الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

شهادة مشاركة

يشهد السيد عميد كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

والسيد مدير مخبر الدراسات والبحوث الإسلامية والقانونية والاقتصاد الإسلامي

أن الدكتور(ة): بلموهوب محمد الطاهر (جامعة محمد بوضياف المسيلة)

قد شارك في الملتقى الوطني الثالث حول: الاجتهاد القضائي الأسري بين الرقابة التقويمية والمزالق التطبيقية

المنظم من طرف قسم العلوم الإسلامية بتاريخ: 06-07 أفريل 2021م الموافق لـ 24-25 شعبان 1442هـ

من خلال تقديم بحث علمي: دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في صنعة التشريع الأسري – الخلع نموذجا

عميد الكلية

عميد كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية بالنيابة

تقي الدين يحي

مدير المخبر

الأستاذ: بن سعيد موسى

مدير المخبر

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية
مخبر الدراسات الإسلامية والقانونية والاقتصاد الإسلامي

ينظم

الملتقى الوطني

الاجتهاد القضائي الأسري

بين الرقابة التقويمية والمآلات التطبيقية

يومي: 24-25 شعبان 1442هـ الموافق لـ 06-07 أفريل 2021 م

رئيس الملتقى:
الدكتور: حمادي عبد الفتاح

برنامج أشغال جلسات الملتقى

الأربعاء: 25 شعبان 1441 هـ - 07 أفريل 2021 م

عبر تقنية FCC

الجلسة الافتتاحية

9:00 -

تلاوة آيات بينات من الذكر الحكيم
النشيد الوطني
كلمة ترحيبية للسيد رئيس قسم العلوم الإسلامية
د. أحمد الزايدي
كلمة السيد عميد كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
د. يحيى تقي الدين
كلمة السيد رئيس الملتقى
د. حمادي عبد الفتاح
كلمة السيد رئيس اللجنة العلمية ومدير المخبر
أ.د ابن سعيد موسى
كلمة السيد رئيس اللجنة التنظيمية
د مجيدي العربي
كلمة السيد مدير الجامعة
أد. كمال بداري
(الاعلان عن الافتتاح الرسمي لأشغال الملتقى)

الجلسة العلمية الأولى

10:00 - 11:00

مفهوم الاجتهاد القضائي الأسري وحجيته في العمل القضائي
د.فؤاد غجاتي جامعة البويرة
تعريف الاجتهاد القضائي وأهمينه وأجهزته
د.مصطفى إيمان جامعة البليدة 2
مفهوم الاجتهاد القضائي و أهميته
أد. ابن سعيد موسى جامعة المسيلة
د. أحمد الزايدي جامعة المسيلة
خصائص الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة وحدوده
د. صفية حسين جامعة الجزائر

الاجتهاد القضائي، مفهومه، أهميته، مجالاته
د. حمادي سهام جامعة المسيلة
الاجتهاد القضائي الاسري مفهومه تطوره خصائصه
د. عبد الرحمن بشيري جامعة الجلفة
أ. لخضر حمزة جامعة الجلفة
الاجتهاد ومدى ضرورته في قضايا شؤون الأسرة
د.عمري رشيد جامعة معسكر
أ.زوانب عينونة جامعة معسكر
-تطور التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في القانون الجزائري
د. سفيان بوقرة جامعة الوادي

