جامعة محمد خيضر – بسكرة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون أحوال شخصية

إعداد الطالبة :
- بن عيسى نورالهدى

إشراف الأستاذة الدكتورة :
-أ د. نورالدين يوسفي

الموسم الجامعي: 2017م/2018 م

الشكر والتقدير

أشكر الله سبحانه وتعالى على ما من ّ علي ّ بجميل الفضل وعظيم النعم في إنجاز هذه المذكرةولولا فضل الله علي ّ ورحمته لما تمكنت منها.

ثم إنـــي أتقـــدم بالشـــكر الجزيـــل إلى مشرفـــي الدكتـــور يوسفي نـور الديـن لما بذله معي من جهد كبيـر يشكر عليـــه وجزاه الله كـــل خيـــر.

كما أتوجه بجزيـــل الشكـــر إلى أعضـــاء لجنـــة المناقشـــة الذيـــن وافقـــوا على مناقشـــه هذه المذكرة.

والشكـــر موصـــول لكل من ساعـــدني في إنجـــاز هذه المـــذكرة من قريـــب أو بعيـــد.

الطالبة:/ بن عيسى نور الهدى

الحمد والشكـــر لله رب العالمين الـــذي أعاننـــا على إنجـــاز

هـــذا العمـــل المتواضـــع

أهدي حصالـــة مشواري العلمـــي والمعرفـــي إلى من أضاءا لي دربي , إلى من كـــرسا

حياتهـــما في سبيـــل راحتـــي

والديا العزيزان رحمهما الله واسكنهما فسيح جنانه

إلى زوجـــي العزيز الـــذي ساندنـــي وكان أحســـن معيـــن ورفيـــق

إلى زينة الحيـــاة أخواتـــي سليمـــة, أحلام, مفيـــدة, وأخـــي حسام الدين , وإلى جدتـــي الغاليـــة

إلى كتاكـــيتي فلـــذة كبـــدي بناتـــي ألاء الرحمـــان , أريـــج

إلى كل من هم في قلبي ونسيهم قلمي

نور الهدى

مقدمة

مـــــقدمـــــــــة

شرع الاسلام الزواج بعد أن هدم جميع الانكحة الفاسدة وجعله ميثاقا غليظا قال تعالى: "وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا" [النساء ,الآية21].

حيث توثق به القلوب , وتحفظ به المصالح , ويندمج به كل من الطرفين بصاحبه حتى يصير كل واحد منهما لباسا للآخر. قال تعالى :"هن لباس لكم وأنتم لباس لهن" [البقرة ,الآية 187] يلجأ اليه كل من الرجل والمرأة ليجد سعادته واستقراره , ومن بين الاهداف التي شرع الزواج من أجلها تكوين أسرة ذات قواعد متينة تساهم في تكوين مجتمع سليم ومتماسك.

وشرع الاسلام تبعا لذلك كثيرا من الضمانات التي تخول دون تعرض هذا الرباط للحل والتمزق من لدن الخطبة إلى حدوث مشاكل بين الزوجين , فأوجب على كل واحد من الزوجين مراعاة حقوق صاحبه عليه , وبين السبل المثلى لإصلاح ذات البين عند حدوث أية مشكلة....

إلا أنه وبالرغم من تلك الصفة القدسية لعقد الزواج , وبالرغم من كل تلك الضمانات التشريعية ومهما تكن نية الزوجين في الاستمرار والدوام عند الدخول في هذا الميثاق , فإن ذلك لا يعني أنه عقد أبدي لا تفك رابطته ولا تحل عقدته.

فظروف الحياة المتغيرة وطبائع البشر المتقلبة تنادي بضرورة ترك الباب مفتوحا لفصم عرى الزواج عند إرادة ذلك . وهو الأمر الذي رعاه الإسلام بواقعيته , فأقر الطلاق علاجا أخيرا لما هو حاصل بين الزوجين من مشاكل , أولما سيحصل بينهما مستقبلا .

حيث أباح الشارع الحكيم للزوج أن يوقع الطلاق إذا دعت الحاجة إليه, وأباح للزوجة أيضا حق الانفصال عن زوجها من خلال طلب التطليق الذي أساسه هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر, أو الخلع الذي أساسه في كراهة الزوجة لزوجها ونفورها منه.

وعليه فإن الخلع من بين صور انحلال الرابطة الزوجية وهو موضوع الدراسة.

حيث أن هذا الموضوع يحتوي على زخم وثروة كبيرة من الأحكام الفقهية مرجعيتها الشريعة الإسلامية والتي هي القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة .

ومنه فإن موضوع الخلع له أهمية كبيرة في الشريعة الإسلامية لكن المشرع الجزائري لم ينله هذه الأهمية وهذا من خلال تعرضه لمادة وحيدة في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل, فالصياغة الأصلية للمادة كانت تنص على أنه " 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 ". أما بعد التعديل بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 فأصبحت تنص على أنه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي , إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".

ومنذ تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 تزايدت نسبة الخلع كثيرا من خلال الإحصائيات التي أجرتها وزارة العدل فأدى هذا إلى جدل كبير في المجتمع , وهذا الذي دفعنا إلى التساؤل عن أسباب هذا الجدل والتزايد , وباعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا أصليا ورسميا لقانون الأسرة فلا بد من الرجوع إليها لفهم أحكام الخلع .

وتهدف هذه الدراسة لمعرفة الاختلاف والتوافق بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ومعرفة الثغرات التي أهملها المشرع الجزائري في موضوع الخلع.

إلا أنه وبعد جمع المادة العلمية والاطلاع عليها اتضح لنا شساعة الموضوع وصعوبة الإلمام به في دراسة واحدة , وهذا ما أدى إلى صعوبة تقسيمه من حيث الخطة وتوازنه من حيث مضمون كل قسم .

ومنه تطرح الاشكالية التالية : – ما مدى توافق احكام قانون الاسرة الجزائري في مسألة الخلع مع أحكام الشريعة الاسلامية ؟

بالإضافة إلى الإجابة على التساؤلات الفرعية :

- ما هي الطبيعة الفقهية للخلع؟
- ما هو التكييف القانوني للخلع في قانون الأسرة الجزائري ؟
- ما هو دور القاضي في الخلع ؟
- ماهي الآثار التي تنتج عن الخلع عند فك الرابطة الزوجية ؟

وبعد الإجابة على الإشكالية السابقة والتي تتمثل في معرفة موقف الفقه الإسلامي من أحكام الخلع ومعرفة موقف المشرع الجزائري منه كذلك . اتبعنا المنهج المقارن

قسمنا البحث إلى فصلين : الفصل الأول إلى ماهية الخلع ,والذي بدوره قسمناه إلى ثلاث مباحث , المبحث الأول: مفهوم الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري, والمبحث الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته والحكمة منه بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري, أما المبحث الثالث: أركان الخلع وشروطه بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

والفصل الثاني إلى دور القاضي في الخلع وآثاره والذي قسمناه إلى مبحثين : المبحث الأول: دور القاضي في الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري, والمبحث الثاني : آثار الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفصل الأول

الفصل الأول: ماهيـــة الخلـــــع

لقد شرع المشرع الجزائري الطلاق في قانون الأسرة على منوال الفقه الإسلامي علاجا للخلافات الزوجية التي تحصل بين الزوجين, لكنه لم يترك الزوجة تحت رحمة زوجها الذي بيده الطلاق بل جعل لها مخرجا تستطيع أن تتخلص من الحياة الزوجية. وهذا المخرج يكمن في الخلع الذي هو صورة من صور حل الرابطة الزوجية فهو الوسيلة التي تتمكن الزوجة من خلالها الحصول على حريتها دون عناء, في مقابل بذل البدل وهو المهر أو مهر المثل.

ولمعرفة ماهية الخلع لابد أن نتعرض لمجمل عناصر الخلع وذلك من خلال التعرض لمفهومه وحكمه, دليل مشروعيته, الحكمة منه, أركانه و شروطه بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

الخلع أقرته الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وذلك من خلال الآية الكريمة قال الله تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون."[1] وكذلك من خلال نص المادة 54 قانون أسرة.

وفي هذا المبحث سنتعرض لتعريف الخلع وطبيعته وصوره.

المطلب الأول: تعريف الخلع

لمعرفة معنى الخلع وجب أن نتعرض لمعنى الخلع لغة في فرع أول ومعنى الخلع اصطلاحا فرع ثاني.

[1] – سورة البقرة , الآية 229 .

الفرع الأول: التعريف اللغوي

الخلع في اللغة هو التجريد والإزالة , خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه , وسوى بعضهم بين الخلع والنزع. وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا أي جرده .وفي حديث كعب: إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة ,أي أخرج منه جميعه وأتصدق به أعرى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه. وخلع امرأته خلعا بالضم , وخلاعا فاختلعت وخالعته : أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له , فهي خالع والاسم الخلعة , وقد تخالعا واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة .قال أبو منصور: خلع امرأته وخالعها اذا افتقدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه وسمي ذلك الفراق خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال,والرجال لباس لهن.[1]

ولقد ورد تعريفه في مدونة الإمام مالك بأنه: الخلع في اللغة الإزالة والإبانة , من خلع الرجل ثوبه أزاله وأبانه , والزوجان كل منهما لباس لصاحبه.[2]

كما جاء في فتح القدير بأنه: هو النزع , خلع ثوبه ونعله, ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال, وخالعها وتخالعا صيغ منها المخالعة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب.[3]

الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي

أما اصطلاحا وعلى نفس المعنى اللغوي أباح الإسلام والقانون الجزائري الخلع وهو مأخوذ من خلع الثوب أي أزاله لأن المرأة لباس الرجل والرجل لباس المرأة قال تعالى " هن لباس لكم وأنتم لباس لهن".[4]

لهذا فالمعنى الإصطلاحي للخلع هو إزالة الزوجية وللخلع تعريفات اصطلاحية مختلفة عند الفقهاء:

---

[1] – ابن منظور , لسان العرب , المجلد الثاني , الطبعة الاولى , دار صادر, بيروت , 1997, ص 297.

[2] – الإمام مالك بن أنس الأصبعي , المدونة الكبرى , الجزء الرابع , سنة 1422هـ , ص 156.

[3] – الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي , شرح فتح القدير , الطبعة الأولى, دار الكتب العلمية , بيروت, سنة 1995, ص 188.

[4] – سورة البقرة, الآية 187.

أولا: موقف الفقهاء

1-فقهاء الحنفية:عرفوا الخلع بأنه" هو إزالة ملك النكاح بلفظ أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة".[1]

الخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه. فقوله إزالة ملك النكاح خرج به أمور ثلاثة:

الأمر الأول:/ إذا خالعها في العدة بعد إبانتها فإن الخلع لا يصح, وذلك لأن ملك النكاح قد زال بإبانتها فلو خالعها بمال ثم خالعها في العدة بمال آخر فإن الخلع الثاني لا يصح.

إذا طلقها طلاقا صريحا على مال, والطلاق الصريح يلحق البائن وهو الخلع سواء كان الصريح رجعيا أو بائنا, والخلع ليس صريحا فلا يلحق الخلع البائن.[2]

الأمر الثاني:/ المرتدة إذا خالعها زوجها وهي مرتدة فإن الخلع لا يصح لأن الر ّدة أزالت ملك النكاح, والخلع هو إزالة الملك فلم يتحقق معناه فإذا خالعته على مهرها لم يسقط المهر, ويبقى له ولاية الجبر على الزواج .

الأمر الثالث:/ النكاح الفاسد , فإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا ووطئها, فإن المهر يتقرر لها بالوطء, فإذا خالعته على مهرها فإن الخلع لايصح. ولكن في هذه المسألة خلاف فبعضهم يقول: إن مهرها يسقط بالخلع فلا حق لها فيه بعد ذلك, وبعضهم يقول لا يسقط لأن الخلع فاسد.[3]

2- فقهاء المالكية: الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أو من غيرها من ولي أو غيره أو هو بلفظ الخلع. وهو يدل على أن الخلع نوعان الأول وهو الغالب ما كان في نظير عوض.

---

[1] – باديس ذيابي, صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر, الطبعة الأولى, دار الهدى, الجزائر, 2007, ص 59.

[2] – عبد الرحمان الجزيري, كتاب الفقه على المذاهب الأربعة, الجزء الرابع, الطبعة الأولى, دار إحياء التراث العربي, بيروت, 1969, ص 387- 388.

[3] – عبد الرحمان الجزيري, المرجع نفسه, ص 387-388.

أما الثاني فهو ما وقع بلفظ الخلع ولو لم يكن في نظير شيء كأن يقول لها خالعتك أو أنت مخالعة .

فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض.[1]

3- فقهاء الشافعية: قالوا أن الخلع شرعا هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض. فكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن.[2]

وقالوا كذلك أن الخلع هو الفرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ من ألفاظ الطلاق .[3]

وقيل الخلع إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع أو في معناه كالمبارأة, فلو انتفى البدل عليه على الطلاق بائنا واٍذا لم يوجد لفظ الخلع ولا ما في معناه كان طلاقا على مال كما لو قال لها أنت طالق في مقابل خمسين جنيها.[4]

4- فقهاء الحنابلة: قالوا بأن الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة .[5]

أما الألفاظ المخصوصة تنقسم إلى قسمين صريحة في الخلع وكناية فيه.

---

[1] – وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي وأدلته, الجزء السابع (الأحوال الشخصية), الطبعة الثانية, دار الفكر, دمشق, 1985, ص 480-481 .

[2] – عبد الرحمان الجزيري, المرجع السابق, ص 388.

