الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

مقدمـة :

قال الله تعالى :

((يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى و جعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفو إن أكرمكم عند الله أتقاكم)) .

يقال أن آدم إشتكى لله تعالى وحدته فجاءت معجزته عز و جل في أن خلق حواء من ضلع أعوج من آدم و كانت أنيسا له و كان في خلق حواء لجانب آدم عليهما السلام نعمة على البشرية جمعاء ، فباقترانهما إنحدرت سلالة البشرية ، و أوجد الله تعالى بينهم نعمة التعارف . التي كانت سبيلا لتعارف الشعوب و القبائل و العائلات .

ون قد شرع الله تعالى العلاقة التي تربط الرجل بالمرأة و جعلها العلاقة الشرعية ترضاها النفس و ترغبها الفطرة البشرية .

و قد ذكرها القرآن الكريم في مواطن عدة ، و تكلم عليها خاتم الأنبياء و المرسلين محمد صلى الله عليه و سلم في أحاديث شتى و نظرا لقدوسية تلك العلاقة الجامعة بين الرجل و المرأة فإن الله بين شروطها و أسسها .

غير أن تلك العلاقة ليست أبدية أزلية فشأنها أن تكون شأن أي علاقة يمكن أن تكون لها نهاية .

لكون الزواج ليس رابطا أبديا ، و لا يمكن التنبأ بالديمومة و لاإستمرارية.

إذ قد تلازمه صعوبات تحول دون نجاحه ، أو مشاكل و حواجز تؤدي إلى فشله ، و هذا هو المقصود بالطلاق ، الذي جعله الله تعالى أبغض الحلال إلى الله عز و جل و الذي لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا إستقست الحياة الطبيعية و حالت الطرق الودية المذكورة في القرآن الكريم كالضرب الخفيف و الهجر في المضجع إلى رد المياه إلى مجاريها ، و تم شتات الاسرة كذالك لا يمكن التنبأ للعلاقة الأسرية الزوجية بالإستمرارية في أجواء الكراهية و النشوز ، أو في حالة ما إذا كان أحد الزوجين غير كفئ أو تعذر العيش معه إكراه مثلا .

فإن الشريعة الإسلامية أوجدت حلا لحماية الطرف المتضرر و هو يتخذ عدة صور في فك الرابطة الزوجية .

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

فيمكن أن يكون الحل في يد الزوج و هو المتعارف عليه بالطلاق و يمكن أن يكون بطلب من الزوجة و هو التطليق .

كما يمكن أن يكون ببذل و بطلب من الزوجة و هو المعروف **بالخلع** هذا الأخير هو محور دراستنا في في هذا الموضوع الذي قسمناه إلى فصلين .

الفصل الأول تناولنا فيه ماهية الخلع ، و قسمناه لمبحثين ، المبحث الأول تطرقنا فيه لتعريف الخلع و دليل مشروعيته و في المبحث الثاني تطرقنا لشروطه أما الفصل الثاني فتناولنا فيه الطبيعة القانونية للخلع و دليل مشروعيته و في المبحث الثاني تطرقنا لشروطه أما الفصل الثاني فتناولنا فيه الطبيعة القانونية للخلع و آثاره و إنقسم لمبحثين ، الأول تضمن النظام القانوني للخلع و الثاني لآثار الخلع .

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

الفصل الأول : ماهية الخلع

إن الإسلام على غرار الأديان السماوية فانه قد حرر المرأة من العبودية التي كانت تعيش فيها, و صان كرامتها و أعطاها حقها و هو بذلك قد عزز مكانتها في المجتمع و استوصى الرجال خيرا بها.

غير أنه في ظل التغيرات التي تشهدها الطبيعة البشرية و الحواجز التي تحول دون استمرار علاقتها بزوجها الذي تربطه بها علاقة مقدسة إكمال الفكرة.

أوجد الله الفراق بينهما حفاظا على كرامة كلا الطرفين و من أوجه هذا الفراق الخلع –الذي يكون بناءا على رغبة الزوجة لقاء عوض تدفعه لزوجها للتخلص من حياة أصبحت لا تحتملها معه و حتى يكون ذلك العوض بمثابة تعويض تدفعه عن خسارة ذلك الزوج.

و لكن قبل التطرق للموضوع قد يتبادر للأذهان عدة تساؤلات أولها :

– ما المقصود بالخلع ؟ ما هو التعريف الفقهي و القانوني لهذا و ما هي مستنداته الشرعية ؟ ما هي شروطه ؟ ما هو التكييف الفقهي و القانوني له ؟ هل حذا المشرع الجزائري حذو الشريعة الإسلامية في تعريفه ؟ و ما هو واقع الخلع في ظل التعديل ؟ و ما هي أهم آثاره ؟.

كل هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عنها لاحقا .

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

المبحث الأول : تعريف الخلع و دليل مشروعيته.

إن الخلع له تعريفان تعريف لغوي و آخر اصطلاحي أو فقهي.

كما أنه يستمد شرعيته من الكتاب و السنة و الاجماع و في هذا الأخير أراء كثيرة و سنتطرق على التوالي إلى تعريف الخلع, أولا من الناحية اللغوية و بعد ذلك من الناحية الفقهية.

المطلب الأول : تعريف الخلع.

الخلع له تعريفان أو معنيين , معنى في اللغة وآخر في اصطلاح الفقهاء و سنتعرض إليهما على التوالي.

*** الخلع لغة** :

الخلع بفتح الخاء مصدره قياسي يستعمل في الأمور الحسية فيقال : خلع ثوبه أي أزاله عن بدنه.

و في الأمور المعنوية يقال خلع الرجل امرأته خلعا أي أزال زوجيتها و خالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه .

و الخلع بضم الخاء مصدره سماعي و يتعمل في الأمرين أيضا مع فارق بسيط و هو أنه يستعمل في إزالة الزوجية باعتبار أن المرأة لباس الرجل و العكس صحيح مصداقا لقوله تعالى(1): بسم الله الرحمان الرحيم : " هن لباس لكم و أنتم لباس لهن " صدق الله العظيم.

و بالتالي فان استعمال الخلع في إزالة الزوجية بحسب الأصل اللغوي يكون من قبيل المجاز .

*وقد استقر الفقهاء على أن الخلع في العرف بفتخ الخاء قد خص في إزالة غير الزوجية و الخلع بضم الخاء خص بإزالة الزوجية .

*** الخلع اصطلاحا** :

يأخذ عدة تعريفات استنادا على ما استقر عليه الفقهاء . و في ذلك تفصيل المذاهب .

فالحنفية قالوا : إزالة النكاح بلفظ أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة .

---

(1) الاية 187 من سورة البقرة.

و يلاحظ على فقهاء الحنفية من خلال هذا التعريف أنهم يشترطون لتحقق الخلع شروط و هي على النحو الآتي :

1- أن تكون العلاقة الزوجية قائمة حقيقية أو حكميا قائمة قياما صحيحا و إذا لم تكن كذلك فلا يتحقق الخلع كما هو الحال في الأنكحة الفاسدة لأنه لا يفيد ملك المتعة .

2- أن يكون بلفظ لأو في ما معناه المبارأة و الافتداء و في ذلك اختلاف عن الطلاق على مال حسب الأحناف .

3- أن يكون الخلع مقابل عوض يكون على حساب الزوجة . سواءا كان العوض مالا أو غيره فإذا ذكر فلا إشكال ، أما إذا لم يذكر فيكون الرجوع لنية المزوج فإذا نوى به خلعا وقع و انصرف البدل إلى مهرها ، و توقف على قبولها و إن نوى به طلاقا كان الطلاق بائنا دون وقوف على قبول الزوجة وز إن لم ينوي شيئا فلا يقع به شيئا .

4- رضا الزوجة به إذا صدر من الزوج ، و رضا الزوج إذا صدر من الزوجة .

المالكية قالوا : الخلع هو الطلاق بعوض ، وليس عندهم فرق بين الخلع و الطلاق على مال .

و قالوا أنه تعريف غير مانع و غير جامع لأنه يدخل في هذا التعريف الطلاق على مال . هذا الأخير الذي يختلف عن الخلع ، و غير جامع لكونه اشتمل على نوع واحد من الخلع و هو إذا كان بعوض .

الشافعية قالوا : الخلع هو فراق الزوج امرأته ببذل تدفعه هي له أو يدفعه له غيرها و ذلك بألفاظ مخصوصة سواءا مريحة كأخالعك أو كناية و هو ما يفيد الخلع

وبالتالي فيمكن القول : إن جمهور العلماء قد استقروا في تعريف الخلع ((على أنه اتفاق بين الرجل و المرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها و ذلك كأن تقول الزوجة لزوجها خالعني على صداقي أو على 5000 دينار فيقول قبلت فيتحقق الخلع)) [1].

يعرف الأستاذ عبد العزيز سعد : ((أنه عقل معاوضة رضائي و ثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي ، بناءا على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم و مقوم شرعا تدفعه الزوجة [2]

1- دكتور عبد الكريم زيدات : المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية – ص 114

2- أ: عبد العزيز سعد : الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري – ص 248 .

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

تعريف قانون الأسرة الجزائري : بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري أصبح قانون الأسرة يقر بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج و هذا ما نصت عليه المادة 54 ق.إ.خ *[1]

المطلب الثاني : مشروعية الخلع

إن الخلع كظاهرة إجازة القانون الإلاهي قبل أن يجيزه القانون الوضعي و بالتالي فهو يستمد شرعيته من الكتاب و السنة و الإجماع .

دليل مشروعيته من الكتاب :

قوله تعالى : ((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان ، و لا يحل لكم أن تأخذو مما آتيتموهن شيئا إلالا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها و من يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون))[1].

و قد دلت الآية الكريمة على رفع الجناح على الزوجين في إفتداء الزوجة نفسها بالمال تدفعه للزوج لقاء فراقها

- فلا إثم على الزوجة فيما أعطت و لا إثم على الزوج فيما أخذ .

