وزرة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام الخلع بين الفقه والتشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي تخصص قانون خاص

* إعداد الطالب:

✓ حكوم مسعود

* إشراف الأستاذة :

✓ د. خالدي صفاء هاجر

لجنة المناقشة :

الاساتذة	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. نسيل عمر	أستاذ محاضر أ	غرداية	رئيسا
د. خالدي صفاء هاجر	أستاذ محاضر ب	غرداية	مشرفا مقررا
د. حيفري نسيبة	أستاذ محاضر أ	غرداية	مناقشا

قيمت بتاريخ 19 جوان 2022

السنة الجامعية:

1443_1444هـ/2021_2022م

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

إهـــــــــداء

الحمد لله المبتدئ بالنعم بارئ النسم ومنشر الذمم ورازق الأمم الذي علمنا مالم يعلم

الى الوالدين الكريمين ، إلى إخواتي وأخواتي ،إلى كل من ساهم في مساعدتي للتحضير لهذه المذكرة

الى من رعاني وبدل كل ما ملك من جهد وفكر وكان ينتظر بفارغ الصبر احتفال تخرجي

والى زملاء الدراسة دفعة 2022/2021 م

الى رفيق عمري وسندي طوال مساري الدراسي ،الذي غادرنا يوم مناقشة هذه المذكرة

المرحوم الطالب (أسامة لهواجي) ،رحمك الله ياأخي ورزقك الجنة

الى كل هؤلاء أهدي بكورة بحثي العلمي أهدي دراستي

شكـر و عرفـان

أول مشكور هو الله عز وجل، ثم والداي وإخواتي على كل مجهوداتهم منذ ولادتي إلى هذه اللحظات، أنتم كل شيء أحبكم في الله أشد الحب.

يسرني أن أوجه شكري لكل من نصحني أو أرشدني أو وجهني أو ساهم معي في إعداد هذا البحث بإيصالي للمراجع والمصادر المطلوبة في أي مرحلة من مراحله.

وأشكر على وجه الخصوص استاذتي الدكتورة (خالدي صفاء هاجر) على مساندتي وإرشادي بالنصح والتصحيح وعلى اختيار العنوان والموضوع، كما أن شكري موجه لإدارة جامعة غرداية وبالأخص أساتذة الحقوق بكلية الحقوق والعلوم السياسية.

قـــائـمة المختـصـرات:

ص: الصفحة.

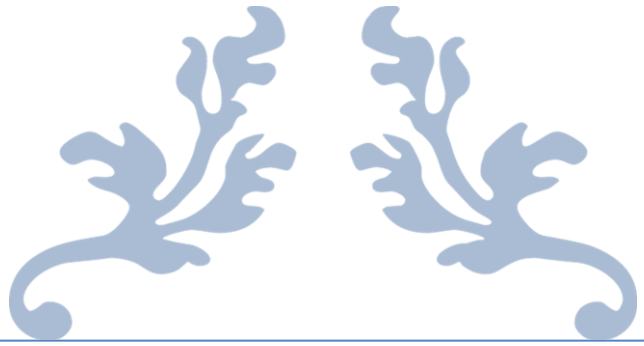
ج: الجزء

ط: الطبعة.

ق،أ،ج : قانون الأسرة الجزائري

ق،أ ،ش : قانون الأحوال الشخصية .

ق،إ،.م ،ج : قانون الإجراءات المدنية والجزائية



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 في الآية الكريمة: " وَمِن كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ "[1].

فهي طريقة وكيفية إصطافها العلي القدير للتكاثر وعمارة الأرض بعد أن هيأ 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 الله تعالى :" يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ "[2].

فجعل الله نعمة التعارف بين الشعوب، والقبائل،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. وسمي بالميثاق الغليظ.

وللحفاظ على هذا الرباط والميثاق الغليظ وضعت الشريعة الإسلامية قواعد لضمان بقائه وديمومته ، وأوجبت على كل واحد من الزوجين مراعاة حقوق الطرف الآخر ، إلا أنه قد تسوء العشرة بين الزوجين وتنشأ الخلافات ولا يتحقق الهدف من الزواج لأجل ذلك أباح الله للزوج أن يوقع الطلاق إذا دعّت الحاجة إليه كوسيلة لإنهاء الرابطة الزوجية التي لم يتحقق منها المقصد الشرعي للزواج. فظروف الحياة المتغيرة وطبع الإنسان المتقلب ينادي بضرورة ترك الباب مفتوحا أما هذه الظروف لإيجاد الحلول للزوج في صورة الطلاق كما أسلفنا الذكر أو بالخلع للزوجة فقد ضمن المشرع للزوجة حق الإنفصال عن زوجها إن نفرت منه ورأت منه ما يسوؤها.

[1] سورة الذاريات ، الآية رقم 49

[2] سورة الحجرات الآية رقم 13

وعليه فإن هذاالاخير كصورة إنحلال الرابطة الزوجية وهو موضوع دراستنا .

وهذا الموضع يحتوي على زخم وثروة كبيرة من الأحكام الفقهية مرجعيتها الشريعة الإسلامية والتي هي المرجع التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.[1]

ونظرا لتضارب الآراء حوله و تأرجحنا بين مؤيد ومعارض لشرعيته، اذ في الخلع لا نستطيع تعميم الأحكام من "حلال" أو "حرام" ، وانما يستخلص الحكم من ظروف الموضوع،تظهر اهمية الموضوع، فالمرأة التي تلجأ إلى الخلع من أجل التحرر تعتبر جاحدة، في حين نرى أن المرأة التي تعسف زوجها في حقها أو يضربها أو استعمال سلطاته عليها فلها حق اللجوء إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها.

على الجهة القضائية النظر في دعوى الخلع المرفوعة من الزوجة المتضررة و إصدار الحكم النهائي في هذه الدعوى للفصل في الرابطة الزوجية بعد فشل كل الجهود والحل والطرق السلمية لإنجاح هذه العلاقة.

يترتب عن الفصل في دعوى الخلع آثار شرعية وقانونية تمس المختلعة والأولاد المشتركين ،فنجد أهمية هذا الموضوع في حاجة المرأة المسلمة لمعرفة الآثار وما لها هي حقوق خصها بها الشارع و المشرع الجزائري عند إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

نظرا لأهمية هذا الموضوع باعتباره سبيلا لفك الرابطة الزوجية هذا من جهة، ومن جهة أخرى لما يثيره من إشكالات عديدة في الفقه والقانون والقضاء، فقد اخترناه ليكون موضوع هذه الدراسة.

[1] أمر رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24 صادر في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر ج ج عدد 15 صادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005.

والسبب لاختيار هذا الموضوع هو كونه ذو فائدة علمية وعملية على أرض الواقع في نفس الوقت حيث أن الحياة العملية تعج بهاته الظاهرة.

كما أردنا معرفة أحكام الخلع الموضوعية والإجرائية ومدى اتفاق ما ورد فيه في قانون الأسرة الجزائري مع الشريعة الإسلامية، ومن شأن هذه الدراسة توعية المرأة بحقوقها الشرعية والقانونية فيما يتعلق بإنهاء معاناتها داخل مؤسسة الزواج ولوضع حد لتعسف الزوج في استعمال سلطته.

ولابد لأي جهد بشري من صعوبات تعتريه أما الصعوبات التي واجهناها فهي تشعب الأراء الفقهية وقلة خبرة الطالب في تحليل تلك النصوص الفقهية بدعوى التخصص وكذا شح المصادر من الناحية القانونية لأنه كما أسلفنا الذكر في هذا النوع من المواضيع يغلب الجانب الفقهي على الجانب القانوني وهذا ما دفعني لطرح الإشكالية التالية

فما المقصود بالخلع وما حكمه؟ وما هيا الأثار المترتبة عنه؟ وماهي مراحل سير دعوى الخلع؟

وللإجابة على الإشكالية إعتمدنا في دراستنا هذه على المناهج التالية:

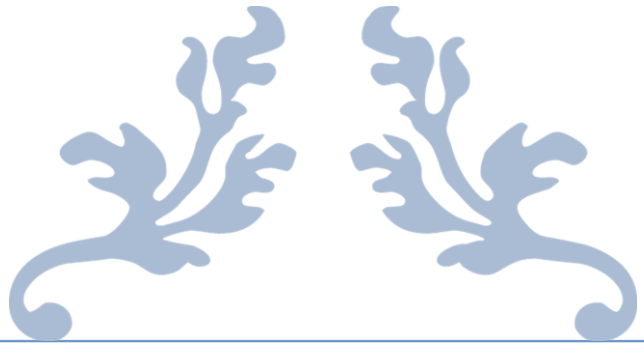
المنهج الاستقرائي: من خلال تبين تعريفه، مشروعيته، وحكمه.

المنهج التحليلي: من خلال تحليل بعض النصوص القانونية والآراء الفقهية المتعلقة بالموضوع.

المنهج المقارن: ذلك من خلال مقارنة بعض المسائل بالموضوع بين كل من قانون الأسرة الجزائري مع ما ورد في الشريعة الإسلامية

وقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، تناولنا في الأول الإطار المفاهيمي للخلع حيث تضمن مبحثين خصص الأول لمفهوم الخلع اما المبحث الثاني فخصص لـ حكم وطبيعة الخلع.

وتطرقنا في الفصل الثاني إلى أثار ومراحل دعوى الخلع وتضمن بدوره أيضا مبحثين أولهما أثار الخلع والثاني مراحل سير دعوى الخلع.



الفصـــــل الأول

الإطار المفاهيمي للخـــلع

تمهيـــــــــد:

نظم الشرع كافة أنواع العقود التى تبرم بين البشر ولكنة احتاط وأولى أهمية خاصة لعقد من تلك العقود وجعل به كافة الضمانات وسد الثغرات التى لا يمكن التحايل عليه هذا العقد هو عقد النكاح لما له من قيمة وأهمية بالغة بين البشر، ولما له من أثار تترتب عليه المواريث والنسب وحرمة مصاهرة وماعداها من الأمور التى تحكم علاقات البشر بعضهم ببعض، لكن هذا العقد ليس ابدي فقد تظهر أمور على العلاقة بين طرفيه تستدعي فك هاته الرابطة.

فى البداية، أود أن أوضح أن الإسلام اباح الطلاق والخلع ليس للإستهانة بقدسية الزواج، وإنما اباحة لرفع الضررعن أى طرف من أطراف العلاقة الزوجية سواء من الزوج أو الزوجة فساوى بين الرجل والمرأة على السواء فى هذا الشأن.

وسنتناول في هذا الفصل ماهية الخلع في (المبحث الأول ثم حكمه وطبيعته في المبحث التاني)

المبحث الأول: مفهوم الخلع

على الرغم من أن الدين الإسلامى يحثنا على ابدية العلاقة الزوجية، وجعل لها من النظم والشروط التى توجب ذلك إلا انه يعلم أن من الطباع مالا يمكن أن يتفق فيها اثنين من البشر بأى حال، لذلك جعل الله لنا مخرجا عند استحالة استمرار العشرة، وأباح لنا من حسن رحمته ولطفه بنا امكانية الطلاق والخلع متى استحال استمرار العشرة وفشلت كل محاولات ومساعى التوفيق والصلح بين أطراف العلاقة الزوجية فتلك الإباحة لم تكن مشروعة باعتبارها بداية الغوث، ولكنها نهاية مشوار طويل لابد من السير به قبل الإقدام على أى منها .

وعليه سنتناول في هذا المبحث مطلبيين هما تعريف الخلع وأركانه، في المطلب الأول، والخلع والطرق الأخرى في المطلب الثاني على التوالي.

المطلب الأول: تعريف الخلع وأركانه

الفرع الأول: تعريف الخلع

أولا/ تعريف الخلع (لغة)

يأتي بمعنى النزع، جاء في المصباح : " خَالَعَتِ (المرأة زوجها) مُخَالَعَةً ، إذاافتدت منه وطلقها على الفدية) فَخَلَعَهَا (هو) خَلْعًا ، والاسم: الخُلْعُ بالضم، وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كلّ واحد منهما لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك، فكأن كلّ واحد نزع لباسه عنه ومن معانيه النقض، جاء في اللسان: "و تَخَالَعَ القومُ: نَقَضُوا العَهْدَ بينهم."

ويأتي بمعنى العزل، كأنما أراد إزالته عن مكانه وعزله عنها، ذكره في مختار الصحاح فقال : " وخُلِعَ الوالي عزل"

كما ويأتي بمعنى الإزالة، جاء في اللسان " وخالَعَتْه: أزالَها عن نفسه."

وهذه المعاني التي ذكرتها، يتعلق الخلع بكلٍ منها بوجه من الوجوه، من نتائجه إزالة ما يترتب على الشيء[1].

ثانيا/ تعريف الخلع (إصطلاحا)

هو بذل المرأة العوض عن طلاقها، أو هو طلاق بعوض[2]

ثالثا/ تعريف الخلع (شرعا)

تباينت تعريفات الفقهاء للخلع تبعاً لاختلافهم في تكييفه، فمن رآه فسخاً عرّفه بذلك، ومنهم من اعتبره طلاقاً، فجاء تعريفه مطابقاً لمعنى الطلاق، فالحنفية والمالكية يرونه نوعاً من الطلاق، أما الشافعية والحنابلة فقد اشترطوا أن يقع الخلع بلفظ الطلاق أو بنية الطلاق، حتى يقع طلاقاً، ولهم تفصيلات دقيقة وكثيرة، وسنذكر الآن تعريفات المذاهب الأربعة للتعريف الخلع وأرجحه

1-تعريف الحنفية للخلع

يرى الحنفية الخلع طلاقاً بشروط، وعامة علمائهم يعرفونه على هذا الأساس، فقد عرفه السيواسي بقوله: " إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع[3] " .

وليس للنكاح عندهم من إزالة إلا بالطلاق على ما ذهب إليه فقهاؤهم، وعلى معناه تقع عباراتهم فهذا السمرقندي في التحفة يقول : " الخلع طلاق عندنا" .

ويقع بألفاظ عدة: كالطلاق، والبيع، والمبارءة، والمخالعة، وهو صريح في بعضها، يفتقر إلى النية في أخرى، ولا يلتزم أكثرية فقهاء الحنفية بتعريف المصطلح، تعريفاً محدداً، حيث

[1] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط2، دار المعارف القاهرة ،ص120.

[2] د عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2010،ص316

[3] السيواسي، محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ج1 ، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية ،ص120

تشير عباراتهم عند تناولهم الموضوع إلى صورته، وأكثر شُرّاح متونهم، يبدؤون الكلام فيه مباشرة متخذين من آية الفداء مدخلاً. مثال ذلك ما جاء في لسان الحكام: " إذا تشاقّ الزوجان وتخالفا وخافا أن لا يقيما حدود الله تعالى فلا بأس أن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به.

وقال صاحب بداية المبتدي: وإذا تشاقّ الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تدفع الزوجة لزوجها من المال ما يحمله على طلاقها، فإذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة.

ويميز الحنفية بين الخلع، والطلاق على مال، فالخلع يُسقِطُ في رأي أبي حنيفة كلّ الحقوق الواجبة بين الزوجين بسبب الزواج، وإذا بطل العوض في الخلع فلا شيء للزّوج، والفرقة بائنة، بخلاف الطّلاق فإنّ العوض إذا بطل فيه وقع رجعياً في غير الطّلقة الثّالثة.

2-تعريف المالكية

عرّف ابن رشد الخلع بقوله: " وهو بذل المرأة العوض على طلاقها[1]" .

وقريب منه تعريف النفراوي في كتابه الفواكه الدواني، يقول : " إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها[2]" .

ويلاحظ على التعريف أنه لم يفرق بين الخلع وغيره من أسباب الإزالة، كما لم يحدد التعريف عند المالكية نوع الفرقة الواقعة بالخلع، وهل يقع رجعياً أو بائناً وهو ما لم يظهر في التعريف.

