلتماس إعادة النظر أمام نفس الجهة المصدرة للقرار حسب المادة 394 ق.إ.م.إ. ولا يجوز تقديم إلتماس إعادة النظر إلا ممن كان طرفا في الحكم، أو تم إستدعاؤه قانونا بحسب

¹ - قانون الإجراءات المدنية والإدارية المواد 349،354،361.

المادة 391ق.إ.م.إ. كما يرفع إلتماس إعادة النظر في أجل شهرين يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت شهادة الشاهد أو ثبوت التزوير، أو تاريخ إكتشاف الوثيقة المحتجزة¹.
ومن شروط تقديم إلتماس إعادة النظر توفر أحد السببين التاليين:
1- إذا إنبنى القرار أو الحكم على شهادة الشهود أو على وثائق أعترف بتزويرها، أو ثبت قضائياً تزويرها بعد صدور الحكم، وحيازته قوة الشيء المقضي فيه.
2- إذا أكتشف بعد صدور الحكم، أو القرار، أو الأمر الحائز قوة الشيء المقضي فيه أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم.

¹ - قانون الإجراءات المدنية والإدارية المواد 390،391،393،394.

خاتمه

من خلال ما تقدم نخلص للقول أن قانون الأسرة الجزائري اخذ جل أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية الشيء الذي توصلنا إليه من خلال دراستنا، وبحثنا لموضوع الخلع.

فالشارع الحكيم جعل العصمة بيد الزوج و أعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته ومشيئته مصداقا لقوله جلا وعلا: "فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان"، وبالمقابل لم يهمل جانب الزوجة في ذلك بل شرع لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت العشرة الزوجية وساد الشقاق بينهما فأعطى لها حق طلب التطلاق شريطة أن تؤسس طلبها على حالة من الحالات المذكورة على سبيل الحصر في نص المادة 53 من ق.أ.ج في حين إذا لم تستطع إثبات ذلك فقد خول لها المشرع مسلك آخر ألا و هو الخلع بشرط أن تدفع لزوجها مقابل افتداء نفسها منه، وهذا طبقا لنص المادة 54 ق.أ.ج

وبالرغم من أهمية هذا الموضوع وانتشاره خاصة خلال الآونة الأخيرة إلا أن المشرع الجزائري أغفله ويظهر ذلك من خلال تضمينه لمادة وحيدة فقط تاركا الأمر في شرحه إلى أحكام المادة 222 ق.أ والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية الشيء الذي أدى إلى تضارب الاجتهادات في هذا الصدد مما أدى إلى إختلاف أحكام المحاكم وتناقضها، ولعل الوقت حان لمشرعنا أن يراجع أحكام قانون الأسرة في هذا الشأن، فكان على المشرع الجزائري فيما يخص الخلع تبيين أن حق الزوجة في طلبه يتم دون موافقة الزوج ولا يكون للقاضي سوى سلطة تقديرية في تحديد بدله بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم في حالة اختلافهما في تحديده، ولا يكون له الاستجابة لطلبها لأنه على الرغم من نصه في المادة 54 من ق.أ.ج على ذلك إلا أن هذه المادة أثارت العديد من الإشكاليات والتأويلات في فهم المشرع لها قبل التعديل، مما أدى إلى عدم استقرار الاجتهاد القضائي في هذا الشأن فتارة يتجه نحو موافقة الزوج و تارة أخرى يتجه إلى عدمه ليتم الخلع ولكن بعد التعديل لم يعد يعتمد على موافقة الزوج فالخلع طلاق معلق على مال من جهة الزوج، و معاوضة من

جهة الزوجة، وكل زوج صح طلاقه صح خلعه فلخلع يعتبر طلاقاً و ليس فسخاً، كما أن الخلع طلاق بائن تملك به المرأة عصمتها و لا يراجعها الزوج إلا بموافقتها بعقد و مهر جديدين، كما أنه يكره للمرأة طلب الخلع إلا إذا رأت من زوجها ما يحملها على كراهته، وتيقنت أنها عاجزة على معاشرته بالمعروف فإذا طلبت الزوجة الخلع من زوجها ولم تجدي نفعاً معها محاولات الإصلاح والتوفيق وجب على الزوج إجابة طلبها و لعل في تفريقهما خيراً كما قال تعالى: "وإن يفترقا يغن الله كلا من سعته" سورة النساء آية 130.

