الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي المقاوم الشيخ آمود بن مختار – إيليزي–

معهد الحقوق

مذكرة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون خاص معمق

بعنوان:

حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية

عن طريق الخلع في القانون الجزائري

إعدادالطالبتين: – تحت إشراف :

❖ شاها المهدي خديجة – براهيمي ضياء الدين مشرفا رئيسا

❖ براهيمي أمينة – عريشة فاروق مشرفا مساعدا

❖ لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
زيوش عبد الرؤوف	دكتور و أستاذ محاضر	المركز الجامعي إيليزي	رئيسا
براهيمي ضياء الدين	دكتور و أستاذ محاضر	المركز الجامعي إيليزي	مشرفا رئيسا
عريشة فاروق	دكتور و أستاذ محاضر	المركز الجامعي إيليزي	مشرفا مساعدا
بن قردي أمين	دكتور و أستاذ محاضر	المركز الجامعي إيليزي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2023/2022

الإهداء

الحمد و الشكر لله رب العالمين الذي أعاننا على إنجاز هذا العمل المتواضع

اهدي حصالة مسيرتي العلمية والمعرفية إلى. من ربتني وأعانتني بالصلوات و الدعوات إلى أغلى انسان في هذا الوجود امي الحنونة أطال الله في عمرها إلى أبي العزيز سندي و مسندي

الى جدتي و خوالي و خالاتي و أخوتي و جميع أفراد عائلتي الذين ساندوني في حياتي و إلى كل أساتذتي الأفاضل و كل من ساعدني من الأحباب و الاصدقاء و أسأل الله تعالى أن يوفقنا بما فيه الخير و السعادة في الدنيا والآخرة و أخيرا أرجو من الله سبحانه و تعالى أن يجعل عملي هذا نفعا يستفاد منه

* شاها المهدي خديجة

الاهداء

الحمد الله بعونه تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيدنا محمد عليه ازكى وافضل التسليم وعلى أله وصحبه أجمعين

أما بعد

اهدي ثمرة عملي إلى من قال فيهما الله عز وجل:

﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبير أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما﴾.

إلى من وضع المولى سبحانه وتعالى الجنة تحت قدميها وأقرها في كتابه العزيز

امي الحبيبة

إلى من دعمني في مشواري الدراسي وكان وراء كل خطوة خطوتها في طريق العلم والمعرفة

ابي الغالي

إلى منهم أقرب من روحي .. إلى من بهم استمد عزتي واصراري

اخوتي

إلى كل من احبهم قلبي ولم يذكرهم قلمي

* براهيمي أمينة

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء و المرسلين

عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :(من لم يشكر الناس لن يشكره الله)

ومن باب العرفان نتقدم بخالص شكرنا إلى الأستاذ الفاضل المشرف علينا طيلة مدة انجازنا لهذا العمل الدكتور عريشة فاروق والدكتور براهيمي ضياء الدين على كل ما قدموه لنا من توجيهات لإتمام هذا العمل .

ونتقدم بخالص الشكر إلى أساتذتنا الكرام الذين كانوا لنا سراج منير في طريق العلم طوال المشوار الدراسي وتحصيلنا العلمي و كما نشكر أعضاء اللجنة المناقشة وكل أساتذة معهد الحقوق بمركز الجامعي إيليزي كل باسمه و مقامه ولكل من ساندنا في انجاز هذا البحث .

قـــائمة المختصرات

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية	ج.ر.ج.ج
صفحة	ص
القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري	ق. إ .م. ج. إ
القانون الاسرة الجزائري	ق.إ.ج
القانون المدني الجزائري	ق.م. ج
طبعة	ط
المحكمة العليا	م.ع
المادة	م
دون سنة نشر	د. س. ن
دون سنة طبع	د. س.ط
	ق. م. أ
	ق. م. ن

مقدمـــة

تمهيد:

الزواج علاقة مقدسة تجمع بين الرجل والمرأة و يجب أن تبنى هذه العلاقة على أساس متين و قوي و يسوده المحبة و التفاهم و الترابط بينهم و يجب أن يفهم كل منهما الطرف الآخر و ذلك لتكون الحياة الزوجية حياة سعيدة و خالية من المشاكل التي تنتج عادة من اختلاف في وجهات النظر أو عدم قدرة أحد الأطراف على فهم الآخر مصداقا لقوله تعالى " و من آياته أن خلق من انفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة أن في ذلك لقوم يتفكرون " وهذا الأصل في الحياة الزوجية تكون مبنية على المحبة و الالفة و السكن ، ولكن قد يطرأ على العلاقة الزوجية طارئ يعكر صفوها ،مما قد يجعل إستمرار الحياة الزوجية أمرا عسيراً وتستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية ، فإذا كانت الكراهية من طرف الزوج فبيده الطلاق وهو حق من حقوقه و له أن يستعمله في حدود ما شرعه الله ، و إن كانت الكراهية من الزوجة فقد أجاز الشارع لها أن تتخلص من الزوج عن طريق التطليق أو الخلع ، هذا الأخير الذي قد تلجأ إليه الزوجة التي تبغض زوجها و يستعصي عليها معالجة أسباب الكراهية فيكون حلها الوحيد هو الخلع و هو وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية يتم بلفظ الخلع أو في معناه معناه في مقابل عوض تلتزم به الزوجة لقاء التفريق بينهما ، ولقد ثبت جواز الخلع في الشريعة الإسلامية ،و اتفق جمهور العلماء على أن الخلع يتم بموافقة الزوج و اقتدى بذلك المشرع الجزائري إلا أن هذا الأخير تأرجح في تكييف الخلع هل هو رخصة للزوجة و بالتالي يكون بموافقة الزوج عليه ، أو هو حق لها دون موافقة الزوج ، فقبل تعديل قانون الأسرة 84/11 كان الخلع بموافقة الزوج مقابل عوض تدفعه الزوجة له ، و بعد تعديل القانون السالف الذكر بالأمر 05/02 نص المشرع الجزائري على أن الخلع يتم دون موافقة الزوج مقابل عوض تدفعه الزوجة له

أهمية الدراسة:

يكتسي موضوع الخلع أهمية بالغة من حيث أنه موضوع حيوي يمس بشكل مباشر الحياة الأسرية من مختلف جوانبها ومن ثم المجتمع ، فالخلع نظام إلهي و مسألة فقهية قائمة بذاتها و هو حق مخول للمرأة أقرته الشريعة الإسلامية و لكن إنتشار الوعي الثقافي خاصة فيما يتعلق بمركز المرأة داخل الأسرة و خارجها جعل منه أمرا سلبيا ، فهذه التطورات ماهي إلا كاشفة عن هذا الحق لا أكثر و إنما مصدره التشريع الرباني و بإعتباره أحد أسباب تفكك الأسرة.

أهداف الدراسة:

نسعى من خلال هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف والتي تتمثل في:

- بيان أن الإسلام لم يهمل المرأة وحقها في الطلاق فأباح لها طلبه إذا رأت لزوم ذلك.

- بيان الأسباب التي تدفع المرأة لطلب الخلع.
- بيان موقف الفقه من الخلع وبالمقابل موقف المشرع الجزائري.
- بيان إجراءات التقاضي في دعوى الخلع وكيفية سيرها.
- بيان الخلع في الواقع الجزائري ومدى تأثيره على الأسرة.

صعوبات الدراسة :

لا يكاد يخلو أي بحث من صعوبات وعقبات تواجه الباحث ، ومن بين الصعوبات التي واجهتنا في إنجاز هذا البحث هو أن الموضوع متشعب ويحتاج جهد و وقت كبيرين ، و بالرغم من الصعوبات التي واجهتنا إلا أننا حاولنا الالمام بكل جوانب الموضوع أن ننجز هذا العمل أملين أن يكون في أحسن صورة.

مبررات اختيار موضوع الدراسة:

ما دفعني لاختيار موضوع الخلع ما له من أهمية حيوية تمس بكيان الأسرة، لذلك أردت تعريف أحكام هذا الموضوع المهم والإلمام به من جميع الزوايا. كما أنه حق من حقوق المرأة التي تعتبر من اهتماماتي الشخصية فحاولت أن أحقق في البحث ما استطعت. إن الحياة العملية لا تخلو من قضايا الخلع وجيل الناس بأحكام هذه القضية وقلة الوعي بالآثار الخطيرة للخلع على المجتمع. وكذا ارتفاع نسبة الخلع في المجتمع وما يترتب عليه من آثار على الأسرة خاصة على الأطفال تقتضى ضرورة الإحاطة بأسبابه وآثاره بغية التمكن من مواجهته لكل باحث مهما كان مستواه ومهما تغير مجاله لابد أن يكون لديه أهداف يرجى بلوغها

الإشكالية:

وانطلاقا مما سبق يمكننا طرح الإشكالية التالية:

ما مدى توقف المشرع الجزائري في الموازنة بين حق المرأة وحدود هذا الحق ؟

ولهذا تفرع عن الإشكالية الرئيسية عدة أسئلة فرعية :

/1هل الخلع صورة من صور التطليق؟

/2 هل الخلع فسخ ام طلاق ؟

/3هل يوافق الخلع في تشريع مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي ؟

/4ما هي الحالات المشابهة للخلع ؟

/5ماهي الاجراءات القضائية المتبعة في مسألة الخلع أمام الجهة القضائية ؟

/6ما هي الآثار الشرعية و القانونية المترتبة عن الخلع ؟

/7ما هي النتائج المتوصل إليها في مسألة الخلع ؟

الدراسات السابقة:

توجد العديد من الدراسات السابقة لموضوع الخلع مثل

مقدم لنيل درجة درجة الدكتوراه بعنوان فك الرابطة الزوجية بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري على ضوء الواقع الجزائري لسهيلة عاشور

*الخلع في نصوص قانون الأسرة الجزائري و الممارسة القضائية لياسين بن عمر

*دراسة فقهية للمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري لعيفاوي القائد

*الخلع حسب قانون الأسرة الجزائري و أهم إشكالاته الإجرائية و الموضوعية لدحماني رابح

إلا انها دراسات كانت قبل التعديل لقانون الاسرة وأخرى كانت قبل تفاقم حالات الخلع مكان الطلاق وهذا هو المظور الذي تتميز به الدراسة الحالية

منهج الدراسة:

استعملت في الدراسة الحالية المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن على سبيل الاستثناءات وفق ماتقدمه الدراسة

في هذا الموضوع دراسة تحليلية و ميدانية لأهم المسائل المنصوص عليها شرعا و قانونا مع إيراد ما أمكن لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية ومشروع القانون الجزائري مما يستدعي إستعمال المناهج التالية:

1- المنهج المقارن: وذلك بمقارنة أغلب النقاط المتعلقة بموضوع الخلع بالتعرض لأحكام الفقهية للمذاهب الأربع وتحليلها و مقارنتها بما هو وارد في قانون الأسرة الجزائري

2-المنهج الاستقرائي : حيث استقرئ ما ورد في الكتب حول خلع الزوجة من خلال تبيان تعاريف وحكم الخلع فقها و قانونا

3-المنهج الاستدلالي:معتمدة على الإستشهاد بالآيات القرآنية و بنصوص الأحاديث النبوية الشريفة و نصوص قانون الأسرة الجزائرية أو المدني و الإجرائي

4-المنهج التجريبي و الاستكشافي :يعتمد على دراسة ظاهرة الخلع كما توجد في الواقع ،مستخدمة الإستبيان و المقابلة لأجل الحصول على نتائج علمية ،تم تفسيرها بطريقة موضوعية تنسجم مع المعطيات الفعلية للظاهرة

وفقا لما تقدم وسعيا للإجابة على الإشكاليات المعروضة ستكون معالجة الموضوع مفصلة إلى مقدمة و فصلين و خاتمة على النحو التالي

مقدمة تتضمن ما يلي أهمية الدراسة و أسباب إختيار الدراسة اهداف و إشكالية الدراسة السابقة ،منهج و منهجية الدراسة و خطة الدراسة

الفصل الاول:ماهية الخلع ففي المبحث الأول مفهوم الخلع و مشروعيته : المطلب الاول مفهوم الخلع و المطلب الثاني اركان الخلع و شروطه اما المبحث الثاني التكييف القانوني و الفقهي للخلع : المطلب الاول التكييف القانوني و المطلب الثاني : التكييف الفقهي

وفي الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في الخلع و الاثار المترتبة عنه: المبحث الاول: إجراءات التقاضي في الخلع و المطلب الاول: الإجراءات الموضوعية و الشكلية في قضايا الخلع أما المطلب الثاني: مدى تدخل القاضي في الخلع

المبحث الثاني: الآثار الشرعية و القانونية للخلع المطلب الاول: إلتزامات الزوجة و نفقتها و عدتها أما المطلب الثاني سقوط حق الحضانة في مقابل الخلع

خاتمة و تتلخص في أهم النتائج و التوصيات

أما الفصل الثاني فقد تناول كذلك ثلاث مباحث حيت تطرقنا في المبحث الأول إلى إجراءات الدراسة التطبيقية، والمبحث الثاني إلى تقييم الأهمية النسبية لمحاور الدراسة، اختتمنا الفصل بالمبحث الثالث الذي أبرزنا فيه تقييم النتائج واختبار الفرضيات.

الفصل الأول :
ماهية الخلع بين التشريع و الفقه الاسلامي

الفصل الاول : ماهية الخلع

الخلع عقد شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي ، حيث يعتبر مظهر من مظاهر تكريم الله سبحانه وتعالى للزوجة مقابل أن تقدم لزوجها مالا تفتدي به نفسها ، و لقد وضعت الشريعة الإسلامية أحكام تبني عليها هذا الطريق من طرق فك الرابطة الزوجية و لذلك بينت ماهية الخلع من خلال ماسأتناوله في الفصل الاول

المبحث الأول : مفهوم الخلع و مشروعيته

إن من دعائم الحياة الزوجية أن تقوم أساسا على المحبة و المودة و حسن المعاشرة ،و لكن قد يطرأ على الحياة الزوجية أمور تعكر صفوها ،و تحل الكره و البغض

حيث أباح شرع الله سبحانه و تعالى للمرأة أن تتخلص من الرابطة الزوجية عن طريق مايسمى بالخلع

المطلب الأول: تعريف الخلع و طبيعته:

للخلع عدة تعريفات و لذا نتناول في هذا المطلب التعريف اللغوي أولا و في الاصطلاح الفقهي ثانيا و الاصطلاح القانوني ثالثا على التوالي وكذلك نتطرق أنواعه

الفرع الأول : تعريف الخلع

لغة : يقال خالعت المرأة زوجها مخالعة ، و قد اختلعت من زوجها بان تفتدي نفسها منه بشيء تبذله له منها او من غيرها و يخلعهما علي ذلك[1]

و يقال خلع امرأته خلعا ، أي طلقها بفدية من مالها .

و الخلع ان يطلق الرجل زوجته علي فدية منه[2]ا .

و الخلع هو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد من الزوجين هو لباس للآخر ، فاذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه[3] .

أولا: في الاصطلاح الشرعي : اختلفت تعاريف المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة له .

---

[1] ابن منظور ،لسان العرب ، الجزء الأول – مؤسسة الأعلمي للمطبوعات بيروت 2005 ص 114

[2] ابن الهمام ،فتح القدير شرح الهداية دار احياء الكتب العربية بيروت ص 510/4

[3] عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه علي المذاهب الأربعة ط5 دار الكتاب الكبير 1424 – 2003 ص 387

فعرفه المالكية بأنه طلاق بعوض و لو من غير الزوجة أو بغير لفظ الخلع أي كتابة دون استعمال لفظ الخلع.

1- المالكية : هو طلاق بعوض فجاء في المدونة الكبري للإمام مالك بن أنس "اذا كان النشوز من قبل المرأة يحل للزوج أن يأخذ منها ما اعطته علي الخلع اذا رضيت بذلك و لم يكن منه في ذلك ضرر لها و يكون الخلع بهذا تطليقة بائنة "[1].

2- الحنفية : هو ازالة ملك النكاح المتوقفة علي قبول المرأة بلفظ الخلع او فيما معناه ، ب خمسة الفاظ هي خلعتك او اخلعي نفسك مني، أو بارئتك علي مبلغ محدد و يجب أن يذكر المبلغ و الا لا يقع الطلاق، و الثالثة باينتك علي مبلغ كذا و حتي يقع الطلاق هنا لابد من نية الطلاق و من موافقة الزوجة علي ذلك اما الرابعة فهي فارقتك علي مبلغ كذا فاذا قبلت طلقت و لزمها المبلغ علي سقوط حقوقها ، و الخامسة لفظ طلاق علي مال كان يقول لها طلقي نفسك علي 2000 دينار فاذا قبلت طلقت طلاقا بائنا و ألزمت بالمبلغ

3- الشافعية : الخلع شرعا عندهم هو اللفظ الدال علي الفراق بين الزوجين بعوض، و هو ما تبناه القانون المصري ، والقانون السوري ، اللذان وافقا المذهب الشافعي في تعريفه للخلع .

4- الحنابلة : عرفوه بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته او غيرها بألفاظ مخصومة ، و قد تكون صريحة و هي خالعت، فاديت فسخت ، و هذا علي عوض محدد ، اما الخلع بألفاظ الكناية فتكون بلفظ باريتك ابنتك فهذه الألفاظ يصح بها الخلع و اذا توافرت النية ، و اذا دل عليها الحال كان تسأله هي الخلع فيعرض عليها مبلغ العوض فتوافقه علي ذلك و الخلع مهما كانت الفاظه صريحة او كناية فإنها ل تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج الا اذا كانت هناك نية طلاق و كان هناك قبول من طرف الزوجة بالعوض .

ثانيا تعريف الخلع في القانون الجزائري :

لم يعطي التشريع تعريفا محددا للخلع و اقتصر علي ذكر اسباب تحقيقه من خلال ما نص عليه قانون الاسرة الجزائري المعدل تحت رقم 02/05 و المؤرخ في 2005/02/27 في المادة 45 منه عل انه ((يجوز للزوجة دون موافقة زوجها ان تخالع نفسها من زوجها بمقابل مادي ، اذا لم يتفق الزوجان علي المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم))[2] .

و بالنظر الي التعريفات السابقة نجد انها تكاد تكون مجتمعة في معني واحد ، و متفقة علي أن الخلع من قبل الزوجة هو معاوضة تدفعها للزوج مقابل مفارقتها له .

ثالثا : تعريف الخلع في قانون الأسرة الجزائري

[1] يحي بن يخي الليثي موطأ الامام مالك دار النقاش الطباعة و النشر و التوزيع ص 384

[2] المادة 46 ،القانون الأردني مادة 102 و ما بعدها ، القانون السوري المواد من 95 الي 103 ،القانون المغربي من 61 الي 65 القانون القطري في المادة 124

الخلع هو مصطلح فقهي تبناه القانون يقصد به فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل عوض تلتزم به اتجاه الزوج ، و له معنين من خلال فترتين من تعديله التي مر بها كالأتي :

1- الخلع سنة 1984 بالقانون 11/84 :

عرفه بعض فقهاء القانون في هاته الفترة علي انه عقد معاوضة رضائي و ثناي الأطراف شرع لمصلحة الزوجين ، غايته انهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء علي عرض أحد الزوجين و قبول الأخر مقابل مال مقاوم شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان عليه او يحدد القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم و علي رأسهم الدكتور بلحاج العربي أن الخلع طلاقا رضائيا مقابل مال تدفعه الزوجة الي الزوج لقاء طلاقها [1]، و ايضا قال الأستاذ عبد العزيز سعد حيث قال " أن الخلع في الواقع هو عقد رضائي بين الزوجين هدفه حل الرابطة الزوجية بعوض و بإرادة متبادلة" [2]، فقد تناولته المادة 54 بما يلي :"يجوز للزوجة ان تخالع نفسها من زوجها علي مال يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا علي شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم "[3] من خلال هذه المادة نجد انه لم يتطرق المشرع الجزائري الي تعريف الخلع الا انه نص عليه في المادة 54 و أعطي جوازية الزوجة بأن تخالع نفسها عن طريق اتفاقها مع زوجها[4] لقاء مال تدفعه له و مع ذلك فمن خلال النضر في صياغة هذه المادة قد يفهم ضمنيا بأن المشرع الجزائري عرف الخلع بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تدفعه الي الزوج مفتدية بها نفسها [5].

2- الخلع سنة 2005 بالأمر 02/05 :

بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 نص المشرع الجزائري في المادة 54 منه علي أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي اذا لم يتفق الزوجان علي المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ، اذا الخلع هو فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه علي الزوج مفتدية به نفسها دون موافقته و بالتالي الخلع هو حق مقرر للزوجة يخولها فك الرابطة الزوجية ، لم يحدد قانون الأسرة الجزائري تعريفا محددا للخلع و لم يبين حتي الأسباب التي تؤدي اليه من خلال نص المادة 54 السابقة الذكر و يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع في قانون الأسرة الجزائري بين ان الخلع هو أحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون حاجة الي موافقة الزوج مقابل مبلغ من المال و هذا يتفق مع ما قاله ابن رشد الحفيد ، عندما قال " أن الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق و لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل " ، و أشار المشرع الجزائري الي أن التعديل المدخل علي هذه المادة يهدف الي توضيح أحكام الخلع التي كرسها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا منذ 1997 كما أكد المشرع علي حق المرأة في خلع نفسها من زوجها دون الحاجة الي قبول الزوج .

---

[2] ابن رشد بداية المجتهد و نهاية المقتصد (د.ط) دار الحديث ج3 ، القاهرة مصر 1425 ه،2004 م ص 90

[3] المشرع التمهيدي للقانون الأسرة الجديدة ب جريدة الشروق اليومي ليوم الاثنين 2004/08/09 العدد :1148

[4] محمد باوني ، عقد الزواج و اثاره ، ط1 ، دار بهاء الدين للنشر و التوزيع 2009 ص 124

[5] عبد الرحيم مقداش ، الرابطة الزوجية بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة : كلية الحقوق و العلوم السياسية مذكرة ماجستير الجزائر 2013 ص 76

أ : مشروعية الخلع

استدل أهل العلم علي مشروعية الخلع من القرآن الكريم و من السنة النبوية .

اولا : القرآن الكريم

شرع الخلع اذا تخاصم الزوجان بسبب ما ينشأ بينهما من خلاف و خصومات و لم يتمكنا من اقامة حدود الله ، و قد دل علي شرعيته قوله تعالي " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان و لا يحل لكم ان تأخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فسما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها و من يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون "[1] .

وجه الاستدلال من الاية انه لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته الصداق الذي اعطاها حين الزواج الا في حالة الخوف من عدم اقامة حدود الله و اداء حقوق لزوجية فيما بينهما ، فاذا وجدت المرأة انها كارهة لزوجها و لا تطيق العيش معه لسبب يخص مشاعرها ، و تحس ان كراهيتها له و نفورها منه سيجعلها تخرج عن حدود الله في حسن المعاشرة و العفة و الأدب ، فهنا يجوز لها ان تطلب الإختلاع منه و ان تعوضه عن تحطيم حياته و اسرته دون سبب منه فترد له المهر الذي أمهرها اياه [2]

و قد استقر فقهاء الشريعة الاسلامية علي انه لا يجوز الخلع الا ان يكون الشقاق و النشوز من جانب المرأة ، فيجوز حينئذ للرجل قبول الفدية

ثانيا : السنة النبوية

و من السنة النبوية عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم قال :" جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس الي النبي صلي الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله ما أعتب علي ثابت في دين و لا في خلق الا أني أكره الكفر في الاسلام ، فقال صلي الله عليه و سلم أتردين عليه حديقته ، فقالت : نعم ، قال رسول الله صلي الله عليه و سلم اقبل الحديقة و طلقها تطليقة "[3]

ووجه الاستدلال من الحديث النبوي انه يجوز للمرأة ان تطلب الإختلاع من زوجها ، ان خافت لو بقيت تحت عصمته أن لا تقيم حدود الله ، و ذلك بأن لا تقدر علي تأدية واجباتها نحو زوجها فترد له الصداق الذي أعطاها و يفترقا ، و ان لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فانه يكره للزوجة أن تطلبه لقول الرسول صلي الله عليه و سلم " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة "

ب. الحكمة من مشروعية الخلع

---

[1] سورة البقرة ، الآية 229

[2] السيد قطب الظلال . المجلد الأول ج 2 ط 9 دار الشروق ص 248

[3] وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و أدلته دار الفكر دمشق ج 7 ط 2 دار الفكر دمشق ج 7 1405 هـ – 1985 م

الاسلام يراعي جميع الحالات الواقعية التي تعرض للناس ، و يراعي جميع مشاعر القلوب ، و الخلع دليل علي واقعية الشريعة الاسلامية ، فاذا كانت المرأة كارهة لزوجها لا تستطيع الحياة معه لسبب يخص مشاعرها ، فيجوز لها أن تطلب الطلاق منه علي أن تعوضه بمال

قال ابن رشد : و الفقه أن الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فانه جعل الطلاق بيد الرجل اذا فك المرأة –اي ابغضها – جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل . و فائدة الخلع تخليص المرأة من الزوج علي وجه لا رجعة له عليها الا برضاها .

الفرع الثاني : أنواع الخلع

قد يكون الخلع بسبب ما يصدر من الزوجة او بسبب ما يصدر من الزوج ، وقد يكون الخلع بلا سبب أصلا .

أ : الخلع بسبب

أولا الخلع بسبب الكره.

الخلع بسبب مقصود به شرعا هو الخلع الدي تكره فيه الزوجة زوجها لسوء خلقه او لسوء سلوكه معها لو لقلة دينه او حتى لقبح منظره ، ولما كانت المراة تملك مثلما يملك الرجل من مشاعر وعواطف وتحس مثلما يحس ، فقد تشعر بالنفور من زوجها والعيش معه في الوقت الدي يكون هو يحبها ويقدرها ويقوم بجميع حقوقها ، فترى لكراهيتها هده ان تفتدي منه مقابل ان يفارقها .

1 – في القران : نفي الله عز وجل الجناح والاثم عند الخوف من التقصير في الحقوق الزوجية بسبب التباغض والتنافر في قوله تعالى : " فان خفتم الال يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به".[1]

2 – في السنة : ما حدت في قصة امراة ثابت بن قيس بن شماس وهي جميلة بنت سلول عندما أتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : انني لا اعتب على ثابت في دين ولا في خلق الا انني اكره الكفر في الإسلام لا اطيقه بغضا ، وفي رواية صحيحة أخرى وصفته بأشد القوم سوادا واقصرهم قامة واقبحهم وجها .

تانيا اخلع بسبب اخر

1 سورة البقرة الآية 229

هناك سبب اخر شرع سبحانه وتعالى الخلع للزوجة لتفتدي نفسها من زوجها ببذل ما قدمه لها من صداق ، ادا احست وشعرت بان منبع الحب الذي كان يجمها مع زوجها قد نضب ، فالقلوب بين اصبعين من أصابع الرحمان يقلبها كيف يشاء ولا يستطيع احد ان يتحكم في عواطف الناس ويجبرهم على ما لا يرغبون فيه.

ولما كان الشارع الحكيم قد جعل الطلاق بيد الرجل يوقعه ادا شعر لان الحياة مع زوجته أصبحت مستحيلة بعدما استنفد كل وسائل التسوية لإعادة التعايش والوفاق الى حياتها الزوجية، فلا باس بعد دلك من الطلاق فاخر الدواء الكي كما تقول الحكمة

ثالثا الخلع بسبب الحكم التكفيلي

يختلف حكم الخلع اذا كان بسبب يؤدي اليه باختلاف السبب نفسه ، فهو تصرف شرعي له حكمه الشرعي حسب نوعية السبب.

1 – مباح: الأصل في الخلع الاباحة ودلك اذا كان بسبب الكراهة بين الزوجين والخوف من ان يؤدي هدا التفريط في الحقوق والواجبات الزوجية.