[3] – المستاري نورالهدى , الخلع – دراسة مقارنة- , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المقارن, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة أبوبكر بلقايد , تلمسان , 2013-2014, ص 15.

المبارأة: من الإبراءو في اللغة هو تخلي صاحب الدين عن حقه و خلاص المدين منه .و في اصطلاح الفقهاء هو تنازل المراة و إسقاط بعض حقوقها لزوجها مقابل تخليص نفسها من الزوجية و حصولها على الطلاق مثل تنازلها عن مؤخر صدافها أو نفقة عدتها والمبارأة تشبه الخلع في أنه بحل منهما الطلاق بائنا .

[4] – المستاري نورالهدى , المرجع السابق , ص 15.

[5] – أحمد نصر الجندي , من فرق الزوجية (الخلع, الإيلاء, الظهار, اللعان), الطبعة الأولى, دار الكتب القانونية, مصر, 2005, ص 10.

فالصريحة هي خلعت , فسخت, فاديت. وأما الكناية في الخلع هي باريتك, أبرأتك , أبنتك فهذه الألفاظ يصح بها الخلع بالنية أو دلالة الحال.[1]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالخلع و نص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة حيث كانت صياغتها الأصلية تنص على "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ".[2]

لكن بعد التعديل بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 أضيفت عبارة دون موافقة الزوج, فأصبحت تنص على مايلي:"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي وا ٍن لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".[3]

ومنه فإن التعديل الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري ينص على عدم الرضائية . وهو مايتفق مع ما قاله الإمام ابن رشد في كتابه " بداية المجتهد ونهاية المقتصد" عندما قال " والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق, فإنما لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة (أي كره المرأة), جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (أي كرهته)".[4]

وعليه فإنه يمكن للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها دون رضاه ويكون هذا عن طريق دفع مبلغ من المال فإذا لم يتفقا الزوجان على المبلغ المالي يتدخل القاضي لفض أو للفصل في هذا النزاع ويحكم بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم . حيث أن هذا المال الذي يأخذه الزوج هو مقابل لتفتدي به الزوجة نفسها أي لقاء طلاقها.

---

[1] – عبدالرحمان الجزيري , المرجع السابق, ص 392.

[2] – المادة 54 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري , الجريدة الرسمية 15, المؤرخة في 27 فيفري 2005.

[3] – المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

[4] – باديس ذيابي, المرجع السابق, ص 60.

المطلب الثاني: طبيعة الخلع

هناك اختلاف حول طبيعة الخلع من حيث كونه فسخا أو طلاقا أو من حيث إعتباره يمينا او معاوضة و سندرس في هذا المطلب رأي الفقهاء و المشرع الجزائري .

الفرع الأول : موقف الفقهاء

سندرس فيه أولا من حيث إعتباره فسخا أو طلاقا, و ثانيا من حيث إعتباره يمينا أو معاوضة

أولا : إعتبار الخلع فسخا أم طلاقا

يرى الحنفية أن الخلع جائز و هو تطليقة بائنة , و حجتهم في ذللك ما روي عن النبي صل الله عليه و سلم في حديثه "إقبل الحديقة و طلقها تطليقة " لأن النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ مادام قد نشأ صحيحا و أن الخلع لا يكون إلا بعد تمام هذا العقد , و أضافوا أنه إذا خالع الزوج زوجته بعد أن طلقها و هي في العدة فإن الخلع لا يصح , أما إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم خالعها في العدة على مال فإن الخلع يصح و يلزم المال لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح .

أما في مسألة الزواج الفاسد قالوا أنه إذا نكح الزوج امرأة نكاحا فاسدا فإن الخلع لا يصح لأن العقد الفاسد لا يترتب عليه ملك النكاح .

أما الشافعية فصنفوا الخلع ضمن فرق النكاح بالطلاق و التي قسموها إلى : ألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية , الخلع , فرقة الإيلاء , فرقة الحكمين .[1]

أما المالكية فقالوا أن الخلع طلاق بعوض و الطلاق عندهم يشمل الصريح و الكناية الظاهرة أو أي لفظ أخر بنية الطلاق .

أما الحنابلة فقد إختلفوا فأبي بكر وابن عباس و طاووس و عكرمة و إسحاق و أبي ثور و أحد قولي الشافعي فأخذوا بأن الخلع فسخ , أما سعيد بن المسيب و الحسن و عطاء و قبيسة و

[1] – منصوري نورة, التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية, الطبعة الأولى, دار الهدى, الجزائر, 2010, ص 110-111.

شريح و المجاهد و أبي سلمى بن عبد الرحمان و النخاعي و الشعبي و الزهري و ابن مسعود فأخذوا بأن الخلع طلقة بائنة.

ثانيا : إعتبار الخلع يمينا أو معاوضة

الخلع في رأي المالكية و الشافعية و الحنابلة معاوضة فلا يحتاج لصحته قبض العوض فلو تم من قبل الزوج فماتت الزوجة أو فلست أخذ العوض من تركتها و أتبعت به و يجوز رد العوض فيه بالعيب , و يصح الخلع منجزا بلفظ المعاوضة لما فيه من معنى المعاوضة , و يصح معلقا على شرط لما فيه من معنى الطلاق.

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

و ذهب أبو حنيفة إلى أن الخلع قبل قبول المرأة يمين من جانب الزوج فلا يصح الرجوع عنه , لأنه علق طلاقا على قبول المال و التعليق يمين إصطلاحا .

و يعتبر معاوضة بمال من جانب الزوجة , لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها و خلاصها من الزوج , لكنها عند أبي حنيفة ليست معاوضة محضة بل فيها شبه بالتبرعات لأن بديل العوض ليس مالا مشروعا و إنما هو إفتداء المرأة نفسها .[1]

فلا يكون الخلع معاوضة محضى و قال الصاحبان : الخلع يمين بالنظر إلى الزوجيين جميعا.

يترتب على أعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الآثار التالية :

1-لا يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة .

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

[1] – وهبة الزحيلي , المرجع السابق , ص 488,487.

3-لا يصح للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة لأنه لا يملك الرجوع عن الخلع لأنه يمين من جانبه , فإذا اشترط الخيار كان الشرط باطلا لكن لا يبطل الخلع به .

4-يجوز للزوج أن يعلق الخلع بشرط أن يضيفه إلى زمن المستقبل مثل خالعتك على كذا غدا أو رأس الشهر القادم و القبول للزوجة عند تحقق الشرط أو حلول الوقت المضاف إليه .

يترتب على أعتباره عقد معاوضة ما يلي :

1-يجوز للزوجة أن ترجع على الإيجاب قبل قبول الزوج لأن المعاوضة يصح فيها الرجوع عن الإيجاب فلو قالت الزوجة لزوجها خلعت نفسي على مبلغ كذا ثم رجعت عن إيجابها قبل قبول الزوج جاز لها ذلك .

2-لابد للزوجة أن تكون حاضرة بمجلس الخلع و أن تكون عالمة فإن كانت غير عالمة بما معناه ولقنها معنى الخلع بلغة لا تعرفها فتكلمت بها وخالعها, فلا يقع الطلاق ولا يلزمها المال ويشترط في المعاوضة العلم ببعض الألفاظ .[1]

3-للزوجة شرط الخيار لنفسها في مدة معينة لتفعل أو ترد فلو قال لها خلعتك على مبلغ كذا فقالت قبلت و لي الخيار ثلاثة أيام فلها أن تقبل الخلع أو ترده مدة خيار الشرط لأن الخلع من جانبها معاوضة و المعاوضات يصح إشتراط الخيار فيها

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري حول المسألتيين

وفيه سنتعرض لاعتبار الخلع فسخا أم طلاقا, ولاعتبار الخلع يمينا أم معاوضة

أولا : اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا

اعتبر المشرع الجزائري الخلع طلاق و يحسب ضمن عدد الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك لأن انحلال الرابطة الزوجية تارة يكون طلاقا و تارة يكون فسخا .و قد ساير مشرعنا موقف جمهور العلماء من حكم الخلع و اعتبرة طلاقا و بالرجوع الى موضع النصوص المتعلقة بأحكام الطلاق نجده أورد أحكامه في الفصل الأول من الباب الثاني

[1] – وهبة الزحيلي , المرجع السابق , 489.488.

المعنون بإنحلال الزواج , وقد أورد حكم الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق .

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اتجه الى اعتبار الخلع طلاقا و يكون في ذلك مصيبا لأن الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة , لا يشويها أي عارض يعيب العقد و انما يكون ذلك نتيجة ظروف و عناصر خارجية عنها مست العلاقة الزوجية و التي لا يمن حلها إلا بالطلاق[1] . و لقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المؤر خ في 5 فبراير 1969 بما يلي :"لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح ".[2]

ثانيا: اعتبار الخلع يمينا أم معاوضة

عرف المشرع الجزائري مرحلتين في تحديد رؤيته بشأن الخلع يمينا أم معاوضة ففي قانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة التكييف الفقهي للخلع في كونه عقد يتعين على الزوج اليمين, وعلى الزوجة المعاوضة كما أورده الفقهاء فيكون الخلع يعد يمينا من جانب الزوج, لأنه يرتبط بالطلاق ويعد معاوضة من جانب الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض, حيث اكتفى في المادة 54من قانون الأسرة بالقول " أنه يجوز مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ....." مما جعل بعض شراح القانون المتبنين للرأي أنه لا خلع بدون إر ادة الزوج , على أساس أن الخلع عقد وبالتالي تبنوا ما جاء من تفصيل في الخلع كيمين من جانب الزوج , ومعاضة من جانب الزوجة.[3]

اذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها, فقبلت وتم ذلك بايجاب وقبول سمي هذا مخالعة. فالخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرف, لا يتم إلا

[1] – سليم سعدي, الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي, رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية, كلية الحقوق والعلوم الإدارية, جامعة الجزائر, ص 53-54.

[2] – منصوري نورة, المرجع السابق , ص 114.113.

[3] – باديس ذيابي, المرجع السابق, ص 69.

بالإيجاب والقبول, ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج, وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما.

ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع,أنه كالطلاق على مال يعتبر يمينا من جانب الزوج, لأنه علق على طلاقها على شرط قبولها المال, ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية.[1]

ومنه فإن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج, ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة لأنها هي من تدفع مقابل تحرير نفسها.

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

وفي ذلك تأثير واضح لمذهب الظاهرية باعتبار الخلع حق أصيل للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يمكن اللجوء إليه أنى شاءت إذا رأت الزوجة استحالة الحياة الزوجية وبذلك فلا حاجة لمجلس عقد ولا أي ايجاب للزوجة في مخالعتها ولا أي قبول للزوج.[2]

وجاء مؤكدا لهذا قرار المحكمة العليا رقم 656259 بتاريخ 2011/09/15, قضية (ب,ع) ضد (ط, ي). [3]

حيث أنه تم قبول الطعن بالنقض شكلا لأنه استوفى الأشكال القانونية, ورفضه موضوعا لعدم التأسيس, لأن الحكم الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة تندوف بتاريخ 2008/01/24

[1] – بلحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, الجزء الأول(الزواج والطلاق), الطبعة الأولى, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2002, ص 263-264.

[2] – باديس ذيابي, المرجع السابق, ص 70.

[3] – قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث, بتاريخ2011/09/15, ملف رقم 656259, مجلة المحكمة العليا, العدد 01, 2012, ص 318.

تحت رقم 08/81 القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بين الطاعن الحالي وبين المطعون ضدها مع الأمر بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لبلدية تندوف والتأشير به على هامش عقدي ميلاد الطرفين وعقد زواجهما وا لزام المطعون ضدها بأن تدفع للطاعن مبلغ ستين ألف دينار تعويضا عن الخلع وا لزامه بأن يدفع لها مبلغ عشرة آلاف نفقة عدة واسناد حضانة الأولاد ز, أ, ع, لأمهماعلى نفقة أبيهما بواقع ألف وخمسمائة دينار شهريا لكل واحد منهما تسري من تاريخ رفع الدعوى حتى غاية سقوطها شرعا وقانونا مؤسس.لأن الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن, ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن واستندت إلى المادة 54 من قانون الأسرة , وبالتالي فإن الحكم المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية مادام أن قاضي

المحكمة قام بإجراء محاولة الصلح وتوصل إلى أن المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع.

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

المطلب الثالث: صور الخلع

الخلع كما عرفه الفقهاء هو حل الرابطة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه في مقابلة عوض تلتزم به الزوجة, فبمجرد قبولها للعوض تطلق بائنا وتلتزم العوض وتترتب سائر أحكام الخلع. ومنه فللخلع نوعان : خلع بغير عوض, وخلع بعوض.

الفرع الأول: موقف الفقهاء

وفيه سنتعرض لموقف الفقهاء حول الخلع بغير عوض, والخلع بعوض

أولا: خلع بغير عوض

هذا النوع لايخضع لأحكام الخلع وا نما يأخذ حكم كنايات الطلاق, والكناية تحتاج إلى النية, فإن قال الزوج أردت بالخلع الطلاق صدق ديانة وقضاء. والأحناف يقولون الخلع من الكنايات, فلو قال الزوج لزوجته (خلعتك) ينوي الطلاق وقع الطلاق بائنا لأن حقيقة الخلع لا تتحقق إلا بالطلاق البائن , لأن الكنايات عوامل بحقائقها , والنكاح قائم بالطلاق الرجعي فلم ينخلع.