[1] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعارف بيروت الطبعة 01 ، ج2 ،ص50

[2] أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الفواكه الدواني على شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، ج2 ،دار الفكر ،سنة1995 م،ص150

3-تعريف الشافعية للخلع

عرّف الشربيني الخلع في كتاب الإقناع بقوله " :فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج.

وعرّفه النّووي بأنه: "مفارقة المرأة بعوض"[1].

ويعبرون عنه بلفظ المفاداة في أغلب كتبهم، دون تحديد نوع الفرقة فيه، طلاق أو فسخ، ولعل ذلك راجع إلى اختلافهم في اعتباره، فيراه البعض فسخاً، كما ذهب إليه الشافعي في القديم، في حين يرجح البعض الآخر أنه طلاق على ما قاله الشافعي في مذهبه الجديد بشرط أن يكون بلفظ الطلاق أو نيته، وإلا فهو فسخ عندهم باتفاق.

4-تعريف الحنابلة

تتقارب تعريفات الحنابلة في تحديد الخلع كفرقة بين الزوجين بعوض، وأضاف بعضهم "بألفاظ مخصوصة " وهو قيد مهم، لإخراج الطلاق بعوض من التعريف، لاختلاف الألفاظ بينهما، وإنْ لم يلتزمه بعضهم كصاحب المطلع، الذي عرّفه بقوله ": أن يفارق امرأته على عوض تبذله له[2]" .وأثبته صاحب المبدع في تعريفه، فقال : " فراق امرأته بعوض بألفاظ مخصوصة[3]"

وأكثرهم ضبطاً للتعريف بما يوافق أصولهم، كان صاحب منار السبيل، الذي عرّفه بقوله: " وهو فراق الزوجة بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة " . ،واتفقوا مع الشافعية بوقوعه طلاقاً، إذا كان بلفظ الطلاق أو نيته.[4]

---

[1] النووي، يحيى بن شرف بن مري أبو زكريا تحرير ألفاظ التنبيه (لغة الفقه)،دار القلم، دمشق، ،ط1 ،ج2،ص95

[2] أبو عبد الله، محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، المطلع على أبواب الفقه، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة النشر 1981 –ص235

[3] ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، ج7 ، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة النشر 1987، ص219.

[4] بن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل ،ج2، ،دارالمكتب الإسلامي للطباعة ،سنة 1989 م، ص260

5-**وعرّفته الموسوعة الفقهية الكويتية** بالقول أنه: " فرقة بعوض مقصود لجهة الزّوج بلفظ طلاق أو خلع" .

ويمكن تعريف الخلع بمقتضى ما رجحته من اختيارات الفقهاء في هذا البحث بما يحدد معنى الخلع في الصورة والمضمون، هو كون الخلع: **(فُرقةٌ بطلبٍ من الزوجةِ بعوضٍ تبذلهُ للزوج برضاه أو بحكم قاضٍ)** .

وسبب اعتمادي لهذا التعريف لكونه يحدد الخلع بطلب من الزوجة، إذ أن كل فراق يستقل به الزوج طلاق، وبهذا يخرج منه الطلاق، لأن طلب المرأة خاص بالخلع، وتحديده بعوض، قيد يوجب وجود البدل، ويخرج به كل فرقة لا عوض فيها، فعدم ذكر البدل في الخلع يوقعه رجعياً عند البعض، وقول تبذله، تحديد لمن يعود البدل ومن يدفعه، وهو ما يميز الخلع بأن المرأة هي التي تدفع للزوج، أو من ينوب عنها، سواء من مالها أو من ماله بإذنها، إذ الخلع بطلب منها، وهو قيد أخرجت به تصرف الأجنبي والفضولي على ما رجحته في بابه، ولم أجعل للخلع لفظاً خاصاً، إذ العبرة للمعنى وليس للفظ، فإذا تحقق معنى الخلع، وفق شروطه المحددة بالتعريف الطلب من المرأة، والعوض (وقع خلعاً بأي لفظ كان).[1]

رابعا/ تعريف الخلع في القانون الجزائري

تنص المادة 54معدلة بالأمر رقم / 02 05المؤرخ في 27فبراير 2005" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها مقابل مبلغ مالي".

يفهم من نص المادة أن للزوجة الحق في طلب الخلع للقاضي دون مناقشة الأسباب، وتقتصر دور القاضي في تحديد المقابل المالي للخلع

الفرع الثاني: أركان الخـــلع

[1] صغيري سمية ،المركز القانوني للمرآة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري. مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير قانون الخاص ،جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي 2014-2015

أركان الخلع خمسة (1) الأول: ملتزم العوض، والمراد به الشخص يلتزم المال، سواء كانت الزوجة أو غيرها .والثاني :البضع الذي يملك الزوج الاستمتاع به، وهو بضع الزوجة، فإذا طلقها طلقة بائنة زال ملكه فلا يصح الخلع .الثالث :العوض، وهو المال الذي يبذل للزوج في مقابل العصمة .الرابع :الزوج .الخامس :العصمة، هذه هي أركان الخلع، فلا يتحقق بدونها"[1]

وله خمسة أركان، وإليك بيانها بشروطها وضوابطها:

أولا/ الموجب وهو: الزوج، ويشترط فيه ما يشترط في المطلق، كالعقل، والبلوغ والاختيار، ويقوم مقام الزوج وليه إن كان الزوج صبياً أو مجنوناً، وللزوج أن يوكل غيره في أمر الخلع، ويشترط في الوكيل أن يكون ممن يصح خلعه لنفسه.

ثانيا/ القابل وهي: الزوجة أو وليها، أو وكيلها، ويشترط أن يكون لقابل مطلق التصرف في المال صحيح الالتزام، فلا يكون سفيها ولا صغيراً، فلو خالع الزوج امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت وقع الطلاق بغير بدل.

ثالثا/ المعوض وهو: البضع ويشترط أن يكون مملوكاً للزوج، فإن كانت الزوجة بائناً وقت الخلع لم يقع، لأنه لم يصادف محلاً، وتسترد الزوجة المال الذي دفعته للزوج.

رابعا/ العوض وهو: ما يأخذه الزوج من زوجته مقابل خلعه لها، وضابط العوض: أن يصلح جعله صداقاً، فإن ما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدل خلع، ولا حد له، بل هو بحسب الاتفاق.

خامسا/ الصيغة وهي: الإيجاب من الزوج، كقوله: خالعتك بكذا، والقبول، كقول الزوجة: قبلت، ونحو ذلك.

وأقصى مدة يجوز للرجل أن يغيبها عن زوجته بدون أذنها ستة أشهر، فإن زاد فلها رفع أمرها للحاكم الشرعي ليلزمه بالحضور، أو يلزمه بالطلاق، فإن أبى فسخ الحاكم العقد.

[1] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ،ج4،دار الكتب العلمية بيروت لبنان – ط2 /2003، ص345

الفرع الثالث: شروط الخلع

أولا/ قيام الرابطة الزوجية، فلا يجوز للمرأة أن تخلع رجلا أجنبيا عنها أو تربطها به رابطة غير زوجية بل

لابد من توافر عقد الزواج الصحيح. فإذا كانت رابطة زوجية فاسدة لا يقع الخلع، وإذا كانت قائمة

من عقد صحيح ولم يقع دخول أو طلاق. فإن الخلع يقطع هذه الرابطة ولو كانت الزوجة في عدتها

من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها، إن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة[1].

ثانيا/ أن تكون الزوجة محلا للطلاق، فلا يصح للزوج أن يخالع زوجته بالردة ولا في النكاح الفاسد، لأن ملك النكاح قد زال فلا يكون للخلع هنا شيء يزيله النكاح الفاسد ولا يحل الاستمتاع حتى يكون في حاجة إلى إزالتها بالخلع.

ثالثا/ أن يقع الخلع من زوج يصح طلاقه وهو الذي توافرت فيه الأهلية، فلا يصح من صغيرا أو مجنون أو معتوه أو محجور عليه[2].

رابعا/ أن تكون المخالعة بلفظ الخلع أو بلفظ يدل على معنى الخلع كالمبارأة والافتداء.

خامسا/ أن يكون الخلع في مقابل عوض تقدمه الزوجة لزوجها تريد الخلاص من الحياة الزوجية .

الشروط الخاصة للخلع:

يخص الشروط الخاصة التي يجب توافرها في كل ركن من أركان الخلع على حدى فهي كالتالي:

[1] عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم ص93

[2] عمرو عيني الفقيه، الخلع في الشريعة والقانون، دار النشر الذهبي للطباعة، القاهرة مصر 2000،ص39

أولا/ المخالع :هو الزوج أو نائبه ويشترط فيه أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق حكما فإذا كان الزوج هو البادئ بالخلع كما لو قال لها خالعتك على مهرك كانت المرأة هي القابلة وإذا كانت المرأة مبتدئة كان الزوج قابلا، وأما إن كان الخلع من عوض فهو طلاق وكل ما صح طلاقه، صح خلعه.

الرجوع إلى القواعد العامة والشروط الواجب توافرها في المطلق يشترط من هذا الأخير أن يكون بالغا، عاقلا، غير مجنون، ولا سكران ولا مكروه.

1-ا **لبلوغ** :لا يعتد بطلاق الصبي شرعا ولو كان قد بلغ سن التمييز لقوله صلى الله عليه وسلم:

"**كل طلاق بائن إلا طلاق الصبي والمجنون**[1].

2-العقل :فلا يقع الخلع من المجنون للحديث السابق ذكره، ولأن الفعل هو أداة التفكير ومناط التكليف وهو غير متحقق في المجنون فليس له قصد أصلا.[2]

فآفة الجنون تصيب عقل الإنسان وتجعله عديم الأهلية لا يقدر على التمييز وبالتالي لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية سواء كانت في صالحه أم لا مما يجعل كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حسب نص المادة 41قانون مدني جزائري" :**لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو العتهأوالجنون.**

3-السكران :إذا شرب الإنسان مسكرا كخمر ونحوها فأما أن يكون غير أثم لشربها كان مكرها أو يشربها جاهلا لها فيكون حكمه حكم المجنون والمعتوه، ولا يقع خلعه وأما إذا شرب الخمر أو نحوها غير مكره وكان عالما فقد اختلفت في ذلك وانقسمت الآراء إلى قسمين:

أ) طلاق السكران واقع وخلعه جائز :الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إذ أخذت به القوانين

---

[1] ابن أبي العز، كتاب التنبيه على مشكلات الهداية ،ج03، تحقيق عبد الحكيم شاكر ، مكتبة الرشد ،السعودية ،2003،ص303

[2] بدران أبو العينين بدران،جزء1 ، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة ،ص233

العربية.

ب) طلاق السكران غير واقع :وخلعه باطل عند عثمان بن عفان[1].

4-المكره :اختلفت الآراء فيه:

أ) خلع المكره لا يقع عند عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما

ب) خلع المكره جائز عند الحنفية.[2]

ثانيا/ المخالعة :هي الزوجة أو وليها أو الأجنبي وهو قابل الخلع ويشترط فيه أن يكون مطلق التصرف في المال صحيح الالتزام .

ويشترط فيها أن تكون محلا للطلاق أو أهلا للتبرع إذاكانت هي الملتزمة ببدل الخلع بأن تكون عاقلة راشدة غير محجور عليها ويشترط أن تكون غير مكرهة وكذلك عالمة بمعنى كلمة الخلع

1-خلع عديمة الأهلية كالصغيرة غير المميزة والمجنونة: فإذا تولت الخلع عديمة الأهلية الصغيرة غير المميزة أو المجنونة فالخلع باطل ولا يرتب عليه، أثرا أما إذا تولى أبوها أو وليها الاتفاق مع الزوج على خلعها أو طلاقها فبنظير مال التزم به وقع الخلع[3].

2-خلع **ناقصة الأهلية كالصغيرة المميزة :يشترط** أن تكون متمتعة بأهلية التبرع فإذا كانت قد خالعت زوجها وهي لم تبلغ سن الرشد لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها وسنعرض حالات خلع الصغيرة حسب المذاهب الفقهية:

أ) **الأحناف** :يصح للصغيرة أن تلتزم بالعوض المالي فإذا قال لها الزوج خالعتك على مهرك

[1] القاضي عبد الوهاب المالكي، كتاب عيون المسائل، دار ابن حزم للنشر والتوزيع، بيروت ،سنة 2009 ،ص352

[2] المرجع نفسه، ص410

[3] محمد مصطفى الشيلين، أحكام الأسرة في الإسلام ،الدار الجامعية للنشر والتوزيع 1983 ،ص590

وقالت: قبلت وهي مميزة تعرف أن الخلع يوجب التفرقة بينهما ويحرمها من زوجها ولكن لا يلزمها العوض المالي لأنها ليست أهلا للتبرع.

ب) يجوز للأب خلع ابنته من مالها ولو بصداقها بإذنها.[1]

3- خلع المحجور عليه: لا يجوز مخالعة السفيهة المحجور عليه لأنها ليست من أهل التزام العوض سواء كان ذلك بإذن الولي أو بغير إذنه لأنه ليس بولي السفيه الحق في الإذن في التبرعات.

4- خلع المريضة مرض الموت :يصح خلع الزوج لزوجته المريضة مرض الموت فيقع الطلاق البائن ويثبت بالبدل، غير أن هذا البدل لما كان شبيها بالتبرع وهو في هذه الحالة يأخذ حكم الوصية لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من أول المرض الذي كان سببا للموت فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة[2]،

لأنها لا تملك التبرع من الثلث ،وهذا بإجازة الورثة فإن ماتت الزوجة قبل انقضاء العدة استحق الزوج الأقل من بدل الخلع وثلث التركة وميراثه منها ولو ممن يرثها، لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع فيأخذ في مرض الموت حكم الوصية لتعلق حق الدائنين والورثة بالتركة من وقت حلول المرض الذي كان سببا في الوفاة. وقد يكون المقصود من الخلع أن يأخذ الزوج مقدارا كبيرا يزيد عما يستحقه في الميراث وهذا لا يجوز لأنها في معنى الوصية والوصية للوارث لا تجوز.

ثالثا/ العوض :هو ما تعطيه الزوجة أو وليها أو أجنبي للزوج مقابل خلعها من عصمته والخروج من الزوجية عندما يشتد النزاع بينهما وحينما تجد الزوجة أن بقائها مع زوجها قد يوقعها فيما لا يرضي الله، ولا يشترط في العوض أن يكون من النقود فيصح أن يكون منفعة تقابل المال. والعوض هو جزء أساسي من مفهوم الخلع، فإذا لم يتحقق العوض لا يتحقق

[1] عبد الرحمان الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج03 ، دار الناشر ،سنة 2003،ص399

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ص 405

الخلع. فالزوج إذا قال لزوجته خالعتك وسكت ولم يذكر العوض فهذا لا يكون خلعا بل إنه طلاق إن نوى به ذلك.[1]

رابعا/ المفوض والصيغة

1-المفوض :هو البضع ويشترط أن يكون مملوكا للزوج فلا يصح مخالعة المرأة البائنة بطلاق أو خلع بإنما يكون بزوال ملك النكاح مقابل العوض الذي تدفعه المرأة أو ملك الزوج يزول بالطلاق والخلع فبذلك المرأة ليست محلا لإيقاع الخلع. وأما إذا كانت في العدة من طلاق رجعي، فإنه يصح أن تخالعه لأن زوال ملك النكاح لم يحصل.[2]

2-الصيغة :هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج وقبوله من الزوجة وهي تنقسم إلى صريح وكناية، فلفظ الخلع كخالعتك واضح المفاداة يكون صريحا في الخلع لأنه ورد في القرآن الكريم. أما الكناية فهو لفظ يفيد الفرقة مع القرينة كقوله بغيك وطلاقك بكذا والخلع لا يقع إلا من النية والقرينة.

خامسا / هل الشقاق شرط للخلع:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الشقاق والضرر شرط في الخلع متمسكين بالآية الكريمة " **وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ..** "[3]

و أيد القائلون لذلك بما رواه أبو داوود عن عائشة: أن حبيبة بين سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس فضربها فكسر نغصها، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابا، فقال: "خذ بعض مالها وفارقها" [4]. قال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: "نعم" قال: فإنني أصدقها حديقتين وهما بيدها فقال النبي: "خذها وفارقها، فأخذهما وفارقها.