2 – مكروه : قد يكون سبب الخلع مكرها كأن تميل الزوجة الى غير زوجها وترغب في نكاحه فتخالع زوجها لتنكح من مالت اليه ورغبت فيه فسبب هذا الخلع مكروه لما رواه ثابت بن زيد عن عقبة بن عامر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : " المختلعات المنتزعات هن المنافقات " [1] يعني التي تخلع من زوجها للميل الى غيره.

وقد يكون الخلع مكروها بسبب الزوج كأن تكون الزوجة ذات مال ضيق عيها مع قيامه بالواجب لها طمعا في مالها كي تخالعه على مال ، فان هدا السبب يكون مكروها من جهة الزوج لا من جهة الزوجة ، مع ان الخلع هنا يكون جائزا على أساس التباغض والتنافر الذي يحدثه الزوج لزوجته.

3 – **محرم** : قد يكون سبب الخلع محرما اذا كان النشوز من قبل الزوج لأجل الاقتداء كأن ينالها بالشتائم والضرب والأذى حتى تخالعه على مال تفتدي نفسها به : فهدا النوع من الخلع حرام وذلك لانعقاد الاجماع على حرمة أخد مال المسلم بغير حق : وهنا لم تطب نفسها ولا رضيت ، بل أجبرت على دفع العوض بالتضييق والأذى فهي مكرهة على بذل هدا العوض مقابل الفرقة وفي هدا يقول سبحانه وتعالى : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل دلك فقد ظلم نفسه"[2]

4 – **موقف الفقهاء من الخلع المحرم بسبب:**

في هدا اختلف الفقهاء حوله على مذهبين :

[1] رواه النسائي موسوعة الحديث الشريف –الكتب الستة-دار السلام للنشر والتوزيع الرياض الطبعة الثالثة-سنة 2000
[2] سورة البقرة الآية 231

* **المذهب الأول** : دهب أصحاب هذا المذهب الى القول ان الخلع باطل والعوض مردود وروي هدا عن ابن عباس وعطاء ومجاهد وشعبي ، واليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة واستدلوا على دلك بقوله تعالى " وان اردتم استبدال الزوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطار فلا تاخدوا منه شيئا ، أتأخذونه بهتانا واثما مبين ""[1]

كما قال تعالى : " ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة " [2] فبينت اللايتين النهي والحرمة بأعظم الاوصاف فكان العوض الدي اكرهت على بدله بغير حق غير مستحق ."

* **المذهب التاني** : يتبناه الأحناف ، حيث يرون أن هدا النوع من الخلع حرام وأن الزوج في هدا الحال اثم وعاصي " فادا اقسى الزوج على زوجته في المعاملة وضرها لتفتدي منه حرم عليه اخد شيء من المال سواء كان من الصداق أو من غيره" [3] [2]

والى هدا يشير قوله تعالى : " فلا تاخدوا منه شيئا " [4]الا أن العقد يبقى صحيحا والعوض لازم ولكنه عوض خبيث بسبب الاضرار وسوء العشرة من الزوج.

ب : الخلع دون سبب

اذا كانت الحياة الزوجية منسجمة بين الزوجين والعلاقة حسنة والنفوس ساكنة والمودة والرحمة موجودة وليس هناك تقصير من احدهما للأخر ، هل يصبح ان يكون هدا النوع من الخلع ، وبعبارة أخرى هل يجوز ان يكون الخلع دون سبب يستدعيه ؟

أولا : موقف الفقهاء من الخلع دون سبب

اختلف الفقهاء على هدا النوع من الخلع الى مذهبين

1 – المذهب الأول : راي أصحاب هدا المذهب انه يجوز للمرأة ان تخالع زوجها من غير سبب ، ودهب في دلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وادلتهم في دلك

أ – القرأن الكريم : في قولة تعالى : **" فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكللوه هنيئا مريئا "**[5] فقد اجازت الآية الكريمة للزوج ان يأكل ما طابت نفس الزوجة به وأن يأخذه دون اشكال وهدا عام يحمل على عمومه ، فادا جاز له ان يأكل ما طابت نفسها به من غير أن يملكها به بعضها ، فمن باب أولى أن يحل له ذلك ادا ملكها به بعضها [6]

[1] سورة النساء الآية 20
[2] .سورة النساء الآية 19
[3] سورة النساء الآية 34
[4] سورة النساء الآية 81
[5] سورة النساء الآية 4
[6] جمال عبد الوهاب . الخلع في الشريعة الإسلامية . دار الجامعة الجديدة للنشر مصر ص 51

ب – المعقول : الخلع عقد مثل عقود المعاوضة يجوز حال الخصومة فجاز مع التراضي من باب أولى معقد البيع مثلا ، ولأن كل عقد صح مع الكراهة فمن باب أولى صحته عند وجود التراضي كسائر العقود..

2 – المذهب التانئ : يقول أصحابه ان الخلع دون سبب يعتبر خلعا فاسد او لا يستحق به الزوج العوض وقال بهدأ ابن جزم والنخعي وداوود الظاهري والزيدية والامامية واستدلوا بما يلي :

أ – القران الكريم : في قوله تعالى : "**ولا يحل لكم ان تأخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما ما افتدت به** " [1]

فقد بينت هده الآية الكريمة ان الجناح يمس الطرفين ادا افتدت الزوجة من غير خوف ثم غلظ بالوعيد على من خالف ، فقال تعالى : " **تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون** " [2]

ب – السنة النبوية الشريفة : ما رواه البخاري عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم خالع امرأة ثابت بن قيس من زوجها حين قالت له : اني لا استطيعه واكره الكفر في الإسلام ، فالخلع المشروع هو ما كان بسبب كراهة الزوجة لزوجها وعدم اطاقتها للحياة الزوجية معه

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه : " **أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة** "[3] فدل الحديث على حرمة الزوجة من ان تطلب الفرقة او الخلع دون سبب

3 – المعقول : ان طلب الخلع من غير سبب هو اضرار بالزوجة والزوج وبالأولاد وهو هدم للأسرة وبيت الزوجية وهدا خلافا للقاعدة الفقهية المشهورة : " **لا ضرر ولا ضرار**".

ثانيا : منطوق الفقهاء حول الخلع بسبب محرم

بخصوص اختلاف الفقهاء حول الخلع بسبب محرج ، أرى ان ما دهب اليه جمهور الفقهاء هو الراجح ، دلك ان العقد تم باكراه الزوجة على الاقتداء من اجل الخلع فهو باطل ولا ينبغي على الزوج ام يأخذ شيئا مما عاطاه كصداق فيحرم على الزوج التعدي على زوجته والتضييق عليها من اجل ان تتخلص منه ببدل مالها ، ففي دلك استغلال لصعفها ، وهو من افحش الظلم .

ودلك لان اضرار الرجل بامرأته حتى تفتدي نفسها منه ظلم لا يرضاه الله عز وجل لأنه حرم الظلم على نفسه وجعله محرم بين خلقه.

[1] سورة البقرة الآية 229
[2] سورة البقرة الآية 229
[3] سنن ابن ماجة

الا ان هده الحرمة وهدا البطلان لا ينطبقان على موضوع حق الزوج في تقويم زوجته ادا وجد منها نشوزا

فهدا حق مكفول بنص القران الكريم في قوله تعالى : " **الرجال قوامون على النساء بما فصل الله بعضهم على بعض ، وبما انفقوا من أموالهم ، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليا كبيرا** "[1]

فلا يجوز للزوجة طلب الإختلاع من الزوج لأجل هدا التقويم لأنه على حق من حقوقه ، فان طلبت منه الإختلاع بهده الصورة ولهده الأسباب لم يؤثر دلك في الخلع لأنه لا يدخل في مجال الإصرار والاكراه من اجل الاقتداء.

اما فيما يتعلق بالخلع دون سبب فالنظر والتمعن في روح الشريعة الإسلامية يتبين ان كل مسالة تدعو الى الفرقة والشتات امر غير مرغوب فيه ولما كانت المرأة التي تطلب الخلع من غير سبب ولا مبرر يستدعيه ، كان الخلع في راي محظور لأنه يمس أصل الرابطة الزوجية التي من أهدافها التكافل وحسن المعاشرة وحسن الخلق وخاصة الاستمرار العائلي الدي يؤثر تأثيرا حقيقيا على الأولاد والمجتمع ، كما انه ادا كان الطلاق يملكه الرجل وبإمكانه ان يوقعه دون سبب قد وصفه الشارع الحكيم بانه ابغض الحلال الى الله ، فكدلك كان الخلع دون سبب فهو محظور لقول النبي صلى الله عليه وسلم .

" **ايما امراة سالت زوجها الطلاق من غير باس فحرام عليها رائحة الجنة** " [2] [2]

وفي حالة ادا ما وقع هدا النوع من الخلع فللرجل الحق في اخد العوض مصداقا لقوله تعالى:

"**فان طبن لكم عن شيئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا** " [3] [3]

وهنا قد طابت نفسها بما تدفعه وان كان الخلع هنا محظور الا ان الزوج لا دخل له في المسألة وبالتالي حق له أخد العوض بسبب هدا التعسف في استعمال الحق

ومما سبق تتضح ثمرة او نتيجة الخلاف بين الرأيين ، ففي المذهب الأول القائل بجواز الخلع دون سبب لا يشترط أن تذكر المرأة المخالعة سبب الخلع ، انما يكفيها المطالبة به وتعرض المال مقابل دلك.

اما في المذهب الثاني والقائل بحظر الخلع دون سبب فلابد للمخالعة ان تذكر سبب الخلع وان يكون هدا السبب هو الكرامة للحياة الزوجية القائمة او التباغض بين الزوجين او الخوف من عدم إقامة حدود الله .

المطلب الثاني : الأركان والشروط بين الفقه والقانون

[1] سورة النساء الآية 34
[2] الحديث سبق تخريجه
[3] سورة النساء الآية 4

الفرع الاول : ركن الزوج والزوجة

لم يتعرض القانون الجزائري للأركان التي يجب توفرها لصحة اركان الخلع بصورة مباشرة ، واكتفى فقط بالإشارة الى ضرورة وجود الاتفاق بين الزوجين طبقا للمادة 54 (ق.أ.ج) وهي المادة الوحيدة التي تعرضت لمسألة الخلع ، مما يستوجب الرجوع الى مبادئ الفقه الإسلامي حسب المادة 222 (ق.أ.ج) وسأعرض اركان الخلع الأربعة كما جاءت في الشرع الإسلامي ومقارنتها بما جاء عند المشرع الجزائري كالتالي :

أولا – ركن الزوج

اخد المشرع بالراي الدي يعتبر الخلع للوجوب ومن تم يجبر الزوج على مخالعة زوجته عند طلبها طبقا للمادة 54 للأمر (02/05) ويقال للزوج والزوجة الخالع لان كلا منهما يخلع صاحبه جاء في القاموس **المحيط " والخالع كل من المتخالعين "**[1] ، ويجب ان يقع الخلع من زوج يصح طلاقه.

1 – من يصح حكم خلعه اتفاقا .

الخلع جائز في حالتي الوفاق والشقاق وباعتماد القاعدة " **كل من صح طلاقه صح خلعه "**[2] ومن شروط صحة الخلع مواصفات لابد من توفرها في الزوج حتى يصح أيفاعه لطلاق كالتالي .

أ– البالغ : يصح الخلع من زوج مكلفا أي بالغا عاقلا مختارا [3] لأنه يملك الطلاق إدن فإنه يملك الخلع الدي يحصل من ورائه على المال من باب أولى [4] ويصح الخلع ويلزم ممن يقع طلاقه وهو الزوج البالغ العاقل المختار.

ب– المحجور عليه والسفيه [5] : اختلف الائمة الأربعة على جواز خلع السفيهة حيت يرى الشافعية بجواز الخلع [6] ودلك بناء على صحة طلاقه ، لان كل من صح طلاقه صح خلعه ولأنه إدا ملك الطلاق وهو مجرد اسقاط من دون ان يحصل على شيء فلان يملكه محصلا للعوض من باب أولى وطلاقه نافذ لأنه اداكان له ان يطلق بغير عوض فيه أولى [7]وولي المحجور عليه هو الدي يقبض حقوقه واموالة وهدا –**بدل الخلع – من حقوقه**[8] ولا يبرأ المختلع بتسليم المال **للسفيه بل لوليه**[9] ولو خالع محجور عليه بسفه صح ووجب على المختلع دفع العوض الى وليه كسائر أمواله وعليه فانه يصح خلع المحجور عليه لسفه

---

[1] الفيروز بادي القاموس المحيط مؤسسة الرسالة ط8 1428هـ 2005 م ، ص 921

[2] ابن قدامة عمدة الفقه تحقيق : عبد الله سفر العبدلي العتبي محمد دغليب مكتبة الحرمين الطائف
شهاب الدين ابن عباس بن احمد حمزة الرملي (ت 957 ه) فتح الرحمان بشرح زيد بن رسلان علي به سيد بن شلتوت الشافعي ط1 دار المناهج بيروت

[3] لبنان 2009 م ص 779

[4] محمود محمد الطنطاوي الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية دار النهضة العربية القاهرة مصر 1979 ص 320

[5] والسفه. نقص في العقل واصله الخفة وسفه الحق جهله انظر : ابن منظر لسان العرب ج13 مصدر سابق ص 497

[6] الشربيني مغني المحتاج ج04 مصدر سابق ص 429

[7] أبو الحسن علي بن احمد بن مكرم الصعيدي العدوي حاشية العدوي على هامش شرح الخرشي ج4 دار صادر بيروت ص 817

[8] ابن قدامة المغني ج7 مصدر سابق ص 87

[9] .الدسوقي محمد بن احمد بن عرفة المالكي (ت 1230 ه) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج02 تحقيق محمد عليش مجلدات 04 دار الفكر بيروت لبنان (د.ت) ص 413

وان لم يأذن **الولي**[1] ولو حجر القاضي على السفيه ونحوه لم ينفد حجره عند ابي حنيفة وادا تصرف بعد الحجر ينفد تصرفه [2] لو قال السفيه: " ان دفعت لي كدا فانت طالق لم تطلق الا بالدفع اليه وتبرا به [3] وعليه ان يقع من زوج يصح طلاقه مسلما كان او دميا لأنه ملك الطلاق وهو مجرد اسقاط لا تحصيل فيه فان يملكه محصلا لعوض أولى [4] .

2 – من اختلف على حكم خلعه .

اختلف جمهور الفقهاء على من لا يعقل فانه ان لم يعقل بسبب عدر فيه كالنائم والمجنون والمريض ومن شرب دواء للتداوي فزال عقله او اكره على شرب الخمر حتى سكر لم يقع طلاقه لأنه نص في الخبر عن النائم والمجنون وقمنا عليهما الباقيين [5] وكانت اراء الفقهاء حولهم كالتالي :

أ– حكم خلع ولي الصبي والمجنون :

لقوله صلى الله عليه وسلم :" رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق "[6] والخلاف في خلع الولي :اتجاهين

01 – الاتجاه الأول :

دهب المالكية الى انه ادا اختلعت الزوجة من زوجها تم تكشف ان به جنون فانه يمضي الخلع وتسترد الزوجة العوض لأنه كان للزوجة الحق في الفرقة من غير شيء كمن اكتشفت ان به جذاما او برصا فانه لا يكون له من الخلع شيئا [7] وهدا دلالة على جواز الخلع من المجنون ويصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه ومن والد الصبي والمجنون ان صححنا طلاقهما عليهما وفي المذهب المالكي لا يصح "[8]

02– الاتجاه الثاني

وفي هدا يقول الشافعية : لا يجوز للاب ان يطلق امرأة الابن الأصغر بعوض وبغير عوض[9] فلم يجيزوا خلع الولي وعللوا دلك بان النكاح طريقة لشهوة فلا ولاية فيه وكدا خلع الصبي والمجنون ومن حكمهما كالمعتوه لان الطلاق لا يصح منهم فلا يصح الخلع منهم كذلك [10] لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "**رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق**" [11]

---

[1] الرملي فتح الرحمان بشرح زايد بن رسلان مرجع سابق ص 779

[2] الكاساني . علاء الدين بدائع الصنائع في ترتيب الشرائح دار الكتاب العربي ط2 الأجزاء 7.ج6 بيروت 1982 ص 172

[3] الماوردي. علي بن محمد بن حبيب (ت 450 ه) الحاوي الكبير تحقيق محمود مطرجي ج12 ط1 دار الفكر لبنان 2003 ص 350

[4] .ابن ضويان بن إبراهيم بن محمد بن سالم منار السبيل في شرح الدليل ج2 مكتبة المعارف ط02 الأجزاء 02 تحقيق القلحجي عصام الرياض السعودية 1405 ص 204

[5] الشيرازي المهدب في فقه الامام الشافعي ج02 مصدر سابق ص 70

[6] أبو محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري المجاور بمكة (ت 307ه) المنتقي من السنن المسندة المحقق عبد الله عمر البارودي مؤسسة الكتاب الثقافية رقم 187 ج1 ط1 بيروت لبنان 1408 – 1988 ص 46

[7] مالك بن انس بم مالك بن عامر الاصبحي المدني المدونة الكبرى الأجزاء 4 ط1 ج5 دار الكتب العلمية بيروت 1415 ه 1994 م ص 347

[8] ابن تيمية عبد السلام بن ابي القاسم الحراني المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل ج1 مكتبة المعارف ط02 الأجزاء 2 الرياض السعودية 1404 ص 44

[9] الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت 476 ه) المهدب في فقه الشافعي ج2 دار الفكر بيروت لبنان ص 71

[10] الطنطاوي الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مرجع سابق ص 320

[11] أبو الفصل احمد بن علي بن محمد بن احمد بن حجر العسقلاني (ت 852 ه) بلوغ المرام من ادلة الاحكام المحقق ماهر ياسين الفحل ط01 الأجزاء 01 دار القبس للنشر والتوزيع الرياض السعودية 1435 ه 2014 م ج 01 كتاب الطلاق رقم الحديث 5810 ص 411.

اما الحنفية قالو" وليس لهما مقصد معتبر شرعا خصوصا فيما يصرهما ولا يجوز لوليهما ان يخالع عنهما الا ادا رأى الولي المصلحة في ذلك"[1]

الترجيح :

وبالجملة فان العبارة الجامعة عند الجميع " من جاز طلاق جاز خلعه " والدي اراه ان الولي هو الدي تولى عقد النكاح وقد اقر له جمهور الفقهاء بمدأ الحق لما يعرف عنه من الشفقة على الصغيرة او الصغير ورعاية مصلحته فكدلك له الحق في رفع هدا النكاح لدات السبب وتقدير المصلحة في الأولى ليس بولي من تقديرها في الثانية وهدا الرد على من يجبرون زواج الصغير والصغيرة والأولى بمن منع الخلع عن الصغير ان يمنع تزويجه للابتداء اد ليس من المقبول ان يسمح لوليه بتزويج الصغير تم يمنع من خلعه.

ب – حكم خلع المكره : اختلف جمهور الفقهاء في خلع المكره وانقسموا الى قسمين :

القول الأول : هو قول للشافعية : عن عمر بن الخطاب وعلي ابن ابي طالب وابن عباس انه لا يصح خلع المكره [2] اما المالكية فقالو : ادا وقع الخلع من الزوجة مكرهة او الزوج مكرها او كان احدهما صغيرا فهدا ليس هو الخلع الذي ادن الله به فلا يصح[3]

القول الثاني : يرى ان خلع المكره جائز وبه قال الشعبي والنخعي والحنفية [4] واكراه الزوج على الخلع لا يبطله عندهم قياسا على الطلاق الدي يقع رغم الاكراه ولو ان رجلا اكره حتى خلع امراته فالخلع واقع لان الخلع من جانب الزوج طلاق والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق [5]

ج – حكم خلع السكران : هناك رائيين في حكم خلع السكران :

الراي الأول : لا يصح خلع السكران على القول الراجح من قول بعص الحنفية لأنه ليس له قصد صحيح والايقاع يعتمد القصد الصحيح وطلاق النائم لا يقع فطلاق السكران أولى ولو ارتد لم تصح ردته بالاتفاق ولا تقع الفرقة بينه وبين امراته ولو اعتبر هدا المعنى لحكم بصحة ردته [6]

الراي الثاني : يصح خلع السكران [7] وعند المالكية يصح طلاق المسلم المكلف ولو سكر حرام [8] وراي اخر للحنفية قالو فيه : " واذا خلع السكران امراته او طلقها فهو جائز "[9] بلغنا عن علي بن ابي طالب وابن مسعود وابن عباس انهم قالو : كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي [10]

رابعا – حكم خلع المريض مرض الموت :

---

[1] السرخي محمد بن ابي سهل أبو بكر المبسوط دار المعرفة الأجزاء 24 ج06 بيروت لبنان 1406 ص 178

[2] الرملي فتح الرحمان بشرح زيد ابن رسلان مصدر سابق ص 779

[3] محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت1250 ه) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار دار ابن حزم ط1 ص 418
ابن عابدين محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت 1252 ه) رد المختار على الدر المختار دار الفكر بيروت ط02 كتاب الطلاق

[4] (د.ب) عدد الأجزاء 06 ج03 1412 ه 1992 م ص 238

[5] السرخي المبسوط ج 24 كتاب الاكراه باب من اكره على النكاح والخلع مصدر سابق ص 85

أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (319 ه) الاشراف على مذاهب العلماء تحقيق صغير احمد الانصاري أبو حماد مكتبة مكة الثقافية الأجزاء ج05 ط01

[6] 10 راس الخيمة الامارات العربية المتحدة 1425 ه 2004 م ج05 ص 269

[7] .الرملي فتح الرحمان بشرح زيد ابن رسلان مصدر سابق ص 779

[8] 133 ابن موسى خليل بن إسحاق المالكي مختصر الخليل في فقه دار امام دار الهجرة تحقيق احمد علي حركات ج1 دار الفكر بيروت 1415 ه ص
أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (ت 189 ه) الأصل للشيباني تحقيق ودراسة الدكتور محمد بوينوكالن دار ابن حزم بيروت لبنان الطبعة

[9] الأولى 1433 ه- 2012 م عدد الأجزاء 12 كتاب الطلاق باب الخلع ج 04 ص 552
بن حجر العسقلاني فتح الباري في شرح صحيح البخاري ج9 مصدر سابق كتاب الطلاق باب الطلاق في الاغلاق والكره والسكران والجنون وامرهما

[10] .والغلط والنسيان في الطلاق والشرك رقم الحديث 4968 ص 293

يعرف مرض الموت بانه الحال الدي يكون عليه الشخص ويغلب فيه ظن الناس انه سبب موته [1] ويغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل الموت به فعلا ولوكان المريض قد توفي بسبب اخر حادث مثلا ما دامت وفاته قد وقعت في اثناء هدا المرض[2]، لكن اختلفوا في مدى حق الزوجة المختلعة في الرت من زوجها ان مات بعد اجراء الخلع معها ، واليك بعض أقوال الفقهاء في دلك :

1 – الحنفية : ادا اختلعت الزوجة الصحيحة والزوج مريض مرض الموت فالخلع جائز بما سمياه من بدل الخلع وتراضيا عليه، لان الزوج لو طلق بغير عوض كان طلاقه صحيحا فبالعوض أولى ولا ميراث لها لان الفرقة وقعت برضاها وحالة لو المختلعة صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل او كثر ، ويجيزون خلع المريض مرض الموت لانتقاء الشبهة قال أبو حنيفة ادا اختلعت المرأة من زوجها وهو مريض فلا ميراث لها منه .[3]

2 – المالكية : عن الامام مالك : رأيت ان اختلعت منه في مرضه فمات من مرضه دلك اترته ام لا ؟ قال مالك : " نعن ترثه وكدلك لو جعل امرها بيدها او خيرها فطلقت نفسها في مرض موته فإنها ترثه فكل طلاق وقع في المرض فالميراث للمرأة ادا مات من دلك المرض وبسببه كان ذلك لها[4] ، لكن المالكية مع قولهم بصحة الخلع قضاءا ذهبوا الى عدم جوازه ديانة لأنه يؤدي الى اخراج الوارث من الميراث في مرض موته وسواء في ذلك وفاته اثناء عدتها او بعد انتهائها وسواء تزوجت بغيره او لم تتزوج ودلك لأقدام الزوج على ما يتسبب عنه اخراج وارث من تركة كان له فيها حق والمدخول بها وغير المدخول بها[5].

3 – الشافعي : يجوز خلع المريض مرض الموت عندهم لان الرجل يملك الطلاق بدون عوض فخلعه طلاق بعوض يجوز بالأولى ولا ضرر فيه على المرأة مادام يملك طلاقها ، ومن الشافعية يقول المزني : " يجوز الخلع في المرض فادا كان الزوج هو المريض فخالعها باقل من مهرها ثم مات فجائز لأنه له ان يطلقها من غير شيء

4 – الحنابلة : قال بعضهم : " ولو خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة ان يعطوها اكثر من ميراثها[6] وجمهور الفقهاء قالو ان خلع المريض مرض الموت نافذ لأنه لو طلق في مرض موته بغير عوض لصح طلاقه فلئن يصح أولى بالجواز والصحة[7].

ثانيا :ركن الزوجة

يقال المختلعة والخالع ويقول الرازي : وخالعت المرأة بعلها ارادته على طلاقها ببدل منها له فهي خالع والاسم الخلعة بالضم وقد تخالعا واختلعت فهي مختلعة[8] ، وكما قيل في الزوج ان كل من صح طلاقه صح خلعه [9]، شرط صحة خلع المرأة ان يكون عقد الزوجية قائما وان تجري الخلع بنفسها فمن خلال استقراء الآية الكريمة نسبت الفداء لها " قال لا جناح عليهما فيما افتدت به " اما فيما يخص المرأة التي بها عيب من العيوب التالية : المرأة عديمة ، او ناقصة الاهلية المرأة الصغيرة السفيهة المجنونة فقد وردت فيها اراء وهي كما يلي :

أ: من يصح حكم الخلع منها اتفاقا :

---

[1] فصيل سعد شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق المؤسسة الوطنية للكتاب ج01 الجزائر 1986 ص 311
[2] محمد حسنين عقد البيع في القانون المدني الجزائري ط04 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1994 ص 216
الشيباني محمد ابن الحسن أبو عبد الله (ت189ه) الحجة على اهل المدينة ج4 ط 03 عدد الأجزاء 4 تحقيق مهدي حسن الكيلاني القادري عالم الكتب [3] بيروت 1403 ص 97
[4] مالك بن انس المدونة الكبرى مصدر سابق ص 185
الدردير الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي ج2 المحقق سيدي الشيح محمد عليش احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركائه [5] مصر ص 315
[6] إسماعيل بن يحي أبو إبراهيم المزني (ت 264ه) مختصر المزني على هامش الام الأجزاء 08 ج5 دار المعرفة بيروت 1410 ه 1990 م ص 190
[7] ابن قدامة المغني ج7 مصدر سابق ص 89
[8] الرازي مختار الصحاح ج1 مصدر سابق ص 78
[9] ابن قدامة المغني ج7 مصدر سابق ص 269

قد دل الحديث النبوي على ان المرأة اذا كرهت زوجها او خافت الا تقيم حدود الله فلا حرج عليها ان تفتدي نفسها كما انه لا جناح على الزوج ان يأخذ عنها ما تفتدي به.

أ1: الزوجة البالغ سن الرشد ولها أهلية :

اتفق الفقهاء على انه اذا كانت الزوجة بالغة عاقلة رشيدة مختارة يصح خلعها [1]، والتزمت بالعوض على ان يكون العقد بين الزوجين صحيحا وقد وافقهم الشافعي في جواز خلع الرشيدة فقال " انما يأخذ مال امرأة أجازته في مالها بالبلوغ والرشد والحرية [2] ، لا يقع الخلع من غير الزوجة الرشيدة لان غير الرشيدة لا تتمتع بأهلية الالتزام[3] ، ويشترط فيها حالة الخلع ان تكون متمتعة بأهلية التبرع وعليه فاذا كانت الزوجة التي خالعها زوجها لم تبلغ سن الرشد لم يلزمها بدل الخلع الا اذا وافق وليها على دلك [4]، وكدلك يجب على الزوجة ان تكون كاملة الاهلية خصوصا في التصرفات المالية[5].