ومنه أن الزوج إذا قال لزوجته خالعتك ولم يذكر العوض , فإن الخلع يرجع إلى نية الزوج المخالع , فإن نوى به طلاقا كان طلاقا وإن لم ينو الطلاق فلا يقع به شيئا , إذا نوى به الطلاق الثلاث كان كذلك. وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية.[1] مثل : قول الزوج لزوجته خالعتك دون أن يذكر المال أو أي صيغة تدل على وجوبه على الزوجة .[2]

ثانيا: خلع بعوض

الخلع بعوض هو ما كان مقرونا بالبدل أي العوض أو الفدية بأن يقول الزوج لزوجته خالعتك على كذا وذكر عوضا . فإذا قبلت تم الخلع صحيحا وترتبت آثاره. وكذلك إذا قالت الزوجة لزوجها خالعني على كذا وذكرت عوضا وقبّل الزوج تم الخلع صحيحا وترتبت آثاره.

حتى أن الفقهاء قالوا إذا قال الزوج لزوجته خالعتك على كذا فقبلت, ثم قال بعد ذلك لو أنو الطلاق لايصدق قضاء , وسبب ذلك هو أن ذكر العوض في الخلع دليل على إرادة الطلاق, و إرادة الطلاق هنا ظاهر , فإذا أدعى غير الظاهر لا يصدق في ادعائه. فذكر العوض في الخلع له دلالة خاصة , وقبول العوض سواء من الزوج أو الزوجة , له دلالة خاصة هي ترتيب أثر الخلع , لأنه طلاق بعوض , فيملك الزوج العوض بقبولها التزامه , فلابد أن تملك الزوجة نفسها تحقيقا لمعاوضة المال بالنفس , والزوج ملك أحد العوضين وهو المال فتملك الزوجة العوض الآخر وهو نفسها تحقيقا للمساواة بين البدلين .

يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف " لا يتحقق الخلع شرعا , وتترتب عليه أحكامه, إلا إذا استعمل لفظ الخلع أو ما في معناه وكان في مقابلة مال تقبله الزوجة.[3]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من المسألتين

أكدت المادة 54 من قانون الأسرة على هذا الشرط الجوهري بقولها" أن تخالع نفسها بمقابل مالي..." وغالبا ما يكون المقابل المالي هو مقدار الصداق الذي دفعه الزوج لزوجته أثناء إبرام

[1] – أحمد نصر الجندي, المرجع السابق, ص 38-39.

[2] – منال محمود المشني, الخلع في قانون الأحوال الشخصية, الطبعة الأولى, دار الثقافة, الأردن, 2008, ص 57.

[3] – أحمد نصر الجندي, المرجع السابق, ص 39-40.

عقد الزواج , غير أنه لا يوجد ما يمنع أن يكون المقابل في شيئا آخر أو أية خدمة أو منفعة وهذا طبقا للقواعد العامة التي قالت بأنه يصلح كعوض كل ما يصلح أن يكون صداقا , خاصة وأن المادة 222 من قانون الأسرة أوجبت الرجوع إلى أحكام الشريعة عند عدم التنصيص على مسألة ما.[1]

ومنه المشرع الجزائري أخذ بمسألة الخلع بعوض ولم يأخذ الخلع بغير عوض .

[1] – لحسين بن شيخ آث ملويا, رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة), الطبعة الأولى, دار هومه, الجزائر, 2013, ص 166.

المبحث الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته والحكمة منه بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

اختلف الفقهاء في حكم الخلع أما دليل مشروعيته فنجد الخلع موجود في القرآن الكريم , والسنة النبوية, والإجماع, وسندرس كذلك في هذا المبحث الغرض من مشروعية الخلع وذلك من خلال : حكم الخلع ودليل مشروعيته (مطلب أول),والحكمة منه (مطلب ثاني)

المطلب الأول: حكم الخلع ودليل مشروعيته

الخلع نوع من أنواع الطلاق لأن الطلاق تارة يكون بعوض , وتارة يكون بدون عوض , والأول هو الخلع . وقد عرفت أن الطلاق يوصف بالجواز عند الحاجة التي تقتضي الفرقة بين الزوجين , وقد يوصف بالوجوب عند عجز الرجل عن الإنفاق والإتيان.

وقد يوصف بالتحريم إذا ترتب عليه ظلم المرأة والأولاد , وقد يوصف بغير ذلك من الأحكام المتقدم ذكرها هناك , على أن الأصل فيه المنع , وهو الكراهة عند بعضهم , والحرمة عند بعضهم ما لم تقض الضرورة الفراق.

الفرع الأول: حكم الخلع

اختلف الفقهاء في حكم الخلع , فإذا خالعت الزوجة زوجها مع استقامة الحال كره لها ذلك , ويصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي ويحتمل كلام الحنبلي تحريمه إذا قال: " الخلع مثل سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهو خلع " وهذا يدل على أن الخلع لا يكون صحيحا إلا في هذه الحال وذلك أيضا قول ابن المنذر وداوود وقال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم . [1]

وذلك لأن الله تعالى قال في كتابه العزيز " تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[2]

[1] – عبدالرحمان الجزيري, المرجع السابق, ص 396-397.

[2] – سورة البقرة , الآية 229.

فدّل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال تلْكَ تعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ". وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة فحرمه لقول النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار" , فالشافعي قال بأن الأصل في الخلع الكراهية ويكون مستحبا إذا أساءت المرأة المعاشرة ولا يوصف بغير ذلك فلا يكون حراما ولا يكون واجبا.

بالنسبة للزوجة يكون حراما إذا طلبته من غير سبب ويكون مباحا إذا كرهت زوجها وخافت ألا تؤدي الحقوق الزوجية فتكون بذلك عاصية لأمر الله تعالى .

بالنسبة للزوج يكون حراما إذا عضل زوجته أو ضربها لأجل أن تفتدي منه , وتطلب الخلع, ويكون مباحا إذا طلبت منه الخلع ولو بدون سبب فطلبه حينئذ يعتبر سببا يبيح له الطلاق, لأن من طلب الطلاق يصعب معها الحياة , ويكون مباحا إذا نشزت عليه أو أتت بفاحشة مبينة, و يكون مكروها لهما معا إذا اختلعا و الأحوال ملتئمة والأخلاق مستقيمة , وقد يكون مندوبا عند الحاجة كأن يحلف بالطلاق الثلاث على عدم فعل ما لابد من فعله كالأكل مثلا فيخالع ثم يفعل المحلوف عليه فيكون وسيلة للتخلص من وقوع الثلاث . [1]

وحكم الخلع إذا استوفى شروطه الجواز ودل على جوازه الكتاب والسنة النبوية والإجماع

الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع

سنتعرض لأدلة مشروعية الخلع من القرآن الكريم والسنة النبوية والاجماع وموقف المشرع الجزائري.

أولا: من الكتاب العزيز قال الله تعالى: "الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ".[2]

[1] – عبدالرحمان الجزيري, المرجع السابق, ص 396-397.

[2]– سورة البقرة , الأية 229 .

و وجه الدلالة من الاية لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا تملكه إال في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله و أداء الحقوق الزوجية بينهما مثل بغض الزوجة لزوجها و كراهيتها له , و في هذه الحالة التي إستفحل فيها الشقاق و النشوز , اذا تعذر الإصلاح و التوفيق , أجاز الاسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها .

ثانيا : من السنة النبوية

ما رواه البخاري و النسائي عن ابن عباس قال : جاء امرأة ثابت ابن قيس ابن شماس إلى رسول الله صل الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق و لا دين و لكن أكره الكفر في الإسلام , فقال رسول الله صل الله عليه و سلم : أتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم , فقال رسول الله صل الله عليه و سلم "إقبل الحديقة و طلقها تطليقة "و هذا أول خلع في الإسلام و معنى الحديث ان جميلة بنت عبد الله بن أُبَيَّة , ذكرت لرسول الله صل الله عليه و سلم أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لا يسيء إليها و لا يقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها و أنها تخشى أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في الحقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها [1].

ثالثا : من الإجماع

أجمع جمهور الفقهاء و العلماء على أن الخلع جائز للأدلة السابقة و لم يخالفهم في ذلك إلا التابعي بكر بن عبد الله المزني . أما من أجاز الخلع فقد ذهب جمع منهم إلى إجازته مع اختلاف في الأحوال التي يجب فيها . أما الرأي الذي يتماشى مع الأدلة السابقة فهو من يقول بجواز الخلع مع الشقاق و الوفاق و دون إذن من القاضي , و على المرأة دفع المال المتفق عليه ليتم الخلع و قد قال بن رشد الحفيد في ذلك " فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء و الأصل في ذلك الكتاب و السنة ".[2]

[1]– منصوري نورة , المرجع السابق , ص 109.108.

[2]–ابن رشد الحفيد , بداية المجتهد و نهاية المقتصد , الجزء الثاني , الطبعة الأولى , دار الفكر , ص 50.

رابعا : موقف المشرع الجزائري

أساس مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري هو المادة 54 منه التي نصت :" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة الزوج على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم ".[1]

المطلب الثاني : الحكمة من الخلع

شرع الإسلام حق المرأة المسلمة في إنهاء الرابطة الزوجية مقابل ما للرجل من حق في الطلاق بإرادته المنفردة , و قد شرع الإسلام ذلك رفقا بالزوج من ظلم الزوجة له بسوء معاملته , و رفقا بالزوجة من ظلمها لنفسها بوقوعها في الحرام جراء سوء معاملتها لزوجها , و رفقا بها كذلك بعدم إجبارها على الإستمرار في عيشة لا تطيقها و قد تؤدي إلى الهلاك .

و لكي نتصور الحكمة من تشريع الخلع يجدر لنا مراجعة سابقة واقعية من تطبيق المصطفى صل الله عليه و سلم فتتكشف مدى الجد و التقدير و العدالة فيه فقد روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما " أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي صل الله عليه و سلم فقالت : يارسول الله , ما أعتب على ثابت في خلق و لا دين , و لكن لا اكره الكفر في الإسلام , فقال رسول الله صل الله عليه و سلم : أتردين عليه حديقته , قالت : نعم , قال الرسول صل الله عليه و سلم : إقبل الحديقة و طلقها تطليقة ".

و كل الروايات إشتكت من دمامة و قصر قامته , فهنا الرسول صل الله عليه و سلم تصور الحالة النفسية التي كانت فيها امرأة ثابت بن قيس بن شماس وواجهما مواجهة من يحرك أنها حالة قاهرة لا جدوى من الرجوع فيها, وأن لاخير في عشرة تسودها هذه المشاعر فأرشدها إلى الحل وهو الخلع.

ومنه فإن الإسلام يراعي جميع الحالات الواقعية التي تعرض للناس ويراعي جميع مشاعر القلوب الجادة التي لا حياة للإنسان فيها ولا يقوم الزوجين على حياة ينفرا منها, فإذا كانت المرأة

[1] –منصوري نورة , المرجع السابق , ص 109.

كارهة لزوجها لا تستطيع الحياة معه لسبب تعوضه عن الحالة التي تركته عليها بلا سبب منه.[1]

[1] – عامر سعيد الزيباري, أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية , الطبعة الأولى , دار ابن حزم, 1996, ص63-65.

المبحث الثالث : أركان الخلع و شروطه بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

المراد بالركن ما يتوقف الشيء على وجوده و كان جزءا من حقيقته .ومنه نرى أن جمهور الفقهاء إتفقوا على أركان و شروط الخلع إلا الإمام أبو حنيفة, و لكن ما يلاحظ على قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع بل أهملها و أكتفى بأن يكون الخلع بمقابل مالي يتفق عليه الزوجان أو يحدده القاضي عند خلافهما على مقداره بحيث لا يتجاوز مقدار المثل وقت صدور الحكم.

و منه سنتعرض في هذا المبحث شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع والزوجة المختلعة (مطلب أول) و شروط صحة الخلع بالنسبة للعوض (مطلب ثاني) وشروط صحة الخلع بالنسبة للصيغة

المطلب الأول : شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع والزوجة المختلعة

يشترط في الخلع قيام الرابطة الزوجية , فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا عنها أو تربطها به رابطة غير الزوجية, لا بد من توفر عقد صحيح للزواج .

ومنه سندرس الشروط الواجب توافرها في الزوج المخالع والزوجة المختلعة

الفرع الأول: موقف الفقهاء

وفيه سنتعرض لأقوال الفقهاء واختلافهم في الآراء بالنسبة لشروط الزوج المخالع وشروط الزوجة المختلعة.

أولا: شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع

المخالع : هو الزوج أو نائبه و يشترط فيه أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق مسلما كان أو زميا, حرا كان أو عبدا , أي من صح طلاقه صح خلعه.[1]

يشترط في الزوج المخالع ما يشترط في الزوج عند ايقاع الطلاق من حيث توافر الأهلية:

[1] –جمال عبد الوهاب عبد الغفار , الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة, الطبعة الأولى , دار الجامعة الجديدة للنشر, الاسكندرية , 2003, ص 57.

1. أن يكون بالغا.
2. عاقلا في رأي الجمهور.

وأجاز الحنابلة أن يكون مميزا بعقله, فكل من لايصح طلاقه لا يصح خلعه كالصبي والمجنون و المعتوه من اختل عقله لمرض أو كبر في السن[1]

ولايصح الخلع من المجنون والمعتوه ولا من المغمى عليه لأنه لا يصح طلاقهم لانعدام القصد الصحيح منهم . قال ابن المنذر " أجمع كل من أحفظ عليهم من علماء الأمصار على أن المجنون لا يجوز طلاقه".

