

الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة

بقلم تشوار حميدو زكية*

والواقع، ما كان على المشرع القيام به عند وضعه للنصوص القانونية، هو أن يزود، في إطار الصياغة التشريعية، فصول التقنيات الرئيسية بنصوص واضحة من حيث الأهداف والغايات، يسترشد منها القاضي في تفسير القواعد القانونية.

غير أن ما يتسم به التشريع الأسري هو ضعفه الكمي والكيفي، حيث أن الضعف الأول يتجلى في عدم كفاية النصوص التشريعية في مجال الأسرة، وهنا تظهر لنا حتمية وجود قانون قضائي أسري، بما يحويه من قواعد موضوعية وإن كانت أحيانا مستنبط من مبادئ الشريعة الإسلامية. أما الضعف الكيفي، فيقصد به في مجالنا هذا الغموض الوارد في النصوص المدونة. هذا ما يدفع بالقاضي إلى التوسع في التأويل، مما يجعله يبتدع حلول قضائية تحل محل النصوص التشريعية. ولكن، فهذه الحلول القضائية تارة تتماشى وروح العدالة، وتارة تتعارض معها، وذلك ما يمكن إثارته في مسألة حالات الطلاق التي رتبها المشرع في قانون الأسرة.

شرع واضعو هذا القانون، على منوال الفقه الإسلامي، الطلاق علاجا للخلافات الزوجية حين لا ينفع معها علاج سواه، ومن ثم نجد أن الزوجة لم تعد تحت رحمة الزوج الذي يملك حق الطلاق، بل فتحوا لها منافذ تنفذ منها إلى حياة الراحة من زوجية شقية بائسة، فيسروا لها، إلى جانب التطليق أي الطلاق القضائي لأسباب معينة، أن تقدم لزوجها من مالها ما تخلص به نفسها منه حينما لا تطيقه بغضا، دون إبداء أو ضرر، وهذا ما يطلق عليه فقها تسمية " المخالعة " .

وإذا كان هذا هو نظام المخالعة المنصوص عليه صراحة شرعا وتشريعا، فكيف يتأتى تطبيقه، حيث لو طلبت الزوجة المخالعة، هل يقع الفراق بينهما بمجرد التماسها ذلك؟ أم يشترط لإيقاع الطلاق خلعا أن يتراضيا به الزوجان ؟ وهل يجوز أن يكون

مقابل الخلع التنازل عن حضانة الأطفال لفائدة الزوج أو لغيره ؟ وعلى العموم، ما هو موقف المحكمة العليا من هذه المسائل ؟

1.- الطبيعة القانونية للمخالعة

نظم التشريع الجزائري حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بناء على النهج الذي سطره الفقه الإسلامي، فنصت المادة 54 من قانون الأسرة على أنه " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم " ¹.

وبناء على هذه الصياغة التشريعية، فهل نستطيع أن نظفر بإجابة محددة عن السؤال الذي سبق أن طرحناه في ديباجة هذه المداخلة وهو : ما هو الرضاء الذي يقوم عليه الخلع ؟ هل هو رضا الزوجين ؟ أم رضا الزوجة دون موافقة الزوج ؟

وللإجابة على ذلك يجب في بداية الأمر أن نلفت النظر في هذا الصدد إلى عبارة " أن تخالع نفسها من زوجها " التي جاءت بها هذه المادة في شطرها الأول إذ اتفق الفقه الجزائري ² على أن المشرع قد قصد من ورائها اشتراط ضرورة موافقة الزوجين على المخالعة مجاريا في ذلك الفقه الإسلامي السائد، وقد رتب على ذلك نتيجتين:

1 - والأصل في هذا النوع من الطلاق قوله تعالى "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به " سورة البقرة، الآية 228. وأن أول خلع في الإسلام هو ما كان من جميلة زوجة ثابت بن قيس، حيث أتت الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا. فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم "أتريدين عليه حديثه"، قالت: نعم، فأمره الرسول صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديثه ولا يزداد. رواه ابن ماجه والبخاري والنسائي.

