-جامعة زيان عاشور -الجلفة
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences
قسم الحقوق

الخلع وأحكامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون الاسرة

إعداد الطالبين:
- مكناز حمزة
– بن الأبقع حيزية

إشراف الدكتورة:
عيسى معيزة

السنة الجامعية 2022/2021

شكر وعرفان

"وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون "" صدق الله العظيم

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك , ولا يطيب النهار إلا بطاعتك , ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك , ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك , ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك

-إلى من بلغ الرسالة , وأدى الأمانة إلى نبي الرحمة و النور سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

لابد ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية , من وقفة , نعود بها إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة , مع أساتذتنا الكرام , الذين قدموا لنا الكثير , باذلينا بذلك جهودا , كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد...

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل...

وأخص بالتقدير والشكر للدكتور المشرف " **معيزة عيسى** "

التي نقول لها : بشراك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"إن الله وملائكته وأهل السموات و الأرضين حتى النملة في جحرها وحتى الحوت ليصلون على معلم الناس الخير."

وإلى صاحب المكتبة " **تواتي محمد** "

وإلى كل من ساعدنا في انجاز هذا العمل المتواضع

الاهداء

استهل شكري للمولى عز وجل بسمه الرحمان الرحيم بدات طريقي فكان سندي ورفيقي جعلته ثقتي ورجائي فجعل حسن الظن به شفائي لم افتقر لشئ وهو ربي ولم اهلك وهو رجائي الحمد لله الذي انعم علينا بنعمتي العلم رسم دربي وانار طريقي.

فالحمد لله حمدا كثيرا حتى يبلغ منتهاه

الى من يرتوي القلب بحبها ترسم الابتسامة تسعد الروح بلقائها تشع انوار البيت بوجودها تنسى الالام بضحكتها تحس طعمة الحياة بطاعتها يرضى الرحمان برضايتها

الى من سخرت جهدها وتفكرها في اسعدي " والدتي الحبيبة "

تعجز الكلمات عن تقديرها وشكرها حفظها الله واطال في عمرها ادم عليها صحتها وعافيتها.

الى من اجتهد في تربيتي علمني معنى الاخلاق القيم من وقف بجانبي وحفزني سعى لاسعادي وتلبيت مطالبي دون النظر الى الثمن حصد الاشواك عن دربي لبلوغي غايتي وتحصيل علمي

نبض قلبي وروحي عمود البيت وسندي " والدي العزيز" رحمه الله .

الى من اسعد بقربهم وابتسم برؤيتهم

الى من سخرهم الله لي عونا وسندا في حياتي فلم يترددوا لحظة في مواساتي كل اخواتي

راعاهم الله بعيناه التي لاتنام .

الى عائلة مكناز كاملة بارك الله فيهم واسعدهم

الى من امضيت معهم اجمل الاوقات في مشوار الدراسة

والى كل من رفع يديه ودعا لي

بالتوفيق وتسيير

حمزة

مقدمة

مقدمة

حرصت الشريعة الإسلامية في بناء الأسرة على المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين؛ لأنهما سكن لبعضهما ولباس، ولقد كرمت المرأة وحثت على رعاية حقوقها في مختلف المجالات، ودأبت على ذلك، وجاء القانون فاقتفى أثر الشريعة نصا وروحا سيما في الأحوال الشخصية، ولقد حاول بكل الوجوه رفع الظلم الذي يقع على بعض النساء من جراء الممارسات المتعسفة من بعض الرجال، وخصوص فيما يتعلق بحل عقد النكاح بالطلاق.

ولهذا أعطى للرجل حق إنهاء الحياة الزوجية بالطلاق، وأعطى في مقابله للمرأة حق إنهائها بالخلع، وذلك عند تعذر الوفاق في كلا الحالين. وفي هذا قيل: إن لم يكن وفاق ففراق. وهنا يؤكد القرآن أن يكون الفراق بالمعروف، إذا لم تمكن المعاشرة بالمعروف. ويحذر من المضارة والعضل الذي ينافي أخلاقية الإنسان المسلم، والذي قد يدفع إليه الغضب وحب الانتقام أو حب المال. يقول تعالى (فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا) سورة البقرة: الآية 231، ويقول: (ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) سورة الطلاق : الآية 6 ويقول: (ولا تضعلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن)سورة النساء : الاية 19.وقد ثبتت مشروعية الخلع بالقرآن والسنة والإجماع

لقد خول المشرع الجزائري للزوجة مسلكا آخر تلتجئ إليه لتفتدي به نفسها وتتخلص من الرابطة الزوجية التي أصبحت لا تطاق عن طريق ما يسمى بالخلع، والغاية منه عند المذهبين المالكي والحنفي هي إزالة الضرر الواقع على الزوجة.

حينما تريد الزوجة الخلاص من الحياة الزوجية التي لم تتحقق معها الغاية فعليها اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق بينها وبين زوجها لقاء بدل تدفعه للزوج، وفي حالة عدم الاتفاق على هذا المقابل يتدخل القاضي لتقديره بشرط أن لا يتجاوز قيمته صداق المثل.

ومن الناحية العملية، فإن طالبة التطليق نادرا ما تؤسس طلبها على إحدى الحالات المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري للتخلص من زوجها، لأن مبدأ التطليق في حد ذاته قليل الاستناد إليه كسبب لفك الرابطة الزوجية، بحيث رأى البعض أن مرد ذلك يعود إلى الصعوبة في الإثبات، إذ يتعذر على الزوجة في كثير من الأحيان أن تقدم الدليل البين لثبوت أحد أسباب التطليق في جانب الزوج، وهذا تفسير ضعيف لأن أغلب حالات التطليق يمكن إقامة الدليل عليها وهذا ما بينته المحكمة العليا في عدة قرارات صادرة عنها، ومثالها القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/12/03 الذي جاء فيه "من المقرر

شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية "

أهداف الدراسة:

لكل باحث مهما كان مستواه ومهما تغير مجاله لابد أن يكون لديه أهداف يرجى بلوغها من وراء دراسته وهدفي من دراسة موضوع الخلع:

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

-بيان الأسباب التي تدفع المرأة لطلب الخلع.

-بيان موقف الفقه من الخلع، وبالمقابل موقف المشرع الجزائري.

-بيان إجراءات التقاضي في دعوى الخلع وكيفية سيرها.

-بيان الخلع في الواقع الجزائري ومدى تأثيره على الأسرة.

أهمية الدراسة:

يكتسي موضوع الخلع أهمية بالغة من حيث أنه موضوع حيوي يمس بشكل مباشر الحياة الأسرية من مختلف جوانبها ومن ثم المجتمع، فالخلع نظام إلهي ومسألة فقهية قائمة بذاتها، وهو حق مخول للمرأة أقرته الشريعة الإسلامية، ولكن انتشار الوعي الثقافي خاصة فيما يتعلق بمركز المرأة داخل الأسرة وخارجها جعل منه أمرا سلبيا، فهذه التطورات ماهي إلا كاشفة عن هذا الحق لا أكثر وإنما مصدره التشريع الرباني.وباعتباره أحد أسباب تفكك الأسرة وانهيارها.

أسباب اختيار موضوع البحث:

-قد أثار القانون رقم (1) لسنة 2000 بشأن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية – قبل وبعد صدوره – الكثيرَ من الجدل والمناقشات، خاصة بالنسبة لِما استحدَثه مِن تنظيم لإيقاع الخُلْع عن طريق التقاضي، كما أن التطبيقَ العلميَّ أمام المحاكم قد صاحَبه الخُلْع عن طريق التقاضي، كما أن التطبيق العلميَّ أمام المحاكم قد صاحَبه الكثيرُ من الجدل والملاحظات كذلك.

-وقد لاحظتُ عدم وجود دراسة فقهية مكتملةٍ لهذا الموضوع، رغم تناوُلِ الفقهاء القدامى له في مصنَّفاتهم، وبيانِهم لأحكامه وآثاره.

ولا شكَّ أن موضوعًا كهذا -أي الخُلْع- له أهميةٌ كبيرة، شأنه في ذلك شأنُ سائر الموضوعات المتعلِّقة بالأسرة في الإسلام، الأمرُ الذي يستوجب وجودَ بحث مفصَّل عن هذا الموضوع، ودراسة عِلمية مقارنة توضحُ الآراء المختلفة في الفقه الإسلامي، وتتناول موضوعَ الخُلْع مع بيان الأحكامِ الشرعية الأصلية التي تتعلق به؛ ليتضحَ – من ذلك – موقفُ القانون المستحدَث من أحكام الشريعة الغراء في موافقته لها أو ابتعاده عنها.

ولهذه الأسباب آثرتُ اختيار هذا الموضوع قاصدًا وجه الله الكريم لسدِّ ثغرة، ومحاولة لتقديم هذه الدراسة العِلمية المفتقدة.

الدراسات السابقة:

من خلال بحثي في الموضوع وجدت أن هناك دراسات سابقة تساعد الباحث على تكوين خلفية للموضوع، والتحكم أكثر فيه، وبعد بحثي واطلاعي على الكتب والمواقع الالكترونية والجامعات حول ما له علاقة بموضوعي، وجدت موضوع الخلع تناولته كل الكتب الفقهية لكن في أبواب الطلاق، باعتبار الخلع فرع من فروعه، وهذه الأبواب مختصرة ومتناثرة ووجدت كتب معدودة تناولت موضوع الخلع كعنوان أذكر منها:

-كتاب الخلع في الشريعة الإسلامية لجمال عبد الوهاب عبد الغفار.

-وكتاب التطليق والخلع وفق القانون والشريعة لمنصوري نورة ،

وتعددت الدراسات التي تناولت موضوع الخلع في القانون الجزائري من جوانب مختلفة:

-دور القاضي في الخلع للباحثة بن جناحي أمينة، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، رسالة ماجستير. سنة 2014 ، هاته الدراسة كانت مقتصرة على المجال المحدد والحالات التي يتدخل فيها القاضي لفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

-الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي للباحث سليم سعدي تحت إشراف الدكتور عبد الفتاح تقية، جامعة الجزائر-بن يوسف بن خدة-، رسالة ماجستير، تناول في هذه الدراسة ماهية الخلع في الفصل الأول في الجانب الفقهي والقانوني بالإضافة إلى مجال الاجتهاد القضائي، وفي الفصل الثاني إجراءات دعوى الخلع والآثار المترتبة عنه.

-إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة للباحثة آيت شاوش دليلة تحت إشراف الدكتور جعفور محمد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، رسالة دكتوراه، سنة 2014 ، تطرقت في هذه الدراسة لطرق فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أي التطليق والخلع في الجانب الفقهي والقانوني وموقف التشريعات العربية منها.

صعوبات البحث:

واجهتني صعوبات شتى من بينها:

أ- رغم كثرت الكتب وجمعها أخذ مني وقتا كبيرا.

ب-الاراء الفقهية واختلافاتها تصل الى حد يصعب من خلاله الترجيح بين هذه الاراء ، مما استدعى الامر محالة الجمع بين ذلك من اجل التوصل الى نظرة يمكن الاعتماد عليها.

ج- انعدام كتب قانونية التي تلم بكامل الجوانب القانونية لموضوع حقوق المراة الطالبة للتطليق أو الخلع والآثار الناجمة عن ذلك.

د-عدم تخصيص قانون الاسرة نصوصا خاصة تتطرق للجوانب والمسائل المتعلق باحكام الخلع مما استدعى الامر اللجوء الى قوانين اخرى كقانون الاجرءات المدنية وبعض الاتفاقيات والقرارات القضائية.

و-شح المراجع المكتوبة خاصة في مجال قانون الاسرة التي تتطرق الى حقوق المرأة المادية والمعنوية.

إشكالية الدراسة:

في الأصل أن الإسلام شرع الطلاق للزوج وجعله حقا من حقوقه واستثناءا جعل للمرأة حق الخلع من زوجها على أن تفتدي نفسها مقابل مال تدفعه له إلا أن تعديل القانون للمادة المتعلقة بالخلع والارتفاع المذهل له في الواقع الجزائري يدعونا لطرح الإشكال التالي:

ما مدى اعتماد المشرع الجزائري على مبادئ الشريعة الإسلامية في تنظيمه لأحكام للخلع من خلال الامر 02/05 ؟

وينتج عن ذلك أسئلة فرعية تتمثل فيما يلي:

-ما هي طبيعة الخلع بين الفقه والقانون؟

-ما مدى سلطة القاضي في إجراءات سير الدعوى ؟

-ما مدى تأثير المادة 54 المعدلة على واقع الأسرة الجزائرية ؟

المنهج المتبع:

سأعتمد في بحثي على المنهج التحليلي ، حيث سأتناول المسألة من زاوية التكييف الفقهي، ومن ثم سأعمد إلى الأصول، والقواعد العامة، التي تتعلق بالموضوع، آخذًا بالاعتبار أهم ما كتبه علماؤنا في هذا المجال، بنظرة فاحصة وشمولية أكبر للخروج بفقه جامع إن شاء الله تعالى.

وعليه فقد تناولت موضوع البحث، بطريقة تحليلية ووصفية لمسائله كلها، فكنت أعمد إلى المسألة، فأعرِّفها وأسلِّط الضوْء على جوانبها، ثم أبدأ بتحليلها، مستشهدًا بالنص الأصلي من الكتاب والسنة إنْ وجد، مثنيًا بأقوال أئمة المذاهب وعلمائه، وصولا لما أعتقد أنه الأرجح، والأوفق مع الدليل الأصلي.

خطة البحث

وللإجابة على هذه الإشكالية قمت بتقسيم بحثي إلى فصلين:

تناولت في الفصل الأول ماهية الخلع بين الفقه والتشريع والذي بدوره يحتوي على بمفهوم الخلع من تعريف، وحكم مشروعية وكذا تمييزه عن حالات الطلاق الأخرى، أما المبحث الثاني فقد تناولت أركان الخلع وشروط وقوعه.

خصصت الفصل الثاني للخلع في التشريع الجزائري وتطرقت فيه لمفهوم الخلع في القانون الجزائري واحكام الخلع في القانون الجزائري ولإجراءات التقاضي في دعاوى الخلع بدءا من جهات الاختصاص وسير الدعوى وشروطها مرورا بإجراءات الصلح والتحكيم، سلطة القاضي وطرق الطعن انتهاء ببيان الآثار المترتبة عنه . ثم الخاتمة

الفصـــــل الأول

الخلع وأحكامه في الفقه الاسلامي

تمهيد :

يريد الإسلام للحياة الزوجية أن تبقى وتدوم ما بقيت دعائمها الأساسية قائمة، وهي السكون والمودة والرحمة، فإن فقدت فلا معنى لفرض الصحبة بالإكراه.

كما أعطى الحق لأحد الزوجين في طلب الفسخ إذا وجد في زوجة الآخر سبباً من أسباب الفسخ المحددة شرعاً وقانوناً كالعيوب وعدم الإنفاق والغيبة.. وغيرها.

وأعطيت الزوجة – مقابل حق الزوج في الطلاق – الحق في طلب الخلع عند كراهيتها لزوجها وعدم قبولها للعيش معه ، من دون أن تجد فيه سببا من الأسباب التي تدعوها للفسخ . ولحصولها على الخلع لابد لها من تحمل تبعات طلبها ؛ بأن تدفع له العوض لما تحمَّله من نفقات الزواج.

وقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية بشكل تفصيلي مفهوم الخلع بدءاً من تعريفه وأدلة مشروعيته وكذا تكييفه وحكمه الشرعي ، ونوع الفرقة الواقعة به وطريقة وقوعها ، كما بحثوا في أركانه وشروط هذه الأركان ، وكذا في آثار الخلع المتمثلة في وقوع الفرقة ووجوب العدة وكذا أثر الخلع في حقوق الزوجين تجاه زوجة الآخر.

وقد قسمت الفصل الى ثلاث مباحث:

- المبحث الاول : ماهية الخلع
- المبحث الثاني : اصطلاح الفقهاء
- المبحث الثالث : الأدلة الشرعية على وجوب الخلع

المبحث الاول: ماهية الخلع

تعريف الخلع وتحديد طبيعته القانونية: سأتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب ، أعالج في المطلب الأول مسألة التعريف، وفي مطلب ثان اركان الخلع ثم في المطلب الثالث معنى الخلع .

المطلب الاول : تعريف الخلع

الخلع هو طلاق في مقابل عوض مالي راجع إلى جهة الزوج، ولهذا يقول ابن قيم الجوزية ''الخلع شقيق الطلاق وأشبه به''. الأصل اللغوي للكلمة: يقال في اللغة العربية: خلع الإنسان ثوبه أي نزعه، وجرد نفسه منه، وكلمة ''خلع '' فعل ماض، وكل فعل له مصدر، فكما نقول: فتح يفتح فتحاً، نقول: خلع يخلع خلعاً بفتح الخاء وتسكين اللام، فالمصدر للفعل الماضي ''خلع '' هو الخلع بفتح الخاء، أو ما ''الخُلع'' بضم الخاء وتسكين اللام، فليس مصدراً للفعل الماضي ''خلع'' وإنما يسميه العلماء، اسم مصدر، نظراً إلى أنه قد تغير شكل الكلمة عن المصدر، فبدلاً من أن تكون '' خَلْعاً ''[1] بفتح الخاء، كانت '' خُلعاً '' بضم الخاء، فيقول العلماء حينئذ عن هذا اللفظ المضموم الخاء أنه اسم مصدر، و لم يقولوا عنه إنه مصدر، لأن المصدر – طبقاً للقواعد العربية – لابد أن يكون خلعاً بفتح الخاء، مثل فتح الباب يفتح فتحاً، وهكذا. وكلمة '' الخلع '' من الناحية البلاغية استعارة من خلع الثوب، لأن كل واحد من الزوجين لباس ساتر للآخر، فإذا نفذ الزوجان الخلع فكأن كل واحد منهما نزع عنه ثوبه.

قال الله تعالى مخاطباً الأزواج: (**هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ**)[2] . ويرى بعض العلماء أن الخاء ضمت في الخلع، للتفرقة بين الخلع – بفتح الخاء – الحسي والخلع المعنوي[3]. الخلع عند فقهاء الحنفية نوعان: فقهاء الحنفية يرون أن الخلع نوعان: خلع بعوض مالي، وخلع بغير عوض، أما الخلع الذي هو بغير عوض فمثل أن يقول الزوج لزوجته: خالعتك و لم يذكر العوض، وهذا النوع يعطيه فقهاء الحنفية حكم الكناية في الطلاق، ويبينون أنه إذا نوى الزوج الطلاق بقوله: خالعتك و لم يذكر عوضاً كان طلاقاً، وإذا لم

---

[1] – انظر: مادة خلع في: لسان العرب، والصحاح، والمصباح المنير، ومعجم مقاييس اللغة. وكذلك: ابن عابدين، محمد، حاشية ابن عابدين، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1998م، ج5، ص68. والنووي، المجموع والتكملة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت 2002م، ج20، ص273.

[2] – سورة البقرة: 187

[3] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، بدون طبعة ،2003 ،ص26.

ينو الطلاق بقوله هذا المجرد عن العوض لا يحسب طلاقاً، ولو نوى ثلاث طلقات كان ثلاثاً، واختلف فقهاء الحنفية فيما لو نوى طلقتين، فيرى محمد بن الحسن وأبو يوسف، تلميذا أبي حنيفة، أن ذلك يحسب طلقة واحدة، وأما زفر التلميذ الثالث فيرى انه طلقتان.

هذا هو النوع الأول من نوعي الخلع عند فقهاء الحنفية، وأما النوع الثاني فهو أن يكون مقروناً بالعوض، مثل أن يقول الزوج لزوجته، خالعتك على عشرة آلاف جنيه مثلاً. ويبين فقهاء الحنفية أن اسم ''الخلع'' يقع على هذين النوعين، إلا أنه عند الإطلاق ينصرف اللفظ إلى النوع الثاني في العرف اللغوي والشرعي وعلى هذا فإن كلمة ''الخلع'' تكون حقيقة عرفية وشرعية، حتى لو قال الزوج لرجل آخر: اخلع زوجتي فخلعها بغير عوض لم يصلح خلعاً، وكذلك لو خالع الزوج زوجته على مبلغ معين من المال، فقبلت الزوجة، ثم قال الزوج، لم أنو به الطلاق، لا يقبل قوله في القضاء، لأن ذكر العوض المادي دليل على أن الزوج أراد الطلاق بحسب الظاهر، فلا يصدق في العدول عن هذا الظاهر، بخلاف ما إذا قال لها: خالعتك، و لم يذكر عوضاً ثم قال: لم أرد به الطلاق، فإنه يصدق بشرط أن لا تكون هناك دلالة حال تدل على أنه أراد الطلاق، كأن كان في حالة غضب، أو ذكر الطلاق، وعلل فقهاء الحنفية لهذا الحكم بأن هذا اللفظ عند عدم ذكر التعويض يستعمل في الطلاق، وفي غير الطلاق، فلابد من وجود النية لينصرف إلى الطلاق،، بخلاف ما إذا ذكر الزوج العوض المالي، لنه مع ذكر العوض لا يستعمل هذا اللفظ في العرف والشرع إلا الطلاق[1].

المطلب الثاني : أركانُ الخُلع

للخُلع أركانٌ، حصرها الحنفية في الإيجاب والقبول، وهي عند غيرهم تشمل: طرفي الخُلع وهما الزوج والزوجة، وعوض الخُلع ويسمى البدل، والصيغة. أما الزوج، فيجب أن يكون ممن يملك إيقاع الطلاق حتى يجوز خُلعه، وأن يكون عاقلاً مختاراً.

أما الزوجة، فيشترط فيها أن تكون مُطلَقة التصرف بالمال صحيحة الالتزام غير مكرهة. وأن تكون في عصمة زوجها حقيقة أو حكماً، وهي التي لم تفارق زوجها بطلاق بائن. ولا يشترط جمهور العلماء طُهر الزوجة من الحيض لوقوع الخُلع عليها.

[1] – منصوري نورة ، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة ، دار الهدى ، الجزائر ، بدون طبعة ، 2012 ، ص 102،104

أما البدل، فهو ما يأخذه الزوج من جهة زوجته لقاء خلعه لها سواءً كان البدل مالاً أو منفعة. وكل ما يصلح مهراً من مال أو منفعة يصلح بدلاً في الخُلع، علماً بأن اعتبار البدل ركناً في الخُلع ليس محل اتفاق بل وليس البدل شرطاً لصحة الخلع عند فريق.

أما الصيغة، فهي الإيجاب والقبول بين طرفي الخُلع، وهنالك ألفاظ عديدة تصلح للدلالة على المطلوب ويتحقق بها الإيجاب والقبول. حيث يرى الجمهور أنه لا بد في الخلع من أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق منه أو بلفظ يؤدي معناه مثل المبارأة والمفاداة. ورجح البعض عدم اشتراط لفظ معين ولا صيغة معينة لصحة إيقاع الخُلع. فكل فُرقة بعوض وتراض بين الزوجين وبطلب من الزوجة هي خُلع بغض النظر عن الصيغة المستعملة لذلك، لأن العبرة في العقود بمقاصدها ومعانيها لا بألفاظها ومبانيها.

ويتردد الخُلع بين كونه يميناً تُراعى فيه أحكام اليمين أو معاوضة تنطبق عليه أحكام المعاوضة، على خلاف في ذلك بين الفقهاء[1]. كما اختلف العلماء في الخُلع على قولين في كونه طلاقاً بائناً يُحتسَب من الثلاث طلقات أو فسخاً لا يُحتسَب من الطلقات الثلاث فلا يُنقِصها. حيث ذهب الجمهور إلى أنه طلاق بائن يُحسب ضمن الطلقات الثلاث، بينما ذهب فريق آخر إلى القول بأنه فسخ لا يُحسَب ضمن الطلقات الثلاث.

علماً بأن القول بالفسخ هو الذي صح عن ابن عباس. وهو قول ابن عمر، وهو المروي عن عثمان وعلي وابن الزبير وعكرمة وطاووس. وقد رجح القول بالفسخ ابن تيمية وابن القيم والصنعاني والشوكاني. بينما الخلع عند الظاهرية طلاق رجعي. ولكل فريق حجته.

أما عدة المختلعة، فقد انقسم العلماء بخصوصها على قولين[2]، بين أن تعتد كسائر المطلقات ثلاث حيضات أو قروء حسب الجمهور، وبين أن تعتد بحيضة واحدة يستبرأ بها رحمها، وهو الذي رجحه ابن

[1] – الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، (د.ت.)، ج7، ص482. ابن تيمية، أحمد، مجموع فتاوى ابن تيمية، مكتبة النهضة الحديثة، مكة، 1984م، ج32، ص294-310. ابن قدامة، ابو محمد المقدسي، المغني، مكتبة الرياض، 1981م، ج7، ص57، 67. الغرياني، صادق. مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، 2002م، ج2، ص704. 141، 171. تكملة المجموع، ج20، ص290. الزيباري، عامر سعيد، أحكام الخلع، دار ابن حزم، بيروت، 1997م، ص93، 119، 143. البناية، ج4، ص669. سيد، فقه السنة، دار الكتاب العربي. بيروت، 1969م، ج2، ص295.

[2] – الشافعي، محمد ابن إدريس، الأم، ط2، دار الفكر، بيروت، 1983م، ج5، ص213. زاد المعاد، ج4، ص36. ابن القيم، شمس الدين، إعلام الموقعين، دار الجيل، بيروت، 1973م، ج2، ص88،

تيمية وابن القيم، وهو الذي ذهب إليه أحمد في أصح الروايتين عنه، وذلك لحديث الربيع بنت معوذ التي اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأُمِرَتْ أن تعتدَ بحيضة. وهو حديث صحيح.

ويلحق بهذا أيضا، الحديث في طلاق المختلعة، وهل هو بائن أم رجعي. والذي عليه جماهير أهل العلم باستثناء الظاهرية أنه ليس في الخلع رجعةٌ، سواءً قيل إن الخلع طلاقٌ أم فسخٌ[1].

المطلب الثالث : معنى الخلع

الخُلْع هو أن تطلق الزوجة نفسها بشرط أو يطلقها القاضي على أن تعيد ما أعطاها الزوج من مهر، كما أن الزوج في هذه الحالة يكون دون عيوب أو دون أن تصدر منه إساءة إليها، ولكن في حالة إذا كانت الزوجة متضررة من الزوج فإنها تعطى كل حقوقها، وهنا يتم الطلاق وليس الخلع. وهو يطبق في دول كثيرة منها مصر الذي بدأ فيها في عام 2001.هو يعنى عموما الطلاق على مال تفتدى به المرأة نفسها وذلك عندما تريد هي الطلاق[2].

المطلب الرابع : الخلع في الفقه

الخلع يطلق على الفرقة مقابل مال تعطيه الزوجة لزوجها وقد سمي هذا النوع من الفراق خلعا لان الله سبحانه وتعالى قد جعل كل واحد من الزوجين لباسا للآخر قال تعالى '' **هن لباس لكم وانتم لباس لهن** '' فإذا افتدت الزوجة نفسها بمال تعطيه لزوجها مقابل أن يطلقها فقد خلع كل منهما لباس صاحبه[3]. ولقد ثبتت مشروعية الخلع في القران والسنة، في القران الكريم قال تعالى '' **ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ**''[4]

[1] – الفتاوى، ج33، ص152. نيل الأوطار، ج7، ص39. المغني، ج7، ص59. المبسوط، ج6، ص171. الصنعاني، محمد ابن اسماعيل، سبل السلام، مكتبة الرسالة الحديثة، (د.ت.)، ج3، ص168. زاد المعاد، ج4،

[2] – لحسين بن شيخ آث ملويا ، رسالة في طلاق الخلع ، دار هومة ، الجزائر ، بدون طبعة ، 2013 ، ص 82،84.

[3] – احمد بخيث الغزالي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 1 ، 2009/2008، ص357،

[4] – سورة البقرة الآية 229

المبحث الثاني: اصطلاح الفقهاء

فراق الزوج زوجته بِعوض بألفاظ مخصوصة .

المطلب الاول : الخلع في القران والسنة

فأما القرآن فقد قال تعالى في سورة البقرة: (وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ).

وأما السنة فقد جاء فيها عدة أحاديث صحاح في قضية امرأة ثابت بن قيس وغيرها. فقد قالت: يا رسول الله، ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام ـــ تقصد كفر العشير ـــ فقال رسول الله (ص): «أتردين عليه حديقته»؟ ـــ وكان قد أعطاها لها صداقاً ـــ قالت: نعم. قال: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة».

وأما الإجماع فقد اتفقت المذاهب جميعها، والفقهاء كلهم على مشروعية الخلع. يقول الحافظ ابن كثير في تفسير الآية (229) من سورة البقرة: «**إذا تشاقق الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها، ولا حرج عليها في بذلها له، ولا حرج عليه في قبول ذلك منها**»، ولهذا قال تعالى: (**ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله..) ».**

فأما إذا لم يكن لها عذر وسألت الافتداء منه فقد ذكر ابن كثير هنا الحديث الذي رواه ابن جرير والترمذي وأبو داود عن ثوبان مرفوعاً: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة.[1]

قال ابن كثير: «ثم قد قال طائفة كثيرة من السلف وأئمة الخلف: إنّه لا يجوز الخلع إلا أن يكون الشقاق والنشوز من جانب المرأة، فيجوز للرجل حينئذ قبول الفدية ... فلا يجوز في غيرها إلا بدليل، والأصل عدمه.

[1] – تفسير الطبري، ج2، ص469. تفسير القرطبي، ج3، ص120. تفسير ابن كثير، ج1، ص365. تفسير فتح القدير، ج1، ص362. تفسير أبي السعود، ج1، ص226. تفسير البيضاوي، ج1، ص517. تفسير الوحيز، ج1، ص170. تفسير النسفي، ج1، ص110.

والذي يتتبع النصوص الواردة في القرآن والسنة، ويتتبع أقوال الفقهاء والشراح في فهمها والاستنباط منها، يتبين له ما يلي:

1 ــ أن الراجح بل الصحيح الذي تدل عليه النصوص: أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها. فالقرآن الكريم يربط الافتداء بما آتاه الزوج لا بأكثر منه حيث يقول: (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) أي فيما افتدت به مما آتيتموهن[1].

بل نرى القرآن نهى عن «العضل» الذي عرف في الجاهلية، وهو إمساك المرأة ضراراً لتفدي نفسها ببعض ما أخذت من زوجها، يقول تعالى: (**وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ**).[2]

وفي حديث رواه الدار قطني بإسناد صحيح: أن النبي (ص) قال لها (لزوجة ثابت بن قيس): «أترين عليه حديقته التي أعطاك»؟ قالت: نعم وزيادة. فقال النبي (ص): «أما الزيادة فلا ولكن حديقته». قالت: نعم. فأخذها له وخلى سبيلها. وروى عبدالرزاق بسند صحيح عن علي أنه قال: «لا يأخذ منها فوق ما أعطاها».

وعن طاووس وعطاء والزهري مثله. وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحاق. وعن ميمون بن مهران: مَن أخذ أكثر مما أعطى لم يسرح بإحسان. بل قال سعيد بن المسيب: ما أحب أن يأخذ منها ما أعطاها، ليدع لها شيئاً. وأجاز مالك للرجل أن يأخذ أكثر مما أعطى، قال: لكنه ليس من مكارم الأخلاق. وقد نسب هذا القول إلى الجمهور، وهي نسبة تحتاج إلى تحقيق، على أن العبرة بالدليل، ولا دليل على الجواز، إلا حديث ضعيف الإسناد، وليس فيه حجة، كما قال الشوكاني.

2 ــ على أن الذين أجازوا الزيادة، إنما ذكروا ذلك فيما بذلته المرأة عن طيب نفس منها، لتخلص نفسها من سوء عشرة الزوج. ولهذا يدور البحث كله حول: هل يحل له أخذ الزيادة أم لا؟ أما مطالبة المرأة بزيادة على ما أخذ، فهذا لم يذكروه قط، و لم يدر بخلد أحدهم، والأصل في أموال الناس الحرمة، ولا يحل لأحد مال أحد إلا بطيب نفس منه. فلا يكون الضغط على المرأة و الضرار لها، لتفتدي نفسها بأكثر

[1] – علاء الدين حسين رحال ، نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار النفائس، طبعة 1، 1430/2010، الأردن ،ص 167

[2] – سورة 19 النساء

مما أخذت إلا لوناً من العضل والظلم الذي يحرمه الإسلام، وقد فاق عضل الجاهلية، لأنهم كانوا يعضلون النساء ليذهبوا ببعض ما آتوهن، وهؤلاء لم يكفهم كل ما آتوهن، فأرادوا الزيادة عليه!!

3 ــ ثم إن العوض الذي يطلبه الزوج لافتداء المرأة، إنما يُطلَبُ منها هي لا من أب، ولا ولي، ولهذا قال القرآن: (**فلا جناح عليهما فيما افتدت به**) فهي التي تفتدي نفسها من مالها الذي في يدها، والنبي (ص) قال لامرأة ثابت: «أتردين عليه حديقته»؟ فالمرأة هي صاحبة الشأن، ولا يجوز بحال أن يطلب الزوج من وليّها أن يدفع لها من ماله، ويعتبر ذلك حقاً له، إلا أن يتبرع متبرع إن شاء

4 ــ على أن مفهوم الزيادة ــ لو افترضنا مبدأ قبولها لغة وعرفاً ــ إنما يعني إضافة شيء إلى الأصل لا يبلغ مثله في الغالب، فالمرء قد يعطى الثمن ويزيد البائع، ويرد القرض ويزيد المقرض، ولا يفهم من ذلك إلا إعطاء شيء لا يبلغ مثل الأصل. أما إعطاء مثل الأصل أضعافاً مضاعفة، فلا يدخل فيما نرى في مدلول كلمة «الزيادة» عند أحد ممن يفهم اللغة ويتذوقها.

والواجب شرعاً أن يجبر الزوج على قبول ما دفع، فإن تبرع الولي بزيادة، وهي زيادة تصل إلى ضعف ما دفع من مهر، فلا مانع من قبول ما تبرع به إن طابت به نفسه.

وإذا لم يكن هناك قاض يجبر الزوج المتعسف في استعمال حقه، فالواجب أن يعقد مجلس ــ أو لجنة ــ من أهل العلم والدين الذين يوثق بفقههم ودينهم ويفصلوا في هذا الأمر، بحل عقدة الزواج، وخلع المرأة من هذا الزوج المضار، وإعطائه ما دفع زائداً ما تبرع به الولي عن طيب النفس، ويكون حكمهم هذا بمثابة حكم المحكمة الرسمية، إذ لا يتصور أن تقف الشريعة سلبية عاجزة في مثل هذه القضية[1].

المطلب الثاني : سنده في السنه الشريفة

قد صح عن أبن العباس أن أمرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يارسول الله ثابت بن قيس ما أعتب علية في خلق ولا دين ولكنى أكرة الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(أتردين عليه حديقتة) ؟ فقالت:(نعم) فقال الرسول: (أقبل الحديقة و طلقها تطليقة).

[1] – الشيخ أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، دار إحياء العلوم، بيروت، طبعة 1988 ، ص. 334

المطلب الثالث : سنده في الكتاب العزيز

في قول الله تعالى:(**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**)[1]

المطلب الرابع : سنده في الفقه:

جمهور العلماء ذهبوا الى أنه (طلاق بائن)

[1] -سورة البقرة 229

المبحث الثالث : الأدلة الشرعية على وجوب الخلع

المطلب الاول: من القران الكريم

قال تعالى '' **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)**

المطلب الثاني : من السنة الشريفة

روى في السنة الشريفة ثلاث حالا للخلع هي:

الحالة الأولى : ومِن السُّـــنّة قصة امرأة ثابت بن قيس رضي الله عنه وعنها والقصة أخرجها البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة, وطلّقها تطليقة. وفي رواية له أنه عليه الصلاة والسلام قال : فَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ ؟ فقالَتْ : نَعَمْ . فَرُدِّتْ عَلَيْهِ ، وأَمَرَهُ ففارَقَها[1].

الحالة الثانية : حبيبة بنت سهل، وكان مهرها حديقتين ردتهما إليه وطلقها (شرح السنة للإمام البغوي جـــ9 ص194) .

والحالة الثالثة: قضية أخت أبي سعيد الخدري (الصحابي الجليل) التي شكت من زوجها، وشكا منها زوجها إلى رسول الله –صلي الله عليه وسلم– فأمرها النبي –صلي الله عليه وسلم– أن ترد إليه حديقة كان قد دفعها إليها مهرًا ويطلقها (رواه البيهقي والدارقطني عن أبي سعيد الخدري وذكره القرطبي في تفسيره جـــ3 ص141 والمطيعي في تكملة المجموع جـــ18)

[1] – البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، برقم 4971 ، ج 5 ص 2021.
الناشر : دار ابن كثير، اليمامة – بيروت ،الطبعة الثالثة، 1407-1987 ، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث

المطلب الثالث: في الإجماع

فلقد اجمع الفقهاء على جواز الخلع ومشروعيته عند الحاجة كخوف الزوجين الا يقيما حدود الله كالكراهية الشديدة للزوج ، واذا وجد ما يبرره ، كما اذا كانت الزوجة تسيء عشرة الزوج او كانت تكرهه .

الأسباب الموجبة للخلع

1- الضرر الذي يعود على الزوج من جراء استمرار الزوجية بينها وبين زوجها الذي يمكن ان يكون فيه عيب خفي لم تطلع عليه الزوجة قبل الزواج ومن هذه العيوب : العقم – العجز الجنسي – سوء الخلق- او ايا من العيوب التي لا تستطيع الزوجة معها الاستمرار في الحياة مع هذا الزوج .

2- الحالة التي قد يصل اليها الزوجين من استحالة العشرة بينهما وتشاقا وخافا الا يقوما بما يجب عليهما من حقوق الزوجية ، فاذا اتفقا على الطلاق او الخلع يتم الفراق بهدوء وتفاهم ، اما اذا تعنت الزوج واصبح يساوم الزوجة محاولا ابتزازها للحصول منها على اموال كثيرة مقابل اعطائها حريتها فلها ان تلجأ الى الخلع كوسيلة لانهاء العلاقة الزوجية مقابل البدل.

3- تعدد الزوجات الذي يمكن ان يكون ضررا محققا على الزوجة الاولى فإذا وجدت الزوجة الاولى نفسها متضررة من زواج زوجها مرة اخرى ، يمكن ان تفتدي نفسها وتحصل على حريتها بان تخلع نفسها من زوجها .

4- حالة النشوز التي يمكن ان تجد المرأة نفسها فيه بحكم قضائي (حكم الطاعة) والذي تصبح فيه المرأة معلقة لا هي متزوجة ولا مطلقة الامر الذي يلحق بها ضررا كبيرا

5- خوف الزوجة من التقصير وعدم قيامها بواجبات الزوج والتقصير في حقوقه بسبب نفورها منه وكرهها له بالرغم من عدم تقصيره في حقها او ايذائه لها .

6- سوء معاملة الزوج لزوجته بمضايقتها وايذائها بالرغم من قيامها بواجباتها وعدم تقصيرها[1].

المطلب الرابع : اثار الخلع

1- انه لا يتوقف على قضاء القاضي فهو ككل طلاق يقع من الزوج .

[1] -عبدالكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة.، ج 8 ،ص 215 ،

2- انه يقع به طلاق بائن ،ان الطلاق الذي يقع بالخلع هو طلاق بائن ومؤدى ذلك ان الرجل لا يجوز ان يرجع مطلقته المختلعة منه ويكون للطرفين ان يتزوجا مرة اخرى بعقد ومهر جديدين اذا اتفقا سويا ، ولكن هذا الزواج لا يكون جائزا اذا كانت الطلقة التي اجراها القاضي بالخلع هي المكملة للثلاث – كائن يكون الرجل الذي طلق زوجته قبل اختلاعها منه مرتين فجاءت طلقة الخلع الثالثة فتكون البينونة هنا بينونة كبرى فلا تحل له الا بعد ان تتزوج رجلا اخرا ويعاشرها معاشرة الازواج ثم يطلقها وتنتهي عدتها فيمكن ان تتزوج رجلها الاول الذي خلعته .

3- لا تأثير للخلع على حضانة الصغار ولا على نفقتهم فالأم لها حضانة صغارها حتى السن القانونية ونفقتهم واجبة على ابيهم كما ان للأم ان تحصل على اجر حضانة من الاب لان اجر الحضانة لا يسقط بالخلع وللأب رؤية اولاده وله ضمهم في حالة بلوغهم السن القانونية وتشمل نفقة الاولاد المسكن والمأكل والملبس ومصروفات الدراسة والعلاج طبقا لحالة الاب يسرا او عسرا.

4- بالنسبة للميراث فأنه يشترط للتوارث بين الزوجين ان يكون الزواج قائما بعقد شرعي صحيح سواء حصل دخول ام لم يحصل ويعتبر العقد قائما للمعتدة من طلاق رجعي او المطلقة طلاقا بائنا اذا طلقها الزوج في مرض موته قبل صدور الحكم بالخلع ومات في خلال المرض اثناء عدتها ، فإذا طلقت خلعا وهي راضية بالخلع فلا تقوم فكرة التهرب من نظام المواريث في حق الزوج ومن ثم فإن المرأة المطلقة خلعا لا ترث ولو مات الرجل في عدتها ، اما اذا مات احد الطرفين اثناء نظر دعوى الخلع وقبل الحكم فيجري التوارث بينهما طبقا للنصيب الشرعي لكل منهما .

5- اما بالنسبة الى النسب فإن المولود ينسب الى المطلق متى وضعته في حدود سنة من تاريخ توقيع الخلع.

6- ولا تأثير للخلع على ما يكون بين الطرفين من معاملات مالية اخرى كأن تكون دائنة او مدينة له ، فلكل منهما مطالبة الاخر بديونه او بوديعته ، ولها ان تطالبه بأعيان جهازها اذا هي اشترته من مالها ، حملته الى بيت الزوجية

7- تعتد المرأة من الخلع عدة الطلاق ممن تعتد في الطلاق ، كالمدخول بها وهي في سن الحيض ، الا ان عدتها بائنة بثلاثة قروء(حيضان) من تاريخ الحكم بالتطليق بالخلع فلا يجوز لها ان تتزوج خلال هذه المدة حتى تتأكد من خلو الرحم ، اذا ما كانت حاملا فإن عدتها تتراخى حتى وضع الحمل

8- اما بالنسبة الى الحقوق والالتزامات التي ترتبط بالزواج و لم تذكر في الخلع ضمن الاتفاق ، فأبو حنيفة يسقط به كل حق ثابت بالفعل لكل من الزوجين على الاخر. كالمهر والنفقة المتجمدة للزوجة سواء اكان الخلع بهذا اللفظ أو كان بلفظ المبارأة . لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين ،وهذا لا يتحقق إلا باسقاط كل حق يتعلق بالزواج ، فليس للزوجة ان تطالب بمهرها الذي لم تقبضه ، ولا بالنفقة المتجمدة لها ، وليس للزوج ان يطالبها بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقعا عليه .

9- لا يبطل الخلع اذا تضمن شروط فاسدة ، كأن تشترط ان تكون لها حضانة الطفل ولو تزوجت بغير ذي رحم منه ، او ان تسقط حضانتها له ، فالشرط يبطل وحده ويصح الخلع[1].

[1] - عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم ، بيروت، الطبعة الأولى 1418 هـ، ص 217 ،

خلاصة الفصل

وفي ختام الفصل نخلص إلى القول أن الخلع هو فرقة بين الزوجين ، ويمكن قول أنه قد يحصل الخلع حتى ولو لم يكن للزوجة مبرر شرعي وهذا ما ينتقد في الخلع .

فبخصوص مشروعية الخُلع وحِكمة تشريعه، تَبيَّن أن الشارع الحكيم إنما شرع الخُلع للزوجة الكارهة لزوجها في مقابل تشريعه الطلاقَ للزوج الكاره لزوجته. فمن مظاهر عدل الله تعالى أنه لما جعل الطلاق للرجل، فقد شرع الفداء للزوجة؛ لأنه إذا كانت المرأة هي المتضررة من استمرار الزواج، وهي الراغبة في المفارقة، فليس الطلاق منقذاً لها لأن أمر الطلاق ليس بيدها. وبخاصّة أن تشريع الخُلع إنما كان لإزالة الضرر الذي يلحق بالمرأة في المقام الأول.

وقد ثبتت مشروعية الخلع بكل من الكتاب والسنة، فضلاً عن الإجماع والمعقول. أما الحكم التكليفي التفصيلي للخلع فيختلف حسب سببه الداعي إليه، وحسب الحالة التي تكون عليها علاقة الزوجين. لذا، قيل بأن الخُلع تعتريه الأحكام الخمسة من الوجوب والإباحة والكراهة والتحريم والندب حسب السبب الداعي إليه.

والذي يظهر أن الأصل هو الحفاظ على رابطة الزوجية وعدم فضّها بالخُلع أو الطلاق إلا لحاجةٍ تبرر ذلك كما تشير الآيات والأحاديث وأقوال العلماء. والأصل كذلك أن يكون الخُلع من غير عضلٍ يمارسه الزوج لإرغام الزوجة على طلب الخلع، وإلا كان متعدياً وآكلاً لمالِها بالباطل.

وأن الرأي السائد وفق القول الأول لا يعالج المشكلة في حال كانت المرأة مصرة على الخُلع لبُغضٍ ونحوه بينما الزوج مصرٌ على رفض طلبها.

وربما كان رفض الزوج ليس عن محبة تدفعه للتمسك بزوجته، إنما هو نوعُ عضْل وتعسفٍ لحمل المرأة على دفع ما يزيد عن مقدار الصَداق، أو أنه نوع انتقامٍ منها أو من أهلها، فلا هو أمسكها وعاشرها بمعروفٍ، ولا هو سرَّحها بإحسانٍ، ولا هو حفظ الفضل الذي أمر الله الأزواج بحفظه، في معارضةٍ صريحةٍ لقول الله تعالى: وتلك حدود الله فلا تعتدوها، ولقوله تعالى: ولا تنسَوا الفضلَ بينكم، وفي صرفٍ لأمر النبي صلى الله عليه وسلم، خُذ الحديقة وطلقها، من الإلزام إلى مجرد الإرشاد والاختيار.

الفصـــــــل الثاني

الخلع في التشريع الجزائري

تمهيد :

الخلع في القانون الجزائري أعطى للمرأة الحق في الخلع وفقًا لمقابل مادي في حالة عدم احتمالها الحياة الزوجية، ووقوع ضرر عليها في الاستمرار مع زوجها، ويتم الخلع عندما لا تجد المرأة جدوى من طلب الطلاق من زوجها ففي تلك الحالة تلجأ إلى القانون حتى يتم ذلك.

كما أباح المشرع للزوج أن يوقع الطلاق إذا دعت الحاجة إليه، أباح للزوجة أيضا حق الانفصال عن زوجها إن هي كرهته و لم تطق العيش في كنفه لكن لا تستحق ذلك إلاّ عن طريق القضاء , وقد أجاز قانون الأسرة في مادته 53 الحق للزوجة في طلب التطليق بإرادتها المنفردة وهذا إنصافا لها ورفعا لكل ظلم عليها وأنّ الحالات المذكورة في المادة السابقة هي على سبيل الحصر , كما خول لها مسلك آخر قد تلتجئ إليه لتقتدي به نفسها وتتخلّص من الرابطة الزوجية التي أصبحت لا تطاق ولدى المذهبين المالكي والحنفي فإنّ الغاية من الخلع هو إزالة الضرر الواقع على الزوجة.

فعندما تريد الخلاص من الحياة الزوجية التي لم تتحقق معها الغاية فعليها اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق بينها وبين زوجها لقاء بدل تدفعه للزوج وفي حالة عدم الاتفاق على هذا المقابل يتدخّل القاضي لتقديره بشرط أن لا يتجاوز قيمته صداق المثل.

المبحث الاول: الخلع في القانون الجزائري

المطلب الاول : تعرف الخلع في القانون الجزائري

لا يوجد تعريف محدد بشكل كامل للخلع بالنسبة للقانون الجزائري، ولكن نتعرف عليه من خلال القانون حيث نص في المادة (54) على أنه من حق الزوجة أن تطلب الخلع من زوجها مع عدم الاتفاق بينهم على شيء، ويكون القاضي هو من يحكم بينهم بما لا يتعدى في وقت الحكم قيمة صداق المثل.

حيث المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الخلع إلا أنه نص عليه في المادة 54 من ق. أ بقوله:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم "، ولذلك يستوجب علينا الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لأحكام المادة 222 ق. أ بحيث يعرف الخلع في الشريعة الإسلامية بأنه " إزالة عقدة النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في ما معناه ".

كما عرفه خليل في مختصره بأنه " الطلاق بعوض"[1] ، وقد عرفه الفقهاء بأنه فراق الرجل زوجته ببدل يحصل له ويرون أنه لابد في الخلع أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق منه أو لفظ يؤدي معناه مثل المباراة و الفدية[2] ، كما قد عرفه ابن حزم الظاهري بأنه " هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فتخاف أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فلها أن تفتدى منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو وإلا أجبرت هي، وإنما يجوز بتراضيهما "، وقد عرفه الفقهاء المسلمون بأنه عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بعرض من الزوجة لمبلغ من المال المعلوم المتقوم شرعا مقابل طلاقها وبقبول صريح من الزوج لهذا العرض وللطلاق ويمكن أن يكون بعرض من الزوج وقبول من الزوجة.

وقد صدر في هذا الشأن عن المحكمة العليا عدّة قرارات تعرف الخلع منها:

القرار المؤرخ في 82/02/08 جاء فيه " أن الخلع عقد يتوقف على إيجاب وقبول الطرفين " [3]، وأيضا " إن الخلع يعتبر عقدا رضائيا فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه " [4]، وكذلك " الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه "[5] .

---

[1] – عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع, 1996 ، الجزائر، ص 216.

[2] – عبد الرحمان الصابوني : مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر العربي بالقاهرة، الجزء الأول، الطبعة الثانية 1968. ص 151

[3] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 82/02/08 – نشرة القضاة (1982) ص 258.

[4] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 84/06/11 ملف رقم 33652 (غير منشور).

[5] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 99/03/16 ملف رقم 216239 م.ق عدد خاص ص 138.

كما عرّفه الأستاذ الغوتي بن ملحة بأنّه " عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج وقبول الزوجة "، وأن الخلع في الحالة التي يكون فيها بالتراضي يعتبر عملا قانونيا يتكون من عنصرين عنصر العرض وعنصر القبول، وعرّفه الدكتور محمد أبو زهرة بأنه عقد ينعقد بإيجاب وقبول.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الخلع بالتفصيل ولا لطبيعته القانونية تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 ق. أ فالخلع في رأي الفقه يعد من المعاوضات لأنه ينعقد بإيجاب وقبول ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة ولذلك فالتكييف القانوني له هو كالطلاق على مال فيعتبر يمينا في جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال ويعتبر معاوضة من جانب المرأة لأنه شبه بالتبرعات بحيث تدفع له مبلغ من المال في مقابل افتداء نفسها من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها [1].

وتجدر بنا الإشارة إلى أنه وقبل التطرق إلى شرح كونه يمين أو معاوضة أن نفرق بين مفهومين كثيرا ما يتم الخلط بينهما وهما الخلع والطلاق بالتراضي.

فالخلع يشبه الطلاق بالتراضي إلا أنهما يختلفان في كون أن الأول يكون طلاق رضائي مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها أي هو طلاق بعوض أو طلاق على مال في حين أن الثاني يتم بموافقة الزوجين ولكن بدون مقابل.

1- الخلع يمين من جانب الزوج :

أ)- فإذا كان الإيجاب صادرا عن الزوج كأن يقول لزوجته خالعتك على ألف دينار فسكتت و لم تقم بالرد فلا يجوز له الرجوع فيه مادامت لم تقم من المجلس، أما إذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح فأولى ألا يبطل بقيامه من المجلس ولكن يبطل بقيامها هي من غير رد أو قبول لأن المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب والقبول [2]

وفي حالة ما إذا كانت غائبة فإنها تتقيد بمجلس علمها فعند قيامها من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب و لم يعد لها الحق في القبول لأن ذلك حكم العقود المالية، أمّا إذا كان الإيجـــــاب

صادرا من طرفها كأن تقول لزوجها ذلك مائة جنيه إن طلقتني فلا يمكن لها الرجوع عن إيجابها قبل قبوله وإذا قامت من مجلسها أو قام هو بطل الإيجاب.

[1] - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق) الطبعة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية.، ص 263.

[2] - الإمام محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي الطبعة سنة 1957.، ص 330.

ب)- يحق للزوج أن يعلق إيجابه على شرط أو يضيفه إلى زمن المستقبل كأن يقول لها خالعتك على مائة إن قبل أبوك لأن التعليق يجوز على أمر آخر ولكن لا يجوز لها أن تعلق إيجابها على أمر من الأمور.

ج)-لا يجوز للرجل ن يشترط الخيار لنفسه في الخلع لأنه تعليق وخيار الشرط أي حق الفسخ إنما يدخل في العقود لا في الإسقاطات.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 69/03/12 بقولها "ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين وعرض الزوج الخلع لا يخولها أي حق ولا أثر على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به ولا يمكن اعتباره كطلب مقدّم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه"[1] .

2- الخلع معاوضة من جانب الزوجة

فالأحناف يعتبرون الخلع معاوضة إذا كان من جانب الزوجة وذلك لأنها تعطي للزوج مالا مقابل طلاقها وهذه هي المعاوضة بين الطرفين يتم وفق إيجاب وقبول فأحدهما يدفع مالا والآخر يعطيه عن ذلك افتداء النفس، وحتى يمكن اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة فلا بد أن يتم قبولها في مجلس الإيجاب بحيث أنه إذا كانت غائبة عن مجلس الإيجاب فيعتبر قبولها في مجلس علمها بالإيجاب وعلى إثر ذلك فإذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداء ثم قامت من المجلس أو قام الزوج قبل قبوله بطل الإيجاب [2].

فما دام الخلع من المعاوضات من قبل الزوجة فلا يجوز أن يعلق على شرط أو يضاف إلى زمن مستقبل.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف الخلع فهل هو فسخ أم طلاق فمنهم من ذهب إلى اعتباره فسخا وتبعا لذلك يعد معاوضة في حين البعض الآخر يعتبره طلاقا فهو معاوضة فيه شبه تعليق فيعتبر معاوضة لأنه يأخذ منها بدلا في مقابل طلاقها وشبه تعليق لأنه يتوقف على أخذ المال.[3]

3- الخلع فسخا أم طلاقا

موقف المشرع الجزائري بالنسبة لهذه المسألة فلم يتطرق إليها على الإطلاق لكن يمكن أن نستخلص بأنه اعتبر الخلع طلاقا على أساس أنه أورده تحت باب انحلال الزواج في الفصل الخاص بالطلاق لأنه لو كان يقصد به الفسخ لما ذكره في الفصل الخاص بالفسخ.

---

[1] - المحكمة العليا: الغرفة المدنية قرار بتاريخ 69/03/12 – مجلة الأحكام المجموعة الأولى الجزء الأول ص 170-172.

[2] - زودة عمر: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ص 58.

[3] - زودة عمر: نفس المرجع السابق ص 59.

ضف إلى ذلك أن الفسخ يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد كاختلال أحد أركانه بينما لو نظرنا إلى الخلع فهو يرد على علاقة زواج شرعية لم يعتريها أي عارض يعيب العقد ومن ثم يرد عليه الطلاق وليس الفسخ.

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 69/02/05 يؤكد ذلك بقوله " لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح ".

المبحث الثاني : أحكـــــــــــــــــام الخلع في القانون الجزائري

سنتناول أحكام الخلع: نخصصه لشروط الخلع و الآثاره.

المطلب الاول: شروط الخلع

إن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى الشروط الواجب توفرها لصحة الخلع مكتفيا

بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان وفي حالة عدم إتفاقهما يحدده القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل الأمر الذي يتعين معه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

ولهذا يشترط لصحة الخلع توفر الأهلية القانونية لكل من الزوجين وأن تكون هناك علاقة زوجية قائمة بينهما بالإضافة إلى أن يكون الخلع مقابل مال[1].

أ- بالنسبة للزوج :

فيجب أن يكون راشدا عاقلا وأهلا للتصرف في ماله بحيث لا يمكن للصغير والمجنون أن يخالع زوجته لأنه في حكم فاقد الأهلية بحيث يشترط فيه أن يكون بالغا واحد وعشرين سنة (المادة 7 ق. أ) إلا أنه يمكن للقاضي أن يجيز الخلع قبل بلوغ هذا السن إذا وجدت مصلحة في ذلك وهذا أخذا بالمذهب المالكي القائل " من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن".

بينما السفيه فيمكنه أن يطلق لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط ومن ثم فقد ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز خلعه لصحة طلاقه لكن إذا سلم العوض إلى السفيه بدون إذن ولي فهو بمثابة دين لم تبرأ الزوجة منه.

أما بالنسبة للزوج المريض مرض الموت فإنه إذا خالع زوجته فإن الخلع ينفذ والعوض يلزم وذلك حسب اتفاق الفقهاء.

ب- بالنسبة للزوجة :

فيشترط فيها أن تكون متمتعة بأهلية التبرع (المادة 203 ق. أ) بحيث إذا لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 40 ق. أ فلا يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك لأن الخلع بالنسبة لها هو في حكم المعاوضة الشبيهة بالتبرع [2]. ومن ثم فلا يصح للصغيرة أو المجنونة أو السفيهة أن تخالع زوجها بمال.

---

[1] – بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 265.

[2] – غوتي بن ملحة : قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ، ص 185.

أما عن جواز إختلاع الأب على إبنته الصغيرة فالجواب إذا اختلعها بمالها أو بمهرها وقع الطلاق ولا يلزمها بشيء كما لا يلزم الأب بشيء، أما إذا اختلعها بماله فإنه يصح الخلع ويلزم المال.

أما إذا خالع الأب ابنته البالغة فيقع الخلع موقوفا على اجازتها ويجوز الخلع إذا خالعها من ماله.

وإن خلع المحجور عليها لسفه أو جنون لا يلزم به مال، ولكن يقع به الطلاق رجعيا هذا إذا كان مدخولا بها و بائنا إذا لم يكن مدخولا بها.

وهنا يثار إشكال بخصوص خلع المرأة التي تكون قد بلغت الثامنة عشر فهي قاصرة فالقانون يعتبرها غير قادرة على إدارة أموالها وفي هذا يرى الدكتور " محمد أبو زهرة " أنها تعامل معاملة السفيه في خلعها.

أما بالنسبة لخلع الزوجة المريضة مرض الموت فهو مقبول وتكون ملزمة ببدل الخلع لأنها أهل لجميع التصرفات المالية.

ج- قيام الرابطة الزوجية :

حسب المادة 54 من ق.أ فإنه يشترط القانون لكي تخالع الزوجة زوجها لا بد أن يكون هناك زواج شرعي وقانوني صحيح سواء أكان قد سجل في سجلات الحالة المدنية أم لم يسجل لكن لا يقبل الحكم بالخلع إلا بعد تسجيل عقد الزواج.

فلو كان الزوج مثلا أجنبيا عن الزوجة أو لا تربطه به علاقة زواج فلا يصح أن تخالعه ولا يمكن حصول هذا الخلع طلاقا.

والعلاقة الزوجية القائمة حكمها كتلك القائمة حقيقة فلو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها من زوجها لأن الطلاق الرجعي لا تزال فيه الرابطة الزوجية قائمة من جهة وملكية الإستمتاع لم ترتفع من جهة أخرى.

أما في حالة ما إذا كانت الرابطة الزوجية فاسدة طبقا لنصوص المواد 32 إلى 34 ق.أ فلا يقع الخلع.

د- بدل الخلع :

مقابل الخلع هو ما تقدمه الزوجة إلى زوجها مقابل طلاقها ويجوز أن يكون مقابل الخلع بكل ما صح أن يكون صداقا من نقود أو غيرها المهم أن يكون مباح شرعا (المادة 14 ق.أ)، وهذا المقابل يمكن أن

يكون من النقود والأوراق المالية المتداولة داخل الوطن كما يمكن أن تكون من النقود والأوراق المالية المتداولة خارج الوطن[1].

