مجلة أبحاث
ISSN: 0834-2170
EISSN2661-734X
المجلد 06 / العـدد: 02 (2021)، ص 329– 336

# حقوق المختلعة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

# The wife who seeks Khula rights between Islamic jurisprudence and Algerian legislation

**حدة مبدوعة***، **طالبة دكتوراه**، مخبر التنمية الديمقراطية وحقوق الإنسان جامعة الجلفة، mebdouahadda77@gmail.com
**أ.د. عيسى معيزة**، كلية الحقوق جامعة زيان عاشور الجلفة aissa_al@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 07 /07/2021م تاريخ القبول: 08 /08/ 2021 تاريخ النشر: 31 /12/ 2021

**ملخص:**

الخلع من أهم صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، وهو على غرار حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة يمنح للزوجة الحق في المطالبة قضائيا بفك الرابطة الزوجية وإنهائها، لكن هل هذه المساواة في المراكز القانونية بين المرأة والرجل في إنهاء الرابطة الزوجية تعني بالضرورة المساواة في الآثار المترتبة عن الطلاق والخلع؟ وما هو تأثير المطالبة بالخلع على الحقوق المالية للزوجة لا سيما نفقة الإهمال ونفقة العدة والسكن والحضانة؟ نحاول في هذا المقال التطرق للاجتهاد القضائي في مسألة الحقوق المالية للمختلعة، ومدى جواز إعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة، والإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية بخصوصها.

**الكلمات المفتاحية:**

الخلع/ نفقة المختلعة/ العدة/ الشريعة الإسلامية/ الاجتهاد.

**Abstract:**

The Issue of KHULA is one main way of untying the marital relation in the Algerian family law. As such , it is similar to the husband's right to divorce in his will ,as it gives the wife the right to judicially seek ending up this legal status. However, does this equity of the legal positions in ending this marital relation definitely mean the similarity in the aftermath caused by divorce and Khula ? and to what extent does this Khula request affect the financial right of the wife , especially disbursement related to the neglection , woman's waiting period , accommodation and incubation. This article tries to tackle the judicial drudgery in the topic of the financial rights for the wife who seeks Khula and the degree to which the article 222 of the family legislation can be put aside and resorting to the Islamic legislation .

**Keywords:** Kula - Kula disbursement - women's waiting period - Islamic legislation -drudgery.

**Jel Classification Codes:** XN1, XN2.

* المؤلف المرسل

**مقدمة:**

نص المشرع الجزائري منذ صدور قانون الأسرة لسنة 1984 على مفهوم الخلع وذلك من خلال مادة واحدة فقط، وهي المادة 54 والتي جاء فيها أنه :"يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم ..."، ورغم أنه لم يوضح طبيعة الحكم بالخلع هل هو رضائي أم تصرف بالإرادة المنفردة للزوجة على غرار الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، إلا أنه بعد أخذ ورد وتباين في اجتهادات المحكمة العليا في الموضوع، جاء تعديل قانون الأسرة في فيفري 2005 معدلا النص أعلاه، موضحا أن الخلع تصرف بإرادة الزوجة المنفردة، لا تحتاج فيه لموافقة الزوج، فيكون بذلك قد ساوى بين مركز الرجل ومركز المرأة في توقيع وفك الرابطة الزوجية.

وفي هذا الصدد تثور إشكالية هل هذه المساواة في المراكز تعني بالضرورة المساواة في الآثار المترتبة عن صورتي الطلاق أعلاه لا سيما فيما يخص الحقوق المالية للزوجة المختلعة من عدة ونفقة؟ أو بصياغة أخرى هل يترتب على الطلاق بإرادة الزوج المنفردة والخلع نفس الآثار؛ فتعتد المختلعة وتكون لها عدة نفقة وسكن؟ أم أن آثار الطلاق المنصوص عنها في الفصل الثاني من الكتاب الأول من قانون الأسرة تخص فقط الطلاق الذي يوقعه الزوج، وتبقى آثار الخلع من الفراغات التشريعية التي توجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب آلية الإحالة طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة؟ وإذا كان كذلك فما هو توجه الاجتهاد القضائي في ذلك؟

وللإجابة على هذه الإشكالية نتناول الموضوع وفق المنهج التحليلي المقارن، سنتناول في المبحث الأول التكييف الشرعي والقانوني للخلع، وفي المبحث الثاني أثر الخلع على حقوق الزوجة المختلعة.