ولا يصح من الصبي لأنه ليس له قصد معتبر شرعا, خصوصا فيما يضره لقوله صلى الله عليه وسلم : " رفع القلم عن ثلاث , عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يعقل".

وأما السكر ان فعلى ضربين:لأن سكره إما أن يكون للطرب والترف وا ٍما أن يكون للتداوي.

فسكره للطرب والترف : إذا شرب الإنسان مسكرا كالخمر, فإما أن يكون غير آثم لشربها, كأن يشربها مكرها أو جاهلا فهذا حكمه حكم المجنون والمعتوه لارتفاع الإثم عنه ولا يقع الخلع طبعا , أما إذا شرب لأجل الطرب مختارا عالما بحرمتها فقد اختلف الفقهاء في حكم وقوع الخلع منه على مذهبين:

المذهب الأول : طلاق السكران واقع , وخلعه جائز وبه قال عطاء وحسن البصري وسعيد بن مشيب وغيرهم وا ٍليه ذهب الأئمة الأربعة .

المذهب الثاني: طلاق السكران غير واقع وخلعه باطل , وحكي هذا عن عثمان بن عفان و به قال عمر بن عبد العزيز وغيرهم.إذا أخذ الإنسان بنج أو ما في معناه لقصد التداوي سواء

[1] – وهبة الزحيلي, المرجع السابق, ص 490.

بالشرب أو بالحقن لم يقع طلاقه ولا يصح خلعه ويكون في حكم المغمى عليه لأنه مباح لا يؤخذ به .[1]

ويصح خلع المريض مرض الموت لأنه لو طلق بغير بعوض لصح فالأولى يصح بعوض لأن الورثة لا يتضررون بخلعه بشيء [2], وعبر المالكية بذلك بقولهم : ونفذ خلع المريض مرض مخوفا إشارة إلى أنه لا يحرم ابتداء لما فيه من إخراج وارث وترثه على المشهور زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه ككل مطلقة بمرض الموت مخوف , حتى لو انتهت عدتها وتزوجت بغيره , ولا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله ولو كانت مريضة حال الخلع أيضا لأنه هو الذي أسقط ما كان يستحقه. [3]

وقد اختلف الفقهاء في خلع المكره على مذهبين:

المذهب الأول: إن خلع المكره لا يقع , وروى هذا عمربن الخطاب وعن عبد الله بن عمر وغيره من الصحابة وا إليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة , واستدلوا على عدم وقوعه بقوله تعالى : " إلا من أكره و قلبه مطمئن بالإيمان " فإن الله سبحانه وتعالى قد أبطل حكم من أكره على الكفر لأن الكفر قول كذلك حكم كما في مثله كالطلاق والخلع .

المذهب الثاني: أن الخلع المكره جائز وواقع وبه قال أبو قلابة والشعبي والنوخعي وغيرهم وا إليه ذهب الحنفية واستدلوا على وقوعه ما روى أن امرأة مانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة و جلست على صدره ثم حركته فقالت: لتطلقني ثلاث أو لأذبحنك فناشدها الله تعالى أبت فطلقها ثلاثا ,ثم جاء الرسول صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق فدل ذلك على وقوع طلاق المكره .[4]

[1] – جمال عبد الوهاب الغفار , المرجع السابق, ص 58-66.

[2] – عبد الرحمان الجزيري , المرجع السابق, ص 403.

[3] – وهبة الزحيلي , المرجع السابق, ص 491.

[4] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار , المرجع السابق,ص 67-68.

ثانيا: شروط صحة الخلع بالنسبة للزوجة المختلعة

المختلعة : هي الزوجة أو وليها أو الأجنبي وهو قابل الخلع ويشترط فيه أن يكون مطلق التصرف التصرف في المال , صحيح الإلتزام [1]

هناك اختلاف حول الشروط عند الفقهاء:

الحنفية: قالوا لا يصح للصغيرة أن تلتزم العوض المالي , ويمكن للأب أن يختلع ابنته الصغيرة بشرط أن يكون من مالها أو مهرها ولايلزمها شيء كما لا يلزم الأب شيء في الأصح, ذلك لأنه معلق على قبوله, ولا يلزمها الأب. وكما لايصح للصغيرة أن تخالع زوجها بمال فكذلك لا يصح للسفيهة , فإذا خالعت زوجها على مال وقع الطلاق ولا يلزمها المال .

أما الكبيرة الراشدة فلا يصح لأحد أن يخالع عنها من مالها بدون إذنها فإذا خالع عنها الأب من ماله بدون إذنها فإنه يصح ويلزمه المال ولا يتوقف على قبولها.[2]

المالكية: قالوا لايصح للصغيرة ولا للسفيهة ولا للرقيقة أن يباشرن مخالعة الزوج بعوض مالي ومثلهن الأجنبية المتصفة بهذه الصفات .

يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض , ولكن إذا وقع المرض الخلع بينهما في مرض الزوجة فإن الطلاق البائن ينفذ ولا يتوارثان ولو ماتت هي في العدة.

الشافعية: قالوا يشترط أن تكون مطلقة التصرف في مالها فلا يكون محجوزا عليه حجر سفه , أما إذا كانت مريضة مرض الموت فيصح أن تخالع زوجها في حدود التصرف في مالها بغير تبرع .

الحنابلة: قالوا لا يصح الخلع من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه ولو بإذن الولي , لأن مال الخلع تبرع ولا إذن للولي في التبرعات وقد أجازه البعض إذا كان في ذلك مصلحة.[3]

---

[1] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار, نفس المرجع, ص 78.

[2] – منصوري نورة , المرجع السابق, ص 117.

[3] – عبد الرحمان الجزيري, المرجع السابق, ص 356,359.

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري

لم يرد في نص المادة 54 من قانون الأسرة الشروط الواجب توافرها في الزوجة التي سبق وتناولها الفقه إلا أنه وبالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضا من أحكامها

كما يرى الأستاذ فضيل سعد أن الخلع هو تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي , وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة 203 من قانون الأسرة , لان العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أن الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع ولكن ما تملكه بعد ذلك لا يقوم بمال فهو ليس عوضا لما دفعته , وبالتالي لا يصح اعتباره عقد معاوضة وبذلك فإذا كانت سفيهة محجورا عليها , فلا تستطيع الالتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية , كالمجنونة والمعتوهة والصغيرة عديمة التمييز فإن أرادت أن تخالع نفسها وهي على هذا الحال فإن أباها هو الذي يتكفل بذلك وفي حالة غياب هذا الأخير يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له.

ولكن الحال الذي يستدعي النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية وتصرفاتها تخضع لإجازة وليها طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة الجزائري.

كما يجوز للقاضي أن إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي, فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن وباعتماد القاعدة الفقهية " كل من صح طلاقه صح خلعه" فإن من لايملك الزواج إلا بإذن لا يملك الخلع إلا بإذن

أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت هنا عرض الزوجة للمخالعة مقبول وتكون ملزمة ببدل الخلع لأنها أهل لجميع التصرفات المالية , فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليها عندئذ بحكم قضائي فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة .[1]

[1] – منصوري نورة, المرجع السابق, ص 123,122,121.

المطلب الثاني: شروط صحة الخلع بالنسبة للصيغة

لا بد للخلع من صيغة وبدونها لا يصح , فالإيجاب والقبول لا بد منه , أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع وا ٍن نوى به الطلاق أو كان به الطلاق متعارفا.

الفرع الأول: موقف الفقهاء

الصيغة : هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج و قبوله من الزوجة وهي قسمان ألفاظ صريحة و أخرى كفاية .

فالألفاظ الصريحة ما كان من لفظ الخلع كخالعتك و نحوه , كذلك لفظ المفاداة يكون صريحا لأنه ورد في القرآن الكريم لقوله تعالى " فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[1] . وكذلك لفظ الفسخ هناك من يقول بأنه صريح.[2]

الحنفية: قالوا يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون عالمة بمعنى الخلع واعتبروا يمينا من جانب الزوج , فلو ابتدأ الخلع بقوله " خالعتك على مائة" مثلا فإنه لا يملك الرجوع عنه وكذا لا يملك فسخه , ولا نهي المرأة عن قبوله وله أن يعلقه على شرط ويضيفه إلى وقت .

واشترطوا مطابقة الايجاب للقبول , فإذا قال لها " أنت طالق أربعا بثلاث مائة " فقالت " قبلت ثلاثا" , لم تطلق لأنه علق الخلع على قبولها الأربع فإذا قبلت ثلاثا لم يتحقق المعلق عليه وا ٍذا قال لها " طلقتك على ألف " فقالت "قبلت" ثم قال " طلقتك على ألف " فقالت "قبلت" , ثم قال لها " طلقتك على ألف" فقالت " قبلت" , فإنه يقع ثلاث تطليقات بثلاثة آلاف . وهذا بخلاف ما إذا قال لها " خالعتك ولم يذكر بدلا " فقالت " قبلت " , ثم أعاد لها اللفظ فقالت " قبلت" فإن الثاني لا يقع لأن الأول وقع بائنا فلا يلحقها الثاني.

المالكية: قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط :

---

[1] – سورة البقرة, الآية 229.

[2] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار, المرجع السابق, ص 85.

- الشرط الأول : أن تكون لفظا بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحا أو كناية فإذا عمل عملا يدل على الطلاق بدون نطق , فإنه لا يقع به الطلاق إلا إذا جرى العرف .
- الشرط الثاني: أن يكون القبول في المجلس , إلا إذا علقه الزوج بالأداء أو الاقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس . فإذا قال لها " إن أقبضتني عشرين جنيها أو أديت إلي كذا فأنت طالق " , فإن لها أن تقبضه بعد المجلس , بحيث تمكث مدة , يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس فإنه يعمل بها فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل.
- الشرط الثالث: ان يكون بين الايجاب والقبول توافق في المال , فإذا قال لها : " طلقتك ثلاثا بألف " فقالت: " قبلتها واحدة بثلث الألف ", لم يلزمه طلاق , فإن له أن يقول : "إنني لم أرض بطلاقها إلا بطلاقها إلا بألف" , وهذا بخلاف ما إذا قالت له :" طلقني ثلاثا بألف" فطلقها " واحدة بألف " , فإن الطلاق ينفذ والعوض يلزم , وذلك لأنها تملك نفسها بهذا وتبين به فما زاد عليه لم يتعلق به غرض الشارع ولا فائدة لها منه وكذا إذا قالت له " طلقني واحدة بألف " , فطلقها ثلاثا فإنه يصح لحصول عرضها وزيادة.

الشافعية : قالوا بأن شروط الصيغة هي:أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للأخر ولمن يقرب منه من الحاضرين , ومنها أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب ومنها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه فإنه لا يصح , ومنها أن لا يتخلل بين الايجاب

والقبول كلام ومنها أن يتفق الايجاب مع القبول , فإذا فال لها " طلقتك بألف " فقالت " قبلت بألفين "لا يقع شيء وا ٍذا قال لها " طلقتك ثلاثا بألف" فقالت " قبلت واحدة بألف" فإن الثلاث تقع بألف وذلك وا ٍن لم يوافق القبول الايجاب في الطلاق لكنه وافقه في المال والزوجة تملك المال والزوج يملك الطلاق وقد وافقته فيما تملك فتلزم به ويلزم بالثلاث.

الحنابلة: يشترط في صيغة الخلع عدة شروط:

- أن تكون لفظا فلا يصح الخلع بالمعاطاة ولو نوى بها الطلاق , بل لا بد فيه من ايجاب وقبول.
- أن يكون الايجاب والقبول في المجلس , فإذا قال لها " خالعتك بكذا " وقام من المجلس قبل قبولها , فإنه لا يصح وكذا إذا قامت هي ولم تقبل .
- ألا يضيف الخلع إلى جزء منها فإذا قال لها :" خالعتك يدك أو رجلك بكذا " وقبلت كان لغوا , وذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق بخلاف الطلاق الذي يقع عندما يضاف إلى جزء المرأة.
- أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها :" إن بذلت لي كذا فقد خالعتك " فإن الخلع لايصح ولو بذلت له ما سماه , بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه وا ٍذا اجتمع شرطا مع الخلع فإن الخلع يصح , والشرط يبطل مثل ذلك ما إذا اشترط الخيار , كما قال لها : "خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام " فإن الخلع يصح والخيار يبطل فيقع الخلع فورا وله الحق في العوض.[1]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

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

وحسب نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري لا تشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحمة العليا أهمها:

القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 والذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع

[1] – عبد الرحمان الجزيري, المرجع السابق, ص 373,368.

المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل , وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شر عا . وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن .[1]

القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 و الذي جاء فيه : ' الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه , ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن' .[2]

المطلب الثالث: شروط صحة الخلع بالنسبة للعوض

العوض: هو ما تعطيه الزوجة أو وليها أو أجنبي للزوج , مقابل خلعها من عصمته.

الفرع الأول : موقف الفقهاء

لكن وقع اختلاف بين الفقهاء في مقدار العوض الذي يصح أن تخالع المرأة زوجها عليه على مذهبين:

المذهب الأول:يرى بأنه يجوز للمرأة أن تخالع زوجها على ما شاء أن تخالع به قلّ ذلك عن صداقها أو كثر. ولا اعتبار لحد العوض ما دام ذلك بالتراضي بينهما,وا إليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية و الزيدية والإمامية.

المذهب الثاني: يرى بأنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من المرأة المفتدية أكثر من مهرها وا إن فعل ذلك رد لها الزيادة وا إليه ذهب طاووس وعطاء وعمر بن سعيد والزهري.

