جامعة أبي بكر بلقايد -تلمسان-

كلية الحقوق

الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة

من إعداد الطالب: ✍يوسفات علي هاشم

تحت إشراف الأستاذة: د. يوسف فتيحة

لجنة المناقشة :

1-أ د . دنوني هجيرة	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيساً
2-أ. يوسف فتيحة	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مقرراً
3-أ. شهيدة قادة	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشاً
4-أ. رايس محمد	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشاً

السنة الجامعية :2008- 2009

{ اللَّهُ نُورُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ مَثَلُ نُورِهِ كَمِشْكَاةٍ فِيهَا مِصْبَاحٌ الْمِصْبَاحُ فِي زُجَاجَةٍ الزُّجَاجَةُ كَأَنَّهَا كَوْكَبٌ دُرِّيٌّ يُوقَدُ مِن شَجَرَةٍ مُّبَارَكَةٍ زَيْتُونِةٍ لَّا شَرْقِيَّةٍ وَلَا غَرْبِيَّةٍ يَكَادُ زَيْتُهَا يُضِيءُ وَلَوْ لَمْ تَمْسَسْهُ نَارٌ نُّورٌ عَلَى نُورٍ يَهْدِي اللَّهُ لِنُورِهِ مَن يَشَاءُ وَيَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ لِلنَّاسِ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ }

الآية (35) سورة النور

شكر وتقدير

قال الله تعالى : { لَئِن شَكَرْتُمْ لأَزِيدَنَّكُمْ }

الآية (07) سورة إبراهيم

إنني أتقدم بآيات العرفان والتقدير لأستاذتي الفاضلة المشرفة على هذه المذكرة الدكتورة " **يوسف فتيحة** " على ما أولتني به من نصح وتوجيه ،وعناية في مختلف مراحل إنجازها واستعداها الدائم للمناقشة وإبداء التوجيه والنصح،في الظعن والإقامة أسأل الله تعالى أن يجعلها خيراً مما نظن وأن يجازيها .

كما نتوجه بجزيل الشكر كذلك إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشتنا وسعة صدرهم ،وخصوصاً رئيسة اللجنة ومديرة المشروع.

كما أتوجه بجزيل الشكر إلى كل من تعلمت على يديه قسطاً من العلم وأخص بالذكر الشيخ الجليل " الحاج أحمد الشافعي" أطال الله عمره ونفعنا ببركاته.....آمين.

كما أتقدم بخالص الشكر إلى كل من ساهم في إعداد هذا البحث المتواضع بشكل مباشر أو غير مباشر ولو بكلمة ،دون أن أنسى أحداً من أساتذتي وخصوصاً " يحيى الوناس ، عبد القادر مهداوي ،طاهر تويريك" ،وزملائي،وأصدقائي،وأقاربي فللجميع ألف تحية وتقدير .

كما لا أنسى في هذا المقام الذي رنّقت أنامله هذه المذكرة على صبره الطويل معي ،في الحر والقر ،وفي النور والظل.

أهدي ثمرة وأجر هذا العمل المتواضع إلى:

1- إلى رمز التضحية والصبر " يارب وفقني إلى برّهما حيان وميتان واجعلني من المبرورين ... آمين"

أبي وأمي

2- إلى أختي الغالية، أراها الله في دنياها خيراً .

3- إلى كل إمرأة أطلق عليها إسم جدتي ،أطال الله عمرها وعافاها .

4- إلى كل من تربطني بهم قرابة الرحم أخوالي وخالاتي ،أعمامي وعماتي وأبنائهم جميعاً .

5- إلى روح الأولياء الله الصالحين :سيدي مولاي الطيب ،وسيدي مولاي عبد الله ،وسيدي مولاي يوسف ،طيّب الله ثراهم .

6- إلى كل طلبة العلم .

يوسفات علي هاشم

أدرار في: 2008/08/08

قائمة المختصرات

ج : الجزء .

ج ر : الجريدة الرسمية .

د ،م ،ج :ديوان المطبوعات الجامعية .

ط : طبعة .

ق ،إ ،م، و إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

م : المادة .

ق ،أ ،ج: قانون الأسرة الجزائري .

م ،ق : المجلة القضائية .

م ،ج ،ع ،ق ، إ : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية .

م ،م ،ق ، ج : مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية .

م ،و ،ك : المؤسسة الوطنية للكتاب .

م ج : المجلة الجزائرية .

م ،أ :المجلس الأعلى .

م ،ج ،ع ،ق ،إ ،س ،إ : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية ،والسياسية والاقتصادية .

ق ، م،ج :قانون المدني الجزائري.

ب ،س ، ط: بدون سنة طبع .

ق ، ج ، م : قانون الحالة المدنية

مقدمة

بيد أن ما يتسم به التشريع الأسري عموماً ،هو الضعف الذي يكتسبه كماً ونوعاً،حيث أن الأول يتجلى في عدم كفاية النصوص التشريعية في مجال الأسرة لكافة

المواضيع ،وأن هذه النصوص لم ولن تكفي لحل كافة المشكلات ،مما يفتح الباب واسعاً أمام القضاء للاجتهادات التي قد تكون متضاربة أحياناً.

أما النقص النوعي ،فيقصد به النقص الوارد في القانون ،مما دفع المشرع للاستنجاد بالمادة 222 ق أ ج ،فأدى هذا بالقاضي للتوسع في التأويل ،أو عدم معرفة آليات التأويل خصوصاً إذا كان غير ملم بضوابط الشريعة الإسلامية .

كما أن قانون الأسرة [1] مرتبط أشد الارتباط بالمرأة ،وهو يتناول كل ما يتعلق بحياة الإنسان منذ ولادته إلى وفاته ،فعندما يزداد الإنسان نجد أنفسنا أمام عدة مسائل والمتمثلة في النسب والحضانة والنفقة ،وعندما يصبح الإنسان بالغاً قد يفكر في الزواج فنكون أمام مسائل الزواج ،والخطبة ،والهدايا ،والمهر ،والولي ،والشاهدين ومسألة تعدد الزوجات وكذا حقوق وواجبات الزوجين ....الخ ،وقد لا تتناسب عقلية الزوجين فتطرح مسائل الطلاق والتطليق والفسخ والخلع ،وكذا توابع الطلاق من عدة ونفقة ونزاع حول متاع البيت .

هذا وأن من يتأمل إحصائيات الطلاق ،و يفحص الأسباب الغالبة للشقاق الزوجي والانفصال ، حريٌ أن يتبين أن علاج آفة الطلاق رهن بأن يستقر في الأذهان أن الزواج ليس نظاماً قصد به راحة الناس ،و إدخال السرور على نفوسهم و قضاء مصالحهم ومآربهم فحسب،بل هو قبل ذلك كله"مسؤولية"(*Responsabilité*) [2] متبادلة بين الزوجين ،و تعاون مشترك على تكوين الخلية الأولى التي يتكون منها بناء المجتمع الإنساني .

---

(1) يعد قانون الأسرة فرعا مستقلا بذاته من فروع القانون الخاص، و هو ذو طبيعة خاصة و متميزة ،وقد فسر الفقيه الفرنسي Carbonnier (J) ذاتية قانون الأسرة بأنه يخضع لفرضية "اللاقانون" أكثر من خضوعه للمفاهيم القانونية و للقانون "le non droit " هو في الأساس علم الأسرة و القانون هو الاستثناء .

أنظر:(J)Carbonnier ,flexible droit,Paris , 1971 , P28

أخذا عن :بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء1 ،ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2005 ،ص26 .

(2) فريد رينك برينك ، مرشد المتزوجين والمقبلين على الزواج ،ترجمة حلمي مراد ،سلسلة كتابي ،المؤسسة العربية الحديثة القاهرة رقم 36،بدون سنة الطبع ،ص 139 .

والمناقش لمدى وجود إرادة كل من الزوج والزوجة في إيقاع الطلاق ،يرى حتمية المعادلة المبدوءة بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة ويقابلها الخلع (*Khula*)بإرادة الزوجة وبينهما الطلاق باتفاق إرادة الزوجين (*Le divorce par consentement mutuel*)،ثم التطليق(*LE Divorce*).

فعند وقوع نزاع بين الزوجين، لاشك أننا نكون أمام إحدى الحالات السالفة الذكر،أما التطليق فقد حصرت أسبابه ،والطلاق بإرادة الزوج المنفردة فقد تعدد كُتَّابُه،وها نحن في هذا البحث نحاول المناقشة بشيء من التفصيل للخلع والطلاق بالتراضي، في جانبهما الموضوعي والإجرائي ،كلٌ على حدا ،وإثارة مشكلات التنازع في إطار المنازعات الأسرية.

ومن هنا يعد موضوع الخلع والطلاق بالتراضي ،من المواضيع ذات الأهمية البالغة، وذلك لتعلقه بأحد فؤوس هذه الأسرة وكيانها ،هذا إذا ساءت الزوجات إستعمال هذا الحق وحوّلوه إلى عصا على أعناق الرجال ،خصوصاً العاملات منهن؟! حيث عادة ما تتعرف النساء العاملات برجال آخرين ، مما قد يؤثر على عقليتها فلن تجد أمامها حيلة في التخلص من الزوج الأول عدى الخلع، مدعية بغضه أمام القضاء.

هذا وقد يتراضا الزوجان على حل الرابطة الزوجية التي خلّفا من ورائها أبناءً فكان لا بد من وضع ضوابط في حماية الأبناء خاصة ،وإرادة الزوجين من الإكراه والتدليس والغلط، بوجه عام .

ودراستنا لا تتناول حل مشكلات التنازع في إطار المنازعات الأسرية ذات العنصر الأجنبي في الزواج المختلط إلا بالقدر اللازم دون الخوض في التفصيلات التي هي من جهة لا تتناسب مع الموضوع، ومن جهة أخرى هي من اختصاص المختصين في دراسة موضوعات قواعد القانون الدولي الخاص ،وذلك ليتسنى لنا تبيين مدى الحاجة إلى دراسة قواعد التنازع،خصوصاً في مجال النزاعات الأسرية،حيث عادة ما يتزوج الجزائريين من الأشقاء المغاربة أو التونسيين وحتى الفرنسيين يحكم الموروث التاريخي ،مما قد يسبب في نشوب نزاعات، أمام القضاء الجزائري أو الفرنسي تحتاج إلى حل .

ومما دفعني لإختيار موضوع الخلع والطلاق بالتراضي تحديداً ،دون باقي أنواع الطلاق ،رغبتي في مناقشة التعديل الجديد الذي جاء به المشرع ،حالة طلب الزوجة مخالعة زوجها،حيث أن التعديل مس المادة54 من الأمر 05-02 [1]الخاصة بالخلع دون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، رغم عدم تفصيله في مادة الخلع ،أما الطلاق بالتراضي فلقد إخترته بدافع نفض الغبار عن موضوع قلّما تناوله الكتاب بأقلامهم والمشرعين بموادهم.

وفي المقابل إذا نظرنا إلى واقع المحاكم حال النزاعات الأسرية ،نرى أن نسبة الطلاق بالتراضي تلي في المرتبة نسبة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو تفوقها أحياناً حيث أنه يتم بموافقة الزوجين معاً وبرضاهما التام على الطلاق ،بكل إرادة وحرية وضمان لحقوق ومستقبل الأولاد،وعليه يعتبر هذا النوع الأكثر انتشاراً في المجتمعات القديمة والمعاصرة ،الغربية منها والعربية، ولأنه النوع الوحيد الذي يتم بدون مخاصمة ولا نزاع، وقد دلت الإحصائيات الرسمية في الجزائر أن نسبة عدد الطلاق المصرح به بتراضي الزوجين أعلى من نسبة الطلاق المصرح به إثر المنازعات ،وهو ما أشارت إليه كذلك الدراسات الميدانية التي أجريت على المطلقين في الوسط الحضري الجزائري،كما أنه في تونس أشارت الإحصائيات لمعدلات الطلاق أنه في السنوات المتراوحة ما بين(1957-1966)، تم إحصاء 4493 حالة طلاق بالتراضي مقابل 1633 حالة طلاق بالإرادة المنفردة للزوج [2].

وتِبعاً لذلك، وانطلاقاً من واقع المحاكم عموماً، والجزائرية بوجه خاص ، ونظراً لاكتظاظها بدعاوى الطلاق ،والخلع ،والتطليق والذي مرده أسباب عديدة، فإن الحاجة اليوم أصبحت ماسة ،أكثر من أي وقت مضى إلى وضع منظومة قانونية قوية،ودقيقة لإيجاد حلول علمية لضبط آليات فك الرابطة الزوجية ،عن طريق المخالعة

([1]) - الأمر 05/ 02 المؤرخ في : 27/ 02/ 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84 / 11 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

(2) وزارة العدل ، الإحصائيات القضائية ، الجزائر ،1971-1980 ، حزب جبهة التحرير الوطني ، الأسرة من خلال الإحصائيات العامة ،ص09-10 .

أو الطلاق بالتراضي ،وقصد معالجة هذا الموضوع كان بودي طرح الإشكال الذي مفاده:

ما هي الأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي؟، وهل هي كفيلة بتحديد ضوابط لحماية كل من الزوجين والأبناء؟، وما مدى نجاعة إجراءات التقاضي في إطار فك الرابطة الزوجية ؟، وبما أننا أمام علاقة زوجية ،فلن نستبعد أن يكون احد أطرافها أجنبيا ًبحكم عرى التواصل بيننا وبين الشعوب الأخرى.فما هي ضوابط التكييف يا ترى في القانون الجزائري ؟وما هو القانون الواجب التطبيق على الخلع والطلاق بالتراضي في إطار تنازع القوانين؟ وكيف يتم تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في هذا الشأن؟.

واستجابة للتساؤلات المطروحة ،وتماشيا مع المنهجية المتبعة في الدراسة والمتمثلة في المنهج التحليلي ،والوصفي ،والمقارن التي يتطلبها هذا النوع من المواضيع الأسرية وذلك باعتبار أن أساس الدراسة هي النصوص القانونية (الموضوعية والإجرائية)، مع المقارنة مع مختلف التشريعات، خاصة المصرية، والتونسية، والمغربية ،والجزائرية .

ودفعاً منا إلى التفصيل المنظم لهذه الإشكاليات، أرتأينا أن نقسم البحث إلى فصلين نتناول في الفصل الأول الأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي، ثم نتعرض بعده إلى الأحكام الإجرائية للخلع والطلاق بالتراضي، وآثارهما في الفصل الثاني .

الفصل الأول

الأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي

لقد شرّع واضعوا قانون الأسرة – على منوال الفقه الإسلامي- الطلاق علاجاً للخلافات الزوجية ،حتى لا ينفع معه علاج سواه ،ومن ثم نجد أن الزوجة لم تعد تحت رحمة الزوج الذي يملك حق الطلاق ، بل فتحواْ لها منافذ، تنفذ منها إلى حياة الراحة من زوجة شقية بائسة ،فيسرواْ لها إلى جانب التطليق ،أي الطلاق القضائي لأسباب معينة ،أن تتفق مع زوجها على الطلاق ،دون المساس بحقوقها الشرعية وحقوق الأبناء ويطلق على هذه الفرقة (الطلاق بالتراضي) ،كما لها أن تقدم لزوجها من مالها ما تخلص به نفسها منه ، حينما لا تطيقه بغضاً دون إيذاء أو ضرر ،وهذا ما يطلق عليه فقهاً وقانوناً تسمية "المخالعة أو الخلع" .ففي ما تتمثل الأحكام الموضوعية للخلع ؟ والطلاق بالتراضي يا ترى ؟،وما هي الأحكام القانونية المنظمة لهما في حالة كون أحد الزوجين أو كلاهما أجنبياً؟.

وتفريعاً عن هذا ،سنتناول في هذا الفصل الأول من الموضوع ،ثلاث مسائل أساسية،حيث سنتطرق لموضوع فك الرابطة الزوجية بالخلع (المبحث الأول) ،ثم نتعرض بعدها لفك الرابطة الزوجية بالتراضي (المبحث الثاني) ،لنعالج في الأخير مسألة الخلع والطلاق بالتراضي في إطار تنازع القوانين (المبحث الثالث).

المبحث الأول :

فك الرابطة الزوجية بالخلع

للخلع أهمية كبيرة في حياة المرأة عموماً، والعاملة بوجه خاص ،حيث يعتبر المنفذ الشرعي والقانوني الوحيد الذي تتمسك به حالة بغضها لزوجها ،فهي إما أن تتفق مع زوجها على مقدار الخلع وتأخذ ذمتها منه ،وإما أن يحكم القاضي بصداق المثل دون ضرر لأي أحد من الزوجين .فما هو مفهوم الخلع يا ترى؟ ،وفيما تتمثل الأركان التي يقوم عليها ؟ وما هو تكييفه القانوني والشرعي ؟ .

،تحديد مفهومه الدقيق (المطلب الأول) ،وتحديد أركانه والفرق بينه وبين بعض المشتبهات به (المطلب الثاني) ،وأخيراً إلى تكييفه الشرعي والقانوني (المطلب الثالث) .

المطلب الأول :

مفهوم الخلع

إن أي موضوع لا بد ابتداءً من تعريفه ،حتى يتسنى لنا معالجة الموضوع معالجة شاملة،وعليه فقد تنوعت تعاريف الخلع بين فقهاء القانون ، والشرع.

وللخلع مدلول واسع بالنظر إلى كونه فُرقة قضائية من طرف الزوجة، مما يستدعي تحديداً تعريفه وذكر أسبابه (الفرع الأول)، وبما أن الدراسة على القانون الجزائري أصلاً وبعض القوانين المقارنة كتونس والمغرب ،فإن ذلك يقتضي معالجة تطور الخلع في الجزائر (الفرع الثاني)،ومشروعيته في الكتاب،والسنة ،والإجماع (الفرع الثالث).

الفرع الأول :

تعريف الخلع وأسبابه

تقتضي معالجة موضوع الخلع،التعريف به لغة،وشرعاً ،وقانوناً ،وعليه سنقوم بإيراد تعريف الخلع لدى فقهاء اللغة ،و الشرع ،وفي التقنين الجزائري ،وحصر أسبابه.

أولاً : تعريف الخلع

لغة: يقصد بالخلع عند علماء اللغة الإزالة، يقال خلع فلان ثوبه إذا أزاله،وخلعَ الزوج زوجته إذا أزال زوجيتها، وقد جرى العرف على تسمية الإزالة لغير الزواج بفتح الخاء ،وعلى تسمية الإزالة للزواج بضمها ، وقد سُمّيت إزالة الزوجية بذلك،لأن كل من الزوجين لباسٌ للآخر قال تعالى " هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ" [1]فالخلع بفتح الخاء مصدره قياسي ،ويستعمل في الأمور الحسية،فيقال خَلعَ ثوبه أي أزاله عن بدنه ، وفي

(1) الآية 187 من سورة البقرة .

الأمور المعنوية يقال خلع الرجل امرأته خلعاً، أي أزال زوجيتها، وخَلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه. (1)

أما الخلع في إصطلاح الفقهاء ،طلاقٌ على مال بلفظ خاص ، ولهذا عرفوه"إزالة ملك النكاح ببدل ، بلفظ الخلع" ،أو ما في معناه كالمبارأة.

كما أن الطلاق يستعمل في حل عقدة النكاح ببدل ،ومن غير بدل يستعمل الخلع أيضاً في حل هذه العقدة ببدل وبغير بدل.

وعلى هذا الأساس فإذا خالع الزوج زوجته من غير بدل ،كأن قال لها : خالعتك ،أو خلعتك ،أو اختلعي ولم يذكر بدلاً ، فيعتبر هذا كناية من كنايات الطلاق يقع به طلاق بائن عند الحنفية ،ولا يقع إلا بالنية على ظاهر الرواية ،ولا يقع الطلاق بقوله : اختلعي – إلا بقول المرأة : اختلعت أو في ما معناه لأنه كالتفويض يحتاج إلى جواب (2).

وقد أجاب فريق من العلماء عن إشكال ضم أول الخلع ،خلافاً للقياس بأنه مصدرٌ ضُمّ أوله للتفرقة بين الإزالة الحسية و المعنوية ، فبالفتح تستعمل في الإزالة الحسية ،وبالضم تستعمل في الإزالة المعنوية. (3)

شرعًا :اختلفت الزوايا التي عالج منها فقهاء الشريعة الخلع ،فقد عرفه الحنفية بأنه "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها – الزوجة– بلفظ الخلع أو في ما معناه ".أما عند المالكية فقد عرفه الدردير بأنه "طلاق بعوض أو بلفظه" ،غير أن الشافعية،وحسب ما يقول ابن شهاب الدين الرملي في تعريف الخلع "هو فرق بعوض مقصود بلفظ طلاق أو

(1) أنظر ، مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري و القانون ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بدون سنة طبع،ص. 552 .
(2) أنظر ،علي حسب الله ، الفرق بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب ، دار الفكر العربي ،بدون سنة طبع ، ص. 88.
(3) راجع ، إبن حجر العسقلاني ، فتح الباري على شرح صحيح البخاري ، الجزء 09 ، بدون سنة طبع، ص. 390

خلع راجع لجهة الزوج ".[1] ،وأخيراً فإن فقهاء الحنابلة يرون بأنه" فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة". [2]

وعليه فاستنباطاً من هذه التعاريف ،نجد أن كل منها جعل للخلع تعريفاً خاصاً به،غير أن كل هذه التعاريف تصب في قالب واحد ،هو القاسم المشترك بينها، حيث ذكرت الأركان التي يتفق أغلب الفقهاء على ذكرها ، فذكروا الزوجين و العوض والألفاظ المخصوصة التي هي صيغة الخلع.

تعريف الخلع عند المشرع الجزائري :

لقد تناول المشرع الجزائري ،تعريف الخلع في المادة 54 من القانون رقم 84-11[3] بقوله:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المِثل وقت الحكم".

من خلال هذه المادة ركز المشرع على أن يكون اتفاق الطرفين منصباً على مال كبدل للزوجة ،وفي حالة عدم الإتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الأمر إلى القاضي الذي يحدد البدل نقداً ،على أن لا يتجاوز قيمة صداق المِثْل.

غير أنه بصدور التعديل الجديد لقانون الأسرة بالأمر 02/05[4] المؤرخ في 2005/02/27 حيث نص هذا الأمر من خلال المادة 54 على أنه"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المِثْل وقت صدور الحكم.

الفصل الأول الأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي

كما عرّفت المادة 48 الطلاق أنه "حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة ،في حدود ما ورد في المادتين 54/53 من هذا القانون".

(1) أنظر،عامر سعيد الزيباري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،طبعة سنة 1996، دار بن حزم ، ص.49 ،50،51 بتصرف .

(2) أنظر ،نصر الدين ماروك ، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق ، مقال بمجلة الموسوعة القضائية الجزائرية ، العدد الرابع ، سنة 2004، ص.82.

(3) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم .

(4) الأمر الرئاسي 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون 84-11 والمتضمن قانون الأسرة والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 15 سنة 2005.

ومن خلال المادتين السالفتي الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تلجأ إلى طلب الخلع في حالة كرهها للزوج ،لأن الخلع شرع للكره ،عكس التطليق الذي شرع لرفع الضرر .

ثانياً :أسباب الخلع

إذا كان الخلع من بين الطرق الشرعية التي تمنح للزوجة حق إنهاء الرابطة الزوجية وفق الآليات المذكورة آنفاً ،وأنتفت أسباب التطليق والطلاق، بأن تعسَّف الزوج في إبقاءه للزوجة ظلماً وعدواناً .

وإستنباطاً يمكن اختصار أسباب الخلع فيما يلي :

1. إذا كرهت الزوجة زوجها ،دون أن يبادلها الكره ،وترفض عشرته دون أن يرفض عشرتها ،فتكون منه ناشز إن بقيت معه ،ستضطر لعصيان ربها ومخالفة أحكام عقد الزواج وما يرتبه من حقوق وواجبات .
2. إذا انتفت أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 والتي هي 10أسباب[2] على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وإذا كانت الزوجة فارّة من زوجها تحت تأثير واحد من هذه الأسباب فإنها تطلب التطليق دون الخلع ،لأن التطليق بدون مقابل ،في حين أن الخلع بمقابل مالي تقدمه للزوج ، ويمكن هنا إيراد مثالاً[1] عن أول خلع في الإسلام، فقد روي عن ابن عباس أن امرأة

---

(1) تنص المادة 53 معدلة بالأمر 05-02 "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:
1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمه بإعساره وقت الزواج ، مع مراعاة المواد 78 و 79و 80 من هذا القانون .
2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزوج.
3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة .
6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
7- ارتكاب فاحشة مبينة .
8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10- كل ضرر معتبر شرعاً."

(1) أنظر،فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، ج01 ، المؤسسة الوطنية للكتاب طبعة1986 ،ص.303 ، 304.

ثابت بن قيس أتت النبي ρ فقالت :يا رسول الله إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ،ولكني أكره الكفر في الإسلام فقالρ :" أتَرُدين عليه حديقته؟

قالت: نعم "قال ρ "إقبل الحديقة وطلقها تطليقه ".

من خلال هذا المثال يتضح أن المرأة عمدت إلى الخلع عندما انتفت كل مبررات الطلاق والتطليق ،فلمْ ترَ منه ما تعتمد عليه لفراقه ، ولم تفعل ما يدعوه لطلاقها، فالحل الوحيد والأجدر لمثل هذه الحالات هو الخلع .

3. إذا أبقينا في نزاع الخلع الذي يتم باتفاق الطرفين فقد نزيد الطين بله، وقد يتعسف أحد الطرفين ولا يوافق ، وبهذا تكون حرية موافقة الزوجين على الخلع وبالاً وليس حلاً.

ودفعاً بالمشرع الجزائري لإرساء أصول المساواة بين الزوجين (*L'égalité entre les conjoints*)،من خلال الأمر 02/05 فقد أباح خلع الزوجة دون موافقة زوجها شريطة أن يرى القاضي المبرر الذي يتكيف مع نوع الفُرقة هاته .

غير أن الخلع كطريق للفرقة يَعْتبر رضا الزوجين لا يتوقف على حكم حاكم وهذا هو القول الغالب في الفقه الإسلامي [2] .

الفرع الثاني :

تطور الخلع في القانون الجزائري.

في هذا الفرع سنعطي إطلالة موجزة للتطور التشريعي للخلع في الجزائر من خلال المراحل التالية :

أولاً : مرحلة ما قبل صدور القانون 11/84بعد إستقلال الجزائر في 05 يوليو (جويلية) 1962م بقي العمل بالتشريعات الأجنبية ساري المفعول ،باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية (*La souveraineté nationale*) إلى حين الانتهاء من وضع الأسس لبناء دولة قوية ، وحتى 05 جويلية 1975 حيث تمت جزأرة التشريع الجزائري ،وألغيت جميع التشريعات الأجنبية ، وبقي العمل في جميع القضايا التي تخص الأسرة

(2) أنظر ،أحمد نجيب الغزالي ، الطلاق الانفرادي وتدابير الحد منه في الفقه الإسلامي والشرائع اليهودية والوضعية و التقنينات العربية المعاصرة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص .43 .

،وفق التشريعات التي أصدرتها الإدارة الفرنسية بالأمر الصادر في 04 فبراير 1959 والمرسوم الصادر في 17 سبتمبر 1959م بلائحة تطبيقية. [1]

ففي السنوات الأولى من الاستقلال ،حاول المشرع الجزائري استدراك الأمر بشكل تدريجي ، فصدر القانون 224/63 المؤرخ في 1963/06/09 خاص بتحديد سن الزواج ،حيث جعل السن عند الرجل ببلوغ 18 سنة ،وعند المرأة ببلوغ سن 16 ثم صدر الأمر 72/69 المؤرخ في 1969/09/16م عدّل القانون 224/63 فيما يتعلق بإثبات الزواج ، واستمر الوضع على هذا الحال ،ولم تكن النصوص القانونية تأخذ بأحكام الخلع حتى صدور القانون المدني بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل مؤخراً بالقانون 05-10[2] ،والتي نصت المادة الأولى منه على "... وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية."[3]

كما نشير إلى أنه في هذه المرحلة ،كان رضا الزوج شرطاً ضرورياً لوقوع الخلع حيث يتجلى ذلك من قرار المجلس الأعلى في ملف رقم21305 بتاريخ 1980/02/25م جاء فيه "وبما أنه على ذلك فإن الخلع لا يتم إلا برضا الطرفين واتفاقهما على المقدار المعوض

الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه، وهذا يتوقف على الإيجاب والقبول من كليهما."

الفصل الأول الأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي

ثانياً :مرحلة ما بعد صدور قانون 11/84

مع بداية الثمانينات ،وفي إطار الخلط الذي كان واقعاً على المنظومة القانونية للأسرة،حيث تضاربت النصوص القانونية مع قرارات المجلس الأعلى آنذاك وآراء فقهاء الشريعة ، مما دفع بالمشرع أن يتخذ قراراً فَيْصَل حول قضية الأسرة والمجتمع فصدر قانون

(1) أنظر ،مبروك المصري ، محاضرة بعنوان "تأملات في قانون الأسرة الجزائري " ، الملتقى السنوي السادس عشر للعلامة الشيخ سيدي عبد القادر بن محمد تحت عنوان "فقه الأسرة ودوره في بناء الحضاري للأمة " ، زاوية سيد الشيخ بلدية فقارة الزوى ،سنة 2005، دائرة عين صالح ، ص. 101.

(2) القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 – يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005م .

(3) أشار إلى ذلك : باديس ذبياني ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري ، دار الهدى عين مليلة ، سنة2007 ، ص .72.

(4) أنظر ،باديس ذبياني ، نفس المرجع السابق ، ص. 72 ، 73 .

الأسرة الجزائري تحت رقم 11/84 المؤرخ في رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984م .

كما يرجع السبب في تأخير صدور قانون الأسرة ،إلى الحساسية المفرطة التي كانت مطروحة على طاولة النقاش آنذاك ، وقد خرج هذا القانون وفق الوصف الآتي:

1- الاعتماد على المذاهب الفقهية ، وعلى اجتهاد بعض الفقهاء .

2- الاعتماد على بعض القوانين للدول المجاورة مثل:

أ- قانون الأحوال الشخصية المصري.

ب- قانون الأحوال الشخصية المغربي.

ت- قانون الأحوال الشخصية السوري.

ث- قانون الأحوال الشخصية التونسي.

وما لم ينص عليه في هذا القانون ،يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 منه[1] ،فهو لم يعتمد على مذهب معين، ولم يكتفِ بالأحكام الفقهية المذهبية ، بل أضاف إلى ذلك الاجتهاد،وهذا شيء إيجابي إذا روعي مراعاة حقيقية وعلمية [2].

إن هذه الإحالة للمشرع على الفقه الإسلامي بعمومه ،تعتبر الشيء السلبي الذي جاء به القانون الآن في إحالته هذه بالرجوع إلى الأحكام الشريعة الإسلامية فيما يعد

طلاقاً ،وما يعد فسخاً، مثلاً يثير الكثير من الخِلاف في القضايا المتشابهة في المحكمة الواحدة ،بل تعدد الأحكام في المحكمة الواحدة.

وبرجوعنا إلى القانون 11/84 ،نجده قد نص قي المادة 54 منه على: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه،فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المِثل وقت الحكم".

(1) تنص المادة 222 ق أ ج " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

(2) أنظر ،مبروك المصري ، نفس المرجع السابق ، ص. 101 ، 102 .

