الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور الطاهر مولاي-سعيدة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الخلع

مذكرة التخرج لنيل شهادة ليسانس في الحقوق

إعداد الطالب:

- معمري مجدوب

تحت إشراف :

- د. منادي مليكة

السنة الجامعية: 2008-2009

مقدمـــــة:

الأصل في العلاقة الزوجية أن تكون مبنية على المحبة و الألفة و المودة و السكن النفسي كما قال تبارك و تعالى ممتنا علينا " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"[1] فلا بد من وجود رابطة شرعية تجمع بين الرجل والمرأة ألا و هي عقد النكاح الذي يعد سبيل الدوام و البقاء فيعلم كل طرف ما عليه من واجبات فيؤديها للطرف الآخر فتمضي الحياة الزوجية سعيدة هانئة،إلا أنه قد يحدث ما يزيل هذه المودة كأن تكره الزوجة زوجها أو يكره الزوج زوجته فتصبح الحياة الزوجية مصدرا للشقاء والخصام المستمر بين الزوجين تصبح الحياة الزوجية جحيما بعدما كانت نعيما فيعد الطلاق سببا في إفقاد التوازن للخلية الأسرية ويجعل من الأطفال ضحايا فهو قد يكون علاجا لحالة مزرية للزوجين بحيث يبقى الحل الوحيد لهما من أن يبقيا ، في حالة جهنمية وهما يعيشان معا ، و لتفادي الضرر أقرت الشريعة الإسلامية مبادئ كان لها الفضل في فتح مجال واسع في فك الرابطة الزوجية بمختلف الطرق المتعارف عليها و كان من رحمة الله عز و جل أن جعل شريعة العلاج للحالة التي تسوء بين الزوجين و تصبح العشرة بينهما متعذرة أولا يعطي أحدهما حق الآخر عليه، لكن يحدث في بعض الأحيان أن تكون الزوجة هي الراغبة في إنهاء الحالة الزوجية لا لإضرار الزوج بها من ضرب أو سوء معاملة وإنما لمجرد أنها لا تشعر نحوه بعاطفة الميل القلبي فتكون كارهة للحياة معه لشخصه أو لأخلاقه أو لكبر سنه أو لضعفه أو نحو ذلك و تخشى أن لا تؤدي حق الله في طاعته فقد خولها الشرع إمكانية الخلع ومقتضاها أن تفتدي نفسها وخلاصها بأن تؤدي للزوج ما دفعه.

غير أن هذه الرغبة من الزوجة تصطدم في كثير من الأحوال بما يراه زوجها من كونه غير راغب في مفارقتها لمحبته إياها أو لمراعاته ظروف الأسرة من أولاد بينهما أو لغير ذلك من الأمور التي يراها لا تشجعه على الاستجابة لرغبة زوجته في إنهاء الرابطة الزوجية حتى إذا ما أصرت الزوجة على المفارقة، و لم يجد الزوج حلا لهذا الانفصال، فإنه قد يفكر في أنه مادامت الزوجة مصرة على المفارقة فإن عليها أن ترد إليه ما أعطاه لها، و يطلب منها ذلك و يتفق على عوض مالي سواء أكان المهر أم غيره و سواء كان نقودا أو غير ذلك،فإذا ما تم ذلك فإن هذه الفرقة بين الزوجين لا يسميها العلماء باسم الطلاق العادي الذي يحدث دون عوض مالي و إنما يطلقون على هذه الفرقة اسم "الخلع" تميزا له باسم خاص عن الطلاق العادي الخالي من العوض المالي.

فالخلع أسلوب تستعمله المرأة على وجه الخصوص كطريق أسهل للتخلص من العلاقة الزوجية ووضع حد للارتباط مع الزوج لسبب أو لآخر خاصة إذا شعرت باستحالة مواصلة الحياة الزوجية وتوترت علاقتها بالطرف الآخر.

لذا تم اختياري لهذا الموضوع لما له من أهمية بالغة في المجتمع ، رغم بعض الصعوبات التي اعترضتني منها ضيق الوقت باعتبار أن الموضوع ذو أهمية، ويحتاج لمعلومات، حيث أصبح المجتمع

---

[1] - سورة الروم ، الآية 21 .

يعاني من ضغوط اجتماعية ومشاكل اقتصادية انعكست سلبا على التماسك الأسري والعزوف عن الزواج، حيث أصبح الخلع وبشهادة أهل الاختصاص من محامين يعرف مِؤخرا ارتفاعا ملحوظا بعدما توسعت مظاهر تطبيقات تعديلات قانون الأسرة الأخيرة التي جاءت لترفع عن الزوجة بعض القيود، مقابل تحملها لمسؤولياتها المدنية والاجتماعية كطرف ناضج، حيث أضحى الحل الوحيد والسهل الذي تلجأ إليه المرأة في حال فشل مطالبتها في التطليق أو حتى لتهديد الزوج والانتقام منه.

والتساؤل المطروح : هل الخلع رخصة للزوجة تستلزم قبولها من الزوج أم هو حق يمكنها المطالبة به أمام القضاء، حتى ولو بدون موافقة الزوج؟

وما موقف التشريع من ذلك ؟

للإجابة عن هذا التساؤل ارتأيت أن أقدم هذا البحث معتمدا في معالمه على خطة ومحاولا من خلالها لم شمل ثنايا هذا الموضوع، باعتباره ظاهرة اجتماعية ، وسوف أستعرض بعض النقاط الجوهرية من خلال الخطة التي تضمنت فصلين: أولهما ماهية الخلع، تندرج تحت مبحثين: المبحث الأول: مفهوم الخلع، يحتوي على مطلبين المطلب الأول: دليل مشروعيته و المطلب الثاني: شروطه أما المبحث الثاني: أنواع الخلع وتمييزه عن التطليق يحتوي على مطلبين، المطلب الأول: أنواع الخلع والمطلب الثاني : الفرق بين الخلع و التطليق ، أما الفصل الثاني: فخصصته للطبيعة القانونية للخلع وآثاره يتضمن مبحثين، المبحث الأول: الطبيعة القانونية للخلع يندرج تحت مطلبين المطلب الأول: النظام القانوني للخلع والمطلب الثاني: إجراءات الخلع ، أما المبحث الثاني، آثار الخلع يتضمن مطلبين: المطلب الأول: الآثار المادية و المطلب الثاني: الآثار المعنوية

وسوف أتعرض لجميع النقاط بصورة موجزة ومفصلة محاولا في ذلك الإلمام بالموضوع .

الفصل الأول : ماهية الخلع.

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فكما للرجل الحق في فك رباط الزوجية بإرادته المنفردة باعتبار أن العصمة بيده فإن الشريعة الإسلامية أجازت للمرأة بل وأعطتها حق في فك رباط الزوجية إذا كانت في دوام هذه الرابطة مضرة لها وإن الحياة أصبحت لا تطاق مع هذا الزوج ، فحل الرابطة يكون بإرادتها مما يصطلح عليه فقها بـ (الخلع) .خاصة في الحالات التي تتضرر فيها المرأة ضررا لا يمكن إثباته القضاء لخفائه أو لخصوصيته[2] و فيما يلي أتناول ماهية الخلع من خلال المباحث التالية.

[2] - محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2004 دار هومة، الجزائر ، ص 93 .

المبحث الأول: مفهوم الخلع:

إن التعريف اللغوي للخلع بفتح الخاء يدل على معنى النزع والإزالة فيقال خلع الرجل الثوب إذا أزاله على بدنه. لأن المرأة لباس للزوج والزوج لباس لها لقوله سبحانه وتعالى **" أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ "**

ويسمى الفداء لأن المرأة تفتدي نفسها بما تبذله لزوجها[3].

فقد استقر الفقهاء على أن العرف خص استعمال الخلع بفتح الخاء في إزالة غير الزوجية، أما الخلع بضم الخاء هو طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به المرأة وكذلك هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي مع الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهرا.

ويقال كذلك خلع الرجل زوجته خلعا بضم الخاء أي أزال عصمتها أو هو إنهاء عقد الزواج على بدل تدفعه الزوجة لزوجها.[4]

أما من الناحية الاصطلاحية فإذا بحثنا وتصفحنا في مختلف المذاهب الفقهية نجد أن كل منها جعل للخلع تعريفا لكنها تصب في مفهوم واحد ووحيد.

فالمذهب الحنفي: عرفه فقهاءه بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه.[5]

والمذهب المالكي: عرفه فقهاءه بأنه إما طلاق بعوض سواء أكان من الزوجة أو من غيرها أو هو بلفظ الخلع وهو يدل على أن الخلع نوعان:

الأول: وهو الغالب ما كان في نظير عوض.

الثاني: ما وقع بلفظ ولو لم يكن نظير شيء كأن يقول لها خالعتك أو أنت مخالعة أو بعبارة أخرى أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها عليه فتقع به طلقة بائنة.[6]

أما الحنابلة: فقالوا الخلع هو فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه الزوج من زوجته أو غيرها بألفاظ مخصوصة أما الصريحة فهي خلعت وفسخت وفاديت أما الكناية فهي ألفاظ مثل باريتك أو أبرأتك فهذه الألفاظ يصح بها الخلع.

وعرفه الشافعية بأنه هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض متوفرة فيه شروط العوض، فكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن.[7]

ومن التعاريف السابقة التي اختلفت في بعض الجزيئات لكنها اتفقت في المعنى العام وهو حصول الفرقة بين الزوجين وبرضاهما بعوض تدفعه الزوجة لزوجها وهو بذلك يختلف عن الطلاق الذي هو بيد الزوج

---

[3] - السيد : سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة 2005 دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة ص 300.

[4] - عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية دار الفكر ص 493.

[5] - أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع الإبلاء الظاهر اللغات)، الطبعة سنة 2005 دار الكتب القانونية، مصر، ص 09-10.

[6] - د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتهن الجزء السابع، (الأحوال الشخصية) الطبعة الأولى سنة 1984 دار الفكر، دمشق، ص481.

[7] - د. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى سنة 2001 دار ابن حزمن لبنان، ص 1026.

وتنحل به الرابطة الزوجية بدون عوض وما يجدر الإشارة إليه هنا إلى أن المالكية في نظرتهم للخلع أوضحوا بأن الخلع قد يتم بعوض وهو الغالب وقد يتم بدون عوض لكن شرط أن يتم بألفاظ الخلع وبذلك خالف المالكية المذاهب الأخرى في أن الخلع دائما بعوض وقالوا لا بأس بالخلع بدون عوض إذا تم بالألفاظ التي تدل عليه.

واستنباطا يمكن تعريف الخلع من خلال التعاريف الفقهية ونص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري " **يجوز للزوجة دون موافقة الزوج لم يتفق الزوجان على مقابل مالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق مثل وقت صدور الحكم**"، هذا الأخير الذي لا يضع تعريفا محددا للخلع وترك ذلك الأمر للفقه بأنه عقد معارضة بين الزوجين شرع لمصلحة الزوجة لغرض إنهاء الحياة الزوجية المستعصية مقابل عوض أو مبلغ من المال تقدمه لزوجها وفي حالة النزاع حول هذا المقابل يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداقه لمثل وقت صدور الحكم[8].

ويكون ذلك أي الحكم بالخلع بموجب حكم قضائي بناء على طلب من الزوجة ودون اشتراط موافقة الزوج وفقا للتعديل الأخير لقانون الأسرة.

المطلب الأول: دليل مشروعية الخلع.

الخلع جائز لا بأس به عند غالبية الفقهاء وذلك لحاجة الزوجة التي يشق ء
الزوجية إلى طريق للخلاص منها ويستمد مشروعيته من القرآن الكريم والسنة النبوية من خلال الأحاديث التي وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم ومن ما أجمع عليه الفقهاء المسلمين وحدت جل التشريعات في الدول الإسلامية بالشريعة الإسلامية التي أجازت للزوجة التي تبغض زوجها وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته اللجوء إلى التطليق عن طريق الخلع كمخرج للخلاص من الحياة الزوجية.

والحكمة من مشروعيته هو التوخي من تعدي حدود الله التي حدها للزوجة من حسن معاشرة.

