جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جـامعة عبد الرّحمان ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السيـاسية
قسم القـانون الخـاص

أثر الاجتهـاد القضـائي في الخـلع

مذكرة مقدمة لنيل شهـادة المـاستر في الحقوق
تخصص قـانون خاص

من إعداد الطـالبتين
بجيــح وردية
عســلون خديجة

تحت إشراف الأستـاذة
إقروفة زبيدة

لجنة المنـاقشة

الأستـاذة الدكتورة آيت شـاوش دليلة، أستـاذة، جـامعة بجـاية..... رئيسة

الأستـاذة الدكتورة إقروفة زبيدة، أستـاذة، جـامعة بجـاية.....مشرفة

الأستـاذة بن مداخن ليلة، جـامعة بجـاية..... ممتحنة

تاريخ المناقشة 04 جويلية 2023

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الشكر أولا وأخيرا لله وحده، فهو خير الشاكرين، الذي وفقنا في إعداد هذه المذكرة، مع امتناننا للمشرفة الفاضلة" زبيدة إقروفة، التي أشرفت على هذا العمل، وكانت القدوة والمثال في النصح والإخلاص، ولا أفوت فرصة شكر جميع الأساتذة الذين كان لهم الفضل في تدريسينا، وتكويننا، وما قدّموه لنا من علم رفة.

والشكر لكل من ساعدنا ولو بدعاء من بعيد أو من قريب.

الإهداء

أخيرا عانقت حلمي الجميل، الذي لطالما حلمت به.

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والداي، إلى أمي " رائحة الجنة"، إلى من رفعت رأسي عاليا افتخاراً بها، التي يعجز اللسان عن وصفها التي كانت سندا لي في كل المواقف الصعبة التي مررت بها، كنت ولا أزال أختبئ خلف ظهرها حين يداهمني اليأس، التي كانت المثال الأعلى والقدوة في حياتي.

لكل العائلة كبيرا أو صغير، إلى صديقات ورفيقات الدرب الغاليات

،إلى كلِّ إمرأة أينما وُجدت.

وردية بجيح

إهداء

قال تعالى: **"رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه"**

أمي الغالية..إلى من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود أمي حبيبتي، أطال الله في عمرك.

أبي الغالي..إلى قرة عيني وقدوتي في الحياة الذي عمل بكد في سبيلي، وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه، لن أوفي حقك يا أغلى أب، أدامك الله لي.

أخواتي الغاليات وبناتهن..إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات، إلى من أظهروا لي ما هو أجمل من الحياة اللهم احفظهم لي ولا تريني بهم مكروه.

إلى صديقاتي الغاليات، أخواتي التي لم تلدهم أمي، حفظكم الله وأدامكم لي.

إلى قريباتي الحبيبات وأقربائي الأعزاء، فليحفظكم الله لي إن شاء الله.

إلى كل زملائي الذين ساعدوني وساندوني من قريب وبعيد.

عسلون خديجة

قائمة المختصرات

باللغة العربية :

ق.أ	قانون الأسرة
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق. د	قانون دستوري
ق.م	القانون المدني
د .ط	دون طبعة
مجلد	مج
د.س.ط	دون سنة طبع
م .م	المعدل والمتمم
ج.ر	الجريدة الرسمية
ع	عدد
د.د.ن	دون دار نشر
د.ب.ن	دون بلد نشر
د.س.ن	دون سنة النشر
ج	جزء
د. ج	دينار جزائري
ص	صفحة
ص.ص	من الصفحة .....إلى الصفحة .....

مـــــقدمـــــــة

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع، إذ حرصت الشريعة الإسلامية على ضبط العلاقة التي تحكم الرجل والمرأة، تحت ما يسمى "بالزواج"، الذي شرَّعه الله لمقاصد سامية وأغراض نبيلة، أهمها استمرار البشرية والتكاثر، وتكوين أسرة، فوصف الله جل جلاله هذه العلاقة بالميثاق الغليظ، الذي يبنى على المودة والرحمة والسكينة، إذ يسعى الإنسان في ظلها للاستقرار والسعادة، ولا يتحقق ذلك إلاّ في وسَط مبني على الألفة والتعاون والصبر، اللذان يعتبران من دعائم نجاح العلاقة الزوجية، لقوله تعالى: "**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَةً وَرَحْمَةً**"[1].

نظم الإسلام العلاقة الزوجية مبيناً جل أحكامه في الدين، من حدود والتزامات كل طرف، حفاظاً على الإنسان وتحصينه من المحرمات، إلاّ أنه في بعض الأحيان قد تصادف الزوجان بعض المشاكل، مما يجعل من استمرار العلاقة الزوجين أمرً مستحيلاً، حين تبوء جهود الوسطاء والأقارب من العائلة والأصدقاء بالفشل، فلاّ مفر من فك قيد الزواج، الذي أحله الله لإنهاء هذه الرابطة المقدسة بواسطة الطلاق،بالرغممناعتبارهأبغض الحلال.

جعل الشارع العصمة بيد الزوج، لهذا لم يهمل المرأة، فأعطاها هي الأخرى الحق في الخلاص من علاقة فاشلة، لا تجد فيها سبل الراحة والسعادة، فإن خشيت أن لا توفي حق زوجها، ودفعا للضرر يمكنها فك تلك الرابطة بالخلع لقوله تعالى:" **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهْ**"[2]، ولدفع الضرر، والخلعفك العلاقة الزوجية، مقابل ما تدفعه، فهو فرقة بعوض[3]، لكن ليصح الخلع لا بد من توافر الشروط، والمتمثلة في قيام الرابطة الزوجية أي زواج صحيح، وأن تكون الزوجة محلا للطلاق مع اشتراط اللفظ، كما يشتمل على ثلاثة أركان متمثلة في الخالع وهو الزوج، والخالعة أي الزوجة أو وليها، وأخيرا ركن العوضإذ يعتبر الجزء الأساسي إن لم يتحقق، فلا يتحقق الخلع، فالخلع من طرف الزوجة مقابل الطلاق من قبل الزوج.

[1] سورة الروم، الأية21.

[2] سورة البقرة، الأية 227.

[3] منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه وأثاره)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص38.

كانت النساء لعقود أسيرات في العلاقة الزوجية، فلم يكن لهن الحق في طلب الطلاق دون رضا الزوج، بالرغم من تكريسه شرعاً وقانونا، إلا أنه لم يظهر ذلك في التطبيق، إذ ضّيقوا على المرأة في طلب الخلع، وهذا راجع لغموض المادة 54 من قانون الأسرة[4]، فلم يتطرق المشرع الجزائري للمسائل الجوهرية، مما جعل القضاة في تناقض وتعارض أثناء إصدارهم للأحكام في هذا الموضوع.

إن البحث في قضايا شؤون الأسرة وأحكامها من أهم المواضيع المتجددة في بعض مسائلها، نظراً لتجدد الحوادث والوقائع، وتغير الأحوال من خلال التطور الذي يشهده الواقع في شتى المجالات، ويتعامل القاضي مع النصوص القانونية، يتحدد نطاق الاجتهاد القضائي، بانتفاء النص التشريعي في حكم تلك المسألة، ولا يمكن تقرير الانتفاء إلا بعد مجهود يبذل للوصول للحقيقة، أو تقريب النصوص القانونية فيما بينها، لأنه لا اجتهاد مع النص[5]، وهذا بناء على ما ورده المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني:" **يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها"[6]**.

يمكن تعريف الاجتهاد القضائي على أنه مجموعة من الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها، كما تتعدد مجالات الاجتهاد، ويشترط على المجتهد أن يكون على معرفة قانونية واسع[7]، ومن دواعي الاجتهاد محدودية وإيجاز النصوص القانونية، التناقض والتعارض بين مضامين النصوص وفي بعض الأحيان سهو المشرع عن تنظيم بعض المسائل، أحيانا يترك المشرع هامشاً عن قصد لإعمال سلطة القاضي بتكييفه للوقائع واستنباط الحكم

[4] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، ج.ر.ج.ج عدد 24 الصادر بتاريخ 1984/06/12.

[5]بوعلالة عمر، « نطاق الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائر »، مجلة النوازل الفقهية القانونية، مج6، العدد 2، مخبر الدراسات الشرعية والتراثية، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2022، ص235.

[6]القانون رقم10/05 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق ل 20 يونيو2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر لسنة 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والمنشور في ج.ر، عدد 44، سنة 2005.

[7] حسين فريحة، « الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه "المجتهد معناه ومدلوله »، مجلة الاجتهاد القضائي، ع1، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د.س، ص13.

المناسب[8]، ومن هنا تظهر كفاءة القاضي في إنزال النص على الوقائع، وينتج عن ذلك تعديلات قانونية، كما هو الشأن فيما يخص إرادة الزوج لتوقيع الخلع، فرغم أنّ معظم القضاة يوجبون رضا الزوج، إلاّ أن هناك آخرون لا يعتدون برضا الزوج، إلاّ أنّ بالأمر رقم 05-02[9] كانت القرارات الأخيرة للمحكمة العليا استقرت على إلغاء مبدأ رضائية الزوج، مما أدى لتعديل المادة 54 من قانون الأسرة.

ومن هنا تبرز أهمية الموضوع، باعتبار الخلع من أهم القضايا الاجتماعية المطروحة في المجتمع الجزائري، نظرا لارتفاع قضاياه، والتأثير السلبي على الأسر الجزائرية، إذ كرّس القانون والاجتهاد القضائي حق المرأة في المخالعة، بعد أن كان من الصعب حصولها على الخلع لعدم موافقة الزوج، بالإضافة إلى العديد من المسائل التي حسمها الاجتهاد القضائي في مسائل الخلع، والتي ستكون محل البحث.

وكان من الأسباب الذاتية لاختيار موضوع:" أثر الاجتهاد القضائي في مسألة الخلع" محلاً للدراسة هو الميول الذاتي للمواضيع المتعلقة بقانون الأسرة، والرغبة الشخصية في الإطلاع على المسائل التي تتعلق بالمرأة لكوني امرأة، وكذا التعرف على مركز المرأة في فك الرابطة الزوجية، والدوافع التي تؤدي بها لطلب الخلع، كما أنه من مواضيع القانون الخاص الذي هو التخصص الذي اخترناه في المشوار الدراسي.

أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في الأهمية العلمية التي يطرحها موضوع الخلع، الذي يفرض نفسه على أرض الواقع، ومعرفة الآثار التي ينتجها على كل من الأسرة والمجتمع، وتوعية المرأة بحقها في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

[8] إقروفة زبيدة، محاضرات في الاجتهاد القضائي، ماستر 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2023، ص15.

[9] المادة 54 من القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24، الصادر في 12 يونيو1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 02/05، المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، ج ر، ع15، الصادر في 27 فبراير 2005.

ومن هنا يمكن طرح الإشكالية الآتية: ما هو أثر الاجتهادات القضائية على نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري وتوابعها ؟

للإجابة على الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي في تناول أحكام الخلع وأثاره، والمنهج الاستقرائي من خلال تتبع قرارات المحكمة العليا في الموضوع قبل وبعد التعديل، كما دعمنا بحثنا بالمنهج المقارن في بعض العناصر للوقوف على توجه التشريعات العربية في هذا الموضوع، وقد قسّمنا موضوع الدراسة المعنون بأثر الاجتهاد القضائي في الخلع إلى فصلين، تدرّج حق المرأة في المخالعة وتكيفه القانوني (الفصل الأول)، وإجراءات التقاضي في الخلع والأثر المترتب عنه (الفصل الثاني)، وأخيراً توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات في خاتمة البحث.

الفصل الأول

تدرّج حق المرأة في المخالعة وتكيفه القانوني

شُرِّع ميثاق الزواج لتحقيق مقاصد سامية، وهي الاستقرار والتناسل، لكن هناك حالات من النفور والنزاعات تستوجب فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق.

حيث يعد الطلاق العلاج في حالة كثرة المشاجرات والشقاق بين الأزواج، عند الوصول إلى مرحلة يصعب فيها الاستمرار في تلك العلاقة، لذا أباحت الشريعة والتشريعات العربية من بينها المشرع الجزائري بأن تفتدي نفسها بواسطة الخلع، مقابل بدل تدفعه الزوجة لدفع الضرر الذي ستتسبب به للزوج في المقابل يشمل تنازلها عن بعض حقوقها المالية الشرعية، عدا ما يخص الأولاد.

لم يتطرق المشرع الجزائري لجميع التفاصيل المتعلقة بالخلع، فقد كانت المادة 54 عامة ومبهمة، لم يتطرق فيها للشروط الواجب توافرها لتقرير إعمال هذا الحق، مع عدم فصله في مسألة رضا الزوج من عدمها.وسنتطرق إلى مدى اعتبار إرادة الزوج في الخلع (المبحث الأول)، ثم بعدها لتكييف الخلع باعتباره طلاق أو فسخ (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مدى اعتبار إرادة الزوج في الخلع

من المعلوم أنّ للزوج سلطة واسعة في إنهاء الرابطة الزّوجية مقارنة بالمرأة، نظرً لكونها الطرف الضعيف في العلاقة، وكذا مركزها في المجتمع، مما أدى لظهور جدل كبير حول أحقيةالمرأة في طلب إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها دون الأخذ بعين الاعتبار إرادة الزوج،ولهذا سنتطرق إلى اعتبار إرادة الزوج في الخلع قبل صدور قانون84-09 في(المطلب الأول)، ثمّ مدى إعمال حق الخلع في(المطلب الثاني).

المطلب الأول

اعتبار إرادة الزوج في الخلع قبل وبعد القانون 84-11

طرحت إشكالية هامة بين أهل الفقه والقانون حول أحقية الزوجة في الانفصال عن زوجها بإرادتها المنفردة، فالمادة 54 قبل التعديل كانت غامضة لكونها لم تحدد إن كان الخلع حقاً مطلقاً للزوجة أم أنّ لإرادة الزوج حجية في إتمام الأمر، حيث مر المشرع بعدة مراحل لتبيان مركز إرادة الزوج في الخلع، مما يطرح إشكالية مدى الاعتداد بإرادة الزوج قبل صدور قانون 84-09 وبعد صدوره (الفرع الأول)، ثم عدم الاعتداد بموافقة الزوج بعد تعديل 2005 (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وجوب رضا الزوج قبل وبعد صدور قانون 84-11

طرحت مسالة رضا الزوج في الخلع في القانون الجزائري الذي يتوافق مع الشريعة الإسلامية قبل صدور قانون 84-11 المتعلق بالأسرة (أولا)، ونواصل الحديث عنها بعد صدروه (ثانيا)، وذلك لمكانة وأهمية الرضا في العلاقة الزوجية سواء في تكوينها أو في إنهائها.

أولاً: قبل صدور القانون 84-11

عرف نظام الأسرة في الجزائر أثناء الحقبة الاستعمارية تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج وأثاره وكذا الطلاق وأثاره، من خلال المحاكم الشرعية التي وجدت، فبعد اندلاع الثورة أُصدر

الأمر رقم 59-742[10]، خص تنظيم عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الخاضعون للأحوال الشخصية المحلية، وذلك فيالجزائر والواحات،وتطرق فيه لمسائل (الزواج، انحلاله) بوجوب إصدار قرار الانحلال بناءً على طلب من أحد الزوجين إلى القاضي المختص، مع الفصل في مسألة حضانة الأولاد، النفقة،التعويض، مع إلزامية الحضور الشخصي في دعوى الطلاق، فلم يتطرق هذا الأمر للصور المختلفة لفك الرابطة الزوجية، وأعطى لكلا الزوجينالأحقية لإنهاء الرابطة الزوجية.

بعد الاستقلال حاول المشرع استدراك الأمر، فسن القانون 63-224 المؤرخ29 جوان 1963 خاص بسن الزواج،حيث اشترط 18 سنة بالنسبة للرجل، و16سنة للمرأة، ثم اصدر الأمر رقم 69-72 المؤرخ في 29 جوان 1969 فيما يخص إثبات الزواج، ولم يشر إلى طرق انحلال الرابطة الزوجية ومنها الخلع، ولم يعمل به في المحاكم.

بعد صدور القانون المدني نصت المادة الأولى منه :" **يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذ لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة**"، أي في غياب النص القانوني حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية، ففي هذه المرة أقرّ القضاة بضرورة وجود التراضي في الخلع بواسطة اتفاق، فإذا عرضت الزوجة مبلغاً مقابل مخالعتها ورفض الزوج ففي هذه الحالة لا يقع الخلع[11]، وقد انعكس ذلك في قرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه مسألة تحديد مبلغ الفدية بين الزوجين، حيث قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته بأن مبدأ المخالعة لابد أن يحدده الزوجان، ولا يمكن للقاضي التدخل فيه،وحسب القرار الصادر في 1980/02/25[12]، الذي قضي أنّ الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة، ومقداره يحدد بالتراضي بين الطرفين، ولا دخل للقاضي في تحديده، وفقا للشريعة الإسلامية

[10] الأمر رقم 59-274، المؤرخ في 4 فيفري 1959، لتنظيم الأحوال الشخصية.

[11] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر،2012، ص ص 73- 75.

[12] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33652، قرار بتاريخ 1984/06/11، مجلة المحكمة العليا، عدد3، 1989، ص38.

مما يستوجب نقض قرارهم، كما أيد ذلك القرار الصادر في1980/02/25[13]، حيث أقام (د.إ) طعنا يرمي إلى نقض قرار صادر عن مجلس قضاء الجزائر يوم 26 ماي 1979 قضى بتأييد الحكم الابتدائي فيما يخص الطلاق، وزاد عليه فقضى بأن الطلاق كان نتيجة الخلع، وألزم الزوجة بدفع خمسة ألاف دينار تعويضا للزوج مقابل مخالعتها منه،وحكم قبل الفصل فيما يتعلق بالدراهم والمصوغ والأثاث بتوجيه اليمين إلىالزوجة.

حيث أن الطعن يستند إلى ثلاثة أوجه.

حيث أن الطعن الأول: يأخذ على القرار مخالفة المادة 107 من ق.إ.م.إ بدعوى أن طلب الخلع لم يقدم إلى القاضي الأول، وإنما قدم للمجلس وأن الزوج لم يتفق مع زوجته على مخالعتها له لذا فإن القرار جاء مخالفا للقانون، باعتبار الخلع طلبا جديدا طبقا لما تنص عليه المادة 107 من ق.إ.م.إ ولكن حيث أن طلب الطلاق يهدفإلى نفس الهدف الذي يرمي إليه طلب الخلع وهو انفكاك العصمة، وهذا لا يعتبر طلبا جديدا وإنما طلبا فرعيا مشتقا من الطلب الأصلي في دعوى الطلاق، الأمر الذي يتعين معه رفض هذا الشق من الوجه، كما أنّ الخلع لا يتم إلا برضاء الزوجين.

حيث أنّ القاعدة الشرعية تنص على أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة، وبالإطلاع على الأسباب التي بنا عليها قضاة الاستئناف قرارهم نجد أن قضاة الموضوع أقروا اتفاق الطرفين على مبدأ الخلع بخمسة ألاف دينار، وهذا يعني أنهم ألزموا الزوجة بمبلغ معين من العوض مقابل الطلاق، وفي هذا إلزام للزوج بإيجابه لطلب زوجته، بينما يرى جمهور الفقهاء أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة، غير أنه يندَبُ له ذلك، وبناء على ذلك فإن الخلع لا يتم إلا برضاء الطرفين، واتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه، وهذا يتوقف على الإيجاب والقبول من كليهما، وبالتالي فإن تقدير مبلغه يتوقفعليهما وحدهما، وليس للقضاة حق التدخل، وهو علَّق الخلع على مبلغ معين فلا يجوز إجباره بمبلغ محدد،ولذلك فإن تدخل القضاة لتحديد مقدارعوض الخلع، يعتبر مخالفة بينة لقواعد الشرع المشار إليها أعلاه، مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه، بهذا الصدد وبالنتيجة فإنه ما

[13] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 21305، قرار بتاريخ 25 فيفري 1980، مجلة المحكمة العليا، نشرة القضاة، عدد1، 1980، ص79.

دامت العصمة بين الزوجين قائمة فإن كل ما يترتب على انفكاكهما من آثار فهو الآخر باطل ويتعين نقض القرار بأكمله من دون حاجة إلى مناقشة باقي الوجهين،لهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى نقض القرار المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء الجزائر يوم 26 ماي 1979 وإحالة القضية والطرفين إلى نفس المجلس مركبا من هيئة أخرى.

ثانيا: مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة 84-11

استمر الوضع على حاله لغاية بداية الثمانينات، تاريخ صدور أول قانون جزائري للأسرة رقم 84-11 [14]، فلم يخرج في قواعده عن أحكام الشريعة الإسلامية، حيث نص في المادة 54 منه: "**يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتمالاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثلوقت الحكم**"، يتبين من القرار أنه عندما لا يتفق الزوجين على مقدار الخلع، فهنا للقاضي السلطة في التدخل لتحديد مبلغ الفدية، على خلاف من الفترة السابقة التي كان فيها القاضي غير قادر على التدخل، حيث يقول الأستاذ بلحاج العربي في هذا الصدد، "**أنه إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغاً من المال لقاء طلاقها فقبلت فهذا يمين لأنه علق طلاقها بشرط واقف، والمتمثل في قبولها لدفع ذلك المبلغ، أي ستتبرع بمالها لتتخلص من زوجها**"[15]، إلّا أنه لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله، مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عملياً، فمنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون رضا هذا الأخير، ومنهم من يرى بوجوب موافقة الزوج بحيث انقسم قضاء المحكمة في هذه المسألة إلى اتجاهين:

1- الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:اشترط أصحاب هذا الاتجاه ضرورة موافقة الزوج حتى يكون الخلع صحيحاً، وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها[16]:

---

[15] بلحاج لعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 263، 264.

[16] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012 ، ص132.

القرار الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1988 [17]والذي جاء فيه:"**من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقة**"، وقد ثبت أنّ المطعون ضدها طلبت التطليق، ولم يكن لها سبب لذا أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الخاصة بالخلع، استند المحامي في طعنه على وجهين:

الوجه الأول المأخوذ من عدم الاختصاص أو تجاوز المادة 233 فقرة 1 من ق.إ.م.إ بدعوى أنّ المشرع عندما قنَّن الأحوال الشخصية لم يترك للقاضي حرية الاجتهاد، وليس من حقه تجاوز السلطة المقررة له، وفرضالخلع بالمبلغ الذي يراه دون مراعاة لقواعد الشرع، فهنا استعمل الخلع ليصل به التطليق والمعروف أنّ التطليق بيد القاضي، والطلاق بيد الزوج، الخلع بيد الزوجة بإيجاب من الزوج، فلا تحل إرادة الحاكم محل إرادة الزوجين.

الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون في المادة 233 فقرة 5 من ق.إ.م.إ، إذ خالفت الشريعة الإسلامية لأن الأطراف لم يتطرقا لا لطلب الخلع أو لعرضه، إذ كان على القاضي أن يعلل بذكر عرض الزوجة للخلع، كما أنّ للخلع شروط وأركان مع صدور الإيجاب والقبول، وقبول الزوج إلزامي، وإنّ هذه الشروط غير متواجدة في الحكم المطعون فيه.