وباستقرائنا للمادة 54 هذه نجد أن المشرع لم يفك الإشكال المطروح على طاولة النقاش في مجال الخلع ، من زاوية هل يشترط رضا الزوج في المسائل الخلعية أم لا؟
فالمشرع فصّل لنا مسألة البدل أو (العوض) في الخلع ،أي حالة النزاع في بدل الخلع الذي سمّاه "المال المتفق عليه" ، دون أن يوضح لنا مسألة هل لرضا الزوج اعتبار أثناء المخالعة أم لا؟

وللإجابة سنسرد فيما يلي قرارين للمحكمة العليا ينصان على ما يلي:

1- قرار ملف رقم 36709 صادر بتاريخ :1985/04/22 "الخلع- الحكم بالتطبيق بين الزوجين خلعاً على مبلغ مالي قدره 3000 دج طعن بالنقص- لعدم رضا الزوج بالخلع – قبول الطعن – إن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ،ولا يمكن للقاضي فرضه عليه " [1]

2- ملف رقم :83606 قرار بتاريخ :1992/07/21م : قضية (ع.م)ضد(ب.ن) "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها على مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة ،تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ،كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره،وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده ، على أن لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم

،دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة ،لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً.

وعليه فإن قضاة الموضوع – في قضية الحال- لما قضوا بتطليق [1]الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبّقوا صحيح القانون. "[2]

(1) أنظر ،أحمد لعور – نبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة ، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،طبعة2007 ، ص.70 .
(1) إن لفظ التطليق هذا المنصوص عليه في قرار المحكمة العليا ،يورد لنا لبس في ضبط وتحديد الألفاظ القانونية والشرعية، وخلط بين **الخلع والتطليق** ،فالتطليق قد حصرت أسبابه وإذا توفر أحدها طلق القاضي بدون مقابل ،أما الخلع فسببه واحد هو "الكره والبغض" وبمقابل ،وعليه فالفرق بين الفُرْقَتين واضح شرعاً وقانوناً.
(2) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص 2001 ، ص .134 .

من الوهلة الأولى نستشف أن المحكمة العليا في قراريها هاتين اللذان ضربناهما،على سبيل المثال لا الحصر ، قد اختلفت في تحديد الطبيعة القانونية (*La nature juridique*) للخلع،هل هو حق للزوجة تستعمله وقتما شاءت دون مراعاة لإرادة زوجها؟ أم هو رخصة لها يمنحها الزوج بإرادته المنفردة؟.

وعليه يفهم أن قانون 11/84 لم يحسم الإشكال المطروح ،وبقي الأمر على ما هو عليه حتى سنة 2005 تاريخ صدور التعديل الجديد الذي نلمس من خلاله جديداً في الخلع وغيره.

ثالثاً : مرحلة تعديل القانون بالأمر 05/02 المؤرخ في فبراير2005م.

تعد هذه المرحلة التي أراد المشرع من خلالها تحديد الإطار الحقيقي للخلع،بحيث اعتبره حقاً للمرأة تتمتع به بصفة مطْلقة ،فكما يملك الرجل حق فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة تملك الزوجة حق حلها بواسطة الخلع موازاةً ،حيث نص المشرع في المادة 01/54 معدلة بالأمر 05/02 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

ورغم تدخل المشرع الجزائري في التعديل الأخير ،ليجعل من الخلع حقاً أصيلاً للزوجة إلا أننا نرى أن مادة واحدة حول الموضوع كالخلع والطلاق بالتراضي من

الحساسية ما يجعلها مهمة للغاية ، لأن الأمر متعلق بحق المرأة الإرادي والمنفرد في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة ما تدفعه الزوجة [3] .

الفصل الأول الأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي

الفرع الثالث

مشروعية الخلع(*la Légitimité de Khula*)

في هذا الفرع سنتناول تحديد مشروعية الخلع في القرآن الكريم ،وفي سنة النبي المصطفى ρ ،وكذلك في إجماع الصحابة والمسلمون من بعد النبيρ .

أولاً : مشروعية الخلع في القرآن الكريم

(3) أنظر،باديس دبياني ، نفس المرجع السابق ،ص. 84 .

لقد وردت آيات كثيرة أخذ منها الفقهاء أحكام الخلع ،واستنبطوا القواعد الفقهية،حيث أن جل الآيات التي جاءت بأحكام الخلع قال تعالى:" الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"[1]

من خلال هذه الآية الكريمة ،نرى أن الله تبارك وتعالى لما ذكر الطلاق مرتان ومسألة الإمساك بالمعروف ،أو التسريح بإحسان ،عالج سبحانه وتعالى مسألة أخذ مال الزوجة من طرف الزوج أنه محرماً شرعاً ، ثم أستثنى من ذلك حالة ،إذا خافا أن لا يقيما حدود الله فيما بينهما ،كبُغض المرأة لزوجها ،أو سوء سلوكها في بيتها مع زوجها ، ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالاً ليسرحها ،ويسمى هذا "بالخلع"حيث قال تعالى " إِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاْحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ". [2]وقال أيضا " وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ ". [3]

إن أي امرأة خافت من زوجها إعراضاً عنه،أو نفوراً منه،أو كراهة به، أو حباً لغيره، فلا إثم عليهما أن يصّالحا بينهما صلحاً ،والصلح خير من الفراق ،ونشير هنا إلى أن الآية لم تذكر الفِراق ،ولكن إذا لم يتم الصلح فلا بد من الفراق لتعذر الحياة بين الزوجين لأجل ألا يقيما حدود الله فيما بينهما.

– مسألة نسخ آية الخلع:

قال أبو عبد الله بكر بن عبد الله المزني ،إن الخلع لا يجوز لأن الآية " إِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ "منسوخة بآية " إِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً ".

(1) سورة البقرة ، الآية 229 .
(2) سورة النساء، الآية 128.
(3) سورة النساء، الآية 130 .

جاء في تفسير الطبري ،عن عقبة بن أبي الصهباء قال : سألت بكر بن عبد الله عن رجل تريد امرأته منه خلع، فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً،قُلت : يقول الله تعالى ذكره في كتابه :" فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " قال : هذه الآية نسخت قلت : فإني حفظت ؟...قال حفظت في سورة النساء ،في قول الله تعالى :

" ۞إِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُّبِيناً."(1)

ثانياً: مشروعية الخلع في السنة النبوية الشريفة

رُوِي عن النبي ρ ،في كتب الحديث الصحيحة ،روايات كثيرة في مشروعية الخلع،سيرد بعضها كما يلي :

جاء في صحيح البخاري :عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ρ ،فقالت يا رسول الله ،ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق ، إلّا أني أخاف الكفر (2) ،فقال رسول الله ρ ،أفتردين عليه حديقته ؟..قالت: نعم فردت عليه، فأمره ففارقها.

وجاء في سنن البيهقي: من طريق عطاء قال :"أتت امرأةٌ للنبي ρوقالت أني أبغض زوجي وأُحب فراقه قال: أتردين عليه حديقته التي أصدقك ؟... قالت نعم وزيادة ،فقال النبي ρ:أما الزيادة فلا "

وروى الحاكم في المستدرك: عن عكرمة أنه قال :كان ابن عباس يقول : إن أول خلع كان في الإسلام ،أخت عبد الله ابن أُبي ، أنها أتت الرسول ρفقالت:يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبداً ،أني رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدة ،فإذا هو أشدهم سواداً وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجهاً ، قال زوجها: يا رسول الله أني أعطيتها أفضل مالي –حديقة – فإن ردت علي حديقتي .

(1) أنظر،عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، الطبعة 02 منقحة ومزيدة ،سنة 1978، دار الفكر العربي ،ص. 498 و499 .

(2) الكفر هنا معناه كفر العشيرة وليس كفر الملة ، ومعنى كلامها أنها تخشى إن بقيت تحت عصمته ألا تقيم حدود الله ، لأنها لا تستطيع أن تؤدي واجباتها نحو زوجها ، وهذا ما لا يجوز في الإسلام ، فخشيت المرأة المؤمنة ذلك طالبة الفرقة .

قال : ما تقولين ؟.... قالت : نعم وإن شاء زدته قال : ففرق بينهما. [1]

هذا من بين الأحاديث التي وردت في الخلع وهي كثيرة ،يستدل من خلالها أن النبي ρأعطى المرأة حقها ومستحقها وسُواهَا مع الرجل ، فإن هو ملك العصمة فلها حق المخالعة .

ثالثاً: مشروعية الخلع في الإجماع

مما سبق نستنتج أن هناك آيات كثيرة ،وأحاديث واسعة نظمت مسألة الخلع واتفقت على مشروعيته ،كما تم اتفاق المسلمون على مشروعية الخلع ،ولم يخالف أحد إلا بكر بن عبد الله ،مع أن الإجماع أنعقد قبل خلافه.

قال مالك: "لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم ،وهو الأمر المجتمع عندنا ، وهو الرجل إذا لم يضر بالمرأة ،ولم يسئ إليها ولم تؤت من قبله ،وأحبت فراقه ،فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به" [2].

وقال ابن قدامة في الخلع ،وهو قول عمر وعثمان... ولم نعرف لهم في عمرهم مخالفاً فيكون إجماعاً ،وجاء في فتح الباري : وأجمع العلماء على مشروعيته .

وقد ذكر الشوكاني في فتح القدير ،بعد أن حكى رأي المزني قال: "وهو خارج عن الإجماع" وقال ابن عبد البر : ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني، إذاً فالإجماع منعقد على مشروعية الخلع. [3]

المطلب الثاني

أركان الخلع والفرق بينه وبين بعض المشتبهات به

بعد تحديد المقصود من الخلع ،لن يتضح لنا إلا إذا كشفنا اللبس بينه وبين بعض المشتبه به، من أنواع الطلاق التي تختلف معه ،من حيث الأصل والآثار ،وكذا تحديد الأركان التي يتمركز عليها.

(1) أنظر ،عبد الرحمان الصابوني ، نفس المرجع السابق ، ص. 500 .
(2) أنظر ،عبد الرحمان الصابوني ، نفس المرجع السابق ، ص. 504 .
(3) أنظر ،عبد الرحمان الصابوني ، نفس المرجع السابق ، ص. 505 .

و لتوضيح هذه الدراسة ،كان لزاماً تحديد أركان الخلع (الفرع الأول) والفرق بينه وبين بعض المشتبهات به (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أركان الخلع

قصد التفصيل في موضوع الخلع ،لا بد من تحديد الأركان أو الأسس التي يقوم عليها،هذا مما يستوجب ذكر أهم الأركان والأسس التي أجمع الفقهاء والشراح على أن الخلع لا يقوم إلا عليها ، من صفة ،و عوض ،وزوج وزوجة.

أولاً : الصيغة

إن المبدأ العام في صيغة أي عقد من العقود هي الإيجاب و القبول ،أي لابد من تطابق إرادتي المتعاقدين ، إلا أن هناك بعض الاختلافات البسيطة بين فقهاء الشريعة الإسلامية، و مؤصلي القانون ،و القضاء الجزائري هي :

1 : الصيغة عند فقهاء الشريعة

أ- المالكية:

صيغة الخلع بألفاظ غير لفظ الخلع ،كالصلح ،و المبارأة ،و الفدية[1] باعتبار أن المقصود واحدة ،وهو فك قيد الزواج ،إلا أن فقهاء المالكية قد خصصوا لكل لفظ

ما يلزم به من المال، إذ عندهم أن لفظ الخلع يقصد به أن ترد الزوجة لزوجها كل ما أعطاها ،و الصلح ببعضه ،و الفدية بأكثره ،و المبارأة بإسقاطها عنه حق لها عليه.

ب –الحنفية :

الصيغة عند الحنفية تكون بلفظ الخلع ،أو في ما معناه كالمبارأة ، والخلع عندهم لم يعط حكم المعاوضة ، بل أعطي حكم اليمين من جانب الزوج وحكم المعاوضة من جانب الزوجة،فعندهم إذا قال الزوج لزوجته ،إن أعطيتني ألف دينار وأنت طالق فإن

(1) أنظر ،عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ص.513 .

هذا التعليق عند الأحناف يأخذ حكم اليمين ، وعليه فإن ألتزمت الزوجة بذلك وقع الطلاق[1] .

ج – الصيغة عند الشافعية والحنابلة:

الصيغة عند الشافعية تكون بلفظ الخلع ،أو المبارأة ،أو المفاداة ، وأن الخلع يقع بهذين اللفظين ، إذْ جرى العرف على أن المراد من ذلك الفرقة ، وأنهم يشترطون أن يتطابق الإيجاب بالقبول ،وتترتب على ذلك أحكام الإيجاب والقبول في مجلس العقد.

كما نشير أن الحنابلة ،ذهبوا إلى ما ذهب إليه الشافعية ،مع تحقيق الإيجاب والقبول بلفظ الخلع ،أو المفاداة، يلزم الزوجة العوض ،ويقع الطلاق بائناً.[2]

2 : الصيغة في القانون و القضاء الجزائري

أ– موقف قانون الأسرة من الصيغة:

باستقراء نص المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري ،نجد أن المشرع بموجب الفقرة الأولى منها أعطى للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية ،عن طريق الخلع سواء وافق الزوج أو لم يوافق على ذلك فإرادة الزوج بالقبول أو عدمه لا يعتد بها قانوناً ،إذ يمكن أن تطلق الزوجة عنوةً عن الرجل ، وعليه فقد أصبح الخلع كالطلاق لما كان بيد الرجل فإنه لا يشترط فيه إلى موافقة المرأة ،فهي كذلك لا تشترط موافقة الرجل .وعليه فإن

الخلع ليس بعقد تشترط فيه الصيغة كما في العقود ،وأنه لا يختص بلفظ معين ،بل يجوز بأي لفظ كان ،ما دام أن البدل موجود .

ب– موقف القضاء الجزائري من الصيغة :

إن الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ،تنوعت أرائها حول الصيغة في الخلع، وهذا ما يتضح من المثالين التاليين :

(1) أنظر ،عمروا خليل ، فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة والفقه الإسلامي ، دكتوراه دولة في القانون الخاص ، جامعة سيدي بلعباس ، 2006/2007 ،ص.183 .
(2) أنظر ،عمروا خليل ، نفس المرجع السابق ، ص. 184 .

1- القرار الصادر بتاريخ 1984/06/11 والذي يقضي :"من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقد رضائي ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع"[1].

2- القرار الصادر بتاريخ 1988/11/21 والذي يقضي "أنه من المقرر فقهاً وقضاءاً قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه "[2].

من هاتين القرارين ،نجد أن الاجتهاد القضائي فيهما أعتبر الصيغة الإيجاب والقبول في الخلع وجوبي ، إذ يجب موافقة الزوج على مبدأ الخلع ،وهذا ما يتفق مع نص المادة54 ق أج قبل التعديل .

غير أن هناك قرارات قضائية إتجهت عكس ذلك،حيث تشترط فيه رضا الزوج فهو حق للزوجة تستعمله متى شاءت ،ولا عِبرة فيه لقبول الزوج هذا ما يتضح من خلال القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم ،وأن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ،كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم إتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز قيمة

صداق المثل وقت الحكم ،دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للإبتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقواْ صحيح القانون".[1] ،وهذا الحكم كان مؤشراً نحو الاتجاه الذي أخذ به المشرع في التعديل،بل كان تمهيداً له.

ثانياً: الزوجان(*Les conjoints*)

(1) المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية ،1984/06/11 ،ملف رقم :33650 ،م ق ، عدد 03 ،1989 ،ص38.
(2) المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية ،1988/01/21 ،ملف رقم :51728 ،م ق ، عدد 03 ،1990،ص. 72.
(1) الاجتهاد القضائي ، المجلة الصادرة عن المحكمة العليا ، عدد خاص 2001 ، ص.134 .

لقيام فرقة الخلع لابد من توافر أركان ،ومن بين هاته الأركان الزوجان، اللذان هما عماد قيام الحياة الزوجية ، إلى غير ذلك من الشروط المتعلقة بالزوج أو الزوجة .

1: الـزوج

يجب أن يقع الخلع من زوج يصح طلاقه ، وهو الذي توفرت فيه الأهلية ،فلا يصح الخلع من الصغير ،والمجنون ،والمعتوه ، لأن الطلاق لا يصح منهم فلا يصح الخلع منهم كذلك، يصح الخلع من البالغ العاقل لأنه إذا ملك الطلاق ،وهو إسقاط لا تحصيل فيه ، فإنه يملك الخلع الذي يحصل من ورائه على المال من باب أولى. [2]

2: الزوجـة

إذا كان العقد بين الزوجين صحيحاً ، فكذلك يجب على الزوجة أن تكون كاملة الأهلية خصوصاً في مجال التصرفات المالية. [3]

أما فيما يخص المرأة التي بها عيب من العيوب، التالية :المرأة عديمة ،أو ناقصة الأهلية ، المرأة الصغيرة ، السفيهة ، المجنونة فقد وردت فيها آراء لدى الفقهاء وهي كما يلي :

أ- **خلع الصغيرة**[4] :قال خليل" ولا من صغيرةٍ وسفيهةٍ وذات رقٍ ،ورُدَّ المال وبانت كما يرد يتبين كونها بائناً منه قبل ذلك الخلع ، أو فاسدة النكاح المجمع على فساده كخامسة أَو معتدة أو متصفةٍ بعيب موجب للخيار من غير شرط ، وما قيل من أن العيب المطَّلع عليه بعد الموت ،أو الطلاق كالعدم غيرُ مُعولٍ عليه على ما بينه الأهجوري في شرح خليل ، وقيدنا الضرر بغير الشرعي للاحتراز عما لو ضربها على ترك الصلاة ،أو الغسل الواجب أو شتمته فإنه يخير في إمساكها مع تأديبها ،أو يفارقها ولو بشيء يأخذه منها فإنه يحل له أخذه ولا ترجع به.[1]،أما عند الحنفية

---

(2) أنظر ،محمود محمد الطنطاوي ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، طبعة 1979 ، ص. 320 .

(3) نصت المادة 40 غير المعدلة من الأمر 75-58المؤرخ في 1975/09/26المعدل والمتم بالقانون 05-10المتضمن القانون المدني "على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سن كاملة"

(4) الصغيرة هي تلك الزوجة التي لم تبلغ سن الزواج إلا أنه رخص لها بالزواج وفقاً لنص المادة 07 من قانون الأسرة فإن وليها المالي هو الذي ينوب عنها .

(1) أنظر ،أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني،المجلد03، مكتبة الثقافة الدينية، سنة 1984،ص1048.

فإنهم يرون أن المرأة الصغيرة المميزة ،هي التي تعقل معنى النكاح والطلاق ، يقولون أن الطلاق يقع بالخلع ،ولكن لا يلزمها العوض باعتبار أن الخلع تبرع ،وهي ليست أهلاً لذلك، أما إذا كان البدل من مال الولي فإن الخلع صحيح والبدل صحيح[2] ،وبالمقابل فإن المالكية يرون أنه إذا خالع الولي من ماله فالخلع جائز ، وإذا كان من مالها وكانت ممن تجبر على الزواج ،فالخلع كذلك جائز والبدل جائز .

ب- خلع المعتوهة أو المجنونة [3] : عند فقهاء الشريعة تأخذ حكم ناقص الأهلية ،أما في نظر المشرع الجزائري فإنها تأخذ حكم المجنونة ،فتعتبر فاقدة الأهلية ،طبقاً لنص المادة 42[4] من القانون المدني ، أما بالنسبة لأهلية التبرع ،فإنه لا يعتد بالأهلية الناقصة ولا بالأهلية المعدومة ،إلا بعد تمام الأهلية .

ج- خلع السفيهة[5] **و المغفلة** [6] : نص القرآن الكريم في قوله عز وجل" ۞إن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ "[7] حيث جعل للسفيه ولياً يتصرف عنه ، وهذا ما جاء به القانون المدني الجزائري حيث نصت

المادة 43[8] منه على أن السفيه ناقص الأهلية ، وناقص الأهلية ليس له أهلية التبرع وعلى ذلك فلا يجوز خلع السفيهة .

وعليه تأخذ المغفلة في تصرفاتها حكم السفيهة، حيث يتم الحجر عليها وتمنع من التصرفات في أموالها ،وعليه فالبدل لا يلزمها لأنها لا تتوافر على شروط التبرع.

هـ-خلع المريضة : إذا ماتت المرأة في ذلك المرض ،فإن الخلع يصح إذا كان في حدود ثلث التركة ، لأنه تبرع وليس لها أن تتبرع بأكثر من الثلث.

(2) أنظر ،عمر خليل ، نفس المرجع السابق ، ص. 179 .

(3) المجنونة : هي عديمة العقل فتأخذ حكم الصغيرة قبل التمييز سواء الجنون مطبقاً أو متقطعاً ، أما المعتوهة فهي قليلة الفهم فاسدة التدبير مختلطة الكلام .

(5) السفيهة :هي المرأة التي تبذر أموالها في غير مقتضى الشرع والعقل السليم .

(6) المغفلة : هي المرأة التي لا تهتدي للتصرفات النافعة وتغبن في المبيعات لضعف إدراكها للأشياء وهي حالة قد تصيب الإنسان حتى بعد فواته سن الرشد.

(7) سورة البقرة، الآية 282 .

(8) تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها ، أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

أما الشافعية يرون أنه إذا كان العوض سيساوي مهر المثل ،فإنه ينفذ وذلك لأنه في نظير العصمة وليس تبرع، أما إن كان يزيد على مهر المثل ،فإنه يأخذها بدون اعتراض ،وإن كان أكثر فإن أجازها الورثة فُقِدت ،وإن لم يجزها فسخ العوض ورجع إلى مهر المثل غير أن الحنابلة يأخذون بالعوض في الخلع،فإن كان العوض أكثر من الميراث فإنه يرجع إلى مقدار الميراث ،وإن كان أقل من الميراث فإنه يأخذ العوض [1] .

ثالثاً :البدل (العوض)

بدل الخلع هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها منه ويعرفه الدكتور عبد العزيز عامر في كتابة الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية بأنه :"تعويض الخلع أو بدل الخلع هو ما تفتدي به المرأة نفسها لفك الرابطة الزوجية قضاءً ،من غير ضررٍ تشتكيه ،والقاعدة أن كل ما يصلح أن يكون مهراً يصلح بأن يكون بدل الخلع ، لكن ليس كل ما يصلح بدل خلع ،يصلح لكي يكون مهراً"[2] وسيرد تفصيل البدل كما يلي:

1: مشروعية أخذ العوض

إذا تعذر أداء الحقوق الزوجية لكل من الزوجين قِبَل الآخر ،بسبب شدة البغض الذي طرأ على قلب المرأة فكرهت زوجها أو أبغضته ،وأرادت أن تخلص نفسها من عصمته ، فيجوز أخذ البدل منها في هذه الحالة ،هذا ما أخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية حالياً وأغلب قوانين الغرب ،وهذا مأخوذ من قوله تعالى : " وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ "[1] .

---

(1) أنظر ،عمر خليل ، نفس المرجع السابق ، ص.182 .
(2) أنظر ،عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً ، الجزء 01 ، دار الفكر العربي القاهرة ، طبعة 1984 ، ص. 301 .
(1) سورة البقرة ،الآية 229 .

كذلك قوله ρ لإمرأة ثابت بن قيس :" أتردين عليه حديقته؟قالت :نعم وزيادة فقال: أما الزيادة فلا" فأمره النبي ρ أن يأخذ البدل ولا يزداد ،ومن هنا أبغض الفقهاء أن أخذ الزيادة على المهر ،فهي لا تجوز ويجب على الزوج أن يردها إلى زوجته.[2]

2: مقدار العوض

على الرغم من اختلاف آراء أئمة الفقه الإسلامي ،حول مقدار مقابل الخلع،حيث أن منهم من قال بأنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة أكثر مما أصدقها ، ويأخذ هذا مدلوله الشرعي من قوله تعالى :" وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ " ومنهم من قال بأنه يجوز له أن يأخذ أكثر مما أعطاها إذا تراضيا على ذلك [3] .

أما إذا نظرنا إلى مقدار العوض في التشريع الجزائري ،تنص المادة 2/54 "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي يحكم القاضي بما لا يتجاوز فيه صداق المثل " فمن خلال نص هذه المادة ،يمكن القول أنه إذا اتفق الزوجان على مقدار الخلع ،فليس هناك أية مشكلة وما على القاضي هنا إلا توثيق إرادة الطرفين.

لم يتفق الطرفان على مقدار العوض فالأمر يستدعي تدخل القاضي لتقدير العوض يا ترى ؟ إن المشرع قد حسم المسألة ،حيث أوكل الأمر للقاضي هو الذي يحدد مقدار العوض بما لا يتعدى صداق المثل[4] وقت الحكم ،حتى ولو رفض الزوج مع الشرط الواحد أن ترد له المهر[1] ،لأنه برفضه هذا سيعطل حقاً كرّسه الشّرع للزوجة .

3 : نوع العوض

العوض في الخلع يجوز أن يكون من النقود المتداولة بين الناس ، ويجوز أن يكون شيئاً آخر غيرها ،كالعقار وسكنى الدار وعلى هذا يصح بكل ما يسمى بالمال المتقوم

(2) أنظر ،محمود محمد الطنطاوي ، نفس المرجع السابق ، ص .332 .

(3) أنظر ،عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة 03 دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،سنة 1996 الجزائر ، ص 253 .

(4) أنظر ،صداق المثل : هو المهر الذي يُفرض للمرأة المدخول بها ،ولم يسمى لها مهراً ، والمعتبر به مهر المرأة المماثلة لها من أسرة أبيها ، وتكون المماثلة فيما يعتد به من صفات الزوجة التي يرغب فيها، كالدين والأخلاق والجمال والمال والعقل والعلم ، وتكون المماثلة من أسرة أبيها مثل الأخت والعمة ..إلخ

(1) CF.Dina DARWICH,Divorce à l'égyptienne :la fin du monopole masculin ,in le Quotidien d'Oran du 18/01/2001 , p.13.

في نظر الإسلام ، ويصح كذلك بكل منفعة تقابل بمال ،وذلك يشمل المكيلات والموزونات ،وزراعة الأرض مدة معلومة، وأجرة الرضاع ،وأجرة الحضانة ،وغير ذلك.هذا في نظر فقهاء الشرع.

أما بالنسبة لفقهاء القانون والقضاء ،فكانت مواقفهم مختلفة في المسألة ،في حالة أن تحيل الزوجة حقوقاً شخصية ،متعلقة بها وبأطفالها فتدفع حق هؤلاء ثمناً لهذا التحرر[2] ،بحجة أنها تصرفت في شيء لا تملكه،وهي مسألة تتعلق بالنظام العام ،فإذا كان البدل صحيحاً صح الخلع وترتبت عليه آثاره وإن كان البدل غير صحيح مثلاً وقعت الفرقة بين الزوجين .

أما إذا نظرنا إلى التشريع والقضاء الجزائري نفهم من قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ :1992/07/21 والذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".من خلال هذا القرار يفهم أنه يحق للزوجة المختلعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد

كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده ،على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم[3].

الفرع الثاني:

الفرق بين الخلع وبعض المشتبهات به

في هذا الفرع نود معالجة أهم الاختلافات بين الخلع وبعض الفُرق الأخرى الموجودة في الشريعة الإسلامية والتي يلجأ القاضي إليها مبرراً ذلك بنص المادة 222 ق أ ج كالطلاق على مال ،وطلاق التفويض الزوجي كما يلي.

أولاً:الفرق بين الخلع والطلاق على مال

(2) Cf. H.H . Bencheikh , La condition juridique de la femme mariée au Maghreb ,thèse d'état Rennes,1982,p121 .

(3) أنظر ،عمر خليل ، نفس المرجع السابق ، ص. 203 .

لتوضيح الفرق بين الخلع والطلاق على مال، سنبين أوجه التشابه والاختلاف بينهما كما يلي:

1 : أوجه التشابه بينهما

هناك 3 أمور يتفق فيهم الخلع والطلاق على مال وهم:

أ-**البدل يلزم ذمة الزوجة** : في الخلع لا بد من أن تدفع الزوجة بدل الخلع للزوج ولكن في الطلاق على مال لا بد على الزوجة كذلك أن تدفع مقابل للزوج ،شريطة أن يطلقها ويفك العصمة .

ب-**كل واحد منهما يشترط قبول الزوجة ورضاها** : في كلا الفُرقتين لا يقع الخلع ولا يقع الطلاق على مال، إذا لم تشأ الزوجة أن تدفع البدل أو العوض برضاها الخالي من كل العيوب التي تشينه كالغش والتدليس والإكراه والغضب.

ج-**متى صح البدل وقعت به الفُرقة** :إذا دفعت الزوجة البدل في كلا الفُرقتين، وقع الطلاق سواء بالخلع أو الطلاق على مال .

2 : أوجه الاختلاف

يختلف الخلع عن الطلاق على مال من حيث الأحكام التالية:

أ- **من حيث الصيغة** :الخلع لا تكون صيغته إلا بصيغة الخلع او ما يقوم مقامه ، والطلاق على مال له صيغته الخاصة كذلك ، بأن يقول الزوج لزوجة "طلقتك على أن تدفعي لي كذا".

ب- **من حيث نوع الفرقة**: الخلع يختلف فيه هل هو طلاق بائن أو فسخ ...أما الطلاق على مال ،فلا خلاف في كونه طلاقاً بائناً يُنقِص عدد الطلقات .

ج- **من حيث نوع العوض**: إذا كان العوض في الخلع مالاً غير شرعي كالخمر والميتة فلا شيء للزوج ، ويقع الطلاق بائناً ، وإذا كان العوض في الطلاق على مال غير متقوم يقع الطلاق رجعياً.[1]

(1) أشار إلى ذلك: محمد إبراهيم الحنفاوي ، الطلاق ، الموسوعة الفقهية الميسرة ، مكتبة الإيمان بالمنصورة،سنة 2005 ، ص .309 .

ثانياً : الفرق بين الخلع وطلاق التفويض الزوجي

إذا كان الخلع من الناحية الشرعية هو إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع ،أو بما في معناه ،نظير عوض تلتزم به الزوجة تدفعه إلى زوجها ،[2] فإن طلاق التفويض هو أن يُمَلّك الزوج الزوجة تطليق نفسها أو يُمَلّك غيره تطليق إمرأته منه ، كأن يقول للزوجة طلقي نفسك ،أو يقول للغير طلق زوجتي إن شئت.وعلى هذا فإن الزوج يكون قد مَلّك الزوجة حقٌ كان يملكه هو أو ملّكه للغير[3] وصيغ التفويض إثنان هي:

1-**التخيير** : هو أن يقول الزوج لزوجته إختاري لنفسك ،وهو ينوي تخييرها في الطلاق ، فإن قالت الزوجة إخترت نفسي وقع الطلاق عليها ، وهنا يشترط بعض الفقهاء أن تختار في المجلس فإن انفض المجلس فإن التفويض ينتهي ، أما جمهور الفقهاء فقالوا أن التخيير لا يتقيد بالمجلس إذ للمرأة الاختيار حتى بعد المجلس واستدلواْ على وقوع الطلاق بما جاء في قوله تعالى:" يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ

الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلا وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْراً عَظِيماً"[4]

2- **الأمر باليد** :هو أن يترك الزوج لزوجته أمرها بيدها ،فَتَحُل العصمة متى شاءت،أي بمعنى أنه يخرج الأمر من يده ليدها ،في فك الرابطة الزوجية.

المطلب الثالث :

تكييف الخلع

يعتبر الخلع فقهاً ،عقداً بين الزوجين على خلاص المرأة من زوجها، نظير بدل فهو طلاق يشترك فيه الزوجين ،ولا يتم من جانب واحد ،كالطلاق المجرد الذي يوقعه الزوج، أو توقعه الزوجة بتفويض من زوجها ،وعليه قد تختلف حتماً أراء الفقهاء القانونيين، والشرعيين حول تكييفهم للخلع هل هو فسخ أم طلاق ...؟

(2) أنظر، باديس ذيبا بي ، نفس المرجع السابق ، ص.59 .
(3) أنظر ،عمر خليل ، نفس المرجع السابق ، ص 207 .
(4) سورة الأحزاب ، الآية 29 .

وبناءاً على ما سبق أي بعد تحديد مفهوم الخلع ،وبيان أركانه ،والفرق بينه وبين بعض المشتبهات به ،فلم يبق لنا سوى معرفة رأي فقهاء الشريعة من تكييفهم للخلع (الفرع الأول)،وكذا موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول :

التكييف الشرعي للخلع

في هذا الفرع سنحاول مناقشة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة الخلع كل على حدى كما يلي :

أولاً : الخلع عند المالكية

يرى المالكية أن الخلع معاوضة بين الجانبين، فهو عقد ملزم للجانبين ،وبناءً على ذلك يكون الحكم فيه من حيث الإيجاب والقبول كالحكم في سائر المعاوضات فيجب

أن يكون القبول في مجلس العقد(*Conseil contrat*)،فإذا قامت الزوجة من مجلسها بطل الإيجاب

الفصل الأول الأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي

كما يجوز في الخلع عندهم التعليق على شرط ،والإضافة إلى زمن مستقبل فإذا قال الزوج لزوجته "إذا أقبضتني مبلغ كذا... طلقتك لم يخص إقباضها للمبلغ...بنفس المجلس ، فمتى أقبضته ولو بعد المجلس طُلقت منه وهنا علق الزوج الإيجاب على الأداء".

وكذلك لو قال لها : طلقتك غداً بألف ، فقالت في الحال ، فإنها تطلق في الحال ويلزمها المسمى ومثله إذا قالت له: طلقني غداً ولكَ ألف ،فإذا طلقها غداً أو قبله أستحق الألف هذا إذا فهم من مقصودها الطلاق ، وإن فهم منها تخصيص اليوم ، لم يلزمها إن طلقها قبله ولا يلزمها كذلك إن طلقها بعده. [1]

ثانياً:الخلع عند الشافعية

اختلفت الشافعية في تكييف الخلع ، وهذا الاختلاف يُرد إلى اختلافهم حول تكييف طبيعة الخلع ،فهل هو يا ترى فسخ أم طلاق؟ فمنهم من ذهب إلى اعتباره

(1) أنظر ،عامر سعيد الزيباري ، نفس المرجع السابق ، ص. 132 .
(1) أنظر ،عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، الجزائر ، 2003،ص.58 .

فسخاً ،فهو بذلك يعتبر معاوضة ، في حين البعض الآخر يعتبره طلاق ، فهو إذاً معاوضة فيه شبه تعليق.

فهو معاوضة ،لأن الزوج يأخذ من الزوجة بدلاً مقابل الطلاق، وشبه تعليق،لأن الزوج علق الطلاق على أخذ المال ،وبالتالي يسري على الخلع أحكام العقود من حيث أنه منجز أو معلق أو مقترن بشرط ،وكذلك تسري تلك الأحكام على الإيجاب والقبول .[2] وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- ليس له حق الرجوع قبل قبولها .
- القبول يكون في المجلس ،فإذا انفضّ المجلس فلا قبول.
- أن يطابق الإيجاب قبول الزوج .

أما من زاوية أنه معاوضة يحق للزوج أخذها ويجب على الزوجة دفعها، ولهذا فهي ترتب الأحكام التالية :

1- للزوجة الحق في الرجوع قبل قبول زوجها.
2- يلزم أن يكون القبول في مجلس الإيجاب.
3- مطابقة الإيجاب للقَبول.

ملاحظة لتفصيل الخلع المعلق :

أما إذا كان الخلع من جانب الزوج بصيغة التعليق ،فلا يعتبر من المعاوضات، بل هو تعليق محض من جانبه.وقد جاء في مُغني المحتاج: وإذا بدأ الزوج بصيغة معاوضة كطلّقتك أو خالعتك بكذا فَقبِل ،حينئذٍ يُكيّف الخلع أنه طلاق –كما هو الراجح– فهو معاوضة لأخذه عوضاً في مقابلة ما يخرجه عمن ملكه ، وفيها شوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول المال.

(2) أنظر ،عمر زودة ، نفس المرجع السابق ، ص.59 .

أما إذا قلنا أن الخلع فسخ، فهو معاوضة محضة من الجانبين، إذ لا مدخل للتعليق فيها، بل هو كابتداء البيع ، وعلى المعاوضة فإنه له الرجوع قبل قبولها ،لأن هذا شأن المعاوضات ويشترط قبولها ،فتقول :قبلت أو اختلعت[1] .

ثالثاً :الخلع عند الحنفية

يرى أبو حنيفة ،أنه يعتبر يميناً من جانب الزوج ،لأن الزوج الذي يقول لزوجته خالعتك على مائة دينار ،يكون هذا القول تعليقاً منه للطلاق على قَبولها دفع المائة وكأنه قال لها إن دفعت مائة دينار خالعتك ، والتعليق يسمى يميناً في اصطلاح الفقهاء،ولهذا يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج ،ويكون معاوضة من جهة الزوجة ،لأنها ألتزمت بما أوجبه الزوج نضير افتداء نفسها،وخلاصها من قيود الزوجية،وكأنها قالت:" رضيت إن أَشتري عصمتي منك بهذا البدل" .

غير أنها ليست معاوضة خالصة ،بل لها شبه بالتبرعات ،لأن المعاوضات الخالصة يكون كل من البدلين مالاً أو شيئاً يقوم بالمال ليس

إلا خلاص نفسها ،وهو ليس بمال ولا في حكم المال ، ولهذا يأخذ الخلع أحكام المعاوضات بالنسبة للزوجة[2] ويرتب الأحكام الآتية :

1- أن الزوجة لو ابتدأت بالخلع فقالت اختلعت نفسي منك بكذا ،كان لها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوج .

2- أن الزوجة ،لو كانت حاضرة بالمجلس فلا بد من قَبولها فيه ، وإن كانت غائبة عنه فلا بدّ من قَبولها في المجلس الذي تعلم فيه بالخلع ، فإن سمعت كلمة المخالعة من الزوج بعد المجلس،بطل الإيجاب فلو قبلت بعد ذلك لا يقع الطلاق، لأن المعاوضات المالية تبطل إذا تفرق المتعاقدان بعد الإيجاب والقبول.

3- يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة يكون لها فيها الحق في القبول أو الرفض، فإذا قالت الزوجة لزوجها خالعتك على خمسين دينار على أن لي

(1) مأخوذ عن: عبد الرحمان الصابوني ، نفس المرجع السابق ، ص. 522 .
(2) أنظر ،محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطبعة 2 ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، سنة 1997 ، ص .220.

الخيار ثلاثة أيام وقبل الزوج ذلك ،صح هذا الشرط وكان لها في أثناء المدة أن تقبل الطلاق على هذا المال أو ألا تقبل، فإن قبلت وقع الطلاق ولزمها المال ،لأن الخلع من جانبها معاوضة ،و المعاوضات يصبح فيها الشرط الخيار .

4- لا يصح للزوجة أن تعلق الخلع على شرط ،ولا أن تضيفه إلى زمن المستقبل لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة .

5- إن بدل الخلع لا يلزم الزوجة ،إلا إذا كانت أهلاً للتبرع ،بأن كانت بالغة عاقلة ورشيدة ،لأن الخلع وإن أُعتبر معاوضة من جانب الزوجة ،إلا أنه فيه شِبْهاً بالتبرعات ،فإذا لم تكن الزوجة أهلاً للتبرع لا يلزمها المال [1] .

هذا ويترتب على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الأحكام الآتية :

1- لا يجوز للزوج إذا ابتدأ بالخلع ،أن يرجع فيه قبل قبول الزوجة لأنه تعليق والتعليق لا يجوز الرجوع فيه، فلو قال الزوج لزوجته خالعتك على كذا ،فلا يجوز له أن

يرجع عن هذا الإيجاب ،قبل أن تقبل الزوجة، كما أنه لا يجوز له أن يمنع الزوجة عن القبول.

2- لو صدر إيجاب بالخلع من الزوج في المجلس ،ثم قام منه قبل قبول الزوجة له ،لا يبطل الخلع بقيامه من المجلس، فلو قبلت الزوجة الخلع بعد قيام الزوج ،كان قبولها صحيحاً ويقع الطلاق، لأن القيام من المجلس يعتبر رجوعاً عن الإيجاب دلالة، وإن كان الزوج لا يملك الرجوع عن الإيجاب صراحة ،فلا يملك الرجوع عنه دلالة من باب أولى ، لأن التعليق لا يمكن الرجوع فيه.

3- إيجاب الزوج في الخلع يجوز تعليقه على شرط ،مثل قول الزوج لزوجته إن خرجت من البيت خالعتك على كذا ، ويجوز إضافته إلى زمن مستقبل كقوله:"خالعتك على 100دينار بداية شهر جانفي المقبل" ، فإن قبلت عند وجود الشرط المعلق عليه ،أو عند

(1) أنظر ،عبد المجيد محمود مطلوب ، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ،القاهرة سنة 2005 ،ص .291 .292 .

حلول الوقت المضاف إليه وقع الطلاق ،ولزمها المال وترتبت آثار الخلع على كل الطرفين.

4- لا يصح للزوج أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معلومة ،لأن الزوج لا يملك الرجوع عن الخلع ،واشتراط الخيار يجعل له الحق في الرجوع عنه في مدة الخيار ،وهذا يخالف مقتضى التصرف الذي صدر منه، والشرط إذا خالف مقتضى التصرف لا يكون صحيحاً، فإذا اشترط كان الشرط باطلاً ،لكن لا يبطل الخلع به لأن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة ،فلو خالع الزوج زوجته على أن له الخيار ثلاثة أيام ،وقبلت الزوجة ،وقع الطلاق في الحال ولزمها المال المتفق عليه[1] .

رابعاً:الخلع عند الحنابلة

الخلع عند الحنابلة ،معاوضة من الجانبين ما لم يكن الإيجاب بالخلع صادراً من الزوج بصورة تعليق ،فإنه حينئذ يكون تعليقاً ونفرق هنا بين حالتين :

الحالة1:إذا لم يوجب الزوج في البداية بصيغة التعليق ،أُعتبر معاوضة وتنطبق على ذلك المعاوضات التالية :

أ- لكل من الزوجين الرجوع عن الإيجاب قبل قبول الآخر.

ب – القبول يكون في نفس مجلس الإيجاب.

ج – مطابقة الإيجاب بالقبول.

الحالة2 :وأما التعليق ،على الرأي الراجح بأن الخلع فسخ عند الحنابلة ،ففيه خلاف حول قابلية الخلع للتعليق على الفسخ ،والراجح أنه لا يجوز، وعلى القول بصحة التعليق في الخلع:

ا – لا يجوز للزوج الرجوع قبل قبول الزوجة.

ب- لا يتقيد القبول بالمجلس.

ج- موافقة الإيجاب للقبول[1] .

(1) أنظر ،عبد المجيد محمود مطلوب ، نفس المرجع السابق ، ص.291 .

(1) أنظر ،عامر سعيد الزيباري ، نفس المرجع السابق ،ص. 140، 141 .

مما سبق، يتضح لنا بأن كل من المالكية والشافعية والحنابلة كيّفواْ العلاقة بين الزوجين في عقد الخلع أنها معاوضة بين الجانبين ،وذلك ما رآه الأستاذ عبد الرحمان الصابوني في تكييفه للعلاقة ،بأنها معاوضة محضة بين الطرفين عكس ما ذهب إليه الحنفية في تكييفهم له باعتبارها يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة حيث رأى الأستاذ بأن ذلك مبني على أساس صحة تعليق الطلاق،والصحيح هو غير ذلك في رأيه [2].

في حين ذهب إتجاه فقهي آخر، في مسألة تكييف العلاقة بين الزوجين في الخلع،منهم الظاهرية على أساس أن الخلع ليس عقد بين الزوجين ،لتقرير المصير بالنسبة للزوجة لخلعها من عدمه ، بل هو حق أصيل للزوجة ،تلجأ إليه متى شاءت في حالة عدم القدرة على مواصلة الحياة الزوجية ،وهي بذلك لا تحتاج لمجلس عقد ولا إيجاب في مخالعتها.[3]

الفرع الثاني :

التكييف القانوني للخلع

من خلال هذا الفرع ،سنتطرق إلى تحديد التكييف القانوني للخلع في التشريع الجزائري،وكذا بعض التشريعات العربية الموازية .

أولاً : الخلع في التشريع الجزائري

رأينا مما سبق ،أن قانون الأسرة الجزائري نص على مشروعية الخلع، ويتجلى ذلك واضحاً من خلال المادة 54 من القانون 11/84 والأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 وأكد على قانونيته ،مثبتاً ما سبق من أحكام قضائية حكمت بالخلع.

(2) أنظر ،نور الدين عماري ، الخلع والتطليق في التشريع الجزائري ، المركز الجامعي بشار ، سنة 2008/2007 ، ص.134 .

(3) أنظر ،باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص.65 .

كما نصت المادة 48 من الأمر 02/05 على أنه"الطلاق حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج ،بتراضي الزوجين ،أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ".

وانطلاقاً من هذا النص القانوني ،يمكن اعتبار أن التكييف القانوني للخلع كالطلاق على مال ، رغم الاختلاف الشرعي في المسألة ، فهو يُعتبر يميناً في جانب الزوج ، لأنه علق طلاق الزوجة على شرط قبول المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع ،من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغاً من المال ،في مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية ،وسلطان زوجها ،التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه.

وعليه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغاً من المال لقاء طلاقها ، أو تبرئته من مؤخر صداقها، كما يفعل بعض الجهلة في عصرنا الحاضر طمعاً في أموال زوجاتهم.

كما يؤخذ على المشرع الجزائري، تأثره الواضح بالمذهب الظاهري ،في اعتباره الخلع حقاً أصيلاً للزوجة، يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، يُمَكِّنها من اللجوء إليه في أي وقت شاءت ،إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة مستحيلة.

أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أو طلاق ، فإن المشرع الجزائري كان واضحاً من الوهلة الأولى بتبيينه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقاً ،لا فسخاً ،وذلك واضحاً من خلال ترتيب قانون الأسرة [2] فقد ورد الطلاق في الباب الثاني ،تحت عنوان "انحلال الزواج" من المادة 47 إلى 57 مكرر ،وخص الفصل الثالث تحت عنوان "النكاح الفاسد والباطل"وذلك من المادة 32 إلى 35.

ثانياً : الخلع في بعض التشريعات العربية

01: مُدوَنة الأحوال الشخصية المغربية والخلع[1]

(1) أنظر ،بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء 01 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2005، ص. 263 ، 264 .

(2) أنظر ،باديس ذبيابي ، المرجع السابق ، ص.68 .

(1) مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، ظهير شريف رقم 22 - 04 – 01 بتنفيذ قانون رقم 03 – 70 بتاريخ : 03 فبراير 2004 .

نـص المشـرع المغـربي في الكتـاب الثـاني المعنـون "بـانحلال ميثـاق الزوجيـة وأثـره " وبالضبط في الباب الثاني من القسم الخامس منه في المواد من 115 إلى 120 من مدونة الأسرة المغربية، على الأحكام التي تعالج مسألة الخلع، حيث نص المشرع المغربي على أن الخلـع طـلاق رضـائي بـين الـزوجين ،ولـيس فسـخاً ،وهـذا مـا يسـتفاد مـن نـص المـادة 115بقوله :"للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقاً لأحكام المادة 114"كما نص في المـادة 116بقولـه:" تخـالع الرشـيدة عـن نفسـها والـتي دون سـن الرشـد القـانوني إذا خولعت وقع الطلاق ،ولا تلزم ببدل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي".

وبالمقارنة مع هذه المواد ،يستنبط بأن الزواج يُرَشّد القاصرة ،ولا يكون للولي على القاصرة إلا ولاية المال، فالطلاق يقع صحيحاً إذا خولعت القاصرة، لكن ببدل المال أو الفصل الأول: الأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي

العوض يعود على موافقة ولي المال[2].

كما نشير هنا إلى أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية [3] لم تعالج مسألة الخلع بصورة مفصلة ودقيقة ، بل عالجت مسائل الطلاق بصورة عامة في الكتاب الثاني المعنون "بالطلاق" في الفصل 31 و32منه.

02: الخلع في التشريع المصري

قام المشرع المصري بدوره في ضبط مواد الخلع ، فنص عليها في القانون رقم1 لسنة 2000حيث تنص المادة الثانية من هذا القانون[4] على أن"للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حَكمة المحكمة بتطليقها عليه ".

وعليه فإن المشرع المصري، نص على الخلع بصفة خاصة وأفرد له قانوناً خاصاً سنة2000 ،واعتبر الخلع عقداً رضائياً بين الزوجين، غير أنه وفي حالة عدم الإتفاق إذا

(2) أنظر ،لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، الجزء 01 ، دارهومة ،سنة 1983 ص281 .

(3) الأمر العلي المؤرخ في 12 جويلية 1993 والمتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي،عدد 74 لسنة1993م.

(4) القانون رقم 01 لسنة 2000 يتضمن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

افتدت الزوجة نفسها بالتنازل على جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق فما على القاضي هنا إلا الحكم بطلاقها .

هذا عن الخلع ،وبيان دلالاته في القانون والشريعة ،ومدى الاختلافات الواردة فيه من حيث الأصل ،والتكييف ،فقد كان المشرع الجزائري يفرض لوقوع الخلع موافقة الزوجة عليه ،مما يدفع إلى وقوع لبس في الفهم ،بينه وبين الطلاق بالتراضي ،حيث لا تقع فرقة الخلع إلا بعد اقتران قبول الزوج بإيجاب الزوجة، وهو نفس التوجه الذي لوحظ على التشريع المصري والمغربي.

إلا أن المتمعن في الدراسات الشرعية ،والقانونية القديمة ،والمستحدثة منها لا شك أنه يسلم بأن هناك اختلافاً جوهرياً بين الفرقتين ،وعليه سوف نتعرض لموضوع الطلاق بالتراضي (في هذا المبحث).

المبحث الثاني:

فك الرابطة الزوجية بالتراضي

إذا كان الركن الأساسي في إبرام عقد الزواج ،هو الرضا حسب ما نصت عليه المادة 09ق أج "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"كما عرّفت المادة 04ق أج الزواج بأنه:"عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

من هاته النصوص القانونية نفهم أن المشرع أراد أن يكون التوثيق الأولي لرابطة الزواج على أساس الرضا ،فلم لا تكون نهايتها رضائية كذلك؟.

إن المشرع الجزائري –كغيره من التشريعات العربية – في إطار تقسيمه لصور فك الرابطة الزوجية ،تبنى ثلاث اتجاهات على حسب ما اعتمده فقهاء الشريعة الإسلامية ،وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ،والتطليق بطلب من الزوجة حسب المادة 53 ق أج وكذا الخلع حسب المادة54 ق أج.

غير أن المشرع أضاف صورة رابعة لفك الرابطة الزوجية نص عليها في المادة 48ق أج وهي الطلاق بالتراضي ،الذي سنركز على تحديد مفهومه (المطلب الأول) ومدى وجوده في بعض التشريعات القديمة (المطلب الثاني)، وبعض التشريعات الحديثة (المطلب الثالث).

المطلب الأول :

مفهوم الطلاق بالتراضي

لتحديد مفهوم الطلاق بالتراضي بداءةً ،لا بد من إعطائه الطابع القانوني الذي يتسم به، بل ويميزه عن غيره من أنواع الطلاق ،حيث أن الزواج يتم بإيجاب وقبول من الزوجين ،أو من يمثلهما، والأصل في كل عقد يتم بإرادتين ،أن ينتهي بالاتفاق إذا كان طبيعته تجيز ذلك.

وللتدقيق في موضوع الطلاق بالتراضي ،سنقوم بتحديد مقصوده (الفرع الأول)،وبيان الإطار التشريعي والقضائي له (الفرع الثاني).

الفرع الأول :

مقصود الطلاق بالتراضي

عندما يصبح استمرار الحياة الزوجية مستحيل ،أي ثبوت انعدام المودة والرحمة بين الزوجين لأسباب ومبررات ،فلا ريب على الزوجين إن تراضيا على حلها.

أولاً :تعريف الطلاق بالتراضي

لقد عرف المشرع الفرنسي الطلاق بالتراضي في المادة03 من القانون المدني المعدل في 26 ماي 2004 بأنه طلاق يكون بناءً على طلب أحد الزوجين وموافقة الآخر أو بناءً على طلب مشترك منهما عندما يتفقا على مبدأ فك الرابط الزوجية بغض النظر على الأسباب الكامنة وراء ذلك ،ولا يكون اتفاقهما قابلاً للتراجع أو الطعن.:

"Art.233- le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération

des faits à l'origine de celle-ci Cette acceptation n'est pas susceptible de rétraction ,même par la voie de l'appel" [3]

وعليه فمثل ما تلاقى الزوجان بالإحسان يفترقا بالإحسان ،ويبقى لكل منهما ذكرى طيبة اتجاه الآخر ،وتجاه ما قد يكون بينهما من أطفال حيث نص في المادة 427 ق إ م و إ[4] بقوله:"الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة"وقد عرفت *Emmanuelle Ausina* "الطلاق بالتراضي كالآتي

"Ce type de divorce concerne les époux qui sont d'accord pour se séparer et se sont entendus sur l'ensemble des aspects du divorce(partage des biens, garde des enfants, aides financières"[3]

حينئذٍ يمكن تعريف الطلاق بالتراضي حسب الأستاذ باديس ذبياني بقوله:"يقصد بهذه الصورة أن كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة ،على أن استمراريتها أصبحت ضرباً من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف التي تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار على هذه العلاقة ،فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق".[1] كما يأخذ القانون الفرنسي بنوع آخر يشابه الطلاق بالتراضي وهو الاتفاق على مبدأ الانفصال بين الزوجين(*Séparation physique entre les conjoints*) وعدم الاتفاق على شروط هذا الانفصال.[2]

ثانياً : أسباب الطلاق بالتراضي

يحكم نظام الأسرة الكثير من الأعراف ،والتقاليد التي تنظم علاقتهم الاجتماعية وأفراد الأسرة ،ووضع كل طرف فيها ،كما أن الإسلام سلك مسلك التخيير والإصلاح

([3])*Art. 3 loi N° 439- 2004. J.O.122 DU 27 Mai 2004 Relative au divorce.*

(2) القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18صفر عام 1427 الموافق ل25فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم .كما نشير أنه طبقاً لنص المادة 1062 من هذا القانون يسري مفعوله بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

(3) *Emmanuelle Ausina , actualites juridiques en droit de la famille , Pascal Lalère - Réussir son divorce- Ed°DelmaExpress 2004, p. 01.*

(1) أنظر ،باديس ذبياني ، نفس المرجع السابق ، ص24. .

" (*2*) *les époux acceptent de lancer une procédure de divorce mais ils ne réussissent pas s'entendre sur toutes les conséquences, qu'elles soient familiales ou financiers."encyclopédie libre procédures de divorce en français www.wikipidia .org .*

تارة،–والردع والتقرير تارة أخرى ،بحسب ما يتضمن السلوك من مخالفة للشرع أو موافقة له [3] ،ومن هذا المنطلق يمكن إجمالاً تحديد بعض أسباب الطلاق الرضائي بين الزوجين كما يلي :

1- إذا كانت بداية العلاقة بين الزوجين مبنية على الرضا ،فلمَ لا تكون الفرقة هي كذلك مبنية على الرضا بدون نزاع أو خصام .

2– المحافظة على شهرة العلاقة الزوجية من التلوث بأفواه العامة ،هذا من جهة، ومن جهة أخرى المحافظة على علاقة الأسرتين ،خصوصاً إذا كان الزوجين من نفس العائلة.

3– تحكم الأعراف والتقاليد في العلاقات الزوجية عموماً ،حيث يعتبر هذا النوع أكثر انتشاراً في المجتمعات القديمة والمعاصرة ،وذلك لأنه النوع الوحيد الذي يتم بدون مخاصمة ولا نزاع،ولا يعرّض الحياة الخاصة وأسرارها للتفشي ،لأنه أكثر احتراماً للأخلاق الفردية والاجتماعية ،وقد دلّت الإحصائيات الرسمية في الجزائر أن نسبة الطلاق المصرح به بتراضي الطرفين ،أعلى من نسبة الطلاق المصرح به إثر المنازعات،وهو ما أشارة إليه الدراسات الميدانية التي أجريت على المطلقين ،في الوسط الحضري الجزائري.[1]

ثالثاً:مبررات الطلاق بالتراضي

يأخذ الطلاق بالتراضي مبرره الأصلي وسببه القانوني من منطق اجتماع الإرادة المشتركة للزوجين ،حيث لا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطيعان الحفاظ به سرياً.

طبقاً للمبادئ التي تنظم حقوق وحريات الحياة الخاصة،ورغم هذا فإن اتفاقهما يجب أن يشهر ويعلن للمحكمة،لأن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وتحت إشراف القضاء طبقاً للمادة (49ق أج).[2]

---

(3) أنظر ،عبد القادر داودي ، رسالة دكتوراه بعنوان (مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي) ، ج 2 ، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية جامعة وهران السانية ، 2004-2005 ، ص. 418 .

(1) أنظر ،عبد الفتاح تقية ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة ، 2001بن عكنون الجزائر، ص.69. 70.

(2) أنظر ،بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، ط4 سنة 2005 ، ص .259

هذا وفي إطار تبرير الطلاق بالتراضي قضاءً، نستدل بقرار لمجلس قضاء تلمسان في حكمه الصادر بتاريخ 06 جويلية 1967م بأنه "لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطالقا بتراضيهما ،وفقاً لإرادتهما المشتركة ،وأن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعاً ،بل يجد جوهره وأصله في الآيات 127 و129 من سورة النساء. [3]

كما يذكر رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، السيد الهاشمي هويدي –رحمه الله – أن الطلاق بالتراضي، يتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين ويضيف أنه، على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي تم بشأنها الإتفاق ،لأن هذا الأخير لا يثار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد إشهاد .[4]

هذا التفسير برر الهدف من استحداث صورة الطلاق بالتراضي ،زيادة عن باقي الصور في قانون الأسرة ، إذ يخلص في مجمله إلى تقصير الطريق والكف عن النزاع القضائي الطويل الأمد من أجل التوصل،إلى اتفاق يخص جميع الآثار المترتبة عن الطلاق والتي تحضى بموافقة الطرفين.

فتوحيد إرادة كل من الزوج والزوجة على الطلاق ،وبدون عوض تدفعه الزوجة مع الموافقة على آثاره يحول القاضي إلى موثق إرادة الطرفين ،في حكم يعد إشهاداً لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة. [1]

الفرع الثاني :

الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري

(***Le divorce par consentement mutuel dans la législation algérienne***)

لقد عالج المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي في المادة 48 من قانون الأسرة ،كما كانت هناك عدة اجتهادات قضائية في المسألة .

(3) قرار مجلس قضاء تلمسان الصادر بتاريخ 06 جويلية 1967 ، م ، ج ، عدد 04 ،ص.124 ،أخذاً عن عبد الفتاح تقية ،نفس المرجع السابق .ص72.

(4) أشار إلى ذلك، باديس ذبياني ، نفس المرجع السابق ،ص.23 .

(1) أنظر ،باديس ذبياني ، نفس المرجع السابق ،ص.24 و25 بتصرف

أولاً :الإطار التشريعي للطلاق بالتراضي

تنص المادة 48 ق أ ج "الطلاق حل عقد الزواج ، ويتم بإدارة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54 من هذا القانون".

نستنتج أن المشرع الجزائري ،من خلال نص المادة 48 ق أ ج قد منح المجال للطلاق بالتراضي مع أنه تعرض له بإسهاب من خلال نصوص قانون الأسرة الصادر سنة2005، إلا أنه وبحلول سنة2008 هاهو المشرع يخصص تعديلاً جديداً حول هذا النوع من

الطلاق ،والذي نظراً لأهميته ولكثرة القضايا فيه كان مهمشاً لعدة سنوات ،فنجد المشرع الجزائري يخص هذا النوع من الطلاق ب9مواد ،ولقد كان التعريف القانوني الذي أورده المشرع في القانون 08-09 كافياً لإبرازه عن باقي أنواع الطلاق الأخرى حيث نص في المادة 427 ق إ م و إ بقوله:"الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

فمن بين الأمور التي تستدعي النظر في موضوع – الطلاق بالتراضي – بنظرة واقعية محضة ،رغم لجوء الكثير من الأزواج إلى الاتفاق عليه باعتباره رمزاً من رموز المساواة بين الزوجين إلا أننا إذا راجعنا المسألة بتريث وتدبر، نرى أن الطلاق شرع أصلاً كعلاج لما يصيب الحياة الزوجية من شقاق ،ولو اشترطت الشريعة توافق إرادتيهما معاً فلربما يريد الزوج إيقاعه وترفض المرأة ،وربما تريد المرأة إيقاعه ويرفضه الرجل ،فيكيد كل واحد منهما للآخر بما يضره ،فلا تستقيم الحياة أبداً ولا يتوافقان عليه .

فجعل الطلاق حقاً مشتركاً يتفقان عليه ،كما اتفقا على الزواج وإن كان في ظاهره فكرة طنانة جميلة [5]،إلا أنه في الواقع مسألة تحتاج إلى تدبير أهل العقول فكلما إختلقت إرادة الزوجين في إيقاعه واستحال على أحدهما إقناع الآخر بموضوعه ،إلا والتجأ كل طرف منهم إلى المكر والخديعة ،حلاً لمشكل لم يحله القانون بإجراءات

(1) الشيخ شمس الدين ،قانون الأسرة والمقترحات البديلة ،من رسائل الإسلام والمجتمع ،طبعة الأولى ،جانفي 2003،ص 63 .

وتدابير ونصوص تحفظ الزوج والزوجة من مكر الزواج، دون المساس بحقوق الأبناء والمجتمع.

ثانياً: الإطار القضائي للطلاق بالتراضي

والواقع ما كان على المشرع القيام به عند وصفه النصوص القانونية ،هو أن يزود في إطار الصياغة التشريعية(*Rédaction législative*) ، النصوص التشريعية بالنصوص الفصل الأول: الأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي

واضحة ،من حيث الأهداف والغايات يسترشد منها القاضي في تفسير القواعد القانونية.[2]

وفي إطار إبراز التكييف الذي جاء به القاضي الجزائري ،للطلاق بالتراضي والتي نرى من خلالها خلط بين الخلع والطلاق بالتراضي وهذا ما يتجلى من خلال بعض التطبيقات القضائية التالية:

1- من المقرر شرعاً أن الطلاق 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 مالاً لمفارقتها ،لأن قبل تم الخلع .[1]

2-من المقرر قانوناً وشرعاً أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ،وليس عقداً رضائياً ، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بفك الرابطة الزوجية خلعاً ،وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما قضوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة [2] .

من خلال القرار الأول والثاني حاولنا إبراز مدى تناقض الإجتهاد القضائي والخلط بين الخلع والطلاق بالتراضي، حيث في القرار الأول يفرض الإجتهاد القضائي لزوم توافق الإرادتين على مبدأ الخلع وهو ما يوهمنا على أنه طلاق بالتراضي، أما القرار الثاني فلقد

(2) تشوار حميدو زكية – مقال العنوان " الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة" – المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية- ج 41 – عدد 2003،02- جامعة الجزائر – ص.09 .
(1) المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية ،1982/02/08 ملف رقم :26709 نشرة القضاء 1982 ص. 258 .
(2) المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية 1992/07/12 ملف رقم :83603 المجلة القضائية 2001 عدد خاص بالجهاد القضائي.

أجاز القضاء من خلاله الخلع بدون موافقة الزوجين، وهذا ما يكرس التناقض القضائي إتجاه تفسير المادة54 من القانون 11/84 .

3-رجوع الزوجة –بعد صدور حكم لطلاق رضائي-وجوب عقد جديد من المقرر قانوناً أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولم يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة

الصلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، ومن تم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

ولما كان ثابتاً – في قضية الحال- أن قضاء الموضوع لمّا قضوا برجوع الزوجة رغم أن الطلاق وقع بالتراضي بينهما، وتم إثباته بحكم وبقضائهم كما قضواْ خالفواْ القانون.

