وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور قاضي الأسرة في الخلع

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية

إنجاز الطالبة:

شيماء لكحل

إشراف الأستاذة:

كريمة سيليني

أعضاء لجنة المناقشة:

1الأستاذ : جمال قليب .....رئيسا

2.الأستاذة :كريمة سيليني.....مشرفا

3.الأستاذ : الطاهر مسلم.....مناقشا

دورة جوان 2017

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور قاضي الأسرة في الخلع

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية

إنجاز الطالبة:

شيماء لكحل

إشراف الأستاذة:

كريمة سيليني

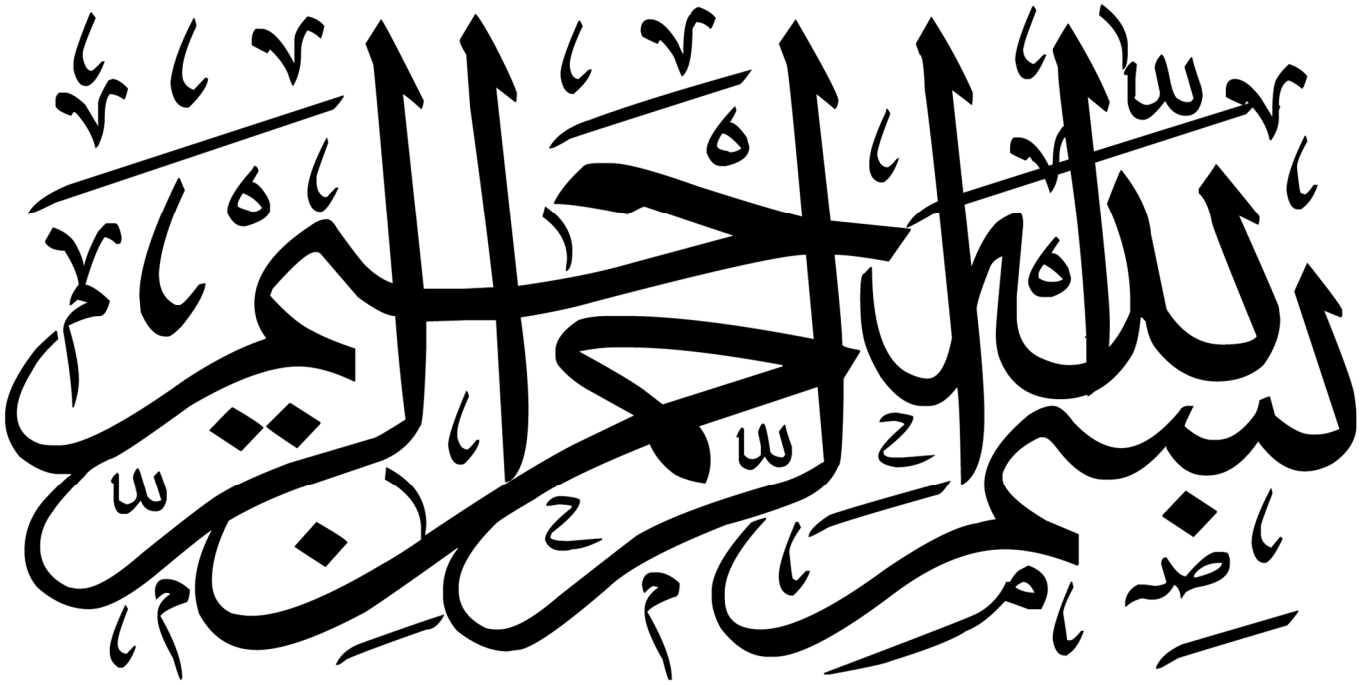
أعضاء لجنة المناقشة:

1الأستاذ : جمال قليب .....رئيسا

2.الأستاذة :كريمة سيليني.....مشرفا

3.الأستاذ : الطاهر مسلم.....مناقشا

دورة جوان 2017


بسم الله الرحمن الرحيم

شکر و تقدیر

❖ شكـــــــــــــر و تقديـــــــــــــر

قال الله تعالى : "و من يشكر الله فإنما يشكر لنفسه"

و قال رسول الله (ص): من لا يشكر الناس لا يشكر الله.

إن الحمد و الشكر لله العلي القدير الذي هدانا إلى هذا و ما كنا لنهتدي لو لا أن هدانا.

نوحد الله توحيدا كثيرا، و نشكره شكرا كبيرا، يليق بمقامه، و جلالة قدره و عطاء فضله.

فالحمد لله على نعمه الكثيرة نحمده عز و جل أن وفقني لإنهاء هذا البحث.

بدءا أتقدم بأسمى عبارات الشكر و فائق الاحترام إلى الأستاذة المشرفة: **كريمة سيليني** الذي كانت دليلا و منهجا لي طيلة انجاز هذه المذكرة. **فشكر خاص**

كما أجدد شكري مرة أخرى إلى كل من ساهم في دعم هذا البحث على إتمامه معنويا وتوجيهيا. **فشكر معتبر**

كما لا يفوتني أن أتوجه بجزيل الشكر و التقدير إلى كل موظفي سلك محكمة عزابة و بأخص الذكر قاضي شؤون الأسرة هدى بولقروش. **فشكر محترم**

و بدون أن أنسي أن أتقدم بالشكر و العرفان إلى أسرة كلية الحقوق و العلوم السياسية أساتذة، إداريين، طلبة، عمال المكتبة و قاعة المطالعة.

فشكر جزيل

الإهـــــــداء

الإهــــــــــــــــــــــــــــداء

عسى أن لا تخونني الذاكرة فاهدي بكل تواضع ثمرة جهدي:

إلى روح الطاهرة الذي عاش وسلمني مفتاح حياتي فمات وهو سر نجاحي

أبي الغالي رحمه الله واسكنه فسيح جنانه.

إلى من أفنت شبابها في خدمتنا وبذلت قصارى جهدها لإرضائنا، وسهرت ألف ليله ولية لراحتنا، ولطالما انتظرت مطولا نجاحي هذا.

أمي الحبيبة أسأل الله أن يحفظها ويطيل في عمرها.

إلى من تحملت عبئا كبيرا في سن صغيرا، من تكبدت عناء الحياة فداءا لسعادتنا بكل روح المسؤولية وصدر رحب، قلب مرح وإيمان صادق.

أختي نسيمة الغالية أطال في عمرها ورعاها.

إلى جوهرة بيتنا، زهرة حياتنا التي تسعدنا بحسها الرهف وتطربنا بروحها المرحة.

أختي خلود المدللة أسال الله النجاح وطيلة العمر.

إلى زاد حياتنا، براءة قلوبنا، ودفء صدورنا، دعابة أيامنا.

اخويا عبد الحق ومصطفى أمد الله أعمارهما وباركهما بالصحة والعافية.

إلى من شاركني في إعداد ثمرة جهدي، و أمدتني الأمل في الحياة وشجعت طموحي ودفعتني خطوة إلى الأمام.

ابنة خالي نهلة أتمنى لها حياة أفضل.

إلى من لاقت عيني عينهم وأنست روحي روحهم ورحب صدري بوجودهم في حياتي **كل طالبات وطلاب سنة ثانية أحوال شخصية وفقكم الله.**

من يريد لي طيب الحياة وجمال النفس ورشد العقل وصدق القلب.

من قريب أو من بعيد جازكم الله خيرا.

إهداء معتبر إلى كل من يقرأ ويتطلع على هذه المذكرة.

شيماء

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات:

د د ن	دون دار النشر.
د س ن	دون سنة النشر.
د ب ن	دون بلد النشر.
د ط	دون طبعة.
ج 1	الجزء الأول.
ط	الطبعة.
ص	الصفحة.
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري.
م م ع	مجلة المحكمة العليا.
ج ر	الجريدة الرسمية.
ع	العدد.

مقدمة

مقدمة:

جاءت الشريعة الإسلامية بقواعد وأحكام لتنظيم الأحوال الشخصية للأفراد بأن أولت عناية كبيرة لعقد الزواج الذي يربط أفراد الأسرة بميثاق غليظ، فالشريعة اعتبرت الأسرة نواة المجتمع، إذ صلحت صلح حال الجميع، ولتكون العلاقات الأسرية متينة جعلت لها معالم وحدود لدوام التراحم والتلاحم الأسري، بحيث أكدت على عدم تجاوزها وتعديها لأنها تعتبر من حدود الله، وقد شرعت لما فيها من تحقيق الراحة والمودة والاستقرار إلى غاية الرغبة الملحة لإنهاء عقد الزواج. لأنه مهما كانت نية الاستمرار والتمسك برباط الزواج وعدم تركه يتمزق وينحل، فهي جعلت لكلى الزوجين مخرجا في حالة إرادتهما لفصم عقد الزواج، فأعطت الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و حتى بدون سبب لفك الرابطة الزوجية، و بالمقابل لم تظلم المرأة و لم تهضم حقها بأن قيدت فك الرابطة بيد الرجل فقط، ففتحت لها باب الخلاص و شرعت لها الطلاق عن طريق الخلع وذلك بمقابل مالي تفتدي به نفسها.

والمشرع الجزائري اتجهت إرادته التشريعية إلى ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية في هذا الشأن و كان ذلك منذ جاء بالأمر 11/84 الذي أصبح المنعرج في إنشاء و تنظيم العلاقة الأسرية، فنص على الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة التي جاءت غامضة بالنسبة للقاضي الذي اعتبر نفسه مقيدا برضا الزوج في مخالعة الزوجة و حتى بعد التعديل الجديد لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، اكتفى أيضا بمادة واحدة في تنظيم الخلع، و التعديل الوحيد الذي أضافه للنص هو سلطة القاضي في المخالعة دون الأخذ برضا الزوج.

ولهذا تبقى المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري قاصرة أمام موضوع الخلع الذي يحتوي على ثروة من الأحكام الفقهية مرجعيتها الشريعة الإسلامية الغراء و هي القانون الواجب التطبيق في مسائل و قضايا الأسرة طبقا للمادة 222 ق.أ.ج، فما على القاضي إلا الرجوع إلى تطبيقها على كل القضايا التي لم يرد النص فيها.

و المشرع جعل من القواعد القانونية مرنة يستطيع القاضي الرجوع إليها و التعامل معها بما يساعده على إيجاد الحل المناسب وفق ما تقتضيه الظروف المحيطة بدعوى الخلع

و ذلك بعدم تقيده بحل منفرد وحيد لجميع المسائل و القضايا لأن مع كثرة المشاكل التي زادت مع تطور العصر و فساد الزمان، تركت المشرع يتعمق في تفكيره مما خلص لديه أنه غير قادر على إيجاد كل الحلول لهذه النزاعات، مما أسند له السلطة في إيجاد حل لهذه النزاعات بدون النص على ذلك صراحة مما يجعل دوره صعبا أثناء الفصل في هذه الدعوى و إيجاد الحلول المناسبة لها.

حيث نجد القاضي بموجب القواعد العامة أعطى له المشرع السلطة في التدخل في الآثار المترتبة عن الحكم القاضي بالخلع، و قد خول له التدخل لنظر في الطعون المقدمة لنقض حكم الخلع، وأما ما جاء صريحا في مادة الخلع أن يلزم على القاضي التدخل في تحديد بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل عند الاختلاف على مقداره بين الزوجين وقت صدور الحكم.

و لذلك فالبحث يطرح الإشكالية التالية؟

ما مدى تدخل قاضي شؤون الأسرة في الخلع؟

و الإجابة عن هذه الإشكالية يجب أولا الإجابة عن هذه الأسئلة:

-هل يتدخل القاضي في التأكد من شروط الخلع وتكيفه؟

-هل يقتصر دور القاضي على ما جاء في نص المادة 54 وذلك بمناقشة البدل فقط أم يمتد نطاق تدخله إلى جميع المسائل المتعلقة بالدعوى التي اغفل المشرع النص عليها صراحة ؟

- متى يتم إعمال السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الخلع؟ و متى يكون تدخل القاضي وجوبيا في الدعوى؟

- ما مدى سلطة القاضي في فض النزاع بين الزوجين و إقرار حقوق الزوجة و الأولاد بعد الحكم بالخلع ؟

- هل دور القاضي ايجابي أم سلبي في حال الطعن في حكم الخلع؟

أهمية الموضوع :

– إن موضوع البحث في دور القاضي الأسرة في الخلع من الموضوعات التي تحتاج إلى البحث و دراسة أعمق من ذلك، بما جاء في التشريع الفقه الإسلامي و ما أسفرت عنه قرارات المحكمة العليا.

– صعوبة مهام قاضي الأسرة في دعوى الخلع لافتقار القواعد القانونية في الموضوع، الذي شرع فيه مادة واحدة عالجت تدخل القاضي في حالة الاختلاف على مقدار العوض، و أغفلت جل المسائل فيه مما جعل القاضي يلجأ إلى الفقه الإسلامي لإيجاد الحلول الموضوعية، وللقواعد العامة لإيجاد الحلول الإجرائية.

أسباب اختيار الموضوع :

الأسباب الذاتية :

وجدت نفسي أمام هذا العنوان الذي أثار في ذهني تساؤلا لأول وهلة منذ قرأته هل يملك القاضي دورا في دعوى الخلع؟ حيث أن في الأصل الخلع يخضع لإرادة الزوجة فقط و دون رضا الزوج، هذا ما ترك في نفسي الرغبة الملحة لدراسة هذا الموضوع بالذات، من كل جوانبه الإجرائية و الموضوعية.

الأسباب الموضوعية :

– كونه موضوع إجرائي بدرجة أولى من بداية الدعوى إلى نهايتها حيث يتم تبيان دور القاضي و مجال تدخله قبل الحكم القاضي بالخلع إلى الحكم الفاصل فيه.

– قلة الدراسات الأكاديمية في هذا الموضوع حيث تكاد الدراسات السابقة تتطرق له كفرع أو عنصر من مجمل الدراسة مما جعلني اختاره محل بحث وفق ما جاء في أحكام الفقه الإسلامي و قانون الأسرة.

أهداف البحث:

– تسليط الضوء على هذا الموضوع نظرا لقلة الدراسات و الأبحاث المتخصصة فيه فلا نكاد نجد دراسة بهذا العنوان بالذات، خاصة مع النقص الفادح في شرح قانون الأسرة الجزائري حتى بعد تعديل القانون في 2005، حيث لم يتم إبراز دور القاضي و صلاحيته من وقت رفع الدعوى إلى صدور الحكم إلا في بعض الشروحات التي لا تفي بالغرض.

المنهج المتبع:

–المنهج التحليلي: يتضح لنا من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث لمعرفة مضمونها و الحكمة وراء تشريعها.

–المنهج المقارن: و يتضح من خلال إجراء موازنة و مقارنة بين موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة من جهة و ما ذهبت إليه قرارات المحكمة العليا و أحكام الفقه الإسلامي من جهة أخرى.

–المنهج الاستقرائي: و ذلك بتتبع النصوص القانونية و استنباط موقف المشرع من دور القاضي في الخلع، وكذلك استقراء الاجتهادات القضائية في الموضوع للوقوف على مدى التوافق بين الموقفين.

–المنهج الوصفي: الذي يظهر من خلال التعريف بمختلف أفكار الموضوع.

صعوبات البحث:

ما يمكن تسجيله من عقبات اعترضت سبيل بحثي:

– صعوبة الأخذ بالرأي الراجح في المسائل المتعلقة بالخلع نظرا لتشعب الآراء والاختلافات الكبيرة في مسألة واحدة.

خطة البحث:

سوف نحاول الإجابة على الإشكالية عن طريق تقسيم البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: مفهوم الخلع و تكييفه و اقسمه إلى مبحثين أتعرض في المبحث الأول إلى مفهوم الخلع و المبحث الثاني تدخل القاضي في تكييف الخلع، أما الفصل الثاني فأتطرق فيه إلى نطاق تدخل القاضي في دعوى الخلع و اقسمه إلى مبحثين أتعرض في المبحث الأول إلى نطاق تدخل القاضي قبل الحكم في دعوى الخلع و في المبحث الثاني نطاق تدخل القاضي في الحكم الفاصل في دعوى الخلع.

الفصل الأول:

تأصيل الخلع و نطاق تدخل القاضي في شروطه و تكييفها

تمهيد:

يقوم أساس الحياة الزوجية على المحبة و المودة و حسن المعاشرة و لكن قد تطرأ على هذه الأخيرة أمور تعكر صفوها، و يحل محلها الكره و البغض.

فقد يحدث أن يكره الرجل زوجته أو تكره هي زوجها فالإسلام في هذه الحالة يوصي بالصبر و الاحتمال، و علاج أسباب الكراهية، فإن كانت الكراهية من جهة الرجل فبيده الطلاق و له أن يستعمله في حدود ما شرع الله، أما إذا كانت الكراهية من جهة المرأة فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من الرابطة الزوجية عن طريق ما يسمى بالخلع.

– و لقد أجاز المشرع الجزائري الخلع من خلال المادة 54 من قانون الأسرة، و أعطاها الحق في المخالعة، لكنه لم يتطرق إلى تعريف الخلع ولا شروطه ولم يوضح تكييف الخلع إذا كان معاوضة أو يمينا من طرف الزوج و لهذا خصصنا الفصل الأول للتطرق إلى مفهوم الخلع و تكييفه وذلك بتقسيمه على مبحثين كالأتي:

مبحث أول: مفهوم الخلع.

مبحث ثاني: نطاق تدخل قاضي الأسرة في تكييف الخلع.

المبحث الأول: مفهوم الخلع

إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد والقديم تبنى الطلاق بالخلع، ولكنه لم يقم بتعريف الخلع ولم يوضح لنا شروط الإجرائية للخلع، لهذا قمنا بالتطرق لذلك في هذا المبحث من خلال مطلبين:

- المطلب الأول: تعريف الخلع.
- المطلب الثاني: الشروط الإجرائية للخلع.

المطلب الأول: تعريف الخلع ومشروعيته.

الفرع الأول: تعريف الخلع.

_أولا: الخلع لغة:

خلع الشيء يخلعه خلعا اختلعه كنزعه، إلا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع و النزع وخلع البغل والثوب والرداء يخلعه خلعا: جرده.

و الخلعة من الثياب، ما خلعته فطرحته على آخر أو لم تطرحه و كل ثوب تخلعه عنك خلعة، و خلع عليه خلعة.

– و في حديث كعب: أن من توبتي أن انخلع من مالي صدقه، أي اخرج منه جميعه، و أتصدق به، و أعرى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه. قال أبو منصور" خلع امرأته وخالعها إذا إفتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك، فقد بانت منه، و خلع كل واحد منهما لباس صاحبه، والاسم من كل ذلك الخلع و المصدر(الخلع) فهذا معنى الخلع عند الفقهاء، وفي الحديث المختلعات هي المنافقات يعني اللاتي يطلبن الخلع و الطلاق من أزواجهن بغير عذر قال ابن الأثير: وفائدة الخلع إبطال الرجعة إلا بعقد جديد و عند الشافعية خلاف: هل هو فسخ أو طلاق وقد يسمى الخلع طلاقا، و في حديث عمر رضي الله عنه أن امرأة نشزت على زوجها فقال عمر: اخلعها أي طلقها أو اتركها.[1]

1– أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الانصاري الخزرجي المعري، لسان العرب، وزارة الشؤون الاسلامية والدعوة والارشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص429.

ثانيا: الخلع في الاصطلاح الشرعي.

هو الفرقة بين الزوجين بلفظ الخلع و ما في معناه مقابل العوض يأخذ الزوج من زوجته و من الألفاظ التي في معنى الخلع، المفادة، المبارءة، أو الصلح فلو أن رجلا و زوجته قررا إنهاء العلاقة الزوجية بينهما مقابل عوض يأخذه الزوج منها، و قال لزوجته خالعتك أو طلقتك أو فاديتك على كذا و تقبل الزوجة بذلك فنكون بهذه الفرقة خلعا.

و أما المالكية فإنهم لا يجعلون الخلع مقتصرا في العوض بل يشمل كل فرقة جرت بلفظ الخلع و ما في معناه و لو كانت بدون عوض، و لهذا قال المالكية، الخلع هو الفرقة بين الزوجين[1].

و أيضا هو فسخ العلاقة الزوجية بطلب من المرأة الكارهة لزوجها مقابل عوض تدفعه إليه لتفتدي به نفسها منه فتخالعه من تلك العلاقة الزوجية[2]، لأن كل منهما لباس للأخر لقوله تعالى: "هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ"[3].

و في الكتاب لقوله تعالى: " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"[4].

الخلع في الشرع الإسلامي، نوع من الطلاق الذي ينهي الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين سواء كان البادئ هو الرجل أم المرأة. و في هذه الحالة على الزوجة أن تدفع إلى زوجها مبلغا من المال لكي تفتدي نفسها بالطلاق، و أحيانا قد يتم الاتفاق على الانفصال من دون أن تدفع المرأة شيئا[5] و كانت أراء الفقهاء كما يلي:

1- مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة بنها، ط1، ليبيا، 2006، ص 80.

2- أبي سعيد عمر بن غرامة العمراوي، أحكام الطلاق في الكتاب و السنة و الإجماع، مكتبة الطحاوي للنشر، د ط، د ب ن ، د س ن، ص 76.

3- سورة البقرة: الآية 187.

4- سورة البقرة: الآية229.

5- جرجس جرجس، مراجعة أنطوان الناشف، معجم المصطلحات الفقهية و القانونية، الشركة العالمية القانونية، ط1، لبنان، 1996، ص 153.

1_ الحنفية:

قالوا الخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقف على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه ومقولة إزالة الملك خرج به أمور ثلاثة:

– الأمر الأول: إذا خالعها في العدة بعد إبانتها فإن الخلع لا يصح، و ذلك لأن ملك النكاح قد زال بإبانتها فلو خالعها بمال ثم خالعها في العدة بمال أخر فإن الخلع الثاني لا يصح.

– الأمر الثاني: المرتدة إذا خالعها زوجها فإن الخلع لا يصح لأن الردة أزالت ملك النكاح، و الخلع هو إزالة الملك، فإذا خالعته على مهرها لم يسقط المهر و يبقى له ولاية الجبر على الزواج.

–الأمر الثالث: النكاح الفاسد، فإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا أو وطئها فإن المهر تقرر لها بالوطء، فإن خالعته على مهرها فإن الخلع لا يصح.

2– المالكية:

قالوا الخلع شرعا هو الطلاق بعوض، فقوله الطلاق شمل الطلاق بأنواعه، و هو الصريح، الكناية الظاهرة أو أي لفظ أخر إذا كان بنية الطلاق، فإذا قالت له زوجته طلقني على مهري أو على مائة ريال مثلا فقال طلقتك على ذلك لزمه طلاق بائن و لزمها العوض.

3– الشافعية:

قالوا الخلع شرعا هو اللفظ الدال على الفرق بين الزوجين بعوض متوفرة فيه الشروط، فكل لفظ يدل على طلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن[1].

[1]– عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، ط7، القاهرة، مصر، 2010، ص371 و372.

4_ الحنابلة:

قالوا الخلع هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة، أما الألفاظ المخصوصة فتنقسم إلى قسمين صريحة في الخلع وهي: خلعت، و فسخت، و الكناية هي ثلاثة ألفاظ بارئتك، أبرأتك، ابنتك[1] .

ثالثا: الخلع في الاصطلاح القانوني.

المشرع الجزائري لم يقم بتعريف الخلع و هذا هو الغالب في تشريعاته فقلما يتطرق لتعريف موضوع ما و على ذلك لابد الرجوع إلى شراح القانون لمعرفة الخلع.

فعرفته منال محمود المشني على أنه: الطلاق البائن الذي تحصل عليه الزوجة بحكم القاضي عند إضرارها على دعواها دون اعتبار لرضا الزوج مقابل ما تدفعه له.

و يلحظ على هذا التعريف أنه غير التعريفات التي قام بها فقهاء المذاهب الأربعة هذا و التعبير يتبناه المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة و كذا بعض القوانين العربية و التي أقرت بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون حاجة إلى موافقة الزوج[2].

رابعا: الخلع في التشريعات العربية.

1-الخلع في القانون المغربي.

فنص القانون المغربي على أحكام الخلع في المواد 115 الى 120، حيث نصت 115 على أنه" للزوجين إن ترضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114".

ونصت المادة 120 على أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ

1- عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 375

2- منال محمود المشني، الخلع في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، ط 1، الأردن، 2009، ص 140 و 148.

الخلع بعد تقرير مقابلة، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة.

هذا النص يختلف في بعض أجزائه عن القانون الجزائري، في إن الخلع لا يقع بالإرادة المنفردة للزوجة بل لابد من الاتفاق عليه في القانون المغربي. حيث أن القاضي له مخالعة الزوجة بالإرادة المنفردة للزوجة، بل لابد من الاتفاق عليه في القانون المغربي، بينما في القانون الجزائري لا يتطلب الأمر موافقة الزوج على الخلع وأصرت عليه أن تلجا بعد ذلك إلى مسطرة الشقاق. في حين القانون الجزائري لا يتطلب ذلك، وإنما يتطلب إجراء الصلح في دعوى الخلع فيتعين على القاضي الاستجابة لطلبها برضا الزوج ودون رضاه[1].

2-الخلع في القانون التونسي.

لا وجود للخلع في المجلة التونيسية، بل نصت على كون الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة ويجب على القاضي قبل النطق بالطلاق أن يحاول الإصلاح بين الزوجين لكن دون جدوى وهذا ما عبر عنه الفصل 32 من المجلة بقوله" يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين وكلائه".

ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك[2].

3-الخلع في قانون الأحوال الشخصية المصري:

عرف قانون الأحوال الشخصية المصري الخلع بأنه طلاق رضائي بين الزوجين أي يشترط لصحة الخلع رضا الزوج و الزوجة معا، مع تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية و الشرعية إضافة إلى ردها مقدار الصداق الذي أصدقها إياه و هذا الأصل أم الإستثناء فتكون عن عدم رضا الزوج بالخلع و امتناعه عن الاستجابة لطلبها في موضوع الخلع يقع

1- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط1،الجزائر، 2008، ص 213 و 214.