2 - وفي هذا يقول عبد العزيز سعد " فإن أسباب انحلال الزواج بالارادة المشتركة للزوجين الطلاق بالخلع وهو ما أشارت إليه المادة 54 من قانون الأسرة"، إذ " لا يجوز للقاضي أن يحكم بالخلع بمجرد طلبه من الزوجة دون رضا الزوج وموافقة الصريحة" انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، ط. 2، 1989، ص. 248-249. ويتفق بلحاج العربي مع فضيل سعد و عبد الفتاح تقيّة على أن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج، إذ أنه ليس حقا لها تطلبه. انظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج. 1، د.م.ج.، 1994، ص. 264-267؛ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج. 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص. 314؛ عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، ثلاثة، 2000/1999، ص. 210.

الأولى، أنه إذا طلبت الزوجة الخلع من زوجها وأبى أن يستجب لطلبها هذا فظاهر النص يقضي بحسب اعتقاده بعدم حصول هذه الزوجة على الطلاق. والثانية، أنه إذا صدر الإيجاب من الزوج ورفضت الزوجة ذلك فلا يقع الخلع.

وتجمع غالبية الفقه الإسلامي¹ على أن الخلع يتم باتفاق الزوجين ويتوقف على إيجاب وقبول، ولم يخرج على هذا الإجماع إلا قلة ضئيلة من الفقه، حيث يرى أحمد الغندوز " أن الإمام مالك كان قد أجاز للقاضي أن يخلع الزوجة من زوجها بعد أخذ رأي الحكمين كلما قالت عن زوجها أنها تبغضه ولا تطيقه وأثبتت نشورها منه. على أن تدفع له ما كان قد قدمه لها في سبيل الزواج "². ولذلك يرى جانب من الفقه بأن المرأة لها أن ترفع أمرها إلى القاضي في حالة عدم قبول الزوج المخالعة، وتكون عندئذ للقاضي سلطة تقديرية في ذلك "³.

ولقد أخذت المحكمة العليا بالرأي السائد في قراراتها الأولى، حيث قضت صراحة في قرارها الصادر في 19 فبراير 1969 بأنه " لا يجوز للقاضي الحكم به (الخلع) دون رضا الزوج "⁴؛ ومن ثم، فإن " عرض الزوجة الخلع لا يخولها أي حق ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به "⁵.

ولقد توالى قرارات المحكمة العليا بعد قراراتها السابقة لتؤكد استمرارها في الأخذ بهذا الاتجاه، حيث قضت بأنه " من المقرر شرعا أن الطلاق على المال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج "⁶، وبأنه " من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج

1 - انظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج. 1، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص. 393.

2 - انظر، أحمد الغندوز، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ص. 336.

3 - انظر، إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص. 166.

4 - انظر، مجلس أعلى، غ.ق.خ.، 19/02/1969، ن.س.، 1969، ص. 266.

5 - انظر، غ.م.، 12/03/1969، م.أ.ج.، عدد 1، ص. 170.

6 - انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 08/02/1982، ملف رقم 26709، ن.ق.، 1982، عدد خاص، ص. 258.

للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه " ¹.

ولكن لما كانت المحكمة العليا لا تقف بقضائها موقف الجمود فقد أخذت تعمل على " تطوير " اتجاهها حتى تبلور أخيرا في قاعدة جديدة، وهي القاعدة التي تقوم على أساس جواز النطق بالطلاق عن طريق الخلع حتى ولو لم يتراضيا الزوجان عليه، بل يمكن للقاضي الاكتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة الزوج عليه إذا أصبحت بينهما عشرة زوجية لا يرضيها الدين الإسلامي.

ومن قراراتها في هذا الصدد قرارها الصادر في 21 جويلية 1992 المؤيد للحكم الصادر عن محكمة وهران بتاريخ 17/03/1990 والقاضي بمخالعة الزوجة نهائيا وابتدائيا والحكم 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 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 للإبزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع، في قضية الحال، لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون " ².

وعملت أيضا المحكمة قرارها هذا بما يلي : " حيث أن أصل مشروعية الخلع قد وضعت كعلاج ومخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا تطيق معاشرة زوجها وهي لا تملك المبرر الشرعي للفراق وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة وقد أسهب الفقهاء في التاصيل والتفريغ في هذا الموضوع الذي لا مجال لذكره وقد يكون باتفاق وبدونه وله أشكال وحالات متعددة " ³.

1 - انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1988/11/21، ملف رقم 51728، م.ق.، 1990، عدد 3، ص. 72.

2 - انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1992/07/21، ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص. 134.

3 - انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1992/07/21، ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص. 136.

وقد تأيد اتجاه المحكمة العليا بهذا المبدأ في قرارها الصادر في 16 مارس 1999؛ وتتحصل وقائع هذه القضية في أن السيدة س. ن. كانت قد طلبت التطبيق عن طريق الخلع، غير أن محكمة بئر مراد رايس قضت في حكمها الصادر في 1998/02/22 برفض دعوى المدعية مع إلزامها بالرجوع إلى مسكن الزوجية بسبب عدم موافقة الزوج له؛ وفي 1998/07/19 أصدرت نفس المحكمة الحكم بتطبيق الزوجة عن طريق الخلع رغم اعتراض الزوج عليه. وهذا ما أيدته المحكمة العليا في قرارها هذا بقولها " حيث أنه بالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة يتبين أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي وهو ما عرضته المطلقة على الزوج... مما يجعل ما قضى به قاضي الدرجة الأولى مطابق نصا وروحا للمادة 54 من قانون الأسرة الواجب التطبيق على قضية الحال... " ¹، وذلك لما قضى بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج. ويستنتج من ذلك أن المحكمة العليا بإصدارها هذين القرارين قد عدلت عن قضائها السابق والمستقر والذي كان يقوم على عدم قبول الخلع الذي لم يكن الزوج راضيا به.

وإنه ليجدر بنا أن نتساءل : أي الاتجاهين أجدر الاتباع من حيث تفسير النصوص؟

والواقع نحن نرى أن الحل الجديد الذي أتت به المحكمة العليا يوافق ويتمشى مع روح النصوص التشريعية، ويمكن أن نستند في موقفنا هذا إلى الحجج التالية :

أولا، تقوم الحجة الأولى على أن المادة 54 من قانون الأسرة قد اكتفت بالاشتراط على أن تكون الموافقة بين الزوجين على المال (بدل الخلع) ولم تشترطه في الطلاق ذاته، بل اكتفت بالقول أيضا بأنه " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها ".

ثانيا، تستمد الحجة الثانية من تفسيرنا للمادة 48 من قانون الأسرة التي نصت على أن " الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ". ونستشف من هذه المادة

1 - انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1999/03/16، ملف رقم 216239، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص. 140.

أن المشرع لم يكيف الخلع على أساس أنه حالة من حالات الطلاق بالتراضي، وإنما من الحالات التي تسمح للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية قضائيا.

ثالثا، الحجة الثالثة والأخيرة مستمدة من الفلسفة التي اتبعها المشرع عند وضعه لأحكام الطلاق، إذ يمكن الاستناد إلى القواعد العامة المقررة في قانون الأسرة والتي تضمنتها المواد 48، و54 و56 منه بحيث إذا كان الأصل في الخلع أن يتم بالتراضي بين الرجل والمرأة، غير أنه فإن أبى دفعت أمرها للقاضي، ومهمة القاضي هنا أن يستوثق من أن كراهية المرأة ورغبتها في المفارقة ليست وليدة نزوة عاطفية، وإنما هي رغبة عميقة الجذور. ولتحقيق ذلك يدعو القاضي الطرفين للتحكيم، طبقا للمادة 56 من ذات القانون، فإذا لم يوفقا الحكمان في مهمتهما حكم القاضي بالخلع لتخلص الزوجة من الضرر الذي استعصى عليها إثباته.