2 : مخالفة الزوجة المعتدة من طلاق بائن وطلاق رجعي :

ان المعتدة لا تخلوا من ان تكون معتدة من طلاق بائن او رجعي وللفقهاء اراء خلعها اثناء عدة طلاقها كالآتي:

1 – الراي الاول :

اتفق جمهور الفقهاء على ان خلع المعتدة من طلاق بائن هو مجرد طلاق لا يجب به العوض لأن المقصود من الخلع هو بدل المال من الزوجة لتملك عصمتها وبما انها قد ملكت عصمتها بالطلاق البائن وزالت به أسباب الزوجية فلا يصح ان تدفع مالا فيما هو واقع فعلا ، ويجب على الزوج رد ما قد أخده منها وذهبوا كذلك الى القول بصحة خلع المعتدة من طلاق رجعي لكونها لا زالت في حكم الزوجة في الكثير من الأحكام وبما أن الزوج بإمكانه إرجاعها إليه فقد صح منها بذل المال عوضا لخلعها[6]

2 – الرأي الثاني :

وقد خالف بعض الشافعية راي الجمهور وقالو بعدم خلع المعتدة من طلاق رجعي لعدم الحاجة الى الافتداء لمأل امرها الى البينونة بانقضاء عدتها ولكنه قول ضعيف والاصح عندهم هو القول الأول [7]

الترجيح:

تعتبر المطلقة طلاقا رجعيا لا زالت زوجة في عصمة زوجها الدي بإمكانه ان يرجعها الى عصمته لكون ملك النكاح مازال باقيا عند المطلقة رجعيا لأجل دلك فلا مانع ان تبذل هده المطلقة الرجعية مالا عوضا عن طلاقها او خلعها فلا يبقى للزوج صلاحية ارجاعها.

ثالثا : حكم خلع المكرهة:

---

[1] إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح برهان الدين (ت 884 ه) المبدع في شرح المقنع عدد الأجزاء 8 ج 07 دار الكتب العلمية ط01 بيروت 1418 ه 1997 م ص 223

[2] البحيرمي سليمان بن محمد بن عمر الشافعي (ت 1221 ه) حاشية البحيرمي علي الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل الفاظ ابي شجاع عدد المجلدات 4 ج 03 دار الكتب العلمية بيروت لبنان ص 445

[3] مصطفى الحبل الدكتور مصطفة البغا علي الشرخي الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي رحمه الله دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع عدد الأجزاء 8 ج04 دمشق ط 04 1413 ه -1992 م ص 128

[4] بلحاج العربي الوجيز في قانون الاسرة الجزائري مرجع سابق ص 265

[5] المادة 40 غير المعدلة من الامر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المتضمن القانون المدني

[6] الخرشي محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله شرح مختصر خليل الخرشي دار الفكر الأجزاء 08 ج3 بيروت لبنان (د.ت) ص 169

[7] الرملي شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج6 دار الفكر بيروت 1984 ص 390

هناك حالتان إما ان يكرهها قاصدا دلك مع وجود سبب او ان يكرهها قاصدا دلك بدون سبب وقد اختلف الفقهاء على خلع المكرهة على الخلع من زوجها على قولين:

القول الأول: يصح الخلع

ان الخلع معلق على مجرد قبولها وقد قبلت فيقع طلاقا رجعيا لأنه طلاق ليس في مقابلة عوض وقد علق قبولها فقبلت ويحتمل ان يكون الطلاق بائنا بناء على ان الخلع من كنايات الطلاق التي يقع بها بائنا [1]، قال المالكية ان يكون خلع المرأة اختيارا منها وحبا في فراق الزوج من غير اكراه ولو ان المرأة مكرهة على إعطاء الألف وأقر الزوج ، انه كان راضيا به عند الاكراه لزمه الخلع وبانت منه بطلقة بائنة ولا شيء لها عليه من الألف ولا على الذي أكرهها لإقراره بالرضا ولولا دلك لم يلزم الطلاق [2] .

القول الثاني : لا يصح حكم الخلع

بناءا على ان الخلع يتضمن تعليق الطلاق على استحقاق الزوج بدلا عنه من المال وادا وقع الطلاق بالإكراه فلا يستحق المال لأن الطلاق لا يقع بالإكراه فكدلك الخلع لان الخلع على الراجح هو طلاق ولذا لا يصح الخلع مع المكرهة.[3]

الترجيح : إن اكراه الزوج زوجته على الخلع بالتضييق عليها لتختلع منه لم يلزمها دفع المال له لان الالتزام بالمال مع الاكراه غير صحيح اتفاقا .

ثالثا : حكم خلع الحائض : اختلف الفقهاء الى قولين كالتالي :

01 – القول الأول :

دهب بعض المالكية الى منع الخلع في الحيض لان علة المنع هي التعبد ومنع الخلع في الحيض وان رضيت به امراته لان الحق لها ولأنها أعطت عليه مالا ويلزم عليه ان يجبر المطلق وان لم تقم المرأة بدلك[4]

02 – القول الثاني :

اتفق جمهور الفقهاء على انه لا باس بالخلع سواء كانت الزوجة في الحيض او في الطهر الدي أصابها فيه وان الخلع لا يكره في حالة الحيض بالأجماع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسأل زوجة ثابت بن قيس حين خالعها زوجها[5] عن حالها هل هي في حالة طهر ام لا [6]وعليه لباس بالخلع في الحيض والطهر الدي أصابها فيه لان الخلع يحصل بسؤالها فيكون دلك رضاء منها ودليلا على رجحان مصلحتها

[1] ابن نجيم البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ج04 مصدر سابق ص 82
حجي – محمد عبد العزيز الدباغ –عبد الله المرابط الترغي – محمد الأمين بوخبزة –احمد الخطابي دار الغرب الإسلامي بيروت ط 1 1999 م عدد
[2] .الأجزاء 15 ج 10 كتاب الاكراه باب الاكراه في الخلع والعتق ص 260
[3] الجويني (374 ه) نهاية المطلب ج13 ط1 دار المنهاج جدة 1428 ه ص 288
[4] الدسوقي حاشية الدسوقي ج2 مصدر سابق ص 323
[5] الشربيني مغني المحتاج مصدر سابق ص 409
[6] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وادلته مرجع سابق ص 485

فيه[1] .ومنهم من قال ان علة المنع هب عدم تطويل العدة قالو : لا بدعة فيه لان الخلع قد تم برضاها [2] مما يدل على رجحان مصلحتها فما دامت الزوجة تملك نفسها بالاختلاع فلا شك ان لها فائدة في تعجيل الإبانة [3]

الترجيح :

دهب جمهور الفقهاء الى ان الخلع جائز في كل وقت حتى ولو في الحيض او في الطهر الدي جامعها فيه ، لان المنع من الطلاق في الحيض من اجل الضرر الذي يلحقها بتطويل العدة ، والخلع شرع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه ودلك اعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع اعلاهما أي الضررين – بادناهما [4] ، ومن هنا ارجح ان يدفع اشد الضررين باخفهما ولدا فان الخلع يكون صحيحا سواء وقع في حالة طهر او في حالة حيض .

ولم يذكر المشرع الجزائري في المادة 54 (ق.أ.ج) أي امر يتعلق بوقت انعقاد الخلع في الطهر او في الحيض ولدا فانه يلزم الرجوع الى احكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 (ق.ا.ج) .

الفرع الثاني : من لا يصح حكم الخلع منها : اختلف الفقهاء في من يصح خلعها كالتالي :

أولا : مخالعة السفيهة والمغفلة والمحجور عليها :

سميت سفيهة لضعف عقلها ولأنها لا تحسن سياسة المال " سفه" نفسه أي في نفسه أي صار سفيها او سفهت نفسه أي صارت سفيهة ونصب على التمييز او بمعنى جهل من سفه رايه جهله[5]،وسميت سفيهة لضعف عقلها ولأنها لا تحسن سياسة مالها وكدلك الأولاد ما لم يؤنس رشدهم [6] وفي قوله عز وجل ((**فغن كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا أولا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل**))[7]

حيث جعل للسفيه وليا يتصرف عنه فادا خالعت السفيهة او المغفلة [8] زوجها بمال فهل يقع الطلاق ويلزمها العوض ام لا يقع ؟

..... وللمسألة صورتان عند الفقهاء.

الصورة 01 – عدم صحة الخلع:

لان المرأة المحجور عليها بسفه لا يصح تبرعها وفي هده الحالة يقع خلعها طلاقا رجعيا ، ومن بين الفقهاء من قال انه لا يصح هم .

المالكية : قالو انه لا يصح الخلع من السفيهة بغير ادن الولي وادا اختلعت وسلمت البدل وجب رده اليها لأنه تبرع وهي ليست اهل للتبرع ، اما بالنسبة لخلع الاب عن البنت السفيهة فهناك قولان[9] :

الأول : يجوز له دلك تنزيلا لها بمنزلة البكر مادامت في ولاية الاب .

الثاني : لا يجوز له دلك الا بإذنها وهدا القول هو المعمول به وهو الأصل المذهب.

---

[1] المزني مختصر المزني على هامش الام ج5 مصدر سابق ص 188
[2] ابن قدامة المغني ج7 مصدر سابق ص 52
[3] .ابن تيمية ، احمد بن عبد الحليم مجموع فتاوي ج03 وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة مجمع الملك فهد السعودية 2004 ص 45
صحيح فقه السنة وادلته وتوضيح مذاهب الائمة أبو مالك كمال بن السيد سالم ناصر الدين الالباني عبد العزيز بن باز محمد بن عثيمين المكتبة التوفيقية
[4] .القاهرة مصر 2003 عدد الأجزاء 4 ج 03 ص 357
[5] ه – 1967 م عدد الأجزاء 5 حرف السين ج03 ص 83 1387
[6] ابن منظور لسان العرب فصل السين ج13 مصدر سابق ص 499
[7] .سورة البقرة الآية 282
[8] الفيومي المصباح المنير ج02 ص 449
خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت776 ه) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب المحقق احمد بم عبد
[9] الكريم نجيب ط01 الأجزاء 8 ج4 نجيب وبه للمخطوطات وخدمة الثرات (د د) 2008 م ص 238

الشافعية : لا يقع الخلع من غير الزوجة الرشيدة ، لان غير الرشيدة لا تتمتع بأهلية الالتزام فلا تملك التصرف فان خالعها الزوج وقع طلاقا رجعيا عاديا ، ولا يثبت له به شيء من مهرها [1]

وقالو يشترط في ملتزم العوض ان يكون مطلق التصرف المالي فإذا كان محجورا عليه لسفه فإنه لا يصح التزامه ولو بإذن الولي فلو أدن الولي للزوجة المحجور عليها لسفه في مخالعة زوجها بمال ففعلت يصح خلعها ولا يلزمها المال لأنها ليست من اهل الالتزام وليس لوليها ان يبدل مالها في العوض [2] ، وللشافعي قول جامع في ذلك " من يجوز خلعه من النساء هي كل من جاز امرها في مالها فجاز خلعها ، ومن لم يجز امره في ماله فنرد خلعه فإن كانت بالغا ليست برشيدة او محجورا عليها او مغلوبة على عقلها فاختلعت من زوجها فكل ما أخد منها مردود عليها" [3]

الحنابلة : قال المرداوي " وإن خالعته المحجور عليها لم يصح الخلع سوآءا ادن لها الولي او لا ، لأنه لا إدن له في التبرع " وقيل يصح ادا ادن لها الولي " قلت : " ان كان في مصلحه صح بادنه والا فلا " [4] .ادن يصح الخلع اذا كان فيه ضرر شرعي كل من الصغيرة والسفيهة وذات الرق ، وقيدنا الضرر بغير الشرعي للاحتراز عما لو ضرها على ترك الصلاة او الغسل الواجب او شتمته فانه في امساكها مع تأديبها او يفارقها ولو بشيء يأخذه منها فإنه يحل له اخده ولا ترجع به[5].

الصورة 02 – صحة حكم الخلع :

ومن بين الفقهاء من قال انه يصح هم الحنفية وقالو اذا السفيهة خالعت على مال جاز الخلع فلان وقوع الطلاق فيه يعتمد القبول منها وقد تحقق ولم يلزمها المال وعدم التزامها بالبدل فلأنها بذلت مالها فيما لا منفعة ظاهرة لها فيه فتعتبر كالصغيرة اذا اختلعت من زوجها واذا اختلعها الاب فان ضمن المال صح الخلع ولزم المال والا فلا يجوز لولي السفيهة ان يخالع عنها الا اذا أدنت له بدلك وكان في خلعها مصلحة ظاهرة لها كتخليصها من سوء عشرته ومن ظلمه لها واعتداله عليها [6]

الترجيح :

حالة الزوجة السفيهة اذا ثبت لدى القاضي لان الزوجة المختلعة كانت سفيهة حكم بسقوط العوض عنها واسترداده من الزوج اذا كان قد اخده منها ، استنادا الى ما اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة من عدم لزوم أي بدل في مثل هده الحالة ويحكم القاصي أيضا بوقوع الفرقة بالطلاق في حالة خلع الزوجة السفيهة ويقع هدا الطلاق رجعيا عند الحنفية وبائنا عند الشافعية والمالكية[7].

موقف المشرع الجزائري :

جاء في القانون المدني في المادة 43 منه على ان السفيه ناقص الاهلية وناقص الاهلية ليس لديه أهلية التبرع .[8]

مصطفى الخين الدكتور مصطفة البغا علي الشرخي الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي رحمه الله دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع عدد الأجزاء 8

[1] ج 04 دمشق ط 04 1413 ه – 1992 م ص 128

القزويني : عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم أبو القاسم الرافعي (ت623 ه) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير المحقق علي محمد عوض

[2] عادل احمد عبد الموجود دار الكتب العلمية الأجزاء 13 ج08 ط01 بيروت لبنان 1417 ه 1997 م ص 411

[3] الشافعي الام ج5 مصدر سابق ص 199

المرداوي علي بن سليمان بن احمد الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف تحقيق محمد حامد المنفي ط 02 ج08 دار احياء الثرات العربي (د.ب) 1975

[4] م ص 392

[5] احمد بن غنيم بن سالم الفواكه الدواني رسالة بن ابي زيد القيرواني ج3 مكتبة الثقافة الدينية (د د) 1984 ص 1048

[6] .عبد الكريم زيدان المفصل في احكام المراة في الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة ط3 ج8 بيروت 1997 ص 157-160

[7] الدردير الشرح الكبير ج02 مصدر سابق ص 348

[8] "نص المادة 43 (ق م) كل من سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها او ذا غفلة يكون ناقص الاهلية وفقا لما يقرره القانون

وعلى دلك فلا يجوز خلع السفيهة وعليه تأخذ المغفلة في تصرفاتهم حكم السفيهة حيت يتم الحجر عليها وتمنع من التصرف في أموالها وعليه فالبدل لا يلزمها لأنه لا تتوفر فيها شروط التبرع.

ثانيا : مخالعة الصغيرة والمجنونة : هناك حالتين لخلع الصغيرة [1] والمجنونة[2] وهما :

أ – صحة حكم الخلع :

يروي فقهاء الشريعة الإسلامية صحة خلع الصغيرة المميزة دون الصغيرة غير المميزة والمجنونة وان الطلاق يقع بالخلع وبكن لا يلزمها العوض باعتبار الخلع تبرع وهي ليست اهلا لذلك اما اداكان البدل من مال الولي فان الخلع صحيح والبدل صحيح [3] .

1 – عند الحنفية : قالو "" ان الصغيرة العاقلة ادا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال[4] وادا تولى أبو الزوجة الصغيرة والمجنونة الخلع بالاتفاق مع الزوج خلعها او طلقها في نظير مال التزم به فيقع الطلاق بائنا لان الزوج علقه بقبول الاب ويلزمه المال ولا يسقط بهدا الخلع شيء من حقوق الزوجة التي تسقط بالخلع عند ابي حنيفة [5] اما ادا قبل الاب الخلع ولم يلتزم بدفع البدل من ماله بل أضاف القبول الى مال ابنته فان المال لا يلزمها ولا يلزم الاب ايضا لان بدل الخلع فيه معنى التبرع ولا يملك احد ان يتبرع من مال غيره ولو كان وليا عليه [6] وليس للاب خلع ابنته الصغيرة او المجنونة او السفيهة بشئ من مالها [7] .

2 – المالكية والحنابلة : يرى المالكية انه ادا خالع الولي من ماله فالخلع جائز واداكان من مالها وكانت ممن تجبر على الزواج فالخلع كدلك جائز والبدل جائز ، اما الحنابلة فلهما روايتان يقول في المبدع " وهل للاب خلع زوجة ابنه الصغير او طلاقها ؟ على روايتين احداهما له دلك أي يصح خلعه "[8]

ب – عدم صحة الخلع :

ادا تولت الزوجة الصغيرة والمجنونة الخلع بنفسها فالخلع باطل لا يترتب عليه أي اثر لأنه علق خلعها على قبولها وهوغير معتبر فلم يتحقق الشرط الدي علق عليه الطلاق [9] ، قوله صلى الله عليه وسلم وعن المجنون حتى يفيق

وهو بعص الروايات : رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلي حتى يبرأ وعن الصبي حتى يكبر [8] وهو قول عدد من الفقهاء وهم :

1 – الحنفية لا يصح مخالعة المجنونة اداكانت هي الملتزمة ببدل الخلع [10] اما في خلع الولي على الصغيرة من مالها لا يجوز فان هدا الخلع لا يصح لا ن الخلع يترتب عليه اثأر مالي يعود على جهة الزوجة والصغيرة ليست اهلا للتبرع لقصورها .

---

[1] محمد عميم الاحسام المجددب البركني التعريفات الفقهية دار الكتب العلمية ط01 (د ب) 1424 ه لا2003 م ص 128

[2] محمد مختار عبد الحميد عمر 1424 ه نعجم اللغة العربية المعاصرة عالم الكتب الأجزاء 4 ج1 ط01 1429 ه -2008 ص 408

[3] عمر خليل فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الاسرة والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه جامعة سيدي بلعباس الجزائر 2007 م ص 179

[4] ابن الهمام كمال الدين بن عبد الواحد (ت 861ه) فتح القدير شرح الهداية مصطفى البابي الحلبي ج03 مصر 1970 ص 220

[5] محمد مصطفى شلبي احكام الاسرة دراسة مقارنة بين فقه المذاهب والمذهب الجعفري و للقانون مرجع سابق ص 541
بدران أبو العينين بدران الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ج1 دار النهضة العربية بيروت 1967

[6] .ص 403

[7] البهوني كشاف القناع ج05 مصدر سابق ص 214 انظر النووي المجموع شرح المهدب ج09 مصدر سابق ص 16

[8] ابن المفلح المبدع ج7 مصدر سابق ص 223

[9] محمد مصطفى شلبي احكام الاسرة بين الفقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون مرجع سابق ص 541
الزيلعي جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد (ت762ه) نصب الراية لاحاديث الهداية مع حاشيته بغية الالمعي في تخريج الزيلعي المحقق محمد عوامة مؤسسة الريان للطباعة والنشر بيروت لبنان دار القبلة للثقافة الإسلامية عدد الأجزاء 4 ج04 ط01 جدة السعودية 1418 ه 1997 م كتاب

[10] الحجر ص 164

2 – الحنابلة : لهما روايتان والاشهر عدم الجواز وهل للاب خلع زوجة ابنه الصغير او طلاقها ؟ على روايتين احداهما له دلك لأنه يصح ان يخلع الزوجة بعوض والاشهر لا يملكه كما دهب الى انه يقع الطلاق في حالة ما اذا كانت المختلعة صغيرة او مجنونة ما لم يعلق الزوج الخلع على استحقاق المال اما اذا رد العوض او اسقطه فلا تقع فرقة ، والرواية الثانية تقول "" ليس له خلع زوجة ابنه الصغير ولا طلاقها ولا ابنته الصغيرة من مالها [1] .

3 – الشافعية : قال الشافعي " من يجوز خلعه من النساء ان ينظر الى كل من جاز امره في ماله فنجيز خلعه ومن لم يجز امره في ماله فنرد خلعه فان كانت المرأة صبية لم تبلغ او بالغا ليست برشيدة او محجورا عليها او مغلوبة على عقلها فاختلعت من زوجها بشيء قل او كثر فكل ما اخد منها مردود عليها [2] أي عدم صحة خلع الزوجة الصغيرة سواء كانت مميزة او غير مميزة وكدا الزوجة المجنونة فلا تقع أي فرقة عندهم ،" لم يجيزوا التزام البدل في خلعهن لقصور اهليتهن واعتبروه طلاقا رجعيا لاستقلال الزوج به ، لأنه لا يصح التزام الزوجة بالمال " [3] .

موقف المشرع الجزائري:

في نظر المشرع الجزائري فانهما تأخذ حكم المجنونة فتعتبر فاقدة الاهلية طبقا لنص الماد 42 من القانون المدني اما بالنسبة لأهلية التبرع فانه لا يعتد بالأهلية الناقصة او المعدومة الا بعد تمام الاهلية.

ثالثا – حكم خلع المريضة مرض الموت:

اتفق جمهور العلماء على صحة خلع المريضة مرض الموت ويلزمها البدل الدي قبلته ، بشرط الا يكون هدا البدل اكثر من ثلث تركتها لكونها بمنزلة المتبرع في هده الحالة ، لان ميراثه منها منتفي لانتفاء الزوجية والتي هي سبب الإرث ، الا انهم اختلفوا في القدر الدي يجب ان تبدله للزوج مخافة ان تكون راغبة في محاباة الزوج على حساب الورثة [4]، او الاضرار بهم ولهم في دلك عدة اراء :

الراي الأول – راي الحنفية :

وعن ابي حنفية : ينظر الى ما اعطته والى ميراثه منها والى ثلث مالها فيعطي الزوج اقل من ذلك كله، وان انقضت عدتها قبل ان تموت اعطى الزوج الأقل مما اعطته من ثلث مالها ، في حين اجازه البعض اذا كان العوض لا يتعدى ثلث التركة.[5]

الراي الثاني – راي المالكية :

قيل للإمام مالك : " أرأيت ان اختلعت المريضة من زوجها في مرضها من جميع مالها ايجوز هدا ام لا ؟ فقال : لا يجوز دلك قلت : أيرثها ؟ قال مالك : لا يرثها قال مالكا في المدونة ومن اختلعت في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها وقال

[1] ابن بليان محمد بن بدر الدين الدمشقي احضر المختصرات في الفقه على مذهب الامام احمد ج1 دار البشائر الإسلامية بيروت لبنان 1416 ه ص 226
[2] الشافعي محمد بن ادريس الام دار المعرفة ط2 ج5 بيروت لبنان 1393 ه ص 199
[3] البحيرمي حاشية البحيرمي ج3 مصدر سابق ص 445
[4] محمد محي الدين عبد الحميد الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية المكتبة العلمية بيروت 2007 م ص 343
[5] هشام حسن مهدلي الخلع بين الفقه والقانون دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر 2000 ص 27

ابن القاسم فيها وانا أرى انها ادا اختلعت منه بأكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد وان اختلعت منه بقدر ميراثه فاقل فذلك جائز ولا يتوارثان[1]

الراي الثالث – راي الحنابلة :

ادا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع ، وان خالعته بزيادة ، بطلب الزيادة وهدا قول الثوري واسحاق ، وقال أبو حنيفة : له العوض كله فان حابته فمن الثلث لأنه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له ، وادا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع وللورثة ان يرجعوا عليه بالزيادة مخالعة المريضة صحيحة بلا ريب كبيعها ونحو دلك تم ان كان المسمى قدر ميراثها منه فاقل فلا كلام وان كان ازيد وقف الزائد على إجازة الورثة لأنها ادا متهمة لاحتمال قصدها ان يعطي زيادة على ارثه[2]

كما قالو يصح خلع المريضة اداكان العوض بمقدار ميراثه منها فما دون وان خالعته بزيادة بطلب الزيادة فقط

الفرع الثاني : العوض والصيغة

العوض هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل خلاص نفسها منه والصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزواج وقبوله من الزوجة ، في هدا المطلب سنحاول ان نتناول العوض كفرع اول والصيغة كفرع ثاني

أولا العوض

يكره للزوج اخد أي شيء مما دفعه للزوجة اداكان النشوز من جهته الا في حالة اشتداد النزاع بينهما ومخالفة الا يقيما حدود الله فهدا يجوز ان يأخذ منها ما تفتدي به نفسها مقابل طلاقها والعوض هو المقابل الدي تدفعه الزوجة.

أ - شروط العوض

اختلف الفقهاء في اشتراط وجود الشقاق بين الزوجين لجواز اخد الزوج العوض من زوجته فمنهم من لا يشترط وجود الشقاق بل يجوز مع الكراهة اخد العوض من الزوجة في حالة الوفاق بين الزوجين وهو قول الحنفية المالكية الشافعية والحنابلة ومنهم من لا يجيز اخد المال الا بوجود الكراهية منه او منهما معا وهدا قول الظاهرية واحمد في رواية وابن المنذر [3] .

اما من ناحية شرط عدم العضل فقد اتفق الفقهاء على انه لا يجوز عضل الزوج زوجته وإساءة عشرتها ليحملها على افتداء نفسها منه ، ولكن ادا فعل ذلك فقد اختلفوا في أخد العوض منها فذهب الحنفية الى انه يجوز للزوج ان يعضل زوجته ولا يبطل بعضله الخلع ادا طلبت المخالعة ولكن لا يطيب له اخد العوض اما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة فقالو ان الخلع باطل في هده الحالة والعوض مردود عليها ويقع به طلاق رجعي[4]

اما شروط العوض العامة ففيه تفصي المذاهب

---

[1] الشيباني الحجة على اهل المدينة ج4 مصدر سابق ص 97

[2] محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (ت 1101 ه) شرح مختصر خليل للخرشي الأجزاء 8 ج04 بيروت لبنان ص 807

[3] عامر سعيد الزيباري مرجع سابق ص 151

[4] عامر سعيد الزيباري مرجع سابق ص 157-158

1 – الحنفية : قالو ما جاز ان يكون مهرا حاز ان يكون بدلا ، فان كان العوض هو الصداق فحكمه ان الصداق ان كان مقبوضا فعليها ان ترده للزوج وان كان غير مقبوض فانه يسقط عن الزوج [1] ، وان كان الخلع على خمر او خنزير وقبل فلا شيء للزوج عليها والفرقة بانته ادا خالعته على مال مغصوب ليس ملكا لها فان الخلع يصح والتسمية تصح ادا اجازه المالك اخده الزوج وان لم يجزه كان له قيمته ، يصح ان خالعته على شيء محتمل كأن قالت له : خالعتك على ما في بطون الغنم او ثمر نخلي فان وجدو كان له دلك وان لم يكم موجودا لومها رد ما قبضت من المهر. كما انها ادا خالعته على مال غير معين ، فدلك على ثلاثة أوجه احدها : ان لا تدكر مالا أصلا كان قالت له : خالعني على ما في بيتي ثانيها : ان تذكر مالا ليس موجودا في الحال ولكن يوجد بعد ، ثالثها : ان تذكر مالا مجهولا ولكنه موجود في الحال كما ادا قالت خالعني على الولد الدي في بطن هده الناقة ، او على الثمر الموجود على النخيل

ويصح الخلع على نفقة العدة والمتعة ولكن بشرط ان ينص عليها في الخلع ويصح أيضا على نفقة الولد مدة معينة سواء كان رضيعا اوفطيما [2]

2 – الشافعية : قالو يشترط في العوض ان يكون مقصودا أي له قيمة وان يكون راجعا الى جهة الزوج وان يكون معلوما وان يكون مقدورا على تسمية ، وان يكون حلال غير فاسد فيشترط في العوض ما يشترط في الصداق ، ويرد عليه ان الصداق يصح على تعليم بعض القران بنفسه فانه يصح ان يكون صداقا ولا يكون بدل خلع لأنها لو خالعته على ان تعلمه بعض القران بنفسها فانه لا يصح لأنها تكون بعد الخلع اجنبية عنه لا يجوز ان تعلمه .

3 – المالكية: لا فرق في ان يكون عقارا او منقولا ، ولا فرق ان يكون مالا معلوما او مجهولا او مستقبليا كالثمار ويصح ان ينصب على الغرر الذي لا يكون صلاحه مضمونا كالجنين الذي في بطن امه والجمل الشارد والثمرة التي لم يبدأ صلاحها ، ما يثمر النخل في السنة ، وما تلد الغنم في العام وكذلك ما يملك بالهبة والوصية ولو خالعها على خمر او خنزير او ما لا يحل من تعجيل دين مؤجل نفذ الخلع وبطل العوض وبقي الدين المؤجل الى اجله ويكون الطلاق بالتراضي بائنا [3] .

4 – الحنابلة: قالو يشترط في عوض الخلع ان يكون حلال فادا خالعها على خمر او خنزير او نحوهما وهما يعلمان تحريمه فان الخلع يقع فاسدا أما اداكان لا يعلمان تحريمه فانه يصح الخلع بالمجهول ولا يشترط ان يكون موجودا، وقد يكون العوض على ارضاع ولده لمدة معينة دون ان يدفع لها النفقة اثناء تلك الفترة[4].

ب - مقدار العوض :

وقع خلاف بين الفقهاء حول مقدار العوض فقال بعضهم يتحدد مقدار العوض بما أعطاها وقال بعضهم يجوز بأكثر ما أعطاها.

القول الأول: قالو انه لا يجوز للزوج ان يأخذ اكثر مما أعطاها فان خالعها على ذلك وقع الخلع بقدر المهر الدي قد أعطاها ، وبطل الزائد ، ولو وقع الخلع معلقا على التزامها بما زاد على المهر لم يقع لعدم تحقق ما علق عليه ، واليه ذهب عطاء ولإعوازي وطاووس ، ووجه الدلالة من الآية الى ان العوض راجع الى ما أعطاها [5]

[1] الكاساني مرجع سابق ج3 ص 151
[2] عبد الرحمان الجزيري مرجع سابق ج4 ص 359-362
[3] أبو الوليد الباجي المنتقي شرح الموطأ ط1 ج4 مطبعة السعادة مصر 1332 ه ص 63
[4] عبد الرحمان الجزيري مرجع سابق ج4 ص 366-367
[5] ابن قداسة المقدسي مرجع سابق ج7 ص 325

وما روي عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم قالت له " والله ما عتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني اكره الكفر في الإسلام، لا اطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم " اتردين عليه الحديقة «قالت نعم فأمره النبي صلى الله عليه وسلم ان يأخذ منها حديقته ولا يزداد [1] ووجه الدلالة ان النبي نهي عن اخد الزيادة ولو كان جائزا لما امره بالاقتصار على ما أعطاها

القول الثاني: قالو ان مقدار العوض يتحدد بما يتفق عليه الزوجان في المخالعة دون اعتبار لما أعطاها الزوج من مهر او غيره سواء تجاوز المهر الدي أعطاها او ساوته او كان اقل منه، وبه قال **الحنفية** [2] **والشافعية** [3] **والمالكية** [4] **والحنابلة** [5] **وابن جزم من الظاهرية** [6] ووجه الدلالة ان العوض عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان او كثيرا زائد عن المهر او اقل منه وكدلك روي ان امرأة نشزت في عهد عمر بن الخطاب على زوجها فرفعها اليه فذكر له القصة، فقال عمر لزوجها: اخلعها ولو من قرطها [7]

وعن نافع مولى لبن عمر عن مولاة لصفية بنت ابي عبيد انها اختلعت من زوجها بكل شيء، فلم يذكر ذلك ابن عمر، كما استدلوا كذلك ان المرأة لا ترضى في عقد النكاح الا بالصداق الكثير، فكذلك للزوج ان لا يرضى عند المخالعة الا بالعوض الكثير، لا سيما وقد أظهرت الاستخفاف بالزوج حيث كرهته وأظهرت بغضا له [8]

ج - موقف القانون الجزائري :

لم يتعرض القانون الجزائري الى شروط العوض في قانون الاسرة ، والعوض لا يمكن ان يكون الا مبلغا من المال كما نص عليه قانون الاسرة يمكن ان يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة داخل الوطن وخارجه كما يمكن ان تكون من الأشياء التي يمكن تقويمها بالمال وبعبارة ادق كل ما صح ان يكون صداقا شرعيا صح ان يكون بدل الخلع ، وعلى هدا الأساس يمكن القول ان يكون مبلغا من الدينارات الجزائرية او سيارة او بيت كما يمكن ان يكون للزوج على الزوجة او أي شيء متقوم بالمال ، كما يمكن ان يكون العوض مؤجل صداق الزوجة او نفقة المحضون او نفقة العدة المقررة شرعا ، ولا يجوز ان تتنازل الزوجة عن حضانة أولادها مقابل الخلع لان الحضانة فيها حق المحضون وليس حق الزوجة ، اما ادا لم يتفقا على مقابل الخلع يتدخل القاضي بموجب م 54 من قانون الاسرة المعدل تحت رقم 02/05 ليحسم الخلاف بين الزوجين على مقابل الخلع على ان لا يتجاوز صداق المثل [9] وبقوله في المادة (ادا لم يتفق الزوجين) دل على ان المشرع الجزائري اخد بالراي الثاني في مسالة مقدار العوض القائلين ان العوض يتحدد بما يتفق عليه الزوجان وفي حالة لم يتفقا يتدخل القاضي.

ثانيا : الصيغة

الصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج وقبوله من الزوجة وصيغة العقد هي ما لم يتحقق به الايجاب والقبول فهي صورته في الخارج التي يوجد بها.

---

[1] ابن ماجة سنن ابن ماجة كتاب الطلاق باب المختلعة تأخذ ما أعطاها حديث رقم 2056 ص 355
[2] السرخسي مرجع سابق ج6 ص 183
[3] الماوردي مرجع سابق ج10ص 12
[4] ابن رشد مرجع سابق ج3 ص 90
[5] ابن قدامة المقدسي مرجع سابق ج7 ص 325
[6] ابن حزم مرجع سابق ج9 ص 511
[7] ابن حزم مرجع سابق ج9 ص 520
[8] عامر سعيد الزيباري مرجع سابق ص 168-170
[9] عبد الكريم زيدان مرجع سابق ج8 ص 164

وفي الأصل ان الصيغة عند انشاء العقود تكون باللفظ ، فادا تعدر اللفظ كما في الاخرس و الخرساء فالإيجاب والقبول يكون بالإشارة وقد تكون الصيغة بالمعاطاة أي بأفعال يقوم بها طرفا العقد او احدهما[1]. كما يجب ان تتوافر مجموعة من الشروط في الصيغة وهذا سنبينه في الاتي :

أولا : الفاظ الصيغة

أ – **الصيغة باللفظ** : تعددت الالفاظ بين فقهاء المذاهب الأربعة :

- **الحنفية** : قالو الفاظ الخلع خمسة : خالعتك ، باينتك ، لا راتك فارقتك ، طلقي نفسك ويزاد على هده الالفاظ لفظ البيع والشراء كبعث نفسك او طلاقك على كدا وهو لفظ صريح[2].
- **الشافعية** : قالو ان صيغة الخلع هي كل لفظ من الفاظ الطلاق صريحة وكناية ومن كنايته لفظ بيع وفسخ فادا قال له بعتك نفسك بألف ناويا الطلاق فقالت قبلت كان خلعه صحيحا تبين به ويلزمها العوض اما ادا قال لها فسخت نكاحك بألف في هده الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقا ينقص عدد الطلقات ، ومثال صريح الطلاق ان تقول له طلقني على عشرين ، فقال طلقتك على دلك فانه يكون طلاقا صريحا بائنا يقع بدون نية [3]
- **المالكية** : عندهم إيقاع الطلاق بلفظ الجمع وما في معناه ولو بدون عوض حيث يقع الطلاق بائن ومن هده الالفاظ الصلح والابراء والاقتداء ،كما لو قال لها صالحتك او انا مصالح لك او انت مصالحة ، او انا مبريك او انت مبراة او انا مفتد منك او انت مفتداة[4]
- **وقال الظاهرية** : الخلع هو الافتداء، للزوجة ان تفتدي من زوجها ويطلقها ان رضى هو ، ويبدو من قولهم انهم لا يشترطون لفظا معينا للصيغة ، فعندهم كل فرقة على مال تعتبر خلعا.[5]

ب– الصيغة بالمعاطاة : اختلف الفقهاء في صحة إيقاع الخلع بالمعاطاة بان تقوم الزوجة بفعل معين يدل على ارادتها إيقاع الخلع فيعتبر ذلك إيجابا منها ويقوم الزوج بم يدل على قبوله كان يستلم البدل منها ولا يمنعها من الخروج من بيت الزوجية وفي هده المسألة قولين :

القول الأول : يرى جواز الخلع بالمعاطاة اليه دهب المالكية وبعض الحنابلة والزيدية على ما يستفاد من اقوالهم فقد جاء في فقه المالكية (وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق ان جري لها عرف – أي المعاطاة– كان يجري عرفهم بانها متى دفعت له اسورتها او عقدها فأخده وانصرف كان دلك خلعه ومثله قيام القرينة) واستدلوا أصحاب هدا القول بالعرف لانهم قالو بجواز الخلع بالمعاطاة بناء على جريان العرف بذلك ومنهم من علق الجواز بجريان العرف به ولا شك ان للعرف الصحيح اعتبارا في الشرع ، واستدلوا بقصة خلع ثابت بن قيس جاء فيها قول النبي صلى الله عليه وسلم " اتردين عليه الحديقة " قالت نعم ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقال " خد ما اعطيتها ولا تزداد ولم يستدعي منه لفظ [6] .

القول الثاني : لا يجيز عقد الخلع بالمعاطاة وهو قول الشافعية والحنابلة وادلتهم ان الخلع تصرف في البضع

---

[1] المرجع نفسه ج8 ص 168
[2] عبد الكريم زيدان مرجع سابق ج8 ص 249-250
[3] عبد الرحمان الجزيري مرجع سابق ج4 ص 371
[4] الدسوقي مرجع سابق ج8 ص 351
[5] عبد الكريم زيدان مرجع سابق ج8 ص 170
[6] عبد الكريم زيدان مرجع سابق ج8 ص 166

*أي في رفع قيد النكاح * بعوض فلم يصح بدون اللفظ كعقد النكاح وايقاع الطلاق واخد المال قبض لعوض فلم يقم بمجرده مقام الايجاب كقبض اح العوضين في البيع ، والخلع ان كان طلاقا فلا يقع بدون صريحة او كنايته وان كان فسخا فهو احد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد كما استدلوا بحديث ابن عباس لما قال النبي صلى الله عليه وسلم " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة " [1]

ج – شروط الصيغة:

شروط الصيغة فيها تفصيل المذاهب :

1 – الحنفية : يشترط في صحة الصيغة ان تكون الزوجة عالمة بمعنى الخلع فادا كانت اعجمية ولقنها زوجها بالعربية كلمات * اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة * فقالت هده الكلمات وهي لا تعرف معناها وقبل الزوج فانها تطلق منه بائنا ، ولا شيء له قبلها تم ان الخلع بالنسبة للزوج يمين فلو ابتدأ الخلع لا يملك الرجوع عنه وكذا لا يملك فسخه ، ولا نهي المراة عن قبوله وله ان يعلقه بشرط ويضيفه الى وقت كما يصح للزوج الخيار في بدل الخلع ادا وجد به عيبا فاحشا ، اما العيب اليسير فلا خيار له فيه ،كذلك يشترط مطابقة الايجاب للقبول ولا يشترط ان تكون النية في الفاظ الخلع.

2 – المالكية : اشترطوا ثلاث شروط بان يكون لفظا فادا كان عملا بدون نطق فانه لا يقع به الطلاق الا ادا جري به العرف كما ذكرنا ، والشرط الثاني ان يكون القبول في المجلس الا ادا علقه الزوج بالأداء او القبض ، والشرط الثالث ان يكون بين الايجاب والقبول توافق في المال .

3 – الشافعية : اشترطوا ان يكون كلام كل واحد منهما مسموع للآخر ولمن يقرب من الحاضرون وان يقصد كل منهما معنى اللفظ الدي ينطق ، فادا قال لها " طلقتك بألف فقالت " قبلت بألفين " لا يقع شيء وادا قال لهـــا " طلقتك ثلاثا بألف " فقالت " قبلت واحدة بألف " فان الثلاثة تقع بألف ، فانه ان لم يوافق القبول الايجاب في الطلاق يوافقه في المال.

4 – الحنابلة : قالو يشترط في صيغة الخلع ان تكون لفظا فلا يصح ان تكون بالمعاطاة ولو نوي بها الطلاق فلبد من ايجاب وقبول ، وان يكون الايجاب والقبول في المجلس فادا قال * خالعتك بكذا تم قام من المجلس قبل قبولها فانه لا يصح وكذلك ادا قامت هي ولم تقبل . كما اشترطوا ان لا يضيف الخلع الى جزء منها كان يقول له خلعت يدك او رجلك بكذا ، وقبلت كان لغوا وان لا يعلقه على شرط ، فادا قال لها " ان بذلت لي كذا فقد خالعتك " فان الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماه ، وادا اجتمع الشرط مع الخلع فان الخلع يصح والشرط يبطل[2]

ثالثا موقف المشرع الجزائري من الصيغة

لم يتطرق المشرع الجزائري لمسالة الصيغة في المادة 54 منه تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص م 222 من (ق أ) التي تنص على "كل مالم يرد نص عليه في هدا القانون يرجع فيه لاحكام الشريعة الإسلامية " غير ان هاته المادة اصبح لا جدوى لها بعد التعديل بحيث اهمل المشرع إرادة الزوج في تعديل المادة 54 من الامر 02/05 بعد ان كان صيغة المادة غير مفهومة منها اشتراط إرادة الزوج ام لا .

[1] عبد الكريم زيدان مرجع سابق ج8 ص 167-168
[2] عبد الرحمان الجزيري مرجع سابق ج4 ص 368-373

وعليه بما ان المشرع اغفل إرادة الزوج بوقوع الخلع دون موافقته فلا حاجة القبول منه ولا حاجة لمجلس العقد ولا حتى لإيجاب الزوجة في مخالعتها.

المبحث الثاني :التكييف القانوني وموقف الاجتهاد القضائي

لما كان الخلع صور من صور فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة وجب تمييزه عن الحالات الأخرى و لكن قبل ذلك : سنتطرق إلى تكييفه القانوني في مطلب اول و بعدها نتطرق الى تمييز الفرق بين حالات الانحلال الاخرى فيما يلي

المطلب الاول : التكييف القانوني للخلع

هناك حالات طلاق أخرى تعتبر تفرقة زوجية بين الرجل و المرأة فما هي الفرق بين حالات الخلع

الفرع الاول : تمييز الخلع عن حالات الطلاق الأخرى

هناك حالات طلاق أخرى تعبر عن الفرقة الزوجية بين الرجل والمرأة ،الطلاق على مال والتطليق فهما هو الفرق بينهما وبين الخلع ؟

أولا–الفرق بين الخلع والطلاق على مال : لم يتطرق المشرع الجزائري إلى فكرة الطلاق على مال في قانون الأسرة لا قبل التعديل ولا بعد التعديل بل اكتفى بنصه الخلع كنوع من أنواع الطلاق على مال .

:أ–أوجه التشابه

–الطلاق على مال هو أن الزوجة مبلغا من المال إلى الزوج يكوم قد طلبه منها مفارقتها فإذا قبلت الزوجة وقع الطلاق ، ويتفق مع الخلع بأن كلا منهما طلاق بائن ويزول بها قيد الزواج الصحيح في الحال لأن المرأة إنما قبلت دفع البدل لتتخلص من سلطان الزوج عليها،ولا يتحقق ذلك إلا بالطلاق.

خلاف فيه لأنه ورد بلفظ الطلاق أي إذا صرح بلفظ الطلاق في الخلع كان طلاقا وكذلك إذا نوى به الطلاق، ولكن في حالة عدم التصريح بلفظ الطلاق؟

وفي هذا الحديث وردت ألفاظ في روايات أخرى تنافي حكم الطلاق مثل: أمرها الرسول صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة في بعض الروايات وفي رواية خل سبيلها ،وفي بعضها :وفارقها ....وهذه الروايات بأجمعها أرجح من رواية قوله صلى الله عليه وسلم (وطلقها تطليقة)[1].

ومن الأدلة أيضا عن هشام بن عروة ،عن أبيه، عن جهمان أن أم بكرة الأسلمية اختلعت من زوجها عبد الله بن أسيد فأتيا عثمان بن عفان في ذلك ،فقال: هي تطليقة إلا أن تكون سميت شيئا، فهو ما سميت[2].ووجه الدلالة أن عثمان رضي الله عنه قد بين عدد الفرقة والذي يحتمل الأعداد هو الطلاق لا الفسخ ،وطعن فيه الامام البيهقي وأحمد وغيرهما، قيل :لا يصح هذا عن عثمان وهو لا يرى فيه عدة وإنما يرى الاستبراء فيه بحيضة ؟فلو كان عنده طلاق لأوجب فيه العدة .

وكذلك ما روي عن سعيد بن المسبب أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود ووجه الدلالة ان صلى الله عليه وسلم أنه جعل الخلع طلاقا ونوقش هذا الدليل على أن ما جاء من الصحابة والتابعين لا يصلح دليلا إذا كان محل اجتهاد والخلاف على الخلع هل هو فسخ أم طلاق هو محل اجتهاد ورأي الصحابة لا يحتج به.

[1] عامر سعيد الزيباري ،الشريعة الإسلامية – دار ابن حزم ١٩٩٧ م – ٢٠٠٨م ،ص 225

[2] .البيهقي السنن الصغير للبيهقي تحقيق عبد المعطي أمين فلحجي ،ط1،ج3،جامعات الدراسات الاسلامية،باكستان،1989،ص107

وتم الرد عليهم بأن هذا ليس رأي صحابي بل هو حديث مرسل أي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اجتهاد فيه وكونه مرسل لا يعني عدم الأخذ به.

وأدلتهم كذلك أن الزوجة بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج ايقاعها هي الطلاق دون الفسخ ولأن الفرقة جاءت بعد تمام النكاح تكون طلاقا كذلك نوقش بأن هذا لا يصلح دليلا لن هناك من الفرق التي تحدث بعد النكاح وبعد فسخ كالفرقة للعيب.

-القول الثاني :يرى أن الخلع فسخ، وهذا قول ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور والامام أحمد في إحدى الروايتين والامام الشافعي في القديم

ثانيا: الفرق بين الخلع والتطليق

نص الشرع الجزائري على الخلع والتطليق كطرق لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة :

أ-أوجه التشابه : يتفق الخلع والتطليق في :

-في نوع الفرقة كونها مبادرة من الزوجة حيث أقرت الشريعة الاسلامية للزوجة الحق في طلب المفارقة سواء عن طريق الخلع أو التطليق وعلى ذلك نص قانون الأسرة.

-تتم الفرقة بحكم قضائي فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء لتختلع من زوجها حكم لها القاضي بالفرقة دون الالتفات إلى موافقة الزوج من عدمها، وكذلك الحال في التطليق إذا أثبتت الزوجة الضرر الحاصل لها من زوجها وفق ما قررته المادة 53من قانون الأسرة .

-يقع بهما الطلاق بائنا وفقا للقاعدة الفقهية (الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق باذن)حيث تحتفظ الزوجة في التطليق أو الخلع بنفقة العدة ولا توارث بينهما.

-في الأحكام الصادرة عنها تكون غير قابلة للاستئناف إلا ما تعلق بالأمور المادية طبقا للمادة57من قانون الأسرة[1].

[1] ابن قدامة المقدسي ج 7 ص 328

ب-أوجه الاختلاف: يختلف الخلع عن التطليق فيما يلي:

-من حيث سببه فسبب الخلع يكون ذاتي ومعنوي يكمن في بغض الزوجة لزوجها وعدم طاقتها العيش معه، حيث يصلح كسبب ترفع به الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة الحكم لها بالفرقة دون أن تكون ملزمة بإثبات هذا البغض والكراهية بل ولا يحق للقاضي مساءلتها، بينما يرتكز الطلاق على أسباب مادية ذكرتها المادة 53من قانون الأسرة وينبغي على الزوجة إثباتها أمام القاضي حتى يقضي لها بالطلاق .[1]

-في مسألة التعويض في التطليق للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ، على خلاف ما هو معمول به في الخلع حيث تفتدي المختلعة من زوجها مقابل مبلغ من المال وبمعنى آخر في التطليق تكون هي المستفيدة في الجانب المادي بينما في الخلع تكون هي الباذلة للعوض.

-في موضوع الايجاب والقبول نجد في الخلع بإمكان الزوجة أن تبادر بالإيجاب لزوجها كأن تقول له : خالعني على ألف دينار، فيقول:قبلت ،كما يمكن للزوج أن يبادر بالإيجاب كأن يقول لها خالعتك بألف وتقول هي قبلت وعلى عكس التطليق الذي يتم عرضه من طرف الزوجة فقط دون الزوج.

-عند وقوع الخلع تسقط كافة الحقوق المترتبة للزوجين ماعدا التي أنشأت بعد الفرقة فيسقط الحق في المهر المؤجل وفي النفقة الغذائية بخلاف التطليق حيث تحتفظ الزوجة بحقها في طلب النفقة.

-نفقة الأطفال واجبة على الزوج في حالة التطليق أما في حالة الخلع قد تسقط إذا كان الاتفاق أن تلتزم الزوجة بالنفقة مقابل الخلع.[2]

الفرع الثاني :الخلع عقد رضائي أم عقد شخصي

أولا:الخلع عقد رضائي

يتجلى ذلك من خلال فحص بعض قرارات المحكمة العليا واعترافها الصريح باعتبار الخلع عقد رضائي بين الزوجين.ومن بين القرارات المنون سايرة لهذا الرأي:

-القرار المؤرخ في 11\06\1984ومضمونه(متى كان مقررا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه لأن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ بعد انتهاكا لقواعد الشريعة الاسلامية في الخلع)[3]

-القرار المؤرخ في 21\11\1988والقاضي بأنه (من المقرر أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة للزوجين دون رضا الزوج ومتى تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد مخالفا لأحكام الفقه).[4]

[1] الرشيد بن شويخ شرح القانون الاسرة الجزائرية المعدل ط1 دار الخلدونية الجزائر 2008 ص 208
[2] سليم سعدي ، ص40-42
[3] ملف رقم 33652 .المجلة القضائية لسنة 989 1 .عدد03. ص38
[4] ملف رقم 51728.المجلة القضائية لسنة 1990.عدد03.ص72.

إلا أنه مع بداية التسعينات تغير اجتهاد المحكمة العليا حول الخلع باعتباره حقا شخصيا لا يشترط فيه موافقة الزوج لحصوله .وهو القراءة الثانية للمادة 54من قانون الأسرة القديم84\11

2-الاجتهاد الحديث للمحكمة العليا :الخلع حق شخصي

ومن بين القرارات التي سايرت هذا الاتجاه

-القرار المؤرخ بتاريخ1992\07\21والذي جاء في مضمونه:(من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال ينبغي الاتفاق عليه ....

حيث أن المادة 54من قانون الأسرة الجزائري تسمح للزوجة بمخالفة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه. كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره. وفي حال عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا

وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال –لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج وطبقوا صحيح القانون)[1]

-القرار الصادر في 1997\07\30 القاضي بأن الخلع حق للزوجة لوحدها لا يشترط فيه موافقة الزوج والحكم بحفظ حق الزوج في التعويض – تطبيق صحيح للقانون[2]

إن هذا التحول في اجهاد المحكمة العليا دفع المشرع لأن يساير هذا الموقف الجديد وهو ما كان بالفعل من خلال تعديله قانون الأسرة لسنة 2005.

ثانيا: الخلع حق شخصي للزوجة في قانون الأسرة رقم 05\02

جاء قانون الأسرة المعدل رقم 05\02ل ليفصل في مسألة الطبيعة القانونية للخلع بين الرضائية والحق الشخصي ونص عليها صراحة في المادة 54بالقول (يجوز للزوجة دون موافقة الزوح أن تخالع نفسها بمقابل مالي) وبهذا أنهت الجدل المثار الجدل طبيعة الخلع

ومن بين القرارات للمحكمة العليا في ظل القانون المعدل القرار الصادر بتاريخ 2011\09\15وجاء فيه :(حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة سببت حكمها بأن الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن واستندت إلى المادة54من قانون الأسرة ، وبالتالي فإن الحكم المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية ما دام أن القاضي قام بإجراء محاولة الصلح وتوصل إلى أن المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع)[3].

3.1.2.قصور التعديل قانون الأسرة في مسألة الخلع

[1] ملف رقم 82603.المحكمة العليا. غرفة الاحوال الشخصية .عدد خاص2001.ص134
[2] المحكمة العليا. غرفة الأحوال الشخصية .عدد خاص 2001.ص142
[3] ملف رقم 656259.قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001\09\15.مجلة المحكمة العليا عدد.2012.01.ص319.

لم يعط قانون الأسرة تعريفا محددا للخلع ولم يبين الحالات التي تؤدي إليه كما نص عليها في التطليق المادة''53'' إذا اكتفى في المادة '' 54'' بالقول :(يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي)ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع منح حقا شخصيا للزوجة في اختيارها لفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة الزوج. ودون الحاجة إلى مراعاة الأسباب. وهو مذهب ابن رشد الحفيد في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد حول حق المرأة في الخلع بإرادتها دون موافقة الزوج فيقول :''والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق. فإنما لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (كرهته)''[1]

ولم يعترض المشرع الجزائري من خلال المادة 54 سواء قبل التعديل أو بعدها لكل ما يتعلق بمفهوم الخلع. حيث اكتفى بتحديد طبيعته من حيث كونه عقدا رضائيا أم تصرفا انفراديا وأهمل باقي الجوانب .

ثالثا: توجه المشرع الجزائري من الخلع الرضائي إلى الخلع بإرادة منفردة

يرجع أسباب التعديل الذي جعل المشرع الجزائري يتبنى هذا الرأي يمنح الزوجة الحق في الخلع إلى مجموعة أسباب وظروف محيطة بها نذكر منها :

-مطالبة الجمعيات والحركات النسوية بالخصوص بتعديل قانون الأسرة وتقرير المساواة بين الرجل والمرأة في فك الرابطة الزوجية .

-عجز كثير من النساء في إثبات الضررفي قضايا الشقاق والنزاع المرفوعة أمام القضاء فسمح هذا التعديل للزوجة بالمطالبة بالفرقة دون إثبات الضرر أو حتى بيان أسباب الخلع[2].

-الممارسة التعسفية من بعض الأزواج في إساءة المعاملة الزوجية دون تسريح المرأة بإحسان وعدم استجابتها لفك الرابطة الزوجية .ويرجع هذا الرفض إلى طبيعة المجتمع الذكوري الذي يرفض فيه الرجل أن تخالعه زوجته مهما كان الثمن الذي تعرضه مقابل الخلع .وفي حالة رفض الزوج طلب الخلع فإن الزوج تظل سنين كالمعلقة فلا هي متزوجة ولا مطلقة[3].

2.2.ثانيا. الخلع في القوانين العربية المقارنة

حيد القانون الأسرة المعدل إرادة الزوج في تقرير الخلع، فلا يشترط القانون موافقة الزوج إذا طلبته الزوجة، وترك له مجال الإرادة في تقدير المبلغ المالي مقابل الحكم بالخلع باتفاق مع الزوجة المخالعة وإذا لم يحدث الاتفاق يكون القاضي هو الفاصل في الخلاف حسب الفقرة02من المادة 54 (إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع. يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم).

[1] بداية المجتهد ونهاية المقتصد .ابن رشد القرطبي :دار ابن الجوزي3.ط1.مصر.2014..ص319.

