

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

مقدمة

كل شيء سابق في علم الله.

كل شيء مخلوق وفق غايات نسج من أجلها كل شيء زائل كما في علم الله اذا فسد نسيجه وحتما فساد الماديات واقع محتم تام ، وهذا سبب كافي في اضمحلال المعنويات المتعلقة بها ومن بين هذه الموجودات الكائنة "البشر".

كائنات تحيا في اجتماعات متنوعة تجمعها علاقات سواء كانت عشرة أو مصاحبة أم كانت تعامل أم صداقة وزمالة أم كانت علاقة من نوع خاص كالزوجية التي الأصل فيه أن تكون مبنية على المحبة والألفة والمودة والسكن النفسي غير ان هذه العلاقة السالفة الذكر قد يحدث ما يشوبها ويعكر صفوها مما يؤدي في الكثير من الأحيان إقدام احد الأطراف في هذه العلاقة إلى إنهاء علاقته بالطرف الآخر وبالتالي يتميز هذا الإنهاء بالعنصر المتسبب فيه .

فان كان من طرف الرجل بإرادته المنفردة فيسمى طلاقا في صفته العادية وبالتالي الزوج هو الأصل في وقوعه بحكم امتلاكه للعصمة حسبما ذكر المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 « يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج»، وله نفس الدلالة والتسمية في حالة توافق الإرادتين تراضا في أحداث الطلاق حسب نص المادة السالفة الذكر

وقد يكون بطلب من الزوجة في حالتي قد فندهما القانون في نص المادتين 53-54 من نفس القانون فالحالة الأولى التي يكون فيها انحلال العقد بطلب من الزوجة المسبب حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 وهو المعروف بحل الرابطة الزوجية بالتطليق والحالة الثانية نص فيها المشرع على انحلال الرابط بطلب من الزوجة دون أن تحتاج للتسبيب المذكور في المادة 53 وإنما هو حسبما ذكر المشرع الجزائري في المادة 54 انقضاء الرابطة بطلب من الزوجة بشرط هو خاصة تميز بها عن باقي أنواع الانحلال ألا وهو البذل.

والذي هو في الأصل موضوع دراسة تعرضنا لها تحت عنوان الخلع.

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

على النحو التالي: قد تناولنا المنهج الثالث في انحلال العلاقة الزوجية بالطلاق خلعا وفق فصلين: الفصل الأول تعرضنا فيه إلى ثلاث مباحث المبحث الأول مضمونه تعلق بمعاني وأصول الخلع ، أما المبحث الثاني فتعرضنا فيه الى ضوابط الخلع ، والمبحث الثالث مضمونه طبيعة الخلع القانونية أما الفصل الثاني فتعرضنا فيه إلى مبحثين المبحث الأول تعلق بإجراءات الخلع و تكييفه القانوني والمبحث الثاني تعرضنا فيه لأثار الخلع .

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

خطة المذكرة

الفصل الأول: ماهية الخلع

المبحث الأول: معاني وأصول الخلع

المطلب الأول: معاني الخلع

الفرع الأول: المعنى اللغوي

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي

المطلب الثاني: أصول الخلع

الفرع الأول: الأصل الفقهي « نقلا / اجتهادا »

الفرع الثاني: الأصل القانوني

المبحث الثاني: ضوابط الخلع

المطلب الأول: ضوابط عامة

الفرع الأول: الأهلية

الفرع الثاني: السلامة من العيوب

المطلب الثاني: ضوابط خاصة

الفرع الأول: البذل

الفرع الثاني: الصيغة

المبحث الثالث: طبيعة الخلع القانونية

المطلب الأول: الاعتبار القانوني

الفرع الأول: نصوص قانون الأسرة

الفرع الثاني: اجتهادات المحكمة العليا

المطلب الثاني: الاعتبار الفقهي

الفرع الأول: الخلع عقد معارضة

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الفرع الثاني: الخلع عمل قضائي

الفصل الثاني : إجراءات الخلع تكييفه و آثاره

المبحث الأول : إجراءات الخلع وتكييفه القانوني

المطلب الأول : إجراءات مرافعات الخلع

الفرع الأول : مرافعة أول درجة

- جانب شكلي

- جانب موضوعي

الفرع الثاني : إجراءات الصلح

المطلب الثاني: التكييف القانوني للخلع

الفرع الأول: تكييف قانون الأسرة

الفرع الثاني: تكييف الفقہ الإسلامي

المبحث الثاني: آثار الخلع

المطلب الأول: الآثار المادية

الفرع الأول استحقاق الزوج البديل

الفرع الثاني: سقوط الحقوق المالية للزوجين

المطلب الثاني: الآثار المعنوية

الفرع الأول: وقوع البينونة

الفرع الثاني : لا رجعة فب العدة

الفرع الثالث: لا يتوقف على حكم القاضي

الفرع الرابع: عدم بطلانه بشرط فاسد

خاتمة

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الفصل الأول : - ماهية الخلع

- كما اشرنا في المقدمة السالفة الذكر أن إنحلال و انقضاء علاقة الزوجية يأتي كنتيجة إرادية لعدم التوافق بين أطراف هذه العلاقة والفشل في إنشاء الاستمرارية لهذا الرابط.
- وطبعا هذا الزوال له أشكال ومسالك فمنه ما سماه المشرع الطلاق في نص المادة - 48 فقرة "1" قانون الأسرة الجزائري وهو الذي يوقع من جانب الرجل صاحب العصمة ومنه ما يكون حسب ذكر المادة 53 من نفس القانون وفق أسباب وسماه التطلق ومنه ما يأتي بمبادرة من الزوجة ببذلها العوض وهو ما ذكر في المادة 54 من نفس القانون وهو ما سمته شريعة الإسلام الافداء وسماه المشرع الجزائري

الخلع

-
- 1/- نص المادة 48 /1 " قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج "
 - 2/- نص المادة 53 " قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالامر 02/05 يجوز للزوجة أن تطلب التطلق
 - 3/-/ نص المادة 54 قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالامر 02/05 يجوز للزوجة دون موافقة الزوج إن تخالع نفسها....."

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

- **مبحث أول** : معنى الخلع وأصوله فقها وقانونا
- ان بالنظر في نصوص مواد قانون الأسرة سواء قبل التعديل ونقصد المادة 54 من قانون الأسرة 11/84 او المادة 54 من القانون المعدل والمتمم بالامر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 تواجد هناك ألفاظ دالة على حكم متعلق بنوع من أنواع فك الرابطة الزوجية دون الخوض في اختلاف هذه الدلالة بين القانونين لأننا نعتبرها أمور متعلقة بالإجراءات الواجب توافرها في هذا الأخير ولكن المقصود منا معناه كلفظ دال على ما هو موجود من اجله بالاختلاف مع باق الألفاظ فما هو هذا المعنى ؟

- المطلب الأول:

- **معنى الخلع لغة واصطلاحاً** :

- اننا في خلال التعرض والخوض في معنى الخلع نجد له معنيين معنى لغوي وآخر اصطلاحى

- **الفرع الاول** : تعريف الخلع لغة

- ان الخلع من خلع ثوبه ونعله وقائده ، وخلع عليه كله من باب القطع وخلع امرأته خلعاً بالضم وخلع

1/- مختار الصحاح - محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي - وزارة المعارف المصرية - ص215

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الوالي عزل وخالعة المرأة بعلمها إرادتها على طلاقها ببذل -1- منها فهي خالع والاسم :
بالخلعة بالضم وقد تخالعا واختلعت فهي مختلعة "1" ويأتي لهذا بدوره في ما لفظ به في
جانب علاقة الزوجية بالمجاز لقوله تعالى {هن لباس لكم وأنتم لباس لهن}*2- وبالعادة
صار هذا اللفظ يطلق حقيقة دال على واقعة قانونية تسمى - الخلع -

فرع *الثاني: تعريف الخلع اصطلاحاً :

❖ فقها: الشافعية كان تعريفهم بأنه قول بصيغة الطلاق دال على زوال رابط

الزوجية مرتبط بعوض ويقع في هذه الحالة أي الطلاق باننا

❖ الحنابلة كان مفاد فكرتهم منصبه باختلاف بسيط عن الشافعية في ما تعلق

بمن يقدم البذل هل الزوجة أم غيرها

الحنفية بالنظر للفظ الذي أطلقوه في تبيان معنى الخلع بأنه إزالة استحلاله النكاح وهنا يظهر

لنا ان الخلع لا يكون صحيحا إذا وقع في موضع كان الأصل فيه أن استحلال النكاح مردود

وساقط كحالات النكاح الساقط فالخلع لا يصح فيه*3- أو حالة خلعها وهي في عدة بعد

1- نفس المرجع السابق ص - 215-

2-سورة البقرة الآية - 187-

3-1- الفقه على المذاهب الأربعة عبد الرحمان الجزائري ترجمة محمود عمر الدمياطي دار الكتاب

المصري مجلة الدارة 1977 ص 352/351

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

❖ وحالة أخرى إذا كانت هي مرتدة وخولعت فالخلع لا يقع بل هو باطل ، أو حالة

خلعها و هي غائبة عن محل نطق لفظ إزالة ملكة النكاح فهو متوقف على إجازتها أي

قبولها هذا الخلع

أما قول مالك رضي الله عنه : فاعتبره نوع من أنواع إزالة رابط الزواج بشرط البذل و

يكون بكل لفظ دال على الطلاق مكنى كان او صريحا ويقع في كلا الحالتين بائنا *1*-.

❖ أما جمهور العلماء دون هؤلاء فاستقر على أن الخلع اتفاق بين الرجل والمرأة على

الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها وذلك كان تقول الزوجة لزوجها خالعتني على

صداقي أو مبلغ غير شريطة التحديد فيقول قبل تحقق الخلع "2"

- الطبيعة القانونية للخلع:

1/-الفقہ على المذاهب الاربعه عبد الرحمان الجزائري ترجمة محمود عمر الدمياطي دار الكتاب المصري مجلة الدارة
1977 ص 352/351

2/- نفس المرجع

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

قانونا :

- إننا بالنظر لنصوص مواد قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده نجد المشرع الجزائري تعرض لموضوع الطلاق خلعا في نص مادة وحيدة إلا وهي المادة 54 *1-* - بنصها قبل التعديل

"ومفاده : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي مالا يجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم والمادة 54 بعد التعديل *2-* - بنصها: .

يجوز للزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة الزوج بمقابل مالي

- إذا لم يتفقا الزوجان على المقابل المالي ايجابي للخلع بحكم القاضي مالا يجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم

معنى الخلع في قانون الأسرة الجزائري: انه طلاق يقع بإرادة الزوجة وطلبها المتضمن التزام لدفع وبذل العوض المالي

وهذا نفسه ما أشار إليه قرار المحكمة العليا -*3-* - بقوله : من المقرر قانونا وشرعا ان الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء

1- نص المادة 54 قانون الأسرة الجزائري 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984

2- نص المادة 54 من القانون المعدل والمتمم بالامر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005) (ح ز 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005 الموافق بالامر 09/05 المؤرخ في 25 ربيع الاول عام 1926 الموافق ل 4 ماي 2005 (ج ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005

3- قرار المحكمة العليا رقم 141262 المؤرخ بتاريخ 07/30/1996 المجلة القضائية سنة 1998 عدد 01 ص 120

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

المطلب الثاني : أصل الخلع فقها وقانونا

الفرع الاول : فقها:

- لا يغيب عن كل مفكر في الشريعة الإسلامية ومطلع على مفاهيمها التي هي الهام الإلهي عز عن الغلط ولا مناص فيه لذلك .

فهو الحجة على غيره بالنسبة لمن انتمى لهذا الفكر ومن بين هذه الفكرة ، فكرة مفاد

ما هيئتها الخلع

فمن أين لهذه الفكرة من موقع في أصول موضوع الخلع بما فيه النقلية كانت أو

الاجتهادية ؟

نقلا: يشمل هذا الجانب كلا من الوحيين المباشر منه وهو القرآن الكريم وغير

المباشر السنة الفاضلة.

القرآن الكريم : ذكر الخلع في قوله تعالى تحت لفظ الافتداء وهو : {

فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به { *1-*

السنة الفاضلة : نشر في تفصيل هذا الجانب إلى أن الدليل المذكور بعدا

دليل قولي "2" حيث جاء على لسان أفضل التقات الإمام البخاري رحمه الله تعالى إن امرأة

قيس بن ثابت بن شماس

-*1- الآية رقم 229 من سورة البقرة

-*2- القول أشار على ان الآية فيها أنواع نقصد السنية منها: فهي فعلية و قوليه وأخرى أدلة اقرارية (تقريرية)

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

أنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله - ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق لا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام وانه امهرني حديقة... فقال الرسول صلى الله عليه وسلم - أتردين عليه حديقته - قالت: نعم.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقيس اقبل الحديقة وطلقها تطليقه واحدة -1-

اجتهادا: الإجماع

■ من الملاحظ في نظر علاقة الإجماع الذي قوامه مأخوذ من استنباطات الأدلة الشرعية لما ذكرنا من وحي بنوعيه لان من عادة عقول غير المسلمين ان تميل لقول بشر مماثل ، غير الوحي وهذا ما جاء تفسيراً نص لما تقدم

■ فلقد قال الظاهرية -2- : فان الخلع واجب حيث وجد النشوز من قبل المرأة ولا يجوز فيه الإكراه لنهي الشارع عن ذلك في قوله تعالى :

: { وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ } -3-

ويحرم عليه أن يأخذ عوضاً وبدلاً فوق الذي أعطى بشرط النشوز منها كما ذكرنا قبلاً اما قول الحنفية فلا قيد ولا شرط ، وجعلوه طلاقاً باننا وهو قول الجمهور

1/ الموطأ للإمام مالك رواية يحيى بن يحيى الليثي دار النفاس -بيروت ط 5 1981 ص 384

2/ أصول الفقه للمرحوم محمد الحضري بك ط 4 . ص 328

3/ سورة النساء الآية 19

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

وقول احمد بن حنبل ان الخلع فسخ لا ينقص عدد الطلقات

- إما قول بن رشد في بداية المجتهد ان الفداء انما جعل المرأة حقا مقابلا لما بيد الرجل من الطلاق ، فانه كما جعل هو في حالة فرك الرجل المرأة جعل الخلع بيدها اذا فركت الرجل والمراد بقوله فيركت زوجها أي أبغضت زوجها

باب سد الذرائع

- لقد ورد في نصوص عدة مرادفة مفهوم الخلع بعله النشوز من قبل الزوجة ذلك ان كلا من العقل والمنطق لا بد أن يؤدي النشوز دوره إفادة على الكراهية التي هي علة واقعة في وجه المصلحة المطلوبة جلبها إذ انه من المعلوم أن العلة-1- هي أساس من أسس التي يقف فيها إعلام الفكر الفقهي و الإسلامي في سد الطرق أمام الغلط الموقع في البين او المتشابهة المنافي لرضي الخالق وان يراد منا حكمتين الأولى الباعثة على تشريع الحكم وهي المصلحة أما الثاني فهو التعبير الظاهر المنضبط الذي يدل على وجود الحكمة

1/ المدونة المنسوبة للمالك الاصبحي للشيخ بن ابي عبد الله محمد العليش – دار الفكر ط 1 سنة 1419 هـ

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

■ وقد تعرض أبو زيد الدسوقي فقال انها مالو عرض على العقول لتلقته بالقبول

وطبعا لندرك مفسدة الوقوع في مصب البيان والمتشابه الذي لا يرضاه الشارع لا بد لنا من

الفصل جذريا وعلى أساس منافي الشك والريب في العلل المؤدية بدورها في ذلك -1-

الفرع الثاني : الأصل القانوني :

"صادقت الحكومة الجزائرية في شهر رجب من عام 1425 على تعديلات جوهرية في

قانون الأسرة المعمول به منذ 1984

انطلاقا بطرح وزير العدل مشروع القانون بمحل لحكومة المجتمع ومصادقة المجلس على

كل التعديلات للجنة خاصة مشكلة في أكتوبر مكونة من 52 شخص منهم نواب وقضاة

ومحامين ورجال أعمال وعلماء إجماع التي أوكلت لها المهمة التعديلية وكانت ضمن هذه

التعديلات.

1/ اصول الفقه - محمد الحضري بك - نفس المرجع

2/ الانترنت - دعاء الخليل - مقالات 2008

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

المادة 54 من القانون السابق ومفاد التعديل في نص المادة 54 أن الخلع يعني حق المرأة في تطليق زوجها دون موافقة وليس بدون علمه التي تبغض الحياة معه ان افتدت نفسها بان ترد اليه مقدم الصداق في الحالة الاتفاقية أو عوض يحدده القاضي استثناء من الحالة الأولى الحالة الثانية استنادا لنصوص المادة 54 من قانون الاسرة المعدل والمتمم الفقرة -2- * -1-

المبحث الثاني: ضوابط الخلع :

" بالنظر لتركيبية الخلع كواقعة قانونية ناتجة عن تصرف إرادي يتوفر ماذا؟

" كسائر التصرفات ضوابط رغم ان المشرع الجزائري لم يتعرض في نص المادة 54 -

2- من القانون المعدل والمتمم غير انه أشار إلى بعض الضوابط في نصوص أخرى

سابقة من نفس القانون والبعض الآخر أشار الى النظر في المبهم فيها الى نصوص المصدر

الآخر وهو الشرع الإسلامي [الفقه] بادلته بنص المادة 222 قانون الاسرة الجزائري * -

-*2

1- نفس المرجع السابق [الانترنت] . بتصرف .

2- المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالامر 02/05 بنصها يجوز للزوجة دون موافقة زوجها ان تخالع نفسها بمقابل مالي.

3- المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري كل ما لم يرد النص عليه من هذا القانون – رجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

ومن الاطلاع والتمحيص في ما سبق نجد ان هناك من الضوابط ما هو عام يشمل صحة كل العقود والتصرفات الأخرى ومنه ما هو خاص بالحالة القانونية المتضمنة الطلاق عن طريق الخلع :

المطلب الأول: الضوابط العامة : تتضمن هذه الضوابط كما تطرقنا وتعرضنا كل العقود

أي من شروط الصحة العامة

الفرع الأول: الأهلية

في نظر القانون : لقد أشار المشرع الجزائري في نصوص قانونه المعدل والمتمم

بأنه حتى يكون عقد الخلع صحيحا ان يكون الزوج أو الزوجة بأنتهما طرفا العقد ، متمتعين بالأهلية ومنه نقصد بعنصر الأهلية مما يلي:.

أن يكون الرجل والمرأة قد أتما سن 19 سنة كاملة بالنسبة للتعديل الجديد -1- أي

المقصود منه بلوغ سن الرشد والمذكور أيضا في نص القانون المدني المادة 40 من القانون المدني الجزائري.-2-

لكن قد يعترينا تعرف احد الأطراف دون توفر هذا الشرط فما مجال ذلك؟

1/-* نص المادة 54 من القانون المعدل والمتمم بالأمر 02/05 يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مادي

2/-* المادة 40 من القانون المدني بنصها كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

ناقصة الأهلية : أي كانت في سن التمييز أو في سن الرشد وكانت سفيةة أو ذا غفلة المادة -43- أو فاقدة الأهلية حسب نص المادة -42- من نص القانون وهذا ما نصت عليه المادة 85 من قانون الأسرة -2-

ونستعرض لذلك تفصيلا فيما يلي

خلع الصغير : من كان في سن التمييز 13-19 سنة وابررم تصرفا خضع لاجازة وليه طبقا لنص

المادة 83 بنصها-3- من بلغ

أنها أشارت لشكليات التصرف فمنه ما هو نافع وهنا يعد نافذا ومنه ما هو ضار ولا يعد نافذ ومنه ما يقع دائر ما بين النفع والضرر وهو متوقف على ما أشرنا إليه سابقا .