فلا يجوز للزوج عضل زوجته حتى تفتدي منه إلا إذا أتت بفاحشة مبينة وفيما يخص عدة المختلعة هي نفسها عدة المطلقة.

ومن خلال بعض الاقتراحات التي توصلنا إليها في بحثنا هذا و التي تمثل بعض الحلول للنقائص المسجلة لموضوع الخلع نجد أن هناك اقتراحات يقومها شراح قانون الأسرة الجزائري منها:

- 1- تخصص قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة حتى لا يصعب على المتقاضين معرفة الإجراءات الواجب إتخاذها .
- 2- تكوين قضاة ملمين بالجانب الفقهي ، و القانوني حتى يكونوا أهلاً للفصل في نزاعات تكون أثارها وخيمة على المجتمع.
- 3- تعديل المادة 54 بإدراج فقرات أخرى توضيح نوع البذل و ماذا يكون غير النقود.

الملاحق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية

وزارة العدل

مجلس قضاء:

:

قسم: شؤون الاسرة

محضر عدم الصلح

- بتاريخ الثلاثون من شهر نوفمبر من سنة الفين واربعه عشر.

- امامنا نحن السيدة:.....رئيسه قسم شؤون الاسرة.

بمساعدة السيد:.....امين الضبط.

- وتطبيقا لاحكام المادة 49 من قانون الاسرة حددنا هذه الجلسة من اجل.

إجراء محاولة الصلح بين:

1- الزوجه: س.ع المولودة في: 1990/04/22 بالعمارية إبنت محدد وامها بختي نصيرة الحامله

لبطافه التعريف الوطني رقم: 448589 الصادرة بتاريخ: 2010/06/20 عن دائرة سيدي نعمان

الساكن فرقه وادي البسباس بلديه سيدي نعمان.

والذي صرح لنا بما :

تتمسك بفك الرابطة الزوجيه بالخلع نظرا لعدم قدرتها على مواصله الحياه الزوجيه مع

المدعي عليه

2- الزوج: س.ن المولود في: 1988/07/05 باولاد دايد ابن العيد و امه روان بخته الحامل

لبطافه التعريف الوطني رقم: 225894 الصادرة بتاريخ: 2012/06/10 عن دائرة البرواقيه

الساكنه بلديه اولاد زايد.

- يتمسه بإرجاعها لبيت الزوجيه.....

بنفس التاريخ اغلق هذا المحضر ووقعنا معنا نحن وامين الضبط.

القاضي

امين الضبط

الزوجه

الزوج

فائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولاً: المصادر

القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

1 - الدكتور المصري مبروك الطلاق، وأثاره من قانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية مقارنة دار هومة.

2- المستشار أحمد نصر الجندي شرح قانون الأسرة الجزائري دار الكتب القانونية دار شتات.

3- الدكتور أحمد أباش الأسرة بين الجمود، والحدائث منشورات الحلبي الحقوقية.

4- الدكتور أحمد محمود الشافعي، الطلاق، وحقوق الأولاد، ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية دار الهدى للمطبوعات الإسكندرية.

5- الأستاذ باديس ذيباني، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري دار الهدى عين مليلة، الجزائر.

6- الدكتور بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة-خطبة-الزواج-الطلاق-الميراث-الوصية، الجزء الأول الزواج، والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة 2004.

7- الدكتور بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، والإدارية. نظرية الخصومة-الإجراءات الإستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة.