وغني عن البيان أن هذه الحجج ذاتها كما تصلح لتأييد التفسير الذي جاءت به المحكمة العليا لنص المادة 54 من قانون الأسرة، فإنها تصلح أيضا في اتباع المنهجية التشريعية التي اعتناقها المشرع المصري في تعديله لقانون الأحوال الشخصية في يناير 2000 وذلك لما اعترف للزوجة بحق الحصول على الطلاق حتى ولو رفضه الزوج مع الشرط الواحد أن ترد له المهر¹.

2.- مدى صحة التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع

إن ما يمكن أن يحدث خلال الحياة الأسرية هو أن الزوج وهو أن يوافق على أن يطلق زوجته يحرم الأم من حضانة الأولاد؛ وبالمقابل، ليس ببعيد أن يحصل من الزوجة وهي تريد التحرر من عقدة النكاح أن تحيل حقوقا شخصية متعلقة بها وبأطفالها، فتدفع حق هؤلاء ثمنا لهذا التحرر².

1-Cf. Dina DARWICH, Divorce à l'égyptienne : la fin du monopole masculin, in Le Quotidien d'Oran, du 18/01/2001, p. 13.

2-Cf. H.H. Bencheikh, La condition juridique de la femme mariée au Maghreb., th. Etat, Rennes, 1982, p. 121.

فهذه الفرضية لم يجهلها الفقه ولا القانون ولا القضاء، فاتخذوا تارة مواقف موحدة وتارة مختلفة.

فمن جانب الفقه، نجد أن آراءه لم تستقر على كلمة واحدة، وإنما تعددت بشأنها الأفكار وتشعبت الحجج سواء تعلق الأمر بالفقه الجزائري أو بالفقه المقارن؛ فخرجت هذه المسألة بثلاث حلول.

فينادي الفريق الأول بصحة الخلع في هذه الحالة وببطلان المقابل المتمثل في التنازل عن الحضانة لتعلقه بحق الغير¹. وتجمع غالبية الفقه² على أن هذا الشرط أو الاتفاق لتعديل تطبيق قاعدة الحضانة يعتبر باطلا وكان لم يكن بسبب مساسه بمسألة تخرج عن إرادة الأشخاص وتخضع لأحكام النظام العام³.

وأما أنصار الرأي الثاني، فيرون بأنه لا يجوز الخلع على أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها؛ فقد دعموا رأيهم هذا بحجة مستقاة من مبدأ مصلحة المحضون ومضمونها أن حق الحضانة هو حق للولد، وبقائه عند أمه أنفع له⁴، فضلا عن أن ليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه⁵.

1 - انظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج. 1، في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص. 379.

2 - انظر، د. بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 545؛ د. عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص. 239، الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 411؛ د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 754. قد سرى على هذا الرأي الحنفية (د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 501 و719؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 362)، ومنهم محمد حيث يقول "لو إختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل، لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا"، عن إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، 1994، ص. 591.

3 - Sur les différents aspects de cette question, cons. Y. Dennaoui, La famille musulmane dans certains codes contemporains (ottoman, syrien, tunisien), th. Paris 2, 1978, p. 227-228.

4 - انظر، السرخسي، المبسوط، ج. 6، ص. 196.

5 - انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 250.

وخلافا للرأيين السالفين، ترى قلة ضئيلة من الفقه بأنه يمكن للزوجة أن تتنازل عن الحضانة للتحرر من عقدة النكاح¹. وهذا ما قال به المالكية الذين أجازوا إسقاط الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب إذا توافر الشرطان التاليان : أولا، ألا يلحق الولد ضرر من مفارقة أمه؛ وثانيا، أن يكون الأب قادرا على حضانة الولد. وإلا يقع الطلاق ولم تسقط الحضانة². إلا أن المفتي به والعمل عليه عند بعض المالكية هو أنه إذا خالعت الأم على إسقاط حضانتها لا تنتقل الحضانة إلى الأب ولكنها تنتقل إلى من يلي الأم في حق الحضانة³.

أما من زاوية القانون، فتتجه القوانين العربية المعاصرة إلى تأييد الرأي الأول، بل وهو الرأي المعمول به في سائر القوانين العربية وفي الجزائر فعلا. فقد جاء في المادة 103 من قانون الأحوال الشخصية السوري بأنه " إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة، صحّت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه"⁴. كذلك جاء في المادة 288 من قانون الأحوال الشخصية المصري بأن " اشترط الرجل في الخلع إمساك ولده عنده مدة الحضانة باطل وإن صحّ الخلع..."⁵. كما ورد في نص المادة 102 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية بأنه " لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد ولا شيئا من حقوقهم، فإن وقع، صحّ الخلع وبطل الشرط "

1- Cf. Gh. Benmelha, Le droit algérien de la famille, O.P.U., Alger, 1993, p. 232.

2 - انظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه المقارن على المذاهب الأربعة، ص. 363، د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 501.

3 - انظر، محمد الدسوقي، الشرح الكبير، ج. 2، ص. 349، د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 501.

4 - وعلى هذا ذهب محكمة النقض السورية في قرارها الصادر في 1954/05/16، حيث قالت "إن حق الحضانة من الحقوق المستمرة، فبان تنازلت عنه في زمن لا يؤثر على حقها في المستقبل" انظر، محكمة النقض، 1954/04/16، عن د. عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ج. 2، ص. 240، عزة ضاحي، المرجع السابق، ص. 129.

5 - وهذا ما سرت عليه محكمة جرجا الشرعية في حكمها الصادر في 1933/07/22، عندما قررت أن " إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة لا يسقط حق الصغير " انظر، محكمة جرجا الشرعية، 1933/07/22، مجلة المحاماة الشرعية، السنة الخامسة، ص. 171.

وفي هذا الصدد، يقتضي الأمر أن نشير أن قوانين المغرب العربي لم تسلك نفس المسلك بشأن مدى صحة التنازل عن الحضانة مقابل الإختلاع. ففي الجمهورية التونسية سكّت المشرع عن هذه المسألة بدلالة أنه لا يعترف بالخلع كحالة من حالات الطلاق.

وفي المملكة المغربية يستخلص موقف المشرع من التنسيق بين الفصلين 64 و65 من مدونة الأحوال الشخصية، إذ ينص على الترتيب " كل ما صحّ التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع "؛ " ولا يجوز الخلع بشيء تعلّق به حق الأولاد إذا كانت المرأة معسرة ". هذان النصان لم يصّرّا عن موقفهما ولم يكشفّا عنه، غير أنهما لم ينفيا بمفهوم المخالفة التنازل عن الحضانة كمقابل للإختلاع، وذلك يبرز أولا باستعمال المشرع عبارة " شرعا " لتحديد بدل الخلع، حيث أنه يجوز عند المذهب المالكي المعمول به رسميا في المغرب¹ أن يتفق الزوجان على أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع كما سبق توضيحه؛ وثانيا بتفسير الفصل 65 من ذات المدونة الرامي إلى القول بأنه يجوز التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع إذا كانت الزوجة موسرة.

ولكن فما هو الشأن في هذا الصدد بالنسبة للمشرع الجزائري؟

لم يتناول المشرع هذه المسألة في فصل الحضانة، ومع ذلك، فإنه لم يسكت عنها كلية، إذ يمكن استخراج حكمها من فصل الطلاق وبالتحديد من المادة 54 من قانون الأسرة التي نصّت على أن " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه... ". ووفقا لهذا النص أنه لا يجوز في ظل التشريع الجزائري أن يكون التنازل عن الحضانة مقابل خلع. وحجتنا في ذلك أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بالأمر الشخصية ولا المادية للطلاق، ولأن كلمة " مال " الواردة في المادة المذكورة تبرهن أتم البرهان أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مال، ومن ثم، كل ما لا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل خلع.

1 - إذ ينص الفصل 82 من مدونة الأحوال الشخصية على أن " كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك ". انظر في شأن ذلك، عبد العزيز توفيق، مدونة الأحوال الشخصية مع آخر التعديلات، دار الثقافة، 1993، ص. 15 وما بعدها.

ولا ريب أن لهذا النص حكمته، فقد أراد المشرع من وضعه أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال، إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حرّيتها ولكن إهدارا لمصالح الطفل وإجحافا لحقوقه، لذلك كان من الضروري أن يسدّ هذا الباب من الأصل صيانة لحقوق الطفل وحماية لمصالح المجتمع ككل.

ويجرى القضاء الجزائري في أحكامه على الاعتراف بأن يكون مقابل الخلع مالا. فقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 19 فبراير 1969 على أن " من المقرر شرعا وقانونا بأن **الخلع هو طلاق** بإرادة الزوج المنفردة **مقابل مال** تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج " ¹.

كذلك قضى نفس المجلس في 08 فبراير سنة 1982 على أن " من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ **الخلع** شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها **فتعرض عليه مالا** لفراقها إن قبل تم الخلع وطلّقت منه " ².

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 22 أبريل 1985 قرّر المجلس ذات المبدأ عندما قضى بأن " من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على **مبدأ الخلع** والإختلاف على **مقداره** فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع، ومن ثم يتعين على القاضي **تقدير قيمة الخلع** ثم الحكم بالطلاق... " ³.

وإذا ترتّب على هذا الموقف القضائي أن التنازل عن الحضانة لا يجوز بتاتا أن يكون مقابلا للخلع، فإنه مع ذلك هناك بعض الأحكام والقرارات القضائية قد اتخذت موقفا مغايرا، سواء كان ذلك قبل الاستقلال أو قبل إصدار قانون الأسرة أو حتى بعد إصداره.

1 - انظر، مجلس أعلى، غ.ق.خ.، 19/02/1969، ن.س.، 1969، ص. 266.

2 - انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 08/02/1982، ملف رقم 26709، ن.ق.، 1982، عدد خاص، ص. 258.

3 - انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 22/04/1985، ملف رقم 36709، م.ق.، 1989، عدد 1، ص. 92.

وقد طبق القضاء قبل الاستقلال أحكام المذهب المالكي، ومن ثم لم يمنع أن يكون مقابل الخلع التنازل عن الحضانة شريطة أن لا يخشى على المحضون ضررا من جراء انفصاله عن أمه. فقد أصدرت محكمة استئناف الجزائر حكما بتاريخ 26 أكتوبر 1863 يقضي بأن "يجب تنفيذ الاتفاق بين الزوجين في حالة ما إذا خالعت الزوجة الحامل زوجها على إسقاط حقها في الحضانة وتسليم الولد بعد الوضع لأبيه"¹. كما قضت غرفة مراجعة الأحكام الإسلامية في قرارها الصادر في 14 نوفمبر 1949 بأن "لا تمنع الشريعة الإسلامية المرأة الحامل من مخالعة زوجها على إسقاط حضانة الولد لأبيه، إلا أنه لا يجوز أن يكون هذا الاتفاق مانعا من قيام الأم بواجب إرضاع ولدها؛ يبقى الاتفاق معلقا إلى بلوغ المحضون سنتين أي مدة الرضاعة المقررة شرعا، ولا أثر له على صحة الطلاق"².

أما في ظل الأمر رقم 274 الصادر في 4 فبراير 1959، اكتفى المشرع بمعالجة مسألة الحضانة في مادة واحدة، حيث جاء فيها "إن الحكم الناطق بانحلال الزواج، يجب أن يفصل أيضا في حضانة الأولاد حسب مصلحة هؤلاء...".

ولكن لما أشرقت شمس الحرية على الجزائر، عاد القضاء ليطبق أحكام الشريعة الإسلامية، ويتجلى هذا الموقف بوضوح في قرار مشهور صدر عن مجلس قضاء تلمسان بتاريخ 06 جويلية 1967 الذي تتلخص وقائعه في أن محكمة تلمسان قرّرت بإسناد حضانة الأطفال طبقا لما اتفق عليه الزوجان بصدد إختلاع الزوجة مقابل تنازلها عن حضانة البنات الأربعة لصالح أبيهم مع احتفاظها بالبنات الكبرى. فطلب الأب تعديل نظام الحضانة بأن تكون حضانة الأولاد كلها له، فكان ردّ مجلس قضاء تلمسان كالتالي: "حيث أن القاضي مقيد بالاتفاقية مثل ما هو مقيد بالقانون"، وأضاف قائلا "

1 - Cf. C.A. Alger, 1ère ch., 26/10/1863, in Estoublon, Jurisprudence algérienne de 1830 à 1876, t. 3, 1863, p. 29.

2 - انظر، غرفة مراجعة الأحكام الإسلامية، 1949/11/14، مجموعة الأحكام القضائية الإسلامية، ج. 1، من 1945 إلى 1950، قرار 192. وقد سبق لهذه المحكمة أن قضت بهذه القاعدة في قرارها الصادر في 1942/12/26، انظر غرفة مراجعة الأحكام الإسلامية، 1942/12/26، رقم 27، نوراس، رقم 883.

Sur cette question, cons. Gh. Benmelha, Le droit algérien de la famille, éd. O.P.U., Alger, 1993, p. 185.

حيث أنه لم يقدم أي دليل على أن هذا التنازل قد أضر بمصلحة الأطفال، فحسب تصريحات الأب الطاعن يتبين أن العمة تقدمَ لهن الرعاية اللازمة¹.

ويترتب على ذلك أنه يمكن الانتفاع بموقف المالكية مادام أن الاتفاق القائم بين الزوجين لم يمس بمصلحة المحضونين، إذ لو قدّر المجلس بأن هذا الاتفاق مضرّ بمصلحة الأطفال لصادق على فك الرابطة الزوجية دون الأخذ في الاعتبار كل ما تعلق بحضانة الأطفال².

أما بعد صدور قانون الأسرة، فإننا لم نعثر إلا على قرار واحد، والذي لم يتوضح موقفه تمام الوضوح إذ انطوى على شيء من التردد والغموض حول منع أو إجازة التنازل كمقابل لخلع، وذلك عندما قضى المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 07 ديسمبر 1987 بأن " الزوجة هي التي طلبت التطلاق أمام المحكمة وأن زوجها علّق قبوله له على إسناد حضانة الأولاد إليه وعلى أن تخالعه ولم تحقق به زوجته الشرطين ومن ثمّ حكمت المحكمة عليها (محكمة غليزان في 24/07/1983) بالرجوع. ولما لم ترض بهذا استأنفت الحكم مطالبة بإلغائه ولم يكن فيه مالا تريده سوى الرجوع واستجاب المجلس (مجلس قضاء مستغانم في 26/11/1984) لطلبها في لباس يظهر أن الزوج هو الذي طلب طلبه وبالرجوع إلى أقواله في القرار يتبين أنها عرضت بتناقض يفيد الرجوع والطلاق مما يضعف الحكم ويقلل من درجة تأسيسه الشرعي ويجعل الأسباب التي تبني عليها الحكم بالطلاق غير واضحة فالطلاق حق للزوج ولكن لا بد أن يكون الطلب به بكل الطرق صريحا والتطبيق حق للزوجة ولكن

1 - انظر، مجلس قضاء تلمسان، 1967/07/06، م.ج.ع.ق.إ.س.، 1968، عدد 4، ص. 1238-1242.