2- لحسين بن شيخ آث ملويا، طلاق بالخلع: دراسة فقهية و قضائية، دار هومة، د ط، الجزائر، 2013.

للزوجة أن ترفع الأمر للقاضي فيحكم و يكون الحكم وجوبيا و إلزاميا على الزوج حسب ما جاء في المادة 20 قانون الأحوال الشخصية لعام 2000[1].

بقولها : للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فان لم يتراضيا عليه و أقامت الزوجة دعواها و افتدت نفسها و خالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية و الشرعية و ردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه[2].

4: الخلع في التشريع السوري.

أخذ المشرع بالخلع كوسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية، و نظمه في الباب الثاني من الكتاب الثاني في القانون رقم 59 لعام 1953 المعدل بقانون رقم 34 لعام 1975 تحت عنوان المخالعة و ذلك في المادة 95 إلى المادة 104 جاء في المادة 95 :

1- يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا للطلاق و المرأة محلا له.

2- المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال.

المادة 96 : لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر و نستنتج من المادة الأول أنها تشترط أهلية الزوج لإيقاع الطلاق و أهلية الزوجة للالتزام بالخلع، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض السورية، الدائرة الشرعة التي جاء في قرارها" مخالعة زوجة صغيرة إذ طلق الزوج الزوجة الصغيرة المميزة على مهر تطلق، و لا يسقط المهر إلا بموافقة ولي المال"[3].

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات: دراسة فقهية نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ط، مصر، 2010، ص 243.

2- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المعارف، د ط، إسكندرية، 2001، ج2، ص، 176.

3 – دليلة آث شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوج: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات ، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 338.

كما تظهر من المادة 96 أنها نصت على صيغة الخلع أخذا بمذاهب المالكية و الشافعية كون الخلع معاوضة[1].

الفرع الثاني: مشروعية الخلع.

القرآن منع الأزواج أن يأخذوا من مما آتوا زوجاتهم شيئا عند الطلاق و أباح الأخذ في هذه الحالة، حيث جاء صريحا في قوله تعالى: " الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ".

ثم جاء في السنة تطبيقا لذلك فيما رواه البخاري عن ابن عباس: "إن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صل الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا في دين ولكني اكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام : إقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[2].

فنجد أن المشرع أدرك الحكمة من وراء تشريع الخلع وأجاز للقاضي اليوم مخالعة الزوجة دون الأخذ برضا الزوج تطبيقا لما فعله رسولنا عندما لم يقم بسؤاله الموافقة أو الرفض وكان لها الطلاق دون أي قيد أو شرط إلا فيما يخص مقابل الخلع. وكانت حكمة الشارع الحكيم بجعل الخلع بيد الزوجة الذي تلجأ إليه عندما تبغض الرجل ولا تجد المقام معه وما كانت تنشده، وتشتد كراهتها له بحيث تخشى ألا توفيه حقه أو تخرج عن طريق

1- دليلة آث شاوش، مرجع سابق، ص 338.

2- صحيح البخاري، جامع السنة و شروحها، كتاب الطلاق، حديث رقم 57/73، ص2021،www.Hadith.portal.com

المستقيم في معاملته وهي لا تملك الطلاق فنجد الشارع الحكيم أخرجها من هذا الحرج وشرع لها الافتداء للتخلص من رابطة الزوجية على وجه لا رجعة فيه للزوج إلا برضاها[1].

مطلب ثاني: شروط الإجرائية للخلع:

إن المشرع الجزائري لم يتطرق في مادة الخلع إلى الشروط الواجب احترامها و مراعاتها ليكون صحيحا قانونا و لكننا سنتطرق إليه استنادا إلى القواعد العامة المذكورة في قانون الأسرة.

فرع أول: تأكد القاضي من قيام العلاقة الزوجية.

يشترط في الخلع قيام الرابطة الزوجية فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا أو تربطها به رابطة غير الزوجية، بل لابد من توفر عقد الزواج الصحيح، فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة فلا يقع الخلع و كذلك لو انقضت الرابطة بسبب الفسخ أو الطلاق البائن.

فإذا كانت الرابطة الزوجية قائمة على عقد زواج صحيح و لم يقع دخول أو طلاق، فإن الخلع يقطع هذه الرابطة و لو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها لأن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة من جهة و ملكية الاستمتاع بها لم ترفع من جهة أخرى[2].

و هنا يكمن دور قاضي شؤون الأسرة من التأكد إذا ما كانت العلاقة الزوجية قائمة أم لا و ذلك بتوفر جميع الشروط الموضوعية المذكورة في المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة، و كذلك الشروط الشكلية التي جاءت بها المادة 18 ق.أ [3].

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار الجامعية، ط4، د ب ن، د س ن.

2- لحسين بن شيخ آت ملويا، مرجع سابق، ص 138 و 139.

3- المادة 18 ق.أ.ج: يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 و 9 مكرر من هذا القانون.

لو صادف القاضي دعوى خلع و لا يوجد عقد رسمي يثبت قيام الرابطة الزوجية هل يقوم بمخالعة الزوجين؟ و ما هو حكم القاضي إذا كان طلب الزوجة للخلع قبل الدخول؟ هذا ما سيتم التعرض له كالأتي:

أولا: حكم القاضي بالخلع في الزواج العرفي.

لو صادف قاضي شؤون الأسرة دعوى الخلع، وكانت طالبة الخلع متزوجة عرفيا بمن تريد مخالعته – أي الزوج – فالقاضي في هذه الحالة لا يملك السلطة في التفريق بينهما عن طريق الخلع، لأن من مهامه قبل الحكم بالخلع أن يقوم بالتأكد من وجود عقد زواج صحيح شرعا و قانونا، و ذلك باستيفائه جميع الأركان المذكورة في المادة 9[1] و 9 مكرر[2] من قانون الأسرة و هي في مجملها شروط موضوعية.

و المشرع لم يكتفي في تشريعه بإثبات الشروط الموضوعية فقط، لكنه اشترط توفر الشروط الشكلية، لما رأته السلطة التشريعية من دمار الأخلاق و ضياع للحقوق و الأعراض، و ضعف إيمان في النفوس الناس و قلة الوازع الديني، الشيء الذي أدى إلى زعزعة الثقة و زوال الاطمئنان، و ذلك أن بعض الأشخاص متزوجون و ينكرون الزواج أصلا بعد الدخول مباشرة لعدم قيام الحجة عليهم الشيء الذي يسيء بسمعة المرأة و أهلها.

هذا الأمر جعل التوثيق في وقتنا الحاضر يدخل ضمن المصالح المرسلة و أي مسلم يريد توطين ابنته و إبعاد ما يمكن تصوره من خصام بعد الوفاة أو الطلاق أن يوثق زواج ابنته و أن لا يتم الدخول بها.

و هروبهم من توثيق الزواج قد يرجع في معظم الأحيان عدم وجود عقوبة على من لم يسجل زواجه إلا تلك الأمور المستمدة من القواعد العامة من النصوص كعدم استطاعة رفع الدعوى أمام القاضي عند النزاع أو إرادة الطلاق لوجود مسألة معترضة و هي إثبات

1- المادة 9 قانون الأسرة:ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.

2- المادة 9 مكرر قانون الأسرة:يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية.

الزوجية أولا[1] كما هو الحال في طلب الخلع حيث لا يوجد عقد رسمي يثبت الزواج بينها و بين المدعى عليه.

و المشرع الجزائري عالج هذه القضية و لم يترك القاضي في حيرة من أمره بحيث عندما تعرض قضية خلع و تم تأكده من أنه زواج عرفي يطلب من الزوجة القيام بإثبات الزواج بحكم قضائي أولا ثم رفع دعوى الطلاق بالخلع.

حيث جاء في هذا الصدد نص المادة 22 " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

و يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".

و هذا يعني في حالة الزواج العرفي يتم تقديم طلب من الزوج المعني – الزوجة – إلى وكيل الجمهورية لدى المحكمة التي كان الزواج العرفي قد انعقد في دائرة اختصاصها الإقليمي، يذكر فيه هوية الزوجة و الزوج و مكان و تاريخ ولادة كل منهما مرفوعا بالأدلة و الوسائل التي تثبت إبرام عقد الزواج وفقا لما ورد النص عليه في أحكام قانون الأسرة، و بعد تحقيق وكيل الجمهورية في الأمر بتسجيل عريضة لرئيس المحكمة ليقرر قبول أو رفض تسجيل هذا العقد و في القبول يأمر بتسجيل عقد الزواج بأثر رجعي منذ تاريخ و المكان المنعقد فيهما، إذا ثبت له أن الزواج قد انعقد وفق الشريعة و القانون[2] و هو مضمون المادة 39[3] قانون الحالة المدنية حيث جاء فيها: " باستثناء ما ذكر في المادة 79 المقطع الرابع عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة، أو تعذر قبوله...، يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها

1- محمد محده، الأحكام الإنسانية في الأحوال الشخصية، دار الشهاب، د س ن، ج 1، ص 111و112.

2- مراد كاملي، الوجيز في قانون الأسرة، سنة رابعة علوم قانونية و إدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة جامعية 2009-2010، ص 44.

3- الأمر 20/70 المؤرخ في فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية،ج ر ،ع 21 ،المؤرخ في 27 فبراير 1970، ص274.

بناء على مجرد طلب من وكيل الجمهورية لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة وبالاستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية".

ثانيا: حكم القاضي في طلب الخلع قبل الدخول.

متى كانت الزوجة قائمة فالخلع جائز سواء قبل الدخول أو بعده و على القاضي أن لا يقف مترددا في حكمه بالخلع حتى و لو كان الخلع قبل الدخول لأنه لا يوجد نص قانوني يمنعه من القيام بالفصل في هذه الدعوى.

حيث جاء في المدونة الكبرى" إني سمعت مالكا سئل عن رجل تزوج امرأة بمهر مسمى فاعتدت منه بعشر دنانير تدفعه إليها قبل أن يدخل بها على أن يخلي سبيلها، ففعل ثم أرادت أن تخلعه بنصف المهر فقال ذلك ليس لها.

و على ذلك فمالك أجاز الخلع قبل الدخول، و على ذلك فالخلع مثل الطلاق بل هو يعتبر نوعا من أنواعه و بالتالي جائز قبل الدخول[1] و بعده و يلاحظ أن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، ذهبت خلافا لذلك في قرار بتاريخ 2006/06/14 بأن قالت بعدم جواز طلب الخلع من طرف الزوجة قبل الدخول و أنه لا يحق لها ذلك إلا بعد الدخول و جاء غير مستساغ من ثلاث جهات.

1- من جهة قولها أن الحكم المطعون فيه خالف القانون لأن المادة 54 من ق.أ لم تشترط أن طلب الخلع يكون بعد الدخول، و كذلك أحكام الشريعة الإسلامية لم تمنع الزوجة من ذلك.

2- من جهة ثانية قولها أن نفور الزوجة من الزوج لا يكون إلا بعد الدخول القول غير معقول لأنها يمكن أن تنفر منه قبل الدخول باكتشافها صفات فيه ما يجعلها في نفور كتعاطيه المخدرات و ارتكابه لجرائم، و محاولة التعدي على عرضها قبل الدخول فهي كلها أسباب تعد كافية لطلب الخلع قبل التورط معه في الزواج و يصعب معالجة الأمر بعد ذلك.

1- لحسين بن شيخ آث ملويا، طلاق خلع، مرجع سابق، ص 140،141،142

3- بخصوص نقض و إبطال الحكم المستأنف مثله كأي طلاق ينطق به القاضي، يعتبر التطليق بالخلع طلاقا بائنا و بالتالي فهو ذو طابع نهائي و لا يمكن إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه[1].

الفرع الثاني: أن تطلبه الزوجة الخلغ من القضاء.

لابد أن ترفع الزوجة دعوى أمام القضاء المعني إقليميا لتطلب الحكم لها بالخلع مقابل عوض تؤديه للزوج و لابد أن نتعرض إلى:

أولا: تقديم عريضة افتتاح الدعوى.

ككل دعوى ترفع أمام القضاء لابد أن ترفع في شكل عريضة لافتتاح دعوى صادرة عن الزوجة أو محاميها طبقا للمادة 15 من ق.إ.م.إ و يجب أن تتضمن:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

- اسم و لقب و جنسية و موطن و تاريخ و مكان ميلاد الزوجة المدعية و الزوج المدعى عليه و مهنتها عند الاقتضاء.

- عرض موجزا للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

- الاشارة عند الاقتضاء إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى.

- يجب أن يرفع مع العريضة شهادة عائلية و مستخرج من عقد زواج المعنيين.

- و أن تقدم الزوجة دعواها أمام القضاء عن طريق العريضة التي تحتوي على عرض موجز للوقائع و الطلبات، فإنها غير مجبرة على ذكر الأسباب التي دفعتها إلى هذه الدعوى ألا و هي دعوى الخلع.

1- رقم القرار 258613 بتاريخ 2006/06/14 مجلة المحكمة العليا 2006 ، العدد 2 ، ص 421 ، لحسين بن شيخ آث ملويا، طلاق الخلع ، مرجع سابق ، ص 140 .

و ذلك استنادا منها على قواعد الشريعة الإسلامية التي حللت حقها في الخلع كرخصة لحل الرابطة الزوجية في مقابل الطلاق الذي هو بيد الزوج و في ذلك حكمة الشارع الحكيم الذي جعل لها مخرجا من هذه الحياة التي عادت لا تطيقها حتى و لو كان ذلك بدون سبب، كذلك استنادا للمادة 54 التي تطرقت للخلع في التعديل الأخير لقانون الأسرة و لم ترغم الزوجة بتسبيب طلب الخلع، على عكس طلب التطليق، بل يكفي فقط أن تقول أنها تكرهه أو أنها لا تطيق العيش معه.

و في رأي محمود علي السطاوي أن للزواج مقاصده، فإن تعذر تحقيق هذه المقاصد و أدى إلى نقصها و أصبحت مفاسده أعظم من المصالح المرتجاة منه على الزوجين و الأولاد و الأهل فإن الأولى إنهاؤه و لهذا شرع الإسلام الطلاق، و نص القانون في حالات كثيرة على التدخل وجوبي من قبل القاضي لرفع الضرر عن احد الزوجين و اشتداد الشقاق و النزاع بينهما بحيث يستحيل استمرار الحياة الزوجية و أن لا يحدد عدة ثلاثين يوما فإنها كافية لصفاء النفوس و إزالة البغضاء، و حديث زوجة ثابت بن قيس يصلح دليلا على الأخذ بها[1].

فرع ثالث: خضوع بدل الخلع للسلطة التقديرية لسلطة التقديرية للقاضي.

كل ما كان منقولا أو منفعة مقابل المال، صح أن يكون بدلا في الخلع و من ثم يجوز أن يكون عقارا أو منقولا و سكن الدار و زراعة الأرض زمنا معلوما و مع ذلك الخلع في مقابل الرضاع و الحضانة و الإنفاق على الصغير و الإبراء من نفقة العدة[2].

و لهذا على قاضي شؤون الأسرة في الطلاق بالخلع إذا تم الاتفاق على بدل الخلع أي مقابل العوض بين الزوجين على غير المال فعليه أن يحكم به و لا يحق له الرفض بذلك لكن له السلطة في عدم القبول و التدخل في رفض هذا الأخير أي مقابل العوض و خاصة

1- محمود علي السطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر، ط 7، الأردن، 2007، ص 287.

2- احمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام: الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب، الجامعة الجديدة للنشر، د ط، الإسكندرية، مصر، د س ن، ص 111و112.

إذا تأكد بأنه مخالف للنظام العام و الآداب العامة كأن يكون بدل الخلع على عائدات المخدرات و أموال القمار أو غيرها من تحقيق منفعة في أصلها ممنوعا شرعا أو قانونا، كذلك له سلطة التدخل إذا كان مقابل العوض لا يتفق و مصلحة المحضون مثلا إذا كان ذلك الأخير هو التنازل عن الحضانة، أو التنازل عن نفقة الأولاد في مقابل دين و هذا ما سيتم التطرق له في العناصر التالية:

أولا : حكم القاضي في مقابل إسقاط الحضانة.

إذا خالع الزوج زوجته على أن تسقط حقها في حضانة ولدها منه كان الخلع صحيحا و لكن لا يسقط حق الأم في حضانة ولدها لأن الولد له حق في الحضانة فلا تملك الأم التنازل عنه في مقابل الخلع كذلك فإن هذا الشرط يترتب عليه إبطال حق من يلي الأم في الحضانة إن أصبحت الأم غير صالحة للحضانة و الأم لا تملك إبطال هذا الحق.

و الحكمة جلية من عدم إسقاط حضانة الأم في مقابل الخلع على النحو المتقدم في أن ذلك ما كان لمصلحة الصغير الذي تكون مصلحته في الغالب الأعم من الحالات في حضانة أمه له مادام صغيرا[1].

و إن كان هناك خلاف بين المالكية حول هذا الحكم نوضحه فيما يلي:

يرى بعضهم انه يصح الخلع على إسقاط الحضانة، فإذا قالت له: خالعني على إسقاط حقي في حضانة ولدي منك، فقال خالعتك على ذلك فإنه يصح و تبين منه و يسقط حقها في الحضانة و ينتقل إلى الأب، و لو كان هناك من يستحقها غير هو لكن بشرط أن لا يخشى على الولد المحضون ضرر بمقارنة أمه. أو يكون الأب لا يستطيع حضانته و إلا وقع الطلاق و لم تسقط الحضانة باتفاق[2].

و بعضهم يقول: أنها تنتقل لمن لها حق الحضانة بعد الأم أساسا على من أسقط حقه في وقف الأجنبي لم مات فيعود حقه لمن بعده، و هل إذا أسقط حقها في حضانة حملها

---

[1]- سامح السيد محمد، المذاهب الفقهية الأربعة والقانون المصري، د د ن، ط 2، 2005، د ب ن، ص194.

2- مرجع نفسه، ص 195.

قبل الولادة يصح أولا؟ و الجواب يصح و لا يقال أنه إسقاط للشيء قبل وجوده لأن سبب الوجود ظاهر، وهو الحمل[1].

و بعضهم يقول: إذا خالعت الزوجة على إسقاط حضانتها لا تنتقل الحضانة للأب، و لكن لا تنتقل لمن له حق الحضانة بعد الأم، و هذا هو الذي عليه العمل و به الفتوى، و إذا كان الأول، و هو انتقاله للأب المشهور، و إذا خالعت على إسقاط الحضانة و مات الأب، فهل تعود الحضانة للأم أو لا؟ و الجواب نعم تعود للأم.

و قد يخالف أن الأم أسقطت حقها، فإذا مات الأب تنتقل الحضانة لمن يستحقها بعد الأم،و لكن الظاهر أنها تعود للأم،فإذا ماتت الأم و الأب موجود،فهل تنتقل الحضانة إلى من لها حق بعد الأم،أو تستمر للأب على القول المشهور؟ و الجواب أن الظاهر استمرارها للأب لأنها انتقلت له بوجه جائز.

و بما أن المشرع الجزائري يستمد أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية و ما يؤكد ذلك نص 222 ق.أ [2] التي تحيل القاضي في حالة عدم وجود نص يقضي في هذه المسألة أي أن يكون مقابل الخلع هو التنازل عن الحضانة و بالتالي فإذا صادف القاضي مسألة تنازل عن الحضانة فإنه يحكم وفق ما جاء به الشرع و ما جاء في الفقه الإسلامي و مع أن الفقه الإسلامي تعددت فيه الآراء و اختلفت فيه المواقف، لكنه من الواضح أنه في هذه المسألة تأثر بالمذهب المالكي الذي تم طرح موقفه أنفا.

و جاء في المادة 62[3] من ق.أ :" الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته

1-سامح السيد محمد، مرجع سابق، ص 196.

2- المادة 222 كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير2005، ج ر، ع15، ص18، يعدل و يتمم القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يوليو 1984 متضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ط9، ص 33.

على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" و جاء في المادة 64 الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

و المشرع كان من أولياته في إسناد الحضانة لمستحقي الحضانة مراعاة مصلحة المحضون بالدرجة الأولى[1]، فمنح للقاضي الذي نظر في دعوى الخلع من الزوجة أي الأم الحاضنة السلطة التقديرية في معرفة من هو الأجدر بحضانة الابن و لهذا إذا رأى قاضي شؤون الأسرة أن تنازل الأم عن الحضانة مقابل العوض الخلع، يضر بمصلحة المحضون كان له السلطة في رفض هذا المقابل و لا تملك الزوجة الاعتراض على حكم القاضي بذلك.

و كان على المشرع الجزائري أن يسد الثغرات الموجودة في موضوع الخلع فكان عليه أن ينص بنص تشريعي يمنح السلطة للقاضي صراحة في قبول بدل العوض أو رفضه و خاصة في مسألة الحضانة.

ثانيا : حكم القاضي في الخلع مقابل الإنفاق على الصغير.

إن النفقة على الصغير من حق الولد فهل يجوز للقاضي أن يمنع الخلع للزوجة مقابل الإنفاق على الصغير؟ .

لم يتطرق المشرع إلى هذه النقطة، لكن رجوع قاضي شؤون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 نجد أنه لو خالعها على أن تنفق على ابنه الصغير مدة معلومة، صح الخلع و إن كان قدر النفقة مجهولا، لأن الجهالة غير الفاحشة محتملة في الخلع و يلزمها الإنفاق عليه المدة التي اتفقا عليها فإن امتنعت عن الإنفاق و لو مات الولد أو ماتت هي قبل انتهاء هذه المدة كان للزوج أن يرجع عليها بمثل نفقته في المدة أو فيما

1- ملف رقم 497457 قرار بتاريخ 2009/05/13 م.م.ع، عدد 1 2009، غرفة الأحوال الشخصية، ص 297، (المبدأ مصلحة المحضون هي الأساس في الهناء الحضانة و ليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة).

بقي منها، و إذا رأى القاضي أن الزوجة كانت معسرة، و طالبت هي بالنفقة يجبر عليها دفعها لأن بدل الخلع دين عليها فلا تسقط النفقة الواجبة عليه بدين[1].

ثالثا: حكم القاضي في خلع الزوجة مقابل الرضاع.

هل يجوز للزوجة أن تطلب المخالعة أمام القاضي، و يكون الاتفاق بينها و بين زوجها على أن مقابل العوض هو الرضاع؟. لم يورد المشرع الجزائري نص يقتضي بذلك أو يمنع حتى أن يكون مقابل العوض هو مقابل الرضاع فما على القاضي إلا أن يتجه إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تحيله بموجب المادة 222 ق أ.

و جاء في أحكام الشريعة الإسلامية تصح المخالعة على أن ترضع الزوجة الولد لمدة معينة أو على أن تنفق عليه مدة معلومة، و ذلك أان يقول لها خالعتك على أن ترضعي ولدي لمدة سنتين بلا أجر، فإن قبلت الزوجة المخالعة على هذا العوض صحت المخالعة و لا يجوز للقاضي رفض ما تم الاتفاق عليه بين الزوجين، و لا يوجد مانع من ذلك. [2]

فإن خالع الرجل زوجته على أن ترضع ولدها منه وقبلت صح هذا الخلع وعليها أن ترضعه المدة التي اتفقا عليها، وإن لم يتفقا عليها فإنها ترضعه المدة التي حددها الشارع للرضاع و هي سنتان، فإن امتنعت عن الإرضاع كان للزوج أن يرجع على الزوجة أورثها بما يعادل أجرة رضاع الولد المدة الباقية إلا إذا اشترطت عند الخلع أنه إذا مات الولد أو ماتت هي فلا شيء عليها، فليس له أن يرجع عليها بشيء، ولو اختلعت بما عليه من المهر ويرضع ولده الذي جاء به جاز فإن ماتت، أو لم تكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع و لو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة.

و كذا إذا هي قالت خالعني على رضاعة الولد و حضانته عشر سنين، رجع عليها بأجرة رضاع سنتين و معه باقي السنين إلا إذا اشترط عدم الرجوع[3].

1- حسين فراج محمد، مرجع سابق، ص 112.

2- محمود علي السطاوي، مرجع سابق، ص 294.

3- احمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 111و112.

بالرجوع إلى قواعد و أحكام الشريعة الإسلامية لم نجدها تمنع أو تحرم أن يكون بدل الخلع هو مقابل الرضاع، لهذا فيجوز للقاضي أن يمنح الخلع مقابل الرضاع، و لكن له السلطة التقديرية في رفض ما تم الاتفاق عليه إذا رأى أنها ضد مصلحة الرضيع.

و المشرع الجزائري مع إغفاله لهذه المسألة لكنه كان حريصا في حماية الأولاد عند انحلال الرابطة الزوجية من كل ما هو ضد مصلحتهم.

رابعا: حكم قاضي الأسرة بالخلع مقابل الإبراء من نفقة العدة.

كذلك كما سابقها من أنواع البدل التي تصح شرعا، لم يتطرق المشرع الجزائري مما جعل القاضي يحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية ليطبق حكمه في هذه المسألة، و نجد في تلك الأحكام أنه يصح الخلع في مقابل إبراء المرأة زوجها من نفقة العدة و يبرأ الزوج منها و إن كان الساقط مجهولا.

و يصح الخلع في مقابل إسقاط حق السكنى مدة العدة، ولا تسقط حقها لأن سكن المعتدة في بيت الزوجية واجب شرعي كما قال تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن يأتين فاحشة مبينة " لكن إذا ألتزمت المرأة أن تدفع أجرة البيت من مالها فصح لها أن تعفي الزوج من هذه الأخيرة[1].

بمعنى آخر أن الحاصل أن الإبراء من النفقة قبل الخلع لا يصح، أنها لم تجب فلا معنى لإبرائه منها، و أما جعل النفقة عوضا عن الخلع يصح، لأن الخلع سبب وجوب العدة و النفقة[2].

الفرع الرابع: أن يتم طلب الخلع من طرف القاضي.

تباينت الآراء الفقهية حول ما إذا كان الخلع أمام السلطان أو القاضي أم لا فهناك من قال يجوز الخلع دون السلطان، روي ذلك عن عمر و عثمان رضي الله عنهما و به قال

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي: الأحوال الشخصية، دار الفكر،الجزائر 1994،ج 4، ص 502.

2- عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 390.

الزهري و مالك و الشافعي و أحمد و إسحاق و أهل الرأي، لأنه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع و النكاح و لأنه قطع عقد بالتراضي، و عن الحسن وابن سرين لا يجوز عن السلطان[1].

و إذ أن الطلاق لا يحدث إلا بموجب عمل قانوني يصدر عن القاضي، و قد يكون عملا قضائيا كما يكون عملا ولائيا، إذا كان يهدف إلى إعادة فعالية لإرادة الأفراد، التي أصبحت عاجزة عن ترتيب أثر إلا بتدخل من طرف موظف عمومي و هو القاضي.

الأصل عند الفقهاء أن الخلع يجوز أن يكون عند السلطان و غيره هذا و رأي الجمهور و الفقه الإسلامي روي عن الحسن ابن سرين أن الخلع يجوز إلا عند السلطان و هذا ما رأى بعض الشيعة الإمامية كان زهر و ابن باديس في السرائر باعتباره من باب وجوب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، أما الجمهور الإمامية فلم يقولوا بوجوب إذن القاضي و عندما قالوا سحب ذلك.

و قد ترك المشرع رأي الجمهور لفساد الزمان و الظلم الواقع على المرأة يجعل الأصلح فقها و سياسة رفع الأمر إلى القاضي ليأمر بالخلع عند التعسف و هي وجهة نظرها و لها وجهتها، وقال بها فقهاء كبار المعاصرين منهم الشيخ إبراهيم عبد الحميد، الدكتور عبد الرحمن الصابوني إذ أن إسناد الأمر للقاضي صحيح شرعا[2] لأنه سواء اتفق الزوجان على الخلع، أو لم يتفقا فإنه لابد بنفاذه أن ينطق به القاضي بموجب حكم قضائي و يكون الحكم القضائي في الحالة الأولى كاشفا له بإشهاد الزوجين على الطلاق بالتراضي بواسطة الخلع، وفي حالة الثانية منشئا له، وما يعنينا هنا هو الحكم بالخلع بطلب من الزوجة و هو المنصوص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة و لابد من مقدمات قبل النطق بالحكم القاضي في دعوى الخلع، و أن يقوم بإجراءات وجوبية. و هي الصلح و التحكيم و إلا كان

1- احمد علي جردات، الوسيط في شرح القانون الأحوال الشخصية الجديد: الزواج و الطلاق، دار الثقافة للنشر، ط 1، الأردن، 2012، ص 196.

2- محمد كمال الدين، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المعارف للنشر، د ط، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 176و 177.

حكمه قابلا للطعن والإبطال و ذلك سعيا منه إلى تحقيق الحكمة من وراء تشريع الخلع للزوجة كحق قضائي[1].

ويتضمن الحكم الصادر بالخلع من طرف القاضي شكليات محددة و هي البيانات العامة الواجب توفرها في الحكم 275 و 276 ق.إ.م.إ[2].

1- لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 183.

2-عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 211.

المبحث الثاني: نطاق تدخل قاضي الأسرة في تكييف الخلع.

تباينت الآراء حول التكييف القانوني بين من اعتبره رضائيا يترتب عن اتفاق بين الزوجين، و بين من وصفه أنه حق شخصي للزوجة ينطق به القاضي حتى و لو لم يكن قد حصل على رضا الزوج في الطلاق بالخلع.

فقد فسر الفقه و القضاء الجزائري الخلع المنصوص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة رقم 11/84الصادر في 1984/06/09 بأنه اتفاق بين الرجل و المرأة على إنهاء الرابطة الزوجية بشرط أن تدفع مبلغا لا يتجاوز قيمة صداق المثل[1].

و هذا الاختلاف تأثر به قاضي شؤون الأسرة فهو في التعديل القديم تقيد برضا الزوج في المخالعة و في التعديل أصبح له السلطة في مخالعة الزوجين، و هذا ما سنتطرق له خلال مطلبين و ذلك كالآتي:

المطلب الأول: سلطة القاضي في مخالعة الزوجين مقيدة برضا الزوج.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في مخالعة الزوجين دون الأخذ برضا الزوج.

1- سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع حقوق و مسؤولية، بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر ، ص 44.

المطلب الأول: سلطة القاضي في مخالعة الزوجين مقيدة برضا الزوج.

لو اعتبرنا الفقهاء الذين قالوا أنه يمين من قبل الزوج لأنه يعلق الطلاق من قبل الزوج لكن ما تراه أن القانون لم يعط أي حق لزوج لا في الموافقة و لا في الرضا و لا حتى في تلفظه الخلع، ولذلك لم يعط القانون تكيفا للخلع هل هو يمين أم معاوضة.

ونجد الفقهاء أعطوا تكيفا فمنهم من اعتبره يمينا من قبل الزوج و منهم من اعتبره معاوضة من الطرفين. لكن يتضح من كونه عقدا يحتاج إلى إيجاب و قبول و يشترط فيه رضا الطرفين. فاعتبارا لقانون لا يشترط رضا الزوج لمبدأ الخلع فيمكن القول أنه قد اعتبره يمينا لأن اليمين لا يشترط فيه الرضا[1].

و لما كان قاضي الأسرة يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ، التي تحيله إلى مذاهب الفقه التي فيها اختلاف في الآراء حول هذا الموضوع. و هذا الاختلاف ترك قاضي الأسرة في حيرة مما أثر على أحكامه و بما يعني أن تأثر القاضي في اختلاف الآراء حول التكيف الفقهي للخلع جعله يؤثر في هذا الأخير و لهذا سنتطرق لموقف الفقه الإسلامي و الاجتهاد القضائي و المشرع الجزائري الذي جاء موقف قاضي الأسرة مماثلا لهم في اشتراط رضا الزوج لمخالعة الزوجة منه.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي.

قال أبو حنيفة: عندما يتفق الزوجان على الفرقة نظير مقدار معين من المال، تعطيه الزوجة لزوجها، و طلقها بناءا على ذلك، فإن ذلك يعتبر يمينا من جانب الزوج، و هذا لأنه علق طلاق الزوجة على قبول المال و التطليق يسمى يمينا عند الفقهاء، ويعتبر معاوضة في جانب الزوجة لأنها إنما التزمت المال في مقابل خلاصها من الزوج، و لتفتدي نفسها إلا أنها ليست معاوضة محضة بل فيها سنة بالتبرعات، لأن البدل الذي تدفعه الزوجة لا يقابله

1- سمية صافي، الخلع فقها و قانونا و قضاء: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2008، ص 72.

مال و لا منفعة متقومة، و المعاوضات المحضة إنما تكون إذا كان كل من العوض مالا أو ما في حكمه.

و قد رتب على أن الخلع من جانب الزوجة معاوضة لها نسبة التبرعات الأحكام التالية:

أ- للزوجة إذا أوجدته فقالت لزوجها: خلعت نفسي منك على مبلغ كان يرجع على إيجابها قبل قبول الزوج، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح الرجوع عنه قبل صدور القبول .

ب- لابد من قبول الزوجة في مجلس الإيجاب من الزوج إذ كانت حاضرة أو تقبل في المجلس، أما إن قامت من المجلس بعد سماعها كلمة المخالعة أو بعد عقبها به بطل الإيجاب فلو قبلت بعد ذلك لا يقع الطلاق.

ج- اشتراط الزوجة الخيار الشرط في إيجابها أو قبولها جائز، فلو قال لها خالعتك على مبلغ كذا، فقالت إذا قبلت و لي الخيار ثلاثة أيام أو قالت اختعلت نفسي منك على مبلغ كذا ولي الخيار مدة كذا. فلها أن تقبل الخلع أو ترده في مدة الخيار الشرط، لأن الخلع في جانبها معوضة، وحق المعاوضات اشتراط الخيار فيها.

د- لا يصح للزوجة أن تعلق الخلع و لا تضيفه إلى زمن المستقبل لأن الخلع من جانبها معاوضة، و تمليكا، و التمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة.

هـ- لابد أن بدل الخلع لا يلزم الزوجة إلا إذا كانت أهلا للتبرع، بأن كانت بالغة عاقلة راشدة، لأن الخلع و إن كان في معنى معوضة من جانب إلا أن فيه شيئا بالتبرعات فإذا لم تكن الزوجة أهلا للتبرع لم يلزمها المال[1].

1- بدران أبو العين بدران، الفقه المقارن بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، د س ن، لبنان، ج1.

الفرع الثاني: موقف الاجتهاد القضائي.

سار القضاء الجزائري على نهج أن الخلع عقد معاوضة رضائي و ثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الرابطة الزوجية بحكم قضائي بناءا على عرض أحد الزوجين عوضا وقبول الآخر على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدد القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم و لا يجوز الرجوع فيه[1].

و يرى بأن الخلع لا يكون صحيحا في نظر القاضي إلا إذا رضي به الزوج بمعنى أن قاضي الأسرة في دعوى الخلع لا يحكم به إلا بعد تأكده من رضاه و قبوله بعرض و إيجاب الزوجة في مخالعته، و من هنا يتضح موقف القاضي و مجال تدخله في التكييف القانوني للخلع ، بحيث نرى كل قرارات المحكمة العليا و ذلك قبل 1984 إلى 1992 تؤكد على أنه تقيد – أي القاضي– بالأخذ رضا الزوج في المخالعة و من هذه القرارات المحكمة العليا نذكر:

منها القرار المؤرخ في 1988/12/21 الذي جاء فيه : " من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أنه ليس للقاضي سلطة مخالعة للزوجين، دون رضا الزوج و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه و إثبات في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق و لم يكن لها سبب و بما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع و متى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة "[2].

نفهم من خلال هذا القرار أنه كان يشترط لصحة الخلع رضا الزوج بمفهوم المخالعة أنه إن لم يرضي الزوج بذلك فلا يقع الخلع رغم أن الزوجة أصبحت لا تطيق العيش معه[3] وهذا هو الموقف الذي اتجه المجلس الأعلى السابق (المحكمة العليا) قبل صدور قانون

1- سليم سعدي، مرجع سابق، ص 49.

2- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/11/21 ، رقم الملف 51728 ، مجلة قضائية 9 ، عدد 5 ، ص 32، جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2013، ج1.

3- يوسف عزيرية، التطليق و الخلع على ضوء قانون الأسرة، المعهد الوطني للقضاء، 2003 2004، ص 30.

الأسرة 1984 حيث اعتبر الخلع عقد رضائي في قرار صادر عن مجلس الأعلى في 1969/02/19[1]" من المقرر شرعا و قانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه الزوجة يتم الاتفاق عليه و من ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم من دون رضا الزوج.

و في قرار آخر للمجلس الأعلى صادر في 1969/03/12 أوضح أن الخلع لا يتم إلا بالإيجاب و القبول بين الزوجين و أنه يشترط اتفاقهما على المبلغ الذي تقدمه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها.

و صدر في نفس الصدد عن المجلس الأعلى في 1981/04/23 قضى بأنه" من المقرر شرعا و قانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه من طرف القاضي، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع و خطأ في تطبيق القانون و لما كان من الثابت قي قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع، وقضى بالرغم من أنه يتدخل إلا في عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل خطأ في تطبيق القانون"[2].

كما جاء في قرار صادر في 1984/06/11 " متى كان مقررا شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا و لا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع وإذا كان من الثابت في الحكم المستأنف من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق بين الزوجين، وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به، وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك الحكم فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا قد

1- قرار المجلس الأعلى في 12-03-1969، المجلة القضائية، الجزء الأول، ص 170، نقلا عن سليم سعدي، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص50.

2- قرار صدر عن المجلس الأعلى في 23-04-1981 ملف رقم 73885 المجلة القضائية العدد 2 سنة 1993، نقلا عن سليم سعدي، مرجع سابق، ص50.

انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي"[1].

و واصل المجلس الأعلى في مسايرة هذا الطرح بعد صدور قانون الأسرة قي قرار عرفته الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى في 1988/11/21 من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و إن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لأحكام الفقه.

كما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق و لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن تحدد ذلك قبولا من هذا الأخير فإن القضاء بالتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع. بعد مخالفة للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، و متى كان كذلك استوجب نقض الحكم فيه دون إحالة[2].

كما صدر عن المحكمة العليا قرار في 23-04-1991 من المقرر شرعا و قانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع، و خطأ في تطبيق القانون، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع و قضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة الاتفاق على مبلغ الخلع، يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون و متى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه[3].

1- قرار صادر عن المجلس الأعلى في 11-06-1984 ملف رقم 33652 نشرة القضاء عدد خاص 1989، ص 39، نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، ص276.

2- قرار صادر عن المجلس الأعلى في 21-11-1988 ملف رقم 51728، المجلة القضائية سنة 1990 عدد 3، ص 72، نقلا عن جمال سايس، مرجع نفسه، ص402.

3- قرار صادر عن المحكمة العليا في 23-04-1991 ، ملف رقم 1728 المجلة القضائية ، 1991 ، عدد 3 ، ص 72، نقلا عن سليم سعدي، مرجع سابق، ص51.

و من خلال استقرائي لهذه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا و حتى لمجلس الأعلى سابقا، أرى أن قاضي شؤون الأسرة في دعوى الخلع يعتبر أن الخلع عقد معاوضة و ذلك بتأثره بأراء الفقهاء الذي أيد فيه الرأي القائل أن مخالعة الزوجة يتعين فيها الأخد برضا الزوج.

و هذا غير منطقي و غير مستصاغ من أية جهة فكيف و أن الشريعة الإسلامية قد أباحت لزوجة أن تقوم بالانفصال عن زوجها حال ما تأكدت في قرارة نفسها بكراهية العيش مع هذا الزوج الذي أصبحت لا تحتمله، فكيف للقاضي أن يتقيد في حكمه برضا الزوج ولماذا كان المشرع غير واضح مما جعل القاضي في حيرة من أمره ل معتبرة و لهذا سنقوم بدراسة موقف المشرع الجزائري في هذه المرحلة.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

لم يسلم نص المادة 54 من قانون الأسرة 11/84 من الغموض و الإبهام فنصت على أنه " يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

و قد أسال هذا النص الحبر الكثير و تعددت من حوله الآراء فهناك من خالف الرأي القائل أن الخلع عقد ثنائي.

لكن المشرع الجزائري أخذ قبل تعديل القانون 05/02 المؤرخ في 2005 موقف الفقه الذي يقول بأنه عقد رضائي ثنائي بين الزوجين، قبل التعديل لم يكن موقفه حاسما وذلك كان واضحا جليا قبل صدور 1984 إلى غاية التعديل، حيث بقي الوضع على حاله في مسألة الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وهذه المدة لم يكن للقاضي نص يأخذ به في مخالعة الزوجة من زوجها رضاه أو دون رضاه فكان قانون الذي يحمل رقم 11/84 بتاريخ 9 جوان 1984 في مجمله لم تخرج قواعده عن إطار الشريعة الإسلامية، و التأثير كان واضحا وبليغا بما حدث في القضاء المصري في تلك المرحلة وبالمذهب المالكي، حيث حمل القانون في طياته المادة 224 مادة تضمنتها أربعة كتب، و لم يثر موضوع الخلع في

هذا القانون سوى مادة واحدة، فحسب ما جاء في المادة 54 " يجوز الزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتفق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم[1].

فقبل الثورة عرف نظام الأسرة في الجزائر أثناء حقبة الاستعمار تطبيق القاضي[2] لمبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج و آثاره و كذا في الطلاق و آثاره في المحاكم الشرعية التي كانت موجودة آنذاك، و صدر الأمر تحت رقم 274/59 المؤرخ في 59/02/04 و هذا الأمر لم يعرف الصور المختلفة لفك الرابطة الزوجية، فقد علها و لم يعترف بها.

و في السنوات الأولى من الاستقلال، حاول المشرع الجزائري استدراك الأمر بشكل تاريخي، فسن القانون رقم 224/63 المؤرخ في 1963/06/29 خاص بتحدد سن الزواج .

و في تلك المرحلة لم يكن الحديث عن الخلع إطلاقا كصورة من صور فك الرابطة الزوجية، فلم يعرف و لم يعمل به في المحاكم، اللهم إذا استثنينا فترة ما قبل فيفري 1959 و استمر الوضع على حاله إلى غاية صدور القانون المدني، بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 و التي نصت المادة الأولى منه" و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية ".

و في هذه المرة، كان الرأي القائل بضرورة وجود تراضي في الخلع بواسطة الاتفاق بين الرجل و المرأة بينهما بالإيجاب و القبول بقطع النظر عن الموجب و القابل، فإذا عرضت الزوجة على الزوج مبلغا من المال مقابل مخالعتها و رفض الزوج ذلك مبدئيا تمسكه بزوجته، ففي هذه الحالة لا يقع الخلع لعدم رضا الزوج.

1- سليم سعدي، مرجع سابق، ص 47.

2- القاضي هو القاطع للأمور، وعرف ابن تميمة القاضي بأنه اسم لكل من قضى بين اثنين و حكم بينهما سواء كان خليفة أو سلطانا أم نائبا أم وليا، أم كان منصبا ليقضي بالشرع والقاضي لا يملك ما يمله الحكم من أعمال، ويطلق على ما يصدر عن القاضي في الفصل في الخصومات حكما ويراه به الحكم بمعناه ، وإنما يراد به الحكم بمعناه الخاص وهو الفصل في الخصومات التي تقع في دائرة اختصاصه، والقاضي يملك ثلاث صفات: فمن جهة الإثبات هو شاهد، ومن جهة الأمر والنهي هو مفت ، ومن جهة الإلزام هو سلطان، انظر محمد حمد الغرابية، نظام القضائي في الإسلام، د د ن، ط1،الأردن، 2002، ص 115و116.

و قد انعكس ذلك في قرار المجلس الأعلى في ملف 21305 بتاريخ 1980/02/25 جاء فيها ما يلي:

" و بناء على ذلك، فإن الخلع لا يتم إلا برضا الطرفين و اتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه، و هذا يتوقف على الإيجاب و القبول من كليهما...).

من الوهلة الأولى نستشف أن المشرع الجزائري لم يحسم الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار موافقة الزوج، فالمادة تحدثت فقط عن إمكانية مخالعة الزوجة نفسها مقابل مال تعطيه لزوجها دون أن يتم التوضيح إذا كان لرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا، ثم واصلت بالحديث عن حالة الاتفاق بين الزوجين على مبلغ المال (بدل الخلع) و أكدت أنه في حالة عدم الاتفاق يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل [1].

سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع كحق أو عقد رضائي جعل الشراح و القضاة ينهلون من آراء الفقهاء، طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة و التي نصت على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية " و هكذا قد اعتبرت مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة امتداد للمرحلة التي سبقتها، حيث أبقى القضاة و الشراح و القانونيين على سيادة الرأي القائل بضرورة اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة، و قد تجلى ذلك بشكل واضح في القرارات السابقة التي ذكرنا[2].

1- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية : على ضوء القانون و القضاء في الجزائر،دار الهدى للنشر، د ط ، د ب ن، 2007، ص 70و71و72و73.

2- مرجع نفسه، ص73.

مطلب ثاني: نطاق تدخل قاضي الأسرة في مخالعة الزوجين دون الأخذ برضا الزوج.

استمد القاضي أحكامه من الفقه الإسلامي و الشريعة الإسلامية و ذلك في منح الزوجة الخلع بدون موافقة زوجها، لأن مصدر الخلع جاء في القران الكريم:" الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " [1].

فبعد أن ذكر الله تعالى أن الطلاق مرتان، و عقد كل مرة إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ذكر الله تعالى أن أخذ مال من الزوجة مما أعطاها محرم ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي إذا خشي من الزوجة عدم إقامة حدود الله فيما بينهما كبعض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بينهما أو مع زوجها ففي هذه الحالة التي يحصل فيها اتفاق بين الزوجين لإنعدام الرغبة في إكمال الحياة الزوجية، وقد يكون ذلك راجع لسوء خلق حدهما أو ارتكابه فاحشة في حق الآخر مثلا في هذا الحال يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا ليطلقها و يسمى هذا الخلع [2].

و هنا سندرس موقف الفقه الإسلامي الذي أيده القاضي في قراراته الذي و كان المصدر الأساسي في توحيد الاجتهادات القضائية المحكمة العليا و التي كانت بدورها تتويجا لتعديل قانون الأسرة الذي تبلورت فحوى مادته حول إجازة منح الخلع، دون الأخذ برضا الزوج من طرف القاضي.

فرع أول: موقف الفقه الإسلامي:

فقهاء الأحناف يقولون أن الخلع يمين من جانب الزوج فهو تعليق الطلاق من الزواج بقبول المال و هو في جانب الزوجة معاوضة ولذلك تراعى أحكام اليمين في جانب الزوج

1- الآية 229: سورة البقرة.

2- حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة للنشر، د ط، الجزائر، 2005، ج1، ص 416.

وتراعى أحكام المعاوضة في جانب الزوجة إلا أن أصحاب أبي حنيفة قالوا أن الخلع من وجهة الزوج و الزوجة معا يكون بيمين أو معاوضة و يرتب الأحناف على ذلك ما يأتي:

إذا كان الزوج هو الذي بدأ الخلع فلا يبطل إيجابه برجوعه عنه، و لا بقيامه من المجلس قبل قبول الزوجة و سبب ذلك إيجاب الزوج بيمين و اليمين لا يجوز الرجوع عنها لا صراحة و لا دلالة، و إذا قامت الزوجة من المجلس قبل أن يقبل بطل الإيجاب الصادر من الزوج بالخلع، وسبب ذلك أن الخلع معاوضة في جانبها والمعاوضة يبطل بعد الإيجاب و قبل القبول[1].

يصح إيجاب الزوج بالخلع و لو كانت زوجته غائبة عن المجلس، فإن بلغها إيجابه فقبلت في المجلس الذي عملت فيه ثم العقد على الخلع، أما إذا قامت من مجلسها دون أن تقبل بطل إيجاب الزوج، و لا ينعقد بينهما الخلع.

يجوز للزوج أن يعلق إيجابه بالخلع على شرط معين، كما يجوز له أن يضيف الخلع إلى رضا و سبب ذلك أن الخلع في حقه يمين، و اليمين يجوز تعليقه، كما إذا علق الزوج على شخص أو يضيفه إلى المستقبل كأن يقول خالعتك على .... ، أو عند حلول الزمن المضاف إليه العقد الخلع أما إذا قبلت ذلك يعتبر قبولها و لا ينفذ الخلع.

لا يجوز للزوج المخالع أن يشرط الخيار لنفسه و سبب ذلك أن الخلع يمين و اليمين لا يجوز الاشتراط فيها، إلا أنه يجوز أن يكون الخيار للمرأة.

إذا كان الإيجاب في الخلع صادرا من المرأة في الحالة يجوز لها أن ترجع عن إيجابها قبل قبول الزوج و رفضه يبطل إيجابها إذا قامت من المجلس قبل الدخول و يبطل إيجابها بقيام الزوج من المجلس قبل القبول[2].

1-احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، د ط ،القاهرة، مصر، 2009، ص127.

2- مرجع نفسه، ص 128

ولا يصح للزوجة تعليق إيجابها على شرط أو أن تضيفه إلى زمن مستقبل و سبب ذلك أن الخلع في حقها معاوضة و المعاوضة لا تقبل التعليق و لا الإضافة[1].

و بالرجوع إلى الآية أعلاه و التي تقول: " فلا جناح عليكم فيما افتدت..." فهي تفتدي لرفع الحرج عن قبول الزوج مالا من زوجته في مقابل الفرقة بينهما و قد فسر أهل العلم ترك إقامة حدود الله باستحقار المرأة زوجها، و سوء طاعتها إياه.

و نجد أن سبب نزول هذه الآية فقد روي أن زوجة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت يا رسول الله إني لا أعتب عليه خلقا و لا دينا، و لكني أكره الكفر في الإسلام فقال صلى الله عليه و سلم أترتدين عليه حديقة، فقالت نعم، فقال عليه السلام لزوجها أقبل الحديقة و طلقها تطليقه".

فهذا الحديث جاء لأن المرأة إن خشيت أن لا تقيم حدود الله بأن كانت تبعض زوجها، لا تطبق معه دوام العشرة لشدة كرهها له أو لقبح منظره، فلا حرج على الزوج أن يأخذ منها ما أعطاها، ولا حرج على الزوجة كذلك أن تفتدي نفسها برد ما أخذته منه[2].

و قد يدخل على المرأة كل رجل من كراهة معاشرة الزوج و جنوح النفس للفراق إلى حد أنه لو استقر العيش بين الزوجين دون انفصال فإنه يخشى من الوقوع في الفاحشة أو ركوب النشوز و العصيان من قبل المرأة على زوجها، فتطلب المرأة في هذه الحالة الفراق، و كما أن الزوج أرصد مهرا لها إن طلقها فكان العدل أن تدفع هي بالمقابل شيئا له لما أدخلت عليه الضرر بتركها له ولو كان الضرر معنويا، و الغالب أن تكون المرأة لا مال لها فتفتدي بشيء من مهرها أو به كاملا " [3].

1- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 128.

2- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية:الزواج و النفقة و حقوق الأقارب، دار الثقافة للنشر، ط 1، الأردن، 1999، ص 188.

3- سليمان بوقندورة، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية شرح قانون الأسرة :الزواج و انحلاله، دار الألمعية للنشر، ط1، الجزائر، 2015، ص 311.

و من ذلك يتبين أن الخلع نوعان :

1- إما أن يتفق الزوجان على الخلع و ترد الزوجة لزوجها الصداق الذي استلمته أو مبلغا ماليا يتفق عليه.

2- و أن تطلب من القاضي أن يخالعها من زوجها و يكون الخلع بمثابة طلاق بائن، ويكون هذا عندما لا يتفق الطرفان على الخلع، فالزوجة إذا اشتكت للقاضي من زوجها وبررت طلبها للخلع بالبغض له أو الكره فأن القاضي يخلعها لقاء إفتداءها بما دفعه إليها و لا يشترط هنا رضا الزوج أو قبوله [1] .

إذن المشرع في هذه المرحلة بعد سنة 1992 أخذ و أعتبر الخلع من جانب الزوج يمينا فراعى في ذلك اليمين، و يرجع ذلك عندما يتفق الزوجان على الفرقة نظير مبلغ معين من المال تدفعه الزوجة لزوجها و هنا علق الزوج طلاق زوجته على قبول المال و التعليق هنا يسمى يمينا عند الفقهاء و هذا ما قال به أبو حنيفة [2] .

و القاضي في حالة عدم الاتفاق يتدخل فقط في مناقشة بدل الخلع بصداق المثل وقت صدور الحكم، و من هنا تغيرت قرارات المحكمة العليا منذ 1992 بما يوافق هذا الرأي من الفقه الإسلامي، فأصبح الخلع حق للزوجة خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك رابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقدا رضائيا.

الفرع الثاني: موقف الاجتهاد القضائي:

إن قاضي شؤون الأسرة ظهر متأثرا في هذه المرحلة بالآراء الفقهية التي تؤكد على ضرورة مخالعة الزوجة لزوجها دون الأخذ برضاه و ذلك يقع مسؤوليته على عاتق القاضي في حال نظر دعوى الخلع، فالغموض الذي شاب المادة 54 من قانون الأسرة سنة 1984 وبعده إلى غاية 1992 جعل الاجتهاد القضائي في موضوع الحال لا يعطي للزوجة الحق

1- لحسين بن شيخ اث ملويا، المنقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 417.

2- منال محمود المشيني، الخلع في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، ط1، عمان، 2008، ص 61.

مطالبة الخلع من تلقاء نفسها و لا يجيز للقاضي أن يحكم به بطلب منفرد من الزوجة، إلا بموافقة الزوج ورضاه.

لكن بعد سنة 1992 ظهر أول قرار 1992/07/21 [1] المؤيد للحكم الصادر عن محكمة و هذا بتاريخ 1990/03/17 و القاضي بمخالعة الزوجة نهائيا و ابتدائيا و الحكم على الزوجة المخالعة أن تدفع للزوج عشرين ألف دينار، فقضت المحكمة العليا بأن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال و قدره، وفي حال عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لذلك يفتح باب الابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا و عليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون.

و جاء في قرار في 1996/07/30" من المقرر شرعا و قانونا أن الخلع خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقدا رضائيا و من ثم فان قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا و حفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية و لم يخالفوا أحكام المادة 54 ق.أ "[2].

كذلك جاء قرار آخر يؤكد على أحقية الزوجة في الخلع دون رضا زوجها و منها الذي جاء في 2000/11/21" أن قبول الزوج لمبدأ الخلع و المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونيا و ذلك منعا للابتزاز و الاستغلال بين الزوجين" [3].

1- قرار عن المحكمة العليا في 21-07-1992، ملف رقم 83603، المجلة القانونية 2001، عدد خاص، ص 134، نقلا عن جمال سايس، مرجع سابق، ص1053.

2- قرار صادر عن المحكمة العليا في 30-07-1996، رقم القرار 141263، المجلة القضائية، 1998، العدد 1، ص 72.

3- القرار 21-11-2000 رقم 252994، المجلة القضائية، 2001، العدد 1، ص 293. نقلا جمال سايس، مرجع سابق، ص 989.

ولا يكون مبلغ الفدية إلا في حدود ما أعطى الزوج للزوجة فهي ترد له ما أعطاها من صداق أثناء الزواج، أو تبعا للحديث بن عباس نجذ أن رسول الله صل لله عليه وسلم هو الذي فرق بين الزوجين و هو بمثابة القاضي، وعلى ذلك يحق للقاضي التطليق بللخلع دون اشتراط قبول الزوج لطلب الزوجة، و إذا صرح القاضي عندئذ إلا الحكم بصداق المثل ما لم يثبت الزوجة بأن ما افتدت به هو ما أعطاها و بخصوص الآية فإن خفتم إلا يقيما حدود الله فإن الطبري جعل المخاطبة هنا للمؤمنين، غير أن الشيخ سيد عبد الرحمن الثعالبي يرى بأن الخطاب موجه للحكام أي القضاة و للمتوسطين لهذا الأمر محكمين و غيرهم [1].

فهم فسروا بأن الشارع الحكيم أعطى سلطة للحكام و القضاة في تقدير الحكم في الخلع و مقداره بدل الخلع يخضع لسلطتهم التقديرية، فالقاضي لا يملك إلا أن يستجيب لطلب الزوجة في المخالعة، فيجب أن ينهي من محاولة الصلح بينهما لكن دون جدوى و ليس على الزوج الاعتراض على الخلع بل له فقط مناقشة العوض أو الفدية إذا تبينت له بأنها تقل عن الصداق.

فيلاحظ من قرارات القضاة بغرفة الاحوال الشخصية على مستوى المحكمة العليا بشأن طلب الزوجة للخلع أي منذ عام 1992 لم يعد للقاضي الحق في رفض طلب الزوجة، في حالة عدم قبول الزوج لفك الرابطة الزوجية بالخلع، وأصبحت تتمتع بالحق في فك الرابطة الزوجة، لأنها رخصة خولتها الشريعة الإسلامية لها و أصبح موقف المشرع الجزائري واضحا و ذلك في التعديل الجديد للمادة 54 حيث جاء فيها.

في آخر قرار للمحكمة العليا بتاريخ 16239 بتاريخ 1999/03/16 استمر على نفس المنهج بأحقية الزوجة لمخالعة نفسها غير أنه أخلط بين مصطلحي الحق و الرخصة إذ جاء فيه :

1- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص 426.

2-مرجع نفسه، ص426.

" الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه و من ثم فأن قضاة الموضوع كما قضوا بتطبيق الزوجة دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ".

و في رده على الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية لكن حيث أنه بالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي، و هو ما فرصته المطلقة على الزوج لأن يكون هذا المبلغ لا يتجاوز صداق المثل [1].

1- صداق المثل نقر أن الزوجة تلتزم برد قيمة مهر المثل و للمحكمة أن نتوصل إلى تحديده باتباع كافة الوسائل الإثباتية القانونية بما فيها الاسترشاد بمهر المثل للمرأة من أسرة أبيها كأخيها و عمتها و ابنة عمها فإن لم يكن من أسرة أبيها أن تتماثلا امرأتان في السن و الجمال و المال و العمر و العقل و الدين و البكارة و الآداب و الخلق و كونها ذات ولد أو ليست كذلك فإن لم تثبت المماثلة في هذه الصفات بينهما ومن امرأة قريبة انتقل التقدير إلى امرأة أبعد منها تماثلها.
و أمام هذا السرد لعناصر التماثل التي قال بها الفقهاء التي يتصور نظريا بتوافرها غير أن أعمالها يصدم بمعوقات واقعية تعوقها من مضمونها و من تم فلا سبيل إلا الإثبات بغير كتابة ، انظر أحمد حسام النجار، الخلع و مشكلاته العملية و المنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية و أحكامه، دار الكتب القانونية، د ط، مصر، 2003، ص 70و71.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري بعد التعديل:

إن قرارات القضاة بغرفة الأحوال الشخصية على مستوى المحكمة العليا بشأن طلب الزوجة للخلع، نلاحظ أنه منذ عام 1992 لم يعد لهم سلطة رفض طلب الزوجة في حالة عدم قبول الزوج لفك الرابطة الزوجية، لأنه أصبح يتمتع برخصة خولتها الشريعة الإسلامية لها، و من ذلك نجد المشرع الجزائري موقفه واضح و ذلك في التعديل الجديد للمادة 54 حيث جاء فيها " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على مقابل مالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم" و جاء ذلك تتويجا لقرارات المحكمة العليا التي كان القضاة ينظرون في طلب الزوجة للخلع كحق شخصي لا يتدخل فيه رضا الزوج، فبعد أن كان قبول هذا الأخير أمرا وجوبيا بحيث لا يحصل الخلع دونه. فالقضاة اليوم لا يملكون الحق في رفض طلبها لأن المادة صريحة بجواز الخلع بدون الأخد برضا الزوج.

فقبل التعديل كأن لابد من حصول اتفاق بين الزوجين على الطلاق بواسطة الخلع و هذا هو الأصل في الخلع، لكن المشكلة تكمن فيما لو أن الزوج لم يقبل الفرقة فهنا يتحتم على الزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب الخلع على مستوى المحكمة الإبتدائية ، والقاضي في هذه الحالة لا يقبل بالمخالعة أو بالأحرى لا يملك سلطة التدخل في التفريق بينهما دون موافقة الزوج و لو قام بذلك كان حكمه قابل للطعن و النقض لأن حكمه في تلك الفترة يعتبر مخالفا للقانون.

أما التعديل الجديد قد أباح للقاضي شؤون الأسرة و لو دون موافقة الزوج القيام بالمخالعة، حيث أصبح من حق الزوجة أن تطلب من القاضي أن يطلقها إذا تبين لها إمتناع الزوج عن القبول أو عرض عليها مبلغا لا تقدر عليه [1].

1- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 210 .

و من خلال الفقرة الأولى من المادة 05/ق.أ في نصها الجديد الذي جاء به القانون 02/05 تستشف أن المشرع الجزائري اعتبر الخلع حقا شخصيا للزوجة فأجاز لها أن تخالع نفسها دون موافقة زوجها.

ما يلحظ على موقف المشرع الجزائري في المادة 54 الخاصة بالخلع ما يلي: أولا ما نلحظه في المادة 54 هي ملاحظة شكلية، بحيث وبخلاف شرعية الدول العربية، فإن المشرع الجزائري اختصر موضوع الخلع في مادة واحدة كانت قبل التعديل فقرة واحدة و أصبحت بعده فقرتين قصيرتين تخص الأولى حق الزوجة في المخالعة دون موافقة الزوج و تخص الثانية تدخل القاضي لتحديد مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه و هذا عكس المشرعين العرب الذين نظموا الخلع في أكثر من مادة، ماعدا المشرع المصري الذي خصص لها مادة واحدة تتكون من فقرات طويلة من اثني عشر سطرا.

إن مادة واحدة مقتضية في الخلع ليست كافية لأنها تقرر حقا أساسيا للمرأة، له من الأهمية و الحساسية ما يستدعي تخصيص أكثر من مادة للتعرض لشروط الاتجاه إليه و ربما وضع بعض القيود حتى لا تستعمله المرأة من دون وجه حق أو من دون تحقق الجانب النفسي الذي من أجله الرسول أباح الخلع للزوجة حال طلبها له [1].

و مما تقدم نخلص أن المشرع الجزائري غير موقفه في تكييف الخلع مما سمح لقاضي لشؤون الأسرة في دعوى الخلع بمخالعة الزوجين دون الأخذ رضا الزوج أو موافقته و ذلك أنه في التعديل الجديد لقانون الأسرة اعتبر الخلع حقا لها، حيث جاء في الفقرة الأولى المادة 54 " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع زوجها" و المشرع بذلك كان صريحا مما لا يترك للقاضي أي شك أو تردد في الفصل أو الحكم بالخلع.

فأصبحت الزوجة اليوم وفق تعديل الجديد تتمتع بحقها الخالص الذي خولته الشريعة الإسلامية لها في المخالعة بمقابل مالي تدفعه، أو عليها إلى أن يكون طلبها للخلع أمام القاضي ، و ذلك أمام الجهة القضائية المختصة إقليميا و ما على القاضي إلا القبول و

1- دليلة آ يت شاوش، المرجع السابق، ص 335.

ليس له حق الرفض، و المعارضة بأي حال كان و ذلك لأن حقها في الخلع مقرر شرعا و قانونا دون البحث في الأسباب التي دفعت بها للخلع.

و دور القاضي في هذه الدعوى يقتصر على تحققه من إرادة الزوجة دون إلزامها بتسبب طلبها في الخلع و أيضا له الحق في مناقشة بدل الخلع و تحديده في حال الاختلافات بصداق المثل.

رلفصل الثاني:-

نطاق تدخل القاضي في دعوى الخلع

تمهيد:

نظم المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 11/84 الصادر بتاريخ 9 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 طرق فك الرابطة الزوجية في حالة عدم استقرارها ونشوب النزاع و حدة الشقاق بين الزوجين،على طريق دعوى تتم بطلب من الزوجة.

لكن المشرع قد ألزم القاضي باتخاذ إجراءات وجوبيه كالصلح و التحكيم الغاية منها الإصلاح بين الزوجين، وأطلق العنان له في إعمال السلطة التقديرية في جميع المسائل المتعلقة بالدعوى المرفوعة أمامه، في حالة عدم وجود نص في المسألة المعروضة أمامه، وقام المشرع بإحالة القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فيكون تدخله قبل الحكم في الدعوى من خلال الإجراءات الوجوبية وبعد رفعها إلى صدور الحكم. ولهذا سنقسم الفصل إلى مبحثين وفق النقاط التالية :

المبحث الأول: نطاق تدخل القاضي قبل صدور الحكم الفاصل في دعوى الخلع.

المبحث الثاني: نطاق تدخل القاضي أثناء صدور الحكم الفاصل في دعوى الخلع.

المبحث الأول: نطاق تدخل القاضي قبل صدور الحكم الفاصل في دعوى الخلع.

إذا وصلت الحياة الزوجية إلى خط النهاية، وذلك نتيجة التفكك الأسري الذي لامس حياة الزوجين، فنجد الزوجة تطالب بفك الرابطة الزوجية لأنها تبغض الحياة مع زوجها وتكره العيش معه، بطلب الطلاق عن طريق الخلع، الطريق الذي أباحته الشريعة الإسلامية، و المشرع الجزائري بارك هذا الطريق قانونا بنص المادة 54 من ق.أ، وذلك برفع دعوى قضائية ربطها بمجموعة من الإجراءات تكون قبل الدعوى و بعد الفصل في الدعوى، و جعل للقاضي مجالا للتدخل في جميع مراحل الدعوى، فقد يكون تدخله وجوبيا و وقد يكون تدخله خاضعا للسلطة التقديرية، و هذا ما سيتم التطرق إليه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الإجراءات البديلة التي يقوم بها القاضي قبل الفصل في دعوى الخلع.

المطلب الثاني: نطاق إعمال السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الخلع.

المطلب الأول: الإجراءات البديلة المتخذة من طرف القاضي قبل الفصل في دعوى الخلع.

يجب على قاضي شؤون الأسرة قبل إصدار أحكامه في الدعاوي المطروحة أمامه أن يقوم بإجراءات وجوبيه نص عليها القانون، ومن هذه الإجراءات إجراء الصلح و التحكيم، وهي الطرق البديلة التي جاء بها المشرع لفك النزاع بين الزوجين وحثهم على التراجع عن دعوى الخلع أو الطلاق.

الفرع الأول: إجراء الصلح[1].

المشرع الجزائري لم يخص إجراء الصلح بدعوى الخلع بنص خاص، لكنه نص عليه بشكل يطبق على جميع أنواع الطلاق.

فنجده نص في المادة 49 ق.أ: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم الخلع بعد محاولة الصلح من طرف القاضي بدون أن يتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر"، و يتضح من هذا النص أنه لا وجوب للطلاق إلا إذا صدر حكم من القضاء، و أن محاولة الصلح أصبحت إجراءا إجباريا يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق و إذا لم يتم هذا الإجراء فإن الحكم يكون باطلا[2]. و هذا ما جاء به قرار المحكمة العليا في 2009/01/14 بالقضاء خلعا دون إجراء محاولات صلح بين طرفي النزاع، مخالف لأحكام المادة 49 من ق.أ[3].

أولا : مجال تدخل القاضي في الصلح .

1- الصلح و التوفيق بين الزوجين: عندما صدر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية خلال 1986 كان قد نص في المادة 17 منه على وجوب القيام بمحاولة الصلح في دعوى التي

1-الصلح: ورد في معجم اللغة والإعلام "صلح صلح صلاحا و صلوحا وصلاحية، ضد فسد. زال عنه الفساد يقال صلحت حال فلان، زال عنها الفساد. ومنه أصلح: وفق، أصلح: الصلح من المصالحة، المنجد في الله والإعلام، دار المشرق، لبنان، ط40، 2003، ص432.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2005،ج 1، ص 356.

3- ملف رقم46 4775 قرار مؤرخ في 2009/01/14،م م ع، ع2، 2009 ، ص279.

تتعلق بالأحوال الشخصية قبل الفصل في موضوع لاسيما إذا كانت الدعوى تهدف إلى الطلاق و انحلال عقد الزواج، و على إلزام القاضي بتحرير محضرا بما يصالح عليه الزوجان تكون له قوة الحكم و قابلية للتنفيذ أو يحرر محضرا بفشل محاولة الصلح، و دعوة الزوجين إلى جلسة علنية للمحاكمة.

و لما عدلت المادة 17 هذه أصبحت تنص على أنه يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعاوي في أية مادة كانت، و بذلك أصبحت إجراءات الصلح شاملة لجميع الدعاوي المدنية و من ضمنها دعاوي الزواج و الطلاق، و أصبحت اختيارية تخضع لمزاج القاضي وتقديراته حسب قلة أو كثرة القضايا المطروحة عليه، و لكن لما صدر قانون الأسرة خلال سنة 1984 أصبح ينص في المادة 49 أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر.غير أنه أغفل أن ينص على ما إذا كان يجب على القاضي أن يحرر محضرا بما تصالح عليه الزوجان أو بفشل الصلح أم لا، أو بعد نجاح مهمة الصلح[1].

و عليه فإنه يجب على القاضي المختص بالفصل في دعاوي الطلاق أن يستدعي الزوجين المتخاصمين إلى مكتبه بواسطة مكتب الضبط وذلك في جلسة خاصة، ثم يحاول أن يصلح بينهما من أجل استقرار و ضمان الأطفال، و استقرار علاقة القرابة و المصاهرة بين عائلتي الزوجين[2].

2- القيام بإجراءات الصلح :

يقوم قاضي شؤون الأسرة بالاستماع إلى كل طرف على انفراد ثم معا، و منه يمكن بناء على طلب الزوجين حضور أفراد العائلة و المشاركة في محاولة الصلح، إن المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كان مرنا مع الأطراف لغرض الوصول إلى حل ودي، ومنه إعطاء فرصة للأطراف، وجاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض

1- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، ط2، د ب ن، 1989، ص 346.

2- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 357.

أخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغهم شخصيا يحرر القاضي محضرا بذلك، وفي كل الأحوال وفي جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، و تكريسا للمادة 442 من القانون ق.إ.م.إ، فقد اعتبر المشرع إثبات الصلح بين الزوجين أمرا مهما وضروريا ولا يتم بموجب محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي، و منه يوقع المحضر من طرفه، و أمين الضبط و الزوجين و يودع بأمانة الضبط[1].

وبالرجوع إلى ق.أ.ج نجد أن المشرع لم يبين إجراءات انعقاد وسير جلسة محاولة الصلح، و إنما نص عليها في ق.إ.م.إ فبالرجوع إلى المادة 431[2] يتبين أنه بعد تأكد القاضي من التاريخ المحدد لحضور الزوجين فأنه يقوم باستدعائهم إلى مكتبه و يقوم بالاستماع إلى كل واحد منهم على انفراد ثم مجتمعين، و يحاول الإصلاح بينهم، وبموجب السلطة التقديرية الممنوحة له فإن رأى وجود ضرورة من منح الأطراف فرصة فيقوم بتحديد تاريخ لاحق لعل فيه من التأجيل فرصة الإصلاح ذات البين، أما عن سير الجلسة[3].يتم عقد جلسة الصلح يتم في قاعة مخصصة لمحاولة الصلح، و هذا التوفير كل الظروف و تهيئتها للزوجين من اجل انطلاق إجراء عمليات الصلح بعيدا عن التشنج، وكذا خصوصية

1- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، د د ن، د ط، الأبيار الجزائر، 2013 . ص 154.

2- المادة 431 تنص على مايلي: يتأكد القاضي في تاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة، و يستمع إلى الزوجين على إنفراد ثم مجتمعين، و يتأكد من رضاءهما، و يحاول الصلح إذا كان ذلك ممكنا.

ينظر مع الزوجين أو كلاهما في الاتفاق، و له أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام.

يثبت القاضي إرادة الزوجين، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي و يصرح بالطلاق.

3- محمد لمين لوعيل، الأحكام الإجرائية و الموضوعية، شؤون الأسرة وفق التعديلات، دار هومة، د ط، الجزائر، د س ن، ص 16.

المسألة باعتبارها من المسائل الشخصية، فتعقد جلسة سرية بين الزوجين يستمع من خلالها القاضي للطرفين، لاكتشاف أسباب الخلاف[1].

3- إثبات محضر الصلح:

من خلال الاطلاع على الفقرة الأخيرة من المادة 49 من ق.أج نجدها تنص على أنه يجب على قاضي شؤون الأسرة أن يقوم بعد إتمام إجراءات الصلح بتحرير محضر يثبت فيه المساعي التي قام بها، ونتائج محاولة الصلح التي توصل إليها، ثم يقوم بتوقيعه مع أمين الضبط والزوجين الحاضرين أو مع الحاضر منهما فقط.

و من جهة أخرى نجد أن المادة 443 من ق.إ.م.إ تنص على أن الصلح بين الزوجين يثبت بموجب محضر يحرر في الحال من قبل أمين الضبط و الزوجين، و يودع بأمانة الضبط ويصبح بعد ذلك سندا تنفيذيا[2]، أما في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان فيأمر بالتدابير المؤقتة و هذا إعمالا وتكريسا للمادة 444 من القانون ق.إ.م.إ. أما في حالة ظهور واقعة جديدة فالمشرع سمح المشرع للقاضي، أن يلغي أو يعد أو يتم التدابير المؤقتة التي أمر بها ما لم يتم الفصل في الموضوع، هذا والأمر غير قابل لأي طعن و هذا ما أكدته المادة 445 ق.إ.م.إ[3].

ثانيا : نطاق تدخل القاضي في أثار الصلح.

حسب الفقرة الثانية من المادة 49 من ق.أ، فإن الطلاق لا يثبت إلا بعد إجراء عدة محاولات صلح في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، و قد ينجح صلح القاضي ويتم اتفاق الزوجين و يصبح سندا تنفيذيا و قد تبوء محاولاته بالفشل.

1- محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، د م ن، د س ن، ج1، ص50.

2- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة شؤون الأسرة أمام المحاكم الابتدائية، دار هومة، د ط، الجزائر، 2013، ص 90.

3- عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 155.

والمشرع الجزائري أجاز للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير بعد محاولة الصلح الأولى على ألا تتعدى هذه المحاولات 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى، كما أن عدم حضور الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى[1]، لأنه في حال فشل محاولة الصلح أو غياب المدعي عليه يثبت القاضي ذلك في محضره و يستدعي الزوجين رسميا لحضور الجلسة ويفصل في الموضوع[2].

1- نجاح القاضي في الصلح:

إذا نجح القاضي في محاولة الصلح فإنه و طبقا لنص المادة 50 ق.أ من الأمر المعدل و المتمم 02/05 من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.

إذا نجح القاضي في محاولة الصلح خلال ثلاثة أشهر، فإن مراجعة الزوجة لا يحتاج إلى عقد جديد، أو إذا توصل إلى اتفاق بعد صدور الطلاق و إنهاء المدة المطلوبة و كذا الشروط المقررة في نص المادة 09 مكرر و هي الأهلية، الصداق، الولي و انعدام الموانع الشرعية، فإن القاضي لايحكم بالخلع للزوجة [3].

لأنه إذا نجح في تحقيق الصلح بين الزوجين أن يحرر محضرا بذلك يوقعه مع كاتب الضبط و الزوجين، و لهذا المحضر أهمية بالغة في إثبات الصلح، لأن محضر الصلح يعد بمثابة ورقة رسمية أي سند واجب التنفيذ إلا أنه ليس حكما قضائي إذ لا يرجع عن كونه عقد تم بين المتخاصمين فالصلح بين الزوجين عقد مدني يجري إثباته وفق القواعد العامة في نظرية العقد بكافة طرق إثبات المواد 323 و 324 مكرر 5 قانون مدني[4].

1- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد للمحاكمة العادلة،موفم للنشر، د ط، الجزائر، 2009، ص 283.

2- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 346.

3- الزهراء فاطمة غرس، نظام الصلح في ق.إ.م.إ، رسالة ماستر، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013، ص 98.

4- 26-04-2017 www.startimes.com.

2- فشل مساعي القاضي في الصلح :

في حالة عدم الصلح أو تخلف احد الزوجين بالرغم من مصلحة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى [1].

و القاضي إلى جانب ذلك له السلطة التقديرية في إجراء محاولة الصلح واحدة بدل عدة محاولات طالما أنه اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات الصلح وفي هذا المعنى صدر قرار المحكمة العليا 2011/04/14 حيث جاء فيه" بدعوى أن قاضي الدرجة الأولى، أجرى محاولة صلح واحد بدل عدة محاولات صلح، لكن حيث انه بالرجوع إلى الحكم المطعون فقد تبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين و عقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما و بالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من ق.أ ثم استنفاذه و لا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات أخرى مما يجعل الوجه غير سديد قابل للرفض" [2].

الفرع الثاني: إجراء التحكيم.

يعتبر التحكيم الوسيلة الاحتياطية التي قد يستعملها القاضي و ذلك إذا تأكد من عدم وجود ضرر، و يرى بأن النزاع بين الزوجين في استمرار فهنا خول له المشرع التدخل بإجراء التحكيم بعد فشل مساعيه في محاولات الصلح و هذا ما جاء في المادة 56 ق.أ.

أولا : نطاق تدخل القاضي في ندب الحكمين :

1- مراعاة القاضي لشروط الحكمين :

على قاضي شؤون الأسرة مراعاة الشروط الواجب توفرها في الحكمين، و بما أن المشرع الجزائري لم يوضح هذه الشروط، فعلى القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي أحالته عليها المادة 222 ق.أ، و يمكن أن تتلخص هذه الشروط في:

1- حسين طاهري، مرجع سابق، ص 221.

2- قرار المحكمة العليا، ملف 6200084، مؤرخ في 2011/04/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012، ص 301.

أ- التكليف، أن يكون المحكم بالغا عاقلا، حرا ذكرا أجنبيا على مصلحة الزوجين لذلك لا يجوز تحكيم الكافر و لا الصبي و لا المرأة و لا المجنون أو المعتوه.

ب- الأهلية، أن يكون الحكم أهلا للشهادة كما هو مشروط في القاضي، لأن المحكم بمنزلة القاضي المولى من طرف السلطان للحكم بين الطرفين، لذلك يجب أن يكون المحكم حائز للشروط وجودها في القاضي، كما أنه لا يجوز أن يكون الصبي و العبد الأعمى و المحدود في القذف.

ج- التعيين، أن يكون المحكم معين، فلو قال الطرفان أننا حكمنا الشخص الذي يصادفنا أولا في الطريق أو أول من يدخل المسجد فلا يصح التحكيم و لا يشترط أن يكون المحكم شخصا يعرفه الطرفان أو من معارفهما، فلو غير المتخاصمين لا يعرفانه حكما فهو جائز بخلاف التحكيم بين الزوجين فانه على القول الراجح يجب أن يكون من أهل الزوجين.

- عدم وجود الخصومة، أن لا يكون المحكم خصما، فلا يصح تحكيم الخصم لخصمه بحيث لا يحكم لنفسه أو عليها، كما لا يصح أن يكون خصما لأحد طرفي الخصومة.

د- العلم: أن يكون بائنا عالما بما حكم به، خبيرا بما يطلب منه، مهتديا إلى المقصود من بعثه [1].

نستنتج أن المشرع الجزائري من الشروط السالفة الذكر، لم يقم إلى التطرق إليها كاملة فهو تطرق إلى شروط التعيين الحكمين بموجب نص المادة 56 حيث جاء في الفقرة الأولى منها " إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

2- تعيين القاضي للحكمين:

يعين القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا " ونجد المشرع في الفقرة الأخيرة نطرق لشروط أن يكون من أهل الزوجين، فعلى

1- أحمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، د ط، عمان، الأردن، 2010، ص 154.

القاضي عند تعيين الحكمين في هذه الحالة الرجوع للشريعة الإسلامية، و لكن كان على المشرع أن يكون واضحا وينص بصريح العبارة على تلك الشروط ليقصر المهمة على القاضي.

3- بعث الحكمين:

وفقا للفقه الإسلامي:

قال الله تعالى: " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً " [1].

من المخاطب بقوله تعالى" ابعثوا " اختلف الفقهاء في ذلك أتى قائلا أن الخطاب موجه لإمام المسلمين، و من يقوم مقامه و إلى القائل بأنه موجه لجميع المسلمين بقرينة خطاب الجمع في قوله " خفتم" وإذا هو خاطب الجميع و ليس جملة على البعض والى جملة على البقية فوجد جملة على الجميع. وهنا من قال الخطاب موجه للزوجين، و لكن القاضي أبا بكر العربي (رحمه الله) رد على هذا القول بشدة فقال: فأما من قال أن المخاطب الزوجين فلا يفهم كتاب الله كما قدمنا، و أما من قال أنه سلطان فهو الحق. والحق إن كان الخطاب موجه و إذا بصيغة الجمع و موجه لكافة المؤمنين إلا أن عمله على من بيده الأمر و النهي، و النيابة عن كافة المسلمين، فيحمل على السلطان، و من يحل محله [2].

فقد جاء في تفسير الطبري" أن يريدا إصلاحا " قيل هما الحكمان إذا نصحا للرجل و المرأة جميعا. و جاء تفسيره لـ " يوفق الله بينهما " قيل هما الحكمان يوفقهما الله[3].

فمن يكون الحكمان ؟ قال ابن عباس: أمر الله تعالى أن يبعثوا رجلا صالحا من أهل الرجل و رجلا من أهل المرأة، فينظر إلى أيهما المسيء، فإن كان الرجل المسيء حجبوا عنه امرأته، أو قصروه على النفقة و من خلال مقولة ابن عباس رضي الله عنه يتضح لنا

1- سورة النساء: الآية رقم 35.

2- نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ، دار الهدى، د ط، عين مليلة، الجزائر، 2003، ص 129.

3- الإمام ابن جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، ص 92.

أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين و لا يكونان من غير أهلهما إلا إذا تعذر ذلك. قال ابن العربي: الأصل في الحكمين أن يكونا من الأهل و الحكمة في ذلك أن الأهل اعرف بأحوال الزوجين و أقرب إلى أن يرجع الزوجان إليهما [1].

وفقا للتشريع الجزائري:

جاء في نص المادة 446 ق.إ. م.إ " إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة ".

و هذا يعني أن سلطة بعث الحكمين في التشريع الجزائري أرجعها المشرع إلى قاضي شؤون الأسرة و يكون وقت بعث الحكمين بعد فشل محاولة الإصلاح و اشتداد الخصام و الشقاق بين الزوجين، و كذلك إن يثبت للقاضي من خلال التحقيقات أنه لا يوجد أي ضرر مادي أو معنوي أو وجد هذا الأخير– أي الضرر– لكن صعب على الزوجة إثباته، فهنا يلجأ إلى التحكيم بينهما. في حال عجز الزوجة عن إثبات الضرر بمختلف وسائل الإثبات، يلجأ القاضي إلى تعيين حكمين على النحو السابق ذكره، و يحاولان الإصلاح، و إذا فشلا يقدمان تقريرا للقاضي، يصدر حكمه على ضوئه[2].

و يكون الحكمان حكم من أهل الزوج و حكم من أهل الزوجة.

و للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا ثبت له صعوبة تنفيذ المهمة في هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و يستمر الخصومة ما إذا تم الصلح من طرف الحكمين و يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر قابل للطعن [3].

و هذا ما جاء في نص المادة 449 ق.إ.م.إ، يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة المهمة و في هذه الحالة تعود القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة.

1– نصر سليمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 129.

2– إليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003، ص 161.

3– عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغدادي، ط4، الجزائر، 2013، ص 350.

ثانيا- مهمة الحكمين:

1- البحث في أسباب الشقاق وإصلاح ذات البين:

إن أول مهمة للحكمين يقوما بإصلاح بين الزوجين، و حتى يتمكنا من الإصلاح بينهما فإن الأمر يتطلب منهما البحث في أسباب الشقاق بين الزوجين، و السبل الكفيلة لإنهاء الشقاق و الخلاف. فمعرفة الأسباب بين الزوجين مهم جدا للوصول إلى حل و إصلاح بين الزوجين فما هي تلك السبل لتوصل لمعرفة أسباب الشقاق بين الزوجين.

- إن فائدة بعث الحكمين إن يخلو كل واحد منهما بصاحبه و يستكشف حقيقة الحال، ليعرف إذا كان له رغبة في الإقامة على النكاح، أو في المفارقة.و يسعى الحكمين لإصلاح ذات البين.

-أن يستمع الحكمان إلى الزوجين فيخلو الحكم من أهل الزوجة بالزوج ويخلو الحكم من اهل الزوج بالزوجة، مع التأكيد كل واحد منهما لصاحبه (الزوج ، الزوجة) إن الخير يكون في استقرار الحياة الزوجية بينهما لا في الفرقة، و إن الزوجين إذا أرادا أصلاحا و الصلح و الرجوع فان الله سيوفقهما لذلك كما قال تعالى" إن يريدا إصلاحا يوفق الله ..."

2- رفع تقريرها إلى القاضي :

أوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي عن مهمتهما في أجل شهرين، و على القاضي أن يحكم بمقتضاه، فالقاضي بحكم ها هنا في ضوء تقرير الحكمين[1]، الذي يقوم الحكمان بكتابة تقرير عما حدث بينهما و بين الزوجين، مبينين أسباب الشقاق، و كيف يمكن إزالة ذلك ثم النتيجة التي توصلا إليها [2].

أ- حجية تقرير في حالة الصلح بين الزوجين:

إذا توصل الحكمين إلى الصلح بين الزوجين، و إذا كان الصلح بإرادة الزوجين، ومضمونه تحرير المحضر، و يوقع من الطرفين، و يرفق بتقرير التحكيم،

1-بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 359.

2- احمد محمود أبو هشهش، مرجع سابق، ص 163.

ومحضر الصلح يبقى خاضعا للطبيعة التنفيذية، فهو يعتبر في المادتين أن السلطة الواردة الواجبة احترامها من القاضي، و هذا ما أكده قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 477 و448 ق.إ.م.إ. و من ذلك أيضا أن أثر الصلح فهو إنهاء النزاع، و يترتب على ذلك الحكم الصادر بمقتضى عقد الصلح، لكونه يعد كاشفا و ليس منشئا لأن الفصل بإرادة الأطراف[1].

ب- حجية التقرير في حالة عدم الصلح بين الزوجين:

إذا لم يوصل الصلح الطرفان (الزوج و الزوجة) فإن تقرير التحكيم يكون إذا لم يتضمن من حيث الموضوع معاينة الضرر، و أسبابه و التصريح بمدى مسؤولية كل زوج في الشقاق، ومن هو المسيء و اقتراح حل الرابطة بين الزوجين لكون أن التقرير له طبيعة إجرائية، مما يستوجب حجية على قاضي الموضوع هي نفسها حجية إجراءات التحقيق أو الأدلة عموما ، لكون أن الثابت من الضرر في تقرير التحكيم مع دليله المادي و لا يجوز للقاضي رفضه إلا بموضوع قانوني، و تسبب كافي، ذلك أن الوقائع المادية ثابتة بتقرير التحكيم لا يجوز للقاضي استبعادها ألا بدليل على عدم ثبوتها، و إلا أعتبر في هذه الحالة محرفا للوقائع الثابتة في تقرير التحكيم، فيبقى من صلاحيات قاضي الموضوع، فيمكنه أن يصل أو يستخلص نتيجة لم يتوصل إليها الحكمان، أو يصل إلى نتيجة مختلفة، أو يصل نتيجة مختلفة، حتى يبقى عمله في حدود الوقائع التيتم تقديرها في الدعوى أي تلك التي تم استخلاصها بموجب الأدلة المعتبرة قانونا[2].

3- أحقية الحكمين في التفريق بين الزوجين :

موقف الفقه الإسلامي

أجمع العلماء على أن الحكمين يملكان حق الجمع بين الزوجين، و إذا لم يوكلهما الزوجان، لان الغرض من بعث الحكمين هو الإصلاح، لكنهم اختلفوا إن الحكمين هل

1- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 159.

2- مرجع نفسه، ص 159.

يملكان التفريق بين الزوجين، مثل أن يطلق حكم الرجل، أو يفتدي حكم المرأة بشيء من مالها، أو لا يملكان؟ و ذلك في قولين:

أولهما لهما الحق في التفريق بدون إذن الزوجين و عبر أصحاب هذا الرأي عن الحكمين بأنهما حكمان.

و القول الثاني ليس لهما حق التفريق إلا أنهما لو أذن الحاكم، وأصحاب هذا القول سموهما: وكيلين.

الفريق الأول: يرى أن الحكمان لا يفرقان إلا برضا الزوجين، و هذا معنى قولهم و هما وكيلان.

و الفريق الثاني: يرى أن حكمان لا يفرقان مطلقا، و لكن يبعثهما حاكم ليشهدا.

– و كيف يجوز للحكمين أن يخالعا بغير رضاه أو يخرجا المال عن ملكها، و قد قال : " وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا "[1].

فكيف و حضر على الزوج أخد شيء مما أعطاها إلى على شريطة الخوف منهما ألا يقوم حدود الله و كذا لا يجوز للحكمين أن يوقعا خلعا أو طلاقا من غير رضاها و قد نص على أنه لا يجوز أخد شيء مما أعطى إلا بطيبة نفسها و لا تفتدي به[2].

موقف المشرع الجزائري:

تحوز أحكام التحكيم حجية المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المقصود في المادة 1031 ق.إ.م.إ، و يكون حكم التحكيم نهائيا أو جزئي أو تحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها و يودع أصل الحكم أمانة الضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل (1035 ق.إ.م.إ).

1– سورة النساء: الآية رقم 04.

2– قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الحنفي، د د ن، د ط، د ب ن، د س ن، ص 478.

يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية عن حكم التحكيم التي يطلبها الأطراف[1] المادة 1036.

لا يمنح بأحكام التحكيم تجاه الغير.

فهذه الأدلة و غيرها إلزامية حكم التحكيم، و حيازته حجية الشيء المقضي فيه بمجرد القيام بالإجراءات، فالقانون يرى أن حكم المحكمين لا يمكن تنفيذه إلا بعد التأشير عليه في هامش الحكم من طرف رئيس الجهة القضائية المختصة و هذا قد يفهم منه أن الحكم الذي أصدره المحكم يفقد بعض تلك القوة التنفيذية، إلا إذا تم التأشير عليه من قبل القاضي و هذا أمره إلى تعيين الحكمين في القانون، و قد يفهم منه و من جهة ثانية أن تأشيرة القاضي بعد صدور حكم المحكم لما يعطيه مصداقية أكثر لأول ولاية العامة لها سلطان التنفيذ بشرط أن لا يتدخل القاضي في موضوع الحكم و أن يقتصر على الإجراءات الشكلية و عليه فحكم المحكم و إذا صدر يحوز حجية الشيء المقضي فيه[2].

ثالثا- التحكيم من الناحية العملية:

تتناول هذه النقطة البالغة الأهمية مدى أخذ القاضي بإجراء التحكيم في الوسط القضائي و ذلك لفك النزاعات بين الزوجين و إصلاح ذات البين.

1- واقع التحكيم بين الزوجين :

إن المتتبع للإجراءات التي يتم بها فصل المنازعات الزوجية يلاحظ انعدام التام لمبدأ التحكيم برغم أن المشرع الجزائري، نص عليه المادة في 54 من ق.أ وبقول الأستاذ عبد العزيز سعد الذي شغل منصب قاضي ثم محامي في مجلس قضاء عنابة، أن القانون لم يوضح أيضا ماذا يتعين على القاضي فعله في حالة ما إذا رفض الزوجان أو أحدهما مبدأ التحكيم، في حالة ما إذا لم يعذر القاضي على من يقبل أن يكون حكما من أهالي الزوجين

1- طيب بن شهرة، التحكيم و دوره في تسوية منازعات الأحوال الشخصية، شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة لخضر باتنة، 2007-2008، ص 83.

2- مرجع نفسه، ص 83.

أو من أهالي احدهما يفهم من خلال كلام الأستاذ أن هناك إهمالا لحل الإجراءات المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين فلا نكاد يعتمد إلى مادة واحدة و هي 56 من ق.أ.ج، و التي تلزم القاضي بتعيين الحكمين دون أن يضع آلية لتفعيله و يمكن القول إن الخلل ليس في مبدأ التحكيم إنما في عدم العمل به وعدم وضع إجراءات الكفيلة لإنجاحه[1].

2- أسباب غياب العمل بالتحكيم :

إن هذا الحرص الشديد من المشرع الجزائري على تطويق النزاع بين الزوجين لمحاولة إرجاع الأمور إلى نصابها بواسطة محاولة الصلح في مدة ثلاثة أشهر يدل على إحساسه بالمسؤولية اتجاه الانتشار الكبير لظاهرة الطلاق، و سط الأسر الجزائرية وذلك يرجع لأن آلية التحكيم معطلة فما هي يا ترى أسباب عدم العمل بالتحكيم؟

يمكن أن يرجع أسباب غياب العمل بالتحكيم إلى ما يلي:

أ- بالرجوع إلى أحد القضاة في قسم شؤون الأسرة على مستوى محكمة عزابة، نجدها تأكد غياب التحكيم بين الزوجين في ميدان ممارسة النشاط القضائي من الناحية العملية، و هي ترجع ذلك إلى تعنت الزوجين و عنادهما، و خاصة رفض الزوجة في الرجوع عن طلبها للخلع، و أيضا افتقار القانون لإجراءات الواجب إتباعها من طرف القضاة والحكمين، مما يصعب اللجوء إلى التحكيم[2].

ب- شعور الزوجين بالرهبة و الحذر من القاضي، لاعتقادهما أنه يمثل سلطة عقاب و لا شيء غير ذلك، و هذا الأمر لا يساعدهما على أن يبوحا للقاضي بأسرار علاقاتهما الذي يؤثر ذلك بالسلب على عملية الصلح[3].

1- شهرة بن طيب، مرجع سابق، ص92.

2- مقابلة شخصية، هدى بلقروش، قاضي شؤون الأسرة، محكمة عزابة، مجلس قضاء سكيكدة،15-05-2017.

3- شهرة بن طيب، مرجع سابق، ص 93.

و عليه فإن المشرع كما أشرت سابقا لم ينص على إجراءات تعيين الحكمين سواء ما تعلق الأمر بقانون 11/84 أو القانون المعدل، رقم 05/02 المتمم والمعدل في 2005، مما يستوجب في هذا الصدد اقتراح تعديل في هذه الجزئية فيما يلي:

1- يجب أن يكون تعيين الحكمين بموجب سند قضائي مكتوب، كأن يكون أمر صادر عن قاضي الموضوع، أو بموجب حكم تحضيري الذي يجب يشتمل على ألقاب و أسماء الحكمين، ودرجة قرابتهم مع الزوجين بما فيه ذكر مهام الحكمين، و التي هي السعي بالصلح بين الزوجين محاولة أسباب الشقاق، و إثبات الضرر و اقتراح ما يريانه من بين حسب الحالة التي يتوصلا إليها، كما يشترط تمديد و توسيع التقرير.

2- يجب أداء اليمين من طرف الحكمين أمام قاضي الموضوع، مع كتابة محضر أداء اليمين وجعله ضمن أوراق الدعوى.

3- تبليغ النيابة العامة بملف الدعوى و إجراءاتها.

4- انجاز تقرير من طرف الحكمين بعد إخطارهما بسند التعيين [1].

المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في الدعوى.

خول للمشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة في بعض الحالات السلطة التقديرية التي تخضع لإرادته و حكمته عند تطبيقها فأين تكمن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في دعوى الخلع ؟ هذا ما سنتطرق له، فأولا سندرس سلطة القاضي تحديد بدل الخلع و ثانيا مجال تدخل القاضي في تقدير التعسف في استعمال الحق في المخالعة و ثالثا سنتناول ممارسة صلاحيات قاضي الاستعجال، و رابعا تكييف الوقائع للسلطة التقديرية للقاضي في دعوى الخلع.

1- عبد الفتاح تقية،، الطلاق بين أحكام التشريع و الاجتهاد القضائي، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة دكتورة، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005-2006،، ص 269.

فرع أول: تحديد بدل الخلع.

إن قاضي شؤون الأسرة له الحق في التدخل لتحديد بدل الخلع في حالة الاختلاف على مقداره وفي حالة عدم عرضه من الزوجة وكذلك له السلطة في إسقاط بدل الخلع في حالات لم يتطرق لها المشرع لكن جاءت بها الشريعة الإسلامية.

أولا : تدخل القاضي في حالة الاختلاف على المقدار.

يعتبر الخلع تفريقا بين الزوجين من قبل الزوجة تدفع فيه مقابلا ماليا، ولهذا يسمى فداء لأن المال والمقابل تدفعه المرأة للزوج مقابل إطلاق سراحها[1]، فإذا رفع إلى القاضي أن الزوجين متفقان على أنه قد تم خلع بينهما و لكنهما مختلفان في العوض الذي تخالعا عليه وذلك في مقداره أو في جنسه، وصفته أو تأجيله أو حلوله وفق ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة بوقوع الخلع، و ذلك لإقرار الزوج به و موافقة الزوجة عليه هذا في حالة الاتفاق عليه سلفا وإذا لم يتفقا على مقداره واختلافا فيما بينهما فالقاضي هو من يفصل في هذه القضية. حيث تتسع سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع هنا وفق ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 54 من ق.أ، إلا أنه و إن كان المشرع قد أعطى للقاضي سلطة معتبرة في تقدير بدل الخلع في هذه الحالة فقد قيده في الحد الأدنى لهذا البدل، يجعله في حدود قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم[2]

و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23[3]، حيث جاء فيه الطلاق بخلع، الاتفاق عليه، الاختلاف حول المقدار من المتفق عليه فقها،و هذا يعني أيضا إذا اتفق الزوجان على وقوع المخالعة و اختلفا في مقدار العوض أو صفته فالقول قول المرأة

1- محمد باوني، عقد الزواج و أثاره، دراسة مقارنة بين الفقه و القانون، منشورات مكتبة اقرأ، ط 1، 2009، الجزائر، ص 121.

2- عبد الله عايدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجة، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، مذكرة الماجستير، جامعة وهران، 2006، ص 80 و81.

3- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 73885 بتاريخ 1991/04/23، م.ق.2، 1993، نقلا عن احمد لعور، احمد صقر، الدليل القانوني للأسرة، موسوعة الفكر القانوني، ص 70.

عند الجمهور، إما عند الشافعية فمختلفان فيه كالمبايعين إذا اختلفا في الثمن، إذ خالع الزوج زوجته بألف و قالت الزوجة خالعتك بضمان غيري بألف في ذمته و القول قول الزوجة في نفي العوض، و إذا قالت نعم خالعني على ألف، و كن ضامنا لغيره في ذمته فلزمها بدل الخلع لإقرارها و الضمان لا يبرأ ذمتها.إذا قال الزوج خالعتك على مبلغ معين و قالت مجانا أو لم تخالعني إذا اتفق على ذلك صح الخلع و لا عوض عليها، و إذا أقام الزوج دينه و افتقرت بما أعطاه لزمها العوض و إذا إختلعا في مقدار بدل الخلع فالقول قولها لأنها منكرة للزيادة و عليه الإثبات و كان عليها حلف اليمين[1]

ثانيا- حكم القاضي في حالة عدم عرض بدل الخلع من الزوجة:

إذا طلبت الزوجة الطلاق بواسطة الخلع ولم تعرض العوض، فإنه ليس بمقدور القاضي أن يرفض الدعوى بل عليه أن يطلب منها في جلسة الصلح أو في أية جلسة أخرى أن تقدم عرضا بعوض الخلع، فإن امتنعت فإن تقدير العوض يكون من اختصاص القاضي.

ثالثا : سلطة القاضي في إسقاط العوض:

إذا كان بدل الخلع مقرر شرعا و قانونا لصالح الزوج فهناك حالات يسقط هذا البدل عن الزوجة، رغم إجابة أو قبول إلى طلبها في الفرقة، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي يظهر أن الحالات التي يسقط فيها هذا العوض منها ما يرجع إلى الزوج، و منها ما يرجع إلى الزوجة.

1- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الرسالة للنشر، ط 1، 1993، ج 8، ص 229 و230.

1- الحالات التي ترجع إلى الزوج:

أ- حالة إختلاع الزوجة بسبب عضل زوجها لها:

اتفق فقهاء الشريعة على أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته أو يسيء عشرتها ليحملها على افتداء نفسها منه لينهي الوارد عن ذلك في قوله تعالى: " لَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ "[1].

و معنى العضل الحبس و التصنيف و الشدة و الإضرار، فإذا تبين للقاضي بأن اختلاع الزوجة كان بسبب عضل زوجها لها فإنه سيقضي بما يترجح في الفقه الإسلامي بأمرين:

- وقوع الفرقة بهذا الخلع وسقوط العرض عن الزوجة و استرداده من الزوج إذا كان قد أخذه.

ب- حالة إختلاع الزوجة بسبب نشوز الزوج :

قال تعالى:

"وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا "[2].

المفهوم من الآية و تفسيرها أن الزوج الذي يرغب من الزواج بامرأة أخرى، و يرغب عن زوجته التي لا يريد بقاءها زوجة له، بل يريد مفارقتها وإحلال غيرها مكانها، و هو يريد أن يحملها على مفارقته عن طريق الخلع بأن تبدل له شيئا من مالها لقاء أن يطلقها. فهي غير كارهة ولا ناشز، ولا راغبة في مفارقته وإنما هو الراغب في ذلك و من الواضح إن كراهيته تظهر في تصرفاته معها، كأن لا يمنحها حقها في الوطء أو لا يحسن معاشرتها مما

1- سورة النساء: الآية رقم 19.

2- سورة النساء: الآية رقم 20.

جعلها تحس أن زوجها راغب عنها و كارها لها، و هذا يحملها على طلب المخالعة معه على مال تعطيه له، و هذا ما يريد[1].

و عليه إذا تبين للقاضي بأن الاختلاع كان سبب نشوز زوجها بسقوط العوض عنها و استرداده من الزوج إذا كان قد أخذه، و هذا لم يتطرق له المشرع الجزائري مما يضطر القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ج- حالة اختلاع الزوجة من زوج معيب بعيب يوجب الرد:

إذا تبين للقاضي بأن اختلاع الزوجة من زوجها كان لعيب به يوجب الرد حكم بسقوط العوض عن الزوجة وفق مذهب المالكية الذين ذكروا هذه الحالة، ذهبوا إلى أنه إذا اختلعت الزوجة من زوجها ثم تكتشف أنه كان به جنون و جذام أو غيرها بما يوجب الرد عنهم فإنه بمضي الخلع للزوجة – أي القاضي – و يسترد الزوجة العوض، لأنه كان للزوجة الحق في الفرقة من غير شيء[2].

2- الحالات التي ترجع للزوجة:

سكت المشرع الجزائري في المادة 54 ق.أ، عن ذكر هذه الحالات التي يسقط فيها العوض عن الزوجة لسبب يرجع إليها، مما يعني إحالة القاضي بحسب منطوق المادة 222 من ق.أ، إلى الفقه الإسلامي حيث يتفق هذا الأخير على ثلاث حالات.

أ- الزوجة السفيهة و الصغيرة المميزة:

إذا كانت الزوجة ناقصة الأهلية، أو كانت سفيهة، وتولت هي الصيغة بأن أوجب الخلع، فقال أنت طالق على مائة تفتدين نفسك بها فقبلت فإن الطلاق لا يقع ولكن المال لا يلزم، لأنه علق الطلاق على قبول المال، وقد وجد القبول بصيغة معتبرة شرعا، لأن القاصر الأهلية وهو الصبي المميز ومثله السفيه عبارتهما معتبرة شرعا، فهي موجودة ولكن لا يرتب عليها الشارع لزوم المال، لأن العوض في الخلع تبرع فيعد من الناحية المالية ضررا محضا،

1- عبد الله عايدي، مرجع سابق، ص 149 و150.

2- عبد الله عايدي، مرجع سابق، ص 154.

فوقع الطلاق ولم يلزم المال.[1] و بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل الكلام على خلع المحجور عليها (الصغيرة و السفيهة).

ب- حالة جنون الزوجة:

إذا كانت المحجور عليها فاقدة الأهلية بأن كانت مجنونة، أو ثبت أنها كانت مجنونة وقت المخالعة و تولت الصيغة، فلا يقع الطلاق و لا يثبت المال، و ذلك لأن عبارة فاقد الأهلية ملغاة لا توجب شيئا، و تعد من لغو القول، و تعليق الطلاق على قبولها المال ثم قبولها إياه لا يعد به المعلق عليه قد وجد لأنها لا تستطيع إنشاء قبول إذ ليست لها إرادة معتبرة[2].

و يتعين على القاضي الذي ثبت الخلع الذي يتم بين الزوجين أو يوقعه أن يتأكد من أهلية الزوجة فإذا مجنونة حكم سقوط العوض و وقوع الطلاق، فيحكم بسقوط العوض وفق مذهب جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى أنه إذا إختلعت الزوجة الصغيرة أو المجنونة من زوجها لم يلزمها أي عوض[3].

المادة 156 باستقرائها نجد في نصها أنه اشترط الموصى أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشر سنة على الأقل، كما تنص المادة 203 من ق.أ، فمن خلال ما تبين من المادتين يرى أنه يشترط في أهلية التبرع أن تكون كاملة الأهلية، لأن يكون بالغا عاقلا من العمر تسع عشر سنوات و غير محجور عليه و يشترط أن تكون الزوجة بالغة عاقلة من العمر تسع عشر سنة و غير محجور عليها.

- وعليه فإن الخلع الصغيرة يكون متوقفا على إجازة الولي أو الوصي كما نصت المادة 84 من نفس القانون أن للقاضي لمن يبلغ سن التمييز في التصرفات جزئيا أو كليا

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربية، د ط، د ب ن، د س ن، ص 337.336.

2- مرجع نفسه، ص 337.

3- عبد الله عايدي، مرجع سابق، ص 156.

في أمواله بناء على طلب من له مصلحته و عليه يقع الخلع من الصغيرة المميزة بإجازة الولي أو الوصي أو القاضي[1].

الفرع الثاني: نطاق تدخل القاضي في تقدير التعسف في استعمال الحق في المخالعة:

ومن ناحية أخرى أن الله سبحانه و تعالى جعل حسن العشرة من حدوده ومن تعداها فهو من الظالمين قال الله تعالى: " وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"، و الخلع من غير ضرورة هدم بناء الأسرة و هدم لعرى الحياة الزوجية و لذلك فقد يؤكد الرسول عليه الصلاة و السلام المرأة التي تطالب الطلاق من غير مسوغ يدعو إليه، فقد روي عن ثوبان أنه قال: رسول الله صلى الله عليه و سلم :" أيما امرأة سالت زوجها الطلاق من غير ما باس فحرام عليها رائحة الجنة ".

و قال صلى الله عليه و سلم في حديث أخر: " المختلعات و المنتزعات من المنافقات " و يؤول هذا بأن المقصود بالمختلعات اللاتي يختلعن من غير ضرورة و يستنتج أنه لا يجوز للمرأة طلب الخلع من غير ضرورة، و كذلك الرجل إذا طلق من دون سبب.

لما كان الطلاق محظورا في الشرع لما فيه من نكران نعمة الزواج و الاستهتار بها، كان الاقتراب من هذا المحظور محاطا بموانع و حواجز تجعل الاقتراب منه نهاية مشكلة لا علاج لها، و الخلع و هو صورة من صور المفارقة و لكن برغبة الزوجة أو باتفاقهما معا، و إن كان نعمة من الله منحها للزوجة فانه محكوم بالحضر الأصلي للطلاق، فلا يجوز المطالبة به إلا إذا تعذرت الحياة بينهما مطلقا[2].

1- سمية صالحي، الخلع فقها و قانونا: دراسة مقارنة الإسلامي، قانون الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الأمير عبد القادر، كلية أصول الشريعة الإسلامية و الحضارة الإسلامية، جامعة قسنطينة، ص54.

2- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط1، عمان، 2007، ص 264.

قال صلى الله عليه و سلم: " أيما امرأة سئلت زوجها الطلاق في غير ما باس فحرام رائحة الجنة" و قد اشعر تعالى المرأة بخطر ما تقدم عليه عندما أجاز للزوج المختلع مطالبتها بفداء، و هو أن أطلق مقداره إلا أن الأحاديث الشريفة و الأثار كرهت له أن يبالغ في الطلب و أن يتجاوز فداؤها مهرها. ونلمح في طلب الزوج أكبر مما قدم مقابل تطليقه زوجته بادرة تعسف في استعمال حق الطلاق، فالأصل أن يسترد الزوج ما قدمته، و أن يترك للمرأة ما تقيم به حياتها عملا بقوله تعالى: " وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ" [1].وقد يتعمد الزوج للمطالبة بأكثر من المهر بقصد الإضرار بالمرأة و قد تظهر قرينة قصده الإضرار بأن يكون النشوز من قبله و يدفع بها بتضييق العيش عليها إلى سؤالها المخالعة. سعيا إلى تحقيق المكاسب و المنافع بغض النظر عما يلحق الآخرين من ضرر مادي و معنوي [2].

إن المشرع الجزائري لم يتطرق في حالة التعسف في استعمال الحق في طلب الخلع سواء كان من طرف الزوجة أو الزوج، فبالنسبة للزوجة فالخلع حق خولته لها الشريعة الإسلامية دون قيد أو شرط و إباحة المشرع الجزائري دون تقيدها بتقديم التسبيب للقاضي حين طلب الخلع، ولهذا لا يمكن للقاضي أن يتدخل للبحث عن الأسباب و من ثم ليس له الحق في محاولة إثبات إصابة الزوج بضرر من طرف الزوجة سواء كان معنوي أو مادي حيث كان واضحا أن المشرع في مادة 54 قانون الأسرة التي تطرقت للخلع، أن الزوجة ملزمة فقط بتسليم بدل الخلع و للقاضي مناقشة العوض في حالة الاختلاف و جعل المشرع يسقف بدل الخلع، فهنا الزوجة لو تعسفت في استعمال حقها في الخلع يبقى جزائها أخروي و قد أكد على ذلك رسول الله صلى الله عليه و سلم في حديثه الشريف: " أيما امرأة سئلت زوجها الطلاق من غير باس فحرام عليها رائحة الجنة"

لكن بالنسبة عند تعسف الزوج في استعمال الحق في المخالعة و هو العوض و الفداء الذي يأخذه من الزوجة مقابل التفريق و منع أي استغلال من طرفه و خاصة في حالة ما

1- سورة البقرة: الآية 237.

2- عبير ريحي شاكر القدومي، مرجع السابق، ص 264 و265.

إذا ثبت له نية الإضرار بالزوجة حيث يتأكد للقاضي أن الزوجة بما تفتدي به نفسها من عوض كان ذلك نتيجة للمضارة، كالعقود التي يعقدها العاقد تحت ضغط فإنه لا عبرة بها و تكون لاغية و معلوم إن الإكراه يبطل العقود[1].

و عليه على القاضي أن يذهب ما ذهب إليه مذهب الإمام طاووس بن كيسان و به قال عبد الله بن عباس، و إبراهيم النجعي و مجاهد و السبعي و القاسم و إسحاق بن راهوية، و إليه ما ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة و هو أن الزوج إذا عضل زوجته لتفتدي نفسها فان الخلع باطل[2] لم يقتصر أما ما جاء به المشرع بتسقيف لبدل الخلع و ذلك عند اختلاف الزوجين على مقداره، حيث يفصل القاضي في ذلك بصداق المثل وقت الحكم، و قد يلجأ القاضي إلى إسقاطه نهائيا– أي بدل الخلع – و ذلك إذا تأكد نشوز الزوج أو عضله و هذا تطرق له سابقا و ما على المشرع إلا إضافة تعديل لمادة الخلع و ذلك بإمداد القاضي بصلاحيات لمنع تعسف

الزوج، و ذلك ليكون على القاضي تطبيق المادة بنص القانون دون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه الحالة.

فرع ثالث: ممارسة صلاحيات قاضي الاستعجال.

إذا كانت المادة 425ق.إ.م.إ أدناه قد منحت رئيس قسم شؤون الأسرة ممارسة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال.

ومن بين هذه صلاحيات أن يفصل قاضي شؤون الأسرة فيما تضمنه تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 الذي أجازت مادته 57 مكرر تدخل القاضي من أجل الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة لاسيما ما تعلق منها بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن.

1- احمد بن محمد احمد كليب، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية، الطلاق و الخلع و الظهار على فقه المذاهب الأربعة و الإمام طاوس، دائرة أنفاس للنشر، ط1، الأردن، 2010، ص 152.

2- مرجع نفسه، ص 152.

كما يجوز لرئيس قسم شؤون الأسرة (القاضي) في دعوى الخلع أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة إجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة التي يمكن اللجوء إليها في أي وقت حتى أثناء إجراءات الصلح، ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق و الحلول المقترحة، ثم يطلع القاضي الأطراف على التقرير و يحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد [1].

و هذا ما جاء في المادة 425 ق.إ.م.إ " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، و يجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، إن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة.

ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق و الحلول المقترحة.

يطلع القاضي الأطراف على التقرير و يحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد. يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت و حتى أثناء إجراءات الصلح " [2].

لكن المشرع الجزائري لم ينص على أن قاضي شؤون الأسرة له سلطة النظر في المسائل الإستعجالية التي تخص الأسرة، لكن نجده جاء في تعديل قانون الأسرة بموجب أمر رقم 05-02 في 27 فبراير 2005 بهذا الأمر أدخل في هذا القانون مادة جديدة و هي المادة 54 مكرر التي أجازت لقاضي الأمور المستعجلة الفصل في بعض المواد التي يحكمها القانون فجاء في المادة 57 مكرر : " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بأمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن"، هذه المادة في الحقيقة تكريس للقضاء الذي يعترف للقاضي الأمور

1- عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 353.

2- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، عدد 21 لسنة 2008.

المستعجلة بصلاحية النظر و الفصل في الأمور المستعجلة بالنفقة و الحضانة و الزيارة و المسكن و كذا في مواد أخرى تتعلق بالأحوال الشخصية.

- **الحضانة:** حق ممارسة الحضانة يختص به مبدئيا قاضي الموضوع و لكن قبل النطق بالطلاق (التطليق و الخلع) أو حتى بعد الطلاق، عندما يتأكد القاضي من تدهور حالة الأطفال يتدخل ا لحمايتهم على وجه الاستعجال، فقد تقع مثلا حالة حجز طفل رضيع من طرف أبيه و رفض أم هذا الأخير تسليمه، لأنه قد يتعرض الأطفال الموجودين تحت حضانة أمهم لإهمال أو الجوع أو سوء المعاملة، في هذه الحالات يلزم اتخاذ تدابير مستعجلة لحماية المحضونين من الأذى، وذلك يجعل من الضروري اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة[1].

- **الاستعجال في النفقة:** طبقا لنص المادة 74 من ق.أ: " تجب النفقة الزوجة على زوجها " تبعا لهذا النص الذي يعتبر دفع النفقة من طرف الزوج لزوجته واجبة قانونا، فإنه يجوز لقاضي الاستعجال متى توفر عنصر الاستعجال الحكم على الزوج بدفع النفقة الشرعية لزوجته و إذا بقي الأولاد عند الزوجة أثناء دعوى الطلاق وغادرت بيت الزوجية لاستحالة البقاء معه فإن لهذه الأخيرة حق اللجوء إلى القضاء المستعجل لطلب نفقة الأولاد وللقاضي أن يقضي لكل واحد منهم بنفقة مؤقتة و ذلك إلى حين الفصل في موضوع النزاع وصدور حكم نهائي، و إن المادة 57 مكرر من الأمر 05-02 المؤرخ في 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة أجازت صراحة تدخل القضاء المستعجل في مادة النفقة[2].

نستنتج من خلال ما سبق أن قاضي شؤون الأسرة لا يملك أي سلطة خارج دعوى الخلع، فهو لا يستطيع النظر في الأمور الاستعجالية مثل الحضانة والنفقة والسكن وحق الزيارة و ذلك لأن الفصل في هذه الأمور يكون بموجب أمر استعجالي من قاضي الأمور المستعجلة و ذلك بموجب المادة 57 مكرر التي جاءت في تعديل القانون 05-02 المؤرخ

1- محمد إبراهيمي، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، الجزائر، 2006، ج2، ص 122.
2- مرجع نفسه، ص 124.

في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم، وحيث جاء فيها " يجوز لقاضي الأمور المستعجلة اتخاذ التدابير التي يراها مناسبة في هذا المجال" فيمكن لقاضي الأمور المستعجلة مثلا منح حق الزيارة الأولاد للأب مؤقتا في انتظار صدور الحكم في الموضوع إذا كان هؤلاء عند أمهم في بيت أهلها بعد مغادرتها البيت الزوجي[1].

و قد يكون المشرع الجزائري في تشريعه لهذا النص واسناد الفصل في الأحوال الشخصية على وجه الاستعجال لحكمه يمكن أن تكمن معرفة قاضي الأمور المستعجلة بشروط الاستعجال في جميع القضايا، وتقديره إذا كان الأمر واجب الفصل فيه أم لا ؟

لكن في اعتقادي و كاستثناء من الأمور المستعجلة التي يفصل فيها القاضي، أن قضايا شؤون الأسرة كان الأجدر أن يفصل فيها نفس القاضي الذي ينظر في دعوى الخلع، لما يملكه من خبرة في شؤون الأسرة و قضاياها، و لدرايته بموضوع الدعوى الواجب الفصل فيها، و كذلك لحساسية قضايا شؤون الأسرة التي تحتاج إلى القاضي الذي يفهم في أحوال الناس و قواعد الشريعة الإسلامية عن باقي القضاة، ففي إسناد الحضانة يقدر من هو الأجدر بأخذها من خلال المناقشة و التحقيق مع الزوجين أثناء الصلح و التحكيم بينهما، فهو من يقرر من قادر على تحمل مسؤولية المحضون و الشروط الواجب توافرها في الحاضن حتى و لو كان ذلك مؤقتا، و هو من يقرر ما إذا كان الطفل في خطر و أنه معرض للإهمال إذا كان في يد الأم أو الأب أو أي شخص أخر و ذلك بين مرحلة رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم. لهذا لا ينبغي عدم الخلط بين المسائل المستعجلة، التي تتطلب تدخل القضاء المستعجل للبث فيها، و بين المسائل التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة، و التي تبقى من اختصاص قضاء الموضوع للفصل فيها بسرعة [2].

1-محمد إبراهيمي، القضاء المستعجل، مرجع سابق، ص 123.

2- عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 272.

فرع رابع: تكييف الوقائع خاضع للسلطة التقديرية للقاضي في دعوى الخلع.

إن المشرع الجزائري قد أجاز لقاضي شؤون الأسرة تكييف الوقائع قبل إصدار حكمه في دعوى الخلع و ذلك يخضع للسلطة التقديرية للقاض في تكييف الوقائع ولا يخضع لتقدير الخصوم و هذا ما جاء به القانون رقم 08-09 منذ صدوره المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث أصبح القاضي بموجب هذا القانون يتمتع بسلطات التكييف القانوني للوقائع في دعوى الخلع و ذلك ما جاءت به المادة 451 ق.إ.م.إ، التي تنص في فقرتها الأخيرة على ما يلي: " يعاين القاضي أيضا و يكيف الوقائع المعتمد عليها في الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة " و في نفس السياق نصت المادة 29 من ذات القانون على ما يلي: " يكيف القاضي الوقائع و التصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف الخصوم.

يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه ".

نستنتج من هذين النصين أن المشرع الجزائري يؤكد على مسألة التكيف القانوني و بالتالي يجب على القاضي أن لا يتنازل عنها لأطراف الخصومة، ولا يتقيد بتكييفهم وإلا أصبح الخصوم هم من ينشئون الحكم القضائي، فالتكييف ليس من عمل الخصوم و إن كان الحكم يضمن الوقائع التي جاؤوا بها[1].

نستنتج عندما يؤسسون الدعاوي على نصوص و أحكام قانونية معينة، فهم في حقيقة الأمر يأملون فقط في الحصول على حكم بما يريدونه، لذا يبقى الأمر ينحصر في مجرد الأمل و لا يتعدى إلى إنشاء الحكم و بناءه، فدورهم يتوقف عند حدود الوقائع و إثباتها إلى مجال القانون أبدا[2].

1- نور الدين المطاعي، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الثالث، الصادر في سبتمبر 2012، ص227 و334.

2- مرجع نفسه، ص 335.

أما القاضي فهو صاحب الولاية و صاحب الاختصاص، إذا يفترض في القاضي العلم فهو الذي يعلم بالقانون جيدا و هو الذي يقع على عاتق تطبيق القانون، و لكن ينبغي معه تجاهل طلبات الخصوم و الخروج عن الوقائع التي جاءوا بها بالزيادة أو النقصان أو حتى بالاعتراض، بل من مهامه إزاءها هو فحصها و تقديرها و تكييفها و إعطاءها الوصف القانوني السليم لإحراج إرادة القانون إلى الوجود من خلال الحكم القضائي الفاصل في النزاع و هذا هو لب و جوهر الحكم القضائي[1].

يتعين على القاضي عندما ترفع الزوجة دعوى الخلع إعادة تكييف الوقائع و إعطائها الوصف القانوني الصحيح، و الذي ليس من اختصاصها وإنما من صميم اختصاص القاضي، بتبيان القواعد القانونية المطبقة على وقائع النزاع.

إذا رأى أن دعوى التطليق مؤسسة على دعوى الخلع[2]، لأن شأن وجود أو عدم وجود الضرر و مدى جسامته متروك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يفصل في موضوع الدعوى و سبب الشكوى، ويشرط في الضرر وقيامه وحصوله قبل رفع الدعوى و قبل تسجيلها لدى كتابة الضبط بالمحكمة[3]، و إن ثبت الضرر حكم القاضي في طلب الزوجة للخلع و يكيف على أنه تعريف للضرر اعتمادا على تقرير التحكيم فإن ما ورد بتقرير التحكيم يعتبر من مسائل الواقعية، أو من خلال التحقيقات التي أجراها القاضي في مرحلة الصلح، و لكن يشترط في هذا الحكم أن يكون مسببا بحيث يجب أن يشتمل على الأسباب التي يبنى عليها و إلا تعرض للنقض و الإبطال و التسبيب يراد به الحجج الواقعية والتي يبنى عليها الحكم المنتج له[4]، لأن دعوى الخلع تبنى على أسباب ذاتية يصعب إثباتها في حين التطليق يبنى على أسباب مادية موجبة الإثبات، و إذا رأى أن دعوى الخلع مؤسسة على أسباب التطليق المادية موجبة للإثبات و هي منصوص عليها في المادة 53 فقضى بالتطليق بدلا من الخلع

1- سلمي سامية، مرجع سابق، ص 51.

2- مرجع نفسه ص 51.

3- عبد الفتاح تقية، قضايا الأسرة، مرجع سابق، ص 162.

4- سلمي سامية، مرجع سابق، ص 51.

لأن تكييف الذي أتت به المدعية غير صحيح فلا يتقيد القاضي بتكييفها، و هذا لا يعد من قبل خروج القاضي عن حياده كما أنه لا يعد من قبل الحكم بما لم يطلبه الخصوم، لأنه لم يعدل في وقائع الدعوى[1].

1- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 162.

المبحث الثاني: نطاق تدخل القاضي في الحكم الفاصل في دعوى الخلع.

إن فك الرابطة الزوجية يتخلف عنه جملة من الآثار قد أجاز فيها المشرع للقاضي التدخل وفق مقتضيات العصر و الواقع المعاش و ذلك وفق السلطة التقديرية الممنوحة له بموجب ما جاء قانون الأسرة، فنجده يتدخل في الآثار المتعلقة بالزوجة وذلك بالنسبة لتقدير نفقة العدة ونفقة الإهمال وحل النزاع حول متاع البيت، وكذلك التدخل بالنسبة للآثار المتعلقة بالأولاد وذلك في إسناد الحضانة متقيدا بمصلحة المحضون، وبالنسبة لحق الزيارة و الانتقال بالمحضون وليتم الفصل فيها بحكم نهائي على مستوى المحكمة الابتدائية غير قابل للطعن إلا في الجوانب المادية وذلك على مستوى المجلس القضائي، والطعن بالنقض على مستوى المحكمة العليا، ومن ذلك فإن طبيعة الحكم هي التي تحدد وتقوم بتبيان دور القاضي في كل مرحلة من مراحل دعوى الخلع، ولذلك قمنا بتناول ذلك بمطلبين كالأتي:

_ المطلب الأول: نطاق تدخل القاضي في الآثار المترتبة عن الخلع.

_ المطلب الثاني: نطاق تدخل القاضي عند الطعن في حكم الخلع.

المطلب الأول: نطاق تدخل القاضي في الأثار المترتبة عن الخلع.

اعتبره المشرع الجزائري أن الخلع طريق فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، و هذا الأخير يرتب أثارا قد أجاز فيها المشرع تدخل القاضي شؤون الأسرة. و هذه الآثار ما تعلق بالزوجة مثل نفقة العدة و متاع البيت، و هناك الآثار المتعلقة بالأولاد و هيالحضانة و حق الزيارة.

فرع أول: الآثار المتعلقة بالزوجة.

أولا: نفقة العدة و الإهمال:

أ- نفقة العدة :

نفقة المتعة تكون واجبة لبعض المطلقات و لا يجب لبعضهن حسب رأي الفقهاء و المراد بالنفقة هو الإطعام و الكسوة أم السكن فهي واجبة لكل معتدة كون السكن حق الشرع و ليس حقا للزوجة. وقد تبنى المشرع الجزائري رأي الحنفية بالقول أن للمطلقة الحق في السكن و النفقة[1]، وذلك ما تجلى في المادة 61 من قانون الأسرة و التي تنص: " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

ولهذا يترتب عن الخلع يترتب حق زوجة الحق في نفقة العدة ، ولهذا تستحق كل مختلعة معتدة نفقة من مال مخالعتها طيلة مدة عدتها، و يجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة و على المحكمة أي قاضي شؤون الأسرة أن يحكم بها ويحددها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك عن حقها صراحة أمام القاضي طبقا لنص المادة 61 من ق.أ، و يراعي القاضي في ذلك حال الزوجين حال تقديرها. وتجدر الإشارة أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلا للخلع كما ذكرنا آنفا وبالتالي يسقط الحق و ليس لها المطالبة به[2].

1- باديس ذيابي، أثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، د ط، الجزائر، 2008، ص47 و48.

2- نورة منصوري، التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى، د ط، الجزائر، 2010، ص 154.

وقد سار قضاء المحكمة العليا في هذا الاتجاه، وهو ما أكده في قراره مؤرخ في 22-10-1984[1] الذي جاء فيه:" متى كان مقررا شرعا أن نفقة العدة واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

و منه أيضا في هذا الصدد جاء في قرار أخر للمحكمة العليا مفاده: " أنه من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة واجب، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل" [2].

و عليه نستنتج كل مطلقة لها الحق في نفقة العدة، إلا في حالات نذكر منها:

- إذا كانت معتدة من زواج فاسد أو من وطاء بشبهة، لأن حال العدة معتبر بحال الزواج، و المرأة لا تجب لها النفقة في حال الزواج الفاسد، فكذلك لا تجب لها في حال العدة منه.

- معتدة الفرقة من جهة الزوجة بسبب محظور، كان ترتد الزوجة عن دين الإسلام، أو تمتنع عن الإسلام بعد أن يسلم زوجها، و لم تكن كتابية، أو تفعل مع أحد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة لأن النفقة فيها معنى الصلة، فإذا وقعت الفرقة من جهة المرأة بفعلها الذي هو معصية لم تستحق الصلة، بل تستحق العقوبة و الزجر، لأن الفرقة لما جاءت من جهتها بغير حق كانت مبطلة لحقها في النفقة قياسا على الوارث إذا قتل مورثه بغير حق[3].

كذلك نرى أن المشرع الجزائري في تقديره لنفقة العدة ترك السلطة التقديرية للقاضي الفاصل في الدعوى تقدير حال الزوجين، بحيث عندما يحكم بها لا يضر بأحدهما لا الزوجة و لا الزوج و ذلك ما جاء في المادة 79: " يراعي القاضي في تقدير نفقة العدة حال الطرفين و ظروف المعاش، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

1- قرار المحكمة العليا، غ .أ.ش، قرار رقم 374327 مؤرخ في 1984/10/22، م ق، العدد 3، سنة 1989، ص 69.

2- قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 75029 مؤرخ في 1996/06/18، م ق، العدد 2، ص 65 .

3- بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دار الفجر، د ط، د م ن، د س ن، ص 324.