[2] -دور القاضي في الخلع – دراسة مقارنة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، بن جناحي أمينة:-مذكرة ماجستير. جامعة امحمد بوقرة-بومرداس-2014.ص09

[3] قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق. ناصر الدين ماروك.مقال منشور بمجلة المجلس الاسلامي الأعلى. العدد03.2001.ص 207

ويختلف اتجاه المشرع الجزائري عن قانون الأسرة المصري فقد اعتبر المبدأ ان الخلع رضائي بين الزوجين .حيث جاء في تعديل 2000 رقم 01 في المادة 20 ما نصه :(للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع) وإذا حدث خلاف في مسألة الخلع عرض على المحكمة ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لإقامة الصلح خلال مدة لا تتجاوز03 أشهر .[1]

كما نصت مدونة الأسرة المغربية على مبدأ التراضي في المادة 115بالقول: (للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع) وهو ما سار عليه القانون المصري من اعتبار الخلع رضائي من حيث المبدأ. ونقص الأمر سار عليه قانون الأحوال الشخصية الا إماراتي في المادة 110 بالقول(الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها)[2].فأغلب القوانين العربية اعتبرت الخلع من حيث المبدأ عقد رضائي بين الزوجين. وفي حالة الخلاف تحكم المحكمة بالخلع للزوجة على بدل تحدده. في في حين خالف قانون الأسرة الجزائري الاتجاه الغالب ولم ينص المشرع الجزائري على الرضائية بل كان حاسما بالقول(يجوز لزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة الزوج مقابل مبلغ مالي)

ثم إن تدخل المحكمة في الحكم بالخلع في حالة عدم الاتفاق لا يكون إلا بعد محاولات الصلح تجريها المحكمة . وهو ما اتفق عليه التشريعان المصري والمغربي ولم يذكره المشرع الجزائري. إذا أنه حسم الموقف من خلال اعتبار الخلع حق شخصي تستجيب المحكمة إذا طلبته الزوجة دون مناقشة الأسباب .

3.2.ثالثا-الأسباب المؤدية الى ارتفاع نسبة الخلع

إن الخلع موجود بنص الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية في مختلف المجتمعات العربية. إلا أن ارتفاعه في مجتمع ما بصورة اضطرادية تجعلنا ندرس الأسباب التي أدت إلى ارتفاعه بالشكل الذي عليه . ومن جملة الأسباب:

1.3.2. التشريع

فإن قانون الأسرة حصر دعوى التطليق في أسباب على سبيل الحصر ومن بينها الضرر. وغالبا ما يتعذر على الطرف المتضرر إثبات الضرر.فمخافة أن يخسر المتضرر دعواه بالرفض تلجأ الزوجة إلى الخلع الذي لا يشترط فيه إثبات الضرر

إن حصر أسباب التطليق لأجل تضييق نسب الطلاق في المجتمع غير أن هذا الأسلوب لا يكفي وهو ما أدى إلى ارتفاع نسب الخلع من جهة أخرى لصعوبة إثبات المبرر الشرعي للتطليق.

1- ينظر الفقرة الاخيرة من المادة 20 من قانون الاسرة رقم 01 لسنة 2000
[2] القانون الاتحادي رقم (28) لسنة 2005في شأن الأحوال الشخصية .الجريدة الرسمية عدد 439 بتاريخ 30\11\2005

2.3.2.القضاء

إن الممارسة القضائية أثبتت صعوبة إثبات الضرر المؤدي إلى التطليق خاصة في غياب أدلة مادية وضرر مادي، فسوء العشرة الزوجية غير كاف لطلب التطليق لصعوبة إثباته وبالتالي فإن هذه الدعوى غالبا ما تنتهي بالرفض، مما يدعو الزوجة المتضررة لرفع دعوى الخلع إذا كان في مقدورها دفع مقابل الخلع (الفداء) وإلا فإن المدعية تظل تحت انتظار حكم المحكمة في قبول دعوى التطليق.

3..3.2 سهولة الإجراءات مقارنة بالحالات الأخرى لفك الرابطة الزوجية

إن القانون لم يقيد المدعين بشروط للمطالبة بالخلع، إذ جعله بإرادة الزوجة في كل الأحوال ، ولم يلزم الزوجة بتبرير طلبها في الخلع ، كما أن القانون لم يلزم المحكمة بمحاولات الصلح قبل النطق بالخلع بل اكتفى بدور القاضي في تقدير المقابل المالي للخلع. وهذا بخلاف التشريعات المقارنة إذ تلاحظ في التشريع المصري وجوب القيام بمحاولات الصلح قبل الحكم بالخلع[1] وهو ما أكده نص المادة 20من قانون الأسرة المصري لسنة 2000 بالقول :(ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاة الصلح بينهما لمدة لا تتجاوز 03 أشهر)

4.3.2. الوضع الاقتصادي للمرأة :

إذ أن تغير المجتمع الجزائري بولوج المرأة عالم الشغل وتحسن المستوى المادي مقارنة بالسنوات الماضية كان له أثر في افتداء نفسها بمالها بدل أن تبقى تحت عصمة رجل لا ترغب في البقاء معه.

وإذا ما قمنا بمقارنة الخلع في الشريعة الإسلامية .فإن أغلب الفقهاء في الشريعة الاسلامية يستندون في اعتماد الخلع كواقعة على حديث ثابت بن قيس في صحيح البخاري .(فعن ابن عباس أن إمرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله فقالت يا رسول الله إني لا أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الاسلام. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أقبل الحديقة وطلقها تطليقة)

ففي العهد النبوي لا يذكر كتاب الحديث غير هذه الواقعة للاستشهاد بالخلع. وهو دليل على أنه كان محدودا من حيث التطبيق العملي. إذا ان الخلع في الشريعة الاسلامية لا تلتجأ إليه المرأة إلا إذا كان الظلم من قبلها. وبالتالي فإن ما يعرض على القضاء من قضايا خلع بسبب ظلم الزوج وعدم قدرة الزوجة على إثباته لا يعد من قبيل الخلع. بل هو عضل المرأة من أجل الفداء.

[1] المادة 20 من قانون الأسرة المصري لسنة 2000

المطلب الثاني : التكييف الفقهي

إختلاف الفقهاء عن وقوع الخلع في نوع الفرقة بين الطلاق و الفسخ و بين اليمين و المعارضة

الفرع الأول :الخلع فسخ أم طلاق

مسألة تحديد طبيعة الخلع بين كونه فسخ أو طلاق من أصعب المسائل الاجتهادية حتى أن من العلماء من يتردد فيها ومنهم من يرجع عما كان يقول فيها [1] فمن رآه فسخا عرفه بذلك ومن اعتبره طلاقا فجاء تعريفه كالطلاق. فالحنفية والمالكية يرونه نوعا من الطلاق. أما الشافعية والحنبلية فقد اشترطوا أن يقع الخلع بلفظ الطلاق أو بنية الطلاق .وقد اختلف الفقهاء في الخلع هل هو طلاق ينقص عدد الطلاق أو هو فسخ لا ينقص به عدد الطلاق على قولين [2]:

أولا:الموقف الفقهي

انقسمت الآراء الفقهية الى اتجاهين فهناك اتجاه يرى أن الخلع فسخ للنكاح واتجاه آخر يرى بأن الخلع يقع به طلاق بائن وهذا محل خلاف بين العلماء،وتقسموا في تحديد طبيعة الحكم بالخلع حول اعتباره فسخا أم طلاقا إلى رأيين[2]

القول الاول:الخلع فسخ

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخلع فسخ للعقد وليس طلاقا إلا إن سمي تطليقة فهي كذلك وذهب إليه بعض العلماء والصحابة منهم : أحمد بن حنبل في الرواية الثانية من أن الخلع ليس بطلاق وإنما ''الصحيح أن الخلع فسخ''[3]، فقالوا ''الخلع طلاق بائن غلا أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة، ولا ينوى به الطلاق ، فيكون فسخا لا ينقص به عدد الطلاق ، في إحدى الروايتين .وفي الأخرى ، هو طلاق بائن بكل حال''[4]، في حين اختلف قول الشافعي في أن الخلع طلاق منصوص عليه في الحديد ، ونص في القديم على أن الخلع فسخ [5]

دليلهم :

01-لقوله تعالى :''الطلاق مرتان'' ثم ذكر الافتداء ثم قال: ''فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره'' فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل فيه إلا بعد زواج هو الطلاق الرابع ،استندوا أيضا أنه لو كان طلاقا لصحت الرجعة فيه بعد الطلقة الأولى والثانية فلما لم تصح الرجعة فيه.[6]

---

[1] -محمد بن علي بن جميل المطري،فقه الخلع ،قسم الدراسات الاسلامية والعربية،جامعة العلوم والتكنولوجيا،اليمن،2012م.ص

[2] مصطفى بن العدوي،أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية ،الامام مالك البليدة،الجزائر،1997،ص73،

[3] أبي البركات محمد الدين ،المحرر في الملف ى،ج

[4] علاء الدين ابو الحسن علي سليمان بن احمد المرداوي (ت:885 ه) الإنصاف في معرفة المراجع من الخلاف تحقيق :عبد الله عبد المحسن التركي -عبد الفتاح محمد الحلو مجر للطباعة و النشر و التوزيع و الإعلان – القاهرة -مصر ط 01 الأجزاء 30 ج ٢٢ 1415ه 1990 م) ص 29

[5] عبد المالك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني ابو المعالي – ركن الدين (ت 478 ه) نهاية المطلب في دراية المذهب حاله : عبد العظيم محمود الذيب- دار المنهاج –ج13 – ط١ 1428ه 2007 م) ص292 -

[6] محمد بن علي بن محمد بن عبد الل الشوكاني اليمني ، السيل الحرار المتدفق على حدائق الازهار ، دار ابن الحزم ط1 ج 1 ص 417

02-استندوا الى ترتيب الافتداء بعد أن ذكر الطلاق لقوله تعالى (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما ءاتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون)[1] ووجه الاستدلال أن الله تعالى عندما ذكر الطلاق مرتين الطلاق نتبع كل مرة منهما بالإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ثم ذكر افتداء الزوجة نفسها لقاء عوض مالي تدفعه لزوجها '' فلا جناح عليهما فيما افتدت به'' ثم ذكر الطلقة الثالثة ثم بعد ذلك ذكر الله تعالى فقال (فلا تحل له الظالمون) ووجه الاستدلال أن الله تعالى عندما ذكر الطلاق ذكره مرتين الطلاق تستبيع كل مرة منهما بالإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ثم ذكر افتداء الزوجة نفسها لقاء عوض مالي تدفعه لزوجها '' فلا جناح عليهما فيما افتدت به '' ثم ذكر الطلقة الثالثة بعد ذلك ذكر الله تعالى الافتداء فقال (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)[2] فلو كان الافتداء طلاقا لكان الذي تترتب عليه الحرمة حتى تنكح زوجا آخر أربع طلقات وليست ثلاثا، فهذا صريح على أن الخلع ليس بطلاق[3].

03-بعض روايات ثابت بن قيس لم يرد فيها لفظ الطلاق، فلم ترد إلا عبارات'خذ منها' و ''يخلي سبيلك'' فاستدل به القائلون أن الخلع فسخ للنكاح،وقال أبو بكر بن أبي عاصم مما دل على أن الخلع فسخ لا طلاق قول أبو داوود عن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن الشماس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذه ، فقالت أنا حبيبة بنت سهل فقال ما شأنك ، قالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها ، فلما جاء ثابت قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل وذكرت ما شاء الله ان تذكر، وقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها[4].

وقال ابن أبي عاصم لم يذكر طلاقا وعدتها حيضة واحدة دليل على انها ليست بمطلقة فلو كان طلاقا لأمرها أن تعتد ثلاث حيضات لقوله تعالى:(والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) [5] وكما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر امرأة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة وهذا صريح في أن الخلع فسخ ولو وقع بلفظ الطلاق [6].

04-استندوا أيضا أنه لو كان طلاقا لصحت الرجعة فيه بعد الطلقة الأولى والثانية، فلما لم تصح الرجعة فيه دل على أنه فسخ وليس طلاقا أما الخلع يكون فداء إذا خرجت المرأة من سلطان الرجل ولو لم يكن بالنا يملك الرجل الرجعة . ولو كان فسخا لما جاز على غير الصداق ، وقال الشافعي :أن الخلع فسخا فلو كان الخلع طلاقا لكانت أربع طلقات وهذا غير مشروع[7].

05-استندوا بأنه فسخ في رواية عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه تبع قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم أن الربيع بن معوذ بن غفراء إختلعت من زوجها على عهد عثمان فحاله عمها فقال له :أن ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفتنقل الى بيت أهلها؟ فقال له عثمان

[1] سورة البقرة الاية 229- 230
[2] سورة البقرة الاية 230
[3] القرطبي تفسير القرطبي ج 3 ص 143
[5] أبو سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم معالم السنن (شرح سنن ابي داود)باب الخلع ط1 ، ج 3 ص 254
[5] سورة البقرة الاية 228
[6] الحزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ص 424
[7] ابراهيم عبد الرحمان الوسيط في شرح القانون الاحوال الشخصية دار ابن الحزم ط1 2008 ص201

''لتنقل ولا ميراث لها ولا عدة غلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة''ويجوز الخلع في الحيض مصداقا لإجازة الرسول صلى الله عليه وسلم بدون سؤال المختلعة هل هي حائض أو لا ؟ لو كان الخلع طلاقا لما جاز في الحيض لن الله حرم طلاق الحائض[1].

أن الخلع لو كان طلاقا لم يقتصر النبي صلى الله عليه وسلم على الأمر بحيضة وكذا لا يشترط في الخلع أن لا يكون في الحيض والنبي صلى الله عليه وسلم لما جاءته زوجة ثابت بن قيس تريد مخالعة زوجها لم يسألها عن جالها وأمر النبي صلى الله عليه وسلم امرأة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة بخلاف حال ابن عمر رضي الله عنهما الذي طلق امرأته في حال حيض فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يرد زوجته لأن هذا من الطلاق البدعي ولا أن يكون في طهر لم يقع فيه جماع ويظهر من ذلك أنه فسخ وثبت من حديث المرأة صاحبة القصة بلفظ وخل سبيلها[2].

مناقشة القائلين بالفسخ:

أن اعتداء المختلعة بحيضة واحدة لا يمنع أن يكون الخلع طلاقا وعدته حيضه لا ثلاث حيض وقد روي عن أحمد[2] ، وعن ابن عباس فقال:رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها؟ قال:نعم ليس الخلع بطلاق، ذكر الله الطلاق في أول الآية وآخرها والخلع فيما بين ذلك فليس الخلع بشئ[3] ،ثم قرأ:(الطلاق مرتان بإمساك .....إلا يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها)[4] وقرأ:(فإن طلقها فلا تحل له من حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله بينهما لقوم يعلمون)[5] فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له إلا بعد زواج هو الطلاق الرابع[6].

ودليلهم أنه لم ينقل عن أحد من الصحابة يسند صحيح موافقته لابن عباس فيما ذهب إليه ولو كان مشتهرا بينهم لنقل إلينا فقد إعتذر طاووس لأهل مكة عندما جهر بهذا الرأي وهذا يعني أن أهل مكة لم يكونوا على علم بهذا الرأي مع أنه عاش بينهم عدد من الصحابة الكبار وهذا يثبت أنه لا أحد من الصحابة عده طلاقا.

وقال ابن حجر:لا نعلم أحدا فإنه غيره وهذا يؤكد أن الرأي الشائع على خلافه ولعل هذا ما دفع ابن عبد البر من المالكية اعتبار رواية ابن عباس شاذة والحجة الأخرى من حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر زوجة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة واحدة[7]كما صح عنه أنه لم يسأل المرأة إن كانت حائضا أم لا ولذا يرون بجواز الخلع في الحيض وبما أنه لا تصح الرجعة فيه فهذا بدل على أنه الخلع فسخ وليس طلاق[8].

القول الثاني:الخلع طلاق وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن أحمد ورجحه ابن جزم قال ابن تيمية: لفظ الخلع والفسخ إذا كان بغير عوض ونوى بهما الطلاق وقع الطلاق رجعيا فهما من ألفاظ الكتابة في الطلاق، وقال الغزالي:''الصحيح أنه طلاق''[3]

[1] ابن تيمية مجموع الفتاوى ج 32 ص 293
[2] أحاديث الهداية المحقق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني دار المعرفة ج 2 ص 75
[3] ابو حامد الغزالي (ت – ٥٠٥ ه) الوجيز في الفقه الشافعي – مطبعة الآداب و المزيد ج ٠٢ – القاهرة – مصر ١٣١٧ه ص:٤١

دليلهم :

01-استدلوا بقوله تعالى(الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما ءاتيتموهن شيئا إلا أن يخافا إلا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون)[1]

وقد أورد الطبري سبب نزول الآية مصرحا بأنها جاءت لتحدد عدد الطلقات حيث كان الناس في الجاهلية لا حد لطلاقهم ولا عدد ويظهر أن العمل بهذا بقي في الاسلام على أصله حتى نزول الآية لتمنع هذا التلاعب والاضرار بالمرأة ، والآية جاءت لتبين للأزواج عدد الطلاق المسموح به ، وبما أن الكلام عن الخلع ورد في سباق الحديث عن عدد الطلاق فلا مناص من النظر إليه على هذا الأساس.[2]

وكل ما هنالك أن الآية بينت نوع الطلاق فيه وإنه يحق للزوج استرجاع ما بذل بشروط ولم تجعله نوعا مغايرا من الفراق لا يحتسب مع العدد الذي أقرته الآية واعتباره الخلع تطليقة ونصها: لأنه بالخلع كملت الثلاث وهو الصحيح[3].

02-واستدل الجمهور بما ورد في بعض طرق حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لامرأة ثابت بن قيس: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة[4] أي أنه صلى الله عليه وسلم أمره بطلاقها مقابل إرجاع الحديقة بلفظ الطلاق صريحا.

03-كما روى أيضا:''أن أم بكر الأسلمية اختلعت من زوجها عبد الله بن خالد بن أسيد قندما فأتيا عثمان بن عفان فقال:''تطليقة واحدة غلا أن تكون سميت ثلاثا فهي ثلاث'' أي أن عثمان رضي الله عنه قد بين في هذه الفرقة العدد وقال: هي واحدة والذي يحتمل الأعداد هو الطلاق لا الفسخ[5].

04- استدلوا بما روي عن سعيد بن المسبب :أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة وهومروي عن عمر وعلي وابن مسعود حيث قال''لا تكون طلقة بائنة إلا في فدية أو إيلاء[6]''.

[1] سورة البقرة الآية ٢٢٩

[2] الطبري :محمد بن جرير يزيد اللي جعفر جمع العلوم ما لم يشاركه فيه احد من أهل عصره له كتب كثيرة منها :التفسير و التاريخ جامع البيان عن تأويل القرآن توفي سنة ٣١٠ هـ - انظر ابن خلكان - وفيات الأعيان ج ٠٣ (ب.د) مصر (د.ت) ص٣٣٢

[3] محمد بن احمد بن أبي بكر بن فرح أبو عبد الله القربطي الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ط- ط٠٢:عدد الاجزاء ٢٠ المحقق احمد عبد العليم البردوني – دار الشعب القاهرة ١٣٧٢ -ص١٣٤

[4] الحافظ جلال الدين السيوطي – محمد ناصر الدين الالباني السراج المنير في ترتيب احاديث صحيح الجامع الصغير – رتبة و علق عليه : عصام موسى هادي ط ٠٣ – دار الصديق – توزيع مؤسسة الريان ١٤٣٠ هـ ٢٠٠٩ م – كتاب النكاح بابا الخلع رقم الحديث ٣٠٧٦ ص ٥٠١

[5] ابن همام فتح القدير ج03مصدر سابق 212

[6] بن حزم المحلي ج 10 مصدر سابق ص 201

الترجيح:

الاحتجاج أن الخلع طلاق بأنه لفظ لا يملكه إلا الزوج فكان طلاقا ولو كان فسخا لما جار على غير الصداق وذهب المالكية والشافعية والحنابلة والأحناف إلى اعتبار الخلع طلاقا بائنا لا رجعة فيه

ونكتفي بهذا القدر من أقوال جمهور الصحابة والتابعين والمفسرين والفقهاء وخلاصة أقوالهم أن الخلع طلاق، فالترجيح هذا ليس بالأمر الهين ولكن يكفي في هذا المقام غلبة الظن حيث تظهر ثمرة هذا الخلاف في الاعتداد بالخلع فمن أعتبره طلاقا فإن تلك الفرقة احتسبه طلقة بائنة وتعد طلقة واحدة من الطلقات الثلاثة التي يمتلكها الزوج على زوجته ، وتعتد كالمطلقة وأما إذا اعتبر الخلع فسخا فلا ينقص به عدد الطلقات.[1]

ثانيا:الخلع طلاق بائن أم طلاق رجعي

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة حول ما إذا كان الخلع طلاقا بائنا أم رجعيا إذا تم الخلع بين الزوجين حيث تكون الفرقة طلاقا بائنا حسب رأي الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة في رواية وآخرين قالوا أنه طلاق رجعي وسنوضح ذلك فيما يأتي : [2]

أ-الذين قالوا إن الخلع طلاق بائن:

يقع الطلاق بائنا في الخلع من فور قبول الزوجة دفع البدل لأن الزوجة تتحتمل دفعه للتخلص من الزوج ولا خلاص لها غلا بأن يكون الطلاق بائنا ولو كان رجعيا ما تخلصت من سلطان الزوج إلا بعد انقضاء العدة لأنه في أثناء العدة يملك الزوج مراجعة زوجته، وهو قول الجمهور إلى اعتبار الخلع طلاقا بائنا لا رجعة فيه وقال به عمر وعثمان وإليه ذهب مالك والثوري والأوزاعي ،وهذه أقوالهم كالتالي:

01-الحنابلة قالوا:'' الطلاق بائنا لدلالة الحال على إيقاع الطلاق في مقابلة البراءة ،فيكون طلاقا على عوض''يقع الطلاق بائنا في الخلع من فور قبول الزوجة دفع البدل لأن الزوجة تتحمل دفعه للتخلص من الزوج.[3]

02-الخلع عند مالك طلقة بائنة[4].

03-والشافعي في أحد قوليه:''الفرقة بلفظ الخلع طلاق ينقص العدد كلفظ الطلاق''، لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين في قوله :(الطلاق مرتان) ، فدل على أنه ملحق بهما ،إذا خالع الرجل امرأته ،ملكت المرأة بذلك أمر نفسها، ولم يبق للزوج عليها من سلطان، فلا رجعة له

[1] احمد الصاوي بالغة السالك مصدر سابق ص 3360 انظر المارد الحاوي الكبير ج 09 مصدر سابق ص 10
[2] نبيل صقر موسوعة الفكر القانوني – قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا دار الهدى – عين مليلة ؛ الجزائر ٢٠٠٦ ص ٢٠٠
[3] البهوتي الحنبلي كشاف القناع عن متن الإقناع ج ٠٥ مرجع سابق
[4] علي بن محمد الربعي أبو الحسن ،المعروف باللخمي (ت: ٤٧٨ هـ) البصرة تحقيق احمد عبد الكريم نجيب ،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ،قطر ط ٠١ ،ج٠٦ ،١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م ص ٥٢١

عليها أثناء العدة ،كما هو الشأن في الطلاق العادي، لأن الخلع طلاق بائن، إنما السبيل إلى ذلك عقد جديد تملك فيه المرأة كامل اختيارها،وبمهر جديد أيضا [1]

04-أبو حنيفة: الخلع طلاق بائن ينقص به من عدة الطلاق، به ورد الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم[2].

دليلهم:ومن أدلتهم التي استدلوا بها فيما يلي:

01-استدلوا بالآية الكريمة وهوقوله تعالى :(الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما ءاتيتموهن شيئا إلا أن يخافا إلا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون).[3] ومعنى تفسير الآية والأظهر على أنه طلاق لأنه فرقة باختيار الزوج فهو كالطلاق وقد نسب هذا القول إلى عدد من الصحابة والتابعين وغيرهم من العلماء والفقهاء قال البيضاوي :'' إختلف أهل العلم في الخلع فذهب أكثرهم إلى أنه تطليقة بائنة ينقص به عدد الطلاق وهذا الحكم مؤكدا لأن الله شرع الخلع كي تملك الزوجة نفسها وهذا ما يتنافى مع الطلاق الرجعي،أي لا جناح على الرجل في الأخذ وعلى المرأة في الإعطاء بأن تفتدي نفسها من ذلك النكاح ببذل شئ من المال يرضى به الزوج فيطلقها لأجله وهذا هو الخلع[4]

02-استدلوا كذلك بما رواه البخاري أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم تريد مفارقة زوجها فقال النبي صلى الله عليه وسلم 'أتردين عليه حديقته'' فقالت نعم فقال له:'اقبل الحديقة وطلقها تطليقة' فهذا دل أن الخلع طلاق،وإن رسول الله عندما خاطب ثابت بن قيس يلفظ الطلاق لا الفسخ واستدلوا بقوله تعالى:''الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان''وقوله أيضا:''فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به'' ثم قال الله تعالى ''فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره'' ووجه الدلالة أن الله تعالى ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما لكن الجمهور على جوازه بما قل أو أكثر فدل على أنه طلاق والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ واحتجوا أيضا بما روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم موقوفا عليهم الخلع تطليقة بائنة[5].

03-وجاء عن الامام مالك قال:''أخبرنا الشافعي فقال عن أم بكر الأسلمية أنها اختلعت من زوجها عبد الله بن اسيد ثم آتيا عثمان بن عفان في ذلك فقال: هي تطليقة إلا أن تكون قد سمت شيئا، فهو ما سمت وقال: وبهذا نأخذ الخلع تطليقة بائنة إلا أن يكون سمى ثلاثا أو نواها[6].

---

[1] مصطفى الخن مصطفى البغاء علي الشريجي الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي رحمه الله تعالى -دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع عدد الاجزاء 8 ج 04دمشق ط : ٠٤ ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م : ص ١٢٨

[2] أبو المعالي برهان الدين البخاري الحنفي ،المحيط البرهاني في الفقه العماني طه الإمام أبي حنيفة ج :٠٣ مصدر سابق ص ٣٣٥

[3] سورة البقرة الآية ٢٢٩

[4] الشوكاني فتح القدير ج ٠١ مصدر سابق ص ٣٦٢

[5] ابن حجر العسقلاني الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج ٠٢ دار المعرفة بيروت لبنان ص :٥١١

[6] مالك بن أنس الموطأ ج ٠٣ مصدر سابق ص ٢٦١

04- إن لفظ الخلع يدل على الطلاق لا الفسخ .لأنه مأخوذ من الخلع ولغة معناه النزع ، والنزع إخراج الشئ من الشئ ، أما الفسخ فمعناه الرفع والنقص [8] وهذا لا يتفق مع معنى النزع[1].

قال الله تعالى :(ونزعنا ما في صدورهم من غل) فكان معنى قوله خلعها أي أخرجها من ملك النكاح وهذا معنى الطلاق البائن أما فسخ النكاح أي جعله كأن لم يكن فلا يتحقق فيه معنى الاخراج.

05-استدلوا على أن الآية سميت بدل الخلع فداء والفداء لا يكون إلا بخروج الزوجة من ملك زوجها ،فإذا كان الزوج بعد قبضه بدل الخلع يملك إرجاعها كأنه طلاق رجعي دون علمها ودون رضا فلا معنى للفداء يضاف إلى ذلك أن الخلع إنما شرع لرفع الضرر عن الزوجة فإذا حق للزوج مراجعتها لعاد الضرر وانتفت الحكمة من تشريع الخلع،ومقصود الافتداء لا يحصل مع الطلاق وهو رجعي فإن كان يريد طلاقا بائنا فأيس في القران طلاق بائن محسوب من الثلاث أصلا.[2]

06-إن الطلاق في معناه هو حل عقدة النكاح أما الفسخ فهو بمعنى النقض والفسوخ هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج عما ليس يرجع لاختياره، والخلع يرجع إلى الاختيار سواء كان باتفاق الطرفين او اختيار الزوجة أو الزوج وعرضه على الزوجة ومن ثم فهو يختلف عن الفسخ الذي يقع بغير اختيار الزوجين، كمن تزوج بامرأة تبين بعد ذلك أنها محرمة عليه لكونها أخته من الرضاع أو غيره، فإنه يفرق بين الزوجين ويفسخ عقد زواجهما.

07-قوله تعالى:''الطلاق مرتان'' بيان لعدد الطلاق الرجعي فلا يدخل فيه الخلع لأنه ليس طلاقا رجعيا، ثم جاء بالطلقة الثالثة في الاخير وجعل بينهما كلام على الخلع للاشعار بأن الخلع من نوع الطلاق وقوله تعالى:''ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا'' فهي جملة اعتراضية بين الكلام عن الطلاق في صدر الآية السابقة وصدر الآية التالية ولعل فائدة الكلام عن الخلع هو التأكيد أن الخلع يأخذ حكم الطلاق في محمله وإن اختلف في بعض المسائل.[3]

ب-الذين قالوا إن الخلع طلاق رجعي

من قال ان الخلع طلاق رجعي الشافعية في أحد أقوالهم :إن استعمل الزوج لفظ الخلع ، ولم ينص على عوض ، فهو طلاق عادي جرى بلفظ الخلع كتابة ، أي فهو من كتابات الطلاق ،ويقع به الطلاق رجعيا،وقال ابن جزم يقول:ما وجدنا في الفقه الاسلامي طلاقا بائنا لا رجعة فيه إلا الثلاث مجموعة

ومن جهة أخرى يظهر بأن الخلع طلاق لسبب منطقي يعود لحقيقة الفسخ الذي يكون في العقد بسبب وجود عيب يشويه، أما الخلع فيرد على علاقة زوجية صحيحة لا يشوها أي عارض بعيب العقد ، وإنها تثور مسألة الخلع لظروف خارجة عن أركان وشروط العقد التي لا يمكن خلها الا بالطلاق ومن المعقول نجد ان الزوج أخذ العوض على ما يملكه والذي يملكه الطلاق دون الفسخ[4].

[1] عبد القادر داودي ،أحكام الأسرة ،مرجع سابق ص ٣١٩ انظر : زيدان المفصل ج ٠٨ مرجع سابق ص:٢١٧
[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي ،الخلع في الشريعة الإسلامية مرجع سابق ص ١١١ -١١٢
[3] احمد شامي ،قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،مصر ،٢٠١٠ ص :٢١٨
[4] عبد القادر جدي عمل المفتي في النوازل الفقهية – مجلة جامعة الأمير – العدد ٢٧ قسنطينة ٢٠٠٩ م – ص:٤٢

ثالثا:موقف المشرع الجزائري من المسألتين

قد عرف المشرع الجزائري مرحلتين في تحديد رؤيته بشأن الخلع يمينا أم معارضة في كون هل الخلع عقد يتعين على الزوج اليمين،وعلى الزوجة المعارضة كما أورده الفقهاء، والرأي الراجح في القانون84\11 هو اعتبار أن الخلع عقد بين الزوجين ينهيان به العلاقة الزوجية لقاء مال تدفعه الزوجة الى زوجها وهذا ما سأحاول تبيينه كالتالي:

01-مسألة اليمين والعوض:

اكتفى في المادة 54من قانون الأسرة بالقول:''يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال كمقابل''مما جعل بعض الشراح يأخذوا برأي ألا خلع دون إرادة الزوج على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبينوا ما جاء في تفصيل الخلع كاليمين من جانب الزوجة[5]وفي هذا الصدد يقول الدكتور بلحاج العربي إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة ومن هذا فان التكييف القانوني للخلع هو كالطلاق على ما يعتبر يمينا من طرف الزوج لنه علق طلاقها على شرط قولها ويعتبر معارضة لها شبيه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له المال كمقابل[1]

02-مسألة الطلاق والفسخ :

في قانون الأسرة 84\11لم يحسم المشرع الجزائري مسألة التكييف الفقهي للخلع كونه طلاقا أم فسخا بل اكتفى بالقول أنه في حالة النزاع على المال أو بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

ولكن المشرع الجزائري فصل في أمر التكييف الفقهي للخلع في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05\02 حينما عدلت المادة54منه ونصت على أنه :''يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع بمقابل مالي''

والقاعدة العامة في الخلع ان يتم باتفاق الطرفين فاذا لم يتفقا ورفعت الزوجة أمرها الى القضاء فيتولى القاضي فك الرابطة الزوجية خلعا حتى دون موافقة الزوج وتتأثر سلطة القاضي في دعوى الخلع تبعا لتكيف الفقهي والقضائي له ولذلك اهتم القضاء بتحديد طبيعته حول كونه صورة من صور الطلاق ام أنه فسخ لعقد الزواج وقد انقسم الفقه الى اتجاهين بين كونه طلاقا أو فسخا.

وأليه الى ان حكم القاضي يرفع الخلاف في المسائل الاجتهادية حيث لو قضى قاض بكونه فسخا نفذ حكمه لأنه موضع اجتهاد صحيح بمعنى أنه يسوغ فيه الاجتهاد لأنه لم يخالف كتابا ولا سنة مشهورة ولا اجماعا،اذا لو خالف شيئا من ذلك في رأي المجتهد فيه حتى لو حكم به حاكم يراه لا ينفذ[2].

[1] قطب الريسوني – صناعة الفتوى المعاصرة – دار ابن حازم :ط ١- بيروت ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م ص ٢٨٨
[2] محمد قلعجي – معجم لغة الفقهاء – دار النفائس – ط ٢ بيروت -١٤٠٨ -١٩٨٨ م ص ١٤٣

الفرع الثاني:اعتبار الخلع معارضة بين الجانبين أو أنه يمين من جانب الزوج ومعارضة من جانب الزوجة

خلع بين اليمين والمعارضة

الخلع عقد ينعقد بإيجاب وقبول وقد اعتبر الفقهاء الخلع نوعا من المعارضة ، فبعضهم يراه يمينا من جانب الزوج ومعارضة من جانب الزوجة لأنه يأخذ منها بدلا في مقابل طلاقها ولابد أن يتم قبولها في مجلس الايجاب بحيث أنه اذا كانت غائبة عن المجلس يعتبر قبولها في مجلس عملها بالإيجاب وعلى اثر ذلك فاذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداء ثم قامت من المجلس او قام الزوج قبل قبوله يظل الايجاب [7] فيما اعتبره البعض نوعا من الازوج او المشاركة .[1]

أولا:الموقف الفقهي :فقد اختلف علماؤنا في هذه المسالة حول طبعة الخلع على ثلاثة أقوال:

القول الاول–يعتبر الخلع يمينا

يعتبر الخلع يمينا من جانب الزوج لان الزوج الذي يقول لزوجته:''خالعتك على مائة دينار''يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبوله دفع ماله دينار وبما أن الزوج غلق الطلاق على قبول زوجته البدل فهذا التعليق يعتبر يمينا من طرف الزوج كما يرى الفقهاء لذلك بأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج اما بالنسبة للزوج فيعتبر معاوضة لأنها بقبولها دفع المبلغ المالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج مقابل افتداء نفسها من الرابطة الزوجية [2]

القول الثاني–الخلع من عقود المشاركة

يقول ابن تبسية في تكييف المسالة انه من عقود المشاركة او الازدواج وليس معاوضة وان كان به شوب بالمعاوضات ويشترط فيها العلم بالعوضين وان قبل ان فيها شوب المعاوضة وقبل الازدواج كالمشاركة ولهذا فرق الله سبحانه بين الازدواج وملك اليمين فيكون من باب المشاركات ولا المعاوضات[3].

القول الثالث– الخلع معاوضة في حق الزوجين :

من الطبيعي انه يشترط ان تكون الزوجة اهلا للتبرع فالخلع من التصرفات المفقرة لندمة مثل ان تقول :طلقني على الف دينار او تقول : اذا طلقني اعطيتك الف دينار فاذا احالها الزوج فورا فيعتبر ذلك معاوضة فيها شوب جعالة بالنسبة للزوجة ،و هذه اقوال الفقهاء في تكييف الخلع كالتالي:

[1] عمر زودة طليعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها – مرجع سابق ص 58-59
[2] الدسوقي ،الشرح الكبير ، ج٢ مصدر سابق ص : ٣٤٧ ،انظر الشيرازي المهذب ،٢ ج ،مصدر سابق ،ص ٧٢ – انظر : الشربيلي مغني المحتاج ،٣ ج مصدر سابق، ص : ٢٦٩ , انظر : البهوتي ،كشاف القناع ،٥ ج مصدر سابق ص : ٢١٧
[3] محمد بن محمد بن محمود ،أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (ت : ٧٨٦ ﻫ) شرح الهداية دار الفكر الطبعة : ،(د .ط .ت) عدد الأجزاء ١٠ ،ج .٤ ،ص ٢٣٤

01-عند الحنابلة :تكييف الخلع له تكييفان فهو عندهم معاوضة تقبل التعليق مرة لان مقصود الزوج من الخلع البدل فلا يجمع عليه خسارتين الزوجية والبدل، والتكييف الثاني بالنسبة للزوج فهو معاوضة لا تقبل التعليق ولا يصح تعليقه بقوله ان بذلت لي فقد اختلعت ،وقد اعتبر جمهور الفقهاء ان الخلع معاوضة ولا يحتاج لصحته قبض العوض ويصح الخلع منجزا بلفظ المعاوضة [1]

02-في حين اجمع جمهور الفقهاء: على ان الخلع جائز مع التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضراره بها،وان الخلع تصرف رضائي بعقد بحسب الاصل بالإيجاب والقبول وتراضي الطرفين حوله وحول البدل اعتبروا ان الخلع معاوضة في حق الزوجينوعليه فيجوز لكل من الزوجين الرجوع عن ايجابه قبل قبول الطرف الاخر وقيام احدهما من المجلس قبل قبول الطرف الاخر يعتبر رجوعا او اعراضا كما هو في عقود المعاوضات وهذا حكم من أحكام المعاوضات.[2]

-الحنفية:عند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة أي كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير، ولهذا لو كان لأحدهما دين واجب بسبب آخر او عين في يده لا يسقط بهما شئ من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت من حقوق النكاح

- المالكية: ابن محرز:الخلع معاوضة لا عطية،لانها لو ماتت أخذ العوض من تركتها

-الشافعية: قال ابو ثور.....بان الخلع عقد معاوضة يملك به البضع،والبضع لا يجوز ان يملكه بالعوض

-الحنابلة: قال ابن نصر الله في <<حواشيه>> : عدم الصحة أظهر، لان الخلع عقد معاوضة يتوقف على رضا المتعاقدين[3]

الترجيح :

وبعدعرض اقوال الفقهاء يتضح انه عند الغالبية يعتبر الخلع من عقود المعاوضة وتجري فيه أحكام المعاوضات وهو ما يوافق قول النبي صلى الله عليه وسلم عندما اشترط عليها ان نرد عليه حديقته لقوله''فتردين عليه حديقته قالت : نعم قال الرسول صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة[7]فنظر الفقه الى الخلع نظرة مزدوجة فقد نظر اليه من جانب الزوجة فاعتبره معاوضة ومن جانب الزوج اعتبره يمينا.

ثانيا:مسألة اعتبار بين اليمين والمعاوضة

وقد اختلف الفقهاء في تكييف الخلع بين اعتباره فسخا او يمينا ولقد رتبت مجموعة من النتائج على ذلك الاعتبار كما يلي:

01: اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج : يترتب على اعتبار الخلع يمينا للزوج الاحكام التالية:

[1] أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت : ٨٥٢) بلوغ المرام من أدلة الأحكام المحقق : ماهر ياسين الفحل ، ط ٠١ الأجزاء : ٠١ رقم الحديث ١٠٦٥ ،دار القبس للنشر والتوزيع ، الرياض ، السعودية ،١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤م - ص ٤٠٥

[2] مصطفى السبعي ،شرح الأحوال الشخصية ،الزواج و انحلاله – دار البربين ج ١,ط٩ دمشق ،سوريا ،٢٠٠١ ص ٢٢٥

[3] علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المزداوي (ت : ٨٨٥ هـ) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي – عبد الفتاح محمد الحلو ، مجر للطباعة و النشر والتوزيع ، ط : ٠١ ، عدد الأجزاء : ٣٠ ،ج ٢٢ ،القاهرة ، مصر ،١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م ،ص : ٨٢

أ-اذا صدر ايجاب الخلع من الزوج فلا يملك الرجوع عنه ولا فسخه ولا نهي المرأة عن القبول ولا يبطل قيامه من المجلس قبل قبولها،فلو قبلت ف مجلسها بعد قيامه ثم به الخلع لانها مفيدة بمجلسها.

ب- للزوج تعليق ايجابه في الخلع على شرط والتعليق هو قبولها العوض وهو تمليك المال بعوض حتى ولو ابتدأ الزوج بالخلع، كما يجوز ان يضيقه في زمن مستقبل كان يقول : خالعتك على مبلغ كذا وان تزوجت عليك او يقول: خالعتك او الشهر على مبلغ كذا فاذا قبلت الزوجة صح الخلع[1].

ج-فان كانت الزوجة غير عالمة بمعنى الخلع او بلغة لا تعرفها فتكلمت بها وخالعها فلا يقع الطلاق ولا يلزمها المال ويشترط في المعاوضة العلم بعض الالفاظ[2]

د-لا يشترط حضور المرأة بل يتوقف على ما وراء المجلس،حتى ولوكانت غائبة فبلغها قلها القبول لكن في مجلسها لانه جانبها معاوضة المال وله أن يعلقه على شرط

د-لا يشترط حضور المرأة بل يتوقف على ما وراء المجلس،حتى ولوكانت غائبة فبلغها قلها القبول لكن في مجلسها لانه جانبها معاوضة المال وله أن يعلقه على شرط[3]

02-اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة

اما الخلع من جانب الزوجة فان الفقه كيفه بان معاوضة لانه تبدل عوضا مقابل الخلع وتنطبق عليه أحكام المعاوضات وبعض احكام التبرعات وهي ليست معاوضة خالصة لان المعاوضة الخالصة تكون في نظير مال او ما في حكمه ، وبدل الخلع لا يوجد مال في نظيره وانما هو افتداء نفسها بهذا المال [4]ويترتب على هذا الاعتبار التالي:

لان الايجاب في أ-للزوجة اذا اوجبت ان ترجع عن ايجابها قبل قبول الزوج،ويجوز لها الرجوع عن ايجابها قبل وصول التعبير الى زوجها المعاوضات بصح الرجوع عنه قبل صدور القبول.

ب- لابد من قبول الزوجة في مجلس الايجاب من الزوج اذا كانت حاضرة او تقبل في مجلس علمها.

ج-اشتراط الزوجة لخيار الشرط في ايجابها جائز فلو قال لها خالعتك على مبلغ كذا، فقالت لي الخيار ثلاثة أيام فقد قال أبو حنيفة أن الخيار شرط يلزم ، ويكون لها الخيار ثلاث ولها حق الفسخ في هذه المدة لأن الخيار شرط يدخل المعاوضات المالية والخلع معاوضات مالية.[5]

---

[1] زيدان المفصل ،مرجع سابق،ص126
[2] وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وادلته،مرجع سابق،ص489
[3] الكستاني بدائع الالصنائع في ترتيب الشرائع ج4 ص313-314
[4] محمد ابو زهرة ،الاحوال الشخصية ط ٠٢ دار الفكر العربي القاهرة ,١٩٥٠ ص ٣٣١
[5] آيت شاوش دليلة انهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة ، ص327

الفصل الثاني:
إجراءات التقاضي في الخلع والآثار المترتبة عنه

الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في الخلع والآثار المترتبة عنه

قبل أن نتطرق إلى الآثار التي تنجر عن الفرقة بالخلع سواء بين الزوجين أو الأولاد نتعرض في البداية إلى الإجراءات القضائية المعمول بها قضائيا في الخلع.

المبحث الأول: إجراءات التقاضي في الخلع.

الخلع قانونا هو دعوة قضائية ترفعها الزوجة ضد زوجها أمام القضاء إذا كرهت منه، ولم يعد في تقديرها من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وخشيت ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض والكره

المطلب الأول: الإجراءات الشكلية والموضوعية.

بما أن الخلع هو الفرقة بين الزوجين، فإن هذه الفرقة تثبت إلا بحكم قضائي وفقا لما تقضي به المادة 49 من قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بأمر 02/05 والمؤرخ في 2005/02/27.

مما يعني أنه لابد من اللجوء إلى القضاء والاحتكام م إلى القاضي من خلال إتباع إجراءات قانونية معينة.

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة في قضايا الخلع.

الفقرة الأولى: المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية نصت المادة (37)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يؤول الاختصاص الإقليمي[1] للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". كما نصت المادة(40)الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "دعاوى الطلاق ترفع أمام الجهة القضائية التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية".

والاختصاص المحلي ليس من النظام العام، وعليه يمكن رفع دعوى الخلع أمام أية محكمة أخرى بشرط ألا يدفع الخصم بعدم الاختصاص، وهو ما نصت عليه المادة(46)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه" يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا".

وفي حالة عدم استقرار الزوجان في مسكن واحد، فالرأي الأرجح هو السكن الأخير قبل رفع الدعوى ، وفي حالة ما كان الزوجان يقيمان خارج الوطن فإن القضاء الجزائري مختص للفصل في دعوى الطلاق، لأن الأمر يتعلق بسيادة القانون الوطني

[1] الاختصاص الإقليمي أو الاختصاص المحلي هو الحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة في النظر والفصل في المنازعات التي تثور فيه.

وأحكام قانون الجنسية وقواعد القانون الدولي الخاص وهو ما يوضحه قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1992/10/27 "من المقرر قانونا أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني المنتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى وأن موطن كل جزائري هو محل سكناه الرئيسي وعن عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي وكما يبث في قضية الحال أن المتخاصمان جزائري وجزائرية فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك دفعوا الطرفين للتقاضي أمام القضاء الأجنبي وأن المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه"[1].

وإذا كان جزائريان تزوجا بالجزائر ثم غادرا إلى بلد أجنبي فحصل طلاق بينهما هناك إنه لتنفيذ الحكم في الجزائر، فإن المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه "يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر المجلس ا لذي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

أما بالنسبة للقانون الواجب تطبيقه في حالة الحكم بقانون أجنبي فإن المادة 12 من القانون المدني نصت على أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني المنتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى [2]كما نصت المادة 13 من القانون المدني أنه يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المواد 11 و12 إذا كان أحد الزوجي جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزوج، أي أنه إذا ما تزوجت جزائرية بأجنبي وحصل طلاق بينهما، فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق في هذه الحالة.[3]

الفقرة الثانية: الإجراءات القضائية الواجب إتباعها في قضايا الخلع في هذه القضايا على المدعي (الزوجة) مراعاة قواعد الاختصاص المحلي و النوعي فترفع دعواها أمام قسم الأحوال الشخصية مع ضرورة توفر شروط الدعوى وهي الصفة والمصلحة والأهلية حسب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه" لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون". يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة والمصلحة في المدعي أو في المدعي عليه. كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون.

فالشرط الأساسي أن يكون المدعي زوجة شرعية وأن يكون رافع الدعوى هو المعني بالأمر شخصيا أو وكيله القانوني أي محاميه أو وليه الشرعي أو وصيه وبخصوص الأهلية لابد أن يكون أتم 19 سنة سن الرشد المدني حسب المادة 40 من القانون المدني، وأن لا يكون رضاه مشوب بأحد العيوب خاصة الجنون والعته، ففي مثل هذه الحالات لابد من قيم أو وصي يرفع الدعوى، وفيما يخص المصلحة لابد لرافع الدعوى أن يهدف إلى تحقيق هدف مشروع فإذا توافرت هذه الشروط فإن المعمول به في قضايا الخلع لجوء الزوجان إلى محكمة مختصة بعريضة افتتاحية للدعوى مشتركة يسجلان فيها كل ما اتفاقا عليه ويوقعان عليها بعد تاريخها مع

---

[1] قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1992/10/27 ملف رقم 86305 المجلة القضائية عدد1 سنة 1995.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 05-01 المؤرخ في20 يونيو 2005 المتضمن للشروط الخاصة بصحة الزواج (ج.ر 44 ص 19)

[3] مرجع نفسه

إرفاق الدعوى التي تكون على نسختين باللغة العربية بنسخة من عقد الزواج مع دفع الرسم القضائي المقدر ب: 20 دج. وفي حالة الفرقة بالخلع على الزوجة الإدلاء بالأسباب الشخصية التي أدت بها إلى طلب الخلع حتى يتم الاستجابة لطلبها من القاضي، ثم يسجل الكاتب القضية في السجل العام المخصص للقضايا المدنية يمنح لها رقما خاصا ويسلم وصلا للمدعي يحمل رقم القضية وتاريخ تسجيل الدعوى وتاريخ الجلسة الذي يجب أن يحضر لها أما م المحكمة. وفي حالة انعدام الأهلية للخصوم نصت المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على بطلان الإجراءات.

الفرع الثاني: الإجراءات الشكلية أمام الجهات القضائية.

قبل جلسة الحكم بالخلع يستوجب القانون على القاضي أن يتبع الإجراءات والشكليات والتي تتعلق بما يلي:

المرحلة الأولى: جلسة الصلح

أن إجراءات الصلح هي من المسائل الهامة في شؤون الأسرة وقد جاء النص على هذه المسألة في القرءان الكريم في قوله تعالى: «وإن خفتم شقاقا بينهما فابعثوه حكما من أهله وحكما من أهلها وإن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا».[1]

كما نص المشرع الجزائري على هذه الإجراءات في المادة 49 من قانون الأسرة بقوله: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى."

تعتبر جلسة الصلح أول جلسة يقوم بها القاضي وهي إلزامية طبقا للمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تنص على أنه:" محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية."

وفي التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا[2].

إذ يحاول من خلال الإصلاح بين الزوجين والبحث في الأسباب التي دفعتهما إلى اللجوء لطلب فك الرابطة الزوجية، وإقناعهما بالعدول عن الطلاق والتوصل إلى حل يرضيهما، والتأكد من إرادة الزوجين إذا كانت خالية من عيوب الإرادة.

"في حالة إقناع القاضي الزوجان بالصلح، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي محضرا يثبت هذا الصلح، ويوقع المحضر منطرف القاضي وأمين الضبط"[3]. والزوجين ويودع بأمانة الضبط، ويعتبر هذا المحضر سندا تنفيذيا، وتستمر الحياة الزوجية

[1] سورة النساء، الآية 35.

[2] طبقا لنص المادة 440 من قانون الإجراءات الإدارية.

[3] طبقا لنص المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية.

دون الحاجة إلى عقد جديد عملا بنص المادة 50 من قانون الأسرة التي تنص على: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

أما في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين[1] بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوة[2].

إجراء محاولات الصل ح في دعوى الخلع وجوبي، يقوم القاضي بها في مدة لا تتجاوز 03 أشهر، وهو غير مقيد بعدد معين، بمجرد اقتناعه بأنه لا جدوى من محاولات مواصلة الصلح ينتقل إلى النظر في موضوع الدعوى ولو كان ذلك بعد إجراء محاولة واحدة للصلح.

المرحلة الثانية: تحديد موضوع النزاع.

يتحدد موضوع النزاع طبقا لنص المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال عدة طلبات وتتمثل في: الطلبات الأصلية، الطلبات العارضة بنوعيها.

1- الطلبات الأصلية:

وهي الادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى[3]، والقاضي ملزم بالتقييد بها ومناقشتها، ويتعين على المدعي عليه أن يلتزم بالرد عليها ولا يخرج عن نطاقها إلا في الحالات التي ينص القانون على خلاف ذلك[4].

إضافة إلى الطلبات الأصلية، يسمح المشرع الجزائري للمدعي بتعديل الطلبات الأصلية بتقديم طلبات عارضة.

الطلبات العارضة المقدمة من طرف المدعي تسمى بالطلبات الإضافية[5] وتكون في حالة ما فاتته بعض الطلبات أو كانت هناك أسانيد إضافية تؤكد طلباته الأصلية. أما الطلبات العارضة المقدمة من طرف المدعى عليه تسمى بالطلبات المقابلة[6]، وهي الطلبات التي يقدمها المدعى عليه للحصول على منفعة وفضلا عن طلبه رفض القاضي مزاعم خصمه.

---

[1] تنص المادة 441/ الفصل الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح، بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضرا بذلك".

[2] طبقا لنص المادة 443 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] طبقا لنص المادة 25 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية.

[4] عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2013، ص76.

[5] طبقا لنص المادة 25 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[6] طبقا لنص المادة 25 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبناء على ما تقدم يمكن أن نستخلص بأن قانون الأسرة لم يتطرق إلى الإجراءات التي يتم من خلالها رفع الدعوى، وهذا ما يعاب عليه بحيث كان عليه تضمين إجراءات خاصة توجه القضاة والمتقاضين إلى معرفة إجراءات المحاكمة وإجراءات التقاضي التي يستوجب عليهم مراعاتها ولهذا يجب علينا الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية لمعرفة هذه الإجراءات.

المطلب الثاني: مدى تدخل القاضي في الخلع

الخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العيش معه، وتلتزم الزوجة هنا بدفع المال للزوج لأن الفرقة جاءت بطلبها دون تقصير من الزوج، لذلك عليها تحمل نتائج الفرقة.

نصت المادة 1/54 من الأمر رقم 02/05 على أنه:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل "مالي". ومن خلال هذه المادة أعطى المشرع للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع وذلك دون موافقة الزوج، وبالتالي فهو حق لها في مقابل حق الطلاق الذي منحه للزوج، وقد تتعسف الزوجة في ممارسة حقها ويلحق الزوج من ضرر في ذلك.

وهنا حسب المشرع الجزائري للقاضي سلطة في إيقاع الخلع على الزوج في حالة رفضه وامتناعه عن إجابة الزوجة لطلبها. أما النص قبل التعديل فكان الخلع لا يتم إلا بموافقة الزوج[1].

كما يتدخل القاضي كذلك في الخلع إذا لم يحصل اتفاق بين الزوجين في تحديد مبلغ الخلع على ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم[2].

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي.

تعامل القاضي مع موضوع الخلع:

إذا ما رفعت الزوجة أمرها للقاضي للمطالب ة بالمخالعة، وقبولها بدل الخلع تنشأ قرينة غير قابلة لإثبات العكس على وجود الكراهية والبغض، هذه القرينة تلزم القاضي بالاستجابة لطلبها[3]، لأن الخلع في القانون حق أصيل للزوجة، ولا سلطة للقاضي فيه سوى الحكم بما طلبته.

---

[1] نص المادة 54 قبل التعديل: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على كل شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

[2] تنص المادة 2/54 من قانون الأسرة على أنه: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور **الحكم**".

[3] عمران عائشة، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنته مع أبرز التشريعات الع ربية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007_ 2008، ص76 ص77 .

ويبقى دور القاضي في هذا المجال ينحصر في حالة وحيدة، تظهر عند الاختلاف في مقدار الخلع الذي حدده القانون بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم بالخلع، والقاضي كذلك لا سلطة له في تحديد مبلغ الخلع لأن القانون تولى مهمة تحديده.

وعليه، إذا اتفق الزوجان على مبلغ الخلع لابد على القاضي احترام المبلغ المتفق عليه، أما في حالة اختلاف الزوجين حول مقدار الخلع، حدد القانون دور القاضي في حالة التنازع حول المقدار، وهو الحكم بمهر المثل وقت صدور الحكم.

غير أن هذا التحديد الذي تضمنه القانون، يطرح إشكالا مهما يتعلق بمبدأ الرضائية حول المقابل الذي تمنحه الزوجة، ويتمثل هذا الإشكال في أن القاضي طبقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة يفرض عليه عند وجود نزاع بين الزوجين الحكم بصداق المثل وقت صدور الحكم، لكن هذا الحكم القانوني الوارد في نص المادة وعند تطبيقه يحمل الملاحظات التالية:

1-إما أن يحكم القاضي بصداق المثل، ويفوق قيمة المهر الحقيقي الطي قيمة الزوج للزوجة، ويكون الحكم لصالح الزوج الذي يستغل القيمة الزائدة عن قيمة المهر، وهذا ما يضر بمصلحة الزوجة، لأنها في الأصل لا يمكنها أن تتوفر على هذا المال، أولا تستطيع دفعه لأنها كانت في خدمة الزوج وهو من كان يعمل وينفق عليها، وهذه الحالة كثيرا ما تقع في الميدان العملي، لأن من يتزوج في سنوات ماضية على مهر قدره 100000 دينار، وتطلب زوجته الخلع في وقتنا الحالي الذي يفوق فيه مهر المثل 100000 دينار، فيتعمد الزوج أن يتنازع معها حول مقدار ليحكم القاضي لها بمقدار مهر المثل وقت صدور الحكم فيحصل على الفارق مع أنها ستتضرر كثيرا من الناحية المادية.

2-أما أن يحكم القاضي بصداق المثل ويكون أقل من مقدار المهر الحقيقي، فهنا الزوجة هي من تستفيد من هذا الحكم بحيث تستفيد من الزيادة الناتجة عن الفرق بين المهر الذي قدمه لها الزوج وقيمة صداق المثل الذي حكم به القاضي وقت صدور الحكم ويلحق الضرر بالزوج[1]. وتظهر هذه الحالة كثيرا بالنسبة لبعض الأزواج الأغنياء الذين يمهرون زوجاتهم أشياء ثمينة، وعند الخلع يستردون فقط مهر المثل وقت الحكم الذي لا يساوي شيئا مع ما قدمه لها، ومع أن سبب الطلاق ليس من جانبه وأن الزوجة هي من طلبته لسبب نفسي لا دخل له فيه، فتتعمد الزوجة التحايل على القانون من خلال الاختلاف مع الزوج لعلمها أن القاضي سيتدخل، وهذا الأخير ملزم بالحكم بمهر المثل وقت صدو ر الحكم، مع أن المهر المقدم من جانب الزوج يفوق بكثير مهر المثل، فيكون تعسف الزوجة في هذه الحالة مبارك ومصادق عليه من قبل القانون[2].

وإذا كان الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في مسألة قيمة البدل، ومدى جواز أخذ المال الزائد عن المهر من عدمه[3]، إلا أنه ينبغي على المشرع أن يقرر الحماية الكافية للزوجين من التحايل على نصوص القانون، بتدارك النقص المسجل، وتعديل هذا الجزء من

---

[1] صديق سعوداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق والخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص-فرع: قانون الأسرة، جامعة الجزائر1 كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013_2014، ص169.

[2] عائشة عمران، مرجع سابق، ص74.

[3] اختلف الفقهاء حول تقدير مقابل الخلع على آراء متعدد: فذهب البعض إلى عدم جواز الزيادة في المخالفة، وأن المخالفة لا تكون إلا بمقدار الخلع الذي دفعه لها، وحجتهم في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم للمرأة التي اشتكت زوجها وأرادت

فراقه، «أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم من مالي، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: أما الزيادة من مالك فلا، ولكن الحديقة نعم». محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي صحيح البخاري، دار السلام الرياض، دار الفيحاء، دمشق، كتاب الطلاق، الحديث رقم: 5273، 1999، ص943.

المادة بحل عادل للطرفين، لا ينطوي على أي احتمال ظلم لأحدهما، ويكون الضابط في هذه الحالة هو مقدار المهر الحقيقي مع إعطاء الزوج إمكانية إثبات قيمة المهر الحقيقي بكافة الطرق المقررة لذلك.

وما يجب التنبيه إليه أيضا، هو أن قاضي شؤون الأسرة يتمتع بسلطة واسعة في تغيير موضوع الدعوى من خلع إلى تطليق إذا ما توفرت الأسباب الموجهة. حيث منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي بصفة عامة سلطة واسعة في إعادة التكييف القانوني للوقائع بصريح نص المادة 29 منه والتي تنص: "يعاين القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح دون أن يتقيد بتكييف الخصوم".

لذلك عند وجود دعوى الخلع وتكون مؤسسة على أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، يكون للقاضي إمكانية إصدار الحكم الذي يقضي بالتطليق بدلا من الخلع حتى لو لم تطالب به الزوجة بشرط توافر أسباب ذلك، لأن الزوجة أخطأت في التكييف القانوني الذي ليس من اختصاصها والقاضي هو الذي يقع على عاتقه مهمة تطبيق القانون بإسقاط الحكم القانوني المناسب على الوقائع[1].

الفرع الثاني: الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية.

إن الأحكام القضائية بصفة عامة تقسم إلى أحكام تقريرية وأحكام منشئة وأحكام إلزام ولذلك يجب أن نتطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع ثم ندرس آثار هذه الأحكام

1_ طبيعة هذه الأحكام:

كل دعوى ترفع أمام القضاء لابد أن يصدر في شأنها حكم قضائي أو قرار، وبما أن دعاوى فك الرابطة الزوجية كغيرها من الدعاوى، لابد أن يصدر القاضي حكمه فيها استنادا إلى ما قدم إليه من مستندات وإثباتات سلبية أو إيجابية، فما طبيعة الحكم الصادر في دعاوى الطلاق؟ قبل ذلك لابد أن نتطرق إلى أنواع الأحكام بإيجاز.

[1] نور الدين المطاعي، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد03، سنة 2012، ص335 وما بعدها

أ/ الحكم الملزم:

حكم الإلزام هو ذلك الحكم الذي يتضمن إلزام المدعي عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبر ي[1] ولذلك فإن حكم الإلزام يهدف إلى تقرير مصدر الإلزام ولكي تتحقق هذه الصورة فلابد أن يكون هناك تنفيذ جبري يهدف إلى إعادة مطابقة مركز الواقعي مع المركز القانوني للشخص، فمتى نقول بأننا أمام حكم ملزم؟ فنكون أمام حكم ملزم إذا كان هناك حق يقابله التزام ويكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ الجبري.

ب/ الحكم المقرر:

هو ذلك الحكم الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني وهذا الحكم لا يمكن تنفيذه جبرا وهذا عكس الحكم الملزم لأنه بمجرد صدوره تتحقق الغاية منه مثل: الحكم الصادر بالتطليق فبمجرد صدوره تشبع الحاجة منه أي أنه تخلص الزوجة من الزوج.

والأحكام المقررة لا يساهم القضاء إلا في الكشف عنها وتقريرها، والدعوى التقريرية لا تواجه اعتداء ظهر في شكل مخالف للالتزام لأن الحق أو المركز القانوني لا يقابله التزام وإنما يواجه مجرد اعتراض.

ج/ الحكم المنشئ:

هو ذلك الحكم الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني[2]، وهو مثل الحكم المقرر فبمجرد صدوره تتحقق الغاية منه بدون حاجة إلى تنفيذه جبرا.

وتختلف الأحكام التقريرية عن الأحكام الإنشائية في كون أن الأولى تكون فيها السلطة التقديرية للقضاء محدودة، بينما في الأحكام الإنشائية تكون السلطة التقديرية للقضاء أوسع. وعليه نطرح الإشكال التالي: ضمن أي صنف يمكن أن ندرج الحكم الصادر في دعاوى الطلاق؟

ونستخلص من كل هذا أن الحكم الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية سواء تعلق الأمر بالطلاق أو بالتطليق أو الخلع هو حكم منشئ من جهة بحيث تترتب عنه إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج.

كما له طابع إنشائي، بحيث ينشئ مركز قانوني جديد للزوجين، فيصبح كل منهما أجنبيا عن الآخر، فوضع كل منهما هو زوج مطلق.

---

[1] عبد الفتاح تقية محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة ،الجزائر ،2007، ص198.

[2] عبد الفتاح تقية محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة ،الجزائر ،2007، ص198.

وبعد معرفة أنواع الأحكام القضائية فسنتطرق إلى دراسة الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالخلع.

الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالخلع:

لقد جعلت الشريعة الإسلامية للزوجة منفذا لإنهاء الرابطة الز وجية بحيث منحتها حقا إراديا في التفريق لقاء بدل تدفعه للزوج إذا لم تستطع أن تثبت إخلال الزوج بأحد التزاماته، أما إذا تمكنت من إثبات ذلك من إثبات ذلك فيفرق بينهما بدون دفع أي مقابل.

ونتيجة لكل ما تقدم فإن الحكم الصادر بالخلع لا يختلف من حيث طبيعته القانونية عن الحكم الصادر بالطلاق في كون أنه من الأحكام التقريرية إذ لا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم لأن هذا الحق هو
إرادي وتستطيع الزوجة استعمال حقها في أي وقت تريد بشرط أن تدفع مقابل تخليصها من حياة زوجية أضحت لا تطيقها غير أنه يختلف عنه من حيث تكييف الفرقة الناتجة عنه فهي تدخل تحت نظام الفسخ لأنه لم تقع بناء على إرادته (الزوج) إذ تعتبر فرقة بائنة بينونة صغرى[1].

[1] عزيزية يوسف، مذكرة حول التطليق والخلع في ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، المعهد الوطني للقضاء-مديرية التربصات، سنة 2003، ص41 – 42.

المبحث الثاني: آثار الحكم بالخلع.

المطلب الاول: التزامات الزوجة ونفقتها وعدتها

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

الفرع الأول: التزامات الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية

يترتب عن الخلع التزام في ذمة الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية لذا سنتطرق إلى التزام الزوجة بدفع بدل الخلع ثم سقوط الحقوق الزوجية الناشئة قبل الخلع.

أولا: التزام الزوجة بدفع بدل الخلع.

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

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

1_ الفرقة بين الزوجين من غير عوض:

إذا كانت الإساءة من الزوج بأن ظهر ظلمه لزوجته من غير سوئ اقترفته ولم ترض بالمقام معه فرق بينهما من غير عوض. قال بذلك المالكية، وابن حجر من الشافعية، وابن تيمية من الحنابلة، وهو مقتضى ما ذكره الحنفية. وهذا ظاهر لما يلي:

قوله تعالى:" ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة"[2] فإن الزوج إذا أضر بالزوجة وكان سببا في نشوزها عليه وطلبت فراقها منه من غير فاحشة افتراها كأنه عضلها ظلما، فلا مهر له.

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

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري _الزواج والطلاق ،_الجزء1، الطبعة5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص270

[2] سورة النساء الآية19.

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

2_ الفرقة بين الزوجين بجزء من المهر:

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

الصورة الأولى: إذا كانت الإساءة منهما معا.

وقد أختلف علماء المالكية في هذه الصورة على قولين:

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

القول الثاني: تكون الفرقة ببعض المهر، ولايستوعبه الحكمان.

الترجيح:

أنه إذا علم الظلم أو الإساءة من الزوجين معا فإن الفرقة تكون ببعض منا لمهر، والأصل أنه إذا تساوت الإساءة أو جهل قدرها كانت الفرقة بنصفه، وإذا كان أحدهما أظلم كان بجزء منه حسب حصة إساءته ثلثا أو ربعا وهكذا، وقد جعل الله للمطلقة قبل الدخول نصف المهر في قوله تعالى": وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم"[1]على أصل مشروعية تجزئة المهر عند الفرقة. **الصورة**

الثانية: إذا كان الظلم من الزوج وكانت الفرقة قبل الدخول

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

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

3-الفرقة بين الزوجين بالمهر كاملا:

يقرر المهر كاملا عند الفرقة بين الزوجين في صورتين هما:

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

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

[1] سورة البقرة الآية 237.

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

القول الأول: إذا كانت الزوجة هي الظالمة بنشوز أو غيره، وليس من الزوج ظلم ولا إساءة فإن المهر في حال طلب الزوجة الفرقة يتقرر كاملا للزوج من غير زيادة وهو قولا لحنفية وابن حجر من الشافعية فيفسخ المرأة إذا كان النشوز من قبلها بأن يكون بالمهر، وبه قال الحنابلة.

واستنادا لابن تيمية بأمر النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس بن شماس بردا لحديقة، وقد جاء فيه": اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة."

القول الثاني: إذا كانت الإساءة من الزوجة وفرق بينهما: فيكون على عوض يقدره الحكم ان حسب اجتهادهما بما يريانه مناسبا للطرفين ولو بأزيد من المهر وبذلك قال المالكية.

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

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

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

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

ثانيا: سقوط الحقوق الزوجية الناشئة قبل الخلع

إذا صار الطلاق بائنا فهنا ينفي الحياة الزوجية المشتركة بين الزوجين، وعليه تسقط كلا لحقوق الناشئة عنه بين الزوجين مثلا لصداق المؤجلة لنفقة الغذائية الواجبة إلا حق النفقة المتعلق بالعدة لأنه حق يكون قد نشأ بعد حدوث الطلاق، وهو حق يبقى في ذمة الزوج[2]

كما أنه لا توارث بين الزوجين بعد فرقتهما، إلا إذا توفي أحدهما قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، وهذا طبقا لنص المادة 132من قانون الأسرة المعدل بالأمر02/05 والتي تنص

[1] عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الخلع بطلب الزوجة لعدم الوئام مع زوجها، الطبعة الأولى، دار بن فرحون- الرياض ،2010، ص123_131

[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص271.

"إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث[1] "

الفرع الثاني: عدة ونفقة المختلعة

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

أولا: عدة المختلعة

العدة مأخوذة من العدد لاشتمالها عليه غالبا، وفي الاصطلاح هي المدة التي تتربصها المرأة حتى تحلل زوج آخر وفي هذا المعنى جاء قوله تعالى: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء[2]" والآية جاءت على صيغة الأمر والوجوب والحكمة من مشروعية العدة هي تحقيق بعض المصالح وهي معرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب[3].

[1] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة2، ديوان المطبوعات الجامعية_ بن عكنون_ الجزائر ،2008، ص123.
[2] سورة البقرة الآية228.
[3] طاهر حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، الطبعة لأولى، دار الخلدونية، الجزائر،2009، ص193.

وقد نص المشرع الجزائري على عدة المختلعة في المادتين 58 و60 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 فالمشرع لم يفرق بين حالات الطلاق سواء كانت من الرجل أو المرأة واعتبر فترة العدة نفسها[1] يتضح من خلال المادتين السابقتين أن عدة المختلعة نوعان هما:

1-عدة المختلعة غير الحامل

تعتد المختلعة غير الحامل بمضي ثلاثة قروء أي ثلاثة حيضات إذا كانت ممن يحضن.

ودليل ذلك قوله تعالى " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة بقوله": تعتد المطلقة المدخول بها غيرا لحامل بثلاثة قروء" ،وهذا يعني أنه إذا كانت المحكمة قد أصدرت حكما بقضي بطلاق الزوجة من زوجها خلعا، فإنها لا يجوز لها أن تبرم عقد زواج جديد إلا بعد مرور ثلاثة قروء، وهو يساوي ثلاثة شهور إن تزوجت قبل ذلك فإنها تكون قد خالفت الشرع والقانون واعتبرت آثمة.[2] أما إذا كانت المرأة لا تحيض سواء كانت صغيرة دون البلوغ أو بلغت سن اليأس من المحيض وهي خمسة وخمسون سنة على المفتى به، فعدتها ثلاثة أشهر[3] لقوله تعالى": واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر"[4]

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة التي تنص على أنه واليائس من المحيض بثلاثة أشهر، من تاريخ التصريح بالطلاق

"وهذا يعني أن الزوجة إذا صدر حكم بخلعها من زوجها لا يجوز لها هذه الفترة أن تتزوج ثانية مع أي كان وان تزوجت فإنها تكون قد ارتكبت إثما واقترفت حراما وعرضت زواجها للبطلان".

2-عدة المختلعة الحامل

إذا كانت المختلعة حاملا فعدتها وضع حملها ودليل ذلك قوله تعالى" وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن[5]"

فالحامل تعتد بوضع الحمل، فمدة العدة بالنسبة للمختلعة الحامل تختلف عن غيرها من النساء، فهي لم تحسب بالقروء ولا بالأشهر وانما مدة العدة بالنسبة إليها تنتهي بمجرد وضع حملها [6]وهذا ما أخد به المشرع الجزائري في نص المادة 60

---

[1] سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق و العلوم الإدارية جامعة الجزائر ، ص77.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد –أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة4، دار هومه، الجزائر ،2010،ص136.

[3] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص372.

[4] سورة الطلاق الآية04.

[5] سورة الطلاق الآية04.

[6] عبد العزيز سعد مرجع سابق، ص136.

من قانون الأسرة التي تنص على أنه": عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة."

كما يلتحق بالوضع إسقاط الحمل إذا جاء مستبينا بعض أعضائه، غير أن المشرع الجزائري جعل أقصى مدة الحمل 10أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة طبقا للمواد 42 و43 و60 من قانون الأسرة، وهو ما يتفق مع رأي الأطباء اللذين يؤكدون أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من هذه المد ة[1]

ثانيا: نفقة المختلعة

يرى الفقه المالكي أن المعتدة من طلاق بائن تستحق السكن حاملا كانت أم غير حامل وتستحق النفقة إذا كانت حاملا لقوله تعالى": أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن، وان كن أولا تحمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " فالمطلقة المعتدة تستحق النفقة والسكنى[2]وهذا تطبيقا لما جاء بها لمشرع الجزائري في المادة 61 من قانون الأسرة والمعدل بالأمر02/05 بقولها:

"لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق."

وعليه فمهما كان أمر عدة الطلاق فإن المطلقة خلعا تستحق النفقة كاملة طول مدة العدة التي تعتدها، لأنها تعتبر شرعا وقانونا مازالت في عصمة مخالعها وأن من حقها أن تبقى في بيت الزوجية خلال مدة العدة ولها الحق في النفقة في هذه الفترة، سواء كانت حاضنة أو غير حاضنة.[3]

كما أن المادة 78 من قانون الأسرة نصت على مشملات النفقة وحصرتها في الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، ولهذا فالمختلعة لها الحق في النفقة ما دامت في مدة العدة.
ومن ثم فإن نفقة العدة تظلوا جبة للزوجة على زوجها في جميع الأحوال سواء كانت ظالمة أو مظلومة[4].

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص371.
[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص377.
[3] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص336_337.
[4] بلحاج العربي مرجع سابق، ص378.

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

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

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

أما في حالة اتفاق الزوجين على أن يكون مقابلا لخلعه والتزاما لزوجة بالإنفاق على أولادها مدة محددة، ثم حصل أن وقعت في إعسار وعجزت عن النفقة فيجب على الزوج في هذه الحالة أن يتولى الإنفاق على أولاده ويكون ذلك دينا على الزوجة المخالعة ومن حقه أن يعود به عليها عند اليسار، أما إذا ماتت الزوجة بعد الطلاق بالخلع وكان الزوجان قد تخالعا على نفقة الأولاد فإن واجب النفقة ينتقل إلى الأب وله أن يرجع بها على تركة الزوجة إن كانت قد خلفت ما يورث[3] .

المطلب الثاني: سقوط الحضانة في الخلع.

حق الحضانة لا يثبت لصاحب بشكل مؤيد فهو ينقضي ببلوغ الولد المحضون السن المحدد قانونا، وقد يسقط لأسباب محددة في القانون وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها.

المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري تنص على من هو اولى بالحضانة للأولاد من النساء والرجال، وذكر الأسباب المسقطة عنهم لها، وهذا الأمر طبيعي كون الحضانة شرعت إلا لحماية الأولاد ورعايتهم وحفظهم صحيا وخلقيا، فإذا لم

---

[1] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، طبعة2، دار هومة، الجزائر ،2006، ص128.

[2] – أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية ،1998، ص143.

[3] – ربيحة الغات ،التفريق بين الزوجين – دارسة نموذجية للخلع والظهار والايلاء –رسالة ماجستير حقوق وعلوم قانونية وادارية، جامعة الجزائر،1997 _ 1998، ص71_72.

تحقق الحضانة هذه الأهداف لا مناص لإسقاطها عمن أسندت إليه وتصبح منوطة بآخر ممن له الحق فيها، يكون مواليا في الترتيب ومؤهلا لها.[1]

- **سقوط الحضانة.**

ذكر المشرع الأسباب المسقطة للحضانة عن أصحاب الحق فيها وتتمثل في:

الفرع الأول: سقوط حق الحضانة في الفقه والقانون.

ذكر قانون الأسرة الجزائري ستة أسباب مسقطة لحق الحضانة، لذا سنتطرق إلى كل سبب من هذه الأسباب في بيان موقف الفقه الإسلامي إضافة إلى النص القانوني.

أولا: إسقاط الحضانة لتزوج الحاضنة بغير قريب محرم

يسقط حق الحاضنة الزواج بغير قريب محرم وهو ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة، وقضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13_07_2005[2]. الذي جاء فيه "إذا كان القانون قد أعطى الترتيب الأول للأم في الحضانة، إلا أنه نص أيضا على إسقاط هذا الحق إذا تم زواجها بغير قريب محرم".

غير أن إسقاط الحضانة عن الحاضن لا يكون إلا بموجب حكم قضائي[3]، فزواج الحاضنة بحد ذاته لا يسقط الحضانة ولكن الذي يسقطها هو تزوجها بأجنبي يخشى أن يسيء معاملة الصغير فغن تزوجت الحاضنة بقريب محرم كعم المحضون فإن حضانتها لا تسقط[4]، وفي كل الأحوال يتعين على القاضي عند البت في طلب إسقاط الحضانة مراعاة مصلحة المحضون.

ومن الفقهاء الذين قيدوا سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم المالكية وكذلك جمهور الحنفية، ومنهم أخذ المشرع الجزائري الحكم في المادة سالفة الذكر، وبذلك راعى المشرع نفسية الأب والطفل معا، فأما مراعاته لنفسية الأب، فبإسقاطه للحضانة عن الحاضنة التي بتزوج ها بقريب غير محرم من الطفل، حتى لا يرى الأب ابنه عند أناس غرباء عن عائلته يتربى في أحضانهم ،وهو مع ذلك مكلف قانونا بالإنفاق عليه؛ أما مراعاته لنفسية الطفل فبإسقاط حضانة أ مِّه

---

[1] ينظر إلى المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] قرار المحكمة العليا، بتاريخ 13_07_2055، ملف رقم 341320، قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، عدد 62، 2008، ص385، نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء3، ص1469.

[3] كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي ،2015، ص127.

[4] إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الح ضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2013، ص32.

له بتزوجها بأجنبي عنه وبعدم إسقاطه لها بتزوجها بأحد محارمه، لأن في هذا ضمان لبقاء الطفل دائما مع أقاربه مما يجنبه عقدة الشعور بالغربة والابتعاد التي لا تنفك عنه لو تربى في بيت أجنبي عنه[1].

ومن استقراء نص المادة 66 السالفة الذكر يمكن طرح التساؤل التالي: هل سقوط الحضانة عن الحاضنة بزواجها بغير قريب محرم يكون في كل الحالات؟

من خلال نص المادة 66 يتضح بأن حق الحضانة يسقط حتما عن الحاضنة بمجرد تزويجها بغير قريب محرم دون المراعاة لأي اعتبار كان، وقد أقرت هذا المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومثالا عن ذلك القرار الصادر في 1986/05/05 والذي جاء فيه:" من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما جدير بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه من المتعين تطبيق الحكم الشرعي عند القضاء في مسائل الحضانة."[51]

لكننا نرى أن سقوط الحضانة بزواج الحاضنة بغير محرم قريب كقاعدة عامة، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات، فالقاضي لا يحكم بسقوط الحضانة مباشرة بمجرد زاج الحاضنة وإنما عليه أن يراعي مصلحة المحضون، فلو لم يقبل المحضون غير حاضنته وأصر على البقاء، معها فهل إسقاط الحضانة عنها فيه مصلحة للمحضون؟ وعليه فلا مانع من تأكد القاضي من تمسك المحضون بحاضنته وكان الزوج مستقيما محمود الأخلاق لا يخشى منه على المحضون، أو أنه ليس للمحضون حاضن غير أمه التي تزوجت بغير قريب محرم أو لا حاضن آخر غير أمين عليه.

وهناك استثناء وضعه المالكية عن سقوط الحضانة عن الحاضنة التي تزوجت بغير قريب محرم، وهو أن تكون هذه الأخيرة وصية على المحضون، لأن حق الوصاية لا تسقطه الزوجية، وقد حصروا هذا الاستثناء على الأم الحاضنة فقط. فقد قال الإمام مالك " إن المرأة الوصي على أولادها لا تسقط حضانتها بتزوجها ولا تنزع منها" وهذا هو الرأي الغالب، وقال رأي آخر بامتداد هذا الحكم ولو كانت المرأة الموصي غير الأم[2].

ثانيا: إسقاط الحضانة لتنازل الحاضن عن حقه في الحضانة

نصت المادة 66 على هذا السبب حيث جاء فيها: " يسقط حق الحضانة بالتزاوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم ما لم يضر بمصلحة المحضون." ولقد اختلف الفقهاء المسلون في الأخذ بهذا السبب لاختلافهم في اعتبار الحضانة حق

---

[1] أعراب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن–دراسة تأصيلية– مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول، سنة 1994، ص148/147

[2] أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة و الولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، طبعة 2006،ص 129.

للمحضون أم حق للحاضن أم أنها حق لكل من الحاضن والمحضون. فعلى اعتبار الحضانة حق للمحضون، فإن الحاضن لا يستطيع التنازل عنها لغيره، وهي رواية عن مالك واختيار بعض الفقهاء الحنفية.

وعلى اعتبار أن الحضانة حق للحاضن، فإن له الحق في التنازل عنها، ولا يجبر عليها، وقد قال بذلك الشيعة الإمامية وبعض الحنابلة وفي رواية عن مالك.

وعلى اعتبار أن الحضانة حق للحاضن من وجه، وللمحضون من وجه آخر، فإن الحاضن يستطيع أن يتنزل عنها بشرط ألا يضر ذلك بمصلحة المحضون[1].

ويتبين مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري أخذ بالاعتبار الثالث حيث أجاز من جانب الحاضن التنازل عن الحضانة، فاعتبرها من الوجه حقا له، ومن جانب آخر قيد هذا التنازل بعدم الإضرار المحضون، فاعتبرها بهذا حقا لهذا الأخير[2]. وبناء على هذا، فإن القاضي إذا طرحت أمامه مسألة التنازل عن الحضانة فعليه أن يبحث في الآثار المترتبة على هذا التنازل على المحضون وله مطلق السلطة التقديرية في قبول هذا التنازل من عدمه وفقا لما يراه مناسبا لمصلحة المحضون[3]. وعليه فإن القضاء بإسقاط حضانة التنازل عنها من طرف الحاضنة وإسنادها للأب دون مراعاة مصلحة المحضون يعتبر خرقا لأحكام الشريعة، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ

1989/07/30، والذي جاء فيه: «من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير القريب المحرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد حكم القاضي بإسقاط حضان البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبي ها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم من رعاية الأب أكثر فبقائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة، ومتى كان ذلك استوجب نقض قرار المطعون فيه"[4] .

---

[1] أعراب بلقاسم، مسقطات حق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص144_145.

[2] أعراب بلقاسم نفس المرجع السابق، ص145.

[3] محمد شمروك، محمد مصمودي وعدلان غربي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005 2008، ص48.

[4] م ع، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1989/07/03، الملف رقم 54353، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1992، ص45.

ثالثا: إسقاط الحضانة بمضي سنة دون المطالبة بها:

نصت على هذا المادة 68 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: " فإذا لم يطلب من له الحق في الحضنة لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها" ولقد أثارت هذه المادة عدة تساؤلات: منها هل حق الحاضن يسقط استنادا لهذه المادة بقوة القانون أم لا ؟

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن الحق للحاضن في هذه الحالة يسقط بقوة القانون ولا يطلب من القضاء إذا قدمت الدعوى إلى القضاء إلا أن يقر هذا السقوط بموجب حكم تصدره المحكمة المتخصصة[1].