اما حالة الصبي المميز الذي تزوج بترخيص من القاضي طبقا لنص المادة 07 المعدلة بالامر 02/05 فقرة 2 فانه يكتسب الاهلية فما يخص التقاضي في خصومات التي محلها متضمن محل آثار العقد من حقوق والتزامات

هذا بالنسبة لنص القانون اما النص الشرعي ففيه:

بالنسبة للمذهب الحنفي خلع الصبي وطلاقه باطل وكذلك فعل وليه عليه يعد باطلا كالأول لان الولاية إنما تثبتت على الصبي في تحقق الحاجة إليها وذلك غير محقق في الطلاق.-4-

-
- 1/ المادة 43 بنصها : من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيةة او ذا غفلة يكون ناقص الاهلية وفقا لما يقرره القانون
 - 2/ المادة 85 بنصها ليس لمن وقه في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ويبقى بالاخص ملزما بالعقد قصد ابراهه اذا اظهر الطرف الاخر استعداداه لتنفيذ هذا العقد
 - 3/ المادة 83 بنصها يكون العقد قابلا للابطال لغرض في القانون اذا توفرت فيه شروط الغرض في الواقع طبقا للمادتين 81-82 ما لم يقضي القانون بغير ذلك
 - 4/ المغني للشيخ ابن قدامه المقدسي المغني الجزء 7 – ص 19

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

وكذلك قال الشافعية لاستدلالهم بما روي عن عمر رضي اله عنه انه قال : «إنما الطلاق بيدي الذي يحل له الفرج» " حديث شريف "

وقال المالكية في شأن ذلك في الشرح الكبير أن الخلع لا يوقعه ولا يكون صحيحا لا اذا كان موقعه زوج مكلف لا صبي وبموجبة ولي الصغير حر عبد كان أو سييدا وغيرهما كالوحي والحلم إذا كان الخلع لمن ذكر على وجه النظر.

- أما الحنابلة جاء في المرجع السابق المفتي على قول بن حنبل في ما سئل عن ذلك قال

: حيث سأله أبو الصغير :

يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لابن عمر طلق على ابن معتوه

رواه الإمام احمد ومنه يصح ذلك.

لا يملك ذلك وهو قولهم المتوقف على الحديث الدال والقابل:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الطلاق لمن اخذ بالساق»

رواه ابن ماجه وقول عمر رضي الله عنه - الحديث السابق-

طلاق السفية خلعا :

السفية هي التي تبذر مالها وتضيعه في غير وجهه الشرعي فإذا خالعة السفية زوجها

على مال عند الحنفية وقع الطلاق ولا يلزمها مالا، وإذا كان بلفظ الخلع وخلوه من الألفاظ

وكنايات الخلع كان طلاقا بائنا فهل يشترط لتحقق ثبوت السفه حكم القاضي منه بالحجز؟

ام يكفي تحققت المعني الدال على السفه [التصرف] .

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

قانونا – طبقا لنص المادة 83 قانون الاسرة الجزائري لا يقع طلاق السفیه ولا خلع السفیهة

لنقص أهليتهما وعليه يثبت السفه بحكم القاضي حجرا –

- فقها : نتعرض لحالتين :

الحالة الأولى : خلع وليها فان ضمن المال صح الخلع ولزم المال و إلا فلا .

الحالة الثانية : إن خالعة الكبيرة السفیهة و وقع طلاقها ولا يلزمها شيء وليس للأب أن

يخالع عنها فان كان ماله صح الخلع ولا يتوقف ذلك على اجازتها وهذا ما سنتعرض له

في ما يلي :

- قول الشافعية انه لا يجوز خلعا لسفیهة ولو إذن لها وليها ولهم تفصيل في حالة ما إذا وقع

الخلع قبل الدخول بعد إبرام عقد الزواج

وبعد الدخول في الحالة الاولى وقع الطلاق باننا وان كان بعده وقع رجعيا فصار بدل الشرط

ملغى في كلتا الحالتين – وفيه تفصيل – وان خالغ بعد الدخول سفیهة او محجورا عليها بسفه

بلفظ الخلع كان قال لهما " خالعتك " على كذا وسمي البديل قفبلت طلقت رجعيا والغي شرط

المال لانها ليست اهل التزامه وان أذن لها الولي لأنه ليس لوليها صرف ما لها في مثل ذلك

وان كان قبل الدخول-1-

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

فانه يقع الطلاق بائنا ولا مال فان لم تقبل لم تطلق .

- اما الإمام مالك فهو أيضا بقول بعدم صحة خلع السفية بغير اذن الولي وإذا اختلعت وسلمت بدل الخلع وجبا رده اليها لعدم جواز التصرف منها والبدل هنا يشترط فيه أهلية التبرع وهي ليست لها ذلك ، وحالة رده اليها بعد ان كان قد تسلمه منها لم يقع الطلاق-1-

- الحنفية تعرض لقولهم المسالة السفية البالغة سن الرشد فان خالعة وقع منها الخلع صحيحا ولم يلزمها ذلك المال فان وقوع الطلاق فيه يعتمد القبول منها وقد تحقق وأما التصرف المالي فهي بذلت في ما لا منفعة ظاهرة لها فيه فيعتبر كما هو حكم تصرف الصغيرة .

- وهذا بخلاف وقوعه بلفظ الخلع فهنا يقع الطلاق بائنا-2-

- حالة وقوع التصرف في مرض الموت: معنى ذلك اصطلاحا :

ان مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه ظن العامة من الناس انه سبب الموت فهو صفة لا يرجى الجواز منها لا بوقوع المعجز من الحالات وهنا نتطرق لجانبين من جهة الوقوع فالأول وقوعه من الزوج وفيه تفصيل.

1/ نص المرجع السابق – ج 4 – ص 158

2/ المفصل في احكام المرأة بيت المسلم – ج5- ص 158- د- زيدان عبد الكريم.

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

- قول الأحناف إذا كان الزوج مريضا في مرض الموت وتصرف في الطلاق خلعا فالخلع جائز بما اتفق عليه من بدل ولا ميراث لها منه لان الفرقة وقعت بقبولها ورضاها فكأنه طلقها بطلبها منه ذلك-1-
- أما الشافعية لهم نفس الحذو فهم أيضا يعتبرون خلع المريض مرض الموت صحيحا وان الزوجة لا تترث من زوجها لوقوع البينونة بينهما.
- أما الخلع فهو صحيحا ولو كان ببذل الخلع اقل من مهر مثلها-2-
- أما الإمام مالك فهو أيضا يوجب بعدم توارثها منه لكونها طالبة الطلاق وكذلك قول الإمام بن حنبل بصحة الخلع بأقل أو أكثر من بدل ولا يعتبر ما خالعهها به من الثالث لأنه طلقها بغير عوض لصح طلاقها حيث أن يصح بعوض الأولى ، فان أوصى لها بمثل ميراثها أو اقل صح لأنه لا تهمة في انه طلقها ليعطيها ذلك فإنه لو لم يطلقها عن طريق المخالعة لأخذت منه ما أوصى به عن طريق الميراث *-3*.
- قد تطرقنا في الحالة الأولى باعتبار كون الزوجة صحيحة والزوج مريض وأما في الحالة الثانية وهي الحالة العكسية فيكون اعتباره الفقهي ما يلي :

1/ شرح الازهار في فقه الزيدية -ج3-ص 433

2/ المغني للشيخ ابن قدامه المقدسي المغني الجزء -ج3- ص 265

3/ أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية -ج1- ص 132

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

■ كما اشرنا إلى مرض الموت يدفع صاحبه إلى ضعف القدرة العقلية في الحكم والتعرف ولما كان الخلع في نظر العلماء يلزم في الزوجة توفر أهلية التبرع المادة 203 قانون الاسرة الجزائري كاعتبار قانوني-1 - فإنه يأخذ هذا السبيل متى صدرت منها وهي مريضة وعلى ذلك فان خلعها يأخذ حكم احد الفروض التالية:
1- أن تموت وقد تصرفت في طلاق الخلع وقد دخلت في عدة المطلقة ولم تكملها بعد فيأخذ زوجها ربع التركة طبقا للمادة 144 فقرة 1 -2- و المادة 145 فقرة 1 -3- قانون الأسرة ومنه ما يلي :

- سهم الإرث
- سهم الخلع
- سهم التبرع والذي يتمثل في ثلث التركة

أما الفقہ الحنفي فقد حققت له اصغر الانسبة من ذلك أي بمعنى انه يوجد مبلغ الخلع أو ثلث التركة أو نصيبه من الميراث ويأخذ أصغرها من المقدار حتى ولو كان بدل الخلع اصغر لها نصابا
- أن تموت بعد نهاية العدة فلا توارث بين الزوجين وعليه فإنه لا يتوفر لديه سوى سهمان هما :
مبلغ الخلع باعتباره دين
وثلث التركة الناتج عن تبرع وهذا يأخذ اصغر السهمين-4-

*/1- المادة 203 بنصها: يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا 19 سنة وغير محجور عليه

*/2- المادة 144 بنصها: أصحاب النصف خمسة وهم الزوج ويستحق النصف من تركة زوجته

*/3- المادة 145 بنصها : أصحاب الربع اثنان وهما : 1- الزوج عند وجود الفرع الوارث لزوجته

*/4- فقہ المذاهب الأربعة باب الميراث عبد الرحمان الجزائري ترجمة الدمياطي دار الكتاب المصري مجلة الدار 1977

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

طلاق السكران : ان لصحة تصرف الطلاق خلعا خلوا الإرادة من أي إكراه ونقصد هنا وقوع الشخص من أي إكراه ونقصد هنا وقوع الشخص المتصرف في الخلع في حالة سكر وهو حالات : اذا شرب المسكر جاهلا لمادة السكر او مكرها فهنا يسقط الخلع ولا يصح قال الله تعالى : { إِلاَّ مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ } . -1-
وقول الرسول رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه - رواه بن ماجه وهذا الرأي اتفق عليه جمهور العلماء ما عدا ما وجدناه عند الأحناف من إجازة في ذلك وحجتهم ادعاء الكراهة سبيل ليتجنب صحة الخلع.
اما اذا شربه وهو عالم ومختار لذلك فقول الجمهور بوقوع الخلع وصحته ولزوم البديل بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يزوج نشوان ولا يطلق إلا أجزاءه »

وياخذ المجنون نص الاحكام السابقة .

