

الخلع في الاجتهاد القضائي الجزائري

دراسة تقييمية

أ/ بولقصيات أحمد
جامعة باتنة - الجزائر

الملخص:

من عدالة التشريع الإسلامي أن يضع للأنظمة التشريعية مع وصفها وسائل و آليات تساعد على نجاعتها، و هذا أمر قد رأيناه واضحا من خلال نظام الزواج، الذي بناه التشريع الإسلامي على أسس مقاصدية متينة و جعل له آليات لإنجاحه و تدعيمه كالخطبة، و كذلك نظام الطلاق فقد جعله الله تعالى نظاما محاطا بشئى أنواع الآليات، و غايته إنهاء العلاقات الزوجية في حالة استحالة الحياة العائلية و استقرارها، فسنّ التشريع الإسلامي الطلاق بإرادة الزوج و رتب على ذلك آثارا، و أعطى للمرأة حقّ التطليق إذا كان الأمر متعلّقا بما يسبّب ذلك من أضرار بشرط إثباتها بطرق الإثبات الشرعية و القانونية ورتب على ذلك آثارا كذلك، و في حالة ما إذا لم تتمكن المرأة من إثبات الضرر الواقع عليها جعل لها طريقا آخر تستعمله لفك الرابطة الزوجية، و التنصّل من التزامات لا تقدر عليها و هو طريق الخلع، و هو نظام انفردت به الشريعة الإسلامية، وسيكون محلّ هذا البحث من خلال تعرّضه لمسألة التكيف من حيث الأصل على مستوى التطبيق القضائي في ضوء ما انتهجه الفقهاء في هذا المجال، وكذلك مسألة التقييم الموضوعي والإجرائي لأحكام وقرارات القضاء الجزائري.

مقدمة:

لقد اختلف الفقهاء حول تكيف الخلع في دائرة الرضائية¹ ممّا جعل الخلاف الفقهي مفتوحا لحدّ الآن دون فصل، فمنهم من يرى أن رضى الزوج أمر مطلوب بناء على مبدأ العصمة و القوامة، و منهم من يرى أنه غير مطلوب، و بالتالي فهو حق إرادي للزوجة، تطلبه متى شاءت، و بقي الخلاف الفقهي منذ ذلك الزمان على ما هو عليه، فحدث بذلك إشكال فقهي. جاء قانون الأسرة عام 1984 مقننا للأحكام الفقهية للأسرة من ضمنها الخلع و جعله منصوبا عليه في المادة (54) منه، محافظا بهذا التقنين على ذلك الخلاف الفقهي، فلم يوضّح النصّ أيّ الرأيين قد اختار، هل الرأي الذي اعتمد مبدأ اعتبار إرادة الزوج في الخلع، أم مبدأ عدم اعتبار إرادة الزوج فيه؟ الأمر

الذي شكّل لنا معادلة مبناها: خلاف فقهي حول التكييف + غموض في النص القانوني = الوضع الحرج للقاضي الجزائري في تحديد طبيعة الخلع من حيث الرضائية، وهذا ما أنتج بدوره اضطرابا داخليا عموديا، أي بين قضاة الموضوع و قضاة المحكمة العليا، واستمر الأمر كذلك إلى أن جاء القانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005 الذي يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة، متضمنا تعديل نص المادة 54، وبناء على ذلك ف:

- ما هو التكييف الحقيقي للخلع على مستوى القضاء؟ لا من حيث البديل، بل من حيث أصل الخلع؟ و هل استقرّ القضاء في قراراته و اجتهاداته على رأي فقهي معين، أم أنه كان متذبذبا بين رأي و آخر؟
- ما أثر كلّ ذلك على الانسجام و التناسق القضائيين؟ أي بين قضاة الموضوع و قضاة المحكمة العليا.
- و ما تأثير ذلك على الوظيفة الرئيسية للمحكمة العليا، و هو توحيد الاجتهاد القضائي التي تجد أساسها القانوني في المادة (152) من الدستور؟
- و هل كانت الاجتهادات على المستوى الإجرائي متناسقة مع تكييفات المحكمة العليا للخلع؟
- والإجابة على كلّ ذلك تكون من خلال ثلاثة مطالب، (الأول) أوضّح فيه ماهية الخلع و تكييفه الفقهي، و (الثاني) أتعرّض فيه لتكييف المحكمة العليا للخلع، أمّا (الثالث) فسيكون مجالا للتقدير الموضوعي و الإجرائي لاجتهادات المحكمة العليا في مجال الخلع.

المطلب الأول: ماهية الخلع و تكييفه الفقهي

تعريف الخلع وتكييفه الفقهي أمران جوهريان. فالحد أو التعريف هو بيان دقيق لماهية الشيء، و تكييفه الفقهي توضيح عميق لخلفيته التشريعية؛ و لهذا كان من الواجب علينا دراستهما بشيء من التفصيل في فرعين متتابعين: ماهية الخلع (فرع أول)، و تكييفه الفقهي (فرع ثاني).

الفرع الأول: ماهية الخلع -فقها - قانونا - قضاء

الخلع من الناحية العرفية هو إزالة الزوجية¹، و فقها، فقد عرفه الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه²، و عرفه الحنابلة بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته -أو غيرها- بألفاظ مخصوصة³، كما عرفوه بأنه الطلاق بعوض⁴. أما تعريفه عند الشافعية فيفيد أنه فرقة بين الزوجين بعوض مقصود و راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع⁵. و عند المالكية فهو: (أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها، أو تسقط عنه حقا لها عليه)⁶، أو بعبارة أخرى الطلاق بعوض، سواء أكان من الزوجة أم من غيرها من وليٍّ أو غيره، أو بلفظ الخلع⁷.

و معنى ذلك أن الخلع نوعان عند المالكية:

أولهما: ما كان نظير عوض، و هو الغالب.

الثاني: ما وقع بلفظ الخلع، و لو لم يكن نظير شيء.

كما عرفه الظاهرية - و هو تعريف يكتسي أهمية من خلال وضوح التكييف فيه- كما يلي:

(الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت ألاّ توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقه، فلها أن تفتدي منه و يطلقها إن رضي هو، و إلاّ لم يجبر هو، و لا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما)⁸. و جاء في نيل الأوطار بأنه: فراق الرجل زوجته ببدل يحصل له⁹.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، طبعة خاصة، 1992، ج 7، ص 480.

² كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط 2، د.ت، ج 4، ص 211.

³ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مراجعة هلال مصيلحي و مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1982، ج 5، ص 167.

⁴ مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت، ج 2، ص 44-45.

⁵ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، د.ط، د.ت، ج 3، ص 262.

⁶ ابن جزي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، د.ط، 1988، ص 237.

⁷ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه.

⁸ محمد بن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 9، ص 235.

محمد المنتصر الكتاني، موسوعة تقريب فقه ابن حزم الظاهري، مكتبة السنة، القاهرة، ط 1، 1992، ص 339.

⁹ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مكتبة الكليات الأزهرية، الأزهر، القاهرة، د.ط، د.ت، ج 8، ص 33.

من خلال هذه التعريفات الفقهية لا يمكن أن نحدد بصورة دقيقة الوصف الحقيقي للخلع و لا تكييفه من جهة الرضائية، و بصورة أوضح، لا نستطيع أن نقول أن الخلع عقد رضائي، و في مقابل ذلك لا يمكن أن نقول أنه حق إرادي للزوجة، باستثناء تعريف الإمام ابن حزم الذي تميز عن غيره بوضوح التكييف فيه.

أما من الناحية القانونية، فلم يرد تعريف للخلع في قانون الأسرة الجزائري، الذي احتزل نظام الخلع بأكمله - رغم جوهريته في إنهاء العلاقات الزوجية- في مادة واحدة، و هي المادة⁵⁴ من القانون رقم 09/05 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة: (يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه. فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم..). و هذا يعدّ إخلالا بمثل هذه الأنظمة الحيوية التي جاء بها التشريع الإسلامي، فالخلع كسبب للتفريق بين الزوجين ليس من وضع المشرع الوضعي، فلم يأت بناء على اجتهاد، و إنما هو نظام وضع له الإسلام قواعد و ضوابط و أحكاما¹. و كان من المفروض أن يكون هذا الأمر دافعا لأن يهتم به المشرع الجزائري، فيفصّله و يدقق في أمره.

و كان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يضع تعريفا دقيقا للخلع كما فعل مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، فقد عرفه بأنه: (تطليق الزوجة لقاء عوض بلفظ الخلع أو الطلاق أو ما في معناه كالمبارأة)². فهذا التعريف غير واضح في تكييف الخلع، و لكن بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية المرفقة بالمشروع نجد الأمر واضحا لكل قارئ، حيث جاء فيه: (فقد شرع الله الخلع و سماه الفداء، و الافتداء يحتاج إلى تراض من الطرفين، فالخلع طلاق يقوم على أساس تعاقدية..³). كما عرفه القانون السوداني في المادة (142) منه: (الخلع هو حل عقدة الزواج، بتراضي الزوجين على بدل، بلفظ الخلع أو ما في معناه)⁴.

و لقد وردت تعريفات على يد بعض فقهاء القانون الجزائري، فعلى سبيل المثال، نجد الدكتور بن شويخ رشيد الذي عرف الخلع انطلاقا من نص المادة (54) قبل تعديلها، حيث قال: (الخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق

¹ أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2001، ص 477.

² مصطفى الزرقا و لجنة خاصة تحت إشرافه، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، دار القلم، دمشق، د.ط، 1996، ص 181.

³ المرجع نفسه.

⁴ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 1999، ص 202.

نظير عوض (فدية) تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة و العيش مع زوجها..¹ و في مقابل ذلك، نجد الأستاذ عبد العزيز سعد يعرفه بأنه: (عقد اتفاقي و ثنائي الأطراف ينعقد عادة بعوض من الزوجة لمبلغ من المال المعلوم المتقوّم شرعا مقابل طلاقها، و بقبول صريح من الزوج لهذا العرض و للطلاق..² و يبدو أنّ الأستاذ سعد عبد العزيز قد تأثر من خلال تعريفه بمنهج ابن حزم في ذلك، فحسبه، للمرأة أن تفتدي من زوجها و يطلقها إن رضي هو، و إلا لم يجبر هو و لا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما³.