Ainsi donc, dans des attendus dépourvus d'ambiguïté, puisqu'ils faisaient allusion à la possibilité de renoncer à la hadhana par le biais d'une convention, un arrêt de la cour de Tlemcen en date du 06/07/1967 justifiait cette renonciation, en notant que le divorce par consentement mutuel n'est pas prohibé par la loi, et que le juge est lié par les conventions comme il l'est par la loi elle-même; et la femme peut stipuler valablement pour obtenir le divorce, l'abandon du droit de hadhana, et concluait que " la preuve n'est pas rapportée que cette renonciation a porté un préjudice certain aux intérêts des enfants " Cf. Cour de Tlemcen, 06/07/1967, R.A.S.J.E.P., 1968, n° 4, p. 1240.

2 - Cf. H. H. Bencheikh, op. cit., th. Etat, 1982, p. 130.

لأبد لها من أسبابه وفي القرار احتمال والاحتمال مانع من الحكم حتى يتجلى ومن ثم فالنعي على القرار كما في السبب هو كذلك¹.

والحق أن ورود القرار بهذه الصياغة إنما تعرضه للنقد، فإنه لم يلتفت صراحة إلى شرطي الزوج ولم يبد موقفه فيهما، إذ أن الزوج علّق موافقته على فك الرابطة الزوجية بتحقيق شرطين، أي بتوافر مقابلين : المقابل الأول هو إسناد حضانة الأولاد إليه، والمقابل الثاني هو المال وهو ما دلّ عليه بعبارة " وأن تخالعه ". ويجدر التنويه بأن هذين الشرطين هما في الحقيقة مقابلا للخلع، إلا أن القضاء لم يدمج شرط التنازل عن الحضانة من قبل الأم ضمن الاختلاع لكون أن هذا الأخير، كما قلنا، لا يمكن أن يكون بدله في القانون الجزائري إلا مالا.

ويلقى هذا الاتجاه مآكل تأييد لا من حيث السكوت الذي تميز به هنا، وإنما من حيث تمسكه ضمنيا برأي غالبية الفقه إذا قلنا بأن السكوت يقصد به الرفض؛ فإذا كنا نبغي صيانة حقوق الطفل وحماية مصالحه، فإن كل حل يرفع الطفل في هذا الشأن ويبعد عن نزاع الأبوين هو حل أولى بالإتباع.

1 - انظر، مجلس الأعلى، 1987/12/07، ملف رقم 44858، م.ق.، 1990، عدد 4، ص. 52-53.

خاتمة

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن القضاء بتكليفه الجديد للخلع أصبح لا يشكل سندا للتفسير الفقهي، لأنه، خلافا لما كان عليه سابقا، وكما تؤكد ذلك القرارات القضائية المنشورة مؤخرا، نجد القضاء لا يسير في نفس الاتجاه الفقهي الراجح. فأكدت المحكمة العليا بأن الخلع لا يتعلق وقوعه على توافق الزوجين عليه، بل يمكن الاكتفاء بالتماسه من قبل الزوجة متى تبين أنها أصبحت لا تطيق العشرة مع زوجها.

وهكذا فبرعاية القضاء هذا التحول في التكليف القانوني للخلع سيمكنه أن يحقق الكثير من الإنصاف للمرأة التي لا تجد نفسها محرومة من الفرقة من زوج أصبحت تبغضه كل البغض الذي يمكن أن يدفعها إلى ارتكاب الحرام، ألم يقول عز وجل " إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، " ¹.

وكما أنه حماية لمصلحة الطفل وصيانة لحقوق حظر المشرع الجزائري أن يكون التنازل عن حضانة الأولاد مقابلا للخلع، حيث اشترط أن يكون بدل الخلع من الأشياء المتقومة بالمال، كالتنازل عن مهرها وكل ما أشبه ذلك.

1 - سورة البقرة، أية 229.