الجلسة العلمية الثانية

الأبعاد المقاصديّة للخلاف الفقهي وأثرها في تقويم الاجتهاد القضائي الأسري
د.نبيل موفق جامعة الوادي
تقصيد قانون الأسرة – المفهوم والغاية
د.محمد بومدين بطاهر جامعة الجزائر
الإطار القانوني لاستناد القاضي الجزائري إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في أحكامه
د. عائشة عبد الحميد جامعة الطارف
مقاصد الشريعة كمنهج ضابط للإجتهاد القضائي الأسري وأثرها في التقليل من مزالقه التطبيقية « دراسة تحليلة على ضوء الاجتهاد المقاصدي »
أ. لمين لبنى جامعة المسيلة
إشكالية تطبيق العرف في الاجتهاد القضائي الأسري
د. شرقي صالح الدين جامعة باتنة
د. بعجي عبد اللطيف جامعة باتنة
الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قضايا الأسرة بين المرجعية المالكية والانفتاح المذهبي
أ. سلامي فواز جامعة الوادي
اختلاف الاجتهاد القضائي وأثره على أحكام الأسرة
د. سعيد خنوش جامعة الجزائر
أ. سويسي ليلى جامعة الجزائر

صباحا 10:00 - 11:00 | 11:00 - 12:35

مراعاة الكفاءة بين الزوجين في الاجتهاد القضائي الأسري.
د. شعيب يسعد جامعة المسيلة
تغير الاجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع –الخلع أنموذجا–
د. عبد القادر حوبة جامعة الوادي
أ. ليلى حمي جامعة الوادي
أثر الاجتهاد القضائي في تحويل مسار الخلع من الرضائية إلى الجبرية
أ.راضية بشير جامعة سكيكدة
أ.رؤوف قروج جامعة قسنطينة
اجتهاد المحكمة العليا حول تقادم الميراث–دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون–
د. آمال رواق جامعة سكيكدة
نماذج تطبيقية للإشكالات القانونية في قضايا الوقف.
د. جمال الدين ميمون جامعة مسيلة
نماذج تطبيقية للاجتهاد القضائي بالمحكمة العليا
د مصطفى العربي باشا جامعة وهران
اجراءات الحكم بموت المفقود في ضوء أحكام الفقه الإسلامي مقارنا بالاجتهاد القضائي
أ.وليد ميرة جامعة المسيلة
الطبيعة الفقهية والقانونية للخلع
د.جمادي مسعود جامعة المسيلة
الاجتهاد القضائي مجالاته وتطبيقه في قانون الاسرة الجزائري "الخلع أنموذجا أ.محمد بوهالي جامعة المسيلة
إشكالات إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة في ضوء الاجتهاد القضائي أ.زين رشيد جامعة المسيلة
التغير الجنسي بين الرؤية التشريعية والاجتهاد القضائي– دراسة مقارنة بين الدول الغربية والعربية د.هلالي مسعود جامعة الجلفة
أ.دقمان صباح جامعة الجلفة

الجلسة الختامية

15:45 تلاوة توصيات الملتقى
رفع أشغال الملتقى

تقنية العرض: FreeConferenceCall
الرقم التعريفي للجلسات: Islamlaw2021
الصفحة الرسمية لقسم العلوم الاسلامية

14:30 - 15:35 مساء

الجلسة العلمية الرابعة

درء التعارض بين الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا لنفس النوازل– التطبيق نموذجا –
د عكاشة راجع جامعة وهران
أ.لوعيل قويدر جامعة وهران
الاجتهاد القضائي في قضايا إثبات عقد الزواج وموقف المحكمة العليا منها
د. سميرة عبدو جامعة باتنة
مخالفة قضاء المحكمة العليا للمرجعية الشرعية وأثره على زعزعة الاستقرار الأسري: اشتراط الرخصة الإدارية في اثبات الزواج المختلط "أنموذجا"
أ. عبد الحكيم بن هبري جامعة الجزائر
أ. بوفروره سمير جامعة الجزائر
نفي النسب بين اللعان و البصمة الوراثية في الإجتهاد الفقهي والقضائي الجزائري
د بالجيلالي خالد جامعة تيارت
أ. قطواش فطيمة جامعة تيارت
إشكالية إثبات النسب والحاقه بالطرق العلمية في ضوء الاجتهاد القضائي نسب ولد الاغتصاب أنموذجا
أ. هراوة الزهرة جامعة الجلفة
تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق "الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية أنموذجا"
د. أحمد بورزق جامعة الجلفة
د.عربية باخة جامعة البليدة
تدخل القاضي في إيقاع الخلع دون رضا الزوج وإشكالاته الفقهية والقانونية والقضائية
د.ربيعي حسين جامعة قسنطينة
أ. محمود وسمر جامعة قسنطينة
تغير الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في دعاوى الخلع وأثره في تعديل قانون الأسرة
د ياسين علال جامعة قالمة
أثر اجتهادات الأئمة على القضاء الأسري، الحضانة نموذجا
أد.كتاب حياة جامعة المسيلة
الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مسألة إلحاق نسب ولد الإغتصاب بالمُغتصب، دراسة تأصيلية على ضوء أحكام الفقه الإسلامي د.مجيدي العربي جامعة المسيلة