أجاب قضاة المجلس الأعلى أن المطعون ضدها طلبت التطليق ونظرا لعدم وجود سبب أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها، ودون أن يقبله، والقاضي إذا حكم به فيكون مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، الأمر الذي يعرض حكمه للنقض دون إحالة، لذا قرر المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1985/05/21 وإحالة القضية والأطراف لنفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وتحميل المطعون ضده المصاريف القضائي.

[17] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ 1988/11/21، مجلة المحكمة العليا، عدد3، 1990، ص32.

كما أيّد ذلك، القرار الصادر بتاريخ 1991/04/03[18] جاء فيه أنه:"**من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحةلخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون**".

2- **الاتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج لصحَّة الخلع:** هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع، بل يكتفي عرض الزوجة لمقابل الخلع، وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21[19]، والذي أقرّ قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على كل شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، وللزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الأطراف على نوع المال، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألاَّ يتجاوز ذلك صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز، وعليه فإنّ القضاة لما قضوا بتطليق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج بحيث طلبت، (ع.م) نقض وإبطال الحكم الصادر عن محكمة وهران بتاريخ 1990/03/17 الذي قضى بمخالعة الزوجة مع دفع عشرين ألف دينار جزائري.

استند الطاعن في طلبه على وجهين حيث أنّ المطعون ضدها لم ترد والتمست النيابة العامة رفض الطعن.

الوجه الأول المأخوذ من مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات، فحالة الشخص تعرض وجوباً على النائب العام، لكن حيث أن تطبيق المادة المذكورة هو خاص بالمجلس دون المحاكم لهذا الوجه في غير محله، وفيما يخص الخطأ في تطبيق المادة 757 من ق.إ.م.إ فالأحكام النهائية تصدر حين تكون بإرادة الزوج بخلاف ما يصدر في التطليق أو الخلع فتصدر ابتدائياً، وبما أن المادة 57 نصت على أنّ أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف لهذا الوجه غير مؤسس.

---

[18] المحكمة العليا، لغرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 73885، قرار بتاريخ 1991/04/03، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 1993، ص55.

[19] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم83603، قرار بتاريخ 1992/07/21، مجلة المحكمة العليا، 2001، عدد خاص، ص134.

الوجه الثاني المأخوذ في تطبيق القانون الداخلي، يتضمن الخطأ المأخوذ من خطأ في تطبيق الفقرة الأولى من المادة 338 من ق.م إذ المطعون طلبت التطليق ولم يُستَجَبْ لها بمقتضى حكم 1989/02/14، وقد أصبح هذا الحكم نهائي، لكن حيث أنّ الأحكام التي تتعلق بحالة الأشخاص تتغير لهذا الوجه غير مؤسس، وكذا الخطأ المأخوذ في تطبيق أحكام الخلع، المادة 54 من قانون الأسرة تشترط قبول الزوج لمبلغ الخلع دون الالتفات لقبوله للخلع بحد ذاته لهذا الوجه غير مؤسس يتعين رفض الطعن، لهذه الأسباب قررت رفض الطعن وتحميل الطاعن المصاريف القضائية.

كما أيد ذلك القرار الصادر بتاريخ 1996/07/30[20]، الذي قضى:"**أن طعن الزوج بالخلع انتهى إلى قبوله شكلاً ورفضه موضوعاً، استناداً إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائياً بين الزوجين**"، إذن على القاضي الاستجابة لطلب الزوجة في حين إصرارها على الطلاق وتعذر إعادة العلاقة إلى مجراها، إذ يكمن دوره فقط في تحديد بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق علية مسبقاً.

وكذلك القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16"[21] الذي اقرّ أن: "**الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج كان تطبيق صحيح للقانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن** .

من خلال كلا من الرأيين وسكوت المشرع الجزائري، وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضا الزوج، فإننا نرى أن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج، وهنا يعتبر تكريساً لمبادئ الشريعة الإسلامية، إلاّ أن هذه المرحلة اتمست بإبقاء معظم القضاة والشرَّاح على الرأي الذي يشترط رضا الزوج وذلك على أساس أن العصمة في يد الرجل[22].

---

[20] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 1141262، قرار بتاريخ 1996/07/30،(غير منشور).

[21] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 216239، قرار بتاريخ 1999/03/16، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص183.

[22] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، د.ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر،2012 ص134.

الفرع الثاني

عدم الاعتداد بإرادة الزوج في الخلع بعد الأمر 02/05

تطور موقف المشرع الجزائري من ضرورة وجود رضا الزوج كشرط لصحة الخلع، إلى عدم الاعتداد بهذه الإرادة في التعديل الجديد لسنة 2005، مما أعاد الجدل حول مصير إرادة الزوج بعد صدور الأمر 05-02 في الخلع (أولا) وارتقاء الخلع كحق أصيل للزوجة في التشريع والقضاء (ثانيا).

أولا: مصير إرادة الزوج بعد صدور قانون 05-02 بعد تعديل قانون الأسرة

ما يلاحظ أنّ القاضي كان يجتهد وفقاً للقانون وأحكام الشريعة الإسلامية، نظراً لسلطته التقديرية في القضاء والفصل في مبدأ الخلع، مع تدارك المشرع لعدم استقرار الاجتهادات القضائية المتعلقة برضا الزوج[23]، من الواضح من خلال دراسة كلا من مرحلتي قبل وما بعد صدور قانون الأسرة أنه اعترف بضرورة رضا الزوج لصحة الخلع معمول به واقعاً وقانوناً [24]،.

حيث ضيّق ذلك على المرأة، بسبب الوضع الاجتماعي الذي كانت، ولا زالت لحد الآن تعيش فيه والذي يعطي الأولوية للرجل، وتكريسهم لمبدأ العصمة بيد الزوج، وكان ذلك إجحافا وجريمة في حق المرأة، باعتبارها عنصرا بشريا لها حقوق وكيان معنوي، إلاّ أن نظرة المجتمع وتصغيرها أدى إلى ضياع حقوقها، وأبسط مثال على ذلك إنها لا يمكنها إنهاء علاقة فاشلة دون الأخذ باعتبار لرأي الزوج، فهذا ظلم وأشبه بالعبودية، فالعُقَد الاجتماعية هي الخلية الأساسية التي من خلالها يتم استنزاف حقوق المرأة دون أي رحمة وشفقة. قانون 84-11 لم يغير شيئا في الوضعية السابقة، فقد جاء الخلع في مادة وحيدة، حيث أقرّت بجواز الزوجة من مخالعة نفسها مقابل مال تدفعه كفدية لتخليص نفسها من تلك العلاقة، غير أنّ المبدأ كان مبهمًا، حيث لم يحدد إن كان الخلع قرار يمكن أن تتخذه دون شروط أو حدود،أي إن كان حق مطلق بالنسبة لها أم نسبي، كوجود قيود لصحته، كضرورة قبوله من طرف الزوج، إذ

---

[23] صديق سعواوي، « تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، د.س، البليدة، ص168.

[24] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص76.

أقتصر الحديث في المادة حول كيفية تصرف القاضي في حالة عدم الاتفاق على بدل الخلع، مما أبقى الأوضـــاع على حالها بتغليب الرأي القائل بضـــرورة موافقة الزوج في الخلع، وذلك ما أكّدته قرارات المحكمة العليا، رغم أنّ المادة 48 من قانون الأسرة عرَّفت الطلاق، والمادتان 51 و52 من قانون الأسـرة بينت الصـورة الأولى والمتمثلة في الطلاق التي لا تتم إلاّ بإرادة الزوج، بعدها جاءت المادة 53 من نفس القانون بحالات مســـتوجبة لطلب الزوجة التطليق، لكن في حالة لم تتواجد مبررات المادة 53 المذكورة أعلاه، خوّل القانون استعمال المادة 54 والتي تعطي الحق للزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج على مقابل، وبعد جدال حاد استطاع المشرع الجزائري حسم الأمر في تعديل فبراير2005 بالنص صراحة في المادة 54 على أنه: "**يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي**"،وذلك تكريساً لاجتهادات المحكمة العليا منذ سنة 1992.

فبعد تعديل قانون الأسرة اعتبر المشرع الخلع على أنه حق للزوجة بدلاً من اعتباره يمين، إذ تبنى رأي الإمام ابن رشد في اعتبار الخلع حقاً للزوجة على أن يسبق ذلك تحكيم حكَمين[25].

ثانياً: ارتقاء الخلع كحق أصيل للزوجة في التشريع والقضاء

من المقرر في الشريعة الإسلامية، أنّ الطلاق بيد الرجل يتصرف فيه كما يشاء مع تحمله لتبعاته، كما أعطى للمرأة الحق في طلب الخلع في حالة شعورها أنّ العلاقة الزوجية لا تحقق الغاية من الزواج إلاّ أن ذلك لا يعني أن تستغل هذا الحق بغير سبب[26].

بدأ القضاء الجزائري باعتبار الخلع كعقد رضائي، ولا يمكن وقوعه دون إيجاب وقبول، تأسيساً لأقوال الفقهاء التي شكلت الغالبية حول هذا الأخير[27]،حيث أصبحت الزوجة بعد التعديل تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه، ولا يمكن رفض طلبها لأنه يتعلق بممارسة الحق الإرادي طبقاً للشكل المقرر له قانوناً، ويقتصر دوره في تحقيق إرادة الزوجة مع ردها للمهر[28]، ولعل

---

[25] أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع والإيلاء والظهار واللعان)، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص114.

[26] عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1997، ص73.

[27] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص78.

[28] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الجزائر، 2003، ص83.

أهم قرار تحدث عن الموضوع هو قرار المجلس الأعلى المشهور الصادر في1969/03/12[29]، حيث أكد أن الخلع لا يتم إلاّ بالإيجاب والقبول بين الزوجين، مع اشتراط الاتفاق حول العوض الذي ستقدمه الزوجة مقابلاً لطلاقها، وإنّ عدم موافقة الزوج على المخالعة لا يؤثر على بقاء العلاقة الزوجية، وكذلك قرار1968/03/22 الذي أكده فيه المجلس الأعلى انه في حالة اتفاق الزوجان على مبدأ الطلاق بالمخالعة والاختلاف في البدل فللقاضي السلطة بالحكم، ويحدد مبلغ مقابل الخلع، كما أكدّ كلا من القرارين وجدا تحت ظل غياب قانون متعلق بالأسرة[30].

لكن بالرغم من صدور قانون 84-11إلا أنّ القضاة تمسكوا بمبدأ رضائية الزوج، وإنكار أحقية الزوجة فيه، إذ تناولت العديد من القرارات وجوبيه رضا الزوج ، لكن بالرغم من كل هذه القرارات التي كانت تسعى صراحةً لحماية الزوج بالدرجة الأولى مقارنةً بالمرأة، إلاّ أنّ للقرار1992/07/21[31]شأن لا يستهان به، إذ ساهم بتحويل تلك الميزة التي تعطي دائما الأولوية للرجل نحو المرأة، وإعطائها الحرية التامة بإنهاء الرابطة الزوجية دون الأخذ بإرادة الزوج بعين الاعتبار، وجاء مضمون القرار على النحو الأتي: " **من المقرر قانوناً انه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه** ".

إنّ المادة المذكورة سابقاً تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها، على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، ويتدخل القاضي في حالة عدم الاتفاق، مع عدم تجاوز قيمة الصداق وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم موافقة الزوج لانّ من شأنه فتح مجال للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً، وهذا كمخرج للزوجة التي لا تطيق معاشرة زوجها، فالخلع حق خالص للزوجة وليس مجردرخصة[32]، للآراء المختلفة حجج وأصول سواء الاتجاه المقر بوجوب رضا الزوج، أو الاتجاه المعارض له، إذ ذكر الإمام مالك بن أنس أن الخلع يكون بالتراضي بين الزوجين يكون

---

[29] المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأسرة، قرار صادر بتاريخ ي1969/03/1، المجلة القضائية، وزارة العدل، ج1، ص170.

[30] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 73885، 23قرار بتاريخ /1991/04، نقلاً عن باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص77.

[31] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 83603، قرار بتاريخ، 1991/04/23، نقلاً عن باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص78.

[32] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص79 – 82.

كذلك بحكم الحكمين إذ فسدت العلاقة بين الزوجين، وكانت النفرة بينهما، مما يوجب أن يحكم القاضي بذلك ولو كان الخلع يقر رضا الزوجة إن كان النشوز من جانبها.

قال مالك: "**فِي الأَمْرِ الذِي يَكُونُ فِيهِ الحَكَمَانِ إنَّمَا ذَلِكَ إِذَا فَتَحَ مَا بَيْنَ الرَجُلِ وَالمَرْأَة حَتَى لاَ تُثْبِتَهُ بِبَيِنَةَ وَلَا يُسْتَطَاعُ أَن يَتَخَلصَ إِلَى أَمْرِهَا، فَإِذَا بَلَغَا ذَلِكَ بَعَثَ الوَالِي رَجُلاً مِنْ أَهْلِهَا، وَرَجلاً مِنْ أَهْلِه عَدْلَيينِ، فَنَظَرَا فِي أَمرِهَا واجْتَهَدَا، فَإِنْ اسْتَطَاعَا الصُلح أَصْلَحَا بَينَهُمَا، وإلاّ فَرَّقَا بينهما، ثُمَ يَجُوُز فِرَاقَهُمَا دُونَ الأَنَام وَانْ رَأَيَا دُونَ أَنْ يَأخُذَ مِنْ مَالِهَا حَتَى يَكُونَ خُلعاً فِعلاً**"[33]، أي يؤمن بأن الخلع كأصل يكون بالتراضي بين الطرفين، وليس من حق الزوجة، لكن هذا ليس مطلق فإذا لم يتم الصلح ولم يتصالحا فعلى القاضي الحكم بالخلع.

إلاّ أنّ للإمام بن رشد الرأي القائل بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها، حيث قال "**وَالفِقْهُ إنَّ الفِدَاء إنَّمَا جُعِلَ لِلْمَرْأة في مُقَابَلَة مَا بِيَدِ الرَّجُلْ مِنْ طَلَاقْ، فَإِنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الطَّلَاقْ بِيَدِ الرَجُل إِذْا فَرَكَ المَرْأةَ، جَعَلَ الخُلْعُ بِيَدِ المَرْأة إِذَا فَرَكَتِ الرَجُل**" [34]، وقد روي عنه صلى الله عليه وسلم أنهأَتَتْ امْرَأَةُ ثَابِت بَنُ قَيسْإلى النَّبِي صلى الله وسلّمَ فَقَالَتْ: " **يَا رَسُولَ الله ثَابِتْ بَنُ قَيْسْ مَا أَعِيبُ عَلَيْهِ مِنْ خُلُقٍ وَدِينٍ لَكِنِّي أَكْرَهُ الكُفْرَ فِي الإِسْلَامْ**"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **أَتَرُدِينَ عضلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟** قالت:" **نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ الله صَلَّى الله عَلَيهِ وَسَلَّمَاقْبَلْ الْحَدِيقَة وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَه**"[35] فهنا كان الأمر وجوبي وليس مجرد أمر إرشاد وإصلاح، لان الرسول صلى الله عليه وسلم إذا أمرهم بشيء متعلق بتشريع استجابوا وأطاعوه، ومن أجل هذا عدل قانون الأسرة الجزائري مادته 54 بموجب الأمر 02/05، بتبنيه لأحقية الزوجة في مخالعة نفسها جلاءً للغموض الذي كان سائداً قبل التعديل، واختلاف القرارات الصادرة من المحكمة العليا حول مدى أحقيتها في فك الرابطة الزوجية[36]، دون

[33] الإمام مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى(كتاب الطلاق)، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1415هـ، ص5.

[34] محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط6، دار الكتب الإسلامية المصرية، ، ج2، مصر، 1412، ص68.

[35] محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، مرجع نفسه، ص55.

[36] باديس ديابى، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص83.

تقديمها لأي دليل لأن الأحاسيس الداخلية كالحب، الكراهية، الطمأنينة، والسكينة أشياء لا تثبت بل تحس فلا يعلمها إلاّ صاحبها[37].

أما فيما يخص بدل الخلع فقد سمحت المادة 54 من ق.أ. للزوجة أن تخالع زوجها على مال دون تحديد نوعه، وأنه في حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده، شرط أن لا يتجاوز صداق المثل دون الالتفات أي عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروض لا يشكل ذلك عائقاً للحكم بالخلع[38]، وهذا حسب القرار الصادر 2005/07/13[39]، حيث أن (ت.أ) قدم طعناً بالنقض ضد القرار الصادر مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 2003/07/06 بعريضة مسجلة في2003/08/13، مؤسساً طعنه على وجهين مأخوذين من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب.

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية، وحيث أن المطعون ضدها لم تجب على عريضة الطاعن لعدم توصلها لها.

حيث قدمت النيابة العامة طلباتها المكتوبة طلبت فيها بنقض الحكم

من حيث الموضوع: حيث أنّ الطاعن استند في طعنه على وجهين مأخوذين من مخالفة القانون، والخطأ في تطبيقه، والقصور في التسبيب.

الوجه الأول مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، استجاب قاضي الدرجة الأولى لطلب المدعى في الحكم بالتطليق عن طريق الخلع بالرغم من أنّ العريضة متعلقة بالطلاق بالتراضي، والطلب يتعلق بالتطليق عن طريق الخلع إذ لم يكن المعارض راضيا طلب الخلع، لكن القاضي حكم بالتطليق عن طريق الخلع دون الأخذ بالرأي المعارض، وباعتبار الخلع عقداً رضائياً لا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه والقاضي وهو يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه، مما يتعين نقض وإبطال الحكم المطعون فيه، إلاّ أن الخلع ليس رضائي لأن الخلع حق للمرأة، مقابل تعويض لذا هذا الوجه غير مؤسس.

---

[37] صديق سعواوي، مرجع سابق، ص168.

[38] باديس دياببي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2012، ص52.

[39] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 336380، قرار بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، عدد61، ج1، ص328.

الوجه الثاني المأخوذ من القصور في التسبيب، حيث أنّ المعارض لم يكن متفقاً مع المدعى عليه في الطعن على الطلاق بالتراضي، كما جاء في عريضتها الافتتاحية، وقد أصرّ على طلب الرجوع وأنه لم يرد على طلب الخلع، والمبلغ الذي عرضته المدعى عليها في الطعن وبالرغم من ذلك فان قاضي الموضوع اصدر الحكم المطعون فيه، ومنح المدعى عليها في الطعن مبلغ 15000 دينار جزائري حق العدة فهذا تناقض، مما ينتج النقض والإبطال.

كما أنّ تدخل القاضي من تلقاء نفسه يعد خرق للقانون، مما يجعل الوجهين غير وجيهين يتعين رفضهما، مع تحمل الخاسر للمصاريف القضائية، لهذا قررت العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن بالنقض شكلاً ورفضه موضوعاً، مع ترك المصاريف على عاتق الطاعن، والقاضي ملزم بالحكم حول مبلغ التعويض عند النطق بالطلاق خلعاً،أي سواء اتفق الطرفان أو اختلفا[40].

المطلب الثاني

مدى إعمال حق المخالعة

زال الغموض الذي أثير حول مدى إمكانية الزوجة من مخالعة نفسها، وتخليص نفسها من علاقة فاشلة، وذلك دون الأخذ بإرادة الزوج، فلأول مرة تم إعطاء الأولوية لرغبة المرأة، بهذه الخطوة من قبل المشرع تم إعطاء المرأة السلطة المطلقة في إنهاء الرابطة الزوجية دون أي قيود، ولم يفرض عليها الإدلاء بالأسباب التي أدت بها لطلب إنهاء الرابطة الزوجية، اشتملت المادة 54 على الإرادة والمقابل المالي الذي يعتبر ركن أساسي الذي يقوم عليه الخلع، لكن المشكل الذي أثار جدلاً حول الخلع هو متى تعمل هذه السلطة هل تتم قبل الدخول(الفرع الأول)، أو بعد الدخول(الفرع الثاني).

[40] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 365244، قرار بتاريخ 2006/10/11، مجلة المحكمة العليا، عدد1، 2007، ص467.

الفرع الأول

الخلع قبل الدخول

بما أن الشارع جعل الطلاق بيد الرجل له أن يوقعه متى ما شعر أنه لا يعيش بسعادة مع زوجته وأحس بالنفرة اتجاهها، وبالمقابل أعطى كذلك للمرأة حق فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة، باعتبارها إنسان تملك مشاعر وأحاسيس، فهي أيضا يمكن أن تمل و تنفر من الزوج[41]، وذلك بقول ابن رشد: "**وَالفِقْه أَنَّ الفِدَاء، إِنَّمَا جعَلَ لِلْمَرأَةَ فِي مُقَابلْ مَا بِيَدِ الرَّجُل مِنَ الطَّلَاقْ، فَإِنَّمَا لَمَا جعَلَ الطَّلَاقْ بِيَدِ الرَجُل إِذَا فَرِكَ المَرْأَةَ، جعَلَ الخُلع بِيَدِ المَرَأَةَ إِذَا فَرِكَتْ**"[42].

إلا أنّ الإشكالية التي تطرح هنا، هي حول أحقية هذه الأخيرة في طلب إنهاء هذه الرابطة، فلم تتم الإشارة في المادة السالفة الذكر عن إمكانية إعمال حق المخالعة قبل الدخول، وعدم حصر الحق فيما بعد الدخول فقط، مما جعل ذلك لبساً على القضاة،فالخلع نوع من أنواع الطلاق خالص للمرأة دون الرجل، تنهي بها الرابطة الزوجية في أيّ وقت وبإرادتها المنفردة، فمن الناحية القانونية لديها حق مطلق سواء كانت لها أسباب أو لا، إلاّ أنه من الناحية الشرعية فيستوجب وجود مبررات وإلاّ كانت آثمة، لقول الرسولﷺ: " **أَيَّمَا إِمْرَاة سَألَت زَوْجَهَا الطَّلَاقْ بِغَيْرِ مَا بَأْس فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَة الجَنَّة**"[43]، " **المُخْتَلِعَات هُنَّ المُنَافِقَات**"[44]، فالخلع مبني على الضرر المعنوي الذي لا يمكنها الإفصاح عنه عادة كنفور الزوجة من الزوج أو لعيوب جسدية أو انطباعات سيئة أو لوعود كاذبة أو لسوء العشرة الزوجية أو خيانة زوجية أو لعدم الانسجام العاطفي والقلبي أو الضرب لتهديدات من طرف الزوج من غير مبرر، كما أنه لا يحق لكلا من الزوج أو للقاضي أن يجبرها على الإفصاح عن الأسباب لأي ظرف كان إنما يتدخل فقط فيما يخص المقابل المالي، كما أنّ قانون الأسرة لم يشر إلى فترة إعمال حقها في الخلع، هل تستعمل حقها في الخلع قبل البناء أو بعده، لكن باعتباره أنّ أسباب الخلع معنوية فمن الصعب عليها إثبات الأضرار ولدفع الحرج عليها وعدم إرغامها على

---

[41] عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص63.

[42] محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، مرجع سابق، ص55.

[43] عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة، سنن ابن ماجة ، كتاب الطلاق،) باب المخالعة تأخذ ما أعطاهاحديث 2156) ، ج2، الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، ، لبنان، د.س.ن، ص222.

[44] محمود بن أحمد العنيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1411ه، ص3.

استمرار العلاقة الزوجية مع شخص لا ترغب به لذا خولّ لها القانون هذه الآلية لفك الرابطة الزوجية دون اعتبار لإرادة الزوج.