والمشرع الجزائري بموجب القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة شرع الخلع وأكد على قانونيته مثبتا ما سبق من أحكام قضائية حكمت بالخلع، جاء في نص المادة 54 منه وفي المادة 48 من نفس القانون عرف الطلاق على أنه حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج وبتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون ويتضح أن المشرع الجزائري قصد بالخلع حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل ما تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها.

الفرع الأول : الكتاب

لقد ورد في كتاب الله آيات كثيرة نصت على أحكام الخلع أخذ بها الفقهاء في وضح أحكامهم وتنظيمهم للخلع ومن ذلك قوله تعالى "الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ "[9].

---

[8] - قانون الأسرة الجزائري رقم 02/05 المؤرخ في 4 مايو 2005.

[9] - سورة البقرة الآية 229.

فالخطاب موجه لأزواج ووجه الدلالة من الآية نجد أنها منعت أن يأخذ الزوج شيئا منها أعطاه للزوجة نظير طلاقها إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود الله حيث رفع الجناح عنهما فيما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها فلا إثم عليها فيما أعطت ولا إثم عليه فيما أخذ.[10]

فإن تر الإصلاح والتوفيق أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها[11].

بينت هذه آية الكريمة أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه فخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته ومعاشرته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به منه فقد فسر أهل العلم ترك إقامة حدود الله باستخفاف المرأة بحق زوجها[12].

فالأصل كان ألا يجوز للزوج أن يأخذ من صداق الزوجة أي شيء وإذا أخذه بدون مبرر شرعي يكون قد فعل شيء حراما، ولكن استثناء من هذا المبدأ قرر الشارع جواز أخذ مال الزوجة منها أتاها إياها الزوج في حالة افتدائها لنفسها مقابل طلاقها عندما يحصل تنافر بين الزوجين[13] .

إضافة إلى ذلك هناك آيات أخرى جاءت بأحكام الخلع منها قوله تعالى " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُبِيناً "[14].

فالآية تمنع الزوج من أن يأخذ مالا من زوجته ليطلقها وإن كان النشوز من جانبه بدليل قوله تعالى "وإن أردتم....." فالخطاب موجه هنا للزوج ومفاده أنه إذا رغب الزوج أن يستبدل زوجته أو أن يتزوج زوجة أخرى فلا يظلم زوجته الأولى حتى تفتدي نفسها فيطلقها.

وقال بعض الفقهاء (بكر بن عبد الله المزيني) بعدم جواز الخلع بالكتاب والسنة واستدل على ذلك بأن الخلع الوارد في كتاب الله تعالى في قوله تعالى "فلا جناح عليهما فيما افتدت به منسوخ" بقوله تعالى " **وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً**....." فقد نسخت هذه الآية حكم الخلع الوارد في الآية السابقة فدل هذا على أن الخلع كان جائزا ثم نسخ وبقي على نسخه فيكون بذلك غير جائز[15].

ورد على هذا النسخ عادة لا يكون إلا حين وجود تعارض بين حكمين أو [illegible].

ففي هذه الآية أباح الله للزوج أن يأخذ من مال زوجته إذا خشي عدم إقامة حدود الله كأن تكون الزوجة كارهة له وفي الآية الثانية أنه إذا أراد الزوج أن يستبدل زوجته فالسبب هنا من الزوج ولهذا قال بعض الفقهاء لا يجوز للزوج إذا كانت الإساءة منه أن يأخذ عوضا على طلاقه وقال الجمهور يكره في الحال.[16]

---

[10] - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية سنة 1977 - دار النهضة العربية، بيروت ص 530.

[11] - عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم ص 55.

[12] - د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، الأحوال الشخصية ص 482.

[13] - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، الطبعة الثالثة 1996دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر.

[14] - سورة النساء الآية 20.

[15] - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة سنة 2003 - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ص 34.

[16] - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق ص 499-500.

فالله أباح الخلع في حال بعض الزوجة ونفورها وخطره في حال نفور الزوج فهذا إذن آيتين لحكمين وحالتين مختلفتين فلا نسخ فيها.

الفرع الثاني: السنة.

لقد أكدت السنة النبوية مشروعية الخلع لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في خصوص ذلك من روايات كثيرة وإن اختلفت في ألفاظها إلا أنها كانت كلها تدور حول موضوع واحد وهو قضية المرأة التي رفعت دعواها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، تشكو فيها زوجها ومن هذه الأحاديث نذكر:

عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن شماس إلى الرسول (ص) فقالت: يا رسول الله إني ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر* في الإسلام فقال رسول الله (ص): "أتردين عليه حديقته؟" قالت نعم، فقال رسول الله (ص): "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" رواة البخاري والنسائي.[17]

عن ابن عباس أن جملية بنت سلول أتت النبي (ص) فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا فقال لها النبي (ص) أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد رواه ابن ماجة.

فالواضح إذن أن الخلع يكون مشروع إذا كانت الزوجة هي التي ترغب في المخالعة للأسباب السابقة ويكون الشرع بذلك قد وازن بين مصلحة الزوجين ولم يضر أحدهما فهو في المقام الأول شرع لإزالة الضرر عن الزوجة بسبب بقاءها مع زوجها رغم بغضها وكرهها له لإغفالها القيام بحقوقه ثم في المقام الثاني شرع في مصلحة الزوج ودفع الضرر عنه لأنه يستطيع التخلص من ضرر بقاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة دون التوقف على إرادة الزوجة.

الفرع الثالث: الإجماع.

غني عن البيان أن أحكام الخلع وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية وانعقد الإجماع حولها حيث أجمع الفقهاء والمسلمون على مشروعية الخلع بدليل السنة والكتاب ولم يخالف ذلك إلا البعض ومنهم أبي بكر بن عبد الله المزيني والذي كان الإجماع قد انعقد من قبله. وفي ذلك قول للإمام مالك: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ إليها ولم تؤت من قبله وأحبت فراقه فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به[18].

المطلب الثاني: شروطه.

إن قانون الأسرة الجزائري وعلى عكس بعض القوانين العربية الأخرى لم يتعرض لأركان وشروط الخلع بل أهملها وأغفلها واكتفى فقط بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع ودون موافقة للزوج لقاء مقابل

---

* - المقصود بالكفر هنا هو كفر العشير أي الزوج وذلك خوفا من ألا تقيم حدود الله.

[17] - السيد سابق المرجع السابق ص 300.

[18] - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 504.

مالي تدفعه الزوجة لزوجها وفي حالة عدم الاتفاق على المقابل المالي يحدده القاضي على أن لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم وتحدث في المادة 54 من قانون أسرة الجزائري وهي المادة الوحيدة التي تكلمت عن الخلع إذ اكتفى من خلالها إلى الإشارة بعدم وجوب الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الطلاق بالمخالفة وبالرجوع إلى المادة 222 من ق.أ.ج نجدها تنص **"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية"** مما يستوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي والأخذ بهذه الشروط إحداها متعلقة عليه الزوجان المتخالفان هذه الشروط الواجب توافرها أقرها الفقه الإسلامي[19] .

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالزوج.

بالنسبة إلى الزوج المخالع هو الزوج أو نائبه ويشترط في الزوج المخالع:

أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق، أي أن يكون عاقلا، بالغا، مختارا، يملك أهلية التصرف في ماله، فالصبي والمعتوه لا يصح خلعهما لعدم صحة طلاقهما.

وأن تكون الزوجة المراد مخالعتها زوجة شرعية له فضابطه عند جمهور الفقهاء "أنه من صح طلاقه صح خلعه" ومن ثم لا يصح الخلع من المجنون والمعتوه ولا المغمى عليه، لأنه لا يصح طلاقهم لانعدام القصد الصحيح منهم والبلوغ[20].

عند الصبي بتمام 19 سنة بنص المادة 7 الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة[21] .

وكل من يصح طلاقه يصح خلعه وعليه ألا يصح الخلع من الصبي والمجنون والمكره ومن اختل عقله لمرض أو كبر سن أو سفه، فإن خلعه يصح كما أن طلاقه يصح لأنه لا يحجر عليه إلا في التصرفات المالية هذا باتفاق الفقهاء.

وسنتعرض لحالات خلع الزوج وموقف الفقه منها.

خلع الصبي والمجنون والمحجور عليه:

لم يفرق جمهور الفقهاء بين الطلاق والخلع من حيث أهلية الزوج وقالوا بأن يشترط في الزوج أن يكون بالغا وعاقلا، أما إذا كان صغيرا أو مجنونا فإن خلع كل واحد منهما غير صحيح لأنهما من غير أهل القصد الذي يعتبره الشارع، ولا يجوز خلع الأب عنهما لأن الخلع طلاق وهو بيد الزوج وحده لا يصح من غيره.

وفي ذلك قال النوري "لا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهما وعن ابن حامد: من لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خلعه لأنه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه"[22].

---

[19] - د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول (الزواج الطلاق) الطبعة 1999 ديوان المطبوعات الجامعية جزائر ص265.

[20] - د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص 490.

[21] - القانون رقم 02/05 المؤرخ في 4 مايو 2005.

[22] - د. عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم ص 96-97.

2-خلع السفيه: ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز خلع السفيه فإنه كما يصح طلاقه يصح خلعه، لأنه يحجر عليه إلا في التصرفات المالية قال الخرشي "لو كان الزوج سفيها، فالخلع جائز وطلاقه نافذ، لأنه إذا كان له أن يطلق بغير عوض فيه أولى"[23].

3-خلع المريض مرض الموت:

قال الجمهور بجواز خلع المريض مرض الموت وذلك لجواز طلاقه.

أ-الشافعية: يجوز الخلع في مرض الموت لأن الرجل يملك الطلاق بدون عوض فخلعه طلاق بعوض يجوز بالأولى.

ب-المالكية: أجازوه قضاء وحرموه ديانة وحجتهم في ذلك هو إخراج وارث في مرض موته فإن فعل ذلك وقع الطلاق لأن الحرمة ديانة لا قضاء.

ج-الحنابلة: يجوز عندهم الخلع في مرض الموت ما لم يكن هناك محاباة فإذا كانت هناك محاباة كما لو أوصى لما بمبلغ من المال، ينظر فإن كان أقل من ميراثها منه صح ولزم، وإن كان أكثر يصح وتغلوا الزيادة.

د-الحنفية: أجازوا هم كذلك خلع المريض مرض الموت ،حيث جاء في البحر الرائق "ولو اختلعت صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر.

وأجاز الجعفرية خلع المريض مرض الموت وجاء في الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة أما الخلع من المريض مرض الموت فيصبح بلا ريب، لأنه لو طلق بغير عوض لصح فالطلاق بعوض أولى أما الظاهرية فيجيزون خلع المريض مرض الموت لأنهم لا يفرقون بين تصرفات المريض مرض الموت أو غيره[24].

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالزوجة.

يشترط في الزوجة المخالعة أن تكون زوجة للمخالع بموجب عقد صحيح[25].

فالزوجة المختلعة يشترط أن تكون زوجة شرعية لأن الغرض من الخلع هو خلاصها من قيد الزوجية وهذا القيد إنما يكون في النكاح الصحيح فيجوز للزوجة العاقلة الرشيدة أن تخالع نفسها وإذا لم يوجد لفظ للخلع واشترط عليها مبلغ ليطلقها وقبلت هي فإنه يكون طلاق على مال وليس خلعا، وإذا لم يوجد العرض ووجد اللفظ للخلع كما لو قال لها الزوج: خلعتك، ثم سكت بدون ذكر العرض فإن هذا يحتمل معنيين أنه نوى الطلاق فيقع الطلاق، وإما أنه ينوي به الطلاق فلا يقع، كما أنه لا يجوز مخالفة السفيهة المحجوز عليها لأنها ليست من أهل التزام العرض وذهب ابن حزم الظاهري إلى أن السفيهة كاملة

---

[23] - د. عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق ص 102.

[24] - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق ص 550-551.

[25] اشتراط القانون أن تتخالع الزوجة زوجها فلو كان أجنبيا عليها أو تربطها به رابطة غير الزوجية فلا يصح أن تخالعه ولا يمكن حصول هذا الخلع إطلاقا، أما لو كانت الرابطة الزوجية فاسدة طبقا لنصوص المواد 32-34 من قانون الأسرة الجزائري فلا يقع الخلع.

الأهلية ويقول أن السفه في لغة العرب لا يخرج عن ثلاث معان: البذاءة والسبب باللسان والثاني الكفر والثالث عدم العقل وبهذا يرى أن السفيهة كاملة أهلية ويجوز خلعها.[26]

أن يكون البغض من الزوجة فإن كان الزوج هو الكاره لها فليس له أن يأخذ منها فدية وإنما عليه أن يصبر عليها أو يطلقها إن خاف ضررا.

وأن لا تطالب الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر، تخاف معها أن لا تقيم حدود الله في نفسها أو في حقوق زوجها[27].

كما يشترط فيها أن تكون أهلا للتبرع وأن تكون بالغة، عالقة غير محجور عليها لسفه أو صغر وإذا كان الخلع طلاق في مقابل مال تلتزم به الزوجة فهو معارضة من جهة الزوجة وكما كان كذلك

فلا بد أن تكون أهلا للتبرع وذلك طبقا لنص المادة 203 من قانون الأسرة[28].

ولا تكون أهلا للتبرع إذا كانت بالغة عاقلة لسن الرشد المحدد في نص ا[illegible] الجزائري[29].

وعليه إذا كانت الزوجة التي خالعها زوجها على مال لم تبلغ سن الرشد القانوني لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك والولي هنا من له ولاية على نفسها وأما التي هي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق ولم تلزم ببدل المال إلا بموافقة ولي المال[30].

أ-خلع الصغيرة:

نصت المادة 07 من قانون الأسرة على أن للقاضي أن يرخص للصغير بالزواج إن دعت لذلك مصلحة أو ضرورة وذلك بعد أن حددث سن الزواج القانوني بـ 19 سنة للذكر والأنثى.[31]

فإذا منح القاضي الرخصة للفتاة الصغيرة للزواج وأرادت بعد مدة من زواجها الخلع وهي لم تبلغ سن الرشد القانوني المحدد بـ 19 سنة في القانون المدني فهل يصح لها ذلك؟

الحقيقة أنه عندما تخالع نفسها من زوجها وهي ما تزال تبلغ سن الرشد فإنها تكون في سن التميز وتكون في هذه المرحلة ناقصة الأهلية وتكون جميع تصرفاتها خاضعة للولي وإجازته وذلك طبقا لنص المادة 83 ق.أ.ج، والتي تنص على أن من بلغ سن التميز ولم يبلغ من الرشد تكون تصرفاته متوقفة على إجازة الولي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر.

---

[26] - د. وهبة الزحيلي المرجع السابق ص 491.

[27] - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار السلام الطباعة والنشر التوزيع والترجمة القاهرة، طبعة جديدة مخرجة الأحاديث ومشكولة مع شرح غريب الألفاظ ص 355.

[28] - المادة 203 "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه"

[29] - المادة 40 "..... وسن الرشد 19 سنة كاملة....."

[30] - د-بلحاج العربي: المرجع السابق ص 265 ، 266 .

[31] - المادة 07 ق.أ.ج "تكتمل .....وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك المصلحة أو ضرورة متى تأكد من قدره الطرفين على الزواج"

ويكون بذلك التصرف الذي تدفع بموجبه مبلغا من المال مقابل الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر، وهو متوقف على إجازة الولي هذا الأصل ونلاحظ هنا المسألة فيها تصرف شخصي وآخر مالي، فينقذ الشخصي ويقع به طلاق رجعي، ويعتبر التصرف المالي باطلا إن أبطله من له حق الإجازة[32].

ب: خلع السفيهة وذو الغفلة:

السفه عبارة عن التصرف بالمال بخلاف مقتضى للشرع والعقل والتبذير والإسراف مع قيام حقيقة الفعل.

وحكم السفيه أنه ناقص الأهلية فالقانون والفقهاء يوجبون له وليا يتصرف عنه وهذا الحكم مأخوذ من قوله تعالى " فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ" فموقف القانون من مسألة جواز خلع السفيه وذا الغفلة من عدمه نرجع للقواعد العامة في القانون المدني حيث تنص م 43 منه صراحة أنه ".... **كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"** وبما أن كل من السفيه وذا الغفلة حسب نص المادة ناقصي أهلية وبالتالي لا يتمتعان بأهلية التبرع فمن تم لا يجوز خلعها.[33]

جـ- خلع المريضة مرض الموت:

مرض الموت هو المرض الذي يخشى فيه الموت، ويحدث منه الموت غالبا أو يتصل به وقيل علامته ملازمة الفراش وقيل عدم القدرة على الصلاة قائما وقد ألحق بالمرض مرض الموت في الحكم: كل من يكون في حالة يخشى فيها الموت أو يتوقعه كمن يحكم عليه بالإعدام أو من يكون على سفينة تلاطمت بها الأمواج وتوقع الغرق[34].

أما عن موقف القانون وبالنظر إلى أن مرض الموت يدفع صاحبه لليأس من الحياة ويضعف قدرته في الحكمة والتصرف كان ذلك مبرر قانوني يجعل من المنطقي أن لا يسمح المشرع للمريض مرض الموت من إبرام التصرفات التي تلحق الضرر بحقوق الورثة ذلك أن مرض الموت يمثل قريته على أن الشخص حين يتبرع بأمواله مثلا فإنه يهدف لعملية تهريب لها من قبضة الورثة الذين يبغضهم ويرفض أن ينالوا نصبا منها ولكن القانون يعامله بنقيض مقصود فيجعل تصرفه هذا نافذا في حدود 1/3 حتى ولو تبرع بكل ما يملك ويأخذ الخلع متى صدر من مرضه مرض الموت حكم التبرع وتحكمه المادتان : 204 ق.أ.ج[35] والمادة 185 ق أ ج[36].

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالبدل.

المقصود بالبدل هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها مقابل طلاقها والخروج من الزوجية، عندما يشتد النزاع بينهما، وحين تجد الزوجة أن البقاء مع زوجها قد يوقعها فيما لا يرضي الله.

---

[32] - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج، الطلاق) المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ص 309-310.

[33] - عبد الرحمان الصابوني المرجع السابق ص 562 .

[34] - د-عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق ص 104.

[35] - م 204 ق،أ،ج "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية"

[36] - م 185 ق،أ،ج "تكون الوصية في حدود 1/3 التركة، وما زاد على الثلث تتوقف إجازة الورثة"

ومن خلال هذا التعريف للبدل يتبين أنه لابد من وجود العوض في الخلع فلا يتم هذا الأخير إلا بمقابل تلتزم بدفعه الزوجة لزوجها كمقابل لطلاقها سواء كان هذا العوض مال أو مما يقوم بالمال إلا أن هذا ليس محل اتفاق بين الفقهاء[37].

لا خلاف بين المسلمين على من أراد أن يخالع امرأة على عوض فذلك جائز له إذا أخيف عدم إقامة حدود الله بينهما، أي إذا لم يراع أحد الزوجين ما أوجبه الله عليه من واجبات نحو زوجه الأخر[38]

لم يتحدث المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن شروط بدل الخلع بل جاء نص المادة 54 عاما مما يدفع إلى تفعيل نص المادة 222 التي تحيل في حال عدم لجوء نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبرجوعنا إلى الفقه الإسلامية نلاحظ أن الفقهاء خصوا بذل الخلع بعدة شروط منها:

أن يكون مالا متقوما أي تكون له قيمة مالية فلا يصح الخلع باليسير الذي لا قيمه له كحبة قمح أما الذي كان غير متقوم لم يلزم لزوجة شيء ويقع الطلاق بائن وذلك ما نجده عند الحنفية.

أن يكون منها يضع شرعا وطاهرا فلا يصح الخلع على الخمر والخنزير والميتة لأن هذه الأشياء محرمة في الشريعة الإسلامية.

أن لا يكون مغصوبا فإن خالعته على مال مغصوب فإن الخلع يصح وتلتزم البدل.

أما بالنسبة لموقف القانون في ما يصح أن يكون بدلا للخلع لم يتحدث المشرع الجزائري على ما يصح به الخلع إذ جاء نص المادة 54 من قانون الأسرة عاما وباستقراء هذا النص ومن خلال نص المشرع على أنه في حالة عدم الاتفاق على بدل الخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداقه المثل نلاحظ أن المشرع ألحق العوض بالصداق وبذلك يمكن القول وطبقا للقاعدة الفقهية المقررة "بأن كل ما يصح صداقا، يصبح أن يكون عوضا"

وبرجوعنا إلى نص المادة 54 التي تنص على أن الصداق يجوز بكل ما يصح التزامه شرعا فذلك ينطبق على العوض.

أما بالنسبة لموقف الفقه فكل ما يصح أن يكون مهرا صح أن يكون بدلا للخلع ولا يشترط فيه أن يكون من النقود المتبادلة بين الناس فحسب، بل يجوز أن يكون من كل مال متقوم أو منفعة تقابل بالأموال كالملكيات أو الموزونات والعقارات[39].

ولا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز أن يكون أن يكون بدل الخلع نفقة الزوجة على زوجها أو نفقة ولدها الصغير أو أجرة حضانته على أن تكون المدة محددة ومعلومة.[40]

---

[37] - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، الطبعة 2004 دار الكتاب القانونية، مصر، ، ص384.

[38] - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق ص570.

[39] - عبد المجيد مطلوب ، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية- الطبعة 2004 مؤسسة المختار للنشر مصر ص 288

[40] - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق ص 584.

المبحث الثاني : أنواع الخلع و تمييزه عن التطليق :

الخلع هو طلاق في مقابل عوض مالي راجع إلى جهة الزوج ولهذا يقول ابن قيم الجوزية الخلع شقيق الطلاق وأشبه به والخلع عند فقهاء الحنفية نوعان خلع بعوض مالي وخلع بدون عوض مالي، أما عند فقهاء المالكية فيتنوع أيضا إلى نوعين أحدهما ما كان نظير عوض والثاني ما وقع بلفظ الخلع ولم يكن في نظير شيء أما الشافعية هو افتراق الزوجين على عوض.

وقد صرح القرآن الكريم أنه يجوز للمرأة أن تعطي لزوجها عوضا ماليا مقابل حصولها على الطلاق منه ويجوز للرجل أن يأخذ هذا العوض الذي رضيت به المرأة وهو معنى الخلع، وكذلك أن يظن كل واحد من الزوجين بنفسه ألا يقيم حقوق الزواج حسبما يوجب عليه الشرع فلا حرج على المرأة أن تفتدي به ولا حرج على الزوج أن يأخذه.

المطلب الأول: أنواع الخلع.

اختلف الفقهاء حول الخلع من حيث العوض من ناحية اللفظ والبدل فليس في الشريعة ما يدل على منصوص لفظ الخلع فمصادر الخلع كما يرى الدكتور عامر سعيد الزيباري والأستاذ عبد الرحمان الصابوني جاءت في القرآن الكريم: ليس فيها ما يدل على لفظ معنى، وحتى أن القرآن الكريم لم يأت بلفظ الخلع بل أتى بلفظ المفاداة[41] في قوله في سورة البقرة الآية 229 **فيما افتدت به".**

لا خلاف عند المسلمين على من أراد أن يخالع امرأة على عوض فذلك جائز له، إذا خيف عدم إقامة حدود الله بينهما، أي إذا لم يراع أحد الزوجين ما أوجبه الله عليه من واجبات نحو زوجه الآخر.[42]

الفرع الأول: الخلع بدون عوض.

عند الحنفية إذا حدثت الفرقة ولم يذكر في الصيغة عوض فتكون حالتان:

1/ إذا كانت الفرقة بلفظ الخلع فهي طلاق بائن لأن الكتابة يقع بها طلاق بائن كما إذا قال لها: خالعتك بصيغة الماضي فيقع الطلاق بائن بمجرد النطق إذا نوى به الطلاق لأنه كتابة ولا يتوقف على قبولها ولا يلزمها بدل وإذا لم يثريه شيئا لا يقع به طلاق.

هذا إذا صدرت تلك الصيغة من الزوج، أما إذا صدرت في المرأة أولا فلا بد لوقوع الطلاق بها من قبول الزوج فإذا قبل الزوج لزم البدل وانصرف إلى مهرها وإذا لم يقبل لا يقع شيء، لأن المرأة لا تملك الطلاق.[43]

2/ إذا كانت بلفظ الطلاق على مال ولكنها خلت عن المال فهي في هذه الحالة طلاق رجعي.[44]

---

[41] - عماري نور الدين، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار 2008/2007 ص 165 .

[42] - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق ص570.

[43] - محمد مصطفى شبلي: المرجع السابق ص549.

[44] - د-عامر سعيد الزيباري : المرجع السابق ص127.

عند المالكية: الخلع نوعان:

أولهما: ما كان نظير عوض وهو الغالب.

وثانيهما: ما كان بلفظ الخلع ولو لم يكن في نظير شيء.[45]

وقد روى أشهب عن مالك: أن الخلع بدون عوض يقع به الطلاق رجعيا. "وذهب إلى ذلك ابن عبد البر"[46]

أما الشافعية: يرون أنه إذا ذكر البدل أو المال وكان الخلع بدون عوض فله **حالتـــــــــان**:

الأولى: إذا لم ينف الزوج الخلع والتمس قبول الزوجة كأن يقول لها خالعتك أو فاديتك، ونوى التماس قبولها فقبلت بانت منه ووجب عليها مهر المثل في الأصح لأن العرف يقضي بذلك وتأخذ هذه الحالة حكم الخلع على مجهول.[47]

الحالة الثانية: إذا قال لها: خالعتك ولم يذكر عوضا فيقع الطلاق رجعيا وليس عليها بدل شيء من المال.

أما الحنابلة فلا خلاف عندهم في أن الخلع بعوض يقع به الطلاق البائن وتلتزم الزوجة بالمال.

والخلاف عندهم إذا كان الخلع بدون عوض فعند الحنابلة روايتان:

أولهما: أنه يجوز الخلع بدون عوض ويقع الطلاق البائن، وتتجلى فيما رواه عبد الله عن أبيه قال: قلت لأبي: رجل علقت به امرأته تقول: إخلعني قال: قد خلعتك، قال: يتزوج بها ويحدد نكاحها جديد.

والثانية: لا يكون الخلع إلا بعوض ويكون اللفظ كناية، فإن كان قد نوى به الطلاق وقع رجعيا وإن لم ينو فلا يقع شيئا.[48]

روى عن الإمام أحمد أنه قال: إذا قال لها:اخلعي نفسك، فقالت: خلعت نفسي، لم يكن خلعا إلا على شيء، إلا أن يكون الطلاق فيكون ما نوى[49].

واستدل الحنابلة بهذه الرواية على أن الخلع بدون عوض لا يكون خلعا[50]

من الروايتين السابقتين حول صحة صيغة الخلع بدون عوض نلاحظ أن الروايه الاولى والتي طلبت فيها المرأة الخلع إن الحنابلة يرون سؤال المرأة الخلع جائز ويقع بذلك طلاق بائن، فما شرع الخلع إلا لمصلحة المرأة وهذا ما روي عن أحمد، على عكس الحالة التي يكون فيها عوض ويطلبه الرجل دون المرأة ففي هذه الحالة يعتبر اللفظ كناية لا يقع بها الخلع، إلا إذا نوى الزوج ذلك ويقع رجعيا إذا نوى الزوج من ذلك فك العصمة أو الطلاق.

---

[45] - د-وهبة الزحيلي: المرجع السابق.

[46] - د-عامر سعيد الزيباري: المرجع السابق ص132.

[47] - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق ص521.

[48] - د-عامر سعيد الزيباري: المرجع السابق ص135.

[49] - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق ص140.

[50] - عبد الرحمان الصابوني : المرجع السابق ص527.

ويرى الأستاذ عبد الرحمان الصابوني حول الصيغة من حيث العوض أن إجازة الخلع من دون عوض مخالف للشرع باعتبار أن الخلع كما فهمناه من مصادره عقد بين الرجل والمرأة على إنهاء الحياة الزوجية لقاء بدل تدفعه الزوجة لزوجها، فخلو الخلع من العوض كان طلاقا لأن الخلع فيه مشاركة بين رجل وامرأة على أمر ليس هو الطلاق فحسب، لأن هذا يملكه الرجل بدون رضا الزوجة، كما أن القرآن. سماه الإفتداء والافتداء لا يكون بدون عوض والرسول (ص) أمر امرأة تابت أن ترد لزوجها حديقته، كما إن تفريق الحنفية بين الطلاق على مال والخلع غير مبرر فكل فرقة بعوض تسمى خلعا.[51]

الفرع الثاني : الخلع بعوض.

أجازت النصوص الخلع وأجازت له العوض في مقابل ذلك وذلك ما يستشف من قوله تعالى**"فلا جناح عليهما فيما افتدت به"**[52]

والفداء هو العوض أي البدل الذي تدفعه الزوجة لزوجها والآية الكريمة رفعت الجناح عن أخذه، بمعنى أنها أجازت للزوج أخذ هذا العوض عن الخلع.

فرغم اتفاق الفقهاء على أخذ العوض إلا أنهم اختلفوا حول جواز أخذ المال من الزوجة وبذلك كان اختلافهم حول الحالات التي يحل فيها ذلك والحالات التي لا يحل فيها ويأتي بيان هاته الحالات فيما يأتي:

إذا كان الخلع بسبب عضل الزوج زوجته:

قال تعالى: " وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ "[53].

وقال المفسرون العضل هو حبس وتضييق ومنع وشدة إضرار، فالرجل تكون له المرأة وهو كاره لصحبتها، ولها عليه مهر، فيضيق عليها لتفتدي نفسها[54]

ويرى الحنفية أنه إذا كان الخلع بسبب عضل الزوج جاز أخذ العوض والعوض لازم لكن الزوج المخالع آثم، عاص وفي ذلك العضل إكراه لها على بدل العوض بغير حق فلا يحل له أخذه وإن هو أخذ فهو آثم.

وإن فعل يجوز له قضاء ولكن لا يجوز له أن يأخذ مما أعطاه شيئا ديانة.[55]

بينما يرى مالك والشافعي وابن حنبل أنه إذا عضل الزوج زوجته بأن ضارها بالضرب والتضييق عليها ظلما ومنعها حقها لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود لقوله تعالى: " **وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ** " وقوله " **وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ** ". فعلى هذا تكون زوجية قائمة

---

[51] - عبد الرحمان الصابوني: المرجع السابق ص545.

[52] - سورة البقرة الآية 229.

[53] - سورة النساء الآية 19.

[54] - عماري نور الدين المرجع السابق ص 185.

[55] - عبد الرحمان، الصابوني، المرجع السابق ص 578.

لبطلان الخلع لأن المقتضي للفرقة هو الخلع الصحيح ولم يوجد في حالتنا هاته أما إذا كان الخلع بدون عوض فهو طلاق رجعي[56].

إذا كان الخلع بسبب كراهية الزوج لزوجته:

يرى الأحناف جواز أخذ المال المبذول من الزوجة عوضا عن خلعها، أي عوض طلاقها، إلا أنهم يحذرون فيقولون إن هذا الجواز إنما في أحكام الدنيا، وإنما هو محرم ديانة لأن الكراهية واقعة من جانب الزوج لقوله تعالى: " **وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً...**"[57] وعند المالكية: إذا كان الخلع بسبب النشوز من الزوج وإضراره بزوجته لم يحل له شرعا أخذ شيء منها، ولو أخذ وجب عليه أن يرد إليها.

ولذلك يرى المالكية لو أن الزوجة التزمت بإرضاع ولدها أو إسقاط حضانتها، سقط عنها ما التزمت به من عوض ثم ادعت بعد المخالعة لضرر يجوز لها طلب التطليق وأثبت إدعائها بالبنية لأن الزوج أكرهها على التزام العوض بغير حق فلا يقضي له بذلك حتى لو كانت الزوجة التزمت برضاها[58].

ج- الخلع بسبب الخوف من عدم إقامة حدود الله:

ومعنى الخوف هنا هو ظن كل من الزوج والزوجة بنفسيهما أن لا يعطي [illegible] النكاح وذلك لكرامة يعتقدها كل منهما.

وكنتيجة مما سبق يتضح أنه في حالة خوف كلا من الزوجين من عدم إقامة حدود الله جاز للزوجة في هذه الحالة أن تفتدي نفسها مقابل مال تدفعه للزوج وجاز لهذا الأخير قبض العوض[59] وذلك مصداقا لقوله تعالى: " **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** "[60]

المطلب الثاني: الفرق بين الخلع والتطليق.

عندما نذكر مصطلح الخلع يتبادر إلى الأذهان عدة مصطلحات تتشابه معه في المعنى كالطلاق على مال والتطليق وغيرهما من ألفاظ التي قد توحي إلى فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة وحدها، فكثيرا ما اعتقد البعض أن الخلع كالطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 48 ق أ ج[61]

لأن الخلع في لفظه المالكي هو طلاق بعوض، ولا يتم إلا بقبول الزوج على المال الذي قبلت الزوجة دفعه إلى زوجها كما أطلق الفقهاء الغرب على مصطلح الخلع اسم التطليق على مال لاعتباره أن كل منهما يقوم على قبول الزوجة بدفع مبلغ مالي إلى الزوج مقابل تطليقها ويشترط في الخلع ما يشترط في التطليق على مال.[62]

---

[56] - أحمد نصر الجندي من فرق الزوجية ص 70.

[57] - سورة النساء – الآية 19.

[58] - أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية ص 72.

[59] - عماري نور الدين، المرجع السابق 187.

[60] - سورة البقرة الآية 229.

[61] - المادة 48 ق،أ،ج (قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005) "..... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون".

[62] - د-بلحاج العربي، المرجع السابق ص274.

فالتطليق والخلع يتحدان في كونهما طريقان لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقرهما الشرع والقانون إذ يجد كليهما أساسه في الشريعة الإسلامية السمحاء بكل مصادرها، كما كرسهما التشريع الجزائري على غرار باقي التشريعات الدول العربية الإسلامية ويعد كل منهما طلقة بائنة تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج ولا يثبتان إلا بحكم قضائي ابتدائي يفصل في طلب الزوجة المرفوع أمام القضاء ويحدد الآثار والتوابع المنجرة عن إنهاء العلاقة الزوجية بواسطتها.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف كل من التطليق والخلع ضمن المادتين (53) و(54) منه، كما أنه لم يحدد صيغة أو ألفاظ خاصة بالتطليق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعة.

فإذا لم تستعمل الزوجة لفظ المخالعة لا يقع الخلع وإنما تكون في وضعية قانونية أخرى، فاعتبر الرجوع أن غياب لفظ "الخلع" مع وجود المال لا يعتبر خلعا وإنما يكون طلاقا على ... والشافعية إلى أن وجود المال مهما كان اللفظ المستعمل من أحد الزوجين هو خلع.

وزاد المالكية عن ذلك بأن الخلع يتحقق ولو لم يذكر المبلغ المالي فالخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة 203 ق أ ج[63].

لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمها رغم أن الزوجة تملك نفسها مقابل دفعه وهذا مالا يشترط في التطليق.

ولقد شرع التطليق لرفع الضرر عن الزوجة بحكم من القاضي في حين شرع الخلع لها لافتداء نفسها مقابل عوض مالي نتيجة كراهتها لزوجها وخشيتها من عدم إقامة حدود الله مصداقا لقوله تعالى "**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** "[64]

الفرع الأول من حيث الأساس:

نص المشرع الجزائري في المادة 53 ق،أ،ج على جواز طلب التطليق من طرف الزوجة ولكن قيدها بأسباب منصوص عليها في ذات المادة وهي سبعة:

التطليق لعدم الإنفاق.

التطليق للعيب.

التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

التطليق للحكم بعقوبة شائنة مقيدة للحرية لمدة أكثر من سنة.

التطليق للغيبة.

التطليق لكل ضرر معبر شرعا.

التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.

---

[63] - المادة 203 ق.أ.ج "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محج

[64] - سورة البقرة الآية 229.

فكلاهما يستعملان لإنهاء الربطة الزوجية ويتمان بموجب الإرادة المنفردة للزوجة فالتطليق هو حق مخول للزوجة استعماله متى اقتضى الحال لذلك نفس الشيء بالنسبة للخلع.

يمكن اعتبارهما طلاق إذ بالرجوع إلى المادة 48 ق،أ،ج نجد أن المشرع قد تناول كيفية حل الرابطة الزوجية بالطلاق الذي يتم بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53و54 من قانون الأسرة الجزائري.[65]

قبل التعديل كان الخلع يتم بموافقة الزوج وهذا كان أهم تمييز للخلع عن التطليق لكن بعد التعديل الذي أجراه المشرع لمسألة الخلع لم نعد نرى هذا التمييز إذ أصبح الخلع يجري دون موافقة الزوج مثلما هو الحال بالنسبة للتطليق.

فعلى القاضي قبل الحكم بهما إجراء محاولات صلح لمدة لا تتجاوز 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى وهذا ما تضمنته المادة: 49 ق،أ،ج، الفقرة1. أما بالنسبة للأحكام الصادرة في دعاوى الخلع التطليق غير قابلة للاستئناف فيما عدى جوانبها المادة 57.

أما بالنسبة لنقاط الاختلاف تكمن في أن التطليق تطلبه الزوجة بموجب أسباب حصرها المشرع ضمن المادة 53 ق أ ج أما الخلع لم تتعرض مادته لأي سبب يوجب حدوثه فهو واسع النطاق.

وأهم صفة يتمتع بها الخلع هي وجود مقابل مالي تلتزم به الزوجة بدفعه للزوج نظير طلاقها منه هذه الصفة غير موجودة في التطليق بل على العكس من ذلك يكون الزوج هو الملزم بتعويضها.

فالتطليق يتم بحكم القاضي رغم معارضة الزوج طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية والقاضي مضطر لدراسة أسبابه حتى يتأكد من توافر شروطه أما الخلع يعد الحكم القضائي فيه مجرد وسيلة لإثبات الطلاق مادام أن هناك مقابل للضرر.[66]

قد تكون المرأة ظالمة إذا إختلعت من زوجها دون أي سبب عكس التطليق لا يمكن تصور ذلك بل إن الظلم وقع عليها.

رغم الاختلاف فلكل من الخلع والتطليق مكانة هامة في حياة المرأة فقد تجد التطليق كمخرج للتخلص من جحيم الحياة الزوجية عندما لا تستطيع الخلع كإنعدام دخلها أو لاعسارها
سبيلا لمخالعة نفسها من زوجها إن كان بحوزتها مال عندما لا تتوافر أسباب التطليق.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن أساس التطليق هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر بينما يجد الخلع أساسه في كراهة الزوجة بزوجها ونفورها منه ولهذا يكون للزوجة طريقتين لفك الرابطة الزوجية فإذا انتفت أسباب الطريق الأول المتمثل في التطليق يفتح لها الطريق الثاني لافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي وهو ما يعرف بالخلع.

الفرع الثاني: من حيث السلطة التقديرية:

تختلف السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي ما إذا كان طلب الزوجة منصب على التطليق أو الخلع.

---

[65] - الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتعلق بقانون الأسرة.
[66] - د. بلحاج العربي، المرجع السابق ص 273 .

حيث تتسع في أول بقدر كبير وهذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص وتمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج حتى يتسنى له الحكم لها بالتطليق أو يرفضه اعتمادا على الأسباب المذكورة في المادة 53 ق،أ،ج بينما تضيف سلطته حيث لا يتبقى له إلا تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم وليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط قبول الزوج حسب ما استقرينا عليه سابقا، بالإضافة إلى مراقبته لمدى شرعية وصحة مقابل الخلع إذ لا يجوز أن تكون الحضانة مقابلا للخلع في مقابل التنازل عنها للأب لأن ذلك يعد باطلا.

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية للخلع وآثاره.

إن الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في قانون الأحوال الشخصية أعطى للمرأة حل عقد الزواج و اعترف لها بالحق في طلب التطليق غير وضعية المرأة و مركزها فلم تعد تحت رحمة الرجل بل أصبحت مزودة بوسائل تمكنها من الحصول على حقوقها فالمشرع أعطى للمرأة إمكانية خلع نفسها من الزوج الذي لا ترغب فيه ، وفقا لإجراءات الخلع لفك الرابطة الزوجية إن رأت ضرورة لذلك ولكن على شرط أن يتم الاتفاق بينهما ، و في حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي لتحديد مبلغ الخلع ، و اعتمد المشرع في ذلك معيار صداق المثل في الفترة الزمنية التي يحكم في الدعوى ، و نشير هنا أن إدراج الخلع ضمن إجراءات حل عقد الزواج من قبل المرأة و الاعتراف به ضمن قانون الأسرة الجزائري لقي انتقادات مبنية على انفعالات و ملاحظات سطحية ، تجهل المقاصد الحقيقية لما ورد في الشريعة الإسلامية و يمكننا القول أنها نقاشات بعيدة عن النقاشات الموضوعية المطروحة في البلدان العربية والإسلامية .

لذا نعتبر أن ربط الخلع برضى الزوج هو تقييد لهذا الحق الممنوح للمرأة وحتى لا يتعسف الزوج في استعمال حقه في الرضى يجب مراجعة هذا الشرط أو تركه للقضاء حتى تحمى المرأة من التعسف وتستعمل حقها في طلب الخلع بحرية و دون خوف أو ضغط[67] .

---

[67] - لوعيل محمد لمين المرجع السابق ، ص 103 – 104 – 105 – 108 .

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للخلع.

القانون الجزائري لم يتعرض لمسألة الخلع بالتفصيل تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

وفي هذا الشأن أجمع الفقهاء على أنه يجوز للزوجة الكارهة إذا كانت بالغة، عاقلة، راشدة أن تتفق مع زوجها أن يطلقها في مقابل تعويض فينخلع كل منهما من كل الحقوق والواجبات التي يفرضها الزواج بينهما وتفتدي الزوجة نفسها من قيد الزواج بهذا التعويض.

للزوجة كذلك حق مخالعة زوجها مقابل أن تدفع له مستحقاته المالية ويكون تقدير المستحقات المالية إما باتفاق الطرفين أو بتقدير من القاضي فسلطة القاضي حسب المادة 54 من ق أ هو تحديد بدل الخلع في حالة الاختلاف فيه وهذا لا يمس الخلع وإنما هو مجرد أمر غير جوهري لأنه أثر من آثار الخلع يتشابه إلى حد ما بسلطة القاضي في تقدير النفقة الناجمة عن الطلاق في حالة عدم رضا الزوجة بمقدار النفقة المعروضة من الزوج، الأمر الذي عرفت نقلة نوعية في مجال الاعتراف بحق الزوجة في الخلع، دون موافقة الزوج، ذلك أن الاجتهاد القضائي كان يستوجب موافقة الزوج.

المطلب الأول: النظام القانوني للخلع.

الخلع طريقة شرعية أباحها المشرع للزوجة أن تفر بها من وجه زوج كرهت عشرته و ضاق عليها البيت الزوجي بما رحبت به و أنتفت معه الأسباب الأخرى للتطليق أو الطلاق[68].

نص كل من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل في القانون رقم 11/84 وبعد التعديل بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 على مشروعية الخلع و أكد على قانونيته مثبتا ما سبق من أحكام قضائية حكمت بالخلع بالخلع حيث نصت المادة **54 (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت صدور الحكم)**.

و من نفس القانون عرفت المادة 48 الطلاق على أنه **"حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 54/53 من هذا القانون".**

---

[68] - فوضيل سعد المرجع السابق ص 303

و من خلال المادتين السالفتين الذكر يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تلجأ إلى طلب الخلع في حالة كرهها للزوج لأن الخلع شُرّعَ للكره عكس التطليق الذي شرع للضرر.

و أخذ المشرع بالخلع استنادا للشريعة الإسلامية و قصد به حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتديتا به نفسها.

الفرع الأول: التكييف الفقهي للخلع.

إن الخلع في حقيقته في الفقه عقد بين الزوجين على خلاص المرأة من زوجها نظير بدل .فهو طلاق يشترك فيه الزوجان ولا يتم من جانب واحد كالطلاق المجرد الذي يوقعه الزوج أو توقعه الزوجة بتفويض من الزوج لها [69].

فالخلع بذلك عقد رضائي ثنائي الطرف لا يتم إلا بإيجاب والقبول فإذا كان الطلاق يعتبر يمينا سواء أوقعه الزوج أو أوقعته الزوجة فهل الطلاق الذي يشترك فيه الزوجان لا يتم إلا بإرادتهما مجتمعتان يعتبر يمينا؟ أو معاوضة ؟ أو يمينا لأحدهما؟ و معاوضة للأخر؟ في هذا الإطار اختلفت أراء الفقهاء فمنهم من اعتبر الخلع يمينا من الجانبين وهناك من اعتبره يمينا من الزوج و معاوضة من جهة الزوجة .

<u>أولا:</u> الحنفيـــة.

قال أبو حنيفة عندما يتفق الزوجان على الفرقة نظير مبلغ معين من المال تعطيه الزوجة لزوجها، و طلقها الزوج بناءا على ذلك، فذلك يعتبر يمينا من جانب الزوج و هذا لأنه علق طلاق الزوجة على قبول المال.

فقول الزوج لزوجته " خالعتك على مائة دينار " يكون كقول لها، إن قبلت دفع المائة دينار فأنت طالق، فالطلاق معلق على دفع المبلغ، و التعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء، لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج.

و مما تقدم يتضح أنه لا بد من مراعاة أحكام اليمين بالنسبة للزوج، كما تراعى أحكام المعاوضات بالنسبة للزوجة و التي لها شبه بالتبرعات.

---

[69] - محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 533 .

كما يترتب على كون الخلع معاوضة من جانب الزوجة ما يلي من أحكام :

1- أن تكون عالمة بمعنى الخلع و ما يترتب عليه من آثار و التزامات و أن تكون راضية بالقبول وأن تكون أهلا للتبرعات.
2- لا يصح لها أن تعلق على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل فعقود التملك لا تقبل التعليق.
3- لا يصح لها أن تشترط الخيار لنفسها، كقولها لزوجها خالعتك على ألف دينار على أن يكون لي ثلاث أيام، فقبل الزوج منها الشرط، صح الخلع و لها أن ترد فلا يقع الطلاق
و لا يلزمها مال و لها أن تقبل فيقع الطلاق و يلزمها بدل الخلع و هكذا إذا مضت مدة الخيار يقع الطلاق و يلزمها المال.

4- إذا أوجبت الخلع في البداية و قامت من المجلس أوقات الزوج قبل القبول بطلب بذلك إيجابها وليس له بعد قيامه أو قيامها من المجلس الذي تم فيه الإيجاب[70]

ثانيا : المالكية.

يرى المالكية أن الخلع معاوضة بين الجانبين فهو عقد ملزم للجانبين و بناءا على ذلك يكون الحكم فيه من حيث الإيجاب و القبول كالحكم في سائر المعاوضات[71].

و يترتب على ذلك :

1- جواز الرجوع عن الإيجاب قبل القبول.

2- اقتصار الإيجاب على مجلسه.

3- مرافقة الإيجاب للقبول .

كما يجوز في الخلع عندهم التعليق عن شرط و الإضافة إلى زمن مستقبل فإذا قال لها إذا أقبضتني طلقتك لم يختص إقباضها بنفس المجلس فمتى أقبضته و لو بعد المجلس ، طلقت منه

و هنا علق الزوج الإيجاب على الأداء.

---

[70] - د-عامر سعيد الزباري ، المرجع السابق ، ص 129 ، 130 .
[71] - عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ص 520 .

ثالثا: الشافعية.

اختلف الشافعية في مسألة التكييف الفقهي للخلع و سبب الاختلاف هو:

حول أن الفرقة بالخلع طلاق أو فسخ؟

و منهم من ذهب إلى اعتباره فسخا و بذلك يعد معاوضة في حين اعتبره البعض الأخر طلاقا وهو بذلك معاوضة فيه شبه تعليق فيعتبر معاوضة لأنه يأخذ منها بدلا في مقابل الطلاق و شبه تعليق لأنه يتوقف الطلاق على قبض المال و يسري على الخلع أحكام العقود من أنه منجز أو معلق أو مقترن بشرط و كذلك تسري تلك الأحكام على الإيجاب و القبول[72].

رابعا: الحنابلة:

الخلع عند الحنابلة معاوضة من الجانبين ما لم يكن الإيجاب بالخلع صادرا من الزوج بصورة تعليق فإنه حينئذ يكون تعليق و نفرق هنا بين حالتين.

1- إذا يوجب الزوج في البداية بصيغة التعليق أعتبر معاوضة و تنطبق على ذلك سائر **أحكام المعاوضات التالية:**

أ- لكل من الزوجين الرجوع عن الإيجاب قبل قبول الأخر.
ب-القبول يكون في نفس مجلس الإيجاب
ت-مطابقة الإيجاب و القبول.

2- إذا كان الإيجاب صادرا من الزوج بصيغة التعليق يعتبر تعليقا .

و أما التعليق على الرأي الراجع بأن الخلع فسخ عند الحنابلة ففيه خلاف حول قابلية الفسخ للتعليق و الراجح أنه لا يجوز، و على القول بصحة التعليق في الخلع:

أ- لا يجوز للزوج الرجوع قبل قبول الزوجة.
ب-لا يتقيد القبول بالمجلس.
ت-موافقة الإيجاب بالقبول[73]

---

[72] - عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ص 524 .
[73]- د-عامر سعيد الزباري ن المرجع السابق ، ص 140 ، 141 .

مما سبق يتضح لنا بأن كل من المالكية و الشافعية و الحنفية اعتبروا في تكييف العلاقة بين الزوجين في عقد الخلع هي معاوضة بين الجانبين، وذلك مما رآه الأستاذ عبد الرحمان الصابوني في تكييفه للعلاقة بأنها معاوضة محضة بين الطرفين و ذلك عكس ما ذهب إليه الحنفية في تكييفهم باعتبارها يمين من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة حيث رأى الأستاذ بأن ذلك مبني على أساس صحة تعليق الطلاق و الصحيح هو غير ذلك في رأيه.

في حين ذهب جانب آخر في مسألة التكييف العلاقة بين الزوجين في الخلع منهم الظاهرية على أساس الخلع ليس عقد بين الزوجين لتقرير المصير بالنسبة للزوجة لخلعها من عدمه بل هو حق أصيل للزوجة تلجأ إليه متى شاءت في حالة عدم القدرة على مواصلة الحياة الزوجية و هي بذلك لا تحتاج لمجلس عقد و لا إيجاب في مخا لعتها[74].

الفرع الثاني: التكييف التشريعي.

إن المشرع الجزائري عرف مرحلتين في تحديد رؤيته بشأن الخلع كيمين أو معاوضة.

1) في القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 : لم يتعرض المشرع إلى مسألة التكييف الفقهي للخلع كما أورده الفقهاء[75] .

و اكتفى بنص المادة 54 من القانون و التي نصت على أن **"يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يجوز قيمة صداق المثل وقت الحكم**[76].

يثبت من خلال نص المادة 54 أنه بإمكان المرأة أن تتبع إجراء الخلع لفك الرابطة الزوجية إن رأت ضرورة لذلك و ذلك على مال يتم الاتفاق عليه و في حالة عدم الاتفاق على شيء يتدخل القاضي لتحديد مبلغ الخلع و اعتماد المشرع الجزائري في ذلك معيار صداق المثل في الفترة الزمنية التي يحكم في الدعوى، غير أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بصداق

---

[74] - باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، الطبعة 2007 دار الهدى – الجزائر، ص 65 .

[75] - باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص 67 .

[76] - قانون 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو عام 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

المثل هنا هل الذي يدفع لمثل تلك المرأة الطالبة للخلع أو الذي يدفع لأي امرأة كانت في تلك الفترة الزمنية[77].

و بذلك كان الغموض في نص المادة 54 سيد الموقف كونها لم تحسم إذا كان الخلع حق للزوجة تستعمله متى شاءت أم يخضع لقبول الزوج و رضاه و تحدثت المادة فقط عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مبلغ من المال تقدمه لزوجها كبدل.

و أمام سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي جعل الشُراح ينهلون من آراء الفقهاء و ذلك استنادا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة و التي نصت **" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية"**.

و في دراستنا لموقف شرح قانون أسرة الجزائري نتعرض لموقفين كان عليهما الأمر قبيل صدور التعديل الأخير 02/05.

أ- الاتجاه الأول : الخلع عقد رضائي.

قد تبنى أغلب الشُراح الرأي الأول القائل ألا خلع بدون إرادة الزوج و بالتالي قالوا بمبدأ رضائية الخلع و ذلك ما هو واضح في كتب أغلب شراح قانون الأسرة الجزائري و القرارات القضائية الصادرة في تلك الفترة و في هذا الصدد نجد عبد العزيز سعد في تعريفه للخلع بأنه عبارة عن عقد اتفاقي و ثنائي الأطراف ينعقد عادة بدفع الزوجة لمبلغ من المال مقابل طلاقها، و قبول صريح من الزوج لهذا الغرض و للطلاق و هو تعريف مستمد من معنى المادة 54 و هو يعني أن الخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها أو هو عقد معاوضة رضائي و ثنائي الأطراف، شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الأخر[78].

كما يول في هذا الصدد الدكتور بلحاج العربي " إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت و تم ذلك بإيجاب و قبول سمي هذا مخالعة، ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال يعتبر يمينا من جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط

---

[77] - محمد لوعيل ، المرجع السابق ، ص 103 ، 104 .

[78] - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 248 .

قبول المال، و معاوضة لها شبه التبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من مال مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية[79]

و يتضح مما سبق بأن أغلب تبنوا الرأي الذي يكيف الخلع على أساس أنه طلاق رضائي يقع بإرادتين أحدهما موجبة و الأخرى قابلة .

الاتجاه الثاني: الخلع غير رضائي

ذهب القليل من شُراح قانون الأسرة الجزائري إلى تكييف الخلع بأنه عقد غير رضائي لا حاجة لقبول الزوج له.

و يرى في هذا الخصوص الأستاذ "الغوتي بن ملحة أن المشرع ركز في المادة 54 من قانون الأسرة فقط على أن يكون اتفاق الطرفين منصبا على مال كبدل للزوج و في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الأمر للقاضي[80].

كما ذهب الأستاذ آث ملويا بأنه يلاحظ من المادة 54 أن إزالة عقد النكاح بالخلع جائز للمرأة بإرادتها المنفردة و لا حاجة لصدور قبول من الزوج حيث أن الاتفاق بين الزوجين لا علاقة له بالخلع لكن بالمال المفتدى به، أي مقدار المال الذي تفتدي به الزوجة[81].

فصل المشرع الجزائري بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 في تكييف الخلع باعتباره حق للزوجة لا رخصة يتوقف استعمالها على موافقة الزوج بنص المادة 54 ق إ ج و جاء ذلك تكريسا لاجتهادات المحكمة العليا الأخيرة[82] قرار رقم 141262 بتاريخ 1996/07/30 المجلة القضائية 98/1 و التي كانت تقر بحق الزوجة في الخلع تستعمله وقت ما تشاء دون اعتبار لموافقة الزوج.

نلاحظ أن إزالة عقد الزواج أو فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع أمر جائز للمرأة بإرادتها المنفردة و لا حاجة لصدور قبول من الزوج فجاءت بذلك المادة 54 صريحة بعدم اشتراط موافقة الزوج على الخلع كما في النص السابق و استند المشرع في ذلك لرأي بن رشد الحفيد.

---

[79] - د. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 263 ، 264 .

[80] - الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه، الطبعة الأولى 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائرص111.

[81] - لحسين بن الشيخ آث ملويا، قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة 2005 –دار هومة.الجزائر

[82] - د-عبد القادر بن حرز الله، خلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى سنة 2007، دار الخلدونية الجزائر ص271.

و يكون بذلك المشرع قد خالف من قال بأن الخلع عقد رضائي يشترط فيه موافقة الزوج ورضاه في ذلك و كيفه على أساس أنه عقد غير رضائي و على ذلك فإن الخلع كالطلاق لما كان بيد الرجل فإنه لا ينظر فيه إلى موافقة المرأة أو عدم موافقتها في ذلك فكذلك الأمر للخلع بالنسبة للرجل فلا يعتد بعدم موافقته و عليه فإن الخلع ليس بعقد يشترط فيه الصيغة كما في باقي العقود وأنه لا يختص بالفظ معين بل يجوز بأي لفظ ما دام أن البدل موجود[83]

المطلب الثاني: إجراءات الخلع

لقد اهتم المشرع الجزائري بالجانب الموضوعي في آثار عقد الزواج مهملا بذلك القواعد الإجرائية هذه الأخيرة التي يصعب في كثير من الأحيان تطبيقها على الجانب الموضوعي مما يؤدي إلى التضارب بين أحكام الشريعة الإسلامية و نصوص القانون[84].

تنص المادة 49 من ق أ ج **" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".**

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

من المادة تستنتج أن المشرع الجزائري لم يعترف بالطلاق الشفوي الذي تقره الشريعة الإسلامية و الذي هو الأصل في الطلاق و من لحظته يبدأ حساب الآثار المتعلق بالطلاق مهما كان نوعه سواء بإرادة الزوج، أو بطلب من الزوجة، أو بتراضي الزوجين، إذ لا بد أن يتم الطلاق بجميع أنواعه، أمام القضاء حيث تنعقد فيه الخصومة القضائية وصولا إلى إصدار حكم فيه.

و بالتالي تكون إرادة الزوجة في إيقاع الخلع الذي أجازه لها القانون دون اعتبار لموافقة الزوج متوقفة و مقيدة بإتباع الشكل القانوني لحل الرابطة الزوجية بالخلع أمام القضاء حيث تنعقد الخصومة القضائية بعد أن تقوم الزوجة في دعوى الخلع بتقديم عريضة أمام المحكمة المختصة محليا في قسم شؤون الأسرة، على أن تكون هذه العريضة مؤرخة و موقعة و تشمل البيانات

---

[83] - عماري نور الدين ، المرجع السابق ، ص 148 .
[84] - عماري نور الدين ، المرجع السابق ، ص 201.

الخاصة بطرفي الدعوى ،الزوج و الزوجة، من حيث الاسم و اللقب و المهنة و العنوان فضلا عن عرض موجز للموضوع لتنتهي إلى الطلبات التي ترغب في تقديمها و الحصول عليها[85].

الفرع الأول: إجراء الصلح.

انطلاقا من نص المادة 49 ق أ ج يتبين أن المشرع الجزائري أوجب على قاضي الأحوال الشخصية عند معالجته لدعوى فك الرابطة الزوجية، القيام بعدة محاولات لإجراء الصلح.

و يقصد بمحاولة الصلح أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه، لمحاولة إقناعهما بالتراجع عن طلباتهما و تعد محاولات الصلح عنصرا من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي، و يترتب على تخلف محاولة الصلح بطلان العمل القانوني[86]

و تجري محاولة الصلح عادة باستدعاء القاضي الزوجين معا إلى مكتبه، و ذلك بمجرد تسجيل الدعوى و طرحها عليه، و أن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما، ثم يحاول أن يصلح بينهما بإظهاره لمساوئ النزاع و مضار الفرقة، و بيان محاسن الألفة و التفاهم و الانسجام، و التسامح المتبادل من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما، و لصالح أطفالهما و استمرار علاقة القرابة و المصاهرة بين عائلتي الزوجين.

و سواء نجح القاضي أو فشل في محاولات الصلح ينبغي أن يحرر محضرا بما توصل إليه من نتائج يلحق بملف الدعوى، و أن يحيل الطرفين إلى جلسة علنية تنعقد ضمن الجلسات المقررة للمحكمة، و عندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه[87].

و مما سبق يتضح تقييد المشرع لإرادة الزوجين في اللجوء لفك العصمة الزوجية بالشكل القانوني المطلوب، ابتدءا من رفع الدعوى بعريضة مكتوبة، و مرورا بمحاولات الصلح التي يجريها القاضي و صولا لإصدار حكم قضائي.

يقضى بالخلع، يبدأ من تاريخ صدوره لحساب فيما يتعلق بآثار الطلاق بالرجوع إلى أحكام الخلع لا بد أن نميز بين أمرين في تحديد طبيعة أحكام الخلع.

---

[85] - سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا، الطبعة الأولى 2001 دار الصدى، الجزائر، ص 25 .

[2] - عمر زودة ، طبيعة الأحكام بانهاء الربطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، ص 106 .

[87] - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، 346 .

أ- حالة اتفاق الزوجين على الخلع:

إن إتفاق الزوجين على الخلع و إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج، يكون فيه الحيز الأكبر لإرادة الزوجين فهي المرتبة للأثر القانوني و ما الحكم القضائي إلا الشكل المقرر قانونا لإفراغ إرادة الزوجين، و عليه يعتبر هذا الحكم مقررا و كاشفا و مثبت لإرادة الطرفين فقط، وعليه فهو يخضع لما تخضع له العقود الرسمية[88].

ب-**الخلع الذي يكون دون موافقة الزوج**:

نصت المادة 54 من قانون الأسرة على " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" من خلال نص المادة يتضح استبعاد إرادة الزوج في الخلع خلافا لما كان جاري به العمل فيما سبق إذ كان لا بد من موافقة الزوج على مبدأ الخلع.

فإذا لم يحصل الاتفاق بين الزوجين على الخلع لقاء بدل تدفعه الزوجة لزوجها و رفعت هذه الأخيرة أمرها للقاضي طالبة التقرير فما على القاضي في هذه الحالة إلا أن يطلقها رغم رفض الزوج إذ لاعتبار لإرادة الزوج في الخلع طبقا لنص المادة، و ذلك لاستناد للسنة النبوية و أراء الفقهاء .

حيث ذهبوا إلى عدم اشتراط الكراهية من طرف الزوجة لصحة الخلع و تبعا لذلك أصبح من حق الزوجة أن تطلب التفريق لقاء بدل تدفعه دون أن يتوقف ذلك على أي شرط يجب أن تثبته وبالتالي أصبح حق التطليق مقابل ما تدفعه من مال، حقا إراديا تملكه الزوجة و تمّسكها به لا يملك القاضي رفضه و ليس له أي سلطة تقديرية في ذلك.

و بهذا يكون الحكم الصادر بالخلع لا يختلف في طبيعته عن الحكم الصادر بإرادة الزوج و بذلك هو حكم مقرر و كاشف و مثبت لإرادة الزوجة، و إنما الاختلاف في نوعية الفرقة ففي الخلع هي طلاق بائن و بإرادة الزوج هي طلاق رجعي إلا أن المعروف كل طلاق يوقعه القاضي فالطلاق فيه طلاق بائن [89].

---

[88] - أنظر خليل عمرو ، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة و الفقه الإسلامي، رسالة الدكتوراه في الحقوق – جامعة بلعباس 2005 ص 233.

[89] - عمر زوده ، المرجع السابق ، ص 116 .

الفرع الثاني: طرق الطعن في الحكم الصادر بالخلع

تخضع الأحكام الصادرة بالخلع لنفس طرق الطعن في أحكام الطلاق في حين أنه توجد بعض القواعد التي تختلف فيها الأحكام الصادرة بالخلع عن أحكام الطلاق فمن خلال نص المادة 54 السالفة الذكر هذا النص يطرح عدة فرضيات نتعرض لها بالتفصيل كما يأتي:

أ- في حالة حصول اتفاق بين الزوجين:

إن المشرع يعتبر الخلع من العقود الشكلية التي تتطلب إتباع الشكل القانوني فيها إلى غاية إصدار حكم قضائي بها و من تم يعد الحكم الصادر بالمخالعة باتفاق الزوجين من العقود القضائية، هذه العقود التي تخضع لنفس النظام القانوني الذي تخضع له العقود و بذلك غير خاضعة لاي طريق من طرف الطعن المقرر ضد الأحكام القضائية.

وحتى اعتبار هذا القرار حكما قضائيا طبقا للمعيار الشكلي فالطعن فيه غير مقبول لانتفاء المصلحة، لأن اتفاق الطرفين يكون مانعا لأي طريق من طرق الطعن[90]

ب - الاختلاف حول البدل و عدم قبول الزوج المخالعة.

لقد فصل المشرع في التعديل الأخير لقانون الأسرة 02/05 بأن اعتبار إرادة الزوج في الخلع وقبوله من عدمه، أذ يمكن للزوجة طبقا لنص المادة 54

أن تخالع نفسها دون موافقة الزوج إذ اعتبار لإرادة هذا الأخير في الخلع و لا مشكل في هذه الحالة، فما على الزوجة إلا اللجوء إلى القضاء و رفع دعوى خلع للقاضي هذا الأخير لا يملك رفض طلبها فلا سلطة له في ذلك إذ يجب عليه تثبيت إرادة الزوجة بإصداره لحكم التطبيق بالخلع متى التزمت الزوجة بدفع البدل فإذا ما رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء للمطالبة بالمخالعة و قبولها بدل الخلع فتنشأ لها طبقا لذلك قرينة غير قابلة لإثبات العكس على وجود الكراهية التي تلزم القاضي بالاستجابة إلى طلبها في المخالعة و هذا هو الاتجاه الذي جاء به التعديل الأخير بموجب الأمر 02/05 و أصبحت الزوجة بذلك تتمتع بحق إرادي و هو الحق الذي لا يختلف عن الحق الإرادي للزوج في إنهاء العلاقة الزوجية و بالتالي فإن النشاط الذي يقوم به القاضي يدخل في إطار الوظيفة الولائية و ليس الوظيفة القضائية [91]

---

[90] - عمر زوده ، المرجع السابق ، ص 157.

[91] - عمر زوده ، المرجع السابق ، ص 76 .

و عليه فالذي يمكن أن يقبل الطعن هو تحديد قيمة البدل، و ليس الخلع في حد ذاته إذ المنازعة تكون حول تحديد البدل في حالة عدم الرضا من الزوج أو حتى الزوجة عند تحديد القاضي للبدل لأنه يعتبر من الأمور المادية و التي أجازت المادة 57 من قانون الأسرة الطعن فيه بكل طرق الطعن.

و عليه فإن الأحكام الصادرة بالخلع تكون نهائية أما التي تصدر فيما يخص البدل فتكون غير نهائية تقبل الطعن فيها بجميع طرق الطعن (المعارضة، الاستئناف، الطعن بالنقض).

- **أحكام التطليق بالخلع قابلة للاستئناف**:

المحكمة العليا كانت تجيز الاستئناف في أحكام التطليق بالخلع، حيث صدرت عدة أحكام من المحاكم الابتدائية، بعضها يقضي بالتطليق بالخلع و بعضها الأخر يقضي برفض طلب التطليق بالخلع ووقع فيها الاستئناف أمام المجالس القضائية حيث قامت هذه الأخيرة بالتصدي لهذه الأحكام و إلغائها، و قبلت المحكمة العليا النقض ضد القرارات الصادرة من المجالس القضائية بعضها صدر تأييد الحكم الدرجة الأولى القاضي بالتطليق بالخلع و بعضها ألغى حكم الدرجة الأولى و صرح من جديد بالتطليق بالخلع، و ما تصريح المحكمة العليا برفض الطعون المرفوعة ضد هذه القرارات إلا قضاء ضمني بجواز الاستئناف في تلك الأحكام [92]

أحكام الخلع تصدر ابتدائيا و نهائيا:

المحكمة العليا تعتبر الأحكام الصادرة في دعوى الخلع غير قابلة للاستئناف و ذلك عندما يطعن في الأحكام في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع بالنقض خاصة إذا كان الطعن بالنقض لا يقبل إلا في الأحكام الصادرة من المحاكم بصفة ابتدائية و نهائية و يعتبر قبول المحكمة العليا الطعن فيها بالنقض مباشرة تصريح ضمني على أنها أحكام نهائية.

نجد من بين هذه القرارات القرار رقم 1415262 المؤرخ في 1996/07/30 الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، حيث طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر بتاريخ 1994/12/14 عن محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر القاضي بحل الرابطة الزوجية بالخلع وقد انتهى الطعن بالنقض إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا

---

[92] - عمر زوده ، المرجع السابق ، ص 160 ، 162 .

و مما سبق يتبين الازدواج في اتجاه المحكمة العليا حيث نجدها تقبل الطعن في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية و القاضي بالتطليق بالخلع و في نفس الوقت تقبل الطعن في أحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية.

وذلك خلافا لوظيفتها الدستورية التي حددها القانون في توحيد الاجتهاد القضائي فيما يتعلق باعتبار أحكام الخلع إما ابتدائية أو نهائية[93].

المبحث الثاني: آثار الخلع

أورد قانون الأسرة الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق و تندرج آثار الخلع في هذا الفصل باعتبار طريقا من طرق حل الرابطة الزوجية مع اختلافات ينفرد بها الخلع و تتمثل هذه الآثار في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع و اعتدادها و نفقة عدتها و سقوط الحقوق الزوجية بالخلع.

المطلب الأول : الآثار المادية

يترتب عن نشوء الرابطة الزوجية حقوق مالية للزوجة تقع على عاتق الزوج وتنمي الذمة المالية للزوجة إيجابا، ويترتب عن إحلال هذه الرابطة بعد تباغض وتنافر وسوء عشرة آثار مادية[94].

ولم يورد القانون الجزائري أي نص في هذا الشأن مما يوجب الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي والتي تقضي بأن الخلع أكمل طلاق بائن، يقع بمجرد توافق الإيجاب والقبول ويكون المال دينا في ذمتها يجب أداءه، وأن الخلع لا يسقط من الحقوق والديون التي لأحد الزوجين على الآخر إلا ما اتفق عليه[95].

الفرع الأول: استحقاق الزوج البدل.

متى وقع الإيجاب و القبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به التزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البدل المتفق عليه أو المحكوم به قضاء أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق و أقل العموم قول تعالى " فلا جناح عليهما فيما افتدت به"

إن هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أم كثيرا زائدا عن المهر أو أقل منه (1)

---

[93] - عماري نور الدين ، المرجع السابق ، 211 .
[94] - لوعيل محمد أمين ، المرجع السابق ، ص 131.
[95] - د.عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 268 .

فلزوم المال المسمى إنما يكون لوجوبه بإلتزام الزوجة ما لم تكن محجورة بالسفه أو مكرهة، فلا يلزمها شيء و إن كانت مريضة مرض الموت و خالعها زوجها على مال في أثناء مرضها و قبلت وقع عليها طلاق بائن كما لو كان الخلع في حالة صحتها، و يستحق الزوج إذا توفيت الزوجة و هي في عدة مرض الموت المبلغ المتفق عليه مقابل الخلع، أو ميراثه أو ثلث تركتها لو كانت وصية[96]

الفرع الثاني: سقوط الحقوق.

لم يتحدث المشرع الجزائري عن آثار الخلع و من بينها مسألة سقوط الحقوق الزوجية حيث جاء نص المادة 54، عاما تحدث عن حق الزوجة في الخلع دون موافقة زوجها و في الفقرة الثانية تحدث عن حالة عدم الاتفاق على البدل و دور القاضي في ذلك[97].

في حين نجد أن العمل يجري بمصر على الراجح من مذهب الحنفية و هو أن الخلع يسقط كل حق لأحد الزوجين على الأخر و لا يستثني من ذلك إلا النفقة المتجمدة للزوجة فإنها لا تسقط بالخلع[98].

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

و يتضح أن اجتهاد المحكمة العليا يتماشى و الفقه الحالي الذي يرى أن الخلع لا يسقط حق من الحقوق إلا ما اتفق عليه باعتباره كالطلاق على مال.

المطلب الثاني: الآثار المعنوية.

و هي آثار يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوجية فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه، و على القاضي الاستجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام.

فتنشأ عن فك الرابطة الزوجية مراكز قانونية جديدة يثور بشأنها خلاف وهذه المراكز هي الحضانة وكذلك العدة وتثير الحضانة إشكالا من حيث ممارستها والأحقية في الأولوية فيها.

---

[96] - عبد القادر تقيه ، محضرات في قانون الأحوال الشخصية ، منشورات تالة الجزائر ، ص 77 .
[97] - عماري نور الدين ، المرجع السابق ، ص 216 .
[98] - محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 553 .

الفرع الأول: حق الحضانة.

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد أعطت أولوية الحضانة للمرأة فهذا اعتراف بدورها في حماية المحضون ويؤكد على أن الشريعة الإسلامية هدفت إلى حماية مصلحة المحضون قبل الحاضن وقد جعلت الشريعة الإسلامية مصلحة المحضون لدى المرأة وهذا تكريما لها واعترافا منذ ولادة المولود. طبقا لقوله تعالى : **"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"**[99] وهو الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري في قانون الأسرة حيث نظم الحضانة وحدد أولوية الاستحقاق فيها حسب درجة القرابة وموقع طالب الحضانة[100]

عرفت المادة 62 من ق أ ج الحضانة بأنها **" رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا و يشترط في الحضانة أن يكون أهلا للقيام بذلك "**

عرّفت الشروط العامة والمتمثلة في أهلية الحاضن وبلوغه والقدره على السحص، اما الشروط الخاصة فهي قيود تلتزم بها الحاضنة مدة ممارسة الحضانة وإلا سقط حقها في الحضانة وهذه القيود أو الالتزامات هي البقاء وفق وضعية قانونية تتماشى ومصلحة المحضون وتتمثل الشروط في :

- عدم جواز الحاضنة للتزوج بغير القريب محرم للحاضن.
- وجوب كون الحاضنة من ذوي القربى كالجدة أو الخالة.
- عدم الانتقال به إلى بلد أجنبي.
- عدم جواز تغيير الحاضنة لديها[101].

يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق بين الزوجين ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لأنها أولى ثم يليها من هم أحق بالحضانة و بعدها حسب نص المادة 64 من ق أ ج و على القاضي ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها قانونا لسبب من الأسباب أو وجوب مانع و تنتهي حضانة الولد ببلوغه عشر سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ما لم تتزوج الأم ثانية.

الفرع الثاني: نفقة العدة.

العدة هي تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة بين الزوجين بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها، و لقد نص القانون الجزائري في المادة 30 من ق أ ج .

" يحرم من النساء مؤقتا المحصنة و المعتدة من طلاق أو وفاة و المطلقة ثلاثا"

ونظم المشرع الجزائري في قانون الأسرة العدة وأحكامها والحقوق المترتبة للمرأة خلال مرحلة العدة وهذا ضمن المواد 58 من ق أ ج عدة المطلقة تحدد بثلاثة قروء للمرأة التي تحيض

---

[99] - سورة البقرة الآية 233.
[100] - لوعيل محمد لمين ، المرجع السابق ، ص 110 .
[101] - لوعيل محمد لمين ، المرجع السابق ، ص 111 .

وثلاثة أشهر لليائسة من المحيض، أما المادة 59 من ق أ ج فحددت عدة المتوفى عنها زوجها وكذلك المفقود زوجها وهي أربعة أشهر وعشرة أيام. وثبتت المادة 60 من ق أ ج عدة الحامل تنتهي بوضع الحامل لحملها[102].

لذا فكل مطلقة معتدة تستحق نفقة من مال زوجها طيلة مدة عِدتها و يجب على الزوج أن يتحمل نفقة العدة و على المحكمة أن تحكم بها و تحددها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك، و على القاضي أن يراعي في تقدير نفقة العدة حال الزوجين.

و تجدر الإشارة أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلا للخلع و بالتالي يسقط هذا الحق و ليس لها المطالبة به [103]

و نصت المادة 61 من ق أ ج " **لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق"**

من خلال نص المادة نلاحظ بأن المشرع الجزائري أوجب نفقة المطلقة المعتدة على زوجها طيلة مدة العدة و تشمل النفقة و فقا لنص المادة 78 من ق أ ج الغداء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات عرفا و عادة[104]

والخلاصة إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لما تبنى أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالعدة فقد أنصف المرأة لأن فترة العدة هي بمثابة مرحلة إرجاء للزوجة المعتدة سواءا من عدة طلاق أو وفاة[105]

---

[102] - لوعيل محمد لمين ، المرجع السابق ، ص 127 .
[103] - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 291 .
[104] - أنظر ، خليل عمرو ، المرجع السابق ، ص 218 .
[105] - لوعيل محمد لمين ، المرجع السابق ص 128 .

الخاتمـــــة:

نتيجة لما تقدم وختاما للدراسات التي أجريت على الخلع يمكنني أن أقول ببساطة أن الفرقة في بعض الأحيان أمر ضروري تستدعي إليها الحاجة وبالأخص في حالة استحالة الحياة الزوجية لدفع الضرر تطبيقا للقاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار، فالخلع ليس العلاج الفوري بل لابد من محاولة صلح من طرف الأقارب للتوفيق بين الزوجين والحفاظ على الأسرة.

كما أنه تحدث المشرع الجزائري عن الخلع في المادة 54 "**يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم**" باعتبارها المادة الوحيدة التي اتسمت بالعمومية والغموض، ولم يتحدث عن نظام الخلع بشيء من التفصيل وعليه نستخلص بعض النتائج:

- القضاء الجزائري قد غَيّرَ رأيه حديثا وأصبح يعتبر أن الخلع حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق وليس رخصة لتمكينها من التخلص من زوج لم تعد تطيق عشرته.
- إجراءات الخلع تشبه بكثير إجراءات الطلاق.
- الخلع حقيقة شرعها الإسلام لإنصاف المرأة ومساعدتها على الخروج من الحالة الصعبة التي تعيشها مع زوجها ومعناه أن تدفع المرأة مبلغا من المال للزوج على أن يفارقها.
- إذا كان الظلم من قبل الزوجة فالشريعة تأمرها أن تعيد الصداق للزوج ليجدد حياته من جديد وتلجأ إلى الخلع.
- الخلع وسيلة تلجأ إليها المرأة لشراء حريتها لأسباب متعددة تختلف حسب الأفراد ويكون للضرورة وليس للفائدة.
- الخلع يساهم في ردع تعنت الأزواج وتعسفهم في احتباس زوجة لا ترغب في الاستمرار معهم سواء كان بدافع الانتقام أو بدافع المحبة غير المتبادلة.
- التعديل الحالي لم يشمل فقط على تغييب وإهمال إرادة الزوج في مسألة الخلع وإنما أقر تغييبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع، فيجوز للقاضي في مثل هذه الحال أن يترك إرادة الزوج جانبا وأن يحكم للزوج بمبلغ لا يجوز أن يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.
- حكم الطلاق في إطار الخلع وإن كان يقبل الطعن بالنقض فإنه لا يقبل أبدا الطعن فيه بطريقة الاستئناف وذلك تنفيذا لما نصت عليه المادة 57 المعدلة التي جاء فيها أن "**أحكام**

الطلاق الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية تكون الأحكام متعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

فكان على المشرع أن يضيف إلى هذه المادة مواد أخرى كما عملت التشريعات الإسلامية الأخرى وذلك كالآتي:

- تحديد شروط الخلع سواء تلك الشروط المتعلقة بالزوج والزوجة.
- تحديد نوع العوض الذي يقع به الخلع ومقداره وما يصح أن يكون عوضا.
- تحديد نوع الطلاق الواقع بالخلع.
- تحديد موقف المشرع من الخلع مقابل بعض المنافع.
- تحديد الآثار المترتبة عن الخلع وإعطاء الزوج الحق في التعويض إضافة للبدل عملا بمبدأ المساواة حيث منحه للزوجة في الطلاق والتطليق.

وبهذا يكون الإشكال الذي كان سائدا حول وجوب موافقة الزوج على مبدأ الخلع من عدمه قد زال وذلك بالنص الصريح على عدم اشتراط موافقة الزوج وبما أن لا اجتهاد من النص فإنه يصبح الخلع حقا يستوجب من الزوجة أن تعبر عن إرادتها في استعماله أمام القاضي وعلى هذا الأخير الاستجابة لها بأن يقرر لها هذا الحق. ويخالعها من زوجها حتى ولو عارض الزوج ذلك إذ لا يبقى للزوج إلا مناقشة المبلغ المخالع عليه.

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع:

- القرآن الكريم برواية ورش عن الإمام نافع، الطبعة الأولى، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ،عين مليلة، الجزائر.

المؤلفات العامة:

- أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، طبعة جديدة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة.
- أحمد نصر الجندي من فرق الزوجية (الخلع-الإبلاء-الظاهر اللعان)، دار الكتب القانونية، الطبعة سنة 2005، مصر.
- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، الطبعة سنة 2004، دار الكتب القانونية مصر.
- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، الطبعة 2007 دار الهدى – الجزائر.
- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة سنة 2003 - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- د. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى سنة 2007 دار الخلدونية ،الجزائر.
- د. بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق) الطبعة 1999 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- د. عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم.
- د. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى سنة 2001 دار ابن حزم، لبنان.
- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى 1984دار الفكر، دمشق.
- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا، الطبعة الأولى 2001 دار الصدى، الجزائر.
- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة 2005، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة.

- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية دار الفكر.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، الطبعة الثالثة 1996دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر.
- عبد الفتاح تقية محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، منشورات تالة، الجزائر.
- عبد المجيد مطلوب ،الوجيز في أحكام الأسرة- الطبعة 2004 .مؤسسة المختلر للنشر-مصر
- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها.
- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه، الطبعة الأولى 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج، الطلاق) الطبعة سنة 1986 المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة 2005 دار هومة، الجزائر.
- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2004 دار هومة، الجزائر.
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية سنة 977 دار النهضة العربية، بيروت.

المذكرات الجامعية:

- خليل عمرو، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة والفقه الإسلامي، رسالة الدكتوراه في الحقوق – جامعة بلعباس 2005 .
- عماري نور الدين، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار 2008/2007.

النصوص القانونية :

- قانون 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو عام 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري،
- الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

الفهـــرس

مقدمة..... 01

الفصل الأول: ماهية الخلع 04

المبحث الأول: مفهوم الخلع 05

المطلب الأول: دليل مشروعيته 07

الفرع الأول: الكتاب 07

الفرع الثاني: السنة..... 09

الفرع الثالث: الإجماع..... 10

المطلب الثاني : شروطه..... 10

الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالزوج..... 11

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالزوجة 13

الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالبدل..... 16

المبحث الثاني : أنواع الخلع وتمييزه عن التطليق..... 17

المطلب الأول : أنواعه..... 18

الفرع الأول : الخلع بدون عوض..... 18

الفرع الثاني : الخلع بعوض..... 20

المطلب الثاني : الفرق بين الخلع والتطليق..... 22

الفرع الأول : الأساس..... 23

الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي..... 25

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية للخلع وآثاره..... 28

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للخلع..... 29

المطلب الأول : النظام القانوني 29

الفرع الأول : التكييف الفقهي..... 30

الفرع الثاني : التكييف التشريعي..... 33

المطلب الثاني : إجراءات الخلع..... 36
الفرع الأول : إجراءات الصلح..... 37
الفرع الثاني : طرق الطعن..... 39
المبحث الثاني : آثار الخلع..... 41
المطلب الأول : الآثار المادية..... 42
الفرع الأول : استحقاق الزوج البدل..... 42
الفرع الثاني : سقوط الحقوق المادية للزوجين..... 42
المطلب الثاني : الآثار المعنوية..... 43
الفرع الأول : حق الحضانة..... 43
الفرع الثاني : نفقة العدة..... 44
الخاتمة : نتائج البحث..... 47
قائمة المراجع :..... 50
الفهرس