فرع -2- اقتراب الايجاب والقبول في محل العقد

بند ذلك قول موجز وهو قول الأحناف وهو كالآتي :

وقوع الخلع وغياب الزوجة باطل . -2-

فرع "3" سلامة الارادة من العيوب [الاكراه] *-3-*

صرح بعدم جواز الاجبار لاي واحد من الزوجين كما بينا بصريح العبارة ونجد فقهاء الزندية يصرحون بالعبارة.

1/ سورة النمل الآية 106

2/ فقه المذاهب الأربعة نفس المرجع

3/ دعاء الخليل - مقالة - الانترنت

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

ونجد فقهاء الزيدية يصرحون بان امر الرسول صلى اله عليه وسلم ليس على طريق الوجوب ، يقول بن يحي المرتضي « وأمره صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس ليس إلزاما ، وهنا قول آخر للظاهرية النصية يصرح بأنه لا يجوز الخلع حالة الاجبار من الزوجين ويقول ابن حزم 1- فلها ان تفتدي منه ويطلقها ان رضي هو وان لم يحبر هو ولا أجبرت هي لأنه من عقود المعاوضة وقد تعرض الماوردي في ذلك في باب فساد الخلع فذكر حالتين او صورتين .

الصورة الأولى أن ينال الزوج بالضرب والأذى حتى تخالعه فيكون في هذه الحالة الخلع باطلا لأنه كما اشرنا سابق الخلع عقد معوضة ، حدث عن إكراه فكان كسائر العقود المكروه ، وكذلك بالنسبة للصورة الثانية لهانفس الحكم

- وهذا ما يدعمه السند القانوني المادة 88 قانون مدني جزائري -2- بنصها يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق .

- وهناك تفصيل في إثبات البينة إذا كانت ظروف الإكراه تصور للطرف بالمكروه خطرا جسيما محققا يهدده هو احد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال هذا في الصورة الأولى

اما الصورة الثانية : اذا صدر الإكراه من غير أطراف العقد اي الزوجين بشرط يبقى عبئ الإثبات على المكروه نص المادة 89 من نفس القانون المدني

1/ المحلي من كتاب الظاهرية.- ابن حزم-

2/ المادة 88 قانون مدني قانون 05 . 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 .

3/ المادة 89 – نفس القانون

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

مطلب ثاني : ظابط خاص :

إذا ما جعلنا نطلق على المطلب دلالة خاص ، إلا أنه تفرد بشكل مميز عن سائر العقود وهذا ما عكس عليه ، دون سائر عقود المعاوضة لفظ الخلع فما هي هذه الضوابط الخاصة التي اقرت ذلك ؟

- الفرع الأول : البذل

- لقد فندت المادة 54 -1- من نفس القانون هذا الفرع باعتباره مبلغاً من المال تقدمه الزوجة مقابل الخلع وهو ما التزمت به في عقدها الخلع ، هذا في موضع الرضا على قيمة هذا البذل ، أما في حالة عدم الاتفاق يرفع الأمر إلى القاضي فيحكم بدوره ببذل لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم مع الإشارة في جانب المقدار والملاحظ أن المشرع الجزائري جاء تقديره لذلك عامه بالنسبة للحقوق الشرعية بصفة عامة ، إذ أن الحقوق المالية الشرعية هي أيضاً إلى جانب المهر مرفقة بالآثار المتعلقة بعقد الزواج - المالية - كالنفقة قبل وبعد الخلع ، والمتعة .

- وهذا قرار المحكمة العليا جاء بنصه دالاً على هذا الجانب :

في حالة اتفاق الزوجين على الخلع واختلافهما على مقداره فإن أمر التقدير يعود لقاضي

الموضوع ومن ثم يتعين على القاضي -2-

1/ المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005

(ج ر 05/15)

2/- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985.04.12 عن المجلة القضائية ع 1 سنة 1990

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

فالبديل اذا بما انه شرط أساسي في مفهوم الطلاق خلعا فزاولة زوال وبطلان هذا الأخير وهذا ما تعرض له الفقہ الإسلامي فيما يلي :

- قول الامام الشافعي في مذهبه انه اقر انه لا فرق في جواز الخلع من إن يخالع على صداق أو مال غيره كان أكثر من قيمة ومقدار الصداق أو اقله . وتعرض بدوره إلى أن ضابط الخلع هو كل ما جاز ان يكون في المهر صداقا جاز الافتداء به خلعا لقوله تعالى : {فلا جناح عليهما فيما افتدت به} . 1-
- هذا بالنسبة لشرط التقويم واشروطوا أيضا في البديل أن يكون معلوما مملوكا للزوجة مباشرة حتى ولو كان من طرف زوجها لقوله تعالى: {وأتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا} أو وليها في حالة تعرضنا لها قبلا حالة الصبية وخلع وليها عنها من ماله الخاص بذمته او من غيرها حالة الميراث.
- أن لا يكون محتما الوقوع أي الشيء ما عدا ما وجدنا عند مالك في قوله -2- يجوز الخلع بالغرر كجنين ببطن بقرة فلو فسد ذلك ولم يتحقق بانث هي وسقط حقه في البديل – وكذلك جاز له بمال موصوف كتمر في نخل لم ينضج بعد وأيضا يجوز ان يكون بإسقاط حقها في الحضانة وإنزاله منزلة الأم بعد الفرقة طلاقا . بلفظ تام وعام
- ان لا يكون محضورا أي البديل فافسد المحضور ووقع الإبانة [الخلع]

1/ الآية 229 من سورة البقرة

2/ فقہ السنة للشيخ السيد – حدود وجنایات – نظام الأسرة ج 2 ص 253

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

أما بالنسبة لقيمة هذا البذل ومقداره هل يتجاوز الزوج بأخذه أكثر مما أخذت منه هي مهرا فقوال بعض العلماء انه لا يجوز ذلك لما رواه الدار قطني باستناد صحيح 1- في قول إمراة ثابت بن قيس حينما قال لها الرسول صلى الله عليه وسلم « أتريدين عليه حديقته التي أعطاك »

قالت : نعم وزيادة فقال النبي (ص) أما الزيادة فلا ولكن حديقته «

الاعتبار الفقهي المخالف: قال في بداية المجتهد : فمن شبهه بسائر الأعاوض في المعاملات ، رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا ومن اخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك فكأنه رآه من باب اخذ المال بغير حق « هذا بالنسبة إذا كان البذل مالا فهل يجوز المخالعة على بعض الحقوق الأخرى :

1/- الخلع على الرضاع : لقد أجاز ذلك الفقه المالكي والحنفي مع اختلاف بسيط مفاده مدة

الرضاع فالحنفية عمومهم الإطلاق أما مالك فقيدتها في عامين لقوله تعالى : { وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ } -*2*-

وقول الرسول صلى اله عليه وسلم لا رضاع بعد فصال فاستدل به أيضا فإذا مات أو جف هذا اللبن فعليها ما بقي من الأجر قول مالك على غير قول الأحناف انه يسقط حقه وينقضي التزامها

1- / نفس المرجع السابق – نظام الأسرة

2- / سورة البقرة الآية 233

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

- ثانياً الخلع على الحضنة: أشار الأحناف انه يجوز ذلك بإسقاط اجر الحضنة مدة معينة

بالاتفاق من اجر حضنها للولد وكفالتة:

الفرع الثاني: الصبيغة :

من الميزات التي حضت عقد الخلع صبيغته المخصوصة ، والمعروف ان الصبيغة هي ما

يتفق به العقد من إيجاب وقبول فهي شكله الواصف والبدال على نوع العقد

- وقانوننا : لم يأت لنا قانون الأسرة في مادة الخلع -54- بنصها بصبيغة مخصوصة حتي

يتم نفاذ الطلاق خلعا لكنه أشار لنا إلى المنهج الذي يأخذ منه في حالة كهذه نص المادة

222 قانون الاسرة الجزائري وبالإيضاح لذلك يتوفر لنا ما يلي:

- فقها : في التمهيص لذلك هناك تصرفات دالة على نية الخلع فمنه ما هو فعل

والمقصود منه عند المالكية العمل الدال عرفا على الطلاق فقطع الرجل بعد أخذه المال

حيا بيد الزوجة ، وكان ذلك في عرف العامة طلاقا وفي مقابل الخلع تطلق طلاقا بائنا

وان لم يتحقق البديل وتحقق القطع طلقت رجعيا .*-1-*

1- الموسوعة الفقهية حاتم خليطان -ص 31. ج-19- وزارة الشؤون الدينية والأوقاف- الكويت- ط
3- سنة 1990

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

أما الأمر والواقعة الثانية إذا توفرت قرينة دالة على معنى الخلع كقول الأهل في حالة النزاع نرد لك ما أخذناه وترد لنا بنتنا

وكان القول مصاحبا لفعالهم بالرد وقع الخلع بطلاق بائن حتى ولو لم ينطق هو بلفظ الطلاق هذا من ناحية الزوجة أو أهلها أما إن بادر بذلك الزوج بصيغة معاوضة " خالعتك على كذا " ويكون القبول منها بأي شكل من أشكال التعبير والمقصود بذلك اللفظ و الإشارة المفهومة من فاقد الكلام وبالكتابة وان لم يكون اللإيجاب مقابل للقبول وذلك بمطابقة الصيغة ينبغي البديل وهذا قول الشافعية

• أما الحنابلة فقد أضافوا كونها في مجلس واحد لا أن يقول لها بلفظ الخلع ثم يقول من مجلسه ذلك قبل أن يصدر منها القبول لم يصح ،و كذلك يجب أن لا تكون الصيغة مقسمة بالإضافة كمدلول لقوله " خالعتك يدك او رجلك بكذا " وقع اللغو حتى بقبولها. وكذلك عدم تعليق الصيغة بشرط قوله خالعتك ان بذلتي لي كذا " فان الخلع لا يصح ولو تحقق الشرط

أما قول الأحناف فقد انصب على من يلفظ الصيغة كأحد إطراف -1- العقد فانه يقع الخلع وتحصل

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الإبانة بينهما وكذلك أشاروا إلى أن مبادرة الرجل تقع بمثابة اليمين فليس له أن يملك

الرجول في إجابته ولا منعها من القبول فان حصل هذا الأخير تحقق الخلع طلاقا باتنا .