* كما أن الخلع عرف أيام الجاهلية قبل الإسلام ففي حادثة تناقلتها الكتب و تمثلت في أن عامرا بن الظرب أبنته ابن أخيه عامر ابن الحارث فلما دخلت عليه نفرت منه فشكى إلى أبيها ، فقال أبوها ((لا أجمع عليك فراق أهلك و مالك ، و قد خلعت منك بما أعطيتها فكان أول الخلع عند العرب .

- **ف 1 من المادة 54 ق.أ.ج (يجوز للزوجة دون موافقة أن تخالع نفسها بمقابل مال ...)**
- **1- الآية 229 من سورة البقرة .**
- **2- أ . باديس الذيباني – صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر – ص 61**

إن أول خلع في الإسلام كان خلع زوجة ثابت ابن قيس .

إذ أخرج البخاري رحمه الله تعالى عن إبن عباس رضي الله عنه قال : ((جاءت إمرأة ثابت ابن قيس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : ((يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين و لا خلق ، إلا أني أخاف الكفر))

فقال عليه الصلات ة السلام : ((فتردين عليه حديقته ؟)) فقالت : ((نعم)) فردت عليه فأصرها ففارقها .))

و تعود أحداث الواقعة أن جميلة بنت سلول تزوجت ثابت بن قيس ، فرفعت يوما جانب الخباء فرأته مقبلا في عدة رجال فإذا هو أشدهم سوءا و أقصرهم قامة ، و أقبحهم وجها ، فوقع في قلبها النفور منه ، فجاءت للرسول صلى الله عليه و سلم تطلب الخلع فاشترط عليها النبي صلى الله عليه و سلم أن ترد لزوجها مقابل خلعها الحديقة التي كانت مهرها ، فأجابت ففرق بينهما و قال لثابت ((إقبل الحديقة و طلقها تطليقة)) .

و الحديث المذكور رواه ابن ماجة و البخاري و النسائي .

وقد ذكر الإمام القرطبي في شرحه للحديث فقال : ((فيقال أنها كانت تبغضه أشد البغض و كان يحبها أشد الحب ففرق بينهما النبي صلى الله عليه و سلم بطريقة الخلع فكان أول خلع في الإسلام)) .

و الحكمة من هذا الحديث الشريف هو وجوب التفريق بين الزوجين إذا أبدت الزوجة كراهيتها لزوجها بما لا يتلائم مع دين و لا خلق حيث لا تستقيم العشرة الزوجية مع كراهيتها لبعلها و يصبح من المستحيل دوام العشرة الزوجية و إستمرارها

- **1**– أ. باديس ذياب – المرجع السابق – ص **62** .

بن عفراء أنها إختلعت من زوجها بكل شيئ تملكه

فخوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه و أمره أن يأخذ عقاس فما دونه .

- وقد أجمع العلماء منذ فجر الإسلام على جواز الخلع إلى هذا اليوم .

- و الخلع مباح و مشروع لما فيه من دفع للأذى و رفع للضرر عن المرأة و تعويضا للزوج عما أنفق لأنه لما كانت الزوجة لا تملك الطلاق و هي تبغض زوجها و ترغب في التخلص منه و هو يرفض خوفا على ماله و عياله ففتح الشرع باب الإفتداء للمرأة لتدليل ما يترتب على الطلاق من العقوبات ماليو و ذلك بتعويض الزوج ما دام الضرر من جانب الزوجة و لكون الزوج قد تكلف أعباء مالية من مهر و نفقة و إعداد المنزل فبدل الزوجة قد يعوضه.

- و لم يحدث أن خالف أحد الفقهاء و أقر بعدم شرعية الخلع ما عدا **بكر بن عبدالله المزني الشافعي** و حجته في ذلك قول الله تعالى : ((و إن أردتم إستبدال زوج مكان زوج و آتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئ ، أتاخذونه بهتانا و إثما مبينا 1 إذ يرى أن هذه الآية الواردة في سورة النساء جاءت ناسخة لآية الخلد الواردة في سورة البقرة

- و استدل كذلك من السنة لقوله ((أيما إمرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة)) .

- و قوله صلى الله عليه وسلم ((المختلعات خير من المنافقات)) .

- و أقر بعدم الزواج الخلع لأن الرسول صلى الله عليه و سلم لو أجازه لما حرم المرأة التي تطلب الطلاق من زوجها فلن تريح رائحة الجنة و لما شبهها بالمنافقة

- ولكن بالرجوع لأدلة الفقهاء و آرائهم و مقارنة بأدلة المزني فإنها لا تكفي للإقرار أن الخلع غير مشروع

و الهدف من إقرار الشرع لمسألة الخلع هو الموازنة بين مصلحة الزوجين و عدم الإضرار بأحدهما ، فهو في المقام الأول شرع لحماية الزوجة و إزالة الضرر عنها بسبب عدم قدرتها على الإستمرار مع زوج لا تحتمل العيش معه و في المقام الثاني شرع لحماية الزوج كذلك و دفع الضرر عنه ، و من هذا المنطلق و إستنادا إلى الأدلة الشرعية المذكورة آنفا .

فإنه يمكن القول أن الخلع ما هو إلا حجة قطيعة أباحها القانون الإلاهي قبل أن يبيحها القانون الوضعي .

و هو ظاهرة قانونية و شرعية ، لا يمكن أن تكون إلا بتوفير شروطها .

- 1- سورة النساء الآية 20.

فما هي شروط الخلع ؟ .

المبحث الثاني : شروط الخلع .

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

المقصود بشروط الخلع هي الاركان التي يتكون منها و لا ينعقد الا بوجودها.

و بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري فانه لا يوجد نص صريح يذكر الشروط التي يجب توافرها لاعتبار الخلع صحيحا و قائما .

و حتى أن الخلع في قانون الأسرة الجزارة الجزائري لم يخصه المشرع سوى بمادة واحدة و وحيدة و هي المادة 54 [1].

التي كانت قبل التعديل تشترط الرضا بين الزوجين للمخالعة و اصبحت فيما بعد التعديل لا تشترط الرضا و الغته و أحلت في محلها ارادة القاضي في حالة اذا لم يتم الاتفاق على البدل

و هذا ما يدعونا الى ضرورة تطبيق أحكام الفقه الاسلامي لأنه الذا تفحصنا نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد المادة 222[2] تحث على أنه في حالة عدم و جود نص نرجع الى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية.

هاته الأخير تستوجب شروط لصحة الخلع و هي شروط خاصة بالزوج و أخرى بالزوجة المخالعة سنتطرق لها على التوالي موازاة بين الشريعة الاسلامية و التشريع الجزائري.

- 1- المادة **54** المعدلو بالقانون رقم **09/05** : " **يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها ما لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع . يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم**".
- 2- المادة 222 قانون الأسرة : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاسلامية ".

المطلب الأول : الزوج و شروطه

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

نعلم أن الخلع عقد صنف من عقود المعاوضة. و هو عقد ثنائي الأطراف أي الزوجة و الزوج أو من ينوب عنهما في ذلك .

و سنتطرق أولا للزوج و شروطه , طبقا لأاحكام الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري المتمثل اساسا في قانون الأسرة الجزائري .

* في الشريعة الاسلامية :

من الشروط التي يجب توافرها في الزوج وفقا لأحكام الفقه الاسلامي و مبداديء الشريعة الاسلامية أن يكون الزوج أهلا للتصرف في ماله و أن يكون قد اتفق على الخلع مع زوجته بعد ما وقع بينهما زواج شرعي و قانوني و أن يكون الزوج بالغا عاقلا و راشدا.

متمتعا بكامل قواه العقلية و مخيرا.

و في هذا المجال تتضح عدة حالات تستوجب طرح الكثير من التساؤلات .

أولها :

هل يصح خلع الصغير لعدم بلوغه ؟و هل يمكن أن ينوب عنه وليه ؟ و هل يصح خلع المجنون و السفيه ظ و هل يصح خلع السكران و المريض مرض الموت ؟.

كل هاته التساؤلات سنحاول الإجابة عنها وفقا لأحكام الفقه الإسلامي و بناءا على المذاهب الفقهية .

إن جل المذاهب الفقهية لم تفرق بين الخلع و الطلاق من حيث أهلية الزوج اذ القاعدة العامة تقضي بأن كل من صح طلاقه صح خلعه .

و بالتالي سنتطرق لمختلف المذاهب باختصار.

أ- حالة خلع الصبي و المجنون و السفيه :

و في هاته المسائل اختلاف الرأي عند الفقهاء

-المذهب الحنفي : يرى الأحناف أن خلع الصبي و طلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر .

إذ جاء في " **المبسوط** " للسرخسي : و خلع الصبي و طلاقه باطل. و كذلك فعل أبيه عليه من الطلاق الباطل لان الولاية انما تثبتت على الصبي لمعنى النظر له و لتحقق الحاجة اليه و ذلك لا يتحقق في الطلاق [1].

المذهب المالكي : يرى المالكية أنه يجوز خلع الأب و الوصي على الصبي و يكون ذلك تطليقة و أجاز ذلك الإمام مالك من وجه النظر للصبي ما دام زواجه جائز فخلعه جائز أيضا و ينوب عنه الأب و الوصي .

و لو كان الزوج سفيها (2) فالخلع جائز و طلاقه نافذ . لأنه اذا كان له ان يطلق فأولى له أن يخالع و لا يصح طلاق و ليه عنه و لا أن يخالع عنه .

و لا يصح خلع الصبي و المجنون عند المالكية لأن موجب الخلع زوج مكلف لا صبي و مجنون

إذ جاء في الشرح الكبير للدردير و موجه أي طلاق الخلع إلى موقعه زوج مكلف لا الصبي و لا المجنون أو بموجبه ولي صغير حر أو عبد أو ولي المجنون سواءا كان الولي أبا أو سيدا أو غيرهما كالوصي و الحاكم إذا كان الخلع لمن ذكر على وجه النظر .

المذهب الحنبلي : الحنابلة في هذا الإتجاه إنقسموا بين مؤيد و منكر.