وقد يكون أشياء مقومة بمال كالذهب بشرط أن يكون الشيء موجودا وقت عرضها للإيجاب وقد يكون شيء مستقبلي (المادة 92 ق.م) ويجب أن يكون الشيء مقابل الخلع معينا أو قابل للتعيين (المادة 94 ق.م) وأن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة (المادة 96 ق.م).

ويلاحظ أنه لا يصح بدل الخلع في حالتين[2]:

1)-إذا كان المسمى مالا غير متقوم فإذا سمت الخمر مثلا على أنه بدل خلع فإن

خالعها على ذلك وقع الطلاق و لم يثبت البدل لأن المسلم ليس له أن يطالب بالخمر إذا هو في حقه غير متقوم.

2)-إذا شمل بدل الخلع اعتداء على حق الصغير فإذا كان بدل الخلع أن يبقى الولـــد تحت يدها إلى أن يبلغ ولو تجاوز سن الحضانة فإن كان ذكرا لا يصح هذا البدل وإن كانت انثى يصح لأن بقاءها في يد أمها حتى تبلغ ليس فيه ضرر لها.

إذن فالخلع قد شرع لمصلحة الزوجة بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر مقابل مال تدفعه للزوج يتفقان على مقداره في جلسة الحكم وفي حالة عدم الإتفاق على ذلك يتدخل القاضي لحسم الخلاف القائم وذلك بتحديده شريطة أن لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم.

وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/04/22 جاء فيه " من المقرر فقها أنه في حالة الإتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشتراط الزوج خلعا قدره 50 ألف دج، رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبـــــها له معا "

المحكمة العليا: قرار بتاريخ 1985/04/22 ملف رقم 38341 نشرة القضاة عدد 94 ص 190.

كما يجب أن نشير إلى أنه لا يسقط مقابل الخلع النفقة الواجبة على الزوج في حالة العدة ولا يجوز الخلع على أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها لأبيه لأن هذا الحق للولد وبقاؤه عند أمه أنفع له.

[1] – عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى 1986، دار البعث.، ص 217.

[2] – عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1984، دار الفكر العربي. ص 302.

وقد طرح إشكان يتعلق بمدى اشتراط رضا الزوج في الخلع من عدمه ؟

وهنا قد انقسم موقف المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول:

يرى بأن الخلع لا يكون صحيحا إلا إذا رضي الزوج به وهناك قرارات عديدة للمحكمة العليا تشترط رضا الزوج حتى يقع الخلع ومنها القرار المؤرخ في 1988/12/21 جاء فيه " من المقرر فقها وقضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالفة للزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه وبما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق و لم يكن لها سبب أظهرت إستعدادها لمخالفة زوجها دون أن يحدد ذلك قبول من هذا الأخير فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك إستوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة " [1].

نفهم من خلال هذا القرار أنه كان يشترط لصحة الخلع رضا الزوج أي بمفهوم المخالفة أنه إذا لم يرض الزوج بذلك فلا يقع الخلع رغم أن الزوجة أصبحت لا تطيق العيش معه وهذا غير منطقي لأن الخلع شرع أصلا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة وذلك لتمكينها من طلب التطليق من الزوج الذي أصبحت لا تحتمله وخافت من أن تقع في الحرام.

الاتجاه الثاني :

يرى عكس ذلك بحيث لا يشترط لصحة الخلع رضا الزوج وإنما يكفي عرض الزوجة لمقابل الخلع وفي هذا الشأن صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا تقضي بذلك منها القرار المؤرخ في 2000/11/21 الذي جاء فيه " المبدأ: أن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك منعا للإبتزاز والإستغلال بين الزوجين " [2].

وفي نفس السياق صدر قرار آخر جاء فيه " إن الخلع يحكم به القاضي دون إشتراط رضا الزوج وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل " [3].

يفهم من خلال هذين القرارين بأن المحكمة العليا تراجعت عن موقفها السابق وأصبحت لا تشترط لصحة الخلع رضا الزوج فبمجرّد أن يتفقا الطرفين على الخلع فإنه يقع، وفي حالة عدم اتفاقهما على المبلغ المالي فإنه يجوز للقاضي المطروحة عليه القضية أن يتدخل لتقديره على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل.

[1] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 88/12/21 رقم الملف51728 م.ق 90 عدد3 ص32.

[2] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 2001/11/21 رقم الملف 252994 م.ق 2001 عدد1 ص 293.

[3] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 1994/04/19 رقم الملف 103793 نشرة قضائية عدد1 ص96.

ورأيي بالنسبة لهذين الاتجاهين فإني أميل إلى الاتجاه القائل بعدم إشتراط رضا الزوج في الخلع على أساس أن الخلع هو حق للزوجة منحته لها الشريعة الإسلامية وكرسه لها القانون فهو بيد الزوجة كما هو الطلاق بيد الزوج وهذا يتأكد من قوله تعالى: " قل تضارهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن ".

كما أنه لو اشترط رضا الزوج لتعسف في ذلك وظلم الزوجة وأبقاها معلقة وألحق بها أضرارا خاصة إذا لم تستطيع إثبات هذه الأضرار من أجل رفع دعوى التطليق.

وفي هذا الشأن يرى الأستاذ زودة عمر بأن الخلع هو حق إرادي للزوجة، وهو قرار ولائي أما تقديره فهو مسألة قضائية.

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة فنجده قد أخذ بالمذهب المالكي بحيث أنه ترك مسألة تحديد مقابل الخلع للطرفين أي لهما كامل الحرية في تقدير المبلغ فإذا تم الإتفاق بينهما فلا يثار هناك أي إشكال، أما إذا لم يتم الاتفاق بينهما على مقابل الخلع فهنا أعطى المشرع الحق للقاضي في التدخل لحسم هذا الخلاف وتقديره شريطة أن لا يتجاوز صداق المثل.

المطلب الثاني : آثـــــــــــــــــــــــــــــــاره

إن المشرع الجزائري لم يتناول الآثار المترتبة عن الخلع إلا أنه يمكن استخلاصها بالرجوع إلى القواعد العامة التي تضمنها قانون الأسرة وكذا من القواعد العامة في الفقه الإسلامي ونشير إلى هذه الآثار بنوع من الإيجاز:

1- في حالة إتفاق الزوجين على مقابل الخلع فإن ذلك يؤدي حتما إلى اسقاط جميع الحقوق القائمة بين الزوجين قبل وقوعه مثل المهر المؤجل والنفقة الواجبة باستثناء حق نفقة العدة فإنها لا تسقط لأنه حق ينشأ بعد حدوث الطلاق ويبقى قائم في ذمة الزوج بحيث يجوز للزوجة أن تطالب به في أي وقت اللهم إلا إذا اتفق الطرفين على الإعفاء منه أو ضمه إلى بدل الخلع[1].

2- كما لا يجوز أيضا أن يتفق الطرفين على أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع وفي حالة حصول ذلك فإن الخلع سيكون صحيحا وملزما أما التنازل عن الحضانة فيكون باطلا لأن هذه الأخيرة هي حق للطفل ولا يمكن التنازل عنها.

3- في حالة ما اتفق الزوجين على أن يكون مقابل الخلع هو التزام الزوجة بالانفاق على أولادها مدة محددة ثم خلال تلك الفترة وقعت في اعسار فإن حق النفقة تنتقل إلى الأب على أن يكون ذلك دينا في ذمتها تسدده حين يسارها وإذا توفيت فإن له الحق في الرجوع على تركتها إن كانت قد خلفت ما يورث.

[1] – عبد العزيز سعدج ، المرجع السابق ، ص 130

4- من آثار الخلع أيضا أنه يتم التفريق بين المتخالعين فورا بحيث هناك من اعتبر أن الخلع فسخا لعقد الزواج وليس طلاقا وهذا ما جاء به المذهب الحنبلي في حين المذهبين المالكي والحنفي فإنه يعتبر الخلع طلاقا بائنا بدليل أن الهدف من وقوعه هو درء الضرر عن الزوجة.

5- الخلع هو رخصة منحها المشرع للزوجة التي أصبحت لا تطيق العيش مع زوجها من أجل التخلص منه لكن بشرط أن تدفع له مقابل مالي.

المبحث الثالث: إجراءات التقاضي في دعاوى الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري رغم معالجته للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنظمة للأسرة وأحكامها إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب إتباعها في حالة إثارة نزاع بين الزوجين وخاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية الأمر الذي يستوجب معه الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية لمعرفة طرق رفع الدعوى إلى المحكمة وإختصاصها وطرق الطعن في هذه الأحكام وآثارها وهذا ما سنبيّنه في هذا المبحث[1].

المطلب الاول: الإجراءات الخاصة برفع الدعوى وقواعد الإختصاص

1: إجـــــــراءات الدعـــــــوى

أ- شروط قبول الدعوى

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخاصة المادة 13 منه التي تشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة أن ترفع من شخص له صفة وأهلية ومصلحة في ذلك.

كما نصت المادة 5 من القانون رقم 63-224 الصادر بتاريخ 1963/06/29 بأنه لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج، وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد زواج مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية.

ومن تحليل أحكام هذين النصين يتبين بأنه يجب على الزوجة قبل أن تعرض النزاع على المحكمة المختصة أن تتوفر فيها الشروط العامة المتمثلة في الصفة والأهلية وأن تكون لها مصلحة في ذلك، كما يجب توفر هذه الشروط في المدعي عليه كون أن الدعوى لا ترفع إلا من ذي صفة على ذي صفة.

وبالإضافة إلى هذه الشروط العامة الواجب توفرها لرفع ي دعوى قضائية فهناك شرط خاص يجب توفره في دعاوى التطليق والخلع وهو أن تقدم الزوجة رفقة العريضة الإفتتاحية نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية بالبلدية لم يمض على إستخراجها أكثر من عام وذلك لإثبات العلاقة

[1] - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 246

الزوجة القائمة بين الطرفين وهذا يمكن إعتباره شرط شكلي وهو إلزامي في كل دعوى . وسنتطرق إلى دراسة هذه الشروط بنوع من الإيجاز:

ب- شرط المصلحة: والمقصود بالمصلحة هنا أن يكون الهدف من اللجوء إلى القضاء هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية أو فائدة عملية مشروعة.

فمثلا: في دعوى التطليق يكون هدف الزوجة من رفع هذه الدعوى هو الحصول على حكم يطلقها من زوجها الذي سبب لها ضررا.

ج- شرط الصفة:

والمقصود بالصفة أنه يجب أن يكون كلا من الزوجين يتمتعان بصفة التقاضي بحيث يجب أن تكون المدعية هي الزوجة والمدعي عليه هو الزوج بحيث لا يمكن رفع الدعوى من أب الزوجة أو أخيها كما لا يمكن أن ترفع على أب الزوج أو أخيه بحيث إذا حصل ذلك فلا تقبل الدعوى لإنعدام الصفة، إلا أنه يمكن رفع الدعوى من طرف الممثل القانوني للزوجة كالمدافع القضائي أو المحامي أو الولي بالنسبة لمن لم يبلغ سن الرشد المدني.

د- شرط الأهلية :

والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية التقاضي أمام المحكمة بحيث يجب أن يكون كلا من الزوجين يتمتعان بأهلية التقاضي(19سنة) وذلك حسب المادة 40 ق.م وأن يكونا متمتعين بقواهما العقلية لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقبل أية دعوى من أو على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني[1].

وفي هذا المجال يمكن طرح إشكال يتعلق بحالة ما إذا تزوجت المرأة عن طريق الإذن من القضاء أي كانت تبلغ 17 سنة من العمر وبعد عدة أشهر من ذلك أرادت رفع دعوى تطليق أو خلع فهل تقبل دعواها رغم أنها لم تبلغ سن الرشد أم يجب رفع دعواها باسم وليها وبتعبير آخر فهل الزواج يمنح الزوجة أهلية التقاضي ؟ حسب رأيي هناك حلين:

الحل الأول :

ما دام أنه لا يوجد نص صريح يحل هذا الإشكال فإنه يجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة وبالأخص المادة 40 من ق.م التي تحدد صراحة أهلية التقاضي ب 19 سنة كاملة وطالما أن الزوجة لم تبلغ هذا السن فإنه لا يجب عليها رفع هذه الدعوى باسمها وأنما باسم وليها.

الحل الثاني :

[1] - وهبة الزحيلي ، الفقة الاسلامي وأدلته ، طبعة خاصة بالجزائر ، دار الفكر ، ة1413 هـ ، ج7 ، ص 483

ما دام أن المشرع قد نص في المادة 7 من ق.أ على أن تكتمل أهلية المرأة فـــــي الزواج ببلوغها 18 سنة أي بمعنى تستطيع أن تبرم عقد الزواج الذي تترتب عنه نتائج خطيرة فمن باب أولى تستطيع أن ترفع دعوى أمام القضاء.

وحسب إعتقادي فإن الرأي الأول هو الأرجح بدليل أنه لاستثناء إلا بنص صريح وطالما أنه لم ينص المشرع على ذلك في قانون الأسرة فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة وخاصة المادة 40 ق.م التي تحدد أهلية التقاضي ب 19 سنة كاملة.

ومن ثم فإذا رفعت الزوجة دعوى وهي لم تبلغ هذا السن فإنه يحكم لها بعدم قبول الدعوى.

و-شرط تقديم نسخة من عقد الزواج :

ويعتبر هذا الشرط من الشروط الخاصة التي تتطلبها إجراءات رفع دعوى التطليق والخلع لأنه يعتبر الدليل الفعلي على وجود زواج رسمي بين هذين الزوجين المتنازعين وهذا يعني أنه إذا أرادت الزوجة أن ترفع دعوى التطليق ضد زوجها فإنه يتعين عليها أن تقدم إلى المحكمة رفقة عريضة إفتتاح الدعوى نسخة من عقد الزواج و إلا حكم لها بعدم قبول الدعوى، لأن نسخة عقد الزواج تبين صفة الزوجين وتمنح لهما الحق في اللجوء إلى القضاء.

كما نلاحظ أنه يجب لكي تقبل دعوى الزوجة ألا يكون قد سبق وأن حكم في موضوع نزاعها ولنفس الأسباب لأنه إذا كان قد صدر حكم في ذلك ودفع الزوج بسبق الفصل فإن القاضي يحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها كما يجب أن لا يكون قد وقع صلح بين الطرفين أو إتفقا على التحكيم بشأن موضوع النزاع.

2- إجراءات الصلح والتحكيم

إجراءات الصلح والتحكيم هي من المسائل الهامة التي تعرضت لها قوانين الأحوال الشخصية وخاصة منها في البلدان العربية والإسلامية وقد جاء النص على هذه المسألة في القرآن الكريم وذلك بقوله في سورة النساء " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما، إنّ الله كان عليما خبيرا"[1]

أ-إجراءات الصلح :

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء في المادة 49 ق.أ بقوله " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر ".

[1] - سورة النساء الآية 35.

ويتبين من خلال هذه المادة أنه لا يمكن وجود الطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، ويتم إجراء الصلح باستدعاء القاضي للزوجين المتنازعين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط وذلك في جلسة سرية التي يحاول من خلالها أن يجمع شمل الزوجين ويبين لهما محاسن المحبة والتفاهم ويصلح بينهما فإذا نجح في ذلك فينبغي عليه أن يحرر محضرا بما تصالح عليه الزوجان، أما إذا فشل في ذلك فيحرر أيضا محضر عدم الصلح ويحيل الأطراف إلى جلسة علنية من أجل النطق بالطلاق خلعا أو بالتطليق.

وإجراء الصلح قد أثار إشكالا يكمن في هل أنه إجراء إجباري يترتب على عدم احترامه بطلان الإجراءات أم أنه إختياري يجوز الإستغناء عنه ؟

وفي هذا الشأن صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا تعتبر فيها أن إجراء الصلح هو إجراء إجباري وعدم إحترامه يعتبر خطأ في تطبيق القانون منها القرار المؤرخ في 1991/06/18 الذي جاء فيه أنه " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا فـــي تطـــبيق القانون" [1].

وهناك قرار آخر مؤرخ في 1994/01/18 " إن الحكم بفك الرابطة الزوجية لا يصدر إلا بعد إتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملا بأحكام المادة 49 ق.أ " [2].

ومن خلال هذين القرارين نستنتج بأن إجراء الصلح هو إجراء إجباري يتعين القيام به في أي طريقة من طرق إنحلال الرابطة الزوجية على أساس أن القاعدة المنصوص عليها في المادة 49 ق.أ هي إجرائية وشكلية لا يقوم عليها أي إستثناء [3].

ب-إجراءات التحكيم :

التحكيم منصوص عليه في المادة 56 ق. بقولها " إذا إشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي حكما من أهل الزوج وحكمـــا

من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

[1] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 91/06/18 ملف رقم 75141 ص75.

[2] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 94/01/18 ملف رقم 96688 ص80.

[3] – الغوتي بن ملحة: محاضرات في قانون الأسرة ألقيت على طلبة السنة الأولى لسنة 2004.

فقانون الأسرة لم يوضح جليا بعض المسائل منها كيفية تعيين الحكمين فهل يتم تعيينهم بأمر كتابي أو شفهي ومتى نلجأ إلى هذا الإجراء أبعد فشل محاولة الصلح أو أثناء إجراءات الصلح وكذلك لم يتطرق إلى حالة ما إذا رفض الزوجان مبدأ التحكيم أو لم يجد من يقبل التحكيم فماذا يمكن أن يفعله القاضي ؟

فلم يتطرق المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توفرها في الحكمين ولذلك علينا الرجوع إلى الفقه الإسلامي حيث حصرها الفقهاء في الإسلام والتكليف والعدالة والذكورية وفهم المقصد للذي وجه إليه[1]، و الحكم الذي يباشر هذه المهمة لا يكون حكما ناجحا إلا إذا توفرت فيه هذه الشروط.

فرغم أن هذا الإجراء هو قليل العمل به في الجهات القضائية إلا أنه وحسب ما اطلعنا عليه في محكمة بشار فإن تعيين هذين الحكمين يكون بناء على أمر كتابي من القاضي المكلف بالأحوال الشخصية على أن يراعي في إختيارهما درجة القرابة من كلا الزوجين كأن يكون الجد أو العم أو الخال أو الأخ وفي هذا الشأن ذكر الدسوقي أنه لا يجوز بعث أجنبين مع وجود الأهل أما فيما يخص المهلة الممنوحة لهما للقيام بهذه المهمة فحسب نص المادة هي شهرين.

وتنحصر مهمتهما اساسا في التعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين ثم بذل قصارى جهدهما في رفع هذا الخلاف والشقاق وزرع الإئتلاف والوفاق بينهما واستعمال كل ما يؤدي إلى عودة الصفاء والمودة بينهما.

وبعد إنتهاء المحكمين من هذه المهمة فعليهما أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما بحيث يقدم على نسختين الأولى توضع بالملف والثانية بكتابة الضبط لإطلاع الطرفين عليهما وعلى القاضي أن يأخذ بعين الإعتبار ما هو مدون في هذا التقرير وأن يحكم بمقتضاه. وتستند هذه الأحكام المستمدّة من الفقه المالكي إلى قوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا " [2] .

من خلال هذه الآية نفهم بأن الله تعالى شرع التحكيم كإجراء وقائي يلجأ إليه قبل وقوع الكارثة وهي التطليق أو الخلع أو الطلاق وما ينجم عنهم من آثار سلبية وخطيرة.

ونذكر كذلك أنه بالرغم من أن القانون لم يوضح متى يلجأ إلى التحكيم أبعد فشل محاولة الصلح أم أثناء إجراءات محاولة الصلح فإنه قد جرى العمل على أن تتم هذه الإجراءات

أثناء محاولة الصلح وهذا فيه فائدة كبيرة جدا بحيث يمكن أن يأتي بنتيجة إيجابية لأننا نكون أمام إجرائين في نفس الوقت وهذا يمكن أن يؤثر على الزوجين ويقع الصلح بينهما.

[1] – عبد المؤمن بلباقي : التعريف القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي الطبعة سنة 2000، شركة دار الهدى. ص 120.

[2] – سورة النساء الآية 35.

فبالنسبة لطبيعة التحكيم فإنه وإن كان جوازي في المواد المدنية فإنه إجباري في مسائل أحوال الشخصية ولاسيما فيما يتعلق بدعاوى الطلاق إلا أنه لا يعمل به في الميدان العملي إلا نادرا وهذا راجع لكون أن القضاة لا يريدون إطالة الإجراءات ويكتفون بالصلح فقط وذلك من أجل التخلص من الملفات بسرعة.

ج- قواعد الإختصاص وكيفية تسيير الجلسة

تختلف المحكمة المختصة بالفصل في القضايا التي تنشأ بين الزوجين المتخاصمين وذلك حسب إختلاف موضوع الطلب المقدم للمحكمة فقد نصت المادة 40 فقرة 2 ق.إ.م إ على أن المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الطلاق (وتشمل التطليق

والخلع) ودعاوى الرجوع إلى محل الزوجية هي [1].

أما بالنسبة لتسيير جلسة الأحوال الشخصية فهي عادية ولا تختلف عن الجلسات الأخرى والإختلاف الوحيد يكمن في أنه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما في جلسة سرية لا يمكن حضورها إلا الطرفين والقاضي وأمين الضبط كما يمكن للقاضي ومن تلقاء نفسه أن يجعل الجلسة سرية إذا رأى ضرورة لذلك.

بعدما يقوم كاتب الضبط بتسجيل القضية في السجل الخاص وبعد تعيين تاريخ الجلسة الأولى فيحضر الزوجين في هذا اليوم إما شخصيا أو عن طريق ممثليهما القانونيين ويشرح كل واحد منهما طلباته ومزاعمه بالإثبات والأدلة.

وفي حالة عدم حضور المدعي أو وكيله للجلسة الأولى رغم تبليغه شخصيا بتاريخ الجلسة فإن على القاضي أن يحكم بشطب الدعوى .

كما يجوز لكل من الطرفين أن يحضروا شهودهم إلى المحكمة ويقدمهم مباشرة للقاضي أثناء الجلسة. فيبدأ القاضي أولا بسماع المدعي الذي يعرض طلباته إلى المحكمة مع تقديم أدلته وبعد الانتهاء من ذلك يعطي الكلمة للمدعي عليه للرد على طلبات المدعي وذلك بتقديم دفوعه

هذا من الناحية القانونية لكن وما جرى عليه العمل في الميدان أن القاضي يكتفي بالعرائض المقدمة له فقط أي يبادل الأطراف العرائض للرد عليها وكفى.

[1] – المحكمة العليا قرار مؤرخ في 88/06/06 ملف رقم 49091 (غير منشور). وبعد ذلك يمنح الكلمة إلى محامي المدعي ثم محامي المدعي عليه قبل إقفال باب المرافعة.

وبناء على ما تقدم يمكن أن نستخلص بأن قانون الأسرة لم يتطرق إلى إجراءات رفع الدعوى وهذا ما يعاب عليه بحيث كان عليه أن يتضمن أجراءات خاصة به توجه القضاة والمتقاضين إلى معرفة إجراءات المحاكمة وإجراءات التقاضي التي يجب عليهم مراعاتها ولهذا يجب علينا الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية لمعرفة هذه الإجراءات بحيث نجد المادة 12 منه نصت على طريقتين لرفع الدعوى أمام المحكمة الأولى تكمن في رفع عريضة مكتوبة لدى أمانة ضبط المحكمة والتي يجب أن تتضمن جميع المعلومات الخاصة بهوية المدعي والمدعي عليه وكما يجب أن تكون موقعة ومؤرخة وأن يحدد فيها موضوع الطلبات تحديدا كافيا نافيا للجهالة مع ذكر مبررات وأسباب هذه الطلبات.

والثانية تتمثل في رفع دعوى عن طريق التصريح الشفهي ويكون ذلك بحضور المدعية أمام رئيس أمناء الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط وتصرح له شفاهة بموضوع الدعوى وتطلب الحكم لها بالتطليق أو الخلع وتدعم طلباتها بمستندات ووثائق تثبت ذلك بالإضافة إلى ذكر هويتها كاملة.

وبعد ما يتلقى أمين الضبط تصريحاتها فإنه يقوم بتحرير محضر بذلك ويقدمه لها للتوقيع عليه وإذا كانت لا تحسن التوقيع فيجب ذكر ذلك في آخر المحضر ويصبح هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة الإفتتاحية[1].

المطلب الثاني: أثار الأحكام الصادرة بالخلع وطرق الطعن فيها

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

1- الأحكام الصادرة بالخلع

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

أ- طبيعة هذه الأحكام

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

[1] - عمر زودة: المرجع السابق ص 98.

-الحكم الملزم :

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

-الحكم المقرر:

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

والأحكام المقررة لا يساهم القضاء إلا في الكشف عنها وتقريرها، والدعوى التقريرية لا تواجه إعتداء ظهر في شكل مخالف للإلتزام لأن الحق أو المركز القانوني لا يقابله إلتزام وإنما يواجهه مجرد إعتراض.

-الحكم المنشئ :

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

وتختلف الأحكام التقريرية عن الأحكام الإنشائية في كون أن الأولى تكون فيها السلطة التقديرية للقضاء محدودة، بينما في الأحكام الإنشائية تكون السلطة التقديرية للقضاء أوسع.

ونستخلص من كل ما سبق أن القضاء الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية سواء تعلق الأمر بالطلاق أو بالتطليق أو الخلع هو قضاء منشئ بحيث تترتب عنه إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج [1].

وبعد معرفة أنواع الأحكام القضائية فإننا نقوم أولا بدراسة الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالتطليق وثانيا الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالخلع.

[1] - زودة عمر المرجع السابق ص 117.

ب–الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالخلع :

لقد جعلت الشريعة الإسلامية مركز الزوجة مساويا بمركز الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بحيث منحتها حقا إراديا في التفريق لقاء بدل تدفعه للزوج إذا لم تستطيع أن تثبت إخلال الزوج بأحد إلتزاماته، أما إذا تمكنت من إثبات ذلك فيفرق بينهما بدون دفع أي مقابل.

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

ج– آثار الحكم بالخلـــــــــــع

إن أثار الحكم بالخلع هي نفسها أثار الحكم بالتطليق مع إختلاف بسيط يكمن في

أن التعويض في الخلع يكون من طرف الزوجة وهذه الآثار تكمن فيما يلي : نفقة العدة، نفقة الإهمال، حق الحضانة، حق طلب أجرة الحضانة، طلب السكن لممارسة حضانة الأولاد، وحق الزيارة، وسنتعرض لهذه الآثار بنوع من الإيجاز :

– نفقة العدة:

فالعدة هي المهلة أو المدة التي منحتها الشريعة وكذا القانون للزوجة المطلقة أو المتوفي عنها زوجها أو الحامل أو المفقود عنها زوجها أن تتربص بها ولا يمكن لها أن تتزوج خلال هذه المدة إلا بعد انتهائها، وقد نص المشرع في المادة 58 ق.أ " على أن تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" وأضافت المادة 60 ق.أ " عدة الحامل هو وضع حملها وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق "، والهدف من العدة هو إستبراء الرحم.

كل مطلقة معتدة تستحق نفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها ويجب على المطلق أن يتحمل نفقة العدة وعلى المحكمة أن تحددها سواء شهريا أو إجماليا ولكن في الميدان العملي فإنها تحدد إجماليا وعلى القاضي أن يراعي عند تقديرها حال الطرفين.

[1] Docteur Ghaouti Ben Melha, le droit algérien de la famille, office des publications – universitaires 1993

– الحضانـــــــــــة:

لقد نص عليها المشرع في المادة 62 ق.أ بقوله أن " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا "، وقد جعل المشرع الجزائري حضانة الصغير في مرحلة الطفولة من شؤون النساء بحيث نصب المادة 64 ق.أ على أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك.

وقد أعطى المشرع حق الحضانة للنساء أصلا لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به.

كما إشترط المشرع توافر شروط معينة في الحاضن وتتمثل في العقل، البلوغ، القدرة، الأمانة والإستقامة وأن تكون قريبة للطفل[1].

كما نصت المادة 65 من ق.أ على مدة الحضانة بحيث تنقضي مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات وبالنسبة للأنثى ببلوغها سن الزواج ويمكن للقاضي تمديد مدة الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة، بشرط عدم زواج المرأة ثانية.

– نفقة المحضون وسكنه:

فقد تضمنتها المادة 72 ق.أ بحيث جعلت نفقة المحضون وسكناه من ماله الخاص إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته.

وتكون هذه النفقة شهرية حسب مقدور الأب وتسري إبتداء من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا.

– نفقة الإهمال :

لقد أقرت المادة 74 ق.أ أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها بحيث إذا لم يقم الزوج بالإنفاق على زوجته فإنه يحق لها طلب نفقة الإهمال التي تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالتطليق أو الخلع وللقاضي سلطة تقديرمبلغ نفقة الإهمال شهريا مراعيا في ذلك حال الزوجين.

[1] – محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري ، دار الوعي ، الجزائر ، 2012 ،/ ص 187

– حق الزيارة :

فعلى القاضي عند منح حق الحضانة للأم أو لأي شخص آخر من الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 64 ق.أ أن يحكم بحق الزيارة للأب مع تحديد أيام وساعات الزيارة حتى لا يقع خلاف بين المطلقين حول حق الزيارة وأيامها.

–النزاع حول متاع البيت :

لقد جاءت المادة 73 ق.أ كل النزاع القائم بين المطلقين حول متاع البيت بقولها أنه "إذاوقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركـــات بينهما يتقسماها مع اليمين ".

نفهم من هذه المادة أنه إذا تنازع الزوجان أو ورثتهما و لم يكن لديهما أي دليل فالقول للزوجة أو ورثتها مع تأدية اليمين وذلك في المتاع المتعلق بالنساء، أما ما يتعلق بالرجال فالقول للزوج أو ورثته مع تأدية اليمين، أما ماهو مشترك بينهما فيتم تقسيمه بينهما مناصفة بعد أداء اليمين لكل واحد منهما على أنه ملكه.

أما إذا أنكر أحد الزوجين أن ما يدعيه الطرف الآخر من أثاث غير موجود فعلى الطرف الذي يدعي وجود ذلك فعليه إثبات ذلك بكل وسائل الإثبات المقررة في القانون المدني.

ويمكن طرح التساؤل التالي: هل يمكن تعويض الزوجة عند الحكم لها بالتطليق؟ بالنسبة لتعويض المطلقة (نفقة المتعة) فقد اختلف موقف المحكمة العليا بشأنه.

بحيث هناك إتجاه يرفض تعويضها على أساس أن التعويض يكون في حالة ما إذا طلقها الزوج طلاقا تعسفيا ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته وذلك أخذا بالمادة 52 ق.أ ويعتبر الحكم بالتعويض في حالة التطليق فهم خاطئ للقانون [1]حيث جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 86/05/05 " إن المبدأ الذي إستقر عليه الإجتهاد القضائي أن الزوجة التي تطلب الطلاق لا يمنح لها التعويضات ومن ثم فإن المحكمة العليا بعد المداولة القانونية قررت نقض القرار المطعون فيه نقضا جزئيا في التعويض دون إحالة " [2].

لقد جاء في القرار أن الزوجة تطلب الطلاق في حين الأصل أن الزوج هو الذي يطلب الطلاق بينما هي تطلب التطليق.

[1] – العربي بلحاج: المرجع السابق ص 308

[2] – المحكمة العليا: قرار بتاريخ 86/05/05 ملف رقم41104 (غير منشور).

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 89/03/27 جاء فيه " من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون "، في حين هناك إتجاه آخر يرى بـــأنه " يحق للقاضي تعويض المطلقة إذا ألحقت بها أضرار واستندوا في ذلك على المادة 55 ق.أ على أنه " في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ".

وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه ومتعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبـــــر

الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام الادة 55 ق.أ قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن " [1].

وحسب إعتقادي الشخصي فإن الموقف الممكن ترجيحه هو الموقف الثاني لأن المـــادة 55 ق.أ هي واضحة بحيث تجيز للقاضي الحكم بالتعويض للطرف المتضرر دون أن تبين الطريقة التي إنحلت بها الرابطة الزوجية فسواء كان الطلاق أو التطليق.

ضف إلى ذلك فإن الزوجة قد تضررت من جراء تصرفات زوجها فمن غير المعقول أن نحرمها من التعويض التي هي في أمس الحاجة إليه.

ملاحظة: هناك نقطة يمكن إضافتها بالنسبة للخلع حيث أن التعويض مقابل الخلع تدفعه الزوجة إلى زوجها بعد الإتفاق عليه أو تحديده من طرف القاضي وفي هذا يختلف عن التطليق.

2- طرق الطعن في الأحكام الصادرة بالخلع

إن طرق الطعن الخاصة بالأحكام الصادرة بالخلع هي نفسها طرق الطعن الأخرى الصادرة في المواد الأخرى ومن ثم فإنها كأصل عام تقبل الطعن بالمعارضة والإستئناف وذلك في الجانب المادي فقط كما تقبل الطعن بالنقض. ولهذا يمكن تقسيم طرق الطعن إلى عادية وتشمل المعارضة والإستئناف وطرق غير عادية وتشمل الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر.

[1] - المحكمة العليا: قرار بتاريخ 97/12/23 ملف رقم 181648.

أ- طرق الطعن العادية

إن الأحكام الصادرة في مسائل الطلاق بصفة عامة مثلها مثل غيرها من الأحكام

الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن فيها بالطرق العادية والمتمثلة في المعارضة والإستئناف.

- الطعن بالمعارضة

لا نجد في قانون الأسرة أي نص يستفاد من مضمونه أن أحكام الخلع تقبل الطعن بالمعارضة ولذلك علينا الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وحيث تنص المادة 327 منه على أنه: : تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب ، إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي .

يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون ، ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن ، مالم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولا بالنفاذ المعجل .

وكذلك الإستعانة بالمادة 57 ق.أ.

ولذلك نقول بأنه يمكن المعارضة في الحكم الغيابي القاضي بالخلع ويكون الحكم غيابيا إذا لم يكن التكليف بالحضور قد سلم للشخص الخصم أي أنه قد سلم لشخص آخر كأن يكون أحد أقاربه أو تابعيه أو البوابين أو أي شخص آخر يقيم بنفس المنزل ولذلك فإذا لم يكن قد تسلم ورقة التكليف بنفسه فإن القانون يجيز له المعارضة في الحكم الصادر ضده غيابيا. ويترتب عن المعارضة وقف تنفيذ الحكم المعارض فيه طيلة أجل المعارضة المحددة قانونا وهي 10 أيام بالنسبة لمن يقيم في الجزائر وشهرين بالنسبة لمن يقيم خارج التراب الوطني اللهم إلا قضى الحكم الغيابي بأن يكون التنفيذ معجلا كما يترتب على المعارضة أيضا إعادة النظر في الدعوى من جديد أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المعارض فيه[1].

- الطعن بالاستئناف

الاستئناف هو أحد طرق الطعن العادية يرفع ضد حكم محكمة الدرجة الأولى بقصد تجديد النزاع أمام جهة الدرجة الثانية قصد إلغائه أو تعديله ويجب أن يرفع في مهلة لا تتجاوز شهر من تاريخ تبليغ الحكم إذا كان حضوريا أو من تاريخ انقضاء مهلة المعارضة إذا كان غيابيا.

وبالرجوع إلى نص المادة 48 من ق.أ فنجدها تنص على أن " الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53 و54 من هذا القانون " وتنص المادة 57 ق.أ على أن " الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ".

[1] - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 248

إذن فالمادة الأولى عددت الحالات التي يتم بها انحلال عقد الزواج ومن هذه الحالات حالة الطلاق بإرادة الزوج ثم جاء المشرع في المادة الثانية ونص على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف أي سواء كانت بناء على إرادة الزوج المنفردة او بتراضي الزوجين إذا لو أراد المشرع أن يشمل الحالات الأخرى لما قال "أن الأحكام الصادرة بحل عقد الزواج غير قابلة للاستئناف ومن ثم يمكن القول أن جميع الحالات التي وردت في المادة 48 تخضع لحكم المادة 57 ق.أ ".

وما يمكن استخلاصه في هذا الشأن أن الأحكام الصادرة بالطلاق بناء على إرادة الزوج أو إرادة الزوجين معا لا تقبل الطن بالاستئناف وهذا هو مفهوم المادة 57 من ق.أ، أما الأحكام الصادرة بشأن التطليق والخلع حسب نص المادة السابقة فإنها تكون قابلة للاستئناف لأن المادة 57 ق.أ خصت أحكام الطلاق فقط وبالتالي لا يجب التوسع في شرح مفهوم الطلاق.

وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أن موقف المحكمة العليا بخصوص هذه المسألة قد انقسم إلى اتجاهين: الأول يقبل الطعن بالاستئناف في أحكام التطليق والخلع والثاني لا يقبل الطعن فيها بالاستئناف.

فالاتجاه الأول:

يجيز الطعن بالاستئناف في أحكام التطليق والخلع معتمدا في ذلك على نص المادة 57 ق.أ التي لم تنص صراحة على أن الأحكام الصادرة بالتطليق أو الخلع لا تقبل الاستئناف وطالما أنه لا يوجد نص صريح يستثني ذلك فبمفهوم المخالفة فإنه يجوز استئناف أحكام التطليق والخلع طبقا لمبدأ التقاضي على درجتين وفي هذا الشأن هناك قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 93/04/27 الذي قضى برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 90/06/16 الذي صرح بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتطليق وقد جاء في حيثياته " فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصه ذلك أن المادة 57 من قانون الأسرة فهي لا تجيز الاستئناف في الأحكام بالطلاق والحكم المستأنف لم ينص بالطلاق وإنما بالتطليق " [1].

وهناك قرار آخر يخص الخلع رقم 137761 مؤرخ في 96/04/23 الصادر عن المحكمة العليا التي قبلت فيه الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية، بعضها صدر تأييدا لحكم الدرجة الأولى القاضي بالتطليق بالخلع.

[1] – المحكمة العليا: قرار بتاريخ 93/04/27 ملف رقم 89635.

والإتجاه الثاني :

يعتبر الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف لأن هناك فرق بين الطلاق الصادر بإرادة الزوج والذي لا يقبل الاستئناف تطبيقا لأحكام المادة 57 ق.أ وبين التطليق والخلع الذي تطلبهما الزوجة استنادا إلى أحكام المادتين 53 و54 ق.أ واللذين يقبلان الطعن بالاستئناف.

وفي هذا الشأن صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا التي اعتبرت فيها أن الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف منها القرار المؤرخ في 98/02/17 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية حيث وقع الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر الذي قضى بإلغاء الحكم المعاد و القضاء من جديد بالتطليق فانتهى هذا النقض إلى الرفض.

ب- طرق الطعن غير العادية

يمكن الطعن في الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع بطرق الطعن الغير العادية والمتمثلة في الطعن بالنقض وإلتماس إعادة النظر.

- إلتماس إعادة النظر

إن الأحكام الصادرة من المحاكم أو المجالس التي لا تكون قابلة للطعن فيها بالمعارضة أو الإستئناف يجوز التماس إعادة النظر فيها من جانب من يكون طرفا فيها أو من له مصلحة في ذلك وهذا حسب الأحوال المنصوص عليها في المادة 390 من ق.إ.م إ.

ومن خلال كل ما سبق يتبين بأنه يمكن أن يرفع إلتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة بالخلع ما دام أنه لا يوجد نص يمنع ذلك.

- **الطعن بالنقض:** الطعن بالنقض هو طريق غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة للقانون أو بطلان في الإجراءات ويطعن بهذا الطريق في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم أو القرارات الصادرة من المجالس وذلك طبقا لأحكام المادة 349 ق.إ.م.إ

فالبعض يرى بأنه مادام المشرع قد ذكر في المادة 57 ق.أ بأن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف و لم يذكر بأنها غير قابلة للطعن بالنقض فنفهم من ذلك أن الأحكام الصادرة بالطلاق والأحكام الصادرة بالتطليق والخلع كلها قابلة للطعن فيها بالنقض مادا لم يوجد نص صريح يمنع ذلك.

إلا أنه وحسب رأيي وعملا بالمادة 57 ق.أ وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام فإن أحكام الطلاق تقبل الطعن بالنقض لأن المشرع ذكر غير قابلة للإستئناف فقط بحيث كان عليه أن يضيف غير قابلة للطعن بالنقض.

وعلى الطرف الذي يريد أن يطعن بالنقض أن يرفع طعنه خلال أجل لايتعدى شهرين إبتداءا من تاريخ تبليغه للحكم أو القرار المطعون فيه.

ويتبين مما تقدم أن الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع تقبل الطعن بالنقض ما دام لم يوجد نص خاص يقضي بخلاف ذلك[1].

[1] – عائشة عمران ، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري ، ط1 ، مطبعة رويغي ، الجزائر ، 2009 ، ص 6.7

خلاصة الفصل

إن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان وأي إخلال بهذا المبدأ أو أي عدول من الزوج عنه قد يلحق بالزوجة ضررا أيّا كان نوعه , المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05/02 يتعارض مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للخلع حيث إعتبره طلاقا إلا أنه هناك إختلاف في الشريعة حول إعتبار الخلع فسخ أم طلاق، ومن ثم كان لازما التطرق لهذه الجزئيات أو المسائل التي أهملها المشرع الجزائري أو لم يفصل فيها بالقدر الكافي .

الخاتمة

الخاتمة:

إن كان توفيق فمن الله وإن كان العجز من أنفسنا والشيطان ، وصلى اللهم على سيدنا وحبيبنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

رغم أن حق المرأة في خلع زوجها كفله الإسلام منذ قرون، إلا أن أغلب الجزائريات كن يجهلن ماهية الخلع لعدم حاجتهن إليه ربما في السابق. أما اليوم فكلهن يعرفن جيدا حقهن في الخلع إذا ما استحالت العلاقة الزوجية . إلى درجة صار هذا الأخير ورقة في أيدي النساء تلوحن بها من حين لآخر تماما كما يفعل الرجال دائما بسلطة العصمة والطلاق.

وإذا كان حدوث الطلاق مرهون بأسباب مقنعة في نظر الشريعة وأمام القانون، لخلع أيضا أسبابه وحيثياته المرتبطة أساسا بوقوع الضرر الذي لا تطيق المرأة تحمله. هنا يمنحها الإسلام ورقة الخلاص بأن تدفع للرجل فدية مقابل الخلع فلا جناح عليهما فيما افتدت به.

وقد ارتفعت حالات الخلع في الجزائر خلال السنوات الأخيرة بشكل جنوني، حيث ازدادت الحالات التي تسجلها المحاكم الجزائرية سنويا حسب إحصائيات وزارة العدل مما يعكس تدهور منظومة الزواج والأسرة بشكل عام في بلادنا. إذ بعد أن كانت الجزائريات من أحرص النساء في الحفاظ على عش الزوجية من الانهيار، تكتظ قاعات المحاكم اليوم بالآلاف من طالبات الخلع من أزواجهن بأي ثمن كان.

فالكثير من النساء قررن التخلص من ميثاق الزواج بمحض إرادتهن، الأمر الذي تعتبره الكثير من الجزائريات والحقوقيات خاصة بمثابة نقلة نوعية في تاريخ النساء الجزائريات ومكسبا يكفله قانون الأسرة صراحة إذا ما تعنت الرجل في منح المرأة الطلاق، أو تركها معلقة كما كان يحدث في الماضي كنوع من العقاب لها فيه استغلال غير مقبول للعصمة التي منحها له المشرع.

لكن المشكل الذي يثار في هذه الحالة هو التماطل الذي يحدث بعد صدور الحكم القاضي بالخلع في انتظار توثيق الطلاق النهائي الذي يبقى مرهونا بعدم طعن الأزواج فيه، مما أدى إلى معاناة نسبة معتبرة من السيدات اللائي حصلن على أحكام بالخلع أو التطليق يعتبرها المشرع نهائية لكنها تبقى معلقة، حيث يصطدمن حين التوجه لتسجيلها بالرفض و الإقصاء طالما لم تتمكن من إحضار وثائق رسمية تثبت عدم الطعن أمام المحكمة العليا من طرف الأزواج، و اعتبر هذا الشرط منافيا للمادة 57 ويجعل حق المرأة في إنهاء

الزواج عبارة عن حق مؤقت قابل للانتزاع و التعليق. كما أنه يفتح أمام الرجل المخلوع أو المطلق سبل الانتقام والتعسف باستعمال الطعن كورقة ضاغطة لمضاعفة الألم والمعاناة.

في أهمِّ النتائج التي نخلص إليها من البحث:

فبعد أن وفَّقنا اللهُ لإنهاء هذا البحث يمكننا أن نبرزَ في هذه الخاتمة أهمَّ النتائج التي توصَّلْنا إليها من البحث، ونعرضها فيما يلي:

اولا:

أن أحكامَ الخُلْع موجودةٌ ومعروفة في الفقه الإسلامي منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام، وقد تعرَّض الفقهاء المسلِمون لهذا الموضوع بالتناول والتفصيل لجميع جوانبه، وأنهم – وإن لم يُفرِدوا له مصنَّفًا مستقلاً فيما نعلم – خصُّوه بفصول وأبواب مطوَّلة في مصنَّفاتهم العامة وموسوعاتهم الفقهيَّة

ولعل ذلك يرجعُ إلى منهجِ التصنيف الذي كان سائدًا لديهم، والذي لا يقوم – في أغلب الأحيان – على التخصُّص بقدر ما يقوم على صناعةِ الموسوعات، ووَضْع الكتب الأمَّهات التي تحوي أبوابَ الفقه المختلفة.

ثانيًا :

أن أحكام الخُلْع في الفقه الإسلامي جاءت في كثيرٍ من الأحيان مختلطةً ومتداخِلةً مع أحكام الطلاق، سواءٌ من حيث موضعُها في كتب وأبواب الفقه، أو من حيث استصحاب أحكام الطلاق عند تناول أحكام الخُلْع.

حتى جرَتْ كلمة الفقهاء على أنه: "مَن صحَّ طلاقُه، صحَّ خلعُه."

ولعل السبب في ذلك هو كون كل منهما نوعًا من أنواع الفُرقة، مما يجعل التشابهَ واردًا في الكثيرِ من أحكامها.

ثالثًا:

أن جمهورَ الفقهاء يرَوْن مشروعية الخُلْع كنوعٍ من أنواع الفُرْقة بين الزوجين، وأن لمشروعية الخُلْع حِكمةً جليلة؛ إذ يُتوقَّى به التعدِّي لحدود الله التي حدها للزوجين، من حُسن المعاشرة، وقيام كل منهما بما عليه من واجباتٍ للآخر.

وهو من روائع التشريع الإسلامي الذي لم ينتقص مِن قدر المرأة، ولم يُكبِّلْ إرادتَها وحريتها، بل أعطاها الحقَّ في طلب الخُلْع لإزالة الضرر الذي يلحَقُها بسوء العُشرة والمقام مع مَن تكرَهُه وتُبغِضُه .

رابعًا:

أن الخُلْع – لأهميته – يحتاجُ إلى اللفظ، فلا بد من إيجاب وقَبول بين الزوجين، وليس للزوجين أن يشترطَا في الخُلْع ما ينافي مقصوده؛ كاشتراط الزوجِ أن يكون له حق مراجعة زوجته أثناء عدتها، وأن الإشهادَ على الخُلْع مطلوب شرعًا؛ لتحقيقِ العلانية، ودَرْءِ التراع والخلاف عند الجحود والنكران، ولِما فيه من ترَوٍّ قبل إيقاع الفُرْقة بين الزوجين، كما أن الخُلْع يجوز التوكيل فيه لكلا الزوجينِ، على ألا يتجاوز الوكيل حدودَ وَكالته، وأن يتحرَّى مصلحة موكِّله، ولا يصح الخُلْع من أجنبي؛ لسد الذرائعِ، حتى لا تكون الأسرةُ المسلمة عُرضةً للصفقات والمساوَمات.

خامسًا:

أنه إذا كان الخُلْع مشروعًا، فإن تقاضي الزوجِ للعِوَض يكونُ مشروعًا كذلك، وقد نص العلماءُ على أن ما صحَّ أن يكون مهرًا في النكاح، صحَّ أن يكون عِوَضًا للخُلع، سواءٌ أكان مالاً معلومًا، أو منفعة مقدَّرة بمال.

وقد اختلف العلماء في قدر العِوَض الذي يجوز للزوج أخذُه، فأجاز بعضُهم أن يكون العِوَض بردِّ الصداق الذي دفَعه الزوج لزوجته، أو بعضه، أو ما يزيد عليه، وذهب فريقُ آخرُ إلى أنه لا يجوز للزوج أن يأخذَ أكثرَ مما أصدَق زوجتَه به، وقد رجَّحْنا هذا الرأيَ الأخير.

سادسًا:

أن الأصل في طَرَفَيِ الخُلْع أن يكونا على إرادةٍ سليمة ورضاءٍ كامل عند إيقاع الخُلْع؛ إذ إنه يقعُ بالتراضي بين الزوجين.

فلا يصحُّ أن يسيءَ أحد الطَّرَفين للآخر بقصد إيقاع الخُلْع؛ كأن يسيءَ الرجلُ لزوجته لكي تفتديَ نفسها منه، وكذا لا يُكرَه الزوجُ على إيقاعه إلاَّ أن يكون هذا الإكراه بالحق؛ كأن يرى القاضي تعسُّفَ الزوج في الامتناع عنه، وأنه يخشى على الزوجينِ ألا يُقِيما حدود الله، فيوقع القاضي الخُلْع بدلاً من الزوج؛ وذلك لِما للقاضي من ولاية عامة في رَفْع المظالِم، وهو ما يشمَلُه تقنين الطلاق للضرر الذي نظمه القانون رقم 25 لسنة 1929، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

سابعًا:

أن الخُلْع لا يتوقفُ على حُكم القاضي؛ إذ إن الأصل فيه التراضي بين طرَفيه، وأنه يُندَب حَكَمان من ذوي العدالة ورجَاحة العقل والقدرة على المصالحةِ والانتصاف للمظلوم – لمحاولةِ الإصلاح بين الزوجين، ولَمِّ شمل الأسرة، فلا يقع الخُلْع، ولا يحكم به القاضي إلاَّ بعد فشل جميع الوسائل التي وضَعها الإسلام في سبيل الحِرص على بقاء الأسرة وتماسُكِها.

ثامنًا:

أن الخُلْع يرتِّب عدة آثار هامة، فتقع الفُرقة بين الزوجين مع وجوب العِدة للمرأة، وأنه بالخُلْع يجب العِوَض، فيستحقه الزوجُ، وتلتزم الزوجة بسَداده، كما تسقط حقوق الزوجة المالية عدا ما لها من سُكنى ونفقة، ما لم تسقُطْ نفقتها عند الخُلْع، فيكون لها السُّكنى فقط.

ولا يؤثر الخُلْع على حقوق الأبناء في النفقةِ أو الحضانة.

تاسعًا:

أن النص المستحدث رقم (20) في القانون رقم (1) لسنة 2000 بشأن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قد وافَق الشريعةَ الإسلامية في عدة جوانبَ، غير أنه نزَع سلطةَ التقدير من القاضي عند قضائه بالخُلْع دون بحث لمدى تعسُّف الزوج في رفض إيقاع الخُلْع من عدمه، ودون بحثٍ لتوافر الخوف من ألا يُقِيم الزوجان حدودَ الله، فأطلقت المادةُ المذكورة حقَّ الزوجة في طلب الخُلْع، مكتفية بقول مرسَل تقرِّره الزوجةُ أمام القاضي بأنها كارهة لزوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية.

وكان الأحرى بالمقنِّن المصري أن يجعل سلطة التقدير للقاضي؛ حتى لا تكون الأسرة عُرضةً لتروة عابرة أو غضبة ثائرة من المرأة، فتزيد حالات الطلاق والخُلْع في المجتمع، في وقت يحتاج المجتمعُ المصري والمجتمعات الإسلامية فيه إلى تَقْنينات تلمُّ شَعْثَ الأسرة، وتحافظ على استقرارِها وتماسُكِها.

عاشرًا:

أن طلب الخُلْع وإن كان حقًّا للمرأة، فإن الحقوق في الإسلام قد شُرعت لغاياتٍ نبيلة، وحِكم جليلة، ومن ثَم فإن الواجبَ على أصحاب هذه الحقوق أن يستعمِلوا حقوقَهم فيما شُرِعت من أجله، ومُنِحت في سبيله، فلا ينحرفوا بها إلى أغراض غير مشروعة، وإلاَّ كانوا مناقضين لقصد الشارع الحكيم في تشريعِه لهذه الحقوق، فكما يطالَب الرجلُ بالتعقل والحكمة عند استعماله لحقِّه في الطلاق، كذلك تطالب المرأة بالتريُّث وموازنةِ الأمور عند طلبها للخلع.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

I- المراجع باللغة العربية

1- ابن عابدين، محمد، حاشية ابن عابدين ، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1998م، ج5،

2- النووي، المجموع والتكملة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت 2002م، ج20.

3- ابن القيم، شمس الدين، إعلام الموقعين، دار الجيل، بيروت، 1973م، ج2،

4- ابن تيمية، أحمد، مجموع فتاوى ابن تيمية، مكتبة النهضة الحديثة، مكة، 1984م، ج32،

5- ابن قدامة، ابو محمد المقدسي، المغني، مكتبة الرياض، 1981م، ج7،

6- سيد، فقه السنة، دار الكتاب العربي. بيروت، 1969م، ج2،

7- الشافعي، محمد ابن إدريس، الأم، ط2، دار الفكر، بيروت، 1983م، ج5،

8- الصنعاني، محمد ابن اسماعيل، سبل السلام، مكتبة الرسالة الحديثة، (د.ت.)، ج3،

9- الغرياني، صادق. مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، 2002م، ج2،

10- محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، تفسير الطبري، ج2، دار النشر دار الفكر، بيروت

11- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح تفسير القرطبي، ج3، الدر المنثور

12- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني ، تفسير فتح القدير، ج1، ناشر دار المعرفةسنة النشر 2007 1428

13- الإمام أبي السعود محمد بن محمد العمادي ، تفسير أبي السعود، ج1، الناشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض المحقق عبد القادر احمد عطا

14- ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي ، تفسير البيضاوي، ج1، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي،

15- أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي ، تفسير الوجيز، ج1،

16- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، برقم 4971 ، ج 5

ثانيا : الكتب المتخصصة

17- احمد بخيث الغزالي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 1 ، 2009/2008،

18- الإمام محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي الطبعة سنة 1957.، ص 330.

19- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق) الطبعة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية.،

20- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، الخلع في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، بدون طبعة ،2003 ،

21- دار ابن كثير، اليمامة – بيروت ،الطبعة الثالثة، 1407-1987 ، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث

22- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، (د.ت.)، ج7،
23- الزيباري، عامر سعيد، أحكام الخلع، دار ابن حزم، بيروت، 1997م، ا
24- الشيخ أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، دار إحياء العلوم، بيروت، طبعة 1988 ،
25- عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم ، بيروت، الطبعة الأولى 1418 هـــ،
26- عائشة عمران ، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري ، ط1 ، مطبعة رويغي ، الجزائر ، 2009 ،
27- عبد الرحمان الصابوني : مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر العربي بالقاهرة، الجزء الأول، الطبعة الثانية 1968.
28- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى 1986، دار البعث.،
29- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع, 1996 ، الجزائر،
30- عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1984، دار الفكر العربي.
31- عبد المؤمن بلباقي : التعريف القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي الطبعة سنة 2000، شركة دار الهدى.
32- عبدالكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة.، ج 8 ،
33- علاء الدين حسين رحال ، نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، طبعة 1، 2010 /1430 ، الأردن ،
34- غوتي بن ملحة : قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ،
35- لحسين بن شيخ آث ملويا ، رسالة في طلاق الخلع ، دار هومة ، الجزائر ، بدون طبعة ، 2013 ،
36- محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري ، دار الوعي ، الجزائر ، 2012 /،
37- منصوري نورة ، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة ، دار الهدى ، الجزائر ، بدون طبعة ، 2012
38- وهبة الزحيلي ، الفقة الاسلامي وأدلته ، طبعة خاصة بالجزائر ، دار الفكر ، ة1413 هـــ ، ج7 ، ص 483

ثالثا : مقالات:

39- الغوتي بن ملحة: محاضرات في قانون الأسرة ألقيت على طلبة السنة الأولى لسنة 2004.

رابعا : القوانين

40-المحكمة العليا قرار بتاريخ 82/02/08 – نشرة القضاة (1982(
41 -المحكمة العليا قرار بتاريخ 84/06/11 ملف رقم 33652 (غير منشور.(
42- المحكمة العليا قرار بتاريخ 99/03/16 ملف رقم 216239 م.ق عدد خاص
43- المحكمة العليا: قرار بتاريخ 93/04/27 ملف رقم 89635.

44- المحكمة العليا: قرار بتاريخ 86/05/05 ملف رقم41104 (غير منشور).

45- المحكمة العليا: قرار بتاريخ 97/12/23 ملف رقم 181648.

46- المحكمة العليا قرار مؤرخ في 88/06/06 ملف رقم 49091 (غير منشور). وبعد ذلك يمنح الكلمة إلى محامي المدعي ثم محامي المدعي عليه قبل إقفال باب المرافعة

47- - المحكمة العليا قرار بتاريخ 91/06/18 ملف رقم 75141 ص75.

48- - المحكمة العليا قرار بتاريخ 94/01/18 ملف رقم 96688 ص80.

49- المحكمة العليا قرار بتاريخ 88/12/21 رقم الملف51728 م.ق 90 عدد3 ص32.

50- المحكمة العليا قرار بتاريخ 2001/11/21 رقم الملف 252994 م.ق 2001 عدد1 .

51- المحكمة العليا قرار بتاريخ 1994/04/19 رقم الملف 103793 نشرة قضائية عدد1 .

52- المحكمة العليا: الغرفة المدنية قرار بتاريخ 69/03/12 – مجلة الأحكام المجموعة الأولى الجزء الأول.

خامسا : المراجع بالفرنسية

53-Docteur Ghaouti Ben Melha, le droit algérien de la famille, office des publications universitaires 1993

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الشكر	
الاهداء	
مقدمة	6-1
الفصل الاول : الخلع وأحكامه في الفقه الاسلامي	
تمهيد	7
المبحث الأول : ماهية الخلع	8
المطلب الاول : تعريف الخلع	8
المطلب الثاني : أركانُ الخُلع	10
المطلب الثالث : معنى الخلع	12
المطلب الرابع : الخلع في الفقه	12
المبحث الثاني : اصطلاح الفقهاء	13
المطلب الأول: الخلع في القران والسنة	13
المطلب الثاني: سنده في السنه الشريفة	16
المطلب الثالث : سنده في الكتاب العزيز	16
المطلب الرابع : سنده في الفقه:	16
المبحث الثالث : الأدلة الشرعية على وجوب الخلع	17
المطلب الاول: من القران الكريم	17
المطلب الثاني : من السنة الشريفة	18
المطلب الثالث: في الإجماع	18
المطلب الرابع : اثار الخلع	19
خلاصة الفصل :	22
الفصل الثاني : الخلع في التشريع الجزائري	
تمهيد	25
المبحث الاول : الخلع في القانون الجزائري	26
المطلب الأول : تعرف الخلع في القانون الجزائري	26

قائمة المراجع:

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية	27
المبحث الثاني : أحكـــام الخلع في القانون الجزائري	31
المطلب الأول: شروط الخلع	31
المطلب الثاني : آثـــــاره	37
المبحث الثالث: إجراءات التقاضي في دعاوى الخلع	39
المطلب الاول: الإجراءات الخاصة برفع الدعوى وقواعد الإختصاص	39
المطلب الثاني: أثار الأحكام الصادرة بالخلع وطرق الطعن فيها	48
خلاصة الفصل	61
الخاتمة	63
قائمة المصادر والمراجع	
فهرس المحتويات	