على خلاف المرأة فإذا كانت المبادرة منها في عقد المعاوضة الخلع كان لها حق الرجوع ما

لم يتحقق القبول من الطرف الآخر .

فهي تعطيه مالا على سبيل الملك والثاني هو الرجل يقبل التملك* -1

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

المبحث الثالث : الطبيعة القانونية للخلع في قانون الأسرة والفقہ الإسلامي

- إن التعرض في قضية الحال المتعلقة بطبيعة الخلع في ظل قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي مفاد فكرتها في كلا الاعتبارين القانوني والفقهي هل هو تصرف تعاقدی رضائي أم هو واقع بتصرف بإرادة منفردة ؟

- **المطلب الأول** : الاعتبار القانوني

ان في ظل الاعتبار نجد انه ينطوي عل جهتين كلاهما يعتبران كمصدر من مصادر تكيف الفكرة القانونية المتعلقة بحالات الأحوال الشخصية وهما كالآتي
الفرع الأول: نصوص قانون الأسرة .

ان تكيف الفكرة القانونية المتعلقة بحالة الخلع باعتبارها من قضايا الأحوال الشخصية فنجد نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 54 من القانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05-1*- على انه تصرف قضائي واقع بإرادة منفردة كمبادرة الطلاق خلعا وتصح طلبها قانونا حتى ولم يتقرر بذلك موافقة من قبل الزوج الطرف الثاني في عقد الزواج الصحيح الواقع عليه حالة الطلاق خلعا والحجة في ذلك في مفاد وقوع هذا الاخير لا يكون الا بحكم قضائي صادر من الجهة القضائية المختصة بحيث انه اقر صراحة بعدم الاشتراط بتوافر الموافقة لصحة العقد وذلك بنص المادة المذكور اعلاه.

1/ نص المادة 54 قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالامر 02/05 يجوز للزوجة دون موافقة الزوج إن تخالع نفسها....."

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الفرع الثاني: اجتهادات المحكمة العليا

ان مناط موضوع فكرة الطلاق خلعا ضمن ما تعرضت له قرارات المحكمة العليا مندرج ضمن التفريقات الواقعة قانونا بإرادة منفردة في إنشائها وحصول أثارها والنزوماتها وهذا ما نجده واضحا في قرار المحكمة العليا رقم 14/262 المؤرخ بتاريخ 1998/07/30 عدد 1 ص 120 . والذي جاء متنه كالآتي :

من المقرر قانونا وشرعا ان الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقد رضائيا .

ومن ثم ان الحكم في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فان الحكم كما تقرر سابقا مطابق لنص مادة الخلع 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05.

1* - نفسى المبدأ والفكرة أكدتها المقررات التالية :

- 139903 المؤرخ في 09/07/1996 الكلية القضائية سنة 1998 عدد 1
- 142120 المؤرخ فيها 22/10/1996 الكلية القضائية سنة 1998 عدد 1
- 170975 المؤرخ فيها 30/07/1996 الكلية القضائية سنة 1998 عدد 1

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

المطلب الثاني: الاعتبار الفقهي .

المقصود هنا في هذا الجانب هو نظرة الفقه بمختلف مذاهبه الفكرية هل نظر في طبيعة التصرف بالطلاق خلعا تفرق متوقف على الإرادة المنفردة فقط ام هو تصرف تعاقدي رضائي؟

- الفرع الأول : الخلع عقد معاوضة :

إن الذين كيفوا الخلع على انه عقد معاوضة اشروطوا توافق الإيجاب والقبول ما بين أطراف النكاح الواقع عليه التصرف بالخلع الذي هو طلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها كالاتزام راجع لهذا التعرف التعاقدي شريطة التحديد وهذا كله دال على انه حتى يرتب الخلع آثاره لابد من وقوع صيغة الدائرة ما بين القبول بعد الإيجاب المتعلقان بهذا التصرف وهذا ما أشار إليها المالكية في مذهبهم *1-*

وبذلك كان الحنابلة والحنفية والظاهرية *2-*. حيث قالوا أن الخلع هو تصرف واقع كعقد معاوضة يقع بنفس شروط العقود الثنائية الجانب إذا اشروطوا حتى يصح هذا الأخير تحضى كلا الزوجين باعتبارهما طرفا العقد الذي هو معاوضة فلا يصح هذا الطلاق خلعا إلا إذا توافرت الأهلية في الزوج فلا يكون ناقضا لصغر سنه او محجور عليه لفسه ولا أن يكون فاقدها لجنون .ولذلك أهمية التبرع بالنسبة بالزوجة باعتبار البديل من الذمة المالية *3-*

1/ فقه المذاهب الأربعة عبد الرحمان الجزائري ص 351 /352 ج 4 دار الفكر

2/ نفس المرجع

3/ دكتور عبد الكريم زيدات المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية ص 114

- بتصرف -

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الفرع الثاني : الخلع عمل قضائي

هناك فريق من فقهاء الاسلام كيف الخلع على انه عمل قضائي يقوم به القضائي بناء على مبادرة من الزوجة وطلبها ولو اشتمل حصول ذلك التصرف دون موافقة الزوج وهذا الرأي ذهب في اعتبار عدم اشتراك موافقة الزوج دليل على المعنى المقصود به ان تصرف الخلع ليس عقدا ودليلهم في ذلك الآية قوله تعالى { لا جناح عليهما فما افتتدت به } واعتبروا الخلع على أساس الفدية واستندوا الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم بما ضمن متن هذا الحديث من أمر النبي الكريم ثابت بن قيس الذي خالعه زوجته بصيغة

« خذ الحديقة وطلقها تطليقة »*-1*-

1/ الآية من سورة البقرة
2/ نفس المرجع

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الفصل الثاني: إجراءات الخلع تكييفه وآثاره

انا في هذا الفصل من العرض نظرنا نظرة غير التي أخذها سييلا في الفصل الأول حيث قمنا فيه بدراسة الماهية والأصول ضف إلى ذلك دراسة تضمنت في فحواها الضوابط العامة ثم الخاصة به كعقد معاوضة يسمى الخلع بالإضافة الا انه طريقة في زوال رابط عقد الزواج كما اشرنا سابقا في أصله القانوني نص المادة 54 قانون أسرة جزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05 « انه يجوز للزوجة أن تخالع زوجها بمقابل مالي» وكذلك أصله الفقهي بما فيه من النقل والعقل لنتقل لدراسة تضمنت كذلك طبيعة هذا العقد وكيف أشار إليه الفقہ الإسلامي والقانون الجزائري في مجال التصرفات الأحادية الجانب والمعاوضة منها

لنتقل في هذا الفصل لدراسة مفادها أسس إجراءات هذا التصرف القانوني في ضمن قانون الأسرة الجزائري (قسم الأحوال الشخصية اعتبارا من إيداع العريضة الافتتاحية قلم الكتاب للمحكمة المختصة في ذلك قضائيا حتى حصول الخصومة أمام القضاء بدعوى حضورية سواء كانت شخصية او بوكيل والفصل فيها ثم تكييفه في قانون الأسرة الجزائري والفقہ دراسة مقارنة استنادا على انه ثاني المصادر في ذلك في نص المادة 222 من نفس القانون لنجد أنفسنا أمام حالة قانونية كباقي الحالات لها اثار بعد حصول سبب نشوئها ومنه ما هو معنوي و آخر مادي

فما تنفيذ كل ذلك ؟

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الفصل الثاني : إجراءات الخلع تكييفه وآثاره

المبحث الأول: إجراءات الخلع وتكييفه القانوني

من المتعارف عليه قانونا ان طلاق الخلع هو نوع من أنواع الانحلال الواقعة على رابط الزوجية الصحيح، متعلق بدفع مقابل مالي كشرط لحصول هذا الأخير وفق تدرج في الطلب سماها المشرع الجزائري الإجراءات الواجبة توافرها في تحريك دعوى الخلع لننتقل بعد الجواز وإتمام هذا التدرج الإجرائي إلى نظرة الفقہ والقانوني لتكييف هذا الانحلال وكيف صنفه ؟

المطلب الأول: إجراءات الخلع

إن في هذا الموضوع يعترينا جانبين ، جانب عرض الخصومة كأول مرة لنظر الفقهاء ، وجانب آخر مفاده الطعن في الحكم بعد صدوره وعالجنا ذلك وقعا كما يلي :

الفرع الأول: مرافعة اول درجة

إن إجراءات رفع الدعوة وقبولها من طرف الفقهاء لا يكون إلا إذا استوفقت شروطها الموضوعية والشكلية ، إما الشكلية فتمثلت في عدم قبول الدعوى إلا بتحريكها بعريضة افتتاحية إما كتابية أو شفوية أمام قلم كتاب الضبط – وفيه قول- أما الخلع لا يكون قد أثير قضايا إلا وقت تقديم وإيداع عريضة كحل في الدعوى يتقدم بها المدعى كطرف في الخصومة المتنازع عليها قضاء وذلك باعتبار الأصل العام المادة 12 في قانون الإجراءات

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

المدنية ، أما قسم الأحوال الشخصية للجهة القضائية المختصة إقليميا في ذلك حسب نص نفس القانون

ويجب في عريضة الخلع إن تكون مكتوبة على نسختين يحتوي كل منها البيانات اللازمة والأدلة والوثائق التي تؤكد الطلب

أما الحالة الثانية تكون العريضة مصرح بها مشافهة إما كانت إمام رئيس كتاب الضبط أو احد أعوانه و اعتبارا من ذلك التصريح المدلى به من طرف المدعي تحرر العريضة ويقع عليها ولها نفس وقع العريضة المكتوبة وشكلها المنظم قانونا كالاتي :

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

سعيدة بتاريخ :

القسم القضائي سعيدة

محكمة سعيدة

قسم الأحوال الشخصية

عريضة افتتاح دعوى

تتضمن الطلاق عن طريق الخلع

إلى السيد رئيس المحكمة الفاصلة في

قضايا الأحوال الشخصية

انه في يوم الموافق ل

بناء على طلب السيدة:..... المقيمة في

ومحلها المختار مكتب الأستاذ/..... محامي معتمد ب :

ضد السيد:

الموضوع: فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع طبقا للمادة 54 من قانون

قانون الأسرة الجزائري .