13:30 - 14:30 مساء

الجلسة العلمية الثالثة

أحكام الاجتهاد القضائي بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
د. شكيرين ديلمي جامعة خميس مليانة
قاعدة: اعتبار المآلات وأثرها في الاجتهاد القضائيّ الأسريّ الأهميَّة والتَّفعيل
د. بن عبد الله يعقوب جامعة المسيلة
ضوابط الإجتهاد القضائي وانعكاساته على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة–دراسة مقارنة–
د. شرفة سامية جامعة المسيلة

11:00 - 12:35 ا

الجلسة العلمية الثانية

دور الاجتهاد القضائي في التفسير السليم لنصوص قانون الأسرة
د. إقروفة زبيدة جامعة بجاية
دور الاجتهاد القضائي في حل إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري
د.هشام ذبيح المركز الجامعي بريكة
دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في صنعة التشريع الأسري – الخلع نموذجا–
د. بلموهوب محمد الطاهر جامعة المسيلة
أ. بلفاضل عيسي جامعة غرداية
دور الاجتهاد في تقويم العمل القضائي –نماذج تطبيقية من مسائل الثبات النسب
د. يحي حاجي جامعة البليدة
عجز قضاة المحكمة العليا في توحيد الاجتهاد القضائي بين مسألة المتعة والتعويض
د.ابراهيم عماري جامعة الشلف
أ. فاطمة الزهراء بوعسلة جامعة الشلف
دور الاجتهاد القضائي في تطوير الصنعة التقنينية الأسرية
د. حمادي عبد الفتاح جامعة المسيلة
د. حمد بوجمعة جامعة المسيلة
إجتهاد قاضي شؤون الاسرة بين نص المادة222 قانون الأسرة وبين الواقع.
أ. آمال بن علي جامعة البليدة

استمـارة المشاركـــة

في الملتقى الوطني حول :الاجتهاد القضائي الأسري بين الرقابة التقويمية والمزالق التطبيقية

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية العلوم الانسانية والاجتماعية

قسم العلوم الاسلامية

اللقب والاسم: بلموهوب محمد الطاهر

الرتبة العلمية: أستاذ محاضر "أ"

التخصص: شريعة وقانون

المؤسسة: كلية الحقوق جامعة محمد بوضياف المسيلة

المخبر: البحوث والدراسات في القانون والأسرة والتنمية الادارية

الهاتف: 07.71.93.10.44

البريد الالكتروني: mohamedtahar.belmohoub@univ-msila.dz.....

اللقب والاسم: عيسي بلفاضل

الرتبة العلمية: طالب دكتوراه سنة ثانية ل.م.د

التخصص: قانون الأسرة

المؤسسة: جامعة غرداية

المخبر: السياحة الإقليم والمؤسسات

الهاتف: 0665511914

البريد الالكتروني: belfadel.aissa@univ-ghardaia.dz

محور المداخلة: المحور الرابع: نماذج تطبيقية للاجتهاد القضائي بالمحكمة العليا

عنوان المداخلة: دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في صنعة التشريع الأسري – الخلع نموذجا–

الملخص:

لقد كرس المشرع حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة كما سمح للزوجين أن يتفقا على الطلاق وينهيا الرابطة الزوجية باردتهما المجتمعة كما منح للزوجة حق التفريق عن طريق التطليق والخلع، والتفريق عن طريق الخلع من المسائل التي كانت محل اجتهادات من طرف المحكمة العليا لم تستقر على طرح واحد منذ صدور قانون الأسرة الجزائري بموجب القانون 11/84 وكانت مضطربة ومتغيرة وأثرة على أحكام الخلع في التشريع الجزائري بتغيير الطبيعة القانونية للخلع من كونه عقد رضائي إلى كونه حقا خالصا للمرأة بموجب الأمر 05/ 02 المعدل لقانون الأسرة الجزائري بموجب نص المادة 54 منه.

الكلمات المفتاحية: خلع– رضا– حق – اجتهاد– المحكمة العليا.

Abstract

The legislator has enshrined the husband's right to divorce by his own will. It also allowed the spouses to agree to divorce and end the marital bond with their collective will. It also granted the wife the right to separate through divorce and khula, and separation by khula from issues that were the subject of the jurisprudence of the Supreme Court that did not settle on the proposal. One since the issuance of the Algerian family law under Law 84/11 and it was turbulent and changing and affected the provisions of khul in Algerian legislation by changing the legal nature of khula from being a consensual contract to being a pure right for women according to Order 02/05 amending the Algerian family law under the text of Article 54 thereof.

***Key words**: Dissociation – Consent – Right – Diligence – Supreme Court.*

مقدمة

الزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى ، كما أولاه الشارع عناية كبيرة ووصفه القران الكريم بأنه ميثاق غليظ في قوله تعالى : "**وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض و أخذن منكم ميثاقا غليظا**" إلا أنه و مع ذلك فقد شرع الطلاق استثناءا و اعتبره أبغض الحلال إلى الله عز وجل علاجا للحياة المتفككة وعلى إثر ذلك أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة لمسألة فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، حيث وضع جملة من الأحكام لحماية هذه الرابطة وصونها من أي تفكك وفرقة، وبالرغم من ذلك قد يطرأ على الحياة الزوجية ما يعكر صفوها فيتولد الشقاق بين الزوجين الذي قد تعجز على تجاوزه محاولات الصلح المتكررة، الأمر الذي يتوجب معه فك الرابطة الزوجية كأخر حل لإزالة هذا الشقاق المستمر، ومن بين طرق فك الرابطة الزوجية الطلاق عن طريق الخلع بطلب من الزوجة ، وهذا الأخير كان محل خلاف حول التكييف القانوني له فمنهم من اعتبره عقد رضائي لبدا للإيقاعه من طرف القاضي وجوب موافقة الزوج ومنهم من اعتبره حقا خالص للزوجة وبالتالي فللقاضي ايقاعه بناءا على طلب من الزوجة دون شرط موافقة الزوج والمشرع الجزائري من خلال القانون 84- 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري بموجب نص المادة 54 منه لم يبين موقفه من هذا التكييف مما فتح الباب لعدم الاستقرار في اجتهاد المحكمة العليا في هذا الشأن، إلا أن المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-02 المعدل للقانون 84-11 المتضمن للقانون الأسرة الجزائري وضع حدا لعدم الاستقرار في اجتهاد المحكمة العليا بنصه بموجب المادة 54 منه على جواز أن تخالع الزوجة نفسها بمقابل مالي دون موافقة الزوج ، وبناء على ذلك يجدر بنا التساؤل حول **مدى تأثير الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في تغيير الطبيعة القانونية للخلع؟**

للإجابة على هذا التساؤل سنتناول الموضوع بالدراسة وفق الخطة التالية:

المطلب الأول: تكييف الخلع على أساس أنه عقد رضائي يستوجب موافقة الزوج.

المطلب الثاني: تكييف الخلع على أساس أنه حق للزوجة لا يستوجب موافقة الزوج.

المطلب الأول: تكييف الخلع على أساس أنه عقد رضائي يستوجب موافقة الزوج.

إن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذه المرحلة كان يجيب بوجوب موافقة الزوج على الخلع واعتبره شرطا أساسيا حيث لا يتم الخلع إلا بموافقته ويظهر ذلك من خلال القرارات التالية:

أولا- ملف رقم 33652 قرار بتاريخ 1984/06/11:[1]

متى كان المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع.

ثانيا- ملف رقم 36709 قرار بتاريخ 1985/04/22:[2]

من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب رفض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بالخلع على مقدار صداقها واشتراط الزوج خلعا قده 50000 دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بالخلع وطلبهما له معا.

ثالثا- ملف رقم 51728 قرار بتاريخ 1988/11/21:[3]

من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه.

لما كان من الثابت – في قضية الحال- أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها فيه سبب أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع.

---

[1] قرار رقم 33652 ، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص 38-40.

[2] قرار رقم 36709، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص 92-94.

[3] قرار رقم 51728 ، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 03، 1990، ص 72-74.

ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة.

رابعا- ملف رقم 73885 قرار بتاريخ 1991/04/23:[4]

من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال- أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل قد أخطأ في تطبيق القانون.

ومتى كان دلك استوجب نقض الحكم المطعون فيهو متى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة.

من خلال استقراء هذه القرارات فانه يتبين أن المحكمة العليا أقرت مجموعة من المبادئ وهي:

– قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، ومعنى ذلك أن هناك اعتبارا لإرادته في الخلع، فالخلع عقد رضائي، فإذا ما تأخرت إرادة من الإرادات لم يتم الخلع، فحتى تكون للخلع حركية واقعية لا بد أن يتم بناءا على توافق إرادتين، إرادة الزوج وإرادة الزوجة.[5]

– عدم جواز إلغاء إرادة الزوج من طرف القاضي، فلا يجوز للقاضي مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ولا فرض الخلع عليه، ولا يجوز أن يحكم به من تلقاء نفسه.[6]

ومن خلال هاذين المبدأين يتبين أن اجتهاد المحكمة العليا قبل سنة 1992 وفي ظل القانون 84-11[7] المتضمن قانون الأسرة الجزائري ونظر للغموض الوارد بنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري والتالي لم يبين المشرع الجزائري من خلالها موقفه من التكييف القانوني

[4] قرار رقم 73885 ، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 02، 1993، ص 55-57.

[5] بولقصيبات أحمد، الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري دراسة تقييمية، مقال منشور بمجلة التراث، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 3، نوفمبر 2012 ، ص 181.

[6] بولقصيبات أحمد، المرجع تفسه، ص 181.

[7] القانون رقم 84-11المورخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

للخلع باعتباره عقد رضائي يستوجب موافقة الزوج أو اعتباره حقا خالصا للزوجة لا يستوجب موافقة الزوج، وبهذا تكون المحكمة العليا قد أخذت بقول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية[8]، حيث قالوا إنه إذا طلبت المرأة الخلع لم يجبر الزوج على الموافقة بل يستحب له تلبية طلب زوجته، ومن ثم فللزوج رفض الطلب، ولا يجبر عليه وإلا صار واجبا، الأمر الذي ترتب عليه انتفاء إرادة الزوجة في إيقاع الفرقة بالخلع دون رضا الزوج حيث قال البهوتي " وتسن اجابتها أي الزوجة إذا سألته الخلع عن عوض "[9]، حيث استدلوا بأن أمر الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث التالي (أقبل الحديقة وطلقها تطليقة) حيث فسروها على أنها على سبيل الارشاد والإصلاح لا على سبيل الايجاب والحتم بإجراء الخلع[10].

[8] ابن حزم، المحلى بالأثار، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1929، الجزء العاشر، ص 335.

[9] البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الارادات، تحقيق عبد الله بن محسن، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، 2000، ص 336.

[10] ابن الحجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تعليق عبد الرحمان بن ناصر البراك، دار طيبة، الرياض، السعودية، الجزء الثاني عشر، ص 93.

