جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الخلع بين الشريعة والقانون

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالبة:

سلمي سامية

تحت إشراف الدكتور:

بدوي عبد الباقي

لجنة المناقشة :

الأستاذ:.....رئيسا.

الدكتور: بدوي عبد الباقي.....مُشْرِفًا ومقرّرًا.

الأستاذ:.....مناقشا.

تاريخ المناقشة

2013/2012

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله الذي وفقني في إتمام هذه المذكرة راجيين من المولى عز وجل أن يتقبله منا خالصا لوجهه الكريم

أتقدم بالشكر والعرفان وخالص التقدير إلى الدكتور بدوي عبد الباقي الذي كان لي شرف الحصول على إشرافه

كما أتقدم بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة على قبولها مناقشة مذكرتي

وإلى كل من قدم لي يد المساعدة من قريب أو بعيد لإنجاز هذا العمل.

الإهداء

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء، إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها، إلى أول من هتف بها القلب وزرعت في الوجدان

أمي الحبيبة

إلي من سعا وشقا لأنعم بالراحة والهناء، الذي لم يبخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح، الذي علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر

والدي العزيز

إلى من تقاسمت معهم دفئ العائلة وجمعني بهم سقف واحد، إلى من عليهم أعتمد وأستند، إلى من بوجودهم أكتسب قوة ومحبة لا حدود لها

إخوتي وأخواتي

إلى من تحلو بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء، إلى ينابيع الصدق الصافي، إلى من كانوا معي على طريق النجاح

صديقاتي

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي.

سامية

قائمة المختصرات

ق.ع قانون العقوبات

ق. م القانون المدني

ق. أ قانون الأسرة

ق. إ. م. إ قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ص ص من صفحة إلى صفحة

ص الصفحة

أولت الشريعة الإسلامية الأسرة قدرا كبيرا من العناية والرعاية، فأرست الدعائم التي تقوم عليها وأوضحت المبادئ التي تنظم شؤونها ، والأحكام التي ينبغي التقيد بها وذلك من أجل تنشئة أسرة مسلمة وإعدادها بهذه النشأة للدور العظيم الذي قدره الله لها في الوجود، فوضع الأسس والمبادئ الصحيحة لاختيار الشريكين بعضهما لبعض وجعل الله تعلى بينهم ميثاقا غليظا فقال تعالى (وأخذنا منكم ميثاقا غليظا) [1].

تمثل العلاقة الزوجية استقرارا عاطفيا يحتاجه كل من المرأة والرجل ولا غنى لهما عنه، ولا يتحقق ذلك إلا في أسرة وبيت، فينظر الإسلام للزواج على أنه تآلف ومحبة و تعاون في اليسر والعسر، وألزم كل طرف فيه بالقيام بواجباته وعدم الإضرار بالطرف الآخر ماديا أو معنويا .

إذا حدث ما يعكر صفو الحياة الزوجية جعل الله سبحانه وتعالى لكل من الزوجين مخرجا لهما، بحيث جعل الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت عندما يوجد ما يقتضيه أما الزوجة لا تملكه إلا بتمليك الزوج إياها فتوقعه حينئذ، والحكمة من جعله بيد الزوج دون الزوجة هو لأن الزوج ملزم بتحمل الأعباء المالية كلها حتى بعد الطلاق ومع ما يمتاز به من قوة التحمل، وبناء على ذلك يستطيع الزوج أن يتحلل من العلاقة الزوجية إذا ما ساءت العشرة الزوجية بينهما وأصبحت جحيما لا يطاق[2].

لم يهمل الشارع الحكيم حق المرأة وشرع لها طريقا للخلاص من حياة زوجية لا تجد فيها راحتها واستقرارها إذا ما كرهت زوجها و تم تتحمل معاشرته فتخشى بذلك أن لا توفيه حقه أو تسيء معاملته، فإذا طلبت الطلاق منه وأبى ذلك لرغبته فيها أو لحرصه على ما أنفقه من مال في سبيل الزواج بها شرع لها الخلع للتخلص من الرابطة الزوجية التي لا ترضاها وقد سماه الشارع الحكيم الفداء في قوله تعالى:" فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[3].

([1])–سورة النساء ، الآية12 .

(2)– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة االسنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، لبنان، ص 532.

([3])-سورة البقرة ، الآية 229.

تستطيع المرأة من خلاله افتداء نفسها بما تدفعه لزوجها مقابل طلاقه لها إذا كرهت الحياة معه وخافت أن لا تقيم حدود الله ، وإن كان الأصل أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من صداق زوجته أي شيء إلا بمبرر شرعي، فإنه يجوز له استثناء عن هذا المبدأ أخذ مال الزوجة مما آتاه إياها مقابل حل الرابطة الزوجية بينهما بواسطة الخلع.

أقر قانون الأسرة الجزائري الخلع كطريق لفك الرابطة الزوجية في المادة 54 منه والتي تنص على ما يلي:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفقا على المقابل المالي يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم."[1]

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

يعتبر الخلع موضوعا حيويا يمس واقع الأسرة وذو فائدة علمية وعملية، اهتم به الفقه قديما وحديثا وتم تأصيله من قبله، إلا أنه يحتاج إلى تبيان قواعده الإجرائية التي اشترطها القانون ليقع صحيحا، وناهيك عن انتشار ظاهرة الخلع على مستوى المحاكم خاصة بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، جعلني أكثر إلحاحا في معرفة ما جاء به التعديل.

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

نتيجة لما تم ذكره طرحنا الإشكالية التالية:

هل مشروعية الخلع كحالة شرعية خاصة يمكن أن يبنى عليه حكم عام؟ ومدى اتفاقها واختلافها مع القانون؟

(1)_أمر رقم11/84 مؤرخ في 09 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخ في 12 جوان 1984 المعدل والمتمم.

للإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا الدراسة إلى فصلين؛ تناولنا في الأول أحكام الخلع وذلك في مبحثين؛ خصصنا الأول لمفهوم الخلع، والمبحث الثاني لأركانه، فيما تطرقنا في الفصل الثاني من هذه الدراسة لدعوى الخلع؛ بحيث قسمناه إلى مبحثين تناولنا في الأول المراحل التي تمر بها دعوى الخلع، والمبحث الثاني خصصناه للآثار المترتبة عن الحكم في دعوى الخلع.

اعتمدنا في هذه الدراسة على المناهج التالية:

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

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

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

الفصل الأول

أحكام الخلع

منحت الشريعة الإسلامية حق الطلاق للرجل فبإمكانه إيقاعه وقت ما شاء ولو بطريقة تعسفية، وذلك لحكمة أقرها المولى عزو جل لأن الزوج يحتكم للعقل عكس المرآة التي تقتاد وراء عواطفها، وزيادة على ذلك فهو الملزم بتحمل الأعباء المالية حتى ولو بعد الطلاق، ونص المشرع الجزائري على هذا الحق في نص المادة 48 من قانون الأسرة على ما يلي:"

يختلف الخلع عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في أن الأول يمكن إيقاعه في حال الطهر والحيض ولا يتقيد وقوعه بوقت، وهذا ما قال به جمهور الفقهاء أن الخلع إذا وقع في الحيض أو الطهر المجامع فيه وقع صحيحا، لأنه إذا كان قد حرم الطلاق في الحيض وذلك من أجل ألا تطول العدة على المرآة، في حين في الخلع هي التي رضيت بتطويلها ببذلها العوض للزوج، أما بعض المالكية فيرون خلافا ذلك في أن الخلع إذا وقع في الحيض يكون بدعيا أي محرما؛ لأن علة منع وقوع الطلاق في الحيض لكون العدة من الأمور التعبدية وليست العلة هي الضرر من تطويل العدة، أما بالنسبة للطهر المجامع فيه فيرون أنه إذا وقع الخلع فيه يكون مكروها لا حراما [1] .

يشبه الخلع التطليق بأمر القاضي ويختلف عن الطلاق في أن من خالع زوجته لا يستطيع مراجعتها رغما عنها ولو دفع إليها إليها ما أخذه منها، لأن المرآة بذلت المال أو خاصمت الزوج أمام القضاء لتتخلص من الزوجية التي لا تستطيع أن تطيع الله فيها أو تصبر، فلو جاز للزوج مراجعة الزوجة في الخلع أو التطليق لانتفت الحكمة من مشروعيتهما، ثم أن الخلع تقع به طلقة بائنة أما الطلاق فتقع به طلقة رجعية.

---

[1]– محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة بين أهل السنة والإباضية، دار الزرفة العربية، مصر، 1990، ص56، 58.

يتحدد الخلع والتطليق في كونهما طريقان لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقرهما الشرع والقانون، ولقد شرع التطليق لرفع الضرر عن الزوجة بحكم من القاضي، في حين شرع الخلع لها لافتداء نفسها مقابل عوض مالي نتيجة كراهيتها لزوجها وخشيتها من عدم إقامة حدود الله، ونص المشرع على التطليق في نص المادة 53 ق.أ على جواز طلب التطليق من طرف الزوجة ولكن قيدها بأسباب منصوص عليها في ذات المادة، أما في الخلع لم يقيدها بأية أسباب أو شروط .

يتبن لنا مما سبق قوله أن أساس التطليق هو الضرر الاحق بالزوجة بسب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر، بينما يجد الخلع أساسه في كراهة الزوجة لزوجها ونفورها منه وبهذا يكون للزوجة يقين لفك الرابطة الزوجية، فإذا انتفت أسباب الطريق الأول المتمثل في التطليق، يفتح لها الطريق الثاني لافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي وهو ما يعرف بالخلع.

لتعرف على هذا النوع من الفرقة التي أقرها الشرع والقانون لصالح الزوجة مقابل افتداء نفسها بمقابل مالي وقبول الزوج لهذا الفداء، وبهذه الرضائية تقع فرقة بين الزوجين يكون أساسها تسريح بإحسان وتفريق بمعروف، ويكون لهذا التفريق أثره المميز على أنواع الفرقة السابقة إذ يتحقق به خلع شرعي وتترتب عليه أحكامه إذا تراضى عليه الزوجان واستعمل لفظ الخلع أو ما في معناه وكان في مقابل مال، فقبل التطرق لأركان الخلع علينا أن نتناول مفهوم الخلع وذلك من أجل إزالة اللبس عن هذا المصطلح بإيراد التعريفات التي قيلت بشأنه وتكييفه الفقهي (المبحث الأول) وبعدها نتطرق لأركان الخلع (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الخلع

يعرف الخلع على أنه ذلك الاتفاق الذى يتم بين الزوج وزوجته على الفرقة مقابل مال تدفعه الزوجة، ويطلق على الخلع أيضا الفداء، فيسمح الخلع للمرآة التطليق من زوجها مقابل مال تدفعه له بموجب اتفاق بين الطرفين أو بناء على تقدير القاضي في حدود صداق المثل وقت صدور الحكم، وذلك في حال خوف الزوجة على نفسها عدم إقامة حدود الله إذا بغضت زوجها أو الوقوع في المحظور نتيجة ذلك، وبجواز الخلع تتجنب الوقوع في ذلك فهو رحمة من الله تعالى بالمرآة الكارهة لزوجها فأخرجها من الحرج التي هي فيه عن طريق سن الخلع.

لتحديد مفهوم هذا النوع من الفرقة التي شرعت لصالح المرآة والتي تستوجب دفعها لمقابل مالي نظير استرداد حريتها، بالتناول أولا التعريف بالخلع وذلك من خلال التطرق لتعريفه ومشروعيته وحكمه (المطلب الأول)، وبعد إزالة اللبس عنه نقوم بتبيان تكييفه الفقهي والقانوني(المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعريف بالخلع

سنعرف الخلع من ناحيتين، الناحية الأولى هي اللغوية وذلك حسب ما ورد في أهم المعاجم اللغوية، والثانية هي الناحية الاصطلاحية بما أورده فقهاء المذاهب الأربعة وفقهاء القانون (الفرع الأول)،وبعدها نتناول مشروعيته(الفرع الثاني)، وحكمه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الخلع

نتناول تعريف الخلع اللغوي والاصطلاحي

أولا- تعريف الخلع لغة

يقال خلع الشيء يخلعه خلعا، وخلع الفعل والثواب والرداء يخلعه خلعا: جرده، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع[1].فالخاء واللام والعين أصل واحد مطرد وهو مزايلة الشيء الذي كان يشمل به أو عليه[2].وخلع امرأته خلعا بالضم وخلاعا فاختلعت وخالعته، أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له فهي خالع والاسم الخلعة، وقد تخالعا واختلعته اختلاعا فهي مختلعة، وسمي ذلك الفراق خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن والاسم الخلع بالضم هو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للأخر فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه[3].

ثانيا- تعريف الخلع اصطلاحا

سنتناول تعريف الخلع عند أكبر المذاهب الفقهية: من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة وبعدها نتطرق لتعريفه قانونا.

(1)_محمد مرتضي الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جوهر القاموس، تحقيق عبد الكريم العرباوي، الجزء السادس عشر، مطبعة حكومة كويت، الكويت، 1983، ص518؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صادر، لبنان، دون سنة النشر، ص 76.

(2)_أبى الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، الجزء الثاني، دار الفكر، دون دار النشر، 1979، ص 209.

(3)_ أحمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987، ص 68؛ ابن منظور، المرجع السابق، ص76.

أ- تعريف الخلع في الاصطلاح الشرعي

1- تعريف الحنفية للخلع

عرف الخلع بأنه: "إزالة ملك النكاح، بلفظ الخلع أو ما في معناه، نظير عوض تلتزم به الزوجة"[1].

2- تعريف المالكية للخلع

عرفوا الخلع بأنه: "إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها، أو هو بلفظ الخلع"[2].

3- تعريف الشافعية للخلع

الخلع عندهم يعرف بأنه: "فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع"[3].

4- تعريف الحنابلة للخلع

يعرفون الخلع بأنه: "فراق الزوج لامرأته بعوض، يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"[4].

من خلال التعاريف التي قيلت بشأن الخلع، نجد معظمها تنصب على معنى واحد مشترك فيما بينها وهو وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما في مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها.

ب- تعريف الخلع في الاصطلاح القانوني

نص المشرع الجزائري على الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة ولكنه لم يتطرق لتعريف الخلع، لأن ذلك لا يدخل في إطار مهمته التشريعية ونادرا ما يتناول موضوعا ما بالتعريف وعليه لابد من الرجوع لفقهاء القانون لبيان تعريف الخلع.

عرفته منال محمود المشني بأنه: "الطلاق البائن الذي تحصل عليه الزوجة بحكم القاضي عند إصرارها على دعواها دون اعتبار لرضا الزوج مقابل مال تدفعه له"[1].

---

(1)_محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص530.

(2)_ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، الجزء الثاني، دار الفكر، لبنان، 1995، ص 34.

(3)_عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، الأردن، 2007، ص 257.

(4)_منال محمود المشني، الخلع في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص40.

يلاحظ على هذا التعريف أنه غير من التعريفات التي قال بها فقهاء المذاهب الأربعة وهذا التغيير تبناه المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة، وكذا بعض القوانين العربية والتي أقرت بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون الحاجة إلى موافقة الزوج، فيتبين لنا من خلال التعريفات السابقة التي قال بها فقهاء الشريعة والقانون أنهما يختلفان من حيث المضمون بعدما كان توافق بينهم[2]، وسبب ذلك يرجع للتعديل الذي طرأ على قانون الأسرة في سنة 2005، فقبل التعديل كان يشترط الموافقة بين الزوجين لحصول الخلع–تبنى رأي فقهاء الشريعة– أما بعد التعديل فإنه أهمل إرادة الزوج في الخلع وأصبح بإمكان الزوجة الحصول على الخلع دون موافقة الزوج.

الفرع الثاني: مشروعية الخلع

قامت الأدلة على مشروعية الخلع من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع ومن آثار الصحابة ومن المعقول (الفرع الأول)، وذلك لحكمة أقرها المولى عز وجل من أجل دفع الضرر عن المرأة عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج(الفرع الثاني).

أولا: أدلة مشروعية الخلع

يستمد الخلع مشروعية من القرآن الكريم وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ومن آثار الصحابة ومن الإجماع ومن المعقول.

أ- من القرآن الكريم

قال

تعالى:"

﴿ يَتُمُوهُنَّ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾

(1)_ منال محمود المشني، المرجع نفسه، ص 148.

(2)_عرف الأستاذ عبد العزيز سعد الخلع في كتابه الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 249، 248. بأنه: "الخلع هو عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف، شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناءً على عرض أحد الزوجين وقبول الأخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومتقوم شرعا تدفعه الزوجة، فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".

ِيمَا عَلَيۡهِمَا جُنَاحَ فَلَا ٱللَّهِ حُدُودَ يُقِيمَا أَلَّا خِفۡتُمۡ فَإِنۡ ٱللَّهِ حُدُودَ يُقِيمَا أَلَّا خَافَآ أَن إِلَّآ شَيۡـًٔا ءَاتَ
ٱلظَّٰلِمُونَ هُمُ فَأُوْلَٰٓئِكَ ٱللَّهِ حُدُودَ يَتَعَدَّ وَمَن تَعۡتَدُوهَا فَلَا ٱللَّهِ حُدُودُ تِلۡكَ بِهِۦۗ ٱفۡتَدَتۡ فِ"[1].

أمر الله تعالى أن يكون تسريح المرأة بإحسان ونهى الزوج أن يأخذ شيئا من مالها عند فراقه لزوجته؛ لأنه ظلم وأخذ المال من غير مقابلة شيء، إلا في المخالعة بالمعروف إذا ما كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو نقص دينه وخافت أن لا تطيع الله فيه، فتمنحه العوض لتحصيل مقصدها من الفرقة وفي هذا مشروعية الخلع، إن وجدت هذه الحكمة[2].

وعليه فإذا ظهرت بوادر الشقاق والخلاف، واستحكمت أسباب الكراهية والنفرة ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ولا حرج عليها في بذله له إذا كان عن طيب نفس منها **لقوله تعالى:** "مَّرِيٓـًٔا هَنِيٓـًٔا فَكُلُوهُ نَفۡسًا مِّنۡهُ شَيۡءٍ عَن لَكُمۡ طِبۡنَ فَإِن[3]، ولا حرج عليه في قبول ذلك منها[4]، وطلاق المرأة على هذا النحو والمعروف عند الفقهاء بالخلع باعتباره فراق الزوج لزوجته على بدل يأخذ منها، ذلك أنه في الزواج أعطى المهر وبذل تكاليف الزواج وأنفق وهي طالبته بالفراق بعد كل هذا[5].

ب ـمن السنة النبوية

أول خلع وقع في الإسلام، هو ما كان في جميلة بنت سلول[6]، تزوجت ثابت بن قيس[1] وروي أنها كانت تبغضه أشد البغض وكان يحبها أشد الحب، فرفعت يوما جانب الخباء فرأته

(1)_سورة البقرة، الآية 229.

(2)_عبد الرحمان ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، دون سنة النشر، ص 86.

(3)_ سورة النساء، الآية 4.

(4)_عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، دار التقوى، مصر، 2006، ص294.

(5)_ أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، الخلع والإيلاء والظهار واللعان، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 14.

(6)_جميلة بنت عبد الله بن أبي سلول كبير الخزرج وهي أخت عبد الله بن عبد الله بن أبي رأس النفاق، أسلمت وحسن إسلامها، وبايعت وتزوجت من حنظلة بن أبي عامر غسيل الملائكة قتل عنها بأحد ثم تزوجت ثابتا. أشار إليه أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004،ص 116.