فالرأي الأول أجاز خلع الصغير و المعتوه لكونه حق مخول له فقط مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلم : ((الطلاق لمن أخذ بالساق)) رواه إبن ماجة .و إنه لا يحل محله أحد في توقيع ذلك الحق – الخلع – و استدلوا بقول عمر رضي الله عنه : ((إنما الطلاق بيد من يحل له الفرج)) و لذلك فالولاية لا تدخل في هذا الجانب .

أما الرأي الثاني : فقد أمر بعدم جواز خلع الصغير و المعتوه و أنه لا يملك هذا الحق و قد إستدل أصحاب هذا الرأي فيما روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : ((كل طلاق جائو " إلا طلاق المعتوه "))

- 1– المغني ج السابع (7) – ص 19
- السفيه : هو المبذر للمال و المسرف في إنفاقه على غير مقتضى العقل السليم ، و هو بذلك خلل يصيب الإنسان

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

المذهب الشافعي : الشافعية لم يجيزو خلع الصبي و المجنون أما المحجور عليه لسفه فخلعه صحيح .

* لما ورد في المغني : ((لا يصح خلع الصبي و المجنون ، كما لا يصح طلاقهم ، أما المحجور عليه لسفه فخلعه صحيح سواءا بإذن أو بدونه بمهر المثل أو أقل إذ له أن يطلق مجانا فبعوض أولى و يسلم العوض إلى وليه ، فإنه سلم بأن السفيه بغير إذن وليه فهو دين لم يبرأ ذمته و يسترد منه .*2

إذ أن السفيه البالغ يتولى الخلع بنفسه

و المال الذي يسلم له عليه تسليمه لوليه حتى تبرأ ذمة الزوجة وليس للولي أن يخالع عنه لأنه بالغ .

المذهب الإباضي *1: يرى أصحاب هذا المذهب أنه لا يلزم طفلا و لا مجنونا فداء ، و لا يصح منهما قبول و لا طلاق ، و لو بولي .

إذ لا يصح للأب أن يخالع زوجة الابن الصغير أو يطلقها بعوض أو بغير عوض ، لما روي عن عمر رضي الله عنه ((إنما الطلاق بيد الرجل)) و ذلك كونه يحل له شرعا التمتع بزوجته فلم يدخل في الولاية .

حالة خلع السكران : *2

إن في خلع السكران آراء فقهية و ذلك حسب الحالات الآتية :

1- إذا شرب المسكر جهلا به أو مكرها على شربه و اقدم على المخالعة فهنا ينعدم القصد الشرعي و يسقط الخلع .

2- إذا حكم خلع السكران الذي سكر مكرها نفس حكم خلع المكره الذي لا يصح خلعه لقوله تعالى : ((إلا من أكره و قلبه مطمئن بالإيمان ...)) +1 و قوله صلى الله عليه و سلم : ((رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه)) رواه إبن ماجة .

- **1*- المذهب الإباضي هو مذهب عبدالله بن إباض يتبناه الجزائريون في منطقة غرداية .**
- **2* السكران هو من حبس عقله عن التصرف المعتاد في حالة شربه لمسكر.**
- **3* الآية 106 سورة النحل**

و هذا الرأي يقال به الشافعية و المالكية و الحنفية أما الحنفية أجاز و أخلع المكروه و ذلك لأنه يمكن لأ ي واحد أن يدعي الإكراه لتجنب الفرقة .

2- إذا شربه و كان عالما به كان مختارا و عالما بحرمته و إثمه و أقدم على الخلع فهنا تتضارب الآراء الفقهية .

* جانب من الفقه يرى أن خلعه جائز و هو موقف المالكية و الشافعية و الحنابلة و الحنفية ، و هذا الرأي تبناه الحسن البصري و الأوزاعي و حجتهم في ذلك لما روي عن عبدالله بن الزبير عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : ((لا يزوج نشوان و لا يطلق إلا أجزأه))

* أما الجانب الآخر من الفقه فيرى عدم صحة الخلع و إذا حصل فهو باطل ، و حجتهم في ذلك أن السكران ينتفي عنده القصد الصحيح في إحداث الخلع –إذ أنه في غفلة من أمره و أنه مثل النائم إذ القلم مرفوع عنه – و أفعاله خارجة عن دائرة النفع و الضرر .

حالة خلع المريض مرض الموت :

أقر جمهور العلماء أن خلع المريض مرض الموت جائز و يعتبر صحيحا و يعتبر كذلك نافذا قياسا على طلاقه و البعض الآخر لم يجزه و سنتعرض لهاته الآراء على التوالي :

المالكية : لا يجوز خلع المريض مرض الموت لأن في ذلك إخراج وارث في مرض موته ، فإن فعل ذلك نفذ و وقع الطلاق لأن الحرمة دينية لا قضائية .

و يرى الإمام مالك أن المرأة التي إختلعت في مرض زوجها و موته أنها ترثه .

الشافعية : أجازوا الخلع في مرض الموت لأن الرجل يملك الطلاق و بدون عوض ، فخلعه طلاق بعوض يجوز بأولى و لا ضرر فيه على المرأة ما دام يملك طلاقها .

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

الحنابلة : أجازوا خلع المريض مرض الموت ، إذا لم يكن هناك محاباة فإذا ظهرت محاباة الزوج من الخلع كما لو أوصى لها بمبلغ من المال فإن كان أقل من ميراثها منه صح و لزم ، و إن كان أكثر يصح و تلغى الزيادة .

الحنفية : قالوا إن المرأة إذا إختلعت من زوجها و هي صحيحة و كان بد لها مريضا مرض الموت ، فإن الخلع جائز و لا ميراث لها منه في حالة وفاته كون الفرقة وقعت بقبولها و رضاها.

الإباضية : قالوا إن المرأة إن إفتدت من زوجها و هو مريض ثم مات في مرضه فإنها لا ترثه و جاز عليه الإفتداء إن برئ لأن إفتدائها إسقاط ميراثها بإختيارها و لو كانت في العدة .

في قانون الأسرة الجزائري :

المخالع هو الزوج أو نائبه و يشترط في الزوج وفقا للتشريع الجزائري :

أن يكون بالغا من الرشد المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني و المحدد بـ : 19 سنة كاملا و أن يكون كامل الأهلية و المنصوص عليها في المادة 07 معدلة ، إذا نصت على أنه تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة .

- و أن يكون الزوج متمتعا بقواه العقلية و غير محجور عليه وفقا للمادة 85 ق أ ، إذ تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في هاته الحالات المذكورة لكونه يفتقر للأهلية منذ صدور التصرف منه أو نائبه .
- ويكون بذلك تصرف باطلا و لا ينتج أي أثر .

أ) خلع الصغيرة و المجنونة :

الزوجة الصغيرة إذ يحصل الخلع من أبيها و زوجها أو يحصل بينها و بين زوجها ، فإذا كان الخلع بين زوجها و أبيها بدون عوض بأن قال الأ بللزوج ((إخلع إبنتي)) فقال الزوج ((خالعتها)) يقع الطلاق لأن الزوج ينفرد بإيقاع الطلاق ن و إذا كان الإفتداء بعوض كأن يقول الزوج لأب الزوجة ((خالعت إبنتك على مهرها)) و قبل الأب وقع الطلاق لأن الطلاق في نهاية الحالة معلق على موافقة الأب و هناك رأي بعدم الوقوع لأن الطلاق و إن حصل يكن المال غير لازم فيفوت عوض الزوج .

و إن قال الأب للزوج ((خالع إبنتي على مهرها)) و إني ملتزم بتسليم مثل المهر .

---

*1 المادة 210 ق.أ : ((يجوز الموهوب له الشيئ بنفسه أو بوكيله، و إذا كان قاصرا أو محجور عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا))

إن كان مثليا ، أو قيمته إن كان قيميا و لا يسقط شيئ من مهر الزوجة لأن الأ بإلتزم بدفع المال فيجب عليه .

و في خلع الصغيرة مقابل إفتدائها إختلاف آراء الفقهاء ، فمنهم من قال أنه لا يجب عليها لا بدل و لا طلاق و جوهر الإختلاف بين الفقهاء هو الإختلاف الحاصل في وقوع الطلاق .

ويرى **الأحناف** أن خلع المجنونة و الصغيرة غير المميزة باطل و لا يقع به طلاق أما إذا كانت صغيرة مميزة فيجوز خلعها .

إذ قال الإمام السرخسي : ((إذا إختلعت الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع علها لان الزوج من أهل الإيقاع أي إيقاع الطلاق و إيجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها و قد تحقق القبول منها و لكن لا يلزمها المال لأن إلتزام المال من الصبية لا يصح)) .

أما الشافعية : فأقروا بعدم جواز خلع المجنونة و الصغيرة غير المميزة أما الصغيرة المميزة ففيه خلاف بينهم .

خلع السفيهة المحجور عليها :

القاعدة العامة أنه لا يجوز خلع السفيهة المحجور عليها ، و في هذا إختلاف آراء الفقهاء .

فالمالكية : أقروا بعدم صحة الخلع عن السفيهة بغير إذن وليها و إن حدث و أن اختلعت و سلمت بدل الخلع وجب رده إليها ، لعدم جواز البدل منها في الخلع لكونه تبرع و هي ليست من اهل التبرع .

أما الحنابلة : فقالوا إن السفيهة إذا خالعت على مال منها لا يصح بدل المال منها في الخلع لأنه تصرف في المال و هي ليست من أهله سواءا أذن لها وليها أو لم يأذن .

الشافعية : قالوا إنه لا يجوز إختلاع السفيهة ولو و لو أذن لها وليها

في حين الحنفية قالوا : إذا خالعت السفيهة زوجها على مال وقع الطلاق و لا يلزمها مال .

ج) خلع المريضة مرض الموت : [1*] أن مسألة خلع المريضة مرض الموت فقد إتفق جل الفقهاء على صحة مخالعتها لزوجها و هي مريضة مرض الموت ، و في نهاية المسألة آراء فقهية ندرجها على التوالي و خاصة في مسألة الميراث .

المالكية : حرموا إختلاع المريضة مرض الموت و يقع الطلاق بذلك و لا توارث و لو ماتت في عدتها .