المطلب الثاني: تكييف الخلع على أساس أنه حق للزوجة لا يستوجب موافقة الزوج.

إن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذه المرحلة كان يجيب بعدم وجوب موافقة الزوج على الخلع حيث أنه يمكن للزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة زوجها ويظهر ذلك من خلال القرارات التالية:

أولا–ملف رقم 83603 قرار بتاريخ 1992/07/21:[11]

من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.

وعليه فإن قضاة الموضوع – في قضية الحال – لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن.

ثانيا–ملف رقم 115118 قرار بتاريخ 1994/04/19:[12]

من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي

[11] قرار رقم 83603، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، عدد خاص (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية)، 2001، ص 134-137.

[12] قرار رقم 115118، المحكمة العليا ، نشرة القضاة، العدد 52، 1996, ص 106- 110 .

لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.
وعليه فإن قضاة الموضوع – في قضية الحال – لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن.

ثالثا– ملف رقم 141262 قرار بتاريخ 1996/07/30:[13]

إن الخلع أجزته الشريعة الاسلامية وكرسه قانون الأسرة وسواء رضي به الزوج أو لم يرضى فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة لموافقة الزوج.

رابعا– ملف رقم 216239 قرار بتاريخ 1999/03/16:[14]

الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.

خامسا– ملف رقم 252994 قرار بتاريخ 2000/11/21:[15]

إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين.

من خلال استقراء هاته القرارات فانه يتبين أن المحكمة العليا أقرت مجموعة من المبادئ وهي:

– عدم اشتراط رضا الزوج في الخلع، أي أنه لا اعتبار للإرادة الزوج في الخلع إطلاقا، فهو حقا إرادي للزوجة، خولته الشريعة الاسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية، فهو عقد غير رضائي، إنما هو نظام تبدأ حركيته بمجرد إرادتها, فإرادتها غير مفتقرة لإرادة الزوج.[16]

– أن الخلع رخصة للزوجة تفتدي بها نفسها.[17]

---

[13] قرار رقم 141262، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 01، 1998, ص 120- 123 .
[14] قرار رقم 216239، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، عدد خاص (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية)، 2001، ص 138-141.
[15] قرار رقم 252994، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 01، 2001, ص 293- 295 .
[16] بولقصيبات أحمد، المرجع السابق، ص 181.
[17] المرجع نفسه ، ص 182.

ومن خلال هاذين المبدأين يتبين أن اجتهاد المحكمة العليا بعد سنة 1992 وفي ظل القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري وإلى غاية صدور الأمر 05-02[18] قد تغيير نحو اعتبار الخلع حقا خالصا للزوجة لا يستوجب موافقة الزوج.

إلا أنه بصدور الأمر 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري ولاسيما فيما يتعلق بالمادة 54 التي تم تعديلها بإضافة عبارة " دون موافقة الزوج " قد رفع الغموض وبالتالي وقف عدم الاستقرار الذي كان حاصلا في اجتهادات المحكمة العليا في ظل القانون 84-11.

وبهذا تكون المحكمة العليا قد أخذت بقول المالكية بوجوب استجابة الزوج لرغبة زوجته في طلب الخلع، ومن هنا فللمرأة كل الإرادة المنفردة في الحصول على الطلاق بالخلع بإجبار الزوج عليه لوجوبه، واستدلوا على ذلك بأن الأمر في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " أقبل الحديقة وطلقها تطليقة " يفيد وجوب تلبية الرجل لرغبة زوجته في طلب الخلع لبقاء وعدم انصراف الأمر عن أصله في إفادة الوجوب.[19]

والامام مالك وإن كان جعل الخلع حقا للزوجة إلا أنه قيده بشرط محاولة الصلح بينها وبين زوجها.[20]

وقد ذهب في هذا الاتجاه ابن رشد بقوله" والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل".[21]

وتجدر الإشارة هنا أن هناك من يقول بأن مرد هذا التغيير لا يعود إلى إرادة السلطة التشريعية ولا إلى إرادة السلطة القضائية، وإنما مرده إلى إرادة المجتمع الدولي فيما تضمنته الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.[22]

---

[18] الأمر 05-02 المؤرخ في 27فبراير2005، المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري.