---

[1] أحمد فراج حسين ،أحكام الأسرة في الإسلام ، دارالجامعة الجديدة، مصر ،2004 ص 105.

[2] احمد بن غنيم النفراوي ،مرجع سبق ذكره ،ص350

[3] سورة البقرة الآية 229

[4] عبد المحسن العباد ،شرح سنن أبي داوود ، ج4 ، دار الناشر للنشر والتزيع بيروت لبنان ،ص255

أما عند جمهور الفقهاء فإن الخلع يجوز من غير اشتكاء الضرر وسندهم في ذلك ما رواه البخاري وغيره من حديث بن عباس عن امرأة ثابت بن قيس بن شماس، ففي هذه الرواية المذكورة سابقا لم يثبت اشتكاء الضرر، بل أن امرأة ثابت بن قيس صرحت بقولها: ما أعتب عليه في دين ولا خلق.

فالشقاق والضرر ليسا شرطا من شروط الخلع في الفقه الإسلامي، إذ أن الخلع يكون على ما تراضيا عليه الزوجان سواء رفعا أمرهما للقاضي أم لم يرفعاه، واتفقا عليه وهو ما نراه صحيحا من أنه لا يشترط في الخلع[1]

المطلب الثاني: الخلع ومايشاكله من مصطلحات.

يريد الإسلام للحياة الزوجية أن تبقى وتدوم مابقيت دعائمها الأساسية قائمة، وهي السكون والمودة والرحمة فإن فقدت هاته الدعائم فلا معنى لفرض الصحبة بالإكراه . فأعطى للرجل حق الطلاق وأعطى في مقابله للمرأة حق إنهائها عن طريق التطليق او الخلع ، وسنتناول في هذا المطلب الفروق بين الطلاق والخلع والتطليق .

الفرع الأول : الفرق بين الخلع والطلاق على المال :

لم ينص المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية على الطلاق على مال، وإكتفى بالنص على الخلع ، وتتمثل نقاط التابه والإختلاف بينهما في :

أولا / أوجه التشابه بين الخلع والطلاق على مال :

- يقع الطلاق بكل منهما طلاق بائن لصدوره نظير عوض تدفعه لتفتدي نفسها.

[1] نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى ،الجزائر 2003،ص180

- لابد من قبول المرأة في كليهما، لأن كل من الخلع والطلاق على مال معاوضة والمعاوضة لابد فيها من قبول من يلتزم بدفع عوض، فإن وجد القبول وقع الطلاق وألزم البدل للزوج، وإن لم يكن قبولا فلايقع

ثانيا / أوجه الإختلاف بين الخلع والطلاق على مال:

- إعتبر الحنابلة والشافعية أن الخلع فسخ، وبالتالي فلا يحتسب من عدد الطلقات في حال رغب الزوج إعادة زوجته بعد الخلع بعقد ومهر جديدين، أما الحنفية فقد إعتبروه طلاقابائنا يحتسب من عدد الطلاقات فلو أعاد الزوج زوجته بعد الخلع بعقد ومهر جديدين فلا يملك عليها إلا ما تبقى له من الثلاث.

- أما الطلاق على مال فهو طلاق بائن ينقص به عدد الطلاقات من غير خلاف[1].

- الخلع تكون صيغته لفظ الخلع أو مافي معناه، اما الطلاق فإن صيغته لفظ الطلاق أو فيما معناه كقول الرجل لزوجته طلقتك على مبلغ كذا، أو أبنتك في مقابل كذا.

- الطلاق على مال لا تسقط به الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر فلا يثبت إلا ما حصل الإتفاق على دفعه مقابل الطلاق، أما الخلع فإنه يسقط به الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر، وهو رأي الحنفية.

- أما المالكية والشافعية فإنهم يفرقون بين الخلع والطلاق على مال لأن الخلع عندهم هو الطلاق بعوض[2]

الفرع الثاني: الخلع والتطليق

قبل ان نتطرق إلى الفروق بين الخلع والتطليق كان لزاما علينا أن نذكر تعريفات للتطليق

[1] منال محمود المنشي، الخلع في قانون الأحوال الشخصية ،الطبعة الأولى 2008 ،ص59

[2] المرجع نفسه، ص60

أولا /تعريف التطليق:

لتعريف التطليق يجب توضيح معناه لغة أولا ، وإصطلاحا ثانيا ثم قانونا ثالثا

1 – تعريف التطليق لغة :

مشتقة من طلق تطليقا: طلق إمرأته: فصلها عنه وحل عقد الزواج بينهما[1].

خلاصة القول: أن التطليق من جهة اللغة، لاتختص به الزوجة دون الزوج لأن التطليق والطلاق لغة كلاهما سواء أي يمكن أن تطالب به المرأة أو الرجل.

2 –تعريف التطليق إصطلاحا:

يطلق على التطليق عند الفقهاء التفريق القضائي، أما في إصطلاح الفقهاء فإنه لم يورد تعريف خاص للتفريق القضائي ويقصد به إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب احدهما لسبب كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق ..... او بدون طلب حفاظا لحق الشرع كما في حالة ردة أحد الزوجين.

3 –تعريف التطليق في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري في الفصل الأول المعنون بالطلاق، نجد (12 مادة) وبالتطرق إليها نجد أن المشرع لم يورد أي تعريف بخصوص التطليق لكنه إكتفى بذكر أسبابه في المادة 53.

وعند التمعن في المواد من 48 ومايليها نجد أن المادة 48 نصت على انه :"يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون [1]

[1] مسعود جبران، الرائد معجم اللغوي عصري ، ط7 ، بيروت لبنان ،دار علم الملايين ، 1992 ،ص524.

ثانيا / الفرق بين الخلع والتطليق:

نص المشرع الجزائري على التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة وتتمثل نقاط التشابه والإختلاف بينه وبين الخلع في[1]:

1 -أوجه التشابه بين الخلع والتطليق

- يتفق الخلع والتطليق في أن الطلاق يكون بمبادرة وطلب من الزوجة، وأقرت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب التطليق والخلع وأقر المشرع الجزائري هذا الحق في المادتين 53 و54 وألزم القاضي في أن يستجيب لطلب الزوجة.

- يتفق الخلع والتطليق في أن الطلاق يتم بحكم قضائي، فإذا رفعت الزوجة طلب إلى القضاء للمطالبة بالخلع حكم القاضي لها بذلك بدون الرجوع إلى الزوج، وكذلك إذا أثبتت الضرر من زوجها طبقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة .[2]

- ويتفق الخلع والتطليق في أن الطلاق بهما طلاق بائن وفقا للقاعدة الفقهية "الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن" ويترتب على التطليق والخلع أن تحفظ الزوجة بنفقة العدّة ولا توارث بين الزوجين.

---

[1] صغيري سمية، المرجع السابق ص38 نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري"الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون."

[2] نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون. 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. 3- الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر. 4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية. 5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة. 6- كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 أعلاه. 7- ارتكاب فاحشة مبينة.

المادة : (53) يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

- ويتفقان في الاحكام الصادرة في التطليق والخلع غير قابل للإستئناف حسب المادة 57 من قانون الأسرة

2-أوجه الإختلاف بين الخلع والتطليق:

- في التطليق تحتفظ المرأة بحقها في طلب النفقة، اما الخلع فيسقط كل حق ثابت، لأحد الزوجين على الزوج الآخر ماعدا الحقوق التي نشأت بعد الطلاق، فيسقط الحق في المهر المؤجل والنفقة الغذائية .

- يبني التطليق على أسباب مادية مذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة وهي يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الإتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.[1]
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 80 أعلاه.

[1] المادة : (78) تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.
المادة : (79) يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.
المادة : (80) تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

- إرتكاب فاحشة مبينة.
- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- كل ضرر معتبر شرعا.

اما الخلع بسبب معنوي وهو بغض الزوجة وكراهيتها لزوجها وعدم رغبتها في العيش معه، وهي غير مطالبة بإثبات البغض والكراهية [1]

المبحث الثاني: حكم وطبيعة الخلع:

إختلف الفقهاء في حكم الخلع أما دليل مشروعيته فنجد الخلع موجود في القرآن الكريم، والسنة النبوية، وسندرس في هذا المبحث حكم الخلع وطبيعته على مطلبين.

المطلب الاول: حكم الخلع.

بما أن للخلع حكم شرعي فقد تعتريه أحكام مختلفة بإختلاف الحالات وإختلاف الأسباب، فقد يكون مباحا أو مكروها أو حراما.

الفرع الأول: احكام الخلع في الشريعة.

أولا /يكون مباحا:

إذا كرهت الزوجة زوجها لسوء خلقه أو خلقه أو كرهت نقص دينه أو كبر سنه ، أو مرضه و ضعفه أو نحو ذلك، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، وتخاف ألا تقوم بما يجب عليها من الحقوق رغم عدم تقصيره في حقوقها وقيامه بواجبه نحوها، فترى لكراهتها هذه

[1] محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، ط1،دار الفكر ، سنة 2012،ص124

أن تفتدي نفسها بمال تعطيه لزوجها لإنهاء العلاقة الزوجية بينهما حتى لا تقع في المحظور، فيكون بذلك الخلع مباحا ومشروعا ولا كراهية فيه ولا خلاف عليه[1]

ثانيا /الخلع مكروه:

يكون الخلع مكروها إذا كان سببه مكروها، كأن تميل إلي غير زوجها وترغب في نكاحه فتخالع زوجها لتنكح من مالت إليه ورغبت فيه، فهذا الخلع مكروه[2] ،ونفس الحكم يطبق إذا لم يكن للمرأة عذر أو لم يكن هناك سبب يقتضيه، ومع ذلك طلبت من زوجها الخلع، فإنها ينتظرها تهديد شديد من الله بحرمانها من جنته، وهذا يرجع إلى الأصل في الخلع وهو الحظر– الكراهية –ولا يجوز إلا للحاجة فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم" :أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"، ومن هنا فليس للمرأة أن تطلب الخلع من غير سبب أو سبب تافه، لأن الشارع الحكيم شدد في الوعيد لمن تفعل ذلك، لأن الافتداء مقيد بضوابط، بأن تكون المرأة تكره زوجها وتبغضه وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، جاز لها أن تخالعه، أما إذا كان بغير سبب فيكفي أن تبتعد عنه[3].

ثالثا /يكون الخلع حراما:

وذلك إذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها منه، كأن ينالها بالضرب والأذى حتى تخالعه، أو يضيق عليها، أو يمنعها حقا من حقوقها كالنفقة عليها، فهذا الخلع حرام لأن سببه خبيث، وذلك **لقوله تعالى" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا ۖ وَلَا**

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهاوي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء،.ط1، منشورت الحلبي الحقوقية، 2007 ،ص515

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003،ص45.

[3] مبروك المصري الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة، الجزائر، 2010،ص26.

تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ".[1].

وقوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ "[2].

يظهر جليا من الآيات الكريمة حسن المعاشرة بين الأزواج والمعاملة بالمعروف، ومن ثم لا يجوز استعمال الرجال لحقهم على النساء في العسف والجور عليهن وعضلهن حتى يفتدين أنفسهم، حيث حرم الله عزو جل التضييق على الزوجة لحملها على المخالعة القسرية لتتنازل عن صدقاتها كله أو بعضه فهذا الأخير ملكلها، فإذا أراد الزوج أن يطلق زوجته ويستبدلها بأخرى، فلا يجوز له أن يتعسف فيستولى ضرارً ا على صداقها[3].

إلى ذلك فقد انعقد الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق، لأن الافتداء كان في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها معه من جراء الإضرار والتضييق عليها، والحرمة كانت لزيادة الايحاش؛ لأنه أوحشها بالطلاق فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال[4].

الفرع الثاني: الخلع في القانون الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الخلع بالتفصيل ولا لطبيعته القانونية تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 ق.أ[5]

---

[1] سورة النساء الآية رقم 19

[2] سورة البقرة الآية 229

[3] سلمي سامية ، الخلع بين الشريعة والقانون ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة ،ص23

[4] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط2، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977،ص 52 محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، ،1992ص83؛ عبد العزيز بن عبد الله العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، ص .70سنة المناقشة ،2010،

[5] المادة : (222) كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

فالخلع في رأي الفقه يعد من المعاوضات لأنه ينعقد بإيجاب وقبول ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة ولذلك فالتكييف القانوني له هو كالطلاق على مال فيعتبر يمينا في جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال ويعتبر معاوضة من جانب المرأة لأنه شبه بالتبرعات بحيث تدفع له مبلغ من المال في مقابل افتداء نفسها من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها.

المطلب الثاني: دليل ومشروعية الخلع والحكمة تشريعه وطبيعته.

الفرع الأول: دليل المشروعية والحكمة من تشريعه:

أولا / أدلة مشروعيته:

1-من الكتاب:

ثبت الخلع بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فاستدلوا بقوله تعالى : الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شيئاإِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} .[1]

فقوله تعالى " فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " نص صريح في جواز الخلع، وهو قول عامة المفسرين والفقهاء وأرباب اللغة. يقول القرطبي في تفسيره: " والآية خطاب للأزواج نهوا أن يأخذوا من أزواجهم شيئاً على وجه المضارة وهذا هو الخلع ".

2-الأدلة من السنة الشريفة :

أخرج البخاري في صحيحه، قال : " حدثنا أزهر بن جميل، حدثنا عبد الوهاب الثقفي، حدثنا خالد عن عكرمة عن ابن عباس : أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم

[1] سورة البقرة الاية 22

فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال:رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته، قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة.

وفي الباب أحاديث كثيرة، أخرجها أصحاب السنن والمسانيد، سنأتي على ذكر ما يتصل منها بأبواب البحث في مواضعه، إن شاء الله تعالى.

3- من الإجماع :

أجمعت الأمة في عصر الصحابة على جواز الخلع، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم، ونقل الإجماع غير واحد من العلماء على مشروعية الخلع، أخذاً من قوله تعالى : الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شيئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ[1]} .

وممن نقل الإجماع ابن حجر في الفتح، وقد أنكر مخالفة المزني للإجماع المنقول في المسألة، فقال: وأجمع العلماء على مشروعيته إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور، وكأنه لم يثبت عنده أو لم يبلغه، وانعقد الإجماع بعده على اعتباره.

وابن عبد البر في التمهيد: " قول بكر هذا خلاف السنة الثابتة في قصة ثابت بن قيس وحبيبة بنت سهل وخلاف جماعة العلماء والفقهاء بالحجاز والعراق والشام." [2]

4 - من المعقول

الأصل في الطلاق هو حق بيد الرجل، غير أن المرأة قد ترغب في الخلاص من الزوج لسبب أو لأخ روهي لا تملك حق الطلاق فتتفق معه على مقدار من المال تدفعه له في مقابل طلاقه

[1] سورة البقرة الآية 22

[2] ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج10 ، ط04 دار الناشر للنشر والتوزيع ،2008،ص60

لها، فإذا رضي بذلك كان الخلع افتداء لها من حياة لا تطيقها ولا ترغب فيها وتخاف ألا تقيم حدود الله فترد للزوج ما قدمه لها من أموال[1]

ثانيا /الحكمة من مشروعيته: الخلع جائز في الجملة، في حالتي الوفاق والشقاق، على تفصيل في ذلك، فأما في حالة الشقاق فقد نقلت الإجماع عليه، وأما في حالة الوفاق فقد منعه بعضهم وكرهه آخرون، وممن قال بالمنع ابن المنذر، وطاووس والشعبي وبعض التابعين، نقله عنهم ابن حجر في الفتح، قال : واختار ابن المنذر أنه لا يجوز حتى يقع الشقاق بينهما جميعاً، وإنْ وقع من أحدهما لا يندفع الإثم، وبه قال طاووس والشعبي وجماعة من التابعين.