الحنابلة : للزوج أن يأخذ البدل فقط إن كان يقدر ميراثم منها أو أقل .

الشافعية : إذا كان البدل بمهر المثل نفذ دون إعتبار الثلث و إن كان بأكثر بالزيادة كالوصية للزوج أي أنه لا يستحق مهر المثل و الزيادة في حدود الثلث عن التركة .

أما الحنفية فقالوا : إن المريضة مرض الموت إن خالعت زوجها وقع الطلاق لأنه علق الطلاق على قبول المال و قد وجد القبول صحيحا .
و أما ما يستحقه المخالع فهو بدل الخلع بشرط أن لا يزيد عن 3/1 التركة و ال عن نصيبه في الميراث إن ماتت و هي في العدة .

أما إن كانت وفاتها بعد العدة فقد إنقطع سبب الميراث من كل الوجوه و على ذلك يستحق الأقل من بدل الخلع و ثلث التركة لأن بدل الخلع تبرع به و هو في مرض الموت وصية و لاتنفذ الوصية بأكثر من 3/1 إلا بإجازة الورثة .

غير أن جل المذاهب و الآراء الفقهية إتفقت بعدم جواز خلع المريضة مرض الموت إذا كان ذلك المرض قد أثر في تفكيرها و في غددها الدماغية حيث أصبحت بواسطته لا تفرق بين الصواب و الخطأ .

---

*1 – مرض الموت : هو الحال الذي يكون عليه الشخص و يغلب عليه الظن أنه سبب موته إذ أنها حال تدل على عدم الشفاء و اليأس من الحياة أو الشفاء.

في التشريع الجزائري : وفقا للتشريع الجزائري فإنه يشترط أن تكون الزوجة المخالعة متمتعة بأهلية التبرع المنصوص عليها في المادة 203 من قانون الأسرة و أن تكون بالغة و البلوغ هنا هو سن الرشد المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني المحدد بـ : 19 سنة كاملة .

و أن تكون كاملة الأهلية للزواج و ذلك ببلوغ 19 سنة تامة حسب نص المادة 07 قانون الأسرة الجزائري و أن تكون متمتعة بكامل قواها العقلية و غير محجور عليها حسب المادة 85 من قانون الأسرة لأنه كل تصرف تقدم عليه و هي عديمة أو ناقصة الأهلية يعد باطلا في نظر القانون و بما أن الخلع هو عقد معاوضة فيشترط في الزوجة أن تكون أهلا للتصرف المادي .

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للخلع و آثاره.

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

إن الشريعة الإسلامية قد منحت للزوجة الحق في أن تخالع نفسها عن زوجها مقابل عوض تدفعه له.

وقد سايرتها في ذلك العديد عن القوانين الوضعية ومن بينها قانون الأسرة الجزائري .

و سنتناول في ذلك الفصل الطبيعة القانونية للخلع و الآثار التي تترتب عنه .

وقد تضمن هذا الفصل مبحثين الأول تطرق للنظام القانوني للخلع بين مبادئ الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري المعدل .

و المبحث الثاني تطرق للآثار القانونية التي ن واقعة الخلع.

المبحث الأول : النظام القانوني القانون للخلع .

من المعلوم أن الخلع هو إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد زواج صحيح ابرم بين الزوجين يكون ذلك مقابل بدل تدفعه الزوجة لزوجها لقاء خلاصها .

- ولكن ما هو التكييف الفقهي و القانوني له ؟
- كيف ينظر إليه الفقه هل يعتبر طلاق أم فسخ ؟ هل ساير المشرع الجزائري أحكام الفقه في تحديد الطبيعة القانونية له؟
- كيف ينظر المشرع إليه قانون الأسرة ؟ هل يعتبره عقد يتم بناء على تطابق الإيجاب و القبول أم يعتبره رخصة للزوجة و حفظ أصل لها تلجأ إليه متى شاءت و أنى شاءت؟
- ما هو دور القضاء في مجال الخلع ؟
- و ماهي الطبيعة القانونية بين أحكام الفقه الإسلامي و نصوص قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم ؟

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

* كل هاته التساؤلات سنحاول الإجابة عنها لاحقا .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للخلع .

نقصد بالطبيعة القانونية للخلع هي الوصف القانوني للخلع و بالتالي ماهو الوصف الذي تأخذه واقعة الخلع هل تكيف على أساس أنها طلاق أم تعد بمثابة فسخ ؟ و هل تعد الفرقة الناشئة عن الخلع معاوضة أو يمينا ؟

هنا تتضارب الآراء بين أحكام الفقه الاسلامي و نصوص قانون الأسرة الجزائري .

و سنتطرق اليها كل على حدى .

الفرع الأول : التكييف الفقهي للخلع .

قبل الخوض في هذا الموضوع تصادفنا اشكالية هل الخلع طلاق أم فسخ؟

هل هو عقد بتبادل الايجاب و القبول أم أنه تصرف قانوني بارادة منفردة ؟ و هل يصنف على أنه عقد من عقود المعاوضة أم لا ؟

أولا:

الخلع يختلف عن الطلاق في كون هذا الأخير لا يكون إلا بناءا على استعمال الحق الإداري للزوج أما الخلع فلا يكون إلا باتفاق الطرفين و مقابل مال تلتزم الزوجة بدفعه لزوجها لقاء خلاصها من عشرة زوجية أصبحت لا تطيقها و تعدر استمرارها .

و قد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الفرقة الناشئة عن الخلع فالبعض اعتبرها يمينا و البعض الآخر اعتبرها معاوضة .

فريق من الفقهاء ذهب لاعتبارها فسخا و البعض الأخر صنفها و أدرجها ضمن حالات فك الرابطة الزوجية عم طريق الطلاق .

و اعتبرها طلاقا و على رأسهم الأحناف الشافعية و المالكية في مذهب الحديث – إذ يرون أن الفرقة نوعين :

طلاق و فسخ , و الطلاق يكون على أربعة أنواع و هي :

1- بألفاظ صريحة و صحيحة 2- بالخلع 3- بالإيلاء 4- بفرقة الحكمين في حالة الوكالة في التطبيق.

أما الفرقة بالفسخ فستكون في أمور أخرى منها : فرقة اللعاب – فرقة العيب – فرقة الوطء بشبهة – فرقة المردة- فرقة الر ضع *1

و حجتهم في كون الخلع طلاق هو استنادا لقوله صلى الله عليه و سلم :

" خذ الحديقة و طلقها تطليقة "

أما الرأي القائل بأن الخلع فسخ فهم الشافعية – المذهب القديم – و الحنابلة و حجتهم في ذلك قوله تعالى : { الطلاق مرتان ...}

إذ أنه لو صنف الخلع أنه طلاق لأعتبر طلقة رابعة و هذا مخالف أن الطلاق مرتين فإن حدث و طلق الرجل امرأته طلقة ثالثة فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره . و بعد أن يطلقها أو يموت . و إذا احتسب الخلع طلقة لكان ذلك تعد على حدود الله . و بالتالي اعتبر الخاع فسخا لأن الرجل الذي طلق زوجته مرتين ثم خلعها فله أن يردها حتى و لو لم تنكح زوجا غيره و يصح ذلك و قد كان هذا رأي الامام الشافعي في كتابه " الأمّ " و كذلك الامام ابن القيم الجوزية و حجتهم في ذلك أي الطلاق فيه الرجعة و الخلع لا رجعة فيه كما أن عدة المطلقة ثلاث و المختلعة واحدة .2* و الطاهرية يرون أن الخلع جعل في حال ما إذا كرهت المرأة الرجل و الطلاق يكون في حالة ما إذا كره الرجل المرأة و هو شرعا حق للمرأة في مقابل حق الرجل في الطلاق .و الوضع الفقهي للخلع يختلف بالنسبة للرجل عن المرأة . فهو من جانب الرجل يعتبر تعليقا للطلاق على قبول المال و من جانب المرأة يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرعات لهذا الاعتبار المختلف اختلفت أحكامه في الرجل عن المرأة فيأخذ من الرجل أحكام التعليق و من المرأة أحكام المعاوضة التي لها شبه بالتبرى *3

و اعتبر من جانبها معاوضة في معنى التبرع لأن بدل الخلع لا يوجد مال في نظيره و إنما هو افتداء بهذا المال فلا يمكن اعتباره معاوضة خالصة لأن المعاوضة الخالصة تكون في نظير مال أو ما في معناه .

1*– د. مصطفى السباعي . شرح قانون الأحوال الشخصية المجلد 1

2*– الامام أبو زهرة . المرجع السابق ص .230

3*– الامام أحمد أبو زهرة المرجع السابق .

الفرع الثاني : الخلع في ظل نصوص قانون الأسرة الجزائرية .

بعد التطرق للتكييف الفقهي للخلع سنتطرق للتكييف القانوني للخلع و تبيان موقف المشرع الجزائري منه – هل ما يرى أحكام الفقه الاسلامي أم لا ؟ و هل يعتبره رخصة للزوجة أم حق أصل لها ؟.

سنحاول دراسة هذا الجانب من خلال المراحل التي مر بها قانون الأسرة الجزائرية و هي مرحلة ما قبل التعديل و المرحلة التي تلت التعديل كما نحاول التطرق لأهم الدوافع التي كانت وراء التعديل الأخير و هل وقف المشرع الجزائري أم لا ؟

أولا : قانون الاسرة الجزائرية مر بمرحلتين :

إن أول صدور لقانون اسرة الجزائري كان بتاريخ 90 جوان 1984 م و هو قانون رقم 11/84 . لم تخرج قواعده عن أحكام الشريعة الاسلامية و كان التأثر واضحا بالقضاء المصري ذفرا لكون المشرع الجزائري كان من أحد خريجي الجامعة المصرية تضمن هذا القانون 224 مادة تضمنتها أربعة كتب , لم يحظى الخلع سوى مادة واحدة ووحيدة و هي المادة 54 التي تنص " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه – فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم"1*

من الوهلة الأولى نستشق أن المادة لم تكن واضحة في تبيان إرادة الزوج ما إذا كانت مطلوبة في الخلع أم لا ؟

لأن المادة نصت :" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها " يفهم من هاته العبارة أنه يجوز للزوجة أن تقوم من تلقاء نفسها بمخالعة نفسها من زوجها .

تواصل المادة " على مال يتم الاتفاق عليه " تدل على بدل الخلع و هنا العبارة تبين إرادة الزوج في الاتفاق على العوض لا على الخلع.

تواصل المادة " فإن لم يتفقا على شيء " تدل الصياغة على مفهوم واسع للشيء هذا الأخير الذي لم يحدد لا نوعه و لا كمه , هل هذا الشيء نقودا أي هل هو مقدر أو مثليا ؟

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

تواصل المادة " يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداف المثل وقت الحكم " هنا تتدخل إدارة القاضي في تحديد بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه .*

و بالتالي المادة 54 من قانون الأسرة 84/11 المؤرخ في 09 جوان 1984م تحيلنا إلى تطبيق أحكام الفقه الاسلامي لكونها مبهمة و غامضة و بما أن المادة 222 قانون الأسرة نص على أنه في حالة عدم النص يرجع إلى أحكام الشريعة الاسلامية فإن صار من الواجب تطبيق أحكام الفقه فيما يتعلق بمسألة الخلع في غياب النص الصريح .

غير أن هذا الرجوع أدى إلى تناقض الأحكام و القرارات الصادرة عن الجهات القضائية .

فتارة كان القاضي الجزائري ينخرط للخلع على أنه فسخ و تارة أخرى كان ينظر إليه على أنهطلاق .و يتبين ذلك في قرارات شهيرة صادرة عن المحكمة العليا .

رغم أن الخلع أدرجه المشرع في الباب الخاص بصور فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق و الوفاة – و بالتالي يستشف من ذلك أن المشروع يعتبره طلاق .

غير أن فترة ما قبل التعديل اتسمت بكون الخلع يتحقق في حالة قبول الزوج و أصبح هذا الشرط واقعا قانونيا و رأيا معمولا به و لعل أهم الأسباب التي جعلت الزوجة رهينة إرادة الزوج هي :الحياة الاجتماعية الجزائرية و نظرة المجتمع للزوج على أنه القوى في صنع القرارات و لا يحق للزوجة التدخل .

الواقع الذي كانت تعيشه المرأة الجزائرية إذ كانت معظم النساء ماكثات بالبيوت و ثقافتهن محدودة و لم تكن المرأة الجزائرية متفتحة على العالم الخارجي بالقدر الكافي .

العرف القائد الذي تعايش معه الجزائريون و هو اعطاء الرجل ألاف في الطلاق بإرادته المنفردة و بالمقابل حرمان المرأة الحق في طلب فك الرابطة الزوجية بالخلع .

اضافة إلى تبني شرح القانون الجزائري للآراء الفقهية التي تعتمد على أن العصمة في فك الرابطة الزوجية بيد الزوج وحده فقط .

و رغم قلة هاته الأسباب و عدم الاقتناع بها إلا أن الخلع ظل لسنوات عديدة واقعة قانونية و لما تثار أمام المحاكم الجزائرية .

و ظلت المرأة الجزائرية لسنوات طوال تصارع الحياة الزوجية البغيضة تنتظر الفرج على يد المشرع الجزائري في ظل تزمن الزوج و عدم موافقته .

*- 222 ق أ كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية.

و بين مذكرا و مؤيدا تحفظها في مخالفة نفسها في حالة عدم موافقة زوجها جاء التعديل الجديد بصياغة قلبت الموازين .

و كانت صياغة المادة على الشكل التالي :

" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها مقابل مالي فإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم ".

هاته المادة التي أجازت للمرأة أن تخالع نفسها حتى دون موافقة زوجها بمقابل مالي و في حالة عدم الاتفاق على هذا الأخير يتدخل القاضي في تحديده على أن لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .و بهذه الصياغة اندثر الغموض الذي كان يكتسي النص القديم و اتضح جليا أن للمرأة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع في مقابل عوض تدفعه للزوج سواء كان موافقا للخلع أم لا .

هذا التعديل أثار جدل الكثيرين خاصة رجال الدين لكونه في نظرهم جاء مخالفا و مناقضا لأحكام الفقه الاسلامي و الشريعة الاسلامية التي تتطلب أن يكون الخلع بموافقة المروج .

و تحقق شرط الرضائية .غير أن المتصفح لواقعة الخلع التي حدثت في عهد الرسول صلى الله عليه و سلم يجد أنه لا دخل لإرادة الزوج في الخلع لأن زوجة ثابت بن قيس أتت للرسول صلى الله عليه و سلم و طلبت الخلع عن ثابت . طلب منها الرسول صلى الله عليه و سلم أن ترد لثابت الحديقة التي أصدقها , ففعلت فأمر ثابتا و قال له:" افبل الحديقة و طلقها تطليقة " و هنا يتضح عدم تدخل ارادة الزوج في الخلع و انما أمره الرسول صلى الله عليه و سلم بأن يقبل البدل و يطلقها تطليقة .و هذا يدل على أن البدل حدده رسول الله الذي كان قاضيا بينهما إذا اشترط عليها أن تفتدي نفسها الحديقة التي كان ثابت قد أصدقها اياها , و بالتالي فارادته صلى الله عليه و سلم حلت محل ارادة ثابت مما يفهم أن التعديل الجديد لم يكن مناقضا للشريعة الاسلامية و أن ارادة القاضي في تحديد البدل تكون عندما لا يتفق الزوجات على مقداره .

و بالتالي لا داع لتوجيه الانتقادات اللاذعة للمشرع الجزائري و اتهامه على أنه بدّل و خالف أحكام الفقه و الشرع لأن المشرع بتعديله هذا قد تدارك الغموض الذي وقع فيه حين تطرق للخلع و للجدل الذي أحدثته المادة السابقة و الغلط الذي وقع فيه القضاة .

و الدليل واضح من خلال الأحكام المتناقضة التي صدرت من المحكمة العليا في قرارات شهيرة لها عبر سنوات عدة . و هو قد أحسن صنعا بتعديله للمادة الغامضة .

المطلب الثاني : اجراءات التقاضي في رفع دعوى الخلع .

على قانون الأسرة رغم كونه فرع من فروع القانون الخاص و له ذاتية مستقلة عن غيره في كونه يتضمن مسائل متعلقة بالأحوال الشخصية و القواعد الأساسية التي تنظم الاسرة إلا أإنه لا يتضمن الاجراءات اللازمة لتطبيق هاته القواعد .

و بالتالي فإن رقع أي دعوى تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية نعود إلى تطبيق قانون الاجراءات المدنية الذي ينظم و بين اجراءات التقاضي في الدعوة المعروضة و دعوى الخلع شأنها شأن سائر الدعاوى الأخرى تشترط توافر شروط لرفعها .

الفرع الأول : شروط رفع دعوى الخلع .

دعوى الخلع دعوة قضائية لا يمكن مباشرتها إلا بتواز شروط شكلية و موضوعية فالشروط الشكلية تنص عليها المادة 12 ق.أ.م إذ تشترط لرفع دعوى أن يكون بواسطة عريضة يتقدم بها المدعي إلى الجهة القضائية المختصة و يجب أن يكون الطلب مكتوب على نسختين يحتوي على البيانات اللازمة و على الأدلة و الوثائق التي تؤكد الطلب , كما يمكن أن ترفع الدعوى بتصريح شفهي أمام الجهة القضائية المختصة و هنا يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوانه تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه و يصبح بذلك مثله مثل العريضة المكتوبة .

كما يجب أن يكون المدعي له مصلحة في رفع الدعوى م459 ق.أ.م و يجب أن تكون هذه المصلحة شرعية و قانونية إذ على المدعي عند المطالبة بحقه أن يكون هذا الحق محمي قانونا .

و يجب على رافع الدعوى أن يكون حائزا على الصفة و أهلية التقاضي المنصوص عليها في المادة 459 ق.أ.م أي أن يكون المدعي هو صاحب الحق و تتوفر لديه أهلية مباشرة الاجراءات أمام الجهات القضائية و يكون أهلا لذلك ببلوغه سن 19 سنة حسب المادة 40 ق.م متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه .

و في حالة فقدان الأهلية أو نقصها لا يجوز للمحكمة قبول الدعوى إلا إذا كانت من طرق لممثل القانوني له *1.

*– الغوتي بن ملحة – القانون القضائي الجزائري ص 217 .

1 كما يجب أن ترفع الدعوى بنسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية1*.

أما الشروط الموضوعية لرفع دعوى الخلع فقد نص عليها المادة 54 المعدلة و المتممة بالقانون رقم 09/05 و التي نصت على أن الشروط الموضوعة لرفع دعوى الخلع تتمثل أساسا في محل الدعوى و هو الشيء المطالب به أمام القضاة و هو الخلع 2 المال إذا أصبح شرط جوهركم . للخلع فإذا اتفق على مقداره فلا أشكال و هي حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي و يحكم بصداق المثل من المادة 54 .2*

الفرع الثاني :اجراءات الصلح

باعتبار الخلع قد صنفه المشرع الجزائري ضمن الباب الخاص بصور فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق و الوفاة .

فإن دعوى الخلع لها نفس اجراءات دعاوى الطلاق إذ نصت المادة 17 ق.إ.م على جواز مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى *2 و بالتالي فالمادة قد جاءت شاملة لجميع الدعاوى بما فيها دعاوى الطلاق و الخلع .

الذي يعتبره المشرع وجها من أوجهه بما أنه أدرجه في بابه.

و الدليل على وجوب اجراءات الصلح المادة 49 ق الأسرة الجزائرية *3 إذ يجب على القاضي القيام باجراءات الصلح قبل النطق بالحكم و إذا لم يقم بذلك عدا الحكم باطلا لكون اجراءات الصلح واجبة الأداء من طرف القاضي المختص إذ يقوم باستدعاء الزوجين معا بواسطة رئيس كتاب الضبط بمجرد تسجيل الدعوى و طرحها عليها كما يحدد جلسة خاصة بسماع كل طرف و محاولة التوفيق بينهما و يقوم بعد ذلك بتحرير محضر .