---

[1] – قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1992/07/21, ملف رقم 83603, الاجتهاد القضائي, العدد الخاص, 2001, ص 134.

[2] – قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1999/03/16, ملف رقم 216239,الاجتهاد القضائي, العدد الخاص, 2001, ص 138.

سبب الخلاف: أن المذهب الأول يرى إلى البدل على انه مثله مثل سائر الأعواض في المعاملات , ولهذا يكون مقدار العوض راجع إلى الرضا بين المتعاقدين.

أما المذهب الثاني فينظر إلى البدل على أنه يختلف عن سائر المعاوضات،وا ٍنما يخضع لظاهر ما جاء في حديث ثابت بن قيس, فلم يجز أن تدفع المرأة أكثر مما أخذت من زوجها.

دليل المذهب الأول: وهو ماجاء في الكتاب العزيز لقوله تعالى " لاجناح عليهما فيما افتدت به" وكذلك ما جاء في السنة النبوية مارواه البيهقي عن أبي سعيد الخدري قال : كانت أختي تحت رجل من الأنصار فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها " أتردين عليه حديقته" قالت وأزيده, فخلعها فردت عليه حديقته وزادته.

دليل المذهب الثاني: ما جاء في السنة النبوية ما رواه ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : والله ما أعتب غلى ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام , لا أطيقه بغضا فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد".[1]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري لم تبين ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين معه إلى الرجوع إلى الفقه , لاسيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا باعتباره استعمل مصطلح " مال " ليعبر به عن بدل الخلع , والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة , وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا, وبعبارة فقهية أكثر دقة " أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل خلع " , ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانونا وفي جميع الأحوال يجب أن يكون في مقابل الخلع معلوما ومتفقا عليه بين الزوجين . أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز

[1] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار, المرجع السابق, ص 92,87.

للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين حول المبلغ المطلوب أداؤه فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا يتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة .[1]

كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709 جاء فيه : ' من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الإتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الإختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع , بإعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع و من ثمة يتعين على القاضي تقديره قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق .

و تأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها و اشترط الزوج مبلغا قدره خمسين ألف دج (50000دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معا '.[2]

ومنه نستخلص الشروط العامة للخلع في:/

1. أن يقع من زوج يصح طلاقه
2. أن يكون على عوض ولو مجهولا ممن يصح تبرعه من أجنبي وزوجة , لكن لو عضلها ظلما لتختلع لم يصح.
3. أن يقع منجزا
4. أن يقع الخلع على جميع الزوجة
5. أن لا يقع حيلة لإسقاط يمين الطلاق
6. أن لا يقع بلفظ الطلاق بل بصيغته الموضوعة له

[1] – منصوري نورة , المرجع السابق, ص 141,140.

[2] – قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1985/04/22, رقم ملف 36709, المجلة القضائية, العدد 01, 1989, ص 92.

7. أن لا ينوى به الطلاق , فمتى توفرت الشروط كان فسخا بائنا لا ينقص به عدد الطلاق[1].

[1] – ابن عقيل علي, إدراك المطالب, الطبعة الأولى, دار النوادر, دمشق, 2010, ص 330,329.

خلاصة الفصل الأول

نستخلص من خلال ما تعرضنا له:

أن المشرع الجزائري تبنى الرأي القائل بأن الخلع طلاق وليس فسخ وذلك من خلال المادة 54 الموجودة في الفصل الخاص بالطلاق , أما فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا حول الفرقة بين الزوجين بالخلع على رأيين : الرأي الأول يرى بأن الخلع فسخ , أما الرأي الثاني فيرى أن الخلع طلاق بائن.

وأن المشرع الجزائري من خلال المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري أن الخلع حق شخصي من طرف الزوجة في فك الرابطة الزوجية لأنه يعتبر الخلع عقد معاوضة , أما فقهاء الشريعة الإسلامية فاعتبروا الخلع عقد رضائي ويجب فيه الرضائية بين الزوجين .

الفصل الثاني

الفصل الثاني: دور القاضي في الخلع وآثاره

لقد جعل الله سبحانه وتعالى مهمة تطبيق أحكام الشريعة موكولة إبتداءا إلىتقوى المسلم وا ٍيمانه فيلتزم بها ويطبقها في شؤونه الخاصة طوعا واختيارا من خلال قيامه بواجباته ومطالبته بحقوقه في ضوء ما شرع الله تعالى وأمر , ولكن قد يأبى بعض الناس الالتزام الطوعي بأحكام الله تعالى, فهم بشر يصيبون ويخطئون, فتكون مهمة تطبيق أحكام الشريعة موكولة للقاضي ومنه سندرس دور القاضي في الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجز ائري (مبحث أول) , وآثار الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (مبحث ثاني)

المبحث الأول: دور القاضي في الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

إن مهمة القضاء مهمة جليلة الشأن عظيمة الخطر, فالقضاء الشرعي الذي يكون وفق منهج الله وبأحكام الله تعالى هو المظهر العملي لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية , وبما أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية فقاضي الأحوال الشخصية يكون في موضع خطر.

ومنه سندرس دور القاضي في إجبار الزوج على الخلع (مطلب أول), ودور القاضي في إجراء محاولة الصلح والتحكيم (مطلب ثاني).

المطلب الأول: دور القاضي في إجبار الزوج على الخلع

في هذا المطلب سنتعرض إلى مدى مشروعية الخلع الذي يوقعه القاضي دون موافقة الزوج ومنه سندرس موقف الفقهاء من مسألة إجبار الزوج على الخلع (فرع أول) وموقف المشرع الجزائري من مسألة إجبار الزوج على الخلع (فرع ثاني).

الفرع الأول: موقف الفقهاء من مسألة إجبار الزوج على الخلع

الأصل في الخلع أن يقع بالتراضي على أساس أنه عقد عند الكثير من الفقهاء , فهل يشترط ايقاع الخلع أمام القاضي (أولا) أو يمكن للقاضي من خلال سلطته أن يوقع الخلع بدون رضا الزوج (ثانيا).

أولا: موقف الفقهاء من حاجة الخلع إلى القاضي

وفي هذا الموضوع ظهر اتجاهين: اتجاه يرى أن الخلع يصح بدون حاكم, واتجاه يرى ضرورة الترافع إلى الحاكم.

1/الاتجاه القائل بصحة الخلع بدون حاكم:

ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية الذين يرون أن الخلع يصح من دون حاكم وبالتالي يقع صحيحا ولا يتوقف صدوره من الحاكم أو أمامه, فقد جاء في المبسوط " أن الخلع جائز عند السلطان وغيره , لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج ولاية إيقاع الطلاق ولها ولاية التزام العوض فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان"[1]. وقال ابن قدامة " لا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد, فقال : يجوز الخلع دون سلطان"[2]

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بما يلي:

1/ قوله تعالى :" فلا جناح عليهما فيما افتدت به " يفيد إباحة الأخذ من الزوجة بالتراضي من غير سلطان [3], كما أخرج البخاري في صحيحه أن عمر بن الخطاب وعثمان رضي الله عنهما أجازوا الخلع دون سلطان[4].

2/ الخلع عقد معاوضة يقوم على اتفاق الطرفين لا يحتاج إلى قاضي.

3/ الخلع يقاس على النكاح والطلاق من حيث أنهما لا يحتاجان إلى قاضي فكذلك الخلع لايحتاج إلى قاضي.[5]

---

[1] – محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي , المبسوط, الجزء السادس, دار المعرفة, 1989, ص 174.

[2] – ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي, المغني, الجزء السابع, الطبعة الأولى, دار إحياء التراث العربي,1985, ص247.

[3] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار, المرجع السابق, ص 131.

[4] – ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي, المرجع السابق, ص 247.

[5] – أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي , الجامع لأحكام القرآن , المجلد الأول , الجزء الثالث, دار الفكر, ص 129.

2/ الاتجاه القائل بضرورة الترافع إلى الحاكم

ذهب جماعة من التابعين منهم سعيد بن جبير والحسن البصري وابن سيرين وأبو عبيد إلى أنه لا يكفي لوقوع الخلع مجرد اتفاق إرادة الزوج والزوجة استقلالا, بل يجب أن يترافعا إلى الحاكم وهو الذي يقضي بوقوع الخلع[1]

أ/ من الكتاب : قوله تعالى:" فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " ووجه الدلالة من الآية الكريمة قوله تعالى " فإن خفتم" موجه للولاة والحكام , فالآية في أولها خطاب للولاة والحكام وفي آخرها خطاب للأزواج , ومنه حضور الحاكم شرط في الخلع.[2]

ب/ من السنة النبوية: ما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أن حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس , فضربها فكسر نغصها , فأتت الرسول صلى الله عليه وسلم بعد الصبح فاشتكته إليه , فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابت , فقال: " خذ بعض من مالها وفارقها ", قال: "ويصلح ذلك يا رسول الله " , فقال: "نعم" , قال: " فإني أصدقها حديقتين فهما بيدها , فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " خذها وفارقها"

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم تولى هذا الخلع بنفسه فدل أنه يكون إلى السلطان لأنه لو كان يجوز لهما التفرد به لوكله إليهما ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ منها ويفارقها.[3]

ثانيا: موقف الفقهاء من سلطة القاضي في إكراه الزوج على الخلع

إذا كانت الزوجة كارهة لزوجها ورفعت دعوى أمام القضاء من أجل الخلع ورفض الزوج ذلك فهل يحق للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع بدون رضاه ,أم يجب رضا الزوج. وهذا ما سنتعرض له.

[1] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار, المرجع السابق, ص 130.

[2] – أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي, المرجع السابق, ص 129.

[3] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار, المرجع السابق, ص 135.

1/ الاتجاه القائل بجواز إجبار القاضي للزوج على الخلع

قال بعض الفقهاء بأنه يجوز للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع , لأن الخلع حق للزوجة تأسيسا على أن الطلاق بيد الرجل , فإذا كان الرجل يملك الطلاق ويوقعه بصورة انفرادية فبالمقابل تملك المرأة الخلع ولها أن توقعه بصورة انفرادية ولا تحتاج إلى موافقة الزوج , كما لا يحتاج هذا الأخير إلى موافقة الزوجة عند الطلاق[1].

وهذا الرأي قال به كذلك الفقيه ابن رشد الحفيد " والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الر جل من طلاق , فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأةجعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل ".[2]

وهذا القول كان محل نظر الكثير من الفقهاء وعلى رأسهم المستشار أحمد نصر الجندي في كتابه من فرق الزوجية الذي قال " القول بأن الطلاق بيد الرجل والخلع بيد المرأة قول فاسد شرعا, فقد دلت آيات القرأن الكريم على أن الطلاق بيد الرجل ويستقل به ويطلق بنفسه, فقال الله سبحانه وتعالى" يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن "[3]. وقال أيضا " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن "[4]. فالآيات القرآنية تخاطب الرجل في شأن الطلاق وجعلت الطلاق لمن نكح , فالطلاق بيد الرجل شرعا وبقيود وظوابط وضعها الله عز وجل .

ولم يرد في القرآن الكريم ولا الأحاديث النبوية ولا أقوال الصحابة ولا بآراء الفقهاء أن زوجة أنهت العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها إلا بتفويض منه باعتبار أن الطلاق بيده وليس بيدها أو بحكم من القاضي ينوب عن الرجل في ذلك... "[5]

---

[1] – شوقي البناسي , الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن , العدد 4, مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية , 2008, ص 15.

[2] – ابن رشد الحفيد, المرجع السابق, ص 51.

[3] – سورة الطلاق , الآية 1

[4] – سورة الأحزاب, الآية 49.

[5] – أحمد نصر الجندي , المرجع السابق, ص 110-111.

ويؤكد ذلك الأستاذ سيد سابق بقوله" الخلع يكون بتراضي الزوج والزوجة , فإذا لم يتم التراضي بينهما , فللقاضي إلزام الزوج بالخلع لأن ثابتا وزوجته رفعا أمرهما إلى النبي صلى الله عليه وسلم وألزمه الرسول صلى الله عليه وسلم بأن يقبل الحديقة و يطلق.[1]

2/ الاتجاه القائل باشتراط رضا الزوج في الخلع

وهذا الاتجاه يرى بأنه يجب رضا الزوج عند الخلع, ولا يجب إجباره على الخلع لأن الخلع عقد معاوضة يعتمد التراضي بين الزوجين , ولأن الزوج لما كان ممنوعا من إجبار المرأة على دفع العوض لافتداء نفسها وا ٍجبارها على الخلع , كان الزوج كذلك غير مجبر على قبول العوض[2] .

واستدل هذا الفريق من القرآن الكريم والسنة النبوية:

أ/ من القرآن الكريم: قوله تعالى" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون "[3].فقد بينت الآية الكريمة أنه يحل للزوجين الخلع إذا خافا عدم إقامة حدررررود الله فيحل للزوجة دفع المال ويحل للزوج قبوله , وليس في الآية الكريمة ما يدل على إجبار أحدهما فيما هو له , فلا تجبر الزوجة على دفع العوض ولا يجبر الزوج على الخلع.[4]

ب/ من السنة النبوية: إستدلوا بحديث عن ابن عباس رضي الله عنه وفيه أن إمرأة 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 الرسول صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم, فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إقبل الحديقة و طلقها تطليقة .

---

[1] – سيد سابق, فقه السنة, المجلد الثاني, الطبعة الحادية والعشرون, دار الفتح للإعلام العربي, القاهرة, 1999, ص 195.

[2] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار, المرجع السابق, ص 137.