## 2. المبحث الأول: التكييف الشرعي والقانوني للخلع:

جعلت الشريعة الإسلامية العصمة كأصل عام بيد الرجل لعدة اعتبارات نفسية وموضوعية، إلا أنها أنصفت المرأة أيضا ومنحتها بالمقابل إمكانية طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا استحالت العشرة بينهما لأسباب عدة كالنفور والكراهية أو تعسف الزوج وعضلها رغم استحالة الحياة بينهما؛ لذا سنقوم بتعريف الخلع وأدلة مشروعيته في المطلب الأول، ثم نوضح التكييف الشرعي له مع توجه المشرع الجزائري في هذه المسألة في المطلب الثاني.

### 1.2 المطلب الأول: مفهوم الخلع:

نتطرق له من خلال تعريفه لغة وشرعا في الفرع الأول، ثم دليل مشروعيته في الفرع الثاني.

**الفرع الأول: تعريف الخلع:**

**أولا: لغة:** من خلع الشيء يخلعه واختلعه كنزعه إلا أنه في الخلع مهلة، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا جرده. وخلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بمالها فطلقها، وسمي ذلك الفراق خلعا لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباس لهن فقال:"هن لباس لكم وأنتم لباس لهن"، فإذا افتدت المرأة بمالها لزوجها ليبينها فأجابها بانت منه وخلع كل منهما لباس صاحبه[1] .

**ثانيا: الخلع اصطلاحا:** فالخلع له عدة تعاريف على اختلاف المذاهب فيه، فعرفه الحنفية بأنه :"إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه"[2].

وهو عند المالكية الطلاق بعوض سواء أكان من الزوجة أو من غيرها (من ولي وغيره)، أو هو بلفظ الخلع، وهذا يدل على أن الخلع عند المالكية نوعان: الأول وهو الغالب، ما كان نظير عوض، والثاني ما كان بلفظ الخلع ولو لم يكن في نظير شيء[3].

أما الشافعية فعرفوا الخلع بأنه فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع[4].

وعرفه الحنابلة بأنه: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة".

كل هذه التعاريف للمذاهب المختلفة تجمع على أن الخلع فرقة بين الزوجين على مال تفتدي به الزوجة نفسها بألفاظ مخصوصة[5].

**الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع:**

**الخلع مشروع من الكتاب والسنة والإجماع:**

أولا: من القرآن الكريم: قوله تعالى: (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.... فأولئك هم الظالمون). سورة البقرة، الآية 229. فهذه الآية تتعلق بإباحة الخلع بالشروط المذكورة، وبذلك قال المفسرون.

**ثانيا: من السنة النبوية الشريفة:**

حديث ابن عباس أن امرأة ثابت ابن قيس جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت:"يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام"، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم :"اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[6] ؛ فدل الحديث أن للمرأة التي كرهت زوجها أن تختلع منه على بدل تدفعه له مقابل ذلك.

**ثالثا: من الإجماع:** فقد أجمع فقهاء الأمة على مشروعية الخلع، فقال ابن قدامة الحنبلي: "وبهذا –أي جواز الخلع- قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام، قال ابن عبد البر ، ولم نعلم أحدا خالف إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه وتعالى (وإن اردتم استبدال ... منه شيئا)، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع، وأن الآية الناسخة متأخرة، ولم يثبت بشيء من ذلك، والقول بالخلع هو قول عمر وعلي وعثمان وغيرهم من الصحابة لم نعرف لهم في عصرهم مخالفا؛ فيكون إجماعا[7].

## 2.2 المطلب الثاني: التكييف الشرعي للخلع وطبيعته القانونية

رغم إجماع الفقهاء على جواز الخلع ومشروعيته، إلا أنهم لم يتفقوا حول تكييفه هل هو طلاق أم فسخ؟ يمين أو عقد معاونة؟ وكان لهذا الاختلاف أثر في ترتيب الحقوق أو إسقاطها[8].

لذا سنتناول في هذا المطلب التكييف الشرعي للخلع (أولا)، ثم تحديد طبيعته القانونية في مذهب المشرع الجزائري (ثانيا).

أولا: التكييف الشرعي للخلع: اختلف الفقه الإسلامي حول الفرقة الحاصلة بالخلع هل هي طلاق أم فسخ؟ إلى رأيين:

**الرأي الأول:** وهو رأي الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية، ومؤداه أن الخلع طلقة بائنة تحتسب على الزوج، وينقص بها عدد الطلقات التي يملكها، وبالتالي فإنه إن كان طلقها طلقتين من قبل ثم خالعها كانت طلقة الخلع طلقة بائنة بينونة كبرى، وأدلتهم في ذلك:

1- قول الرسول صلى الله عليه وسلم :"اقبل الحديقة وطلقها تطليقة."

2- أن الخلع فرقة بعوض حاصلة من الزوج، فتكون طلاقا.

3- أن لفظ الخلع وما معناه من ألفاظ الكنايات عن الطلاق، فيحصل به الطلاق لأنه لغة بمعنى "النزع"، أما الفسخ فمعناه الرفع، وجعل الزواج كأن لم يكن، وهذا لا يتفق مع معنى النزع والإزالة.

**الرأي الثاني**: يرى أنصاره وهم الإمام أحمد وأحد قولي الشافعي وابن عباس وابن القيم وابن تيمية أن الخلع فسخ وليس طلاق، وأدلتهم في ذلك:

1-أن الله تعالى ذكر في كتابه "الطلاق"، فقال (الطلاق مرتان)، ثم ذكر الافتداء -الخلع-، ثم ذكر الطلاق البائن؛ (فإن طلقها فلا تحل له من بعد)، فلو كان الافتداء طلاقا لكانت الطلقة التي تحل له بها حتى تنكح زوجا آخر غيره هي الرابعة لا الثالثة.

2-أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر المرأة المخالعة أن تعتد بحيضة واحدة، ولو كان طلاقا لاعتدت بثلاثة قروء كسائر المطلقات.

**ثانيا: الطبيعة القانونية للخلع في التشريع الجزائري:**

تبنى المشرع الجزائري منذ وضع قانون الأسرة 11/84 موقف الجمهور، واعتبر الخلع طلاقا؛ إذ نصت المادة 48 من قانون الأسرة : (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 و 54 من هذا القانون).

وقد نصت المادة 54 على الخلع ؛ فيكون المشرع قد حصر الطلاق في أربع صور لا غير، وهي الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، الطلاق الرجعي، الطلاق بتراضي الزوجين والطلاق بطلب من الزوجة خلعا أو تطليقا حسب المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة .

وقد اعتبرت المحكمة العليا هذا الطلاق طلاقا بائنا[9] ؛ إذ جاء في قرارها رقم 39463 المؤرخ في 1986/02/10 :"وأن الطلاق البائن هو الذي تم قبل البناء أو على عوض تدفعه الزوجة، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها"[10] .

## 3. المبحث الثاني: أثر الخلع على حقوق الزوجة المختلعة:

اختلف الفقه الإسلامي في مسألة سقوط حقوق الزوجة بالخلع ، وانقسموا في ذلك إلى رأيين وهما رأي الحنفية ورأي الجمهور (المطلب الأول)، غير أن المشرع الجزائري لم يبين المسألة بوضوح، كونه تناول الخلع في مادة واحدة من فقرتين فقط (المطلب الثاني).

### 1.3 المطلب الأول: أثر الخلع على حقوق الزوجة في الفقه الإسلامي:

وقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين:

**أولا: المذهب الأول**: وهو مذهب الحنفية، الذيم ميزوا بشأن أثر الخلع على الحقوق الزوجية فيما إذا كان الخلع بلفظ الطلاق على مال، أو بلفظ الخلع، أو بلفظ المبارأة، واختلفت الآثار باختلاف هذه الصيغ على التفصيل الآتي:

1- **إذا كان بلفظ الطلاق على مال**: كما لو طلبت منه أن يطلقها على أن تعطيه شيئا معينا، ولا خلاف بين الحنفية من أن الطلاق على مال لا يبرئ الزوج من سائر الحقوق الزوجية الواجبة لزوجته بعقد النكاح كمهر ، ولا خلاف بينهم أيضا في أن الديون الزوجية للزوجة على زوجها بسبب عقد النكاح لا تسقط إذا وقع الطلاق على مال[11].

2- **إذا كان الخلع بلفظ الخلع أو المبارأة**: إذا وقع الخلع بلفظ الخلع أو بلفظ المبارأة فعند أبي حنيفة المبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر ما يتعلق بالنكاح، ولكن يلاحظ من أن قولهم بسقوط كل حق —حق لكل واحد من الزوجين- ليس على عمومه أو إطلاقه، وإنما هو يتعلق بالمهر والنفقة الماضية للزوجة إذا كانت مفروضة بخلاف

نفقة العدة والسكن في العدة؛ فلا تقع البراءة منهما وإن كانا من الحقوق الزوجية، وللمختلعة النفقة والسكن إلا إذا اختلعت على نفقة العدة؛ فتسقط دون السكن لأنها حق الشرع.

وقال الإمام محمد صاحب أبي حنيفة أنه إذا جرى الخلع بلفظ (الخلع) أو المبارأة سقط من الحقوق ما سماه الزوجان واتفقا عليه فقط دون ما لم يسمياه، والإمام أبو يوسف مع الإمام محمد فيما ذهبا إليه إذا وقعت المخالعة بلفظ الخلع، وهو مع أبي حنيفة إذا وقعت المخالعة بلفظ المبارأة ولسقوط المهر عند الحنفية تفصيل حسب الحالات الآتية:

**الحالة الأولى: عدم ذكر العوض في المخالعة:** إذا لم يسم الزوجان عوضا في مخالعتهما ففي هذه الحالة ثلاث روايات في المذهب:

أ- **الرواية الأولى:** لا يبرأ الزوج من المهر وللزوجة مطالبته به إذا لم تكن قد قبضته قبل المخالعة.

ب-**الرواية الثانية:** يبرأ كل من الزوجين من المهر كما يبرأ من كل دين سواه حسب عقد النكاح.

ت-**الرواية الثالثة:** يبرأ كل من الزوجين من المهر لا غير؛ فلا يطالب به أحدهما الآخر، وهو الصحيح على قول أبي حنيفة، سواء كان قبل الدخول أو بعده، مقبوضا كان أم لا، فلا ترجع عليه بشيء إن لم يكن قد قبضته، ولا يرجع عليها الزوج (إن كان قد قبضته كله)، والخلع جرى قبل الدخول، وهذا لأن المال يعتبر مذكورا عرفا في المخالعة؛ فحيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة أن المراد هو الاختلاع منه؛ أي من النكاح.

**الحالة الثانية: العوض مذكور في المخالعة:** إذا سمى الزوجان المهر عوضا في المخالعة فالحكم في هذه الحالة كما يلي:

أ-إذا كان الخلع بعد الدخول، والمهر غير مقبوض سقط على الزوج كل المهر، وإذا كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بشرط أن يذكره عوضا في المخالعة.

ب- إذا جرى الخلع قبل الدخول؛ فإن كان المهر مقبوضا وجب –استحسانا- على الزوجة رده كله للزوج (ترد نصفه بموجب الشرط في الخلع وترد النصف الآخر لوقوع الخلع قبل الدخول)، وإن لم تكن قد قبضته فلا يرجع الزوج عليها بشيء، ولا ترجع عليه هي بشيء.

ت- إذا سمى الزوجان بعض المهر في المخالعة عوضا كأن خالعها على مائة دينار، والمهر المسمى ألف دينار؛ فإن كان بعد الدخول والمهر كله مقبوض رجع عليها الزوج بمائة دينار، بشرط سلم الباقي لها؛ أي تركة لها، ولم يسترده منها، وإن كان المهر غير مقبوض سقط عنه كله المائة بالشرط، والباقي بحكم الخلع، وإن كان قبل الدخول وكله مقبوض رجع عليها بالمائة بالشرط، وتبرأ الزوجة من الباقي من المهر الذي تستحقه، وهو نصف المهر أي خمسمائة دينار في مثالنا؛ لوقوع الفرقة قبل الدخول، وهذا على وجه الاستحسان، وإن لم يكن المهر مقبوضا سقط كله استحسانا المائة بدل الخلع، والنصف بالطلاق قبل الدخول، والباقي بحكم الخلع.

- إن سميا مالا في الخلع غير المهر؛ فإن كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى في الخلع ليس غير، وإن لم يكن المهر مقبوضا فله المسمى في الخلع وسقط عنه المهر بحكم الخلع، وإن كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضته، فلا يجب عليها رد شيء منه، وإن لم يكن المهر مقبوضا فللزوج المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع.

**ثانيا: أثر الخلع على الحقوق الزوجية عند الجمهور:**

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنابلة والشافعية والظاهرية والأوزاعي إلى أن الخلع لا يترتب عليه سقوط حقوق الزوجين؛ لأن أثر الخلع يقتصر على ما سمي من بدل الخلع في المخالعة.

واحتجوا لعدم سقوط المهر بأن المهر حق الزوجة لا يسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق؛ فلا يسقط بلفظ الخلع والمبارأة كسائر الديون، ويرجع الدكتور عبد الكريم زيدان قول الجمهور بأن الخلع عقد معاوضة فلا يجوز أن يجب في هذا العقد إلا ما تراضى عليه الزوجان المختلعان، وسمياه في عقد خلعهما وهو "بدل الخلع" أو "عوض الخلع"[12]، فلا يتعدى أثر الخلع إلى غير ذلك كمهر المرأة ونفقتها.

ويضيف :"أما الاحتجاج شرع لقطع النزاع بين الزوجين بسبب ما يعنيهما من صلة الزواج، ولا يتم هذا المقصود إلا بجعل الخلع مسقطا لما وجب بسبب واسطة النكاح، هذا الاحتجاج الذي قاله الفقهاء الحنفية لقول أبي حنيفة وأبي يوسف فيما وافق عليه أبا حنيفة يبدو غير مقنع؛ لأن النزاع بين الزوجين لم يكن بشأن الحقوق المالية الناشئة بسبب عقد النكاح كالمهر والنفقة الماضية المفروضة قضاء أو بالتراضي، إنما النزاع سببه نشوز المرأة أو نشوز الزوج ... وأن نفقة العدة –وهي من حقوق النكاح– لا تسقط بالخلع إلا بالنص الصريح عليها كأن تجعل عوضا في الخلع والسكن لا تسقط حتى بالنص على سقوطها لكونها من حق الله؛ فلو كان سقوط الحقوق –المهر والنفقة الماضية– لقطع النزاع لسقطت هذه الحقوق أيضا –نفقة العدة– بينما لا تسقط مع أنها أضعف من حق المهر.

### 2.3 المطلب الثاني: أثر الخلع على حقوق الزوجة في التشريع الجزائري:

لم يوضح المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة أحكام الخلع وآثاره بالتفصيل الكافي؛ فبعد أن حدد طبيعة الفرقة الحاصلة بالخلع واعتبره إحدى صور الطلاق، جاء في الفصل الثاني من الكتاب الأول من قانون الأسرة ونص على آثار الطلاق وهي: العدة (مادة 58- 61) ، الحضانة (62-72)، النفقة (74-80)، إلا أنه لم يفرق بين صور الطلاق الأربعة، وجاءت النصوص مطلقة، مما أثار التساؤل حول ما إذا كانت هذه النصوص تنطبق على الخلع والتطليق والطلاق بالتراضي، أم إنها تخص الطلاق بمفهومه الضيق؛ أي الطلاق الذي يوقعه الزوج؟

اختلفت قراءات المحاكم لهذه النصوص بين من يقصر تطبيق هذه النصوص على الطلاق الرجعي فقط، ويعتبر آثار الطلاق بالخلع من النقص التشريعي الذي يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ونورد هنا مثلا القرار الصادر عن محكمة باتنة جاء فيه أسباب رفض نفقة الإهمال ونفقة عدة المختلعة :"حيث أن نفقة العدة في مسألة فك الرابطة الزوجية بعنوان الخلع تحديدا وليس الطلاق غير منصوص عليه في قانون الأسرة، كما دفع بها دفاع المستأنفة، وإنما العدة المذكورة في المادة 61 من قانون الأسرة هي عدة ض كانت لها على زوجها حق الرجعة، أما المختلعة فلا رجعة لها وطلاقها بائن ولا مجال هنا للحديث من عدة المختلعة التي تعتد بحيضة واحدة لاستبراء الرحم، ولا تنطبق عليها المادة 61 من قانون الأسرة التي تمنع الزوجة المطلقة من الخروج من بيت زوجها ما دامت في عدة طلاقها أو لوفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

حيث أن اجتهاد المحكمة العليا والذي ورد فيه أنه من المقرر فيه شرعا أن نفقة العدة واجبة للزوجة على زوجها، سواء أكانت ظالمة أو مظلومة، ومن خالف هذا المبدأ يكون خرق أحكام الشريعة الإسلامية، فموضوع دعوى الحال ينصب على عدة المختلعة؛ أي من ليس على زوجها حق الرجعة أن يكون الدفع به في الطلاق الرجعي الذي لم تنته عدته، ويمكن لزوجها أن يراجعها في عدتها، وهي تستحق نفقة العدة ظالمة كانت أو مظلومة، وتنطبق على أحكام المادة 61 أعلاه.

وعليه في غياب النص القانوني الذي ينظم عدة المختلعة يتعين اللجوء إلى الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، وعليه وبالرجوع إلى كتاب المدونة الكبرى للإمام مالك ابن أنس في باب نفقة المختلعة والذي لا يجعل لها نفقة عدة؛ لأنها تبين من زوجها، وهذا ما جعله النبي صلى الله عليه وسلم، وبالرجوع أيضا إلى كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد القرطبي ... ".

فالواضح أن المجلس توسع في تفسير نص المادة 61 من قانون الأسرة ، وضيق معناها على أساس أن النص جاء فيه أن المطلقة تبقى في بيت الزوجية فترة العدة، وأن هذا دليل أنه يخص المطلقة رجعيا دون غيرها من المطلقات؛ فتخرج من أحكامه عدة المطلقة البائنة، فيكون المشرع لم ينص على عدة المطلقة بائنا، مما يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وقد اختار قضاة المجلس في هذا القرار ما قال به المذهب المالكي الذي يرى أن المطلقة بائنا ليس لها النفقة، وأشار كمرجع شرعي إلى المدونة وبداية المجتهد ونهاية المقتصد.

ومن جهة أخرى وعلى خلاف الرأي الأول ذهبت بعض الجهات القضائية إلى التفسير الواسع للنص، ونذكر منها مثلا القرار الصادر عن مجلس قضاء الأغواط في القرار فهرس رقم 87 الصادر بتاريخ 2020/01/09 وهو نفس ما صدر في القرار الصادر عنه بتاريخ 2019/11/28 والذي جاء فيه :"حيث أنه من المتفق عليه فقها وقضاء ومن المبادئ التي استقر عليها اجتهاد المحكمة العليا أنه لا اجتهاد مع وضوح النص، فالقاضي ملزم بتطبيق النص، ولا يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إلا عند غيابه حسب مقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة.

حيث أن المشرع اعتبر الخلع طلاقا حسب نص المادة 48 من قانون الأسرة، كما لم يفرق بينه وبين الطلاق بإرادة الزوج من حيث الآثار خاصة حق المطلقة في العدة والنفقة.

حيث أنه وحسب مبادئ التفسير فإن المطلق أو العام يفسر على إطلاقه حتى يرد ما يخصصه؛ ومن ثم فإرادة المشرع اتجهت إلى تعميم نفس الأحكام على كل صور الطلاق، فإنه من حق المختلعة نفقة العدة ونفقة الإهمال حسب نصي المادتين 61 و 74 من قانون الأسرة، وأن الدفع بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله".

حيث أن القرار أعلاه اعتبر أن أحكام النفقة والعدة للمختلعة تدخل في دائرة المنصوص عنه قانونا ويبقى الاختلاف بين الأحكام بين من يرفض الحكم للمختلعة وحقوقها على أساس عدم النص والرجوع إلى الشريعة الإسلامية الرأي الذي يرى سقوط هذه الحقوق بالخلع, وبين من يرى أن المسألة منصوص عنها، وأن الخلع يلزم الزوجة فقط بالعوض المحكوم به للزوج، ولا يسقط حق المختلعة، وهو الرأي الذي نرجحه، والذي ذهب إليه الدكتور عبد الكريم زيدان المشار إليه أعلاه.

## 4. خاتمة:

ما يمكن أن نخلص إليه في نهاية البحث أن المشرع الجزائري عالج الخلع، وهو من أهم صور الطلاق في التشريع الجزائري من خلال نص واحد فقط ، مما جعل من تطبيقه يصطدم بعدة إشكالات خاصة أثار الحكم فيها بخصوص حقوق المختلعة، وقد أشرنا إلى أوجه التباين والاختلاف الواقع من المحاكم والمجالس القضائية بشأن تفسير النصوص، ما يؤكد على ضرورة تدخل المشرع لتوضيحها بالنص بدقة على أحكام الطلاق خلعا إسوة بالتشريعات العربية الأخرى، لا سيما المشرعين المصري والمغربي، خصوصا أن المادة 222 من قانون الأسرة فتحت باب الاجتهاد فيما لا نص فيه للقاضي مع الاختلاف الفقهي الموجود في موضوع البحث كما أوردناه، مما يشكل على القاضي في اختيار المذهب الفقهي المناسب، وهو أيضا ما يفتح بابا لتضارب واختلاف الاجتهاد القضائي للمحاكم المختلفة كما وضحناه في النموذج القضائي الذي تناولناه.

و كاقتراح في الختام نوصي بضرورة تدخل المحكمة العليا للتصدي للمسألة أو تدخل المشرع بتعديل نص المادة 54 وما يليها من قانون الأسرة وضبطها بشكل واضح ودقيق في مجموعة من المواد التي توضح مختلف جزئيات الخلع وأحكامها القانونية خصوصا مع وجود دراسات أكاديمية كثيرة في الموضوع أعطت اقتراحات يمكن الاستفادة منها تشريعيا؛ وهذا كله بغية تفادي هذه الإشكالات التي وجدها القضاء في تفسير المادة لغياب النصوص القانونية وعدم وضوح المادة الوحيدة التي تحدثت عن الخلع.

## 6. قائمة المراجع:


- ابن منظور، محمد بن مكرم جمال الدين، لسان العرب، ج8، دار صادر، بيروت.
- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985.
- الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، دار المعارف، القاهرة.
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993.
- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، عالم الكتب، بيروت، 1983.
- صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق به، حديث رقم 4971، فتح الباري، ج9.
- سنن أبي داود، والنسائي وابن ماجه والبيهقي.
- ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 10، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997.
- بخالد عجالي: السلطة التقديرية للقاضي في الخلع بين ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها القضائية، الملتقى الدولي الثاني حول المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، جامعة الوادي، معهد العلوم الإسلامية،25/24 أكتوبر 2018، الجزائر.
- المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1989، العدد 01.


## 7. هوامش:

1- ابن منظور، محمد بن مكرم جمال الدين، لسان العرب، ج8، دار صادر، بيروت، ص76.

2- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003، ص 343.

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985، ص480، 481.

وانظر أيضا: الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، دار المعارف، القاهرة، ص518.

4- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993، ص114.

5- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص212.

6- صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق به، حديث رقم 4971، فتح الباري، ج9، ص306./ أبو داود في سننه، والنسائي وابن ماجه والبيهقي.

7- ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 10، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997، ص268.

8- انظر في هذا المعنى: بخالد عجالي: السلطة التقديرية للقاضي في الخلع بين ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها القضائية، الملتقى الدولي الثاني حول المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، جامعة الوادي، معهد العلوم الإسلامية،25/24 أكتوبر 2018، الجزائر.

9- عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 340.

10- المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1989، العدد 01، ص115.

11- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 224.

12- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص288