



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الوادي

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
شعبة: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

مذكرة مكملة لنيل شهادة الليسانس في العلوم الإسلامية

الخلع بين الشريعة والقانون

- ماهيته وآثاره -

إشراف الأستاذ:

علي خضرة

إعداد الطلبة:

- جباري موساوي

- علي قرفي

- احفوظه العيد

السنة الجامعية: 1433-1434 / 2012-2013

إهداء مننا لطلابنا

بسم الله الرحمن الرحيم و به أستعين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين:

نهدي هذا العمل المتواضع إلى

*من مد يد العون في هذا الإنجاز خاصة الأستاذ المشرف *علي خضرة* الذي نكن له
احتراما كبيرا إذ لم يدخر جهدا في مدنا بالمعلومات والنصائح وكان خير الرفيق في عملنا .
*والدينا الكرماء الذين كان لهم الفضل في تحفيزنا على طلب العلم والمعرفة.
*كل الأهل والأقارب من يسأل عنا من قريب أو بعيد.

*كل الأصدقاء الذين مروا معنا في كل أطوار الدراسة من الابتدائية إلى الجامعة.

* إلى كل الزملاء في التخصص متمنين من المولى عز وجل أن يبقي عشرتنا قائمة إلى ما
بعد التخرج إن شاء الله.

*إلى جميع الأساتذة الذين مروا بنا في كل السداسيات راجين من المولى أن يسدد خطاهم
إلى نشر العلم وغرس روح الإسلام للأجيال القادمة.

والله اعلم
بما نرى *والله اعلم
بما نرى *والله اعلم
بما نرى

ملخص المذكرة

تناولنا في هذه المذكرة الخلع من نواحي كثيرة حيث قلنا في البداية أن الزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية ،فقد أولى الإسلام الزواج عناية كبرى فجعله الرسول -صلى الله عليه و سلم- مكملا لدين المسلم حيث شرع الزواج على سبيل الدوام و البقاء ، لكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمورا تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق والخصام المستمر بين الزوجين فيصبح نقمة وجحيما بعد أن كان نعمة وسعادة ، فالزوجان في هذه الحالة يمكنهما التخلص من الرابطة الزوجية إذا تبين أنها مصدر شقاء، وأنه لا يمكنهما التعاشر بالمعروف، فشرع الطلاق بيد الزوج و الخلع بيد الزوجة.

الخلع هو حل لعقدة الزوجية بلفظ الخلع أو في ما معناه، في مقابل عوض تلتزم به المرأة أو هو طلاق بعوض تلتزم به الزوجة وجائز الحكم إذا رأت الزجة أنه لا مناص من البقاء في بيت الزوجية .

من أركانه الزوج و الزوجة و العوض والصيغة فإن غاب أحد هذه الأركان رفض الخلع.

شروط الخلع ينبغي أن تكون الزوجة المخالعة راشدة فلا يصح من سفهة ولا صغيرة ويكون موقوفا على إجازة الولي، وأما العوض شرطه أن يكون وجوده بسبب خلاف بين الزوجين فيجوز بما يجوز به المهر ويزيد عليه.

إذا تم الاتفاق على الخلع ترتبت عليه جملة من الآثار :

- يقع طلاقا بائنا وأن يكون خلع المرأة اختيارا منها لفراق الزوج

- وجوب المال المسمى لوجوبه بالتزامها

- سقوط جملة من الحقوق الزوجية بسبب الخلع .

Note de synthèse

Nous avons traité dans cette note dislocation à bien des points ou' nous l'avons dit au début que le mariage est l'homme le plus important de la relation établie dans sa vie ou' le légalisme il a pris soin, c'était la première grande attention Mariage Prophète - que la paix soit sur lui - un complément à la religion musulmane où a procédé à marier, pour toujours et à rester mais pourrait entraver la relation conjugale dans certains cas, les choses rendent la vie d'une source de discorde conjugale et les conflits continuent entre époux Devient une malédiction et un enfer après que c'était une bénédiction et bonheur, les maris récompense dans ce cas, ils peuvent se débarrasser de l'obligation du mariage si elles se révèlent être une source de misère, et il ne peut pas la décision Virtue, de se lancer divorce, cependant, le mari et la femme divorce mais. Dislocation du nœud conjugal avec le libellé ou la dislocation dans son sens, par opposition à récompense commis par des femmes ou le divorce moustiques bâton avec la femme et le jugement légal Si considère qu'il est impératif de rester dans le domicile conjugal.

Son piliers de le dislocation la mari , la femme , la formule et la récompense , l'un raté de ces employés ont refusé le dislocation.

Conditions de le dislocation devoir la femme être adulte et n'est pas valide impudente et petite et être suspendue a permis de le saint ,mais le récompense cet condition être) comme la dot .

S' il a été convenu de divorcer laisser nombreux d'effets:

- Situé divorce irrévocable et que le femme doit de choix pour le décoller paire .**
- Obligation de l'argent nommé pour l'obligation.**
- La chute d'un certain nombre de droits conjugaux en raison de la dislocation.**

شكراً وأجراً وقابلاً

أتقدم بأحسن النيهاني وأطيب الأمانى وأسمى عبارات المدح والشكر إلى كل
الزملاء في النخص من أصدقاء في الدراسة وأساتذتنا الذين أكن لهم إحتراماً
وتقديرين كبيرين خاصة المشرف على مذكرتنا علي خضرة، وأشكر كل من ساعدنا
من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل البسيط في كنهه عظيم في شأنه
مضمونه .

كما لا أخفي أن أشكر زملائي الأعزاء الذين أفادوني بنجارهم في طيات هذه
السينين التي مضت كالسهم منمنين من العلي القديين أن تكون ختامها مسك . . .

وشكراً

المقدمة

خلق الله الإنسان على الأرض و جعل منه زوجين، ذكرا و أنثى و أودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الإزدواج بينهما، و يكون من ثمرته التناسل ليبقى النوع الإنساني يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله، و لكن المولى سبحانه و تعالى كرم بني آدم و لم يتركهم إلى ما تمليه عليهم طبيعتهم في أمر الازدواج كبقية المخلوقات الأخرى، بل سن لهم طريقة خاصة تتفق و منزلتهم بين سائر المخلوقات و هي الزواج.

فالزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة يمتد إلى المجتمع، حيث لم تخلو شريعة من الشرائع السماوية من الإذن به و تنظيمه.

و قد جعله الرسول -صلى الله عليه و سلم- مكملا لدين المسلم حيث يقول عليه الصلاة و السلام: "من تزوج فقد أحرز شطر دينه، فليتق الله في الشطر الآخر" و قال أيضا "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أعض للبصر و أحسن للفرج، و من لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء" كما روى مسلم عن عمرو ابن العاص أن رسول الله -صلى الله عليه و سلم- قال: "الدنيا متاع و خير متاعها المرأة الصالحة.

لكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق و الخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون سببا للالتلاف و الوئام، فتصبح الرابطة الزوجية جحيما و نقمة، بعد أن كانت نعمة و سعادة، فشرع الطلاق في الإسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها فإن كان الزواج يهدف أساسا إلى تنظيم العلاقة الزوجية و حفظ أعراض الناس، و إثبات نسب كل مولود، فإن الزوجين يستطيعان التخلص من الرابطة الزوجية إذا تبين أنها مصدر شقاء، وأنه لا يمكنهما التعاشر بالمعروف، و لا أن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية و واجباتها و ذلك بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق.

و قد جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق خاضعا لشروط تجعل إيقاعه من جانب الرجل و هو يعقد الزواج و ينوي بقاءه قائما مستمرا مدى الحياة، فالإسلام لا يبيح استعمال حق الطلاق إلا عند الضرورة و في الحالة التي يصعب معها إجراء وفاق بين الزوجين لوجود شقاق و نفرة بينهما.

و جعله الشارع الحكيم بيد الزوج يستقل بإيقاعه دون اشتراط رضی الزوجة لأن الشأن و الأمر الغالب في النساء بحسب طبيعتين التي جُبِلْنَ عليها سرعة التأثر و الإنقياد للعاطفة و الخضوع لها أكثر من انقيادهن و خضوعهن لما يقضيه العقل و التفكير السليم، بخلاف

الرجال فإن الأمر الغالب فيهم التآني وضبط النفس عند الغضب و التبصر في عواقب الأمور قبل الإقدام عليها فلو جُعِل الطلاق بيد الزوجة لما استقرت الحياة الزوجية و كانت معرضة لهدمها لأقل الأسباب.

ولم يشترط في الطلاق أن يكون برضى الزوجين و إتفاقهما كما في عقد الزواج إذ لو اشترط ذلك قلما يمكن إنهاء الزوجية التي لا خير في بقائها.

أما إذا لم تستطع إثبات ذلك الضرر فتح لها باب افتداء نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه له و ذلك ما يُعرف بالخلع.

ولم يهدر حق الزوجة من التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها إما بسبب إخلال الزوج بواجباته اتجاهها و تضررها من ذلك نتيجة كرهاها و نفورها منه، و يكون بذلك قد فتح لها طريقين لحل تلك الرابطة الزوجية و فتح أمامها الباب للتخلص من عشرة زوجها و ذلك باللجوء للقضاء لطلب التطليق. كما فتح لها باب الافتداء بسبب كراهيتها و نفورها من زوجها، إذ فتح لها المشرع أيضا باب الخلع لاسترجاع حريتها مقابل مبلغ مالي.

و هذا الأخير هو الموضوع الذي سيكون محل دراستنا باعتباره طريقا استثنائيا من الأصل العام لحل الرابطة الزوجية.

وقد اخترنا هذا الموضوع عن قناعة لما فيه من أهمية لمعرفة حقوق الزوجة في استرجاع حريتها إذا رأت انه لا مناص من العيش في علاقة خالية من المودة المحبة.

كما أنه يثير إشكالات عديدة في الفقه و القانون و القضاء، فما طبيعة الخلع و ما هي أحكامه وآثاره يا ترى؟

للإجابة عن هاته الإشكالية سنقف عند آراء كبار فقهاء الشريعة الإسلامية كما نتعرض لأحكام قانون الأسرة المتعلقة به ، كل ذلك ضمن ثلاث مباحث، ففي المبحث الأول نتطرق الى ماهية الخلع وفي المبحث الثاني نتناول شروطه لنخلد في المبحث الثالث الى آثاره وفق الخطة التالية:

المقدمة

المبحث الأول : ماهية الخلع:

المطلب الأول: تعريفه وألفاظه.

المطلب الثاني: حكم الخلع و دليل مشروعيته.

المطلب الثالث: طبيعة الخلع.

المبحث الثاني: شروط الخلع.

المطلب الأول: رابطة الزوجية والشروط الواجب توافرها في ملتزم البذل

المطلب الثاني: صيغة الخلع.

المطلب الثالث: بدل الخلع.

المبحث الثالث: آثار الخلع.

المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع.

المطلب الثاني: توابع الخلع.

الخاتمة

المبحث الأول: ماهية الخلع
تعريفه وألفاظه وحكمه ودليله والحكمة من
مشروعيته

المبحث الأول: ماهية الخلع

لمعرفة حقيقة الخلع لا بد لنا من تسليط الضوء على تعريفه لغة واصطلاحاً و ألفاظه في المطلب الأول، ثم حكمه و دليل مشروعيته كمطلب ثان، لنخلص في الأخير إلى الحكمة من مشروعيته ضمن المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريفه و ألفاظه.

في اللغة :

الْخَلْعُ بفتح الخاء مصدر قياسي "خلع" و يستعمل في الأمور الحسية فيقال : خلع الرجل ثوبه خلعاً، أي أزاله عن بدنه و نزع عنه، و يقال : "خلعت النعل خلعاً" أي نزعته مصداقاً لقوله تعالى:

{فَلَمَّا أَتَاهَا نُودِيَ يَا مُوسَى{11} إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى{12}¹ و في هذه الآية الخلع بمعنى النزع و في الأمور المعنوية "خلع الرجل امرأته خلعاً" إذ أزال زوجيتها و خلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتقدت منه.

و الخلع بالضم مصدر سماعي قد تخالعا و اختلعت فهي مختلعة

خلع الشيء يخلعه خلعاً و اختلعه كنزعه، إلا أن في الخلع مهلة.

وسوى بعضهم بين الخلع والنزع، و خلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعاً: جرده أي أزاله عن جسده .

وخلع امرأته خلعاً بالضم- وخالعا فاختلعت، وخالعته: أزال عصمتها وطلقها على بذل منها له، فهي خالعة و الاسم الخلعة، وقد تخالعا، و اختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة.²

لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل و بالعكس {هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ و أَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ}³، هذا و قد قال الفقهاء: إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، و الخلع بالضم في إزالة الزوجية.⁽¹⁾

1 _ سورة طه الآية 11-12

2- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، منشورات دار طليطلة، ط1، 2010.

3 سورة البقرة الآية 187

في اصطلاح الشرع:

عرفه بعض الفقهاء بأنه: "حل لعقدة الزوجية بلفظ الخلع فيما معناه، في مقابل عوض تلتزم به المرأة" كما عُرّف بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض عن التطليق" (4)

وهو بذل المرأة العوض عن طلاقها، أو هو طلاق بعوض⁵

الفرع الأول: تعريف الحنفية:

عرفه فقهاء الحنفية بأنه: «إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو

ما في معناه».

وألفاظه عندهم خمسة:

أولها: ما اشتق من الخلع كأن يقول لها: "خالعتك"، "اختلعي"، "اخلعي نفسك"، "أخلعتك". لهذا قالوا: إنه يقع به الخلع بدون نية لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيراً فأصبح كالصریح، فإذا قال لامرأته: "خالعتك" وذكر مالا فالأمر ظاهر، وإذا لم يذكر فإنه يقع به الطلاق سواء نوى أو لم ينو، قبلت أو لم تقبل.

ثانيها: لفظ "بارأتك" فإذا قال لها: "بارأتك على عشرين جنبها" وقبِلت وقع طلاقاً بانناً، ولزمها العشرون وسقط مهرها، فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء باتفاق، أما إذا لم يذكر البذل و قال لها "بارأتك" وقالت "قبلت" وقع الطلاق البائن وسقط حقها في المهر، فهل يتوقف إيقاع الطلاق بهذا اللفظ على النية أم لا؟ والجواب إذا كثر استعمالها في الطلاق كالخلع يقع بها الطلاق بدون نية.

ثالثها: لفظ "باينتك" فإنه موضوعاً للخلع، فإن لم يذكر مالاً و قبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، و إن لم تقبل و نوى به الطلاق طُلِّقَتْ و إلا فلا، لأن المبينة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية. أما إذا قال لها "باينتك على عشرين ريالاً" و لم تقبل لا يقع به الطلاق قولاً واحداً و لا يلزمها البذل لأنه علق إبانته على المال.

رابعها: لفظ "فارتك" فإنه إذا ذكر مالاً فقال: "فارتك على مائة ريال" و قبلت باننت منه، و لزمته المائة و سقط حقها في المهر، و إن لم تقبل لا يقع طلاق و لا يلزمها مال. و إن لم يذكر مالا و قبلت سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إن نوى به الطلاق أو قامت

4 - "عبد الكريم شهبون" - مدونة الأحوال الشخصية المغربية - صفحة 260

5 الشرح الصغير للرددير (1/410)

قرينة على إرادة الطلاق و إن لم تقبل، فإن نوى به الطلاق لزمه طلاقاً بائناً لأنه كناية و إلا فلا يلزمه شيء.

خامسها: لفظ طلاق على مال فإذا قال لها "طلقي نفسك على عشرين جنيهاً" فقالت "قبلت" وقع الطلاق بائناً و لزمها العشرون. أما إذا قال لها "طلقي نفسك" و لم يذكر مالا كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع.

و يضيف الحنفية لفظين آخرين: ما اشتق من لفظ البيع و ما اشتق من لفظ الشراء.⁽⁶⁾

الفرع الثاني: تعريف المالكية

يعرف الخلع بأنه طلاق بعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ صريحة أو كناية ظاهرة أو أي لفظ آخر إذا كان بنية الطلاق، فإذا قالت له زوجته "طلقتني على مهري أو على مائة ريال مثلاً" فقال "طلقتك على ذلك" لزمه طلاق بائن و لزمها العوض و كذا إذا أجابها بكناية ظاهرة من كنايات الطلاق، فإنه يقع الطلاق البائن و يلزمها العوض.⁷

و كذا إذا أجابها بأي لفظ ناويا به طلاقاً فإنه يلزمه طلاق بائن و لفظاً من ألفاظ الطلاق الصريح، فإذا أجابها بقوله "خالعتك" أو "اختلعتك" كان بمنزلة قوله لها "أنت طالق" و إذا قال لها "خالعتك" أو "اختلعتك" بدون ذكر العوض لزمه طلاق بائن. و قد عرفه بعضهم بأنه عقد معاوضة على البضع تملك الزوجة نفسها و يملك به الزوج العوض.⁽⁸⁾

أي أن الخلع نوعان :

الأول: وهو الغالب ما كان في نظير عوض.

الثاني: ما وقع بلفظ الخلع، ولو لم يكن في نظير شيء كأن يقول لها خالعتك أو أنت مخالعة.⁹

الفرع الثالث: تعريف الشافعية

⁶ - "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق- ص 343، 346.

⁷ - محمد الشنقيطي، فتح الرحيم على فقه المالكية، ط1، مطبعة دار القومية، القاهرة، 2000، ص612.

⁸ - "عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق-في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- دار الخلدونية-ط1، 2007

⁹ - روضة الطالبين 374/7

الخلع بأنه اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض و يكون بكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن وقيل أنه فراق بعوض يأخذه الزوج.

الفرع الرابع: تعريف الحنابلة

فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة تنقسم إلى قسمين: صريحة في الخلع و كناية فيه. فأما الصريحة فهي خالعت و فسخت و فاديت، فإن استعملها الزوج مع ذكر العوض و لو جهل و قبلته الزوجة صح الخلع و يترتب الفراق و إن لم ينوه، فإن لم يذكر العوض أو ذكره و لم تقبله الزوجة لا يقع الخلع و إذا ذكر العوض و قبلت الزوجة كان ذلك فسخا بائنا تملك به الزوجة نفسها و لا ينقص عدد الطلقات الثلاث، أما إذا نوى الزوج الطلاق فيكون له ذلك و ينقص به عدد الطلقات التي يملكها¹⁰.

أما ألفاظ الكناية عندهم فهي اثنان: باريتك، ابنتك، فهذان اللفظان يصح بهما الخلع بالنية أو دلالة الحال، و الحاصل عندهم أن الخلع بألفاظه المخصوصة سواء صريحة أو كناية، فسخ لا ينقص من عدد الطلقات بخلاف الطلاق على عوض بلفظ الطلاق فإنه يكون طلاقا بائنا ينقص من عدد الطلقات بشرط النية و قبول الزوجة.

فالخلع بألفاظ صريحة كانت أو كناية فسخ بائن و الخلع بألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية طلاق بائن ينقص عدد الطلقات بشرط النية.⁽¹¹⁾

و عرفه "ابن حزم الظاهري" بأنه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فيخاف ألا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقه، فلها أن تفتدي منه و يطلقها إذا رضي هو و إلا لم يجيز و إنما يجوز بتراضيهما".

و قد عرفه "الدكتور عبد الرحمن الصابوني": "بأنه إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهراً.

¹⁰ - الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق- ص396

¹¹ - "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - المرجع السابق- صفحة 399.

و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة (54) من قانون الأسرة بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها و استعمل لفظ الخلع صراحة دون غيره من الألفاظ الدالة عليه.¹²

المطلب الثاني: حكم الخلع و دليل مشروعيته.

اتفق الفقهاء على الجواز في حكم الخلع ألا ما صدر من التابعين بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه¹³ ، فإذا خالعت الزوجة زوجها مع استقامة الحال كره لها ذلك، و يصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة و الثوري و مالك و الأوزاعي والشافعي ويحتمل كلام أحمد تحريمه إذ قال: "الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهو خلع"، وهذا يدل على أن الخلع لا يكون صحيحا إلا في هذه الحال وذاك أيضا قول ابن المنذر وداود، وقال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لأن الله قال في كتابه العزيز: "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به"⁽¹⁴⁾ فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا اقتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال: "تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن اعتدى حدود الله فاولئك هم الظالمون".

وروى ثوبان قال: "قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"¹⁵. وروى أبو داود وعن أبي هريرة عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "المختلعات والمنتزعات هن المنافقات". رواه أبو حفص، ورواه أحمد في مسنده، وذكره محتجا به وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة، لأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرمه لقوله عليه الصلاة والسلام "لا ضرر ولا ضرار".

واحتج من أجاز به بقوله سبحانه وتعالى: "فإن طبن عن شيء منه فكلوه هنيئا مريئا"¹⁶.

¹² - الامر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم.

¹³ - محمد زكريا الكاندهلوي، أوجز المسالك الى الموطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،

1999م، ص115.

¹⁴ - سورة البقرة- الآية 229

¹⁵ - أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء في المختلعات وقال هذا حديث حسن.

¹⁶ - سورة النساء الآية 04

و قال "ابن المنذر": "لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة، بدليل الربا، حرمة الله في العقد و أباحه في الهبة و الحجة مع من حرمه، و خصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز. (17)

فإن عضل زوجته و ضارها بالضرب و التصييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة و نحو ذلك لتفتدي نفسها منه، ففعلت، فالخلع باطل و العوض مردود. روى ذلك عن ابن عباس و الشعبي و النخاعي و القاسم بن محمد و عروى بن شعيب و حميد بن عبد الرحمن و الزهري و به قال مالك و الثوري و قتادة و الشافعي و إسحاق و قال أبوحنيفة: العقد صحيح و العوض لازم و أثم عاص. (18)

و قال الشافعية أن الأصل في الخلع الكراهة، ويكون مستحبا إذا أساءت المرأة المعاشرة و لا يوصف بغير ذلك فلا يكون حراما و لا يكون واجبا.

فبعد أن ذكر الله تعالى في سورة البقرة أن الطلاق مرتان و عقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان و أضاف -عز وجل- أن أخذ المال من الزوجة مما أعطها محرم، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي إذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما، كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها. ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا و هذا ما يعرف بالخلع.

و حكم الخلع إذا استوفى شروطه الجواز و دل على جوازه الكتاب و السنة و الإجماع.

الفرع الأول: من الكتاب:

فقوله تعالى: { الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ } (19)

و وجه الدلالة من الآية: "لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله و أداء الحقوق الزوجية بينهما مثل بغض الزوجة لزوجها

17 - "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق - صفحة 396-397

18 - الإمامان موفق الدين بن قدامى و شمس الدين بن قدامى المقدسي- المغني و يليه الشرح الكبير - دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع- الجزء الثامن- 177- 178 .

19 - سورة البقرة الآية 229

و كراهيتها له، ففي هذه الحالة التي استفحل فيها الشقاق و النشوز، إذا تعذر الإصلاح و التوفيق.

وقوله تعالى أيضا: { وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا }²⁰

ووجه الدلالة من الآية: لا يجوز للرجال أن يضاروا بزوجاتهم، حتى يفتردين منهم، إلا إذا أتت بفاحشة من زنا أو مطلق العصيان على خلاف حينئذ يجوز للرجل مفارقتها مقابل استرجاع ماله الذي أعطاها إياه.

الفرع الثاني: من السنة :

ما رواه البخاري و النسائي عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت ابن قيس بن شماس إلى رسول الله - صلى الله عليه و سلم- فقالت: يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق و لا دين و لكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله -صلى الله عليه و سلم-: أترددين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله - صلى الله عليه و سلم-: " اقبل الحديقة و طلقها تطليقة"²¹ و هذا أول خلع في الإسلام. و معنى الحديث أن جميلة بنت عبد الله بن أبي، ذكرت لرسول الله -صلى الله عليه و سلم- أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لا يسيء إليها و لا يقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها و أنها تخشى أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في الحقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها.

الفرع الثالث: من الإجماع:

فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع و لم يخالفهم إلا بكر ابن عبد الله المزني و لكن الإجماع انعقد قبل خلافه.

²⁰ -سورة النساء الآية 19

²¹ - صحيح البخاري مع فتح الباري 348/9، كتاب الطلاق باب الخلع

و قال الإمام مالك بهذا الصدد: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم و هو الأمر المجمع عندنا و أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة و لم يسيئ إليها و لم تأت من قبله و أحببت فراقه فيحل له أن يأخذ منها ما اقتدت به²²، كما فعل النبي -صلى الله عليه و سلم-.
و أساس مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري هو المادة (54) منه التي نصت: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم"²³.

²² - الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية لبدران أبو العنين بدران، الطبعة الأولى، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 2003
²³ -- الامر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم.

المطلب الثالث: الحكمة من مشروعية الخلع

تكمن الحكمة من مشروعية الخلع في كونه يرفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج لعدم الانسجام في الحياة الزوجية.²⁴ وينبغي التنبيه إلى أن طلب الزوجة من زوجها المخالعة من غير حاجة داعية إليه حرام, قال ﷺ «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة»²⁵

ولتشريع الخلع في الاسلام معان كثيرة ومقاصد سامية يهدف الى تحقيقها:

- 1- إعطاء المرأة حق دفع الضرر عن نفسها.
- 2- إقامة العدل يجعل الخلع للمرأة مقابل جعل الطلاق للرجل.
- 3- منع تعسف الزوج عندما يتأكد أنه يمسكها إضراراً وعدواناً وليس أحساناً ومودة.
- 4- بناء الأسرة على أساس العدل وبذل الحقوق.
- 5- منع إستعمال المرأة للخلع وسيلة لأخذ مال الزوج بإلزام العوض.

يُعد تطرقنا لماهية الخلع ودراستنا لمختلف ألفاظه الصريحة والكنائية التي يقع بها، والوقوف على إجماع الجمهور على جوازه في حالة كره الزوجة لزوجها ونفورها منه. فالسؤال الذي يطرح نفسه : هل للزوجة الحرية التامة في ممارسة هذا الحق أم هناك شروط تقيدها؟

²⁴ - الاحوال الشخصية للغندور (ص 454) ومغني المحتاج (262/3)
²⁵ نيل الاوطار شرح منقى الاخبار, للشيخ محمد بن علي الشوكاني, ط2, سنة 1961, مصر

المبحث الثاني: شروط الخلع قيام الرابطة الزوجية وصيغته وبدله

المبحث الثاني: شروط الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع بل أهملها واكتفى بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان أو يحدده القاضي عند خلافهما على مقداره، بحيث لا يتجاوز مهر المثل، ولهذا ستعالج هذه الشروط اعتماداً على قواعد الفقه العامة وذلك في ثلاثة مطالب، نتناول فيها: قيام الرابطة الزوجية، الصيغة والبدل.

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في ملتزم البذل والزوج :

يشترط في الخلع قيام رابطة الزوجية، فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلاً أجنبياً عنها أو تربطها به رابطة غير الزوجية، بل لا بد من توفر عقد زواج صحيح، فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة، فلا يقع الخلع وكذلك لو انفصمت عرى الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن.

وإذا كانت قائمة من عقد صحيح، ولم يقع دخول أو طلاق، فإن الخلع يقطع هذه الرابطة. ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها، لأن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة من جهة وملكية الاستمتاع بها لم ترفع من جهة أخرى.

فإذا توافر شرط الرابطة الزوجية فالسؤال المطروح حينها: من يصح خلعه؟ لا سيما أن الخلع تصرف يحتمل النفع والضرر وأثاره خطيرة ولهذا فهو لا يقع من كل زوج ولا في كل الأحوال، بل لا بد لصحة إيقاعه وجوازه قانوناً أن يكون من يصدر عنه بالغاً عاقلاً، لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء وهي: "كل من صح طلاقه صح خلعه".⁽²⁶⁾

أما عن الكبيرة الراشدة فلا يصح لأحد أن يخالع عنها من مالها بدون إذنها فإذا خالع عنها الأب من ماله بدون إذنها فإنه يصح ويلزمه المال ولا يتوقف على قبولها. أما إذا كانت مريضة مرضاً ماتت فيه وخالعه على مال في ذلك المرض، فإنه يصح بشرط أن يكون في حدود الثلث لأنه تبرع.

أما اشتراط أهلية الزوج المخالع أو المطلق فهي ضرورية فلا يصح طلاق الصغير ولا المجنون ولا المعتوه بخلاف السفیه فإن طلاقه يقع لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط، فهل للأب أن يخالع عن ابنه الصغير؟ والجواب: أنه لا يصح، فلو قالت زوجة

الصغير للأب: "خالعني على عشرين جنيها، أو على صداقي نيابة عن ولدك" فقال لها: "خالعتك على ذلك" كان ذلك لغوا من القول لا أثر له، وإذا خالغ الصغير زوجته أو طلقها فخلعه أو طلاقه باطل لا يصح، ولا تتوقف صحته على إجازة الولي أصلا ومثله المجنون والمعتوه". (27)

رأي المالكية:

قالوا: لا يصح للصغيرة ولا للسفينة ولا للرقيقة أن يباشرن مخالعة الزوج بعوض مالي، ومثلهن الأجنبية المتصفة بهذه الصفات. فإن خالعهن الزوج على مال وقبضه فلا يصح الخلع ويجب عليه رد المال الذي قبضه إلا إذا أذن الولي أو السيد في الخلع، فإذا أذن فإنه يصح الخلع ولزم العوض .

وهل للمرأة المريضة مرضا مخوفا أن تخالغ زوجها على مال، وإذا خالغته هل يقع الطلاق ويلزم العوض أم لا؟

والجواب: أنه يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض، ولكن إذا وقع الخلع بينهما في مرض الزوجة فإن الطلاق البائن ينفذ ولا يتوارثان ولو ماتت هي في العدة. أما الزوج المريض مرضا خطيرا فإنه إذا خالغ زوجته فإن الخلع ينفذ والعوض يلزم ولكنه حرام. إلا أن الزوجة ترث منه إذا مات، سواء

ولأن الخلع طلاق بعوض فإذا جاز الطلاق بلا عوض فمن باب أولى جوازه بالعوض وعلى هذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المخالغ ما يشترط في المطلق فإذا كان الزوج لا يمكنه إيقاع الطلاق فبالتبعية لا يمكنه أن يخالغ زوجته مادام لا يتمتع بالأهلية الكاملة للطلاق. (28)

ولكون الخلع في أصله تصرفا قانونيا يصدر من الزوج والزوجة فهو مركب يصح تجزئته فكما يشترط في الزوج أن يكون أهلا للطلاق، يشترط في الزوجة الملتزمة

1- "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق-صفحة-352-353-354-355

1- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة 1250 هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة 1380 هـ

2- "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق- صفحة 352

بالعوض أن تكون أهلاً للتصرف المالي وهو ما سنتعرض إليه بشيء من التفصيل في الفقه والقانون.

الفرع الأول: الموقف الفقهي :

اختلف الفقهاء حول شروط ملتزم العوض وبذلك نجم عن هذا عدة آراء:

رأي الحنفية:

قالوا لا يصح للصغيرة أن تلتزم العوض المالي فإذا قال لها الزوج: "خلعتك على عشرين جنيهاً" وقالت: "قبلت" وهي مميزة تعرف أن الطلاق يوجب الفرقة بينهما ويحرمها من زوجها فإنها تبين منه ولا يلزمها المال، لأنه تبرع والصغير ليس أهلاً للتبرعات. وقد نتساءل هنا: هل للأب أن يختلع ابنته الصغيرة؟ والجواب: أنه إذا اختلعا بمالها أو بمهرها وقع الطلاق ولا يلزمها شيء كما لا يلزم الأب شيء في الأصح، ذلك لأنه معلق على قبوله، ولا يلزمها الأب، وبعضهم يرى أنه معلق بلزوم المال فإذا لم يلزم فلا طلاق، هذا وإذا اختلعا الأب على مالها وهي صغيرة ثم كبرت وأجازت ذلك صح الخلع ولزمها البذل، أما إذا اختلعا بماله فإنه يصح الخلع ويلزمه المال، وكما لا يصح للصغيرة أن تخالع زوجها بمال فكذلك لا يصح للسفينة، فإذا خالعت زوجها على مال وقع الطلاق ولا يلزمها المال.²⁹

أما عن الكبيرة الراشدة فلا يصح لأحد أن يخالع عنها من مالها بدون إذنها فإذا خالع عنها الأب من ماله بدون إذنها فإنه يصح ويلزمه المال ولا يتوقف على قبولها. أما إذا كانت مريضة مرضاً ماتت فيه وخالعه على مال في ذلك المرض، فإنه يصح بشرط أن يكون في حدود الثلث لأنه تبرع.

أما اشتراط أهلية الزوج المخالع أو المطلق فهي ضرورية فلا يصح طلاق الصغير ولا المجنون ولا المعتوه بخلاف السفينة فإن طلاقه يقع لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط، فهل للأب أن يخالع عن ابنه الصغير؟ والجواب: أنه لا يصح، فلو قالت زوجة الصغير للأب: "خالعني على عشرين جنيهاً، أو على صدقي نيابة عن ولدك" فقال لها: "خالعتك على ذلك" كان ذلك لغواً من القول لا أثر له، وإذا خالع الصغير زوجته أو طلقها

فخلعه أو طلاقه باطل لا يصح، ولا تتوقف صحته على إجازة الولي أصلاً ومثله المجنون والمعتوه". (30)

رأي المالكية:

قالوا: لا يصح للصغيرة ولا للسفينة ولا للرقيقة أن يباشرن مخالعة الزوج بعوض مالي، ومثلهن الأجنبية المتصفة بهذه الصفات. فإن خالعهن الزوج على مال وقبضه فلا يصح الخلع ويجب عليه رد المال الذي قبضه إلا إذا أذن الولي أو السيد في الخلع، فإذا أذن فإنه يصح الخلع ولزم العوض.³¹

وهل للمرأة المريضة مرضاً مخوفاً أن تخالغ زوجها على مال، وإذا خالغته هل يقع الطلاق ويلزم العوض أم لا؟

والجواب: أنه يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض، ولكن إذا وقع الخلع بينهما في مرض الزوجة فإن الطلاق البائن ينفذ ولا يتوارثان ولو ماتت هي في العدة. أما الزوج المريض مرضاً خطيراً فإنه إذا خالغ زوجته فإن الخلع ينفذ والعوض يلزم ولكنه حرام. إلا أنّ الزوجة تترث منه إذا مات، سواء كانت في العدة أو انقضت عدتها حتى لو تزوجت غيره من أزواج أما هو فلا يرثها إن ماتت قبله لأنه أضاع ما بيده.

أما ما يتعلق بالزوج المخالغ فيشترط فيه ما يشترط في المطلق، ومنها أن يكون مسلماً، مكلفاً فلا يصح خلع الصبي والمجنون، فهل لأب الصغير والمجنون أن يخالغ زوجته؟ والجواب: نعم، يصح بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما، وهل لأب الصغير والمجنون أن يطلق عنهما بغير عوض؟ وفي هذا خلاف. فبعضهم يقول أنه لا يصح، وبعضهم يقول أنه يصح إن كان في طلاقه عنهما مصلحة، كما إذا ظهر أخلاق فساد أخلاق الزوجة.

أما السفية البالغ فيصح أن يتولى الخلع بنفسه، فإن كان المال الذي خالغ به يساوي المال الذي يخالغ به مثله فذاك وإن خالغ بدونه، فإنه يجب على ملتزم العوض أن يكمله له ولكن المال الذي يخالغ به السفية لا يسلم له، بل لا بد من تسليمه لوليه، حتى تبرأ ذمة

1 - "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق - صفحة 352-353-354-355.
2- الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر، الطبعة الثالثة، مؤسسة المعارف، بيروت، 1999.

الزوجة أو ملتزم العوض منه، فلا يجوز لأبيه أن يخالع عنه لأن السفية البالغ يملك الطلاق. (32)

رأي الشافعية:

قالوا أنه يشترط في ملتزم العوض المالي أن يكون مطلق التصرف في ماله فلا يكون محجوزاً عليه حجر سفه، سواء كانت الملتزمة الزوجة أو غيرها. فإذا كان محجوراً عليه لسفه فإنه لا يصح التزامه لعوض الخلع ولو بإذن وليه فإن أذن له وليه وفعل لا يلزمه المال في مثل عوض الخلع.

أما ملتزمة العوض المريضة مرض الموت فيصح أن تخالع زوجها في حدود التصرف في مالها بغير تبرع. فإن كان العوض يساوي مهر المثل، فإنه ينفذ لأن مهر المثل في نظير حل العصمة، فليس فيه تبرع، أما إذا كانت الزيادة على مهر المثل، فذلك يعد تبرعاً وفي هذه الحالة ينظر إن كانت الزيادة أقل من الثلث، فإن له أخذها بدون اعتراض وإن كانت أكثر وأجاز الورثة فإنه يأخذها.

ولهذا يقال أن المريضة مرض الموت مطلقة التصرف في العوض الذي يساوي مهر المثل وما زاد عن ذلك تجري عليه أحكام الوصية.

أما شروط الزوج المخالع فيشترط فيه أن يكون مكلفاً فلا يصح الخلع من صبي أو مجنون أو معتوه إلا السكران فيصح خلعه تغليظاً عليه أما خلع السفية المحجور عليه فيصح، ولا يبرأ ملتزم العوض بالدفع للولي إلا إذا قيد أحدهما بالطلاق بالدفع له. (33)

رأي الحنابلة:

قالوا يشترط في ملتزم العوض أن يكون أهلاً للتصرفات المالية، فلا يصح الخلع بعوض من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه، ولو بإذن الولي، لأن مال الخلع تبرع ولا إذن للولي في التبرعات وقد أجاز به البعض إذا كان في ذلك مصلحة.

أما شروط الزوج المخالع فهي شروط المطلق فيصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه، فيصح خلع المسلم والبالغ والصبي المميز الذي يعرف معنى الطلاق ويفعله والرشيد والسفيه لأن كل واحد منهم زوج يصح طلاقه فيصح خلعها

1- "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق-صفحة 355-356.
1- "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق- صفحة 356-357-358-359.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

لم يرد في نص المادة (54) من قانون الأسرة الشروط الواجب توافرها في كل من الزوجة والزوج والتي سبق وأن تناولناها في الفقه، إلا أنه بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضاً من أحكامها، ذلك لأن المشرع في نص المادة السابعة من قانون الأسرة نص على أن: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة" ولا يكون هذا إلا بأمر من القاضي وهذه المادة تكفينا للتكلم عن شروط الأهلية عند مخالعة الزوج لزوجته أي أن يكون متمتعاً بقواه العقلية، وغير محجورٍ عليه طبقاً لنص المادة (85) من قانون الأسرة والتي تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، وإلا وقع تصرفه باطلاً، ولا ينتج أي أثر لأن الخلع تصرف قانوني ذي أثر مالي يحتاج إلى أهلية التصرف وبغيابها ينوبه وليه طبقاً للمادة (2/210) من قانون الأسرة⁽³⁴⁾.

كما يرى الأستاذ "فضيل سعد" أن الخلع هو: "تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة (203) من قانون الأسرة"⁽³⁵⁾، لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أن الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع، و لكن ما تملكه بعد ذلك لا يقوّم بمال فهو ليس عوضاً لما دفعته. و بالتالي لا يصح اعتباره عقد معاوضة و بذلك فإذا كانت سفيهة محجوراً عليها، فلا تستطيع الالتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية، كالمجنونة و المعتوهة و الصغيرة عديمة التمييز فإن أرادت أن تخالع نفسها و هي على هذا الحال فإن أباه هو الذي يتكفل بذلك ، و في حالة غياب هذا الأخير، يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له.

و لكن الحال الذي يستدعي النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني - فهل يصح

1- تنص المادة 2/210 من قانون الأسرة "وإن كان قاصراً، أو محجوراً عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانوناً".

2- تنص المادة 203 قانون الأسرة "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسعة عشرة (19) سنة و غير محجور عليه".

لها ذلك؟ ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية و تصرفاتها تخضع لإجازة وليها طبقا للمادة (83) من قانون الأسرة الجزائري.⁽³⁶⁾

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

أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت-هنا عرض الزوجة للمخالعة مقبول – وتكون ملزمة ببذل الخلع، لأنها أهل لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليها عندئذ بحكم قضائي، فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالعه زوجها عليه.

وفي حالة وفاتها فبذل الخلع يكون لازما على أن لا يتجاوز ثلث التركة و إن زاد على مهر المثل، لأنها تملك حق التصرف في مالها ما عدا التبرع بأكثر من الثلث، فإذا كان عوض الخلع يساوي مهر المثل فإنه ينفذ ولو زاد على الثلث، لأن الأصل في بدل الخلع أن يساوي قيمة الصداق وأما إذا كان أكثر من ذلك فلا ينفذ، لكون بدل الخلع بالنسبة للزوجة يأخذ حكم الهبة، و تطبيقا للمادة 204 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى المادة 185 من نفس القانون فإن الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

3 -تنص المادة 83 "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له و باطلة إذا كانت ضارة له و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"

المطلب الثاني: صيغة الخلع

لا بد للخلع من صيغة و فلا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالاً و تخرج من داره بدون أن يقول لها: "اختلعي على كذا"، فتقول له: "اخلعني على كذا"، فيقول لها: "خلعتك على ذلك"، فالإيجاب و القبول بالقول لا بد منه، أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع، و إن نوى به الطلاق، أو كان به الطلاق متعارفاً.

و في صيغة الخلع و شروطها نتعرض لتفصيل المذاهب في ذلك ثم موقف المشرع الجزائري و ما توصل إليه الاجتهاد القضائي.

الفرع الأول: الموقف الفقهي.

رأي الحنفية:

قالوا بشأن الأحكام التي تتعلق بالصيغة أنه يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون عالمة بمعنى الخلع و اعتبروا يمينا من جانب الزوج ، فلو ابتدأ الخلع بقوله: "خالعتك على مائة" مثلاً، فإنه لا يملك الرجوع عنه، و كذا لا يملك فسخه، و لا نهى المرأة عن قبوله. و له أن يعلقه على شرط، و يضيفه إلى وقت.

أما الخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال، لأنها تعطي الرجل مالاً ملكاً له في نظير الطلاق، و ذلك معنى المعاوضة بين اثنين، أحدهما يعطي مالاً لغيره على سبيل الملك، و ثانيهما يعطي بدلاً في نظير تملك ذلك المال، فإذا كان كذلك يصح لها أن ترجع قبل القبول، فلو بدأت الخلع هي، فقالت: "اختلعت نفسي منك بألف"، أو "خالعني على صداقي و نفقة عدتي" فلها أن ترجع قبل أن يقول الزوج: "خالعت على ذلك"، و يبطل بقيام أحدهما عن المجلس قبل القبول، و لا يصح للزوجة أن تعلقه على شرط و لا أن تضيفه إلى وقت.

و يشترط الحنفية: مطابقة الإيجاب للقبول، فإذا قال لها: "أنت طالق أربعاً بثلاث مائة"، فقالت: "قبلت ثلاثاً"، لم تطلق، لأنه علق الخلع على قبولها الأربع، فإذا قبلت ثلاثاً لم يتحقق المعلق عليه و إذا قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، ثم قال: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، ثم قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، فإنه يقع ثلاث تطلقات بثلاثة آلاف، و هذا بخلاف ما إذا قال لها: "خالعتك" و لم يذكر بدلاً، فقالت:

"قبلت"، ثم أعاد لها اللفظ، فقالت: "قبلت"، فإن الثاني لا يقع لأن الأول وقع بئنا فلا يلحقها الثاني.

و الفرق بين العبارتين أن الأول مذكور فيه العوض، فلا يقع إلا إذا قبلت و لما كرره لها بالعوض قبلت، فيقع الثلاث جملة واحدة بالعوض المكرر، أما الثاني فلم يذكر فيه العوض، فلا يتوقف وقوع الطلاق على قبولها متى نواه أو كان بلفظ خالعتك فإنه لا يحتاج إلى نية على قول. و إنما الذي يتوقف على قبولها سقوط حقها، و حينئذ يقع الطلاق باللفظ دون قبولها و هو بئنا. فإذا كرره فإن الثاني لا يلحقه، هذا إذا بدأ الزوج بالعوض، أما إذا بدأت الزوجة بأن قالت: "خالعت نفسي منك بألف" و كررتها ثلاثا فقال: "قبلت"، فإنه لا يقع إلا بواحدة بألف على الصحيح. (37)

رأي المالكية:

قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن تكون لفظاً – بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحاً أو كناية فإذا عمل عملاً يدل على الطلاق بدون نطق، فإنه لا يقع به الطلاق، إلا إذا جرى به العرف.

الشرط الثاني: أن يكون القبول في المجلس، إلا إذا علّقه الزوج بالأداء أو الإقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس. فإذا قال لها: "إن أقبضتني عشرين جنيهاً أو أديت إلي كذا فأنت طالق"، فإن لها أن تقبضه بعد المجلس، و متى فعلت ذلك بانت منه، إلا إذا طال الزمن بعد الانصراف عن المجلس، بحيث تمكث مدة، يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس فإنه يُعمل بها فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل. 38

الشرط الثالث: أن يكون بين الإيجاب و القبول توافق في المال، فإذا قال لها: "طلقتك ثلاثاً بألف" فقالت: "قبلتها واحدة بثلاث الألف"، لم يلزمه طلاق، فإن له أن يقول: "إنني لم أرض بطلاقها إلا بألف"، و هذا بخلاف ما إذا قالت له: "طلقتني ثلاثاً بألف" فطلقها "واحدة بألف"، فإن الطلاق ينفذ و العوض يلزم، و ذلك لأنها تملك نفسها بهذا و تبين به

1- "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق- صفحة 368-369

2- الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر-مرجع سابق.

فما زاد عليه لم يتعلق به غرض الشارع و لا فائدة لها منه و كذا إذا قالت له: "طلقتني واحدة بألف"، فطلقها ثلاثاً، فإنه يصح لحصول عرضها و زيادة.⁽³⁹⁾

رأي الشافعية:

قالوا: صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية و من كناياته لفظ: بيع و فسخ، فإذا قال لها: "بعتك نفسك بألف" ناويا بذلك الطلاق، فقالت: "قبلت"، كان خلعا صحيحا تبين به، و يلزمها العوض و مثل ذلك ما إذا قال: "فسخت نكاحك بألف"، و في هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقا ينقص عدد الطلقات و مثال صريح الطلاق في الخلع أن تقول له: "طلقتني على عشرين"، فقال: "طلقتك على ذلك" فإنه يكون طلاقا صريحا بائنا يقع بدون نية.⁴⁰

هذا و إذا بدأ الزوج بالطلاق على مال فذكر العوض، كان الخلع عقد معاوضة مشوب و معلق على دفعها للعوض، فلا يقع به الطلاق إلا إذا قبلت، فكأنه قال لها: "إذا قبلت دفع العوض، فأنت طالق" و على هذا يصح له الرجوع قبل قبولها نظراً لجهة العوض.

أما شروط الصيغة فهي:

أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعاً للآخر و لمن يقرب منه من الحاضرين، و منها أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب، و منها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق. فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه، فإنه لا يصح، و منها أن لا يتخلل بين الإيجاب

و القبول كلام، و منها أن يتفق الإيجاب مع القبول، فإذا قال لها: "طلقتك بألف"، فقالت: "قبلت بألفين لا يقع شيء"، و إذا قال لها "طلقتك ثلاثاً بألف" فقالت: "قبلت واحدة بألف" فإن الثلاث تقع بألف، و ذلك و إن لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق، لكنه وافقه في

1- "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق- صفحة 370-371

2- الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية لبدران أبو العنين بدران، الطبعة الأولى، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 2003.

المال، و الزوجة تملك المال و الزوج يملك الطلاق و قد وافقته فيما تملك، فتلزم به و يلزم بالثلاث. (41)

رأي الحنابلة:

يشترط في صيغة الخلع عدة شروط:

أولها: أن تكون لفظاً، فلا يصح الخلع بالمعاطاة و لو نوى بها الطلاق، بل لا بد فيه من إيجاب و قبول.

ثانيها: أن يكون الإيجاب و القبول في المجلس، فإذا قال لها: "خالعتك بكذا" و قام من المجلس قبل قبولها، فإنه لا يصح و كذا إذا قامت هي و لم تقبل.

ثالثها: ألا يضيف الخلع إلى جزء منها، فإذا قال لها: "خالعتك يدك أو رجلك بكذا" و قبلت كان لغواً، و ذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق، بخلاف الطلاق الذي يقع عندما يضاف إلى جزء المرأة.

رابعها: أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها: "إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا يصح

و لو بذلت له ما سماه، بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه، و إذا اجتمع شرطاً مع الخلع فإن الخلع يصح، و الشرط يبطل مثل ذلك ما إذا اشترط الخيار، كما قال لها: "خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام"، فإن الخلع يصح و الخيار يبطل فيقع الخلع فوراً و له الحق في العوض. (42)

من خلال ما سبق تبين لنا إجماع الفقهاء على ضرورة تطابق الإيجاب مع القبول، فيما يخص صيغة الخلع.

إلا أنه لم يتضح لنا في شأن ماذا يتم هذا التطابق، هل يقصد به تطابق الإيجاب و القبول في مبدأ الخلع بحد ذاته؟ أو تطابق ذلك على البديل؟ و بالتالي هل يكون للخلع صفة العقد يستلزم قبول الزوج، أم هو مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟ أم هو حق إرادي تمارس من خلاله الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة؟

2- "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق- صفحة 371-372

1- "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق- صفحة 373

اختلفت الآراء حول طبيعة الخلع، فهناك من يعتبره عقداً و هناك من يعتبره مكنة للزوجة و لكل في ذلك حججه.

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع عقد فنجد الدكتور "محمد أبو زهرة" يقول أنه: "عقد ينعقد بالإيجاب و القبول" أي أنه يخضع لمبدأ العقد شرعية المتعاقدين، و في هذه الحالة فلا يوجد إشكال بالنسبة للقاضي لأن دوره ينحصر في تثبيت ما اتفق عليه الزوجان و هذا يأخذ حكم الطلاق بالتراضي و هو ما ذهب إليه الدكتور "عبد الرحمن الصابوني" في تعريفه للخلع على أنه: "إنهاء للحياة الزوجية بين الزوجين أو بالتراضي أو بحكم القاضي، على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغ من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهراً". و قد عرفه الأستاذ "غوتي بن ملحة" على أنه: "عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج و قبول الزوجة".

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع مكنة للزوجة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فقد ذهب الإمام مالك في مدونته في جزئها الخامس إلى شرح الحالة التي تستطيع فيها الزوجة الكارهة أن تلجأ إلى القاضي للمطالبة بالخلع، هذا الأخير يعين حكّمين للصلح بين الزوجين فإن لم يتوصلا إلى الإصلاح ، فرق القاضي بينهما بغير رضا الزوج. (43)

و جاء في شرح الزرقاني ما نصه: "فإن تعذر الإصلاح فإن أساء الزوج طلق بلا خلع إن لم ترض بالمقام معه و بالعكس فإن كانت هي المسيئة فقد ائتمانه عليها و خالعناه منها، بقدر المخالعة له ولو زاد على الصداق".

في حين ذهب ابن رشد في بداية المجتهد إلى أن: "الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق" و بهذا اعتبر أن للمرأة حق فك الرابطة الزوجية بالخلع في مقابل حق الطلاق الذي منح للزوج. و عليه فإن الزوجة تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج، فإذا قبل ذلك انعقد الاتفاق بينهما، أما إذا رفض فينشأ تبعاً لذلك حق يسمح لها بإنهاء العلاقة الزوجية، و من ثمة فلا يملك القاضي حق رفض طلب التفريق بالخلع و ليس له أية سلطة تقديرية في ذلك. (44)

و هذا استنادا لقوله سبحانه و تعالى: { لا جناح عليهما فيما افتدت به } و لقوله -صلى الله عليه و سلم-: ".... اقبل الحديقة و طلقها تطليقة" و الذي جاء بصيغة الأمر و مما يدل أن الخلع حق للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض في المادة (54) منه، لمسألة الصيغة و شروطها تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له، تطبيقاً لنص المادة (222) التي تنص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

حتى أن المادة (54) بنصها على أنه "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإذا لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم" لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عملياً، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط لإيقاع الخلع و منهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضى. و قد انقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين:

1. الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحاً و قد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 و الذي جاء فيه: "من المقرر فقهاً و قضاءً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج و من ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق و لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا

الأخير، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع و متى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته". (45)

- القرار الصادر بتاريخ 1991/04/03 و تحت رقم 73885 جاء فيه: "من المقرر شرعاً و قانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع و خطأ في تطبيق القانون" (46).

2. الاتجاه الذي لا يشترط رضی الزوج بالخلع:

هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع و قد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 و الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال و قدره و في حالة عدم اتفقاها يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعاً. و عليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال- لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك رفض الطعن" (47)

- القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 و الذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، و من

1-القرار الصادر في 1988-12-21 رقم الملف 51728 المجلة القضائية لعام 1990 – العدد الثالث- الصفحة 32.

2-القرار الصادر في 1991-04-03 المجلة القضائية لعام 1993 – العدد الثاني- الصفحة 55.

1 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 92/07/21 ملف رقم 83603- الاجتهاد القضائي لعرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 – العدد الخاص صفحة 134

ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن" (48)

- من خلال العرض السابق للآراء الفقهية و سكوت المشرع الجزائري و عدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضی الزوج، فإننا نرى أن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسته الشريعة الإسلامية، و هو ما اهتدى إليه المذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري و الذي سبق و أن وضحنا رأيه في المسألة من جواز الخلع دون الأخذ برضى الزوج، وقد صدر عن المحكمة العليا

—غرفة الأحوال الشخصية- قرار تحت رقم 141262 المؤرخ في 1996/07/30 والذي قضى: " أن طعن الزوج بالخلع إنتهى إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا، إستنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء، و ليس عقدا رضائيا بين الزوجين" (49) و بالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع و تعذر إعادة الوفاق بين الطرفين، و يبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين.

2 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/03/99 ملف رقم 216239- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 – العدد الخاص صفحة 138
3-القرار الصادر بتاريخ 1996/07/30 تحت رقم 1141262 –غير منشور – مأخوذ عن كتاب الأستاذ "زودة عمر" –المرجع السابق-صفحة 159.

المطلب الثالث: بدل الخلع.

إن الخلع كما سبق: هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدى به الزوجة نفسها. فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع. و بدونه لا يتحقق، فإن قال الزوج لزوجته: "خالعتك" و سكت لم يكن ذلك خلعا، و إن نوى الطلاق كان طلاقاً رجعيّاً. و إذا لم ينو شيئاً "لم يقع به شيء لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية".

فبدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها و خلاص نفسها منه.

فما حكم أخذ الزوج لبدل الخلع؟ و ما يصح أن يكون بدلا؟ و ما يشترط غيره؟

و للإجابة عن هذه الإشكاليات نتناول ذلك على ضوء كل من الفقه و القانون و كذا اجتهادات المحكمة العليا.

الفرع الأول: الموقف الفقهي.

1. حكم أخذ الزوج لبدل الخلع:

يجوز شرعاً أن يأخذ الزوج مالاً أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منه، و لا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" فإذا كان البدل مساوياً لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه. أما إذا كان أقل من قيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى و هذا بإجماع الفقهاء. إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البدل أكثر مما قدم إليها من مهر، و في هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه.

رأي الحنفية:

انقسم الحنفية إلى روايتين أولاهما: أن أخذ الزيادة جائز، لا شيء فيه، لإطلاق الآية السابقة: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" و التي رفعت الجناح عنهما في الأخذ و العطاء من الفداء، من غير فصل بين ما إذا كان هذا البدل مساوياً للمهر أو زائداً عليه.

و استدلوا على رأيهم بقوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁽⁵⁰⁾ إذ أن الآية نفت الجناح (الإثم) عن الرجل فيما يأخذ من فدية (بدل الخلع) قل أو كثر، و استدلوا بقصة الربيع بنت معوذ-رضي الله عنها- فقد شكت إلى عثمان -رضي الله عنه- زوجها و أنها انفلتت منها كلمة "أنا أفتدي بما لي كله"، فقال الزوج:

"قد قبلت" قال عثمان: "خذ منها" فأخذ مالها كله، و في رواية أخرى أنه ورد عن الربيع بنت معوذ قالت: "قلت له لك كل شيء و فارقني"، فقال: "قد فارقت"، فأخذ و الله كل شيء ، فجئت و هو محصور فقال: "الشرط أملك خذ حتى عقاس رأسها"⁵¹

ولأن الخلع معاوضة والبدل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فإن الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون عن طيب خاطر لقوله تعالى: {وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّن لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا } "⁽⁵²⁾

وثانيهما: أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" لأن آخر الآية مردود إلى أولها والتي تنهى الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما آتوهن من مهر، واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله. ويؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابت أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: "أتردين عليه حديقته؟" فقالت: "نعم وزيادة"، فقال: "أما الزيادة فلا" وبذلك نهى الرسول -صلى الله عليه وسلم- عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها.⁽⁵³⁾

رأي الجعفرية:

يرى الجعفرية أنه إذا كانت الكراهة من قبل الزوج وحده و بذلت له الزوجة المال ليخالعها "لا يصح الخلع كما لا يحل له البدل، وعند وقوع النزاع بينهما يجوز الخلع على بدل تدفعه الزوجة، لكن إذا كانت الكراهة من جانبها جاز له أن يخالعها على أكثر مما أعطاه من المهر، وإن كانت منهما معاً لا يجوز له الأخذ منها أكثر مما أعطاه"⁽⁵⁴⁾.

رأي الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر. و لا فرق أن يكون البدل عيناً أو ديناً أو منفعة و ضابطه أن "كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون عوضاً في الخلع لعموم قوله تعالى: { فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَّتْ بِهِ }"⁽⁵⁵⁾

2- العقاس: جمع عقسة و هو ما يربط شعر الرأس بعد جمعه

3- سورة النساء الآية 4

4- "الدكتور محمد مصطفى شلبي" - كمرجع سابق- ص 570-571

1 -الدكتور " محمد مصطفى شلبي" - كمرجع سابق- ص 571

2-سورة البقرة الآية 229

رأي المالكية:

يرى المالكية أنه لا يحل للزوج شرعاً أن يأخذ شيئاً من زوجته إذا كان سبب النشوز منه، وإن أخذ وجب عليه أن يرده إليها، وإن التزمت بشيء في مقابل الخلع سقط عنها التزامها (56) واستدلوا في رأيهم بقوله تعالى: {وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ} (57) وقوله تعالى: {وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لَّتَعْتَدُوا} (58).

1. ما يصح أن يكون بدلاً للخلع و شروطه:

كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون بدلاً في الخلع، ولا تقدير فيه باتفاق جمهور الفقهاء، فيصح أن يكون من النقد أو العقار أو المنقول، كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة، أو على حضانتها المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها أو تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة و عليها الوفاء بذلك، فإن امتنعت عن القيام بما التزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعه الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية. (59)

و إذا لم يستوف الزوج ما اتفق عليه يرجع على الزوجة ببقية حقه أو على ورثتها إن ماتت أثناء المدة المتفق عليها.

و إذا خالعه على ما يعتقد أنه حلال و تبين أنه حرام كما لو قالت له: اخلعني على ما في هذا الإناء من الخل، فتبين أنه خمر، قال الإمامية و الحنابلة: يرجع عليهما بمثله خلاً، و قال الحنفية: يرجع عليها بالمهر المسمى، كما أضاف الشافعية: يرجع عليها بمهر المثل. أما إذا خالعه على مال باعتقاد أن البديل ملك للزوجة، فظهر أنه لغيرها، قال الحنفية و الإمامية: "إذا أجاز المالك صح الخلع و أخذ الزوج المال و إن لم يجر كان البديل له من المثل أو القيمة"، كما قال الشافعية: له مهر المثل استناداً إلى ما هو مقرر عندهم من متى ذكر البديل الذي لا يصح بدلاً يبطل و يثبت بمهر المثل، و قال المالكية: يقع الطلاق بائن و يبطل العوض.

3 - "الدكتور أحمد محمود الشافعي" - الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية - دار الهدى للمطبوعات - الإسكندرية. 1997 صفحة 77

4 - سورة النساء الآية 19 .

5 - سورة البقرة الآية 231.

1- "الدكتور محمد مصطفى شلبي" - كمرجع سابق - ص 565-566

و ليس للمطلق شيئاً حتى و لو أجاز المالك (60) و أضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلالاً، فلا يصح الخلع على خمر أو خنزير أو مال معصوب مثل المسروق فإذا خالغته على شيء من ذلك وقع الطلاق بائناً، و يبطل العوض، فإن كان مغصوباً و جب عليه أن يرده إلى صاحبه، فإن كان خمرأ و جبت عليه إراقته، و إن كان خنزيراً و جب قتله و قيل يسرح و لا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

- أما إذا خالغته على شيء بعضه حلال و بعضه حرام، كما إذا خالغته على خمر و ثوب فإن الخلع ينفذ و العوض يبطل، فلا شيء للزوج مطلقاً (61) أما لو علمت الزوجة بالحرمة دون الزوج فلا يلزمه الخلع.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

لقد نصت المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري: " يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"، لم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدلاً للخلع و شروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه، لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا، باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، و المال يمكن أن يكون من النقود و الأوراق المالية المعروفة و المتداولة و كذا كل الأشياء الني يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، و بعبارة فقهية أكثر دقة: "أن كل ما صح أن يكون صداقاً صح أن يكون مقابل خلع"، و لهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع و الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً و قانوناً.

و لكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعاً، لأن الحضانة هي حق للمحضون، و ليس للزوجة حق الغير بدلاً للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه.

و في جميع الأحوال يجب أن يكون في مقابل الخلع معلوماً و متفقاً عليه بين الزوجين.

- أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع و لم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أدائه

2-"الدكتور عبد الكريم شهيون" - كمرجع سابق - ص 68.
3-"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق - ص 62.

فيحكم بالطلاق خلعاً مقابل مال لا تتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

و قد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها ما ورد في القرار المؤرخ في 26 ماي 1968 عن المجلس الأعلى سابقاً، و الذي جاء فيه:

"إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع و ليس على مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءً على صداق مؤجل و ما ثبت لهم من ظلم يراه المجلس الأعلى أنه ينجر عنه الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج بدون حاجة إلى اشتراط أدائه فوراً، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه كما يسوغ أن يكون الشيء غير موجود وقت الاتفاق" (62)

- كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 جاء

فيه: "من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع و من ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق.

و تأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها و اشترط الزوج مبلغاً قدره خمسين ألف دج (50 000 دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معاً" (63)

و خلال تربعنا الميداني لدى محكمة سيدي بلعباس و مجلسها القضائي عاينا بعض التطبيقات حول الخلع من أمثلتها:

- الحكم الصادر في 2000/06/04 و الذي تتلخص وقائعه فيما يلي:

رفعت المدعية (ع م) دعوى في 2000/04/02 ضد (ق م) جاء فيها أنها تزوجت به في 1998/07/08 و صدر حكم بشع ضدها عن محكمة سيدي بلعباس في 2000/01/16 قضى بإرجاعها إلى بيت الزوجية و لم يسع الزوج إلى إرجاعها و طلبت في دعواها التطليق.

1- قرار منشور في مجموعة الأحكام القضائية - الجزء 1

2- القرار الصادر بتاريخ 22/04/1985 تحت رقم 36709- المجلة القضائية لسنة 1989- العدد

و في عريضة إضافية اقترحت أن تدفع للمدعى عليه قيمة صداقها المقدرة بعشرين ألف دينار جزائري بدلا للخلع (20 000 دج) في حين طلب المدعي عليه الرجوع إلى بيت الزوجية و احتياطيا في حالة تمسكها بالخلع فله الحق في صداقها المتمثل في سلسلة ذهب قيمتها ألفي دينار جزائري (2000 دج) و تعويضا قيمته خمسة آلاف دينار جزائري (5000 دج) و سبعيات بثلاثين ألف دينار جزائري (30.000 دج) و سلسلة قيمتها سبعمائة دينار جزائري (700 دج).

و في جلسة الصلح تم الاتفاق بين الزوجين على مبلغ عشرين ألف دينار جزائري (20 000 دج) كبديل للخلع و سلسلة كتاب.

فحكم قاضي الأحوال الشخصية لمحكمة سيدي بلعباس المرفوعة أمامه الدعوى حضوريا علنيا ابتدائيا نهائيا بالطلاق بالتراضي بين الطرفين على أساس الخلع، و الإشهاد أن المطلق تسلم مبلغ قدره عشرين ألف دينار جزائري (20 000 دج) نقدا و سلسلة كتاب مقابل خلعها و سلمتها المطلقة بالجلسة و بحضور دفاعها و الإشهاد بأنها تنازلت عن باقي حقوقها. (64)

المبحث الثالث: آثار الخلع
طبيعة الأحكام القضائية
وتوابعه

المبحث الثالث: آثار الخلع

إن الخلع باعتباره أحد طرق فك الرابطة الزوجية لطلب من الزوج يرتب آثارا منها ما يتعلق الجانب الإجرائي المتمثل في طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأنه و منها ما يتعلق بالجانب الموضوعي المتمثلة في توابع الخلع و تتناول هذا المبحث ضمن مطلبين

المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

تنتهي دعوى الخلع إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه، إن يستشق من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا عند نظر الطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم و المجالس القضائية الفاصلة في الخلع انقسامها إلى اتجاهين: الأول يقبل الطعن بالإستئناف في أحكامها و الثاني لا يقبل الطعن فيها بذلك.

الفرع الأول: أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع تصدر إبتدائية نهائية إستنادا إلى المادة (57) من قانون الأسرة التي تنص: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية" إضافة إلى ما أورده المادة (48) أيضا و التي اعتبرت الخلع طلاقا و بذلك فهو غير قابل للإستئناف.⁶⁵

و بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوي الخلع غير قابلة للإستئناف و ذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الإبتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه، كما تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الإستئنافات المرفوعة ضد أحكام الخلع و انتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا و رفضها موضوعا.

و قبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائية. و قد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جولية 1996 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994 عن محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر العاصمة إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا، إستنادا إلى أن الخلع

⁶⁵ -الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2007

هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الإقتضاء و ليس عقد رضائيا بين الزوجين (66)

لكن على جانب هذا الإتجاه يوجد اتجاه معاكس لذلك و هو ما سنراه فيما يلي:

الفرع الثاني: أحكام الخلع قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالإستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالإستئناف إنتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى و بعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى و صرح من جديد بالتفريق بالخلع و تكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالإستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى إلى اللافت للإنتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعوى الخلع يجري على درجة واحدة لتصرحت بنقض القرار المطعون فيه و بدون إحالة (67)

و نحن نرجع هذا الإتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب ذلك أن كه الزوجة لزوجها في فترة ما و ظروف مؤقتة يجعلها تبغضه و لا تطيق عشرته تدفعها لمخالعته إلا أنه و بزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها و تندم على طلبها عندما يبرز لها جليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة و الانفصال و هذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعا الله في نفس الرجل و المرأة لاسيما هذه الأخيرة التي تغلب عليها العاطفة و الرجعة أشد لها حفاظا على تكامل الأسرة هذا من جهة و من جهة أخرى فقد أجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاقا باننا استنادا لإلا قوله -صلى الله عليه و سلم-: "إقبل الحديقة و طلقها تطلقه" (68) و اعتبروها بينونة كبرى لتناقض البدل مع الرجعة حتى و لو اشترط الزوج الرجعة في الخلع، فإنه في نظر الفقهاء يصح الخلع و الشرط يبطل و في رأينا أن بينونة

66-الأستاذ "عمر زودة" -كمرجع سابق صفحة 162.

67-الأستاذ "عمر زودة" -كمرجع سابق صفحة 161.

68- صحيح البخاري مع فتح الباري 348/9، كتاب الطلاق باب الخلع

المقصودة هي البيونة الصغرى إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعه بمهر و عقد جديدين لكل هذا جعل حكم الخلع ابتدائيا قابلا للإستئناف.

أما البيونة الكبرى فتكمن فقط في التفريق باللعان و كذا الطلاق المكمل للثلاث.

المطلب الثاني:توابع الخلع

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

الفرع الأول :الآثار التي ينفرد بها الخلع

1. إلتزام المختلعة تسديد بدل الخلع:

متى وقع الإيجاب و القبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به إلتزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البذل المتفق عليه أو المحكوم به قضاء أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق و أقل العموم قوله تعالى: { فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ } إن هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أم كثيرا زائدا عن المهر أو أقل منه.

2. اعتداء المختلعة:

اختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين:

القول الأول: أن المختلعة تعد بثلاثة قروء لعدة المطلقة و به قال "أبو حنيفة" و

"مالك" و "الشافعي" و "أحمد" في رواية لهم و استدلوا على ذلك بما يلي:

قوله تعالى {وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ} (69) و ما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية.

قال أبو داود حدثنا القسني عن مالك عن شافع عن ابن عمر أنه قال:عدة المختلعة عدة

المطلقة"

القول الثاني: المختلعة تعدد بحيضة واحدة، و ذهب إليه ابن تيمية و ابن قيم و هي رواية معتمدة عن أحمد و استدلوا في ذلك :

- روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال: "إن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي -صلى الله عليه و سلم- فأمرها أن تعدد بحيضة⁷⁰.

- و روى عن "الربيع بنت معوذ بن عفراء": أن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر يدها و هي جميلة بنت عبد الله بن أبي فجاء أخوها يشتكيه إلى رسول الله -صلى الله عليه و سلم- فأرسل رسول الله إلى ثابت فقال: "خذ التي لك عليها-و خل سبيلها، قال نعم فأمرها الرسول أن تتربص حيضة واحدة و تلحق بأهلها".

من خلال القولين يمكن أن نقول أن الأرجح هو الإعتداد بثلاث حيضات و ذلك لعموم الآية الكريمة المذكورة أعلاه، ما أن الحكمة من جعل العدة ثلاث حيضات هو الإحتياط لماء المطلق حتى يغلب على الظن بتكرر الحيض ثلاث مرات أن الرحم لا يشتمل على حمل منه، و دلالة ثلاثة حيضات أبلغ من دلالة حيضة واحدة.

و كذا المادة (558) من قانون الأسرة الجزائري نصت أن المشرع جعل من عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء و ما دام لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فإنها تمتد هي أيضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص، و ويستتبع ذلك أن اليأس من المحيض تعدد بثلاثة أشهر و الحامل بوضع الحامل.

1. سقوط الحقوق الزوجية:

تسقط الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوج و الزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع، و لا أثر لهذا الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج، و في سقوط هذه الحقوق المالية من عدم سقوطه ثلاثة آراء:

الرأي الأول :

يرى "أبو حنيفة" أن الخلع يسقط به كل حق ثابت الفعل لكل من الزوجين على الآخر، كالمهر و النفقة المتجمدة للزوجة، سواء كان الخلع بهذا اللفظ أو بلفظ المبارأة و مشتقاتها، لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة و المنازعة بين الزوجين و هذا لا يتحقق إلا بإسقاط

⁷⁰- أخرجه الترمذي في الطلاق، باب ما جاء في الخلع.

كل حق يتعلق بالزواج فليس للزوجة المطالبة بمهرها التي لم تقبضه و ليس لزوجها المطالبة بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقعا عليه، أما ما لم يثبت كنفقة العدة و السكن، فلا تسقط بالخلع بالإتفاق و مثل ذلك حق الطفل في الحضانة و أجره الرضاعة غير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع⁽⁷¹⁾.

لوازم البيونة:

يلزم من البيونة أمران:

1 سقوط النفقة أيام العدة: ودليل ذلك القياس على المبتوتة، لأن طلاقها بائن⁷² هذا إذا لم تكن حاملا ، فإذا كانت حاملا لزمته النفقة للحمل قياسا على المبتوتة الحامل⁷³.
وأما دليل وجوب العدة للمختلعة فهو دليل المطلقة بغير عوض، لأن حقيقة الخلع الشرعية الطلاق⁷⁴ وقال عبد الله بن عمر: عدة المختلعة عدة المطلقة.

2 سقوط الميراث: يجوز

الرأي الثاني :

ترى الجعفرية أن الخلع لا يسقط به أي حق و لا يوجب به إلا ما اتفق عليه الزوجين، بأي لفظ وقع لأنه شبيه بالمفاوضة، و لأن كلا من لفظي الخلع و المباراة صريحا في الدلالة على سقوط تلك الحقوق، فللزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر إن لم تكن قبضته و بنفقتها المتجمدة و غير ذلك من الحقوق.

الرأي الثالث :

يفرق أبو يوسف بينما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع، و بينما إذا وقع بلفظة المباراة ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقنا عليه و في الثاني لا تسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة، مع ما اتفق عليه فهو في الأول مع الجعفرية و في الثاني مع الحنفية و وجه التفرقة أن المباراة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه و هي لم تقيد شيء دون غيره فتحمل على

⁷¹-الدكتور محمد مصطفى شلبي"-المرجع السابق صفحة 572.

⁷²-المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب البغدادي، دار الافكر، بيروت لبنان.

⁷³- المعونة 872/2.

⁷⁴- المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان

الإيداء كل ما يتعلق بالزواج، أما لفظ الخلع و ما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى إن اقتصر فيه على ما اتفق عليه⁽⁷⁵⁾

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

ورد في حكم محكمة النقض السوري "يجب أن يحد الإبراء في عقد المخالعة الحقوق التي يشملها و لا يصح استنتاج ذلك استنتاجا .

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

الفرع الثاني: الآثار العامة

و هي الآثار التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوجية فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه، و على القاضي الإستجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة، و نفقة المحضون و سكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه و نظرا سبق التفصيل فيه نتعرض لها بإيجاز و هي:

1. نفقة العدة:

كل مختلفة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعتها طيلة مدة عدتها و يجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة و على المحكمة أن تحكم بها و تحدها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك و لم تتنازل عن حقها هذا صراحة أمام القاضي طبقا لنص المادة من قانون الأسرة "و

⁷⁵ - "الدكتور محمد مصطفى شلبي" - المرجع السابق صفحة 573.

لها الحق في النفقة في عدة الطلاق" و على القاضي أن يراعي في تقدير نفقة العدة حال الزوجين و تجدر الإشارة إلى أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلا للخلع و بالتالي يسقط هذا الحق و لا يمكن المطالبة به.

2. نفقة الإهمال :

نصت المادة (74) من قانون الأسرة بأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها فإذا قدمت المختلعة ما يثبت أن مخالعتها لم ينفق عليها يحق لها طلب نفقة الإهمال، تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع و تقدر نفقة الإهمال حسب مقدور الزوجين و هي شهرية.⁷⁶

1. الحضانة:

عرفت المادة (62) من قانون الأسرة الحضانة بأنها "رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و وحفظه صحة و خلقا" و يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق بين الزوجين ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لأنها أولى، ثم يليها من هم أحق بالحضانة و بعدها حسب نص المادة (64) من قانون الأسرة و على القاضي ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها قانونا لسبب من الأسباب أو وجوب مانع و تنتهي حضانة الولد ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ما لم تتزوج الأم ثانية.

2. نفقة المحضون:

إن مسألة نفقة المحضون و سكناه تضمنتها المادة (72) من قانون الأسرة "نفقة المحضون و سكناه من ماله الخاصة إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيء له سكنا" فإذا كان للمحضون مال خاص به فذلك، و إلا تعين على القاضي الحكم للوالد بالنفقة على محضونه، كما يجب على الأب توفير مسكن له فإذا لم يستطع ذلك، يقوم بدفع أجرة السكن حسب مقدور الأب، تبدأ من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا.

⁷⁶ عدلت بالامر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

3. حق الزيارة:

في مقابل الحكم للأم بالحضانة، يحكم القاضي بحق الزيارة للأب، تلقائياً دون أن يطلبها، لأنها من النظام العام، و يحدد في الحكم أوقات و أماكن الزيارة.

الخبائمه

و في الختام نخلص إلى القول أن قانون الأسرة الجزائري و بحسب موضوعاته التي تضمنتها نصوصه أخذ جُل أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية و هذا ما توصلنا إليه و لمسناه جليا من خلال معالجتنا لموضوع الخلع.

جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج و أعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته و مشيئته و بالمقابل لم يهمل جانب المرأة في ذلك، بل شرع لها سبيلا للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت العشرة الزوجية و ساد الشقاق بينهما. و على غرار ذلك سار المشرع الجزائري في المادتين (53-54) من قانون الأسرة و اللتين تناولتا موضوع الخلع في حالة كرهها لزوجها خوفا من عدم إقامة حدود الله، لتفتدي نفسها مقابل مبلغ من المال تدفعه له كتعويض عما دفعه لها من مهر حتى لا يُضار هو الآخر من تلك الفُرقة.

و بعد الوقوف عند كل العناصر و النقاط الأساسية لموضوع الخلع تبين لنا أن المشرع الجزائري و بالرغم من نصه عليه إلا أنه ترك الكثير من الأمور المتعلقة به في حالة إبهام و غموض، مما نتج عنه تذبذب الإجتهد القضائي على مستوى المحاكم العليا و تناقض أحكام المحاكم و المجالس القضائية، لهذا و جب على المشرع أن يتخذ أمرا حاسما بشأن هذه المسألة نظرا لخطورة الأمر المتعلق بفك الرابطة الزوجية.

تبيين أن حق الزوجة في طلب الخلع يتم دون موافقة الزوج و لا يكون للقاضي سوى تقدير بدله بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم في حالة اختلافهما في تحديده و لا يكون له إلا الإستجابة لطلبها، لأنه على الرغم من نصه في المادة (54) من قانون الأسرة على ذلك إلا أن هذه المادة أثارت العديد من الإشكالات و التأويلات في فهم مقصود المشرع من وراء ذلك، مما أدى إلى عدم استقرار الشأن، فتارة يتجه نحو اشتراط موافقة الزوج و تارة أخرى يتجه إلى عدم اشتراط ذلك ليتم الخلع.

و لهذا السبب وجب على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة (54) من قانون الأسرة بطريقة تسمح للزوجة بممارسة حقها في طلب الخلع الذي منحتة لها الشريعة الإسلامية دون موافقة زوجها والقول بعكس ذلك يعتبر إجحافا في حقها. و أخيرا نأمل من المشرع أن يأخذ بعين الإعتبار كل هذه الإقتراحات في المشروع الجديد لقانون الأسرة حتى يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية و يمنح المرأة مكانتها و حقوقها الأساسية في المجتمع.

تمت بحمد الله .

قال تعالى:

﴿ وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللّٰهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

﴿ وَسُتَرْدُونَ اِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ

تَعْمَلُونَ ﴾

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم وتفسيره :

- 01_ تفسير أبي الفداء إسماعيل بن كثير المتوفى سنة 774هـ مطبعة دار إحياء التراث العربي / 1388 هـ .
- 02_ الجامع لأحكام القرآن الكريم : لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي المتوفى سنة 671هـ / دار الكتاب العربي الطبعة الثالثة .
- 03_ فتح القدير لمحمد بن علي الشوكاني : المتوفى سنة 1250هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي / الثالثة 1383هـ .
- 04_ الكشاف لمحمود بن عمر الزمخشري المتوفى سنة 528هـ مطبعة الاستقامة الطبعة الثانية 1373هـ بتصحيح مصطفى حسين أحمد .
- 05_ كتاب التسهيل لعلوم التنزيل لمحمد بن أحمد بن جزي الكلبي المتوفى سنة 792هـ مطبعة دار الفكر .

ثانياً : كتب الحديث :

- 06_ فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني المتوفى سنة 857هـ المطبعة السلفية بتصحيح محب الدين الخطيب .
- 07_ المستدرک لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري المتوفى سنة 405هـ مطبعة مكتبة المطبوعات الإسلامية مع تلخيص الذهبي .
- 08_ الموطأ للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة 179هـ بمطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي بتعليق .. وتصحيح محمد فؤاد عبد الباقي .
- 09_ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة 1250هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة 1380هـ .

ثالثاً : الفقه الإسلامي :

- 10- الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1985.
- 11- مدونة الفقه المالكي وأدلته لصديق عبد الرحمان الغرياني، الطبعة الثانية، مؤسسة الريان، بيروت، 2006.
- 12- الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر، الطبعة الثالثة، مؤسسة المعارف، بيروت، 1999.
- 13- الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية لبدران أبو العنين بدران، الطبعة الأولى، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 2003.
- 14- الزواج بنية الطلاق من خلال أدلة الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة لصالح عبد العزيز آل منصور، الطبعة الثانية، دار بن الجوزي، الرياض، 2002.

- 15- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية لأحمد فراج، الطبعة الثانية، دار المعرفة، عمان، 2000.
- 16- أحكام الأسرة في الإسلام لأحمد مصطفى شلبي، الطبعة الثانية، دار النهضة، بيروت، 1999.
- 17_ فتح الرحيم على فقه المالكية بالأدلة لمحمد بن أحمد الملقب بالداه .. الشنقيطي مطبعة دار القومية العربية الطبعة الأولى 1389 هـ .
- رابعاً: الكتب القانونية :**
- 18- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
- 19- الأمر رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 20- القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/12/15 ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية الرسمية عدد 1993/02.
- 21- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري لعبد العزيز سعد، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 22-المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري للعشب محفوظ، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- 23- مباحث في قانون الأسرة الجزائري لعبد الفتاح تقيّة، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 24- الوجيز في قانون الأسرة الجزائري للعربي بلحاج، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 25- الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، عبد القادر داودي، دار البصائر، وهران الجزائر، ط1، 2007م.
- 26- الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، سليمان ولد خسال، منشورات دار طليطلة، ط2010، 1م.

خامساً: القواميس وكتب التراجم والسير:

- 27_ ترتيب القاموس المحيط لطاهر احمد الزاوي، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، 2000.
- 28 _ تدريب الراوي لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة 911هـ، دار الكتب الحديثة الطبعة الثانية 1385 هـ .
- 29_ القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي المتوفى سنة 817هـ وقيل 816هـ مطبعة المؤسسة العربية .

- 30_ لسان العرب لابن منظور دار صادر بيروت .
- 31_ المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفي سنة 770
مطبعة مصطفى البابي الحلبي بتصحيح مصطفى السقا .
- 32- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص عن قسم الوثائق
للمحكمة العليا- الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.
- 33- مجموعة الأحكام القضائية- الجزء الأول.
- 34_ قانون الاجراءات المدنية.
- 35_ قانون الأسرة الجزائري.
- 36_ القانون المدني.

الفهرس

	العنوان
	ملخص المذكرة
	شكر و عرفان
	الإهداء
أ ب ج	المقدمة
1	المبحث الأول: ماهية الخلع
2	المطلب الأول: تعريفه و ألفاظه
3	الفرع الأول: تعريف الحنفية
4	الفرع الثاني: تعريف المالكية
5	الفرع الثالث: تعريف الشافعية
5	الفرع الرابع: تعريف الحنابلة
7	المطلب الثاني: حكم الخلع و دليل مشروعيته
8	الفرع الأول: من الكتاب
9	الفرع الثاني: من السنة
10	الفرع الثالث: من الإجماع
11	المطلب الثالث: الحكمة من مشروعيته

12	المبحث الثاني: شروط الخلع
13	المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في ملتزم البذل والزوج
15	الفرع الأول: الموقف الفقهي
18	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
21	المطلب الثاني: صيغة الخلع
21	الفرع الأول: الموقف الفقهي
26	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
29	المطلب الثالث: بدل الخلع
30	الفرع الأول: الموقف الفقهي
33	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
37	المبحث الثالث: آثار الخلع
38	المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع
38	الفرع الأول: أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف
39	الفرع الثاني: أحكام الخلع قابلة للإستئناف
40	المطلب الثاني: توابع الخلع
40	الفرع الأول : الآثار التي ينفرد بها الخلع
44	الفرع الثاني: الآثار العامة

47	المصادر والمراجع
51	الخاتمة
53	الفهرس