و الجميل في الأمر كلّ، على المستوى المفاهيمي في دائرة الخلع، أن نجد اجتهادا لقضاة المحكمة العليا الجزائرية قد تبعه تعليق يبيّن فحواه و مضمونه، وهذه تعدّ سابقة منهجية علمية فريدة من نوعها؛ و هذا لبيان الخلفية الفكرية و الفقهية للاجتهاد القضائي، و بيان أسسه، و المستندات المعتمدة فقها و قانونا. و قد عرف هذا القرار الخلع بأنه: (حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة و مقداره يحدد بالتراضي بين الطرفين، و لا دخل للقاضي وفقا للشرعية الإسلامية)⁴. و قد جاء في التعليق، أن: (الخلع نظام شرعه الله تعالى لمعالجة بعض شؤون الحياة الزوجية وهو حل الرابطة الزوجية متى ثقلت على الطرفين أو على أحدهما و أصبح الخلاص منها مرغوبا..⁵ و قد عرفه القرار رقم 216239 بأنه: (رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه)⁶. و يبدو الفرق واضحا بين تعريفني المحكمة العليا على مستوى تكييف الخلع، المبني على التغير في التوجه الاجتهادي الذي سنتولى دراسته لاحقا.

و يجد الخلع مشروعيته في قول الله تبارك و تعالى: "و لا يحل لكم أن تأخذوا ممّا آتيتموهنّ شيئا إلّا أن يخافا إلّا يقيما حدود الله فإن خفتم إلّا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها و من يتعدّ حدود الله فأولئك هم الظالمون"⁷.

¹ بن شويخ رشيد، "أحكام الخلع في الشرع و القانون و القضاء"، المعيار، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية و الاجتماعية، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، عدد 9، جويلية 2004، ص (236-248).

² عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1989، ص 248.

³ محمد بن حزم، مصدر سابق، ص 235.

⁴ القرار رقم 21305، المؤرخ في 1980/02/25، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1982، ص (79-82).

⁵ القرار نفسه، ص 82.

⁶ القرار رقم 216239 المؤرخ في 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، سنة

2001، ص (138-141).

⁷ سورة البقرة / آية 229.

و في أحاديث كثيرة، منها: عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق و لا دين، و لكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: أتردين عليه حديثه قالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " اقبل الحديقة و طلقها تطليقة "¹.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للخلع

إنَّ أغلب فقهاءنا، عند دراستهم لتكييف الخلع، أو الحديث عن وصفه الفقهي، لم يتعرّضوا بصورة مباشرة و واضحة للتراضي على أصل الخلع. و بصورة أدقّ، لم تكن دراساتهم الفقهية إجابات واضحة عن الإشكالية الحقيقية للخلع: هل رضى الزوج وجوبي أم أنّه غير وجوبي (غير معتبر)؟ فما رأيانه في كتب الفقهاء لا يعدّ حديثاً عن تكييف الخلع من حيث أصله، و إنّما هو وصف من حيث عوضه أو بدله. فبهذا الطرح منهم من كيّفه على أنّه معاوضة من الجانبين، و منهم من كيّفه على أنّه يمين من جهة الزوج و معاوضة من جهة الزوجة، و كلا الرأيين له ما يرتبه من آثار و نتائج متعلّقة بطبيعة الوصف و التكيف². أمّا دراسة الخلع من جهة رضى الزوج - اعتباراً أو عدم اعتباره - لم تكن منهجية و منظّمة. و قد سلك الفقهاء المعاصرون المسلك ذاته، و كان الأجدر بهم أن يوضّحوا هذه القضية و يدرسوها دراسة وافية و عميقة؛ لأنّ حقيقة الإشكال الواقع اليوم في دائرة قضايا الخلع إنّما يدور، أساساً، حول الخيار بين اعتبار رضى الزوج في الخلع بناء على مبدأ العصمة، أم عدم اعتباره على أساس أنّه حقّ إرادي للزوجة، لها الحقّ في طلبه متى شاءت، دون الالتفات إلى رأي الزوج أو إرادته. فحركية الخلع الواقعية تبدأ بمجرد طلب الزوجة ذلك

و الآية خطاب للأزواج، فنهوا أن يأخذوا من أزواجهم شيئاً على وجه المضاربة، و هذا هو الخلع الذي لا يصحّ إلاّ بالآ يفرد الرجل بالضرر. و قد أجاز الجمهور بناء على هذا النص أخذ الفدية على الطلاق، و أجمعوا على منع أخذ مالها إلاّ أن يكون النشوز و فساد العشرة من قبلها، و الخوف من عدم إقامة حدود الله، فمعنى ذلك فيما يجب عليهما من حسن الصحبة و جميل العشرة.

أنظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت، ج3، ص 136 و ما بعدها.

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع و كيف الطلاق فيه، دار الفكر، 1981، ج 6، ص 170-171.

² يترتّب على اعتبار الخلع معاوضة الآثار الآتية: أ- لا يحتاج لصحّته قبض العوض، ب- يجوز ردّ العوض فيه بالعيب، ج- يملك العوض بالعقد و يضمن بالقبض. و يترتّب على اعتباره يميناً من جهة الزوج الآثار الآتية: أ- لا يصحّ رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة، ب- لا يقتصر إيجاب الزوج على مجلسه، فلو قام من المجلس قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه بهذا القيام، ج- لا يصحّ للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدّة معلومة، د- يجوز للزوج أن يعلّق الخلع بشرط. و يترتّب على اعتبار الخلع معاوضة لها شبه بالتبرّعات من جانب الزوجة ما يأتي: أ- يصحّ للزوجة رجوعها عن الإيجاب إذا ابتدأت الخلع قبل قبول الزوج، ب- يقتصر قبول الزوجة في المجلس إن كانت حاضرة فيه، و في مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة عن مجلس الإيجاب، ج- يجوز للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها في مدّة معلومة. أنظر: الزحيلي (وهبة)، مرجع سابق، ص 487 و ما بعدها.

مباشرة من القاضي. و ترك قضية حساسة كهذه القضية مطلقة دون تقييد، غامضة دون بيان هو الذي أنشأ سابقا الوضع الحرج للقاضي في قضايا الخلع¹.

إنّ الخلع، على عكس ما هو سائد في تصوّرات الكثير من الناس، يمكن و يجوز أن يطلبه الزوج² كما يجوز أن يطلبه الزوجة. فرضى الزوجة في الحالة الأولى أمر مقطوع فيه؛ لأنّها كطرف هي التي تفتدي نفسها بمال³، و لكن إذا طلبته الزوجة فهل يكون رضى الزوج شرطا للحركة الواقعية للخلع، أم أنه لا يعدّ شرطا لذلك؟

ففرّق من الفقهاء ذهب إلى أنّه لا يجب على الزوج إجابة طلب الزوجة، و إنّما يندب له ذلك، و هذا ما يؤدّي بنا إلى الاستنتاج المباشر أنّ إرادة الزوج معتبرة في وقوع الطلاق بالخلع، فلو لم يكن معتبرا لقالوا بوجوبه. و من هؤلاء الفقهاء الذين ذهبوا إلى ذلك ابن جرير الطبري، حيث قال: (غير أنّي أختار للرجل استحبابا لا تحتيمًا، إذا تبين من امرأته أنّ افتدائها لغير معصية الله، بل خوفا منها، في دينها أن يفارقها بغير فدية و لا جُعل)⁴، و منهم كذلك الإمام البهوتي حيث قال: (إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أو كرهته لنقص دينه أو لكرهه، و خافت إنّما بترك حقّه فيباح لها أن تخلعه .. و يسنّ له إجابتها)⁵.

و يقول ابن حجر في قوله صلى الله عليه و سلّم: " اقبل الحديقة و طلقها تطليقة ": (هو أمر إرشاد و إصلاح لا إيجاب)⁶.

و بناء على هذه الاعترافات الضمنية على اعتبار إرادة الزوج في الخلع، يمكن أن نقول أنّ الخلع هو عقد رضائي، و هذا ما أخذت به المحكمة العليا الجزائرية في فترة معينة. و هناك بيان صريح لابن حزم جاء فيه:

(الخلع هو الافتداء، إذا كرهت المرأة زوجها و خافت ألاّ توفيه حقّه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهها حقّها فلها أن تفتدي منه، و يطلقها إن رضي هو، و إلّا لم يجبر هو و لا أجبرت هي، إنّما يجوز بتراضيهما)⁷.

¹ و ذلك قبل التّوجّه الجديد الذي اعتمده المشرّع الجزائري من خلال تعديل المادة (54) من قانون الأسرة بموجب القانون رقم 09-05 المؤرخ في 04 مايو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. ² الخلع عندما يطلبه الزوج تكون منهجيته مختلفة عمّا إذا طلبته الزوجة، فحتّى يقع، لا بدّ أن يكون منضبطا بمجموعة من الضوابط و القيود نجلها فيما يلي:

أ- أن لا يضرّها ضررا يدفعها إلى طلب ذلك، ب- أن ترضى الزوجة ؛ لأنّها كطرف هي التي ستفتدي نفسها بمال، ج- أن يكون محسّا بأنّ امرأته كارهة له، لضرر غير ظاهر لا يمكن إثباته. أنظر: محمّد الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990، ج3، ص 239، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السّنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، د.ط، د.ت، ص 411.

³ بدران أبو العينين بدران ، مرجع سابق، ص 411. ⁴ محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان في تفسير القرآن و بهامشه تفسير غرائب القرآن و رغائب الفرقان للعلامة القمي النيسابوري ، دار الفكر، بيروت، ج2، ص 288.

⁵ منصور بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، رئاسة إدارة البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.ط، د.ت، ج3، ص 107.

⁶ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ج9، ص 400.

⁷ ابن حزم، مصدر سابق، ص 235.