لكن باعتبار أنّ هذه المبررات تتمحور كلها حول العلاقة الشخصية بين الزوجين، لأن الحب والكراهية مشاعر داخلية لا يعلم بها سوي صاحبها، ولا شك أن المرأة لا يمكن أن تعرف هذه الصفات في زوجها قبل الدخول لهذا يمكن القول أنه لا يمكن أن تستعمل حقها في الخلع قبل البناء فالمادة 54 من قانون الأسرة لم تتضمن الحق في ممارستها لهذا الحق قبل الدخول، وهذا تجسيد لقرارات المحكمة العليا ونذكر في هذا الصدد مجموعة من القرارات الصادرة بهذا الشأنومنها قرارالمحكمة العليا 2009/01/14[45] حيث أنّ الطاعنة(م.ع) طعن بطرق النقض بتاريخ 2007/01/31 بواسطة عريضة، ضد الحكم الصادرعن محكمة سيدي عيش بتاريخ 2006/11/25 والذي قضى بالطلاق عن طريق الخلع، وإلزام المدعية بدفع مبلغ 10.000 دينار جزائري، حيث أن المطعون ضدها وبموجب عريضتها الجوابية المسجلة بتاريخ 2007/03/24، التمست رفض الطعن موضوعاً لعدم التأسيس.

حيث أن الطعن بالنقض مسجل ضد حكم نهائي، الأمر الذي يتعين معه قبوله شكلاً.

من حيث الموضوع: حيث أن الطاعن أثار وجهين وهما:

الوجه الأول انعدام الأساس القانوني للحكم (المادة 233-03 من ق.إ.م.إ، أن الحكم المطعون فيه لم يبينالأساس القانوني للخلع لكون الزوجة لم يتم الدخول بها، وبالتالي فإن الضرر المعتبر شرعاً غير قائم، ذلك انه من المستقر عليه فقه الشريعة الإسلامية انه يتعين الدخول بالزوجة لمخالعتها، وبالتالي فالمحكمة قد جردت حكمها من الأساس القانوني مما جعله معرض للنقض والإبطال.

الوجه الثاني في تناقض الأحكام (المادة 233-6 من قانون الإجراءات المدنية)، بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض، فانه يتناقض والأحكام الصادرة قبله، إذ سبق وان صدر حكم في 2006/04/26 ضدها لعدم تأسيسها، كما قضت المحكمة في2006/04/22 برفض دعوى المطعون ضدها لعدم التأسيس، إن جميع هذه الأحكام تثبت بأن الضرر المزعوم غير قائم، وبالتالي

[45] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 477038، قرار بتاريخ 2009/01/14، (غير منشور)

فإن استجابة المحكمة لطلب المدعية بموجب الحكم المطعون فيه هو تناقض لكون الدخول بالزوجة وإثبات الضرر الشرعي غير قائم، مما يعرض الحكم للنقض والإبطال.

عن الوجهين معاً لتشابههما :حيث متى كان هناك عقد زواج بتاريخ 2003/08/19 والمطعون ضدها لم يتم الدخول بها، فإن المحكمة أول درجة لما قضت بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، تكون قد أخطأت في تطبيق القانون، لأن الخلع لا يتم إلاّ بعد الدخول بالزوجة، الشيء الذي لا وجود له في دعوى الحال، مما يستوجب القول بان الوجهين سديدين، يؤديان إلى نقض وإبطال الحكم المطعون فيه، لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن بالنقض شكلاً وموضوعاً، ونقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة سيدي عيش بتاريخ 2006/11/25، وإحالة القضية والأطراف على نفس المحكمة مشكلة من قاضي آخر للفصل فيها من جديد وفقاً للقانون، وإبقاء المصاريف القضائية على المطعون ضدها، ومن هنا نستنتج أنّ طلاق الخلع غير جائز إلاّ بعد الدخول.

إلاّ أنّ هناك من يقول أنّ نفور الزوجة ولو قبل الدخول عملية نفسية لها دوافع شعورية ولا شعورية، لان النفور مسألة نسبية تختلف من شخص لأخر، وترتبط بالنواحي الوجدانية أكثر من النواحي المنطقية، فالميل والنفور من الأعمال اللاّإرادية[46].

الفرع الثاني

الخلع بعد الدخول

تبين لنا مما سبق من قرارات المحكمة العليا أن الخلع حق مكرس لبعد الدخول، بالرغم أنّ المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 نصّ صراحة حول حق المرأة في طلب الخلع دون الأخذ بإرادة الزوج، إلاّ أنه لم يزل الغموض كليا، فلم ينظم المسائل الفرعية للخلع فلم يبين صراحة وقت تطبيقه، إلاّ أنّ القرارات التي صدرت بهذا الشأن بّينت أن الخلع حق للمرأة تستعمله بعد الدخول، هناك الكثير من القرارات التي أكّدت ذلك بحيث نجد القرار 2006/06/14 [47]حيث طالب (ب.ح) نقض وإبطال

[46] لحسين بن شيخ أث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون الأسرة، ج1، دار هومة للطباعة وللنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص74.

[47] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 258613، قرار بتاريخ 2006/06/14، مجلة المحكمة العليا، عدد2، 2006، ص421.

الحكم الصادرعن محكمة قسنطينة في 2004/03/03 بتطليق المدعية من المدعى عليه عن طريق الخلع مع إلزام المدعية بتقديم بدل خلع يقدر ب 10.000.000 دج.

حيث أن المطعون ضدها أرسلت نسخة من عريضة الطعن بالنقض بواسطة البريد المضمون الوصول ولم ترد، حيث أن الطعن استوفى شروطه القانونية الشكلية فهو لذا هو مقبول شكلاً، كما أن النيابة النيابة العامة التمست رفض الطعن إذ استند على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: مأخوذ من مخالفة وإغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات، بدعوى الحكم محل الطعن قد خرق نص المادة (49) من ق.أ.م.إ حيث أصدر قاضي أول درجة حكمه دون إجراء الصلح بين الطرفين.

الوجه الثاني: مأخوذة من انعدام الأساس القانوني،بدعوى أن المدعي في الطعن يؤكد للمحكمة أن الحكم المطعون فيه منعدم الأساس القانوني، إذ من حيثيات الحكم يتضح أنَّ المحكمة لم تؤسس قانونا رفضها بطلبات المدعي في الطعن بالنقض، لأنه لا يوجد ما يفيد أنها أشارت إلى طلباته، وإن محكمة الدرجة الأولى لم تؤسس القضاء بالخلع الذي طلبته الزوجة بصفة احتياطية في جلسة الصلح .

الوجه الثالث: مأخوذ من انعدام الأسباب، بدعوى أن المدعي في الطعن يؤكد للمحكمة العليا أن الحكم محل الطعن منعدم التسبيب، لأن المحكمة لم تسبب حكمها بالخلع، بل اكتفت بما أدلت به المدعى علية في التصريحات، كما أن الحكم جاء متناقضاً إذ رفضوا الحكم بالتطليق لانعدام المبرر لكن حكمت بالتطليق خلعاً.

عن الأوجه المثارة مجتمعة:حيث أنّ الحكم قد خالف القانون وأساء تطبيقه، لأنه لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول، وعندما تصل مع زوجها لحالة من الكراهية ولا تطيق مواصلة العيش معه الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض ولإبطال، لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريثقبول الطعن شكلاً وموضوعاً، ونقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر في عن محكمة قسنطينة بتاريخ 2004/03/03، وإحالة القضية وطرفيها لنفس المجلس للفصل فيها وفق القانون بواسطة قاضي أخر غير الذي فصل فيها، وحملت المطعون ضدها المصاريف القضائية،

يحق للزوجة طلب الخلع بعد الدخول وليس قبله، ذلك بان المطالبة بالخلع يأتي عند بلوغ الحياة الزوجية حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة الحياة الزوجية، كما اقرّ القرار الصادر في 2009/01/14[48] أن القضاء بالفرقة الزوجية عن طريق الخلع قبل الدخول يعتبر خطأ في تطبيقهم للقانون مع اعتبار الخلع لا يتم إلاّ بعد البناء، لأن الأسباب في الخلع غالباً ما تكون حول العشرة بين الزوجين وأسباب شخصية، ويفترض أنه من المستحيل أن تعرف تلك الأسباب عن بعد دون أن يعيشا في نفس المكان، لأن الأسباب في الخلع غالباً ما تكون حول العشرة بين الزوجين وأسباب شخصية، ويفترض أنه من المستحيل أن تعرف تلك الأسباب عن بعد دون أن يعيشا في نفس المكان، أخذ المشرع الجزائري موقفه من المذهب المالكي في وجوب إجابة الزوج لطلب زوجته للطلاق خلعاً فان امتنعأجبره القاضي على ذلك[49].

[48] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 477038، بتاريخ 2009/01/14، (غير منشور).

[49] محفوظ بن صغير، الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص224.

المبحث الثاني

طبيعة الحكم بالخلع بين الطلاق والفسخ وتكييفه

أجاز الشرع المخالعة بين الزوجين في حالة عدم القدرة على استمرارية العلاقة بينهما، مالم تثمر جهود الوسطاء من الأقارب والأصدقاء في التوفيق بينهما، تعتبر هذه المسالة من المسائل الاجتهادية مدى اعتبار الخلع فسخاً أم طلاقاً؟ وإذا اعتبر طلاقاً فهل هو بائن أم رجعي.

إنّ لفظ الطلاق والفسخ نظامان متشابهان أي كلاهما يرمي إلى حل عقد الزواج مما أثار جدلا بين الفقهاء، ولا خلاف بين الفقهاء أن الخلع إذا وقع بلفظ الطلاق فانه يكون طلاقا وإذا وقع بغير لفظ الطلاق كلفظ الخلع مثلا والنية هي الطلاق.

إذ يعتري الخلع جميع أحكام الطلاق ولشدة التشابه بينهما أدى إلى اختلاط طبيعة الحكم بالخلع في كونه طلاقاً أو فسخاً[50] فانه يكون طلاقا لكن الجدل يثار حول مدى اعتباره فسخاً أم طلاقًا؟ إذ سنتطرق إلى اعتبار الحكم بالخلع طلاق في(المطلب الأول)، ثم يليه الحكم بالخلع على أنه فسخ في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحكم بالخلع طلاق

سبق وأن عرفنا أن للخلع ألفاظا متعددة منها الصريح ومنها الكنائي، فالصريح ما يقع به الطلاق البائن ولعل سبب الاختلاف في هذه المسالة يعود إما لاختلاف ألفاظ الروايات التي جاءت بها قصة المختلعة من زوجها، بحيث أن بعض هذه الروايات اشتملت على لفظ الطلاقوبعضها اشتمل على ألفاظ أخرى، أو لدخول العوض في فرقة الخلع جعل هذه الفرقة مترددة بين كونها طلاق أم فسخ ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنقوم بدراسة أراء و حجج القائلين أن الخلع طلاق في (الفرع الأول)، مع إبراز موقف المشرع الجزائري في المسألة في (الفرع الثاني).

---

[50] عاشور سهيلة، « تكييف الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري »، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الجزائر، المج 7، عدد 2، 2020، ص472.

الفرع الأول

الاتجاهالقائل بأنه طلاق

يعرف الطلاق لغة الترك والمفارقة[51].

مشتق من كلمة الإطلاق وهو الإرسال، ومنه أطلقت الناقة من وثاقها أي أرسلها[52].

أما شرعا، فهو إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق [53]،يرى جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية [54]والشافعية في الجديد[55] وبه قال عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وابن مسعود والحسنالبصري أنّ الخلع طلاق ويعرف على انه رفع قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ مخصوصة، والطالقة [56]، امرأة محررة من قيد النكاح ويعتبر بائن لأنه لو كان للزوج رجعة في العدة لم يكن لافتدائها بالمال فقد بذلته لتخليص نفسها ولا تعود له إلاّ برضاها لهذا كان بائناً بحيث اقرَ أصحاب هذا الرأي باعتبار الخلع طلاقاً[57].

وهو رفع قيد النكاح فلا يمكن أن تتم المراجعة.

سنتطرق إلى الأدلة الواردة من القرآن (أولا)، بعدها للسنة (ثانيا).

أولًا: الأدلة من القران

قوله تعالى: ﴿**ٱلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ** ﴾أن مفادها ا الطلاق مرتان، وإّن التطليق فيهما لا يصح أن يكون في نظير عوض إلا إذا خافا ألا يقيما حدود الله ثم قال سبحانه:﴿**فان طلّقها**﴾ أي بعد هاتين الطلقتين، سواء كان بعوض أو بدون عوض﴿**فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيرَهُ**﴾[58].

---

[51] المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج2، ط2، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1393هـ، ص 563.

[52]ابن منظور جمال لسان العرب، مج 1، دار صادر، بيروت، 2001، ص225.

[53] ذيب أحمد، قواعد الطلاق وضوابط الفراق (قواعد التدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص16.

[54] القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، ص276.

[55]عبد الوهاب علي بن ناصر المالكي، المعونة على مذهب أهل المدينة، دار الكتب العلمية، ج5، ص293.

[56] معجم الوسيط، مرجع نفسه، 52.

[57] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص201.

[58] سورة البقرة، الأية 230.

ثم أنه لو كان الخلع معطوفاً على التطلقتين، لكان لا يجوز أصلا إلا بعد تطلقتين وبناء على ذلك، فلا يكون الطلاق أربع.

ثانيا :من السنة

اعتبر الخلع بعوض طلاقا بائناً، سماه الشوكاني طلاقاً فلا جناح للرجل في الأخذ وعلى المرأة في الإعطاء، بأن تفتدي نفسها من ذلك النكاح ببذل شيئ من المال يرضى به الزوج [59]، ولا يجوز للزوج مراجعة مختلعة في العدة إلاّ برضاها و عقد جديد، ويقول **"الخُلْعُ طَلَاقٌ وَلَيْسَ بِفَسْخٍ خِلَافًا للشَافِعِي، والدَلِيلُ عَلَى مَا نَقُولُهُ أَنَّ الزَوْجْأَخَذَ عِوَضًا عَلَى إِرْسَالْ مَا يَمْلِكُهُ، والذِي يَمْلِكُ الطَّلَاقَ دُونَ الفَسْخْ، وَوَجْه آخَر أَنَّكَ لَذَ فِرْقَة يَصِحُ إِبْقَاء النِّكَاحْ مَعَ المُوْجِبْ لَهَا، وَإِنَّهَا طَلَاقٌ كَفِرْقَةُ العَنِينِ المُعْسِرِ بالنَفَقَة"[60]**.

فبعد أن يأخذ الزوج العوض من طرف الزوجة، فإنها تخرج عن ملكه وتصبح أجنبية، بالتالي ليس باستطاعته أن يراجعها في العدة، فنكون إمام طلاق بائن لأنه لو كان للزوج رجعة في العدة لم يكن لافتدائها بالمال فائدة فهي بذلت ذلك المال لكي لا تعود إليه وتخلص نفسها [61]،

وفي ذلك يقول الإمام مالك في الموطأ :"**قَالَ مَالِك فِي الْمُفْتَدِيَة أَنَّهَا لَا تَرْجَعُ إلى زَوْجِهَا إِلَاَّ بِنِكَاحٍ جَدِيدْ، فَإِنْهُوَ نَكَحَهَا قَبْلَ أَنْ يَمُسَّهَا مَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا عِدَّةَ مِنَ الطَّلَاقْ الأَخَرْ وَتُبْنَى عَلَى عِدَتُهَا الأولَى**" أي يعتبر الخلع طلاقا بائناً حتى ولو حصل قبل الدخول، فان كان كذلك فلا عدة عليها وتبعاً لذلك، (ولا رجعة خلافاً لأبي ثور لأن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها.

وفي ثبوت الرجعة عليها تبقيه الضرر، الخلع طلاق بائن على مال وهو لأن في إثبات الرجعة في الخلع جمعاً للزوج بين العوض والمعوض، وذلك ما لا سبيل فيه)[62]، يمكن للزوج أن يشترط على الزوجة آن ترجع إليه لأنها بانت منه[63]،وقد رجح أصحاب هذا الرأي الخلع بالطلاق

---

[59] محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، ج1، ص362.

[60] أبو الوليد الباجي، كتاب المنتقى شرح الموطأ، طلاق المختلعة، ج4، ص67 .

[61] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص201.

[62] عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، أبي عبد الله مالك بن أنس إمام دار الهجر، على مذهب عالم المدينة، منشورات محمد علي بيضون، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1885، ص591.

[63] لحسين بن شيخ اث ملويا،رسالة في طلاق الخلع(دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر ولتوزيع، الجزائر، 2016/2015 ، ص71.

لسبب منطقي يعود لسبب الفسخ الذي يكون في العقد بسبب وجود عيب يشوبه، أما الخلع فيرد على علاقة زوجية صحيحة[64]، ولقول الرسولصلّى الله عليه وسلّم أنّ الخلع تطليقة بائنة ولزمها المال.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري

تكون أسباب الطلاق غالبا حول الشقاق المستمر أو لسوء المعاملة، وتكون ضمن عقد يستوفي جميع الشروط؛ أي علاقة زوجية صحيحة لذا تعتبر مسألة الخلع في التشريع الجزائري طلاق بائن.

أما فيما يخص موقف المشرع من تكييف فرقة الخلع فلم ينصعليه في قانون الأسرة الجزائري، لورود نص وحيد والمتمثل في المادة 54 وحينما تعرّض لمسألة فسخ النكاح.

من خلال تقسيم المشرع الجزائري لعناوين أبواب وفصول قانون الأسرة فقد خص الفصل الثاني من الباب الأول بعنوان "**النكاح الفاسد والباطل**" وذلك من خلال المواد 32 إلى35.

كما نصت المادة 31على: "**يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد**"، أما المادة 32 نصت:"**يبطل الزواج أذا اختل ركن الرضا.**

إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، يثبت بعد الدخول بصداق المثل"، لم يذكر الخلع ضمن حالات الفسخ، ورد الطلاق في "الباب الثاني تحت عنوان انحلال الزواج من المادة 48 إلى غاية 57 مكرر، اعتبره طلاق وليس فسخ.

ومما يؤكد ذلك هو القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1985/04/22 على أنّ الخلع طلاق ".....**باعتبار أنّ ذلك يعتبر اتفاق على مبدأ الطلاق بالخلع ومنه يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق...**" إنّ المبدأ العام الذي كرسه المشرع في ق.أ فيقع بإرادة الزوج "العصمة بيد الرجل" إلا أن الخلع مخول للمرأة لتفتدي بها نفسها،

[64] عاشور سهيلة، مرجع سلبق، ص482.

يتبين من خلال هذا أن الخلع طلاق، والغاية منه تمليك المرأة أمرها واخذ حريتها مقابل بدل ولا يحق للزوج مراجعتها إلاّ برضاها وعقد ومهر جديدين[65].

المطلب الثاني

الحكم بالخلع فسخ

الذي ذهب إليه مذهب الإمام طاووس بن كيسان و به قال عثمان بني عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر عكرمة، إسحاق بن راهوية، أبو ثور، واليه ذهب والظاهرية الشافعية في القديم[66]، ورواية عند الحنابلة وهي المذهب واختاره ابن تميمة وابن القيم والشوكاني[67]، سنتطرق إلى الاتجاه القائل أن الخلع فسخ في (الفرع الأول)، ثم موقف القانون المقارن من المسألة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاتجاه القائل بالفسخ

الفسخ في اللغة هو النقض أو الإزالة والإلغاءً[68] وهو مصدر فسخ يفسخ فسخا، وانفسخ الشيئ أي أنقضه فانتقض، يقال فسخ البيع والنكاح؛ أي أنقصه وأزاله فانتقض.

جاء الفسخ في اللسان: "فسخ الشيئ يفسخُه فسخاً فانفسخ: نقضه فانتقض وتفاسخت الأقاويل أي تناقضت[69]، سنتناول الأدلة من الكتاب؛ أيالقرآن الكريم (أولا)، ثم من السنة النبوية (ثانيا).

---

[65] حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص135.

[66] عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب أهل المدينة، مرجع سابق، ص 293.

[67] أحمد بن محمد أحمد كليب، الطلاق والخلع والظهار على فقه المذاهب الأربعة والإمام طاووس، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية، دار النفائس، للنشر والتوزيع، ط1، 2010، ص13.

[68] ابن منظور، لسان العرب، ج3، دار صادر، بيروت، ص44.

[69] ابن منظور، لسان العرب، ج8، ط1، دار صادر، بيروت، ص365.

أولا: الأدلة من الكتاب

قال الله تعالى﴿**ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢبِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْمِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗاإِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِفَإِنۡخِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاوَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِفَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ (229)فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥمِنۢبَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًاغَيۡرَهُۥ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِوَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ**﴾[70]، فهنا وجه الاستدلال يكمن في قول الله ﷻ﴿**الطَلاَقُ مَرَّتَانِ**﴾ثم ذكر الخلع فلو كان الخلع طلاقا لصادر مع الطلقتين المتقدمتين ثلاث ثم قالﷻ بعد ذلك ﴿**فَإِنْطَلَّقَهَا**﴾ فيصبح بذلك عدد الطلقات أربع وباعتبار الطلاق لا يتجاوز الثلاث[71].

ثانيا: الأدلة من السنة

ابن عباس رضي الله عنهما، من أنّ الخلع ليس بطلاق وإنما هو فسخ، وهو رواية عن أمير المؤمنين عثمان بن عفان، وابن عمر، وهو قول طاووس وعكرمة إنّ الخلع فرقة وليس بطلاق، وبه يقول الحنابلة وإسحاق بن راهوية أنّ الخلع فرقة بغير طلاق[72]، وهو قول الشافعي القديم أنّ الخلع تطليقة رجعية حتى لو راجعها ردّ عليها ما أخذه من مال[73] لقول الله تعالى﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**﴾ ثم ذكر الافتداء وهو الخلع ثم عقب ذلك قوله﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥمِنۢبَعۡدُ**﴾.

فلو جعلنا الافتداء – الخلع– طلاقاً لكان الطلاق الذي ذكره بعده طلاقاً رابعاً، ولا خلاف في تحريمهما بثلاث ولأنه ليس بصريح في الطلاق، ولا نوى الطلاق أي ليس طلاق كغيره من الكنايات[74]، وفي نفس الصدد ذكر الإمام بن القيم الجوزية:"**وَالّذِي يَدُلُ عَلَى أَنّهُ لَيْسَ بِطَلَاقْ أَنّهُسُبْحَانَهُ وَتَعَالى رَتّبَ الطَّلَاقْ بَعْدَ الدَخُولْ الّذِي لاَ يَسْتَوْفِي عَدَدَهُ ثَلَاثَةَ أَحْكَامْ كُلُّهَا مُنْتَفِيَةَ عَلَى الخُلْع وَيُعَدُ فَسْخًا**

---

[70] سورة البقرة، الآية 232،228 .

[71] منال محمود المشني، مرجع سابق، ص64.

[72] عبد الوهاب على بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص293.

[73] ابن كثير، إسماعيل بن عمر الدمشقي أبو الفداء، تفسير القرآن الكريم، ج1، دار الفكر، بيروت، 1401، ص365.

[74] موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الديمشقي الصالحي الحنبلي، الكافي، كتاب الخلع،ج4، هجر للطباعة والنشر والتوزيع 1418 ، ص510.

لأَنَّهُ مَحْسُوبٌ بَيْنَ الثَّلاَث فَلاَ تَحِلُّ بَعْدَ اِسْتِيفَاء الْعَدَدْ بَعْدَ دُخُولِ الزَّوْجِ وَإِصَابَتِهِ، كَمَا أَنَّ العِدَّةَ فِيهِ ثَلاَثَة قُرُوء"[75]،

يضيف ابن القيم:" **وَمَنْ نَظَرَ إلى حَقَائِقِ الْعُقُودِ مَقَاصِدُهَا دُونَ أَلْفَاظِهَا يُعَدُّ الخُلْعُ فَسْخًا بِأَيِّ لَفْظٍ كَانَ حَتّى بِلَفْظِ الطَّلَاقْ**" وروي عن رسول ﷺ" **أَنَّ امْرأَةَ ثَابِتٍ قَالَتْ يَا رَسُولُ اللهِ: ثَابِتْ بَنُ قَيْس مَا اعْتَبُ عَلَيْه مِنْ خُلُقٍ وَلاَ فِي دِينٍ وَلَكِنَنِي أَكْرَه الكُفْر فِي الإِسْلاَمْ"،قال**ﷺ**أَتَرُدِينَ عَلَيهِ حَدِيقَتَهُ قَالَتْ: نَعَمْ فَقَالَ الرَّسُول** ﷺ **اِقْبَلْ الحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَة**"[76] ومما يدل على أن الخلع فسخ هو أنّالنّبيﷺعندما أمر ثابت بن قيس أن يطلق امرأته في الخلع تطليقة ومع هذا أمرها أن تعتد حيضة[77].

بما أن عدة المختلعة قرء واحد، أما المعتدة من طلاق فعدتها ثلاث قروء إذن لو كانت المخالعة طلاقا لاعتدت كما تعتد المطلقة[78]، كما أمررسول الله ﷺ أمرها أن تعتدّ بحيضة ولو كان الخلع طلاقا لأمرها أن تعتدّ بثلاثة قروء، فهذا يدل أن الخلع ليس بطلاق وذلك أن الله ﷻ قال:﴿**والمطلّقات يتربّصن بأنفسهنّ ثلاثة قروءٍ**﴾ فلو كانت مطلقة لم يقتصر لها على قرء واحد[79] رجحوه على انه فسخ، نظراً لأنه حق للزوجة لتملك حريتها خاصة إذا أساء الزوج معاشرتها وهذا يتعارض مع كونه طلاق، لأن الطلاق بيد الزوج فمن غير المنطقي أن تستعمل الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية، ويفقد هو طلقة من الطلقات التي يملكها[80].

إنّ حقوق المرأة في الإسلام واهتمامه بها يتبين من خلال قصة ثابت مع زوجته فكانت لا تشكو من خلقه ولا دينه إلا أنها تبغضه ولا ترتاح له نفسياً، كما أنها لا تشعر بعاطفة الزوجية إلاّ

---

[75] سيد سابق، فقه السنة، مج 2، المكتبة العربية – صيدا – بيروت، ص325.

[76] أبي عبد الله محمد بن محمد بن يزيد ابن ماجة، سنن إبن ماجة: كتاب الطلاق، باب 22 "المختلعة تأخذ ما أعطاها، حديث: 2156"، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، ص222.

[77] سيد سابق، مرجع نفسه، ص32.

[78] أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2،ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1374هـ، ص95.

[79] أحمد بن محمد احمد كليب، مرجع سابق، ص135.

[80] عاشور سهلية، مرجع سابق، 482.

أنّ رسول الله صلى عليه وسلم كان يعلم ما وراء شكواها من حياة مملوءة بالمشاكل والشقاق بينهم بدلا من المودة والرحمة التي من اجلها شرع الزواج لذلك أوجب على ثابت أن يطلقها[81].

الفرع الثاني

موقف التشريعات المقارنة

سبق وأن تطرقنا لموقف المشرع الجزائري الذي اعتبر الخلع طلاقا بائنا، فلم يعرف المشرع الجزائري الفسخ بل ذكر بعض أسبابه فقط، وهو ما أشار إليه في المادة 8 مكرر1 " **يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذ لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة8**".

نصت المادة 33"**يبطل الزواج إذا أختل ركن الرضا"، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل**".

أضافت المادة 34" **كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء**".

فحسب هذه المواد يمكن اعتبار الفسخ هو الانتهاء بسبب وجود خلل ما في العقد، والمتمثلة في الزواج الفاسد بجانب التشريع الجزائري الذي اعتبر الخلع طلاق بائن، نذكر في هذا الصدد بعض التشريعات العربية التي اعتبرت الخلع طلاقا،

أولا: الخلع في المملكة العربية السعودية والمغربي والكويتي

-**المملكة العربية السعودية:** إذ افتدت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بأن الخلع طلاق بائن والغرض منه قطع الرجعة[82]،

[81] عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق ، ص71.

[82] إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل شهادة الماجستر في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، جامعة فلسطين، 2008، 103.

ـ الخلع في القانون المغربي

أيّد ذلك المدونة الأحوال الشخصية المغربية إذ تناول الخلع في ست مواد حيث نص المشرع في الكتاب الثاني الذي كان تحت عنوان "**انحلال ميثاق الزوجية وأثره**" وبالضبط في الباب الثاني، من القسم الخامس منه في المواد من 115 إلى 123من مدونة الأسرة المغربية، على الأحكام التي تعالج مسألة الخلع،

إذ اعتبر الخلع طلاق رضائي بين الزوجين وليس فسخاً[83]، وهذا حسب المادة 115 التي تنص على" **للزوجين ان يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقاً لأحكام المادة 114 أعلاه**" [84]،والمادة 123:" **كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكملات للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والطلاق والخلع**" حيث أقرّ أنّ الخلع طلاق رضائي بين الزوجين، وليس فسخاً، كما سوّ بين الراشدة والقاصرة في طلب الخلع إلاّ أنه اشترط موافقة النائب الشرعي على البدل بالنسبة للقاصرة تطبيقا لنص المادة 116.

كما جعلت المادة 122 من مدونة الأسرة إتباعا بقواعد الفقه المالكي انّ كل الطلاق المنطوق به من القاضي بائن[85]، وأحسن ما فعل المشرع المغربي أنه فصّل في مسألة إكراه الزوجة على الخلع حيث يمكن لها استرجاع مبلغ المخالعة إذا أثبتت أنّ خلعها كان نتيجة أكراه أو إضرار الزوج به وهذا حسب المادة 117 من المدونة.

ـالخلع في القانون الكويتي عرّف الخلع في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية[86]: " **الخلع هو الطلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها**".

---

[83] لحسين شيخ أث ملويا، المنتقى في قضايا شؤون الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1983، ص281.

[84] م 114 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ظهير شريف رقم 01.04.22، الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ/02 فيفري، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة، ج.ر، ع 5184، بتاريخ 14 ذي الحجة (5 فبراير 2004)، ص418.

[85] لحسين شيخ اث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون الأسرة، جزء1، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص92.

[86] قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل بالقوانين رقم 61 لسنة 1996، و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2008.

أي يعتبر طلاق.

ثانيا: الخلع في القانون المصري والتونسي والعراقي

_الخلع في القانون المصري:

اعتبر الخلع عقد رضائي، وضبط ذلك في مواد الخلع التي نص عليها في قانون 01 سنة 2000، حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على: " **للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فان لم يتراضيا علية وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردّت عليه الصداق الذي أعطاها لها، حكمت لها المحكمة بالتطليق**"[87].

وضع اللمشرع المصري شروطاً للخلع القائم على عدم الرضائية، على عكس المشرع الجزائري الذي فتح الباب على المرأة في طلب الخلع دون تحديد أي شروط، إذ يعتبر التطليق بالخلع طلاق بائن ويكون الحكم فيه غير قابل للطعن بأي طريقة [88]، كما لا يجوز لأي من القاضي في التحري عن السبب، فالسبب يكمن فقط فيما تعلنه، كما يعتبر الخلع باتاً غير قابل للطعن[89]، نص المشرع المصري على الخلع بصفة خاصة وأفرد له قانوناً خاصاً واعتبر الخلع عقدا رضائيا، بعكس المشرع الجزائري الذي حصر الخلع في مادة واحدة، عرّف الخلع على أنه عقد رضائي بين الزوجين يتفقان فيه على إنهاء الزواج مقابل بدل تدفعه الزوجة سوا قبل أو بعد الدخول.

_الخلع في القانون التونسي

لم تنظم مجلة الأحوال التونسية مسألة الخلع،إلاّ أنها ساوت بين الزوجين في المطالبة بفك الرابطة الزوجية، فيحق للزوجة المطالبة بالطلاق أمام القضاء كما هو الحق للزوج المطالبه به، وكل

[87]قانون رقم 25 لسنة 1951، المعدل بالقانون رقم 1000 لسنة 1970، والقانون رقم 25 لسنة1929، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1975 و 2005، و2 لسنة 2007، – قانون رقم 1 لسنة 2000م المعدل بقانون رقم 91 لسنة 2000.

[88] لحسين شيخ أث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون، مرجع سابق، ص94.

[89]المستاري نور الهدى، الخلع (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون المقارن"، كلية العلوم والحقوق السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص32.

ما يترتب على عن طلب الطلاق من تعويضات للطرف المتضرر، نظر لما تنتجه من أضرار على الأفراد والمجتمع حسب ما أكدته الفقرة 3في المواد 31 و32 منه[90].

_الخلع في التشريع العراقي:

عرّف القانون العراقي الخلع بأنه: " إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع و في معناه، ينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي، أي يتم برضا الزوجين ويتفقا على تنظيم جميع الأثار المترتبة على حل الزواج[91].

ثالثا: الخلع في القانون الأردني والسوري والفلسطيني والإماراتي

_ الخلع في القانون الأردني

نصت المادة 94 من القانون الأردني على:" كل طلاق يقع رجعي إلاّ المكملات للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال والطلاق الذي نصّ على أنه بائن في هذا القانون.

الخلع فقد أيّد الاتجاه الذي أقرّ أنّ الخلع " طلاق" ويظهر ذلك جلياً من خلال المواد التي نظمت الخلع في التشريع الأردني[92]، حيث عرّف الخلع الرضائي في المواد 94 إلى 114.

_ الخلع في القانون السوري

جاءت نصوص القانون السوري[93] المنظمة للخلع متأثرة بالشريعة الإسلامية، فأجاز لكلا الزوجين، عالج الخلع في 10 مواد من 95 الى 104، حيث نصت المادة 96 على أنّ: " **لكل من طرفين الرجوع عن ايجابه في المخالعة قبل قبول الأخر" كما نصت المادة على أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والزوجة محلا للطلاق: يشترط لصحة المخالعة أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له. المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلاّ بموافقة ولي المال**".

---

[90] الأمر العلي، المؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، صادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، مؤرخ في 17 أوت 1956، المعدل والمتمم.

[91] صافية خيرة، «إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بين القانون والشريعة»، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، جامعة تيارت، مج 33، ع11، الجزائر، 2022، ص149

[92] انظر المادة 102، قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم 36 لسنة 2010.

[93] قانون الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية المعدّل بالقانون رقم/ 34/ لعام 1975، وأسبابه الموجبة معدلاً ومضبوطاً على الأصل مع بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض السورية.

_ الخلع في القانون الفلسطيني

تبنى قانون الأحوال الشخصية المعمول به لدى المحاكم الشرعية في فلسطين باعتباره طلاق طلاق بائن[94] حسب ما نصت عليه المادة 94: " **كل طلاق يقع رجعيا إلاّ المكملات للثلاث والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل وما نص على كونه بائناً هذا القانون"[95].**

للقاضي الحكم بالخلع إذا اقتنع بوجود خلاف بينهما أو سبب يستحيل مواصلة العشرة الزوجية في حالة رفضه من طرف الزوج.

الخلع في القانون الإماراتي:

أورد المشرع الكويتي الخلع في الكتاب الثاني " فرق الزواج" حيث أدرج الخلع ضمن حالات فك الرابطة الزوجية نصّ في الباب الثاني المادة 110[96] على أن: "**الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها. يصح في مسمى بدل الخلع ما تصح تسميته مهر، ولا يصح التراضي على إسقاط نفقة الأولاد حضانتهم. الخلع فسخ. استثناء من أحكام البند 1 من هذه المادة، إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً وخيف ألا يقيما حدود الله حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب.**

فالمشرع الكويتي أعطى للخلع حكمين:

الأول: وصف الخلع على أنه طلاق، عندما عندما يكون هناك تراضي بين الزوجين حول فك الرابطة الزوجية.

الثانية: وصفه بالفسخ عندما يكون طلب الخلع من الزوجة؛ أي من طرف واحد، دون موافقة الزوج لفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

وصدور قرار قضائي يقضي بفك الرابطة الزوجية بناء على الخلع فإن هذه الفرقة طلاق بائن.

---

[94]احمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص187.

[95] انظر المادة 94 من قانون الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية المعدّل بالقانون رقم/ 34/ لعام 1975، وأسبابه الموجبة معدلاً ومضبوطاً على الأصل مع بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض السورية.

الفصل الثاني

إجراءات التقاضي في الخلع والآثار المترتب منه

إنّ تطور نشاط الإنسان في شتى المجالات سواء في حياته اليومية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، وباعتباره كائن اجتماعي بطبعه يعيش وسط أفراد فيؤدي ذلك لوقوعه في مشاكل مما يجعله عرضة للضرر جراء النزاعات التي يمكن أن تصادفه، لذا يتنازل الفرد عن الثأر ويلجأ لوسائل قانونية تضمن استرجاع حقه بواسطة هيئة تابعة للدولة تسمى "بالقضاء"، وتعتبر هذه الأخيرة الوسيلة والأداة الفنية التي أتاحها القانون للأشخاص من أجل الحفاظ على حقوقهم، وتسوية النزاعات التي تنشأ بين الأفراد مع فرض جزاءات.

وضع المشرع قواعد قانونية موضوعية وقواعد قانونية إجرائية التي تبين الكيفية والطريقة الواجب تتبعها من طرف كل متضرر، التي كرسها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية متى توفرت الشروط اللازمة المنصوص عليها 08/09[97]، فقانون الإجراءات المدنية والإدارية نظمّ بشكل دقيق إجراءات التقاضي أمام الجهات القضائية المدنية والإدارية، حيث يقوم القاضي بحسم النزاع وتوقيع الجزاء لكي لا يطغى القوي على الضعيف.

وفي هذا الصدد سنتطرق لإجراءات التقاضي في دعاوى فك الرابطة الزوجية، عن طريق الخلع في (المبحث الأول)، ثمّ الآثار التي تترتب عنها سواء بالنسبة للزوجة والأبناء في (المبحث الثاني).

[97] أمر 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، المؤرخ في 28 أفريل 2008، معدل ومتمم.

المبحث الأول

إجراءات التقاضي في دعاوى الخلع

سوّى المشرع الجزائري مركز المرأة لمركز الرجل فيما يخص فك الرابطة الزوجية، حيث منحها حق مطلق في الطلاق مقابل تعويض الذي كرّسه في المادة 54 من الأمر 05-02، مع تجريد القاضي من أيّ سلطة في الاستجابة من عدمها، باستثناء تقدير التعويض بما لا يتجاوز مهر المثل في حالة عدم الاتفاق.

كما تعتبرّ أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف ما عدا جوانبها المادية، سنتطرق لإجراءات سير الدعوى في (المطلب الأول)، ثمّ الطعن في الأحكام الصادرة عن طريق الخلع في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إجراءات السير في دعوى الخلع

بالرغم من معالجة المشرع الجزائري للأحوال الشخصية غلاّ أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب إتباعها في دعاوى فك الرابطة الزوجية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام إجراءات المدنية والإدارية، التي تضمنت إجراءات الخلع ضمن التي نظمها المشرع في المواد من 423 إلى 452،

تعتبر الدعوى الأداةالفنية التي أتاحها القانون للأشخاص للحفاظ على حقوقهم ومراكزهم القانونية، التي حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية للشخص متى توفرت شروط لكي يتم النظر في الإدعاء، لمعرفة إجراءات سير الدعوى لا بدّ من التطرق إلى قواعد الإختصاص وكيفية رفع الدعوى (الفرع الأول)،ثم لإجراءات الصلح والتحكيم في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

قواعد الاختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع

الإختصاص القضائي هي السلطة المخولة لجهة قضائية ما للفصل في نزاع معين؛ أي الصلاحية التي تتمتع بها كل جهة.

تعرض دعوى الخلع على المحكمة محلياً ونوعياً وفقا لقواعد الاختصاص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من طرف المدعي والمدعى عليه مع ذكر أسمائهما، تحدد الزوجة موضوع الدعوة من خلال عرض موجز للوقائع، كما أنّ الزوجة ليست ملزمة بالإدلاء بالأسباب

الشخصية التي دفعتها لطلب فك الرابطة الزوجي، لأنها في غالب الأحيان تكون حول العشرة الزوجية ونفورها من الزوج[98].

سنتناول في الجهة القضائية المختصة (أولا)، وكيفية رفع الدعوى وشروطها (ثانيا).

أولا: الجهة القضائية المختصة

أ_ الاختصاص الإقليمي:

حددت المواد من 37 إلى 40 من ق.إ.م.إ، الاختصاص الإقليمي للجهات القضائية، وهو الحيز الجغرافي الذي تختص المحكمة في النظر فيها، والفصل في المنازعات التي تثور فيه.

تختص محكمة مقر مسكن الزوجية محليا بالنظر في المنازعات التي تثور بين الزوجين، حسب المادة 3/426 من ق.إ.م.إ، يجوز للزوجين الاتفاق على من يحل نزاعهما أمام المحكمة الأقرب، أوالتي يتم اختيارها من طرفهما، فلا يحق للقاضي المختص رفض دعواهما لعدم الاختصاص المحلي، لأنه ليس من النظام العام[99]

يجوز لأطراف عرض النزاع على جهة قضائية غير مختصة، وعلى الطرف الذي يدفع بعدم الاختصاص أن يقدم هذا الدفع قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع، فإذا سبق أن قدم دفوعه في موضوع الدعوى سقط حقه في الدفع بعدم الاختصاص[100]

ب_الاختصاص النوعي:

ترفع دعوى الخلع أمام قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي وفقا لنص المادة 1/423 من ق.إ.م.إ، التي نصّت على أنه ينظم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الأتية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية، انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، وبما أنّ الخلع طرقة من طرق فك الرابطة الزوجية، فإنّ المحكمة المختصة هي قسم شؤون

[98] أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، مصر،2004، ص27.

[99] يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص56.

[100] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص445.

الأسرة على مستوى محكمة الدرجة الأولى للقضاء العادي، يعتبر الاختصاص المحلي من النظام العام لذا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه استناداً لأحكام المادة 36 من ق.إ.م.إ[101].

أما فيما يخص القضاء الإستعجالي، فيقوم باتخاذ تدابير مؤقتة ومستعجلة تحفظية ولا تمس بأصل الحق، لحين الفصل في النزاع القائم لمنع الضرر أو الخطر الذي يمكن أن يحدث، وقد منح المشرع لقاضي شؤون الأسرة الصلاحية للفصل في الأمور الإستعجالية حسب ما نصت عليه المواد 453-499 من ق.إ.م.إ.

ثانيا: رفع الدعوى وشروطها

أ_ طرق رفع الدعوى:

تقوم الزوجة المدعية، أو عن طريق محاميها بتحرير عريضة دعوى الخلع، قصد إيداعها بأمانة ضبط الجهة المختصة وفقا لما جاء في مضمون نص المادة 14 من ق.إ.م:" **ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة، ومؤرخة، تودع أمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف** "؛ أي ترفع أمام المحكمة بعريضة مكتوبة مكونة من البيانات اللّازمة بعريضة تسمى بعريضة افتتاح الدعوى،تسجل لدى أمانة الضبط أمام كاتب مكلف، ترفع الدعوى بطريقتين:

الطريقة الأولى: ترفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب

يتقدم به المدعي إلى المحكمة لطلب الخلع بعريضة مكتوبة على نسختين[102]، مع احتوائها على البيانات اللازمة المنصوص عليها في المواد 14، 15، 16، 17 من ق.إ.م.إ، وكذا المادة 03 مكرر من ق.أ التي جاء فيها :" **تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية الى تطبيق أحكام هذا القانون** " إذ يكمن هدفها في الصهر على تطبيق القانون فلا تنحاز لأي طرف أثناء الخصومة مع ذكر الجهة المختصة والقسم، الوقائع والأسباب وتختم بالطلبات[103].

[101] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص65.

[102] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص341.

[103] بلحاج لعربي، مرجع سابق، ص142.

الطريقة الثانية: بواسطة تصريح شفهي أمام المحكمة

يتقدم صاحب المصلحة لدى كاتب الضبط لتحرير محضر بتصريح المدعي مع التوقيع عليه، كما يمكنه أن لا يوقع، ويصبح هذا المحضر وثيقة رسمية بحيث يتم تقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة[104].

يشترط رفع دعوى الخلع مستقلة بحيث لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق طلب مقابل، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر في 2006/07/12[105] أنه يتبين بالفعل من خلال وقائع الدعوى أنّ الطاعن هو الذي أقام الدعوى من أجل رجوع المطعون ضدها لبيت الزوجية، إلاّ أنها قابلت الطلب بالرفض مع طلب الخلع، مقابل مبلغ عشر ألاف دينار على أساس الهجر بالمضجع وعدم الإنفاق، حيث سارت المحكمة العليا على عدم الإضرار بأي شخص، إذ كانت المطعون ضدها تدعي ضرر مما أرغمها على طلب الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، ولما كان ثتبت من قضية الحال أن القاضي الأول لما استجاب لطلب الخلع فقد أخلّ بقواعد القانون مما يوجب نقض وإبطال القرار.

كما يقف قبول الدعوة على شرط تقديم النسخة من عقد الزواج، رفقة عريضة افتتاح الدعوة للتأكد من الصيغة، وتقديم شهادة عائلية في حالة وجود الأطفال[106].

بعد التحصل عل نسخة العريضة يتم تبليغها للمدعى عليه عن طريق محضر قضائي في أجال 20 يوم، ثم يحرر محضر التبليغ الذي يمضي عليه الأطراف[107]

ب_ شروط رفع وقبول الدعوى

اقتصر ق.إ.م.إ في المادة 13 فقرة 1 من قانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية بالنص على الصفة والمصلحة كشرطين أساسيين،ضمن الكتاب الأول، الباب الأول تحت

---

[104] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل-، ط4، دار هومة للنشر والتوزيع، 2010، ص117.

[105] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 353851، قرار بتاريخ 2006/07/12/ ، مجلة م ع، ع2، 2006 ص331.

[106] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص28.

[107] زينب شويخة، الإجراءات المدنية والإدارية في ظل القانون 08-09، ج1، ط1، دار أسامة ، الجزائر، 2009.

عنوان في الدعوى ضمن الفصل الأول بعنوان في شروط قبول الدعوى على ما يلي: " **لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون**" ، وفي الفقرة الثالثة :" **كما يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه**"، وفي الفقرة الثالثة :"**كما يثير تلقائيا انعدام الإذن أذا ما اشترطه القانون**"[108]، كما نصت 463 من ق.إ.م.إ على أنه:" **ترفع دعوى الطلاق من احد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى**" أضافت المادة65 شرط الأهلية، ومن المواد السالفة الذكر تبيّن لنا الشروط التي تقوم عليها الدعوى.

فالصفة هي المركز القانوني للشخص، سواء في المدعي أو المدعى عليه، فهي الحق في المطالبة بالحق أمام القضاء، والحاجة على الحماية هو السبب في تواجد القضاء، فهنا يجب أن ترفع الدعوى من قبل الزوجة أو ممن ينوبها قانوناً وأن يكون الأطراف متمتعين بالأهلية[109]،المصلحة القائمة أصلا، فلا تصح الدعوى إلاّ إذا صدرت من ذي صفة.

أما الأهلية لا تعد شرطا للدعوى إنما شرط لمباشرة الإجراءات أمام القضاء التقاضي أي مدى صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات في التقاضي، فكل شخص بلغ سن الرشد القانونية المحددة ب 19 سنة بموجب المادة 40 من القانون المدني[110]، يثير القاضي تلقائيا انعدم الصفة، فالصفة هي الشرط الأساسي في كل الدعاوى القضائية، حيث يشترط أن تكون للمدعي صفة رفع الدعوى.

أما فيما يخص شرط المصلحة من أهم الشروط الواجب توافرها لقبول دعوى خاصة في المسائل الأسرية، كما هو الشأن لكل الدعاوى بصفة عامة، فلا يجيز القانون لأي شخص التقاضي ما لم تكن له منفعة قائمة أو محتملة، التي تعتبر المنفعة التي تعود على المدعي من لجوءه للقضاء،

---

[108] حميدي محمد أمين، شروط رفع الدعوى وأجالها وتقديم المستندات، مداخلة في إطار شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وزارة العدل، مجلس قضاء الشلف، محكمة عين الدفلى، 2009/2008، ص5.

[109] بلحاج العربي، مرجع سابق،ص342-343.

[110] يحوي أنيسة، إجراءات رفع الدعوى، « محاضرة في إطار التكوين المحلي المستمر لموظفي أمانة الضبط»، وزارة العدل، مجلس قضاء برج بوعريريج، محكمة المنصورة، 2006/2005، ص5.

وتكون المصلحة مستندة إلى حق أو مركز قانوني، شخصية، قائمة يقرها القانون[111]، إذ حسم المشرع مصلحة الصفة بصفة صريحة واعتبرها من النظام العام.

كما نصت المادة 65 من ق.إ.م.إ على ما يلي: "**يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية، كما يجوز أن يثير انعدام التفويض للمثل الطبيعي أو المعنوي** "، بالرغم من عدم الإشارة إلى شرط الأهلية ضمن المادة 13 تحت فصل "شروط قبول الدعوى"، لكن أورده في القسم 4 في " الدفع بالبطلان" فهذا الشرط لا يخص شروط الدعوى القضائية فقط، بل هو شرط عام يتعين أن يتوفر في الشخص الذي يباشر أي عمل قانوني، لذا لم يرد في نفس المادة باعتباره شرط لصحة المطالبة القضائية[112].

يمكن القول أنه لا يمكن قبول أي دعوى من دعاوى شؤون الأسرة أو غيرها من الدعاوى، إذ لم يكن الأطراف متمتعين بالصفة القانونية لممارسة الدعوى وتوفر المصلحة، وكذا أهلية التقاضي.

الفرع الثاني

سير الجلسة وإجراءات التحكيم والصلح

ترتكز إجراءات رفع الدعوى على إيداع عريضة افتتاح الدعوى وتبليغها، سنتطرق إلى كيفية سير الجلسة (أولا)، ثم إلى إجراءات الصلح والتحكيم (ثانيا).

أولا: طريقة سير الجلسة

تكون الجلسات عادية بطريقة علنية بحضور النيابة العامة، باعتبارها طرف أصلي في الدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة ، كما يمكن للطرفين طلب المرافعة بطريقة سرية محصورة في القاضي وأمين الضبط فقط، حيث يقوم كاتب الضبط بتسجيل الجلسة في السجل الخاص، وتعيين تاريخ الجلسة التي ستعرض فيها الدعوة[113] مع جوز إحضار الشهود، فعلى الزوجين الإدلاء بطلباتهم ودفوعهم ، كما لهما تدعيم ادعاءاتهم بما لديهما من حجج قانونية[114].

---

[111] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص22.

[112] حميدي محمد أمين، مرجع سابق، ص12.

[113] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 352.

[114] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص117.

أما إذا لم يحضر المدعى في اليوم المحدد للجلسة رغم معرفته لتاريخ الجلسة، وكان له مبرر شرعي ففي هذه الحالة يجوز للقاضي تأجيل القضية لجلسة موالية لتمكين المدعي بالحضور، أما في حالة الغياب لسبب غير مشروع فإن القانون يخول للقاضي سلطة شطب الدعوى[115].

ثانيا: إجراءات الصلح والتحكيم

لقد كان الصلح والتحكيم من بين طرق تسوية النزاعات منذ قدم الإنسانية، إذ كانت فعالة في حل المشاكل والنزاعات بين الأفراد في كل المجالات تقريباً، اهتم المشرع الجزائري اهتماماً كبيرا بهذه الوسائل، لكن الجديد هو ضرورتها في تكريسها بصفة إلزامية في المحاكم الجزائرية بسبب تراكم القضايا مما ينتج البطئ في إصدار القرارات،

حيث نظمها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فجاءت بصيغة الوجوب والإلزام في قضايا فك الرابطة الزوجية.

فالقاضي قبل الحكم بحل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لا بد من القيام بالصلح باعتباره إجراء وجوبي وليس اختياري، عن طريق تتبع بعض الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- **إجراءات الصلح في دعوى الخلع:**الصلح تعني التوفيق؛ أي الإصلاح يختص بإزالة النفار بين الناس وقطع المنازعة[116].

يعتبر الصلح إجراء جوهري، يقوم به القاضي قبل الفصل في دعاوى الطلاق، لمحاولة حل النزاع بين الطرفين، وتقريب وجهات النظر قصد الإصلاح بينهم، لقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا وَالصُّلحُ خَيراً**[117]﴾،

حيث نصّ عليها المشرع الجزائري في المادة 49 من القانون 84-11على: "**لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.**

---

[115] بلحاج العربي، المرجع سابق، ص352.

[116] للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ط1، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008، ص420.

[117] سورة النساء، الأية 127.

يتعين عل القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"

يتم اتخاذ الإجراء باستدعاء الزوجين المتنازعين من طرف القاضي في مكتبه ، يتم الإجراء بطريقة سرية ودون تواجد المحامي لكي لا يؤثر على قرار موكله،تسجل محاضر الصلح لإثبات إتمام الإجراءات، من خلال المادة السالفة الذكر يتبين لنا أن المشرع قيّد الحق في الطلاق، لأنه ألزم القاضي بإجراء الصلح في مكتبه في جلسة خاصة، يقوم فيها القاضي يتبين الأضرار التي قد تترتب عن فك تلك الرابطة الزوجية سواء عليهما أو على الأولاد، وإقناع كل طرف بالتنازل عن جزء من حقه، إذا كان الصلح ايجابي يذكر في المحضر بالتصالح، أما إذا فشلت مساعي الصلح يمكن أن يشير في المحضر عن أسباب فشل مساعي الصلح.

كاستثناء حين يقتنع القاضي بعدم جدوى الصلح له السلطة التقديرية بإجراء الصلح مرة واحدة فقط،

ونذكر في هذا الصدد قرار المحكمة العليا الصادر2009/03/11[118] على وجوب أجراء الصلح، حيث طعن (م ع) بالنفض بتاريخ 2007/02/25 للحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية خلعا بمقابل مبلغ مالي كتعويض، وإلزام الطاعن بنفقة العدة والإهمال، واسناد الحضانة للأم إضافة إلى إلزام المطعون ضدها باليمين حول الأثاث.

قبول الطعن شكلا: حيث طالبت المطعون ضدها عدم قبول الطعن لعدم وجود النيابة العامة كطرف أصلي بذلك حسب المادة 3 مكرر من ق.أ، كما أقام الطاعن باستئناف الحكم المطعون فيه وبذلك صدر قرار بتاريخ 2007/04/02 رفع من قيمة التعويض وعدّل الحكم بجانب قائمة الأثاث واليمين والسكن.

لكن حيث أنّ النيابة العامة على مستوى المحكمة العليا تقدم طلباتها طبقا لنص المادة 248 من ق.إ.م.إ، وذلك بعد إيداع التقرير وإبلاغها، والعبرة من قبول الطعن بتبليغ الحكم المطعون فيه للطاعن، بالتالي استئنافه للحكم في الجانب الخاص بالمسائل المادية لا يؤثر على حقه في الطعن بالنقض، وعليه فإن الطعن بالنقض استوفى الأشكال القانونية.

[118] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 479594، قرار بتاريخ 2009/03/11(غير منشور)

من حيث الموضوع: عن الوجه الوحيد، المأخوذ من مخالفة وإغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات وهو إغفال القاضي عن إجراءالصلح الذي جاء كرّسته المادة 49 من ق.أ وجوبيا.

لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، فالمحكمة قامت بمحاولة صلح لكن المطعون ضدها أصرّت على الخلع، فالوجه غير مؤسس يتعين رفضه لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعا، وتحميل المصاريف على الطاعن.

كما أنّ القرار 1994/01/18[119] أقرّ بأن: "الحكم بفك الرابطة الزوجية، لا يصدر إلاّ بعد اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملاً بأحكام المادة 49 من ق.إ.م.إ.

كما أنّ غياب أحد الطرفين لجلسة الصلح عدة مرات، دليل على عدم ضمني على عدم الرغبة في إتمام المصالحة، لذا يستلزم على القاضي أن يفصل في الدعوى المعروضة رغم عدم الحضور، وهذا يظهر جليا في قرار 1997/10/23[120] الذي أقرّ أنه: "**إنّ عدم حضور أحدالطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لأن المادة 49 من ق.أ تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر**"حيث طعن (ح.أ) بالنقض بعريضة في 1997/11/07 في الحكم الصادر في 1996/03/27 الذي قضي بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين وإلزام المدعي عليه بدفع مبلغ النفقة والعدة، وإسناد الحضانة للأم، حيث أنّ المطعون ضدها لم تقدم مذكرة جواب رغم تبليغها الطعن بالنقض.

حيث أنّ الطعن مستوفي الشروط القانونية فهو مقبول شكلا.

في الموضوع: حيث أنّ الطاعن استند في تدعيم طعنه للنقض وإبطال الحكم المطعون فيه على وجهين:

الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات ، بدعوى أنّ المحكمة فصلت في الدعوى دون منح أجلا للطاعن بالحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح.

---

[119] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 96688، قرار بتاريخ 1994/01/18، نشرة القضاة، عدد 50، ص60.

[120] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم174132، قرار بتاريخ 1997/10/23، نشرة القضاة، العدد 55، ص179.

لكن حيث أنه لا يستخلص من الحكم المطعون فيه أنّ الطاعن قد طلب أجل ليتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح، لكن كان المحامي يمثله.

إضافة إلى أنّ الحكم المطعون فيه يتضمن الإشارة إلى أنه صدر بعد تأجيل القضية عدة مرات، لتمكين الأطراف من الحضور، فالمادة 49 من ق.أ تنص على اجراء الصلح من طرف القاضي يتم دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر، مما يجعل الوجه غير مؤسس ومرفوض.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن شكلا، ورفضه موضوعا.

- **إجراءات التحكيم:** يعتبر التحكيم إجراء من إجراءات التوفيق التي تأمر به المحكمة قبل الفصل في النزاع، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 56 من ق.أ المعدل بالأمر 05-02 على: "**إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، من أقارب الزوجين ما أمكن وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين**"،يقضي القاضي على أساس تقرير الحكمين، ولا يشترط أن يكون معللا كما يجوز رفض التقرير، وتعيين حكمين آخرين، كما أنّ قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا، وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن[121]لم يشر في المادة عن كيفية تعيين الحكمين والوقت الذي يتم فيه اللجوء لهذا الإجراء، كما أن المشرع الجزائري أغفل عن مسألة جوهرية بخصوص هذا الإجراء والمتمثل في وضع حدود والشروط التي تتوجب في الحكمين، حسب المواد 446 إلى 449 من ق.ا.م.ا.

أخذا هذا الإجراء من مبادئ الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: "**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا انْ يُرِيداَإِصْلَاحَاً يُوَفِّقُ الله بَيْنَهُمَا....)**[122]، ونذكر في هذا الصدد أنّ آلية التحكيم يتم اللجوء إليها في حالة الشقاق بين الزوجين وليس في الخلع.

المطلب الثاني

طرق الطعن في الحكم الصادر في الخلع

[121] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص359.

[122] سورة النساء، الأية 35.

تنتهي دعوى الخلع بصدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع يشمل القاضي حكمه، بالتوابع التي تخلفت عن فك الرابطة الزوجية، حيث يصدر ابتدائي نهائيا على مستوى الدرجة الأولى، كما جاء في نص المادة 57 من قانون الأسرة فيما عادا جوانبها المادية، وعليه يمكن للأطراف أن يطعنوا في الحكم وذلك سواء بالطرق الطعن العادية وغير العادية في **(الفرع الأول)** والغير عادية في**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

طرق الطعن عادية

تتحقق الحماية القانونية بعدما ينتهي قاضي شؤون الأسرة من عملية تكييف النزاع، عن طريق إسقاط القاعدة القانونية على الوقائع بعدها يفصل في النزاع المطروح، فهناك الأحكام القابلة للاستئناف وأخرى لا، المعارضة (أولا) ثم الاستئناف بالطعن (ثانيا).

أولا: المعارضة

وهي طريق من طرق الطعن في الأحكام الغيابية، ترفع المعارضة من كل من صدر حكم في غيابه أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، وكذا من الزوج الذي لم يتسلم التكليف المباشر بالحضور بشرط عدم انقضاء الآجال القانونية؛ بهدف مراجعة الحكم أو القرار وبالتالي لا تكون إلا من الخصم الغائب تطبيقا لقاعدة "**لا يقضي على شخص بغير أن يسمع**"، إلا أن هذا الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية تترتب عليه أثار ،باعتبار أن عقد الزواج له خصوصياته فهو عقد أبداني وليس عقد أموال؛ أي العلاقة الزوجية بين الطرفين ومن بين الآثار(النفقة، العدة، الميراث)،وهذه الآثار يجب مراعاتها حتى لا نصطدم بمبادئ الشريعة السلامية [123]، فقانون الأسرة ذو صلة وثيقة مع العقيدة ،

لم يرد في القانون الجزائري أي نص عن الأحكام التي تقبل المعارضة لذا يستوجب علينا الرجوع إلى ق. إ. م.إ، حيث تنص المادة 328 منه علىأنه :" **يكون الحكم، أو القرار الغيابي قابلا للمعارضة أمام الجهة القضائية التي أصدرته ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**"، فالطعن

[123] عمرو خليل، « الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق »، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، كلية الحقوق، ،جامعة سعد دحلب، د .س.ن، ص207.

بالمعارضة لا يكون إلا ضد الحكم الغيابي ، تهدف إلى مراجعة الحكم والقرار المقضي غيابيا حسب ما نصت عليه المادة 327: **"تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب، إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي.**

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

المعارضة تخضع للإجراءات العادية لرفع الدعوى و هذا طبقا لنص المادة 330 من ق إ م إ، و تفصل الجهة القضائية المرفوعة أمامها الدعوى في الشكل والموضوع ولا يجوز شطب الدعوى في حالة المعارضة و يشترط إرفاق العريضة بنسخة الحكم المعارض فيه تحت طائلة عدم قبول المعارضة شكلا كما يلزم القانون المعارض بتبليغ المعارض ضده بالحكم حتى يكون صدور هذا الأخير حضوريا وذلك وفقا للمادة 331 من ق إ م إ ، كما لا تجاوز أجال المعارضة شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم.

ب) الطعن بالاستئناف

هو إعادة طرح النزاع من جديد أمام الدرجة الثانية، بهدف مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة، فهو حق مقرر لجميع الأشخاص الذين كانوا خصوما على مستوى الدرجة الأولى حسب المادة 335 من ق.إ.م.إ، ولا يجوز الاستئناف إلا فيما يخص الجانب المادي بالنسبة لقضايا فك الرابطة الزوجية، ومن بينها الخلع، حيث هناك تضارب في قرارات المحكمة العليا منها ما تعتبر أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف، وذلك عندما يطعن في الأحكام الابتدائية الصادرة في الخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه، كما تقبل الطعن في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع[124]، وانتهت تلك الطعون وبالنقض إلى قبولها شكلا ورفضها موضوعا.

يحدد أجال الطعن بالاستئناف، بشهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته، كما يمدد إلى شهرين إذا تم التبليغ الرسمي في موطن الشخص الحقيقي، حيث أكد القرار الصادر

[124] عمر زودة، مرجع سابق، ص 162.

في 1986/10/20[125] الذي قضى أنه:" **من المقرر قانونا أنّ استئناف الحكم الصادر من المحكمة يجب أن يرفع في مهلة شهر واحد ابتداء من تاريخ تبليغ الحكم، وأن هذه المهلة تسري سواء للمبلغ له أو على من قام بطلب التبليغ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون**"لما كان من الثابت –في قضية الحال– أن المطعون ضدها قامت بتبليغ حكم أول درجة إلى الطاعن بتاريخ 1984/01/25 في حين أنها لم تستأنف الحكم إلا بتاريخ 1984/03/21، فإن قضاة المجلس بقبولهم للاستئناف رغم فوات الأجل القانوني يكونوا قد خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة.

الفرع الثاني

الطرق غير العادية

بعدما تم التطرق إلى الطرق العادية سابقا، سنحاول الإشارة إلى الطرق غير العاديةوالمتمثلة في الطعن بالنقض (أولا)، والتماس إعادة النظر (ثانيا).

أولاً: الطعن بالنقض

طريقة غير العادية المكرسة قانونا في قانون الإجراءات الإدارية والمدنية ، حيث نصت المادة 349 من ق إ م إ :"**تكون قابلة لطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع و الصادرة في أخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية**"، ويعتبر من بين الطرق غير العادية، ويختلف عن الطعن بالمعارضة والاستئناف كون هاذين الطريقين عاديين يسمحان بإعادة النظر في الدعوى من جديد، وذلك شكلا وموضوعا وقانونا.

بينما الطعن بالنقض فهو من الطرق غير العادية، لا يسمح بفتح الملف والدعوى من جديد ولا يهدف إلا مراجعة الحكم ولا تعديله، إنما فقط من الناحية القانونية فالمحكمة العليا لا تتناول الخصومة في مجملها من حيث الوقائع والقانون وتقتصرعلى معاينة ما نظر فيه قاضي الموضوع دون الحلول محله، وتراقب الحل الذي أعطاه فيالنزاع على ضوء أوجه الطعن الذي يثيرها الطاعن؛ فهي محكمة قانون وليست محكمة موضوع، في حين أنه لا علاقة لها بالموضوع فهي مقتصرة فقط

[125] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 42359، قرار بتاريخ 1986/10/20، المجلة القضائية ، عدد 4، ص45.

على الجانب القانوني [126]، حسب ما نصت عليه المادتان 451و 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2_إلتماس إعادة النظر

لا يمكن طلب إعادة النظر إلاّ فيما يخص القرارات الصادرة عن المجالس القضائية أو الأحكام الصادرة عن المحاكم، إلاّ إذا حازت قوة الشيء المقضي به، وهذا حسب ما نصت عليه 390 من ق.إ.م.إ: "**يهدف إلى اِتماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الإستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع، والحائز لقوة الشيئ المقضي، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع، والقانون**".إذ يكون اِلتماس إعادة النظر أمام نفس الجهة المصدرة للحكم.

بحيث حددت أجال إعادة النظر في مدة شهرين، يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت الشاهد أو التزوير، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة حسب ما نصت عليه المادة سالفة الذكر.

تعتبر أحكام الخلع غير قابلةللاستئناف، وذلك حسب القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في دعاوى الخلع.

بالرجوع إلى نص المادة 57 من ق.أ الذي نصّ على أنه: "**تكون** الأحكام **الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيها عدا جوانبها المالية**".

فحكم الخلع غير قابل للاستئناف إلاّ في شقه المادي، كما أنه يطعن بالطرق غير العادية لأن الحكم يصدر ابتدائيا نهائيا، مما يستلزم أن يكون قابلا للالتماس أو الطعن بالنقض.

أما الحكم الخاص بالجوانب المادية فيصدر ابتدائيا بحيث يكون قابل للطعن بالطرق العادية.

حيث أكدت القرارات المحكمة العليا من خلال تكريسها ذلك في الأحكام، حيث أكّد القرار الصادر في 2009/02/11[127] حيث أقرّ بعدم جوز الاستئناف في الخلع، حيث طعن (ق م) بالنقض،بتاريخ 2006/12/12، القاضي حضوريا ابتدائيا بعدم قبول المعارضة في شقها الخاص،

[126] عبد العزيز سعد، طرق إجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية ، ط4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2007 ، ص 47.

[127] قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 471975، قرار بتاريخ 2009/02/11، (غير منشور).

قضى ب 12000 لنفقة العدة وهي بالمقابل تدفع 50000 دج مقابل الخلع، ورفض ما زاد من طلبات المعارض لعدم تأسيسها وقد استند إلى ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة المادة 22 وما بعدها من ق.إ.م.إ، أي الطاعن لم يتلقى الاستدعاء وقضوا غيابيا، وباعتبارها قاعدة من النظام العام، إذ كان عليهم أن يثيروها من تلقاء أنفسهم.

الوجه الثاني: المأخوذ من انعدام الأسباب أي عدم قبول المعارضة للحكم الغيابي لكونه نهائي يعد تسبيبا قاصرا، لأن الحكم الغيابي للطلاق يخضع للقواعد العامة وليس لقانون الأسرة، وعدم الرد على الاعتراض فيما يخص الجانب المادي يعد تسبيب ويعرض القرار للنقض.

الوجه الثالث: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون، فالمادة 54 أجازت الخلع دون موافقة الزوج وليس دون علمه، الاتفاق على مقابل الخلع يكون بحضور كلا من الزوجين وصدور حكم نهائي غيابي هو خرق للقانون يستوجب نقض القرار.

أما من حيث الشكل: أن الطعن بالنقض قد وقع في اجله واستوفى أوضاعه الشكلية طبقا للمواد 235، 240، 241 من ق.إ.م .إ ، أي مقبول.

لهذه الأسباب قضت المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية والمواريث بقبول الطعن شكلا وموضوعا وبنقض، وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية على هيئة أخرى، وتحميل المطعون ضده المصاريف القضائية.

بالرغم من اتفاق كل من الاجتهاد القضائي والقانون على مبدأ عدم جواز الاستئناف في أحكام الخلع، إلاّ أنهم أقروا بضرورة كون الخلع الطلب الأصلي في الدعوى، حيث أكدّ القرار الصادر في 1991/03/20 [128]على أنه: "**من المقرر قانونا أن الأحكام بالطرق غير قابلة للإستئناف ، ما عدا جوانبها المادية**"ولما كان الثابت في قضية الحال أنّ قضاة المجلس عدّلوا من الحكم المستأنف بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج، يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق، حيث أنّ السيد (د.ن) رفع طعنا بالنقض القرار الصادر من مجلس قضاء الجزائر 1988/06/28، القاضي على

[128] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 72858، قرار بتاريخ 1991/03/20، المجلة القضائية ، العدد 1، 1993، ص57.