مقبلا في عدة رجال؛ فإذ هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها فوقع في قلبها النفور منه[2]، فحدثنا أزهر بن جميل حدثنا عبد الوهاب الثقفي حدثنا خلد عن عكرمة عن ابن عباس: (أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله إن ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[3]،فيتضح من الحديث أن سبب فراقها لثابت بن قيس لم يكن لسوء خلقه، ولا لنقصان دينه، وإنما لشدة البغض له وخافت أن تحملها الكراهية على إظهار الكفر في الإسلام أي كفران العشير والتقصير فيما يجب له، ولما تحقق الرسول صلى الله عليه وسلم من ذلك أمر ثابت بأن يطلقها ويأخذ الحديقة التي وهب لها مهرا وفي ذلك دليل على أنه يجوز للرجل أخذ العوض من المرأة إذا ما كرهت البقاء معه[4].

جـ-من أثار الصحابة

يدل على مشروعية الخلع ما نقله ابن كثير في تفسيره عن عبد الرزاق معمر، عن عبد الله بن محمد بن عقيل، أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته، قالت: كان لي زوج يقل على الخير إذا حضرني، ويحرمني إذا غاب عني، قالت: فكانت مني زلة يوما، فقلت: اختلع منك بكل شيء املكه قال: نعم، قالت: ففعلت، قالت فخاصم عمي معاذ بن عفراء إلى عثمان بن عفان، فأجاز الخلع وأمره أن يأخذ عقاص رأسي فما دونه، أو قالت: ما دون عقاص الرأس؛ ومعنى هذا أنه يجوز أن يأخذ منها كل ما بيدها من قليل وكثير ولا يترك لها سوى عقاص شعرها[5].

د- من الإجماع

---

(1)_ثابت بن قيس: أنصاري خزرجي شهد أُحد وما بعدها، وهو من أعيان الصحابة، كان خطيبا للأنصار ولرسول الله صلى الله عليه وسلم وشهد له النبي الجنة. أشار إليه أحمد فراج حسين، المرجع والموضع نفسه.

(2)_ محمد بلتاجي، أحكام الأسرة دراسة مقارنة، الزواج والفرقة، دار التقوى، مصر،2001، ص 477؛ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 246.

(3)_ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح وهو المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، الأجزاء 7- 9، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، لبنان، 1422هـ، رقم الحديث 5273، ص 47.

(4)_ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء الخامس، المجلد الثالث، دار الجيل، لبنان، دون سنة النشر ، ص248.

(5)_عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، المرجع السابق، ص296، 297.

أجمع العلماء على مشروعية الخلع، وقد قال ابن عبد البر: ولا نعلم أحد خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه، وزعم أن آية الخلع منسوخة وهي **قوله تعالى:** "

دَيَتَعَدَّ وَمَن تَعۡتَدُوهَا فَلَا ٱللَّهِ حُدُودُ تِلۡكَۗ بِهِۦٓ ٱفۡتَدَتۡ فِيمَا عَلَيۡهِمَا جُنَاحَ فَلَا ٱللَّهِ حُدُودَ يُقِيمَآ أَلَّا خِفۡتُمۡ فَإِن ٱلظَّٰلِمُونَ هُمُ فَأُوْلَٰٓئِكَ ٱللَّهِ حُدُو"[1]،

بالآية

َنَا أَتَأۡخُذُونَهُۥ شَيۡـٔٗا مِنۡهُ تَأۡخُذُواْ فَلَا قِنطَارٗا إِحۡدَىٰهُنَّ وَءَاتَيۡتُمۡ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٍ ٱسۡتِبۡدَالَ أَرَدتُّمُ وَإِنۡ غَلِيظٗا مِّيثَٰقٗا مِنكُم وَأَخَذۡنَ بَعۡضٍ إِلَىٰ بَعۡضُكُمۡ أَفۡضَىٰ وَقَدۡ تَأۡخُذُونَهُۥ وَكَيۡفَ مُّبِينٗا وَإِثۡمٗا بُهۡتَٰنٗا"[2].

رغم هذا القول المخالف لمشروعية الخلع، إلا أنه قد انعقد إجماع الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم بجواز الخلع ومشروعيته[3].

هـ- من المعقول

الأصل في الطلاق هو حق بيد الرجل، غير أن المرأة قد ترغب في الخلاص من الزوج لسبب أو لأخ روهي لا تملك حق الطلاق فتتفق معه على مقدار من المال تدفعه له في مقابل طلاقه لها، فإذا رضي بذلك كان الخلع افتداء لها من حياة لا تطيقها ولا ترغب فيها وتخاف ألا تقيم حدود الله فترد للزوج ما قدمه لها من أموال[4].

ثانيا: الحكمة من مشروعية الخلع

أساس الحياة الزوجية المودة والرحمة وحسن المعاشرة، ولكن قد يحدث كره الزوج لزوجته أو كره المرأة لزوجها، وهنا يوصي الإسلام بالتريث والمصابرة ومعالجة الأسباب التي تؤدي إلى

(1)_ سورة البقرة، الآية 229.

(2)_ سورة النساء، الآية 20،21.

(3)_محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص 248، 249.

(4)_أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار الميسرة، الأردن، 2009، ص81؛ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 53.

الكراهية، ويفتح لهم تلك النافذة المجهولة استناد **لقوله تعالى**"
كَثِيرًا خَيْرًا فِيهِ ٱللَّهُ وَيَجْعَلَ شَيْـًٔا تَكْرَهُوا۟ أَن فَعَسَىٰٓ"[1]، **وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يفرك**[2] **مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقا رضي منها أخر أوقال غيره**"[3]، فما يدريهم في هؤلاء النسوة المكروهات خيراأن الله يُدخر لهم هذا الخير.

أما تجاوز الأمر مسألة الكره إلى النفور، فقد شرع الخلع لزوجة أشبه بحق الزوج في الطلاق، فإذا بغض الزوج زوجته طلقها، وإذا بغضت الزوجة زوجها ولا تريد معاشرته وتود الخلاص منه ويرفض الزوج أن يطلقها لرغبته فيها أو لحرصه على ماله الذي أنفقه فشرع لها الإسلام طريقا للخلاص من الرابطة الزوجية عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج ولدفع الضرر عنها، فجعل لها الخلع سبيلا لخلاصها من الشدة التي هي فيها معه في مقابل تعويض الزوج عما دفعه إليها حتى لا يضار هو الأخر[4]، فالخلع رحمة من الله بالزوجة، لأنها قد تبغض زوجها ولا تجد معه ما كانت تنشده وتشتد كراهيتها له، بحيث تخشى ألا توفيه حقه، وهي لا تملك الطلاق فأخرجها الشارع الحكيم من هذا الحرج وشرع لها الافتداء للتخلص من رابطة زوجية على وجه لا رجعة فيه للزوج إلا برضاها[5].

الفرع الثالث: حكم الخلع

الخلع قد يكون مباحا وقد يكون مكروها وقد يكون حراما.

أولا: الخلع مباح

يكون مباحا: إذا كرهت الزوجة زوجها لسوء خلقه أو خلقه أو كرهت نقص دينه أو كبر سنه

(1)_ سورة النساء، الآية 19.

(3)-وقوله:" يفرك" هو بفتح الياء وإسكان الغاء وفتح الراء، معناه: يبغض، يقال: فركت المرأة زوجها وفركها زوجها، أي أبغضها. أشار إليه أبي زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، مصر، 2006، ص 98.

(3)_أخرجه مسلم، أشار إليه أبى زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي، المرجع نفسه، ص 97، 98.

(4)_ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص529؛ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص207.

(5)_ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص530.

أو مرضهأو ضعفه أو نحو ذلك، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، وتخاف ألا تقوم بما يجب عليها من الحقوق رغم عدم تقصيره في حقوقها وقيامه بواجبه نحوها، فترى لكراهتها هذه أن تفتدي نفسها بمال تعطيه لزوجها لإنهاء العلاقة الزوجية بينهما حتى لا تقع في المحظور، فيكون بذلك الخلع مباحا ومشروعا ولا كراهية فيه ولا خلاف عليه(2) .

ثانيا: الخلع مكروه

يكون الخلع مكروها إذا كان سببه مكروها، كأن تميل إلي غير زوجها وترغب في نكاحه فتخالع زوجها لتنكح من مالت إليه ورغبت فيه، فهذا الخلع مكروه (3) ، ونفس الحكم يطبق إذا لم يكن للمرأة عذر أو لم يكن هناك سبب يقتضيه، ومع ذلك طلبت من زوجها الخلع، فإنها ينتظرها تهديد شديد من الله بحرمانها من جنته، وهذا يرجع إلى الأصل في الخلع وهو الحظر – **الكراهية**– ولا يجوز إلا للحاجة فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة**"، ومن هنا فليس للمرأة أن تطلب الخلع من غير سبب أو سبب تافه، لأن الشارع الحكيم شدد في الوعيد لمن تفعل ذلك، لأن الافتداء مقيد بضوابط، بأن تكون المرأة تكره زوجها وتبغضه وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، جاز لها أن تخالعه، أما إذا كان بغير سبب فيكفي أن تبتعد عنه(1).

ثالثا: الخلع حرام

يكون الخلع حراما، وذلك إذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها منه، كأن ينالها بالضرب والأذى حتى تخالعه، أو يضيق عليها، أو يمنعها حقا من حقوقها كالنفقة عليها، فهذا الخلع حرام لأن سببه خبيث، وذلك **لقوله تعالى:**"

﴿أَن إِلَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ مَآ بِبَعْضِ لِتَذْهَبُوا۟ بَعْضَ لُوهُنَّ وَلَا كَرْهًا ٱلنِّسَآءَ تَرِثُوا۟ أَن لَكُمْ يَحِلُّ لَا ءَامَنُوا۟ ٱلَّذِينَ يَٰٓأَيُّهَا
خَيْرًا فِيهِ ٱللَّهُ وَيَجْعَلَ شَيْـًٔا تَكْرَهُوا۟ أَن فَعَسَىٰٓ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَإِن بِٱلْمَعْرُوفِ وَعَاشِرُوهُنَّ مُّبَيِّنَةٍ بِفَٰحِشَةٍ يَأْتِينَ﴾

(2)_أحمد فراح حسين، المرجع السابق، ص 151؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهاوي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 515.

(3) _جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 45.

(1) _مبروك المصري الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص268

كَثِيرا[1] ،**وقوله تعالى:** "بِإِحْسَٰنٍ تَسْرِيحٌ أَوْ بِمَعْرُوفٍ فَإِمْسَاكٌ"[2]، **وقوله عزو جل** : "حَكِيمٌ عَزِيزٌ وَٱللَّهُ دَرَجَةٌ عَلَيْهِنَّ وَلِلرِّجَالِ بِٱلْمَعْرُوفِ عَلَيْهِنَّ ٱلَّذِى مِثْلُ وَلَهُنَّ"[3]

يظهر جليا من الآيات الكريمة حسن المعاشرة بين الأزواج والمعاملة بالمعروف، ومن ثم لا يجوز استعمال الرجال لحقهم على النساء في العسف والجور عليهن وعضلهن حتى يفتدين أنفسهم، حيث حرم الله عزو جل التضييق على الزوجة لحملها على المخالعة القسرية لتتنازل عن صدقاتها كله أو بعضه فهذا الأخير ملكلها، فإذا أراد الزوج أن يطلق زوجته ويستبدلها بأخرى، فلا يجوز له أن يتعسف فيستولى ضررًا على صداقها[4] .

إلى ذلك فقد انعقد الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق، لأن الافتداء كان في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها معه من جراء الإضرار والتضييق عليها، والحرمة كانت لزيادة الايحاش؛ لأنه أوحشها بالطلاق فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال[5].

المطلب الثاني
تكييف الخلع

اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن الخلع عبارة عن عقد رضائي بين الزوجين، غير أنه هناك من يرى أن الخلع حق للزوجة (الفرع الأول)، وفي ظل الاختلاف الفقهي حول تكييف الخلع، سوف نحاول تبيان موقف المشرع الجزائري من ذلك(الفرع الثاني).

الفرع الأول: التكييف الفقهي للخلع

(1)- سورة النساء، الآية 19.

(2)- سورة البقرة، الآية .229

(3)- سورة البقرة، الآية 228.

(1)_ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977، ص 52؛ محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 1992، ص83؛ عبد العزيز بن عبد الله العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، سنة المناقشة 2010، ص 69، 70.

(5)_ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص120.

يرى غالبية الفقه الإسلامي على أن الخلع يتم باتفاق الزوجين ويتوقف على إيجاب وقبول (أولا)، ولم يخرج على هذا الإجماع إلا فئة قليلة من الفقه والتي ترى بأنه ليس عقد بينهما (ثانيا).

أولا: الرأي الذي يعتبر الخلع عقد رضائي

وضع الخلع من الناحية الفقهية يتمثل في أنه عقد يتم بإيجاب وقبول بين الزوجين مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها من أجل أن يطلقها حتى ولو كان قبل الدخول، فلا يتحقق الخلع شرعا ولا تترتب عليه آثاره إلا إذا استعمل الزوج لفظ الخلع أو ما في معناه، وكان في مقابلة مال، ومؤدى ذلك أن الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر[1].

اختلف الفقهاء في اعتبار الخلع بالنسبة للرجل والمرأة وفي ذلك ظهر مذهبين:

أ_ المذهب الأول

ذهب الحنفية إلى أن الخلع يعتب ريمينا من جانب الزوج، وهذا لأنه علق طلاق الزوجة على قبولها دفع المال، فإنه إذ قال لزوجته خلعتك على أن تدفعي لي مبلغ كذا، أي إذا قبلت دفع هذا المال لي فأنت طالق، والتعليق يسمي يمينا في اصطلاح الفقهاء، ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة، لأنها بقبولها التزمت بما أوجبه الزوج نظير افتداء نفسها، إلا أنها ليست معاوضة خالصة بل لها شبه بالتبرعات؛ لأن المعاوضة المحضة يكون كل من البدلين مالا أو ما في حكمه وما يخلص للزوجة في نظير المال ليس إلا خلاص نفسها وهو ليس بمال ولا بمال ولا في حكم المال. ويبني على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الأحكام التالية:

1- إذا صدر الإيجاب من جانب الزوج، فلا يجوز له الرجوع عن إيجابه المذكور قبل قبول الزوجة، لأن اليمين لا يمكن الرجوع عنها بعد إصدارها[2].

2-أن إيجاب الزوج لا يبطل بقيامه من المجلس، فلو قبلت الزوجة بعد قيامه صح الخلع لأن الزوج لا يملك الرجوع عن الإيجاب صراحة فأولى أن لا يملك الرجوع عنه دلالة [1].

(1) – عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 237؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص37.

(2)_ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص535.

3- يجوز للزوج تعليق إيجابه على شرط أو إضافته إلى زمن المستقبل، فإذا قبلت الزوجة ذلك وقع الخلع صحيحا عند تحقق الشرط المعلق عليه الخلع، أو عند حلول الأجل المضاف إليه(4).

4- لا يجوز له أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع، كأن يقول خالعتك على أن تبرئيني من مؤخر صداقك على أن لي الخيار ثلاثة أيام إذا قبلت ذلك وقع الطلاق في الحال ولزمها المال ، ولا اعتبار لما اشترطه الزوج من خيار لنفسه، لأن الشرط الفاسد لا يبطل الخلع(2).

يترتب على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة الأحكام الآتية:

1-إذا كان الإيجاب بالخلع صادرا من الزوجة، جاز لها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول(3).

2-إذا كانت الزوجة صاحبة الإيجاب حاضرة في مجلس الخلع ثم انصرفت عنه قبل قبول زوجها بطل الإيجاب، وسبب ذلك أن المعاوضة تبطل بتفريق المتعاوضان بعد الإيجاب وقبل القبول(4).

3- لا يجوز لها أن تعلق الخلع على شرط أو تضيفه إلى زمن المستقبل لأن المعاوضات لا تقبل ذلك(5).

4-يجوز لها أن تشترط الخيار لنفسها في مدة معلومة؛ لأن الخلع من جانبها معاوضة والمعاوضة يصح فيها اشتراط الخيار لمن صدر منه الإيجاب(6).

5-الخلع باعتباره معاوضة من قبل الزوجة، يقتضي أن تكون الزوجة المخالعة من أهل

---

(3)- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، لبنان، دون سنة النشر، ص 394

(4)_محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ص 535 ؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص64.

(2)_بدران أبو العينين بدران، ص 394؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 67.

(3)_بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق ص 394؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق ص 67.

(4)_ أحمد نصر الجندي، المرجع والموضع نفسه.

(5) _محمد مصطفي شلبي، المرجع السابق، ص 535.

(6)_محمد مصطفي شلبي، المرجع نفسه، ص 536؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 67.

التبرع– **أي يشترط فيها البلوغ والعقل**– لإلزامها ببدل الخلع، فإذا لم تكن أهلا للتبرع وقع الخلع مرتبا أثره، ولا يلزم الزوجة المال الذي عرضته[1].

ب- المذهب الثاني

يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الخلع معاوضة بين الجانبين ويشترط فيه أن يطابق الإيجاب القبول في مجلس العقد، فإن قام أحدهما قبل قبول الطرف الأخر يعتبر ذلك رجوعا واعراضا، في حين يجوز لكل من الزوجين الرجوع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر، كما يحق للزوجة الرجوع عن إيجابها قبل قبول الزوج، ولكن لا يجوز لأي من الزوجين أن يعلق إيجابه على شرط أو أن يضيفه إلى زمن المستقبل، لأن الخلع معاوضة فهو تمليك والتمليكات لا تقبل التعليق، ولا الإضافة[2].

لا يحتاج الخلع في صحتة إلى قبض العوض، فلو تم من قبل الزوج وماتت الزوجة أو فلست أخذ العوض من تركتها، ويجوز رد العوض بالعيب فيه لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر[3].

ثانيا: الرأي الذي يعتبر الخلع حق للزوجة

يذهب جانب من الفقه وفي مقدمتهم الإمام ابن رشد إلى اعتبار الخلع ليس بعقد بين الزوجين من أجل تقرير مصير الزوجة بخلعها من عدمه، بل هو حق للزوجة يحق لها اللجوء إليه متى شاءت، إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة الزوجية رفقة زوجها تعد ضربا من المحال؛ حيث قال في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد بأنه:" والفقه أن الفداء، إنما جعل للمرأة في

(1)_ محمد مصطفي شلبي، المرجع السابق ص 536 ؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق ص 67.

(2)_مصطفى مصباح شلبيك، الحماية القانونية لحقوق المرأة المعنوية، مجلة الجامعة الأسمرية، الصادرة عن الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، الجماهرية العظمى، السنة الثانية، العدد الرابع، الصادر في 2004، ص ص 349–371، (366)؛ عثمان التكروري المرجع السابق، ص 210، 209؛ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 151؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 115.

(3)– عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص233.

مقابلة ما بيد الرجل من طلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة (أي كرهها) جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل؛ ولكن لابد أن يسبق ذلك النوع من الخلع تحكيم الحكمين"[1].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تكيف الخلع

بعد عرض التكييف الفقهي للخلع لدى جمهور الفقهاء، سوف نحاول تبيان موقف المشرع الجزائري من خلال مرحلتي قبل وبعد تعديل 2005.

أولا: مرحلة قبل تعديل 2005

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة تكييف الخلع قبل تعديل 2005، مما جعل بعض شراح القانون المتبنين لرأي ألا خلع بدون إرادة الزوج قد تبنوا بذلك الرأي الذي يعتبر الخلع يمينا من جانب الزوج لأنه يرتبط بالطلاق، ومعاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض، وقد تبنوا بذلك رأي الحنفية.

يقول الدكتور بلحاج العربي في هذا الصدد، إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة؛ ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج لأنه علق على طلاقها على شرط قبولها المال ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال في مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية، وسلطان زوجها التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه[2].

قضت المحكمة العليا في نفس السياق في قرار لها جاء فيه ما يلي: "ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفرة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين، غير أن عرض الزوجة الخلع لا يخولها أي حق ولا أثر له على إبقاء الروابط

(1)_ أبي الوليد محمد أحمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتب الإسلامية المصرية، أشار إليه باديس ذيابي، المرجع السابق، ص68.