و ذهب، في مقابل ذلك، فريق آخر من الفقهاء و على رأسهم الإمام الشوكاني إلى وجوب إجابة الزوج طلب المرأة إلى الخلع فقال: (إنه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته؛ لأنه ليس من صارف يصرف أمره صلى الله عليه و سلم عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر ما لم تكن قرينة تصرفه عنها)¹. و قد اختلف كلام الإمام ابن تيمية في ذلك²، فقال الإمام شمس الدين بن مفلح: (و اختلف كلام شيخنا في وجوبه و ألزم به بعض حكام الشام المقدسة الفضلاء)³. و كذلك ذهب الإمام ابن رشد إلى تأكيد حقيقة الحق الإرادي للمرأة في الخلع قائلا: (و الفقه أن الفداء 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)⁴. و لا قيمة لهذا الكلام إن لم يقصد منه ابن رشد أثر الخلع، (و ذلك أن الطلاق بيد الرجل يوقعه إذا أحس بالنفرة من العشرة الزوجية مع من ارتبط بها، و قد تكون المرأة لا تحس بهذا الإحساس، و الرجل مستمسك بها أشد الاستمساك، فشرع الله الخلع لتفتدي نفسها، بأن تعطي زوجها ما قدم في سبيل ذلك الزواج من مال ..)⁵. كل هذه الاتجاهات الفقهية أسست آراءها على مبدأ الحق الإرادي للزوجة في الخلع، و هذا ما ما يبدو أنه قريب من مقاصد الشريعة الإسلامية و مقترن بقواعد العدالة، و مؤيد للطرف الضعيف في العلاقة الزوجية. فالله سبحانه و تعالى أعطى للزوج الحق في الطلاق، كما أعطى الزوجة مكنة أخرى تواجه بها ما بيد الرجل، فكان واجبا، بناء على هذا الاتجاه الفقهي الدائر مع المصلحة العليا للعلاقة الزوجية و الاستقرار الاجتماعي، استجابة الزوج لطلب زوجته إذا أصرت على الخلع و تعذر إعادة الوفاق الزوجي بينهما عن طريق الصلح.

المطلب الثاني: تكيف المحكمة العليا للخلع

إن استقراء بسيطا على مستوى المبادئ العامة التي أقرتها اجتهادات المحكمة العليا في مادة الخلع، يحيلنا مباشرة إلى القول بأن هناك منهجية معينة سلكتها المحكمة العليا في اجتهاداتها، خاصة إذا علمنا أن هناك استقرارا - نوعا ما- على مستوى هذه المادة، أي لا يوجد تذبذب أو اضطراب على مستوى المحكمة العليا بقدر ما هو موجود على المستوى العمودي، أي على مستوى العلاقة الوظيفية بين الدرجات الدنيا (قضاة الموضوع)، و الدرجات العليا (قضاة المحكمة العليا). و في هذا المطلب سوف نتطرق في (فرع أول) للتغير الحدي في الاتجاه الاجتهادي للمحكمة العليا في مادة الخلع، ثم نتطرق في (فرع ثان) إلى أسباب هذا التغير الحدي، و أخيرا نتعرض بصورة دقيقة نوعا ما إلى منهجية هذا التغير في (فرع ثالث).

¹ محمد الشوكاني، نيل الوطار شرح مننقى الأخبار، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د.ط، د.ت، ج8، ص 34.

² عامر الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، د.ط، 1997، ص 78.

³ شمس الدين بن مفلح، الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج5، ص 265.

⁴ ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ط1، د.ت، ص 55.

⁵ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، د.ت، ص 340.

الفرع الأول: التغير الحدي للاجتهاد

إن عام 1992¹، كان الفاصل بين توجهين رئيسيين:

التوجه الذي أخذ برأي أكثر أهل العلم من الفقهاء، أي برأي الذين قالوا باعتبار إرادة الزوج في الخلع، الذين قالوا بأنه يُسنّ للزوج قبول الخلع إذا طلبته الزوجة، أما بعد 1992 تغير التوجه العام للاجتهاد القضائي في مادة الخلع بصورة فجائية، و دون أدنى إعلان، فأصبح الخلع حقاً إرادياً خالصاً للزوجة لا ينازعها فيه أحد، و كان من المفروض -منطقياً و موضوعياً- أن تقدّم المحكمة العليا وثيقة توضح فيها تغير التوجه و تبني فيها الأسباب الموضوعية التي دفعتها إلى سلوك مثل هذا المسلك حتى و لو كان مشروعاً.

إذا، هناك مرحلتان رئيسيتان مرّ بهما الاجتهاد القضائي في مادة الخلع:

المرحلة الأولى: هي مرحلة اعتبار إرادة الزوج في الخلع، و في هذه المرحلة كيفت المحكمة العليا الخلع على أنه عقد رضائي. و هو ما ذهب إليه أكثر أهل العلم²، أي لا يجب على الزوج إجابة طلب الزوجة، و إنما يندب له ذلك، و هذا ما قال به الطبري: (غير أني اختار للرجل استحباباً، لا تحتيماً...)³.

و هذا ما ذهب إليه الإمام البهوتي: (إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه، أو كرهته لنقص في دينه أو لكرهه و خافت إثماً بترك حقه، فيباح لها أن تخلعه... و يُسنّ له إجابتها)⁴.

و هو ما أكدّه ابن حجر العسقلاني في قوله (صلى الله عليه و سلم): " اقبل الحديقة و طلقها تطليقة " : (هو أمر إرشاد و إصلاح لا إيجاب)⁵.

¹ القرار رقم 83603 المؤرخ في 1992/07/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، سنة 2001، ص(134-137).

ويعدّ التحول الذي تضمّنه هذا القرار تحوّلًا ضمنيًا للاجتهاد القضائي في مادة الخلع، أمّا قرار المحكمة العليا رقم 115118 المؤرخ في 19 أبريل 1994 (نشرة القضاة، سنة 1996، العدد 52، ص(106-110)، إنّما كان تمثيلاً صريحاً لذلك التحوّل حيث نصّ على عدم مشروعية قبول الزوج لمبدأ الخلع. فمن الناحية العملية لا يعدّ عام 1994 نقطة التحوّل في الاجتهاد القضائي.

² عامر سعد الزبياري، مرجع سابق، ص 77.

³ ابن جرير الطبري، مصدر سابق، ص 288.

⁴ البهوتي، مصدر سابق، ص 107.

⁵ ابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، ص 401.

أما ابن حزم الظاهري في كتابه المحلّى ذهب إلى التصريح أو الاعتراف الصريح بضرورة تراضي الزوجين على الخلع (رضى الزوج و رضى الزوجة على حد سواء)، و بالتالي فالرضى في الخلع لا بد منه، فإذا ما فقد هذا الشرط لم يقع الخلع إطلاقاً.

ووفقاً للرّاجح من المذهب الحنفي لا يتم الخلع إذا طلبته المرأة و رفض الزوج¹، و خلاصة كل هذا أن المحكمة العليا كيّفت الخلع في هذه المرحلة على أنه عقد ضائي.

المرحلة الثانية: عدم اعتبار إرادة الزوج في الخلع، و هذا ابتداء من عام 1992، لإرادة الزوج في هذه المرحلة ليست محل اعتبار، فالخلع في هذه المرحلة حق إرادي للزوجة، لا يتوقف إيقاعه على قبول الزوج أو عدم قبوله، فهو حق خالص لها لا يتنازع أي حق، و هذا معناه أنه عندما تطلب الزوجة الطلاق مقابل مال تدفعه و لم يرض الزوج، ترفع أمرها إلى القضاء.

و هذا ما ذهب إليه الشوكاني: (إنه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته؛ لأنه ليس من صارف يصرف أمره (صلى الله عليه و سلم) عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر، ما لم تكن قرينة تصرفه عنها)².

و هذا الرأي ذهب إليه ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى، حيث اعتبر الخلع الذي جاء به الكتاب و السنة، أن تكون المرأة كارهة للزوج تريد فراقه فتعطيه الصداق أو بعضه فداء نفسها و هذا ما يوافق الكتاب و السنة و ما اتفق عليه الأئمة³.

و بهذا تساوت الزوجة مع الزوج في حق الطلاق، فيجوز للزوجة الكارهة أن تطلب الطلاق خلعا فتفارق زوجها، بعد أن تدفع له مستحقاته المالية التي تتفق عليها معه أو يقدّرها الحكمان⁴.

و هذا بناء على توجه ابن رشد في هذا الأمر¹. و هذا كله جاء موافقاً للمذهب المالكي، حيث تستطيع الزوجة الكارهة أن تلجأ في هذه الحالة إلى القاضي طالبة منه الحكم بالخلع، فيبعث حكّمين للصلح بين الزوجين، فإن لم ينجحوا في الصلح فرقا بين الزوجين خلعا بغير رضى الزوج، و قد جاء في المدونة:

¹ عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة و قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، المؤسسة العربية الحديثة، د.ط، د.ت، ص 199.

² الشوكاني، مصدر سابق، ص 33.

³ تقي الدين بن تيمية، الفتاوى، مجلد (31-32)، ص 282.

⁴ عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 199.

(الأمر الذي يكون فيه الحكمان إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل و امرأته حتى لا يثبت بينهما بينة و لا يستطيع أن يتخلص إلى أمرهما، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها و رجلا من أهله عدلين، فنظرا في أمرهما و اجتهدا، فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما، و إلا فرقا بينهما ثم يجوز فراقهما دون الإمام و إن رأيا أن يأخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا²).

و تغير الاجتهاد من مرحلة لأخرى إنما كان بناء على تفسير النص القانوني الغامض، و هو نص المادة (54) من قانون الأسرة قبل تعديله، و الذي لم يبين جوهرية أو عدم جوهرية رضى الزوج في الخلع، كما فتح الباب على مصراعيه أمام القاضي ليجتهد و يأخذ بالرأي الذي يراه، و هذا ما رأيناه فعلا عندما لمسنا عند دراستنا للاجتهادات تمسك قضاة الموضوع بتكييف الخلع³ على أنه حق إرادي منذ عدة سنوات قبل 1992، و تمسك المحكمة العليا بتكييف الخلع على أنه عقد رضائي، و في هذه الحالة، إذا تصادم تفسير قضاة الموضوع و تفسير المحكمة العليا، فهذا الأخير هو الذي يكون نبراسا اجتهاديا دون إلزام، و بقي قضاة الموضوع على هذه الحال من التمسك بتفسيرهم لنص المادة (54)، و تكييفهم للخلع على أنه حق إرادي إلى أن تأثرت المحكمة العليا بتوجهاتهم عام 1992.

الفرع الثاني: أسباب التغير الحدي

إن الأمر في هذا التغير لا يعود إطلاقا لإرادة السلطة التشريعية و لا لإرادة السلطة القضائية، و إنما يتعلق بإرادة المجتمع الدولي، فيما تضمنته الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁴، و هذه الاتفاقية اعتمدت من طرف الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في ديسمبر 1979، و قد دخلت حيز التطبيق كمعاهدة دولية في 1981/09/03⁵، و قد انعقدت الندوة العالمية الرابعة حول المرأة في مدينة (بنين) عام 1995 لتأكيد مضامين الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، و كان هدف هذه الندوة وضع برنامج

¹ (و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما ببين الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق ببين الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع ببين المرأة إذا فركت الرجل).