تأييد الحكم المستأنف الذي قضى بالخلع، وقد تم تسجيله في الحالة المدنية وإسناد الحضانة للأم ومبلغ النفقة .

بعد تحرير محضر اليمين مبدئيا فيما يخص الطلاق وتعديله بأن فك الرابطة الزوجية جاء بتظليم المستأنف وليس بالخلع، بناء على ذلك مبلغ 3000 د ج للزوجة المطلقة على وجه العدة ومبلغ 400 نفقة الإهمال، استند الطاعن لوجه وحيد للنقض:

الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون، للمادة 53، 54 بإثبات الزوج بتمتعه بكامل صحته العقلية، وان قضاة الموضوع أخطأوا بتطليق الزوجة، وللقضاء بالتطليق كان على المرأة أن تثبت الحالات المقررة في المادة 53، لذا القرار عرضة للطعن.

حيث أن المطعون ضدها أجابت أن (د ن) يعيب على القرار المعاد بخرق القانون، وأنّ القاضي أصاب، إذ أن الزوجة طالبت الطلاق وعيا، ففي واقع الشريعة الإسلامية كل خسارة مادية أو معنوية تسمح لها بمغادرة بيت الزوجية، والقاضي كان على صواب.

حيث بالرجوع إلى القرار المطعون يتبين أنّ الزوجة تعرضت للضرر، وعليه يتعين تعديل الحكم فيما قضي بالطلاق والقول أنّ فك الرابطة جاء بتظليم الزوج وليس بالخلع، كما لم يوضح المجلس كيفية تعرض الزوجة للضرر، كما لا يجوز مناقشة أحكام الطلاق إلا في جوانبها المادية.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث نقض القرار المطعون، وإحالة القضية للفصل من جديد.

المبحث الثاني

أثار الطلاق بالخلع

تترتب أثار في جميع طرق فك الرابطة الزوجية، سواء كانت بالإرادة المنفردة للزوج أو التطليق بأمر من القاضي، أم عن طريق الخلع التي أقرها كلا من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري،تلك الآثار التي تمّ تكريسها عن طريق مجموعة من النصوص القانونية، لغاية سامية والمتمثلة في حماية حقوق كلا من الزوجة والأطفال المشتركين بين المطلقين، إذ تنقسم لأثار متعلقة بالنظام العام التي يستلزم على القاضي الفصل فيها من تلقاء نفسه، أما باقي الآثار التي لا تتعلق

بالنظام العام فتخضع لإرادة الأطراف، وتنقسم إلى أثار خاصة مترتبة عن الخلع (المطلب الأول)، وأثار عامة تشترك فيها كافة طرق فك الرابطة الزوجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الآثار العامة المترتبة عن الخلع

يترتب عن الخلع أثارًا باعتباره طلقة بائنة [129]، ولا شك أنه يسقط بعض من حقوق كالمهر والإرث، مع عدم إمكانية الأم بالتخلي عن الحضانة مقابلاً للخلع، إلا إذا اتفقا أن يكون المقابل عبارة عن الالتزام بحضانة الأولاد لمدة معينة على نفقتها[130]، وسنتطرق لوقوع الفرقة بين الزوجين (الفرع الأول)، ثم التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وقوع الفرقة بين الزوج

الخلع طلاق بائن لأنه من كنايات الطلاق كما أنه بعوض، فلا بد أن تملك هي نفسها تحقيقا للمعاوضة ، لا تملك نفسها إلاّ بالبائنولا تتخلص من الزوج إلاّ بالبائن، لأن الزوج يمكن أن يراجعها في الطلاق الرجعي فلا تتخلص ويذهب مالها هباء فكان الواقع بائناً[131]، بما انهتم الاتفاق على أن الخلع طلاق يجب التطرق إلى الآراء الفقهية التي تناولت كلا من هذه النقطتين لتحديد نوعه إن كان طلاق بائن، أو رجعي بحيث انقسم الفقه لرأيين والمتمثلان في:

الرأي الأول: الخلع طلاق بائن وبه قال الأئمة الأربعة التي تمت الإشارة إليها سابقا في مسألة الخلع طلاق أو فسخ، بحيث استدلوا على قولهم لقوله تعالى ﴿**فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ أي يكون الافتداء إذا خرجت من عصمته فالهدف من الخلع هو إزالة الضرر، فلو جاز للرجل مراجعتها ستتضرر، والزوج هنا للزوج البدل وهي ستتخلص منه ولا يمكن حصول ذلك إلا بوقوع البينونة، بقول مالك

---

[129] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، (الطلاق الخلع . نفقة الأقارب مع عرض قانون 2000)، ج1، منشاة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2001، ص173.

[130] محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالامر05/02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص224.

[131] ربيحة إلغات، «إشكالات الطلاق بالخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري»، مدعما بالاجتهادات المحكمة العليا، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر1، مج 8، ع5، 2019، ص287.

وأصحابه: "**الخُلْعُ طَلْقَةَ بَائِنَةَ** " وكذلك قال عثمان:" **هِيَ طَلْقَةَ بَائِنَة إِلاَّ أَنْ يُسَمِّي شَيْئاً فَهُوَ مَا سَمَّى**"، وقاله عدد من الصحابة والتابعين،وقال مالك : **(وَإِنْ لَمْ يُسَمَى فَهِيَ وَاحِدَة قَالَ مُحَمَد قَالَ عَنه العَزيزْ وَإِذَا اتَّبَعَ الخُلْعُ طَلَاقاً مِنْ غَيرِ صَمَات وَلاَ حَدِيثْ لَزَمَهُوَقَدْ أَخْطَأَ السُّنَةَ)**، ولا رجعة له[132].

كما أكدّ ذلك القرار الصادر في 1986/02/10[133]على أنه: " **من المتفق فقها وقضاءا في أحكام الشريعة أنّ الطلاق الذي يقع من الزوج هو الرجعي وأنّ الحكم القاضي به لا يغير من رجعته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق.**

أما الطلاق البائن، فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقع من القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينهما وبين زوجها.

إن القضاء بما يخالفهذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائناً"، حيث قامت (ع.م) طعنا لنقض القرار الصادر من المجلس القضائي في 1983/10/23 المؤيد للحكم الصادر من محكمة باب الوادي في 1982/20 القاضي بين الطاعنة والمطعون ضده ومبلغ النفقة، وقد استند المحامي في طعنه وجهين:

الوجه الأول: مأخوذ من مخالفة أحكام الشريعة وهو بطلان الطلاق شرعا للمرض والإكراه تخلف شروط الطلاق البائن، وانتهاك قواعد الإجراءات م.إوانعدام الأسباب وقصورها مما يعيب القرار ويرضه للنقض.

بالرجوع إلى الحكم المطعون أنه أشارت في الأول أن طلاقها بالإكراه من أبناء المطلق ولا يملك قدرة التعبير، لكن لم تُأخذ أقوالها بعين الاعتبار، وعدم التعرض لمعرفة لمعرفة هذه التفاصيل بمثابة قصور تعيب القرار وتعرضه للنقض.

---

[132] عبد الله بن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأمهات، ط1، مج 5، دار الغرب الإسلامي، بيروت310هـ ، ص 256.

[133] المجلس الأعلى، عرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39463، قرار بتاريخ 1986/02/10، المجلة القضائية، عدد1، ص115.

الوجه الثاني: الطلاق الذي يقع من طرف الزوج رجعي وحكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه نزل على طلب الزوج فهذا هو الذي طلق القاضي، فأحكام الفقه تنص على أنّ الطلاق البائن هو ما وقع قبل البناءعلى عوض، لهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية إلى مجلس أخر.

الرأي الثاني: للزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له وبين رده، وله الرجعة إن لم تكن طلقة ثالثة أو غير مدخول بها، وبه قال سعيد بن المسيب والزهري وهو مذهب ابن حزم، والرجعة في كل حالة تكون فقط في العدة،استدل أصحاب هذا الرأي على أنه في حالة ما يرد العوض للمرأة يبقى الطلاق على أصله، وهو الرجعي فالغاية من دفع المرأة للبدل؛هو التخلص من الزوج والأضرار التي يلحقها بها، ولأنها لا تحب الحياة الزوجية، فلو افترضنا جواز الرجعة بعد الاتفاق واخذ العوض والفرقة لعاد إليها الضرر والشقاء، ولما كان هناك اثر الخلع ولانتفت إرادة المرأة فيه، وبعد التطرق لكلا من الرأيين تبين أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة القائلون بأن الخلع طلاق بائن لا رجعة فيه للزوج،

إنّ الإسلام شرع الرجعة في الطلاق غيرالخلع ليتدارك الزوج نفسه، فقد يندم في فترة العدة، أما في الخلع فتدفع المرأة المال مقابل تمليك عصمتها بعد أن تأكدت من عدم جدوى العيش معه[134]، وبما أنّ الزوجة تصبح أجنبية عن الزوج بمجرد النطق بالحكم فلا توارث بينهما[135].

الفرع الثاني

إلتزام المختلعة ببدل الخلع

يجوز للزوج متى وقع الإيجاب والقبول على المخالعة بين الزوجين، أو حكم القاضي به أخذ العوض عن الطلاق البائن الواقع منه، وتلتزم الزوجة بدفع بدل الخلع[136] سواء كان البدل المتفق عليه، أو المحكوم به قضاء أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق أو أقل تعطيه الزوجة [137]،

[134] عامر سعيد الزيمباري، مرجع سابق، ص241.

[135] لحسين بن شيخ أث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص69.

[136] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص68.

[137] منصوري نورة، مرجع سابق، ص150.

والمقصود بالبدل هو" **المقابل الذي يحصل عليه الزوج لأجل مخالعة زوجته من أجل إعطائهاالحرية**".

يمكن أن تكون المخالعة دون ذكر المال، وهو من كنايات الطلاق، ويمكن كذلك يكون المقابل مالاً كما يمكنها التنازل عن أحد حقوقها[138]، لكن الإشكال المطروح بصدد بدل الخلع فهل يقاس على أساس مهر المثل في كل الحالات أم يمكن أن يفوق مهر المثل، وهل يمكن أن يطلب الزوج مبلغ كبير من المال؟ وهنا يكون للقاضي إما أن يحكم بصداق المثل الذي يمكن أن يفوق المهر الحقيقي الذي قدمه الزوج للمرأة، وهذا يكون لصالح الزوج الذي يستغل القيمة الزائدة عن المهر، مما يضر بمصلحة الزوجة لذا في هذه الحالة يمكن للزوجة المطالبة بتخفيض أو إلغاء القيمة الزائدة على المهر، كما يمكن أن يكون الصداق، أقل قيمة من الصداق الحقيقي فهنا يكون لصالح الزوجة، ويلحق الضرر بالزوج لذا يمكنه المطالبة برفع المبلغ[139]، وهذا حسب ما كرسته المحكمة العليا في معظم قراراتها ونذكر منها القرار الصادر بتاريخ 1985/04/22 الذي يقضي انه ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية انه في حالة اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فان الأمر يعود تقديره لقاضي الموضوع، وكذا القرار الصادر بتاريخ 1994/04/19 الذي يقضي انه عند الاختلاف في مبلغ التعويض عن الخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل.

أولا: الخلع مقابل نفقة الصغير، أجرة حضانته، والرضاعه، وإمساكه

يجوز الخلع على نفقة الصغير،أي تلتزم بنفقة عليه لمدة زمنية معينة من مالها الخاص، وان لم تقم بذلك لسبب ما له الحق أن يرجع عليها بمثل نفقته خلال المدة التي لم تنفق عليه فيها، أجرةالرضاعة، وأجرة حضانته إذ ليس في ذلك مساس بحق الصغير ولا خلاف على ذلك بين الأئمة، وإن خالعها على أن تقوم بحضانة ولدها بالمجان، فتكون مجبرة على القيام بذلك بمالها الخاص، أما إذا تضمن البدل إمساكها للمحضون لمدة تتجاوز سن الحضانة لكن بشرط عدم الأضرار بمصلحةالصغير[140]، إذا تم الاتفاق حول الإرضاع كبدل للخلع هو

---

[138] منال محمود المشني، مرجع سابق، ص57.

[139]سعوداوي صديق، مرجع سابق، ص169.

[140] علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 2007، ص163،164 .

صحة الخلع لأنه مما تصح عليهالمعاوضات، وسواء اتفقا على مدة الرضاعة أو لا، فان لم يتم تحديد مدة الرضاع فتطبق المدة التي ذكرت في القرآن وهي سنتين متتاليتين، وبهذا اقرّ كل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

إذا خالع الرجل زوجته على أن ترضع ولدها منه وقبلت صحّ هذا الخلع، وعليها أن ترضعه المدة المتفق عليها وقد حددها الشارع لمدة سنتان، وإذا ماتت قبل أن تتم مدة الرضاع جاز للزوج أن يرجع على ورثتها بما يعادل أجرة الرضاع للمدة المتبقية [141]، إلاّ إذا اشترطت عند الخلع انه عند موتها أو موت الطفل فلا شيء عليها[142].

ثانيا: الخلع مقابل النفقة والمهر

لا خلاف بين الفقهاء على جواز الخلع، على أن يكون العوض فيه سقوط ما على المخالع من نفقة ماضية واجبة عليه لزوجته أو على نفقة عدتها أو مهرها[143]، يعرف المهر لغةً على انه صداق المرأة وهو اسم للمال الذي يدفعه الزوج لزوجته بعقد الزواج[144] وهو واجب بدلالة الأمر في قول الله تعالى:﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا**﴾[145] كما يشترط في المهر أن يكون متمولاً طاهراً منتفعاً به، وما لا يصح أن يكون ثمناً في البيع لا يصلح مهراً وينقسم المهر إلى المهر المسمى ومهر المثل، لقوله تعالى: ﴿ **فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً**﴾[146]، يجب إمضاء المهر الذي اتفق العاقدان عند العقد على تسميته كثيراً أو قليلاً ويستحب تسميته لدفع أي خصومة، أما إذا تم العقد من غير تسمية وجبمهر

[141] أحمد فراح حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص111.

[142] أحمد نصر الجندي، المرجع سابق، ص81.

[143]عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص194.

[144] إبراهيم مصطفى، احمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، المعجم الوسيط، ج2، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، تركيا، ص779.

[145] سورة النساء، الآية 4.

[146] سورة النساء الأية 24.

المثل والمراد بمهر المثل هو القدر الذي يرغب بهفي أمثالها والمرأة التي يعتبر فيها المماثلة كانت من جهة أبوها كأخواتها وعماتها[147]،

إذا خالع الرجل زوجته بعوض معلوم وكان هذا البدل يساوي المهر استحقه الزوج، ولم يبقى من المهر شيء، وكذلك إذا كان العوض أزيد من المهر، أماإذا كان العوض اقل من المهر فقد اختلف الفقهاء فيما بقي منه وهو القدر الزائد عن العوض على مذاهب:

المذهب الأول: يسقط الخلع والمبارأة كل حق للزوجين قبل الأخر في المهر، فإذا خلعها الزوج بمبلغ معلوم، لم يكن له سوى المسمى ولم يبقى لأحدهما قبل صاحبه دعوى في المهر مقبوضاً كان أو غير مقبوض، قبل الدخول بها أو بعد، وهذا ما ذهب إليها الإمام أبو حنيفة والإمام مالك.

المذهب الثاني: إن الخلع لا يسقط ما بينهما من حقوق تتعلق بالمهر،إلا قدر ما سمياه، واتفقا عليه ويسقط كل حق بينهما فيما يتعلق بالمهر.

المذهب الثالث: إنّ الخلع والمبارأة لا يسقطان من حقوق المهر شيئاً إلا قدر ما سمياه، فإذا تم ذلك بعوض فإنهما يتراجعان فيما بينهما من الحقوق التي تتعلق بالمهر، فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر، إلا أن الرأي الراجح هو قول الفقهاء أبو حنيفة، الإمام مالك بإسقاط الخلع كل حق يتعلق بالمهر مع سقوط ما أخذت الزوجة من مهر لم تستحقه ثم خالعها قبل الدخول[148]، والحكمة في تعجيل وتأجيل المهر باعتباره حق مالي كالدين، وتستحق الزوجة مهرها كامل في حالتين:

الحالة الأولى: إذا طلقها زوجها بعد دخوله بها فقد ذهب جمع من أهل العلم منهم الحنفية والحنابلة إلى ثبوت كامل المهر بالخلوة، فإذا دخل الرجل بزوجته فلا خلاف بين أهل العلم لاستحقاقها جميع المهرويمنع من الزوج عن أخذ أي شيء مما أعطاها إياها.

الحالة الثانية:

[147] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص261.

[148] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 171-173

إذا توفي احد الزوجين قبل الدخول ففي هذه الحالة تستحق الزوجة أيضا كامل المهر، وهذا مذهب الحنفية، وصحيح الحنابلة وهو قول الشافعي، كنا انه كل فرقة جاءت قبل الزواج، قبل الوطء والخلوة الصحيحة فان الزوجة تستحق نصف المهر، إلا أن المهر يسقط كله إذا كانت الفرقة من طرف الزوجة [149] ولذا باعتبار الخلع حق خاص بالزوجة إذن تفقد كل المهر.

المطلب الثاني

الآثار الخاصة المترتبة عن بالخلع

يترتب على أي نوع من الفرقة سواء كانت طلاق، بالإرادة المنفردة للزوج، أوالتطليق بأمر من القاضي، للخلع أثارًا قانونية وشرعية أقرتها كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من خلال تكريسها لمجموعة من النصوص القانونية، سواء فيما يخص الزوجة(الفرع الأول)، أو فيما يخص الأبناء(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأثار الخاصة المترتبة على للزوجة

أولا:العدة

لا شك أنه في حالة وقوع الطلاق بائناً فهذا ينفي الحياة الزوجية فيما يتعلق بالحقوق، إلاّ أنّ حق النفقة المتعلق بالعدة يبقى واجباً على الزوج، باعتباره حق تبعيّ بالنسبة للطلاق، ويبقى في ذمته[150]،فتعرف العدة على أنها العد والإحصاء، وفي الإحصاء الشرعي مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة، فتمتنع عن التزوج فيها وبانقضائها يزول ما تبقى من أثار التحريم [151]،

العدة واجبة شرعًا على الزوجة عند الافتراق،ولها حكمة هامة وراء فرضها نذكر براءة رحم الزوجة لتفادي اختلاط الأنساب مع تهيئة فرصة للزوج من مراجعة زوجته قال الله تعالى:﴿**يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي**

[149] سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص ص261- 265.

[150] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص271.

[151] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص173.

لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾[152]، وتجب العدة في الزواج الصحيح؛ أي الذي اكتملت أركانه وشروط انعقاده وصحته ونفاذه ولزومه، فإذا فارق الرجل زوجته بعد ذلك بطلاق أووفاة أولأي سبب من أسباب الفرقة الأخرى، وجبت العدة، وتشمل عدة المطلقة بلا حمل وتثبت في حالين، الأولى إذا دخل الزوج بها دخولاً حقيقياً أما الثانية إذا إختلى الزوج خلوة صحيحة، ففي كلتا الحالتين تثبت العدة سواء كان الطلاق رجعيا أوبائنا ببينونة كبرى أو صغرى، وتتساوى في ثبوت العدة على المرأة هنا فرقة الفسخ وفرقة الطلاق، أما إذا كان السبب الفرقة قبل الدخول–حقيقة أوحكماَ–[153]قوله تعالى:﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾**[154].وهنا تكون العدة أما : بلأقراءإذا كانت المرأة تحيض،وهي غير حامل سواء كانت الفرقة بالطلاق أو بالفسخ قال تعالى:﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾**[155]واختلفوا في معنى القرء ففسرها أبو حنيفة بالحيض أي تعتد ثلاث حيضات كاملات، وفسرها الجمهور بالطه، وتحسب من تاريخ التصريح بالطلاق أو العدة بالأشهر وهي ثلاثة أشهر للمرأة التي لا تحيض لصغر أو لكبر سنها، سواء صغيرة دون البلوغ أو بلغت سن اليأس من المحيض وهي 55 سنة على المفتى به[156]، فعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق[157]، قال تعالى:﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**[158].

---

[152] سورة الطلاق، الآية1.

[153] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص184.

[154] سورة الأحزاب، الأية 49.

[155]البقرة، الأية22.

[156] بلحاج لعربي، مرجع سابق، ص372.

[157] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2 ، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ، ص179.

[158] سورة الطلاق، الأية5.

العدة بسبب الحمل، إذا كانت المرأة حاملا وتوفى عنها زوجها أوطلقها فعدتها تنتهي فور وضعها للحمل وتكون أقصى مدة الحمل أربعة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة قال تعالى:﴿**وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ [159]، كما بينت المادة 60 من ق.أ ذلك.

ثم العدة بسبب الوفاة ففي هذه الحالة على الزوجة أن تعتد أربعة أشهر وعشرا، سواء حصلت قبل الدخول أوبعده[160]، قال تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**﴾[161]وهذا رعاية لحرمة العشرة التي دامت بين الزوجين، وليس للمعتدة الحق أن تتزوج ولا الخطوبة سواء بالتصريح أو بالتعريض ولا الخروج من مسكن الزوجية، لقول مالك: " **لِلْمَبْتُوتَةِ السَكَنِي عَلَى زَوْجِهَا فِي الْعِدَة وَيَحبِسُ فِي ذَلِكَ وَيُبَاعُ عَلَيهِ مَالُهُ**"[162]، ويكون مكان العدة منزل الزوجية سواء كان طلاق بائنا أو رجعيا، وحتى لو كانت بعيدة عنه وقت الفرقة وجب عليها العودة لتعتد فيه ولا تخرج إلاّ لضرورة[163]، لكن من الجدير بالذكر أن اختلاف الفقهاء حول إعتداد المختلعة أثار جدالا كبيراً وكانوا على قولين:

أولاً: الأستبراء بثلاثة حيضات

أنّ المختلعة تعتد ثلاثة قروء كعدة المطلقة وبه قال أبو حنيفة مالك والشافعي وأحمد وروى ذلك عن ابن عمر وهو مذهب ابن حزم الظاهري[164] بحيث استدلوا لقوله تعالى:﴿**وَالمطلَقَاتُ يَتَرَبَّصنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَة قُرُوءْ**﴾ [165].

وما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية، كما قال أبو داوود حدثنا القصنبي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال:"**عِدَّةُ المُخْتَلعَة عِدَّةُ المُطَلَّقَةَ**"، إنّالآية عامة، وقد خصصتها بعض الأحاديث التي بينت أنّ عدة المختلعة حيضة واحدة، والقاعدة هي الخاص يقيد العام، وكذا

---

[159] سورة الطلاق، الأية4.

[160]سليمان ولد خسال، مرجع نفسه ، ص179.

[161]سورة البقرة، الآية 234.

[162] عبد الله بن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق، ص43.

[163]محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص190،191.

[164] عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص251.

[165] سورة البقرة، الآية228.

اختلاف عدة المختلعة عن عدة المطلقة بدون عوض كما أنّ الطلاق قبل الدخول لا يكون له عدة[166] وهذا ما أقر به أصحاب هذا الرأي.

ثانيا:الإستبراء بحيضة واحدة

الذين يقرون أن المختلعة تعتد بحيضة واحدة، وذهب إليه ابن تميمة وابن قيم وهي رواية معتمدة عن احمد واستدلوا في ذلك: روى أبو داوود عن ابن عباس انه قال:"أن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبيﷺ فأمرها أن تعتد بحيضة وعن "الربيع بن معود بن عفراء :"**إِنَّ ثَابِتْ ابْنُ قَيْسْ ضَرَبَ امْرَأَتَهُ فَكَسَرَ يَدّهَا وَهِيَ جَمِيلَة بِنْتُ عَبْدُ الله فَجَاءَ أَخُوهَا يَشْتَكِيهِ إِلَى الرَّسُول ﷺ فَأَرْسَلَ رَسُولَ الله إِلَى ثَابِتْ**" فقال :"**خُذْ التِي لَكَ عَلَيْهَا وَخَلّ سَبِيلُهَا**، فقال: " **نَعَمْ**" فأمرها الرسولﷺ أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها[167]، ومن خلال القولين يمكن القول أنه تم الترجيح علىالاعتداد بثلاث حيضات.

نصت المادة58 من قانون الأسرة الجزائري:تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء،واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، ومن الجدير بالذكر انه لا توارث بين الزوجين بعد فرقتهما، إلا إذا توفي احدهما قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق وهذا تطبيقاً لنص المادة 132 من قانون الأسرة[168].

ثانيا:النفقة

يرى الفقه المالكي أن المعتدة من طلاق بائن تستحق النفقة،والسكنى ما دامت في العدة [169] سواء كانت حاملاً أم غير حامل، وتستحق النفقة إذا كانت حامل فالمطلقة المعتدة تستحق النفقة والسكني[170]، تعتبر النفقة من الآثار التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوجية، وتعرف النفقة على أنها ما يصرفه الإنسان على زوجته، وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن[171]،

---

[166] عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص252.

[168]الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص123.

[169] أبي محمد محمود بن أحمد العنيني، البناية في شرح الهداية ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص318.

[170]بلحاج العربي، مرجع سابق، ص377.

[171]سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص11.

ودليل وجوبها من الكتاب والسنة والإجماع وقاله تعالى:﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلادَكُمْ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**﴾[172]، ومن السنة حديث عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت:" **يَا رَسُولَ الله، إِنَّ أَبَا سُفْيَانْ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِنِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمِ**، وقال لها رسولا لله ﷺ:«**خُذِيمِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانْ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**»[173].

كما أقرت المادة 61 من قانون الأسرة للمطلقة الحق في النفقة في عدة الطلاق، وتشمل كل من:

***نفقة العدة:** فكل مختلعة معتدة تستحق نفقة طيلة مدة عدتها، ويجب على المخالع أن يتحمل نفقة العدة، وعلى المحكمة أن تحكم بها لصالح الزوجة، إذا لم تتنازل عليها صراحة أمام القاضي وعلى القاضي مراعاة حالة الزوجين،

إذ أكدّ ذلك القرار الصادر في 1984/10/22 [174]، "حيث قضى على أنه" **متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية**" إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أبدوا الحكم المستأنف فيما قضى به ومن ذلك تقرير نفقة عدة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

---

[172] سورة البقرة، الآية 233.

[173] محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص254.

[174] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 34327، قرار بتاريخ 1984/10/22، المجلة القضائية ، عدد3، 1989، ص69.

حيث أقام (ي.م) طعنا لنقض قرار صادر عن مجلس 1982/05/21 قضي بتأييد الحكم فيما قضي بالطلاق بتضليمها، وفيما يخص نفقة العدة ونفقة الولد، وإلغائه فيما زاد على ذلك وإسناد حضانة الولد لأبيه.

حيث يستند الطعن إلى وجه واحد مأخوذ من خرق قواعد الشريعة الإسلامية بدعوى أن المجلس قضى بالطلاق بتظليم الزوجين ومنح للزوجة نفقة العدة مع أنها اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا وازدياد ثلاثة أولاد نتيجة العلاقات اللّاشرعية مما يشكل مخالفة لقواعد الشرع التي تقرر إسقاط جميع حقوق الزانية.

لكن حيث أن القرار جاء موافقا لأحكام الشريعة، إذا اسقط جميع حقوق المطعون ضدها ماعدا نفقة العدة الواجبة لها في كل حال من الحالات، سواء كانت ظالمة أو مظلومة، وبالتالي لا يوجد أي خرق الأمر الذي يستوجب رفض الطعن، لهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى رفض الطعن وعلى الطاعن المصاريف القضائية.

***نفقة الإهمال:** نصت المادة 74من قانون الأسرة بأن نفقة الزوجة واجبة في حال الدخول بها، وإذا قدمت المختلعة ما يثبت أنّمخالعها لم ينفق عليها فيحق لها إن تطالب بنفقة الإهمال، وتحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع[175].

***نفقة المسكن:** يجب للزوجة مسكن لائق بها، أما بملك أو إعارة أو وقف لقوله تعالى: ﴿**أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم...**﴾[176]أي يجب أن يكون ملائماً، مستقلاً، مؤثثاً[177]، وتكون النفقة واجبة للزوجة سواء كانت ظالمة أو مظلومة.

ثالثا: متاع البيت

يشمل المتاع كل ما أحضرته الزوجة إلى بيت الزوجية، أثناء الدخول بها من أفرشة وملابس، فلا يجوز للزوج أن يستولي على متاع الزوجة، وفي حالة النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما دليل، قال مالك: "**مَاَ كَانَ يُعْرَفُ أَنَّهُ مَتَاعُ الرِّجَالِ فَهُوَ للرَّجُلْ، وَمَا يُعْرَفُ**

[175]منصوري نورة، مرجع سابق، ص154.

[176] سورة الطلاق، الأية 6.

[177]عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دار الكتاب الحديث، 2012، ص190.

عَلَى أَنَه مِنْ مَتَاع النِّسَاْء فَهُوَ للنِّسَاء، لأَنَ البَيتَ فِيهِ هُو بَيتُ الرَجلِ، وَمَا كَانَ مِن متَاعِ النِسَاءِ وَلِي شِرَاءَهُ الَرجُلْ وَلَهُ بِذَلِكَ بَينَة "[178]، فالقول قول الزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد على الرجال،أما المشتركات فتقسم [179]، وحسب المادة 73 لم تخرج عن نطاق الفقه الإسلامي، وكان للقرار الصادر في1986/01/27[180]، أقرّ على أنه إذا اختلف الزوجان على متاع البيت وكان مما يصلح عادة للنساء يقضي بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين، ومتى قضى بخلف هذا الحكم الشرعي اعتبر خرقا لما قرره في هذا الشأن، لذا تم طعن القرار الذي أصدر حول فصل نزاع متعلق بمتاع البيت الخاص بالنساء، وبالمقابل تم ت تأدية اليمين من قبل الرجلحيث أقام (ب.ب) طعنالنقض القرار الصادر بينه وبين زوجته (خ.ف) بتاريخ : 08 /1983/11 بالموافقة على الحكم المعاد الصادر بتاريخ: 1983/01/30 في جميع نصوصه منتوجيه اليمين الشرعية للزوج.

حيث للوصول إلى النقض يستند الطاعن على ثلاثة أوجه.

الوجه الأول : مأخوذ من خرق المادة 141 من ق .إ.م.إ

الوجه الثاني : مأخوذ من النقض في التسبيب، ما يساوي عدم التسبيب المادة 233 فقرة 4 من ق.إ.م.إبدعوى أن القرار المنتقد،يذكر أن قاضيالدرجة الأولى قدر جوانب الخصومة من كافة الأوجه، وأن هذا التسبيب بالحكم باليمين على الزوج الذيصرح أن الزوجة أخذت كل ما كانت تكسبه من المحل الزوجي، ونقص التسبيب يؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه.

الوجه الثالث : مأخوذ من خرق قواعد الإثبات للشريعة، بدعوى أنّ الأشياء المطلوبة من الزوجة في استعمالها الشخصي والعادي،ففي هذه الحالة كان على القاضي أن يكلف الزوجة باليمين، وأن قضاة الموضوع خرقوا هذه القاعدة الموجودة في الشريعة، ولم يعطوا أساسا شرعيا لقرارهم مما يؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه.

---

[178] المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، رواية الأمام صحنون بن سعيد التنوخي(مقدماتإبن رشد، ج2، ط1، دار الكتب العلمية ، 1415هـ، لبنان، ص187.

[179] لحسين بن شيخ اث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص221.

[180] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 39775، قرار بتاريخ، 1986/01/27، المجلة القضائية ، عدد1، 1989، ص108.

وحيث لم تجب المطعون ضدها على الطعن.

الوجه الأول: حيث ثبت بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أنه لم يحترم الإجراء المنصوص عليه في المادة 141 من ق.إ.م، وأن تسليم الملف للنيابة العامة وهذا لا يقوم مقام التسليم المتصل بالنظام العام ويؤدي إغفاله إلى نقض القرار المطعون فيه أن يتعلق النزاع بفك الرابطة الزوجية.

الوجه الثاني والثالث: من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت، أن ما يخص النساء للنساء،وما يخص الرجال للرجال، ولما كان موضوع النزاع خاص بالنساء كانت اليمين على الزوجة، وهذا خرق لقاعدة الإثبات في الشريعة الإسلامية يؤدي إلى نقض القرار.حيث أن رأي النيابة العامة يوافق على نقض القرار المطعون فيه حسب التماساتهاالمكتوبة ،لهذه الأسبابقرر المجلس الأعلى نقض القرار المطعون فيه، الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ :11/08/ 1983 وإحالة القضية لنفس المجلس مركبامن هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون، وقضى على المطعون ضدها بالمصاريف القضائية.

الفرع الثاني

أثار الخلع على للأولاد

أولا: الحضانة

تعتبر الحضانة من الآثار الناجمة عن انحلال الرابطة الزوجية، وهي صورة من صور الولاية [181]، ومفادها البحث عن وضع الطفل الذي لا يمكنه تولي شؤونه الخاصة[182]، فهي واجب على الوالدين فالصغير ببداية حياته بحاجة للحب والحنان والعطف والصبر على ما يصدر منه من تصرفات[183]، لذا وجب وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به، بحيث يكفل الطفل التربية الصحيحة والسليمة[184] إذ تنشأ عن فك الرابطة الزوجية مراكز قانونية جديدة والمتمثلة في الحضانة وما يترتب عنها، من أحقية في المسكن والأحقية في الأولوية، كما ركزت المادة 62 من ق الأسرة على أسباب الحضانة، وأهدافها وعلى القاضي أن يراعي هذه الجوانب أثناء إسناده للحضانة [185]، ويعتبر إعطاء الشريعة الإسلامية أولوية الحضانة للام دليل على ارتكازه على مصلحة المحضون بالدرجة الأولى قبل الحاضن، وقد جعلت الشريعة مصلحة المحضون لدى المرأة تكريماً لها، نظراً لكونها مصدر الحنان والأمان، وهذا طبقا للآية الكريمة:﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حوْلَينِ كَامِلَيْنِ**﴾[186].

تعرف الحضانة لغة بفتح الحاء وكسرها، مأخوذةمن الحضن؛ وهو الجنب فالحاضنة ترد إليه المحضون، وهو احتضانالشيء كما تحتضن المرأة ولدها، وحضن الطائر بيضه، الحاضن والحاضنة هم الموكلان بالصبي ورعايته [187]على أنها الاحتضان على مستوى الصدر، أمااصطلاحاً فهي

---

[181] ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، ص1997، ص25.

[182] باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية تعويض–نفقة–عدة–حضانة–متاع(دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008،ص49.

[183] وسيم الحسن، الحضانة (شروطها، أجرة الحاضنة، منزل المحضون)، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2018، ص21.

[184] بلحاج لعربي، مرجع سابق، ص379.

[185] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص139.

[186] سورة البقرة، الأية 188.

[187] ابن منظور جمال الدين، مرجع سابق، ص123.

الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه[188]؛أي أنها حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه أوضم الصغير إلى من يعتني بتربيته، فيقوم بتدبير طعامه وشرابه وملبسه ونظافته[189]، كما عرفها الفقهاء على أنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أويضره للقدرة على مواجهة الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها[190].

نظم المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري الحضانة وحدد أولوية الاستحقاق فيها حسب درجة القرابة وموقع طالب الحضانة فأساس الحق في الحضانة مبني على الشفقة وألام أوفر الناس شفقاً على أولادها، كما يستفاد من في جهتها وينبني على ذلك تقديم الأقرب من جهة الأم [191]، كما بينت المادة 64من قانون الأسرة أولوية المرأة على الرجل في اكتساب الحق في الحضانة، لكن مع تحديد الشروط اللازم توفرها والمتمثلة في أهلية الحاضن وبلوغه وقدرته.

فالمرأة لها قيود تلتزم بها وإلا سقط حقها في الحضانة، وهي أن لا تتزوج بغير قريب محرم ووجوب كون الحاضنة من ذوي القربى كالجدة أو الخالة، وعدم انتقالها لبلد أجنبي وأن لا تغير دينها[192]، مع استحقاق النفقة، فمسألة نفقة المحضون وسكناه تضمنتها المادة 72 من قانون الأسرة **"نفقة المحضون وسكناه من ماله الخاص إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ سكنا"**، تبدأ النفقة من تاريخ النطق بالحكم لغاية سقوطها شرعاً، مع مقابل الزيارة للأب ومدة حضانة الذكر ببلوغه 10سنوات، وللقاضي تمديدها إلى 16 والأنثى ببلوغها سن الزواج إذا لم تتزوج الحاضنة[193]، ومن مشتملات الحضانة التعليم، مع تربيته على دين أبية في افتراضاً لكون أمه كافرة، اوجب المشرع أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ، وقيم الدين الإسلامي والسهر على حمايته، وتشمل الحماية كلاً من الجوانب المعنوية، المادية، الأخلاقية، الصحيةلهذا اوجب المشرع بعض الشروط اللازم توفرها في الحاضن المتمثلة في العقل فلا حضانة لمجنون أو معتوه [194]،البلوغ والمقصود بالبلوغ هنا

---

[188] إبراهيم مصطفى، احمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، مرجع سابق، ص172.

[189]السيد السابق، فقه السنة، مرجع سابق، ص351.

[190]المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2010، ص506.

[191] وسيم الحسن، مرجع سابق، ص22

[192]لوعيل محمد لمين، مرجع سابق، ص111ص118.

[193] طاهري حسين، مرجع سابق، ص154.

[194] ممدوح عزمي، مرجع سابق، ص25.

بلوغ الحلم أو الحيض أو بلوغ سن الخامسة عشر ففي هذه السن يكون الحاضن على قدرة عالية من القيام بواجبات حضانة الصغير وان يكون قادراً على تربية الصغير وصيانته فلا تثبت الحضانة لعجز أو لكبير السن أو المريض مع اتصاف الحاضن بالأمانة أي لا يكون فاسق أو مهمل[195]، الإسلام أي لا يكون مرتدًا[196].

كما بينت الآية في قول الله تعالى:﴿**ولَن يَجْعَل الله للكَافِرِينَ عَلَى المُؤمِنِينَ سَبِيلاً**﴾[197]، لقد أكد القرار في 1984/07/09 [198] أنه: "**من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاة بتقرير ممارسة الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي**"، ولما كان الثابتفي قضية الحالأن الحاضنة فاقدة للبصر، وهي على هذا الحال،خالفواالقواعد الفقهية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ.

حيث أقام السيد (ح.ح) طعن بنقض قرار المجلس الأعلى الصادر في 1982/04/06، حكم بفك الرابطة الزوجية ونفقة العدة، مع إسناد الحضانة للأم.

حيث إستند المحامي في طعنه على وجه وحيد مأخوذ من قصور الأسباب وانعدام الأساس القانوني، اذ لإسناد الحضانة لأي شخص يستلزم مراعاة مصلحة المحضون، وهنا عدم إبصار الأم يؤدي لمنع الأم من تأدية دورها، لهذا قرر المجلس الأعلى قبول الطعن ونقض القرار المطعون فيه، فالمشرع الجزائري أعطى أولوية للطفل.

لكن إضافة لهذه الشروط هناك شروط خاصة بالنساء كعدم زواجها بأجنبي غير محرم وان لا تقيم الحاضنة في مكان يبغضه المحضون، أن لا تكون قد امتنعت عن الحضانة مجاناً لعسر حالة الزوج.

---

[195] ممدوح عزمي، المرجع سابق، ص25،26.

[196] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص125 –ص133.

[197] سورة النساء، الأية 141.

[198] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 33921، صادر بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، عدد 4، 1989، ص76.

نظمت المادة 64 من قانون الأسرة عن ترتيب الحاضنين "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لام ، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة...**"، أما فيما يتعلق بالأم قد قيدت بطلب الحضانة، ففي حالة عدم طلبها في آجال سنة من النطق بالحكم الطلاق دون عذر شرعي، يؤدي لفقدان الحق في الحضانة،ولا يقتصر السقوط في هذه الحالة فقط بل هناك أسباب أخرى كتزوجها بغير محرم، ارتكاب فعل مخل بالشرف، التنازل عنها[199]، لا شك أنّ للحضانة أثار تنتج عنها نظرا لما تتطلبه من جهد فتنحصر في :

أ) نفقة المحضون وأجرة الحاضنة :

***نفقة المحضون والأجرة:** تشمل النفقة الطعام والكسوة وأجرة التعليم[200]ا، الأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب سواء كانت أماّ أو لا، وهي غير أجرة الرضاع، وغير نفقة الرضاع وان كان للولد المحضون مال اخذ من ماله [201]، هذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة وتسقط على الأب المعسر، وإذا كان الأب عاجزا فتنفق الأم إذا كانت قادرة، كما انه لا يجوز للام التنازل عن النفقة، طبقا للقرار الصادر في 2002/05/08 " الذي أقرّ فيه أنّ بدل الإيجار أو السكن عنصر من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الأب، كما لا يمكن منح بدل الإيجار بعدد الأطفال المحضونين أما فيما يخص الأجرة اختلاف الفقهاء بأجرة الحضانة من عدمها فالمالكية قالوا بأنه ليس للحاضنة أجرة، أما الحنفية قالوا بوجوب أجرة الحضانة إن لم تكن الزوجية قائمة إما التشريع الجزائري فلم يذكر مسألة الأجرة في المواد 75،76،77،78 ليضل التساؤل قائماً مع إحالة قانون الأسرة المادة 222 للشريعة الإسلامية ، وان فقهاء الشريعة ليسو على قول واحد.

ب) سكن الحاضنة: حسم المشرع الجزائري في مسألة تخصيص مسكن للحاضنة من اجل ممارسة الحضانة ووجوباً، وهذا حسب المادة 72 من ق.أ في حالة الطلاق، يجب علي الأب أن

[199] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص247.

[200] وسيم الحسن، مرجع سابق، ص46.

[201] ممدوح عزمي، مرجع سابق، ص37.

يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة وان تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار[202] ويتم تحديد المبلغ من طرف القاضي[203].

ج) حق الزيارة: يقصد بحق الزيارة هو الحق الممنوح لأحد الوالدين الذي لم تثبت له حضانة الطفل، فللأب حق رؤية ابنه المحضون في مكان قريب منها، فان لم يتفقوا حول هذه الزيارة فالقاضي يحكم بينهما[204].

ذكر المشرع في قانون العقوبات[205] في خطف القصر وعدم تسليمهم حيث وضح ذلك في كل من المادتين 327،328 حيث أشار ذلك جلياً في المادة 328 والتي جاء في صلبها ما يلي أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص أخرلا يقوم بتسليم قاصر، قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته وضعه فيها أو أبعدة عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده، حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف[206] لكن من الضروري التطرق في هذا الصدد إلى نقطة هامة والمتمثلة في مدى أحقية تنازل الأم عن حقها في الحضانة كعوض عن الخلع، فهذا لا يصح فلا يجوز إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من الحقوق المتعلقة بالأولاد[207] ففي حالة الاتفاق على الطلاق بالخلع ولم يتفقا على مقدار العوض فانه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم النزاع القائم بين الزوجين يحكم بمبلغ لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم وذلك حسب عرف المنطقة[208].

ثانيا: الولاية

---

[202] باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص145، ص153.

[203] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص71.

[204] حسين طاهري، مرجع سابق، ص 155.

[205] القانون رقم (06-12) المؤرخ في 2006/12/24 المعدل والمتمم بالأمر(66-156) المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع 48، صادر في 2006/12/24.

[206] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 249 .

[207] هشام حسن مهدلي، الخلع بين الفقه والقضاء وفقاً لقانون رقم 2000 الخلع-الظهار-اللعان-الايلاء-الفسخ-أحكام السفر للنساء، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، 2001، ص12.

[208] نورة منصوري، مرجع سابق، ص139،140.

من المعلوم أنّ الولاية تتبع الحضانة، ويمكن اعتبار الولاية كأثر من أثار فك الرابطة الزوجية، فقد تناول المشرع الجزائري موضوع الولاية ضمن الكتاب الثاني من ق.أتحت عنوان النيابة الشرعية، وتم تخصيص فصل كامل لبيان الأحكام المتعلقة بها[209]، إذ تثبت على الولد منذ ولادته حيا تستمر حتى البلوغ، ألزم الشارع الولاية على الوالدين لتربية وإرشاد ورعايته لجلب المنافع ودفع المضار اتجاه الأولاد، باعتبارهم الأشفق والأحن على الأبناء[210]، بحيث تعرف الولاية لغة بسكون اللام، القرب والدنو يقال تباعد ولي وكل مما يليك أي ما يقاربك، يقال (وليه) يليه الكسر فيهما وهو شاذ (لوالي) البلد، أولى الرجل البيع(ولاية) فيهما .(الولاية) بالكسر، السلطان و(الولاية) بالفتح والكسر النصرة وقال سيوبة (الولاية) بالفتح المصدر وبالكسر الاسم[211].

أما اصطلاحا فهو ذلك الحق الشرعي للمكلف الرشيد في التصرف المشروع لحظ نفسه ويكون لهذا الحق إلى من أنابه الشارع أصالة أو بالتوالي لعارض شرعي (النفس/المال/أو كلاهما) أما الولاية على المال فهي الإشراف على شؤون القاصر المالية والتصرفات كالبيع والرهن [212]،

ودليل مشروعية الولاية هو قوله تعالى:﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِ﴾ [213] ، ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾ [214].

فالحكمة من شرع الله، هوالقيام بشؤون المولى عليه تربيته وتهذيباً وإرشادا، مع مساعدتهم على تخطي عقبات والنكبات التي يمكن أن يواجهها الشخص في حياته بسبب ضعفه وعجزه، مشاركة المولى في حسن اختيار شريك الحياة باعتبار عقد الزواج من العقود الأبدية التي تشمل أثاره كل العائلة، وحماية ثروات القصر لتنمية أموالهم واستثمارها.

---

[209] إقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر، ص39.

[210] احمد فراح حسين، مرجع سابق، ص213.

[211] أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، متوسطة المختار للنشر والتوزيع، ص741.

[212] اقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، مرجع نفسه، ص39.

[213] سورة البقرة ، الاية282.

[214] سورة النساء، الاية05.

تعتبر الولاية مظهر من مضاهر التكافل الأسري، تنقسم الولاية لعدة أنواع بحسب معيار التقسيم، أما باعتبار الثبوت فهي ولاية أصلية كولاية الأب والقاضي، وولاية التفويض كتعيين المقدم من طرف القاضي وتعيين الوصي من طرف الأب والجد، أما باعتبار الموضوع فهي ولاية على النفس أو المال أو معاً، تثبت الولاية على النفس بالنسبة للقاصر غير المؤهل حضانة وتزويجاً، أما الولاية على المال فتقع على القاصر، والبالغ الذي قام به عارض من عوارض الأهلية أو مانعها[215].

أقرت المادة 87من قانون الأسرة:" **يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الآباء وحصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.**

ففي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن اسندت إليه حضانة الأولاد"، ففي قضية الحال إن قضاة الاستئناف، عندما قضوا بإسناد حضانة الطفل للأم دون منحها الولاية عليه، يكونون قد خالفوا حكام المادة 87 من قانون الأسرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه[216]، حيث أكدّ ذلك القرار الصادر بتاريخ 1997/12/23[217]: " **أنه من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر، يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له المصلحة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون**"، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ المجلس لما قضوا بمنح الولايةلغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون،

فعن الوجه المثار تلقائيا حول مخالفة أحكام المادتين 87 و90 من ق.أ، حيث الولاية لا تنتقل لغيرها إلاّ إذا ثبت تعارض في المصالح بينها وبين الأولاد القصر طبقا لما نصت عليه المادة 90 من ق.أ، ولما لم يثبت تعارض المصلحتين في قضية الحال فإن القضاة بمنحهم الولاية لغيرها أو تعيين متصرف خاص تلقائياً يعتبر مخالفا للقانون، فقاضي الموضوع حين قضى بتعيين المطعون

---

[215]اقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، مرجع سابق ، ص42،41.

[216] المحكمة العليا، غرفة الأحوال شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 476515، قرار بتاريخ 2009/01/14، المجلة القضائية، عدد2، سنة 2009، ص265.

[217] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 187692، قرار بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ض53.

ضده كوصي على أحفاده، وقضاة الاستئناف في قضائهم بحفظ حقوق المطعون ضده في طلب تعيين متصرف فيعد مخالفة للقانون للمادتين 87 و90،لهذه الأسباب قررت المحكمة العليانقض وإبطال القرار المطعون فيه، وإحالة القضية لهيئة أخرى للفصل فيها،

ممارسة الولاية على نفس القاصر:

لقد نص دستور 1996 عل حماية الطفولة وفي ذلك نصت المادة 65 منه على ما يلي: "**يجازي القانون بالآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم**"[218]، بالتالي فان حماية القاصر مشروعة سواء على الوالي أو الوصي، وتكون الرعاية من كلا الجانبين، أي ما يخص الحاجيات الضرورية للحياة كالطعام والملبس والمسكن مع المحافظة على صحته ونموه، وكذا واجب التعليم والتربية، ومن جهة أخرى فان موطن للقاصر، أي من ينوب عليه قانوناً حسب المادة 38 من القانون المدني.

إجراءات الولاية علىأموال القاصر:

أن تسيير أموال القاصر قائم على مجالين وهما:

– حق الانتفاع القانوني: الذي يعني أنّ للأبوين حق الانتفاع في أموال أولادهما، من دون محاسبة لحين بلوغهما سن الرشد، يتعين عليهما الاستثمار بالأموال بأحسن وجه.

– الإدارة القانونية: وردت إدارة أموال القاصر في نص المادة 44 من القانون المدني :"**يخضع فاقد الأهلية وناقصها بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون**".

[218] دستور سنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96–438 المؤرخ في 07 ديسمبر1996، ج ر عدد 76 صادر في 12 ديسمبر1996، معدل ومتمم بموجب القانون رقم02–03 المؤرخ في 10 أفريل2002، ج ر عدد 25 صادر في 14أفريل2002، والقانون رقم 08–19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63 صادر في 16 نوفمبر 2008، والقانون رقم 16–01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14 صادر في 07 مارس 2016 والمعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20–442، المؤرخ في 30 ديسمبر2020، بإصدار التعديل الدستوري الجزائري، ج ر عدد 82، الصادر في 30ديسمبر 2020.

خاتمة

يتبين لنا من ختام بحثنا أنّ قانون الأسرة أخذ جلّ أحكامه من الشريعة الإسلامية، ومنها مسألة الخلع، ركّزنا في دراستنا حول الأثر الذي أحدثه الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا على مسألة الخلع، والأثر الناتجة كونها طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية، وكانت نتائج الدراسة كالأتي:

1 يعتبر الخلع من المواضيع التي في واقع الأسرة الجزائرية، بعد تعديل المادة 54 من ق.أ،حيث ارتفعت قضايا الخلع مقارنة بالسنوات الماضية.

2 المشرع لم .....الخلع الأهمية التي يكتسبها ويظهر ذلك في من خلال تكريسه لمادة واحدة.

3كان الخلع طريقا لفك الرابطة الزوجية مخول للمرأة للتخلص من قيد الزواج، لكون الأسباب تكون شخصية عادة، يصعب على المرأة الإفصاح عنها، ودفعاً للضرر المعنوي الذي يصعب إثباته، إلا أنّ النص الذي نظم هذا الإجراء كان غامضا، والعمل القضائي غالبا يرى بإلزامية التراضي على الخلع بين الزوجين.

4 بفضل الاجتهاد القضائي أصبح الخلع حق خالص للمرأة ،دون التوقف على إرادة الزوج بعد صدور الأمر 02/05، وهذا تطبيقاً للاجتهادات القضائية، التي كرست حق المرأة في المخالعة دون رضا الزوج.

5اكتفى المشرع بمنح حق الخلع للمرأة، دون رضا الزوج، إلا انه لم يفصل في المسائل الجوهرية التي تقترن بالخلع، كنوع البدل، ووقت إعمال هذا الحق هل قبل الدخول أو بعده.

6 بفضل العمل القضائي تمّ تبيان أن الخلع حق للزوجة بعد الدخول فقط وليس بعده، إلاّ أنه كان الأجدر منح حق الخلع للزوجة قبل وبعد الدخول، إذ بإمكان المرأة أن تكتشف عيوب الزوج ولو قبل البناء، كتعاطيه للمخدرات، شرب الخمر، الوعود الكاذبة، فهذه التفاصيل من السهل معرفتها ولو قبل الدخول، وهذه الأسباب يولد النفور والكراهية قبل البناء فيفضل فك الرابطة بأقل الأضرار.

7إنّ إجراء الصلح الذي كرسه المشرع، وجوبياً في محله، إذ يتم من خلاله إعطاء مهلة لكلا الطرفين للتراجع عن الطلاق.

مقترحات:

* يتعين على المشرع الجزائري إضافة مواد أخرى يتطرق فيها إلى كل المسائل التي تتفرع من الخلع، مع وضع مجموعة من القيود التي تمنع المرأة من التعسف في استعمال حق الخلع.

*إن إجراء الصلح من المفروض أن يتم على مستوى هيئة متخصصة، موسعة ليشمل متخصصين من النفسانيين، الاجتماعيين، وأهل الدين لأن فك الرابطة الزوجية من شأنها المساس على الزوجين والأولاد والمجتمع.

قائمة المصادر والمراجع

القران الكريم

أولا: الكتب

1) إبراهيم مصطفى، احمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، المعجم الوسيط، ج1، المكتبة الإسلامية للطباعة و النشر والتوزيع، تركيا

2) ابن كثير، اسماعيل بن عمر الدمشقي أبو الفداء، تفسير القرأن الكريم، ج1، دار الفكر، بيروت، 1401.

3) ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، ج3، دار صادر بيروت، د.س.ن.

4) _____، لسان العرب، مج 1، دار صادر بيروت، 2001.

5) أبو الوليد الباجي، كتاب المنتقى شرح الموطأ، طلاق المختلعة، ج4.

6) أبو زيد القيرواني، النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأمهات، ط1، مج5، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د.س.

7) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، متوسطة المختار للنشر والتوزيع.

8) أحمد بن محمد أحمد كليب، الطلاق والخلع والظهار على فقه المذاهب الأربعة والإمام طاووس، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية، دار النفائس، للنشر والتوزيع، ط1، 2010.

9) أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية سنة 2004.

10) أحمد فراح حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.

11) أحمد محمود أبوهشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010

12) أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع والإيلاء والظهار واللعان)، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

13) إقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر، 2014.

14) باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع (دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي) دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2008.

15) _____، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر،2012

16) _____، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2012.

17) بلحاج لعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005

18) حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008

19) ذيب أحمد، قواعد الطلاق وضوابط الفراق (قواعد التدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015

20) زينب شويخة، الإجراءات المدنية والإدارية في ظل القانون 08-09، ج، ط1، دار أسامة، الجزائر، 2009.

21) سليمان ولد خسال،الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري،الطبعة الثانية،شركة الأصالة للنشر والتوزيع،الجزائر،2012.

22) سيد السابق، فقه السنة، مجلد2، المكتبة العربية-صيدا-بيروت.

23) عامرسعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان،1997.

24) عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009.

25) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة الجزائر 2010.

26) عبد الفتاح تقية،قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية،دار الكتاب الحديث،2012.

27) عبد الوهاب علي بن ناصر المالكي، أبي عبد الله مالك بن أنس إمام الهجرة، على مذاهب المدينة، منشورات محمد علي بيضون، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1885.اهل

28) _____، المعونة في مذهب أهل المدينة، ج5، دار الكتب العلمية، د.س.ن.

29) العلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ط1، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008.

30) علي الحفيف، فرق الزواج في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة 2007،

31) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، ، الجزائر 2003.

32) عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

33) القرطبي، الكافي في أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.

34) كمال صالح لينا، المشكلات العلمية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع للمصريين المسلمين وغير المسلمين، شارع عبدالحالق، القاهرة، دون سنة النشر.

35) لحسين بن شيح آث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون الأسرة، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.

36) _____،رسالة في طلاق الخلع(دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر ولتوزيع،الجزائر، 2016/2015

37) مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج 2، ط1، دار الكتب الإسلامية العلمية، لبنان، 1415هـ.

38) محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 20012.

39) محمد ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مصر، دار الكتب الإسلامية المصرية(د، ن).

40) محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ، ج2، ط 2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1374.

41) محمد بن أحمد بن محمد أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط6، دار الكتب الإسلامية المصرية، مصر، 1412هـ.

42) محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، ج1،

43) محمد بن يزيد ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج2، الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، نان،د.س.ن.

44)محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، الطلاق، الخلع نفقة الأقارب مع عرض القانون رقم 1 سنة2000،ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية.

45) محمود بن أحمد العنيني، البناية في شرح الهداية، ج5، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1411.

46) المصري مبروك،الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 2010.

47) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج2، ط2، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1393.

48) ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، 1997.

49) منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية: أحكامه وأثاره، ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

50) منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، .2012

51) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الديمشقي الصالحي الحنبلي، الكافي، ج4، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1418.

52) هشام حسن مهدلي، الخلع بين الفقه والقضاء وفقا لقانون رقم2000 " الخلع–الظهار–اللعان–الايلاء–الفسخ–أحكام السفر للنساء"، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية،2001.

53) وسيم الحسن، الحضانة(شروطها، أجرة الحاضنة، منزل المحضون)، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2018.

54) يوسف دلاندة دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)الطبعة الثالثة دار هومة،الجزائر 2011.

ثالثا: الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ_الأطروحات الجامعية

1) إسماعيل موسى مصطفى عبد الله ،أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،أطروحة لنيل شهادة الماجستر في الفقه والتشريع ،كلية الدراسات العليا ،جامعة النجاح الوطنية جامعة فلسطين،2008.

2) المستاري نور الهدى، الخلع (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون المقارن"، كلية العلوم والحقوق السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013.

ب_ المذكرات الجامعية:

جبار نعيمة، الخلع في التشريع الجزائري، لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018،ص48.

رابعا: المقالات والمداخلات

1) بوعلالة عمر، « نطاق الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائر »، مجلة النوازل الفقهية القانونية، المجلد 6، العدد 2، مخبر الدراسات الشرعية والتراثية، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2022.

2) حسين فريحة، « الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه "المجتهد معناه ومدلوله »، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد1، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د.س.

3) حميدي محمد أمين، شروط رفع الدعوى وأجالها وتقديم المستندات، «مداخلة في إطار شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية«، وزارة العدل، مجلس قضاء الشلف، محكمة عين دفلى، 200/2008

4) ربيحة إلغات، "إشكالات الطلاق بالخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مدعما بالإجتهادات المحكمة العليا، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، جامعة الجزائر1، مج 8، ع 5، 2019.

5) صافية خيرة،« إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بين القانون والشريعة»، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، مج 3، ع11، جامعة تيارت، الجزائر، 2022.

6) صديق سعواوي، "تغيرات مبدأ الرضائية وفق الإجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق"،مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة.

7) عاشور سهيلة، " تكييف الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الجزائر، المج 7، عدد 2، 2020.

8) يحيوي أنيسة، إجراءات رفع الدعوى، « محاضرة في إطار التكوين المحلي المستمر لموظفي أمانة الضبط» وزارة العدل، مجلس قضاء برج بعريريج، محكمة المنصورة، 2006/2005.

خامسا: النصوص القانونية:

1/ الدستور:

1 دستور سنة 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر1996، ج ر عدد 76 صادر في 12 ديسمبر1996، معدل ومتمم بموجب القانون رقم02-03 المؤرخ في 10 أفريل2002، ج ر عدد 25 صادر في 14أفريل2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63 صادر في 16 نوفمبر 2008، والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14 صادر في 07 مارس 2016 والمعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر2020، بإصدار التعديل الدستوري الجزائري، ج ر عدد 82، الصادر في 30ديسمبر 2020.

2/ القوانين:

1 قانون 84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24، الصادر في 12 يونيو1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 02/05، المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، ج ر، ع15، الصادر في 27 فبراير 2005.

2 قانون رقم (06-12) المؤرخ في 2006/12/24 المعدل والمتمم بالأمر(156-66) المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع 48، صادر في 2006/12/24.

3أمر رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع21، المؤرخ في أفريل 2008.

5 قانون الأحوال الشخصي الكويتي، المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29، و66 لسنة 2007.

4 قانون رقم 07- 05، المؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31 ، الصادر في13 ماي 2007.

5 القانون رقم 8 قانون رقم 25 لسنة 1951، المعدل بالقانون رقم 1000 لسنة 1970، والقانون رقم 25 لسنة1929، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1975 و 2005، و2 لسنة 2007، - قانون رقم 1 لسنة 2000م المعدل بقانون رقم 91 لسنة 2000.

فانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل بالقوانين رقم 61 لسنة 1996، و 29 لسنة 2004، و66 لسنة 2008.

6 قانون الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية، المعدل بقانون رقم 34، 1975، وأسبابه الموجبة معدلا ومضبوطا على الأصل مع بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض السورية.

7 قانون الأردن الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم 36 لسنة 2010.

8 مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ظهير شريف رقم 22/04/01، الصادر في 12 ذي الحجة 1424، الموافق 2 فيفري، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 03.70، بمثابة مدونة الأسرة ، ج.ر، ع5184، بتاريخ 14 ذي الحجة(5 فبراير 2004).

سادسا: القرارات

المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الأسرة، ملف رقم 39463، قرار بتاريخ 1968/03/01، المجلة القضائية، عدد 1.

المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 1968/03/01، المجلة القضائية، وزارة العدل، ج1، 1968.

المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأسرة، قرار صادر بتاريخ يتاريخ1969/03/1، المجلة القضائية، وزارة العدل، ج1، 1969.

المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 21305، قرار بتاريخ 1980/02/25، مجلة المحكمة العليا، نشرة القضاة، عدد1، 1980.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 33921، قرار بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، عدد4، 1984.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 39775، قرار بتاريخ 1986/01/27، المجلة القضائية، عدد1، 1989.

المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33652، قرار بتاريخ 1984/06/11، مجلة المحكمة العليا، عدد 3، 1989.

المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33652، قرار بتاريخ 1984/06/11، مجلة المحكمة العليا، عدد3، 1989.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 34327، قرار بتاريخ 1984/10/22، المجلو القضائية، عدد 1، 1989.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ 1988/11/21، مجلة المحكمة العليا، عدد3، 1990.

المحكمة العليا، لغرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 73885، قرار بتاريخ 1991/04/03، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 1993.

المحكمة العليا، لغرفة الأحوال الشخصية والمواريث،ملف رقم 83603، قرار بتاريخ 1992/07/21، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 1993.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 1141262، قرار بتاريخ 1996/07/30، (غير منشور).

المحكمة العليا، غرفة الأحوال شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 174132، قرار بتاريخ 1997/11/23، نشرة القضاة، العدد 55، ص179.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 187692، قرار بتاريخ 1997/12/23، نشرة القضاة، العدد 55، ص179.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 216239، قرار بتاريخ 1999/03/16، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 336380، قرار بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، عدد61، ج1.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث،ملف رقم83603، قرار بتاريخ 1992/07/21، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

قرارالمحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 353851، قرار بتاريخ/2006/06/14/ مجلة م .ع، عدد 2، 2006.

قرارالمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 353851، قرار بتاريخ/2006/07/12/ مجلة م ع، عدد 2، 2006.

قرارالمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 365244، قرار بتاريخ/2006/10/11/ مجلة م ع، عدد 2، 2007.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 476515، قرار بتاريخ 2009/01/14، المجلة القضائية، عدد2، سنة 2009.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 477038، قرار بتاريخ 2009/01/14(غير منشور).

المحكمة العليا، غرفة الأحوال شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 471975، قرار بتاريخ 2009/02/11(غير منشور).

المحكمة العليا، غرفة الأحوال شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 479594، قرار بتاريخ 2009/03/11(غير منشور).

سابعا: المحاضرات

إقروفة زبيدة، الإجتهاد القضائي، ماستر2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2023.

الفـــهـــــــرس

قائمة المختصرات

مقدمة 2

الفصل الأول : تدرج حق المرأة في المخالعة وتكييفه 7

المبحث الأول مدى اعتبار إرادة الزوج في الخلع 8

المطلب الأول اعتبار إرادة الزوج في الخلع قبل وبعد قانون 84-09 8

الفرع الأول وجوب رضا الزوج قبل وبعد صدور قانون 8409- 8

أولاً: قبل صدور قانون 84-09..... 8

ثانيا: مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة 84-09..... 11

الفرع الثاني عدم الاعتداد بإرادة الزوج في الخلع بعد 02/05 15

أولا: مصير إرادة الزوج بعد صدور قانون 05-02 المتعلق بالخلع..... 15

ثانياً: ارتقاء الخلع كحق أصيل للزوجة في التشريع والقضاء 16

المطلب الثاني مدى إعمال الحق المخالعة 20

الفرع الأول الخلع قبل الدخول..... 21

الفرع الثاني الخلع بعد الدخول..... 23

المبحث الثاني طبيعة الحكم بالخلع بين الطلاق والفسخ وتكييفه 26

المطلب الأول الحكم بالخلع طلاق 26

الفرع الأول الاتجاه القائل بأنه طلاق..... 27

أولًا: الأدلة من القران 27

ثانيا :من السنة..... 28

الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري..... 29
المطلب الثاني الحكم بالخلع فسخ 30
الفرع الأول الاتجاه القائل بالفسخ 30
أولا: الأدلة من الكتاب 31
ثانيا: الأدلة من السنة..... 31
الفرع الثاني موقف التشريعات المقارنة 33
أولا: الخلع في المملكة العربية السعودية والمغربي والكويتي 33
ثانيا: الخلع في القانون المصري والتونسي والعراقي..... 35
ثالثا: الخلع في القانون الأردني والسوري والفلسطيني والإماراتي 36
الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في الخلع والأثر المترتب منه..... 39
المبحث الأول إجراءات التقاضي في دعاوى الخلع..... 41
المطلب الأول إجراءات السير في دعوى الخلع 41
الفرع الأول قواعد الاختصاص وكيفية رفع دعوى الخلع..... 41
أولا: الجهة القضائية المختصة 42
ثانيا: رفع الدعوى وشروطها..... 43
الفرع الثاني سير الجلسة وإجراءات التحكيم والصلح 46
أولا: طريقة سير الجلسة 46
ثانيا: إجراءات الصلح والتحكيم..... 47
المطلب الثاني طرق الطعن في الحكم الصادر في الخلع 50
الفرع الأول طرق الطعن عادية..... 51

أولا: المعارضة 51

الفرع الثاني الطرق غير العادية 53

أولاً: الطعن بالنقض 53

المبحث الثاني أثار الطلاق بالخلع 56

المطلب الأول الآثار العامة المترتبة عن الخلع 57

الفرع الأول وقوع الفرقة بين الزوج 57

الفرع الثاني إلتزام المختلعة ببدل الخلع 59

أولا: الخلع مقابل نفقة الصغير، أجرة حضانته، والرضاعه، وإمساكه..... 60

ثانيا: الخلع مقابل النفقة والمهر 61

المطلب الثاني الآثار الخاصة المترتبة عن بالخلع 63

الفرع الأول اد الأثار الخاصة المترتبة على للزوجة 63

أولا:العدة 63

ثانيا:النفقة..... 66

ثالثا: متاع البيت 68

الفرع الثاني أثار الخلع على للأولاد 71

أولا: الحضانة 71

ثانيا: الولاية 75

خـــــاتمـــــة: 90

قائمة المصادر والمراجع..... 91

الفهرس.....92

الملخص

تناولت الدراسة الأثر الذي أحدثه الاجتهاد القضائي على الخلع، من خلال الأمر 05-02 الذي عدّل المادة 54 من قانون الأسرة، حيث يعد الخلع طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية المكرسة شرعاً وقانوناً، يرفع من خلاله قيد النكاح مقابل بدل تفتدي به المرأة نفسها كتعويض عن الضرر الذي يمكن أن يلحق بالزوج بدون موافقته.

بالرغم من الأهمية التي يكتسيها الخلع إلاّ أنّ المشرع لم يوله العناية اللازمة ، فقد أغفل العديد من الأحكام والآثار التي تمس الموضوع، فسعينا لاستقراء العديد من القرارات والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، التي تناولت كل من مصير إرادة الزوج في الخلع، ومقدار التعويض، وكذا الآثار المترتبة عن الحكم بالخلع سواء على الزوجة أو الأطفال.

اختتمنا البحث بجملة من النتائج التي توصلنا إليها، مع اقتراح بعض الحلول التي من شأنها المساهمة في تسهيل العمل القضائي مستقبلاً.

Abstract

The study dealt with the impact of judiciary jurisprudence on divorce, according to the amendment of order 05-02, which enumerated article 54 of the family law , whereby divorce became a method of breaking the marital bond that is legally taught, through which the marriage restriction is lifted in exchange for the wife to open herself as compensation for the harm which may be attached to the husband. However, despite the importance that they write, the legislator did not give it the necessary care, as it overlooked many provision and effects that affects that effect the subject.Pertaining to children custody, state. We concluded the research with a set of result that we reached, with proposing some solutions that would contribute to faciliting judicial work it the future.