ومعنى الإثم الذي ذكره ابن المنذر، اشتراط الشقاق من الزوجين حتى يحل الخلع، وإلا أثمَ الآخذ والمعطي إن كان الشقاق من واحد منهما فقط، بحسب ابن المنذر ومن وافقه. وأجازه بعضهم إذا كان النشوز من قبل المرأة، ويذكر هذا عن الزهري ،نقله ابن عبد البر في التمهيد، قال : ذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال : لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته شيئاً من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها ،وبه يقول الحنابلة، نقله ابن مفلح في المبدع، حيث يقول " : **وإن** خالعته لغير ذلك، أي لغير سبب مع استقامة الحال، كره ووقع الخلع عند أصحابنا[2].

وهو قول عند الشافعية، يقول في فتح الباري: " وهو مكروه إلا في حال مخافة أن لا يقيما أو واحد منهما ما أمر به" [3]

[1] أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواضهة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار الميسرة، الأردن ،2009، ص81

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2003، ص100

[3] ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح البخاري ، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، سنة 2015، ص360

ونقل القرطبي في تفسيره للآية، أنّ جواز الخلع مشروط بأنْ يكون الفساد من قبل المرأة وحكى الإجماع فيه، قال: " والجمهور على أن أخذ الفدية على الطلاق جائز وأجمعوا على تحظير أخذ ما لها إلا أن يكون النشوز وفساد العشرة من قبلها" .

قلت: وفي الإجماع على شرط أن يكون النشوز من قبلها نظر، لما ذُكر عن غير واحد جوازه دون سبب ظاهر، أو معلن وكراهته عند البعض كما قدمت، وهو ينافي الإجماع المحكي، فقد ذكر ابن كثير في تفسيره أن الشافعي يجيزه حال الشقاق والوفاق، قال" : وذهب الشافعي رحمه الله إلى أنه يجوز الخلع في حال الشقاق وعند الاتفاق" . [1]

وما يستفاد من أقوال الفقهاء في الجملة، أن الخلع جائز مع الكراهة إن كان بلا سبب ظاهر مستدلين بأحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، منها ما أخرجه أحمد وغيره عن ثوبان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " أيما امرأة سألت زوجهاالطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة" .

كما استدلوا بالآية: (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ.). [2]

التي اشترطت وقوع الخوف من عدم القدرة على القيام بحق الزوج.

وأما قضاءً: فالجمهور على جوازه، إذ يكفي من المرأة أن تقول إنها غير راغبة في العيش معه، خوفاً من عدم قدرتها على الوفاء بحقه، ولم يطالبها الشارع بتعليل ذلك، وبهذا تجتمع الأدلة والله تعالى أعلم.

الحكمة من تشريعه:

افتداء المرأة نفسها للحاجة، وقطعا للشقاق والنزاع، قال ابن مفلح الحنبلي : " والمرأة تبذله لقطع الخصومة وإزالة الشرور" . فإذا تعذرت الحياة بينهما على الوجه الذي أراده الله تعالى

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سبق ذكره، ص155

[2] سورة البقرة، ص 229

منهما، وكرهت المرأة عشرة زوجها، وأبى عليها الطلاق، تمسكاً بما بذله من المهر، جاز له أن يخالعها بعوض تبذله، فتكون قد ملكت نفسها، ويحظى هو بما بذله، فتحصل المنفعة لكليهما به، وهذا معنى قوله تعالى { فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ } البقرة229

الفرع الثاني: طبيعة الخلع.

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

أولا / صيغة الخلع في الفقه:

سيتم تناول الخلع من حيث إعتباره فسخا أو طلاقا، وثانيا من حيث إعتباره يمينا أو معاوضة

1- إعتبار الخلع فسخا أم طلاقا:

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

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

-**أما الشافعية:** فصنفوا الخلع ضمن فرق النكاح بالطلاق والتي قسموها إلى: ألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية، الخلع، فرقة الإيلاء، فرقة الحكمين[1].

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

2-إعتبار الخلع يمينا أو معاوضة:

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

إلا أن الشافعية قالوا أن الخلع معاوضة فيها مشوبة لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول دفع المال من الزوجة.

وذهب أبو حنيفة إلى أن الخلع قبل قبول المرأة يمين من جانب الزوج فلا يصح الرجوع عنه، لأنه علق طلاقا على قبول المال والتعليق يمينا اصطلاحا. ويعتبر معاوضة بما فيه من جانب الزوجة، لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها وخلاصها من الزوج، لكنها عند أبي حنيفة ليست معاوضة محضة بل فيها شبه بالتبرعات لأن بديل العوض ليس مالا مشروعا وإنما هو افتداء المرأة نفسها فلا يكون الخلع معاوضة محضة وقال الصاحبان: الخلع يمين بالنظر إلى الزوجين جمعا.

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

[1] منصوري نورة ، التطبيق وفق القانون والشريعة الإسلامية ، ط1 ، دار الهدى ،الجزائر 2010 ،ص110

أ) لا يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة (لأنه يمين.)

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

ج) لا يجوز للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع لأنهيمين من جانبه، فإذا اشترط الخيار كان الشرط باطلا لكن لا يبطل الخلع به.

د) يجوز أن يعلق الخلع بشرط أن يضيفه إلى زمن المستقبل مثل خالعتك على كذا غدا أو رأس الشهر القادم والقبول للزوجة عند تحقق الشرط أو حلول الوقت المضاف إليه.[1]

° يترتب على اعتباره عقد معاوضة ما يلي :

أ) 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.

ب) لابد للزوجة أن تكون حاضرة بمجلس الخلع وأن تكون عالمة فإن كانت غير عالمة بما معناه ولقنها معنى الخلع بلغة لا تعرفها فتكلمت بها وخالعها، فلا يقع الطلاق ولا يلزمها المال ويشترط في المعاوضة العلم ببعض الألفاظ[2]

ج) 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.

[1] مركز الراية للدراسات القانونية، تاريخ الرفع 2015/10/20، https://alrayacls.net/researches

[2] د/ وهبة الزحيلي الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر ، سنة 2010،ص488

ثانيا / طبيعة الخلع في التشريع الجزائري :

يترتب عن الخلع طلاق يحسب ضمن عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك لان انحلال الرابطه الزوجية تارة يكون طلاقا وتارة يكون فسخا.

وطلاقه هو حل عصمه الزوجيه بلفظ الطلاق الصريح او الكنايه.

وقد ساير مشرعنا موقف جمهور العلماء من حكم الخلع واعتبره طلاقا وبالرجوع الى موضع النصوص المتعلقة بالفسخ نجده اورد احكامه في الفصل الثالث من الباب الاول من قانون الاسرة المعنون (بالزواج) في المواد 32 وما بعدها[1].

بينما اوردت احكام الطلاق في الفصل الاول من الباب الثاني المعنون (بانحلال الزواج وقد اورد حكم الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن احكام الطلاق.

فيكون المشرع الجزائري قد اتجه الى اعتبار الخلع طلاقا ويكون في ذلك مصيبا لان الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقه زوجية[2].....

صحيح لا يشوبها اي عرض يعيب العقد انما نتيجة ظروف وعناصر خارجة عنه مست العلاقة الزوجية. والتي لا يمكن حلها الا بالطلاق ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المؤرخ في 5 فبراير 1969 بما يلي

"لا يحق الطلاق الا التي عقد عليها بنكاح صحيح ".

---

[1] المادة 32: (أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005) يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

المادة السابقة: يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج.

[2] الدكتور: رمضان علي السيد الشرباصي، احكام الاسرة في الشريعه الاسلاميه._منشورات الحلبي الحقوقية، ص226-227

وفي هذا الشأن يقول الدكتور العربي بلحاج لا يقع الطلاق على المرأة المتزوجة بعقد زواج فاسد لان الطلاق انهاء لعقد الزواج الصحيح وعليه فلا طلاق في عقد الزواج الفاسد؛ بل يجب التفريق في حالا بين الزوجين وفسخ العقد بقوة القانون سواء كان هذا الفسخ بسبب يوجب حرمة مؤبدة او غير مؤبدة او اختلال في اركانه الاساسية طبقا للمواد (31.32. 33. 34) من قانون الاسرة. [1]

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

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

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اتجه إلى اعتبار الخلع طلاقا ويكون في ذلك مصيبا لأن الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة، لا يشوبها أي عارض يعيب العقد وإنما يكون ذلك نتيجة ظروف وعناصر خارجية عنها مست

[1] المادة 33: (أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005)(يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.
إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.
المادة السابقة: إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد.
المادة 34: كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء.
المادة 35: إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.

العلاقة الزوجية والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق[1]. ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المؤرخ في 5فبراير 1969بما يلي: "لا يحق الطلاق إلا للتي عقد عليها بنكاح صحيح"

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

إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة، فالخلع في حقيقتة القانونية هو عقد ثنائي الأطراف، لا يتم إلابالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما، ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع، أنه كالطلاق على مال يعتبر يمينا من جانب الزوج، لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لأنهأشبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من

[1] سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي،.رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص50

الرابطة الزوجية[1]. ومنه فإن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج، ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة لأنها هي من تدفع مقابل تحرير نفسها

لكن الرأي يتغير بعدها بتغيير لي عديد من الظروف وفصل المشرع الجزائري في أمر التكييف للخلع في التعديل الأخير بموجب الأمر 05/02المؤرخ في27 :فبراير 2005 الذي عدّل القانون 11/84حينما عدّلت المادة 54منه ونصت على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...."

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

وجاء مؤكدا لهذا قرار المحكمة العليا رقم656259 :بتاريخ :،2001/09/15قضية(ب، ع(ضد)ط،ي[2].

حيث أنه تم قبول الطعن بالنقض شكلا لأنهاستوفى الأشكال القانونية، ورفضه موضوعا لعدم التأسيس، لأن الحكم الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة تندوف بتاريخ:

2008/01/24 تحت رقم08/81 :القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بين الطاعن الحالي وبين المطعون ضدها مع الأمر بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لبلدية تندوف والتأشير به على هامش عقدي ميلاد الطرفين وعقد زواجهما وإلزام المطعون ضدها بأن تدفع للطاعن مبلغ ستين ألف دينار تعويضا عن الخلع وإلزامه بأن يدفع لها مبلغ عشرة آلاف نفقة عدة وإسناد حضانة الأولاد ز,أ،ع، لأمهم على نفقة أبيهم بواقع ألف وخمسمائة دينار شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ رفع الدعوى حتى غاية سقوطها شرعا وقانونا مؤسس، لأن الخلع

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1،ط1 ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2003 ، ص263.

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

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

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

ملخص الفصل الأول:

نستخلص مم اسبق قوله أن الخلع في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية عبارة عن رخصة منحت للمرآة لطلب حريتها لم تعد تجد فيها راحتها وإستقرارها، ولكي يتم ذلك لابد من أن يحصل تراضي بينهما وأن يقع بألفاظ معينة وان يتم ذلك لقاء بدل تدفعه المرآة للزوج حتى لايتضرر الزوج من هذه الفرقة ، و تبنى المشرع الجزائري هذا الرأي إلى غاية تعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 غير أنه بعد ذلك غير موقفه ومنح الحق للزوجة في مخالعة زوجها دون الإعتداء بموافقته، وهذا التغير جاء نتيجة للغموض الذي اعترى مادة الخلع قبل تعديلها ونظرا لتغير الظروف الإجتماعية .

الفصـــــل الثـــاني

أثار ودعــوى الخلع

تمهيـــد:

قانون الأسرة الجزائري عالج «الخلع» بأن تُطلق الزوجة نفسها لكن ذلك شريطة أن تُعيد ما أعطاها الزوج من «مهر» وبشرط أن يكون الزوج لم تصدر منه إساءة إليها، أو دون عيوب، أما فى حالة إذا ما كانت الزوجة متضررة من الزوج عليه أن يعطيها كل حقوقها دون نقصان، وهو ما هو متعارف عليه في دول إسلامية كثيرة.

ومن المتعارف عليه أن نظام الخلع وتطبيقه استقر فى المجتمع، حيث قننه المشرع الحزائري فى المادة «54» وصدرت بشأنه أحكام قضائية عدة وقد تناولته الأقلام الفقهية منذ أمد بين مؤيد ومعارض، إلا أن الواقع يؤكد أن أثار «الخلع» لم تكن بأى حال من الأحوال محلا للبحث الذي يجيب عن تساؤلات عدة فى شأن بعض ما تتكشف عنه الأحداث بين المختلفين سواء الرجل أو المرأة .

وعليه سنعالج في هذا الفصل مبحثين تناول أحدهما اثار الخلع أما الثاني فعالج دعوى الخلع

المبحث الأول: أثـار الخلع

وهي الآثار التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوجية، فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه، وعلى القاضي الإستجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام، كالحضانة، ونفقة المحضون وسكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه [1]

المطلب الأول: الأثار الخاصة للخلع

يترتب على وقوع الخلع مستوفيا أركانه أثار وهي:

الفرع الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة إذا تم الخلع إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول :وهو رأي الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة في رواية أنه طلاق بائن واستدلوا بالآتي :

بما روي من حديث ابن عباس أنه عليه السلام قال لثابت بن قيس: (اقبل الحديقة وطلقها تطليقه) وكان ذلك دالا على أن الخلع طلاق.

- إن الخلع فرقة بعوض حاصلة من قبل الزوج فتكون طلاق لأن الفرقة التي يملك الزوج ايقاعها هي الطلاق دون الفسخ.

القول الثاني :وهو رواية عن أحمد بن حنبل والشافعي في أحد قوله أنه فسخ وهو قول بن عباس وعثمان وأحمد وداود وهم صحابة رسول الله عليه الصلاة والسلام واستدلوا بالآتي:

- استندوا إلى **قوله تعالى الطلاق مرتان** قالوا إن الله سبحانه ذكر أن الطلاق مرتان ثم ذكرالخلع بقوله تعالى : فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم ذكر الطلاق الثالث بقوله : فإن طلقها فلا تحل له

[1] أبي احمد الغزالي ، أبي أحمد الغزالي، الزواج الإسلامي السعيد و آداب اللقاء بين الزوجين، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبيعة وحدة الرعاية، ،الجزائر،ص163.

فذكر الله تطليقتان والخلع وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لازداد عدد الطلقات على ثلاث، لأنها فرقة خلت من صريح الطلاق فكانت فسخا كسائر الفسوخ. [1]

- إن عدة المخالعة قرء واحد، أما المعتدة من طلاق فعدتها ثلاث قروء، فقد أمر الرسول زوجة ثابت بن قيس بأن تعتد حيضه، فعن ابن عباس: (أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها الرسول أن تعتد بحيضة) فلو كانت المخالعة طلاقا لاعتدت كما تعتد المطلقة بثلاث حيضات.

القول الثالث :ذهب رأي من الظاهرية إلى اعتبار الخلع طلاقا رجعيا، فيقول ابن حزم أن الطلاق البائن الذي لا رجعة فيه، هو الطلاق الثلاث أو قبل الدخول فقط وما سواه فهو طلاق رجعي. [2]

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على نوع فرقة الخلع لورود نص وحيد بخصوص الخلع وعليه سوف نحاول تبيان موقفه من خلال عنونة أبواب وفصول قانون الأسرة، فقد خص المشرع الجزائري الفصل الثاني من الباب الأول بعنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من المادة32إلى غاية 35منه، فنصت المادة 33و 34منه أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، وكل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده.

ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج ثم عنون الفصل الأول بالطلاق" والذي تضمن المادة 48إلى غاية 57مكرر منه، ونجد إن مادة الخلع54 (ق.أ) موجودة في الخانة الخاصة بالطلاق، ومن خلال الترتيب الذي أورده المشرع الجزائري في قانون الأسرة يؤكد تبني المشرع للرأي القائل بأن الخلع طلاق وليس فسخ.