- المحكمة الموقرة-

إن العارضة وعل لسان موكلها الأستاذ:.....

وتبعا للأسباب التالية :

- حيث انه ولاستحالة العيش بين الطرفين .
 - ولخوف الطالبة لان لا تقيم حدود الله وتخشاها فيه.
 - حيث أن الطالبة لصفة الادعاء وطبقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة .
- تطالب من هيئة المحكمة بفك الرابطة الزوجية الصحيحة المؤرخة بتاريخ الانعقاد
- عن طريق الخلع وذلك مقابل تدفعه صاحبة الادعاء للزوج المدعي عليه تحدده المحكمة بالنظر لحالة المدعية التي لا تتقاضى أي راتب.

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

ولهذه الأسباب:

في الشكل: قبول الدعوى شكلا لمطابقتها نصوص المواد 12-13-459 من قانون الإجراءات

المدنية

في الموضوع: الإشهاد على فك الزواج في . / . /

الإشهاد على استحالة العيش مع المدعى عليه

وعليه الحكم: بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بين المدعية.....

والمدعي عليه..... طبقا لنص المادة 54 من القانون السالف الذكر

سعيدة في . / . /

مع ملاحظة: - كتابة المجلس قضاء سعيدة

محكمة سعيدة

قسم الأحوال الشخصية

وذلك في علم العريضة باسم الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

كما يجب أيضا توافر شروط وضوابط موضوعية منها أن يتوفر في صاحب الدعوى

كطرف مؤسس في الدعوى ومدعي المصلحة في مباشرتها أمام القضاء بنص المادة 459

من قانون الإجراءات المدنية وان تكون شرعية وقانونية وان يكون لهذا الحق الحماية

القانونية وقت الخصومة فيه.

ويجب أيضا توافر الصفة والأهلية في نص المادة 459 قانون الإجراءات المدنية والمقصود

بالأهلية ، أهلية مباشرة الإجراءات أمام القضاء وذلك ببلوغه سن 19 سنة حسب نص المادة

40 القانون المدني *1- * إلا انه هناك استثناء من الأصل العام في نص المادة 7 من

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

قانون أسرة جزائري*2*- انه يجوز للزوجة مباشرة الدعاوي القضائية المتعلقة بعقد الزواج

وأثاره دون استثناءها الشرط السالف الذكر بل بحكم القانون القاضي بالترشيد

أما في حالات فقدان أو النقص دون الحالة المستثنات أي النقص المتعلق بالسن ، فيمكن

أن يكون النقص المتعلق بسببه الحجر لسفه وهذا المقصود بنقص الأهلية أما القول بفقدان

الأهلية المقصود منه انعدامها الكلي لسبب الجنون أو دون بلوغ سن التميز قبل 23 سنة فلا

يمكن مباشرتها إلا عن طريق الوكالة-3*-

أما بالنسبة للوكالة في الخلع كأصل عام يصح توكيل كل من جاز له التصرف في

الخلع بنفسه وفيه حديث.

-
- 1/ المادة 40 القانون المدني: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية.... وسن الرشد 19 سنة كاملة
 - 2/ المادة 7 (أمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005) تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات

3/- القانون القضائي الجزائري للغوثي ص 217

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الوكالة القانونية: وهي المقصودة في القانون المدني في نص المادة 571 بنصها: الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الوكيل وباسمه .

وهذا كوصف عام أما الوكالة الخاصة بنوع هذا التصرف القانوني المذكورة في المادة 574 من نفس القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بنصها: لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة -حتى قوله - الصلح والإقرار والتحكيم - وتوجيه اليمين والمرافقة أمام القضاء

وعدم جواز للموكل له جواز حدود الوكالة المذكور في المادة 574 فقرة "3" من نفس القانون المذكور أعلاه ببذله عناية الرجل العادي المادة 576 مع مراعاة أحكام المادة 575 في حالة غلبة ظن في قبول هذا التجاوز والتصرف بالإجازة أو حالة عدم تعذر أخطار الموكل سلفا وهذا وفقا لما جاء في أثار الوكالة 575 فقرة 1 نفس القانون .

أما بالنسبة للإنابة فقد نصت على حيثيات هذه الحالة كل من مواد القانون المدني 73 بنصها : إذا تم العقد بطريقة النيابة كان الشخص النائب لا الشخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا، او في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة ونص المادة 74 قانون مدني إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإنما ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل .

وفحوى كل من المواد 73-74 قانون مدني جاءت واضحة ببعض الشروط والآثار المترتبة عن كل من الإنابة في عقود المعارضة خاصة منها الخلع وتحديد سلطة النائب .

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الوكالة في نظر الشرع

بما أن عقد الخلع المتعلق محله بزوال رابط عقد الزواج وهو عقد بدوره معاوضة تمثل في قيام بعمل الطلاق مقابل بدل يدفعه المتعاقد وفقا لحصول العمل الأول والتعرف المتعلق بهذا الأخير لحصوله كنوع من أنواع الفك الروابط ملكة النكاح وبما انه هناك طرفا عقد فسوف نتعرض لكل واحد منهم على حدة

توكيل الزوج من يخالع عنه : هنا يمكن الحديث كله في ما إذا حدد الموكل لوكيله العوض الذي به يخالع أو أن يتركه بدون تحديد فلا يقيد به بدل معين القدر وهنا تتوافر لنا حالتين

1/- الحالة الأولى: حالة الالتزام بمحدد الموكل فلا خلاف فيه ويقع التصرف صحيحا ويلزم بذلك الخلع المسمى لكن الخلاف مطروح في حالة عدم التحديد وللحنابلة نجد فكرتين

1/- الفكرة الأولى: عدم صحة التصرف في الخلع ببديل اقل قيمة من المعين حصوله كبديل من طرف الموكل

وبه قال الشافعية والحنابلة على لسان ابن حامد

الفكرة الثانية: في حين لم يحدد الموكل لوكيله مقدار البديل وفيه ما إذا وقع الخلع ببديل أكثر من صدق المقدم سلفا من الموكل ففيه صحة وإجازة بوقوع الخبر لأنه معاوضة البيع وكذلك في حالة النقص .

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

دون ذلك بالنظر لصداق المثل ففيه إجازة مع رجوعه على الموكل له بالفارق وأما هنا كنهج ثالث أقر ببطلان التصرف وبالتالي العقد في حالة المخالعة دون العوض واعتبروه لغوا ولم يصح الخلع لأنه شرط من شروط صحته.1-

توكيل الزوجة من يخالع عنها : هنا نفس الحالات الأولى مع مراعاة المركز خلاف كما لبيع ففائدة الزوجة النقصان من البديل الا الزيادة فان وقع بما عين وما دونه صح وان زاد صح ذلك مع الرجوع على الموكل له الخلع بالفارق في الزيادة فلا يتحملها الموكل وإنما الموكل له وهذا الدين { البديل } وليس قبل ذلك بشرط عدم إضافة البديل إلى نفس الموكل له إضافة ملك أو ضمان فقوله : خالعه على المائة علي أني ضامن فقيل مقابله بالقبول الحال في الزمن الموافق لمجلس العقد خالعتها على ذلك.

الوكالة على الزوجين: فقد نظر في ذلك الحنابلة بالجواز اعتبارا إن جوازه في عقد الزواج بشرط تولي الوكالة في كلا طرفي العقد-2-

أما القول للآخر القابل بعدم جواز الوكالة عن طرفي العقد واعتبروه عقد مفاوضة كالبيع منهم الشافعية وحثهم المشابهة ما بين الخلع بجانبه المادي والبيع.-3-

1- أحكام الأحوال الشخصية للملمين ط 2001 ج 2 للدكتور محمد كمال الدين إمام

2- مباحث في قانون أسرة جزائري - الأستاذ عبد الفتاح تقيه ص 213

3- مباحث في قانون أسرة جزائري - الأستاذ عبد الفتاح تقيه ص 214

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

كما يجب أيضا من الشروط الشكلية أن ترفع الدعوة بنسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية 1- لأن حجة الورقة الرسمية تقتصر على ما ورد فيها من بيانات قام بها الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في حدود مهنته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره إذا ما تلقاه عنهم في حدود سلطته واختصاصه.

أما الجانب الموضوعي : فيما يتعلق في الجانب الموضوعي المشروط في رفع الدعوى المتعلقة للخلع فقد نصت عليه المادة 54 من القانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 والمقصود منه محل الدعوى وهو الحالة أو الشيء المطالب به في شكل هذه الخصومة القضائية وهو موضوع الخلع كمحل دعوى.

- وهذا بالنسبة لإجراءات تسجيل الدعوى لمباشرتها أمام الجهة المختصة كمحل نزاع قائم في خصومة قضائية .

إذن وبصفة خاصة أن الدعوى القضائية تعتبر مرفوعة وقائمة وترتب بمجرد إيداع صحتها قلم كتاب الضبط من قبل الزوجة بطلب التطلق بالخلع وهل يعتد بها بالإجراء ومدى حجته وسبيل إثباته.

1 -/ فما تعلق بإيداع العريضة قلم كتاب الضبط للمحكمة المختصة فإنه لما كان من المقرر أن الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية خضوعها لقانون المرافعات وقد قضي أيضا بنفس نصوص المادة المذكور أعلاه انه : عريضة محل الدعوى الافتتاحية تعتبر ورقة عرفية لا يلزم القانون أمام الموظف.

1/ المادة 4 قانون رقم 224 / 63 الصادر في 29 جوان 1963.

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

للعريضة أمام الموظف المختص قانونا - دون التعرض للعريضة الشفهية أمام رئيس قلم كتاب الضبط أو احد نائبيه وبالتالي يمكن الطعن فيما ورد فيها من بيانات ولا تدخل العريضة في صفتها الرسمية في الإثبات إلا بتدخل الموظف المختص قانونا وفي حدود البيانات التي قام بها أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرف المقررة قانونا في طرق الإثبات .

وإذا كخلاصة عامة إن الدعوى المتعلقة بالتطليق للخلع تعتبر نافذة الخصومة وقائمة منذ تاريخ إيداع العريضة قلم الكتاب.

إجراءات الصلح: من الإجراءات الجوهرية التي يتسم بها عامة الفرقة بطلاق سواء كانت تلك الفرقة العادية والأصلية الحاصلة من إرادة الزوج المنفردة أو بإرادة ثنائية تراضيا أو بإرادة القاضي وذلك في دعوى التطليق بعد تحريكها وفق شروط ومحل مسبب وفقا لما جاء في قانون الأسرة المادة 49 بنصها لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي.

وهو نفسه ما أقرته المادة 49 المعدلة بنصها: لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن يتجاوز 3 أشهر.

وهذا أيضا ما أشار إليه النص القانوني المادة 17 قانون إجراءات مدنية كأصل عام في فحوى مادة الصلح .

وهذا أيضا ما أكده قرار رقم 75141 بتاريخ 18/06/1991 *-1* -.

من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خطأ في تطبيق القانون

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاء الموضوع الذي قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد اخطأوا في تطبيق القانون- ومت كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

-والصلح يسري بالشكل المقرر قانونا بعد الاستدعاء كلا من الطرفين من قبل رئيس كتاب الضبط المتضمن تحديد تاريخ الدعوى الخاصة بالصلح ومنها بعد حصولها يحضر محضر من طرف المعنيين بالسماع ويودع مع ملف الدعوى للنطق بالحكم فيه .

الذي يكون ابتدائيا نهائيا بقوة القانون غير قابل للاستئناف حسب نص المادة 57 من القانون الأسرة المعدل والمتمم بالامر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005: تكون الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق والتطليق والخلع الغير قابلة للاستئناف في ما عدا جوانبها المادية .

وكذلك نصت عليه المادة السابقة المعدلة بنصها – الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف « هذا كأصل عام ولكن هناك اتجاه يقضي بقبول الاستئناف في حالة ماذا خالفت المحكمة الفاصلة في موضوع الدعوى المادة 49 قانون أسرة المتعلقة بإجراء الصلح فيمكن بالطعن في الحكم ذاته الطعن بالنقض لخطأ في تطبيق القانون .

أما بالنسبة للطعن في جوانبه المادية فهو جائز ومقرر قانونا حسب الفقرة "2" بنص المادة 57. حتى ولم تم القضاء فيها على وجه الاستعجال بنص المادة 57 مكرر من نفس الأمر بنصها: يجوز للقاضي الفصل علو وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن.

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

المطلب الثاني: التكيف القانوني للخلع

المقصود بهذا التكيف هو أساس الذي يوصف به هذا الأول باعتبار أن الزوال ذو جانبين , الجانب الأول معناه **الطلاق** وآخر أصله **الفسخ** وهذا التكليف ليس عبثا بل له معاني بعدية تقع خاصة على أثاره بصفة خاصة كالعدة وبعض الجوانب الأخرى

- إذا كما أشرنا أن الفكرة التكييفية تحمل في طياتها معلمين فالى أي حد صنفه القانون

الجزائري وفي أي المعلمين وضعه ؟

وهل هو نفسه مطبق عليه نص المادة 222 قانون أسرة والى أي حد مال هو وفق

الاختلافات الشرعية ؟

الفرع الأول: تكيف قانون الأسرة الجزائري:

إن المتصفح للمنظومة القانونية في الجزائر خاصة منها المنظمة لشؤون الأسرة وجد أن

هناك نص قديم تعلق بالخلع ونظم هذه الحالة ألا وهو نص المادة 54 قانون أسرة جزائري

القانون رقم 11/84 والملاحظ فيه أنه جاء منهم وغير واضح بما تعلق بإرادة الزوج

وموافقته في ظل ذلك التخاصم وذلك بالمعنى الصريح للإقرار غير أننا بالنظر القوانين

المتوفرة في نحو المادة نجد أنه هناك بعض منها دل ولو يلفظ مكنى المعنى وهو الهاء

المتصلة.

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

بلفظة نفسها والذال علي ضمير مستتر مقصده متوجه إلي القول بإرادة الزوجة المنفردة في نوع وتحريك هذا الأخير دون موافقته من ظرف العقد الآخر رغم أن البعض لم يوافق علي هذا المغزى وبالتالي تضاربت الأحكام الصادرة في هذا الأخير .

فجاء المشرع الجزائري ليدفع الخلاف بنص جديد المادة 84 من نص القانون المعدل والمتهم ليرمز لنا وبلفظ صريح علي عدم اشتراط موافقة الزوج في قوله : "دون موافقة زوجها" *1*- -- ولا إذنه في المباشرة الخصومة -ليتبين لنا ذلك وبخلاصة القول أن النص الجديد جاء مفسرا لإبهام وإشكال في نص معدل.

هذا كتمهيد والذي يهمننا هنا نظرة المشرع الجزائري في تكيف هذا النوع من الزوال هل اعتبره طلاقا أم فسخ؟

بالنظر لبعض المادة عن قانون الأسرة الجزائرية المعدل والمتمم 02/05 نجد أنه أدرج كسبيل من سبل فك الرابطة الزوجية تحت عنوان **الطلاق** إذا هو بنظرة طلاقا لا فسحا حسب نص المادة 48 قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05/المؤرخ في 27 فبراير 2005 بنصها : يحل الرابطة الزوجية الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوج في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون ودل علي أن المشرع عده الطلاق لا فسخ يلفظه بكلمة يحل عقد الزواج بالطلاق

1/ - نص المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالامر02/05

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

وبالتالي الانحلال العقدي عن طريق الطلاق ليس هو نفسه الفسخ وبما أنه ذكر المادة 54 التي تنص علي المخالعة ضمن هذا الانحلال فهي كما ذكر سابقا هذا بالنسبة للنص الجديد وهو نفسه أيضا ما سار عليه النص المعدل في نفس المادة 48 الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلبي من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53،54 من هذا القانون والتي تنطبق علي حالة الانحلال عن طريق طلاق الخلع باعتباره كما أورد المشرع انحلال بإرادة الزوجة وبطلبها وبذلها البديل .

الفرع الثاني : تكيف الفقہ للخلع .

لقد أقر الفقہ وبشكل عام واستقر كله علي مفهوم مفاده أن الفرقة نوعان ، فرقة بنوع الطلاق وأخري بنوع الفسخ ولهم في ذلك تنفيذ : فالطريق الذي قضى واعتبرها من فضيلة الطلاق هم المالكية والشافعية و الأحناف وذلك باعتبار الجيل الحديث ، اذ يرون أن الخلع طلاق حيث نجد ذلك تبيانهم لأنواع الطلاق بقولهم :

يكون وقع الطلاق واقعا في أربع حالات *1- :-:

● الحالة الأولى : ما يقع بلفظ الطلاق صريحا أو مكنى.

● الحالة الثانية : بالخلع وهو المقصود منا .

الحالة الثالثة : بالايلاء وهو أن يحلف الزوج أن لا يطاء زوجته أربعة أشهر

فصاعدا ولا يعد عندهم الحلف علي أقل من أربعة أشهر ايلاء

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

وإذا علق الزوج الدخول بالزوجة علي أمر فيه مشقة عليه فهو ايلاء فلو قال الله علي نذر صوم ثلاثة أشهر إن قاربت زوجتي كان ذلك ايلاء والحكمة في التفريق بين الزوجين لمنع ظلم المرأة .

ولقد اختلف الفقہ في وصفه فقال الإمام مالك و الشافعي وأحمد: لا يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة وهي أربعة أشهر بل يتوقف ، فإما أن يطلق أو ترفع الزوجة أمرها الي القضاء فيحكم بالطلاق لها ، والطلاق فيه رجعي وهذا لأصله في ذلك ،أمر الإمام مالك فيقيد الرجعة بالدخول فلا يعتبر الرجعة تامة إلا إذا حصل دخول فعلا ، أما أبو حنيفة و أصحابه ففرقوا ، أن التفريق يتم بمجرد مضي أربعة أشهر من غير أن يقربها لان الآية الكريمة تدعوا الي الفء في المدة والطلاق عندهم بالايلاء يعد باننا بالطلاق في الخلع (1)

الحالة الرابعة: فرقة الوكالة بالتطبيق (فرقة الحكمين)

-أما الفرقة التي أعطوها اعتبار الفسخ فهي:

- فرقة اللعان.
- فرقة العيب.
- فرقة الردة.
- فرقة الرضاع (2).

1/ تعريف كمال الدين بن الهمام – كتاب فتح القدير

2/ د- مصطفى السباعي – نفس المرجع السابق

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

وحجتهم في ذلك ما جاء في حديث حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شمس

في قول خذ منها ومعني الأخذ هنا مقابل الخلع⁽¹⁾.

ومعني كل ذلك أن الخلع حالة موفرة لمعني البيونة إذ يقع الطلاق فيه بائنا⁽²⁾.

-أما الذين أعطوا وصف الفسخ فهم الشافعية والحنابلة المذهب القديم والأصل المدلل به حديثهم المنظور في قوله تعالى : الطلاق مرتان حتى قوله تعالى : "فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره"⁽³⁾

وبالنظر لقوله تعالى عز وجل أنه تقع البيونة بطلاق موقع بثلاث طلاقات والقرآن ذكر الطلاق مرتان فان تمت الثالثة بانت حتى تنكح زوجا غيره ومن اعتبر الخلع فسخ نظرا علي أن اعتبار الخلع طلاقا اعتداء علي ذكر الإله باعتبار الخلع طلاقا رابعا ولقد قال في ذلك الأمام الشافعي في كتابه " الأم " أن المطلقة اثنتين و المختلفة من زوجها يجوز ردها دون ان تنكح غيره مادام أن الخلع موصوفا بالفسخ لا الطلاق بنظر المخالفين لهم وفي ذلك قول لأبن القيم الجوزية واعتبر عدة المطلقة ثلاثا وعدة المختلفة واحدة إن كانت دخل بها وان لم يدخل بها فلا عدة لها وهذا اعتبار نفسه يطلق علي من لا

فيها (اليانس منه)⁽⁴⁾ . .