من خلال النتائج المتوصل إليها سواء كانت ناجحة أو فاشلة فإذا تعذر على الزوج الاستمرار في حياة زوجية تبغضها فيقوم القاضي بالحاق هذه النتيجة بملف الدعوى و يتم النطق بالحكم هذا

1*- م 5 من القانون رقم 224/ 63 الصادر في 29 جوان 1963م

2*- م 17 ق.أ.م :" يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أي مادة كانت

3*- ق 2 م 54من ق.أ المعدل و المتمم بقانون 09/05.

الأخير الذي يكون نهائيا غير قابل للاستئناف حسب المادة 57 من قانون رقم 09/05 :"

تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدى جوانبها المادية .

المبحث الثاني: آثار الخلع .

إن المشرع الجزائري رغم التعديل الذي أحدثه بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005 إلا أنه م يوف الخلع حقه و لم يتناول بشيء من التفصيل بل اكتفى بتعديل المادة 54 التي تعلمت عن الخلع هذه الأخيرة لا تكفي لاعطاء موضوع الخلع حقه , إذ المشرع لم يتناول أهم آثار الخلع و لم يجب عن أهم الاشكاليات التي يرتبها .

فالخلع كواقعة قانونية يرتب آثارا و يطرح جملة من الاشكاليات و التساؤلات أهمها :

هل يرتب الخلع طلقة بائنة أم لا ؟و هل ينجر عن الخلع عدة أم لا ؟ ما هو واقع الحقوق المالية بين الزوجينهل تسقط بعد الخلع أم تبقى قائمة ؟ و ما هو أثر الخلع بالنسبة للتوارث بين الزوجين؟

هاته الاشكاليات لم يتناولها قانون الأسرة الجزائري مما يستدعي ضرورة الرجوع لأحكام الفقه الاسلامي و المذاهب الفقهية .

عموما الخلع يرتب آثار مادية و أخرى معنوية سنتناولها كالآتي :

المطلب الاول : ***الآثار المادية :***

هي تلك الآثار المالية التي تنجز عن واقعة الخلع و أهمها.

أ – استحقاق الزوج البديل: بما أن عقد الخلع من عقود المعاوضة فإنه لا ينعقد إلا لقاء بدل تدفعه الزوجة لزوجها, و ذلك للخلاص منه و إفتداء نفسها و في المقابل محاولة منها لتعويض خسارة المزوج.

ويجب أن تكون الزوجة متوفرة فيها الشروط المذكورة آنفا [1]* , و على رأسها تمتعها بأهلية التبرع و غير محجور عليها.

ويأخذ البدل المدفوع للزوج حالتين:

1- في الحالة الاتفاق عليه: هنا لا إشكال لأنه يمكن أي يتفق عليه, فيكون مقدرا ومعينا, كما يمكن أن يكون صداق الزوجة أو مؤخر صداقها.

2- في حالة عدم الاتفاق عليه: هنا يقع الإشكال.

وفقا لقانون الأمر الجزائري فإن الأمر يحسم بتدخل القاضي ويعين البدل شرطية أن لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

هذا طبق لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 54 المعدلة.

- أما وفقا لإحكام الفقه الإسلامي فإن الاختلاف في تحديد المقدار البدل بين الزوجين يرجع للمرأة فعند الأحناف و الحنابلة و المالكية الشافعية فيقفوا موقف وسط, ويروي أنه إن كان لأحدهما بنية عمل بها , أما إذا كان لكليهما بنية و تعارضا أدى ذلك إلى أداء اليمين – الحلف–

ب– سقوط كل حق ثابت بين الزوجين: إذا ثبت الخلع تسقط الحقوق المالية بين الزوجين, وإذا تصفحنا نصوص قانون الأسرة الجزائرية لا نجد أي مادة تتكلم عن سقوط الحقوق المالية وذلك يستوجب الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالخلع يسقط كل ما نشأ من حقوق بين الزوجتين قبله وكل حق مالي ثابت وقت الحكم.

فيسقط مؤخر الصداق إذا كان هو البدل المتفق عليه, وتسقط النفقة على الزوجة والي كانت واجبة على الزوج فترة الزواج, ماعدا نفقة العدة فإنها تجب عليه ما لم يقض في الخلع على سقوطها كما في حالة المرأة المختلفة الحامل فلا خلاف في أنها تستحق النفقة و السكنى لما جاء في القرآن الكريم بلزوم نفقة المرأة الحامل المطلقة[1]*, وما إذا كانت المختلفة غير حامل فإن الفقهاء انقسموا إلى فريقين فريق أقر بحقها في النفقة و السكنى لقوله تعالى : "و لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة...". [2]*

1- أنظر الصفحة رقم 14 وما يليها.

و فريق آخر ذهب إلى عدم إقرار حقها و استحقاقها للنفقة و السكنى و هم الحنابلة و استدلوا بقوله صلى الله عليه و سلم لفاطمة بنت قيس حين طلقها عمر بن فص طلقة بائنة و هو غائب في الشام , إذ قال لها صلى الله عليه و سلم :" ليس لك عليه نفقة", و أمرها أن تعتد في بيت أم شريك , و يرى الإمام أبو زهرة أنه

:" في حال ما إذا اتفقت الزوجة مع الزوج أن يكون بدل الخلع إرضاع الولد مدة معينة أو تقوم بحضانته مدة الحضانة , كان للزوج إذا لم يستوف ما إتفق عليه أن يرجع على الزوجة ببقية أو على ورثها إذا ماتت هي أثناء العدة المتفق عليها . [4]*

هي حين يرى المستشار عبد العزيز سعد أنه لا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع.[5]*

- غير أنه في حالة وفاة أحد الزوجين في فترة العدة فهل تسقط الحقوق المالية الخاصة بالإرث أم لا ؟ إذن ماهو أثر الخلع بالنسبة للتوارث بين الزوجيين ؟.

1/- إذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت و صدر منها الخلع فتطبق بشأنه المادة – 185– قانون أسرة جزائري , فخلع المريضة مرض الموت يأخذ الفروض التالية :

1- **قوله تعالى : " وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" صدق الله العظيم / آية 60 سورة الطلاق.**

2- آية 01 سورة الطلاق.

1- إذا ماتت المختلفة أثناء فترة العدة فإن زوجها يرثها و يأخذ ½ التركة إذا لم يكن لها فرع وارث , و يأخذ ¼ في حالة وجود الفرع الوارث , إذ يصبح لا سهم الإرث , و سهم الخلع رفق المبلغ المتفق عليه , و سهمه الذي نتج له من تبرعها له في مرض الموت إذا تطبق المادة – 204 – ق , أسرة , إذ تعتبره الفدية المقدمة من طرف الزوجة حال مرض الموت هبة و بالتالي نصيب الزوج هنا يدخل ضمن الوصية التي لا يجب أن تكون تكثر من **3/1** إلا بموافقة باقي الورثة .

3- أخرجه الإمام أحمد في صحيحه .

4- الإمام أبو الزهرة , المرجع السابق/ ص 79.

5- عبد العزيز سعد , المرجع السابق / ص 251.

أما إذا ماتت الزوجة بعد انتهاء فترة العدة فلا توارث لأن الرابطة الزوجية انتهت ولا مبلغ فقط .

في حين إن الزوج إذا توفي فترة العدة فالزوجة الإرث وهو ¼ في حالة عدم وجود الفرع الوارث و **8/1** في حالة وجود الفرع الوارث, أما إذا توفى بعد انتهاء فترة العدة فلا توارث لكون العلاقة قد إنتهت .

المطلب الثاني: الآثار المعنوية.

في مقابل الآثار المادية التي يخلفها الخلع فإنه يخلف بجانب ذلك آثارمعنوية , ينحصر أهمها في :

الفرع الأول : يقع بالخلع طلقة بائنة:

إن الخلع يرتب طلقة بائنة وهو ما إتفق عليه جمهور العلماء و الفقهاء و حجتهم في ذلك ما جاء في أمر النبي صلى الله عليه و سلم عندما أمر ثابت بن قيس أن يقبل الحديقة يطلقها تطليقة ومن تم فإن الرسول صلى الله عليه و سلم قد جعله طلاقا .

في المقابل من ذلك روى من النبي صلى الله عليه و سلم أنه أمر زوجة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة و هذا لا يوحى أن الخلع طلاق بائن لكون عدة المطلقة ثلاث قروء لقوله تعالى : " و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ..." صدق الله العظيم .

ولو كانت المختلفة في حكم المطلقة لما كانت عدتها قرء واحد .

إن كانت حائض أم لا هذا , هذا ما يبرر أن الخلع لا يعد طلاقا لأنه لو كان ذلك لا ستكشف النبي صلى الله عليه و سلم ذلك .

* و الظاهرة لنا أن النبي صلى الله عليه و سلم لثابت أن يطلق زوجته تطليقة هو لكون كلمة طلاق هي اللفظة الذال على الفراق بين الزوجين

و يرى أكثر الفقهاء انه لا رجعة للمختلفة في العدة لأنه لو جاز للزوج أن يراجع زوجته فإن الضرر سيعود و نحن نعلم أن الخلع وقع لإزالة الضرر عن الزوجين , خاصة الزوجة .

* أما بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري أي نص لا يقبل التعديل و لا بعده يتناول آثار الخلع لذلك استوجبت الدراسة الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي و لكن بالرجوع لتقسيمات قانون الأسرة الجزائري , فإن المشرع الجزائري أدرج الخلع في الباب الخاص بالطلاق مما يفيد أن المشروع يعتبره طلاقا , وتترتب عليه نفس آثار الطلاق , و بالتالي فبحصول الخلع يتقرر الطلاق البائن ولا رجعة فيه بعقد جديد .

الفرع الثاني : وجوب العدة:

المقصود بالعدة:

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

لغة : هي من أصل العد , لاشتمالها على العدد من الإقرار و الأشهر غالبا و جمعها العدد.