---

[1] أحمد محمد أحمد كليب، الطلاق والخلع والظهار على فقه المذاهب الأربعة ،مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية، دار النقاش للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 8210هـ/1080م،ص222

[2] بدر ابو العينين بدران ، الفقه المقارن للا حوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والقانون،ج1 ،دار النهضة العربية ،ص 263-262

يؤكد في هذا السياق القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1985/04/22على أن الخلع طلاق حيث جاء فيه: "...باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاق على مبدأ الطلاق بالخلع ومنه يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق."..

جاء في القرار الصادر في 1986/02/10ما يلي: "...أما الطلاق البائن...، أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها."..

يتبين من خلال القرارين أن الخلع طلاق بائن بينونة صغرى، وهو ما قال به الفقهاء؛ لأن المقصود منه أن تملك المرأة أمرها، وتمنع الزوج من مراجعتها إلا برضاها وعقد ومهر جديدين [1].

الفرع الثاني: استحقاق الزوج لبدل الخلع.

يجوز للزوج إذا وقع الخلع أخذ العوض عن الطلاق البائن الواقع منه، وتلتزم الزوجة بأداء البدل في نظير خلاصها منه، فيستحق الزوج بذلك بدل الخلع في حالتين من وجهة نظر جمهور الفقهاء هما:

أولا/ الخلع بسبب كراهية الزوجة البقاء مع زوجها.

إذا كرهت الزوجة البقاء مع زوجها قد يكون دون إيذاء يقع منه عليها، أو إضرار يلحقها من جانبه في هذه الحالة يجوز لها أن تفتدي نفسها بمال تقدمه لزوجها، ويجوز للزوج أن يأخذ هذا الفداء في نظير طلاقها، ولا إثم عليه في هذه الحالة.

أما إذا عظل الزوج زوجته لتفتدي نفسها، فإذا وقع الخلع جراء إضرار الزوج بزوجته لإجبارها على دفع العوض، فقد اختلف الفقهاء فيه على مذهبين: [2]

[1] عبد السلام ذيب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة ،موفم للنشر ،الجزائر 2009،ص261

[2] محمد بلتاجي ، أحكام الأسرة دراسة مقارنة ، الزواج والفرقة ، دار التقوى ،مصر 2001، ص115

المذهب الأول :

الخلع باطل والعوض مردود هذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية والحنابلة وجمهور العلماء وذلك إستنادا لقوله تعالى " **وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ**".

وقوله تعالى: "**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا**ّ.

ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق، ويقع بخلعه لها طلقة رجعية بغير عوض.

يقول الإمام مالك في الموطأ: "إن المفتدية التي تفتدي من زوجها أنه إذا علم أن زوجها أضربها وضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها مالها، فالخلع إن كان جائزا فيشترط فيه عدم الإضرار بالزوجة وألا تضطر إليه بواسطة التضييق عليه وإلا اعتبر متعسفا، وكان جزاء ذلك نفاذ الطلاق وعدم أخذ المال الذي قدمته الزوجة لزوجها".

المذهب الثاني:

ذهب الحنيفة إلى أن العقد صحيح، والخلع واقع والعوض لازم، وهو آثم لأنه يحرم عليه أن يأخذ شيئا مما أعطاها وهو مضار لها لقوله تعالى : **وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا (20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**[1] .

يرى الحنفية إذا كان الخلع بسبب عظل الزوج زوجيه، فإن الخلع يقع صحيحا والعوض فيه لازم والزوج يكون آثما، وقال الإمام مالك بأن العوض مردود ومضى عليه الطلاق، وقال الإمام الشافعي الخلع باطل والعوض مردود، ونفس الرأي قال به الإمام الحنبلي.

[1] سورة النساء الآية 30

ثانيا / الخلع بسب الشقاق بين الزوجين: إذا ترتب عن الشقاق بين الزوجين خوفهما من عدم إقامة حدود االله بينهما فيجوز للمرأة أن تفتدي نفسها ويجوز للزوج أن يأخذ من هذا المال مقابل الخلع، أما إذا لم يكن هناك شقاق بينهما واتفقا على الخلع قال رأي بكراهية الخلع، وهناك رأي أخر يقول بتحريم المخالعة في حالة الوفاق بين الزوجين، أما جمهور الفقهاء فأجازوا الخلع رغم وفاق الزوجين.

أما بالنسبة للحقوق الثابتة للزوجين فقد اختلف الفقهاء حول سقوطها على رأيين :

يرى الإمام أبو حنيفة أنه إذا ثبت الخلع سقط كل حق مالي ثابت للزوجين وقت العقد بمقتضى الزواج الذي حصل منه الخلع، فيسقط عنده متجمد النفقة ومؤخر الصداق ويسقط ما قدمه إليها من نفقة معجلة ولم تمضي مدتها، وحجته أن لفظ الخلع أو المبارأة يدلان على الانفصال والانخلاع التام من كل حقوق مالية كانت ثابتة بالزواج.[1]

أما الحقوق التي لا تتعلق بالزواج كثمن مبيع وكدين لأحدهما على الآخر، لا تسقط ونفس الحكم يطبق على الحقوق التي تنشأ بعد حدوث الخلع كنفقة العدة، فالزوج لا يبرأ من هذه النفقة إلا إذا نص عليها صراحة بأنها بدلا للخلع فتسقط به.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع لا يسقط شيء من الحقوق إلا ما اتفق على إسقاطه كبدل للخلع، ودليلهم في ذلك أن الحقوق لا تسقط ألا بما دل على إسقاطها قطعا، وليس في الخلع دلالة على إسقاط الحقوق الثابتة لأن الخلع معاوضة من الجانبين، والمعاوضات لا أثر لها في غير ما تراضي عليه الطرفان.[2]

[1] باديس ذيباني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى، الجزائر،ص100

[2] عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية للنشر ، ط1 ، الجزائر 2007،ص80

المطلب الثاني : الآثار العامــة للخلع

الفرع الأول :أثار الحكم في دعوى الخلع بالنسبة للزوجة.

أولا /نفقة العدة:

1- موقف الفقهاء

اتفق لفقهاء على أن المطلقة طلاقا رجعيا تستحق النفقة والسكن، فقال أبو حنيفة " لها النفقة والسكن" مثل المطلقة رجعيا، لأنّ ها مكلفة بقضاء مدّ ة العدة في بيت الزوجية فهي محتسبة لحقه عليها فتجب لها النفقة، وتعتبر هذه النفقة دينا صحيحا من وقت الطلاق ولا تتوقف على التراضي ولا قضاء القاضي ولا يسقط هذا الدين إلاّ بالأداء أو الإبراء.

وقال أحمد " لا نفقة لها ولا سكن" واستشهدوا بحديث فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم " ليس لك عليه نفقة."

وقال الشافعي ومالك: " لها السكن بكل مال ولا بنفقة لها إلا أن تكون ودليلهم في ذلك أن عائشة وابن المسيب أنكر على فاطمة بنت قيس حديثها قال مالك: سمعت ابن شهاب يقول" : المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحمل وليس لها النفقة إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها" ثم قال: " وهذا الأمر عندنا[1]"

2-موقف المشرع الجزائري:

بالنسبة لنفقة المعتدة فقد نصت على ذلك المادة (61) من قانون الأسرة بقولها لما كان من الثابت_ في قضية الحال_ أن الزوجة زفت للطاعن واختلا بها في بيته ولم ينكر أصابتها وأن الدخول مسلم به، فإن قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقها بالإضافة إلى نفقة العدة ونفقة الإهمال فإن قضائهم هذا يندرج ضمن المادة 16من قانون الأسرة ومتماشيا مع

[1] بن عيسى نور الهدى ، الخلع بين الشريعة والقانون الجزائري مذكرة متطلبة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم سياسية بسكرة ،2017،ص44.

المادتين 58 و 74 من نفس القانون، ومن ثم فإن النفي عن القرار المطعون فيه لمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه.[1]

ثانيا / نفقة الإهمال:

1- موقف الفقهاء :

وجوب الإنفاق على الزوجة ثابت بمصادر الشريعة الإسلامية الغراء وبنصوص تشريع الأسرة الجزائري على وجه الخصوص، وعليه فإنه من ضمن حقوق المطلقة الحق في النفقة طالما الى غاية انقضاء عدتها وأنها لا زالت في عصمة زوجها، فنفقتها بعد النطق بالطلاق وا تسمى نفقة العدة، أما ما تعلق بنفقتها قبل النطق بالطلاق تسمى نفقة الإهمال، لأنه في غالب الأحيان تغادر الزوجة مقر الزوجية حيث تبقى مدة زمنية عند أهلها دون إنفاق عليها فمن حقها المطالبة لنفقة إهمالها عند طرح قضية الخلع على الجهة القضائية المختصة.[2]

2- موقف المشرع الجزائري :

نصت المادة 74من قانون الأسرة بأن "نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببنيه مع مراعاة أحكام المواد و 78و 79 80من هذا القانون "فإذا قدمت المختلعة ما يثبت أن مخالعها لم ينفق عليها يحق لها طلب نفقة الإهمال تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع وتقدر نفقة الإهمال حسب مقدور الزوجين و النفقة من الأمور التي لا يجوز التهاون أو التأخر في تسديدها إذ يجوز أن يشمل الحكم الذي يقضي بالنفقة بالنفاذ المعجل، كما يجوز المطالبة بها عن طريق القضاء المستعجل وحتى استصدار أمر على ذيل عريضة، وهذا ما نصت عليه المادة 57مكرر من قانون الأسرة، كما أن المكلف بالنفقة حال امتناعه عن شديد النفقة يجوز ملاحقته جزائيا وتغريمه أو حتى حبسه كما تنص على ذلك المادة 331من قانون العقوبات الجزائري » يعاقب بالحبس من ستة

[1] بولقرون نور الهدى ، مذكر ماستر بعنوان أثار الخلع بين الشريعة والقانون ، جامعة بسكرة ص45

[2] سلمى سامية، الخلع بين الشريعة والقانون ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أكلي محند أوالحاج ،البويرة ، 2013.2012

6أشهر إلى ثلاث 3سنوات وبغرامة من 50.000إلى 300.000دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم، كما أن الزوج ملزم بالإنفاق عليها حتى وهي معه في الخصام أمام القضاء مالم تكن ناشز إلى غاية صدور الحكم بالطلاق.

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا بقرارها الصادر في /1989 10/ 02م من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي ما يعبر عنه شرعا (بإرخاء الدستور) أو (خلوة الاهتداء) ويعتبر دخولا فعليا يترتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كالم صداقها ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطء ويوجب نفقتها ما قبلها في غياب المسقط عليها، ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب فضه[1].

الفرع الثاني: آثار دعوى الخلع بالنسبة للأبناء المشتركين

أولا / الحضانة: وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أعطت أولوية الحضانة للمرأة فهذا اعتراف بدورها في حماية المحض ون قبل الحاضن، وقد جعلت مصلحة المحضون لدى المرأة، وهذا تكريما لها واعترافا معترف به للمرأة منذ ولادة المولود . لقوله تعالى" **:والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين.**"

وهو الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري إذ جعل حضانة الصغير في مرحلة الطفولة من شؤون النساء لأنهن أرفق به وأهدى إلى تربيته وحسن رعايته فهن أقدر من الرجال على تعهد الصغير والعناية به.

ولكن تمتع المرأة بهذا الحق مقترن بشروط قبل الاستفادة بهذا الحق وأثناء التمتع بهذا الحق

[1] بولقرون كنزة ، المرجع السابق ، ص46

إذ لا تأثير للخلع على حضانة الصغار ولا على نفقتهم، فالأم لها حضانة صغارها ونفقتهم واجبة

على أبيهم، كما أن للأم أن تحصل على أجر حضانة من الأب لأن أجر الحضانة لا يسقط بالخلع وللأب رؤية أولاده وله ضمنهم في حالة بلوغهم السن القانونية.[1]

ومن شروط استحقاق الحضانة لتحقيق مصلحة المحضون ما يلي:

1 -الأهلية المشترطة في مستحق الحضانة: فالمشرع الجزائري خلافا للتشريعات العربية لم يسدد شروط الحضانة في مادة واحدة، وإنما أجملها في عبارة واحدة: "أهلا للقيام بذلك" في الفقرة الثانية من المادة 30 قانون أسرة، ومن تم لنا أن نتساءل ما المقصود بهذه العبارة وما هو محتواها من حيث الأهلية الواجبة توافرها في الحاضن.

أ) مدى تعلق أهلية الحاضن ببلوغه ورشده: فقد تعود جانبا من الفقه على استعمال ألفاظ غير الأهلية للدلالة على معناها ومن هذه الألفاظ نجد خاصة لفظ البلوغ أو الرشد، والحق أن هذه الملاحظة لا تنهض سببا لإدراج خاصية البلوغ لوحدها أو خاصية الرشد لوحدها ضمن شرط الأهلية، لأن العبرة ليست بالأمارات الطبيعية المحددة للبلوغ، بل العبرة بقدرة الشخص على ممارسة الحضانة لأن هذه الأخيرة أساسها حماية مصلحة المحضون.

وقد اختلفت آراء الفقه الإسلامي بشأن اشتراط الرشد كصفة ضرورية في الحاضن، وذلك وإن أجمعت كلمتهم على اعتبار البلوغ أحد الشروط الواجب توافرها في الحاضن حيث قال المالكية، خلافا للمذاهب الأخرى أن الشخص الغير الراشد لا يملك أهلية تامة لممارسة الحضانة، وقد اشترط هذا الاتجاه في الحاضن أن يكون بالغا راشدا لتمام جسمه وعقله كي يتسنى له بموجبها تحمل مشقات الحضانة.[2]

---

[1] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ،د.م.ج.ج ،2007،ص381.

[2] تشوار حميدو زهية ، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين ،دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة ، ج1،دار الكتب العلمية 2008 ،ص244-245-246.

هل كل من البلوغ والرشد شرطين أساسيين لممارسة الحضانة؟ هل يستحق الشخص الحضانة بمجرد بلوغه، أم يشترط لذلك تحقق رشده أيضا؟ أو أن لكل واحد منهما خاصية مستقلة لذاتها وكافية لتلك الممارسة؟

فالبلوغ لغة هو الإدراك وهو الطور الذي يفترض في الطفل أنه استكمل عقله ومن هنا ففي الشرائع القديمة كان البلوغ الشرعي يتم بالبلوغ الطبيعي ولكنه اليوم يتم في سن متأخرة. وكما أن في الفقه الإسلامي يعتبر البلوغ الطبيعي حدا للبلوغ الشرعي، ويعرف عنده بظهور أمارات طبيعية تختلف من فتى إلى فتاة .فهي عند الفتى :الإنزال، الاحتلام والإحبال وعند الفتاة : الحيض، الاحتلام والحبل، والثديين، وهذه العلامات متى ظهرت في الشخص عد بالغا.

أما إذا تأخرت يجوز إثبات البلوغ بالسن، حيث حدده أصحاب الإمام مالك في المشهور عندهم ثماني عشرة سنة، وبهذا قال أبو حنيفة للفتى دون الفتاة التي حدد سن بلوغها بسبع عشر سنة، بينما باقي الأئمة، فقالوا أن سن البلوغ هي خمسة عشر سنة كاملة للجنسين معا.

أما الرشد فهو في اللغة الصلاح والهدى إلى الصواب في الأعمال والاستقامة عن طريق الحق. غير أن في الفقه، فكان في معناه خلاف، حيث عرفه البعض على أنه النضج العقلي، وهو حسن التص رف في المال سواء في أمور الشر أو في أمور الخير، وعرفه الشافعي وابن بأنه الصلاح في الدين والمال لأن الفاسق غير رشيد ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ، كما يمنع قبول قوله بينما يرى باقي الأئمة بأنه الصلاح في المال فقط، وأما اليوم، فقد أصبحت الحياة الاجتماعية معقدة أكثر مما كانت عليه في القديم، وصار لابد فيها من خبرة وتجارب تكون غالبا غير متوافرة لدى الشخص بمجرد وصوله إلى البلوغ الطبيعي، بل أن الفترة المحددة التي تكون فيها للشخص القدرة على إدارة شؤونه تختلف في الواقع بحسب كل شخص.[1]

[1] المستاري نور الهدى ، الخلع دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون المقارن ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ص88

ب) خلو المرشح للحضانة من الأمراض العقلية والجسدية:

فرعاية لمصلحة الطفل المحضون لابد أن تتوافر في المرشح السلامة العقلية والنفسية والجسدية

ج) استقامة السلوك فلا حضانة لطالبها في حال الانحراف السلوكي الظاهر المؤثر في رعاية المحضون.