1/ الموطأ للأمام مالك رواية يحي بن يحي الليثي-دار النفاس ص-284 -

2/ المستشار أحمد نصر الجندي (الطلاق والتكليف وأثارهما)

3/ سورة البقرة

4/ الأمام أبو زهرة (المربع السابق) ص 230

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

المبحث الثاني : آثار الخلع

إن المشرع لما أعطى للخلع تكييف الطلاق وادخله في رحابه كما اشرنا سابقا في تكييف القانون لطبيعة فرقة الخلع في قانون الأسرة الجزائري واعتبره بذلك شكلا من أشكال الفرقة في الزواج الواقعة بإرادة منفردة الوقوع فيها بحكم القانون وهذا هو منظور الفسخ. ولعدم التكرير واجتنابه قضى المشرع الجزائري بالنظر لنص المادة 222 في الغائب من الأحكام والآثار إلى شريعة الإسلام كمصدر ثاني من مصادر الفصل في قضايا الأحوال الشخصية – بنصها : كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومنه :

نجد ان هناك نوعان من الآثار الأولى معنوية والأخرى مادية :

المطلب الأول: الآثار المادية:

باعتبار الخلع عقد معاوضة يلتزم فيه الجانبين بالوفاء بالالتزامات مهما كان محلها لا أن يكون غير مشروع ومنه البديل كبعض الالتزامات المادية :

الفرع الأول : استحقاق الزوج البديل :

بمجرد حصول الالتزام الذي كان مطالبا به الزوج وهو التطبيق بالخلع للزوجة يصير من حقه مقدار العوض والذي هو الالتزام الذي لحق الزوجة بمجرد العقد المتعلق بالخلع. فهي اذا ملزمة بالأداء والذي يعتبر من جانبها معاوضة.

ويشترط ان يكون في هذا البديل القوامه بمعنى ان يكون مقوما بمال او ما يمكن تقويمه وفقا لذلك وذلك لا يكون صحيحا الا اذا توفرت الشروط المذكورة قبلا في ذلك الجانب من التصرف مثل عدم الحجر عليها اسفه او كانت مكرهه على المخالعة فلا يلزمها مقابل ذلك مع مراعاة أحكام المادة 185 قانون أسرة (1) المتعلقة بالتصرف في ذلك في حالة مرض الموت . فهو يأخذ احد الفروض التالية:

1/ المادة 185 قانون أسرة جزائري : تكون الوصية في حدود التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

1/- ان تموت بعد نهاية العدة فهنا لا توارث بينهما بحكم الانتهاء في الرابطة الزوجية ويستحق مبلغ الخلع فقط.

2/- ان تموت قبل نهاية العدة فيأخذ ربع التركة أو نصفها بحسب الأحوال وبذلك يتحقق له سهمان سهم الإرث وسهم الخلع .

اما في جانب آخر وهو حالة عدم الاتفاق على مبلغ أو مقدار الخلع هنا تدخل سلطة القاضي في تحديد قيمة هذه الأخير حسب ما هو محدد قانونا بعدم تجاوز قيمة الصداق وقت الحكم المادة 54 قفرة 2 كمن القانون 02/05 قانون الأسرة الجزائري .

- اما في حالة استحقاق الزوج البديل في حين إنكار الزوجة وقوع الخلع باننت هي بإقرار الزوج ولم يستحق منها عوضا وهذا بانعدام البينة فيه أما في الحالة المقابلة إنكار الزوج وقوع الخلع فالقول قوله ويسقط البديل كحق في حالة عدم الإثبات بالبينة من طرف الزوجة حيث جاء في مذهب الإمام الشافعي إلا أن يعود و يعترف بالخلع فيستحق بدل الخلع كعوض يستحقه.

- وهو الثابت لدينا عند جمهور العلماء

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الفرع الثاني: يسقط الخلع كل حق مالي ثابت:

إذا وقعت الفرقة بطلان الخلع سقط كل حق مالي ثابت لزوجين جراء العقد الصحيح المبرم والخلع منه، ولقد تعرض الحنفية في مذهبهم لهذا الجانب واعتبروا من خلال ذلك سقوط الحقوق المالية التي كان سببها عقد الزواج الواقع عليه الفرقة البائنة مثل الصداق المؤجل و النفقة الواجبة بما فيها المعجلة المقدمة لها ولم تمضي مدتها و الأصل في ذلك لأن لفظة الخلع دالة علي الانفصال التام والانحلال من كل الحقوق المالية. هذا من جانب ومن آخر اعتبر أن الخلع لا يسقط مباشرة وبصيغة تلقائية كل الحقوق المالية وإنما يسقط بدوره ما اتفق عليه ودل على الإسقاط قطعاً ولا يصح بذلك إكراه عاقدا ما لا يريده إرادياً (1) .

وبذلك قال المالكية أنه لا يقع إسقاط إلا بالاتفاق وعدم جوازه من غير ذلك

- أما موقف القانون الجزائري من ذلك هو نفسه موقف الشرع يحكم نص

المادة 222 قانون الأسرة الجزائري وذلك باعتبار أن هذا الجانب من فكرة

غير متوافر في نصوص مواده مما كان من اللازم الأخذ بقول الشرعة و

الجزم علي سقوط كل الحقوق المالية الناشئة قبل وقوع الفرقة بالخلع من عقد

الزواج صحيح مثل الصداق المؤجل وغيره كالنفقة المجمدة (2)

أما الحقوق المالية الأخرى الواقعة خارج نطاق عقد الزواج كالرهون والودائع و نفقة العدة

إلا بنص اتفاقي

1/ الوسيط في شرح الأحوال الشخصية (د/ إبراهيم بعد الرحمان إبراهيم)

2/ بلحاج العربي - المرجع السابق

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

كما لو اتفق الزوجان علي سقوط النفقة المتعلقة بالأولاد مقابل بدل الخلع اللازم علي الزوجة مدة معينة ومنه يكون من الإلزامي التعامل مع هذه الحالة كما نص عليها العقد ولما كان من الواقع الحال وقوع الزوجة في اعسار وعدم التزام بالنص الاتفاقي يقوم الزوج بالنفقة علي أولاده مع الرجوع عليها بدين مستحق وقت اليسر مع مراعاة وحساب الباقي من التزام أما في حالة موتها يرجع بدين علي تركتها .

المطلب الثاني : الآثار المعنوية :

إن الميزة في هذه الآثار طبيعتها المعنوية الخارجة عن دائرة التعامل بل هي أحكام عامة توجد بمجرد وجود الشيء المترتب عليه ذلك ومنه :

1- الفرع الأول : وقوع البينونة

من المتفق عليه لدى جمهور العلماء أنه تقع في طلاق الخلع البينونة بعد زوال العدة لأن المقصود من افتداء الزوجة نفسها بمقابل إنما وقع لإزالة الضرر وليس من المعقول المراجعة فيه لتفادي نفس الإشكال وبه قال المالكية والشافعية و الحنفية وحثهم في ذلك لقوله تعالى : "فان خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " 1 وبذلك قال القانون الجزائري لأن لم يوجد نص صريح في ذلك وبتالي من الواجب في الأحكام والعمل بها

الأخذ بنص الشرع بحكم نص المادة 222 قانون أسرة جزائري- 2-

1- سورة البقرة الاية 229

2- المادة 222 قانون اسرة جزائري : كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الفرع الثاني : لا رجعة في العدة

إذا كان الزوج يملك حق مراجعة زوجته في أثناء العدة باعتبارها مازالت في حكمه فإن في هذه الحالة لا يجوز له مراجعتها على قول جمهور العلماء لأنه لو جاز له مراجعتها وقع نفس الضرر.

إلا أن بعض الفقہ أجاز له مراجعتها برضاها في عدتها وبه قال سعد بن اليسر والزهرري.

الفرع الثالث : لا يتوقف على حكم القاضي

والمقصود منا فقها لا قانونا في ان في الفقہ يقع الطلاق من يوم لفظه كما الخلع يقع من يوم الاتفاق عليه وحصول الالتزامات فيه ولا يتوقف فيه على قضاء القاضي على عكس القانون لا يقع حكم الطلاق بالخلع الا أمام القاضي أي بجكم ونقصد من يوم نطق الحكم لا من يوم طلاقها بالخلع اتفاقا

الفرع الرابع : عدم بطلانه بشرط فاسد

إذا كانت المخالعة بشرط من الشروط الفاسدة فلا يعتد بها في بطلان الطلاق بالخلع كأن تخالع الزوجة زوجها على شرط ان تكون لها حضانة الطفل ولو تزوجت بغير قريب محرم إذا فالشرط باطل لمخالفته نص المادة 66 قانون أسرة جزائري *1*- إذا فالشرط باطل ويقع الخلع صحيحا.

1/ المادة 66 قانون أسرة جزائري يسقط حق الحضنة بالتزوج بغير قريب محرم .

أحكام الخلع في القانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

الختامة

صحيح أن المشرع الجزائري نص على الخلع في مادته 54 من قانون الأسرة المعدل بقانون رقم 09/05 المؤرخ في 9 يونيو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 – إلا انه يعيب عليه انه شرع بنقصان في حين كان من الواجب عليه أن يشرع ويحيط بهذا التشريع بما يناسبه من إجراءات وتحديد طبيعة وغير ذلك من الأساسيات في هذه الحالة.

ولا يكفي في حين عجزه التوجه لنص المادة 222 من نفس القانون المذكور أعلاه لمعالجة القصور ، لأنه حتى في نص المادة قد أجمل ولم يفصل أي المذاهب تطبق في الدعاوي وإصدار أحكامها على أي أساس مما جعل أطراف الخصومة سواء كان مدعيا أو مدعيا عليه تحت رحمة القاضي – بتحفظ-

هل يحكم بالمذهب المالكي أو الحنفي أو الشافعي.....الخ في الفصل في الدعوى المتخاصم عليها

بل يقضي فيها بهواه ويبقى الإشكال مطروح إلى أن :

يأتي من يحمل مشروعية الإصلاح ويعتبرها تكليفا لا تشريفا وبه يترك العمل بجهله وهواه

ولا يكون كصاحب الجنة حينما قال في سورة الكهف { هذا لي وما أظن الساعة قائمة }