إصطلاحا : هي المدة التي جعلت دليلا على براءة الرحم لفسخ النكاح أو وفاة الزوج أو طلاقه , هذا عند المالكية أما عند الحنفية فهي التربص الذي يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد و الحنابلة يعرفونها على أنها التربص المحدد شرعا , و بما أن جمهور الفقهاء يعتبرون الخلع طلاق فإنه في نظرهم بحدوثه , يستلزم وجوب العدة هاته الأخيرة لا تتقرر إلا للمرأة المدخول بها لقولاه تعالى :"يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدوها..." {1}*.

وهذا الدليل قاطع على وجوب العدة للمدخول بها دون غيرها , و المرأة من ذوات الحيض عدتها ثلاث قروء و القرء هو الحيض.

– أما المرأة الحامل فعدتها تنتهي بوضعها لحملها سواء طالت المدة أو قصرت لقوله تعالى :" و اولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن..."{2}*.

– أما المرأة المتوفى عنها زوجها فعدتها أربع أشهر و عشر أيام لقوله تعالى :" و الذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر و عشراَ..."{3}*.

– أما الفقهاء المختلفون في عدة المختلفة لكونهم إختلفوا في تحديد طبيعة الخلع فانقسموا إلى مذهبين {1}*.

المذهب الأول:

- أصحابه هم الأحناف و المالكية و الشافعية و الحنابلة و ذهبوا إلى أن عدة المختلفة هي عدة المطلقة و هو مروى عن على بن أبي طالب ,و به قال سعيد بن المسيب و عمر بن عبد العزيز و ابن حزم و الإمام أحمد و استدلوا على موقفهم على مايلي :

الخلع طلاق فتدخل المختلفة في عموم قوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء ..."

فبينت الآية الكريمة أن عدة المطلقة ثلاث قروء و بما أن الخلع طلاق في نظرتهم فإن المختلفة لا تخرج عدتها عن عدة المطلقة .

المذهب الثاني:

- وهو قول عثمان بن عفان , و عبد الله إبن عمر , و في رواية عن أحمد أن عدة المختلفة حيضة واحدة , و حجتهم في ذلك لما ورد في رواية عبد الله بن عمر لما جاءت الربيع بنت معوذ إلى عثمان و سألته :" ماذا عليا من عدة ؟ "فقال لا عدة عليك إلا أن تكوني حديثة عهدية فتمكني حتى تحيضي حيضة , قال و أنا متبع قضاء الرسول صلى الله عليه و سلم في مريم المغالبة {2}* كانت تحت ثابت بن قيس فاختلفت منه فأمرها أن تعتد بحيضة .

1- سورة الأحزاب / آية 46.

2- سورة الطلاق / آية 04.

3- سورة الطلاق / 04.

* وهذا يبين أن عدة المختلفة حيضة لما ورد قي قضاء أحد الخلفاء الراشدين , وهو عثمان بن عفان الذي كان من صحابته صلى الله عليه و سلم

ومن هذا التقسيم يتبين لنا أن أصحاب الإتجاه الأول ينظرون للخلع على أنه طلاق فيسرون على أن عدة المختلفة لا تخرج عن عدة المطلقة , في حين يرى أصحاب الإتجاه الثاني على أن الخلع فسخا و يجعلون عدة المختلفة حيضة واحدة .

- ومن المستنتج أن العدة إنما جعلت فقط لبراءة رحم المرأة و في الطلاق تطول لربما يحن الرجل إلى العشرة الزوجية و يراجع زوجته أما في الخلع فتقصر لبراءة رحم المرأة فقط و هي لا تطول عكس الأولى , لأن الخلع أصلا جاء لوضع حد لحياة زوجية بغيضة من طرف الزوجة و دفع الضرر عنها و عن الزوج و عدم التعدي على حدود الله .

1- خاتم خليطان / الموسوعة الفقهية / ج 9 .

2- اختلف الرواة في إسم زوجة ثابت بن قيس , فالبعض سماها بجميلة بنت عبد الله و البعض الآخر سماها بحبيبة بنت سهل

في الأخير يمكن القول بأن الخلع ماهو إلا ظاهرة أوجدها القانون الإلهي قبل أن يوجدها القانون الوضعي , وهو معترف به شرعا و قانونا .

فهو صورة من صور فك الرباطة الزوجية سواء باتفاق الطرفين

أو بناء على الإرادة المنفردة للزوجة و يكون ذلك مقابل مال تدفعه الزوجة للزوج للخلاص من حياة بغيضة معه, و استحالة تلك العشرة الزوجية.

و الحكمة من مشروعية الخلع هو لدرء الضرر عن الزوجين و حفظ كرامة كلا الطرفين وهو حق معترف به في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري , هذا الأخير الذي إكتفى بنص واحد ووحيد وهو نص المادة – 54 – الذي كان يعتبر الخلع ثنائي الطرفين و يستوجب تلاقي القبول و الإيجاب قبل التعديل و الذي تحول فيما بعد إلى الإرادة المنفردة للزوجة , و الذي صادف عدة انتقادات كانت المرأة في جوهرها , إذا تحولت أصابع الاتهام لها و نعتتها بالمتسلطة و المتحررة وأن هذا النص القانوني يزيد من عنادها , و إتهموا المشرع الجزائري أنه بتعديل المادة – 54 – قد خرج عن أحكام الشريعة الإسلامية .

غير أنه في نظرنا كطلاب قانون أن المشرع بتعديله كان أنصف في إعطاء المرأة حقها , لأن الرجل يمكن له أن يتعسف و لا يقبل خلعها و تبقى هي في حيرة من أمرها تلزمها أن تبقى معه صوريا و يمكن لها أن تلجأ لعدة أساليب لا يرضاها و نحن نرى أمام محاكمنا آلاف القضايا مثل هاته .

ولو يأتي المنتقدون لوجدوا أن التعديل لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية عندما تدخلت سلطة القاضي , لإنه بالرجوع لقصة زوجة ثابت بن قيس ففي الحادث نرى لا وجود لإرادة الزوج لأن الرسول صلى الله عليه و سلم سأل الزوجة :" أتردين عليه الحديقة ؟ ", فأجابت فأمر ثابت

ين قيس ان يطلقها و يقبل الحديقة فالرسول صلى الله عليه و سلم تدخل في تحديد البدل و الذي حدد بالحديقة التي أصدقها ثابت لزوجته , و أمر ثابت أن يتفوه كلمة الطلاق ويقبل البدل .

*و نظرا لكثرة قضايا الخلع أمام محاكمنا فيسرد المنتقد لوجهة نظرنا انه كان بإمكان الزوجة أن تلجأ للتطبيق بدل الخلع – نقول أنه حقا كان بإمكان الزوجة أن تلجأ للتطبيق خاصة بما جاء به التعديل الأخير وهو الفقرة – 10– "كل ضرر معتبر شرعا " .

لكن التطبيق يمكن أن تطول إجراءاته في الحين الخلع تحصل المرأة على حريتها في فترة و جيزة من رفعها لدعوى الخلع , و يستوجب لها القاضي مباشرة كما أن الخلع صورة من صور فك الرابطة الزوجية فالزوجة تختار طريقة فكها لتلك الرابطة كيفما تشاء .

فإن كانت تبغض الزوج و تكرهه و خاضت أن لا تقيم حدود الله , فلها أن تفتدي نفسها و تدفع له عوضا يعوضه عن خسارته.

المصـــادر :

الكتـاب :

القرآن الكريم.

السنـة :

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم بن مغيرة البخاري (ج 9)
دار الطباعة العامر – إسطنبول –

الأوامر:

الأمر رقم **84** /**11** المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة .

المصادر الفقهية:

1. القران الكريم .
2. السنة النبوية.
3. صحيح البخاري, للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن مغيرة البخاري, ج 9 , دار الطباعة العامر , اسطنبول .

المصادر القانونية:

1. الأمر رقم 84 /11 , المؤرخ في 9جوان 1984م , المتضمن قانون الأسرة .
2. الأمر رقم 02/05 , المؤرخ في 27 فبراير 2005م , المعدل و المتمم للأمر رقم11/84.
3. الأمر رقم 154/66 , المؤرخ في 08 جوان 1966م , المتضمن قانون الإجراءات المدنية .
4. الأمر رقم 01/89 , المؤرخ في 07 فبراير 1989م , المتضمن القانون المدني

المراجع القانونية:

1. د.عبد العزيز سعد , الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ,الطبعة 02 عام1996م, دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع, الجزائر.
2. د.بلحاج العربي , شرح قانون الأسرة الجزائري , ج1 , (الزواج و الطلاق) , الطبعة04 ,2005م , ديوان المطبوعات الجامعية .
3. د. الغوثي بن ملحة , قانون القضائي الجزائري, الطبعة 03 , ديوان المطبوعات الجامعية .
4. أ. باديس ذيابي , صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر , طبعة 2007م, دار الهدى , عين مليلة , الجزائر.

المراجع الفقهية:

1. د.وهبة الزحيلي , الفقه الإسلامي و أدلته ,ج7, للأحوال الشخصية , الطبعة 1989م, دار الفكر , الجزائر.
2. الإمام محمد أبو زهرة , الأحوال الشخصية , الطبعة 02, عام 1957م , دار الفكر العربي.
3. الشيخ ابن قدامى المقدسي المغني , ج7 , 8 , دار الفكر , طبعة 1982م .
4. د. احمد محمود الشافعي , الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية, دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي , الطبعة 19 .
5. أ. حاتم خليطان , الموسوعة الفقهية ,ج19 , الطبعة 03 لعام 1990م , وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية , الكويت.
6. د. عبد الكريم زيدان , المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية , ج8, طبعة 1997م , مؤسسة الرسالة الجزائر .

الملحقة للاجتهادات القضائية لإحكام الخلع :

عريضة الخلع:

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

1. (من المقرر شرعا و قانونا بأن الخلع هو الطلاق بإرادة الزوج المنفردة (؟) مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه , ومن تم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج: (المجلس الأعلى , غرفة القانون الخاص , 19/02/1969 و النشرة السنوية 1969 الصفحة :266).
2. (ليس الخلع في القانون (؟) إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر بإتفاق الطرفين , غير أن عرض الزوجة الخلع لا يخول لها أي حق ؟ و لا أثر له على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به , ولا يمكن اعتباره كطلب مقدم إلى القضاء و يكون عليهم الفصل فيه , ومن ثم فإن هذا الوجه غير مبرر .): (المجلس الأعلى الغرفة المدنية 1969/03/12 مجموعة الأحكام , الجزء 01 , الصفحة:107).
3. (من المقرر شرعا ان الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبولها و مقدارها يحدد بالتراضي بين الطرفين , و لا دخل للقاضي في تحديده وفق الشريعة الإسلامية (!) مما يستوجب نقص قرارهم .) : (المجلس الأعلى , غرفة الأحوال الشخصية 1980/02/25 ملف رقم : 21305 نشرة القضاة 1980 ص : 79.)
4. (من المقرر شرعا انه الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج , إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها , إن قبل تم الخلع و طلقت منه .) : (المجلس الأعلى , غرفه الأحوال الشخصية , 1982/02/08ملف رقم:26709 نشرة القضاة 198 ص:258 .)

بعد صدور قانون الأسرة رقم 84-11 سنة 1984:

(من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائي (؟) و لا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم من تلقاء نفس , فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع

(؟) ...): (المجلس الأعلى , غرفة الأحوال الشخصية 1984/06/11 ملف رقم: 33652 المجلة القضائية 1989 /03 ص: 38.).

- **في 1984 المشرع اعتبره عقد رضائي.**

1. (من المقرر فقهاًًًًً أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فان أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع , باعتباره أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع , ومن تم تعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق (؟) , و تأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقص القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها و اشترط الزوج خلعا قـدره 50.000 دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معا .): (المجلس الأعلى , غرفة الأحوال الشخصية ,1985/04/22 ملف رقم : 36709 المجلة القضائية العدد 01 ص 92.).
2. (من المقرر فقها و قضاء إن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي (؟) وان ليس للقاضي سلطة مخافة الزوجين دون رضا الزوج (؟) زمن تم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا **لأحكام الفقه**...): (المجلس الأعلى , غرفة الأحوال الشخصية , 1988/11/21ملف رقم :51728 المجلة القضائية : 1990 عدد 03 ص : 72.).
3. (من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم , و إن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال و قدره, و في حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديد على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لان ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين , و عله فان قضاء الموضوع – في قضية الحال – لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح قانون.):(المحكمة العليا , غرفة الأحوال الشخصية , 1992/07/21 ملف رقم :

83603 المجلة القضائية 2001 عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ,ص 134.)

4. (من المقرر قانونا و شرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا , ومن تم فان قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا و حفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية و لم يخالفوا أحكام المادة :54 من قانون الأسرة): (الحكمة العليا , غرفة الأحوال الشخصية , 03/07/1996 ملف رقم : 141262 المجلة القضائية 01/1998 الصفحة : 120).

5. (الخلع رخصة للزوجة تستعملها تفدي نفسها من الزواج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه , و تم فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون.): (المحكمة العليا , غرفة الأحوال الشخصية , 1999/03/16 ملف رقم : 216239 المجلة القضائية عدد خاص سنة 2001 ص 138.).

6. وعلى هذا الأساس و لما كان كل هذا الخلط و التناقص واقع في الاجتهاد القضائي لأعلى هيئة قضائية في الجزائر كان لزاما القيام بتعديل قانون الأسرة رقم 84-11 بحسب الأمر فيما كشف الاجتهاد القضائي عن وقوع الاختلاف فيه بالنص القانوني الواضح , ومن تم فحتى تكون لنا منظومة قضائية مستقرة و حتى لا يكون هناك تعارض في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مستقبلا رأت اللجنة حسب المسالة بموجب المادة 54 المعدلة كما وردت في المشروع على بينة من الشريعة الإسلامية الغراء و تفاديا لكل تناقض محتمل في التطبيقات القضائية:

وعله نجد:

- ***في سنة 1998 اعتبره المشرع عقد غير رضائي .***

مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ :15-05-2005.

محكمة ابن باديس مكتب الأستاذ بوزيان نور الدين.

قسم الأحوال الشخصية — محامي معتمد لدى المحاكم و المجالس.

قضية رقم : — القضائية 09 شارع بن علي بخالد.

جلسة يوم : — بسيدي بلعباس.

عريضة افتتاحية

إلى السيد ريس قسم الأحوال الشخصية

لــدى محكمة ابن باديس

لفائدة: زياني سعاد الساكنة بحي 328 سكن عمارة 01 رقم 01 حي سيدي الجلالي , القائم في حقها الأستاذ بوزيان نور الدين .

محامي لـدى المجلس .....مدعى عليه.

ضد:عبد الدايم عبد القادر الساكن بشارع زين العابدين رقم 22 بلدية الطابية دائرة ابن باديس, ولاية سيدي بلعباس .

.....مدعى عليه.

ـــ ليطيب لهيئة المحكمة الموقرة ـــ

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

من حيث الشكل:

- حيث ان العريضة جاءت مستوفية للشروط الشكلية المنصوص عليها في المواد -08 – 12 – 13 – 24 – 459 – من قانون الإجراءات المدنية مما يتعين معه التصريح بقبول الدعوى شكلا .

من حيث الموضوع:

موجز عن الوقائع:

- حيث ان العارضة ارتبطت بالمدعى عليه بموجب عقد زواج رسمي صادر عن ضابط الحالة المدنية (الوثيقة رقم 01) .

- حيث انه نتج عن هذا القران بنت سمية على بركة الله زهرة (الوثيقة رقم 02).

- حيث ان العارضة ومنذ ارتباطها بالمدعى عليه تعيش حياة غير مستقرة .

- حيث أن العارضة ورغبة منها في الاستقرار عائلتها و للمحافظة على كيان أسرتها صبرت على أذى المدعى عليه و أهله لكنها استقبلت بسوء المعاملة و الإهانة لكرامتها وطرادها أمام مرءى الجيران مع ضرب و جرح من الأفعال التي لا تعقل ولا تتصور و يستحى القلم التعبير عنها خاصة أمام حرم العدالة .

عن الطالبات القضائية:

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع طبقا لمقتصات نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري:

- حيث ان العارضة كرهت تصرفات المدعى عليه وكرهت أي معاشرة تجمعها به و كرهت حتى الحديث عليه بسبب تصرفاته وأحاديثه , و عدم تحمله المسؤولية اتجاه العارضة و ابنتها ما جعلها تصر على فك الرابطة الزوجية ولو عن طريق الخلع و هي المستعدة لتقديم المال فداء نفسها .
- حيث المادة رقم 54 من قانون الأسرة خول للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت الحكم.
- حيث أن المشرع الجزائري و استنباطا من أحكام الشريعة الإسلامية نص على أن الخلع هو رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي يعرضه عليه (الوثيقة رقم 04).
- حيث انه من المستقر عليه قضاءا و قانونا ان الزوجة يمكنها أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون التفات إلى عدم قبول الزوج للخلع أن ذلك يفتح الباب لإبتزاز و التعسف الممنوعين شرعا .
- يحث انه و من المستقر عليه قضاءا و قانونا انه في حالت اتفاق الطرفين على مبلغ المال مقابل الخلع القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .
- حيث وعليه يتعين الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين عن طريق الخلع مقابل مبلغ مالي .

- الإشهاد عن استعداد العارضة لتسليم المدعى عليه مبلغ مالي قـدره :250 ألف دينار مقابل فداء نفسها منه .

ـــ لــهذه الأسباب ـــ

الرجاء من المحكمة الموقرة :

من حيث الشكل:

- قبول الدعوة شكلا.

من حيث الموضوع:

- الحكم و القول بفك الرابطة الزوجية ما بين زياني سعاد و السيد عبد الدايم عبد القادر عن طريق الخلع مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله على شهادة ميلادهما حسب الاختصاص .

- القول و الحكم بإسناد حضانة البنت زهرة لامها زياني سعاد و على أبيها عبد الدايم عبد القادر الواجب الإنفاق عليها حسب المبلغ : 5000 د.ج يبدأ احتسابها من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية سقوطها شرعا أو قانونا أو لسبب آخر .

- الإشهاد عن استعداد العارضة لتمكين المدعى عليه تعويض مبلغ 250 ألف دينار عن الخلع .

- المصارف القضائية على عاتق المدعى عليه .

مع كافة التحفظات

عن المرافعة / ووكيلها

الأستاذ : بوزيان نور الدين

خطة البحث :

الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة

مقدمة :

الفصل الأول : ماهية الخلع .

المبحث الأول : تعريف الخلع و دليل مشروعيته .

المطلب الأول : تعريف الخلع .

الفرع الأول : لغة

الفرع الثاني : إصطلاحا .

المطلب الثاني : دليل مشروعية الخلع

الفرع الأول : من الكتاب

الفرع الثاني : من السنة

الفرع الثالث : بالإجماع .

المبحث الثاني : شروط الخلع .

المطلب الأول : شروط خاصة بالزوج

الفرع الأول : في الشريعة الإسلامية .

الفرع الثاني : في قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الثاني : شروط خاصة بالزوجة .

الفرع الأول : في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : في نصوص قانون الأسرة الجزائري .

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للخلع و آثاره .

المبحث الأول: النظام القانوني للخلع .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للخلع .

الفرع الأول : التكييف الفقهي للخلع .

الفرع الثاني : الخلع في ظل نصوص قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم .

المطلب الثاني : إجراءات التقاضي في رفع دعوى الخلع .

الفرع الأول : شروط رفع دعوى الخلع .

الفرع الثاني : إجراءات الصلح.

المبحث الثاني : آثار الخلع .

المطلب الأول :الآثار المادية .

الفرع الأول : إستحقاق الزوج البدل .

الفرع الثاني : سقوط كل حق مالي ثابت للزوجين .

المطلب الثاني :الآثار المعنوية

الفرع الأول : بالنسبة للتوارث بين الزوجين في حالة الوفاة في فترة العدة .