د) ألا تكون متزوجة بغير ذي محرم من الصغير :

فإن تكون غير متزوجة أو متزوجة بقريب محرم منه كعمة أو جدة وإذا كانت متزوجة من أجنبي أو من قريب غير محرم كابن عمه أو محرم غير قريب كأخيه من الرضاع سقط حقها في الحضانة، لأن هؤلاء لا يعطفون على الصغير كعطف القريب والأجنبي ببغضه ويقس عليه ولأن الزوج لا يحب ابن زوجته فينشأ في جو يسوده الكراهية فيتعقد

المحضون نفسيا.

هـ)ألا تكون مرتدة عن الإسلام:

فإذا كانت الأم مسلمة وارتدت عن الإسلام سقط حقها في الحضانة لأن المرتدة عند الحنفية تحبس حتى تعود إلى الإسلام أو تموت ومثل هذه لا تستطيع القيام بأعمال الحضانة فإذا كانت كتابية تستحق لأن الأساس الحضانة هو النفقة على الصغير وهي متوفرة وإذا خيف عليه أن يتأثر بدينها كشرب الخمر لأنه محرم فإنه يؤخذ منها ويسلم لغيرها.

وقد نص المشرع الجزائري في مادته **70** قانون أسرة" :في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكن ملائما للحاضنة، وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في البيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن."

– اما فيما يخص سقوط الحضانة على أحد الأبوين فقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري :

"يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون كما تنص المادة 67 على" تسقط الحضانة باختلال احد الشروط المنصوص عليها في المادة 62أعلاه ، ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة."[1]

وتسقط الحضانة بأربعة أسباب عليها الإجماع وهي:

أ) سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد، و هو مقدار ستة برد فأكثر حوالي: 132 كلم (فلو سافرت الحاضنة ستة برد فأكثر فالأولى أخذ المحضون وتسقط الحضانة الحاضنة إلاّ أن تسافر معه.

ب) ضرر في يدين الحاضن كالجنون، والجذام والبرص.

ج) الفسق أو قلة الدين بحيث يكون غر مأمون على الولد.

هـ) تزوج الحاضنة ودخولها، إلاّ أن تكون جدّة الطفل زوجا لجده، أو تتزوج الأم عما له، فلا سقط، لأنّ الجد أو العم محرم للصغير، وكذا تسقط الحضانة عند الشافعية والحنابلة بالكفر.

ثانيا /نفقة المحضون:

1- موقف الفقهاء :

أ) أجرة الرضاعة: من المقرر أن الأم هي اقرب الناس إلى ولدها وأن لبنها هو أفضل غذاء له من غيرها ومن هنا نوهت النصوص التشريعية بأمر الوالدات بإرضاع أولادهن غير انه قديحول الأمر دون أن تقوم بذلك لأسباب وستقتصر دراستنا في هذا العنصر على استحقاق الأم أو

[1] –الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء لفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية ط 1،الجزائر ، 2009 ،ص52

غيرها لأجرة الرضاع بع انحلال الرابطة الزوجية.

ليس على الأم إرضاع ولدها إذا بانت من زوجها وبالتالي لا تستحق الأجرة مادامت أجنبية أما إذا قامت بالإرضاع يكون على أب الطفل دفع الأجرة وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة، الحنفية، الشافعية، المالكية.[1]

ب) أجرة الحضانة :إن الحضانة شرعت لمصلحة، فمن كان قادرا على أدائها فهو أحق بها، اختلف فقهاء الإسلام في ثبوت أجرة الحضانة للأم أو من منحت له حضانة الولد فتستحقها إذا كانت مطلقة طلاقا بائنا وهي غير أجرة الرضاع، فالحاضنة كاالمرضعة والمرضعة لها أجرة الرضاعة وتقدر الأجرة بحسب يسار المحضون وهو قول الشافعية أما عند المالكية فليس للحاضنة أجرة على حضانتها مع العلم أنه إذا كان الابن في حضانة أمه فأنفقت عليه تنوي بذلك الرجوع على الأب فلها ذلك.

ج) السكن :قال الحنفية أن الولد لا يحتاج إلى سكن في حالة حضانته، فالحاضنة لا تستحق المسكن إذا كان لها مسكن تحضن في الغير، أما إذا لم يكن لها مسكن وجبت لها أجرته ووافقهم المالكية والحنابلة فقال المالكية للحاضنة السكن بالاجتهاد فيوزعها الحاكم فيجعل نصف أجرة المسكن من مال المحضون أو مال أبيه والنصف الآخر على الحاضنة أما الشافعية فلم يوجبوا المسكن للحاضنة حتى ولم يكن لها مسكن لممارسة الحضانة.

2-موقف المشرع الجزائري:

إن مسألة نفقة المحضون وسكناه تضمنتها المادة (72) من قانون الأسرة" نفقة المحضون وسكناه من ماله الخاصة إذا كان له مال، وإ لا فعلى والده أن يهيء له سكنا "فإذا كان للمحضون مال خاص به فذلك، وإ لا تعين على القاضي الحكم للوالد بالنفقة على محضونه،

[1] مباركي كهينة ، نفقة الأولاد دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبدالرحمن ميرة بجاية ،ص48-49 .

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 شرعا".

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 للمحضون ولا يمكن منح بدل الإيجار بعدد الأطفال المحضونين.[1]

ثالثا / حق الزيارة:

1-موقف الفقهاء:

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

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

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

[1] مباركي كهينة ، المرجع السابق ص50

الأب فقد قدر حق الزيارة بمرة كل أسبوع، أما غير الأم فليس لها رؤية الصغير كل أسبوع مرة بل كل شهر مرة على الأقل، وهو قول غير مشهور في المذهب.

بينما **الحنابلة** فقالوا إن الصغير المميز له حق اختيار البقاء نها ا ر مع أبيه أو أمه، أما إذا كان المحضون بنتا وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنين من عمرها، فللام حق رؤيتها في أوقات خروج الأب.

2-موقف المشرع الجزائري:

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى حق الزيارة في المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة 02والتي تنص" :وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بالأمر رقم05 بحق الزيارة "ولم يحدد قانون الأسرة المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيا رة و المحضون لان هذه المسالة في الأساس تقوم على الرضائية

وقد حددتها المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل وذلك في قرارها الصادربتاريخ 1990/04/16 عندما ذكرت" متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فانه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع ليمدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.[1]

[1] قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ ، 199/04/16 ملف رقم 59784 ،المجلة القضائية العدد04-1991

المبحث الثاني : دعوى الخلع .

لرفع دعوى الخلع لابد من إجراءات تتخذ مع تحديد نوع المحكمة المختصة بها بالإضافة إلى طرق الطعن المتعلقة بها

المطلب الأول: كيفية إجراءات رفع دعوى الخلع.

ترفع دعوى الخلع عن طريق عريضة تسمى عريضة افتتاح الدعوى من قبل صاحب المصلحة طبقا للمادة 05 قانون إجراءات جزائية ومدنية جزائري كما نص عليه المشرع المصري في مادته 26قانون سنة 0222 على أن ترفع الدعوى في مسائل الولاية على النفس وماضمتها دعاوى التطبيق بأنواعها والخلع بالطريقة المعتادة لرفع الدعوى .

الفرع الأول: بيانات عريضة رفع دعوى الخلع:

تضم عريضة دعوى الخلع مايلي:

1-اسم ولقب ومهنة وعنوان الزوجة(المدعية) .

2-اسم ولقب ومهنة وعنوان الزوج (المدعى عليه).

3--النيابة العامة.

4-توضع في العريضة أسباب طلب الخلع وتؤسس على نص المادة في قانون الأسرة وتطلب استنادا لها حضانة أبنائها إن وجدوا وتعويض عن نفقة إهمالها وحضانة الأبناء ونفقتهم وتوفير السكن.

5-ترفق مع العريضة نسخة من عقد الزواج وشهادة عائلية في حالة وجود الأبناء وشهادة طبية تثبت من خلالها أن رحمها خالي من أي حمل أو إذا كانت حاملا تحدد الشهادة الطبية مدة الحمل مع حفظ حقوق الجنين إن ولد حيا.[1]

6-يتم بعدد ذلك نسخ العريضة الافتتاحية بعدد الخصوم (خصمين)، توضع العريضة بعدد أطراف الدعوى في المحكمة في كتابة ضبط المحكمة بتسجيلها وتحدد في العريضة، تاريخ الجلسة ورقم القضية وتاريخ وتسديد مصاريف التسجيل.

7-يتم استدعاء المدعى عليه عن طريق المحضر القضائي الذي يسدد له مصاريف التبليغ ويسلم للمدعية محضر تبليغ الجلسة الذي يمضي من طرف المدعى عليه المحضر القضائي.

8-يوم الجلسة تقدم المدعية المحضر الأصلي للمحكمة ويوضع بملف القضية.

9-بعد تبادل المذكرات بين المدعية والمدعى عليه وانعقاد جلسات الصلح يقضي القاضي بفك الرابطة عن طريق الخلع.

10-ينطق بالحكم في جلسة علنية وللمدعى عليه حق طلب الإنفاق أمام المجلس فيما يخص -التعويضات المادية فقط 2

الفرع الثاني: اختصاص المحاكم في دعوى الخلع:

المحكمة المرفوع أمامها الدعوى هي يجب تحديدها لأنه قد يكون محل بحث واجتهاد قانوني ويجب ذكر اسمها على وجه التحديد وبشكل لا يدع مجال للشك فيه.

[1] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دارالبعث للطباعة والنشر، الجزائر ،1989 ،ص78

[2] عمرو عيسي الفقيه، الخلع في الشريعة والقانون ، دار النشر الذهني للطباعة، القاهرة، مصر ،ص58.

أولا /إختصاص المحاكم في القانون الجزائري:

أ) الإختصاص النوعي :يستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمون قانون الأسرة– الذي يضبط الجانب الموضوع المتعلق بقضايا الأسرة في حيث ينظم قانون الإجراءات الشق الإجرائي، ذكرها المشرع باعتبارها الدعاوى التي يعرفها قانون الأسرة فالمادة503 في (ق.أ.م) وتنص على" :ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

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

ب–الاختصاص الإقليمي :تحدد المادة 503 قانون إجراءات مدنية الاختصاص الإقليمي

لقسم– شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع، إما في موطن المدعى عليه أو في موطن المدعى أو بناءا على اختيار الطرفين أما القضايا التي لم يرد ذكرها فيتم الرجوع فيها القواعد العامة في الاختصاص.

ونصت المادة 503 " في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما. 1"

ثانياٍ /القضاء الإستعجالي:

يختص هذا القضاء باتخاذ تدابير مؤقتة إلى حين الفصل في النزاع القائم بعد التحقيق فيه أو البحث في الإجراء الوقي المطلوب منه اتخاذه لمنع الضرر أو الخطر الذي يهدد حق من لجأ إليه لإسباغ حمايته عليه حيث يكفي وجود مظاهر ،وبودر الخطر أمام القضاء المستعجل[2]

[1]–بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، قانون رقم 08–09 المؤرخ في 23–02–2008، منشورات بغدادي،– – – ، 2009 ، طبعة أولى، ص328–329

[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.

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

-والحالات التي ينظر إليها القاضي استعجالينا مذكورة في المواد453 -460-467-472-474-499-من(ق.إ.م.و.إ)

ثالثا / جلسات الصلح :

سنبين هنا إجراءات الصلح، وكيفية سير الجلسة، وإ نعقادها على التوالي:

1-إجراءات الصلح : الصلح هو محاولة سابقة قبل الفصل في الدعوى بحكم فك الرابطة الزوجية بالخلع يقوم بها القاضي بقدر المستطاع سعيا لإقناع الطرفين بالمصالحة، ويعتبر هذا الإجراء إلزاميا طبقا لنص المادة 49 ق.أ.ج": لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى " كما نجد أيضا المادة 439 من ق. إ. م. و .إ تؤكد على إلزامية هذا الإجراء" :محاولة الصلح وجوبيه ،وتتم في جلسة سرية" كذلك تم ذكر الصلح في القران الكريم من خلال الآية 127 من سورة النساء لقوله تعالى:

"وإن إمر أة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإ ن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبير[1] ."

وتعتبر المادة 49 من ق.أ.ج نصا يتعلق بإجراءات الطلاق حيث يجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق،وإ ذا لم يتبع القاضي هذا الإجراء أصبح حكمه معيبا ومخالفا للقانون، ويجب نقضه و نجد قرار المحكمة العليا رقم 75141 المؤرخ ب" 1991/06/18من المقرر قانونا انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطا في تطبيق القانون[2]

[1] سورة النساء الآية12

[2] قرار رقم: 4 751 المؤرخ ب 1991/06/18 نقلا عن جمال سايس أستاذ جامعي، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، ج 2، ط1 2013 ، منشورات كليك، ص654

ونجد قرار آخر للمحكمة العليا يؤكد على وجوبية الصلح. قرار رقم 88 966 المؤرخ في 18 جانفي" 1994 إن الحكم بفك الرابطة الزوجية لا يصدر إلا بعد اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملا بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة [1]."

2- 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 عملا بنص المادة 441 من ق .إ .م. و. إ ،وهذا من أجل منحه فرصة للحضور وتقديم طلباته أو دفوعه.

كما أنه إذا تغيب أحد الزوجين بدون عذر، و بالرغم من تبليغه شخصيا فإن القاضي يحرر محضر بذلك. تنعقد جلسة الصلح بمكتب القاضي بحضوره وبحضور أمين الضبط و الأطراف المعنية كلا على حدا ثم معا طبقا لنص المادة 440 ق إم وا إلفقرة 1 كما أنه وبناءا على طلب الزوجين يمكن حضور أحد أفراد العائلة ،والمشاركة في محاولات الصلح ،وتجسيدا لنص المادة 440ق .إ. م .و .إ فالجاري العمل به هو استقبال المدعي أولا بالمكتب وبعد تأكد القاضي من هويتها يستمع إليها ويحاول الاستفسار منها عن سبب طلبها للخلع

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 يحرر

كل من تصريحات الزوج، والزوجة في محضر يسمى بمحضر عدم الصلح يوقعان عليه بالإضافة إلى بصمتهما إلى جانب توقيع كل من القاضي وكاتب الضبط.