(2)_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص263، 264.

الزوجية إذا لم يرضى الزوج به ولا يمكن اعتباره كطلب مقدم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه"[1].

لعل الدوافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة تكييف الخلع، والذي ورد بصيغة عامة لا يفهم منها اشتراط موافقة الزوج على الخلع أو عدم موافقته، ففسر شراح القانون والقضاة عبارة:" **أن تخالع نفسها من زوجها**" أن المشرع قصد من ورائها اشتراط موافقة الزوجين مجاريا في ذلك الفقه الإسلامي السائد[2]، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 222 ق. أ بأنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

اعتبرت مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة امتداد للفترة التي سبقتها حيث أبقى القضاة والشراح والقانونيون على سيادة الرأي القائل بضرورة اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة، وقد تجلى ذلك بشكل واضح في قرارات المحكمة العليا[3]، فذكرت في قرار لها أنه: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه..."[4].

ثانيا: مرحلة بعد التعديل2005

بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05/ 02 المؤرخ في 7 فبراير 2005 غير المشرع الجزائري رأيه في تكييف الخلع في اعتباره حقا للزوجة بدلا من اعتباره يمين من جانب الزوج ومعارضة من جانب الزوجة، فنصت المادة 54 في فقرتها الأولى من ق.أ على ما يلي:

---

(1)_ملف رقم 511728 مؤرخ في 1988/11/21، أشار إليه أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص71.

(2)_زكية تشوار حميدو، الدور الايجابي للقضاء في تسيير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، العدد الثاني، الصادر في 2013، ص ص 9-22، (10).

(3)_ القرار الصادر في 22 مارس 1969 "أن الخلع لا يتم إلا بالإيجاب والقبول بين الزوجين، وأنه يشترط اتفاقهما على المبلغ الذي تقدمه الزوجة لزوجها لقاء طلاقها، وأن عدم موافقة الزوج على المخالعة لا يؤثر على بقاء العلاقة الزوجية". أشار إليه باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 78؛ قرار رقم 33652، المؤرخ في 11 /6 / 1984، المجلة القضائية، العدد 3، الصادر في 1989، ص 38: " متى كان من القرار شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع". أشار إليه باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 210.

(4)_ ملف رقم 51728 قرار بتاريخ 1988/11/21، أشار إليه أحمد لعور، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 71.

"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، وبذلك فقد تبنى المشرع رأي الإمام ابن رشد في اعتبار الخلع حقا للزوجة يقابل حق الزوج في الطلاق، يمكنها اللجوء إليه متى شاءت إذا ما تبين لها أن مواصلة الحياة الزوجية تعد ضربا من المحال على ان يسبق ذلك تحكيم الحكمين [1].

بالرغم من أن الإمام مالك كان متحفظا في منح الزوجة حق مخالعة نفسها، فذكر أن الخلع في الأصل يكون بالتراضي بين الطرفين، ويكون بحكم القاضي بعد أخذ رأي الحكمين، فأجاز للزوجة الكارهة أن يلجأ إلى القاضي طالبة منه الحكم بالخلع، فيبعث القاضي حكمين لصلح بين الزوجين لأنهما يختلطان بالزوجين ويعرفا ما بينهما من خلاف، فإن لم يفلحا في الصلح فرقا بين الزوجين دون رضا الزوج، فدوره في التحقق من إرادة الزوجة[2].

أصبحت الزوجة بعد التعديل تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج، فما عليها إلا أن تقدم طلبها بذلك إلى القاضي، وهذا الأخير لا يملك حق رفض التفريق بالخلع وليس له أية سلطة تقديرية في ذلك، لأن الأمر يتعلق بممارسة الحق الإرادي طبقا للشكل المقرر قانونا، ويقتصر دوره في التحقق من إرادة الزوجة، وردها للمهر الذي ساقه إليها الزوج[3].

كان ذلك تتويجا لاجتهادات المحكمة العليا التي لم تقف موقف الجمود وأخذت تعمل على تطوير اتجاهها حتى تبلور أخيرا في قاعدة جديدة؛ وهي القاعدة التي تقوم على أساس جواز النطق بالطلاق عن طريق الخلع حتى ولو لم يتراضيا الزوجان عليه، بل يمكن للقاضي الاكتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة الزوج عليه إذا أصبحت العشرة بينهما لا يرضاها الدين الإسلامي[4].

من قراراتها في هذا الصدد القرار الصادر في 21 جويلية 1992:" من المقرر قانونا أن يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال، يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

(1)_أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 114؛ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 83.

(2)_أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص؛ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 83.

(3)_ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، دون دار النشر، الجزائر، 2003، ص 60.

(4)_ زكية تشوار حميدو، المرجع السابق، ص 12.

إن المادة المذكورة (54 ق.أ) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب لابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا وعليه فإن قضاة الموضوع – **في قضية الحال** – لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون" [1].

أصبحت الزوجة منذ صدور هذا القرار تتمتع بحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وقت ما شاءت دون الحاجة إلى موافقة الزوج في ذلك، وعليه فقد تبنى المشرع الجزائري التكييف القائل بأن الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة، منذ الاستقلال إلى بداية التسعينيات، وفي ظل الانتقادات الموجهة إليه في أن الهدف الحقيقي من وجود الخلع لم يتحقق؛ حيث ظل الزوج صاحب القول الفيصل بشأن فك الرابطة الزوجية، دونما أن تجد الزوجة منفذ للتخلص من زوجية تخشى على نفسها الوقوع في المحظور، تبنى على إثرها الرأي القائل بأحقية الزوجة في الخلع، وهذا ما جسده بصريح العبارة في نص المادة 54 من ق.أ بعد تعديلها.

غير أنه اعترف بحق الزوجة في الخلع بعد الدخول وليس قبله، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بأنه: " أن طلب الخلع لا يمكن لزوجة أن تطالب به قبل الدخول بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول..."[2]

(1)_ ملف رقم 83603، قرار صادر في 21/ 1992/7، المجلة القضائية، العدد الخاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية الصادر في 2001، أشار إليه الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 111، 112.

(2) – ملف رقم258613، قرار بتاريخ 2006/06/14، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2006

المبحث الثاني
أركان الخلع

يتم الخلع بالتراضي بين الزوجين لدى غالبية الفقه الإسلامي، فهو عقد كسائر العقود الملزمة لجانبين، ينعقد عادة بعرض من الزوجة لمبلغ من المال مقابل طلاقها وبقبول من الزوج لهذا العرض، ويمكن أن يكون بعرض من الزوج وقبول من الزوجة، فإنه تبعا لذلك يستلزم أركان لوقوعه صحيحا والمتمثلة في المتعاقدين والصيغة والعوض.

إذا تتطرق الخلل إلى هذه الأركان فسد الخلع؛ وقد قيل في تفسير فساد الخلع هو امتناع وقوع الخلع وقيل هو بطلانه[1].

تتمثل هذه الأركان في ركني أطراف الخلع والصيغة التي هي تعبير عن إرادة المتعاقدين في الخلع (المطلب الأول)،والركن الأخير المتمثل في بدل الخلع (المطلب الثاني).

المطلب الأول
أطراف وصيغة الخلع

أطراف الخلع هما الزوج والزوجة**(الفرع الأول)**، والصيغة هي التي يتم بها الخلع **(الفرع الثاني)**

الفرع الأول: أطراف الخلع

أولا: الزوج المخالع

يشترط لصحة الخلع الذي يوقعه الزوج أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق؛ أي أن يكون بالغا عاقلا مختارا ومنه فإنه يشترط فيه ما يشترط في الطلاق الذي يوقعه بإرادته المنفردة فكل من صح طلاقه صح خلعه، وبالتالي فالشروط اللازمة التي تشترط في الزوج لإيقاع الطلاق بالخلع هي:

أ- **أن يكون الزوج بالغا**

لا يصح خلع الصغير لأنه ليس أهلا لمباشرة التصرفات، ولا يصح للأب أن يخالع زوجة ابنه لأنه باطل والباطل لا تلحقه الإجازة[2].

(1)_أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص23.

ب- أن يكون الزوج عاقلا

لا يصح خلع المجنون والمعتوه لأنهما عديمي التمييز مما يجعل تصرفاتهم باطلة بطلان مطلقا، في حين يصح خلع المحجور عليه لسفه؛ لأنه إذا صح طلاقه بلا عوض فيصح خلعه بعوض من باب أولى، وفي هذه الحالة تسلم المختلعة المال لوليه[1].

أما بالنسبة لطلاق السكران، فالأصل في أن التصرف لا يصح إلا من العاقل الذي يتصرف بكامل وعيه وإدراكه، فمن ذهب عقله لسكر فلا إدراك عنده ولا اختيار، ففرق الفقهاء في ذلك بين السكر بمحرم والسكر بغير محرم دون قصد ولا نية، فمن سكر بمحرم يقع طلاقه لأنه بمخالفته الله تعالى يتحمل مسؤولية ما يصدر منه من تصرفات حال سكره فيقع خلعه في هذه الحالة عقابا له، وإذا شربه مكرها أو جاهلا به فيكون حكمه حكم المجنون والمعتوه ولا يقع خلعه[2]. أما من تناول شرابا حلال فيتبين أن له مفعولا مؤثرا فسكر من ذلك، أو بأن كان مضطرا لضرورة العلاج، فصدرت منه أثناء تحذيره بعض العبارات تفيد الخلع وهو لا يدري ماذا قال وما صدر منه فإنه في مثل هذه الظروف لا يقع خلعه[3].

جـ- يجب أن يكون الزوج مختارا غير مكره

يجب أن يكون إقدام الزوج على الخلع بحرية كاملة وإرادة واعية حرة ومقدرة تماما لما يترتب على هذا القرار من نتائج، وإذا أكره على الخلع فقد اختلف الفقهاء في وقوعه خلعه.

- **الرأي الأول**

يقول الإمام الشافعي أن الإكراه يبطل الخلع، لأن تأثير الإكراه يظهر في عبارة المكره فيلغيها، ولأن الفرقة سببها القول، إذا صدر عن قصد، والإكراه يهدر القول فيفسد القصد شرعا[4].

-الرأي الثاني

يقول الأحناف بجواز خلع المكره، لأن تأثير الإكراه إنما يظهر في انعدام الرضا الصادر

---

(2)- حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 134.

(1)_بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 313؛ حسين طاهري، المرجع السابق، ص 134.

(2)_ جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 59؛ عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006، ص 299.

(3)_عبد الفتاح تقية، المرجع والموضع نفسه.

(4)_أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص20.

من المكره ولا يظهر في إهدار القول الصادر منه حتى ينعقد تصرفه[1].

وعليه يشترط في الزوج أن يكون بالغا سن الرشد أي تسعة عشرة سنة(المادة 40 ق.م)[2] وأن يكون متمتعا بقواه العقلية، وفقا لما تنص عليه المادة 42 ق.م :"لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، وفي حالة غياب أهليه التصرف في ماله كأن يكون محجور عليه لسفه ينوب عنه وليه في ذلك المادة 210الفقرة2ق.أ،وإذا أكره الزوج على الخلع فإن التصرف يكون قابلا للإبطال وفقا لما تنص عليه المادة 88 ق.م: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

ثانيا: الزوجة المخالعة

يشترط في المختلعة أومن تلتزم بالعوض شروط لصحة قبولها إذا كانت متلقية للعرض أو كانت صاحبة الإيجاب، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

أ- أن تكون محلا للطلاق

يجب أن تكون العلاقة الزوجية صحيحة وقائمة بينها وبين زوجها، سواء كان زوجها دخل بها أم لا، فلا يصح للرجل أن يخلع زوجته بعد طلاقها منه بائن ولا بعد ردتها، وسبب ذلك أن النكاح زال بالطلاق وبالردة والخلع في ذلك كله لا يجد محلا يزيله[3].

ب- أن تكون أهلا للتبرع

يجب أن تكون الزوجة من أهل التبرع إذا كانت هي الملزمة ببدل الخلع، لأنها تدفع لزوج عوضا من مالها دون أن يدخل في ملكها مال بل يحدث نقص في ذمتها المالية، لذلك اعتبرها الفقهاء متبرعة ببدل الخلع واشترطوا أن تكون من أهل التبرعات، أي أن تكون عاقلة، راشدة، بالغة، غير محجور عليها لسفه أو مرض أو غفلة وأن تكون راضية غير مكرهة عليه وعالمة بمعنى الخلع[4].

---

(1)_ أحمد نصر الجندي، المرجع والموضع نفسه.

(1)_أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخ في30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

(3)_ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص154؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص23.

(4)_ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص401؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص540؛ محمود محمد عوض سلامة، المرجع السابق، ص 49.

أما إذا كانت الزوجة عديمة الأهلية كالصغيرة غير المميزة والمجنونة والمعتوهة، وتولت الخلع بنفسها، فالخلع باطل ولا يترتب عليه أي اثر، أما إذا تولى أبوها أو الوكيل الاتفاق مع الزوج في نظير مال التزام به، وقع الطلاق بائناً ويلزمه المال للزوج[1].

إذا تولت ناقصة الأهلية كالصغيرة المميزة والسفيهة المحجور عليها، الخلع بنفسها وهي مدركة لمعناه وآثاره وقلبت ذلك وقع عليها طلاق بائن ولا يلزمها المال؛ ومنشأ ذلك أنها أهلا للقبول وليست أهلا للتبرع في مالها[2]، نفس الحكم يطبق إذا كانت الزوجة كبيرة محجور عليها لسفه، وقبلت المخالعة على مال يقع الطلاق ولا تلتزم بالبدل، لكونها محجور عليها لسفه وهي ليست أهلا للتبرع.

أما بالنسبة لخلع المريضة مرض الموت، فخلعها جائز وصحيح يقع به طلاقا بائنا ويلزمها البدل الذي قبلته بشرط ألا يكون هذا البدل أكثر من ثلث تركتها، فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة؛ لأنها لا تملك التبرع بأكثر من الثلث[3].

وعليه ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة خلع المريضة مرض الموت، إلا أنهم اختلفوا في مقدار البدل الذي تلتزم به الزوجة في حالة وفاتها قبل انقضاء العدة وبعدها:

– فالعوض الذي تلتزم به الزوجة في حالة وفاتها قبل انقضاء العدة، فقد اختلف الفقهاء في القدر الذي يجب أن تبذله الزوجة:

– **قال الأحناف:** إن ماتت المخالعة المريضة وهي في العدة فللزوج الأقل من أشياء ثلاثة وهي: بدل الخلع، ومقدار إرثه منها، وثلث تركتها[4].

(1)_محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص541.

(2)_ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص402.

(3)_ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 543؛ بختة بلبولة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2004–2005. ص 132 .

(4)_ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 156،157.

– **قال الإمام مالك:** يجب أن يكون بدل الخلع بقدر ميراثه منها، فإن زاد على إرثه منها تحرم الزيادة ويجب ردها، وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما إذا كان الزواج صحيحا[1].**وعند الحنابلة** مثل ما عند الإمام مالك في أنه إذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع، وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة[2].

– **قال الشافعي:** لو اختعلت منه بقدر مهر مثلها جاز، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث[3].

–أما مقدار البدل الذي يحصل عليه الزوج في حالة وفاة الزوجة بعد انقضاء العدة، استحق الزوج الأقل من شيئين هما: بدل الخلع وثلث التركة، ولا ينظر إلى مقدار ما يرثه منها في هذه الحالة، لأن الإرث لا يتأتى إلا بعد انقضاء العدة، فلا يمكن اعتبار المخالع في هذه الحالة وارث منها، وهذا ما قال به الأحناف[4].

وإذا توفيت الزوجة بعد أن برئت من مرضها الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج بدل الخلع، لظهور تصرفها لم يكن في مرض الموت فيكون تصرفها في مرضها كتصرفها في حالة صحتها ويستحق جميع البدل المسمى[5].

سبب الخلاف حول مقدار بدل الخلع يدور حول محاباة المرأة لزوجها على حساب الورثة.

من الناحية القانونية فالزوجة لا تستطيع مخالعة الزوج قبل سن الرشد المنصوص عليه في المادة 40 من ق.م، وإذا خالعته قبل بلوغها لتلك السن وبعد بلوغها سن التميز وقع الخلع ولا تلتزم ببدله إلا إذا وافق عليه وليها، وذلك طبقا لأحكام المادة 83 من ق. أ التي تنص على أن: "من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد طبقا لأحكام المادة 43 من القانون المدني تكون

(1)_ بختة بلبولة، المرجع السابق، ص 138.

(2)_ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 156، 157.

(3)_ أحمد محمد علي داود، المرجع نفسه، ص 156.

(4)_بختة بلبولة، المرجع السابق، ص140؛ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص156.

(5)_بختة بلبولة، المرجع السابق، ص140.

تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

الفرع الثاني: صيغة الخلع

يقصد بصيغة الخلع عند الفقهاء: العبارة التي ينطق بها الرجل للدلالة على حل الرابطة الزوجية وإيقاع الطلاق بالفعل[1].وهذه الصيغة قد تكون دلالة صريحة على المعنى المقصود من الخلع، وقد تدل على المعنى المقصود دلالة غير صريحة، وعليه فألفاظ الخلع تنقسم إلى ألفاظ صريحة وألفاظ الكناية المقترنة بالنية.

أولا: الألفاظ الصريحة في الخلع

الألفاظ الصريحة للخلع هي التي تتم بلفظ الخلع أو ما اشتق منه، أو باللفظ الذي يؤدي معنى الخلع، مثل: أن يقول لزوجته خالعتك على مئة دينار، أو اختلعت منك على مبلغ كذا، أو يقول بارأتك على مبلغ كذا، فإذا استعمل الزوج أحد هذه الألفاظ وقع بها الخلع من غير نية[2]، وكذلك يجب أن يذكر العوض حتى يتم صحيحا ويرتب آثاره، وسبب ذلك أن ذكر العوض في الخلع دليل على إرادة الطلاق، وإرادة الطلاق هنا ظاهرة، فإن ادعى غير الظاهر لا يصدق في ادعائه، ولا بد من قبول الزوجة إذا قال الزوج خالعتك على كذا، ولا بد من قبول الزوج إذا قالت الزوجة لزوجها خالعني على كذا[3].

ثانيا: ألفاظ الكناية في الخلع

اللفظ الكنائي غير دال صراحة على إرادة الطلاق، ولكن يدل عليها بطريق الكناية وذلك إذا استعمل لفظا يحتمل الخلع مثل أبنتك، أما ما يتعلق بوقوع الطلاق بهذه الصيغة فقد اختلف الفقهاء، فذهب الظاهرية إلى أن الخلع لا يقع بهذه الألفاظ، وذهب الحنفية أن هذه الألفاظ يقع بها الطلاق بالخلع بدلالة الحالة أو نية الزوج أي أنهم يعتبرونها طلاقا إذا كانت دلالة الحال تؤيد هذا الاحتمال وأن الزوج نوى بها الطلاق، في حين اعتبر المالكية والشافعية والحنابلة أن

(1)_عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 303.

(2)_ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 392.

(3)_ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 39.

النية هي الأساس في بيان المقصود من الألفاظ فإذا كان المتلفظ ينوي بها الطلاق كانت طالقا، وإذا لم يكن ينوي بها الطلاق فإنه لا اعتبار لها لأن المتلفظ بها لم يقصد بها شيئا[1].

وعليه بما أن الخلع أحد صور فك الرابطة الزوجية فكان له ألفاظ صريحة وكناية يقع بها كالطلاق.

المطلب الثاني

بدل الخلع

المقصود بالبدل أو العوض هو:" المقابل الذي يحصل عليه الزوج لأجل مخالعة زوجته وإعطائها حريتها"[2]، وفي أخذ الزوج مقابلا للخلع الذي يوقعه عدل وإنصاف؛ إذ سبق له أن أعطى المهر وتكبد نفقات أخرى كثيرة، ومادامت المرأة هي الراغبة في الفراق فما عليها على الأقل إلا أن ترد للزوج ما سبق لها وأن أخذته منه، وهو في نفس الوقت تعويض للزوج عن الألم النفسي اللاحق به من جراء طلب زوجته للخلع؛ وهو بهذا الألم الذي حل به يكون مستحقا لما قرره الشارع من بدل الخلع[3].

سوف نتناول في هذا المطلب أنواع البدل في الخلع(الفرع الأول)،والقدر الذي يحل للزوج أخذه من زوجته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع البدل في الخلع

يرى الفقهاء أن كل ما جاز أن يكون مهرا، جاز أن يكون بدلا في الخلع فالبدل لا يقتصر على النقود فقط، فقد يكون منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون العوض نفقة الزوجة.

أولا: الخلع في مقابل مبلغ مالي

(1)_ عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 303، 304.

(2)_عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 238،239.

(3)_عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 238،239؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 366.

المال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة داخل الوطنويمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المتداولة خارج الوطن، كما يمكن أن يكون نوع من الأشياء التي يمكن تقويمها بالمال شرعا[1].

على هذا الأساس يمكن القول أن ما ستدفعه الزوجة لزوجها من أجل أن يطلقها يمكن أن يكون مبلغا من الدينارات الجزائرية، ويمكن أن يكون سيارة أو بيتا، أو دينا في ذمة الزوج، كما يصح أن يكون البدل معجلا أو مؤجلا أو مقسطا على أقساط معلومة في مواعيد معينة حسب اتفاق الزوجين[2]، كما يصح أن يكون البدل منفعة مقومة بمال كسكنى دار الزوجة زمنا معلوما، أو جني غلات دارها مدة معلومة، أو زراعة الأرض زمنا معلوما[3].

أما إذا كان البدل حراما أو مجهولا (كالخنزير والخمر أو كالتمر قبل بدو صلاحه) تصلح في البيع فقد اختلف الفقهاء في كونها بدلا للخلع على النحو التالي:

- ذهب الأحناف إلى أنه كل ما لا يصلح مهرا لحرمته كالخنزير والخمر لا يصلح بدلا للخلع، وتقع الفرقة بينهما ولا شيء على المرأة.
- ذهب المالكية إلى أنه إذا كان العوض خمرا أو خنزير بطل العوض وبانت منه، وإن كان البدل مجهولا جاز الخلع ولزمها العوض.
- ذهب الشافعية إلي أنه يثبت له مهر المثل.
- أما الحنابلة فيصح الخلع عندهم علي عوض مجهول في ظاهر المذهب وقيل لايصح، وإذا لم يستحق شيئا من العوض المسمى كان كالخلع بغير عوض[4].

- أما الظاهرية والشيعة الإمامية وأبو بكر من فقهاء الحنابلة، ذهبوا إلى عدم جوازه وأنه عقد باطل[1].

(1)_ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 249.

(2)_عبد العزيز سعد، المرجع والموضع نفسه؛ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 396.

(3) _محمد نجم صبحي، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 17.

(4) _مبروك المصري، المرجع نفسه، ص 271، 272.

أما إذا خالعته على مال باعتقاد أن البدل ملك للزوجة فظهر أنه لغيرها، قال الحنفية إذا أجازه المالك صح الخلع، وأخذ الزوج المال، وإن لم يجز كان البدل مثله أو قيمته، وقال الشافعية له مهر المثل استنادا لما هو مقدر عندهم إذا بطل البدل ثبت مهر المثل، وقال المالكية يقع الطلاق بائنا، ويبطل العوض وليس للمطلق شيء[2].أما الظاهرية والشيعة الإمامية وأبو بكر من فقهاء الحنابلة، ذهبوا إلى عدم جوازه وأنه عقد باطل[3].

ثانيا: الخلع في مقابل إرضاع الصغير

يصح الخلع على أن تقوم الزوجة بإرضاع ولدها الصغير مدة الرضاعة المقررة شرعا بغير أجرة، فإن امتنعت عن الإرضاع أو ماتت قبل تمام مدة الإرضاع المتفق عليها كان للزوج الحق في أن يرجع على الزوجة أو ورثتها بما يعادل أجرة رضاع الولد عن المدة المتبقية[4].

يجوز للمرأة المخالعة أن تشترط على زوجها في الخلع أنه إذ مات الولد قبل تمام مدة الرضاع أو ماتت هي في هذه الحالة لا يجوز له أن يرجع عليها أو على ورثتها[5].

ثالثا: الخلع في مقابل نفقة الصغير

يجوز الخلع على أن تنفق على ابنه الصغير منه مدة معلومة، فإن امتنعت على الإنفاق عليه، أو مات الولد أو ماتت هي قبل انقضاء المدة فللزوج أن يرجع عليها بمثل نفقته في المدة كلها أو فيما بقي[6].

إذا عجزت الزوجة عن الإنفاق علي الولد لإعسارها جاز لها أن تطالب الزوج بالإنفاق عليه من ماله ويجبر على ذلك وله أن يرجع عليها بما أنفقه عند يسرها؛ لأن النفقة من حق

(1)_مبروك المصري، المرجع السابق، ص 271.

(2) _بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 397.

(3)_مبروك المصري، المرجع السابق، ص 271.

(4) _بدران أبو العينين بدران المرجع السابق، ص 397؛ محمود محمد عوض سلامة، المرجع السابق، ص16.

(5) _أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص81.

(6)_ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص398.

الولد فيحب على الأب القيام بها عند عجز الأم التي هي مطالبة بها بمقتضي جعلها بدلا للخلع وذلك إحياء للولد وصيانته من الهلاك[1].

رابعا: الخلع في مقابل حضانة الصغير

يصح أن تخالع الزوجة زوجها على حضانة ابنه الصغير منها مدة حضانته بغير أجر، فإذا امتنعت الزوجة عن الإنفاق أو تركت الصغير، ولم تكمل مدة حضانته أو مات الصغير أو ماتت هي أو خرجت عن أهلية الحضانة، كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها بما يعادل أجرة حضانته عن المدة كلها أو فيما بقي منها[2].

خامسا: الخلع في مقابل إمساك الصغير مدة تجاوز الحضانة

إذا كان العوض في الخلع هو إبقاء الصغير عند الأم المخالعة مدة تزيد عن مدة حضانته فالأمر فيه تفصيل:

– إذا كان الولد المحضون ذكرا، كان الشرط باطلا لأنه عند الفقهاء يخالف مصلحة الصغير؛ لأنه بعد زمن الحضانة يحتاج إلي معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم والأب أجدر على ذلك من الأم، فإذا طال مكثه عند الأم فإن ذلك بلا شك فيه إضرار للصغير، لذلك يلغي الشرط ولو اتفقا عليه ويصح الخلع[3].

– أما إذا إذا كان المحضون أنثي قال الفقهاء بصحة الشرط؛ لأنه ليس فيه إضرار للبنت ولا إضاعة لحقها إذ هي تحتاج إلى من يعلمها ويدربها على شؤون الحياة النسائية، والأم أقدر على ذلك من الأب فلهذا صح الاتفاق على ذلك[4].

سادسا: الخلع في مقابل إسقاط حق الحضانة

(1)_ بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص 398، 399.

(2) _محمود محمد عوض سلامة، المرجع السابق، ص 16؛ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، لبنان، 1984، ص 320.

(3)_ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 398؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 98.

(4)_بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 398.

يمكن أن يكون بدل الخلع هو إسقاط حقها في الحضانة؛ لأن الحاضنة لها حق في الحضانة ويجوز لها أن تتنازل عن هذا الحق ولا تجبر على القيام به إذا لم يصب المحضون ضررا من ذلك، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك بن أنس –**رحمه الله**– إلى جوار أن يكون العوض في الخلع إسقاط حضانة الأم لولدها من زوجها وتنتقل إليه الحضانة إن لم يكن في ذلك إضرار بالولد المحضون وإلا انتقلت الحضانة إلى من يلي الأم بحق الحضانة[1].

سابعا: الخلع في مقابل نفقة الزوجة

يصح أن يكون الخلع على عوض هو نفقة الزوجة، سواء كانت النفقة ماضية قبل الخلع أو كانت بعده إذ تم النص عليها صراحة في العقد على إسقاطها؛ لأن مقابل الخلع لا يسقط النفقة الواجبة على الزوج في حال العدة إلا بالاتفاق على ذلك، كما يجوز الخلع على أن تنفق الزوجة الحامل على نفسها مدة الحمل[2].

ثامنا: الخلع في مقابل حق السكنى

إذا كان الخلع في مقابلة إسقاط حقها في السكن مدة العدة عن الزوج صح الخلع وبطل الشرط ولا تسقط السكني عن الزوج، إلا إذا كان البيت الذي يسكناه ملكا للزوجة، أو كانت ملتزمة بدفع أجرته من مالها فيصح أن تختلع عن هذه الأخيرة؛ لأن سكني المطلقة مدة العدة في البيت الذي كانت تسكنه وقت الطلاق من الواجبات التي تقع على الزوج، فلا تملك الزوجة أن تعفيه منه إلا إذا كانت مالكة له أو ملتزمة بدفع أجرته[3].

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يحدد بدلا معنيا في الخلع وإنما ترك الحرية في تحديد نوعه للزوج والزوجة، وهذا ما يظهر من خلال عبارة " **إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع**". ومن خلال هذه الجملة يصح أن يكون بدل الخلع مبلغا من النقود أو رضاع الصغير ونفقته وحضانته وغيرها من الأنواع التي أجاز الفقهاء أن تكون بدلا للخلع، غير أنه إذا كان بدل الخلع إسقاط الحضانة فيرى في ذلك كل من الدكتور بلحاج العربي وسعد عبد العزيز أنه

(1)_ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص83، 84.

(2) _محمود محمد عوض سلامة، المرجع السابق، ص 20.

(3)_ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 399.

لا يصح ذلك لتعلقها بمصلحة المحضون، في حين لم يبين المشرع الجزائري موقفه من هذه المسألة.

الفرع الثاني: مقدار بدل الخلع

هل يحق للزوج المخالع أن يأخذ من زوجته مقدار معينا مقابل الخلع أم يستحق القدر المتفق عليه حتى لو كان يزيد عن مقدار صداقها؟ وإزاء هذا التساؤل ظهر رأيين بخصوص تحديد مقدار بدل الخلع وهما:

أولا: الرأي الأول

يري أن البدل في الخلع غير مقدر، ويجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة القدر الذي يتفقان عليه ولو كان أكثر من الصداق الذي قدمه لها ما داما قد تراضيا عليه، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان وهو قول المالكية والشافعية والظاهرية والإباضية[1].

قال الإمام مالك: "ولم أرى أحدا يفتدي به يكره أن تفتدي المرأة بأكثر من صداقها وعليه فلا يعتبر الخلع بأكثر من الصداق داخلا في دائرة التعسف؛ إذ العبرة برضا الزوجة واستطاعتها وعدم إكراهها"[2]، وقال الشافعي: "تجوز الفدية بأكثر مما أعطاها وأقل..."[3] واستدل أصحاب هذا الرأي بالقرآن الكريم والسنة وآثار الصحابة والمعقول.

1- من القرآن الكريم

قولهتعالى: ﴿بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ٢٢٩ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ﴾[4].

- وجه الدلالة

(1) _محمود محمد عوض سلامة، المرجع السابق، ص21؛ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص72.

(2)_محمد رياض، المرجع السابق، ص 252،251.

(3) _محمود محمد عوض سلامة، المرجع السابق، ص22.

(4) _سورة البقرة، الآية 229.

جاءت الآية عامة لأنها نفت الإثم عن الرجل فيما أخذه من الزوجة مقابل طلاقها قليلا أو كثيرا، كما نفت الإثم عن الزوجة فيما تعطيه لزوجها عند المخالعة[1].

2- من السنة النبوية

بما رواه البيهقي عن أبي سعيد الخدري قال: كانت أختي تحت رجل من الأنصار فارتفعا إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: أتردين حديقته، قالت: وأزيده، فخلعها فردت عليه حديقته وزادته [2].

3- من أثار الصحابة

ما رواه عقيل بن أبي طالب أن الربيع بنت معوذ بن عفراء أخبرته قالت: "كان لي زوج يقل الخير علي إذا حضر ويحرمني إذا غاب، قالت: فكانت مني زلة ذات يوم فقلت له: اختلع منك بكل شيء أملكه؟ فقال: نعم، قلت: ففعلت، فخاصم عمي معاذ بن عفراء إلى عثمان فأجار الخلع، قالت: وأمره أن يأخذ ما دون عقاص الرأس[3].

4-من المعقول

العوض في الخلع شأنه شأن سائر الأعواض في المعاملات، فينبغي ألا يتقدر بمقدار معين فجاز بكل ما تراضيا عليه، فكما أن المرأة عند النكاح لا ترضي إلا بالصداق الكثير فكذلك للزوج ألا يرضي عند الخلع إلا بالبدل الكثير وخاصة أنها أظهرت بغضه وكراهيتها له[4].

ثانيا: الرأي الثاني

(1) _محمود محمد عوض سلامة، المرجع السابق، ص22.

(2) _محمود محمد عوض سلامة، نفس المرجع، ص23 .

(3) _عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص260.

(4) _محمود محمد عوض سلامة، المرجع السابق، ص 22؛ حسين طاهري، المرجع السابق، ص132.

يرى بأن مقدار الخلع يكون بقدر ما أعطاه الزوج لزوجته من المهر ولا يجوز الزيادة عليه، وبه قال علي بن أبي طالب وهو قول الحنابلة والزيدية[1]،واستدل أصحاب هذا الرأي بالقرآن الكريم والسنة والمعقول.

1- من القرآن الكريم

قال تعالى:

"ۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ"[2].

- وجه الدلالة

بينت الآية الكريمة جواز الخلع وحل أخذ البدل من المرأة، ولكن ذلك مقيد بما أعطاها إياه كما أشارت إليه الآية الكريمة في أولها، وكأن الآية قيدت الإعطاء خلعا بقدر الإعطاء مهرا فتكره الزيادة عليه [3].

2- من السنة النبوية

ما رواه ابن عباس: (أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله إن ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[4].

3-من المعقول

(1) _أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص88.

(2)_سورة البقرة، الآية 229.

(3) _عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 261.

(4)_ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث 5273 ، ص 47.

النهي عن الزيادة لما فيه من شبهة الربا؛ إذ الأصل أن يأخذ ما دفع إليها فكانت الزيادة دون مقابل، وفي ذلك إجحافا وظلما وإضرارا لها وهو ممنوع، ولهذا قال سعيد بن المسيب: لا يأخذ إلا ما أعطاها حتى يكون الفضل له[1].

أساس الخلاف في تحديد مقدار بدل الخلع كما يقول ابن رشد: "إن من شبه الخلع بسائر الأعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا، ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز ذلك فكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق"[2].

على الرغم من اختلاف آراء أئمة الفقه الإسلامي حول مقدار بدل الخلع؛ حيث أن منهم من قال بأنه لا يجوز للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها، ومنهم من قال بأنه يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها لأن الخلع عقد تراضي بينهما، فإن قانون الأسرة الجزائري قد نص في المادة 54 منه على مقدار بدل الخلع، ففي حال الاتفاق بينهما يجوز أن يأخذ من زوجته أكثر مما أعطاها وعند اختلافهما حول مقداره بين القانون وسيلة أخرى لتحديده وهي إعطاء السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مبلغ الخلع بشرط ألا يتجاوز قيمة صداق المثل، والصداق يختلف من منطقة إلى أخرى وتحدده الأعراف والعادات[3].

من أجل سد باب التعسف الزوج في المبالغة في مقدار العوض حدد المشرع مقداره بمهر المثل عند عدم الاتفاق عليه؛ لأن في مطالبة الزوج بأكثر من المهر الذي قدمه لها مقابل تطليقها بادرة التعسف، فالأصل أن يسترد الزوج ما قدمه وأن يترك لها ما تقيم به حياتها حتى لا يلحق الزوجة ضرر بتكليفها رد المهر والزيادة عنه مع ألم الفشل في حياتها الزوجية، فذلك يفوق الضرر اللاحق بالرجل إن رد إليه مهره دون زيادة حيث سلم له ماله فيدفع بذلك أعظم الضررين[4].

هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "حيث أن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط قبول الزوج للمبلغ الذي تعرضه الزوجة على زوجها بعنوان الخلع، فالمادة تسمح

(1)_ محمود محمد عوض سلامة، المرجع السابق، ص23؛ عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص262.

(2)_محمود محمد عوض سلامة، المرجع السابق، ص23.

(3)_عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 253؛ أعمر خمري، الحق في إنهاء الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، بوخالفة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2001- 2002، ص 91.

(4)_عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 265؛ أعمر خمري، المرجع السابق، ص 91.

للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال دون تحديد لنوعه وهذا هو المبدأ العام للخلع، أما نوع المال وقدره فهذا يرجع إل اتفاق الطرفين أو إلى تدخل القضاء على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج لما تعرضه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف المنهى عنه شرعا"[1].

نستخلص مما سبق قوله أن الخلع في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية أن الخلع عبارة عن رخصة منحت للمرأة لفك الرابطة الزوجية لم تعد تجد فيها راحتها واستقرارها، ولكي يتم ذلك لا بد من أن يحصل تراضي بينهما وأن يقع بألفاظ معينة وأن يتم دلك لقاء بدل تدفعه للزوج حتى لا يتضرر الزوج من هذه الفرقة، وتبنى المشرع الجزائري هذا الرأي إلى غاية تعديل الأخير لقانون الأسرة في 2005، غير أنه بعد ذلك غير موقفه ومنح الحق للزوجة في مخالعة زوجها دون الاعتداء بموافقته، وهذا التغيير جاء نتيجة للغموض الذي اعترى مادة الخلع قبل تعديلها ونظرا لتغير الظروف الاجتماعية.

(1)_ملف رقم: 83603 مؤرخ في 1992/7/21، أشار إليها لغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 211، 212.

الفصل الثاني

دعوى الخلع

يقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته، فهي وسيلة مشروعة لتعبير عن الرغبة في الدفاع عن الحق، وذلك باللجوء للسلطة القضائية التي خولها القانون الدفاع عن حقوقهم، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لم يعطي لها تعريفا رغم أنه كان مستفيضا في إعطاء تعريفات لبعض الإجراءات الأخرى، وكأنه يرى أن تعريف الدعوى بالذات من اختصاص الفقه لا التشريع، رغم ما اكتنف نظرية الدعوى من غموض وخلط بينهما وبين الخصومة القضائية .

تختلف الدعوى عن الخصومة التي تتشكل من مجموعة إجراءات تمثل الشق العملي أو التنفيذي لممارسة الحق، في أن ترك الدعوى لا يعني ترك الخصومة؛ إذ أن ترك الدعوى يؤدي إلى التنازل عن الحق ذاته، كأن يسحب المدعي طلبه المتضمن التعويض عن الضرر القائم عن المسؤولية التقصيرية للمدعي عليه، فليس له أن يعود مرة ثانية لمطالبة خصمه بدفع مقابل الضرر، بينما يحتفظ المدعي في ترك الخصومة بحق إعادة رفعها بموجب تكليف آخر.

خلصنا في الفصل الأول من المذكرة خلال التطرق لتكييف الخلع أن المشرع الجزائري نص بصريح العبارة على حق الزوجة في الخلع من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة، آخذا برأي الإمام ابن رشد ومخالفا لرأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الخلع عقد رضائي بين الزوجين، فالخلع باعتباره عقد لدى غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية لم يكن يعرف لديهم الترتيب الإجرائي والقانوني لأسلوب المخاصمات القضائية، إذ لم يكن هناك شكل محدد لهذه الإجراءات؛ إذ كل ما كانت تتطلبه هو مجرد التدوين بالكتابة وذلك في مرحلة متقدمة من مراحل التشريع الإسلامي[1].