و يراعي كذلك في عدة المطلقة أو المختلعة و ذلك لاختلاف العدة، التي يلاحظ أن الأحكام القضائية الصادرة في مختلف الجهات القضائية، أين نلاحظ فيها أن قضائيا فيما يتعلق بالفصل في نفقة العدة، فإن أحكامهم لا يسوون و لا يوضحون فيها فترة العدة المقررة شرعا و قانونا، و منه أيضا المبلغ المحكوم به هو نفسه تقريبا لكل المطلقات، مما يتطلب لفت الانتباه له في هذا الصدد، و هو عدم التمييز في الأحكام القضائية بين النساء المقررة لهن العدة بأصالة الأحكام الشرعية للعدة[1].

ب- نفقة الإهمال:

نصت المادة 74 من قانون الأسرة بأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها عند الدخول بها فإذا قدمت المختلعة ما يثبت أنه خالعها 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 و لا يمكن أن تحرم الزوجة من هذه النفقة إلا إذا ثبت نشوزها أو تركها لمقر الزوجية بدون مبرر شرعي[2] و قد جاء قرار للمحكمة العليا في هذا الصدد "متى كان مقررا شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم، مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها و من ثم النعي عن القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و تستوجب النقض.."[3].

و يبقى تقرير نفقة الإهمال خاضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة يراعي فيها حال الزوج و بالمقابل حال الزوجة، كذلك يخضع في الأصل وجود إهمال من الزوج أو لا إلى سلطة القاضي و مراقبته.

1- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة الدكتورة، مرجع سابق، ص 212.

2- مرجع نفسه، ص 326.

3- قرار المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 1984/07/09، ملف رقم 33762، م ق، عدد 4، 1989 .

ثانيا : تدخل القاضي بالنسبة للنزاع حول متاع البيت:

إن أهم وأخطر أثر من أثار الطلاق وأكثرها غموضا وتعقيدا، و أشدها خصاما بين المتخاصمين، هوالنزاع أو الخصام حول محتويات البيت و ما يشمله من أثاث و مفروشات وأدوات تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها، ما يحدث الشقاق بين الزوجين و تبدأ مرحلة الحساب و تدابير العقاب و تبلورها في مرحلة الخصام و التردد على المحكمة و على المحامين و كتاب الضبط و كل واحد من الزوجين يزعم أن أثاث بيت الزوجية ملكه و حق له كله أو بعضه و في الغالب الأعم لا يكون بيد احدهما دليل أو بيان قاطع يقنع القاضي بأن هذا الشيء المتنازع عليه ملك خاص للزوج أو ملك خاص للزوجة.و بشأن ذلك نلجأ إلى المادة 73 و المادة 222 من ق.أ، تحاول أن تتحدث عن نزاع حول متاع البيت[1].

و تدخل القاضي لحسم النزاع، فنقول بشأن توزيع متاع البيت و أثاثه رأى الإمام يوسف من الحنفية أن القول للزوجة في مقدار ما يجهز به مثلها، أما أبو حنيفة و صاحبه محمد فلهما رأي مخالف و فحواه أن القول للزوج بيمينه لأنه صاحب البيت و مالك ما يحتويه من أثاث، و هو صاحب التصرف فيه. أما بقية الأئمة فلم يتطرقوا بالتفصيل إلى مسألة النزاع في متاع البيت بين الزوجين اللذين تفرقا، و لعل هذا يعود إلى عدم الاهتمام الكبير به كما هو الحال اليوم[2].

فإذا قام النزاع فعلى القاضي أن يفرق بين:

أ- ما قيمة للمرأة كالمعتاد للنساء فقط كالحلي و الجواهر و الأحزمة، و ما يناسب النساء كذلك من الملابس إن لم يكن في حوزة الزوج الخاص به فهو للزوجة، و إلا فالقول له بيمين هذا أن لم تكن المرأة معروفة بالفقر، و إلا فالقول له إلا ما يناسب جهازها.

1- متاع البيت لم يقم فقهاء الشريعة بتناول حالة النزاع في متاع البيت في موضوع خاص كما شأنهم دائما في المسائل التي ترجع إلى الحياة الزوجية، ولعل هذا راجع إلى عدم الاهتمام به كما هو الشأن اليوم، العربي بختي، مرجع سابق، ص140.

2- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 311.

ب- ما يكون في البيت ما يختلف فيه الزوجان، فإن كان للرجال فقط كبندقية الصيد و السيف و الغرس و كتب العلم و سلع التجارة، أو معتاد لهما فالقول قوله بيمين، و إن كان معتاد للنساء فقط كالحلي فادعته المرأة إنه اشتراه لها من مالها و ادعى هو أنه اشتراه لنفسه من ماله حلف و حكم له قضاء فإن نكل حلفت هي و حكم لها به قضاء[1].

موقف المشرع الجزائري جاء في المادة 73 " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأيهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء، و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال و المشترك بينهما يقسمانها مع اليمين"، و أن أمتعة البيت ثلاثة أقسام و هي:

- قسم معتاد للنساء: فالقول فيه للمرأة مع يمينها .
- قسم معتاد للرجال: فالقول فيه للرجل بيمينه أيضا .
- قسم مشترك بينهما: القول فيه للرجل مع يمينه، و وجه اشتراك الرجل في الأواني و نحوها لأن المرأة تباشر شراء هذه الأشياء من التجار و تأخذ ثمنها من الزوج غالبا، و تارة تكون من مالها[2].

الفرع الثاني: الأثار المتعلقة بالأولاد.

أولا: تطبيق القاضي لأحكام الحضانة بمراعاة مصلحة المحضون.

إن المشرع الجزائري قام بمنح القاضي السلطة في إسناد الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون في عدة أمور تتطلب تدخله ومن هذه الأمور:

1- مراعاة القاضي لشروط مصلحة المحضون.

لم يقم بالتطرق لمشرع الجزائري إلى جميع الشروط الواجب مراعاتها من طرف القاضي لإسناد الحضانة لمستحقها ولهذا على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في

1- بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 326 .

2- بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 326و327 .

الشروط التي أغفلها المشرع. والفقه الإسلامي صنف هذه الشروط إلى شروط مشتركة في الرجال والنساء معا، وشروط المتعلقة بالرجال وشروط متعلقة بالنساء.

أ- الشروط التي يجب توافرها في الرجال و النساء معا:

- البلوغ : يجب أن يكون بالغا فلا حضانة لصغير أو صغيرة.

- العقل: أن يكون عاقلا فلا حضانة مجنون أو معتوه، و الدليل على هذين الشرطين أن كلا من الصغير و المجنون و المعتوه، في حاجة إلى من يحضنه و يقوم على شؤونه فمن باب أولى لايحضن غيره، لا يقوم على شؤونه، لأن الحضانة و أية ولاية لكل على نسفه، فمن باب أولى لا ولاية له على غيره[1].

- العفة و الأمانة في الدين: فلا حضانة لفاسق لأنه غير مؤتمن على المحضون.

- الإقامة: فلا يصح سفر الحاضن للمحضون عن البلد الذي كان مكان للزوجية بين الزوجين أو في بلد الذي يقيم فيه المحضون و يقيم معه صاحب الحق في الحضانة إلى بلد أخر[2].

- القدرة على الحضانة و القيام بأمر المحضون: و ذلك أن لا تكون عاجزة أو كبيرة مسنة أو عمياء، أو معتوهة وأن لا تكون خرساء أو صماء.

- أن تكون خالية من الأمراض: و قد مثل الفقهاء لذلك أن تكون خالية من الأمراض كالجذام و البرص و السل و الفالج. و نستنتج من تحديد الفقهاء لهذه الأمراض أن الأمر فيه ضرر على الولد[3].

ب- الشروط الواجب توفرها في النساء:

- أن لا ترتد، إن ارتدت سقط حقها في الحضانة سواء لحقت بدار الحرب أو لا.

- ألا تكون فاسقة غير مأمونة إليه، فإذا ثبت فجورها بفسق أو غيره، فإن حقها يسقط.

1- احمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 286.

2- احمد علي جردات، مرجع سابق، ص 338.

3- وفاء معتوق حمزة غيلاس، مرجع سابق، ص 459.

– ألا تتزوج غير أبيه، إذا تزوجت سقط حقها إلا أن يكون الزوج رحما للصغير.

– ألا تترك لصبي بدون رقابة خصوصا إذا كانت أنثى تحتاج إلى رعاية.

– ألا يكون الأب معسرا أو امتنعت الأم عن حضانة الصغير إلا بأجرة يسقط حقها.

– لا تكون أمه أو أم لولد فإنه لا حضانة لها[1].

ج– شروط الحضانة الواجب توفرها في الرجال:

– العصبة لا تثبت إلا للعصبة من الرجال و يتقدم الأقرب فالأقرب إن كان الصبي غلاما أو كانت جارية فلا تسلم إليه، أنه ليس بمجرم منها لأنه يجوز نكاحها فلا يؤمن عليها.

– إذا كان المحضون فتاة يجب أن تكون عصبتها ممن يؤتمن عيها فإن كان لا يؤتمن لفسقه و لخيانته، لم يكن له فيها حق، لا في كفالته لها ضررا عليها و هذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت إخوة و أعمام غير مؤمنين على نفسها و مالها لا تسلم إليها و ينظر القاضي امرأة من المسلمين ثقة عالية أمينة يسلمها إليها إلى أن تبلغ فتترك حيث شاءت و أن كانت بكرا.

– اتحاد الدين فلا حق للعصبة في الصبي إلا أن يكون على دينه، لأن هذا الحق لا يثبت للعصبة و اختلاف الدين يمنع التعصيب[2].

2– مراعاة مصلحة المحضون اتجاه اختيار الحاضن.

جاء في المادة 64 " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربين مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

و هنا المشرع أعطى السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة و كان المهم في ذلك هو أن بحث القاضي الناظر في الدعوى على إختيار الشخص والمكان الملائم لإسناد الحضانة، و أن لا يتقيد بالترتيب الوارد في النص، كما لا يسند الحضانة للقريب البعيد و

1– عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 566 و567.

2– احمد علي جردات، مرجع سابق، ص 338.

ترك الأقرب منه درجة للصغير مع توخي دائما مصلحة المحضون لأنها هي الأساس في الموضوع و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/02/19: " متى كان من المقرر شرعا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه، و من ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغير إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون"[1].

3- مراعاة مصلحة المحضون اتجاه مدة الحضانة:

نصت المادة 65 من قانون الأسرة على أنه: " تنقضي مدة الحضانة الذكر بلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهاءها مصلحة المحضون."

و الملفت أن المشرع خالف قليلا الرأي في مسألة تمديد الحضانة فالمعروف أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الولد و تنتهي باستغنائه عن خدمة النساء، وقدرته على القيام بشؤونه الحياتية، من مأكل و ملبس و نظافة و عادة ما يكون ذلك ببلوغه سن التمييز[2].

3- مراعاة مصلحة المحضون تجاه نفقة المحضون:

إن مسألة نفقة المحضون و سكناه تضمنتها المادة 72 من قانون الأسرة، فتكون نفقة المحضون و سكناه من ماله الخاص إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكناه " فإذا كان للمحضون مال خاص به كذلك، و إلا تعين على القاضي الحكم للوالد بالنفقة على

1- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 257.

2- العربي البختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، د م ن، 2011، ص 264.

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[1].

4- مراعاة مصلحة المحضون تجاه مسقطات الحق في الحضانة.

إذا كان الهدف من الحضانة كما هو مبين في المادة 62 سالفة الذكر هو رعاية الولد رعاية على الوجه المطلوب فليست مقررة على سبيل الدوام، و لذلك قد تنتهي بانتهاء مدة معينة و قد تسقط لأسباب محددة في القانون، و قد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها.

حيث جاء في المادة 65 ق.أ.ج أنه بعد انتهاء الحضانة في حالة الذكر يعود الطفل المحضون لحضانة والده في بعض الحالات قد يرفض الطفل العودة إلى حضانة أبيه فهل يمكن إجباره على الذهاب لحضانة أبيه أم لابد من مراعاة و أخذ رأيه و رغبته[2].

و نلحظ أنه في هذه الوضعية لا يوجد نص يعطي للقاضي الحل إذا ما صادفته مثل هكذا قضية، لكن و بما أن المشرع أعطى للقاضي السلطة التقديرية في مراعاة مصلحة للمحضون.

أما المادة 66 فنصت على أن الحضانة تسقط بالتزوج بغير قريب محرم و تسقط كذلك بالتنازل، ما لم يضر بمصلحة المحضون، إذ أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضونة يعد من مسقطات الحضانة.

كما أن الفقرة الثانية المادة 67 نصت على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة مع أن الأخذ بعين الاعتبار دائما مصلحة المحضون[3].

1- نورة منصوري، مرجع سابق، ص 90.

2- رشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 261.

3- المرجع نفسه، ص 262.

و جاء في قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد و منها القرار المؤرخ في 2003/05/21[1]:

" المبدأ: يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير محرم، حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطئ تطبيقه و ذلك لأن الطاعنة و هي أم الطفل قد سقط حقها في الحضانة بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة و من جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها بإسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة ".

و حتى يتمكن القاضي من تكوين قناعة و تقدير مصلحة المحضون تقديرا سليما يمكنه اللجوء إلى العديد من الوسائل قبل إصدار حكمه و نذكر منها:

التحقيق و المعاينة: للقاضي الاستماع إلى أطراف النزاع و تحديد أيهم أصلح لمراعاة مصلحة المحضون، كما له الاعتماد على الوثائق المقدمة من الأطراف و ذلك بالإسناد على نص المادة 451 من ق.إ.م.إ[2]، و هذا لجمع أكبر قدر من المعلومات التي تساعده للوصول إلى القرار الصائب.

الاستعانة بالخبراء: يمكن للقاضي الاعتماد عل نص المادة 425 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و التي تناولت موضوع الخبرة و من قبل الخبراء الذين يمكن للقاضي الاعتماد على المرشدة الاجتماعية قد يكون إلزاميا إلى الخبرة في بعض الحالات[3].

ثانيا: حق الزيارة.

للمحضون حضانة من طلاق لابد له أن يعيش مع أحد الوالدين و يغادره الثاني لكون الزوجية القائمة بينهما انفكت و حلت، و لكن أسندت الحضانة لأحدهما فإن الحق لأخر

1- ملف رقم 302428 قرار بتاريخ 2003/05/21، نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 134.

2- محمد شمروك، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2005-2006، ص 51 و52.

3- مرجع نفسه، ص52.

يكون في زيارة ابنه المحضون، و ذلك هو منع و حرمان المحضون من والديه حتى و لو كانا مطلقين[1].

و جاء في المادة 64 من ق.أ : "... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" و ذلك أن يكون الحكم للأم بالحضانة مقابل ذلك يحكم القاضي بحق الزيارة للأب، تلقائيا دون أن يطلبها لأنها من النظام العام ويحدد الحكم أوقات و أماكن الزيارة، و مدة الزيارة تكون كما استقر عليه القضاء في الجزائر، تمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية و الوطنية[2].

المطلب الثاني: تدخل القاضي عند الطعن في حكم الخلع.

إن قاضي شؤون الأسرة لا يقتصر دوره في دعوى الخلع على مستوى المحكمة الابتدائية، على الرغم من أن الحكم ابتدائي نهائي فيها، غير قابل للطعن و ذلك لأنه طلاق بائن لا يمكن الرجوع فيه ، لكن المشرع الجزائري شرع للقاضي السلطة للتدخل في تعديل الحكم و مناقشته من جديد و ذلك في الشق المادي و بطلب من احد الخصوم، و يكون ذلك على مستوى المجلس القضائي و يمتد سلطته إلى المحكمة العليا و يكون دوره تارة سلبيا و هذا ما سيتم التطرق إليه كالأتي:

الفرع الأول: تدخل القاضي عند الطعن بالطرق العادية:

أولا: المعارضة في حكم الطلاق بالخلع.

ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/02/11 تحت رقم 09/00114 إلى جواز الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي لقاضي بطلاق الخلع في شقه المتعلق بفك الرابطة الزوجية، و جاءت أسبابه كما يلي:" حيث أن المادة 57 من قانون الأسرة تنص صراحة على أن تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق و التطليق غير قابلة للاستئناف ..." و من ثم فان المشرع يكون قد حصر عدم القابلية للاستئناف في الأحكام الحضورية

1- باديس ذيابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 90.

2- منصوري نورة، مرجع سابق، ص 155.

فقط. مستثنيا بذلك الأحكام الغيابية[1] التي تبقى دائما خاضعة للطعن فيها بالمعارضة و بالتالي فان قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بعدن قبول المعارضة المرفوعة ضد الحكم الغيابي الصادر بتاريخ 2004/02/01 القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع إستنادا إلى أحكام المادة 57 من قانون الأسرة القاصرة فقط على الأحكام الحضورية، يكونون قد اخطئوا في تطبيق المادة المذكورة ولم يبنوا قرارهم على أساس قانوني سليم، و عليه فإن الوجه المثار من قبل الطاعن في هذا الشأن مؤسس، و يتعين استنادا إليه لوحده و دون التطرق لبقية الأوجه، القضاء بنقض و إبطال القرار المطعون فيه، أو إحالة القضية و الطرفين إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون .."[2].

و يلحظ أن قرار المحكمة العليا، فأن الأحكام الغيابية في شقها القاضي بفك الرابطة الزوجية لطلاق الخلع في قضية الحال، يجوز مخاصمتها بواسطة الطعن بالمعارضة أمام المحكمة نفسها المصدرة للحكم الغيابي، و يؤخذ على قرار المحكمة العليا أنه جاء غير مستساغ من جهتين:

الجهة الأولى: تتمثل في كون الطلاق الصادر عن القاضي هو طلاق بائن.

يعتبر الطلاق الصادر عن القاضي سواء كان بطلب من الزوجة كالتطليق و الخلع أو بمبادرة من الزوج بإرادته المنفردة طلاقا بائنا، تحرم الزوجة عن الزوج و لا يمكن له مراجعتها في العدة إلا بموجب عقد زواج جديد و برضاها. سواء كان الحكم حضوريا أو صدر في غياب الزوج، لذا فان الحق في المعارضة و مراعاة لخصوصية الطلاق الصادر عن المحكمة إنما يجوز فقط ضد المسائل المادية من عوض للخلع أو نفقة أو حضانة ..الخ،ويصح الحكم المعارض فيه أن لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل و يفصل القاضي من

1- الأحكام الغيابية: يكون الحكم غيابيا إذا تخلف الخصم أو الخصوم عن الجلسة و صدر الحكم في الموضوع رغم ذلك. إذا لم يحضر المدعي عليه أو وكيله أو محاميه رغم صحة التكليف بالحضور يفصل القاضي غيابيا، حسين طاهري، مرجع سابق، ص 172.

2- قرار المحكمة العليا، قرار غير منشور تحت رقم 09/00859، لحسين آث ملويا، مرجع سابق، ص 256 و257.

جديد في الخصومة من حيث الوقائع و القانون[1]. و إن الشق الخاص بفك رابطة الزواج يعتبر نهائيا.

الجهة الثانية: عدم تدخل القاضي لمراجعة حكم الطلاق بالخلع.

إذا حكمت المحكمة بفك الرابطة الزوجية بواسطة الطلاق بالخلع أو غير ذلك من أنواع الطلاق فإن حكم القاضي يكون ذو طابع نهائي، و الطلاق المنطوق به بائنا مما يجعل الزوجة أجنبية عن الزوج، و على ذلك لا يمكن للقاضي أن يهدم الطلاق الذي نطق به.

و هكذا و لكون فك الرابطة الزوجية من طرف القاضي و لو غيابيا له طابع خصوصي و على القاضي عند تطبيق القواعد الإجرائية مراعاة تلك الخصوصية، فالمعارضة غير مقبولة في شقها الخاص بفك الرابطة الزوجية، لكون الزوجة قد بانت عن الزوج كما أن الزوجة تطلب طلاق الخلع دون اشتراط إبداء السبب، لذا فان حضور الزوج من عدمه لا يؤثر على القاضي في النطق بطلاق الخلع، لأنه عليه الاستجابة لها إلى ما طلبته مقابل ما تبدله من عوض[2].

ثانيا: الاستئناف.

يصدر حكم الخلع ابتدائيا و نهائيا لا يقبل الاستئناف، ما عدا في جوانبه المادية المتصلة به، فإذا يرضى أحد الخصوم بأحد الأحكام المادية للخلع فما عليه إلا ممارسة حقه في الاستئناف مقيدا في ذلك بالقواعد الموضوعية و الشكلية التي تحكمه المنصوص عليها من المواد 332 إلى 347 ق.إ.م.إ، و يرفع الاستئناف خلال أجل شهر إذا وقع التبليغ شخصيا و في أجل شهرين إذا تم في الموطن الحقيقي أو المختار[3].

1- عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 221.

2- لحسين بن شيخ اث ملويا، مرجع سابق، ص 258 و259 .

1- طاهري حسين، مرجع سابق، ص180.

و تطبيقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة التي تنص الأحكام بإبطال غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، إضافة إلى ما ورد في المادة 48 أيضا و التي اعتبرت الخلع طلاقا و بذلك فهو غير قابل للاستئناف[1].

و ينظر القاضي على مستوى المجلس القضائي عندما يتم الطعن عن طريق الاستئناف، أنه فقط ينظر في الجوانب المادية و ذلك بعد أن يتضمن الطعن المقدم من طرف أحد الزوجين عرضا للموضوع النزاع القائم بين الزوجين و ترفق العريضة بالحكم الذي حكمت به المحكمة، و كذلك الأسباب الدافعة إلى طعن الحكم كان يكون مبلغ النفقة قليلا بالنسبة لأجرة مسكن الحاضنة أو الطعن في تقدير القاضي الابتدائي في نفقة المحضونين و ذلك بطلب الزيادة ..الخ، و يتم إيداع لدى مكتب ضبط المجلس القضائي، فهنا يقوم القاضي بالنظر في هذه الطلبات فله أن يقبل و له أن يرفض و ذلك خاضع للسلطة التقديرية له .

و لكن القاضي في الشق الخاص في حكم الطلاق بالخلع في شقه المتعلق بفك الرابطة الزوجية لا يستطيع التدخل لأنه حكم نهائي غير قابل للطعن لا بمجرد نطق القاضي على مستوى المحكمة الابتدائية، و انقسموا في أرائهم بين معارض للاستئناف في أحكام الخلع و مؤيد له.

1-أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائية نهائية استنادا إلى المادة 57 من قانون الأسرة التي تنص" الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية " إضافة إلى ما أوردته المادة 48 أيضا و التي اعتبرت الخلع طلاقا و بذلك فهو غير قابل للاستئناف. و بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوي الخلع غير قابلة للاستئناف و ذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه، كما تقبل الطعن بالنقض في

2- نورة منصوري، مرجع سابق، ص147.

القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئناف 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 المحكمة العليا بتاريخ 30 جويلية 1996 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994 عن محكمة الحراش مجلس قضاء العاصمة إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا ، استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الاقتضاء و ليس عقد رضائيا[1].

2-أحكام الخلع القابلة للاستئناف:

يرى أصحاب هذا الاتجاه إن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالاستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع وقع فيها الطعن بالنقض بالاستئناف انتهى 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 وبعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى، وصرح من جديد بالتفريق بالخلع و تكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى، إلا أن اللافت للانتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوي الخلع يجري على درجة واحدة لصرحت بنقض القرار المطعون فيه من القاضي على مستوى المحكمة العليا و بدون إحالة[2].

و نحن نرجح هذا الاتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب ذلك أن كره الزوجة لزوجها في فترة ما و لظروف مؤقتة يجعلها تبغضه و لا تطيق عشرته تدفعها لمخالعته إلا أنه بزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها و تندم على طلبها عندما يبرز لها جليا تفهمه تلك الأسباب

1- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها، د د ن، د ط، الجزائر، 2003، ص 162.
2-المرجع نفسه، ص 161.

التي دفعتها لطلب الفرقة و الانفصال و هذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعها الله في نفس الرجل و المرأة لاسيما هذه الأخيرة التي تغلب عليه العاطفة والرجعة أفضل لها حفاظا على تكامل الأسرة هذا و من جهة أخرى فإن الفقهاء اعتبروا الخلع طلاقا بائنا، و اعتبروها بينونة كبرى لتناقض بدل الخلع والشرط يبطل، وفي رأينا أن البينونة المقصودة هي البينونة الصغرى إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعة بمهر و عقد جديد هذا جعل حكم الخلع ابتدائيا قابلا للاستئناف[1].

بحكم الخلع يكون الحكم القضائي الصادر بشأنه حكما منشئا[2]، على عكس الطلاق الذي

يقع بإرادة الزوج المنفردة و الذي يكون فيه الحكم القضائي كاشفا[3] لواقعة الطلاق لا منشئا لها.

فلا يستطيع القاضي على مستوى المجلس أن يتدخل و يلغي حكم القاضي بالخلع و الحكم على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية، و ذلك لأن بين عدة المطلقة طلاقا رجعيا و بين العدة التي تتولد عن كل من التطليق و الخلع و الذي يدخل ضمن زمرة الطلاق البائن[4]، ففي خلال عدة الطلاق الرجعي يمكن للزوج أن يراجع زوجته دون حاجة إلى عقد جديد لأن الطلاق الرجعي لا ينهي عقد الزواج إلا بانقضاء العدة، بينما في عدة الخلع لا يمكنه ذلك إلا إذا ابرم عقد زواج جديد و قدم مهر جديد، لأن التطليق و الخلع يعتبر كل منهما طلاقا بائنا و الطلاق البائن ينهي عقد الزواج.

1- منصوري نورة ، مرجع سابق، ص 149.

2- الحكم المنشأ : هو الحكم المنشأ لمراكز قانونية جديدة كونه ملزم للزوجة باعتبارها أنها ملزمة بدفع مال مقابل خلعها.

3- الحكم القضائي الكاشف: لان القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف عن إرادة الزوج الذي يكون بلفظه للطلاق قبل اللجوء إلى القضاء و لكون الحكم المنشئ يرتب مركزا قانونيا جديدة و الذي يتمثل في مركز المطلق و المطلقة.

4- نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي على الأحكام القضائية، دار فسيلة، ط2، د ب ن، 2009، ص 68 و69.

بالتالي كان المشرع موفقا في هذا التوجه، حيث منع تدخل القاضي عند الحكم بدعوى الخلع بحكم قضائي ابتدائي نهائي وترك له مجال لتدخل في الجوانب المادية على أن لا يكون القاضي في المحكمة الابتدائية أخطأ في حكمه، أو كان حكمه لم يرضي أحد أطراف الخصومة.

الفرع الثاني: تدخل القاضي عند الطعن بالطرق الغير العادية.

أولا :التماس إعادة النظر.

يعد الطعن بالتماس إعادة النظر طريقا غير عاد للطعن، يرجع المحكوم عليه بمقتضاه أمام القاضي الذي فصل في النزاع، للالتماس منه تعديل حكمه الذي يرغم أنه صدر خطا فيه و هذا ما جاء في المادة 390 ق.إ.م.إ " يهدف التماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الإستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع و الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، و ذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع و القانون".

وقد حددت المادة 392 ق.إ.م.إ، الحالتين التي يمكن تقديم التماس إعادة النظر فيها و هما:

– إذا بني الحكم على شهادة شهود و وثائق اعترف بتزويرها و ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور الحكم أو حيازته قوة الشيء المقضي به.

– إذا اكتشف بعد صدور الحكم حائز لقوة الشيء المقضي به على أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم.

و عليه يبنى التماس إعادة النظر على أسباب محددة على سبيل الحصر و يشترط اكتشاف هذه الأسباب بعد حيازة الحكم الشيء المقضي فيه، و ذلك حتى يقطع الطريق أمام الخصم الذي اكتشفها قبل ذلك و تلك أجال الطعن بالطرق العادية تنقضي[1].

1– عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 250 و260.

و قد جاء في المادة 393 ق.إ.م.إ، وقت الطعن بطلب الالتماس حيث جاء فيها " يرفع الالتماس إعادة النظر في اجل شهرين يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة".

ويتضح دور القاضي في هذا الحال باقتصاره على الحكم أو القرار أو الأمر على مقتضياته أو ما ارتبط به من مقتضيات المادة 395 ق.إ.م.إ[1]، حيث لا يجوز للقاضي أن يراجع في التماس إعادة النظر، إلا نقاط الحكم التي رفع بشأنها الالتماس، مثلا يستطيع الزوج أن يطعن بأن الزوجة متزوجة عرفيا من زوج أجنبي غير محرم، فيطالب بإسقاط الحضانة عنها و لا تمتد سلطة القاضي إلى النظر في باقي نقاط الحكم إلا إذا وجدت مقتضيات أخرى مرتبطة بهذه النقاط محل المراجعة، و بالتالي فالحكم الفاصل في الالتماس لا يمكن أن يكون محل طعن جديد بالالتماس، لكنه يبقى قابلا للطعن بباقي طرق الطعن المقررة قانونا[2].

ثانيا: الطعن بالنقض.

الطعن بالنقض هو طريق من طرق الطعن الغير عادية في الأحكام و القرارات النهائية الصادرة عن المحاكم و المجالس القضائية، لأن هذا الأخير لا يكون مقبولا إلا إذا كان مؤسسا حيث نجد أن أوجه الطعن بالنقض قد تنحصر فيما يلي: عدم الاختصاص أو تجاوز السلطة، مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات، انعدام الأساس القانوني للحكم، انعدام أو قصور أو تناقض الأسباب، مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي، أو القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية الذي يتناقض مع الأحكام النهائية الصادرة في محاكم مختلفة[3] .

1- تقتصر المراجعة في التماس إعادة النظر على مقتضيات الحكم أو القرار، و الأمر التي تبرز مراجعتها ما لم توجد مقتضيات أخرى مرتبطة بها.

2- عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 261.

3- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 277.

و الطعن بالنقض في الحكم القاضي هنا لا يطلب منه إعادة النظر في الحكم المطعون فيه أمام المحكمة العليا، إنما هو يرمي إلى النظر فيما فإذا كانت المجالس وفي بعض الحالات المحاكم الابتدائية طبقت النصوص و المبادئ القانونية بصفة سليمة في الأحكام الصادرة منها، و عليه يكون دور القاضي عند الطعن بالقض مراقبة تطبيق صحيح للقانون[1]، ولا يستطيع البث في موضوع النزاع، فهنا يظهر جليا أن دوره سلبيا بحيث الطعن بالنقض و النظر فيه من طرف القاضي لا يوقف نفاد حكم الخلع و هذا ما جاء في ق.إ.م.إ في المادة 435 : " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم ".

1- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 285.

الخاتمة

الخاتمة :

نخلص في ختام البحث أن المشرع الجزائري في تقنين الأسرة كان يستنبط جل أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية، و هذا ما لمسناه من خلال معالجتنا لموضوع دور قاضي الأسرة في دعوى الخلع، و بعد الوقوف على كل العناصر الأساسية لهذا الموضوع سواء من حيث مفهوم الخلع أو شروطه الإجرائية التي يتدخل القاضي بمراقبتها ليكون الخلع نافذا، و نجده يتدخل أيضا في جميع مراحل الدعوى و خاصة أثناء الحكم عند إعمال سلطته التقديرية في الآثار المترتبة عن الخلع.

من هنا يتبين لنا أن المشرع بالرغم من دقة الموضوع و حساسيته إلا أنه كان قاصرا في معالجته، و يظهر في عقره من خلال ولادة نص واحد من صدور قانون الأسرة في الجزائر يتعلق بموضوع الخلع مما ترك القاضي في حيرة من أمره جعله يلجأ إلى فتات القواعد العامة لإيجاد حلول للمسائل المعروضة أمامه، الأمر الذي صعب عليه القيام بنشاطه القضائي بمرونة، و تسبب في تذبذب قراراته على مستوى المحكمة العليا و تناقض في الأحكام على مستوى المحاكم و المجالس القضائية.

حيث أن المادة التي جاء بها المشرع غير كفيلة بتبيان دور القاضي و تحديد جميع سلطاته و صلاحياته في دعوى الخلع و ما كان واضحا منه أن ألزم القاضي في حالة الاختلاف على بدل الخلع أن يحكم بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

لكن أغلب المسائل التي يبرز فيها دور القاضي قد غفل عنها مشرعنا و لم ينص عليها صراحة و لذلك نجد بعض الثغرات تخللت المنظومة القانونية و لابد من الوقوف عندها:

– غفل المشرع الجزائري عن الشروط الواجب توافرها لرفع دعوى الخلع بصفة خاصة، لأنه من الناحية الإجرائية يتم الخلع بطلب من الزوجة عند تأكد القاضي من صحة عقد الزواج، و ليكون نافذا يجب أن يتم أمام القاضي الذي له ولاية التفريق بالخلع.

– ترك المشرع أحكام القضاة في تضارب، لعدم إجازته للخلع صراحة بنص القانون و ذلك قبل الدخول.

– عدم النص صراحة على جواز تتمة الخلع ببدل من الزوجة أن يكون بالتنازل عن الحضانة و الرضاع و الإبراء من نفقة العدة و نفقة الصغير، و لم يمنع القاضي بنص على عدم التدخل برفض البدل في حالة كان ضد مصلحة المحضون أو مخالف للنظام العام و الآداب العامة.

– تغافل المشرع عن الفصل في مسألة التعسف في استعمال الحق في المخالعة بمطالبة الزوج عوض أكبر يضر بمصلحة الزوجة، خاصة إذا ثبت للقاضي عضل الزوج لزوجته لطلب الخلع منه.

– كذلك أغفل أن ينص على ما إذا كان للقاضي صلاحية تحرير محضرا بما تصالح عليه الزوجان في حالة فشل مساعي الصلح أو بعد نجاح مهمته في الإصلاح بينهما.

– عدم تبيان إجراءات انعقاد و سير جلسة محاولة الصلح و نص على ذلك في قواعد مبعثرة التي زادت من ثقل كاهل القاضي في مباشرة نشاطه القضائي الذي يتم بصعوبة في هذا الجانب.

– بالرغم من أهمية الحكمين في دعوى الخلع إلا أن المشرع لم يوضح للقاضي شروط الواجب توفرها في الحكمين، و كذلك لم يسطر الإجراء الذي يتوجب أن يتبعه في حال عدم التوفيق و إصلاح ذات البين بين الزوجين، كذلك لم يوضح للقاضي مدى حجية تقرير الحكمين أمامه، و أيضا عدم تبيان قرار القاضي في حالة رفض الزوجين لمبدأ التحكيم.

– صحيح أن المشرع نص صراحة على تحديد بدل الخلع من طرف القاضي في حالة الاختلاف على مقداره، لكنه أغفل عن مسألة عدم عرض الزوجة لبدل الخلع فهل يقوم بإخطاره أو يقوم بعرضه هو أم يطلب من الزوج تقديره ؟

– المشرع لم يعطي أي سلطة للقاضي في إسقاط بدل الخلع و إبطاله و ذلك عندما تصادفه الحالات التالية:

– الحالات التي ترجع للزوج: اختلاع الزوجة بسبب نشوز الزوج أو عضله لها أو في حالة ما إذا كان الزوج معيب بعيب يوجب الرد.

– الحالات التي ترجع فيه الإسقاط لزوجة: إذا كانت سفيهة أو صغيرة أو مجنونة ،و أيضا إغفال مسألة أخرى في غاية الأهمية، هي سلطة القاضي في إجازة الخلع الذي يقوم به الولي عند دفع العوض لمخالعة من تحت وصايته.

– لم يول المشرع الجزائري لأثار الخلع التي يفصل فيها القاضي أثناء النطق بالحكم تنظيما دقيقا بموجب نصوص قانونية و ذلك في تقدير القاضي لنفقة العدة و إسناد الحضانة وفق مصلحة المحضون و منح حق الزيارة لمستحقها.

و نجد المشرع خالف الرأي الراجح في مدة الحضانة حيث اتفقوا على أن تكون المدة من بداية الولادة لاستغنائه عن خدمة الناس و قدرته على تسيير شؤونه اليومية و ذلك ببلوغه سن التمييز.

و لهذا نقترح على المشرع القيام بإضافة نصوص و مواد جديدة لمادة الخلع تعالج المسائل التي لم يتطرق لها لتصبح مهمة القاضي سهلة بمعرفة حدود سلطته و رسم الأبعاد التي يقف عندها و من هذا نقترح عليه:

تسطير الشروط الواجب توافرها لطلب الخلع أمام القاضي كذلك إجازة المشرع صراحة للزوجة طلب الخلع قبل الدخول كما أجازه لها بعد الدخول.

الفصل في مسألة العوض في الخلع من حيث التنازل عنه في مقابل الحضانة و الرضاع و إبراء نفقة الصغير و نفقة العدة و كذلك الفصل في مسألة تقرير ما إذا كان للقاضي الحق في منحه بدل أكبر و سلطته التقديرية في ذلك لمنع تعسف الزوج و استبداد الزوجة.

توسيع صلاحيات القاضي لإسقاطه بدل الخلع في حال صادفته الحالات التي سبق ذكرها من عضل و نشوز الزوج و جنون و سفه و صغر الزوجة.

على المشرع الجزائري أن يضم لقانون الأسرة إجراءات خاصة برفع دعوى الخلع و تبيان الإجراءات الواجب اتخاذها من طرف القاضي في إجراء الصلح و التحكيم، لنزع العبء عليه و ذلك في كل مرة يتم الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هو قادر على الاكتفاء بذلك في قانون الأسرة.

عدم الاكتفاء بجلسات الصلح التي يقوم بها بل كان عليه تخصيص مراكز خاصة تقوم بتحسيس الأزواج بخطورة فك الرابطة الزوجية و التأكيد على مكانة الأسرة و ذلك بتكليف قضاة الأسرة القيام بذلك.

تفعيل دور المحكمين لما يملكونه من علم و دراية بأسباب الشقاق و ذلك بمنحهم أجل (04)أربعة أشهر لإعطاء فرصة أكبر للإصلاح بين للزوجين، فان تعذر عليهما كان للقاضي ضم حكما ثالثا و تمديد المدة من جديد.

التنظيم الدقيق للمسائل المتعلقة بحقوق الزوجة و الأولاد أثناء الحكم الفاصل في دعوى الخلع بموجب نصوص قانونية تحفظ حقوقهم جميعا و تعطي للقاضي السلطة التقديرية في حل النزاعات القائمة لأجلها.

موافقة المشرع للرأي الراجح في مدة الحضانة بنصه صراحة في المواد المتعلقة بالحضانة بأن تكون حضانة الصغير إلى بلوغه سن التمييز.

كان على المشرع تسطير إجراءات الطعن في دعوى الطلاق بالخلع في تقنين الأسرة و ذلك بتنظيمها بأحكام خاصة المرونة في إجراءات التقاضي.

و من ذلك كله نستنتج أن المشرع الجزائري جعل دور قاضي الأسرة ايجابيا على مستوى المحكمة العليا، بتدخله في تعديل الأحكام و القرارات في الجانب المادي و من جهة أخرى منع تدخله في الجانب الخاص بفك الرابطة الزوجية الذي يتسم بطابع ابتدائي نهائي فيكون هنا دوره سلبيا بحيث يقوم بمراقبة تطبيق صحيح القانون، دون توقيف القاضي نفاذ الحكم و ذلك تجنبا منه لإفراز بعض الإشكالات المتصلة بمسألة الآجال في العدة كون الخلع أمام القضاء، لا يثبت إلا بحكم يكون من تاريخ النطق به لأن الشريعة أوقعته طلاق بائنا لا رجعة فيه إلا بعقد جديد، و هنا كان توجهه صائبا.

قائمة المصادر و المراجع

❖الكـتب:

- **كتب تفسير القرآن:**

الإمام ابن جعفر محمد جرير الطبري، تفسير القرطبي، جامع البيان في تفسير القران.

- **كتب تفسير السنة:**

صحيح البخاري كتاب السنة، جامع السنة و شروحها، حديث رقم 56/73.

- **الكتب الفقهية و القانونية العامة:**

1- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج و النفقة و حقوق الأقارب، دار الثقافة للنشر، ط1، الأردن، 1996.

2- أبو هشهش، الصلح و تطبيقاته في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، د ط، عمان، الأردن، 2010.

3- أبي سعيد عمر بن غرامة العمراوي، أحكام الطلاق في كتاب السنة و الاجتماع، مكتبة الصحاوي النشر، د ط، د ب ن، د س ن.

4- احمد بن محمد احمد كليب، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية الطلاق و انحلاله و الطهارة على الفقه الإسلامي، المذاهب الأربعة و الإمام طاووس، دار الأنفاس للنشر، ط 1، الأردن، 2010.

5- احمد حسام النجار، الخلع و مشكلاته العملية و المنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية و أحكامه، دار الكتب، د ط، مصر، 2003.

6- احمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات:دراسة فقهية نقدية، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ط، مصر، 2001.

7- احمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر، د ط، عمان، الأردن، 2011.

8- احمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني، دار الهدى، د ط، الجزائر، 2007.

9- احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، د ط، القاهرة، مصر، 2009.

10- العربي البختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، د م ن، 2011.

11- باديس ذيابي، أثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، د ط، الجزائر، 2008.

12- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى للنشر، د ط، الجزائر، 2007.

13- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون: الزواج و الطلاق، دار النهضة.

14- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2005، ج1.

15- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل: دراسة قانونية، دار الكتب القانونية، د ط، القاهرة، مصر، 2009.

16- جمال سايس، اجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، ط 1، الجزائر، 2013، ج1، ج2، ج3.

17- حسين طاهري، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدراية الجديد، دار الخلدونية، د ط، الجزائر، 2003، ج1.

18- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، ط7، القاهرة، مصر، 2010.

18- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات البغدادي، ط4، الجزائر، 2013.

19- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، د ط، الجزائر، 2009.

20- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، د م ن، د ط، الأبيار الجزائر، 2011.

21- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة شؤون الأسرة إمام المحاكم الابتدائية، دار هومة، د ط، الجزائر، 2013.

22- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، ط2، د ب ن، 1989.

23- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و بيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الرسالة للنشر، ط1، د ب ن، 1993.

24- عبير ريحي القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط1، عمان الأردن،2007.

25- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها، د د ن، د ط، الجزائر، 2003.

26- سامح السيد محمد، المذاهب الفقهية الأربعة و القانون المصري، د م ن، ط2، د ب ن، 2005.

27- سليمان بوقندورة، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية و شرح قانون الأسرة: الزواج و انحلاله، دار الألمعية، ط1، الجزائر، 2015

28- قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي و القانون الحنفي، د د ن، د ط، د ب ن، د س ن.

29- محمد إبراهيمي، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، د ب ن، 2006، ج1.

30– محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، د م ن، د س ن، ج1.

31– محمد أبو زهرة، أحكام الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 2، د ب ن، د س ن.

32– محمد باوني، عقد الزواج و أثره: دراسة مقارنة في الفقه و القانون، منشورات اقرأ، ط1، الجزائر، 2005.

33– محمد حمد غرابية، نظام القضاء في الإسلام، دار الحامد، ط1، د ب ن، 2002.

34– محمد كمال الدين، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المعارف، د ط، الإسكندرية، مصر،2001 ، ج1.

35– محمد لمين لوعيل، الأحكام الإجرائية و الموضوعية:شؤون الأسرة أمام المحاكم الابتدائية، دار هومة للنشر، د ط، 2013.

36– محمد محدة، أحكام الإنسانية في الأحوال الشخصية، دار الشهاب، د ط، الجزائر، د س ن، ج1.

37– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه السنة و المذهب الجعفري و القانون، دار الجامعة، ط4، د ب ن، د س ن.

38– محمود علي السطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط2، 2007، عمان، الأردن، 2007.

39– مراد كاملي، الوجيز في قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، 2009–2010.

40– منال محمود المشني، الخلع في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، ط1، عمان،الأردن، 2008.

41- لحسين بن شيخ آث ملويا، الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، 2005، ج1.

42- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة طلاق الخلع: دراسة قانونية، دار هومة، د ط، الجزائر، 2013.

43- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، دار الهدى، د ط، عين مليلة، الجزائر، 2008.

44- نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، د ط، عين مليلة، الجزائر، 2003.

45- نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي على الأحكام القضائية، دار فسيلة، ط 2، د ب ن، 2009.

46- نورة منصوري، التطليق و الخلع وفق الشريعة الإسلامية، دار الهدى، د ط، الجزائر، 2012.

47- وفاء معتوق حمزة غيلاس، الطلاق و أثاره المعنوية و المالية في الفقه الإسلامي، مكتبة القاهرة، ط1، د ن، 2008.

48- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي: الأحوال الشخصية، دار الفكر، د ط، الجزائر، 1994.

❖ الرسائـل و المذكرات الجامعـية:

1- دليلة آث شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

2- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام التشريع و الاجتهاد القضائي، مذكرة دكتوراه، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005-2006.

3- اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002-2003.

4- سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الآسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، د س ت.

5- سمية صالحي، الخلع فقها و قانونا و قضاء: دراسة ومقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية في الشريعة و القانون، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2008.

6- شهرة بن طيب، التحكيم و دوره في تسوية منازعات الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007-2008.

7- عبد الله عايدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006.

8- عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج و انحلال الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، شعبة الحقوق و العلوم الأساسية و العلوم السياسية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2011-2012.

9- سامية سلمي، الخلع بين الشريعة و القانون، رسالة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، 2012-2013.

10- فاطمة الزهراء غرسي، نظام الصلح في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013.

11- محمد شمروك، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2005-2006.

12- يوسف عزيرية، التطليق و الخلع على ضوء قانون الأسرة و اجتهاد المحكمة العليا، المعهد الوطني للقضاء، 2003-2004.

❖ **المقـالات:**

1- نور الدين لمطاعي، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 3، الصادر في سبتمبر 2012، ص 227 و346.

❖ **المجـلات القضـائيـة:**

1- مجلة المحكمة العليا، العدد 3، الصادر في 1989.

2- مجلة المحكمة العليا، العدد2، الصادر في 1990.

3- مجلة المحكمة العليا، العدد2، الصادر في 1993.

4- مجلة المحكمة العليا، العدد2، الصادر في 1996.

5- مجلة المحكمة العليا، العدد2، الصادر في 2009.

6- مجلة المحكمة العليا، العدد2، الصادر في 2010.

7- مجلة المحكمة العليا، العدد1، الصادر في2011.

8- مجلة المحكمة العليا، العدد1، الصادر في2012.

❖ **النصـوص القـانونيـة:**

- الأمر 20/70 المؤرخ في فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية،ج ر، ع 21، المؤرخ في27 فبراير1970، ص274.

- الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو المتضمن قانون الأسرة، ج ر، ع24، المؤرخ في 12 جوان 1984، المعدل و المتمم.

- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، ع15، ص18، يعدل و يتمم القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

❖ **المـواقـع الالكتـرونيــة:**

www.algeria.com

❖ **المعـاجـم:**

1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ألانصاري الخزرجي المعري، لسان العرب، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.ب.ن، ص 429.

2- جرجس جرجس، مراجعة انطوان الناشف، معجم المصطلحات الفنية و الفقهية و القانونية، الشركة العالمية القانونية، ط1، لبنان، 1996.

3- المنجد في اللغة و الإعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، ط 40، د ن، 2003.

❖ **المقابلات:**

- هدى بولقروش، قاضي شؤون الأسرة، محكمة عزابة، مجلس قضاء سكيكدة، الأربعاء 2017/05/15.

الفهرس:

مقدمة	2
الفصل الأول: تأصيل الخلع و نطاق تدخل القاضي في شروطه و تكييفه	8
مبحث أول: مفهوم الخلع	9
المطلب الأول: تعريف الخلع و مشروعيته	10
فرع أول: تعريف الخلع	10
أولا: الخلع لغة	10
ثانيا: في الإصطلاح الشرعي	11
ثالثا: الخلع في الإصطلاح القانوني	13
رابعا: الخلع في التشريعات العربية	13
الفرع الثاني: مشروعية الخلع	16
مطلب ثاني: شروط الإجرائية للخلع	17
الفرع الأول: تأكد القاضي من قيام العلاقة الزوجية	17
أولا : حكم القاضي بالخلع في الزواج العرفي	18
ثانيا: حكم القاضي في طلب الخلع قبل الدخول	20
فرع ثاني: أن تطلب الزوجة الخلع من القضاء	21
فرع ثالث: مقابل العوض يخضع في قبوله لسلطة القاضي	22
أولا : حكم القاضي في مقابل إسقاط الحضانة	23
ثانيا: حكم القاضي في مقابل الإنفاق على الصغير	25
ثالثا: حكم القاضي في خلع الزوجة مقابل الرضاع	26
رابعا: حكم قاضي الأسرة بالخلع مقابل الإبراء من نفقة العدة	27
الفرع الرابع: أن يتم طلب الخلع من طرف القاضي	27
مبحث ثاني: نطاق تدخل قاضي الأسرة في تكييف الخلع	30
المطلب الأول: سلطة القاضي في مخالعة الزوجين مقيدة برضا الزوج	31

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي	31
الفرع الثاني: موقف الإجتهاد القضائي	33
فرع ثالث: موقف المشرع الجزائري	36
مطلب ثاني: نطاق تدخل قاضي الأسرة في مخالعة الزوجين دون الأخذ برضا الزوج	39
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي	39
الفرع الثاني: موقف الإجتهاد القضائي	42
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري بعد التعديل	46
الفصل الثاني: نطاق تدخل القاضي في دعوى الخلع	50
المبحث الأول: نطاق تدخل القاضي قبل صدور الحكم الفاصل في الدعوى	51
المطلب الأول: الإجراءات البديلة التي يقوم بها القاضي قبل الفصل في الدعوى	52
الفرع الأول: إجراء الصلح	52
أولا: نطاق تدخل القاضي في الصلح	52
ثانيا: نطاق تدخل القاضي في أثار الصلح	55
الفرع الثاني: إجراء التحكيم	57
أولا: نطاق تدخل القاضي في ندب الحكمين	57
ثانيا: مهمة الحكمين	61
ثالثا: التحكيم من الناحية العملية	64
المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في الدعوى	66
الفرع الأول: تحديد بدل الخلع	67
أولا: تدخل القاضي في حالة الاختلاف على المقدار	67
ثانيا: حكم القاضي في حالة عرض بدل من الزوجة	68
ثالثا: سلطة القاضي في إسقاط العوض	68
الفرع الثاني: نطاق تدخل القاضي في التعسف استعمال الحق في المخالعة	72
الفرع الثالث: ممارسة صلحيات قاضي الاستعجال	74
الفرع الرابع: تكييف الوقائع خاضع للسلطة التقديرية للقاضي في دعوى الخلع	78

المبحث الثاني: نطاق تدخل قاضي في الحكم الفاصل عن دعوى الخلع	81
المطلب الأول: نطاق تدخل القاضي في الأثار المترتبة على الخلع	82
الفرع الأول: الأثار المتعلقة بالزوجة	82
أولا: نفقة العدة و الإهمال	82
ثانيا: تدخل القاضي بالنسبة للنزاع حول متاع البيت	85
الفرع الثاني: الأثار المتعلقة بالأولاد	86
أولا: تطبيق القاضي لإحكام الحضانة بمراعاة مصلحة المحضون	86
ثانيا: حق الزيارة	91
المطلب الثاني: نطاق تدخل القاضي عند الطعن في حكم الخلع	92
الفرع الأول: نطاق تدخل القاضي عند الطعن بالطرق العادية	92
أولا: المعارضة في حكم القاضي بالخلع	92
ثانيا: الاستئناف	94
الفرع الثاني: نطاق تدخل القاضي عند الطعن بالطرق الغير العادية	98
أولا: التماس إعادة النظر	98
ثانيا: الطعن بالنقض	99
الخاتمة	102
قائمة المراجع	106
فهرس المحتويات	114