[1] قرار رقم -96688 المؤرخ ب 1994/01/18- نشرة القضاة 1997-العدد 50

3- انعقاد الجلسة :الأصل أن الدعوى تنظر في جلسة علنية تنعقد بحضور النيابة العامة ،باعتبارها طرف أصلي في الدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة ،إضافة إلى كاتب الضبط. ونظرا لحساسية النزاعات الأسرية، فانه يمكن أن تعقد الجلسة سرية وذلك طبقا لنص المادة" 7ق. إ .م .و .إ" الجلسات علنية ما لم تمس العلنية بالنظام العام، أو الآداب العامة أو.حرمة الأسرة[1] إذ يتبين من نص المادة 7 ق .إ. م .و .إ إن القاضي بعد دراسته لموضوع النزاع ويتبين له أن هناك بعض الأمور تخدش 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[2] " كما انه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب بان تكون الجلسة سرية. إن ضبط الجلسة منوط برئيسها وذلك لضمان السير الحسن لها طبقا لنص المادة262ق.إ.م .و.إ" ضبط الجلسة منوط برئيسها، لضمان الهدوء، والرصانة، والوقار الواجب لهيئة المحكمة." وتتخذ الإجراءات وفق مبدأ المواجهة كأصل عام تطبيقا لنص المادة 263 ق إم وإ" يتم الاستماع إلى الخصوم ووكلائهم، ومحاميهم وجاهيا إذ يلزم كل من الزوج و الزوجة بشرح طلباته، ومزاعمه بالإثبات، والأدلة إذ أمكن ذلك" يحضر الأطراف في اليوم المحدد في التكليف بالحضور بأنفسهم أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم حسب نص المادة20 (ق إ. م .و.إ)[3] .فإذا لم يحضر المدعي أو من ينوب عنه قانونا في اليو م المحدد رغم صحة التبليغ

و كان لهذا الغياب مبرر شرعي فانه يجوز للقاضي تأجيل القضية إلى جلسة موالية لتمكين المدعي من الحضور، وفي حين كان غيابه لسبب غير مشروع فإنه يجوز للمدعي عليه أن يطلب الفصل في موضوع الدعوى ،ويكون الحكم حضوريا، وهذا ما نصت عليه المادتين 289و 290 من ق .إ. م. و.إ على التوالي:

[1] المادة 7 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد 08-09 الموافق 25-02-2008 مطبعة البدر

[2] المادة 272 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد 08-09 الموافق 25-02-2008 مطبعة البدر

[3] المادة 20 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد 08-09 الموافق 25-02-2008 مطبعة البدر

المادة": 289 إذا لم يحضر المدعي لسبب غير مشروع جاز للقاضي تأجيل القضية إلىالجلسة الموالية لتمكينه من الحضور."

المادة": 290 إذا لم يحضر المدعي دون سبب مشروع جاز للمدعى عليه طلب الفصل فيموضوع الدعوى، ويكون الحكم في هذه الحالة حضوريا." هذا بالنسبة للمدعي أما بالنسبة للمدعي عليه، إذا لم يحضر هو شخصا أو من ينوب عنه قانونا رغم صحة التكليف يقضي القاضي في غيبته و يكون هذا الحكم غيابيا طبقا لما جاء

بنص المادة 292 ق .إ. م. و .إ. "إذا لم يحضر المدعي أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور يفصل القاضي غيابيا."

4-عوارض الجلسة:

بعد أن تقدم الزوجة طلبها في فك الرابطة الزوجية، يحق للزوج مواجهة هذا الطلب بواسطة الدفوع. والدفوع هي وسيلة دفاعية بحتة يرمي بها المدعي عليه للإجابة على طلبات الخصم قصد تفادي الحكم بها، أو تأخير الفصل فيها[1]

وتوجد ثلاثة أنواع من الدفوع:

أ) الدفوع الشكلية (الإجرائية) :

عرفتها المادة 49 من ق .إ .م. و. إ بأنها كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها ومن الدفوع الشكلية الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي حسب المادة 51 ق إ .م. و .إ ،الدفع بوحدة الموضوع ،والارتباط حسب المادة 53 ق إ. م.و .إ

[1] د بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، نظرية الدعوى نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية،ص130

،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)[1]

ب) الدفوع في الموضوع:

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

الفرع الثاني: صدور الحكم في دعوى الخلع وطرق الطعن فيها

بعد فشل محاولات الصلح، يحيل القاضي القضية إلى المداولات حتى يتسنى للأطراف تقديم مذكرات الدفوع والرد، وابتداء من ذلك التاريخ تصبح القضية ملك للطرفين فهما اللذان يتحكمان فيها ويسيرانها ، فلا تصبح جاهزة للفصل فيها حتى يصرحا بكل ما لديهما ويقدما كل ما يثبت ادعائهما، وبعد ذلك يقوم القاضي بالفصل في دعوى الخلع بإصدار حكما فيها (أولا) وهذا الأخير شأنه شأن باقي الأحكام يتعرض لطعن فيه بالطرق القانونية (ثانيا).

أولا /صدور الحكم في دعوى الخلع:

قبل أن يصدر القاضي حكمه في دعوى يقوم بمهمة تكييف ومعاينة الوقائع المعتمد عليها(طبقا للقانون)، ثم يصدر حكمه القضائي وفقا للتكييف القانوني المتوصل إليه)

1- تكييف القاضي لوقائع دعوى الخلع ;أصبح قاضي شؤون الأسرة منذ صدور القانون رقم 08-09المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية يتمتع بسلطات في مجال التكييف القانوني

[1] يوسف دلاندة ،الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد ، دار هومه طبعة 2009 ،ص46

للوقائع في دعوى الخلع وذلك بموجب نص المادة 451 ق.إ.م.إ،التي تنص في فقرتها الأخيرة على ما يلي" :يعاين القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة ."وفي نفس السياق نصت المادة 29 من ذات القانون على ما يلي" :يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم.يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه."نستنتج من خلال هذين النصين أن المشرع الجزائري يؤكد على مسألة التكييف وبالتالي يجب على القاضي أن لا يتنازل عنها لأط ا رف الخصومة، ولا يتقيد بتكييفهم وإلا أصبح الخصوم هم من ينشئون الحكم القضائي، فالتكييف ليس من عمل الخصوم وإن كان الحكم يتضمن الوقائع التي جاءوا بها[1]

عندما يؤسسون الدعاوى على نصوص وأحكام قانونية معينة، فهم في حقيقة الأمر يأملون فقط في الحصول على حكم بما يريدونه، لذا يبقى الأمر ينحصر في مجرد الأمل ولا يتعدى إلى إنشاء الحكم وبناءه، فدورهم يتوقف عند حدود الوقائع وإثباتها ولا تتعدى إلى مجال القانون ابدا[2]. أما القاضي فهو صاحب الولاية القضائية وصاحب الاختصاص؛ إذ يفترض في القاضي العلم فهو الذي يعلم بالقانون جيدا وهو الذي يقع على عاتقه تطبيق القانون، ولكن لا ينبغي معه تجاهل طلبات الخصوم والخروج عن الوقائع التي جاءوا بها بالزيادة أو النقصان أو حتى بالافتراض، بل من مهامه إ زاءها هو فحصها وتقديرها وتكييفها وإعطاء الوصف القانوني السليم لإحراج إرادة القانون إلى الوجود من خلال الحكم القضائي الفاصل في النزاع القائم، وهذا هو لب وجوهر الحكم القضائي[3]

[1] نور الدين لمطاعي، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث، الصادر في سبتمبر 2012 -346-235-234-227ص،

[2] نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 235

[3] نور الدين لمطاعي، المرجع والموضع نفسه.

يتعين على القاضي عندما ترفع الزوجة دعوى الخلع إعادة تكييف الوقائع وإعطائها الوصف القانوني الصحيح والذي هو ليس من اختصاصها وإنما من صميم اختصاص القاضي، بتبيان القواعد القانونية المطبقة على وقائع النزاع [1]

إذا رأى القاضي أن دعوى التطليق مؤسسة على دعوى الخلع، فيقضي بالخلع بدلا من التطليق لأن الأمر يختلف بينهما، لأن الخلع يبنى على أسباب ذاتية يصعب إثباتها في حين التطليق يبنى على أسباب مادية موجبة الإثبات، وإذا رأى أن دعوى الخلع مؤسسة على أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ قضى بالتطليق بدلا من الخلع لأن التكييف الذي أتت به المدعية غير صحيح، فيتقيد القاضي بتكييفه وهذا لا يعد من قبيل خروج القاضي عن حياده كما أنه لا يعد من قبيل الحكم بما لم يطلبه الخصوم؛ لأنه لم يعدل في وقائع الدعوى[2]

2- صدور الحكم في دعوى الخلع وفقا لتكييف القاضي

بعدما ينتهي قاضي شؤون الأسرة من عملية التكييف الصحيح لوقائع دعوى الخلع وذلك عن طريق إسقاط القاعدة القانونية المناسبة على الوقائع، يفصل في النزاع وفقا لهذه القاعدة القانونية المطبقة والتي توصل إليها وبذلك تتحقق الحماية القضائية .ووفقا لذلك يصدر القاضي حكمه بالطلاق بواسطة الخلع، بعدما طلبت الزوجة تطليقها من زوجها مقابل مبلغ مالي تخلع به نفسها منه، وعليه أن يذكر مبلغ الخلع أو أن يحفظ حق الزوج في بدل الخلع إن لم يطالب به[3].

يشترط في حكم التطليق بواسطة الخلع جملة من الشروط التي يجب أن يتضمنها الحكم وإلا كان عرضة للطعن بالنقض، فالحكم يجب أن يتضمن التعبير التالي:

---

[1] نور الدين لمطاعي، المرجع والموضع نفسه

[2] نور الدين لمطاعي، المرجع نفسه، ص336

[3] نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001 ص112

" الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري "إذ أن هذه العبارة من النظام العام لأن الأمر يتعلق بسيادة الدولة من جهة والرقابة الشعبية للأحكام من جهة أخرى؛ وهو ما يستفاد من عبارة " باسم الشعب الجزائري [1]" يجب أن يتضمن الحكم تشكيلة المحكمة أي اسم القاضي الذي ترأس الجلسة واسم كاتب الضبط الذي حضر الجلسة وكذلك أسماء الأطراف وعناوينهم وصفاتهم، ويتضمن الحكم أربعة عناصر وهي :الديباجة وبيان الوقائع والحيثيات أي تسبيب المحكمة ومنطوق الحكم(2)، والحكم لابد أن يكون مؤرخا وموقعا من طرف القاضي والكاتب، وإذا حصل مانع لأحدهما كالوفاة مثلا، فإن رئيس المجلس التابع للمحكمة يصدر الحكم أم ا ر بتعيين قاضي آخر لإمضائه، أما إذا كان الكاتب فإن رئيس كتاب الضبط هو الذي يقوم بإمضائه[2]

ينقسم الحكم الذي يصدر في مسائل الخلع إلى قسمين: قسم خاص بالخلع في حد ذاته؛ ويذكر فيه أسماء المطلقين في منطوق الحكم مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق بالخلع على شهادة ميلادهما وكذلك على عقد زواجهما بالحالة المدنية في السجلات المخصصة لهذا الغرض على مستوى البلديات، وفقا لما يوضحه قانون الحالة المدنية وكذلك وفقا لما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 49 من ق .أ" :تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، وهذا خلافا لما كان عليه الأمر قبل التعديل الجديد، إذ كان الاطراف هم الذين يسعيان إلى تسجيل الحكم بالحالة المدنية[3]

المطلب الثاني :الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع.

تنتهي دعوى الخلع إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه، إن يستأنف من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا عند نظر

[1] نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص216

[2] نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص 217

[3] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر 2007،ص78.

الطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية الفاصلة في الخلع انقسامها إلى اتجاهين :الأول يقبل الطعن

بالاستئناف في أحكامها والثاني لا يقبل الطعن فيها بذلك[1] .

الفرع الأول :أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائيا نهائيا، عدا الجوانب المادية كالنفقة والحضانة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حين تعديله، حيث نص في المادة57 من قانون الأسرة الجزائري" أن تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية وبالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوي الخلع غير قابلة للاستئناف، وذلك عندما يطعن في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه كما نقبل الطعن في القرارات الصادرة عن المجلس القضائية الفاصلة في الاستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقص إلى قبولها شكلا ورفضها موضوعا. من المقرر قانونا أن وقد صدر قرار عن المحكمة العليا في تاريخ20/03/1991 الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف، ما عدا في جوانبها المادية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية (د.ن) ضد (ب.ن) أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[2] .'

[1] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى ، دون طبعة ،الجزائر، 2010،ص147

[2] قرار غرفة الاحوال الشخصية الصادر عن المحكمة العليا ملف رقم 72858 المؤرخ في 1991/03/20م المجلة القضائية العدد 1ص57

الفرع الثاني :أحكام الخلع قابلة للاستئناف.

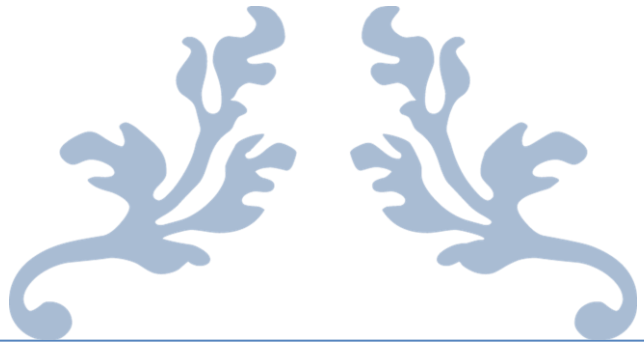
يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالاستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع. كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية

بعضها صدر تأييد الحكم محكمة الدرجة الأولى وبعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى وصرح من جديد بالتفريق بالخلع وتكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى إلى اللافت للانتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوي الخلع يجري على درجة واحدة لصرحت بنقض القرارات المطعون فيه وبدون إحالة. ونحن نرجع هذا الاتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب ذلك أن كره الزوجة لزوجها في فترة ما ولظروف مؤقتة يجعلها تبغضه ولا تطيق عشرته تدفعها لمخالعته إلا أنه وبزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها وتندم على طلبها عندما يبرز لها جليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة والانفصال وهذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعها الله في نفس الرجل المرأة لا سيما هذه الأخيرة التي تغلب عليها العاطفة والرجعة أشد لها حفاظا على تكامل الأسرة هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد اجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاقا بائنا إسنادا إلى قوله صل الله عليه وسلم : "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" واعتبروها بينونة كبرى لتناقض البدل مع الرجعة حتى ولو اشترط الزوج الرجعة في الخلع، فإنه في نظر الفقهاء يصح الخلع والشرط يبطل، وفي أ رينا أن البينونة المقصودة هي البينونة الصغرى، إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعته بمهر وعقد جديدين لكن هذا جعل حكم الخلع ابتدائيا قابلا للاستئناف. أما البينونة الكبرى فتكمن فقط في التفريق باللعان وكذا الطلاق المكمل للثلاث[1].

[1] منصوري نورة، مرجع سابق، ص148، 149

خلاصة الفصل الثاني:

نستخلص مما سبق قوله إن الزوجة أصبحت بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة تتمتع بحق خالص في إنهاء الرابطة الزوجية، إلا أن هذا الحق مشروط برفعها دعوى قضائية، مراعية فيها الإجراءات القانونية المنصوص عليها في كل من قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبدلك يصدر حكم قضائي يقضي بتطليقها خلعا من زوجها، ويترتب في المقابل عن هذا الحكم أثار قانونية وشرعية، تنقسم إلى أثار خاصة وعامة تتمثل في وقوع ، واستحقاق الزوج لبدل الخلع، و ما هو متعلق بحق الزوجة من عدة، ونفقة إهمال، ومنها ما هو متعلق بحق الأبناء من حضانة ونفقة.



خاتمـــــة

في الأخير نستخلص مما سبق التطرق له حول آثار الخلع في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، أنه إذا استحالت الحياة الزوجية وخافت أن لا تقيم حدود الله يجوز لها الخلع مقابل عوض تدفعه له. وبالرغم من الانتشار الواسع لموضوع الخلع في وقتنا الراهن إلا أن المشرع الجزائري تناوله في مادة وحيدة في قانون الأسرة (54)، مما وجب علينا الرجوع إلى أحكام وبادئ الفقه الإسلامي عند كل حكم طبقا لنص المادة (222) من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في حالة عدم ورود نص خاص، فنرى أن المشرع الجزائري دمج آثار الخلع مع باقي آثار طرق فك الرابطة الزوجية، توصلنا بعد هذه الدراسة إلى أن:

- يعتبر الخلع طلاقا وليس فسخا وهو بائن بينونة صغرى.
- يرى الفقهاء أن التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع في حالتين بسبب كراهية الزوجة إلقاء مع زوجها وخوفا من عدم القيام بواجباتها اتجاهه أو بسبب شقاق دائم بينهما في حين يرى المشرع الجزائري أن بدل الخلع يكون بالاتفاق بين الطرفين وا التقديرية للقاضي بشرط أن لا تتجاوز قيمة الصداق وقت صدور الحكم.
- تباينت آراء الفقهاء حول عدة المختلعة فمنهم من رأى أن تعتد المختلعة بثلاث قروء ومنهم من يرى أن تعتد بقرء واحد، في حين جعل المشرع الجزائري عدة المختلعة نفسها عدة المطلقة وهي ثلاثة قروء.
- يسقط الخلع كل ما نشأ قبله من حقوق الزوجين، في حين تبقى الديون قائمة التي هي لأحد الزوجين على آخر لا تسقط حتى بالاتفاق مثل البيع، القرض...في حين يرى المشرع الجزائري أن الخلع لا يسقط من الحقوق والديون لأحد الزوجين إلا ما اتفق عليه.
- يرى الفقهاء أن لا نفقة للمختلعة سواء نفقة أو السكن في حين يرى البعض الآخر أن لها ذلك، وذهب المشرع الجزائري أن لها نفقة العدة ونفقة الإهمال.

الحضانة لا يمكن للقاضي أن يتجاوز ترتيب مستحقو الحضانة إلا لضرورة مع حفظ الزيارة للطرف مع مراعاة مصلحة المحضون عند كل متعلق بالحضانة.

- وفي حالة النزاع حول متاع البيت فإن ما كان للنساء فهو للمرأة وما كان للرجل فهو للرجل، بينما المشتركات بينهما يقسمانها معا إلا إذا قدم أحدهم دليل على أنها ملك لها.
- الخلع له آثار ايجابية وسلبية لكل من الزوجين والأولاد.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نقدم بعض الملاحظات والتي بإمكان المشرع أن يتداركها مستقبلا.

- التوسع لإنشاء محاكم خاصة بشؤون الأسرة خاصة قضايا فك الرابطة الزوجية لكثرة انتشارها في الآونة الأخيرة بدلا من غرفة متخصصة.
- تخصيص قضاة الأسرة متحكمين في دعاوي فك الرابطة الزوجية من الجانب الفقهي والقانوني.
- وضع نص قانوني يلزم القاضي بالبحث جيدا في حيثيات دعوى الخلع المرفوعة أمامه، وإذا ثبت لديه أن سبب النزاع المطروح أمامه)الخلع(من طرف الزوج وجب تغريمه ولا تخسره المرأة حقوقها.
- تنبيه الزوجين بضرورة تسجيل كل الحقوق في عقد الزواج لضمانها في حالة الخلع.
- فصل آثار الخلع عن باقي آثار طرق فك الرابطة الزوجية ودراستها دراسة قانونية بحتة انطلاقا من الفقه الإسلامي.
- تخصيص فصل خاص ب ِ الخلع مع بيان أحكامه شروطه وكل ما يتعلق به واعطاء اهتمام اللازم لأنه أصبح من أكثر المواضيع المنتشرة في الوقت الراهن

قائمة المراجع

أولا – القرآن الكريم

ثانيا– الكتب باللغة العربية

- ✓ أبو عبد االله، محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، المطلع على أبواب الفقه، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة النشر 1981.
- ✓ ابن أبي العز، كتاب التنبيه على مشكلات الهداي ،تحقيق عبد الحكيم شاكر ، مكتبة الرشد، السعودية ،2003
- ✓ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح البخاري، ،المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، سنة 2015.
- ✓ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعارف بيروت الطبعة 01
- ✓ ابن عبد البر ،التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، ج10 ، ط04 دار الناشر للنشر والتوزيع ،2008
- ✓ ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد االله الحنبلي أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع ، ، المكتب الإسلامي، بيروت ،سنة النشر 1987،
- ✓ أبي احمد الغزالي ، أبي أحمد الغزالي، الزواج الإسلامي السعيد و آداب اللقاء بين الزوجين، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبيعة وحدة الرعاية، ،الجزائر.
- ✓ أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، د عبد القادر داودي، دار البصائر للنشر والتوزيع،الجزائر سنة 2010
- ✓ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الفواكه الدواني على شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، دار الفكر ،سنة1995 م
- ✓ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ، ط2 ،دار المعارف القاهرة .
- ✓ أحمد فراج حسين ،أحكام الأسرة في الإسلام ، دارالجامعة الجديدة، مصر ،2004

- ✓ أحمد محمد أحمد كليب، الطلاق والخلع والظهار على فقه المذاهب الأربعة مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية، دار النقاش للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 8210هـ/1080م،ص222
- ✓ أحمد محمد المومني ، إسماعيل أمين نواضهة ، الأحوال الشخصية ، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع ، دار الميسرة ،الأردن ،2009 ،
- ✓ القاضي عبد الوهاب المالكي ، كتاب عيون المسائل ،دار ابن حزم للنشر والتوزيع ،بيروت ،سنة 2009 ،ص350
- ✓ باديس ذيباني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى، الجزائر،ص100
- ✓ بدر ابو العينين بدران ، الفقه المقارن للا حوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والقانون،ج1 ،دار النهضة العربية ،
- ✓ بدران أبو العيني بدران ، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة
- ✓ بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1 ،د.م.ج.ج ،2007.
- ✓ بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1،ط1 ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2003.
- ✓ بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، نظرية الدعوى نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية،
- ✓ بن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم ، منار السبيل في شرح الدليل ، ،دارالمكتب الإسلامي للطباعة ،سنة 1989 م
- ✓ بن عيسى نور الهدى ، الخلع بين الشريعة والقانون الجزائري مذكرة متطلبة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم سياسية بسكرة ،2017.
- ✓ بولقرون نور الهدى ، مذكر ماستر بعنوان أثار الخلع بين الشريعة والقانون ، جامعة بسكرة ص45

- ✓ تحرير ألفاظ التنبيه(لغة الفقه)،النووي، يحيى بن شرف بن مري أبو زكريا دار القلم، دمشق.
- ✓ تخصص عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أكلي محند أوالحاج ،البويرة ، 2013.2012
- ✓ تشوار حميدو زهية ، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين ،دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة ،ج1،دار الكتب العلمية ،2008.
- ✓ جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003،ص45
- ✓ جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دارالبعث للطباعة والنشر، الجزائر، ،1989
- ✓ رمضان علي السيد الشرنباصي ،احكام الاسرة في الشريعه الاسلاميه _منشورات الحلبي الحقوقية،
- ✓ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهاوي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء،.ط1، منشورت الحلبي الحقوقية، 2007 ،
- ✓ سلمى سامية، الخلع بين الشريعة والقانون ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ،
- ✓ سليمان نصر وسعاد سطحي ،أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية ، ، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري ،دار الهدى ،الجزائر 2003.
- ✓ سليم سعدي ، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي ، الطبعة الأولى دار الكاتب للنشر والتوزيع 2006 ، ص189،
- ✓ شرح فتح القدير، السيواسي، محمد بن عبد الواحد دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية
- ✓ صغيري سمية ،المركز القانوني للمرآة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري. مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير قانون الخاص ،جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي 2014-2015

- ✓ عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم
- ✓ عبد الرحمان الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ،دار الناشر ،سنة 2003
- ✓ عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان – ط2 /2003
- ✓ عبد الرحيم إسماعيل زيتون ،والدكتور صلاح الدين جمال :الجديد في قضاء التنفيذ، وقضاء الأمور .المستعجلة ، والإعلانات القضائية 2007 دار المكتبة القانونية مصر
- ✓ عبد السلام ذيب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدةص261 ،موفم للنشر ،الجزائر 2009،
- ✓ عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية للنشر ، ط1 ، الجزائر 2007،
- ✓ عبد المحسن العباد ،شرح سنن أبي داوود ، ج4 ، ،دار الناشر للنشر والتزيع بيروت ،لبنان
- ✓ عمرو عيسي الفقيه، الخلع في الشريعة والقانون، دار النشر الذهني للطباعة، القاهرة، مصر، 1000 بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23-02-2008، منشورات بغدادي، 2009 ، طبعة أولى،
- ✓ عمرو عيني الفقيه ، الخلع في الشريعة والقانون ، دار النشر الذهبي للطباعة ،القاهرة مصر 2000
- ✓ قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ ، 199/04/16 ملف رقم 59784 ،المجلة القضائية العدد04-1991
- ✓ قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ ،2001/09/15ملف رقم ،656259 مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012.
- ✓ قرار رقم: 4 751 المؤرخ ب 1991/06/18 نقلا عن جمال سايس أستاذ جامعي، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا مسرد ألفبائي للكلمات الدالة، ج 2، ط1 2013 ، منشورات كليك،

- ✓ مبروك المصري الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة، الجزائر، 2010،.
- ✓ محفوظ بن صغير ،الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ط1،دار الفكر ، سنة 2012
- ✓ محمد بلتاجي ، أحكام الأسرة دراسة مقارنة ، الزواج والفرقة ، دار التقوى ،مصر ،2001
- ✓ محمد مصطفى الشيلين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ،الدار الجامعية للنشر والتوزيع 1983
- ✓ مركز الراية للدراسات القانونية ، تاريخ الرفع ،2015/10/20
- ✓ مسعود جبران ، الرائد معجم اللغوي عصري ، ط7 ، بيروت ،لبنان ،دار علم الملايين ، 1992 ،.
- ✓ منال محمود المنشي ،الخلع في قانون الأحوال الشخصية ،الطبعة الأولى 2008
- ✓ منصوري نورة ، التطبيق وفق القانون والشريعة الإسلامية ، ط1 ، دار الهدى ،الجزائر ، 2010
- ✓ منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى ، دون طبعة ،الجزائر، 2010
- ✓ نور الدين لمطاعي، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث، الصادر في سبتمبر 2006
- ✓ وهبة الزحيلي الفقه على المذاهب الأربعة ، ص488، دار الفكر ، سنة 2010
- ✓ يوسف دلاندة ،الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الاجراءات المدنية والإداريةالجديد، دار هومه طبعة 2009 ،
- ✓ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر 2007

ثالثا- النصوص القانونية:

- ✓ القانون رقم58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- ✓ القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 رمضان عام1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم.
- ✓ قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل28 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.
- ✓ قرار رقم -96688 المؤرخ ب 1994/01/18- نشرة القضاة 1997-العدد 50
- ✓ قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ ، 199/04/16 ملف رقم 59784 ،المجلة القضائية العدد04-1991
- ✓ قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، بتاريخ 2001/09/15، ملف رقم ،656259 مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012.

رابعا- مذكرات التخرج :

- المستاري نور الهدى ، الخلع دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون المقارن جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.
- مباركي كهينة ، نفقة الأولاد دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبدالرحمن ميرة بجاية ،
- سلمي سامية ، الخلع بين الشريعة والقانون ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، ،جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة.
- سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي،.رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر

- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط2، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977، محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 1992؛ عبد العزيز بن عبد الله العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، سنة المناقشة، 2010،
- نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية – 2000-2001.

خامسا- المواقع الإلكترونية:

https://alrayacls.net/researches

قائمة المحتويات

الإهداء	–
كلمة شكر	–
الملخص	–
مقدمة.....	أ– ج
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمخمع	
تمهيد.....	06
المبحث الأول: مفهوم الخلع.....	07
المطلب الأول : تعريف الخلع وأركانه	07
الفرع الأول : تعريف الخلع	07
أولا – تعريف الخلع (لغة)	07
ثانيا– تعريف الخلع (إصطلاحا)	08
ثالثا– تعريف الخلع (شرعا)	08
الفرع الثاني: أركان الخـــلع	11
الفرع الثالث: شروط الخلع	13
المطلب الثاني: الخلع ومايشاكله من مصطلحات	18
الفرع الأول : الفرق بين الخلع والطلاق على المال	18
أولا– أوجه التشابه بين الخلع والطلاق على مال	18
ثانيا– أوجه الإختلاف بين الخلع والطلاق على مال	19
الفرع الثاني: الخلع والتطليق	19
أولا– تعريف التطليق	20
ثانيا– الفرق بين الخلع والتطليق	21
المبحث الثاني: حكم وطبيعة الخلع	23

المطلب الاول: حكم الخلع	23
الفرع الأول: احكام الخلع في الشريعة	23
أولا – يكون مباحا	23
ثانيا– الخلع مكروه	24
ثالثا– يكون الخلع حراما	24
الفرع الثاني: الخلع في القانون الجزائري	25
المطلب الثاني: دليل ومشروعية الخلع والحكمة تشريعه وطبيعته	26
الفرع الأول: دليل المشروعية والحكمة من تشريعه	26
أولا– أدلة مشروعيته	26
ثانيا– الحكمة من مشروعيته	28
الفرع الثاني: طبيعة الخلع	30
أولا– صيغة الخلع في الفقه	30
ثانيا– طبيعة الخلع في التشريع الجزائري	33
ملخص الفصل الأول	37
الفصل الثاني: أثـــار ودعــوى الخلع	
تمهيد	38
المبحث الأول: أثـار الخلع	39
المطلب الأول: الأثار الخاصة للخلع	39
الفرع الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين	39
الفرع الثاني: استحقاق الزوج لبدل الخلع	41
أولا– الخلع بسبب كراهية الزوجة البقاء مع زوجها	41
ثانيا– الخلع بسب الشقاق بين الزوجين	43
المطلب الثاني: الآثار العامــة للخلع	44

الفرع الأول: أثار الحكم في دعوى الخلع بالنسبة للزوجة	44
أولا- نفقة العدة	44
ثانيا- نفقة الإهمال	45
الفرع الثاني: آثار دعوى الخلع بالنسبة للأبناء المشتركين	46
أولا- الحضانة	46
ثانيا- نفقة المحضون	50
ثالثا- حق الزيارة	52
المبحث الثاني: دعوى الخلع	54
المطلب الأول: كيفية إجراءات رفع دعوى الخلع	54
الفرع الأول: بيانات عريضة رفع دعوى الخلع	54
الفرع الثاني: اختصاص المحاكم في دعوى الخلع	55
أولا- إختصاص المحاكم في القانون الجزائري	56
ثانيا- القضاء الإستعجالي	56
ثالثا- جلسات الصلح	57
الفرع الثاني: صدور الحكم في دعوى الخلع وطرق الطعن فيها	61
أولا- صدور الحكم في دعوى الخلع	61
المطلب الثاني: الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع	64
الفرع الأول: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف	65
الفرع الثاني: أحكام الخلع قابلة للاستئناف	66
خلاصة الفصل الثاني	67
خاتمة	69-68
قائمة المراجع	76-71
الفهرس	79-77

الملخص:

أقر المشرع الجزائري على غرارالشريعة الإسلامية الخلع بنص المادة 54 من قانون الأسرة وجعله كحق للمرآة إن هيا كرهت الحياة الزوجية وخشيت ألا تقيم حدود الله وجعل الخلع حق أصيل للمرآة بعد أن كان رخصة تستعملها المرآة بموافقة الزوج وجاءت المادة 54 من قانون الأسرة غامضة ولم تبين شروط الخلع ولا آثاره ولذلك وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ونجد أن الشريعة الإسلامية أعطت إهتمام كبير لأحكام الخلع وركزت على شروطه و أركانه عكس المشرع الجزائري الذي إكتفى بمقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها نظير خلاصها من الرابطة الزوجية.

الكلمات المفتاحية ; الخلع، الشقاق، الصداق المثلي، التحكيم، العوض، الإيجاب بلقبول، الفسخ ،الصلح.

Abstract:

The Algerian legislator, in accordance with Islamic Sharia law, has recognized the

khula' in article 54 of the Family Code and established this right as a right for women who

hated married life and feared not setting Allah's limits and doing

khula a genuine right for women once the license has been used with the agreement

of the husband. Khula' and does not raise it and should therefore refer to the provisions of the law Islamic

We find that Islamic law paid great attention to the decisions of

Khul' and emphasized its conditions and pillars unlike the Algerian legislator,

who was satisfied with the compensation paid by the wife to her husband in exchange for his

rescuing the marital bond.

Keywords: Khula', discord, homosexuality, arbitration, compensation, affirmation, acceptance,

dissolution, reconciliation.