يعتبر الخلع من الناحية القانونية الخلع تصرف من التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة للزوجة بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة، فلكي يقع هذا التصرف الإرادي وتترتب عليه آثاره الشرعية والقانونية فقد أوجب المشرع الجزائري رفع دعوى الخلع وفقا للشكل الذي يتطلبه

(1)_ أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به ولجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص15.

القانون (المبحث الأول) وباحترامها لذلك ينظر القاضي في دعواها وإذا انتهت بصدور حكم الخلع ترتبت عليه آثار قانونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المراحل التي تمر بها دعوى الخلع

تمارس الزوجة حقها في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع برفعها دعوى قضائية وهذه الأخيرة تمر بمراحل تشترك فيها مع باقي الجهات القضائية وإن اختلفت درجتها، وذلك تفاديا لتكرار وتسهيل معرفة الإجراءات المشتركة لمعنيين، وهذه المراحل تتمثل في إيداع عريضة دعوى الخلع أمام الجهة القضائية المختصة، وتبليغها للمدعي عليه حتى يكون على دراية بوجود دعوى قضائية مرفوعة ضده، وبعد الإيداع والتبليغ تحدد جلسة الصلح والتي يتعين على القاضي القيام بها من أجل تقريب وجهات النظر بين الزوجين ورأب الصدع بينهما (المطلب الأول)، وإذا باءت هذه المحاولات بالفشل يعيد القاضي القضية للمداولات حتى يتسنى لأطراف تقديم كل ما لديهم من طلبات ودفوع، وتنتهي بعد ذلك بالفصل فيها بحكم قضائي يكون قابلا للطعن وفقا للطرق التي يحددها القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إجراءات رفع دعوى الخلع

الإجراءات التي ترفع بها دعوى الخلع ترتكز على إيداع عريضة افتتاح الدعوى وتبليغها للمدعي عليه (الفرع الأول)، وبذلك يصح انعقاد جلسات الصلح المقررة لذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إيداع عريضة افتتاح دعوى الخلع وتبليغها

أولا: إيداع عريضة افتتاح دعوى الخلع

ترفع دعوى الخلع عن طريق إيداع عريضة افتتاح الدعوى من قبل صاحبة المصلحة[1] أو وكيلها أو محاميها، ولكي يعتبر المحرر عريضة يفرض المشرع تحريره في شكل معين متضمنا لعناصر محددة.

أ- شكل عريضة افتتاح دعوى الخلع

(1)_يقصد بالمصلحة: "المنفعة التي تحققها صاحبة المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء"، مشار إليه لدى عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص38.

تنص المادة 14ق.إ.م.إ على شكل العريضة بأنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة وتودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف"[1].

تشترط نص المادة إيداع عريضة الخلع من المدعية أو وكيلها أو محاميها، موقعة ومؤرخة مذكور فيها عناوين الأطراف وتشمل على التاريخ الذي حررت فيه، خلافا للنص القديم الذي كان يعطي طريقتين لافتتاح الدعوى أمام القضاء، إما بعريضة مكتوبة أو بتصريح شفهي أمام كاتب الضبط لدى المحكمة والذي يحرر محضرا عن ذلك وتوقع عليه المدعية أو يذكر فيه أنه لا يمكنها التوقيع[2].

نلاحظ في النص الجديد غياب طريقة التصريح الشفهي والاكتفاء بطريقة العريضة المكتوبة باللغة العربية الموقعة والمؤرخة وبعدد أطراف النزاع.

ب- مضمون عريضة افتتاح دعوى الخلع

يجب أن تتضمن عريضة دعوى الخلع البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 3 مكرر من قانون الأسرة، وهذه البيانات يمكن إجمالها فيما يلي:

1-تحديد الجهة القضائية

الجهة القضائية المختصة نوعيا بدعوى الخلع هي قسم شؤون الأسرة، على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي، وذلك وفقا للنص المادة 423 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

(1)_أمر رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 28أفريل 2008.

(2)_ عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص47؛ زينب شويخة، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09،الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار أسامة، الجزائر، 2009، ص48.

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

وعليه فالاختصاص النوعي من النظام العام، يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى.

يؤول الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية وهذا حسب نص المادة 426ق.إ.م.إ ونص المادة 40 من القانون نفسه، والحقيقة أن المسكن هو دائما محل إقامة الزوج، وذلك لأنه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية لا يوجد حق يخول للزوجة محل إقامة يختلف عن محل إقامة زوجها[1].

قواعد الاختصاص المحلي ليست من النظام العام ويترتب على ذلك أنه يجوز لأطراف النزاع عرض نزاعهما على جهة قضائية غير مختصة محليا، في حين يجب على الطرف الذي يدفع بعدم الاختصاص المحلي، أن يقدم هذا الدفع قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع فإذا سبق أن قدم دفوعه في موضوع الدعوى سقط حقه في الدفع بعدم الاختصاص[2].

أحسن المشرع ما فعل حينما لم يجعل الاختصاص المحلى من النظام العام؛ لأنه عند الزواج في أغلب الأحيان الزوجة هي التي تغادر أهلها إلى مكان بعيد عنهم، وعندما يحدث الخلع يصعب عليها أن تقاضيه بالمحكمة التابع لها مسكن الزوجية، ولكن مع أن المشرع قد سهل الأمور إلا أن هناك كثيرا من الأزواج يتمسكون بهذا الاختصاص ويدفعون به والقاضي يجد نفسه ملزما بالاستجابة إلى دفوعهم لأنها تستند إلى القانون[3].

2- تحديد أطراف الدعوى

أطراف دعوى الخلع هم: المدعية والمدعي عليه، فلابد من ذكر اسم ولقب وموطن الزوجة والزوج وذلك لمنع الجهالة ودفع أي لبس بشأن أطراف الخصومة، والملاحظ في النص الجديد استبعاده لمهنة الأطراف من مجال البيانات الضرورية التي يمكن تعيين الخصوم[4].أم

(1)_عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 453.

(2)_عبد الفتاح تقية، المرجع نفسه، ص 455.

(3)_ نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000–2001، ص181.

(4)_ عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص48، 49.

الطرف الثالث في دعوى الخلع هي النيابة العامة فتعتبر طرف أصليا في قضايا شؤون الأسرة، وذلك استنادا لنص المادة 3 مكرر ق. أ التي تنص على ما يلي: "تعد النيابة العامة طرف أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام القانون".

3- تحديد موضوع الدعوى القضائية

يتأتى ذلك إلا بعد تقديم عرض موجز عن الوقائع، والقانون لا يلزم الزوجة بالإدلاء بالأسباب الشخصية التي تدفعها إلى طلب الخلع؛ إلا أن السبب يتمحور عادة في إقرار الزوجة أنها باتت تبغض زوجها وأن هذه البغضاء قد بلغت بها درجة من الضرر وتخشى معه ألا تقيم حدود الله، وتطلب في عريضة دعواها افتداء نفسها من زوجها مقابل رد المهر الذي ساقه إليها، وتأسس طلبها على نص المادة 54 من قانون الأسرة[1].

4-الإشارة إلى الوثائق والسندات

يقف قبول دعوى الخلع على شرط تقديم نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية الموجودة بالبلدية، وأن تقدمها إلى المحكمة رفقة عريضة افتتاح الدعوى وذلك للتأكد من الصفة لديهما[2]،وإن لم تقدم هذه النسخة فإن المحكمة تقضي بعدم قبول دعواها شكلا [3]، وفي حالة وجود الأبناء ترفق مع العريضة شهادة عائلية وكذلك شهادة طبية تثبت من خلالها أن رحمها خال من أي حمل، وإذا كانت حامل تحدد الشهادة الطبية مدة الحمل وذلك لحفظ حقوق الجنين[4].

بعد تحرير العريضة في محرر مكتوب واحتوائها على جميع البيانات الضرورية يتم نسخها بعدد أطراف الخصوم، وتوضع لدى أمانة ضبط المحكمة بالإضافة إلى تقديم ملف الدعوى، ويقوم أمين الضبط فور استلامها بتقييدها في سجل خاص ويطلق عليه بالسجل العام لقضايا الأحوال الشخصية في بعض المحاكم، تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب

(1)_ أحمد حسام النجار، المرجع السابق، ص27.

(2)_تعرف الصفة بأنها:" العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، وعلى هؤلاء الأطراف ادعاء حق أو مركز قانوني لأنفسهم لكي تقبل دعواهم". مشار إليه لدى زينب شويخة، المرجع السابق، ص39.

(3)_عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص330.

(4)_عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص28.

الخصوم وتحديد تاريخ أول جلسة، ثم يسجل أمين الضبط نفس المعلومات على نسخ العريضة ويسلمها للمدعية بغرض تبليغها[1]

ثانيا: تبليغ عريضة افتتاح دعوى الخلع

بعد الحصول على نسخة من عريضة افتتاح دعوى الخلع، يتم تبليغها للمدعي عليه عن طريق المحضر القضائي، ويجب مراعاة أجل عشرين يوما (20) على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور واليوم المعين لحضور أول جلسة، ويمدد الأجل إلى ثلاثة أشهر بالنسبة للمقيمين بالخارج وتقوم النيابة العامة بتبليغ الشخص المقيم بالخارج [2]،وهذا ما نصت عليه المادة 16ق.إ.م.إ في فقرتها الثالثة والرابعة على ما يلي: "يجب احترام أجل عشرين(20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة(03) أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج".

بعد تبليغ المدعي عليه يحرر المحضر القضائي محضر تبليغ الجلسة، الذي يمضى عليه من طرف المدعى عليه والمحضر القضائي ويسلمه للمدعية، ويوم الجلسة تقدم المحضر الأصلي للمحكمة ويوضع في ملف الدعوى[3].

تبلغ النيابة العامة مباشرة عن طريق أمانة ضبط المحكمة بعد إيداع نسخة من عريضة افتتاح دعوى الخلع لديها، باعتبارها طرفا في تشكيلة المحكمة.

طلب الزوجة لحقها في الخلع مشروط قانونا، فيتعين عليها إيداع العريضة وفقا للشكل المقرر وتبليغها للطرف الآخر، ولا يقبل طلب الخلع عن طريق طلب مقابل وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2006/07/12 بأنه: "حيث تبين بالفعل من خلال وقائع الدعوى أن الطاعن هو الذي أقام الدعوى من أجل رجوع المطعون ضدها إلى البيت الزوجية،

(1)_عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص452؛ عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص53.

(2)_ زينب شويخة، المرجع السابق، ص 49.

(3)_زينب شويخة، المرجع والموضع نفسه.

إلا أنها قابلت طلبه بالرفض وطالبت بخلعها مقابل عشرة آلاف دينار على أساس الهجر في المضجع وعدم الإنفاق التي تدخل ضمن حالات التطليق المحددة بالمادة 53 ق. أ.

وحيث أنه بالإضافة إلى ما سبق ذكره، فإن المحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه وإذا كانت المطعون ضدها تدعي أضرارا وترمي إلى طلب الخلع أن تتخذ ما تراه مناسبا.

ومن ثم يكون القاضي الأول لما استجاب لطلب المطعون ضدها بالخلع بمجرد طلب مقابل قد أضر بالطاعن وخالف القانون"[1].

الفرع الثاني: إجراء الصلح

عندما ترفع الزوجة طلبها إلى القاضي متضمننا بغضها لزوجها وتخوفها من عدم قدرتها على القيام بحقوقه الزوجية، وردت عليه ما دفعه لها من الصداق، وتطلب خلعها من هذا الزوج وتخليصها مما هي عليه، فإن القاضي لا يخلعها بمجرد طلبها هذا بل عليه أن يحاول الصلح بينهما[2].

وعليه فإن أول جلسة تحددها المحكمة هي جلسة الصلح، التي تكون سرية ومغلقة يحضرها أربعة أشخاص فقط هم: القاضي والكاتب والمدعية والمدعي عليه أي الزوجان فيحاول القاضي الإصلاح بينهما[3]، وفقا لمقتضيات المادة 49ق.أ التي تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة(3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

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

(1)_ قضية(د.م) ضد(ف.ف)، ملف رقم 353851، قرار بتاريخ 2006/01/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الصادر في 2006، ص 431.

(2)_أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص124.

(3)_ نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص190.

أكدت هذه المادة أنه لا يمكن الفصل في قضية الخلع إلا بعد محاولة الصلح يجريها القاضي في مدة أقصاها ثلاثة أشهر، وهذا الإجراء من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، فالجلسة الصلحية أمر وجوبي وضروري وإذا لم تحترم عدا الحكم بالخلع معيبا ومخالفا للقانون مما يستلزم نقضه.

يقوم القاضي في جلسة الصلح بسماع الزوجين كل واحد على انفراد ليتسنى له عرض ماله من مآخذ على زوجه بكل طلاقة؛ ثم يستمع إليهم مجتمعين لمواجهة أقوالهما ومحاولة تقريب مواقفهما، وفيها يحاول القاضي إصلاح ذات البين ويحاول توعية الزوجين بمساوئ الخلع وعواقبه، وإقناعهما بضرورة التفكير في مصلحة الأسرة كلها، وخاصة في مصلحة الأبناء[1]، ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد الأقارب للمشاركة في محاولة الصلح وهذا الطلب المشترك يعني أن لهذا الشخص مكانة لدى الزوجين قد تساهم في تجاوز الأزمة[2].

في حال غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح لاستحالة الحضور أو المانع، يمكن للقاضي تأجيلها إلى موعد آخر أو ندب قاض آخر لسماعه في إطار إنابة قضائية، غير أنه إذا تم تكليف الزوج شخصيا وغاب عن الجلسة دون تقديم عذر مقبول، يحرر أمين الضبط محضرا عن ذلك[3].

يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير بعد محاولة الصلح الأولى على أن لا تتعدى هذه المحاولات ثلاثة أشهر من رفع الدعوى، ويمكن للقاضي أن يأمر بتدابير مؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن، ويأخذ عند ذلك بعين الاعتبار ما تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين ويمكن للقاضي في هذه المرحلة وإلى حين صدور الحكم في الموضوع، تعديل وإلغاء هذه التدابير في حالة ظهور واقعة جديدة بموجب أمر غير قابل للطعن[4].

إذا توصل القاضي من خلال إجراءات الصلح إلى غايته فينتهي الأمر بتصالح الزوجين، وفي هذه الحالة يقوم أمين الضبط بتحرير محضر الصلح يوقعه مع القاضي والزوجين ويودع

(1) _عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص254؛ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص283.

(2)_عبد السلام ذيب، المرجع والموضع نفسه.

(3)_عبد السلام ذيب، المرجع والموضع نفسه.

(4)_عبد السلام ذيب، المرجع نفسه، ص283، 284.

بأمانة الضبط، وقد يخفق القاضي في مهمته ولن يتمكن من الإصلاح بينهما فبعدها يحرر محضرا بعدم الصلح، ويخرج القضية من طور الصلح إلى طور الجلسات العلنية[1].

يمكن للقاضي في حالة فشل الصلح بين الزوجين، يجوز له لرأب الصدع أن يبادر بإجراء التحكيم، فيكون مجلسا عائليا يدعوا إليه واحد من أهل الزوج والزوجة المقربين ويطلب منهما دراسة الوضعية العائلية للزوجين، وأن يحاولا تسوية مشاكلهما بقدر الإمكان ثم يقدمان إليه تقرير عما قاما به من مجهودات خلال أجل لا يتجاوز الشهرين، وهذا ما نصت عليه المادة 56ق.أ، وإذا نجح الحكمان في مهمتهما يحرران محضر عن ذلك ويصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن، وإذا بدى للقاضي أن المهمة المسندة للحكمين أصبحت غير مجدية ينهى مهامهما ويعيد القضية إلى الجدول لتستمر القضية[2].

المطلب الثاني

صدور الحكم في دعوى الخلع وطرق الطعن فيه

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

الفرع الأول: صدور الحكم في دعوى الخلع

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

أولا: تكييف القاضي لوقائع دعوى الخلع

(1)_عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص457؛ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص284.

(2)_ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص254.

أصبح قاضي شؤون الأسرة منذ صدور القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتمتع بسلطات في مجال التكييف القانوني للوقائع في دعوى الخلع وذلك بموجب نص المادة 451ق.إ.م.إ،التي تنص في فقرتها الأخيرة على ما يلي: "يعاين القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة". وفي نفس السياق نصت المادة 29 من ذات القانون على ما يلي: "يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم.

يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه".

نستنتج من خلال هذين النصين أن المشرع الجزائري يؤكد على مسألة التكييف وبالتالي يجب على القاضي أن لا يتنازل عنها لأطراف الخصومة، ولا يتقيد بتكييفهم وإلا أصبح الخصوم هم من ينشئون الحكم القضائي، فالتكييف ليس من عمل الخصوم وإن كان الحكم يتضمن الوقائع التي جاءوا بها[1].

عندما يؤسسون الدعاوى على نصوص وأحكام قانونية معينة، فهم في حقيقة الأمر يأملون فقط في الحصول على حكم بما يريدونه، لذا يبقى الأمر ينحصر في مجرد الأمل ولا يتعدى إلى إنشاء الحكم وبناءه، فدورهم يتوقف عند حدود الوقائع وإثباتها ولا تتعدى إلى مجال القانون أبدا[2].

أما القاضي فهو صاحب الولاية القضائية وصاحب الاختصاص؛ إذ يفترض في القاضي العلم فهو الذي يعلم بالقانون جيدا وهو الذي يقع على عاتقه تطبيق القانون، ولكن لا ينبغي معه تجاهل طلبات الخصوم والخروج عن الوقائع التي جاءوا بها بالزيادة أو النقصان أو حتى بالافتراض، بل من مهامه إزاءها هو فحصها وتقديرها وتكييفها وإعطاء الوصف القانوني السليم

(1)_نور الدين لمطاعي، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث، الصادر في سبتمبر 2012، ص ص227- 346، (234، 235).

(2)_نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص335.

لإخراج إرادة القانون إلى الوجود من خلال الحكم القضائي الفاصل في النزاع القائم، وهذا هو لب وجوهر الحكم القضائي[1].

يتعين على القاضي عندما ترفع الزوجة دعوى الخلع إعادة تكييف الوقائع وإعطائها الوصف القانوني الصحيح والذي هو ليس من اختصاصها وإنما من صميم اختصاص القاضي، بتبيان القواعد القانونية المطبقة على وقائع النزاع[2].

إذا رأى القاضي أن دعوى التطليق مؤسسة على دعوى الخلع، فيقضي بالخلع بدلا من التطليق لأن الأمر يختلف بينهما، لأن الخلع يبنى على أسباب ذاتية يصعب إثباتها في حين التطليق يبنى على أسباب مادية موجبة الإثبات، وإذا رأى أن دعوى الخلع مؤسسة على أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53ق.أ قضى بالتطليق بدلا من الخلع لأن التكييف الذي أتت به المدعية غير صحيح، فيتقيد القاضي بتكييفه وهذا لا يعد من قبيل خروج القاضي عن حياده كما أنه لا يعد من قبيل الحكم بما لم يطلبه الخصوم؛ لأنه لم يعدل في وقائع الدعوى[3].

ثانيا: صدور الحكم في دعوى الخلع وفقا لتكييف القاضي

بعدما ينتهي قاضي شؤون الأسرة من عملية التكييف الصحيح لوقائع دعوى الخلع وذلك عن طريق إسقاط القاعدة القانونية المناسبة على الوقائع، يفصل في النزاع وفقا لهذه القاعدة القانونية المطبقة والتي توصل إليها وبذلك تتحقق الحماية القضائية. ووفقا لذلك يصدر القاضي حكمه بالطلاق بواسطة الخلع، بعدما طلبت الزوجة تطليقها من زوجها مقابل مبلغ مالي تخلع به نفسها منه، وعليه أن يذكر مبلغ الخلع أو أن يحفظ حق الزوج في بدل الخلع إن لم يطالب به[4].