ومتى كان ذلك أستوجب نقض القرار المطعون فيه.[3]

4- من المقرر قانوناً أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير .مما يستوجب عدم قبول الطعن شكلاً [1]

من خلال التطبيقات القضائية السابقة للمحكمة العليا الجزائرية ،يتبين أن الاختلاف كبير وتناقض الاجتهاد القضائي في المسألة أكبر فقبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 كان الاجتهاد القضائي يعتبر الخلع طلاقاً بالإرادة المنفردة للزوج ،رغم أن الخلع يصدر عن الزوجة ثم أن المشرع اعتبره طلاقاً بالتراضي ، وأنه عقد رضائي؟ (*Contrat consensuel*) وكأنه لا فرق بينه وبين الطلاق بالتراضي سوى فيما زاد فيه من تعويض للزوج.

وبعد صدور قانون الأسرة استمر الاجتهاد القضائي ،على صيغة المقرر فقهاً وليس على صيغة المقرر قانوناً ،حتى تاريخ صدور قرار المحكمة العليا الأخيرة في 1996/07/30 بصيغة المقرر قانوناً وشرعاً ،وقرر أن موافقة الزوج ليست أمراً وجوبيا، والخلع ليس عقداً

(3) قرار رقم :243943 بتاريخ 2000/05/23 ،قضية (و ب ر ب ع) ضد (ع س ع ب م) ،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص 2001 ،ص 112 ،أخذاً عن العيش فضيل – قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005 ، ديوان المطبوعات الجامعية ،2006 ،ص. 48 .

(1) قرار مؤرخ في 1988/07/18 ،ملف رقم 49858 ،المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الأول ،ص 11 أخذاً عن عمر بن سعيد ،الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام قانون الأسرة ،دار الهدى عين مليلة الجزائر ،سنة 2004 ،ص. 26 .

والطلاق بالتراضي ،ولكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة2008 نلتمس أن المشرع الجزائري قد أفصح اللبس بين الخلع والطلاق بالتراضي وأفرد كل منهما آليات قانونية إجرائية لتجسيده.

المطلب الثاني

الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات القديمة

تقتضي الدراسة التأصيلية لموضوع الطلاق بالتراضي ،الكشف عنه في التقنينات القديمة للحضارات الأولى ،وذلك حتى يتسنى لنا إعطاءه صبغة شاملة ،أي معالجة مدى وجوده قديماً هذا وقد اختلفت هذه التشريعات في أخذها به ،فمنها من أخذت به ومنها من لم تأخذ به .

وعليه ،تقتضي الدراسة في هذا المطلب على سبيل المثال التطرق إلى الطلاق بالتراضي في الحضارة الرومانية واليونانية (الفرع الأول)، ولدى اليهود والمسيح (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

الطلاق بالتراضي لدى اليونان والرومان

لقد أخذت الحضارة اليونانية والرومانية في مجال التشريعات الأسرية بالطلاق المتراض عليه من طرف الزوجين وفق ما يلي :

أولاً:مدى وجود الطلاق بالتراضي لدى اليونان

برجوعنا لأهم مدونات اليونانيين في مجال التشريعات الأسرية ،سنستنتج أن سلطة الرجل كانت أقوى من المرأة آنذاك ،فقد كان الزواج يتم عن طريق الشراء،فالزوج الذي يشتري زوجته يصبح له مطلق التصرف فيها ، فله أن يحتفظ بها أو أن يطلقها ،وكل عمل من الزوجة في سبيل الانفصال عنه، يعتبر تعديا على حقه الذي يملكه بمفرده ،وهكذا لا نجد أثراً لدى اليونان لنظام الطلاق باتفاق الزوجين،فمنطقياً أن هذا النوع لا

يكون له أثر في نظام يعطي الرجل الحق المطلق دون قيد في طلاق زوجته بعد أن يدفع ثمنها لأهلها ،فيعز عليه أن تفوت عليه مغنمة في مشاركته بطلاق نفسها. [1]

ثانياً : الطلاق بالتراضي لدى الرومان

عند الرومان مرّ الطلاق بمراحل متعددة ،فقديماً كان الطلاق مطلقاً للرجل، ولما جاء العصر الكلاسيكي فقد نظام الأسرة ضوابط الطلاق ،دون أن تكون هناك أسباب محدودة، مما أدى آنذاك إلى شيوع ظاهرة الطلاق.

وفي عصر الإمبراطورية السفلى طرأت تعديلات هامة تحت تأثير الكنيسة ،أدت إلى عدم إباحة الطلاق ،ولكنها لم تستطع أن تمنعه ولهذا فقد جاء الإمبراطور قسطنطين عام 331م وأعلن تقييد الطلاق، وحصر الأسباب التي إن لم يتوفر أحدها لا يجوز الطلاق بدونه ولكن أثر المخالفة لم يكن يتعدى الغرامة المالية بمعنى أن الزوج له أن يطلق زوجته دون مسؤولية مالية ضمن الحدود التي حددها المشرع ،فإذا ما تجاوز تلك الحدود تعرض للعقوبة المالية.[1]

وعموماً كان يجوز الطلاق باتفاق الزوجين ،حتى جاء الإمبراطور جوستينيان فألغاه عام 542م وحين خلفه الإمبراطور جوستينيان الثاني،أجازه من جديد سنة522م.

الفرع الثاني

الطلاق بالتراضي لدى اليهود والمسيح

كغيرها من الحضارات ،فقد اختلفت التقنينات اليهودية، والمسيحية في أخذها بالطلاق بالتراضي ، فمنها من أخذت به ،ومنها من لم تأخذ به ،وهذا ما سنتعرض له كما يلي :

يوجد الطلاق بالتراضي لدى طوائف ومدونات اليهود ،وسنورد نموذجين لتوضيح ذلك كما يلي :

(1) أنظر ،عبد الرحمان الصابوني ، نفس المرجع السابق ،ص.634

(1) أنظر ،صوفي أبو طالب ، الطلاق بين الشريعة والقانون الروماني ،ج2، بدون سنة طبع، ص.143 .

أ- الطلاق بالتراضي لدى الربانيون :

لقد أصدرت مدونة حاخمخانة[2] الإسرائيلية في القاهرة فتوى مفادها "إن كان الزوجان متفقين على الطلاق ،فالحكم يكون بالتصديق على اتفاقهما ويقع به الطلاق"وبالتالي هذا تقنين يقر بوجود الطلاق بالتراضي آنذاك لدى الربانيين .

كما نشير أن في تلك الفترة سار القضاء المصري على نفس الاتجاه ،فقد نصت محكمة القاهرة الابتدائية حكماً ينفي بالتفريق بين زوجين يهوديين بناء على اتفاقهما،وذكرت القرار التالي :"إذا كانت شريعة ما تبيح للرجل حل رابطة الزوجية دون توقف على إرادة الزوجة كان من البديهي القول بأن هذه تؤيد الاعتداد بالاتفاق في مسائل الطلاق"[1]

غير أنه آنذاك يبقى الخلاف قائما بين الطلاق بإرادة الزوج المنفردة والطلاق باتفاق الزوجين ،من حيث الأحكام المتعلقة بالمهر بينهما ،إذ أن الإتفاق يدور حول تحقيق بعض الأعباء المالية عن الزوج ،في حالة التفريق بناءً على اتفاق الزوجين ،بينما يدفع المهر كاملاً إذا طلق بإرادته المنفردة.[2]

ب- الطلاق بالتراضي لدى طائفة القرّائين:

جاء في مدونة الخضر"لا خلاف إلا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات ، اللهم إلا إذا كان هناك تراض بين الاثنين فإن المسوغات لا يتوقف الأمر عليها والحال هذه ،بل يطلقها ولو بلا سبب أصلاً ما دامت قابلة ."

هذا كما أصدرت حاخمخانة الإسكندرية حكماً قالت فيه "إزاء اتفاق الطرفين على وضع حد لزواج تنقصه أبسط عوامل السعادة ونظراً لما يتطلبه الأمر من إقصاء الأولاد من جو مشحون بالبغض والشقاء ترى المحكمة وجوب إيقاع الطلاق وعلى الزوج إتمام إجراءاته".[3]

---

(2) حاخمخانة : مدونة من المدونات الإسرائيلية تصدر بمثابة قانون لتنظيم الشؤون العامة

(1) عبد الرحمان الصابوني ،نفس المرجع السابق ،ص 47.

(2) مأخوذ عن عبد الرحمان الصابوني، نفس المرجع السابق ، ص .636.

(3) أنظر ،عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ج2 ،ط5 ،المطبعة الجديدة دمشق ،1987 ، 1989 م ،ص.140و141.

ثانياً :الطلاق بالتراضي لدى المسيح

لقد رفضت أكثر المحاكم في مصر التطليق باتفاق الزوجين ،فقد جاء في حكم محكمة استئناف القاهرة من حيث أنه عن الأمر الأوّل وهو الطلاق بالتراضي ،فإن المشرع لدى طائفة الأقباط الأرتودوكس لا يجيز للزوجين أن يتحللا من عقد الزواج بإرادتهما ،ذلك أن الكنسية الأرتودوكسية التي ينتمي إليها الزوجان تعتبر الزواج نظاماً قانونياً،وأن القواعد التي يتكون منها هذا النظام إنما هي قواعد آمرة ،لا يملك الزوجان الاتفاق على مخالفتها .

وعموماً يرى الأستاذ عبد الرحمان الصابوني "أن الإتفاق على إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين في الشريعة المسيحية ،أمر يجوز إن لم ينص عليه، مع ملاحظة التفريق بين مجرد الاتفاق بين الزوجين على الفرقة فهذا لا أثر له لأنه لا يجوز الطلاق إلا بحكم الحاكم إنما الخلاف وموضوع البحث ما إذا رفع الزوجان أمرهما إلى القاضي ليحكم لهما بالتفريق".[1]

المطلب الثاني

الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات الحديثة

مبدئياً يُؤخذ على القوانين الغربية الأجنبية ،عدم أخذها بمبدأ فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق المتراضا عليه من طرف الزوجين ،وذلك استناداً إلى أن أسباب الطلاق بكاملها جاءت في هذه القوانين حصراً لغلق باب الاجتهاد على القضاة وعليه لا يجوز التفريق إلا بحكم القاضي بناءاً على تقديره تلك الأسباب .إلا أنه وفي إطار مواكبة مختلف التشريعات للتطور الحاصل على كافة الميادين ،والتنسيق ببعضها البعض مما أثر على نظام الأسرة كذلك فبدأت تتدحرج حول هذا النظام ،باعتبار أنها تشريعات جاءت لتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين (*Le principe de l'égalité entre époux*).

(1) أنظر ،عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق ، مرجع سبق ذكره ، ص. 640 .

ومن ثم ،فإن الدراسة تستوجب التطرق للطلاق بالتراضي في بعض التشريعات الغربية (الفرع الأول) ،وكذا البعض من التشريعات العربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات الغربية

أخذت مختلف القوانين الأجنبية الطلاق باتفاق الزوجين ،باعتبار أن أسباب الفراق يرجع أصلها إلى مبادئ اللقاء المبنية على الرضا ،حيث يعتبر الرضا جوهر عقد الزواج ،وعليه سنأخذ نماذج في الموضوع للتشريع الفرنسي والإيطالي والروسي على سبيل الحصر لا التعداد .

أولاً : الطلاق بالتراضي في التشريع الفرنسي

عرّفت فرنسا الطلاق بالتراضي في تشريع 1792 بعد أن انتصرت على نظم الكنيسة التي تحرم الطلاق لأي سبب كان.

وفي عام 1804 عدلت المجموعة المدنية أحكام الطلاق ،وأبقت على الطلاق بالاتفاق مع بعض القيود التي تقلل من حدوثه وأهم هذه القيود ما يلي:

1- الرضا التام من الزوجين على طلب التفريق،وذلك بأن يعبرا عن إرادتهما ثلاث مرات خلال تسع أشهر أنهما اتفقا على الطلاق.
2- موافقة آباء الزوجين على التفريق.
3- ضمان مستقبل الأولاد وتأمين تعليمهم.
4- أن لا يقع الطلاق إلا بحكم القاضي بعد أن يتأكد من توافر هذه الشروط.

وعليه فإذا كانت الحرية الفردية هي أصل عقد الزواج في التشريع الفرنسي،ويتجلى ذلك من اعتراف المجلس الدستوري الفرنسي الذي قد اعترف صراحة بالقيمة الدستورية لحرية الزواج (*Valeur constitutionnelle de la liberté du mariage*)،حيث جاء في أحد قراراته أنه"حرية الزواج هي أحد عناصر الحرية الفردية".[1]

---

(1) أشارت إلى ذلك الأستاذة دنوني هجيرة ، محاضرات في قانون الأسرة المقارن ألقيت على طلبة الماجستير تخصص قانون الأسرة لسنة 2006-2007، جامعة أبو بكر بلقا يد – تلمسان – ص.17و18و19.

وسنضرب مثالاً حديثاً في المسألة ،حول آخر أحداث قصر الايليزي بفرنسا حيث قرر الرئيس الفرنسي نيكولاي ساركوزي ،الانفصال عن زوجته سيسيليا بالتراضي وذلك بعد 5 أشهر بعد وصوله إلى قصر الايليزي ،وهما لم يدليا بأي تعليق حيث وضعا حداً لحياة زوجية استمرت 11عاماً ،أنجبا خلالهما ابنهما- لوي-.[2]

وعلى هذا أصدرت الرئاسة الفرنسية بياناً بتاريخ2007/10/15 يؤكد أن الثنائي الرئاسي نيكولاي و سيسيليا ساركوزي تطلقا بالتراضي بعد أن تأكد من خيانتها الزوجية.[3]

ثانياً :الطلاق بالتراضي في إيطاليا

مبدئياً نرى أن القانون الإيطالي نص على الانفصال الجسماني، بحكم من القاضي ولأسباب محددة بالمواد 152-153.

كما نص كذلك في المادة 157على الطلاق بالتراضي بين الزوجين شريطة أن تتوافر شرطين :

1- تصديق المحكمة على الإتفاق
2- اتفاق الزوجين كتابة على التفريق ،بشرط أن لا يتضمن الاتفاق نصوصاً مخالفة للنظام العام والآداب العامة.[1]

ثالثاً : الطلاق بالتراضي في روسيا

نلاحظ أن القانون الصادر بتاريخ1944 في روسيا لم يحدد أسباب الطلاق ،بل أعطى الأمر للقاضي حيث يقدر الأسباب التي يتقدم بها أحد الزوجين للطلاق ،إلا أن القضاء في الاتحاد السوفياتي يسير على اعتبار أن اتفاق الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية قرينة قاطعة على استحالة الحياة الزوجية بينهما ،ولهذا فإن القضاء يحكم بالطلاق في أكثر الحالات التي تبين للقاضي أن الاتفاق بين الزوجين على الطلاق مبني على أسس سليمة ومعقولة يستحيل خلالها استمرار الحياة الزوجية.[2]

---

(2) مجلة الإتحاد ، العدد 11850 ، الصادر يوم السبت 06 ذي الحجة 1428 ه الموافق ل :15ديسمبر 2007.
(3) مقال بعنوان " ساركوزي على خطأ سيسيليا تؤكد خيانتها الزوجية "، جريدة الشروق اليومي ،صادر بتاريخ 2007/10/19 ،ص.12 .
(1) أشار إلى ذلك: عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ،ج2،ص.144 .
(2) أنظر ،عبد الرحمان الصابوني ، نفس المرجع السابق ،ص.145 .

الفرع الثاني

الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات العربية

قضت بعض التشريعات العربية على إمكانية الاتفاق على الطلاق بين الزوجين وسيرد تفصيل بعضها كما يلي:

أولاً: الطلاق بالتراضي في مدونة الأحوال الشخصية المغربية

نصت مدونة الأسرة المغربية في القسم الخامس تحت عنوان "الطلاق بالاتفاق" وبالضبط في الباب الأول على الطلاق بالتراضي،حيث نصت المادة 114 بقولها "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط ،أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة ولا تضر بمصالح الأطفال.

عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما التطليق للمحكمة مرفقاً به للإذن بتوثيقه".

من خلال هذه المادة يتضح جلياً ،أن المشرع المغربي كان صريحاً ،وواضحاً في إطار تحديده لمسألة الاتفاق على الطلاق وذلك بشرطين:

1- أن لا يتنافى الاتفاق مع أحكام هاته المدونة(عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة)

2- ألاّ يضر هذا الاتفاق بمصالح الأطفال.

ثانياً :الطلاق بالتراضي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية

نظمت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الكتاب الثاني بعنوان "الطلاق"النص على الطلاق بالتراضي ،ويستفاد هذا من الفصل 1/31 المنقح بقانون عدد 7 لسنة 1981 بقوله:"يحكم بالطلاق

بالتراضي الزوجين.

2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر .

3- بناء على رفض رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به..." [1]

(1) الأمر العلي المؤرخ في 18فيفري 1981 ، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، المنقح بالقانون عدد 7 لسنة 1981.

من خلال هذه المادة يُستنتج أن المشرع التونسي قد أرسى قواعد الاتفاق بين الزوجين حال الفراق ،حيث أن أول فرقة بينهما تتم بالاتفاق ،والثانية بالتطليق للأسباب ،والثالثة ،بإرادة الزوج المنفردة ،والرابعة عن طريق المخالعة.

هذا وقد نص الفصل 32المنقح بالقانون عدد74 لسنة1993 الأخير بقوله"...ويجوز للقاضي اختصار هذه الإجراءات في حالات الطلاق بالتراضي ما لم يؤثر ذلك على مصلحة الأبناء... "

وبعد التعرض لكل من الخلع والطلاق بالتراضي، من حيث وجودهما في التشريع الجزائري وكذا وجودهما في بعض التشريعات المقارنة ،وقصد إتمام الدراسة الموضوعية والتي يفرضها الواقع المعاش ،مما يبرر أن هناك العديد من العلاقات الأسرية تخطت الحدود الجزائرية ،والتي يحكمها الموروث الحضاري والثقافي لشعوب القارة الإفريقية والأوروبية ،فهناك العديد من الجزائريين لهم أبناء من فرنسيات والعكس بحكم الموروث الإستعماري ،وهناك من الجزائريين من اختلطوا بالمغاربة والتونسيين بحكم الجوار ،وغيرها من العلاقات التي تنظمها قوانين خاصة تستدعي النظر والدراسة.

يُتَطَرَّقُ بنا البحث إلى دراسته في إطار تنازع القوانين ،من حيث البحث في التكييف ومدى وجوده في القانون الجزائري ،وكذا القانون الواجب التطبيق عليهما (باعتبارهما فرقة قضائية) ،كل هذا في المبحث الموالي .

المبحث الثالث

الخلع والطلاق بالتراضي في إطار تنازع القوانين

يثير موضوع الخلع والطلاق بالتراضي في إطار تنازع القوانين جملة من الإشكاليات بسبب ارتباطه بالاختلاف والمعتقدات والدين والعادات الاجتماعية التي تختلف من مجتمع لآخر .

ونظراً لتشعب علاقات الجزائريين بغيرهم من الأجانب خاصة الفرنسيين آثرنا أن نقارن بين القانون الجزائري والفرنسي في إطار تنازع القوانين ،فكما تشير الأستاذة بوشارب حفيظة إلى أن استقرار عدد كبير من المهاجرين من المغرب العربي والجزائر خاصة في فرنسا ،خلق مشكلة حقيقية في القانون الدولي الخاص ،ذلك أن تأثير الديانة الإسلامية في النظام القانوني المغاربي واضع في عدة مجالات من أبرزها قانون الأحوال الشخصية والمواريث.[6]

ومن هذا المنظور سنتطرق إلى موضوع التكييف الذي على أساسه يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق في إطار تنازع القوانين.

المطلب الأول

التكييف

لقد اختلف الفقهاء في مسألة التكييف ،من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق في إطار العلاقات ذات العنصر الأجنبي إلى عدة اتجاهات هي :

الفرع الأول

ضبط التكييف بقانون القاضي

[6] *Cette communauté, qui est de plus en plus stabilisée dans les Etats d'accueil, a suscité un intéressant problème de droit international privé. L'influence de la loi islamique sur le système juridique maghrébin est manifeste dans plusieurs domaines, l'illustration la plus frappante étant dans les domaines entièrement régis par la loi islamique, tels que le statut personnel et les successions .*
CF, BOUCHAREB Hafida , Les Effets Du Divorce En Droit International Dans Les Rapports Entre Les Etats Europeens Francophones Et Les Etats Maghrebins, www.ulb.ac.be/soco/colloquerabat/papiers/articles_definitifs/RS2.

تزعَّم هذا الاتجاه كل من الفقيهين "*Bartin*" الفرنسي و"*kan*" الألماني وأخضعا التكييف لقانون القاضي وتبعهما في هذا الاتجاه العديد من الفقهاء الفرنسيين وقد اعتمد الأستاذ بارتين في تدعيمه لهذا المذهب على حجة مستمدة من فكرة السيادة ومفادها أن كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعتبر مساساً بسيادة الدولة،إذاً فالمشرع وحده هو الذي يحدد القدر الذي به تنقضي سيادته[1] .

يرى الأستاذ "*Bartin*" أن تكييف المال هل هو عقار أو منقول لا يخضع لقانون القاضي، وإنما لقانون موقعه ويعتبر هذا خروجاً عن مذهبه ويبرر ذلك بما يحتاج إليه اكتساب الحقوق العينية من طمأنينة وما تتطلبه المعاملات من استقرار.

كذلك إن التكييف وفقاً لقاعدة قانون القاضي ،يجب أن يتجنب لما تكون قاعدة الإسناد واردة في معاهدة دولية ،لأنه يؤدي إلى الاختلاف في تحديد نطاقها نتيجة الاختلاف في التكييف من دولة متعاهدة إلى أخرى ،وفي ذلك تعطيل لأحكام المعاهدة وتحلل من أحكامها.

وسداً لهذا الباب فإن أغلب المعاهدات تحاول أن تعطي بنفسها التكييفات الأساسية اللازمة، وخصوصاً في إطار النزاعات الأسرية.

الفرع الثاني

ضبط التكييف بالقانون المختص أو القانون المقارن

يقوم مذهب القانون المختص بحكم النزاع على فكرة مؤداها أن لكل قانون تكييفاته وعليه ينبغي إجراء التكييف وفقاً للقانون المختص بحكم المسألة القانونية محل

ولعل أهم انتقاد يوجه إلى هذا المذهب ،هو أنه تعترضه استحالة عملية،فالتكييف كما هو معروف عبارة عن عملية سابقة على تحديد القانون المختص ،فالقاضي قبل

(1) أنظر ،أعراب بلقاسم - القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين) ،دار هومة للطباعة والنشر ،ط 2001 .الجزائر ، ص.79 .

التكييف لا يعلم بالقانون الذي سيختص بالمسألة محل النزاع فكيف يقوم إذاً بالتكييف على مجهول .[1]

أما بالنسبة للاتجاه الذي يخضع التكييف للقانون المقارن ،فقد تزعمه الفقيه الألماني "*Rabul*" ،حيث يرى أنه يجب على القاضي إلا يبقى أسير قانون معين عند قيامه بالتكييف ،وإنما ينبغي باستعمال المنهج المقارن أن يستخلص مفاهيم مستقلة مختلفة عن المبادئ الداخلية وتكون مصبوغة بصبغة عالمية.

مثال: إذا نص القانون الوطني على إخضاع الوصايا لقانون الشخص الذي يجب منه حمايته فإنه ينبغي على القاضي ألا يتقيد في تحديده لمفهوم الوصايا بقانونه ،ولا بقانون القاصر وإنما ينبغي عليه الرجوع إلى مختلف النظم السائدة في العالم لاستخلاص منها مفهوم مطلق لها .

الفرع الثالث

تكييف الخلع والطلاق بالتراضي في القانون الجزائري

نصت المادة 9 ق .م .ج "يكون القانون الجزائري هو المرجع الوحيد في تكييف العلاقة المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه ".من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري حدا حدوَ رأي "*Bartin*" في التكييف حيث أخضع التكييف لقانون القاضي ،ويكون المشرع الجزائري بذلك قد استبعد كل تكييف لاحق ،لأنه لا علاقة له بالاختصاص التشريعي.

وعليه قبل أن نبين قاعدة الإسناد بشأن انحلال الزواج ،يجب أن ننبه إلى أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ،أو بتراضي الزوجين أو التطليق الذي يكون بناءً على طلب الزوجة ،إذ في كل الحالات يتوجب إثبات الطلاق بحكم
المحكمة المختصة ، المادة 49 ق أ ج

واستناداً إلى ذلك ،نجد المشرع الجزائري قد أخضع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ،والملاحظ أن المشرع الجزائري ،بعدما كان

(1) أنظر ،أعراب بلقاسم – نفس المرجع السابق ، ص.87 .

مكتفياً بالنص على انحلال الزواج بالطلاق والتطليق ،تعرض في التعديل الجديد لمسألة الانفصال الجسماني ،وهو نظام مقرر في القوانين الغربية ،إذ من الجائز أن تعرض أمام القضاء الجزائري منازعات بشأن زوجان يقر قانونهما الشخصي هذا النظام ،فعلى أي أساس يفصل القاضي في الدعوى إذا كيّف الانفصال بأنه حل لعقد الزواج .[1]

وعليه فإن المشرع الجزائري لم يأخذ بالاستناد الذي أورده "*Bartin*" بشأن الأحوال وذلك بإخضاع تكييفها لقانون موقعها ،مما يجعلنا نقول بأن الفقه الحديث لا يميل إلى الأخذ به في الفرض الذي يترتب عنه اختلاف القانون الأجنبي الواجب التطبيق فيكون المشرع الجزائري بذلك قد ساير الفقه الحديث.[2]

غير أن المشرع لم يترك للقانون الأجنبي مجالاً ليحل نظام قانون أجنبي عن القانون الجزائري ،ومن شأن هذا العيب أنه يؤدي في الكثير من الأحيان إلى تشويه الأنظمة القانونية الأجنبية .

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق على الخلع والطلاق بالتراضي

في هذا المطلب نود توضيح القاعدة العامة في انحلال الزواج ،من منطلق نصوص القانون المدني وكذا الاستثناء الوارد في المسألة .

الفرع الأول

القاعدة العامة في إنحلال الزواج .

(1) انظر ، يوسف فتيحة ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ،السنة الأولى ماجستير تخصص قانون الأسرة ،جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان،2007/2006،ص.5.

(2) أنظر ،أعراب بلقاسم – نفس المرجع السابق ، ص.94 .

تنص المادة(12 ق م ج) "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى" وتنص المادة (47 ق أ ج) "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة" ،كما تنص المادة(49 ق أ ج) "لا يجب الطلاق إلا بحكم..." وبالتالي إذا انحلت الرابطة الزوجية بالطلاق ،فإن قانون الزوج هو الذي يطبق وقت رفع الدعوى .

جاء في قرارين[1] صادرين عن المحكمة العليا أن القاضي الجزائري قد أخضع الزوجين اللذين يحملان الجنسية الجزائرية إلى المادة 2/12 ق م ج رغم أن هذه المادة تخص الأجانب الذين لا يحملون نفس الجنسية ، لذا فإن المشرع الجزائري قد اختار قانون الزوج ليكون قانوناً واجب التطبيق وقت رفع الدعوى .

وعليه إذا تم الزواج بين فرنسي وبريطانية ،فكيف يتم تكييف قاعدة التنازع الموضوعة بالنسبة للمادة 2/12 يا ترى ؟

نرى أن المادة 2/12 تضع قاعدة استثنائية ،لذا فهي تخضع إلى التفسير الضيّق،حيث تطبق المادة 1/10 والمادة 11 تطبيقاً موزعاً للقانون الوطني للزوجين ،إذا تعلق الأمر بصحة الزواج أو الإجراءات الواردة عليها فإنه يستبعد قانون الزوج ،إذاً فإنحلال الزواج يخضع للقانون الفرنسي ،إذا تعلق الأمر بأسبابه أو بآثاره.وإجمالاً لا يمكن انعقاد هذا المعيار من زاوية أن اختيار المشرع الجزائري ،يعتبر اختيار تعسفي ما دام القانون الوطني للزوج ليس قانوناً محايداً،وما دمنا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين ، من الصعب تفسير اختيار قانون على حساب قانون آخر.

كما أن اختيار القانون للزوج ،يعتبر إلى حدٍ ما متعارضاً مع مبدأ المساواة بين الجنسين وهو المبدأ المعترف به في الدستور الجزائري.

ومن بين الانتقادات التي وجهت إلى تطبيق الزوج وقت الزوج وقت رفع الدعوى أن إخضاع انحلال الزواج له ،من شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تنحل وفقاً لقانون لا

(1) أ- قرار رقم 86305 صادر بتاريخ 1992/10/27 عن المحكمة العليا ،قضية (زم – ضد – ح م) المجلة القضائية – العدد الأول سنة 1995 ، ص. 123-127 .

ب- قرار رقم 91144 الصادر بتاريخ 23-06- 1993 عن المحكمة العليا قضية (ف ش ضد ب ع) المجلة القضائية العدد الأول 1994 ص 63. ، 67

تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج ، يؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة ،فيكون أكثر إضراراً بمصالحها .[1]

فكان على المشرع أن يعتد بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ،بوصفه القانون المعلوم وقت انعقاد الزواج .

الفرع الثاني

الاستثناء المتعلق بانحلال الزواج

نصت المادة13 ق م ج على أنه "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين11و12،إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج ."

لقد وضع المشرع الجزائري بمقتضى هذا النص استثناءً هاماً ،على ضوابط المادتين11و12في شأن الشروط الخاصة بصحة الزواج ،آثار الزواج وانحلاله ،حيث يكفي أن يكون أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج ،حتى يخضع الزواج كله للقانون الجزائري.

إن مؤدا الاستثناء الوارد في المادة 13 ،والمتعلق بانحلال الزواج – الذي يهمنا- هو أنه لو كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج ،فإن القانون الجزائري هو الذي ينطبق على هذه الحالة ،هذا هو وجه الخروج على المادة 2/12.

لقد نظرت المحكمة العليا ،في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية وإيطالي ،حيث أن تطبيق المادة 2/12 ق م ج والتي تقضي بتطبيق قانون الزوج وقت الطلاق والذي هو

قانون الزوج فقدمت الزوجة طعناً ،طالبت بنقض الحكم الصادر في 1996/07/14 على محكمة بئر مراد رايس.

نظراً لمخالفة تطبيق القانون من قبل المحكمة الابتدائية ،أثارت المحكمة العليا تلقائياً الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين12و13 من القانون المدني ،حيث جاء في حيثيات

(1) أنظر ،إسعاد محند – القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين" ج1 – ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر – طبعة سنة 1989 ،ص. 311.

المحكمة العليا ما يلي "حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية .

حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري،وفقاً للمادة13ق م ج عوض القانون الإيطالي كما هو وارد في الحكم المطعون فيه .

ولما كان ذلك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه".[1]

وبناء على ما سبق ذكره آنفاً ، فبعد أن تعرضنا في الفصل الأول ،للأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي ، على حدى ،وحتى في إطار تنازع القوانين يُتَطَرّقُ بنا البحث في الفصل الثاني ،إلى دراسة الجانب الإجرائي للموضوع ،لنختمه بالآثار .

الفصل الثاني

الأحكام الإجرائية للخلع والطلاق بالتراضي

(1) أنظر ،عليوش قربوع كمال - القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)- ج 1 . دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى سنة 1996 – ص.238، 239 .

إن صدور الأمر (05-02)، والمتضمن قانون الأسرة الحالي وما يحتويه من نصوص ،فإنه يتضمن النصوص الموضوعية دون الإجرائية التي تقتضيه من حيث الشكل ،إذ أن قانون الأسرة باعتباره قانوناً خاصاً كان لازماً أن يتضمن قانون إجرائي خاص به ،وهذا ما حققه المشرع الجزائري في آخر تعديل له الصادر بالقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا تسهيل للقاضي والمتقاضي ومدى كيفية التقاضي التي يجب مراعاتها والمتضمنة حماية المصالح القانونية للأطراف المتخاصمة ،هذا وأنه في غياب

قانون إجرائي خاص بالأسرة،مما يدفع بالمتخاصمين باللجوء إلى قانون الإجراءات المدنية المنظم لبعض من الإجراءات الخاصة بمنازعات الأسرة .

هذا على المستوى الداخلي ،أما على المستوى الخارجي فإننا نرى ضرورة الإهتمام بالنزاعات ذات العنصر الأجنبي ،أي قانون يحكمها ؟وما هي آليات ضمان تنفيذ الأحكام الأجنبية عموماً وفي مجال النزاعات الأسرية بوجه خاص؟.

ومن هنا سنتعرض في هذا الفصل إلى إجراءات التقاضي أمام القضاء الداخلي بداية من رفع الدعوى إلى الفصل فيها بحكم نهائي (المبحث الأول) ،ثم سنناقش بشيء من التفصيل آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر والعكس (المبحث الثاني)،أما (المبحث الثالث) فسنتعرض فيه لأهم الآثار الناتجة عن الخلع والطلاق بالتراضي ،فقهاً وقانوناً.

المبحث الأول

إجراءات دعوى الخلع والطلاق بالتراضي وآثارهما

قصد إتمام معالجة موضوع الخلع والطلاق بالتراضي اللذان لا يمكن أن يكون إلا بحكم تطبيق لنص المادة 49 من ق أ ج ،لابد من معالجته شاملة بين النظري والتطبيقي – وهذا ما تفرضه ضرورة البحث– حيث أن أي نزاع أسري لا شك أنها تضبطه قواعد

موضوعية ،تنظم الأحكام المتعلقة به ،وآليات إجرائية ،تيسر للقاضي والمتقاضي جانب القضاء ،إما للمطالبة بحق أو استرجاعه .

وعليه ،ستنصب الدراسة في هذا المبحث ،على آلية رفع الدعوى ،أمام القسم المتعلق بشؤون الأسرة (المطلب الأول) ،وعلى نظام الجلسة انتهاء بالحكم فيها (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

كيفية رفع الدعوى

لقيام أي دعوى أمام القضاء ،لابد من شروط ترتكز عليها ، و بما أننا أمام نزاع يؤول حله إلى خلع ،أو اتفاق على الطلاق ،فيجب أن ترفع الدعوى أمام القاضي المختص،وأن يحمل الرافع الصفة، والمصلحة طبقاً للمادة13ق إ م و إ وأن يكون عقد الزواج المراد حله رسمياً ،وليس عرفياً .

وبناءً على ما سبق ،سيتم إيراد شروط رفع دعوى الخلع والطلاق بالتراضي (الفرع الأول) ،وكذا إجراءات تثبيت عقد الزواج العرفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط الدعوى

ينبغي لقبول الدعوى ،في مسائل فك الرابطة الزوجية ،تحديد المحكمة المختصة بالفصل في قضايا النزاعات بين الزوجين ، ومن هو القاضي المكلف بالنظر والفصل فيها، ثم النظر في مدى وفرة كل من الصفة والمصلحة طبقاً للمادة13ق إ م و إ ،وكذا البحث على أن يكون عقد زواج رسمي طبقاً للمادتين18و22 ق أ .

أولاً : الإختصاص (*Compétence*)

الاختصاص هو توزيع العمل القضائي ،بين جهات القضاء المختلفة ، فهو السلطة الممنوحة لمحكمة ما للنظر ،والفصل في نزاع معين[1] ،وعليه سندرس الاختصاص في جزئين ،ففي الجزء الأول نتعرض إلى الجهة القضائية المختصة محلياً "إقليمياً"،ثم المختصة نوعياً بالفصل في مسألة الخلع والطلاق بالتراضي حين إثارتهما من طرف الزوجة .

1 – الاختصاص المحلي :

يعني ولاية جهة قضائية لنظر القضايا التي تقع على الإقليم التابع لها، و بشكل عام يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن[2] المدعى عليه، بالنسبة للدعاوى المنقولة ودعاوى الحقوق الشخصية العقارية،وفي جميع الدعاوى التي لم ينص القانون على اختصاص محلي خاص بها المادة 13ق إ م و إ.

وعليه فإن المحكمة المختصة بالفصل في النزاعات ،أو الخصومات التي تنشأ بين الزوجين ليست دائماً محكمة واحدة، إذا تعلق الأمر بالفصل الثاني المتعلق بالخلع والطلاق بالتراضي موضوع الطلب ،فالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة،هي المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الحضانة م2/40 ق إ م و إ ،و المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى النفقة ،هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن، أو محل إقامة الدائن بالنفقة ، وهو أمرٌ استثنائي ،لأن المشرع راعى هنا المركز الاقتصادي الضعيف لطالب النفقة – الزوجة و الأطفال– م2/40ق إ م و إ .

أما دعاوى الطلاق، أو العودة إلى مسكن الزوجية فترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية تطبيقاً لنص المادة 418 ق إ م و إ.

---

(1) أنظر ،طاهري حسين ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية مدعماً باجتهاد المحكمة العليا ، ط2، جديدة ومنقحة وفقا لأحدث النصوص القانونية ، دار الريحانة للنشر والتوزيع ، الجزائر ،2004 ، ص .08 .

(2) تناول المشرع الجزائري مسألة الموطن في المواد من 36 إلى 39 ، لكن بموجب القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني ، تم تعديل المواد 38/36 /39 حيث أصبحت المادة 36 تنص على "موطن كل جزائري هو المكان الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يقوم مقام الإقامة العادي مقام الموطن ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت ".

وقد قضي في هذا الشأن أنه "من المقرر أن دعاوى الطلاق، أو العودة إلى مسكن الزوجية، ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية"[1] .وقد كان المشرع الجزائري صريحاً، أثناء تحديده للاختصاص الإقليمي من خلال نص المادة 1/442و2و3 ق إ م و إ بقولها:" تكون المحكمة مختصة إقليمياً:

1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه .

2- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.

3- في موضوع الطلاق أو الزواج بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما..."

2- الاختصاص النوعي :

الاختصاص النوعي من النظام العام ، إذ لا يمكن تجاوزه بأي حال، و للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه ، و في أي حالة كانت عليها الدعوى ، و بهذا الخصوص تنص المادة36 ق إ م و إ "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام ،تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

ومن جهة أخرى كان للقضاء أن يقضي بأنه "متى كان مقرراً قانوناً أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام ، و هي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية أو دعاوى الشركات التي تختص بها محلياً، فإن إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعد اختصاصاً نوعياً لهذه الفروع ، بل هو تنظيم إداري بحت، و من ثم فإن النعي عن القرار بخرق قواعد الاختصاص النوعي غير سليم يتعين رفضه".[1]

فيؤخذ على هذا القرار، أخذه أن الاختصاص النوعي أمراً يتعلق بالنظام العام ويمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى طبقاً للمادة 36 ق إ م و إ.

(1) قرار رقم 144 – 91 صادر عن م . ع المؤرخ في 1993/06/23 ، م . ق ، عدد 01 ، 1994 ،ص 93 ، أخذاً عن حمدي باشا عمر ، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004 ، ص 09.

(1) قرار رقم 54 – 288 صادر عن م . ع المؤرخ في 1989/02/29 ، م . ق ، عدد 04 ، 1990 ،ص 108 ، أخذاً عن حمدي باشا عمر، نفس المرجع السابق ، ص. 04 .

لكن نشير إلى أن رئيس المحكمة غير مختص ،اختصاصاً دقيقاً بما فيه الكفاية لمعالجة شؤون الأسرة عموماً ومسائل الخلع والطلاق بالتراضي بصورة دقيقة ، الأمر الذي يبقى حائلاً بينه وبين القضية المعروضة أمامه لعدم إلمامه بالاختلافات الفقهية في الشريعة الإسلامية التي تعتبر الأصل والمرجع بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري ، فقد أحس المشرع حال إنشائه لقسم خاص بقضاء الأسرة على مستوى المحكمة لكن يستحسن أن يتشكل هذا القسم من قاضٍ ملم بأحكام الشريعة والقانون معاً ويساعده في ذلك أخصائيين أحدهما إجتماعي والآخر نفساني. (2)

ثانياً : الصفة والمصلحة والأهلية

يشترط في القانون الجزائري لقبول أي دعوى أمام القضاء عموماً، وقضاء الأسرة بوجه خاص توافر الصفة والمصلحة طبقاً لنص المادة 13 ق إ م و إ والتي تنص "لا يجوز لأي شخص ما لم تكن له صفة ،وله مصلحة قائمة أو محتملة ما يقرره القانون.

يثير القاضي تلقائياً إنعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يثير تلقائياً إنعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون" .

وسنعالج هذه المسائل في النقاط التالية(3) :

1 : المصلحة

انطلاقا من المبدأ "لا دعوى من غير مصلحة ، والمصلحة مناط الدعوى"

(pas d'intérêt pas d'action – l'intérêt est la mesure de l'action)

فلا تعد المصلحة شرطاً لقبول الدعوى فقط ، وإنما هي شرط لقبول أي طلب ،أو دفع، أو طعن في حكم ، أياً كان الطرف الذي يقدمه.(1)

(2) كانت هذه تجربة المشرع المصري حيث تنص المادة 02 من قانون محكمة الأسرة المصرية 10 /2004 " تألف محكمة الأسرة من ثلاث قضاة يكون أحدهما عن الآخر بدرجة رئيس المحكمة الابتدائية ، ويعاون المحكمة في الدعاوى المنصوص عليها في المادة 11 من هذا القانون خبيران أحدهما من أخصائيين اجتماعيين والآخر من أخصائيين نفسانيين ، يكون أحدهما على الأقل من النساء ". بهذه الفكرة يمكن للقضاء الجزائري أن يساهم في حل مشاكل الأسرة بطريقة وقائية مسايرة لنظيره المصري .

(1) أنظر ،بوبشير محند أمقران ، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى ، نظرية الخصومة ، الإجراءات الاستثنائية) ، طبعة 2001 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص. 36 .

والمصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها ، من الاتجاه إلى القضاء[2] ،أو هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من إلتجائه للقضاء.[3]

ولقيام المصلحة حقيقة – في إطار دعوى الخلع والطلاق بالتراضي – يجب أن تكون قانونية ،فالزوجة طالبة الخلع أو الزوجان المتفقان على الطلاق، يجب أن يكون لهم من خلال دعواهم مصلحة قانونية ، وتتمثل المصلحة القانونية للزوجة طالبة الخلع طبقاً لنص المادة 222 ق أج في عدم قدرتها على العيش مع الزوج ، وأنها ستُضَيّع له حقوقه الشرعية أي القانونية ،أما مصلحة الزوجان اللذان يتفقان على الطلاق بإرادتهما المنفردة، والخالية من الضغوطات تتمثل في تبرير عدم قدرتهما على العيش معاً، وللقاضي السلطة التقديرية في تقرير ذلك .

ومن جهة أخرى كون المصلحة قائمة وحالة ، تتجسد في كون المرأة غير قادرة حالياً على العيش مع الزوج.

هذا ولقد أشار بعض الفقه إلى قبول الدعاوى استثناءً والتي لا تكون فيها المصلحة قائمة وإنما محتملة فقط ، وهذه الإجازة منوطة بأن يكون الغرض من الدعوى الاحتياط لدفع ضرر محدق ،أو الاستبيان لحق يخش زوال دليله عند النزاع فيه.[1]

وعموماً ،فإن تقدير المصلحة في دعوى الخلع والطلاق بالتراضي ،يرجع الحكم فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي.

2 : الصفة

الصفة في دعوى الخلع والطلاق بالتراضي ،هي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، وهي ترجع إلى القانون الإجرائي لمسألة من صميم الموضوع .

(2) أنظر ،طاهري حسين ، المرشد القانوني للمتقاضي ، ج 01 ، دار المحمدية العامة ، الجزائر ، 1996 ، ص. 28.
(3) أنظر ،عبد الحكيم فودة ، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1998 ، ص.48 .
(1) أنظر ،أنور العروسي ، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2001 ، ص .178 و 179 .

لا تقبل الدعوى إلا إذا كان المدعي يدعي حقاً، أو مَركزاً قانونياً لنفسه ،ويكون جزاء الدعوى التي يكون القصد منها الحفاظ على مصالح الغير، أو ضمان احترام القانون هو عدم القبول ،حتى لو كانت لدى المدعي مصلحة في ذلك[2] .

وعليه ،فالصفة هي المصلحة الشخصية المباشرة [3] ، فرافع دعوى الخلع هو الزوجة صاحبة الحق المراد حمايته، أما في الطلاق بالتراضي فالصفة هي مصلحة الزوجان معاً ،ويتم رفع الدعوى من الزوج أو الزوجة .

3: الأهلية[4]

هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق ،والتحمل بالالتزامات [5]، أو هي صلاحية الشخص لاكتساب المركز القانوني لخصم ،ومباشرة الإجراءات الخلع والطلاق بالتراضي

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 07 من القانون 11/84 تنص على أن إكتمال أهلية الرجل بـ 21سنة والمرأة ب 18 سنة وكان هذا التحديد منتقد من طرف الكثير من الفقه الجزائري[1] ، فالمرأة التي تعتبر كاملة الأهلية بتمام 18 سنة في قانون الأسرة ،هي قاصرة بموجب أحكام المادة 40 [2] من القانون المدني والتي لم يشملها التعديل، الذي يحدد سن الرشد بتمام 19 سنة كاملة ،لكل من الرجل والمرأة على حد السواء.

أما التعديل الجديد لقانون الأسرة ،والذي وحّد من خلاله المشرع الجزائري سن الزواج حيث ،يؤخذ ذلك من نص المادة 07 من الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة التي تنص على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...

---

(2) أنظر ،بوبشير محند أمقران ، نفس المرجع السابق ، ص. 67 .
(3) قرار رقم 865 – 150 صادر عن م . ع المؤرخ في 1998/02/25 ، م . ق ، عدد 01 ، 1998 ،ص 74 ، أخذاً عن حمدي باشا عمر، نفس المرجع السابق ، ص. 41 .
(4) الأهلية نوعان : 1 أهلية اختصام :وهي تعبير عن أهلية الوجوب في المجال الإجرائي وتعني صلاحية الشخص لاكتساب المركز القانوني للخصم لما يتضمن حقوق وواجبات إجرائية .
2 أهلية التقاضي : وهي تعبير عن أهلية الأداء في مجال التقاضي ، وتعني صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات أمام القضاء .
(5) أنظر ،طاهري حسين ، نفس المرجع السابق ، ص .23 .
(1) أنظر ،لوعيل محمد الأمين ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر2004 ، ص. 47 .
(2) تنص المادة 40 /2 من القانون المدني على "وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة ."

- يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي ،فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"[3] .

وأنوّه في هذه النقطة ،أن توحيد سن الزواج ،يعتبر من بين مظاهر تحقيق المساواة بين الجنسين، التي أراد المشرع الجزائري تحقيقها في آخر تعديل له.

ثالثاً :عقد الزواج الرسمي

الرسمية في عقد الزواج ،هي أولُ أمرٍ يبحث فيه القاضي أثناء رفع الدعوى- أي حتى تكون الدعوى مستوفية شروطها الشكلية – والمقصود بها إبرام عقد الزواج بأركانه وشروطه المذكورة في المادة 9 مكرر المعدلة من الأمر 05-02[4] ،أما موقف المشرع الجزائري من هذا

تنص المادة 05 من القانون63/ 244 [1] "لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج ، وأن يطالب بما يترتب على الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد الزواج مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية ".

كما تنص في هذا السياق المادة 1/22 ق أج "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي" ولقد ساير القانون ،القضاء الجزائري [2]

(3) جاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع التمهيدي بأن تقترح هذه المادة توحيد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة ويحدد ب 19 سنة ، تطابقاً مع سن الرشد المدني ، وبالتالي تقرير سن موحد بالنسبة للرجل والمرأة من باب المساواة بينهما – وتطابق هذه المادة في مدونة الأسرة المغربية المادة 19 حيث تنص " تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهم العقلية ب 18 سنة شمسية " في هذه النقطة نقول أن المشرع الجزائري ساير نظيره المغربي في توحيد سن الزواج ، أما نظرة المشرع التونسي فلقد كانت مغايرة في المسألة حيث نص في الفصل 5 بمجلة الأحوال الشخصية التونسية "... فكل من لم يبلغ 20 سنة كاملة من الرجال و 17 كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج . "

(4) المادة 9 المعدلة بالأمر 05-02 :"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " وتنص المادة 9 مكرر المضافة بالأمر 05-02 :"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية :* أهلية الزواج .* الصداق .* الولي.* الشاهدان .* انعدام الموانع الشرعية للزواج . "فيلاحظ أن المشرع اعتبر عنصر الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج فاختلاله يبطل العقد ، أما ما ورد في المادة 9مكرر فهي شروطاً غيابها يرتب فسخ العقد ،ولقد جاء في عرض الأسباب المرفقة بنص المادة 09 المكرر أنه مما لا شك فيه أن عقد الزواج يتميز من الناحية القانونية عن باقي العقود فهو يخضع للعديد من القواعد والشروط التي تخضع لها العقود ،إلا أنه يتميز عنها بعدة خصائص لاسيما كونه عقد رضائي يتم بمجرد تبادل الرضا بين رجل وامرأة من أجل تكوين أسرة على وجه الدوام ،فليست المصالح المادية والمنافع هي التي تجمع بين الزوجين .

(1) القانون رقم 63 / 224 الصادر في 29 جوان 1963والمتضمن تحديد سن الزواج ،ص 681، جريدة رسمية رقم 44 المؤرخة في 2 جويلية 1963.

(2) قرار رقم 55706 ، صادر عن م ع ، مؤرخ في 1989/12/11 ، م ق عدد 01 ،1992 ، ص 48 – أخذاً عن يوسف دلاندة ، قانون الأسرة مدعم بالاجتهادات القضائية وفقاً لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ،2000 .

ومن خلال هذه النصوص التشريعية والقضائية ، نستنتج أنه لقبول دعوى الخلع والطلاق بالتراضي شكلاً ،يشترط في الزوجة أن تقدم نسخة من عقد الزواج أمام المحكمة،أو تقدم الدفتر العائلي الذي يسلمه ضابط الحالة المدنية،طبقاً للمادة18ق أج والمواد 96،71 ق ح م، وقد يبرم عقد الزواج أمام الموثق الذي يسجله مبدئياً في سجلاته المعدة لذلك، ثم يسلم الزوجين نسخة تسمى "لفيف زواج" للإثبات ،ثم يقوم بإرسال ملخص عن وثيقة عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تسجيل العقد ،ليسجله في سجلات الحالة المدنية خلال مدة خمسة أيام الموالية لوصول الملخص الذي أرسله الموثق إليه ، ويسلم الزوجين بعدها الدفتر العائلي ويؤشر بهذا الزواج على هامش سجل ميلاد كل من الزوج والزوجة. (3)

هذا في ما يخص الزواج الرسمي (القانوني) ،لكن ما العمل إذا واجه القضاء الجزائري زوجة أرادت مخالعة زوجها من زواج عرفي ؟ ،لا شك أن أول إجراء يجب أن تقوم به هذه الزوجة هو أن تُثَبِّت هذا الزواج العرفي حتى يصير رسمياً.

الفرع الثاني

إجراءات تثبيت عقد الزواج العرفي

يطلق الزواج العرفي على عقد الزواج الصحيح شرعاً ،لكن غير الموثّق بوثيقة رسمية(1)، فبعض الأزواج يبرمون عقد الزواج أمام الإمام (الطالب أو شيخ المسجد) فيكون عقدهم صحيحاً من الناحية الشرعية متى توافرت أركانه و شروطه ، لكنه لا ينتج أثره أمام القانون ، ففرضاً أن الزوجة أرادت أن تطالب بالنفقة أمام القضاء ،فإن طلبها هذا سيقابل بالرفض ،نظراً لعدم وجود عقد زواج مسجل في تسجيلات الحالة المدنية.

(3) أنظر ،بن عبيد عبد الحفيظ ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2004 ، ص. 34 و35 .

(1) أنظر ،عبد رب النبي علي الجارحي ، الزواج العرفي وزواج المسيار ، دار الروضة للنشر والتوزيع ، القاهرة 1998 ،ص.32.

ففي هذه الحالة على الزوجة القيام بإجراءات تُثبَّت عقد الزواج ،لتحصل على حكم قضائي يقوم مقام العقد ،و عندها يمكن لها المطالبة بحقوقها أمام القضاء.[2]

وتتمثل إجراءات عقد الزواج العرفي ،ممن له مصلحة في ذلك بالقيام برفع دعوى مدنية بمقتضى عريضة تسجل لدى كتابة الضبط، بعد دفع المصاريف المحددة قانوناً ،لذلك تكون مسندة بأدلة إثبات كافية يطلب من خلالها تثبيت عقد الزواج فتقوم المحكمة بالفصل في هذا الطلب ، إذا تبين للمحكمة من خلال الأدلة أن عقد الزواج صحيحاً ،تقوم بإصدار حكم قضائي يتضمن تثبيت هذا الزواج ،حيث تنص المادة 22 ق أ ج"...وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي " و بعدها تأمر النيابة العامة بتسجيل هذا الحكم في الحالة المدنية طبقاً للمادة1/22 ق أج "يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة. " لأن النيابة العامة صارت طرفاً أصلياً في جميع قضايا الأسرة طبقاً للمادة 3 مكرر من الأمر 05/ 02 المتعلق بتعديل قانون الأسرة، هذا بالنسبة للفرع الأول المتعلق بشروط دعوى الخلع والطلاق بالتراضي،

حيث إذا كانت الدعوى مستوفية لشروطها ،حينئذ يتسنّى لرافعها أن يتقدم أمام المحكمة المختصة بتقديم طلباته هذا ما سنتعرض له في المطلب الموالي .

المطلب الثاني

نظام الجلسة و الحكم فيها

بعد استيفاء رافع الدعوى ،للشّروط القانونية المنصوص عليها، تمر القضية للجلسة أو الجلسات التي تنته بحكم .

وسيرد تفصيل هاته الإجراءات، في إطار دعوى الخلع والطلاق بالتراضي التي ترفع أمام قسم شؤون الأسرة ،بداية من نظام الجلسة (الفرع الأول) ،ثم الحكم (الفرع الثاني) .

(2) أنظر،بن عومر محمد الصالح ، القضاء الإستعجالي في شؤون الأسرة ، المركز الجامعي بشار ،2007/2006 ، ص. 76 .

الفرع الأول

نظام الجلسة

يعد الصلح في إطار الرابطة الزوجية واجباً بقوة القانون طبقاً لنص المادة 439 ق إ م و إ الصادر سنة 2008 التي تنص على "محاولات الصلح وجوبية ،وتتم في جلسة سرية "، وبناءً عليه سيتم التطرق إلى إجراءات الصلح ،وكذا انعقاد الجلسات أمام القضاء في إطار فك الرابطة الزوجية بالخلع أو الطلاق بالتراضي.

أولاً : الصلح

بعد رفع دعوى الخلع والطلاق بالتراضي ،طبقاً للأوضاع المقررة بصفة عامة في رفع الدعوى أمام المحاكم ،كما جاء بيانه في المادتين 14 ،15و439، 440ق إ م و إ.

ومن خلال ما تضمنته المادتين14و 439 ق إ م و إ[1] ،فإذا كان الخلع والطلاق بالتراضي يتلاقيان ضمن طرق فك الرابطة الزوجية،بالإضافة لإجراءات المنصوص عليه في المادتين 48

من الأمر 02/05 ، فلقد جاء نص المادة1/49و2 من نفس الأمر بقوله "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

يتعين على القاضي تحرير محضر يثبت مساعي ونتائج محاولات الصلح ، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين "[1] ،وعليه إستنتاجاً من خلال نص المادة 49 ق أ ج ،يجبر القاضي كذلك بمحاولات الصلح التي يجريها حال فرقة الخلع ،مثله مثل الطلاق بالتراضي، وفي هذا الإطار فقد كان المشرع الجزائري صريحاً في المسألة حيث نصت المادة

(1) تنص المادة 14 ق إ م و إ "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد نسخ يساوي عدد الأطراف".

(1) ينص الفصل 32 /01 و02 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه" يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين وكلائه ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبـــــدل قاضي الأسرة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذالك . " كما تنص المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع ، واختلفا في المقابل رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما ، وإذا تعذر الصلح حكمة المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقديرها مقابله." من خلال نص هاتين المادتين نستنتج أن المشرع المغربي كان دقيقا في تحديد إجراءات الصلح خلال المخالعة ، عكس المشرع الجزائري الذي وضع المادة 49 لكل فرقة قضائية بين الزوجين .

1/431 ق إ م و إ "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ،ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً...".

ثانياً :انعقاد الجلسة (الطلبات و الدفوع)

الأصل أن الدعوى تنظر في جلسة علنية[2] ،تعقد في قاعات الجلسات بالمحكمة وذلك بحضور النيابة العامة ،باعتبارها طرف أصلي في الدعاوي المتعلقة بشؤون الأسرة ،إضافة إلى كاتب الضبط ويجوز في حالة الاستعجال القصوى عقد الجلسة حتى في منزل القاضي.

ونظراً لخصوصية الخصومات والنزاعات الأسرية،وحفاظاً على أسرار الأسرة خصوصاً حالة طلب الزوجة من زوجها الخلع لبغضها إياه ، فهذه من الأمور التي يمكن أن تعقد الجلسة من أجلها سرية ، مع الأخذ بعين الاعتبار الأحكام الإجرائية للخلع والطلاق بالتراضي[3] .

وتُتخذ الإجراءات وفق مبدأ المواجهة كأصل عام ،طبقاً لنص المادة 263 ق إ م وإ كما يلزم كل من الزوجة والزوجة بشرح سبب اتفاقهما على الطلاق، حيث يُنَاط ضبط الجلسة للقاضي ،فتلزم الزوجة المخالعة بأن تشرح دعواها في هدوء ، كما يلزم الخصوم بالمحافظة على احترام الواجب للعدالة ، وعليه فإذا خلّوا بهذه الالتزامات يجوز للقاضي أن يلفت نظرهم وينذرهم في أول الأمر ، فإذا لم يمتثلوا وعادوا إلى إخلالهم بالنظام جاز الحكم عليهم بغرامة مدنية لا تتجاوز مائة دينار. [1]

وفي حالة إهانة القاضي ، يحرر القاضي محضراً بما حدث ،ويجوز له أن يحكم على الشخص بالحبس لمدة لا تتجاوز ثمانية أيام ، ويكون الحكم مشمول بالنفاذ المعجل أما إذا ارتكب هذه الأفعال محام فيحرر القاضي فوراً تقريراً يرسل إلى وزارة العدل ، التي تُشعر به لجنة الطعن الوطنية في أقرب وقت ،ويتعين على المحام المعني أن ينسحب من

(2) حيث تنص المادة 7 ق إ م و إ" الجلسات علنية مالم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة."
(3) تنص المادة 272 ق إ م و إ "يتم النطق بالأحكام الفاصلة في النزاع علنياً يصرح بالأوامر الولائية بغير ذلك".
(1) بودي في هذه النقطة أن أشير إلى أن مائة دينار غرامة مدنية ضئيلة هذا بمقارنة انخفاض قيمة الدينار من سنة 1966 إلى سنة 2006 فيرجى إعادة النظر في المسألة للتأكد منها.

الجلسة ،وعموماً فإن ضبط الجلسة منوط برئيسها لضمان السير الحسن لها طبقاً لنص المادة262 ق إ م و إ.

من زاوية أخرى يحضر الأطراف في اليوم المحدد في التكليف بالحضور، بأنفسهم أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم[2] ،فإذا لم يحضر المدعي أو من ينوب عنه قانوناً في اليوم المحدد وذلك رغم صحة التبليغ ،يقضي بشطب الدعوى تماماً ، إلا إذا علم القاضي أن لهذا الغياب سبب أو مبرر شرعي ،وذلك بموجب رسالة صادرة من المدعي،أو عن طريق المعلومات التي يدلي بها في الجلسة أحد أقربائه ،حينئذ جاز للقاضي تأجيل الدعوى إلى جلسة قريبة .

هذا على المدعي ،أما بالنسبة للمدعي عليه ،إذا لم يحضر هو شخصياً ،أو من ينوب عنه قانوناً ، رغم صحة التبليغ يقضي في حقه بالطلبات الواردة في عريضة الدعوى

يمكن للزوجة الطعن بالمعارضة في مسائل الخلع ،كما نشير أن الأمور الإستعجالية لا يمكن الطعن فيها بالمعارضة.

عوارض الجلسة:

بعد أن تقدم الزوجة، أو وكيلها القانوني (المدعي) طلبها بفك الرابطة الزوجية ومبررات الطلب أمام القاضي ، يحق للزوج(المدعى عليه) مواجهة هذا الطلب بواسطة الدفوع .

والدفوع هي وسيلة دفاعية بحتة يرمي بها المدعي عليه ،للإجابة على طلبات الخصم قصد تفادي الحكم بها أو تأخير الفصل فيها.[1]

وتوجد ثلاث أنواع من الدفوع يتم التمييز بينها وفق محلها ، فحين نناقش مدى تأسيس الإدعاء موضوعاً ،تسمى بالدفوع الموضوعية ،وحين تتعلق بإجراءات الخصومة

(2) يستحسن حضور الزوجة شخصياً في الجلسات إن أمكن ،حتى إذا كانت مستعينة بمحام ، لأن ذلك من شأنه أن يسهل مهام القاضي في معرفة خبايا العلاقة الزوجية التي من أجلها أرادة الزوجة مخالعة زوجها ، وإلا أعتبر القاضي هذا الطلب تعسفياً أو من ورائه مكيدة للزوج (كأن تكون الزوجة لها علاقة بشخص آخر من أعداء زوجها) فيدخل هذا ضمن الخلع التعسفي الذي يجب على القاضي أن يتنبه له إنطلاقا من قاعدة لا يجوز التعسف في استعمال الحق .

(1) أنظر ،بوبشير محند أمقران ، نفس المرجع السابق ، ص.130 .

يطلق عليها تسمية الدفوع الشكلية ،أو الإجرائية ،حينما تثار شكوكاً حول مدى وإنما تثير شكوكاً حين توفر الحق في الدعوى يسمى الدفع بعدم القبول.[2]

أ- الدفاع في الموضوع

هو الوسيلة القانونية التي تنصب على موضوع الخصومة ،أي الحق المتنازع فيه،وذلك لغرض الحكم برفض طلبات المدعي أو بعضها ،فينازع في نشوء الحق أو بقائه أو مقداره.وفيما يخص إبداء الدفوع الموضوعية ،فيتم إبدائها في أي مرحلة كانت فيها الدعوى،والدفاع في الموضوع لا يعد تنازلاً عن الدفوع الموضوعية الأخرى ،حيث أن التنازل عن الحق الموضوعي لا يفترض [3] .

ب – الدفوع الإجرائية

الدفع الإجرائي هو الوسيلة القانونية التي يوجهها المدعي عليه إلى إجراءات الخصومة دون التعرض إلى موضوع الدعوى الذي يبقى محفوظاً، ومن أمثلة الدفوع الإجرائية، نذكر الدفع بعدم الإختصاص المادة 51و52 ق إ م و إ [1] ،والدفع بالإحالة المادة 58 ق إ م و إ [2] ،والدفع بعدم القبول المادة 67 و68 و69 ق إ م و إ [3] .

---

(2) في هذه النقطة يرى الدكتور محمد محمود إبراهيم إلى أن العبرة في تحديد نوع الدفع المقدم ليس بالتسمية التي يطلق عليها الخصوم وإنما بحقيقته التي تتضح من تكييف القاضي .أنظر : محمد محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات ، دار الفكر العربي ،1982 ،ص48 و 49 أخذا عن بوبشير محند أمقران نفس المرجع السابق ،ص. 142 .

(3) تنص قرار المجلس الأعلى رقم 51588 الصادر بتاريخ 1989/05/29 ، م ق ، عدد4 1991 ،ص 191 و188 في الموضوع ، أخذا عن بوبشير محند أمقران ، نفس المرجع السابق ، ص 45 .

(1) تنص المادة 51 " يجب على الخصم الذي يدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية ،أن يسبب طلبه، ويعين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها.
لا يجوز للمدعي إثارة هذا الدفع "
كما تنص المادة 52 " يفصل القاضي بحكم في الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي ،ويمكنه ،عند الإقتضاء ،أن يفصل فيه بنفس الحكم مع موضوع النزاع بعد إعذار الخصوم مسبقاً شفاهة ،لتقديم طلباتهم في الموضوع.

(2) تنص المادة 58 " تقضي جهة الإحالة بالضم تلقائياً في حالة وجود ارتباط بين خصومات مطروحة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة بعد التخلي لها .

(3) تنص المادة 67 " الدفع بعدم القبول ،هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي ،كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه ،وذلك دون النظر في موضوع النزاع."
وتنص المادة 68" يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفوع في الموضوع.

وعليه يتوجب إبداء الدفع الإجرائي قبل الكلام في الموضوع ،ماعدا الدفوع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام ،حيث يتم إبدائها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى،كالدفع في الاختصاص النوعي ...إلخ.

ج – الدفع بعدم القبول

يرى بعض الفقه أن الدفع بعدم القبول ،هو دفع يتوسط بين الدفع بالموضوع،والدفوع الشكلية ، الأمر الذي يجعلها تتمتع بنظام خاص.(4)

فهي أيضاً ليست أوجه دفاع في الموضوع ، لأنها لا ترمي إلى إنكار الحق وهي ليست دفوع شكلية ،لأنها لا توجه للخصومة وإجراءاتها ،كالدفع بانعدام الصفة والمصلحة والأهلية،كما يجوز إيداع الدفوع بعدم القبول في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

الفرع الثاني

الحكم بالخلع والطلاق بالتراضي

تنتهي دعوى الخلع والطلاق بالتراضي إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية،لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه ،حيث يستنبط من قرارات المحكمة العليا عند نظر الطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية الفاصلة في الخلع ،انقسامها إلى اتجاهين من الأحكام ، الأولى تقبل الطعن بالاستئناف في أحكامها ،والثانية لا تقبل الطعن بالاستئناف فيها، وسنورد بعض التطبيقات على كل اتجاه كما يلي.

الاتجاه الأول : أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف

وتنص المادة 69" يجب على القاضي أن يثير تلقائياً الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام ، لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن."

(4) روال عبد الحميد ، دروس وتطبيقات في الكفاءة المهنية للمحاماة ، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2004 ، ص.125 و126 .

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائياً نهائياً ،عدا الجوانب المادية،كالنفقة والحضانة ،وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حين تعديله الجديد ،حيث نص في المادة 57 معدلة بالأمر 02/05 "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية". [1]

وبالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا ،نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف ، وذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه ،كما تقبل الطعن في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الإستئنافات المرفوعة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلاً ،ورفضها موضوعاً.

وقد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جويلية 1996 تحت رقم 141562 فصل في طعن بالنقض في طلاق بالحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994 عن محكمة الحراش (بجلي قضاء الجزائر العاصمة) ،إلى قبوله شكلاً ورفضه موضوعاً. بالتالي إلى

أن الخلع هو ما خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الاقتضاء ،وليس عقداً رضائياً بين الزوجين. [1]

الاتجاه الثاني : أحكام الخلع قابلة للاستئناف

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالاستئناف ،حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف، انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع[2] .

(1) إذا أجرينا مقارنة بسيطة بين المادة 57 من القانون 11/84 والمادة 57 المعدلة بالأمر 02/05 نجد أن المشرع الجزائري اعتبر الخلع طلاق من خلال قانون 11/84 وفصله عن الطلاق في الأمر 02/05 .

(1) أنظر ،عمر زودة ، نفس المرجع السابق، ص.162 .

(2) قرار رقم 136791 المؤرخ في :1996/04/23 صادر عن م ع ، غرفة الأحوال الشخصية ، غير منشور ، أخذاً عن عمر زودة ، نفس المرجع السابق ، ص. 160.

ونشير بهذا الصدد أن سبب تناقض المحكمة العليا من خلال قراراتها مردُّه هو عدم التفريق بين مصطلح الطلاق والخلع في المادة 57 من القانون 11/84 فأحياناً يَعتبر الخلع طلاق ،حينها لا يمكن استئنافه والعكس .

ونحن نرجح هذا الاتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب ،ذلك أن كُره الزوجة لزوجها في فترة ما ولظروف مؤقتة يجعلها تبغضه ،ولا تطيق عشرته مما يدفعها لمخالعته، إلا أنه وبزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها ،وتندم على طلبها ،عندما يبرز لها جلياً تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة والانفصال ،وهذا نظراً للفطرة الإنسانية التي زرعها الله في نفس الرجل والمرأة ،لا سيما هذه الأخيرة التي تغلُب عليها العاطفة والرحمة ،أشد لها حفاظاً على تكامل الأسرة هذا من جهة .

ومن زاوية الشرع ،فلقد أجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاقاً بائناً،إستناداً لقوله ρ :"إقبل الحديقة وطلقها تطليقه" واعتبروها بينونة كبرى لتناقض البدل مع الرجعة حتى ولو اشترط الزوج الرجعة في الخلع[3] ، فإنه في نظر الفقهاء يصح الخلع والشرط باطل ، وما نفهمه هنا أن البينونة الصغرى بالتراضي يمكن

للزوج مراجعة مختلعته بمهر وعقد جديدين ،لكل هذا جعل حكم الخلع ابتدائياً قابلاً للاستئناف .

كان هذا في إطار الأحكام الداخلية ،الصادرة عن المحاكم الوطنية ،بين زوجين جزائريين يقيمان على التراب الوطني ،حيث أن الحكم لما يحوز قوة الشيء المقضي فيه لن يثور أي إشكال في تطبيقه .

غير أن الأمر يختلف لو تعلق بزوجين أجنبيين من جنسيات مختلفة ،أو كان أحدهما جزائري والآخر يقيم بالخارج ،وصدرت هناك أحكام تكفل حقوق للأطفال كالحضانة والسكن والنفقة –أي ذات طابع استعجالي– فكيف يتم تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر يا ترى ؟ وما هي آلية تنفيذ الأحكام الجزائرية بالخارج؟.

(3) أنظر،محمد كمال إمام ، الطلاق عند المسلمين-دراسة فقهية و قانونية-دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية- 1997، ص.144 .

وبما أن المسألة ذات خطورة كونها تتعلق بحقوق أشخاص ضعاف(المرأة والأطفال مثلاً) ،وذات حساسية كونها تتعلق بالنظام العام،وذلك لاختلاف ضوابطه من دولة لأخرى ،نرى من الضرورة تخصيص هذا المبحث الموالي بمعالجة آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية .

المبحث الثاني

آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية

إن القانون الجزائري يقبل تنفيذ الأحكام الأجنبية ،في جميع المسائل خصوصاً العقود العابرة للحدود ،والنزاعات الأسرية ،عكس المشرع الفرنسي ،الذي يضع شروط في إطار معاملته للأجانب .

إما بحكم قواعد التنازع الداخلية ،أو بحكم الاتفاقيات المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين ،الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال التي وافقت عليها الجزائر بتاريخ 21 يونيو 1988 ،والاتفاقية المتعلقة بتحسين مبالغ النفقة في البلاد الأجنبية،المنظمة بالأمر 69-22 المؤرخ في 22 مايو 1969 ،غير أن الحكم الأجنبي لا ينزل منزلة الحكم الوطني

وإنما وضع قيوداً وشروطاً حتى يعترف به كحكم يشكل عملاً قضائياً فاصل في نزاع معين .

واستناداً لما سبق ،سنتعرض إلى الضوابط العامة لتنفيذ الأحكام الأجنبية (المطلب الأول) وكذا سلطات قاضي الصيغة التنفيذية (المطلب الثاني) ،وأخيراً إلى شروط الصيغة التنفيذية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

الضوابط العامة لتنفيذ الأحكام الأجنبية

لنفرض أننا بصدد حكم أجنبي ،أو قرار تحكمي ،أو سند رسمي فاصل في قضية طلاق بالتراضي أو خلع صادر باسم دولة أجنبية ذات سيادة ،حائزاً لقوة الشيء المقضي به ومطلوب تنفيذه في أرض الوطن ،ولكن الأصل أن الحكم الأجنبي لا ينفذ بقوة القانون في غير الدولة التي صدر فيها ،لأنه

وتحقيقاً للعدالة على الوجه الأكمل ،يقتضي من المحاكم الوطنية أن تنفذ هذه الأحكام تطبيقاً لمبدأ الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ،الذي هو مبرر من السيادة والتشريع ويقتضي هذا النظام على صاحب المصلحة أن يلجأ عند تنفيذ الحكم الأجنبي الذي بحوزته في الدولة المراد التنفيذ فيها إلى المحاكم ،ليستصدر منها ما يسمى "الأمر بالتنفيذ"والذي بصدوره يرقى الحكم الأجنبي مرتبة الحكم الوطني [1].

وقصد تحديد الضوابط العامة ،لتنفيذ الأحكام الأجنبية ،في إطار فصم عرى الزواج ،نرى دراسة مبررات تنفيذ الأحكام الأجنبية (الفرع الأول) ،وتحديد مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

(1) أنظر ،محمد حسنين، التنفيذ القضائي في قانون الإجراءات المدنية ،مكتبة الفلاح الكويت الطبعة الثانية لسنة 1984ص.100.

مبررات تنفيذ الأحكام الأجنبية

من المبادئ التشريعية الأساسية المعترف بها ،مبدأ إقليمية القضاء ، أي أن ولاية كل دولة محددة إقليمياً ،تدعيماً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها تأكيداً لاستقلالها .

ويترتب على هذا المبدأ إن الأحكام القضائية لا تنفذ إلا في البلد أو الدولة التي أصدرتها،غير أن اعتماد هذا المبدأ بصفة مطلقة يؤدي إلى الإضرار بالعدالة وضياع حقوق الأفراد ،خصوصاً بعد تطور المعاملات الدولية بين مواطني الدول المختلفة وهذا ما أدى بالدول إلى ضرورة الاعتراف بمكانيه تنفيذ الأحكام الأجنبية في غير الدولة التي أصدرته ،وهذا بإصدار أمر بالتنفيذ من المحاكم الوطنية لدولة التنفيذ. (2)

أولاً:المبررات السيادية

يصدر الحكم القضائي من المحكمة باسم الشعب ،مطابقاً للسيادة الوطنية ، وهذا ما نصت عليه المادة 601 ق إ م و إ بقولها "لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة

بنص في القانون ،إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهورة بالصيغة التنفيذية الآتية: **الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري**".فلا تعتبر قابلة للتنفيذ إلا الأحكام الممهورة بالصيغة التنفيذية ، ويشكل الحكم القضائي تعبيراً عن سيادة الشعب الذي صدرت الأحكام باسمه ،كما أن تنفيذه يتم بموجب أمر صادر عن السلطات السياسية العليا ،وبذلك لا يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي تلقائياً ،لأنه يعد تجاوزاً بصورة خطيرة لمجال السيادة الوطنية (1)

ولقد اعترف المشرع الجزائري بتنفيذ الأحكام الأجنبية ،دون اشتراط رفع دعوى مبتدئة بالحق الثابت في الحكم ،أو الأمر أمام المحاكم الوطنية من جديد توفيراً للجهود والنفقات، فكيف يعترف باختصاص محكمة أجنبية من جهة ،ويرفض الاعتراف بالأحكام الصادرة على هذا الأساس من جهة أخرى .

---

(2) أنظر ،احمد المليجي ، نفس المرجع السابق، ص.34.

(1) أنظر ،محند اسعد القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، القواعد المادية ،ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر – سنة 1989 ص .57.

وفضلاً عن ذلك،فإن رفض أي أثر للحكم يتناقض مع الحلول المعتمدة في مادة تنازع القوانين ،والهيئات القضائية لذا يستصدر فقط أمر بتنفيذ الحكم الأجنبي .

ثانياً :المبررات القانونية

إن الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ،هو القرار الصادر من القضاء ،والذي يعطيه الصيغة التنفيذية أي قوته في كافة التراب الوطني ، ولقد ضبط المشرع الجزائري آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمواد من605 إلى608 ق إ م و إ ،حيث جاءت م605 ق إ م و إ بشرط التنفيذ بقولها" لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري ،إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

1- ألاّ تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص .

2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون الدولة التي صدرت فيها .

3- ألاَّ تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية ،و من المدعى عليه .

4- ألاَّ تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر."

كما نظم من جهة أخرى ،الاختصاص النوعي للمحاكم المختصة ،بالنظر في طلب تنفيذ الحكم الأجنبي ،وأعطى الاختصاص للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية للفصل دون سواها ،وهذا بموجب نص المادة 607 ق إ م و إ.[1]

الفرع الثاني

مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية

(1) تنص المادة 607 ق إ م و إ " يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية ،أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ "

يقصد بالحكم بصفة عامة القرار الصادر عن المحاكم الوطنية ،في خصومة أو غير خصومة حتى لو لم يكن فاصلاً في النزاع ،وبشكل عملاً قضائياً للتنفيذ أي حائز على قوة الشيء المقضي به[2].وعلاقة الحكم الأجنبي بالقانون الدولي الخاص ،تكمُن في أنه لا تمنح الصيغة التنفيذية إلا للقرار والأحكام القضائية المحصورة في مسألة من المسائل الخاصة بالقانون الدولي الخاص. فيجب أن يتعلق الحكم بالمسائل التجارية المدنية ومسائل الأحوال الشخصية وحتى الأحكام الجنائية القضائية بالتعويض المدني،بينما الأحكام الأجنبية الجنائية والإدارية والمالية لا تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر كأصل عام لأنه يقتصر سلطانها على إقليم الدولة الصادر فيها تخضع لمبدأ " إقليمية القوانين"[1] وبالتالي لا تمنح الصيغة التنفيذية إلا للأحكام الأجنبية الصادرة في المسائل التي

يحكمها القانون الدولي الخاص ،الذي يسري على العلاقات الخاصة متجاهلاً الحدود الدولية ،ويفرض نفسه على المستوى الدولي كحقيقة يتعذر تجاهلها [3] .

وعليه يسمى حكماً أجنبياً ،كل قرار أو أمر صادر في دولة أجنبية معينة ،أو عن سلطة قضائية دولية ، وليس للأحكام والأوامر الصادرة عن سلطة قضائية أجنبية أن تكون سارية المفعول في الجزائر إلا ضمن النطاق الذي حددته القوانين ،لأنه لا يوجد أي إلتزام دولي يجبر السلطة الجزائرية بإعطاء الأحكام الأجنبية نفس قيمة الحكم الوطني الصادر عن المحاكم الوطنية ،وحتى يعد الحكم أجنبياً ،لابد أن يصدر باسم سيادة دولة أجنبية ،دون النظر للمكان الذي صدر فيه ولا لجنسيه القضاة ، الذين في هذه الخصومة، إذن يرجع تحديد طبيعة الحكم الأجنبي إلى القانون الذي فصل النزاع أن يكون أجنبياً.[1]

(2) أنظر ،سامي منصور والدكتور عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ،الدار الجامعية بيروت ،بدون سنة طبع ،ص.504.

(1)هذا ما أكدته الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وسوريا بموجب مرسوم 83-130-المؤرخة في 19 فبراير 1983 في مادتها 17 .كل حكم محرر حقوق مدنية أو تجارية بالتزامات مدنية من المحاكم الجزائرية أو المتعلق بالأحوال الشخصية صادر عن جهة قضائية قائمة في إحدى الدولتين المتعاقدتين .

(3) أنظر ،محند اسعد ، نفس المرجع السابق، ص 62 .

[1] أنظر ،يوسف جبران ، طرق الاحتياط والتنفيذ ، الطبعة 2 ، بدون سنة طبع ،ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر ،ص 110.

كما يجب أن يكون الحكم يشكل عملاً قضائياً قابلاً للتنفيذ ،والقانون الأجنبي هو الذي يتكفل بتكييف الحكم فيما إذا كان يشكل عملاً قضائياً أم لا. وما على قاضي الصيغة التنفيذية إلا القيام ببعض الإجراءات ،للتأكد من مدى صحة الشروط الشكلية لهذا الحكم. [2]

المطلب الثاني

سلطات قاضي الصيغة التنفيذية

لا تسير الدول على وتيرة واحدة عند الأحكام الأجنبية ، وإنما تختلف فيما بينها بحسب تمسكها على الأقل ظاهرياً بأسس مبدأ السيادة ، فبعض النظم القانونية تقتضي من صاحب المصلحة الذي يريد تنفيذ الحكم لصالحه في الخارج(الزوجة أو الزوج) ،الإجراءات للخلع والطلاق بالتراضي

الحق المتعلق بالنزاع ،والبعض الآخر يكتفي بلجوء صاحب المصلحة إلى قضائها لاستصدار الأمر بالتنفيذ.

وهذا الاختلاف الأصيل بين الدول ،يمنح القاضي الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية،فهو إما أن يتبع نظام رفع الدعوى (الفرع الأول)،أو نظام الأمر بالتنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نظام رفع الدعوى

يسود هذا النظام في القانون الانجليزي، والدول التي انتهجت بنهجه وحسب هذا النظام لا يتم تنفيذ الحكم الأجنبي ذاته ،وإنما ينبغي على صاحب المصلحة أن يرفع دعوى جديدة أمام المحاكم المراد التنفيذ فيها .للمطالبة بالحق الذي يتضمن الحكم

---

[2] أنظر ،محند اسعد، نفس المرجع السابق ،ص 62 .

الأجنبي ، ثم يقوم بتقديم الحكم الصادر لمصلحته بوصفه دليلاً حاسماً في الدعوى ويكون الحكم الصادر في الدعوى الجديدة من المحاكم الوطنية هو القابل للتنفيذ [1].

ولكنه سرعان ما هجر هذا الاتجاه خصوصاً في أواخر القرن 18 وأصبح ينظر للحكم الأجنبي بوصفه دليلاً حاسماً،وقاطعاً على صحة ما قضي به في الخارج .

وللإشارة فيما يخص الولايات المتحدة الأمريكية كان الأساس الذي يقوم عليه الاعتراف بالحكم الاجنبيي يدخل في دائرة واسعة هي " الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج " ولكن هذا الأساس تعرض للنقد من قبل الفقه الانجليزي لأن الحق المراد الاعتراف به وتنفيذه في انجلترا " ما هو إلا أثر أو مخلوق تشكل وفق لأحكام القانون الانجليزي " لذا على الشخص الأجنبي الذي يحمل بيده حكماً أن يرفع دعوى جديدة في انجلترا للاعتراف له بحقه وتنفيذه[2].

ويشير الفقه الانجليزي إلى أنه،يجوز لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى أمام القضاء الانجليزي يستند فيها إلى حقه الأصلي ،الذي سبق له أن طالب به في الدعوى التي رفعها في الخارج وصدر فيها الحكم الأجنبي ،دون أن يستند إلى الحكم الأجنبي لأنه في نطاق الإجراءات الدولية الخاصة لا يعني أن سبب الحكم من الدعوى يكون على النقيض مما هو مقرر في القانون الداخلي الانجليزي " *Non Merger Of The Caue Ofaction*"ويمكن بلورة دعائم هذا النظام السائد في انجلترا في أمرين:

أولهما :انه ينظر للحكم الأجنبي المقدم كدليل حاسم في الدعوى لا يقبل إثبات العكس ، ذلك أن المحاكم الانجليزية هي التي أصدرت الحكم .

ثانيهما : إن القاضي الانجليزي لا يقبل الحكم الأجنبي بوصفه واقعة دون مناقشة ،بل على النقيض من ذلك هذا وفقاً لقواعد القانون الانجليزي ، إضافة إلى كونه حائزاً لقوة

(1) أنظر ، محمد حسني ، نفس المرجع السابق ، ص.102.
(2) انظر الدكتور سامي بديع منصور والدكتور عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ص. 566 -567 .

الشيء المقضي به ،وأن لا يكون قد صدر بناء على غش ولا ينطوي على مخالفة النظام العام الانجليزي .

الفرع الثاني

نظام الأمر بالتنفيذ

يسود نظام الأمر بالتنفيذ بصفة خاصة في الدول الأوربية ،وبعض الدول العربية التي حذت حذوها كمصر ولبنان والجزائر .

ويقضي هذا النظام أن يلجأ صاحب المصلحة(الزوج أو الزوجة) عند تنفيذه الحكم إلى القضاء في الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيها ،ليستصدر ما يسمى بالآمر بالتنفيذ حتى يكون الحكم قابلاً للتنفيذ .وتخضع التشريعات المقارنة التي تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ هذا الإجراء لمجموعة من الشروط الهدف منها مراقبة الحكم والتأكد من عدم تعارضه مع النظام العام في بلدها تحقيقاً للعدالة(1).

وتختلف الدول فيما بينها من حيث السلطات التي تخولها عند نظر دعوى الأمر بالتنفيذ بل حتى لو تماثلت الدولتان من حيث الشروط التي تفرضها على الحكم الأجنبي ،لإعطاء الصيغة التنفيذية ، فإنها تختلف مع هذا من حيث نطاق الرقابة التي تكون لهذه الدولة أو تلك بحسب الفلسفة السائدة فيه ، وعلى الرغم من ذلك فإنه يبرز نظامين : "نظام المراجعة ونظام المراقبة "

أولاً:مراجعة الحكم

لا تكتفي المحكمة في ظل هذا النظام عند التأكد من مجرد توافر الشروط الشكلية أو الخارجية لتصدر الأوامر بتنفيذ الحكم الأجنبي ،وإنما تذهب إلى حد مراجعته من حيث الموضوع . فيكون لها أن تتعرض للوقائع من جديد وتفسرها وفقاً لمناهجها والتأكد من صحة تطبيق القانون ، وفضلاً عن هذا وذلك ،لها أن تعدل في الحكم

(1) أنظر ،سامي بديع منصور والدكتور عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ،الدار الجامعية بيروت ،بدون سنة الطبع ، ص. 552 .

بالتعويض عن الضرر فتستطيع إعادة تقدير خطورته ،أو قوة الدليل في الإثبات فتحكم بمبلغ جدي [1] .

ويقوم هذا النظام على أساس أن الحكم الأجنبي قد صدر عن قضاء غير نزيه بعيداً عن الحيادية والموضوعية أو يكون صدر عن غش أو تدليس ،لذا يطلب من المحكمة المراد فيها تنفيذ الحكم الأجنبي ،أن تتصدى لكل هذه المسائل حتى تتحقق مصالح المتقاضيين والعدالة .

وقد تعرض هذا القضاء ،للنقد من قبل الفقه الفرنسي ،نظراً لإنكاره قيمة الحكم الأجنبي ويَجْدُرُ بمن صدر الحكم لصالحه أن يبدأ بخصومة جديدة في فرنسا ،مع ما قد يتعرض له من احتمال خسارة دعواه [2] ،ومن ناحية أخرى ،لأنه لا يوفر الحماية اللازمة للأفراد الدولية الخاصة،ويمس بالحقوق المكتسبة في الخارج ،ويثير إشكالات

فيما يخص الدول التي تتطلب شرط المعاملة بالمثل كأساس لتنفيذ الحكم الأجنبي كمصر ، ألمانيا ، الولايات المتحدة الأمريكية.

وأمام هذه الانتقادات كان من الضروري العدول عن نظام المراجعة ،وإتباع نظام المراقبة خصوصًا في التشريع الفرنسي [1] .

ثانيا :مراقبة الحكم

تقوم المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بالتنفيذ في ظل هذا النظام،بنوع من الرقابة الخارجية للحكم الأجنبي من أجل الوقوف على أنه قد استوفى الشروط الشكلية الواجب توافرها حسب قانونها ،وتضيق هذه الشروط وتتسع من دولة لأخرى ، غير أنه ينحصر نظام المراقبة في التحقق من الجانب الإجرائي ،أو الشروط الشكلية ،طبقاً لقواعد التنازع الداخلي الوطنية ،وأن يكون الحكم حائزاً على قوة الشيء المقضي به ،ومهوراً

---

[1] هذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية مبدئيا في حكمها الصادر في 19 ابريل 1989 ولكن اضطر الاجتهاد الفرنسي لتعديل موقفه بموجب قرار مؤرخ في 07 جانفي 1964 مأخوذ من المرجع أعلاه ،ص. 560 .

[2] أنظر ،محمد حسني ،التنفيذ القضائي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، الطبعة الأولى ،سنة 1984،مكتبة الفلاح الكويتي ، ص .102.

[1] أنظر ،محند اسعد ، نفس المرجع السابق ، ص. 67-68.

بالصيغة التنفيذية ، فلا يملك القاضي الوطني الحق في نظر النزاع ،بل حسب هذا النظام يملك فقط إصدار الأمر بالتنفيذ ،حين تحقق الشروط الشكلية المطلوبة [2].

وتعد هذه الرقابة بسيطة، تدور حول مدى صحة الحكم من حيث الشكل فتجعله قابلاً للتنفيذ باعتباره حكماً يحمل فكرة الحق المكتسب ُ،يفرض احترامه وفقاً للعلاقات الدولية المتنوعة.

ولقد كرس هذا النظام المشرع الجزائري طبقاً لنص المادتين605، 606ق إ م و إ[3]

حيث لا يمكن الحكم الأجنبي إلا في حدود ما يقضي بتنفيذه إحدى الجهات القضائية الجزائرية ،بعد مراجعة صحة تطبيق القانون الأجنبي للنظام الإجرائي،كما يجب أن يكون هذا الحكم غير مخالف للنظام العام ،و متعارض مع حكم قد سبق صدوره في الخارج ،وكان حائزاً لقوة الشيء المقضي به. [1]

المطلب الثالث

شروط وإجراءات الصيغة التنفيذية

تُخضع أغلب التشريعات ،تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة باسم سيادة دولة أجنبية لقيود حتى تتمكن من الاعتراف به وتنفيذه ،وتمثل هذه الشروط الحد الأدنى الذي لا يجوز تخطيه تحت طائلة المساس بمبدأ الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي بالذات ويرجع

---

[2] أنظر ، بديع منصور عكاشة عبد العال ، نفس المرجع السابق ، ص. 551 – 552.

(3) تنص المادة 605 " لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية ،في الإقليم الجزائري ،إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية :
1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الإختصاص .
2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه.
3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية ،وأثير من المدعى عليه.
4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر "
كما تنص المادة 606 " لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي ،في الإقليم الجزائري ،إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية :
1- توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقاً لقانون البلد الذي حرر فيه.
2- توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقاً لقانون البلد الذي حرر فيه.
3- خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر."

[1] أشار إلى ذلك : محمد حسني ،نفس المرجع السابق ، ص. 104 .

تقدير هذه الشروط لقاضي الصيغة التنفيذية ،فتوافر كل هذه الشروط لا يلزمه منح الصيغة التنفيذية،وإنما يبقى ذلك خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي [2].

وما يلاحظ بالنسبة للتشريع الجزائري ،أنه وضع شروطاً في نص صريح كما فعل نظيره المصري في المادة 298 من قانون مرافعات [3].

وبناءً على ما سبق نتعرض لشروط الصيغة التنفيذية (الفرع الأول) ،ونختم هذا المطلب بالتعرض لإجراءات الصيغة التنفيذية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

شروط الصيغة التنفيذية

إن المشرع الجزائري في القانون الجديد رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وضع شروطاً خاصة لتنفيذ الحكم الأجنبي نظمتها المواد 605

و 606ق إ م و إ في نصوص صريحة مثل ما فعله نظيره المصري في المادة 298 من قانون المرافعات ،بل لم يُحِل ذلك للإجتهاد القضائي والاتفاقيات الدولية مثل ما كان عليه الحال سابقاً، هذا مع الإلتزام بما جاءت به هذه الاتفاقيات والمعاهدات المادة 608 ق إ م و إ ،وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولاً :الاختصاص القضائي الدولي

---

(2) أنظر ،محند سعد ، نفس المرجع السابق ، ص. 70.

(3) يقضي نص المادة 298 قانون المرافعات المصري المأخوذة من الدكتور احمد المليجي ، نفس المرجع السابق، ص.277 على الأتي : يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحق مما يلي :

- أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر .
- أن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها .
- أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا .
- أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته .
- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها

يفترض هذا الشرط أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب إعطاءه الصيغة التنفيذية صادراً عن قضاة مختصين حسب قانون البلد الذي صدر منه .

ولقد فرضت هذا الشرط اعتبارات منطقية وعملية ،فطالما نحن بصدد حكم أجنبي يفرض المنطق الترتيب الزمني في عرض الخصومة وإثارتها طبقاً لقانون الدولة التي أصدرت الحكم وليست دولة التنفيذ ،وهذا من أجل التأكد من مدى اختصاص المحكمة في النزاع ،أو عدمه لأن كل دولة تحدد اختصاصها الدولي وفقاً للنظام القانوني الذي تتبعه [1] .

وتشترط معظم الدول منها الجزائر أن يكون القاضي الذي أصدر الحكم مختصاً وفقاً لقانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ.

إذن ينظر القانون القاضي في الاختصاص الدولي للمحاكم دون المساس بالاختصاص الداخلي للمحكمة ،فيبحث فقط عن صحة إجراءات التبليغ واحترام حقوق الدفاع وتمثيل الأطراف تمثيلاً صحيحاً. [2]

وكذلك يشترط تطبيق القانون المختص ،وفقاً لقواعد الإسناد للبلد المراد التنفيذ فيه ونص الفقه الفرنسي صراحة على هذا الشرط بقوله :" وفقا للقانون الفرنسي" أي أن الحكم الأجنبي لا يطبق إلا طبقاً بقواعد الإسناد الفرنسية الداخلية.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري ،نلاحظ انه سكت عن هذه المسالة وبالتالي يكون الإشكال المطروح عن القانون الواجب الأخذ به لتحديد الاختصاص التشريعي هل يكون وفقاً لقواعد إسناد قانون البلد الذي يراد فيه تنفيذ الحكم الأجنبي ؟ أم وفقاً لقواعد إسناد البلد الذي صدر فيه الحكم الأجنبي هذا [1] .

لقد ترك المشرع الجزائري تفصيل هذا الشرط للاتفاقيات الدولية ، إلا إننا نجد في القانون المدني بعض النصوص التي أولى فيها المشرع الجزائري الاختصاص للقانون الجزائري دون سواه كأن يكون أحد أطراف العلاقة جزائرياً فسيرى عليه القانون الجزائري وحده ضمن حالات حددها القانون وهي :

---

[1] أنظر ،سامي بديع منصور الدكتور عكاشة عبد العال ، نفس المرجع السابق، ص 572 – 573.

[2] أنظر ،محند أسعد،نفس المرجع السابق، ص 72.

[1] أنظر ،عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – الجزء 2 الطبعة 9 الهيئة العامة المصرية للكتاب القاهرة سنة 1986 ص. 901.

- الشروط الخاصة بانعقاد الزواج.
- آثار الزواج وانحلاله.
- المسائل الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم وعموماً تندرج هذه المسائل في نطاق الأحوال الشخصية .

ثانياً : عدم تعارض الحكم مع النظام العام

يعد هذا الشرط ضرورياً سواء بالنسبة للقانون المشترك أو القانون الاتفاقي والمقصود بفكرة النظام العام هي نفسها المدروسة في تنازع القوانين إلا أن الأمر يختلف بحيث يطبق الأقل صرامة " الأثر المخفف للنظام العام " لأنه يعترف فقط بآثار الحق الذي نشأ في البلد الأجنبي .[2] وتتميز فكرة النظام العام أنها مرنة تختلف من بلد لآخر حسب العادات والتقاليد والاتجاهات السياسية والاجتماعية والدينية السائدة وتثار

فكرة النظام العام عند تنفيذ الحكم الأجنبي في التراب الوطني ويعتد به يوم فصله في الدعوى ،وليس يوم صدور الحكم الأجنبي ، فإذا ما تعارض الحكم الأجنبي والنظام العام يرفض القاضي منح الصيغة التنفيذية ، ولكنه يجوز رفض جزء من الحكم الأجنبي دون الآخر ،فينفذ الجزء الذي لا يتعارض مع النظام العام ويرفض الجزء الآخر ويشترط هنا أن تكون عناصر الحكم الأجنبي قابلة للتجزئة ،فإذا ما استحالت تجزئته يرفض برمته [1] .

والنظام العام في إطار تنازع القوانين ،يعد بمثابة أداة فنية يمكن بواسطتها استبعاد القانون الأجنبي ،إذا تعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي ،أما في إطار تنفيذ الأحكام الأجنبية تكون وظيفة النظام العام الحيلولة دون إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الذي يتعارض مع الأسس الجوهرية المتعارف عليها في دولة القاضي [2] .

ثالثاً :صحة الإجراءات

---

[2] أنظر ،علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1980 ، ص.144 إلى 155 .

[1] أنظر ،محند اسعد، نفس المرجع السابق ،ص. 75.

[2] أنظر ،سامي بديع منصور الدكتور ، عكاشة عبد العال ، نفس المرجع السابق ، ص. 614-615.

لا يتعلق الأمر هنا بممارسة الرقابة على صحة الإجراءات التي أتبعها القاضي الأجنبي لأنه ليس في مقرر القاضي الجزائري لكون الحكم الأجنبي حائزاً على قوة الشيء المقضي به ،وتُطَهر من كافة العيوب الإجرائية ، بل يقصد به إحترام حقوق الدفاع وصحة التكليف بالحضور .[3] وتعد فكرة حقوق الدفاع غير محددة المعالم القانونية التي بموجب إتباعها أو مراعاتها ،فيعود الأمر للقاضي الوطني بحثها حسب القضية المطروحة عليه ويتطلب الأمر منه توسيع مفهوم هذا المبدأ ،من أجل الاحترام الحقيقي لهذا الحق ،وضمان صحة الإجراءات الأجنبية [4]. مثلاً تطبيق إجراءات مستعجلة ،لا يترك للمدعي الوقت الكافي لتنظيم أموره وإمكانية تحضير دفاعه فيعد هذا العائق مخالفاً للنظام العام الجزائري،مما يؤدي إلى بطلان الإجراءات هذه .

الفصل الثاني: أن يكون الحكم الأجنبي حائزاً على قوة الشيء المقضي به طبقاً للقانون الذي صدر في ظله

يكون الحكم الأجنبي حائزاً على قوة الشيء المقضي به ،إذا استنفد كل طرق الطعن العادية وغير العادية ، أي يصبح حكماً قطيعاً نهائياً في البلد الذي صدر فيه حتى يكتسب القوة التنفيذية .

فيكون الحكم غير قابلاً للطعن فيه لا بالطرق العادية ، لآن الحكم القابل للطعن غير مكتمل الحجية ولا يستطاع تنفيذه في بلد آخر ،حتى وإن كان معجل النفاذ في البلد الذي صدر فيه إذ قد يتعذر إعادة الحال إلى ما كان عليه، إذا ما ألغي الحكم عند الطعن فيه .

وتكون الأحكام الأجنبية قابلة للتنفيذ في الجزائر ،إذا كانت أحكاما باتة أي لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن المعروفة .

ويتبين لنا من الشرط أن تمتع الحكم الأجنبي بقوة الشيء المقضي به أو عدمه يتوقف على المحكمة التي أصدرته ، وهذا من أجل توفير الاستقرار اللازم ،وتفادي المفاجآت التي تترتب على إلغاء الأحكام غير النهائية في البلد الذي صدرت فيه .

---

(3) أنظر ، محند اسعد ، نفس المرجع السابق ، ص. 79 .

(4) أنظر ، احمد المليجي ، نفس المرجع السابق ، ص. 350 – 351 .

وهكذا فإن الأحكام التي يتوافر فيها قدر من الاستقرار والثبات في الدولة التي صدرت فيها هي التي تكون نافذة في الإقليم الوطني ،وعلى أي حال فإن هذا الحكم يضمن جدية خصومة التنفيذ[1] .

الفرع الثاني

إجراءات الصيغة التنفيذية

إن الإجراء الذي يطلب به الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية ،والأوامر والسندات الأجنبية والقرارات التحكيمية،هو دعوى أساس مهما كانت نوع الصيغة التنفيذية تنازعيه أو ولائية وترفع الدعوى بموجب عريضة تقدم أمام المحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية طبقاً لنص المادة 607 ق إ م و إ ،والأحكام الأجنبية والقرارات التحكيمية والسندات الأجنبية

في الاستئناف في طلبات الصيغة وتكون هذه المحاكم منعقدة في دائرة موطن المدعي عليه ،وعند انعدام الموطن تكون في محل إقامته وفي حالة انعدامها فترفع أمام محكمة المكان الذي يكون فيه تنفيذ الحكم الأجنبي ممكنا ، في حالة تعذر هذا الأمر يمنح للمدعي حق الخيار المبين في نص المادة 607 ق إ م و إ المعدلة، شريطة أن لا يكون تعسفياً.[1]

ولا يثير طلب الصيغة التنفيذية بموجب دعوى أصلية، بل يمكن أن تطلب بموجب طلبات عارضة يتم بمناسبة دعوى أخرى .

بينما في حالة الاستئناف لا يجوز تقديم طلبات جديدة حسب نص المادة 341 ق إ م و إ " لا تقبل الطلبات الجديدة، في الاستئناف ما عدا الدفع بالمقابلة وطلبات استبعاد الإدعاءات المقابلة أو الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير أو حدوث أو اكتشاف واقعه".

---

[1] أنظر ،محمد حسني ، نفس المرجع السابق ، ص. 601 -602.

(1) نصت المادة 607 ق إ م و إ المعدلة " يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية ،أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

وعليه فإن الصيغة التنفيذية لا تمس بمشروعية الادعاء ،فيمكن طلب الصيغة التنفيذية عن طريق تقديم طلبات عارضة أو إضافية ،لإصدار حكم مباشر عوض إصدار أمر بتنفيذ حكم أجنبي . (2)

وفي هذا الصدد يوجد حكم قضائي صادر في 09 / 05 / 1990 وملخص الحكم كالتالي : " من المقرر قانوناً أن الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية أو العقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو قضائيين أجانب ،لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقاً لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائري دون الإخلال بما قد تنص عليه الاتفاقيات السياسية من أحكام مخالفة ،ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه لمخالفة القانون غير وجيه لما كان من الثابت في قضية الحال إن كل الإجراءات اتخذت لتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة العليا والطلاق بالتراضي صفة

قانونية أمام الجهات المختصة ومن ثم احترامها وفقاً لما ينص عليه القانون ومن ثم فإن قضاة المجلس لمصادقتهم على الحكم المستأنف لديهم طبقوا صحيح القانون."(3)

وبهذا تكون الدراسة الإجرائية لموضوع الخلع والطلاق بالتراضي قد استوفت أحكامها ،الأمر الذي يدفعنا إلى أن نختم بالآثار المتعلقة بكل من الخلع والطلاق بالتراضي ،وسيتم ذلك في (المبحث الموالي).

(2) أنظر ، بن صالح إلهام وبن دحمان حياة ، تنفيذ الأحكام الأجنبية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس ،جامعة أبي بكر بلقايد ،1999/1998، ص. 36 .
(3) أنظر ،المجلة القضائية ،العدد 02 ، سنة 1992 ،ص. 20.

المبحث الثالث

آثار الخلع والطلاق بالتراضي

إن كل من الخلع والطلاق بالتراضي يعتبر عند الجمهور نوعاً من الطلاق ،وعلى ذلك يترتب عليهما –كونهما فرقة قضائية – آثاراً منها ما حددها الفقه الإسلامي في كتبه المتنوعة ،ومنها ما حددها التشريع والقضاء رغم تطور مراحله ،أما فيما يخص الآثار المترتبة على الأحكام الأجنبية المتعلقة بالخلع والطلاق بالتراضي ،فهي متوقفة على منحه الصيغة التنفيذية من قِبَل قاضي الدولة المراد إليها التنفيذ ،فقد جاء في التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي على قانون 1989:

"La révision du droit de divorce de 1989 a introduit dans le code civil un certain nombre de nouveautés dont notamment la possibilité pour des parents divorcés (art.

133 al. 3 CC) ou non mariés (art. 298a al.1 CC) de conserver ou d'obtenir une autorité parentale conjointe sur leurs enfants communs".(1)

وعليه سنتعرض في هذا المبحث إلى الآثار المترتبة من حيث الفقه (المطلب الأول) ثم القانون (المطلب الثاني) .وختاماً إلى آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الآثار المترتبة من حيث الفقه

مبدئياً نشير إلى أن كتب الفقه المتخصصة ، لم تشير صراحة إلى الطلاق بالتراضي،لكنها أشارة إلى أنواع مماثلة ،لها نفس الأحكام التي تنطبق عليه، فهو إذاً فُرقة قضائية لها نفس الآثار التي تترتب على الخلع .

وبناءً على هذه الآثار ،نتطرق إلى أنهما لا يتوقفان على قضاء القاضي (الفرع الأول)،كلاهما لا يبطل بالشرط الفاسد الأحكام الاجرائية للخلع والطلاق بالتراضي (الفرع الثاني)،كلاهما مسقط للحقوق والديون (الفرع الثالث)،كلاهما يرتب نفقة العدة والتوارث (الفرع الرابع).

الفرع الأول

أنه لا يتوقف على قضاء القاضي

إذا تلاق الإيجاب و القبول حول مبدأ المخالعة أو الطلاق بالتراضي ،فالخلع شرعاً واقع وما على القاضي إلا تثبيته وإضفاء الرسمية عليه ضماناً لحقوق الطرفين فهو لا يستدعي تدخل القاضي إلا لإثباته بحكم قضائي ، بعد أن يتأكد من توافر شروطه وضمان حقوق الأولاد ،ولا يمكن له أن يبحث في إلتزامات الأطراف طبقاً للمادة 106 ق م ج "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين" ومن

(1) cf. Suzette Sandoz , Le juge dans le droit de la famille ,Paris ,2007,p 01.

ذلك ما جاء في حاشية الدسوقي[1] (جاز الخلع حالة كونه، بحاكم وبلا حاكم)و جاء في المغني(و لا يفتقر الخلع إلى حاكم) نص عليه أحمد فقال :" يجوز الخلع دون السلطان وروى البخاري ذلك عن عمر و عثمان رضي الله عنهما و قال به شريح والزهري و مالك و الشافعي ".

الفرع الثاني

كلاهما لا يبطل بالشرط الفاسد مع استحقاق الزوج للعوض

من آثار الخلع والطلاق بالتراضي أنهما لا يبطلان بالشرط الفاسد، كأن تكون الحضانة هي مقابل الخلع ، و إذا وقع اتفاق بين الزوجين على أن يطلقها مقابل أن تتنازل عن حقها في حضانة الأولاد ،فإن الخلع سيكون صحيحاً وملزماً ، أما التنازل فسيكون باطلاً لأن الحضانة فيها حقاً للطفل ،وعليه فإن المعمول به إذا كان بإمكانها أن تتصرف في حقها كحاضنة ،فلا يجوز لها أن تتصرف في حق غيرها وهو

المحضون[1] ،و عليه نستنتج أن العقد يبقى صحيحاً والشرط الفاسد يفسخ وتجري آثار العقد كالمقابل و غيره .

الفرع الثالث

أنه مسقط للحقوق والديون

إن سقوط الحقوق المالية الثابتة وقت الخلع وحال الاتفاق على الطلاق لكل من الزوجين قِبَل الآخر و المتعلقة بذلك الذي وقع فيه الخلع ،فبالخلع تسقط حقوق الزوجة المالية الثابتة لها في ذمة زوجها ،مثل المهر الذي لم تقبضه ،والنفقة المتجمدة ومؤخر الصداق ، وتسقط به حقوق الزوجة المالية أيضاً وذلك كالنفقة المعجلة التي دفعها الزوج قبل الخلع ،فإنه لا يجوز له أن يطالبها بما عجَّله لها من نفقة عن المدة المستقبلة ،وإذا كان الخلع قبل قبض المهر وقبل الدخول فلا يأخذ منها نصف المهر .

(1) أنظر ،عمر خليل ، نفس المرجع السابق ، ص.213 .
(1) أنظر،عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق، ص. 251 .

أمـا الحقـوق الـتي تثبـت بعـد الخلـع أو الطـلاق بالتراضـي فـلا تسـقط بـالنص عليها،وذلك كنفقة العدة إذا نص على سقوطها في الخلع سقطت ، وإذا لم ينص عليها فـلا تسـقط ونفـس الحكـم في حالـة الطـلاق بالتراضـي، ومثـل ذلـك النفقـة في القـرض والوديعة ،لأنهما أمران لا يتعلقان بالنكاح الذي حصل الخلع فيه ،وإنما سقطت الحقوق الماليـة المـذكورة لأن الغـرض مـن الخلـع إزالـة الزوجيـة ،و قطـع النـزاع بـين الـزوجين ، ولا يتحقق ذلك إلا بسقوط هذه الحقوق المالية السابقة. (2)

الفرع الرابع

أنه يرتب نفقة العدة و التوارث

إذا كان الخلع والطلاق بالتراضي يقع به طلاق بائن فحكمه حكم الطلاق ،فهو يرتب الأحكام التالية من حيث العدة و التوارث:

1- أن الزوجة لها حق النفقة والسكن عند الحنفية.

2- لها السكن و ليس لها النفقة عند الشافعية و المالكية.

3- أن الزوجة ليس لها حق النفقة ولا السكن عند الحنابلة.

إلا أن الرأي الـذي نرجحه مـن بـين هـذه الآراء ،هـو مـا ذهـب إليـه الـدكتور عمـر خليل و هو رأي الحنفية : إذ أن المرأة لا يحق لها أن تتزوج ثانية ،إلا بعد انتهاء العدة و أن العدة كأثر للنكاح و الطلاق ،يجب أن تكون فيها نفقة للمعتدة مهما كان نوع الطلاق ، أما المتوفى عنها زوجها فلا نفقة لها إذا أصبح المال تركة يتعلق به حق جميع الورثة . (1)

المطلب الثاني

الآثار المترتبة من حيث القانون

(2) أنظر ، محمود محمد الطنطاوي ، نفس المرجع السابق ،ص. 237 و 238 .
(1) أنظر ، عمر خليل ، نفس المرجع السابق ، ص. 216 .

على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى آثار الخلع والطلاق بالتراضي في نصوصه، و لم يعرها الاهتمام اللازم بصورة واضحة و دقيقة ، إلا أننا نستخلصها من موضوع القواعد الموضوعية التي اشتمل عليها قانون الأسرة .

الفرع الأول

تقييد الطلاق(الفرقة) بالمحكمة

نص المشرع الجزائري في المادة 49 ق أج بقوله "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر" .

نفهم من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قيد فرقة الطلاق أو ما يدخل في مضمونها كالخلع بالنطق بحكم القاضي في المسألة، حيث أوجب إجراء الصلح في الطلاق بالتراضي وهو

إجراء جوهري سواء كان بطلب من الزوج طبقاً لنص المادة 53 أو بطلب من الزوجة في حدود المادة 54ق أج.

فهنا المشرع لم يعترف بالطلاق أو بالخلع المنطوق به بين الزوجين خارج المحكمة و عليه فالرسمية في الخلع والطلاق بالتراضي أمر قانوني يجب إتباعه .

الفرع الثاني

نفقة العدة و التوارث

أولاً : تنص المادة 61 ق أ ج"لا تخرج الزوجة المطلقة و المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق ".

يفهم من هذه المادة أن الزوجة المطلقة لا تخرج من بيت الزوجية ،و يجب على الزوج شرعاً و قانوناً أن ينفقها وهي في بيتها حتى تنقضي عدتها ويسرحها، هذا عن نص المادة القانونية الصريح.

أما موقف القضاء الجزائري و الذي هو أيضاً كان صريحا في المسألة ،حيث نص في القرار الصادر بتاريخ 10\02\1971 بقوله:[1] "حيث أن كل مطلقة بعد البِناء عليها أن تعتد وهي أثناء هذه المرحلة محبوسة من أجل الزوج ، و على كل مطلق أن ينفق على مطلقته فالنفقة حقاً ثابتاً شرعاً ،من الحقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها ،طلبتها الزوجة أم لم تطلبها ،ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع من بعض الأموال المحددة شرعاً ،أو سمحت بها الزوجة صراحة بخلع ، و المجلس في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالوجه سديد و يتعين رفضه."

إن الخلع غير الطلاق حتى في أحكام العدة ، ويسجل على تشريع الأسرة سكوته في الفصل الثاني أحكام المختلعة ، ودليل اختلاف الأحكام الإجرائية للخلع والطلاق بالتراضي روى عن عبد الله ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس حينما اختلعت من زوجها، جعل النبيρ عدتها حيضة واحدة ، غير أنه يعاب على قانوني الأسرة 84 /11 والأمر 02/05 سكوتهما كلياً على المسألة وأعطى لفرقة الخلع أحكام فرقة الطلاق من حيث العدة وغيرها .

وحيث أننا في إطار التحليل ، نرجح بحكم الإحالة دائماً طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة إلى دراسة دليل مشروعية الخلع .[1]

أما إذا عرجنا على بعض التشريعات العربية في الموضوع نجد ما يلي:

– نص المشرع السوري في المادة 101 (على أنه نفقة العدة لا تسقط و لا يبرأ الزوج المخالع منها إلا أذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة)، إذاً فالمشرع السوري بذلك أوجب لها هذا الحق إلا إذا أسقطته بنفسها .

(1) النشرة القضائية ، قرار صادر بتاريخ :1971/02/10 ، عدد 02 ، أخذاً عن أحمد لعور ونبيل صقر ،نفس المرجع السابق ، ص.66.

(1) أنظر ،عبد القادر بن داوود ،دكتوراه دولة بعنوان : فك الرابطة الزوجية وأثرها في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران ، 2003/2002 ،ص. 129 .

– أما المشرع المصري فلقد نص في القانون 1929/25 :"على أنه لا تسمح الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق " و هنا المشرع نص على أن نفقة العدة في الخلع والطلاق بالتراضي مهما كانت لا تزيد عن سنة [2] .

ثانياً : تنص المادة 132 أ ق ج على أنه :"إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق ،استحق الحي منهما الإرث".

من خلال هذه المادة يتضح أنه إذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت ،وخالعها زوجها على مال أثناء مرضها و قبلت،كما لو أتفقت معه على الطلاق وقع عليها حكم الطلاق البائن كما لو كان الخلع في حالة صحتها ،ويستحق الزوج إذا توفيت الزوجة و هي في عدة مرض الموت المبلغ المتفق عليه مقابل الخلع ، أو ميراثه ، أو ثلث تركتها لو كانت وصية .[3]

الفرع الثالث

التعويض عن الخلع التعسفي

انطلاقاً من قاعدة (لا يجوز التعسف في استعمال الحق) ،فنقول ورأينا صواب يحتمل الخطأ،أن الشرع و التشريع أجمعا على أحقية الخلع بالنسبة للزوجة ، فلا يحق لها استعماله في غير مجاله الشرعي و التشريعي ، حيث أن المستأثر بالحق عليه أن يستعمله إستعمالاً في محله ، فحتى لا يتعسف الزوجات في طلب الخلع من الرجال لأتفه الأسباب ،وخصوصاً العاملات منهن ،أي اللواتي يقدرن على دفع بدل الخلع وحتى لا نتهم النساء وحدهن ونكون عادلين موضوعيين في الدراسة ،فلا الرجال يحق لهم التعسف في تسليط عصا الطلاق على أعناق النساء، ولا النساء يحق لهن التعسف في بسط سيف الخلع على أعناق الرجال.

المطلب الثالث

(2) أنظر ،عمر خليل ، نفس المرجع السابق ، ص. 218 .
(3) أنظر ،بلحاج العربي ، نفس المرجع السابق ، ص.270.

آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية

إن تنفيذ الحكم الأجنبي متوقف على منحة الصيغة التنفيذية من قبل قاضي الدولة المراد إليها التنفيذ . وتضفي الصيغة التنفيذية على الحكم الأجنبي حجية الأمر المقضي به والقوة التنفيذية له .ولقد أثار جدال فقهي في فرنسا حول مدى تمتع الحكم الأجنبي بالحجية ،حيث يرى البعض أنه يتمتع بها دون الحاجة لصدور أمر بتنفيذه ،بينما أنكر البعض الآخر عليه هذا الأثر إلى حين استصدار الأمر بالتنفيذ .

أما فيما يخص القوة التنفيذية ،فقد لجأ الفقه للتفرقة بين حجية الحكم وقوة التنفيذ إلى أحكام مالية وغير مالية ،وبين أحكام منشأة ومعلنة حسب الحجية السلبية و الايجابية للأحكام. [1]

بينما الحكم المجرد من الصيغة التنفيذية فلا يرتب أي اثر إلا بوصفه واقعة أو سند وسنعرض آثار الحكم الأجنبي المزود بالصيغة التنفيذية (الفرع الأول) ،ثم آثاره عندما يكون مجرداً منها(الفرع الثاني) .

الفرع الأول

آثار الحكم الأجنبي المزود بالصيغة التنفيذية

لم يعالج المشرع الجزائري أثار الأحكام الأجنبية عموماً في مجال الأحوال الشخصية بوجه خاص ،بل أحال ذلك إلى الممارسات القضائية نظراً لصعوبة تحديد هذه الآثار ،ولكن القضاء الجزائري إستقر على أنه لا يرتب الحكم الأجنبي حجية الشئ المقضي به والقوة التنفيذية إلابعد شموله على الصيغة التنفيذية من قبل المحاكم الوطنية بعد التحقق من توافر الشروط المنصوص عليها . [1]

---

(1) انظر ، عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج 20 ،ط 9، الهيئة العامة المصرية للكتاب القاهرة، سنة 1986، ص. 834 .

(1) أشار إلى ذلك : عز الدين عبد الله، نفس المرجع السابق ، ص. 835.

ويقصد بالأمر بالتنفيذ منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي من قبل المحاكم الوطنية المراد فيها التنفيذ ،وهذا ما نصت عليه المادة 602 ق إ م و إ " لكل مستفيد من سند تنفيذي الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 601 أعلاه تسمى "النسخة التنفيذية" ولا تسلم إلا للمستفيد شخصياً أو لوكيل عنه بوكالة خاصة ".

وتعد القوة التنفيذية وحجية الأمر المقضي به مظهراً من مظاهر السلطة الآمرة في الدولة لأنها تقضي بصدور نسخة تنفيذية من أجل تنفيذ الحكم جبراً عند الاقتضاء طبقاً لنص المادة 609 ق إ م و إ، وذلك أن الحجية تمنع القضاة من إعادة النظر في النزاع الذي فصل فيه من قبل قضاة أجانب ،لأنه قرينة حقيقية على السلامة العامة التي تقضي بوضع حد للخصومة ، فتكون هذه القاعدة من قواعد الأمن المدني ، وفيما يخص القوة التنفيذية فإنها تعد وسيلة يمكن بواسطتها تنفيذ الحكم الأجنبي عن طريق والفاصل عادية مقررة في القانون الجزائري بغض الأحكام الإجرائية للصلح والطلاق بالتراضي

أولاً: حجية الشيء المقضي به

لقد أثارت هذه النقطة جدلاً فقيهاً ، حيث وُجد رأي يدافع عن الاعتراف بحجية الأمر المقضي به للحكم الأجنبي الصادر باسم سيادة دولة أجنبية .وتقوم هذه الحجية على مصلحتين عامة وخاصة ،بينما استند الرأي الآخر إلى فكرة العقد القضائي ،فمتى انعقدت الخصومة بين الزوجين ترفع الدعوى التي نشأت بين الخصوم بموجب عقد يربط أحدهما بالآخر ويلتزم كلاهما بالانصياع للحكم القضائي ،وهذا العقد ينشأ في مجلس القضاء ويستمد سلطته للفصل في الخصومة ، مع الاعتراف للخصم بحق الاحتجاج على الحكم ،غير أن هذا الرأي تعرض للنقد لأن الفصل في الخصومة ليس عقداً ،ذلك أن العقد ينص على التراضي بينهما في حكم أساسه تبيان ولاية القضاء عن طريق المحاكم .

وأستند رأي آخر على فكرة المجاملة الدولية كأساس يستند إليه من أجل الاعتراف بالحجية للحكم الأجنبي الصادر في إطار فك الرابطة الزوجية ،أو مبدأ احترام الحقوق المكتسبة أو التضامن الدولي ، ويترتب عليه أن الحجية تحدث آثارها في الأساس ،قبل إعطاء الصيغة التنفيذية ،أو دون الحاجة لهذا الإجراء . ولكن إذا ما أخذنا بصحة هذا القول فكيف نقول انه يتمتع الحكم الأجنبي بالحجية من جهة ويطلب الصيغة التنفيذية من ناحية أخرى ،لأن هذا يفترض فيه القابلية للتنفيذ مباشرة خصوصاً إذا تعلق الأمر بحقوق طرف ضعيف كنفقة أو مسكن الزوجة أو الأبناء.[1]

ولكن المهم والمعمول به في أغلبية الدول أن الحجية تنجم عن إمهار الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية ،فلا يمكن الاعتراف له بهذا الأثر ،إلابعد صدور هذه الصيغة وبالتالي لا يعتد بالآثار التي قد يرتبها الحكم الأجنبي،إلا من وقت صدور الأمر بالتنفيذ الذي تمنحه المحاكم الجزائرية. [2]

ثانياً : القوة التنفيذية

إن الهدف الرئيسي من طلب الأمر بالتنفيذ ،هو الحصول على القوة التنفيذية في البلد المراد فيه تنفيذ الحكم الأجنبي بمجرد حصول هذا الحكم على الصيغة التنفيذية،فإنها تستعمل كافة الوسائل لتنفيذ الحكم.ولقد نصت المادة 601 /2ق إ م وإ بقولها "...في المواد المدنية: وبناء على ما تقدم ،فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعوا وتأمر جميع المحضرين، وكذلك الأعوان الذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم، القرار...وعلى النواب العاملين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم سديد المساعدة لتنفيذه

(1) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص. 836.
(2) راجع الدكتور محند اسعد المرجع السابق ص. 87.

بالقوة عند الاقتضاء ،إذا طلب منهم ذلك بصيغة قانونية .وبناءً عليه وقع هذا الحكم على هذه الوسائل" [1].

فالأصل أن الحكم الأجنبي لا ينفذ بقوة القانون في الدول غير المصدرة للحكم لأنه يعد مظهر من مظاهر السيادة ولكن تحقيق العدالة على الوجه الكامل يقتضي من المحاكم الوطنية تنفيذ الحكم الأجنبي حتى ولو اقتضى الأمر اللجوء إلى القوة العمومية وتعطى القوة التنفيذية للحكم الأجنبي من وقت صدور الأمر بالتنفيذ ،لأن هذا الأمر منشأ وليس كاشف فبمجرد صدوره يصبح الحكم الأجنبي قابلاً للتنفيذ بكل الوسائل التي تنفذ بها الأحكام الوطنية .

هذا ما أكدت عليه المادة 2/24 من الاتفاقية الجزائرية المغربية المؤرخة في 15 يناير 1969 والتي نصت بما يلي " ويسمح للحكم الذي أصبح نافذاً بأن ينتج أثره ابتداء من تاريخ الحصول على الأمر بالتنفيذ وبخصوص تدابير التنفيذ نفس النتائج التي منحت أمر التنفيذ عند تاريخ الحصول عليه".

لقد اعترف المشرع الجزائري بالنفاذ المؤقت للحكم الأجنبي في المادة 10 من المرسوم رقم 88-14 المؤرخ في 26 يوليو 1988 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة

بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال حيث قضت بما يلي " يصدر الحكم القضائي الذي ينص على الاعتراف بحق الزيارة فيما بين حدود البلدين وتنفيذها في صيغة نفاذ مؤقت رغم ممارسة أي حق في الطعن".

كما نصت المادة 8 من نفس المرسوم على التنفيذ الفوري للأحكام المتضمنة حق الزيارة وهذا بنصها على ما يلي " إذا لم يرد الطفل الذي اخذ إلى البلد الآخر إلى الوالد الخاص ، عند انتهاء فترة الزيارة فيما بين حدود البلدين التي حددتها السلطة القضائية

---

[1] نصت المادة 320 /2 على ما يلي : على جمع أعوان التنفيذ هذا الحكم إلى أخره على النواب العموميين وكلاء الدولة لدى المحاكم مؤدية المساعدة الأزمة لتنفيذ بقوة عند الاقتضاء إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية وبناء عليه وقع هذا الحكم :

القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين الحدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري ، وهذا رغم أي حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص الطفل".[1]

الفرع الثاني

آثار الحكم الأجنبي المجرد من الصيغة التنفيذية

الأصل العام أن الحكم الأجنبي لا ينتج أثاره ،إلا بعد حصوله على الصيغة التنفيذية ،غير أن هذا لا يمنع من الاعتراف له ببعض الآثار، دون الحاجة إلى صدور الأمر بتنفيذه ،وهذا بوصفة سنداً صادراً عن سلطة عامة مختصة ،يستعمل كوسيلة إثبات سواء للحقوق أو الأوضاع القانونية التي كرسها ،أو بوصفة كواقعة يمكن الرجوع إليها بحكم العلاقة القانونية التي صدر الحكم بشأنها ، ويترتب على هذا أن الحكم الأجنبي ينشئ حالة جديدة إذا كان معترف به إذا كان من قبل الدولة المراد إليها التنفيذ[2].

أولاً : اثر الحكم الأجنبي كواقعة

يمكن النظر للحكم الأجنبي الذي لم يصدر الأمر بتنفيذه ،على أساس أنه واقعه يترتب عليها بهذا الوصف أثار تخص العلاقة القانونية التي صدر الحكم بشأنها،وتختلف هذه الآثار عن تلك التي يولدها الحكم الأجنبي ،بوصفه حكماً في البلد الذي صدر فيه. ولا يعتد بهذا الوصف باعتباره واقعة بسيطة يرتب عليها القاضي ما يقرره من نتائج ،بل أنه لا يترتب إلا النتائج التي تتعارض مع آثار الحكم في البلد الأجنبي [1]. والقاضي يأخذ الحكم كواقعة فلا يراقبه ولا يراجعه لأنه ليس بصدد تقرير الآثار القانونية ، ويترتب على اعتبار الحكم الأجنبي واقعة النتائج التالية :

---

[1] انظر الجريدة الرسمية العدد 30 سنة 1988

[2] انظر ، أدواره عيدة ، أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ ، ج 20 ، مطبعة المتنبي القاهرة ، سنة 1996، ص.338.

[1] راجع عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص. 856 -857.

– القاضي عند تطبيقه الحكم كواقعة لا يبحث إذا ما كان عادلاً أو منطقياً ،بل ينظر إليه نظرة عالم إجتماعي ،في حالة تمسك الخصوم بالقانون الأجنبي ، ولكنه في حالة عدم تمسك الأطراف بهذا الأخير لا يستطيع القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

– يجب على الخصوم الذين تمسكوا بالقانون الأجنبي إحترام درجات التقاضي فعليهم أن يتمسكوا به أمام محكمة درجة أولى ،ثم عند الاستئناف في المجلس القضائي يقع عبأ إثبات القانون الأجنبي كواقعة على الخصوم لأن القاضي غير ملزم بمعرفته وهذا لعدم اعتباره قانوناً[2] .

ثانياً : الحكم الأجنبي كسند

يكون للحكم الأجنبي قبل صدور الصيغة التنفيذية قوة الإثبات بوصفه سنداً رسمياً محرراً من قبل سلطة عامة ،غير أنه تحتاج هذه القوة إلى بيان ،إذ يجب أن يكون قد حرر وفق أحكام القانون الأجنبي عموماً في مجال فك الرابطة الزوجية ألا يتناف والنظام العام للدولة المراد تطبيقه فيها ، ويراد بهذا الحكم مجرد دليل يضاف إلى وسائل الإثبات الأخرى كاليمين وسماع الشهود والإقرار ، ويعتبر الحكم بصفة عامة دليلاً على محتوياته، ولكن القاضي الجزائري غير مجبر على الاعتراف بهذه القوة الثبوتية بل له حرية تقديرها كإثبات في الحكم الأجنبي ،لان هذا الحكم يعد مجرد سند وليس محرر رسمي[3] .

---

[2] انظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1980،ص .340.

[3] انظر، ادوارد عيده ،نفس المرجع السابق، ص.350 .

الخاتمة

خاتمة

من خلال ما تم عرضه ، يتضح جلياً مما لا يدع مجالاً للشك ،أن المشرع الجزائري قصَّر عموماً في إطار تحديده للخلع،وخصوصاً لما حدد المادة 51 ق أ ج فقط له ،ومن خلال تحديده المادة 48 معدلة بالأمر 05-02 لأنواع الطلاق عموماً،وخص الطلاق بالتراضي بل مرَّ عليه مرور الكرام ، هذا رغم أن قضايا الطلاق أو الخلع المعروضة أمام محاكمنا قد يدوم الفصل فيها مدة أشهر بكاملها ،مما يسبب أحياناً ضرراً للزوجة أو الأطفال أو غيرهم ، هذا من الناحية الموضوعية البحتة.

وتفريعاً عن هذا فقد أصبح من اللازم النظر من طرف دوي الاختصاص ،في التشريع الأسري الحالي الصادر بالأمر05-02 ،فهو عموماً يتضمن النصوص الموضوعية دون أن يتضمن النصوص الإجرائية (*Texte de procédure*)التي تقتضيه من حيث الشكل ،حيث أن جانب الطلاق أو الخلع يندرجان ضمن آليات فك الرابطة الزوجية ،هذا دون أن ننكر الدور الإيجابي الذي لعبه المشرع الجزائري حديثاً من خلال تعديله لقانون الإجراءات المدنية الصادر بالأمر66- 154، بالقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير2008 ،حيث خص الكتاب الثاني منه للإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية وأفرد الفصل الأول منه للإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة ،وبهذا يكون المشرع قد استجاب للنداءات الصارخة والرامية إلى إحداث قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة.

هذا ومن بين إيجابيات المشرع في هذا التعديل أنه ولأول مرة ،قد نظم الإجراءات المنظمة للطلاق بالتراضي تفصيلاً، وعلى انفراد وخص 9 مواد لتوضيح آليات التقاضي فيه ،من المادة427 إلى المادة 435 ،هذا مما يبرز الأهمية الكبيرة لهذا النوع من الطلاق، نظراً للجوء الغالبية إليه من جهة ،ونظراً لأنه النوع الوحيد الذي يختصر طول أمد النزاع ،ويكرس المساواة والرضائية في الفرقة بين الزوجين.

أما من جهة أخرى فإن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه وبالرغم من استحداثه لقانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة ،إلا أنه لم يضمِّن التعديل الجديد إجراءات فك

خاتمة

الرابطة الزوجية بالخلع، هذا ما قد يفتح المجال أمام تضارب الأحكام أمام القضية الواحدة .

إنني في ختام هذه الدراسة المتواضعة ،وجدت في نفسي العديد من النقاط التي لا بد أن أشير إليها كنتائج تتمثل فيما يلي :

1) تكوين قضاة لهم الدراية الواسعة والكافية بشؤون الأسرة بوجه خاص ،لأن الخطأ في مسألة أو قضية لا يمس أطرافها فحسب ، بل يتعداه إلى أبعد من ذلك ،فيجب على

القضاة أن يكونوا ملمّين بأحكام الشريعة الإسلامية،نظراً لارتباط القانون بها ارتباطاً وثيقاً طبقاً للمادة 222 ق أ ج.

2) إيجاد أخصائيين نفسانيين و اجتماعيين ،يوضعون تحت تصرف القاضي المختص بشؤون الأسرة . من شأنهم أن يبينوا له الاتجاه الصحيح الذي يسلكه ، و ذلك باعتماده على تقارير في المسائل الفنية التي يصعب عليه معرفتها بنفسه ،خصوصاً في مسائل فك الرابطة الزوجية ، ففي الخلع قد تدعي الزوجة بُغض زوجها فترد له صداق المثل و تتشتت الأسرة ،من أجل أن تتزوج هذه المرأة برجل آخر ،ولربما غرر هذا الأخير بها ؟!

3) يتوجب على المشرع استكمال المادة 54 من الأمر 05-02 بمواد أخرى لتوضيح الأحكام المتعلقة بمخالعة الزوجة الرشيدة ،والتي دون سن الرشد، كذلك أن لا يتعلق الخلع بحق من حقوق الأطفال ،وأن لا يكون مقابل الخلع حضانة الأطفال...إلى غير ذلك من الأمور التي يجب على المشرع أن يوضحها في مواد قانونية واضحة ،مما لا يدع مجالاً للتأويل ولتضارب الأحكام القضائية في المسألة الواحدة ،(على غرار المشرع المغربي ، الظهير الشريف رقم22-04-1 الصادر بتنفيذ قانون رقم 03-70 03 فبراير 2004 حيث أفرد للخلع وحده 06 مواد من المادة 115 إلى المادة 120 هذا على عكس المشرع الجزائري الذي خصص له المادة 54 فقط.

4) يتوجب على المشرع أن يضمّن قانون الإجراءات الخاص بشؤون الأسرة مواداً يوضح من خلالها آليات التقاضي حالة كون أحد أطراف العلاقة أجنبياً (تحديد القانون واجب التطبيق) ،وذلك بقصد تجميعها في نصوص خاصة، حتى يسهل اللجوء إليها من طرف القاضي والمتقاضي هذا من جهة ،ومن جهة أخرى لكون أن النزاعات الأسرية ذات طابع خاص لتعلقها بالنظام العام والمراجعيات الدينية ،فوجب على المشرع ألا يترك هاته النصوص مبعثرة في الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية منها،وكذا نصوص القانون المدني ، وذلك لما للمسألة من حساسية بحكم الموروث الحضاري والجواري.

5) على المشرع أن يفكر في الزوجة التي لا تقدر على تسديد العوض ،فإذا كانت الزوجة العاملة ،أو ذات الثروة بمقدورها أن تسدد العوض الذي يطلبه الزوج ،فلماذا لم يفكر المشرع في الزوجة التي لا تقدر على تسديد العوض؟ وأقصد هنا الزوجة الفقيرة الماكثة في البيت إذا بغضت هي كذلك زوجها ولم تطق العيش معه ، كيف تمارس حق المخالعة يا ترى ؟.في هذه النقطة يستحسن إستحداث صندوق خاص لتمويل الزوجات الفقيرات الماكثات بالبيت بالنفقة في حالة الطلاق ،وكذا لتسديد بدل الخلع في حالة المخالعة للافتداء بأنفسهن إذا لم تجد من يعيلها على ذلك ولم تتوفر إحدى أسباب التطليق.

وحتى نكون موضوعيين في هاته الدراسة ،نشير إلى أن المشرع فك تناقضاً أخلط أوراق القضاة في العديد من المرات ،حال تعديله المادة 54 من الأمر 05-02 وذلك حين نص بقوله "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي..." فقبل التعديل كان هناك إختلاف قضائي ،وجدال في المادة 54 إن لم نقل أن هذا مما أفرز شبه تداخل بين الخلع والطلاق بالتراضي ،ولكن بعد تعديل المشرع لنص المادة 54 صار الفَرق بين الفُرْقَتين واضح .

وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري ،في تنظيمه القانوني للخلع مؤخراً سيمكنه أن يحقق الكثير من الإنصاف للمرأة التي لا تجد نفسها محرومة ،من فرقة زوج تبغضه ولا تطيق العيش معه ، بل أكثر من ذلك أن العيش مع هذا الزوج قد يدفعها لارتكاب محرماً ،وبالتالي تكون قد خالفت قوله تعالى:" فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ."[1]

خاتمة

ويبقى لنا أن نتساءل أخيراً إلى متى يفك المشرع الجزائري الابهامات الواردة في نصوصه والمتعلقة بفك الرابطة الزوجية عموماً ،والخلع بوجه خاص؟ ومتى يتحرر التشريع الأسري الجزائري بمسايرته للقوانين العربية ،والأجنبية الأخرى، واستلهام الحلول منها ، من الناحية التقنية ،الفنية والإجرائية البحتة .

(1) سورة البقرة ،الآية 229 .

قائمة المراجع

أولاً:القرءان الكريم برواية ورش عن نافع .

ثانياً:المراجع بالعربية

1-الكتب العامة :

1. ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري على شرح صحيح البخاري ، ب س ط، ج 09.

2. أدواره عيدة ، أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ،ج 20،مطبعة المتنبي القاهرة ،سنة 1996.

3. أحمد بن غنيم بن سالم ، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني ، المجلد 03 مكتبة الثقافة الدينية سنة 1984.
4. أحمد لعور – نبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة ، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،طبعة 2007.
5. احمد المليحي ، إشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ الموضوعية ،دار النسر الذهبي للطباعة بيروت ، ب س ط.
6. الشيخ شمس الدين ،قانون الأسرة والمقترحات البديلة ،من رسائل الإسلام والمجتمع ،طبعة الأولى ،جانفي 2003.
7. إسعاد محند – القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين" ج1 ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط1989 .
8. أعراب بلقاسم – القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين) ،دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر، 2001 .
9. أنور العروسي ، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2001 .
10. بوبشير محند أمقران ، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى ، نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية) ط2001 ، ديوان المطبوعات الجامعية.

11. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، ط4 ، 2005 .
12. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2005.
13. بن عبيدة عبد الحفيظ ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2004 .
14. زروال عبد الحميد ، دروس وتطبيقات في الكفاءة المهنية للمحاماة ، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2004.

15. حمدي باشا عمر ، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004

16. طاهري حسين ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية مدعماً باجتهاد المحكمة العليا ، ط02، جديدة ومنقحة وفقا لأحدث النصوص القانونية ، دار الريحانة للنشر والتوزيع ، الجزائر ،2004.

17. طاهري حسين ، المرشد القانوني للمتقاضي،ج1،دار المحمدية العامة، الجزائر1996.

18. لوعيل محمد الأمين ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر2004.

19. يوسف نجم جبران ، طرق الاحتياط والتنفيذ ، ط2 ، منشورات عويدات بيروت،1981.

20. يوسف جبران ، طرق الاحتياط والتنفيذ ، ط2 ،ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر، بدون سنة طبع.

21. يوسف دلاندة ، قانون الأسرة مدعم بالاجتهادات القضائية وفقاً لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ،2006.

22. لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، ج01، دارهومة.

23. محمد حسنين، التنفيذ القضائي في قانون الإجراءات المدنية ،مكتبة الفلاح الكويت ط2 ،1984.

24. محمود محمد الطنطاوي ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، طبعة 1979.

25. محند اسعد، القانون الدولي الخاص (القواعد المادية)، ج02،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،1989.

26. محمد حسني ،التنفيذ القضائي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ،ط1 ،مكتبة الفلاح الكويتي ، 1984.
27. محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات ،دار الفكر العربي ،1982.
28. نصر الدين ماروك ، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق ، مقال بمجلة الموسوعة القضائية الجزائرية ، العدد الرابع ، سنة 2004.
29. صوفي أبو طالب ، الطلاق بين الشريعة والقانون الروماني ،ج02 ، ب س ط .
30. فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، ج01 ، المؤسسة الوطنية للكتاب،طبعة1986
31. عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ج02،ط5 المطبعة الجديدة دمشق ،1987 ، 1989 .
32. عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً ، الجزء1 دار الفكر العربي القاهرة ، طبعة 1984.
33. عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة 3 ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ،1996.

34. عبد الحكيم فودة ، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1998.
35. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، سنة 2005.
36. عبد رب النبي علي الجارحي ، الزواج العرفي وزواج المسيار ، دار الروضة للنشر والتوزيع ، القاهرة 1998.
37. عليوش قربوع كمال ،القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين) ،ج 1 . دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى سنة 1996.

38. عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، الجزائر 2003.
39. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1980.
40. عمر بن سعيد ،الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام قانون الأسرة ،دار الهدى عين مليلة الجزائر ،سنة 2004.
41. سامي منصور والدكتور عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ،الدار الجامعية بيروت ، ب س ط .
42. دنوني هجيرة ، محاضرات في قانون الأسرة المقارن ألقيت على طلبة الماجستير تخصص قانون الأسرة ، جامعة أبو بكر بلقا يد ،تلمسان ،2006-2007.
43. يوسف فتيحة ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ،السنة الأولى ماجستير تخصص قانون الأسرة ،جامعة أبي بكر بلقايد ،تلمسان،2007/2006.

2 - الكتب المتخصصة:

1. أحمد نجيب الغزالي ، الطلاق الانفرادي وتدابير الحد منه في الفقه الإسلامي والشرائع اليهودية والوضعية والتقنينات العربية المعاصرة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2001.

2. باديس ذبياني ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري دار الهدى عين مليلة 2007.
3. محمد كمال إمام ، الطلاق عند المسلمين(دراسة فقهية و قانونية)دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
4. عامر سعيد الزيباري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،طبعة 1996، دار بن حزم ب س ط .
5. علي حسب الله ، الفرق بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب ، دار الفكر العربي ، ب س ط .

6. مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ب س ط .
7. محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ط2 ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، سنة 1997.
8. عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ط 2 دار الفكر العربي، سنة 1978.
9. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج 20 ،ط 9، الهيئة العامة المصرية للكتاب القاهرة سنة 1986.

ثالثا-المراجع بالفرنسية :

1/ *les ouvrages:*

1. Emmanuelle Ausina , Actualités juridiques en droit de la famille , Pascal Lalère - Réussir son divorce- Ed° Delmas Express 2004.
2.Hugues Fulchiron , L'Etranger En France, Face Au Regard Du Droit,, Ronéo ,Paris , 1999.
*3.Patrick Courbe ,Divorce Et Séparation De Corps ,Rouen France,,*1998
4.Suzette Sandoz , Le juge dans le droit de la famille, Paris ,2007

2/ les Encyclopedies :

- Encyclopedie libber Wikipedia - www. Wikipedia .org

3/ les articles :

1-Dina DARWICH,Divorce à l'égyptienne :la fin du monopole masculin , le Quotidien d'Oran ,du 18/01/2001.
2- Bouchareb Hafida , Les Effets Du Divorce En Droit International Dans Les Rapports Entre Les Etats Européens Francophones Et Les Etats Maghrébins , Www.ulb.ac.be/soco/colloque rabat/papiers/articles définitifs/RS2

4/ les lois :

- loi N°2004-439. J.O.122 Du 27 Mai 2004 Relative au divorce en France.

رابعا:الرسائل والمذكرات

1-رسائل الدكتوراه:

1. عمروا خليل ،رسالة دكتوراه بعنوان(فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة والفقه الإسلامي) ،كلية الحقوق ، جامعة سيدي بلعباس ، 2007/2006.
2. عبد القادر داودي ، رسالة دكتوراه بعنوان (مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي) الجزء الثاني ،كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ،جامعة وهران السانية 2004-2005 .
3. عبد القادر بن داوود ، رسالة دكتوراه بعنوان(فك الرابطة الزوجية وأثرها في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة وهران السانية ، 2003/2002.

2-مذكرات ماجستير

1. بن عومر محمد الصالح ، القضاء الإستعجالي في شؤون الأسرة ، رسالة ماجستير في قانون الأسرة ، المركز الجامعي –بشار- ،2007/2006.
2. نور الدين عماري ، الخلع والتطليق في التشريع الجزائري ،رسالة ماجستير في قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار ، 2008/2007 .

3-مذكرات الليسانس

1. بن صالح إلهام وبن دحمان حياة ، تنفيذ الأحكام الأجنبية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس ،جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان- ،1999/1998.

خامسا :الموسوعات

1. أحمد لعور – نبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة ، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ،2007 .
2. محمد إبراهيم الحنفاوي ، الطلاق ، الموسوعة الفقهية الميسرة ، مكتبة الإيمان بالمنصورة.

سادسا : المقالات والتعاليق

1. جريدة الشروق اليومي ،" ساركوزي على خطأ وسيسيليا تؤكد خيانتها الزوجية " صادر بتاريخ 2007/10/19.

2. تشوار حميدو زكية ،" الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ج 41 – عدد 02، جامعة الجزائر،2003 .
3. مبروك المصري ، مقال بعنوان "تأملات في قانون الاسرة الجزائري " ، الملتقى السنوي السادس عشر للعلامة الشيخ سيدي عبد القادر بن محمد، تحت عنوان "فقه الأسرة ودوره في بناء الحضاري للأمة " ، زاوية سيد الشيخ ،بلدية فقارة الزوى ، دائرة عين صالح ،2005 .
4. عبد الفتاح تقية ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة ، بن عكنون ،الجزائر،2005.

سابعا : المجلات القضائية

1. المجلة الجزائرية ،قرار مجلس قضاء تلمسان الصادر بتاريخ 06 جويلية 1967 ، عدد 04.
2. النشرة القضائية ، قرار صادر بتاريخ :1971/02/10 ، عدد 02 .
3. المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية ،1982/02/08 ملف رقم :26709 نشرة القضاء 1982 .

4. المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية ،1984/06/11 ،ملف رقم :33650 ،م ق عدد 03،1989
5. المجلة القضائية ،قرار رقم 54 – 288 صادر عن المحكمة العليا ، المؤرخ في 1989/02/29 ، عدد 04 1990 .
6. المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية ،1988/01/21 ،ملف رقم :51728 ،م ق عدد 03 ،1990.
7. المجلة القضائية ،قرار المجلس الأعلى رقم 51588 الصادر بتاريخ 1989/05/29 عدد4 1991 .

8. المجلة القضائية ،قرار مؤرخ في 1988/07/18 ،ملف رقم 49858 ، العدد الأول 1992.
9. المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1992 .
10. المجلة القضائية ،قرار رقم 55706 ، صادر عن المحكمة العليا ، مؤرخ في 1989/12/11 ، عدد 01 ،1992
11. المجلة القضائية ،قرار رقم 91144 الصادر بتاريخ 23-06- 1993 عن المحكمة العليا قضية (ف ش ضد ب ع) العدد الأول 1994 .
12. المجلة القضائية ،قرار رقم 144 – 91 صادر عن المحكمة العليا ، المؤرخ في 1993/06/23 ، عدد 01 1994 .
13. المجلة القضائية ،قرار رقم 86305 صادر بتاريخ 1992/10/27 عن المحكمة العليا قضية (زم – ضد – ح م) – العدد الأول ، 1995 .
14. المجلة القضائية ،قرار رقم 865 – 150 صادر عن المحكمة العليا ، المؤرخ في 1998/02/25 ، عدد 01 ، 1998 .
15. المجلة الصادرة عن المحكمة العليا ،الاجتهاد القضائي ، عدد خاص ،2001.
16. المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية 1992/07/12 ملف رقم :83603 المجلة القضائية 2001 عدد خاص بالجهاد القضائي

17. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،قرار رقم :243943 بتاريخ 2000/05/23 ،قضية (وب ر ب ع) ضد (ع س ع ب م) ،عدد خاص، 2001 .
18. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص 2001 .
19. مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية ،نصر الدين ماروك ، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق ،العدد الرابع ، 2004.
20. مجلة الإتحاد ، العدد 11850 ، الصادر يوم السبت 06 ذي الحجة 1428 هـ الموافق لـ :15ديسمبر 2007.

21. قرار رقم 136791 المؤرخ في :1996/04/23 صادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية غير منشور .

ثامناً : المصادر (النصوص القانونية)

1- المغربية :

- القانون رقم 70/03 الصادر بمقتضى الظهير شريف رقم 1/04/22 بتاريخ 2004/02/03 يتضمن الأسرة وفق آخر التعديلات .

- القانون رقم 72/03 الصادر بمقتضى الظهير شريف رقم 1/04/23 بتاريخ 2004/02/23 المعدل والمتمم لقانون المسطرة المدنية المغربي .

2- المصرية :

- القانون رقم 01 لسنة 2000 يتضمن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

3- التونسية :

- الأمر العلي ، قانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 والمتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي.

4- الجزائرية

- المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في26 يوليو 1988 ،الجريدة الرسمية العدد 30 لسنة 1988.

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المعدل والمتمم بالقانون 08-10 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008 .

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005 .

– الأمر الرئاسي رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2005.
– الاتفاقية الجزائرية المغربية المؤرخة في 15 يناير 1969 ، الجريدة الرسمية العدد 30 لسنة 1988.
– القانون رقم 63/224 الصادر في 29 جوان 1963 والمتضمن تحديد سن الزواج ،الجريدة الرسمية رقم 44 ،المؤرخة في 02جويلية 1963.

الفهرس

مقدمة.....01

الفصل الأول :الأحكام الموضوعية للخلع والطلاق بالتراضي 06

المبحث الأول : فك الرابطة الزوجية بالخلع

.....07

المطلب الأول :مفهوم

الخلع.....08

الفرع الأول : تعريف الخلع وأسبابه 08

أولاً : تعريف الخلع 08
ثانياً : أسباب الخلع
.....11
الفرع الثاني : تطور الخلع في القانون الجزائري
.....12
أولاً :مرحلة ما قبل صدور قانون 11/84.....12
ثانياً : مرحلة ما بعد صدور قانون 11/84.....14
ثالثاً :مرحلة تعديل القانون بالأمر 05/02المؤرخ في فبراير
2005.....16
الفرع الثالث : مشروعية الخلع.....17
أولاً : مشروعية الخلع في القرآن
الكريم.....17
ثانياً : مشروعية الخلع في السنة النبوية الشريفة
.....18
ثالثاً : مشروعية الخلع في
الإجماع.....19
المطلب الثاني : أركان الخلع والفرق بينه وبين بعض المشتبهات به
.....20
الفرع الأول : أركان الخلع.....20
أولاً :الصيغة 20
ثانياً : الزوجان. 23
ثالثاً: البدل(العوض) 25

الفرع الثاني : الفرق بين الخلع وبعض المشتبهات به.....28
أولاً: الفرق بين الخلع والطلاق على مال 28
ثانياً : الفرق بين الخلع وطلاق التفويض الزوجي.....29

المطلب الثالث : تكييف الخلع.....30
الفرع الأول : التكييف الشرعي للخلع.....30
أولاً : الخلع عند المالكية.....30
ثانياً : الخلع عند الشافعية.
.....31
ثالثاً الخلع عند الحنفية
.....32
رابعاً : الخلع عند الحنابلة
.....34
الفرع الثاني : التكييف القانوني للخلع 35
أولاً : الخلع في التشريع الجزائري
.....36
ثانياً : الخلع في بعض التشريعات العربية
.....37
المبحث الثاني : فك الرابطة الزوجية بالتراضي
.....39
المطلب الأول : مفهوم الطلاق بالتراضي 39

الفرع الأول : مقصود الطلاق بالتراضي. 40
أولاً: تعريف الطلاق بالتراضي 40
ثانياً : أسباب الطلاق بالتراضي 41
ثالثاً : مبررات الطلاق بالتراضي 42
الفرع الثاني : الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري 43
أولاً : الإطار التشريعي للطلاق بالتراضي.....43
ثانياً : الإطار القضائي للطلاق بالتراضي.....44
المطلب الثاني : الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات القديمة
.....46
الفرع الأول : الطلاق بالتراضي لدى اليونان والرومان 47
أولاً :مدى وجود الطلاق بالتراضي لدى اليونان.....47
ثانياً: الطلاق بالتراضي لدى الرومان. 47
الفرع الثاني : الطلاق بالتراضي لدى اليهود والمسيح 48

أولاً : الطلاق بالتراضي لدى اليهود 48
ثانياً : الطلاق بالتراضي لدى المسيح.
.....49
المطلب الثاني : الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات
الحديثة.....50
الفرع الأول : الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات الغربية 50
أولاً : الطلاق بالتراضي في التشريع الفرنسي.....51
ثانياً : الطلاق بالتراضي في إيطاليا
.....52
ثالثاً : الطلاق بالتراضي في روسيا.....52

الفرع الثاني : الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات العربية.....52
أولاً : الطلاق بالتراضي في مدونة الأحوال الشخصية المغربية.....52
ثانياً : الطلاق بالتراضي في مجلة الأحوال الشخصية
التونسية.....53
المبحث الثالث : الخلع و الطلاق بالتراضي في إطار تنازع
القوانين.....55
المطلب الأول : التكييـف.....55
الفرع الأول:ضبط التكييف بقانون القاضي.....56
الفرع الثاني :ضبط التكييف بالقانون المختص أو القانون
المقارن.....56
الفرع الثالث :تكييف الخلع والطلاق بالتراضي في القانون
الجزائري.....57
المطلب الثاني : القانون واجب التطبيق على الخلع والطلاق
بالتراضي.....58
الفرع الأول : القاعدة العامة في إنحلال الزواج 58
الفرع الثاني : الاستثناء المتعلق بانحلال
الزواج.....60
الفصل الثاني : الأحكام الإجرائية للخلع والطلاق بالتراضي 62
المبحث الأول : إجراءات دعوى الخلع والطلاق بالتراضي وآثارهما
64...
المطلب الأول : كيفية رفع الدعوى
.....64
الفرع الأول:شروط الدعـوى 65

أولاً : الاختـصاص 65
ثانياً: الصفة والمصلحة والأهلية 67
ثالثاً: عقد الزواج الرسمي 70
الفرع الثاني : إجراءات تثبيت عقد الزواج العرفي.....72
المطلب الثاني : نظام الجلسة والحكم فيها.....73
الفرع الأول : نظام الجلسة 73
أولاً: الصلح 73
ثانياً : انعقاد الجلسة (الطلبات والدفوع).....74
الفرع الثاني : الحكم بالخلع والطلاق بالتراضي.....78
المبحث الثاني : آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية.....81
المطلب الأول :الضوابط العامة لتنفيذ الأحكام الأجنبية 82
الفرع الأول:مبررات تنفيذ الأحكام الأجنبية 82
أولاً :المبررات السيادية 83
ثانياً: المبررات القانونية 83
الفرع الثاني : مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية 84

المطلب الثاني : سلطات قاضي الصيغة التنفيذية
85.....
الفرع الأول : نظام رفع الدعوى 86
الفرع الثاني : نظام الأمر بالتنفيذ 87
أولاً: مراجعة الحكم 88
ثانياً : مراقبة الحكم 89
المطلب الثالث :شروط وإجراءات الصيغة التنفيذية 90
الفرع الأول : شروط الصيغة التنفيذية..... 90
الفرع الثاني: إجراءات الصيغة التنفيذية.....94
المبحث الثالث : آثار الخلع والطلاق بالتراضي
الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري97
المطلب الأول : الآثار المترتبة من حيث الفقه
97.....
الفرع الأول : أنه لا يتوقف على قضاء القاضي.....98
الفرع الثاني : كلاهما لا يبطل بالشرط الفاسد مع استحقاق الزوج للعوض...98
الفرع الثالث : أنه مسقط للحقوق والديون.....99
الفرع الرابع : أنه يرتب نفقه العدة والتوارث.....99
المطلب الثاني : الآثار المترتبة من حيث القانون
100.....
الفرع الأول : تقييد الطلاق (الفرقة)
بالمحكمة.....100
الفرع الثاني : نفقة العدة والتوارث.....101
الفرع الثالث : التعويض عن الخلع التعسفي 103

المطلب الثالث : آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية.

103.....

الفرع الأول : آثار الحكم الأجنبي المزود بالصيغة التنفيذية

104.....

الفرع الثاني : آثار الحكم الأجنبي المجرد من الصيغة التنفيذية

107.....

الخاتمة.....110

قائمة

المراجع.....115

الفهرس.....125

تلخيصات

1- باللغة العربية :

إن فلسفة المشرع الجزائري، في تجسيده لأحكام فك الرابطة الزوجية عموماً ،والخلع بوجه خاص ،تقوم على أساس بعث روح المساواة على العلاقة الزوجية ،فبما أن الزوج يملك فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة ،فكذلك الزوجة لها حق مخالعة زوج صارت تبغض العيش معه .

ولعل الركن الأساسي والوحيد، الذي يقوم عليه عقد الزواج قانوناً هو "الرضا" ،فقد أباح المشرع من خلال المادة **48** من الأمر **05-02** ،أن تكون نهاية هذا العقد برضا الزوجين ،شريطة ألاّ يشوب هذا الرضا عيب من العيوب ،أو يمس بحقوق الآخرين؟!

لقد بات جلياً ،أن العلاقات الأسرية ذات طابع خاص ،فهي علاقة قد تتجاوز حدود الدولة ،بل القارة أحياناً،هذا على الرغم من الضعف الكمي للقانون الإتفاقي بهذا الشأن ، وذلك لاختلاف المرجعية والنظام العام من دولة لأخرى ،فكان أحرى بكل مشرّع أن يضبط تكييف القواعد الداخلية ،بآليات قانونية مرنة ، تفرز حلولاً للنزاعات ذات العنصر الأجنبي ،وتتجاوب مع الأحكام الأجنبية .

الكلمات المفتاحية: ~ الخلع ـــ القانون المختص – تنفيذ الحكم الأجنبي – النظام العام – القانون الإتفاقي –المساواة بين الزوجين– الطلاق بالتراضي– فك الرابطة الزوجية.

2- باللغة الفرنسية :

La philosophie du législateur algérien, qui se traduit dans les dispositions du désengagement du mariage en général, et en particulier Khula, fondée sur l'esprit d'égalité envoyé à la relation conjugale, car le mari est le désengagement de mariage unilatéralement, et la femme ont le droit De reporter mari devint hostile à vivre avec lui.
Peut-être la pierre angulaire et la seule, la loi sur le mariage, qui est le «consentement», le législateur a légalisé par le biais de l'article 48 de l'ordonnance 05-02, à la fin de cette décennie consentement des époux, à condition que cette insatisfaction affligent vente de défauts, ou préjudiciables Aux droits des autres?!
Il est évident, que les relations familiales d'une nature particulière, il peut aller au-delà de la relation de la frontière, mais parfois le continent, en dépit de la faiblesse de quantification du droit conventionnel en ce sens, de manière à les différentes référence et de l'ordre public de l'État à État, législateur était enregistrée à toutes les règles établies adaptation juridique interne des mécanismes flexibles, Tafrr solutions aux litiges avec des étrangers composant, et de répondre aux jugements étrangers.

**Les mots-clés:* *- Khula - compétentes loi - la mise en oeuvre de la domination étrangère - l'année - le droit conventionnel - l'égalité entre époux - le divorce par consentement mutuel - mettre fin au mariage.*

3- باللغة الانجليزية:

The philosophy of Algerian legislator, reflected in the provisions of the disengagement of marriage in general, and Khula in particular, based on the spirit of equality sent to the marital relationship, since the husband has the disengagement marriage unilaterally, so the wife have the right to defer husband became averse to live with him.
Perhaps the cornerstone and only, which the marriage law is "consent", the legislature legalized through Article 48 of Ordinance 05-02, to be the end of this decade consent of the spouses, provided that afflict this dissatisfaction sale of defects, or prejudicial to the rights of others ?!
It is evident, that family relations of a special nature, it may go beyond the relationship of the state border, but sometimes the continent, despite weakness quantification of conventional law in this regard, so as to the different reference and public order from State to State, was recorded every legislator set adapting rules internal legal mechanisms flexible, Tafrr solutions to disputes with foreign component, and responding with foreign judgements.

**Keywords:* *- Khula - competent law - the implementation of foreign rule - the year - conventional law - equality between spouses - divorce by mutual consent - ending the marriage.*