أنظر: ابن رشد، مصدر سابق، ص56.

² مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ص254-255.

³ و هذا التكييف كان مبنيا على أساس تفسيرهم لنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله، و الذي جاء مبهما من حيث اعتبار إرادة الزوج في الخلع، فقد نفهم منها أن الخلع عقد رضائي، كما قد نفهم أن الخلع حق إرادي.

⁴ أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2001، ص509.

⁵ "Droits fondamentaux des femmes", Internet:

<http://www.unhr.ch/huridocda/huridoca.nsf/csymbol/157.23.fr> 9 open document/

للتدخل الميداني في مواجهة ظاهرة عدم احترام الحقوق الأساسية للنساء، فدعا هذا البرنامج إلى التطبيق المستمر للآليات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، خاصة منها الاتفاقية الدولية سابقة الذكر. فمثل هذا التغير السريع في التوجه الاجتهادي للمحكمة العليا لا يمكن أن يكون مبنيا على فراغ، فتغير كهذا لا يمكن أن يكون خاليا من أي خلفية تمثل الدافع الضغطي له، فهذا ما نراه في كل الدول، خاصة إذا ما تعلق الأمر بقضية المساواة بين الرجل و المرأة في الحقوق و الواجبات. فمجموع التراكمات الاتفاقية التي نجدها على مستوى المعاهدات و الاتفاقيات الدولية والإقليمية قد تشكل ضغطا واضحا و دافعا مهما لمثل هذه التغيرات الجذرية، كما مرّ في مصر و لبنان. فقضية المساواة قائمة إلى حد الآن على قدم و ساق، خاصة إذا علمنا أن قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية متهمّة بشكل واسع بالتمييز البارز بين الجنسين¹.

و هذا الأمر لا يجعلنا نهمّل حالة الضغط الداخلي، و المتمثلة أساسا في النصوص الدستورية التي تنص بصورة وجوبية على مبدأ تحقيق المساواة بين الجنسين في مجال الحقوق و الحريات، فقد نص الدستور الجزائري (دستور 1996) في المادة (29) منه: (كل المواطنين سواسية أمام القانون و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي).

الفرع الثالث: منهجية التغير الحدي

إن الوظيفة الحقيقية المنوطة بالمحكمة العليا الجزائرية هي توحيد الاجتهاد القضائي على مستوى الإقليم الجزائري²، و من صلاحيات المحكمة العليا الاجتهاد في جميع المسائل التي لا يوجد بشأنها نص قانوني بصورة مطلقة، أو وجد و لكنه كان غامضا، فتلجأ حينها إلى استعمال الوسائل القانونية البحتة³، و من هذه الوسائل التفسير القضائي الذي يعد عنصرا جوهريا في تطبيق القانون، و ضروريا في إسقاط القاعدة القانونية على واقع النزاع المنشور أمام القاضي، فالتفسير وسيلة و تقنية لازمة و ضرورية في جميع الحالات، حتى و لو كان النص واضحا؛ لأن الوضوح أو الغموض هما مسألتان نسبيتان كذلك، تخضعان للتقييم الشخصي، و يختلف الأمر باختلاف ذكاء المفسر و

¹ مريانا الخياط الصبوري، "معوقات في وجه تحقيق المساواة بين الجنسين: حالة لبنان"، المستقبل العربي، يصدرها مركز دراسات الوحدة العربية، يوليو 2005، العدد 317، ص(108-123).

² المادة 152 من الدستور الجزائري تعّد الأساس القانوني للمحكمة العليا الجزائرية، و نصها: (تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية و المحاكم. تضمن المحكمة العليا و مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهران على احترام القانون).

³ الغوثي بن ملحّة، "الاجتهاد القضائي"، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2000، ص 53.

فطنته¹، و على كل حال فإن مثل هذه الوسائل، المقصد منها هو المحافظة على تطبيق القانون و صيانة قواعده²، فالقاضي هو فم القانون الذي يكيف النصوص مع تطور الوقائع³، وعلى هذا الأساس فليس العيب أن تغير المحكمة العليا من اجتهادها بصورة حدية، بناء على استعمالها وسيلة التفسير القضائي المقررة لها كأداة تقنية رفيعة، تساهم في عصرنة الحلول⁴؛ لأن الاجتهاد و تفسير النصوص القانونية مرتبط أشد الارتباط بالظروف و المتغيرات الزمانية و المكانية، فالأحكام تتغير بتغير المكان و الزمان.

و لكن في حقيقة الأمر، القضية التي تستأهل العتاب و النقد اللاذع، هو منهجية تغير الاجتهاد، فكان من المفروض أن يقوم رجال قضاء المحكمة العليا بعملية الإعلام المتعلقة بتغير الاجتهاد في مادة الخلع، المرتبطة أساسا بقضية الرضائية، فكما قلنا سابقا أن 1992 كان فاصلا زمنيا بين توجهين أو مرحلتين⁵، و لكن لم نر لهذا الأمر أثرا على المستوى الإعلامي، و في الأصل كان من المفروض أن يتم هذا الأمر، على الأقل، على مستوى الناطق الإعلامي باسم القضاء، و هي المجلة القضائية الجزائرية الصادرة عن وزارة العدل، و حتى تكون عملية الإعلام في هذا الشأن ناجحة و فعالة، لا بد أن تركز على ثلاثة أمور أساسية:

1. تحديد التوجه الاجتهادي الجديد بدقة.

2. بيان المؤيّدات الفقهية لهذا التوجه القضائي الجديد.

3. بيان الأسباب الموضوعية التي دفعت رجال قضاء المحكمة العليا إلى ممارسة هذا التغير الحدي.

و هذا كله بعد أن يحدث هذا التغير بصورة علمية صحيحة، أي أن الاجتهاد لا بد أن يكون بإجماع جميع الغرف على مستوى المحكمة العليا، و طبقا لإجراءات مقررة قانوننا⁶؛ لأن ذلك يعد انعراجا مرحليا شاسعا، لا يليق

¹ محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1983، ص 34-35.

² عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري (1962-2002)، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، ط1، 2003، ص 265.

³ ميشال بونشير، مدخل للقانون، ترجمة محمد أرزقي نسيب، دار القصة للنشر، الجزائر، د.ط، 2004، ص 115-116.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ مرحلة اعتبار إرادة الزوج (الخلع عقد رضائي) و مرحلة عدم اعتبار إرادة الزوج (الخلع حق إرادي للزوجة).

⁶ و بمجمل هذه الإجراءات أن تنظر الدّعى في هيئة الغرفة الموسّعة، و ذلك في مرحلتين:

الأولى: إذا لاحظت الغرفة أنّي عُرضت عليها القضية أمّا يمكن أن تصدر قرارا يتضمّن اجتهادا قضائيا يتعارض مع ما استقرّت عليه المحكمة العليا، فإنّها تدعو إلى انعقاد الغرفة المختلطة التي تتشكّل من غرفتين، و التي لا تبثّ بصفة قانونية إلاّ بحضور تسعة أعضاء على الأقل، و هذا ما جاء في نصّ المادّة (22) من ق.ع.م.ع.

فيه أن يكون مبنيًا على اجتهاد قاض بمفرده، أو غرفة بمفردها، على أساس أن توحيد الاجتهاد مرتبط بجميع غرف المحكمة العليا، كما سبق ذكره، وهذا الأمر من شأنه أن يبعث الطمأنينة و الثقة بين أفراد الهيئة القضائية أولاً، كما يبعث روح الاطمئنان على الحقوق القانونية و القضائية داخل المجتمع. و ما رأيناه واقعاً، أن المحكمة العليا اكتفت بالإعلان عن ذلك في العدد الخاص من المجلة القضائية الذي أصدرته وزارة العدل عام 2001، و الذي جاء فيه: [إذا أدركت الزوجة بأن المادة 53 من قانون الأسرة التي أجازت لها طلب التطليق لا تسمح لها بالتخلص من الزوج الذي لا ترغب في العيش معه، و عجزت عن أي مبرر لطلب التطليق إلى أن أصبحت مقتنعة بأن البقاء مع هذا الزوج أصبح كابوساً لا يمكن الإفلات منه إلى درجة الخوف من التفكير في أمور لا ترضي الله مثلما وقع لامرأة ثابت بن قيس من حديث ابن عباس.. و بهذا الحديث الشريف استدل الفقهاء على جواز الخلع كما استدلو بالآية الكريمة: " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به "، أي الفداء. قال خليل: (جاز الخلع و هو الطلاق بعوض و بلا حكم حاكم الخ). و قد جاء في بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد: (و الفقه 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) ¹.

المطلب الثالث: التقدير الموضوعي و الإجرائي للاجتهاد

تجتهد المحكمة العليا في الموضوع كما تجتهد في الإجراءات، ولذا كان تعرضنا لتقدير الإجراءات المتبعة في الخلع إلزامياً، خاصة إذا لمسنا أن بعض الحيثيات الإجرائية قد تمس مساساً واضحاً بالجانب الموضوعي، وهذا ما نلاحظه خاصة في المبادئ العامة المتعلقة بالاجتهادات في مادة الطلاق و التطليق و الخلع. فتقدير الإجراءات إذاً، بالنسبة

الثانية: إذا رأت الغرفتان أنَّ الإشكال القانوني يمكن أن يؤدي إلى تغيير في الاجتهاد القضائي تحيل القضية إلى هيئة الغرفة المجتمعة التي تتألف من الرئيس الأول و نائب الرئيس و كذا رؤساء الغرف و رؤساء الأقسام و عميد المستشارين في كلِّ غرفة، و لا يصح أن تبثَّ في القضية إلا بحضور (25) عضواً على الأقل، و في كلِّ الحالات تتخذ القرارات بموافقة الأغلبية مع ترجيح رأي الرئيس في حالة تعادل الأصوات، و هذا ما جاء في المواد (22)، (23) و (24) من ق.ع.م.ع. و هذا كله لم نلاحظه على مستوى التغير الاجتهادي في مادة الخلع. و ما كان يليق من محكمة توجد في قمة التنظيم القضائي أن لا تحترم الإجراءات التي يتضمنها القانون المتعلقة بصلاحياتها و تنظيمها. أنظر: بوبشير (مخند أمقران)، تحول الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق، مجلة المحاماة، تصدر عن منظمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، العدد 2، ديسمبر 2004، ص (55-80).

¹ الهاشمي هويدي، توضيحات رئيس غرفة الأحوال الشخصية في ما يخص الطلاق و التطليق و مناع البيت، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (19-25).

لدراستنا، نعتبره أمراً وجوبياً لا مفر منه، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب. و سوف نتعرض في (فرع أول) إلى التقدير الموضوعي، وفي (فرع ثان) إلى التقدير الإجرائي.

الفرع الأول: التقدير الموضوعي للاجتهاد القضائي - في مادة الخلع -

أقرت المحكمة العليا من خلال قراراتها مجموعة من المبادئ العامة في قضايا الخلع، تعلق من حيث الأساس بثلاث دوائر: دائرة أصل الخلع ودائرة بدل الخلع ودائرة آثار الخلع.

أولاً: الخلع من حيث أصله

قبل عام 1992، أقرت المحكمة العليا من خلال قراراتها مجموعة من المبادئ تتناسب مع المسلك الذي نهجته من حيث تكييفها للخلع، وأهم هذه المبادئ:

1. قبول الزوج للخلع أمر وجوبي ومشروط¹، ومعنى ذلك أن هناك اعتباراً لإرادته في الخلع، فالخلع عقد رضائي²، فإذا ما تأخرت إرادة من الإرادات لم يتم الخلع، فحتى تكون للخلع حركية واقعية لا بد أن يتم بناء على توافق إرادتين، إرادة الزوج وإرادة الزوجة.

2. عدم جواز إلغاء إرادة الزوج من طرف القاضي، فلا يجوز للقاضي إطلاقاً مخالعة الزوجين دون رضی الزوج³، ولا فرض الخلع عليه⁴، ولا يجوز أن يحكم به من تلقاء نفسه⁵.

أما بعد 1992، فقد أقرت المحكمة العليا مجموعة مبادئ تتوافق مع منهجها الجديد في تكييف الخلع، من هذه المبادئ:

1. عدم اشتراط رضی الزوج في الخلع⁶، أي أنه لا اعتبار لإرادة الزوج في الخلع إطلاقاً، فهو حق إرادي للزوجة⁷، حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية. وهذا ما جاء موافقاً، حسب نظر المحكمة العليا،

¹ قرار رقم 51728 المؤرخ في: 1988/11/21، المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1990، ص (72-74).

² القرار رقم 73885 المؤرخ في: 1991/04/23، المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1993، ص (55-57).

³ القرار رقم 33652 المؤرخ في: 1984/06/11، المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1989، ص (38-40).

⁴ القرار رقم 73885 السابق ذكره.

⁵ القرار رقم 33652 السابق ذكره.

⁶ القرار رقم 103793 المؤرخ في: 1994/04/19، نشرة القضاة، عدد 51، سنة 1997، ص (96-97).

⁷ القرار رقم 141262 المؤرخ في: 1996/07/30، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1998، ص (120-123).

القرار رقم 83603، المذكور سابقاً.

لنص المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري، فهو ليس عقدا رضائيا، إنما هو نظام تبدأ حركيته بمجرد إرادتها، بإرادتها غير مفتقرة لإرادة الزوج لإزالة العقبة القانونية.

2. عدم مشروعية قبول الزوج لمبدأ الخلع¹، وهذا المبدأ مبني على أساس أن الخلع حق إرادي للزوجة كما جاء في القرار رقم 141262 المؤرخ في: 1996/07/30.

3. الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها².

ثانيا: الخلع من حيث بدله

أهم المبادئ التي كرستها المحكمة العليا من خلال قراراتها فيما يتعلق بالبدل وأحكامه:

1. ركنية البدل في الخلع. فالخلع، حسب نظر المحكمة العليا، رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج، مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه³، أو هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة⁴.

2. عدم مشروعية رضى الزوج على مبلغ الخلع، وقد عللت المحكمة العليا هذا المبدأ بمنع الابتزاز والاستغلال⁵.

3. الأصل العام في البدل الاتفاق عليه⁶.

4. لا تدخل لسلطة قاضي الموضوع إلا عند الاختلاف في مبلغ العوض، فعند الاختلاف في المبلغ يكون للقاضي أن يحكم به، شرط عدم تجاوز قيمة صداق المثل، وهذا ما جاء موافقا تماما لنص المادة (54) من قانون الأسرة⁷، و يكون ذلك واجبا عليه فلا يخضع حكمه بذلك إلى تقديره⁸.

¹ القرار رقم 252994 المؤرخ في: 2000/11/21، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2001، ص (293-295).

القرار رقم 115118 المؤرخ في: 1994/04/19، نشرة القضاة، عدد 52، سنة 1996، ص (106-110).

² القرار رقم 216239 المؤرخ في: 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، سنة 2001، ص (138-141).

³ القرار نفسه.

⁴ القرار رقم 21305 المؤرخ في: 1980/02/25، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1982، ص (79-82).

⁵ القرار رقم 252994 السابق ذكره.

⁶ القرار رقم 83603 السابق ذكره.

⁷ القرار رقم 103793، السابق ذكره.

القرار رقم 83603، السابق ذكره.

⁸ القرار رقم 36709 المؤرخ في: 1985/04/22، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1989، ص (92-95).

5. خضوع البدل إلى التراضي نوعاً وقدرًا، وهذا المبدأ كرسه المحكمة العليا قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984، وذلك بناءً على القرار رقم 21305 المؤرخ في 1980/02/25، والذي جاء فيه: (الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلزم به الزوجة، ومقداره يحدد بالتراضي بين الطرفين، ولا دخل للقاضي وفقاً للشرعة)، وهذا تكريس للتوجه الفقهي الذي قاس الخلع على البيع والشراء، ومن ثم فإن قيمته تخضع لمبدأ التراضي بين الطرفين.

ثالثاً: الخلع حيث أثره

قلنا سابقاً أن أثر الخلع من حيث نوع الفرقة اختلف حوله الفقهاء، وقد اعتبرته المحكمة العليا طلاقاً بائناً، فقد جاء في القرار رقم 39463 المؤرخ في 1986/02/20¹ ما يلي: (الطلاق البائن، هو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناءً على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءً على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها). وقد وافق هذا الاجتهاد التوجه الفقهي الذي مفاده أن الخلع طلاق، وهو ما ذهب إليه عثمان وعلي وابن مسعود، وجماعة من التابعين والأحناف ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه².

الفرع الثاني: التقدير الإجرائي

أولاً: الازدواجية الاجرائية

إن استقراءنا الدقيق لقرارات المحكمة العليا المتعلقة بالخلع يؤدي بنا إلى استنتاج أولي ومباشر، وهو أن المحكمة العليا لها ازدواجية على مستوى الإجراءات، وهذا يدل على عدم مبالاقتها بهذا المستوى من الاجتهاد، وهذا لا يليق بمحكمة قانون، التي يكون دورها بناءً على المادة (152) من الدستور توحيد الاجتهاد القضائي على مستوى التراب الوطني. وإذا كان هذا الأمر كذلك، فهو إخلال دستوري واضح. ومضمون هذا الانتقاد سوف نفضله كما يلي:

¹ المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1989، ص (115-118).

² محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، د.ط، د.ت، ص 547.

إن بعض قرارات المحكمة العليا تجيز الاستئناف في أحكام التطبيق بالخلع في أصله ومبدئه، لا في بدله وعوضه (الجوانب المادية)، وهذا ما رأيناه واضحا على مستوى القرارات الآتية¹:

- قرار رقم 136791 المؤرخ في 23/04/1996.
- قرار رقم 144969 المؤرخ في 24/09/1996.
- قرار رقم 130871 المؤرخ في 27/02/1996.
- قرار رقم 144146 المؤرخ في 21/05/1996.
- قرار رقم 142120 المؤرخ في 22/10/1996.
- قرار رقم 137761 المؤرخ في 23/04/1996.

كما كان هذا الأمر واضحا على مستوى القرارات الآتية:

- قرار رقم 252994 المؤرخ في 21/11/2000.²
- قرار رقم 36709 المؤرخ في 22/04/1985.³
- قرار رقم 33652 المؤرخ في 11/06/1984.⁴

لقد صدرت عدة أحكام ابتدائية بعضها يقضي بالتطبيق، وبعضها الآخر يقضي برفض طلب التفريق بالخلع، وعندما وقع فيها الطعن بالاستئناف انتهى الأمر إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع، بعدها قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجلس القضائي، بعضها صدر تأييدا لحكم الدرجة الأولى القاضي بالتطبيق، وبعضها ألغى حكم الدرجة الأولى وحكم من جديد بالتطبيق بالخلع.

والمحكمة العليا بهذا المنهج عندما صرحت برفض الطعون في تلك القرارات قضت ضمينا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام مع اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين في تلك الدعاوى. واللافت للانتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي على درجة واحدة في دعاوى الخلع، لوجب عليها أن تصرّح بنقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة⁵.

¹ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، Encyclopedia éditions، الجزائر، د.ط، 2003، ص 160.

² المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2001، ص (293-295).

³ المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1989، ص (92-95).

⁴ المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1989، ص (38-41).

⁵ عمر زودة، مرجع سابق، ص 161.

ويتجلى من كل ذلك، أنّ المحكمة العليا تعتبر الأحكام الصادرة بالخلع أحكاماً قضائية، تؤسس المبدأ الذي يقضي بقابلية تلك الأحكام للاستئناف، وذلك ما يفهم ضمناً عندما تصرّح بقبول الطعن شكلاً ورفضه موضوعاً.

وفي مقابل ذلك، هناك قرارات أخرى ذات مضامين إجرائية منافية للطائفة الأولى، يستشف منها بصفة مباشرة أنّها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف، وذلك يتجلى عندما يطعن في الأحكام الابتدائية بالنقض، و الطعن بالنقض لا يكون إلا في الأحكام الصادرة من المحاكم بصورة ابتدائية نهائية. إذا، فقبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع يؤكد أنّها تعتبرها أحكاماً نهائية، و من بين هذه القرارات ما يأتي¹:

- قرار رقم 1415262 المؤرخ في 1996/07/30.

- قرار رقم 139903 المؤرخ في 1996/07/03.

- قرار رقم 142120 المؤرخ في 1996/10/22.

- قرار رقم 140975 المؤرخ في 1996/07/30.

و نفس الأمر يلاحظ على مستوى القرارات الآتية:

- قرار رقم 103793 المؤرخ في 1994/04/19².

- قرار رقم 141262 المؤرخ في 1996/07/30³.

- قرار رقم 51728 المؤرخ في 1988/11/21⁴.

- قرار رقم 83603 المؤرخ في 1992/07/21⁵.

- قرار رقم 73885 المؤرخ في 1991/04/23¹.

¹ المرجع نفسه، ص 162.

² نشرة القضاة، عدد 51، سنة 1997، ص (96-97).

³ المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1998، ص (120-123).

⁴ المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1990، ص (72-74).

⁵ المجلة القضائية، عدد 2، سنة 2001، ص (134-137).

- قرار رقم 115118 المؤرخ في 19/04/1994².

- قرار رقم 216239 المؤرخ في 16/03/1999³.

وخلاصة الأمر، فإن المحكمة العليا تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية في الاستئنافات ضد الأحكام الابتدائية الصادرة في دعاوى الخلع، سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه، وتقبل في ذات الوقت الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في دعاوى الخلع، وانتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا ورفضها موضوعا.

إذا، فالأمر لا يعدو أن يكون إلّا اتجاهها مزدوجا على مستوى الإجراءات، تخالف به المحكمة العليا وظيفتها الدستورية المنصوص عليها في المادة (152) من الدستور، وهذا الازدواج سوف يؤثر على طبيعة الحكم بالخلع، فلو أن المحكمة العليا كلفت نفسها شيئا من العناء، وبحث - وهذا يدخل في عمق وظيفتها - عن طبيعة الخلع الحقيقية (ولائية أو قضائية) لكان الأمر واضحا، عندئذ فقط يمكنها أن تخضعه للنظام القانوني الخاص به.

والجدير بالملاحظة، أن وظيفة المحكمة العليا تتمثل أساسا في مراقبة احترام تطبيق القانون بنوعيه: القواعد الموضوعية و القواعد الإجرائية، ويظهر من خلال القرارات السابقة أن المحكمة العليا اهتمت بالجانب الموضوعي على حساب الجانب الإجرائي، بالرغم من أهمية هذا الأخير.

ثانيا: الخلع طلب فرعي

لقد اعتبرت المحكمة العليا الخلع طلبا فرعيا، في قرارها رقم 252994⁴، وكان تأسيسها ذلك موضوعيا، حيث نظرت إلى اتحاد النتيجة بين التطليق و الخلع، حيث أن فك العصمة الزوجية هو غاية كل منهما، فالطاعنة

¹ المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1989، ص (38-41).

² نشرة القضاة، عدد 52، سنة 1996، ص (106-110).

³ المجلة القضائية، عدد 2، سنة 2001، ص (138-141).

⁴ ملف رقم 252994، المذكور سابقا.

طلبت نقض قرار المجلس القضائي المؤيد لحكم المحكمة القاضي بتأييد الحكم الصادر برفض دعواها المتعلقة بالتطليق. و الوجه الذي اعتمدته الطاعنة هو مخالفة المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري، بدعوى أن القرار المنتقد قد رفض طلبها المتعلق بالخلع.

و رفض الخلع كان مبنيا على أساس أن طلب التطليق أمام القاضي الأول كان على أساس الضرر الذي لحقها من عدم البناء بها بسبب مماثلة الزوج، و كان رد المحكمة العليا واضحا في هذا الأمر:

(حيث أن المادة 54 من قانون الأسرة لا تشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع، و لا للمبلغ الذي يطلبه منعاً للابتزاز و الاستغلال، و على هذا فالقرار المنتقد بتأييده للحكم المستأنف القاضي برفض دعوى التطليق، كما أن رفضه لطلب الخلع الذي تقدمت به الطاعنة في طور الاستئناف على أساس أنها لم تعرض مبلغا معينا، لم يقيم على أي أساس قانوني أو شرعي)¹.

و اعتبار المحكمة العليا طلبا فرعيا يكون موافقا بذلك لمقاصد التشريع الإسلامي من الطلاق؛ لأن الخلع في أصله أعطي للمرأة كفرصة أخرى لفك العصمة، إذا كانت متضررة و لم تتمكن من إثبات الضرر الواقع عليها، ففي هذه الحالة يجوز لها أن تطلب الخلع، خاصة إذا كانت النتيجة في هذا الأمر واحدة، و هي فك العصمة الزوجية.

فالأصل، بصورة فعلية، (أن لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاضاة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى، فإن القضاء بالاستجابة إلى الطلبات المتعلقة بتوابع العصمة المقدمة لأول مرة أمام قضاة الاستئناف، لا يعتبر قضاء في طلبات جديدة باعتبار أنها مشتقة من الطلب الأصلي، الذي هو فك العصمة الزوجية، و لا تطبق بشأنها المادة 107² من قانون الإجراءات المدنية)³. و هذا ما جاء موافقا لما جاء به المذهب

¹ القرار نفسه.

² المادة (107) من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية: (لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاضاة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية.. و لا يعد بمثابة طلب جديد الطلب المشتق مباشرة من الطلب الأصلي في الدعوى و الذي يهدف إلى الغاية نفسها و لو كان مؤسسا على أسباب أو أسانيد مختلفة عنه) ولقد عدلت هذه المادة في القانون الجديد وأصبحت هذه الأحكام منصوصا عليها في المادتين 341، 343 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ طاهري حسين، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، دار ربحانة للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 2، 2001، ص 48.

المالكي، حيث أجاز فقهاؤه الانتقال من طريق إلى طريق، إذا كانت الغاية في آخر المطاف هي فك العصمة الزوجية¹.

ثالثاً: تكييف الصّح في الخلع

إن الصّح قد يكون التقنية أو الآلية الوحيدة لإرجاع المياه إلى طبيعتها في الخلع، و لكن ما رأيناه على مستوى القرار رقم 115118² لا نستشف هذا الأمر إطلاقاً، حيث أن المحكمة العليا لم ترد على سبب الطعن بالنقض على أساس غياب إجراء الصّح حيث جاء في القرار: (... كما أنه من الثابت أن الطلاق لا يثبت إلا بعد الصّح عملاً بالمادة (49) من قانون الأسرة، وقد تجاهلت محكمة قسنطينة هذا الإجراء فلم تستدع الطرفين للصّح ولم تشر إليه، مما يعدّ إغفالاً جوهرياً لإجراء جوهري...)³، وهذا وجه من الوجوه التي اعتمدها الطاعن. ووجدنا أن المحكمة العليا ردت على جميع الوجوه ماعدا الوجه المتعلق بغياب جلسة الصّح ولم يقبل الطعن، وهذا إخلال جوهري، وإنقاص من قيمة إجراء المصالحة، وفي المقابل، نجد أن محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها قد اعتبرت الصّح من النظام العام⁴، أي لا يجوز مخالفته بحال، حتى ولو كان ذلك بطريق الاتفاق؛ وهذا لأهميته وفعاليته، في كونها وسيلة أساسية تمكّن القاضي من التأكد من جدية السبب في الخلع، كما تمكنه من التأكد من عدم وجود ضرر يمكن إثباته، ويكون هو الدافع إلى المخالعة، ففي هذه الحالة يعاد البذل إلى المرأة ويطلق عليها تأسيساً على الضرر.

وفي حالة عدم جدية السبب، يحاول القاضي أن يقنع الزوجة بالرجوع عن المخالعة، أما إذا كان الأمر جدياً، فيحدّث الزوج ويحاول إقناعه بضرورة القبول؛ وهذا تحقيقاً للأصل الأول، وهو التراضي بين الزوجين في الخلع، فإن لم يمكن ذلك طلق بينهما خلعا، وهذا يعدّ محاولة من القاضي بصورة جدية لدفع التعسف عن الطرفين.

رابعاً: عرض ملف الخلع على النيابة العامة

¹ (إذا علم أن زوجها أضر بها و ضيق عليها، و علم أنه ظالم لها حتى اقتدت، مضى الطلاق و رد عليها مالها جبرا عليه، فهذا الذي كنت أسمع من العلماء، و الذي عليه أمر الناس عندنا بالمدينة).

أنظر: الزرقاني، مصدر سابق، ص 239.

² قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19/04/1994، نشرة القضاة، العدد 52، سنة 1996، ص (106-110).

³ القرار نفسه.

⁴ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 350.

إن عرض ملف الخلع على النيابة العامة (المجلس القضائي) أمر وجوبي، ويستمد هذا الإجراء وجوبه من اعتبار قضايا الخلع جزء من الأجزاء التي تشكل قضايا الأحوال الشخصية، كالزواج والطلاق والميراث.. الخ. ولهذا الإجراء أساس قانوني نجده صريحا في نص المادة (141) من قانون الإجراءات المدنية الجزائي، حيث جاء فيها: (يجب إطلاع النائب العام على القضايا الآتية:

- 1- القضايا التي تتعلق بالدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية والمصالح والهبات والوصايا لصالح الخدمات الاجتماعية،
- 2- القضايا الخاصة بحالة الأشخاص،
- 3- القضايا التي تتضمن دفوعا بعدم الاختصاص في نزاع يتعلق بصلاحيات الجهة القضائية،
- 4- تنازع الاختصاص بين القضاة ورد القضاة،
- 5- مخاصمة القضاة،
- 6- القضايا المتعلقة بعدم أهلية،
- 7- القضايا المتعلقة بالأشخاص المعترين غائبين،
- 8- إجراءات الطعن بالتزوير،

وترسل هذه القضايا الموضحة آنفا إلى النائب العام قبل 10 أيام على الأقل من يوم الجلسة بواسطة كاتب الضبط...). فنجد من بين القضايا التي تعرض بصورة وجوبية على النائب العام، القضايا الخاصة بحالة الأشخاص. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث قالت:

(إن المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية توجب إطلاع النائب العام على القضايا المنصوص عليها في فقراتها الثمانية، و من بينها تلك المتعلقة بحالة الأشخاص إلا أن ذلك مقتصر على المجالس القضائية دون المحاكم)¹، وهو نفس ما ذهب إليه القرار رقم 26709 المؤرخ في 1982/02/08، حيث جاء فيه أن ملف القضية لم يسلم إلى النيابة العامة، وكل ما في الأمر أن النائب العام استمع فقط، وهذا لا يقوم مقام التسليم حسب اجتهاد المحكمة العليا.

فالتسليم مرتبط بالنظام العام، وإغفاله يؤدي إلى نقض القرار، وهذا ما تم فعلا. وهذا بدوره تكريس لنص المادة (141) من قانون الإجراءات المدنية

¹ قرار رقم 115118، المذكور سابقا.

خاتمة:

بعد استطرادنا في موضوعنا هذا، و بعد استقراءنا لمجموع قرارات المحكمة العليا، و تحليلنا لها تحليلًا علميًا، على ضوء ما ورد على مستوى الأحكام الفقهية و النصوص القانونية، نخلص إلى ما يلي:

أولاً: اجتهاد المحكمة العليا، كما رأينا، كان مجاله واسعاً، و هذا بناء على نص المادة (54) من قانون الأسرة قبل التعديل، التي جاءت مقننة للخلاف الفقهي، محافظة عليه كما هو، دون الاستقرار على رأي من الآراء، إلا أنّ المشرّع في التعديل الجديد بناء على القانون رقم 09/05 ألغى هذا الخلاف بصورة نهائية؛ إرادة منه للوصول إلى الاستقرار القضائي، و ابتعاده عن التضارب العمودي، و لكن كان من المفروض أن يكون التعديل مضبوطاً نوعاً ما: كما جاء في المادة (20) من قانون تنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الذي جاء به قانون 2000/1 المصري، و التي تؤكد على العمل على تحقيق مبدأ الرضائية ما أمكن.

ثانياً: إن عدم وضوح التكييف أوجد تضارباً كبيراً على مستوى درجات التقاضي، إلا أنّ المحكمة العليا كانت مستقرة نوعاً ما في دائرة التكييف على مستوى المبادئ العامة، حيث عند استقراءنا لاحظنا وجود مرحلتين: مرحلة ما قبل 1992 و هي المرحلة التي كيّفت فيها المحكمة العليا الخلع على أنه عقد رضائي، و مرحلة ما بعد 1992 و التي كيّفت فيها المحكمة العليا الخلع على أنه حق إرادي للزوجة.

ثالثاً: اهتمام القضاة كان منصباً على الجانب الموضوعي دون الجانب الإجرائي، متجاهلين بذلك تأثير الجانب الإجرائي على تكييف الخلع، فإجراء الصلح، على سبيل المثال، لم يعتبره إجراء جوهرياً كما حدث و أن اعتبرته محكمة النقض المصرية من النظام العام، و معنى ذلك أنه لا يجوز مخالفته بحال؛ و هذا لكون الصلح آلية و تقنية فعالة في إعادة العلاقات الأسرية إلى حالها، أو التفريق بالتي هي أحسن، و في كلا الأمرين خير للاستقرار الاجتماعي.

خامساً: كان من المفروض علمياً و منطقياً و منهجياً على المحكمة العليا، عندما تريد أن تغير اتجاهها الاجتهادي بصورة حدية، أن توضّح ذلك بصورة واضحة، و تبين الأسباب التي دعته إلى سلوك منهج اجتهادي معين، و كذا كان من المفروض أن يكون ذلك باجتماع الغرف جميعها، و لكن ما كان قد حدث غير كاف، حيث أن المحكمة العليا نوهت بذلك في العدد الخاص في مقدمته، مستدلّين في ذلك بقول الإمام الحافظ ابن رشد (الحفيد).

الهوامش:

- ¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، طبعة خاصة، 1992، ج 7، ص 480.
 - ¹ كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط 2، د.ت، ج 4، ص 211.
 - ¹ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة هلال مصيلحي و مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1982، ج 5، ص 167.
 - ¹ مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت، ج 2، ص 44-45 .
 - ¹ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، د.ط، د.ت، ج 3، ص 262.
 - ¹ ابن جزى، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، د.ط، 1988، ص 237.
 - ¹ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه.
 - ¹ محمد بن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 9، ص 235.
 - محمد المنتصر الكتاني، موسوعة تقريب فقه ابن حزم الظاهري، مكتبة السنة، القاهرة، ط 1، 1992، ص 339.
 - ¹ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح متن الأخبار، مكتبة الكليات الأزهرية، الأزهر، القاهرة، د.ط، د.ت، ج 8، ص 33.
 - ¹ أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2001، ص 477.
 - ¹ مصطفى الزرقا و لجنة خاصة تحت إشرافه، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، دار القلم، دمشق، د.ط، 1996، ص 181.
 - ¹ المرجع نفسه.
 - ¹ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 1999، ص 202.
 - ¹ بن شويخ رشيد، "أحكام الخلع في الشرع و القانون و القضاء"، المعيار، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية و الاجتماعية، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، عدد 9، جويلية 2004، ص (236-248).
 - ¹ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1989، ص 248.
 - ¹ محمد بن حزم، مصدر سابق، ص 235.
 - ¹ القرار رقم 21305، المؤرخ في 1980/02/25، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1982، ص (79-82).
 - ¹ القرار نفسه، ص 82.
 - ¹ القرار رقم 216239 المؤرخ في 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، سنة 2001، ص (138-141).
 - ¹ سورة البقرة / آية 229.
- و الآية خطاب للأزواج، فنهوا أن يأخذوا من أزواجهم شيئا على وجه المضاربة، و هذا هو الخلع الذي لا يصح إلا بألا ينفرد الرجل بالضرر. و قد أجاز الجمهور بناء على هذا النص أخذ الفدية على الطلاق، و أجمعوا على منع أخذ مالها إلا أن يكون النشوز و فساد العشرة من قبلها، و الخوف من عدم إقامة حدود الله، فمعنى ذلك فيما يجب عليهما من حسن الصحبة و جميل العشرة.

أنظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت، ج3، ص 136 و ما بعدها.

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، دار الفكر، 1981، ج 6، ص 170-171.

¹ يترتب على اعتبار الخلع معاوضة الآثار الآتية: أ- لا يحتاج لصحته قبض العوض، ب- يجوز ردّ العوض فيه بالعيب، ج- يملك العوض بالعقد و يضمن بالقبض. و يترتب على اعتباره يمينا من جهة الزوج الآثار الآتية: أ- لا يصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة، ب- لا يقتصر إيجاب الزوج على مجلسه، فلو قام من المجلس قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه بهذا القيام، ج- لا يصح للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة، د- يجوز للزوج أن يعلق الخلع بشرط. و يترتب على اعتبار الخلع معاوضة لها شبه بالتبرعات من جانب الزوجة ما يأتي: أ- يصح للزوجة رجوعها عن الإيجاب إذا ابتدأت الخلع قبل قبول الزوج، ب- يقتصر قبول الزوجة في المجلس إن كانت حاضرة فيه، و في مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة عن مجلس الإيجاب، ج- يجوز للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها في مدة معلومة. أنظر: الزحيلي (وهبة)، مرجع سابق، ص 487 و ما بعدها.

¹ و ذلك قبل التوجه الجديد الذي اعتمدته المشرع الجزائري من خلال تعديل المادة (54) من قانون الأسرة بموجب القانون رقم 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

¹ الخلع عندما يطلبه الزوج تكون منهجيته مختلفة عما إذا طلبته الزوجة، فحتى يقع، لابد أن يكون منضبطا بمجموعة من الضوابط و القيود نجملها فيما يلي:

أ- أن لا يضرها ضررا يدفعها إلى طلب ذلك، ب- أن ترضى الزوجة؛ لأنها كطرف هي التي ستفدي نفسها بمال، ج- أن يكون محسنا بأن امرأته كارهة له، لضرر غير ظاهر لا يمكن إثباته. أنظر: محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990، ج3، ص 239، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، د.ط، د.ت، ص 411.

¹ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 411.

¹ محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن و بهامشه تفسير غرائب القرآن و رغائب الفرقان للعلامة القمي النيسابوري، دار الفكر، بيروت، ج2، ص 288.

¹ منصور بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، رئاسة إدارة البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.ط، د.ت، ج3، ص 107.

¹ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ج9، ص 400.

¹ ابن حزم، مصدر سابق، ص 235.

¹ محمد الشوكاني، نيل الوطار شرح منتقى الأخبار، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د.ط، د.ت، ج8، ص 34.

¹ عامر الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، د.ط، 1997، ص 78.

¹ شمس الدين بن مفلح، الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج5، ص 265.

¹ ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ط1، د.ت، ص 55.

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، د.ت، ص 340.

¹ القرار رقم 83603 المؤرخ في 1992/07/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، سنة 2001، ص(134-137).

- ويعدّ التحول الذي تضمّنه هذا القرار تحولاّ ضمّنيا للاجتهاد القضائي في مادة الخلع، أمّا قرار المحكمة العليا رقم 115118 المؤرخ في 19 أفريل 1994 (نشرة القضاة، سنة 1996، العدد 52، ص(106-110)، إنّما كان تمثيلا صريحا لذلك التّحول حيث نصّ على عدم مشروطة قبول الزّوج لمبدأ الخلع. فمن النّاحية العملية لا يعدّ عام 1994 نقطة التّحول في الاجتهاد القضائي.
- ¹ عامر سعد الزبياري، مرجع سابق، ص 77.
- ¹ ابن جرير الطبري، مصدر سابق، ص 288.
- ¹ البهوتي، مصدر سابق، ص 107.
- ¹ ابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، ص 401.
- ¹ عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة و قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، المؤسسة العربية الحديثة، د.ط، د.ت، ص 199.
- ¹ الشوكاني، مصدر سابق، ص 33.
- ¹ تقي الدين بن تيمية، الفتاوى، مجلد (31-32)، ص 282.
- ¹ عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 199.
- ¹ (و الفقه أن الفداء إنّما 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).
- أنظر: ابن رشد، مصدر سابق، ص 56.
- ¹ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ص 254-255.
- ¹ و هذا التكييف كان مبنيا على أساس تفسيرهم لنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله، و الذي جاء مبهما من حيث اعتبار إرادة الزوج في الخلع، فقد نفهم منها أن الخلع عقد رضائي، كما قد نفهم أن الخلع حق إرادي.
- ¹ أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2001، ص 509.
- ¹ "Droits fondamentaux des femmes", Internet: <http://www.unhr.ch/huridocda/huridoca.nsf/csymbol/157.23.fr> 9 open document/
- ¹ مريانا الخياط الصبوري، "معوقات في وجه تحقيق المساواة بين الجنسين: حالة لبنان"، المستقبل العربي، يصدرها مركز دراسات الوحدة العربية، يوليو 2005، العدد 317، ص(108-123).
- ¹ المادة 152 من الدستور الجزائري تعدّ الأساس القانوني للمحكمة العليا الجزائرية، و نصها: (تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية و المحاكم..تضمن المحكمة العليا و مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهران على احترام القانون).
- ¹ الغوثي بن ملحّة، "الاجتهاد القضائي"، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2000، ص 53.
- ¹ محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1983، ص 34-35.
- ¹ عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري (1962-2002)، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، ط 1، 2003، ص 265.

¹ ميشال بونشير، مدخل للقانون، ترجمة محمد أرزقي نسيب، دار القصة للنشر، الجزائر، د.ط، 2004، ص 115-116.
¹ المرجع نفسه.

¹ مرحلة اعتبار إرادة الزوج (الخلع عقد رضائي) و مرحلة عدم اعتبار إرادة الزوج (الخلع حق إرادي للزوجة).
¹ و بمحمل هذه الإجراءات أن تنظر الدّعى في هيئة الغرفة الموسّعة، و ذلك في مرحلتين:

الأولى: إذا لاحظت الغرفة التي عُرضت عليها القضية أنّها يمكن أن تصدر قرارا يتضمن اجتهادا قضائيا يتعارض مع ما استقرت عليه المحكمة العليا، فإنّها تدعو إلى انعقاد الغرفة المختلطة التي تتشكّل من غرفتين، و التي لا تبتّ بصفة قانونية إلاّ بحضور تسعة أعضاء على الأقلّ، و هذا ما جاء في نصّ المادة (22) من ق.ع.م.ع.

الثانية: إذا رأت الغرفتان أنّ الإشكال القانوني يمكن أن يؤدّي إلى تغيير في الاجتهاد القضائي تحيل القضية إلى هيئة الغرفة المجتمعة التي تتألّف من الرئيس الأوّل و نائب الرئيس و كذا رؤساء الغرف و رؤساء الأقسام و عميد المستشارين في كلّ غرفة، و لا يصحّ أن تبتّ في القضية إلاّ بحضور (25) عضوا على الأقلّ، و في كلّ الحالات تتخذ القرارات بموافقة الأغلبية مع ترجيح رأي الرئيس في حالة تعادل الأصوات، و هذا ما جاء في المواد (22)، (23) و (24) من ق.ع.م.ع. و هذا كلّ لم نلاحظه على مستوى التّغيير الاجتهادي في مادّة الخلع. و ما كان يليق من محكمة توجد في قمة التّنظيم القضائي أن لا تحترم الإجراءات التي يتضمنّها القانون المتعلّقة بصلاحياتها و تنظيمها. أنظر: بوشير (محد أمقران)، تحوّل الاجتهاد القضائي بين النصّ و التطبيق، مجلّة المحاماة، تصدر عن منظّمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، العدد 2، ديسمبر 2004، ص (55-80).

¹ الهاشمي هويدي، توضيحات رئيس غرفة الأحوال الشخصية في ما يخصّ الطّلاق و التّطليق و متاع البيت، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (19-25).

¹ قرار رقم 51728 المؤرخ في: 1988/11/21، المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1990، ص (72-74).

¹ القرار رقم 73885 المؤرخ في: 1991/04/23، المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1993، ص (55-57).

¹ القرار رقم 33652 المؤرخ في: 1984/06/11، المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1989، ص (38-40).

¹ القرار رقم 73885 السابق ذكره.

¹ القرار رقم 33652 السابق ذكره.

¹ القرار رقم 103793 المؤرخ في: 1994/04/19، نشرة القضاة، عدد 51، سنة 1997، ص (96-97).

¹ القرار رقم 141262 المؤرخ في: 1996/07/30، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1998، ص (120-123).

القرار رقم 83603، المذكور سابقا.

¹ القرار رقم 252994 المؤرخ في: 2000/11/21، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2001، ص (293-295).

القرار رقم 115118 المؤرخ في: 1994/04/19، نشرة القضاة، عدد 52، سنة 1996، ص (106-110).

¹ القرار رقم 216239 المؤرخ في: 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية، العدد الخاص، سنة 2001، ص (138-141).

¹ القرار نفسه.

¹ القرار رقم 21305 المؤرخ في: 1980/02/25، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1982، ص (79-82).

¹ القرار رقم 252994 السابق ذكره.

¹ القرار رقم 83603 السابق ذكره.

¹ القرار رقم 103793, السابق ذكره.

القرار رقم 83603, السابق ذكره.

¹ القرار رقم 36709 المؤرخ في: 1985/04/22, المجلة القضائية, عدد 1, سنة 1989, ص(92-95).

¹ المجلة القضائية, عدد 1, سنة 1989, ص (115-118).

¹ محمد عزمي البكري, الأحوال الشخصية, دار محمود للنشر و التوزيع, د.ط, د.ت, ص 547.

¹ عمر زودة, طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها, Encyclopedia éditions, الجزائر, د.ط, 2003, ص 160.

¹ المجلة القضائية, عدد 1, سنة 2001, ص (293-295).

¹ المجلة القضائية, عدد 1, سنة 1989, ص (95-92).

¹ المجلة القضائية, عدد 3, سنة 1989, ص (41-38).

¹ عمر زودة, مرجع سابق, ص 161.

¹ المرجع نفسه, ص 162.

¹ نشرة القضاة, عدد 51, سنة 1997, ص (97-96).

¹ المجلة القضائية, عدد 1, سنة 1998, ص (123-120).

¹ المجلة القضائية, عدد 3, سنة 1990, ص (74-72).

¹ المجلة القضائية, عدد 2, سنة 2001, ص (137-134).

¹ المجلة القضائية, عدد 2, سنة 1989, ص (41-38).

¹ نشرة القضاة, عدد 52, سنة 1996, ص (110-106).

¹ المجلة القضائية, عدد 2, سنة 2001, ص (141-138).

¹ ملف رقم 252994, المذكور سابقا.

¹ القرار نفسه.

¹ المادة (107) من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية: (لا تقبل الطلبات

الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاصة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية.. و لا يعدّ بمثابة طلب جديد الطلب

المشتق مباشرة من الطلب الأصلي في الدعوى و الذي يهدف إلى الغاية نفسها و لو كان مؤسسا على أسباب أو أسانيد مختلفة

عنه) ولقد عدّلت هذه المادة في القانون الجديد وأصبحت هذه الأحكام منصوفا عليها في المادتين 341, 343 من القانون رقم

09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ طاهري حسين, الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية, دار ربحانة للنشر و التوزيع, الجزائر, ط 2, 2001, ص 48.

¹ (إذا علم أن زوجها أضر بها و ضيق عليها, و علم أنه ظالم لها حتى افتدت, مضى الطلاق و رد عليها ما لها جبرا عليه, فهذا

الذي كنت أسمع من العلماء, و الذي عليه أمر الناس عندنا بالمدينة).

أنظر: الزرقاني, مصدر سابق, ص 239.

¹ قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19/04/1994, نشرة القضاة, العدد 52, سنة 1996, ص (110-106).

¹ القرار نفسه.

¹ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 350.

¹ قرار رقم 115118، المذكور سابقاً.

¹ أحكام هذه المادة في ظلّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد تضمنتها المادة 260 منه مع بعض التعديلات.

المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب

ابن جزى، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، د.ط، 1988.

إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 1999،

أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2001.

ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ج 9، ص 400.

ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ط 1، د.ت.

أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2001.

البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع و كيف الطلاق فيه، دار الفكر، 1981.

بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، د.ط، د.ت.

تقي الدين بن تيمية، الفتاوى.

شمس الدين بن مفلح، الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1997.

عامر الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، د.ط، 1997.

عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1989.

عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة و قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، المؤسسة العربية الحديثة، د.ط، د.ت.

عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري (1962-2002)، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، ط 1، 2003.

عمر زودة، طبعة الأحكام بإثراء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، Encyclopedia éditions، الجزائر، د.ط، 2003.

طاهري حسين، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، دار ربحانة للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 2، 2001.

القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط 2، د.ت.

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مراجعة هلال مصيلحي و مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1982.

مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، د.ط، د.ت.

وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، طبعة خاصة، 1992.

- محمد بن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت.
- محمد المنتصر الكتاني، موسوعة تقريب فقه ابن حزم الظاهري، مكتبة السنة، القاهرة، ط 1، 1992.
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مكتبة الكليات الأزهرية، الأزهر، القاهرة، د.ط، د.ت.
- مصطفى الزرقا و لجنة خاصة تحت إشرافه، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، دار القلم، دمشق، د.ط، 1996.
- محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1990.
- محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن و بهامشه تفسير غرائب القرآن و رغائب الفرقان للعلامة القمي النيسابوري، دار الفكر، بيروت.
- منصور بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، رئاسة إدارة البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.ط، د.ت.
- محمد الشوكاني، نيل الوطار شرح منتقى الأخبار، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د.ط، د.ت.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، د.ت.
- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.
- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1983.
- ميشال بونشير، مدخل للقانون، ترجمة محمد أرزقي نسيب، دار القصة للنشر، الجزائر، د.ط، 2004.
- محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر و التوزيع، د.ط، د.ت.

ثانيا: المقالات العلمية:

- بن شويخ رشيد، "أحكام الخلع في الشرع و القانون و القضاء"، المعيار، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية و الاجتماعية، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، عدد 9، جويلية 2004، ص (248-236).
- مريانا الخياط الصبوري، "معوقات في وجه تحقيق المساواة بين الجنسين: حالة لبنان"، المستقبل العربي، يصدرها مركز دراسات الوحدة العربية، يوليو 2005، العدد 317، ص (123-108).
- الغوثنى بن ملح، "الاجتهاد القضائي"، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2000، ص 53.
- بوشير (محمد أمقران)، تحول الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق، مجلة المحاماة، تصدر عن منظمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، العدد 2، ديسمبر 2004، ص (80-55).
- الهاشمي هويدي، توضيحات رئيس غرفة الأحوال الشخصية في ما يخص الطلاق و التّطليق و متاع البيت، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (25-19).

ثالثا: القوانين

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخ في 09 يونيو 1966.