[3] سورة البقر ة , الآية 229.

[4]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار, المرجع السابق, ص 137.

و وجه الدلالة قوله عليه الصلاة والسلام " إقبل الحديقة و طلقها تطليقة " أن أمره عليه الصلاة وسلام لثابت بن قيس إنما هو للإرشاد و الإصلاح لا للإيجاب ولا الإلزام[1] .

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

وسنتعرض فيه لموقف المشرع الجزائري عند صدور قانون الاسرة الجزائري رقم 11/84 , وموقف المشرع الجزائري بعد تعديل المادة 54.

أولا: موقف المشرع الجزائري عند صدور قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84

في بداية الثمانينات صدر أول قانون جزائري للأسرة والذي حمل رقم 11/84 ,ولقد حمل هذا القانون في طياته 224 مادة تضمنتها أربع كتب , ولم ينل موضوع الخلع فيه سوى مادة واحدة مما جعلها ناقصة في الكم والكيف وهي المادة54 والتي تنص على:" 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". لم يحسم المشرع من خلال نص المادة موقفه فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج, فالمادة تحدثت عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها , دون أن يتم التوضيح فيما لو كان لرضا الزوج اعتبار أم لا.

وأمام سكوت المشرع عن تحديد طبيعة الخلع كحق أصيل للزوجة أم عقد رضائي جعل الفقهاء والقضاة يرجعون إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية "[2]

و يستنتج الأستاذ فضيل سعد من المادة 54 ورغم عدم وضوح صياغتها أنها تشترط أن ينبني الخلع على الإيجاب والقبول حيث قال :" عندما نستعمل لفظ خالع فهو مزيد بحرف على وزن فاعل بمعنى بادل و فيه تفاعل الطرفين و توقف حصول الفعل على إرادتهما بأن تكون هي

[1] – الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني, نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار, شرح منتقى الأخبار, المجلد الثالث, الجزء السادس, الطبعة الأولى, دار الكتب العلمية, بيروت لبنان, 1995, ص 361.

[2] – باديس ذيابي, المرجع السابق, ص 72-73.

البادئة وهو المكمل أوهو البادئ و هي المكملة , إذ لا حصول للفعل بدون إرادتهما , و على هذا فإنما أن تكون هي الموجبة وهو القابل , او هو الموجب و هي القابلة ".[1]

و كذلك يتفق الأستاذ العربي بلحاج مع فضيل سعد على أن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج و موافقته الصريحة فقد اعتبر بأن" الخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرف لا يتم إلا بإيجاب وقبول , ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج أو ما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما . فالخلع ما هو إلا طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة [2] .

وأكد كذلك الاستاذ عبد العزيز سعد ذلك بقوله:" الخلع عقد رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة , غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي , بناءا على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعا تدفعه الزوجة... وليس على الزوج أن يستجيب لطلب الزوجة غصبا أوكرها, ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالخلع بمجرد طلبه من الزوجة دون رضا الزوج وموافقته الصريحة وإلا لأصبح من الجائز لكل زوجة تطلب الخلع وتعرض مبلغا من المال على زوجها أن تتحصل على الطلاق وتتخلص من زوجها ظالمة كانت أو مظلومة دون حاجة إلى إثبات أي مبرر شرعي أو قانوني.[3]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري بعد تعديل المادة 54

بعد تعديل المادة 54 أصبحت تنص على " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". أضاف المشرع الجزائري عبارة " دون موافقة الزوج " لتعبر صراحة عن تبني المشرع الجزائري للرأي القائل بأن الخلع تصرف انفرادي للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج ويمكن للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع إذا ما رفض طلب الزوجة في الخلع,

[1] – فضيل سعد , شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق, الجزء الأول, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزائر, 1986, ص 306.

[2] – العربي بلحاج, طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية , العدد 3, مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية, 1990, ص 585.

[3] – سعد عبد العزيز , الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري, الطبعة الثالثة, دار هومه , الجزائر, 1996, ص 248-249 و253.

وهذا التعديل جاء لتكريس اجتهادات المحكمة العليا والتي عرفت تغييرا جذريا منذ سنة1992 حيث أصبحت تعتبر الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية حق للزوجة تستعمله وقت ما تشاء.[1]

المطلب الثاني: دور القاضي في إجراء محاولة الصلح والتحكيم

أوجب القانون على القاضي أن يتبع بعض الإجراءات تتعلق بالصلح والتحكيم بين الزوجين قبل أن يحل الرابطة الزوجية, ومنه سنتطرق إلى إجراءات الصلح (فرع أول),إجراءات التحكيم (فرع ثاني).

الفرع الأول: إجراءات الصلح في دعوى الخلع

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 49 على أنه" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد 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. تسجيل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

كما نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم08-09 المؤرخ في 2008/02/25 على الصلح في المواد من 439 إلى 449 , ونص على أن إجراءات الصلح في الأحوال الشخصية وجوبي وا لزامي.[2]

يتضح من نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يجب على القاضي أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة رئيس كتاب الضبط الذي يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما تجاه الآخر , وذلك من أجل إظهار مساوئ الفرقة حتى تتراجع طالبة الخلع عن التفكير في الخلع والعودة إلى حياة المودة والوئام على شرط أن لا تتجاوز مدة محاولات الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى بالخلع, لكن إذا تخلف

[1] – باديس ذيابي, المرجع السابق, ص 74.

[2] – أحمد شامي, قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات –دراسة فقهية ونقدية مقارنة – , الطبعة الأولى, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية , 2010, ص 268.

أحد الزوجين عن حضور جلسة الصلح دون عذر فإن ذلك يعتبر امتناعا تاما متعمدا ورفضا ضمنيا لمحاولة الصلح , ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار ويعفيه من استمرار جلسة الصلح وتجديدها , ومنه تعتبر جلسات الصلح فاشلة وغير منتجة , فيحرر القاضي محضرا بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر, وعند فشل محاولة الصلح يتحتم على القاضي بالضرورة إلى الحكم بالخلع.[1]

كما نص المشرع في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الثانية على أنه يلزم القاضي بتحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج سلبية أم إيجابية , فإذا كانت سلبية يذكر في المحضر أن محاولات الصلح فشلت و يشير في المحضر إلى سبب فشلها , أما إذا كانت نتائج الصلح إيجابية فيذكر في المحضر الأمور التي أدت إلى نجاحها. وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يجب أن يكون حضر جلسات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين كاتب الضبط والزوجين . لكن هذه المادة لم تنص على وجوبية إجراء محاولات الصلح .[2] عكس مانصت عليه المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية "ومنه أن جلسات الصلح يجب أن تكون سرية ويجب أن تجرى .

وللقاضي السلطة التقديرية في إجراء محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح طالما أنه تأكد واقتنع من رأي الزوجين وتمسكهما بالخلع , ومنه القرار الذي جاءت به المحكمة العليا بتاريخ 2011/04/14 حيث جاء فيه: " بدعوى أن قاضي الدرجة الأولى أجرى محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة ثم استنفاذه ولا يعيب

[1] – أحمد شامي , المرجع نفسه, ص 271–272.

[2] – أحمد شامي , المرجع السابق, ص 272.

الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض".[1]

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في دعوى الخلع

نص المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 على :" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما . يعين القاضي الحكمين , حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة . وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين."[2]

سنتطرق إلى موقف الفقهاء(أولا)وا ٍلى موقف المشرع الجزائري (ثانيا).

أولا: موقف الفقهاء في إجراءات التحكيم

اختلف الفقهاء حول توصيف الحكمين هل هما حكمان أو وكيلان أو شاهدان وذلك على أر بعة أقوال:

القول الأول: أن المبعوثين في الشقاق بين الزوجين هما حكمان يقضيان بين الزوجين بجمع أو فرقة , بعوض أو بغير عوض , من غير توكيل من الزوجين أو رضا منهما . وهو قول أكثر المالكية , والشافعية ورواية عند الحنابلة وابن تيمية في أحد القولين . واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- **من الكتاب العزيز:** قوله تعالىٰوا ٍن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها"[3]. هنا الله عز وجل سماهما حكمين ونصبهما للحكم بين الزوجين , ومكنهما منه.

[1] – قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث, بتاريخ 2011/04/14, ملف رقم 620084, مجلة المحكمة العليا, العدد 01, 2012, ص 301.

[2] – المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 , الجريدة الرسمية, العدد 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.

[3] – سورة النساء, الآية 35.

القول الثاني:أن المبعوثين وكيلان عن الزوجين ,فلا يجوز بعثهما إلا برضاهما ومو افقتهما وليس لهما التفريق إلا برضاهما وتوكيلهما , فيوكل الزوج حكمه إن شاء بطلاق, وقبول عوض الخلع . وتوكل الزوجة إن شاءت حكمها ببذل عوض الخلع وقبول طلاق به , ثم يفعل الحكمان الأصلح من صلح أو تفريق إن رأياه صوابا. وهو قول بعض المالكية وقول الشافعية ,واستدلو ا : أن الزوجين راشدان والمال حقها والبضع حقه , فلا يجوز لغيرهما التصرف في ذلك إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما.

القول الثالث: أن المبعوثين رسولان وشاهدان يرسلهما الحاكم ليصلحا بين الزوجين برضاهما وليعرفا حالهما من الظالم منهما والمظلوم ؟ وبعدها يخبرا الحاكم بما اطلعا عليه ويشهدا بما ظهر لهما وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين. وهو مذهب الحنفية وقول ابن حزم , وقول أحد ابن تيمية, وقول بعض المالكية. واستدلوا بما يلي:

قوله تعالى:" إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما" [1]

ووجه الدلالة أن الإصلاح هو قطع الشر بين الزوجين وقد رده الله إلى اختيار الزوجين ,ولا يعرف في اللغة ولا في الشريعة أن من الإصلاح بين الزوجين تطليق الزوجة على زوجها , وليس في الآية ولا في شيء من السنن أن للحكمين أن يفرقا وهذا شأن الشاهد.

القول الرابع: أن المبعوثين إن وكلهما الزوجان فهما وكيلان ,وا ن لم يوكلهما الزوجان فهما شاهدان , فإن كانا وكيلان فهما ينفذان ما طلبا منهما . وهو قول الطبري وقول الحصاص من الحنفية . ودليلهم:

قوله تعالى:" فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها"[2]

وجه الدلالة أن الله أمر بأن يكون أحد المبعوثين من أهل الزوجة , والآخر من أهل الزوج, فالذي من أهله وكيل عنه , والذي من أهلها وكيل عنها . كأن الله عز وجل يقول ابعثوا رجلا من قبله وابعثوا رجلا من قبلها, حيث أن تسميتهما حكمين لا يعارض كونهما وكيلين لأن –

[1] – سورة النساء , الآية 35.

[2] – سورة النساء , الآية 35.

الأصل قبول قولهما على الزوجين , فسميا حكمين لزوم قول للزوجين بمثابة الحكم, وحقيقتهما وكيلان بموجب توكيلهما.[1]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من إجراءات التحكيم

من خلال المواد من 446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 . نجد أنه إذا اشتد الخصام والشقاق بين الزوجين أو أضر أحدهما بالآخر

واستحال استمرار المعيشة بينهما ولم يثبت الضرر, اختارت المحكمة حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة.

ويشترط في الحكمين أن يكونا عدلين ويجب أن يكونا من أهل الزوجين إذا أمكن وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما , وعلى هذين الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين, وأن يبذلا جهدهما في الإصلاح , وبعدها يجب على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي في أجل شهرين.[2]

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي بل جعل الحق بناء على اقتراحهما وهذا فيه احتياط حيث يجعل للقاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية .[3]

القاضي يحكم على ضوء تقرير الحكمين , ولا يشترط فيه أن يكون معللا كما يجوز له رفض التقرير وتعيين حكمين آخرين , كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن.[4]

---

[1] – عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين , الخلع بطلب من الزوجة لعدم الوئام مع زوجها ,الطبعة الأولى , دار ابن فرحون , الرياض , 2010, ص 113–117.

[2] – بلحاج العربي, المرجع السابق, ص 359.

[3] – طاهري حسين , الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية, الطبعة الأولى, دار الخلدونية, الجزائر , 2009, ص 127.

[4] – بلحاج العربي, المرجع السابق, ص 359.

المبحث الثاني: آثار الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

أورد قانون الأسرة الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق وتتدرج آثار الخلع في هذا الفصل باعتباره طريقا من طرق حل الرابطة الزوجية مع اختلافات ينفرد بها الخلع وتتمثل هذه الآثار في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع واعتدادها ونفقة عدتها وسقوط الحقوق الزوجية بالخلع

المطلب الأول: الآثار التي ينفرد بها الخلع

الفرع الأول: التزام المختلعة تسديد بدل الخلع

متى وقع الإيجاب والقبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به التزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البدل المتفق عليه أو المحكوم به قضاء أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق وأقل العموم قوله تعالى:" فلا جناح عليهما فيما افتدت به " , إن هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أم كثيرا زائدا عن المهر أو أقل منه.

الفرع الثاني: اعتداد المختلعة

اختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين:

القول الأول: أن المختلعة تعتد بثلاثة قروء لعدة المطلقة وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في رواية لهم واستدلوا على ذلك بمايلي:

قوله تعالى " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " ومادام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية.

قال أبو داود حدثنا القصنبي عن مالك عن شافع عن ابن عمر أنه قال : عدة المختلعة عدة المطلقة .