بينما يرى الأستاذ الغوثي بن ملحة أن الإسقاط لا يتم بقوة القانون، وإنما يجب أن يحكم به القاضي مما وإذا كان الإسقاط لا يتم إلا أمام القضاء فهل للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه؟ وإن الإجابة على هذا السؤال تؤدي بنا إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني وبالضبط نص المادة 321 الفقرة الأولى التي تنص:" لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو يتمسك المدين به" وبذلك ينبغي لمن له مصلحة أن يلجأ إلى القضاء لطلب إسقاط الحضانة عن الحاضن، والذي قد يكون الزوج المخالع أو الزوجة المختلعة أو غيرها لفوات مدة سنة[59].

ومن باب الانتقاد الموجه لهاته المادة هو أنه ما يعاب على هذا النص عدم تحيد لتاريخ بدأ سريان مدة السنة، زمتي يعتبر السكوت عن الحق في المطالبة بالحضانة عذر؟ في حين سكت القاضي عن كذلك عن الإجابة عن هذه التساؤلات، حيث أكد فقط بسقوط الحضانة وعلى من تجب له بمرور سنة دون المطالبة بها وهذا ما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1985/12/02 الذي جاء فيه: " حسب الشريعة الإسلامية من لم يطلب حقه في الحضانة لمدة تزيد عن عام بدون عذر سقط حقه فيها" [60].

وباعتبار أ، المشرع الجزائري قد أخذ هذه المادة من المذهب المالكي، فإنه ينبغي البحث عن إجابة في ظل هذا المذهب بالنسبة للسؤال الأول بأن المدة المحددة بسنة يبدأ سريانة من تاريخ العلم بالاستحقاق في الحضانة، وبالنسبة للتساؤل الثاني، نجدهم قد اعتبروا السكوت بأنه بدون عذر في حالتين الأولى أن يعلم من له الحق بالحضانة بحقه فيها ويسكت عن المطالبة بها، اما إذا كان لا يعلم بحقه وسكت عن طلب الحضانة لا يسقط حق ه مهما طالت مدة سكوته.

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص301.

الثانية، أن يعلم بأن سكوته يسقط حقه في الحضانة فإن كان يجهل ذلك فلا يبطل حقه فيها بالسكوت، لأن هذا الأمر فرعي يعذر الناس بجهله[1]

رابعا: إسقاط الحضانة لاختلال أحد شروطه الواردة في المادة 62

إذا كانت الحضانة مستوفية لشروطها ومقوماتها كانت صحيحة يجوز لمستحقيها من الزوجين أو غيرهما أن يتولى امر يجعل طابعه قضائي[2].

الحضانة بمجرد نطق الحكم، غير أنه قد يحدث ما يعرقل ممارستها فقد يصاب الحاضن بمرض عقلي أو جسدي يمنعه من ممارسة الحضانة، فتسقط عنه وتؤول لمن يليه في مراتب الحضانة، كما قد يظهر في الشخص الحاضن تصرفات مشينة مخالفة للأخلاق تؤدي إلى سقوط الحضانة عنه.

الفرع الثاني : سقوط حق الحضانة في التشريع والقضاء

أولا: إسقاط الحضانة لظهور مرض عقلي أو جسدي في الحاضن.

ظهر من خلال معالجة لشروط الحضانة أن المشرع الجزائري والفقه الإسلامي اشترطا في الحاضن السلامة العقلية والجسدية حيث أنه إذا ما فقد هذه القوى يصبح غير مؤهل باستحقاق الحضانة فيسقط حقه في ممارستها[3].لأن الحضانة كما ظهر جليا في المادة 62 من قانون الأسرة هي: " السهر على حماية المحضون وحفظ صحة..." وأنه أي إخلال بذلك يسقط وفقا للمادة 67 من نفس القانون، والتي تنص: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه .

ولا يمكن لعمل المرأة أن يكون حجة لسقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"[4].

ولكن هل كل حالة مرضية تطرأ على الحاضن، تجعل حقه مهددا بالسقوط، وهل يعمل بذلك حتى ولو كان المرض مؤقتا؟ إذ لم تشر المادة 67 من قانو الأسرة إلى ذلك تاركة الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، ولذلك فليس من المهم أن يكون المرض المصاب به مستحق الحضانة مرضا عقليا أو جسديا، وكل ما في الأمر أنه يجب أن

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء 7، ص734. / أعراب بلقاسم مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن مرجع سابق الذكر، ص143.

[2] Ghauti-benmalha , le droit algerien de la famile, Ghauti-benmalha , le droit algerien de la famile, o, p, u alger 1973, p234

[3] – زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص392.

[4] – أعراب بلقاسم، مسقطات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص 142.

يكون العجز الذي يصاب به الحاضن منافيا لصون حقوق المحضون ومهددا لمصالحه. وهذا ما قضى به المجلس الأعلى سابقا بقوله: " من المقرر شرعا أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة المحضون ومتعارضة مع مصلحته. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الأحكام الشرعية في غير محله" ...[1].

وما تجدر الإشارة إليه أن مسقطات الحق في الحضانة تتعلق بأي شلل جسدي جزئي أو كلي أو ذهاب للقوة العقلية أو مرض معدي أي جميع الأمراض التي تؤثر على قدرة العمل بشكل يعجز معه الحاضن عن العناية بالطفل ورعايته، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قضية تتمحور وقائعها في أن الحاضنة كانت فاقدة البصر،

فاعتبر المجلس الأعلى أنه بسبب ذلك يسقط حقها في الحضانة وقضى بأن: " المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأخرس والمقعد، والحاضنة فاقدة البصر. ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها"[2].

وينبغي على القاضي في هذه الحالة أن لا ينطق بإسقاط الحضانة إلا بعد اعتماده على الخبرة الطبية التي تثبت عجز الحاضن أو تنفيه، هذا ما جاء به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1979/01/15 عندما عبر بأن قضاة الموضوع قد استنتجوا من الخبرة أن الجدة صحيحة العقل مريضة البدن هي ليست قادرة على الحضانة" [3]. **ثانيا: إسقاط الحضانة لظهور سلوك مشين في الحاضنة:** من

بين معايير تحديد مصلحة المحضون وتحديد شروط إسناد الحضانة يكتسي معيار شرط الأمانة في الخلق أو الاستقامة أهمية بالغة لإبقاء الحضانة مع من أوكلت إليه. إذ لا يمكن الاستغناء عنه عند تقرير أسباب سقوط الحضانة لذا كان من اللازم بأن سلوك الحاضن المشين يسقط ها عنه[4]. ويندرج ضمن السلوك

المشين للحاضن كل ما يفضي إلى الزنا وتناول الخبائث والمهلكات التي ثبت ضررها الصحي والنفسي والخلقي والاجتماعي والاقتصادي، ومن ذلك المخدرات، ويدخل كذلك في إطار السلوك المشين القمار وممارسة السحر والسرقة المعتادة بكل أنواعها[5]. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/90/30 والسالف الذكر[6].

خامسا: إسقاط الحضانة بسبب استيطان الشخص الموكول له حق الحضانة في بلد أجنبي

أرجع المشرع الجزائري في المادة 69 من قانون الأسرة إلى القاضي في إثبات الحضانة أو إسقاطها على الشخص الذي يريد الاستيطان في بلد أجنبي، وهذا مع مراعاة لمصلحة المحضون.

حيث نصت المادة69 من قانون الأسرة على ما يلي: " إذا أراد الشخص ال وكول لها حق الحضانة أن يستوطن في بلد

---

[1] – م أ، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1988/11/07، الملف رقم 50270، المجلة القضائية، العدد 3، سنة1991، ص48.

[2] م أ، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1984/07/09، الملف رقم 33921، المجلة القضائية، العدد 4، 1989، ص76.

[3] لكية حميدو م أ، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1979/01/15، الملف رقم 17481، غير منشور، من رسالة الدكتوراه، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص394.

[4] كية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص401.

[5] زكية حميدو، نفس المرجع، ص408_409.

[6] نفس المرجع ص146.

أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون" وعليه فعلى القاضي عند النظر في هذه المسألة ان ينظر إلى رأي الأبوين وظروفهما ومصلحة المحضون، وهذا في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/06/23 والذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه إذا رغب الشخص الموكول له حق الحضانة الإقامة في بلد اجنبي أن يرجع للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة القاضي بإسناد الحضانة بالجزائر بالرغم منعدم معارضة الاب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه هو نفسه يقيم بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الط رفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط ومادام قضاة الموضوع لم يلتزمون بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي"[1]

كما على القاضي أن ينظر إلى الدولة التي سينتقل إليها الحاضن بالمحضون ومدى تأثير المجتمع الجديد هذا الأخير وما إذا كانت هذه الدولة مسلمة ام لا، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادرة بتاريخ 1989/12/25 والذي جاء فيه: " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة انه في حالة وجود الأبوين في دولة اجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإنه من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة" ...[2]

ويظهر لنا بان إسقاط الحضانة عن الخالة أو الجدة لسكانها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم منطقي، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الجدة أو الخالة، وعليه يمكن القول بأن نفس الأسباب التي من أجلها أسقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا من خلال كل ما تقدم، فالمتمعن في جل مواد قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة من حيث شروط إسنادها أو إسقاطها، وكذا أغلب القرارات، يجد عبارة مصلحة المحضون وارادة فيها إلا انه لا يجد تعريفا واضحا لها.

ويمكن إرجاع صعوبة عدم وضع تعريف لقاعدة مصلحة المحضون تتعلق بمادة وثيق الصلة بالحياة يصعب وضعها في إطار محدد، ولكن بالرغم من ذلك فإن لهذه القاعدة مميزات وخصائص يمكن إبرازها فيما يلي:

1/ قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة ذاتية شخصية فهي تتعلق بكل طفل على حدى، وعلى هذا الأساس، فإن القاضي ينظر إلى كل طفل بمنظار يخصه، ويحدد مصلحته، فما كان يصلح لطفل جديد العهد بالولادة لا يصلح بالضرورة لمن بلغ سن السادسة أو السابعة من عمره.

---

[1] م ع، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1993/06/23، الملف رقم 91671، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1994، ص72.

[2] م أ ، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1989/12/25، الملف رقم 52207، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة1991، ص74.

2/ قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي قاعدة قابلة للتغيير، فما كان يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح في وقت آخر، وعلى بهذا الأساس وضع المشرع حالات يمكن من خلالها إسقاط الحضانة مراعاة لتغير مصلحة المحضون.
3/قاعدة مصلحة المحضون يحكمها عنصران أساسيان هما: تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية، وتحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل.

وحتى يتمكن القاضي من تكوين قناعته وتقدير مصلحة المحضون يمكنه اللجوء إلى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه نذكر منها: التحقيق والمعاينة والاستعانة بالخبراء والاستماع إلى أحد افراد العائلة.[1] ولذلك ينبغي أن يشملها نفس الحكم.[2]

[1] عزيزة حسين، الحضانة في قانون الاسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2000/1999، ص76إلى86.

[2] اعراب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن، المرجع السابق، ص140/139.

الخاتمة

الخاتمة:

في ختام دراستنا يمكن القول أن فك الرابطة الزوجية وخصوصا الخلع الذي هو وضوع الدراسة، من الإشكالات التي يتمحور عليها قانون الأسرة الجزائر ومن القضايا الراهنة الحدوث في وقتنا هذا لأسباب تكون بين طرفي النزاع أي الزوج والزوجة، فالخلع يكون من جانب المرأة إذا كرهت زوجها ولم يعد في إمكانها أن تتم معه الحياة الزوجية فتلجأ إلى القضاء لتتخلص من الرابطة التي تجمعها بزوجها وفق القانون الجزائري الأسري الذي جل أحكامه مأخوذة من الشريعة الإسلامية، مع وجود مواد قانونية مخالفة ومناقضة تماما للفقه الإسلامي ومواد أخرى متناقضة فيما بينها، وأخرى يكتنفها الغموض، لكن بما ان القانون هو وثيقة ونظام يجب أن يتبع لإعطاء الحالات الواقعة طابع نظامي وشرعي فطلب المرأة للخلع لابد من أن يتثنى لها أن تتقدم بطلبها إلى الدائرة القضائية المعنية بذلك لتتم الفرقة بينها وبين زوجها بالمعروف وحتى لا يتأذى طرف على حساب طرف آخر بمراعاة الشروط والإجراءات والضوابط التي تستوجب ذلك، وبما أن الخلع من طرف الزوجة بالتراضي مع زوجها أو باللجوء للقاضي للفصل في ذلك.. بما نص عليه القانون والشريعة الإسلامية لتفادي ظلم أحد الزوجين لزوجه، فقد تم التوصل إلى النتائج التالية:

النتائج:

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة فك الرابطة الزوجية بالخلع بشكل موافق للشريعة الإسلامية حينا، سوآءا في البداية وخالفها حينا آخر والسبب يبقى مجهولا وهذا بتطرقنا السابق لنصوص القانون في دراستنا المتعلقة بالأحوال الشخصية فيما يخص تشريعات مسألة الخلع.

لكن تناول مسألة الخلع وفق أحكام ضيقة لا يمكن البت فيها إلا باللجوء إلى الشريعة الإسلامية لتوافر الحجج بالآيات والأحاديث موضحة ومفصلة للخلع، فقد أعطى المشرع الجزائري للمرأة حق مخالعة زوجها وارتقا بها إلى حق أصيل مساوي للطلاق الذي هو بيد الزوج، ويحق للمرأة استعماله متى تريد دون سؤالها عن الأسباب في مقابل دفع مال لزوجها مقابل الفرقة بينهما وفق ما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة : ط كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يراجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "، على الرغم من أن المذهب المالكي هو الطريق المتبع في الجزائر إلا أن لا يشترط التطبيق الدائم فبالتركيز في قانون الأسرة 02/05 نجد أن مرجعيته الفقهية غير واضحة المعالم والحدود وهل هي مرجعية مالكية فقط أو تجميع لعدة أقوال فقهية، وهذا دليل على تناقض وقع فيه المشرع الجزائري من حيث صياغته للمادة 54 لسنة 2005 من جهة يشرع أقوال فقهية مرجوحة وبدع القول الراجح الذي دل عليه ، واجتمعت فيه الأقوال جمهور الفقهاء، وإليه ذهب الإمام مالك وأفتى به فقهاء المالكية.

في نري تم تكييف الخلع وفق قول بن رشد الحفيد الذي قال: " أن الفداء جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا أراد ترك المرأة، وجعل الخلع بيد المرأة إذا تركت الرجل" في حين ينادي بالحفاظ على المرجعية الدينية المذهبية أي المالكية.

لا يمكن المرأة أن تخالع زوجها بمجرد أنها كرهته وهو يحبها، فما عليها إلا أن تصبر عليه وإذا رأت منه ما يحملها على كراهيته، ويثبت عجزه على المعاشرة الزوجية الحسنة، ولها أن تطلب الخلع إذا كرهت الزوج لعجزه عن أداء حقوقها وخشيت في التفريط في حقه، ويستوجب لها أن تطلب الخلع إذا كان زوجها مفرطا لحقوق الله.

كل زوج صح طلاقه صح خلعه، فالخلع طلاق عوضي للرجل تدفعه المرأة لقاء ذلك.

لا يجوز للزوج ظلم الزوجة شرعا وقانونا غرضا للحصول على مقابل تدفعه له بالتعسف حق هنا للقاضي التدخل لرفع الغبن عن الزوجة ورد كل ما أخذ منها. لكن جعل الخلع شخصي للزوجة يخالف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، الذين اتفقوا على أن الخلع عقد رضائي بين الطرفين يتم بالإيجاب والقبول.

لا تسقط حقوق المرأة الشرعية والمالية بالخلع، فلا يكن للزوج أن يجبر المرأة أن تسقط حقها الشرعي ليكون كبدل للخلع كالحق في السكن، لكونه حق رباني لها لا يجب أن تتنازل عنه، كما لا يستوجب لها التنازل عن حقها في الحضانة كونه حق للولد وأنفع له ولصالحه، ولا الرضاعة حتى فإن أراد الزوج استرضاع ولده الأولى به هو أمه، ويمكنها أن تجعل الرضاع عوضا لخلعها من زوجها وفق الشريعة الإسلامية كما يكن لها أن تجعل النفقة بدل للخلع كونه حق من حقوقها هي تسقطه إن أرادت ذلك.

حسب الشريعة الإسلامية لا يمكن اشتراط الرجعة في الخلع مادامت الحكمة منه أن تملك المرأة نفسها وتبين من زوجها فالغاية منه هو إزالة الضرر والظلم الواقع عليها، الخلع طلاق بائن تملك به عصمتها ولا يراجعها الزوج إلا بموافقتها، بعقد ومهر جديدين، كما أن مخالعة المطلقة رجعيا كونها في حكم الزوجة أن تخالع زوجها إذا أرادت.

صياغة نص المادة 54 من قانون الأسرة سلبت من القاضي بهذا أي دور لسلطة النظر في الخلع، كون الحالات تختلف عن بعضها البعض، وأصبح له سلة واحدة هي تحديد مقدار الخلع فقط.

لشؤون الأسرة كل السلطة والصلاحيات لتكييف الوقائع بتعديل طلب الزوجة من خلع إلى تطليق مادامت تتوافر الشروط الموجبة لذلك.

تضمن قانون الأسرة بعض الأحكام الإجرائية ما تعلق بالصلح في مسألة الخلع، فقد عرف جدلا كبيرا لتطبيقه وخلافا حول الطابع الوجوبي عبر مراحل تاريخية له واستقر القضاء على أن الصلح من الإجراءات الشكلية الغرض منها الوعظ.

ربط المشرع الصلح مع الرجعة لما تضمنه نص المادة 50 من قانون الأسرة مع عدم مراعات العدة الشرعية وهو ما يخالف الشريعة الإسلامية والقانون العام.

تقوم الحضانة على أساس مصلحة المحضون، وموافقة الواقع الاجتماعي خاصة في النفقة والسكن.

إن ما يستوجب على النيابة العامة هو تطبيق القوانين في مجال فك الرابطة الزوجية، وعليها التدخل في كل مرة لضمان التطبيق السليم للنصوص والقوانين والأحكام التشريعية، سعيا لحماية المجتمع، ومن خلال هذه النتائج هناك بعض التوصيات هي كالآتي:

الاقتراحات:

_ يجب وضع ضوابط للعوض المالي الذي تدفعه الزوجة للزوج في الخلع حتى لا يدخلا في منازعات فيما بينهما ومن خلالها يمكن الإقرار بالمقدار الذي تدفعه الزوجة كمهر بدل.

_ عنت الشريعة الإسلامية بالخلع وأعطت له أهمية كبرى لكل محاوره، وتم التفصيل فيه وفي شروطه وأركانه. أما في قانون الأسرة فقد أهمل المشرع الجزائري هذا الأمر وقد أعطى للزوجة الحرية الكاملة في مخالعة زوجها أن شاءت باللجوء مباشرة للقضاء مقابل دفع عوض مالي وإذا تعسرت بين الطرفين تدخل حينها القاضي، فينبغي أن تكون الشريعة الإسلامية والقانون ككفتي ميزان لا يجب أن تختل.

_ أما فيما يخص التكييف القانوني للخلع فيجب أن يخصص مواد توضح ماهية الخلع أهو تطليق أو فسخ عقد كون الحالات تختلف في إشكالها وآثارها، وعليه جدير بالذكر الحسم في أمر الخلع إن كان حق إرادي للزوجة أو مجرد رخصة تستعملها بحدود معينة.

_ نقترح التعديل في نصوص قانونية جديدة تتماشى وفق الشرع تبين القصد الحقيقي للخلع، وبكيفية تساعد القاضي والمتقاضين للوصول إلى قانون يلبي متطلبات الأسرة الجزائرية.

قائمة المصادر والمراجع

i. 1- المراجع باللغة العربية

1. القرءان الكريم:
2. سورة النساء.
3. سورة الطلاق.
4. الأحاديث السنة النبوية

2- المراجع العامة

1 - اختلف الفقهاء حول تقدير مقابل الخلع على آراء متعدد: فذهب البعض إلى عدم جواز الزيادة في المخالفة، وأن المخالفة لا تكون إلا بمقدار الخلع الذي دفعه لها، وحجتهم في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم للمرأة التي اشتكت زوجها وأرادت فراقه، « أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم من مالي، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: أما الزيادة من مالك فلا، ولكن الحديقة نعم». محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي صحيح البخاري، دار السلام الرياض، دار الفبحاء، دمشق، كتاب الطلاق، الحديث رقم: 5273، 1999.

ii. مراجع متخصصة

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

– أعراب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن– دراسة تأصيلية– مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول، سنة 1994

–إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2013.

–أعراب بلقاسم، مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن– دراسة تأصيلية– مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول، سنة

1994، ص148/147

– إيمان معمري، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2013.

– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري _الزواج والطلاق_، الجزء1، الطبعة5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2007 .

-تنص المادة 2/54 من قانون الأسرة على أنه: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجا وز قيمة صداق المثل وقت صدور الحك"م.

- عمران عائشة، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنته مع أبرز التشريعات العربية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007_2008.

- صديق سعوداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق والخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص-فرع: قانون الأسرة، جامعةالجزائر1 كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013_2014.

- عبد الفتاح تقية محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ،منشورات ثالة، الجزائر ،2007.

- عبد الفتاح تقية محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ،منشورات ثالة، الجزائر ،2007.

- عزيزية يوسف، مذكرة حول التطليق والخلع في ضوء قانون الأسرة وإجتهاد المحكمة العليا، المعهد الوطني للقضاء- مديرية التربصات، سنة 2003.

- علال أمال، إجراءات التقاضي في دعوى الخلع

-كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي ،2015.

- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة _ دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق _ جامعة أبو بكر بلقايد_ تلمسان،2004_2005 ص507_508.

-م أ، غ أ ش، قرار مؤرخ في 19815/2/02 ، الملف رقم 38825، نشرة القضاة، العدد44، ص 131.

_ محمد شمروك، محمد مصمودي وعدلان غربي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة 16، 2008/2005، ص48.

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

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

_ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الخلع بطلب الزوجة لعدم الوئام مع زوجها، الطبعة الأولى، دار بن فرحون- الرياض ،2010 .

- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة2، ديوان المطبوعات الجامعية_ بن عكنون_ الجزائر ،2008 .

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

- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، طبعة2، دار هومة، الجزائر ،2000

-نور الدين المطاعي، سلطة قاضي ش ؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد03، سنة 2012.

-زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، أونسيكوبيديا، الجزائر، بدون سنة طبع.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء 7، ص734. / أعراب بلقاسم مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق الذكر، ص 143

iii. النصوص القانونية

- المادة 12، الكتاب الأول: أحكام عامة، الباب الأول: القوانين وتطبيقاتها، الفصل الثاني: تنازع القوانين من حيث المكان، القانون المدني، ص3 _ المادة 13، الكتاب الأول: أحكام عامة، الباب الأول: القوانين وتطبيقاتها، الفصل الثاني: تنازع القوانين من حيث المكان، القانون المدني، ص3

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،22_10_1984 ملف رقم 34327، المجلة القضائية، 1989، العدد03، مقتبس عن علي بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحداث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعة وأربعين سنة 1996_2008، طبعة4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2010.

- المحكمة العليا، غ.أ.ش ،21_07_1992، ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي، ص134، مقتبس عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ،2012 .

- تنص المادة 441/ الفصل الثاني من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح، بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضرا بذلك".

- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1992/10/27 ملف رقم 86305 المجلة القضائية عدد1 سنة 1995 .

- قرار المحكمة العليا، بتاريخ 13_07_2055، ملف رقم 341320، قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة، عدد 62، 2008، ص385، نقلا عن جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء3.

- طبقا لنص المادة 440 من قانون الإجراءات الإدارية.

- طبقا لنص المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية.

- طبقا لنص المادة 443 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- طبقا لنص المادة 25 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية.

عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2013، ص76 .

- طبقا لنص المادة 25 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- طبقا لنص المادة 25 فقرة5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- نص المادة 54 قبل التعديل: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على كل شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

-مراجع أجنبية

_ م ع، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1989/07/03، الملف رقم 54353، المجلة القضائية ،العدد الأول، سنة 1992، ص45.

_ Ghauti-benmalha , le droit algerien de la famile, o, p, u alger 1973

قائمة المحتويات

الموضوع	الرقم
مقدمـــــــة	1
الفصل الأول : الخلع في التشريع و الاجتهاد القضائي	7
المبحث الأول : مفهوم الخلع و مشروعيته	8
المطلب الأول: تعريف الخلع و طبيعته:	8
الفرع الأول تعريف الخلع	8
الفرع الثاني : أنواع الخلع	11
المطلب الثاني : الأركان والشروط بين الفقه والقانون	16
الفرع الاول : ركن الزوج والزوجة	16
الفرع الثاني : العوض والصيغة	26
المبحث الثاني :التكييف القانوني للخلع وموقف الاجتهاد القضائي منه	31
المطلب الأول :التكييف القانوني للخلع	31
الفرع الأول :تمييز الخلع عن حالات الطلاق الاخرى	31
الفرع الثاني :الخلع عقد رضائي ام حق شخصي	32
المطلب الثاني :التكييف الشرعي لطرق الخلع	37
الفرع الأول :الخلع فسخ ام طلاق	37
الفرع الثاني :اعتبار الخلع بين الجانبين او انه يمين من جانب الزوج ومعارضة من جانب الزوجة	45
الفصل الثاني : إجراءات التقاضي في الخلع والآثار المترتبة عنه	47
المبحث الأول: إجراءات التقاضي في الخلع. والاثار المترتبة عنه	48
المطلب الأول: الإجراءات الشكلية والموضوعية.	48
الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة في قضايا الخلع.	48
الفرع الثاني: الإجراءات الشكلية أمام الجهات القضائية	50
المطلب الثاني: مدى تدخل القاضي في الخلع	52
الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي.	52
الفرع الثاني: الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية.	54
المبحث الثاني: آثار الحكم بالخلع.	57
المطلب الأول :التزامات الزوجة ونفقتها وعدتها	57

الفرع الأول :التزامات الزوجة وسقوط الحقوق الزوجية	57
الفرع الثاني: عدة ونفقة المختلعة	60
المطلب الثاني :سقوط الحضانة بالخلع	63
الفرع الأول :سقوط حق الحضانة في الفقه والقانون	64
الفرع الثاني : سقوط حق الحضانة في التشريع والقضاء	68
خـــــــــــــــاتمة	72
قائمـة المصـادر والمراجع	76
قائـمـة المحتـــــــويات	81

ملخص:

تهدف الدراسة الى التعرف على الخلع في التشريع والاجتهاد القضائي فيه، حيث يكتسي موضوع الخلع أهمية بالغة كونه يمس بشكل مباشر الحياة الأسرية من مختلف جوانبها ومن ثم المجتمع، حيث اعتمدت الطالبتان على المنهج الوصفي التحليلي بغية توضيح مختلف الجوانب المتعلقة بموضوع البحث، وكانت من أبرز نتائج هذا البحث أن الإسلام لم يهمل المرأة وحقها في الطلاق فأباح لها طلبه إذا رأت لزوم ذلك، كما أوضحت الدراسة الأسباب التي تدفع المرأة لطلب الخلع والإجراءات التقاضي في دعوى الخلع وكيفية سيرها، وخلصت الدراسة الى ضرورة الإحاطة بأسباب الخلع وآثاره للتقليل من نسبة حدوثه في المجتمع تفاديا لما يترتب عليه من آثار على الأسرة والأطفال وحتى المجتمع.

الكلمات المفتاحية: الخلع، التشريع، إجراءات التقاضي، التكييف الفقهي.

Summary:

The study aims to identify dislocation in legislation and jurisprudence in it, where the subject of dislocation is of great importance as it directly affects family life in its various aspects and then society, as the two students relied on the analytical descriptive approach in order to clarify the various aspects related to the subject of the research, and it was one of the most prominent results This research is that Islam did not neglect the woman and her right to divorce, so it allowed her to request it if she deems it necessary. Because of its effects on the family, children and even society.

Keywords: Divorce, legislation, litigation procedures, jurisprudential conditioning.