- 8- الأستاذ جمال سايس، الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك.
- 9- حسن حسانين أحكام الأسرة الإسلامية فقها، وقضاءا طبقا لأخر التعديلات الصادرة بالقانون.
- 10- الدكتور خالد شويرب، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون قسم الكفاءة المهنية للمحاماة محاضرات في قانون الإجراءات المدنية، والإدارية السنة الدراسية 2014-2015.
- 11- الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي رئيس قسم الشريعة الإسلامية كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية منشورات الحلبي الحقوقية.
- 12- الدكتور عبد القادر داودي أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة دار البصائر للنشر والتوزيع.
- 13- الشيخ علي الخفيف فرق الزواج، في المذاهب الإسلامية دار الفكر العربي سنة الطبع 2008.
- 14- الدكتور عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم الطبعة الأولى.
- 15- الشيخ عبد الرحمن الجزيري الفقه على المذاهب الأربعة المكتبة العصرية.
- 16- الدكتور عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية الجزء الأول الطبعة الثانية دار النشر المغربية الرباط.

17- الدكتور عبد الرحيم إسماعيل زيتون، والدكتور صلاح الدين جمال الجديد في قضاء التنفيذ، وقضاء الأمور المستعجلة، والإعلانات القضائية 2007 المكتبة القانونية مصر.

18- عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية، والإدارية دار هومة، الطبعة الثانية 2010

19- منال محمود المشني، ماجستير في دراسة المرأة، الخلع في قانون الأسرة، الأحوال الشخصية، أحكامه، أثاره، ودراسة مقارنة بين الشريعة، والقانون.

20- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية، مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، بيروت - لبنان.

21- الدكتور محمد مصطفى شلبي، فقه المذاهب السنية، والمذهب الجعفري، والقانوني، أحكام الأسرة في الإسلام الدار الجامعية للطباعة، والنشر الطبعة الرابعة .

22- محمد زيد الأبياني، الأحوال الشخصية، مكتبة سيد عبد الله وهبة القاهرة، د.ب.ن.د.ت.ص.

23- الأستاذة نورة منصوري، التطبيق، والخلع وفق القانون، والشريعة الإسلامية دار الهدى، عين مليلة الجزائر.

24- الدكتور وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي، وأدلته الشرعية، والآراء المذهبية، وأهم النظريات الفقهية، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر.

ثالثا: المجالات القضائية

1- المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثالث.

2- المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثاني.

رابعاً: المذكرات

1- أيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية، بطلب الزوجة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون تاريخ المناقشة 2014/06/26.

خامساً: الأوامر والنصوص القانونية

1- قانون 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

2- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة.

3- قانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفهرس

الفهرس

البسمة

الشكر

الإهداء

1	مقدمة
5	الفصل الأول: أحكام الخلع
5	المبحث الأول: مفهوم الخلع ودليل مشروعيته
5	المطلب الأول: تعريف الخلع وألفاظه
5	الفرع الأول: الخلع لغة
6	الفرع الثاني: الخلع إصطلاحا
6	الفرع الثالث: الخلع في الاصطلاح الشرعي
6	الفرع الثالث: الخلع في الاصطلاح الشرعي
9	الفرع الرابع: ألفاظ الخلع وأنواعه
9	أولا: ألفاظه
9	ثانيا: انواعه
10	المطلب الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته
11	الفرع الأول: حكمه
11	الفرع الثاني: دليل مشروعيته
11	الفرع الثالث: الخلع في الاصطلاح الشرعي
12	الفرع الرابع: الأساس القانوني للخلع في قانون الأسرة الجزائري
12	المطلب الثالث: التكييف الفقهي للخلع
12	الفرع الأول: إعتباره يمينا أو معاوضة
13	الفرع الثاني: اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا

15	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من المسألتين
17	المبحث الثاني: تمييز الخلع عما يشابهه من النظم
17	المطلب الأول: الإبراء أو المبرأة
17	المطلب الثاني: الفرق بين الخلع والطلاق
18	المطلب الثالث: الفرق بين الخلع والطلاق على مال
19	المطلب الرابع: الخلع بين الطلاق البائن والطلاق الرجعي
20	المطلب الخامس: الفرق بين التطليق والخلع
20	الفرع الأول: من حيث الماهية
21	الفرع الثاني: من حيث الأساس
22	الفرع الثالث: من حيث السلطة التقديرية للقاضي
23	الفرع الرابع: من حيث الآثار
24	المبحث الثالث: أركان الخلع و شروطه
24	المطلب الأول: أركان الخلع
24	الفرع الأول: الزوج المخالعة
25	الفرع الثاني: الزوجة المختلفة
26	أولاً: مخالعة المرأة المعتدة
27	ثانياً: خلع الصغيرة
28	ثالثاً: خلع المحجور عليها لسفه
28	رابعاً: خلع المكرهة
28	خامساً: خلع المريضة مرض الموت
29	الفرع الثالث: صيغة الخلع
30	أولاً: الموقف الفقهي
35	ثانياً: موقف المشرع الجزائري

38	الفرع الرابع: بدل الخلع.....
38	أولاً: الموقف الفقهي.....
42	ثانياً: موقف المشرع الجزائري.....
47	المطلب الثاني: شروط الخلع.....
49	المطلب الثالث: التوكيل في الخلع ودور القاضي فيه.....
49	الفرع الأول: التوكيل في الخلع.....
50	أولاً: إذا كان الزوج هو الموكل.....
51	ثانياً: إذا كانت الموكلة هي الزوجة.....
52	الفرع الثاني: دور القاضي في الخلع.....
53	الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في دعوى الخلع
53	المبحث الأول: الإجراءات الخاصة برفع الدعوى و قواعد الاختصاص.....
53	المطلب الأول: إجراءات رفع الدعوى و شروط قبولها.....
53	الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى.....
54	الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى.....
54	أولاً: الصفة.....
55	ثانياً: المصلحة.....
56	المطلب الثاني: قواعد الاختصاص.....
56	الفرع الأول: الاختصاص النوعي.....
57	الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي.....
58	الفرع الثالث: القضاء الإستعجالي.....
59	المطلب الثالث: جلسات الصلح.....
59	الفرع الأول: إجراءات الصلح.....

60	الفرع الثاني: كيفية تسيير الجلسة.....
61	الفرع الثالث: انعقاد الجلسة.....
63	الفرع الرابع:عوارض الجلسة.....
63	أولاً: الدفع الشكلية (الإجرائية).....
63	ثانياً: الدفع في الموضوع.....
64	المبحث الثاني: آثار الأحكام الصادرة بالخلع.....
64	المطلب الأول:الأحكام الصادرة بالخلع.....
64	الفرع الأول: طبيعة هذه الأحكام.....
64	أولاً: أنواع الأحكام.....
65	ثانياً: طبيعة حكم الخلع.....
68	الفرع الثاني: الحكم بالخلع.....
68	المطلب الثاني: توابع الخلع.....
68	الفرع الأول: الآثار العامة.....
68	أولاً: نفقة العدة.....
69	ثانياً: نفقة الإهمال.....
69	ثالثاً: الحضانة.....
69	رابعاً: نفقة المحضون.....
70	خامساً: حق الزيارة.....
70	الفرع الثاني: الآثار الخاصة للخلع.....
70	أولاً: التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع.....
70	ثانياً: اعتداد المختلعة.....
72	ثالثاً: سقوط الحقوق الزوجية.....
73	المبحث الثالث: طرق الطعن في الحكم الصادر بالخلع.....
74	المطلب الأول: طرق الطعن العادية.....

74	الفرع الأول: الطعن بالمعارضة.....
75	الفرع الثاني: الطعن بالإستئناف.....
75	أولاً: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف.....
76	ثانياً: أحكام الخلع قابلة للاستئناف.....
76	المطلب الثاني: طرق الطعن غير العادية.....
76	الفرع الأول: الطعن بالنقض.....
77	الفرع الثاني: إلتماس إعادة النظر.....
79	خاتمة.....

قائمة المراجع

الملاحق