[19] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الجزاء الثاني، 1982، ص 68.

[20] مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، 1994، ص 5.

[21] ابن رشد، المرجع السابق، ص 68.

[22] بولقصيبات أحمد، المرجع السابق، ص177.

خاتمة:

وفي الاخير نخلص إلى أن اجتهاد المحكمة العليا في تحديد الطبيعة القانونية للخلع تغير من كونه عقد رضائي يستوجب موافقة الزوج للإيقاعه، إلى حقا خالص للزوجة يمكن أن تطلبه دون موافقة الزوج على ذلك ويبدو في نظرنا أن الاستقرار الأخير في تكييف الطبيعة القانونية للخلع على أساس أنه حقا خالص للزوجة كان تحت تأثير إرادة المجتمع الدولي فيما تضمنته الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي نادة بالمساوة بين الرجل والمرأة ومن ذلك المساوة في فك الرابطة الزوجية بمنح الزوجة الحق في الخلع كمقابل لحق الزوج في فك الرابطة الزوجية بإرادة المنفردة وبذلك كان السبق للاجتهاد المحكمة العليا في التأثر بهذه الدعوات وهذا التأثر للمحكمة العليا انعكس بدوره على المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 لاسيما في المادة 54 منه بإضافة عبارة " دون موافقة الزوج " ونحن نخشى أن يكون هذا التغيير في تكييف الخلع على أساس أنه حقا خالص للزوجة يمكن أن تطلبه دون موافقة الزوج مطية وذريعة في يد المرأة تستعملها بتعنت ودون روية مما يفتح الباب نحو التفكك الأسري ، لهذا نوصي بما يلي:

- على المشرع الجزائري القيام بتعديل نص المادة 54 من قانون الأسرة بالنص على رضائية الخلع مع تقييد هاته الرضائية عن طريق ممارسة القاضي لرقابته من خلال التأكد من عدم تعسف الزوج في حالة رفضه للخلع.

- على المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة تحديد المذهب الفقهي الذي يلجأ اليه القاضي وهذا حتى لا يكون هناك تضارب في الأحكام الصادرة على مستوى مختلف الدرجات نظرا للاختلاف المذهب المستند إليه من طرف القضاة.

قائمة المراجع:

أولا/الكتب:

1- ابن حزم، المحلى بالأثار، إدارة الطباعة المنيرية، مصر،1929، الجزء العاشر.

2- البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الارادات، تحقيق عبد الله بن محسن، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، 2000.

3- ابن الحجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تعليق عبد الرحمان بن ناصر البراك، دار طيبة، الرياض، السعودية، الجزء الثاني عشر.

4- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الجزاء الثاني، 1982.

5- مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، 1994.

ثانيا/المقالات:

- بولقصيبات أحمد، الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري دراسة تقييمية، مقال منشور بمجلة التراث، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 3، نوفمبر 2012.

ثالثا/القوانين:

1- القانون رقم 84-11المورخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
2- الأمر 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005، المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري.

رابعا/القرارات:

1- قرار رقم 33652 ، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 03، 1989.
2- قرار رقم 36709، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 01، 1989.
3- قرار رقم 51728 ، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 03، 1990.
4- قرار رقم 73885 ، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 02، 1993.
5- قرار رقم 83603، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، عدد خاص (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية)، 2001.
6- قرار رقم 115118، المحكمة العليا ، نشرة القضاة، العدد 52، 1996 .
7- قرار رقم 141262، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 01، 1998 .
8- قرار رقم 216239، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، عدد خاص (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية)، 2001.
9- قرار رقم 252994، المحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد 01، 2001 .