يشترط في حكم التطليق بواسطة الخلع جملة من الشروط التي يجب أن يتضمنها الحكم وإلا كان عرضة للطعن بالنقض، فالحكم يجب أن يتضمن التعبير التالي:" **الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري**" إذ أن هذه العبارة من النظام العام لأن

(1)_ نور الدين لمطاعي، المرجع والموضع نفسه.

(2)_نور الدين لمطاعي، المرجع والموضع نفسه.

(3)_ نور الدين لمطاعي، المرجع نفسه، ص 336.

(4)_ نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص212.

الأمر يتعلق بسيادة الدولة من جهة والرقابة الشعبية للأحكام من جهة أخرى؛ وهو ما يستفاد من عبارة " باسم الشعب الجزائري"[1].

يجب أن يتضمن الحكم تشكيلة المحكمة أي اسم القاضي الذي ترأس الجلسة واسم كاتب الضبط الذي حضر الجلسة وكذلك أسماء الأطراف وعناوينهم وصفاتهم، ويتضمن الحكم أربعة عناصر وهي: الديباجة وبيان الوقائع والحيثيات أي تسبيب المحكمة ومنطوق الحكم[2]، والحكم لابد أن يكون مؤرخا وموقعا من طرف القاضي والكاتب، وإذا حصل مانع لأحدهما كالوفاة مثلا، فإن رئيس المجلس التابع للمحكمة يصدر الحكم أمرا بتعيين قاضي آخر لإمضائه، أما إذا كان الكاتب فإن رئيس كتاب الضبط هو الذي يقوم بإمضائه[3].

ينقسم الحكم الذي يصدر في مسائل الخلع إلى قسمين:

قسم خاص بالخلع في حد ذاته؛ ويذكر فيه أسماء المطلقين في منطوق الحكم مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق بالخلع على شهادة ميلادهما وكذلك على عقد زواجهما بالحالة المدنية في السجلات المخصصة لهذا الغرض على مستوى البلديات، وفقا لما يوضحه قانون الحالة المدنية وكذلك وفقا لما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 49 من ق. أ: "تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، وهذا خلافا لما كان عليه الأمر قبل التعديل الجديد، إذ كان الأطراف هم الذين يسعيان إلى تسجيل الحكم بالحالة المدنية[4].

أما القسم الثاني؛ فهو خاص بالجوانب المادية المرتبطة بالخلع والتي يسميها الكثيرون بتوابع فك العصمة الزوجية، وهي التي سوف تكون محل دراستنا في المبحث الثاني.

(1)_عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 429.

(2)_نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص216.

(3)_ نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص217.

(4)_عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص429؛ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص78.

أما بالنسبة لطبيعة القانونية للأحكام الصادرة بالطلاق، فالمعروف أن الأحكام ثلاثة أنواع أحكام كاشفة، أحكام منشئة وأحكام ملزمة؛ ومنه فحكم الطلاق بالخلع حكم منشأ لمراكز قانونية جديدة، كما أنه ملزم للزوجة التي تلتزم بدفع مقابل الخلع[1].

الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم دعوى الخلع

تنص المادة 57ق.أعلى ما يلي:" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية.

تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

حكم الخلع غير قابل للاستئناف إلا في شقه المادي، وقبل التعديل نصت على عدم جواز استئناف الأحكام الناطقة بالطلاق دون التنصيص على أحكام الخلع والتطليق، وعليه فحكم الخلع قابل للطعن بطرق الطعن غير العادية لأن الحكم يصدر ابتدائيا ونهائيا، وهذا النوع من الأحكام يكون غير قابل للاستئناف، مما يستلزم أن يكون قابلا للالتماس أو الطعن بالنقض.

أما الحكم الخاص بالجوانب المادية فإن الحكم يصدر ابتدائيا، يكون قابلا للطعن بالطرق العادية من استئناف ومعارضة، وطرق الطعن غير العادية كالطعن بالنقض.

وعليه سوف نتناول طرق الطعن العادية بالنسبة للشق الخاص بالجوانب المادية(أولا) وبعدها نتطرق لطرق الطعن غير العادية بالنسبة لحكم الخلع في حد ذاته وتوابعه المالية أيضا (ثانيا).

أولا: طرق الطعن العادية

أ- الطعن بالمعارضة

(1)_نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص217.

المعارضة هي طريق طعن عادية فتحها المشرع للمطالبة بمراجعة الحكم الذي صدر في غياب الخصم، ويرجع الحكم أمام الجهة القضائية التي فصلت فيه أول مرة، فتوجه ضد الحكم الصادر غيابيا وهو ذلك الحكم الذي يصدر في غياب المدعى عليه أو محاميه رغم صحة التكليف بالحضور، فيعارض في الحكم من تغيب عن الحضور وتضرر من الحكم[1].

تقبل أحكام الخلع الطعن بالمعارضة وتكون بالنسبة للجوانب المادية فقط وذلك ما يستفاد من نص المادة 57 من ق. أ، ولذلك يمكن القول بأنه يمكن المعارضة في الحكم القاضي بالخلع غيابيا وذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد من 327 إلى 331 من ق. إ. م .إ، فترفع المعارضة في شكل عريضة افتتاح الدعوى وتبلغ رسميا إلى الخصم وتكون مصحوبة تحت طائلة عدم قابليتها شكلا بنسخة من الحكم المطعون فيه، وذلك خلال أجل شهر بعد تبليغها تبليغا صحيحا يراقبه القاضي وجوبا[2].

يوقف الطعن بالمعارضة تنفيذ الحكم طيلة أجل المعارضة، باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون فيؤمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي، أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به، أو في مادة النفقة، أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة ويصبح الحكم المعارض فيه كأن لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل، ويفصل القاضي من جديد في الخصومة من حيث الوقائع والقانون[3].

ب- الطعن بالاستئناف

يهدف الاستئناف إلى مراجعة، أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة، ويعرض على المجلس القضائي إذ يسمح بتدارك ما يشوب الأحكام من مخالفات للقانون وأخطاء في تقدير الوقائع، بالنظر في الخصومة للمرة الثانية لتصحيح الأخطاء القانونية التي قد يقع فيها القاضي الابتدائي[4].

(1)_عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 221.

(2)_عبد السلام ذيب، المرجع نفسه، ص 222.

(3)_ عبد السلام ذيب، المرجع نفسه، ص 222، 223.

(4) _عبد السلام ذيب، المرجع نفسه، ص 224.

يصدر حكم الخلع ابتدائيا ونهائيا ولا يقبل الاستئناف، ما عدا في جوانبه المادية المتصلة به، فإذا لم يرضي أحد الخصوم بأحد الأحكام المادية للخلع فما عليه إلا ممارسة حقه في الاستئناف مقيدا في ذلك بالقواعد الموضوعية والشكلية التي تحكمه والمنصوص عليها من المواد 332 إلى 347 ق. إ. م. إ، ويرفع الاستئناف خلال أجل شهر إذا وقع التبليغ شخصيا وفي أجل شهرين إذا تم في الموطن الحقيقي أو المختار، وهكذا فقد ميز القانون الجديد بين حالة التبليغ الشخصي وحالة التبليغ الصحيح، ومنح من لم يبلغ رسميا منح أجلا إضافيا لممارسة حقه في الطعن[1].

يتضمن الطعن المقدم من طرف أحد الزوجين عرضا لموضوع النزاع القائم بين الزوجين وترفق العريضة بالحكم الذي حكمت به المحكمة، وكذلك الأسباب الدافعة إلى طعن هذا الحكم وتودع لدى مكتب الضبط بالمجلس القضائي[2].

يوقف الاستئناف تنفيذ الحكم خلال الأجل الممنوح ما عدا في حالة النفاذ المعجل للأحكام؛ إذ يسمح بإعادة النظر في الدعوى من جديد لتدارك ما يكون قد وقع من إغفال أو سهو، ويمنع قبول الطلبات الجديدة في مرحلة الاستئناف[3].

ثانيا: طرق الطعن غير العادية

يمكن الطعن في حكم الخلع في حد ذاته بطرق الطعن غير العادية، بالإضافة إلى الحكم المتضمن الآثار المالية والتي سوف يتم التطرق إليها وهي كما يلي:

أ- الطعن بالنقض.

يحظى الطعن بالنقض بمركز خاص ضمن طرق الطعن العادية وغير العادية الأخرى فالطعن بالنقض لا يهدف لمراجعة الحكم ولا إلى تعديله، فالمحكمة العليا لا تتناول الخصومة

(1)_عبد السلام ذيب، المرجع نفسه، ص 229.

(2) _عمر زودة ، المرجع السابق، ص 145.

(3) _عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 231، 232.

في مجملها من حيث الوقائع والقانون ولكنها تقتصر على معاينة ما قضى به قاضي الموضوع دون الحلول محله، وتراقب الحل الذي أعطاه للنزاع على ضوء أوجه الطعن التي يثيرها الطاعن أو التي تثيرها تلقائيا للقول إذا كان ما تقضي به مطابق للقانون[1].

يطعن بهذه الطريقة في الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم، أو القرارات الصادرة من المجالس، وذلك طبقا للأحكام المادة 349 ق. إ. م. إ التي تنص على ما يلي:" تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادر في أخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية".

يعتبر حكم الخلع من الأحكام الابتدائية والنهائية التي تصدر عن المحكمة الابتدائية وبالرجوع للمادة 57ق.أ فقد ذكرت أن أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف، وعليه فإن أحكام الخلع قابلة للطعن بالنقض ما دام لم يوجد نص صريح يمنع ذلك، ويرفع الطعن بالنقض بموجب عريضة، ويجب إرفاقها تحت طائلة البطلان بالوثائق المنصوص عليها في مادة 566ق.إ.م.إ والمتمثلة في :

– نسخة مطابقة لأصل الحكم محل الطعن مرفقة بمحاضر التبليغ الرسمي إن وجدت.
– نسخة من الحكم المؤيد أو الملغى بالقرار محل الطعن.
– الوثائق المشار إليها في مرفقات عريضة الطعن.
– وصل دفع الرسوم القضائية لدى أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي.

–نسخة من محاضر التبليغ الرسمي للتصريح أو لعريضة الطعن بالنقض إلى المطعون ضده.

يجب أن تتضمن عريضة الطعن تحت طائلة البطلان، التوقيع الشخصي والختم والعنوان المهني للمحامي والمعتمد لدى المحكمة العليا[2].

لا يكون الطعن بالنقض مقبولا أمام المحكمة العليا إلا إذا كان مؤسسا على إحدى الحالات المنصوص عليها حصرا أو المعروفة بأوجه النقض، كأن يقضي قاضي الموضوع

(1) _عبد السلام ذيب، المرجع نفسه، ص 235.
(2) _زينب شويخة، المرجع السابق، ص 251.

بالطلاق خلعا دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين فيكون بقضائه هذا قد أخطأ في تطبيق القانون، وكذلك يكون الحكم قابلا للطعن بالنقض إذا أخطأ القاضي في تكييف الوقائع أو لم يقم بالتكييف أصلا، وكذلك إذا لم يتضمن حكم الخلع الشروط الواجب توافرها لصدوره، أو إذا لم يتضمن تشكيلة المحكمة فإذا خلا الحكم منها كان عرضة للطعن بالنقض[1].

يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين من تاريخ التبليغ الشخصي (المادة 354ق.إ.م.إ) وثلاثة أشهر إذا تم التبليغ للموطن الحقيقي أو المختار –**تبليغ صحيح وغير شخصي**–(المادة 354 ق. إ. م. إ)، وتضاف مهلة الشهرين بالنسبة للمقيمين خارج الوطن(المادة 404 ق. إ. م .إ)[2]،وإذا صدر الحكم غيابيا لا تنطلق الآجال إلا بعد انقضاء أجل المعارضة، ومعنى ذلك أن من صدر الحكم غيابيا ضده يستفيد من إضافة أجل المعارضة إلى أجل الطعن بالنقض[3].

لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ حكم الخلع، ويترتب على رفض الطعن بالنقض عدم قابلية الحكم المراد نقضه للطعن فيه من جديد سواء بالنقض أو التماس إعادة النظر.

ب- التماس إعادة النظر

يعد الطعن بالتماس إعادة النظر طريق غير عاد للطعن، يرجع المحكوم عليه بمقتضاه أمام القاضي الذي فصل في النزاع، للالتماس منه تعديل حكمه الذي يزعم أنه صدر خطأ فيه، وهذا ما نصت عليه المادة 390ق.إ.م.إ على ما يلى: "يفصل التماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع والحائز لقوة الشيء المقضي به، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون".

يجوز التماس إعادة النظر يجوز ضد الأحكام النهائية غير القابلة للمعارضة أو للاستئناف، ويجوز في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية الفاصلة في الموضوع، وفي المادة الاستعجالية أيضا، وهذه الأحكام يجب أن تكون حائزة لقوة الشيء المقضي فيه[4].

(1) _ نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص393؛ عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص500.
(2)_ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 241.
(3)_ عبد السلام ذيب، المرجع والموضع نفسه.
(4) _زينب شويخة، المرجع السابق، ص 251.

يرفع أمام الجهة مصدرة الحكم المطعون فيه، ويقوم بافتتاح هذا الطعن أحد أفراد الخصومة أو من تم استدعاؤهم قانونا فيها [1]،طبقا لنص المادة 391ق.إ.م.إالتيتنص على ما يلي: "لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر إلا ممن كان طرف في الحكم أو القرار أو الأمر أو تم استدعاؤه قانونا".

يتبين من خلال كل ما سبق بأنه يمكن أن يرفع التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة بالخلع، مادام أنه لا يوجد نص يمنع ذلك، في حين الحكم المتضمن الآثار المالية للخلع لا يكون قابلا للالتماس؛ لأنه يقبل الطعن فيه بالاستئناف والمعارضة.

حددت المادة 392ق.إ.م.إ الحالتين اللتين يمكن تقديم التماس إعادة النظر فيهاوهما:

-إذا بني الحكم على شهادة شهود أو وثائق اعترف بتزويرها أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو حيازته قوة الشيء المقضي به.

- إذا اكتشف بعد صدور الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به على أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم. وعليه يبنى التماس إعادة النظر على أسباب محددة على سبيل الحصر ويشترط اكتشاف هذه الأسباب بعد حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي فيه، وذلك حتى يقطع الطريق أمام الخصم الذي اكتشفها قبل ذلك وترك آجال الطعن بالطرق العادية تنقضي[2].

حددت المادة 393ق.إ.م.إ ميعاد الالتماس على أنه:" يرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد أو ثبوت التزوير أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة ".

وعليه فأجل الالتماس هو شهرين يبدأ سريانها من تاريخ ثبوت التزوير في الوثيقة أو ثبوت تزوير شهادة الشهود أو من تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة[3]، ويرفع الالتماس أمام

(1)_زينب شويخة، المرجع نفسه، ص 260، 261.

(2)_عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 259، 260.

(3)_ زينب شويخة، المرجع السابق، ص 261.

الجهة التي أصدرت الحكم الملتمس فيه، وقفا للأشكال المقررة لرفع الدعوى وعليه فإجراءات افتتاح هذا الطريق للطعن تكون وفقا لما يلي:

- يرفع وفق إجراءات الدعوى العادية (المادة 394ق.إ.م.إ)
- يجب استدعاء كل الخصوم في الدعوى الأصلية (المادة394 ق.إ.م.إ)
- يجب إرفاق عريضة الالتماس بوصل إيداع كفالة لا تقل عن الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها في المادة 397ق.إ.م.إ .

يجب أن تقتصر مراجعة الحكم أو القرار أو الأمر على مقتضياته أو ما ارتبط به من مقتضيات المادة 395ق.إ.م.إ [1]، ولا تمس المراجعة في التماس إعادة النظر، إلا نقاط الحكم التي رفع بشأنها الالتماس، ولا تمتد إلى باقي نقاط الحكم إلا إذا وجدت مقتضيات أخرى مرتبطة بهذه النقاط محل المراجعة، وبالتالي فالحكم الفاصل في الالتماس لا يمكن أن يكون محل طعن جديد بالالتماس، ويبقى قابلا للطعن بباقي طرق الطعن المقررة قانونا [2].

المبحث الثاني

الآثار المترتبة عن الحكم في دعوى الخلع

يترتب على أي نوع من الفرقة سواء كانت طلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو التطليق بأمر من القاضي أو الخلع آثارا قانونية وشرعية ، أقرتها كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من خلال عدة نصوص قانونية، وذلك من أجل حماية حقوق الزوجة المطلقة والأبناء

(1)_ زينب شويخة، المرجع السابق ، ص262، 263.

(2)_ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 261.

المشتركين بين المطلقين، وهذه الآثار بعضها متعلق بالنظام العام ويقضي القاضي بها من تلقاء نفسه والمتمثلة في الحضانة نفقة المحضون وسكناه، أما باقي الآثار والمتمثلة في العدة ونفقة الإهمال والنزاع في متاع البيت فهي غير متعلقة بالنظام العام، وتخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه وعلى القاضي الاستجابة لذلك والقضاء بما تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين.

يمكن أن نجمل آثار الخلع في نوعين من الآثار وهي: آثار خاصة ينفرد بها الحكم بالخلع (المطلب الأول)، وآثار عامة يشترك فيها مع باقي صور فك الرابطة الزوجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الآثار الخاصة المترتبة عن الحكم في دعوى ا لخلع

يترتب على وقوع الخلع مستوفيا أركانه آثارا خاصة ينفرد بها دون غيره من طرق فك الرابطة الزوجية، وتتمثل هذه الآثار في وقوع الفرقة بين الزوجين (الفرع الأول)، واستحقاق الزوج لبدل الخلع (الفرع الثاني)،

الفرع الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين

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

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

1. بما روي من حديث ابن عباس أنه عليه السلام قال لثابت بن قيس: (اقبل الحديقة وطلقها تطليقه) وكان ذلك دالا على أن الخلع طلاق.
2. إن الخلع فرقة بعوض حاصلة من قبل الزوج فتكون طلاق لأن الفرقة التي يملك الزوج ايقاعها هي الطلاق دون الفسخ[1].

(1)_بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 408، 409؛ عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 236.

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

– استندوا إلى **قوله تعالى** ""مَرَّتَانِۖ ٱلطَّلَٰقُ"[1]قالوا إن الله سبحانه ذكر أن الطلاق مرتان ثم ذكر الخلع **بقوله تعالى:**"ۦبِهِۦٓ ٱفۡتَدَتۡۗ فِيمَا عَلَيۡهِمَا جُنَاحَ فَلَاۗ"[2]؛ ثم ذكر الطلاق الثالث **بقوله:** "لَهُۥ تَحِلُّ فَلَا طَلَّقَهَا فَإِن"[3]، فذكر الله تطليقتان والخلع وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لازداد عدد الطلقات على ثلاث، لأنها فرقة خلت من صريح الطلاق فكانت فسخا كسائر الفسوخ[4].

– إن عدة المخالعة قرء واحد، أما المعتدة من طلاق فعدتها ثلاث قروء، فقد أمر الرسول زوجة ثابت بن قيس بأن تعتد حيضه، فعن ابن عباس: (أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها الرسول أن تعتد بحيضة)[5]، فلو كانت المخالعة طلاقا لاعتدت كما تعتد المطلقة بثلاث حيضات[6].

القول الثالث: ذهب رأي من الظاهرية إلى اعتبار الخلع طلاقا رجعيا، فيقول ابن حزم أن الطلاق البائن الذي ل ارجعة فيه، هو الطلاق الثلاث أو قبل الدخول فقط وما سواه فهو طلاق رجعي[7].

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على نوع فرقة الخلع لورود نص وحيد بخصوص الخلع وعليه سوف نحاول تبيان موقفه من خلال عنونة أبواب وفصول قانون الأسرة، فقد خص المشرع الجزائري الفصل الثاني من الباب الأول بعنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من المادة 32 إلى غاية 35 منه، فنصت المادة 33 و34 منه أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق

(2)– سورة البقرة، الآية 229.

(2) _سورة البقرة، الآية 229.

(3) _سورة البقرة، الآية230.

(4)_بدران أبو العينين، المرجع نفسه، ص 408؛عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 236.

(6)– رواه أبو داود والترمذي، أشار إليه محمد بن على بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ض 266.

(7)– بختة بلبولة، المرجع السابق، ص 133.

(1)– عمر زودة، المرجع السابق، ص521.

أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، وكل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده.

ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج ثم عنون الفصل الأول "بالطلاق" والذي تضمن المادة 48 إلى غاية 57 مكرر منه، ونجد إن مادة الخلع (54 ق.أ) موجودة في الخانة الخاصة بالطلاق، ومن خلال الترتيب الذي أورده المشرع الجزائري في قانون الأسرة يؤكد تبني المشرع للرأي القائل بأن الخلع طلاق وليس فسخ.

يؤكد في هذا السياق القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1985/04/22 على أن الخلع طلاق حيث جاء فيه: "...باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاق على مبدأ الطلاق بالخلع ومنه يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق..."[1].

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

على عوض تدفعه الزوجة لزوجها..."[2].

يتبين من خلال القرارين أن الخلع طلاق بائن بينونة صغرى، وهو ما قال به الفقهاء؛ لأن المقصود منه أن تملك المرأة أمرها، وتمنع الزوج من مراجعتها إلا برضاها وعقد ومهر جديدين[3].

الفرع الثاني: استحقاق الزوج لبدل الخلع

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

أولا: الخلع بسبب كراهية الزوجة البقاء مع زوجها

(1)_ملف رقم 36709 قرار 1985/04/22، مشار إليه لدى أحمد لعور، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 68.
(3)_قرار رقم 39463، مؤرخ في 1986/02/10، غرفة الأحوال الشخصية، العدد الأول، ص115، المرجع المجلة القضائية عن طريق شركة كليك لخدمات الحاسوب قرارات المحكمة العليا، مشار إليه لدى عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص403.
(3)_حسين طاهري، المرجع السابق، ص135.

إذا كرهت الزوجة البقاء مع زوجها قد يكون دون إيذاء يقع منه عليها، أو إضرار يلحقها من جانبه في هذه الحالة يجوز لها أن تفتدي نفسها بمال تقدمه لزوجها، ويجوز للزوج أن يأخذ هذا الفداء في نظير طلاقها، ولا إثم عليه في هذه الحالة[1].

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

المذهب الأول

الخلع باطل والعوض مردود هذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية والحنابلة وجمهور العلماء وذلك استنادا **لقولهتعالى:** "ءَاتَيْتُمُوهُنَّ مَآ بِبَعْضِ لِتَذْهَبُواْ تَعْضُلُوهُنَّ وَلَا يَأْ"[2]**.وقوله سبحانه:** "ٱللَّهِ حُدُودَ يُقِيمَآ أَلَّا خَافَآ أَن إِلَّآ شَيْـًٔا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ مِمَّآ تَأْخُذُواْ أَن لَكُمْ يَحِلُّ وَلَا"[3]،

وقوله تعالى: "لِّتَعْتَدُواْ ضِرَارًا تُمْسِكُوهُنَّ وَلَا"[4]، ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق، ويقع بخلعه لها طلقة رجعية بغير عوض[5].

يقول الإمام مالك في الموطأ: "إن المفتدية التي تفتدي من زوجها أنه إذا علم أن زوجها أضربها وضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها مالها، فالخلع إن كان جائزا فيشترط فيه عدم الإضرار بالزوجة وألا تضطر إليه بواسطة التضييق عليه وإلا اعتبر متعسفا، وكان جزاء ذلك نفاذ الطلاق وعدم أخذ المال الذي قدمته الزوجة لزوجها"[6].

- **المذهب الثاني**

ذهب الحنيفة إلى أن العقد صحيح، والخلع واقع والعوض لازم، وهو آثم لأنه يحرم عليه أن

(1)_أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 68.

(2)_سورة النساء، الآية 19.

(3)_سورة البقرة، الآية 229.

(4)_ سورة البقرة، الآية 231.

(5)_جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، المرجع السابق، ص 47؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي السالم الشافعي، المرجع السابق، ص 523.

(6)_ محمد رياض، المرجع السابق، ص 121.

يأخذ شيئا مما أعطاها ديانة وهو مضار لها[1]، **لقوله تعالى:**"

لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۝ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا[2].

يرى الحنفية إذا كان الخلع بسبب عظل الزوج زوجيه، فإن الخلع يقع صحيحا والعوض فيه لازم والزوج يكون آثما، وقال الإمام مالك بأن العوض مردود ومضى عليه الطلاق، وقال الإمام الشافعي الخلع باطل والعوض مردود، ونفس الرأي قال به الإمام الحنبلي[3].

ثانيا: الخلع بسب الشقاق بين الزوجين

إذا ترتب عن الشقاق بين الزوجين خوفهما من عدم إقامة حدود الله بينهما فيجوز للمرأة أن تفتدي نفسها ويجوز للزوج أن يأخذ من هذا المال مقابل الخلع، أما إذا لم يكن هناك شقاق بينهما واتفقا على الخلع قال رأي بكراهية الخلع، وهناك رأي أخر يقول بتحريم المخالعة في حالة الوفاق بين الزوجين، أما جمهور الفقهاء فأجازوا الخلع رغم وفاق الزوجين[4].

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

يرى الإمام أبو حنيفة أنه إذا ثبت الخلع سقط كل حق مالي ثابت للزوجين وقت العقد بمقتضى الزواج الذي حصل منه الخلع، فيسقط عنده متجمد النفقة ومؤخر الصداق ويسقط ما قدمه إليها من نفقة معجلة ولم تمضي مدتها، وحجته أن لفظ الخلع أو المبارأة يدلان على الانفصال والانخلاع التام من كل حقوق مالية كانت ثابتة بالزواج[5].

(1)_رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي السالم الشافعي، المرجع السابق، ص 523.

(2)_سورة النساء، الآية 20، 21.

(1) _ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 70، 71.

(2)_ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص399؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص73.

(5)_ بختة بلبولة، المرجع السابق، ص 135.

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

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع لا يسقط شيء من الحقوق إلا ما اتفق على إسقاطه كبدل للخلع، ودليلهم في ذلك أن الحقوق لا تسقط ألا بما دل على إسقاطها قطعا، وليس في الخلع دلالة على إسقاط الحقوق الثابتة لأن الخلع معاوضة من الجانبين، والمعاوضات لا أثر لها في غير ما تراضي عليه الطرفان[1].

وعليه فالمشرع الجزائري لم يورد نصوص بشأن آثار الخلع الخاصة مما يوجب الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي، والتي تقضي بأن الخلع طلاق بائن، ويكون بدل الخلع دينا في ذمة الزوجة واجب الأداء، وأن الخلع لا يسقط من الحقوق والديون لأحد الزوجين على الأخر إلا ما اتفق عليه.

المطلب الثاني

الآثار العامة المترتبة عن الحكم في دعوى الخلع

يشترك الخلع مع الطلاق والتطليق في آثار عامة وهذه الآثار منها ما هو ثابت للزوجة (الفرع الأول)، ومنها ما هو ثابت للأبناء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثارالحكم في دعوى الخلع بالنسبة للزوجة

أولا: العدة

المقصود بالعدة: الأجل الذي أوجبه الشارع الحكيم على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها أو بواسطة القاضي أو حدثت الوفاة، إذ يتوجب عليها مراعاة العدة الشرعية والحكمة من

(1)_أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص48؛ عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص237.

وجوبها هي التأكد من براءة الرحم منعا لاختلاط الأنساب، وإعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما لإصلاح شؤونها بعيدا عن الانفعالات التي أدت إلى الخلع[1].

أما بالنسبة لعدة المختلعة فهناك قولين في ذلك:

القول الأول: ذهب إليه الإمام مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد إلى أن المختلعة عدتها عدة المطلقة بثلاثة قروء إذا كانت ممن تحيض أو ثلاثة أشهر أو وضع الحمل، ومآخذهم في ذلك أن الخلع طلاق فتعتد كسائر المطلقات. أما **القول الثاني:** قال به بن أبي شيبة فقال: حدثنا يحي بن سعيد عن نافع عن ابن عمر: أن الربيع اختلعت من زوجها، فأتى عمها عثمان رضي الله عنه، فقال: تعتد بحيضة واحدة[2].

تجدر الإشارة له أن لعدة المختلعة أحكام ثابتة في الشريعة الإسلامية لا بد من الالتزام بها هي: لا يجوز نكاح معتدة الغير، ويجوز للزوج المخالع أن يتقدم لخطبة المطلقة طلاقا بائنا فإذا قبلت المرأة، له أن يعقد عليها بعقد ومهر جديدين[3]. ووجوب النفقة والسكنى في العدة، واتفق الفقهاء أن المعتدة الرجعية لها حق النفقة والسكنى على زوجها سواء كانت حاملا أو غير حامل وسواء كانت رجعية أو بائنا، فأما المطلقة بائنا فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال المالكية والشافعية تستحق البائن السكنى دون النفقة، وقال الحنفية لها السكنى والنفقة معا[4].

أخذ المشرع الجزائري بالرأي الأول بأن المختلعة عدتها عدة المطلقة فتعتد بثلاثة قروء إذا كانت تحيض، وثلاثة أشهر إذا كانت يائسة من المحيض أو صغيرة السن أو مريضة، وتحسب من تاريخ التصريح بالطلاق وقد نصت على ذلك المادة 58ق. أ بأنه: "تعتد المطلقة المد خول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، أما عدة الحامل فإنها تمتد من يوم الطلاق إلى لحظة وضع الحمل، وهذا ما نصت عليه المادة

(1)_ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص224.

(2)_عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، المرجع السابق، ص 298.

(3)_عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 365.

(4)_ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص342.

60ق. أ على ما يلي : "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

منح المشرع من الخلع حق الإقامة في السكن العائلي مادامت في العدة دون تفريق بين الطلاق الرجعي والبائن وليس لأحد أن يخرجها من البيت إلا في حالة ارتكاب الفاحشة المبينة، وبالإضافة إلى حقها في النفقة في مدة عدتها؛ إذ يجوز أن يحكم بها بمبلغ إجمالي كما هو معمول به من طرف المحاكم، كما يجوز أن يحكم بها بمبلغ شهري، فنفقة العدة من النظام العام يقضي بها القاضي حتى ولو كان الطلاق على مسؤوليتها الكاملة مادامت مقيمة بدار الزوجية طوال مدة العدة، وتقدير مبلغها يعود للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع مع مراعاة حال الزوج المطلق، وهذا يعني أن المشرع أخذ بالمذهب الحنفي[1]،وهو الوارد في المادة 61ق.أ: "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".

هذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا مفاده: "المطلقة لا تحرم من نفقة العدة مهما كانت سواء ظالمة أو مظلومة حتى ولو اعترفت بارتكابها لفاحشة زنا"[2].

ثانيا: نفقة الإهمال

وجوب الإنفاق على الزوجة ثابت بمصادر الشريعة الإسلامية الغراء وبنصوص تشريع الأسرة الجزائري على وجه الخصوص، وعليه فإنه من ضمن حقوق المطلقة الحق في النفقة طالما وأنها لا زالت في عصمة زوجها، فنفقتها بعد النطق بالطلاق وإلى غاية انقضاء عدتها تسمى نفقة العدة، أما ما تعلق بنفقتها قبل النطق بالطلاق تسمى نفقة الإهمال؛ لأنه في غالب الأحيان تغادر الزوجة مقر الزوجية حيث تبقى مدة زمنية عند أهلها دون الإنفاق عليها فمن حقها المطالبة بنفقة إهمالها عند طرح قضية الخلع على الجهة القضائية المختصة[3].

(1)_يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 66، 67؛ عبد القادر داودي، المرجع نفسه، ص343.

(2)_ ملف رقم 341327، قرار مؤرخ في 1984/10/22، المجلة القضائية، العدد 3، الصادر في 1989، مشار إليه لدى نعيمة تبودوشت، ص344.

(3)_تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 375.

نصت عليها المادة 80ق.أ:"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، فالمادة نصت على أن الزوجة تستحق النفقة من يوم رفع الدعوى أمام القضاء لأن المفروض والأصل أن لا تكون غادرت بيت الزوجية، ولكن استثناء ومراعاة من المشرع للحالات العديدة التي تغادر فيها بيت الزوجية دون أن يلتزم الزوج بالإنفاق عليها، فإنه يمكن القاضي أن يحكم للزوجة بنفقة الإهمال للمدة التي تدعي فيها عدم الإنفاق عليها وتقدم الدليل على ذلك فتحسب نفقة الإهمال من تاريخ خروجها من المسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع[1].

ثالثا: النزاع في متاع البيت

يراد بالمتاع كل ما يوجد في بيت الزوجية ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز أو أدوات منزلية وجدت بعد الزفاف[2].

روايات الأئمة في المتاع مختلفة إذا حصل نزاع بينهما، فيرى الحنفية والمالكية أن ما لنساء فهو للمرأة، وما للرجال فهو للرجل، وما كان للرجال والنساء فهو للرجل. أما الشافعية أن ما للرجال قد تملكه المرأة بشراء أو ميراث، وما يكون للمرأة قد يملكه الرجل بشراء أو ميراث، فإذا اختلفا جميعا فالمتاع بينهما نصفان، فقال ابن شيرمة:" أنه ما كان يعرف أنه متاع للرجال فهو للرجل، وما كان يعرف أنه متاع النساء فهو للنساء، وما كان يعرف للرجال والنساء بينهما "[3].

لم يخرجا لقانون بهذا عن نطاق الفقه الإسلامي وأخذ بالرأي الأخير إذا ثار نزاع حول متاع البيت وليس لأحدهما بينة فإن القول للزوجة في المعتاد للنساء مع اليمين والقول للزوج في المعتاد للرجال مع اليمين، غير أن الجدال قائم في حالة إنكار أحد الزوجين وخاصة الزوج وجود المتاع المتنازع عليه، ففي هذا المعنى قضت المحكمة العليا بوجوب تطبيق قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"؛ والبينة تجوز إقامتها بكل الطرق الجائزة قانونا كتقديم فواتير شراء المتاع وكذا شهادة الشهود، فإن قدم أحد الزوجين دليل أو بينة فإن القاضي يحكم

(1)_ نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص 246، 247.
(2)- حسين طاهري، المرجع السابق، ص157,
(3)_مبروك المصري، المرجع السابق، ص 530، 529.

له بما يطلبه، أما المشتركان بينهما فيقتسمانها مع اليمين إلا إذا قدم أحدهما دليل على أنها ملك له وهذا ما نصت عليه المادة 73 ق.أ [1].

استقر الاجتهاد القضائي على أن الأثاث المحقق للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملك للزوج، ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها، فإن لم يكن لها بينة فالزوج أحق مع يمينه[2].

الفرع الثاني: آثار الحكم في دعوى الخلع بالنسبة للأبناء

بمجرد صدور حكم الخلع يرتب حقوقا جديدة للأبناء متمثلة في الحضانة والنفقة.

أولا: الحضانة

يقصد بالحضانة في الاصطلاح الشرعي: هي تربية الولد ورعاية شؤونه إلى أن يبلغ سن معينة[3].

تبدأ الحضانة بولادة المولود وتنتهي عند الذكر بالبلوغ، فأما حضانة الأنثى فتنتهي بدخول زوجها بها عند المالكية، وعند الحنفية تنتهي عند الذكر إذا أصبح يستغني بنفسه بالأكل والشرب ولباس وحده، وعند البنت إذا بلغت البلوغ الطبيعي، وحددها بعض المتأخرين بـ 7 سنوات للذكر و 9 سنوات للبنت[4].

يرى الحنفية بالنسبة لممارسة الحضانة ، أنه إذا كان للحاضنة مسكن فتحضن فيه المحضون، وإذا لم يكن لها مسكن، فعلى من عليه نفقة المحضون أيجاد سكن له، أما المالكية، فالسكن على الأب للمحضون لا للحاضنة [5]

أخذ القانون الجزائري بمذهب المالكية في الذكر وخالفه في الأنثى فنصت المادة 65ق.أ على ما يلي: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج،

(1)_يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص76.

(2)_ يوسف دلاندة، المرجع والموضع نفسه.

(3)_نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص 272.

(4)_عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 205.

(4)– مبروك المصري، المرجع السابق، ص518.

وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"، وعلية يمكن أن تمتد الحضانة إلى 16 سنة بالنسبة للذكور [1]. وللأب حق رؤية ابنه المحضون وتؤمر الحاضنة بأن تمكنه من رؤية ابنه في مكان قريب لها، والأئمة متفقون أنه ليس لأحد الحق في منع رؤية الولد وأن تكون مدة يوم كل أسبوع، وقد أشارت المادة 64ق.أإلى حق زيارة المحضون والواقع أنه إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا نظمها القاضي[2].

أما بالنسبة لمكان ممارسة الحضانة فالأب ملزم بتوفير مسكن لممارسة الحضانة، أو دفع بدل الإيجار إذا تعذر ذلك، ويتم تحديد مبلغه من طرف القاضي، وتظل مستفيدة بحق البقاء في السكن أو أجرته إلى غاية سقوط الحضانة[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 72 ق.أ

يسقط حق الأم أو غيرها ممن لهن حق الحضانة في الحالات الآتية: أن يمتنع الحاضن عن تحقيق الشروط المطلوبة قانونا وشرعا (62ق.أ)، وإذا تزوجت الأم الحاضنة أو الجدة برجل أجنبي عن الطفل وهذا السبب اعتمدته كل المذاهب الفقهية، وهو ما أوضحته المادة 62 ق. أ، وإذا طالب صاحب الحق في الحضانة بحقه لمدة تزيد عن السنة دون عذر مقبول (المادة 68 ق.أ)، وإذا أرادت الحاضنة أن تأخذ الصغير إلى بلد أجنبي وفي هذه الحالة سقوط الحضانة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي (المادة 69 ق.أ)، وهناك سبب آخر قد يؤدي إلى سقوط الحضانة وهي في حالة ما إذا كان الحاضن يربي الحقد والضغينة في قلب الصغير ويحاول إبعاده عن والده، فهنا من حق الأب أن يطالب بإسقاط الحضانة عن ذلك الشخص لأنه أصبح غير أمين عليها، والحضانة لا تسقط عن الحاضن طالما لم يصدر حكم بذلك، فالقاضي وحده هو الذي يقرر سقوط الحضانة بشرط أن ترفع إليه دعوى قضائية ممن له مصلحة خلال سنة واحدة من ظهور سبب السقوط، وللقاضي السلطة التقديرية في إسقاط الحضانة أو إبقائها حسب ما يخدم مصلحة المحضون[4].

(1)_ عبد القادر داودي، المرجع نفسه، ص 206.

(2)_حسين طاهري، المرجع السابق، ص 155؛ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 206.

(3)– _يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 71.

(4) _ نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص309، 310؛ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 208.

أما عن استرجاع حق الحضانة بعد سقوطها حسب نص المادة 71 ق.أ فإنه من المنطقي أن رجوعها حال زوال سبب سقوطها يكون أيضا بحكم قضائي والقاضي هو الذي يقدر مدى أحقية طالب الاسترجاع لها حسب ما يخدم مصلحة المحضون [1].

ثانيا: النفقة

يترتب على الزواج إثر إبرامه التزامات على الزوج وهو واجب الإنفاق على أبنائه، وهذا الالتزام لا ينقطع حتى وإن حصل خلع بين الزوجين، بل إنها تبقى واجبة على الأب والسبب في ذلك هي القرابة مع العجز عن الكسب[2].

نصت المادة 75 من ق.أ على حق الأولاد في النفقة بقولها : "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

نلاحظ من خلال المادة أن المشرع فرق في سن النفقة بين الذكر والأنثى، فبالنسبة للذكر يسقط حقه في النفقة ببلوغه سن الرشد كما أنها تسقط قبل بلوغه لهذه السن إذا تمكن من الحصول على عمل؛ ففي هذه الحالة يكون قد استغنى عنها بالكسب [3]، وهذا ما تم التنصيص عليه في آخر المادة 75ق.أ بقولها:"... وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

إذا بلغ سن الرشد ولم يكن متمتعا بقواه العقلية أو البدنية، فتستمر نفقته على أبيه ما لم تكن له صنعة يمكن تعاطيها مع عجزه ويستطيع التكسب بها أو كان له مردود مالي من جهة أخرى، وهذا موافق لما قال به الفقهاء باستمرار النفقة على المريض سواء كان مرضه عقليا أو بدنيا مادام يمنعه من التكسب ولو كان كبيرا، وإذا انشغل الذكر بالدراسة ولم يشغل أي منصب عمل، ففي هذه الحالة يبقى الأب ملزما بالإنفاق عليه رغم تجاوزه لسن القانونية الذي تمنحه هذا الحق[4].

(1)_نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص 312.

(2)_ عبد القادر دوادي، المرجع نفسه، ص 211.

(3)_ نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص320.

(4) _ نعيمة تبودوشت، المرجع والموضع نفسه؛ عبد القادر داودي، المرجع والموضع السابق.

بالنسبة للأنثى تجب نفقتها على أبيها منذ ولادتها وتستمر إلى غاية الدخول بها وعندها تنتقل نفقتها لزوجها، وتفقد حقها قبل ذلك إذا كانت قادرة على الكسب وذلك استنادا لنص المادة 75ق.أ، أما إذا عادت المرأة لأبيها من طلاق أو وفاة وكانت قادرة على الكسب فإن نفقتها تجب عليها لا على أبيها، أما إذا كانت غير قادرة على الكسب ففيه اختلاف بين الفقهاء، فيرى الإمام مالك أن الفتاة بعد وفاة زوجها أو طلاقها منه فلا نفقة لها على أبيها في حين يرى الأحناف أن النفقة تعود عليه بعد أن تطلق[1].

لم يتطرقا لمشرع الجزائري لهذه المسألة، فلو أخذنا بظاهر النص لقلنا أن النفقة تسقط بمجرد الدخول بالزوجة بغض النظر عن نجاح زواجها أم لا، ولكن إذا نظرنا إلى أهمية النفقة والبعد المقصود منها لوجدنا أنه من واجب الأب أن ينفق على ابنته حتى يحفظها ويصونها من ارتكاب الفواحش[2].

وعليه فإن النفقة كحاصل عام واجبة على الأب دون الأم، غير أنه في حالة عجزه فإن نفقة الأولاد تجب على الأم إذا كانت قادرة، وهذا ما نصت عليه المادة 76ق.أ بأنه: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ".

تستحق المختلعة نفقة أولادها عليها أن تطالب بها أمام القضاء، وذلك إما بتضمينها كطلب في عريضة افتتاح دعوى الخلع كأثر من أثار الخلع، وإما أن ترفع دعوى مستقلة للمطالبة بها وذلك بعد صدور حكم الخلع، ويمكن لها كذلك المطالبة بها عن طريق القضاء المستعجل بموجب أمر على ذيل عريضة[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 57 مكرر ق.أ على أنه: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحصانة والزيارة والمسكن".

بعد مطالبة الزوجة بنفقة الأولاد باستعمال طريقة من هذه الطرق يقوم القاضي بتقديرها لما له من سلطة تقديرية في ذلك، ويراعي عند تقديرها حال الطرفين وظروفهما المعيشية وهذا ما

(1) _عبد القادر داودي، المرجع نفسه، ص211 ،212؛ مبروك المصري، المرجع السابق، ص493.

(2)_ نعيمة تبودشت، المرجع السابق، ص321، 322.

(3)_ نعيمة تبودشت، المرجع نفسه، ص 318 ؛ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص74.

نصت عليه المادة 79ق.أعلى ما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ".

سمح المشرع الجزائري بمراجعة مبلغ النفقة؛ لأنه من المنطقي أن تتم مراجعتها لأن الأسس التي يعتمد عليها في تقديرها غير ثابتة فمن غير المعقول أن مستوى المعيشة يرتفع وضروريات الحياة يرتفع سعرها وتبقى النفقة ثابتة، وقد اشترط المشرع مراجعتها بعد مضي سنة من صدور الحكم بالخلع[1].

تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، إلا أنه إذا كانت الحاضنة غير مدركة للإجراءات الواجب اتخاذها أو كانت غير عالمة بحقوق أبنائها وهو الأمر الذي يجعلها لا تطالب بالنفقة لمدة طويلة، فإذا تمكنت من تقديم بينة للقاضي فبإمكانه أن يحكم بالنفقة بأثر رجعي ولمدة لا تزيد عن سنة من تاريخ رفع دعوى الخلع، وهذا ما نصت عليه المادة 80ق.أ، وإذا لم تستعمل الحاضنة حقها في طلب نفقة الأولاد ومضى عن ذلك أكثر من سنة ضاع حقهم فيها[2].

بعد أن يقضي القاضي باستحقاق نفقة الأولاد فإن تحصيلها يخضع للقواعد العامة في التنفيذ، فالمستفيد من حكم النفقة أو حكم مراجعة النفقة عليه أن يستخرج نسخة من الحكم ويبلغه إلى الملزم بها، فأحكام النفقة مشمولة بالنفاذ المعجل حتى وإن حصلت معارضة أو استئناف فإن الحكم ينفذ، وهذه ضمانة وضعها المشرع لحماية حق الأبناء، وفي حالة امتناع المكلف بالنفقة تسديد قيمتها يجوز ملاحقته جزائيا وتغريمه وحتى حبسه [3]، استنادا لنص المادة 331 ق.ع [4]في فقرتها الأولى على ما يلي: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500دينار جزائري إلى 5000دينار جزائري، كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه دفع النفقة إليهم".

(1)_ نعيمة تبودوشت، المرجع السابق، ص323.

(2)_ نعيمة تبودوشت، المرجع نفسه، ص322.

(3)_ نعيمة تبودشت، المرجع نفسه، ص324؛ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص74.

(4)_أمر رقم 66/ 156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخ في 10يونيو 1966 المعدل والمتمم.

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

يتبن لنا في ختام بحثنا أن قانون الأسرة وبحسب موضوعاته التي تضمنتها نصوصه أخذ جل أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية، وهذا ما لمسناه من خلال معالجتنا لموضوع الخلع، فجعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج وأعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته ومشيئته وبالمقابل لم يهمل جانب المرآة في ذلك، بل شرع لها طريق للخلاص من الرابطة الزوجية إذا ما استحالت العشرة بينهما، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة بأن سمح للزوجة أن تلجأ للخلع مقابل مبلغ من المال تدفعه للزوج كتعويض عما دفعه لها من مهر حتى لا يضار هو الآخر من تلك الفرقة، ويشترط في الخلع صيغة معينة تتم بلفظ الخلع وذكر البدل.

بعد الوقوف عند كل العناصر والنقاط الأساسية لموضوع الخلع سواء من حيث أحكامه وكيفية إيقاعه والإجراءات الخاصة به وكذا من حيث الآثار المترتبة عنه، يتبن لنا أن المشرع وبالرغم من النص عليه إلا أنه ترك الكثير من الأمور في حالة إبهام وغموض، فموضوع الخلع من المسائل الحساسة تحتاج إلى معالجة خاصة ودقيقة من طرف المشرع الجزائري خاصة في ظل التنظيم الذي أولاه الفقه الإسلامي في ذلك، في حين أن المشرع الجزائري حتى وإن اهتم بتنظيم بعض المسائل المتعلقة بالخلع إلا أنه ليس تنظيما دقيقا وقاصرا جدا، نتج عنه تذبذ الاجتهاد القضائي على مستوى المحكمة العليا وتناقض أحكام المحاكم والمجالس القضائية ، فهناك بعض الثغرات تخللت هذا التنظيم القانوني فلا بد من الوقوف عندها.

منح المشرع الجزائري حق الخلع للمرأة وكان ذلك نتيجة للتعسف والظلم والإضرار الذي تتعرض له الزوجة من قبل زوجها، فجعل الخلع لها لتخلص من الضرر الواقع عليها وحتى لا تلزم بالبقاء مع زوج لا ترغب فيه، وذلك بلجوئها إلى القضاء برفعها دعوى تطلب من خلالها تطليقها من زوجها ودون ذكر للأسباب الشخصية والموضوعية التي تدفعها لطلب الخلع، فلا مانع أن يكون لها هذا الحق لتتخلص من الشدة التي هي فيها، إلا أنه ما يأخذ على المشرع الجزائري أنه لم يتناول الحالات التي يجوز للمرأة أن تخالع زوجها، علما أن الفقه الإسلامي أورد الحالات الخاصة لذلك منها: كره الزوجة لدين أو خلق أو أخلاق زوجها أو نحو ذلك، مما تحشى معه عدم إيفائه حقه، فحبذا لو يقتدي المشرع الجزائري بالشريعة الإسلامية بخصوص

هذه المسألة، لأن الحكمة من هذا التقييد هو التقليل من حالات الخلع الذي يعتبر ظاهرة انتشرت بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة.

التقييد حتى وإن كان بأمور خفية إلا أن القاضي وخصوصا الحكمين باعتبارهما قريبين من الزوجين وعلى علم بالخلافات الحاصلة بينهما يتدخلان للإصلاح وذلك لتقليل من حالات الخلع، وبالرغم من أهمية الحكمين في حالة الخلع إلا أن المشرع لم يعطيه أية قيمة لذلك نرى ضرورة إضافة مواد جديدة إلى قانون الأسرة الجزائري تبين لنا دور الحكمين وكذلك الإجراءات التي يتوجب اتخاذها في حالة عدم التوفيق في الإصلاح بين الزوجين هذا من جهة، ومن جهة أخرى حبذا لو يوضح المشرع الجزائري سلطة القاضي في تقدير تقرير الحكمين.

أوجب المشرع الجزائري في قانون الأسرة قيام القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين الذي هو إجراء جوهري في مسألة الخلع وذلك قبل الفصل في الموضوع، في حين أحال الإجراءات إتباعها لقانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بإجراء الصلح، وكذلك إجراءات رفع دعوى الخلع، ونرى بخصوص هذه المسألة أنه من المستحسن ضمها لقانون الأسرة حتى ييسر على المتقاضين معرفة إجراءات رفع دعوى الخلع بدلا من البحث في القواعد الإجرائية المبعثرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لم يبين المشرع الجزائري تكييف نوع الفرقة التي يقع بها الخلع، بالرغم من تعدد الآراء بخصوص هذه المسألة فهناك من يرى بأنه فسخ وهناك من يرى بأنه طلاق بائن، وهي مسألة أغفل المشرع الجزائري تنظيمها، فحبذا لو بين المشرع موقفه في اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية.

لم يولى المشرع الجزائري للآثار العامة للخلع أي أهمية، بحيث لم ينظمها بنصوص قانونية دقيقة كالنفقة والعدة وحقوق المحضون والتي تتطلب السهر على احترامها خصوصا من حيث الآجال ومن حيث تكريس الحق فيها.

أخيراً أهمس في أذن في كل امرأة بأن لا تظن الخلع هو حل سهل بقدر ما هو مفتاح لقدر أكبر من المشكلات كالنفقة والعدة والحضانة... ونظرة المجتمع إليها، فالرجل والمرأة مكملان لبعضهما البعض ولا تكمن سعادتهما وسعادة أولادهم ولا يستقر المجتمع إلا ببقائهما

مع بعضهما متكافئين، حتى وإن نشبت الخلافات بينها لا يكون اللجوء إلى الخلع حلا إلا بعد فشل كل الجهود في حل الخلافات بالطرق السلمية، وإلا كان جريمة بحق الأزواج والأولاد والمجتمع.

1. قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

أ- القرآن الكريم عن رواية حفص بن عاصم

ب – كتب الحديث الشريف

1-أبي زكريا محي الدين بن شريف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين صلى الله عليه و سلم، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، مصر، 2006.

2- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيامه، الأجزاء 7–9، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، لبنان، 1422هـ.

3- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء الخامس، المجلد الثالث، دار الجيل، لبنان، دون سنة النشر.

ج- كتب تفسير القرآن الكريم

1- عبد الرحمان ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنام، الطبعة الأولى، دار بن حزم، لبنان، دون سنة النشر.

2- عماد الدين أبي الفراء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، دار التقوى، مصر، 2006.

د – كتب الفقه

1-أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، الجزء الثاني، دار الفكر، لبنان، 1995.

هـ –المعاجم اللغوية

1-أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقايس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، الجزء الثاني، دون بلد النشر، 1979.

2- أبي الفضل جمال الدين مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صادر، لبنان، دون سنة النشر.

3- أحمد بن محمد بن علي القيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987.

4- محمد مرتضي الحسيني الزبيدي، تاج العروس، من جوهر القاموس، تحقيق عبد الكريم العرباوي، الجزء السادس عشر، مطبعة حكومة كويت، الكويت، 1983.

ثانيا: المراجع

أ- الكتب

1-أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

2-أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

3–أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007

4–أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن، 2009.

5–أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار الميسرة، الأردن، 2009.

6–أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية، الخلع والإيلاء والظهار واللعان، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

7–بدر أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج الطلاق، دار النهضة العربية، لبنان، دون سنة النشر.

8-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

9-جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.

10-حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

11-الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية،الجزائر،2008.

12-رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهاوي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

13- زينب شويخة، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09،الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار أسامة، الجزائر، 2009.

14-عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، الأردن، 2007، ص 257.

15-عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2007.

16-عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

17- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009.

18-عبد العزيز سعد، الخلع الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 1996.

19-عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.

20-عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

21–عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، دون دار النشر، الجزائر،2003.

22–الغوث يبن ملحة، قانون الأسرة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

23–فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان،1977.

24–مبروك المصري، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.

25–محمد بلتاجي، أحكام الأسرة دراسة مقارنة، الزواج والفرقة، دار التقوى، مصر،2001.

26–محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 1992.

27–محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، لبنان، 1984.

28- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري و القانون ، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ، لبنان ،1997.

29–محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دراسة مقارنة بين أهل السنة والإباضية، دار الزرفة العربية، مصر، 1990.

30–منال محمود المشني، الخلع في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009.

31–يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دارهومة،الجزائر،2007.

ب– الرسائل و المذكرات الجامعية

1. الرسائل الجامعية

1- عبد العزيز بن عبد الله العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، سنة المناقشة 2010.

2- الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006.

2. المذكرات الجامعية

1-أعمر خمري، الحق في إنهاء الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، بوخالفة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2001- 2002، ص 91.

2-بختة بلبولة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2004-2005.

3-نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية2000-2001.

ج- المقالات

1- زكية تشوار حميدو، الدور الايجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، العدد الثاني، الصادر في 2013، ص ص 9-22.

2- مصطفى مصباح شلبيك، الحماية القانونية لحقوق المرأة المعنوية، مجلة الجامعة الأسمرية، الصادرة عن الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، الجماهرية العظمى، السنة الثانية، العدد الرابع، الصادر في 2004، ص ص 349-371.

3- نور الدين لمطاعي، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث، الصادر في سبتمبر 2012، ص ص227- 346.

د- المجلات القضائية

1- مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الصادر في 2006.

هـ- النصوص القانونية

1-أمر رقم156/66 مؤرخ في 08 يونيو1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد48، المؤرخ في 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم.

2-أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخ في30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

3-أمر رقم 11/84 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخ في 12 جوان 1984 المعدل والمتمم.

4-أمر رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 23أفريل 2008.

فهرس المحتويات

مقدمة.....1

الفصل الأول: أحكام الخلع.....4

المبحث الأول: مفهوم الخلع.....6

المطلب الأول: التعريف بالخلع.....6

الفرع الأول: تعريف الخلع.....6

أولا: تعريف الخلع لغة..... .7

ثانيا: تعريف الخلع اصطلاحا.....7

الفرع الثاني: مشروعية الخلع.....9

أولا: أدلة مشروعية الخلع.....9

ثانيا: الحكمة من مشروعية الخلع.....13

الفرع الثالث: حكم الخلع.....14

أولا: الخلع مباح.....14

ثانيا: الخلع مكروه.....14

ثالثا: الخلع حرام.....15

المطلب الثاني: تكييف الخلع.....16

الفرع الأول: التكييف الفقهي للخلع 16

أولا: الرأي الذي يعتبر الخلع عقد رضائي.....16

ثانيا: الرأي الذي يعتبر الخلع حق للزوجة.....19

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تكييف الخلع.....20

أولا: مرحلة ما قبل تعديل2005.....20

ثانيا: مرحلة ما بعد تعديل 2005.....21

المبحث الثاني: أركان الخلع.....24

المطلب الأول: أطراف وصيغة الخلع.....24

الفرع الأول: أطراف الخلع.....24

أولا: الزوج المخالع.....24

ثانيا: الزوجة المخالعة.....26

الفرع الثاني: صيغة الخلع.....29

أولا: الألفاظ الصريحة في الخلع.....29

ثانيا: ألفاظ الكناية في الخلع.....29

المطلب الثاني: بدل الخلع.....30

الفرع الأول: أنواع البدل في الخلع.....30

أولا: الخلع في مقابل مبلغ مالي.....31

ثانيا: الخلع في مقابل إرضاع الصغير.....32

ثالثا: الخلع في مقابل نفقة الصغير.....32

رابعا: الخلع في مقابل حضانة الصغير.....33

خامسا: الخلع في مقابل إمساك الصغير مدة تجاوز الحضانة.....33

سادسا: الخلع في مقابل إسقاط حق الحضانة.....34

سابعا: الخلع في مقابل نفقة الزوجة.....34

ثامنا: الخلع في مقابل حق السكنى.....34

الفرع الثاني: مقدار البدل في الخلع.....35

أولا: الرأي الأول.....35

ثانيا: الرأي الثاني.....37

الفصل الثاني: دعوى الخلع..... 40

المبحث الأول: المراحل التي تمر بها دعوى الخلع.....42

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى الخلع.....42

الفرع الأول: إيداع عريضة افتتاح دعوى الخلع وتبليغها.....42

أولا: إيداع عريضة افتتاح دعوى الخلع.....42

ثانيا: تبليغ عريضة افتتاح دعوى الخلع.....46

الفرع الثاني: إجراء الصلح.....47

المطلب الثاني: صدور الحكم في دعوى الخلع وطرق الطعن فيه.....49

الفرع الأول: صدور الحكم في دعوى الخلع.....49

أولا: تكييف القاضي لوقائع دعوى الخلع.....50

ثانيا: صدور الحكم في دعوى الخلع وفقا لتكييف القاضي.....51

الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم دعوى الخلع.....53

أولا: طرق الطعن العادية.....54

ثانيا: طرق الطعن غير العادية.....55

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن الحكم في دعوى الخلع.....58

المطلب الأول: الآثار الخاصة المترتبة عن الحكم في دعوى الخلع.....58

الفرع الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين.....58
الفرع الثاني: استحقاق الزوج لبدل الخلع.....63
المطلب الثاني: الآثار العامة المترتبة عن الحكم في دعوى الخلع..... 66
الفرع الأول: آثار الحكم في دعوى الخلع بالنسبة لزوجة.....66
أولا: العدة.....66
ثانيا: نفقة الإهمال.....68
ثالثا: النزاع في متاع البيت.....69
الفرع الثاني: آثار الحكم في دعوى الخلع بالنسبة للأبناء المشتركين.....70
أولا: الحضانة.....70
ثانيا: النفقة.....72
خاتمة.....76
قائمة المصادر والمراجع.....79
فهرس المحتويات..... 85