القول الثاني: المختلعة تعتد بحيضة واحدة , وذهب إليه ابن تيمية وابن قيم وهي رواية معتمدة عن أحمد واستدلوا في ذلك :

روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال: " إن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تعتد بحيضة .

و روى عن الربيع بنت معود بن عفراء ان ثابت ابن قيس ضرب امرأته فكسر يدها و هي جميلم بنت عبد الله بن ابي فجاء اخوها يشتكيه الى رسول الله صلى الله عليه و سلم فأرسل رسول الله الى ثابت فقال :"خذ التي لك عليها و خل سبيلها , قال نعم فأمرها الرسول أن تتربس حيضة واحدة و تلحق بأهلها "

موقف المشرع الجزائري :

نصت المادة 558 من قانون الاسرة الجزائري على ان المشرع جعل من عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء و مادام لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فانها تعتد هي ايضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص و يستتبع ذلل كان اليائس من الحيض تعتده ثلاثة اشهر و الحامل بوضع الحمل .

الفرع الثالث : سقوط الحقوق الزوجية

تسقط الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوج و الزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع و لا أثر لهذا الاخير في الحقوق الثابتة الاخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج ,و في سقوط هذه الحقوق المالية من عدم سقوطه ثلاثة أراء :

الرأي الاول : يرى ابي حنيفة ان الخلع يسقط به كل حق ثابت الفعل لكل من الزوجيين على الأخر كالمهر و النفقة المتجمدة للزوجة سواء كان الخلع بهذا اللفظ او بلفظ المبارأة و مشتقاتها لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة و المنازعة بين الزوجيين و هذا لا يتحقق الا باسقاط كل حق متعلق بالزواج فليس للزوجة المطالبة بمهرها التي لم تقبضه و ليس لزوجها المطالبة بالمهر الذي قبضته الا اذا كان الخلع واقعا عليه اما ما لم يثبت كنفقة العدة و السكن فلا تسقط بالخلع بالاتفاق و مثل ذلك حق الطفل في الحضانة و أجرة الرضاعة تغير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع.

الرأي الثاني: ترى الجعفرية أن الخلع لا يسقط به أي حق ولا يوجب به إلا ما اتفق عليه الزوجين , بأي لفظ وقع لأنه شبيه بالمفاوضة , ولأن كلا من لفظي الخلع والمبارأة صريحا في الدلالة على سقوط تلك الحقوق , فللزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر إن لم تكن قبضته وبنفقتها المتجمدة وغير ذلك من الحقوق.

الرأي الثالث: يفرق أبو يوسف بينما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع وبينما إذا وقع بلفظة المبارأة ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقنا عليه وفي الثاني لاتسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة مع ما اتفق عليه فهو في الأول مع الجعفرية وفي الثاني مع الحنفية,ووجه التفرقة أن المبارأة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه وهي لم تفيد شيء دون غيره فتحمل على الإبداء كل ما يتعلق بالزواج أما لفظ الخلع وما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى إن اقتصر فيه على ما اتفق عليه .

الرأي الرابع: موقف المشرع الجزائري

يتضح مما سبق أن المسألة اجتهادية لعدم ورود نصوص شرعية أو قانونية تخصصها ولكن الرأي الراجح هو ماذهب إليه الجمهور من عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع لأن هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه ولا يسقط غيره , وفي حالة المخالعة عن طريق القضاء فإن المادة 54 من قانون الأسرة تجعل فترة تقدير العوض من سلطة القاضي في حالة عدم اتفاق الزوجان عليه ,و هنا ورد اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 1968/05/22 جاء فيه "من المقرر شرعا أنه اذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع , و ليس مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناءا على الصداق المعجل و ما ثبت لديهم من الظلم "[1]

المطلب الثاني: الآثار العامة

و هي الاثار التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الاخرى لفك الرابطة الزوجية فهذه الاثار تخضع لارادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه , و على القاضي الاستجابة لهما الا ما تعلق

[1] – منصوري نورة , المرجع السابق, ص 150-153.

منها بالنظام العام كالحضانة , و نفقة المحضون و سكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه و نظرا سبق التفصيل فيه نتعرض لها بايجاز و هي :

الفرع الأول: نفقة العدة :

إن وجوب العدة على المطلقة يعتبر من الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية والعدة هي الأجل المضروب لانقضاء ما بقي من الآثار لعقد النكاح , فإذا حصلت الفرقة بين الزوجين لا تنقطع الرابطة الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة, بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره حتى تنتهي المدة التي قدرها الشارع.

أولا: موقف الفقهاء

ولقد اتفق الفقهاء على أن المطلقة طلاقا رجعيا تستحق النفقة والسكنى , فقال : أبو حنيفة لها النفقة والسكنى مثل المطلقة رجعيا لأنها مكلفة بقضاء مدة العدة في بيت الزوجية , فهي محتبسة لحقه عليها فتجب لها النفقة , وتعتبر هذه النفقة دينا صحيحا من وقت الطلاق ولا تتوقف على التراضي ولا قضاء القاضي ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء.

وقال أحمد: " لا نفقة لها ولا سكنى " واستشهدوا بحديث فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها , فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم " ليس لك عليه نفقة ".

وقال الشافعي ومالك : " لها السكنى بكل حال ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا ", ودليلهم في ذلك أن عائشة وابن المسيب أنكرا على فاطمة بنت قيس حديثها , قال مالك : سمعت ابن شهاب يقول : " المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحمل وليس لها النفقة إلا أن تكون حاملا فينفق عليها حتى تضع حملها " ثم قال : " وهذا الأمر عندنا ".

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعها طيلة مدة عدتها و يجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة .

ولقد تبنى المشرع الجزائري رأي الحنفية بقوله أن" للمطلقة الحق في السكن والنفقة " ويتجلى ذلك في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا

المتوفي 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 ". ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري أعطى الحق لكل مطلقة أو متوفي عنها زوجها في النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها , وذلك يعتبر من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه المرحلة تكون محتبسة عن الزواج بأمر الشرع لمصلحة النظام العام ولمصلحة الرجل الذي تعتد لصيانة النسب إليه .

وتعتبر نفقة العدة من النظام العام " فلا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة العدة ما دامت العدة من النظام العام" .[1]

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18 والذي جاء فيه : "إن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها . ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بفرضهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قر ارهم بالقصور في التعليل . ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " .[2]

الفرع الثاني: متاع البيت

يعد النزاع حول متاع البيت من الآثار المهمة لانحلال الرابطة الزوجية , وقد عالجه المشرع الجزائري بنص واحد وهو المادة 73 من قانون الأسرة , كما أسهب فقهاء الشريعة الإسلامية في الحديث عن متاع البيت .

[1] – بن جناحي أمينة, دور القاضي في الخلع –دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي – , مذكرة لنيل شهادة الماجستير, فرع عقود ومسؤولية, جامعة امحمد بوقرة , بومرداس, الجزائر , 2014, ص 131–132–133.

[2] – قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1991/06/18. ملف رقم 75029, المجلة القضائية, العدد 02, 1994, ص 65.

أولا: موقف الفقهاء

يراد بمتاع البيت كل ما يوجد ببيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة من جهاز أو أدوات منزلية وجدت بعد الزواج.[1]

يقصد بالجهاز الأثاث الذي تعده الزوجة هي وأهلها ليكون معها في البيت , إذا دخل بها الزوج وقد جرى العرف على أن تقوم الزوجة وأهلها بإعداد الجهاز وتأثيث البيت وهو أسلوب من أساليب إدخال السرور على الزوجة بمناسبة زفافها .[2]

تثور خلافات بين الزوجين في إثبات ملكية موجودات بيت الزوجية أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما , وقد وضع الفقهاء قواعد لحل تلك النزاعات , فإذا كان الخلاف حال قيام الزوجية واستطاع أحدهما أن يأتي ببينة تؤيد دعواه حكم له بموجبها لأنه استطاع أن يثبت ذلك من غير تعارض مع بينة أخرى.

فالحكم عند الحنابلة والإمامية وزفر من الحنفية في أحد قوليه هو تنصيف الأشياء المتنازع عليها , وذهب المالكية والشافعية وزفر في قوله الآخر أن الكل يكون مناصفة بينهما لأن يدهما ثابتة في كل ما في البيت.

أما إذا وقع الخلاف حول الجهاز والمتاع وموجودات بيت الزوجية بعد الطلاق صارت البائن أو المكمل للثلاث , فالقول قول الزوج لأنها بالطلاق صارت أجنبية عنه وزالت يدها وأصبح الظاهر يشهد له.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

قد يثور النزاع بين الزوجين على المتاع عند الحكم بالخلع, إذا تم اكتسابه خلال الزواج وباشتراك الزوجين , فيتمسك كل زوج بأحقيته على هذا المال دون تقديم دليل يثبت ادعائه , وقد وضع الفقه الإسلامي كما أشرنا قاعدة بسيطة وهي نفسها التي أخذت بها التشريعات المعاصرة ومنها التشريع الجزائري عند عدم وجود دليل إثبات بالبينة وهي قول من يشهد له

[1] – طاهري حسين, المرجع السابق, ص 157.

[2] – سيد سابق, المرجع السابق, ص 108–109.

الظاهر بيمينه , فما يكون صالحا لاستعمال الرجال فقط , يكون القول فيه قول الزوج , وما يكون صالحا لاستعمال النساء فقط , يرجع فيه لقول الزوجة.

ولقد تعرض المشرع الجزائري للنزاع حول متاع البيت في المادة 73 من قانون الأسرة والتي تنص على: " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتها في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين ".

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع قد وضع للقاضي قاعدة يعتمد عليها في تقدير ملكية أثاث البيت بحيث أنه إذا كان لأحد المتنازعين بينة حكم القاضي بمقتضى هذه البينة , أما إذا لم يكن لأحدهما بينة على دعواه , فقد أعطت المادة 73 ثلاثة حلول يعتمد عليها القاضي لحل النزاع وهي : قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين, قول الزوج أو ورثته مع اليمين, تقسيم المشتركات مع اليمين .[1]

الفرع الثالث: الحضانة

إن الحضانة خلافا لباقي توابع الطلاق ليست حقا بحتا للشخص المسندة إليه بل هي أصلا حق للمحضون كون أنها شرعت من أجل رعايته وتربيته وحفظه صحة وخلقا لذلك ومراعاة لمصلحة المحضون عند إسناد الحضانة يجب على القاضي أن يتحرى عما إذا كان طالبها تتوفر فيه شروط استحقاق الحضانة ويحقق الأهداف المرجوة منها لصالح المحضون .[2]

ومن ثم فإن الحضانة هي حق من حقوق الأولاد وشرعت لمصلحة الولد, لأن الولد في حياته الأولى يحتاج إلى تربيته ورعايته, والحضانة هي ضرب من هاتين الوظيفتين.[3]

و عرفت المادة (62) من قانون الاسرة الحضانة بأنها "رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا "و يتعين على المحكمة عندما

[1] – بن جناحي أمينة , المرجع السابق, ص 136-140.

[2] – بن جناحي أمينة , المرجع نفسه, ص 142.

[3] – الغوثي بن ملحة, قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء, الطبعة الثانية, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2008, ص 131.

تقرر الحكم بالطلاق بين الزوجين ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لانها أولى , ثم يليها من هم أحق بالحضانة و بعدها حسب نص المادة (64) من قانون الاسرة و على القاضي ذكر بقاء الحضانة الى حين سقوطها قانونا لسبب من الاسباب أو وجوب مانع و تنتهي حضانة الولد ببلوغه عشر سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ما لم تتزوج الأم ثانية .[1]

الفرع الرابع: حق الزيارة

الزيارة هي رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون .

أولا: موقف الفقهاء

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

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

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

[1] – منصوري نورة , المرجع السابق, ص 155.

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

بينما الحنابلة فقد رأوا أن الصغير المميز لح حق اختيار البقاء نهارا مع أبيه أو مع أمه , أما إذا كان المحضون بنتا وكانت عند أبيها بعد بلوغها سبع سنين من عمرها , فللأم حق رؤيتها في أوقات خروج الأب.[1]

ثانيا : موقف المشرع الجزائري

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى حق الزيارة في المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02/05 والتي تنص : " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " ولم يحدد قانون الأسرة المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون لأن هذه المسألة في الأساس تقوم على الرضائية.[2]

وقد حددتها المحكمة العليا بمرة في كل أسبوع على الأقل وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/04/16 عندما ذكرت " متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار , فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم." [3]

[1] – بن جناحي أمينة, المرجع السابق, ص 157,156.

[2] – بن جناحي أمينة, المرجع نفسه, ص 157.

[3] – قرار المحكمة العيا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1990/04/16, ملف رقم 59784, المجلة القضائية, العدد 04, 1991, ص 126.

خلاصة الفصل الثاني

نستخلص من خلال ما استعرضناه :

أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي السلطة في تقدير بدل الخلع , وفك الرابطة الزوجية بالخلع فور طلب الزوجة ذلك , أما فقهاء الشريعة الإسلامية فاشترطا رضا الزوجين , لكن اختلفوا في إذا بإمكان للقاضي أن يجبر الزوج على الخلع أو لا يمكن إجباره من طرف القاضي.

أن المشرع الجزائري تبنى آثار الخلع مثل آثار الطلاق إلا أنه زاد عليها التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع, وسقوط الحقوق الزوجية.

الخاتمة

الخاتمة

جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الرجل وأعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته المنفردة, ولكن في المقابل أعطى للزوجة كذلك طريقتين للخلاص من فك الرابطة الزوجية إذا استحالت العشرة الزوجية والحياة مع زوجها وزاد بينهما الشقاق , وهذين الطريقتين هما التطليق والخلع وهذا الأخير موضوع دراستنا.

وبالرغم من أهمية هذا الموضوع وانتشاره خاصة خلال الآونة الأخيرة , إلا أن المشرع الجزائري أغفله وأهمله ويظهر ذلك من خلال تنظيمه لأحكام الخلع , وقد جاء بمادة وحيدة فقط تاركا الأمر في شرحه إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية .

حيث نجد أن الشريعة الإسلامية أعطت اهتماما كبيرا لأحكام الخلع على عكس المشرع الجزائري بحيث ركزت على شروطه وأركانه.

أما المشرع الجزائري فاكتفى بمقابل عوض يتفق عليه الزوجان وفي حالة عدم الاتفاق تعطى السلطة التقديرية للقاضي.

وعليه يظهر جليا إغفال المشرع الجزائري لأحكام الخلع . أما سكوته يتعين علينا الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

ومنه فإن المشرع الجزائري قبل التعديل كان يميل تارة إلى موافقة الزوج وتارة إلى عدمه ولكن بعد التعديل 02/05 أصبح الخلع بدون موافقة الزوج , فالخلع طلاق معلق على مال من جهة الزوج , ومعاوضة من جهة الزوجة , ويعتبر الخلع طلاق وليس فسخ , كما أن الخلع طلاق بائن.

وفي حين إغفال المشرع الجزائري لشروط وأركان الخلع نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية تحدثوا عن هذه الشروط وهي :

- بالنسبة للزوج المخالع:

1. أن يكون بالغا
2. عاقلا في رأي الجمهور
3. ومميزا لعقله وهو قول الحنابلة

- بالنسبة للزوجة المختلعة:
  1. الأهلية
  2. قيام الزوجية الصحيحة
  3. قبول المختلعة بالخلع
- بالنسبة للعوض:
  1. أن يكون العوض مما يصح جعله صداقا
  2. أن يكون العوض مالا متقوما
  3. أن يكون العوض معلوما
- بالنسبة للصيغة:
  1. عند الحنفية: الشروط مطابقة لإيجاب والقبول
  2. عند المالكية: اشترطوا أن يكون لفظا بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء صريحا أو كناية
  3. عند الشافعية: أن كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر
  4. عند الحنابلة: اشترطوا في الصيغة أن تكون لفظا فلا تصح بالمعاطاة وأن يكون الإيجاب والقبول في المجلس

أما بالنسبة لدور القاضي في الخلع فأخذ الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة بعدم ضرورة الترافع أمام الحاكم .

التوصيات:

❖إلغاء التعديل الوار د على نص المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة فيما يتعلق بحق الزوجة في الخلع دون موافقة الزوج .

❖ ضرورة إنشاء محكمة للأسرة لكثرة وأهمية الموضوع.

❖ تكوين القضاة قانونيا وفقهيا لأن الشريعة الإسلامية مصدر رسمي في قانون الأسرة .

- تخصيص قضاة لحل نزاعات الأسرة , وليس كل قاضي يمكنه الإلمام بكل قوانين الدولة .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا:/ قائمة المصادر:

1-القرآن الكريم

2-السنة النبوية

3-قانون رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 والمؤرخ في 27 فبراير 2005, الجريدة الرسمية 15, المؤرخة في 27 فيفري 2005 الموافق عليه بمقتضى القانون 05-09 الصادر في 04 ماي 2005, الجريدة الرسمية العدد 43 المؤرخة في 22 جوان 2005.

4-**القرارات القضائية:**

- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم ملف 36709, المجلة القضائية, العدد 01, 1989.
- قرار المحكمة العيا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية, بتا يخ 1990/04/16, ملف رقم 59784, المجلة القضائية, العدد 04, 1991.
- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1991/06/18. ملف رقم 75029, المجلة القضائية, العدد 02, 1994.
- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1992/07/21, ملف رقم 83603, الاجتهاد القضائي, العدد الخاص, 2001.
- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية, بتاريخ 1999/03/16, ملف رقم 216239,الاجتهاد القضائي, العدد الخاص, 2001.
- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث, بتاريخ2011/09/15, ملف رقم 656259, مجلة المحكمة العليا, العدد 01, 2012.
- قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث, بتاريخ 2011/04/14, ملف رقم 620084, مجلة المحكمة العليا, العدد 01, 2012.

ثانيا: قائمة المراجع:

1/- الكتب:/

- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي, **الجامع لأحكام القرآن**, المجلد الأول, الجزء الثالث, دار الفكر.
- أحمد شامي, **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات** – دراسة فقهية ونقدية مقارنة– , الطبعة الأولى, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2010.
- أحمد نصر الجندي, **من فرق الزوجية (الخلع, الإيلاء, الظهار, اللعان)**, الطبعة الأولى, دار الكتب القانونية, مصر, 2005.
- باديس ذيابي, **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر**, الطبعة الأولى, دار الهدى, الجزائر, 2007.
- بلحاج العربي, **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**, الجزء الأول(الزواج والطلاق), الطبعة الأولى, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2002.
- ابن رشد الحفيد, **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**, الجزء الثاني, الطبعة الأولى, دار الفكر.
- ابن عقيل علي, **إدراك المطالب**, الطبعة الأولى, دار النوادر, دمشق, 2010.
- ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي, **المغني**, الجزء السابع, الطبعة الأولى, دار إحياء التراث العربي,1985.
- ابن منظور, **لسان العرب**, المجلد الثاني, الطبعة الأولى, دار صادر, بيروت, 1997.
- جمال عبد الوهاب عبد الغفار, **الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة**, الطبعة الأولى, دار الجامعة الجديدة للنشر, الإسكندرية, 2003.
- سعد عبد العزيز, **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**, الطبعة الثالثة, دار هومه, الجزائر, 1996.
- سيد سابق, **فقه السنة**, المجلد الثاني, الطبعة الحادية والعشرون, دار الفتح للإعلام العربي, القاهرة, 1999.

- طاهري حسين, **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**– مدعما باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية–, الطبعة الأولى, دار الخلدونية, الجزائر , 2009.
- عامر سعيد الزيباري, **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية**, الطبعة الأولى, دار ابن حزم, 1996.
- عبد الرحمان الجزيري, **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**, الجزء الرابع, الطبعة الأولى, دار إحياء التراث العربي, بيروت, 1969.
- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين, **الخلع بطلب من الزوجة لعدم الوئام مع زوجها**, الطبعة الأولى, دار ابن فرحون, الرياض, 2010.
- الغوثي بن ملحة, **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**, الطبعة الثانية, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر , 2008.
- فضيل سعد, **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**, الجزء الأول, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزائر , 1986.
- الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي, **شرح فتح القدير**, الطبعة الأولى, دار الكتب العلمية, بيروت, سنة 1995.
- لحسين بن شيخ آث ملويا, **رسالة في طلاق الخلع** (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة), الطبعة الأولى, دار هومه, الجزائر , 2013.
- الإمام مالك بن أنس الأصبعي, **المدونة الكبرى**, الجزء الرابع, سنة 1422هـ.
- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي, **المبسوط**, الجزء السادس, دار المعرفة, 1989.
- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني, **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار**, شرح منتقى الأخبار , المجلد الثالث, الجزء السادس, الطبعة الأولى, دار الكتب العلمية, بيروت لبنان, 1995.
- منال محمود المشني, **الخلع في قانون الأحوال الشخصية**, الطبعة الأولى, دار الثقافة, الأردن, 2008.

- منصوري نورة, **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية**, الطبعة الأولى, دار الهدى, الجزائر, 2010.
- وهبة الزحيلي, **الفقه الإسلامي وأدلته**, الجزء السابع (الأحوال الشخصية), الطبعة الثانية, دار الفكر, دمشق, 1985.

2/- المقالات:

- شوقي البناسي, **الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن**, العدد 4, مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية, 2008.
- العربي بلحاج, **طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**, العدد 3, مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية, 1990.

3/- المذكرات:

- بن جناحي أمينة, **دور القاضي في الخلع** –دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي–, مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية, كلية الحقوق, جامعة امحمد بوقرة, بومرداس, الجزائر, 2014.
- المستاري نور الهدى, **الخلع** – دراسة مقارنة–, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المقارن, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة أبوبكر بلقايد, تلمسان, 2013–2014.
- سليم سعدي, **الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي**, رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية, كلية الحقوق والعلوم الإدارية, جامعة الجزائر.

الفهرس

العنوان	الصفحة
الفصل الأول: ماهية الخلع	05
المبحث الأول: مفهوم الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	05
المطلب الأول: تعريف الخلع	05
الفرع الأول: التعريف اللغوي	06
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي	06
أولا: موقف الفقهاء	07
ثانيا: موقف المشرع الجزائري	09
المطلب الثاني: طبيعة الخلع	10
الفرع الأول: موقف الفقهاء	10
أولا: اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا	10
ثانيا: اعتبار الخلع يمينا أم معاوضة	11
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري حول المسألين	12
أولا: اعتبار الخلع فسخا أم طلاقا	12
ثانيا: اعتبار الخلع يمينا أم معاوضة	13
المطلب الثالث: صور الخلع	15
الفرع الأول: موقف الفقهاء	15
أولا: خلع بغير عوض	15
ثانيا: خلع بعوض	16
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من المسألتين	16
المبحث الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته والحكمة منه بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	18
المطلب الأول: حكم الخلع ودليل مشروعيته	18
الفرع الأول: حكم الخلع	18
الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع	19

أولا: من الكتاب العزيز	19
ثانيا: من السنة النبوية	20
ثالثا: من الإجماع	20
رابعا: موقف المشرع الجزائري	21
المطلب الثاني: الحكمة من الخلع	21
المبحث الثالث: أركان الخلع وشروطه بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	23
المطلب الأول: شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع والزوجة المختلعة	23
الفرع الأول: موقف الفقهاء	23
أولا: شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع	23
ثانيا: شروط صحة الخلع بالنسبة للزوجة المختلعة	26
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري	27
المطلب الثاني: شروط صحة الخلع بالنسبة للصيغة	28
الفرع الأول: موقف الفقهاء	28
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري	30
المطلب الثالث: شروط صحة الخلع بالنسبة للعوض	31
الفرع الأول: موقف الفقهاء	31
موقف المشرع الجزائري	32
الفصل الثاني: دور القاضي في الخلع وآثاره	37
المبحث الأول: دور القاضي في الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	37
المطلب الأول: دور القاضي في إجبار الزوج على الخلع	37
الفرع الأول: موقف الفقهاء من مسألة إجبار الزوج	37
أولا: موقف الفقهاء من حاجة الخلع إلى القاضي	38

ثانيا: موقف الفقهاء من سلطة القاضي في إكراه الزوج على الخلع	39
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري	41
أولا: موقف المشرع الجزائري عند صدور قانون الأسرة الجزائري 11/84	42
ثانيا: موقف المشرع الجزائري بعد تعديل المادة 54	43
المطلب الثاني: دور القاضي في إجراء محاولة الصلح والتحكيم	44
الفرع الأول: إجراءات الصلح في دعوى الخلع	44
الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في دعوى الخلع	46
أولا: موقف الفقهاء في إجراءات التحكيم	46
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من إجراءات التحكيم	48
المبحث الثاني: آثار الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري	49
المطلب الأول: الآثار التي ينفرد بها الخلع	49
الفرع الأول: التزام المختلعة تسديد بدل الخلع	49
الفرع الثاني: اعتداد المختلعة	49
الفرع الثالث: سقوط الحقوق الزوجية	50
المطلب الثاني: الآثار العامة	51
الفرع الأول: نفقة العدة	52
أولا: موقف الفقهاء	52
ثانيا: موقف المشرع الجزائري	52
الفرع الثاني: متاع البيت	53
أولا: موقف الفقهاء	54
ثانيا: موقف المشرع الجزائري	54
الفرع الثالث: الحضانة	55
الفرع الرابع: حق الزيارة	56
أولا: موقف الفقهاء	56

ثانيا: موقف المشرع الجزائري	57

الخاتمة

قائمة المصادر والمراجع

ملخص المذكرة

المرأة في وقتنا الحاضر أصبحت تحتل نفس المكانة التي يحتلها نظيرها الرجل, وأصبحنا نجدها في كل الميادين وتدعو في كل موضع إلى التحرر والمساواة بينها وبين الرجل.

ولقد استجابت الكثير من التشريعات لهذه الدعوات المنادية بالتحرر من خلال التعديلات التي استحدثتها في تشريعاتها ومنها المشرع الجزائري, ومن هذه المواد نجد نص المادة 54 المعدلة التي تنص على أن الزوجة يمكنها أن تخالع زوجها بدون موافقته وذلك بتسديد بدل الخلع.

حيث أن هذه المادة جاءت ناقصة وغامضة في صياغتها, فلم تنظم كل ما يعتري الخلع من أحكام لذلك كان رجوعنا للشريعة الإسلامية التي كانت المصدر الأساسي . وحاولنا من خلالها إزالة النقائص التي لم يتعرض لها المشرع الجزائري .

إن المرأة إذا كرهت زوجها أو خافت ألا تقيم حدود الله فلا حرج عليها أن تفتدي نفسها, كما أنه لا جناح على الزوج أن يأخذ منها ما تفتدي به وا ٍذا لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فإنه يكره للزوجة أن تطلبه لقوله صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة ".

كما أنه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها.