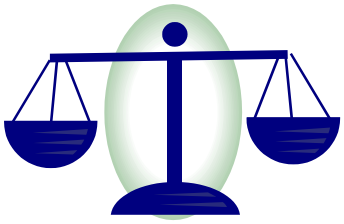
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الدكتور مولاي الطاهر
معهد العلوم القانونية والإدارية
بسعيـدة



مذكرة التخرج لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية والإدارية

عنوان المذكرة

إجراءات دعوى الخلع

من إعداد الطالبة :
- مداني أسماء

تحت إشراف الأستاذ الكريم:
- بوشنتوف بوزيان

السنة الجامعية

2010/2009

مقدمـــــــــــة:

الزواج رابطة تجمع الرجل بالمرأة على وجه شرعي، و قد وضع الله عز و جل منهاجا يتم على ضوئه اختيار شريك الحياة، لقوله تعالى:«و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون»[1].

لكن قد يحدث أن يكره الرجل زوجته، أو أن تكره هي زوجها لأسباب عديدة و لا تطيق العيش معه لقوله تعالى:«و عاشروهن بالمعروف فإذا كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا و يجعل الله فيه خيرا كثيرا»[2].

فإذا كانت الكراهية من جهة الرجل بإرادته المنفردة فيسمى طلاقا قي صفته العادية و بالتالي فالزوج هو من بيده العصمة و له أن يستعمل حق من حقوقه في حدود ما شرعه الله، و حسب نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم 08/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005: «يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج».

و قد أحله الله عز و جل لحل قيد النكاح و قد أشار إلى ذلك في قوله تعالى: «أن يخافا ألا يقيما حدود الله»[3].

فهو نعمة يتخلص منها الزوجان من قيد الرابطة الزوجية التي لا خير من بقائها، و لكن لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا استقصت الحياة الزوجية، أما إذا كان من دون سبب فإنه يقع مع كونه منهيا عنه شرعا.

أما إذا كانت الكراهية من جهة المرأة، فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من ذلك، أما قانونا فقد وجد في حالتين فندهما المشرع في نص المادتين 53-54 من قانون الأسرة، فالحالة الأولى التي يكون فيها انحلال العقد بطلب من الزوجة حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 و هو المعروف بحل الرابطة الزوجية بالتطليق.

أما الحالة الثانية فنص عليها المشرع على انحلال الرابط بطلب من الزوجة بواسطة الخلع دون أن تحتاج لتسبيب المذكور في المادة 53 أعلاه، و إنما هو حسب ما جاء في نص المادة 54 لكن بشرط يميزه عن باقي أنواع الانحلال ألا و هو البدل على أن تعطي الزوج ما كانت أخذت منه باسم الزوجية لينهي علاقته بها، وهذا هو محور دراستنا.

---

[1] الآية: 21، سورة الروم.
[2] الآية: 19، سورة النساء.
[3] الآية: 229، سورة البقرة.

فبالرغم من أن الخلع مورس منذ القدم سواء قبل أو بعد الإسلام إلا أنه ما يزال محور جدل في العالم العربي و منه في الجزائر.

فقد جاء المشرع على ذكره في نص المادة 54 و ميزه عن باقي أنواع الانحلال و شهد تعيلا كبيرا كان آخره تعديل رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على عكس ما ورد في القانون القديم رقم 44/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

فقد شهدت سنة 2007 أكثر من 3500 حالة و في سنة 2008 سجلت 1250 حالة في مدة ثلاثة أشهر فقط، بعدا كانت لا تتجاوز 405 حالة في 2000 و 378 حالة في 2001 و سنة 2002 بـ 778 حالة و 2003 حوالي 560 حالة.

من خلال هاته الإحصائيات نلاحظ أن العدد في تزايد مستمر و بقيت هاته الأرقام دون حلول جذرية إلى يومنا هذا.

و من خلال ما سبق نرى أن المشرع قد ترك العديد من الأمور المتعلقة بالخلع في حالة إبهام و غموض، مما ينتج عنه تذبذب الاجتهاد القضائي على مستوى المحاكم، و تناقض في الأحكام و إثارة العديد من الإشكالات و التأويلات في فهم المقصود من وراء ذلك.

مما يستوجب علينا فتح نقاش حول الظاهرة و إعطاء الأولية لمثل هذه القضايا.

و أخيرا نأمل أن يعيد المشرع النظر في نص المادة 54 و يولي الاهتمام بهذا الجانب من المواضيع التي تكون أساسا لفلاح المجتمع أو فساده.

و قد نص المشرع على أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون بـ "انحلال الزواج" و أورد حكم الخلع في المادة 54 من نفس القانون و يكون المشرع بذلك قد اعتبر الخلع طلاقا.

و السبب الحقيقي الذي جعلنا نختار هذا الموضوع كونه ذو فائدة علمية و عملية على أرض الواقع، حيث أن الحياة العملية لا تخلو من مثل هذه الظواهر، كما أن الدراسات السابقة ركزت على الجانب القانوني خاصة الدراسات الجزائرية التي يشو بها نقص كبير حول موضوع الخلع بعكس الدراسات المصرية.

لذلك سنحاول دراسة الجانب الشرعي و التركيز على الجانب القانوني و طرح العديد من التساؤلات:

- ماذا نعني بالخلع و هل يمكن للمرأة استعماله متى شاءت ذلك؟

- ماهي الإجراءات المتبعة لرفع هذه الدعوى و ماهي المحاكم التي تختص بالنظر في مثل هاته الدعاوى طبقا للقانون الجزائري؟

و للإجابة عن هاته التساؤلات سنقسم هذا الموضوع إلى:

فصل تمهيدي نتعرض فيه إلى كل ما يخص الخلع من مفاهيم و معاني و ما حكم دليله و مشروعيته و تكييف فقها و قانونا.

أما الفصلين فسنقسم الفصل الأول إلى مبحثين:

المبحث الأول نتعرض إلى اختصاص المحاكم التي تنظر في مثل هاته الدعاوى و المبحث الثاني نتحدث عن الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الخلع طبقا للقانون الجزائري.

أما الفصل الثاني سنقسمه بدوره إلى:

المبحث الأول: ندرس فيه الأوامر و القرارات الصادرة أما المبحث الثاني: نتحدث عن كيفية و طرق الطعن في هاته القرارات.

الفصل التمهيدي:

كما أشرنا في المقدمة أن انحلال و تفكك الرابطة الزوجية كنتيجة لعدم التوافق بين الزوجين و الفشل في استمرار الحياة الزوجية.

وقد ذكر المشرع في المادة48 فقرة01[4] من قانون الأسرة الجزائري موضوع الطلاق وهو الذي يقع من جانب الرجل صاحب العصمة ثم ما جاء في المادة 53[5] من نفس القانون التطليق وما ذكر في المادة 54[6] وهو ما سمته الشريعة بالإفداء وسماه المشرع الجزائري بالخلع.

فسنتعرض في هذا الفصل إلى ماهية الخلع من حيث تعريفاته وأنواع الخلع وتقسيماته ودليل مشروعيته وتكييفه الفقهي والقانوني.

المبحـــــث الأول: ماهية الخلع.

بالنظر في نصوص مواد قانون الأسرة قبل تعديل المادة 54 من قانون الأسرة 11/84 والمادة 54 من القانون المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 نجد هناك ألفاظ دالة على حكم متعلق بنوع من أنواع فك الرابطة الزوجية دون الخوض في اختلاف هذه الدلالة بين القانون لأنها متعلقة بالإجراءات ولكن المقصود معناه كلفظ، فلقد عرفت كلمة الخلع عدة ألفاظ لدى الفقهاء، فمن خلال هذا المبحث سنبين تعريف الخلع شرعا وفقها و قانونا.

المطلب الأول: تعريف الخلع

من خلال هذا المطلب سنتعرض لثلاثة فروع:

الفرع الأول: معنى الخلع لغة.

الخلع بفتح الخاء مصدر قياسي يعني خلع و يستعمل في الأمور الحسية و يقال خلع الرجل ثوبه، أي أزاله عن بدنه ونزعه عنه مصداقا لقوله تعالى: "فلما أتاها نودي يا موسى (11) إني أنا ربك فاخلع نعليك إنك بالواد المقدس طوى (12)"[7] في هذه الآية الخلع بمعنى النزع و في الأمور المعنوية كخلع الرجل زوجته خلعا، إذ أزال زوجيتها و خلعت المرأة زوجها مخالعة إذ افتدت منه. ومعناه كذلك النزع والإزالة يقال خلع فلان ثوبه[8].

---

[4] نص المادة 1/48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 02/05 "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج".
[5] نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 02/05 "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق".
[6] نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 02/05 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها".
[7] سورة: طه، الآيات: 11-1.
[8] بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية،ج1، ط4، الجزائر 2000، ص: 261.

والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين، لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية و مجازا باعتبار أن المرأة لباس الرجل والعكس، لقوله تعالى: "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن". هذا وقد قيل أن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية و الخلع بالضم في إزالة الزوجية[9].

الفرع الثاني: معنى الخلع اصطلاحا.

هو اتفاق بين الرجل و المرأة، والخلع إزالة لملك النكاح بأخذ المال[10] و يعرف كذلك على أنه فراق الرجل لزوجته ببدل يحصل عليه ومعنى ذلك أن الرجل يقبل أن تخلعه زوجته مقابل عوض من المال يحصل عليه[11].

كما عرف بأنه: حل لعقد الزوجية بلفظ الخلع فيما معناه في مقابل عوض تلتزم به المرأة.

وعرف كذلك أنه: " حتمية ترفع حليه متعة الزوج بسبب عوض عن التطليق[12].

الفرع الثالث: معنى الخلع فقها.

هو اتفاق الرجل و المرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، ولا فرق في أن يكون بالإيجاب من قبل الزوج أو من قبل الزوجة، غير أن الفرق لا يقع إلا بعد القبول[13].

و فيما يلي سنعرض تعريفا للخلع عند أكبر المذاهب الفقهية:

فقد عرفها المالكية بأنه طلاق بعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ صريحة أو كناية أو أي لفظ آخر بنية الطلاق، فإذا قالت له زوجته: "طلقني على مهري أو على مائة ريال" فقال: "طلقتك على ذلك"، لزمه طلاق بائن و يلزمه العوض و كذا إذا أجابها بأي لفظ ناويا به طلاقها فإنه يلزمه طلاق بائن ولفظ من ألفاظ الطلاق الصريح فإذا أجابها بقوله:"خالعتك".

أو "اختلعتك" كان بمنزلة قوله: "أنت طالق" وإذا قال لها: "خالعتك" أو"اختلعتك" بدون ذكر العوض لزمه طلاق بائن وقد عرفه بعضهم بأنه عقد معاوضة عن البيع تملك الزوجة على نفسها ويملك به الزوج العوض[14].

---

[9] د. محمد مصطفى شلبي، فقه المذهب الجعفري و المذهب القانوني لأحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة و النشر، ط4، ص: 551-552.
[10] الموقع الإلكتروني للشيخ محمد بن عبد الغفار الشريف (الكويت)، رقم الفتوى: 282.
[11] السيد سابق، فقه السنة، المجلد2، دار الفتح، مصر 2000، ص: 191.
[12] عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، ط2، دار النشر و المعرفة، الرباط، ص: 260.
[13] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 262.
[14] عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، ج4، ص: 391.

و قد عرفه الحنفية أنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ أو ما في معناه وألفاظه عندهم خمسة:

أولها: ما يشتق من الخلع كأن يقول لها: "خالعتك"، "اختلعي"، "اخلعي نفسك"، "أخلعتك" لهذا قالوا: أنه يقع به الخلع بدون نية لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيرا فأصبح كالصريح، فإذا قال لامرأته "خالعتك" و ذكر مالا فالأمر ظاهر، و إذا لم يذكر فإنه يقع به الطلاق سواء نوى أو لم ينوي، قبلت أو لم تقبل.

ثانيها: لفظ بارئتك، فإذا قال لها:" بارئتك على عشرين جنيها" و قبلت وقع طلاقا بائنا و لزمها العشرون جنيها وسقط مهرها، فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء أما إذا لم يذكر البدل وقال لها: "بارئتك"، وقالت: "قبلت" وقع الطلاق البائن وسقط حقها في الطلاق كالخلع ويقع الطلاق بدون نية.

ثالثها: لفظ "باينتك" فإنه موضوعا للخلع فإن لم يذكر مالا و قبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، وإن لم تقبل ونوى به الطلاق طلقت إما فلا، لأن المباينة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية، أما إذا قال لها: "باينتك على عشرين ريالا" و لم تقبل لا يقع به الطلاق قولا واحدا و لا يلزمها البدل لأنه علق إبانتها على المال.

رابعها: لفظ "فارقتك" فإنه إذا ذكر مالا فقال:" فارقتك على مائة ريال" وقبلت بنت منه، ولازمتها المائة وسقط حقها في المهر، وإن لم تقبل لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال، وإن لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع، إن نوى به الطلاق أو قامت قرينه على إرادة الطلاق وإن لم تقبل فإن نوى به الطلاق لزمه طلاقا بائنا لأنه كناية وإلا فلا يلزمه شيء.

خامسا: لفظ طلاق على مال فإذا قال لها: "طلقي نفسك على عشرين جنيها" فقالت قبلت وقع الطلاق بائنا و لزمها العشرون. أما إذا قال لها: "طلقي نفسك" ولم يذكر ملا كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع[15].

وعرفه الشافعية على أنه لفظ دال على الفراق بين الزوجين بعوض ويكون بلفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن.

وعرفه الحنابلة على أنه فراق الزوج لامرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصومة تنقسم إلى قسمين: صريحة في الخلع وكناية فيه، فأما الصريحة فهي خالعت وفسخت وفاديت فإن استعملها الزوج مع ذكر العوض ولو جهل وقبلته الزوجة صح الخلع ويترتب الفراق، وإن لم ينوي وإن لم يذكر العوض أو ذكره ولم تقبل الزوجة لا يقع الخلع، وإذا ذكر الخلع وقبلت الزوجة كان ذلك فسخا بائنا تملك به الزوجة نفسها ولا ينقص عدد الطلقات الثلاث، أما إذا نوى الزوج الطلاق فيكون له ذلك وينقص له عدد الطلقات التي يملكها.

---

[15] د. عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص: 392.

أما الكناية اثنان: باريتك، أبنتك فهذان اللفظان يصح بهما الخلع بالنية أو دلالة الحال والحاصل عندهم أن الخلع بألفاظه المخصومة سواء صريحة كانت أو كناية فسخ عدد الطلقات، بخلاف الطلاق على عوض بلفظ الطلاق فإنه يكون طلاقا بائنا ينقص عدد الطلاقات بشرط النية وقبول الزوجة.

فالخلع بألفاظ صريحة كانت أو كناية فسخ بائن.

وقد عرفه "خليل دردير" في مختصره بأنه طلاق بعوض.

وحرفه " ابن حزم الظاهري" بأنه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فيخاف أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يفيها حقها، فلها أن تفتدي منه و يطلقها إذا رضي هو و إلا لن يجيز وإنما يجوز بتراضيهما[16].

الفرع الرابع: معنى الخلع قانونا.

بالنظر إلى مواد قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده نجد المشرع الجزائري تعرض لموضوع الخلع في نص المادة 54[17] وهي المادة الوحيدة بنصها قبل التعديل ومفادها: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي مالا يجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

أما المادة 54 بعد التعديل والتي تنص على أنه "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها دون موافقة الزوج بمقابل مالي".

فهو طلاق يقع بإرادة الزوجة وطلبها المتضمن التزام لدفع وبذل العوض المالي. وهذا نفسه ما أشار إليه قرار المحكمة العليا بقوله[18]: من المقرر شرعا وقانونا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك رابطة الزواج عند الاقتضاء.

المطلب الثاني: أنواع الخلع و تقسيماته.

نتعرض في هذا المطلب إلى أنواع الخلع وتقسيماته وموقف المشرع الجزائري من ذلك، لكن قبل ذلك سنتطرق إلى الخلع وما مر به سواء قبل أو بعد الجاهلية.

---

[16] د. عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص: 396.
[17] نص المادة 54 قانون الأسرة الجزائري الأمر 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ: 9 يونيو 1984.
[18] قرار المحكمة العليا رقم 141262 المؤرخ بتاريخ 1996/07/30 مجلة قضائية 1998، عدد1، ص: 120.

الفرع الأول: لمحة تاريخية عن الخلع.

* لقد ورد موضوع الخلع من قبل في الجاهلية ذلك أن عامر بن ظرب زوج ابنته إلى ابن أخيه عامر بن حارث فلما دخل عليه نفرت منه فشكا إلى أبيها فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك وقد خالعتها منك بما أعطيتها[19]. وقد وقع الخلع في الإسلام لامرأة ثابت بن حبيس لما أرادت أن تفك رابطتها الزوجية مع ثابت وذلك كان في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، كما أن الخلع كان موجودا في عهد الصحابة وذلك لما روي أن الربيع بنت معوذ بن عفراء اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك إلى عثمان رضي الله عنه فأجاز الخلع.

*أما في عصرنا الحالي فلقد عرفت قضايا الخلع في الجزائر ارتفاعا ملحوظا خاصة بعد تعديل قانون الأسرة 2005 مؤخرا، في نص المادة 54 أن الخلع يعني حق المرأة في تطليق زوجها دون موافقته وليس بدون علمه التي تبغض الحياة معه إن افتدت نفسها بأن ترد إليه مقدم الصداق في الحالة الاتفاقية أو عوض يحدده القاضي.

ولقد عرفت دعاوى وقضايا الخلع ارتفاعا كبيرا في السنوات الأخيرة في الفترة الممتدة بين 2004-2006 و حيث تم تسجيل 3460 حالة[20].

الفرع الثاني: أنواع الخلع.

للخلع نوعان: خلع بدون عوض و خلع بعوض.

ويقصد بالعوض « في باب الخلع » ما تلتزم الزوجة ببدله لزوجها، وينعقد عليه الخلع، ومؤدى هذا أن الخلع لا يتم بدون العوض.

1/ الخلع بدون عوض:

إذا خالع الزوج زوجته دون أن تلتزم بدفع عوض له أي بمعنى أن مقابل الخلع كان منفيا صراحة كأن يقول الزوج لزوجته "خالعتك" ولم يذكر العوض، لم يكن إذا خلعا، بل طلاقا محضا، فهذا يعني أن الخلع لا يقع إلا بناءا على بدل تدفعه الزوجة[21]، و هذا النوع من الأحكام لا يخضع لأحكام الخلع وإنما يأخذ حكم كنايات الطلاق والكناية تحتاج إلى نية، فإذا قال الزوج أردت بالخلع الطلاق كان له ذلك وإن لم ينو الطلاق فلا

[19] عمرو عيسى الفقي، مفكرة دعوى الخلع في الشريعة و القانون، دار النشر الذهبي للطباعة القاهرة، مصر 2000، ص: 36.
[20] مقالة تحت عنوان: الجزائريات يلجأن إلى الخلع بعد رفض الزوج للطلاق.
[21] أ. عمرو زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، دار النشر.

يقع به شيء وإذا نوى به الطلقات الثلاث كان ذلك وصف الطلاق الواقع بلفظ الخلع بلا عوض بائن عند الأحناف، الشافعية والمالكية.

2/الخلع بعوض:

هو ما كان مقرونا بالبدل مثال ذلك أن يقول الرجل لامرأته: "خالعتك على كذا" وقبلت الزوجة، فذكر العوض في هذا النوع من الخلع تقع الفرقة ويقع المقصود من الخلع بدون الحاجة إلى النية فإذا قال الرجل لم أنوي بالخلع طلاقا فإنه لا يصدق قضاءا وسبب ذلك أن ذكر العوض دليل على إرادة الطلاق من الرجل و لها أن تطالبه ببقية الحقوق كالصداق والنفقة الزوجية.

موقف المشرع الجزائري:

من خلال المادة 54 قانون أسرة الأمر 02/05: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي..." أي أن الخلع يكون بعوض وهو مبلغ مالي يتفق عليه الزوجان وفي حالة عدم الاتفاق يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق حتى صدور الحكم، أما فيما يخضع الخلع بدون عوض لم ينص عليه المشرع.

الفرع الثالث: تقسيم الخلع.

ينقسم الخلع في القوانين العربية إلى خلع رضائي وغير رضائي ومعظم التشريعات تأخذ بالخلع الرضائي لكن هناك أقلية تأخذ بالخلع غير الرضائي منها الجزائر حسب ما نصت عليه المادة 54 قانون الأسرة.

1/ خلع رضائي:

في هذا الخلع يتراضى الزوجان فيما بينهما بأن يقول الزوج لزوجته: "خالعتك على مهرك"، أو تقول: الزوجة "خالعني على مهري" وتسمى مالا ويقبل كل منهما، وبالقبول يقع الخلع منتجا آثاره دون حكم يصدر من القاضي ونشير إلى أن القانون الجزائري لم يشر إلى مثل هذا النوع من الخلع في التعديل الجديد، بل أخذ هذا النوع من القانون القديم.

فالخلع الرضائي يتفق معه الفقهاء في أنه عبارة عن اتفاق بين الزوجين على الفرقة مقابل مقدار معين من المال تعطيه لزوجها لتشتري نفسها ويقع بهذا الخلع طلاق بائن بمجرد تلاقي الإيجاب و القبول و البدل.

2/ خلع غير رضائي:

إذا افترضنا أن الزوجين لم يتراضيا على الخلع فأجاز للزوجة أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالخلع فالمادة 54 ذكرت أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي يعني بذلك أن القانون نص على عدم رضائية الزوج[22].

أما القانون المصري فقد أجاز للزوجة أن تلجأ للقضاء مطالبة بالخلع وقد وضع شروط للخلع القائم على عدم الرضائية تتمثل في:

– أن تقر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وإنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية.

– أن تقدم الزوجة عوضا للخلع.

المطلب الثالث: حكم الخلع و دليله.

الحكمة من تشريع الخلع توقي تعدي حدود الله التي حدها للزوجين من حسن المعاشرة وقيام كل منهما بواجبه اتجاه الآخر إذ أن تشريع الخلع إزالة الضرر عن الزوجة بسبب بقاء النكاح بينهما أما مصلحة الزوج دفع الضرر عنه.

<u>الفرع الأول:</u> حكم الخلع.

يقول صلى الله عليه و سلم: "إن أبغض الحلال عند الله الطلاق".

والخلع نوع من أنواع الطلاق أي فك لرابطة الزوجية ويختلف حكم الخلع من حالة إلى أخرى فهو تارة جائزا وتارة يكون محرما وتارة أخرى مكروها.

– متى يكون جائزا؟

يكون الخلع جائزا باتفاق العلماء إذا كرهت المرأة زوجها، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لأسباب جسدية، خلقية، دينية أو صحية وتخشى أن لا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريق للخلاص من الزوجية لدفع الحرج عنها ورفع الضرر لذلك جاز لها أن تخالعه ببذل شيء من المال تفتدي بها نفسها[23].

– متى يكون محرما؟

---

[22] أ. أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و آثارهما، دار الكتب القانونية مصر، المحلية الكبرى، ط 2004، ص: 35-42.

[23] عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية الجزائر، 2007، ص: 266-267.

يكون ذلك باتفاق العلماء وذلك إذا عضل الرجل زوجته وضربها، أو منعها من حقوقها وهذا يعتبر من كبار الذنوب.

وقد اختلف الفقهاء في حكم الخلع مع وقوع معصية إلى ثلاث آراء[24]:

المالكية: يرون أن وقوع الخلع مع معصية يجعل الخلع صحيحي يلزم به الزوج كما يرتب آثارا بحيث تبين منه المرأة.

الحنفية: فقد قالوا أن الحل في هذه الحالة يكون صحيحا ويحرم أخذ العوض.

الحنابلة: لقد رأى الحنابلة حكم الخلع مع وجود معصية بأن هذا الأخير يكون باطلا والعوض مردود وحجتهم في ذلك قوله عز وجل: "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخاف أن لا يقيما حدود الله".

- متى يكون مكروها؟

يكون الخلع مكروها في حالة ما إذا كانت تسري الحياة عادية بين الزوجين بحيث يكون منقسمين متعاشرين بالمعروف لحديث "ثوبان": "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[25].

الفرع الثاني: دليل مشروعيته من الكتاب، السنة و الإجماع.

ذهب أهل العلم إلى اعتبار أن الخلع مشروع و لم يخالف هذا الأمر إلا ما ذكر عن بكر ابن عبد الله المزني إذ أنه يجزه، فالخلع مشروع وجائزا، فقد شرعه الإسلام للحد من النزاع وقد دل عليه بالكتاب، السنة والإجماع.

- مشروعيته من الكتاب:

فأما دليله من الكتاب قوله تعالى: "ولا يحل لكم أن تأخذوا شيئا وما أتيتموهن شيئا إلا أن يخاف ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"[26].

بينت هذه الآية أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه، وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته ومعاشرته جاز لها أن تخالعه[27].

---

[24] الموقع الإلكتروني: www.dud4ARAB.com.
[25] الموقع الإلكتروني للشيخ محمد بن العقار شريف: www.adrals.cherif.sder
[26] سورة البقرة، الآية: 229.

و قوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" و قد دلت الآية الكريمة على رفع الجناح على الزوجين في افتداء الزوجة نفسها بالمال تدفعه للزوج لقاء فراقها، فلا إثم على الزوجة فيما أعطت و لا إثم على الزوج فيما أخذ.

- مشروعيته من السنة:

أول خلع في الإسلام كان خلع زوجة ثابت ابن قيس.

إذ أخرج البخاري –رحمه الله– عن ابن عباس رضي الله عنه قال: "جاءت امرأة ثابت ابن قيس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر" فقال: " فتردين عليه حديقته" فقالت: " نعم" فردت عليه فأصرها ففارقها"[28].

و قد ذكر الإمام القرطبي في شرحه للحديث فقال: " فيقال أنها كانت تبغضه أشد البغض و كان يحبها أشد الحب ففرق بينهما النبي صلى الله عليه وسلم بطريقة الخلع فكان أول خلع في الإسلام، والحكمة من هذا الحديث الشريف هو وجوب التفريق بين الزوجين إذا أبدت الزوجة كراهيتها لزوجها بما لا يتلاءم مع دين ولا خلق حيث لا تستقيم العشرة الزوجية مع كراهيتها لبعلها ويصبح من المستحيل دوام العشرة الزوجية"[29].

- مشروعيته من الإجماع:

في حين أن الإجماع أجاز الخلع و مشروعيته عند الحاجة إليه بوجود ما يبرره كأن تكون الزوجة شيء إلى العشرة الزوجية بما روي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه: أنه أتى بامرأة ناشز فأمر بها إلى بيت كثير الزبل فحبسها فيه ثلاثا ثم دعاها فقال لها " كيف وجدت مكانك"؟ قالت:" ما جدت راحتي منذ كنت عنده إلا هذه الليلة التي حبستني"، فقال لزوجها: "اخلعها ولو من قرطها"، والقرط ما يعلق بشحمة الأذن سواء من ذهب أو فضة أو أي معدن آخر، اختلعها بما دون عقاس رأسها فلا خير لك فيها"، فمن المعقول أنه بما جاز الزوج أن يملك بعوض فله أن يزيل بعوض فله أن يزيل بعوض كالشراء و البيع فيكون عقد النكاح شراءا و الخلع بيعا[30].

فالخلع مباح ومشروع لما فيه من دفع للأذى ورفع للضرر عن المرأة وتعويضا للزوج عما اتفق لأنه لما كانت الزوجة لا تملك الطلاق وهي تبغض زوجها وترغب في التخلص منه وهو يرفض خوفا على ماله وعياله ففتح الشرع باب الافتداء للمرأة لتدليل ما يترتب على الطلاق من عقوبات مالية بتعويض الزوج مادام

---

[27] د. وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية، ج7، ص: 482.
[28] صحيح البخاري، كتاب الطلاق باب الخلع و كيفية الخلع فيه.
[29] أ. باديس الذبياني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضايا في الجزائر، دار الهدى عين مليلة الجزائر، ط2004، ص: 62.
[30] د. جمال عبد الوهاب، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، ط2003، ص: 33.

الضرر من جانبها، ولأن الزوج قد تكلف أعباء مالية من مهر ونفقه، فبدل الزوج قد يعوضه ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار" فالأصل لا يعتمد الزوجان إلحاق الضرر ببعضهما، ولم يحدث أن خالف أحد الفقهاء وأقر بعدم مشروعيته الخلع ما عدا بكر بن عبد المالك المزني والذي لم يجز الخلع واستدل لقوله تعالى: "فلا جناح عليهما بما افتدت به" منسوخ بقوله تعالى: "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا، أتأخذوه بهتانا وإنما مبينا وكيف تأخذونه بعضكم على بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا"[31].

فقد نسخت الآية حكم الخلع الوارد في الآية السابقة بدل هذا على أن الخلع كان جائزا ثم نسخ و بقي على نسخة فيكون غير جائز.

واستدل كذلك من السنة بقوله صلى الله عليه و سلم: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة "، ولأنه عبث فهو حرام[32] وقوله: "المختلعات هن المنافقات". وقد حرم الرسول الكريم على المرأة التي تطلب الطلاق من غير باس الجنة، و جعل المرأة المختلعة منافقة، و هذا يدل على عدم جواز الخلع.

و لكن بعد عرض آراء الفقهاء و أدلتهم مقارنة بأدلة المزني فإنها لا تكفي للإقرار أن الخلع غير مشروع، لذلك فلا يوجد مجالا للشك أن مذهب عامة الفقهاء هو الراجح بالقبول[33]، والهدف من إقرار المشرع لمسألة الخلع هو الموازنة بين مصلحة الزوجين وعدم الإضرار بأحدهما، فهو شرع أولا لحماية الزوجة وإزالة الضرار عنها بسبب عدم قدرتها على الاستمرار مع زوج لا تحتمل العيش معه، أما ثانيا فشرع لحماية الزوج كذلك ورفع الضرر عنه.

ويمكن القول أن الخلع ما هو إلا حجة قطعية أباحها القانون الإلهي قبل أن يبيحها القانون الوضع.

---

[31] سورة النساء، الآية: 20.

[32] د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج8، مؤسسة الرسالة، ص: 118.

[33] أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، ج3، رقم الإيداع بدار الكتب: 2003/7069.

المبحث الثاني: أركان الخلع و تكييفه القانوني و الفقهي.

عرفنا أن الخلع على أنه عقد ثنائي الأطراف بمقتضاه تفتدي الزوجة نفسها في مقابل عوض ولم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى الشروط التي يجب توافرها لمصلحة الخلع واكتفى فقط بالإشارة إلى ضرورة وجود رضا الزوجين حول مبدأ الخلع وهذا قبل التعديل أما بعد التعديل فقد ألغى رضا الزوج.

إضافة إلى هذه الأركان والشروط هناك الطبيعة القانونية للخلع فقد تضاربت الآراء بين فقهاء الشريعة حول ذلك، من حيث كونه نسخا أو طلاقا لذلك سنتطرق إليه من خلال هذا المبحث في مطلبين:المطلب الأول للإطلاع على الأركان الواجب توافرها أما المطلب الثاني نخصصه لدراسة الطبيعة القانونية للخلع.

المطلب الأول: الأركان التي يقوم عليها الخلع.

والمقصود بذلك الأركان والشروط التي يقوم عليها، ولا ينعقد إلا بوجودها فالنظر إلى تركيبة الخلع كواقعة قانونية فهو كسائر التصرفات يخضع لضوابط تحكمه وبالرغم أن المشرع الجزائري لم يتعرض في نص المادة 54 من القانون المعدل والمتم[34]م غير أنه قد أشار إلى بعض الضوابط في نصوص أخرى سابقة من نفس القانون و الرجوع إلى المبهم منها في نصوص الشريعة والذي يعد مصدرا آخر بدليل نص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري"[35] كل ما لم يرد النص عليه من هذا القانون رجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

– والسؤال المطروح: من يصح خلعه؟

أن الخلع يحتمل النفع والضرر ولهذا فهو لا يقع من كل زوج بل لابد لصحته قانونا أن يكون بالغا،عاقلا فبواسطتهما تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء: " كل من صح طلاقه صح خلعه ".

الفرع الأول: ضوابط عامة.

الأهليـــــة:

لقد أشار إليه المشرع الجزائري في نصوص قانونه المعدل والمتمم بأنه حتى يكون عقد الخلع صحيحا أن يكون الزوج أو الزوجة طرفا العقد متمتعين بالأهلية ومنه نقصد بعنصر الأهلية ما يلـي:

---

[34] المادة 54 قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 02/05 بنصها "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي".
[35] المادة 222 قانون الأسرة الجزائري: "كل ما لم يرد النص عليه من هذا القانون، رجع فيه إلى أحكام الشريعة".

أن يكون الرجل والمرأة قد أتما سن 19 سنة كاملة بالنسبة للتعديل الجديد أي المقصود منه بلوغ سن الرشد والمذكور في المادة 40 من القانون المدني[36] وكذلك نص المادة 7 معدلة: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة...".

ناقص الأهلية:

أي يكون الزوج متمتعا بقواه العقلية وكذلك بالنسبة للزوجة وغير محجور عليه وفقا للمادة 85 قانون الأسرة[37] إذ تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في هاته الحالات وبغيابها ينوب وليه طبقا للمادة 210 فقرة 02 قانون الأسرة.

خلع الصغير: من كان في سن التمييز 13-19 سنة وأبرم تصرفا خضع لإجازة وليه طبقا لنص المادة 83 بنصها: "يكون العقد قابلا للإبطال لغرض في القانون إذا توفرت فيه شروط الغرض في الواقع طبقا للمادتين 81-82 ما لم يقضي القانون بغير ذلك".

أما الصبي المميز الذي تزوج بترخيص من القاضي طبقا للمادة 7 المعدلة بالأمر 02/05 فإنه يكتسب الأهلية فما يخص التقاضي في خصومات التي محلها متضمن محل آثار العقد من حقوق و التزامات.

أما بالنسبة للفقه نجد أن :

المذهب الحنفي خلع الصبي وطلاقه باطل وكذلك فعل وليه عليه يعد باطلا لأن الولاية إنما تثبت على الصبي في تحقق الحاجة إليها وذلك غير محقق في الطلاق[38].

وكذلك قال الشافعية لاستدلالهم بما روي عن عمر رضي الله عنه قال: "إنما الطلاق بيدي الذي يحل له الفرج".

و قال المالكية أن الخلع لا يوقعه ولا يكون صحيحا إذا كان موقعه زوج مكلف لا صبي أما الحنابلة جاء في قول حنبل في ما سئل عن ذلك قال:

حيث سأله أبو الصغير: يملك ذلك وهو قول عطاء طلق على ابن معتوه ومنه يصح ذلك.

ولا يملك ذلك وهو قولهم المتوقف على الحديث الدال والقابل، قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الطلاق لمن أخذ بالساق".

---

[36] المادة 40 من القانون المدني: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية بمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد 19 سنة".

[37] المادة 85 بنصها: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية و يبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

[38] الشيخ ابن قدامه المقدسي، المغني، ج7، ص: 19.

– طلاق السفيه خلعا وهي التي تبذر مالها و تضيعه في غير وجه الشرعي.

فطبقا لنص المادة 83 قانون الأسرة الجزائري لا يقع طلاق السفيه ولا خلع السفيه لنقص أهليتها وعليه يثبت السفه بحكم القاضي حجرا.

أما فقها: فيرى المالكية أنه لا يجوز الخلع عن السفيه بغير إذن وليها وإن حدث واختلعت وسلمت بدل الخلع وجب رده إليها لعدم جواز البدل منها في الخلع لكونه تبرع وهي ليست من أهل التبرع[39].

أما الحنابلة قالوا: إن السفيه إذا خالعت على مال منها لا يصح بدل المال منها في الخلع لأنه تصرف في المال وهي ليست من أهله سواء أذن لها وليها أو لم يأذن.

و يرى الشافعية أنه لا يجوز اختلاع السفيه و لو أذن لها وليها.

أما الحنفية فيرون أنه إذا خلعت السفيه زوجها على مال وقع الطلاق ولا يلزمها مال، وهذا بخلاف وقوعه بلفظ الخلع فهنا يعد طلاق بائن[40].

– حالة وقوع التصرف في مرض الموت: أقر جمهور العلماء أن خلع المريض مرض الموت جائز و يعتبر صحيحا وكذلك نافذا قياسا على طلاقه والبعض الآخر لم يجزه.

فالمالكية يرون أنه لا يجوز خلع المريض مرض الموت لأنه في ذلك إحراج وإرث في مرض موته، فإن فعل ذلك نفذا و وقع الطلاق لأن الحرمة دينية لا قضائية.

أما الشافعية أجازوا الخلع في مرض الموت لأن الرجل يملك الطلاق وبدون عوض فخلعه طلاق بعوض يجوز بأولى ولا ضرر فيه على المرأة مادام يملك طلاقها.

وقد أجاز الحنابلة خلع المريض مرض الموت، إذا لم يكن هناك محاباة فإذا ظهرت محاباة الزوج من الخلع لو أوصى لها بمبلغ من المال فإن كان أقل من ميراثها منه فصح ولزم وإن كان أكثر يصح وتلغى الزيادة.

أما الحنفية فقد قالوا إن المرأة إذا اختلعت من زوجها وهي صحيحة وكان بدلها مريض مرض الموت فإن الخلع جائز ولا ميراث لها منه في حالة وفاته كون الفرقة بقبولها ورضاها.

---

[39] الشرح الصغير للدردير، كتاب المفضل، ج4، ص: 158.
[40] د. زيدان عبد الكريم، ص: 158.

أما الإباضية فقد قالوا إن المرأة إن افتدت من زوجها وهو مريض ثم مات في مرضه فإنها لا ترثه و جاز عليه الافتداء إن برئ لأن إسقاط ميراثها وباختيارها ولو كانت في العدة.

و لما كان الخلع يلزم في الزوجة توفر أهلية التبرع فالمادة 203 قانون الأسرة الجزائري كاعتبار قانوني[41] فإنه يأخذ هذا السبيل متى صدرت منها وهي مريضة وعلى ذلك فإن خلعها يأخذ حكم أحد الفروض التالية:

أن تموت و قد تصرفت في طلاق الخلع وقد دخلت في عدة المطلقة ولم تكملها بعد فيأخذ زوجها ربع التركة طبقا للمادة 144 فقرة1[42] و المادة 145 الفقرة 1[43] قانون أسرة و منه مايلي:

1/ سهم الإرث.

2/ سهم الخلع.

3/ سهم التبرع.

4/ طلاق السكران:

إما أن يشرب المسكر جاهلا به أو كان مكرها على شربه فأقدم على المخالعة فهي في هذه الحالة لم يصح خلعه لارتفاع الإثم عنه فيسقط الخلع لانعدام القصد الشرعي لقوله تعالى: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان و ما استكرهوا عليه".رواه ابن ماجه

وأما إذا شربها لأجل الطرب مختارا عالما بها فإنه أثم لشربها إذا أقدم على المخالعة وهو في هذه الحالة.

الفرع الثاني: ضوابط خاصة.

إن الخلع ينفرد بشكل خاص ومميز عن سائر العقود وهذا ما عكس عليه دون سائر عقود المعاوضة. فما هي هذه الضوابط الخاصة التي يتميز بها الخلع؟

- بدل الخلع :

---

[41] المادة 203 بنصها: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا 19 سنة و غير محجور عليه".
[42] المادة 144 بنصها: "أصحاب النصف خمسة و هم الزوج و يستحق النصف من تركة زوجته...".
[43] المادة 145 بنصها: "أصحاب الربع إثنان و هما: الزوج عند وجود الفرع الوارث لزوجته".

إن قانون الأسرة لم يتعرض في المادة 54[44] لمسألة الشروط وما يصح أن يكون بدلا فذكرت المادة أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

وقد كرس الاجتهاد القضائي سلطة القاضي في تقدير مبلغ الخلع من خلال عدة قرارات منها ما ورد في القرار المؤرخ في 26 ماي 1968 عن المجلس الأعلى سابقا والذي جاء فيه: " إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءا على صداق مؤجل وما ثبت لهم من ظلم يراه المجلس إلا على أنه ينجز عنه الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج بدون حاجة إلى اشتراط أدائه فورا، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعة كما يسوغ أن يكون الشيء غير موجود وقت الاتفاق"[45].

كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 وجاء فيه: "من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق".

وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بالخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغا قدره خمسين ألف دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معا[46].

فالبدل إذا بما أنه شرط أساسي في مفهوم الطلاق خلعا فزواله زوال و بطلان هذا الأخير و هذا ما تعرض له الفقه الإسلامي في ما يلي:

قول الإمام الشافعي في مذهبه حيث أقر أنه لا فرق في جواز الخلع من أن يخالع على صداق أو مال غيره كان أكثر من قيمة ومقدار الصداق أو أقله وتعرض بدوره إلى ضابط الخلع هو كل ما جاز أن يكون في المهر صداقا جاز الافتداء به خلعا لقوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به".

أما بالنسبة لقيمة البدل ومقداره هل يتجاوز الزوج بأخذه أكثر مما أخذت منه هي مهرا فقول بعض العلماء أنه لا يجوز ذلك بما رواه " الدار قطنى" باستناد صحيح[47] في قول امرأة ثابت بن قيس حينما قال

---

[44] المادة 54 من قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ: 27 فبراير 2005(ج ر 05/15).
[45] قرار منشور في مجموعة الأحكام القضائية، ج1.

[46] قرار المحكمة الصادر بتاريخ: 1985/04/22 تحت رقم 36709، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص: 92.
[47] الشيخ السيد سابق، فه السنة، حدود و جنايات، نظام الأسرة، ج2، ص: 235.

لها الرسول صلى الله عليه وسلم: " أتردين عليه حديقته التي أعطاك". قالت: "نعم" وزيادة، فقال النبي:" أما الزيادة فلا و لكن حديقته".

وبالمقابل هناك الاعتبار الفقهي المخالف، فقد قال في بداية المجتهد: فمن شبهه بسائر الأعواض في المعاملات، رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك فكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق، هذا بالنسبة إذا كان البدل مالا فهل يجوز المخالعة على بعض الحقوق الأخرى؟

- **الخلع على الرضاع:** لقد أجاز ذلك الفقه المالكي والحنفي مع اختلاف بسيط مفاده مدة الرضاع فالحنفية عمومهم الإطلاق، أما مالك فقيدها في عامين لقوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"[48].

- **الخلع على الحضانة:** أشار الأحناف أنه يجوز ذلك بإسقاط أجر الحاضنة مدة معينة بالاتفاق من أجر حصتها للولد و كفالته.

- **الصيغة:**

لم يأت قانون الأسرة في مادة الخلع 54 قانون أسرة بنصها بصيغة مخصوصة حتى يتم نفاد الطلاق خلعا لكنه أشار إلى المنهج الذي يأخذ منه في حالة كهذه نص المادة 222 من قانون الأسرة.

فالمادة 54 من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 بنصها: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت صدور الحكم" ولهذا فإن المشرع أنهى الخلاف حول موافقة الزوج الذي كان قبل التعديل لسنة 2005، و اختار توضيح المسألة بتحديد أن الخلع يقع بدون موافقة الزوج[49]، وأنهى ذلك بانقسام قضاء المحكمة العليا بين:

*** الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:**

هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا و قد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا:

- القرار الصادر بتاريخ: 1988/12/21 تحت رقم: 51728 و الذي جاء فيه:

" من المقرر فقها و قضاء أن بول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في

---

[48] سورة البقرة، الآية: 233.

[49] بن داود عبد القادر، شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ص: 155.

قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير"[50].

– القرار الصادر بتاريخ: 1991/04/03 وتحت رقم: 73885 جاء فيه: " من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون[51].

*** الاتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع:**

هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد في تطبيقه عدة قرارات للمحكمة العليا:

– القرار الصادر بتاريخ: 1992/07/21 تحت رقم: 83603، والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم..." وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك رفض الطعن[52].

– القرار الصادر بتاريخ: 1999/03/16 تحت رقم: 216239، والذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لها قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[53].

أما المشرع الجزائري فقد نص على ذلك في المادة 54 بعد التعديل إذ وضع و أكد حق المرأة في خلع زوجها دون الحاجة إلى موافقته.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي و القانون الخلع.

إن الخلع لا يقع إلا بتراضي الطرفين بالإيجاب، فالزوجة تدفع العوض و في المقابل يرضى الزوج بإخلاء سبيلها، ولا نقصد بهذا أنه طلاق بالتراضي والمنصوص عليه في المادة 48 قانون الأسرة الجزائري لأن العديد من الفقهاء يطلقون عليه مصطلح الطلاق بالتراضي لكن هذا الاعتقاد خاطئ لأن الخلع

---

[50] القرار الصادر في 1988/12/21، رقم الملف51728، المجلة القضائية لعام 1990، العدد:03 ، ص: 32.

[51] القرار الصادر في 1991/04/03، المجلة القضائية لعام 1993، العدد: 02، ص: 55.

[52] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم: 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، العدد الخاص، ص: 134.

[53] القرار الصادر بتاريخ: 1996/07/30 تحت رقم: 141262-غير منشور- مأخوذ من كتاب الأستاذ "زودة عمر"، المرجع السابق، ص: 159.

ليس كالطلاق بالتراضي، لأن الأول لا يصبح لازما إلا إذا تم بالإيجاب والقبول ويجوز الرجوع فيه، أما الثاني يتم برضى الزوجين دون أن تلتزم الزوجة بدفع أي مبلغ مالي، فسبب حدوثه الإرادة المشتركة عكس الخلع.

و قد نتج عن تضارب في الآراء بين فقهاء الشريعة حول طبيعة الخلع من حيث كونه فسخا أو طلاقا وبين نصوص القانون الجزائري ما إذا كان الخلع تصرف تعاقدي رضائي أم وقع بتصرف بإرادة منفردة؟

الفرع الأول: التكييف الفقهي.

يرى الحنفية أن الخلع وهو تطليقه بائنة وحجتهم في ذلك ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديثه:" اقبل الحديقة و طلقها تطليقة" لأن نكاح بعد تمامه لا يقبل الفسخ ما دام قد نشأ صحيحا[54]، وأن الخلع لا يكون إلا بعد تمام العقد، فيكون لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازا، و اعتبروه طلاقا بائنا حتى ولو بطل الخلع و أضافوا أنه إذا خالع الزوج زوجته بعد أن طلقها و هي في العدة فإن الخلع لا يصح، أما إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم خالعها في العدة على مال فإن الخل يصح، ويلزم المال لأن الطلاق الرجعي لا يزال ملك النكاح. وفي مسألة الزواج الفاسد قالوا أنه إذا نكح امرأة نكاحا فاسدا فإن الخلع لا يصح له لأنه فاسد إذ هو إزالة ملك النكاح والعقد الفاسد لا يترتب عليه ملك النكاح.

أما الشافعية فقد صنفوا الخلع ضمن فرق النكاح بالطلاق والذي ينقسم إلى:

1- ألفاظ صريحة كانت أو كناية.

2- الخلع.

3- فرقة الإيلاء.

4- فرقة حكمين.

5- أما الفرقة بالفسخ فتكون في أمور منها: فرقة اللعان، العيب، الردة[55].

أما المالكية فقالوا أن الخلع طلاق بعوض، وتعريف الطلاق عندهم يشمل الطلاق بأنواعه وهو الصريح و الكناية الظاهرة أو أي لفظ آخر بنية الطلاق.

أما الحنابلة فقد اختلفت آراءهم، ففي إحدى الروايتين أنه فسخ و هذا اختيار أبى بكر وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق و أبي ثور.

---

[54] د. عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص: 388.
[55] د. مصطفى السبعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المجلد1.

أما الرواية الثانية أنه طلاق بائن وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيسه و المجاهد وأبى سلمى و ابن عبد الرحمن.

لكن ضعف أحمد الحديث عنهم فقال: " ليس الباب شيء أصح من حديث ابن عباس لقوله تعالى:" الطلاق مرتان"، ثم قوله:" فلا جناح عليهما فيما افتدت به".

فذكر تطليقتين و الخلع تطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق و نيته فكان فسخا.

ووجه الثانية أنها بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا، و لأنه أتى بكناية الطلاق قاصدا فراها، فكان طلاقا لا خلعا.

وفائدة الروايتين أنه إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فينقص بها عدد طلقاته وإن خالعها ثلاثا، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره. و إن قلنا هو فسخ لم تحترم عليه وإن خالعها مائة مرة وهذا بخلاف غن كان خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه، فأما إن بذلت له العوض فهو طلاق لا اختلاف فيه، و إن وقع بغير لفظ الطلاق مثل: كنايات الطلاق أو لفظ نوى به الطلاق، فكانت كذلك كما لو كان بغير عوض فإن لم ينوي به الطلاق فهو الذي في الروايتين[56].

ويساند الرواية الأولى أحمد ابن القيم في كون الخلع فسخا، ودليله في ذلك أن الله سبحانه وتعالى رتب الطلاق بعد الدخول الذي لم يستوف عدده ثلاثة أحكام كلها مختلفة عن الخلع وهي:

-إن الزواج أحق بالرجعة فيه.

- إن العدة فيه ثلاثة قروء.

- أنه محسوب من الثلاث فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد دخول الزوج.

في حين أنه ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع، وثبت بالسنة وأقوال الصحابة أن العدة فيه حيضة واحدة، وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين، و وقوع ثالثة بعدها و هذا ظاهر جدا لكونه ليس بطلاق.

[56] الإمامان: "موقف الدين ابن قدامى " و "شمس الدين ابن قدامى المقدسي".

الفرع الثاني: الخلع في ظل قانون الأسرة الجزائري.

إن أول صدور لقانون الأسرة الجزائري كان بتاريخ: 09جوان 1984 وهو القانون رقم: 84/11[57]، إذ لم تخرج قواعد عن أحكام الشريعة وكان متأثرا بالقضاء المصري كون المشرع الجزائري كان من خريجي الجامعة المصرية وتضمن هذا القانون 224 مادة في أربع كتب، ولم يحظى الخلع إلا بمادة واحدة وحيدة ألا وهي المادة 54 والتي تنص على: " 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" ومن خلال نص هذه المادة يتضح أنها غير واضحة و لم تبين ما إذا كانت إرادة الزوج مطلوبة أو لا؟

– ففترة ما قبل التعديل اتسمت بكون الخلع يتحقق في حالة قبول الزوج وأصبح شرطا واقعيا وقانونيا.

وفي ظل انقسام بين مؤيد و منكر لحق المرأة في الخلع في حالة عدم موافقة زوجها جاء التعديل الجديد بصياغة قلبت الموازين.

– أما فترة ما بعد التعديل فقد جاء في قانون الأحوال الشخصية نص المادة 54 من قانون 09/05 المؤرخ في 04 ماي2005[58] على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي ..." هاته المادة أجازت أن تخالع الزوجة نفسها من دون موافقة زوجها بمقابل مالي وفي حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي.

وبهذا التعديل اندثر الغموض الذي كان يكتسي النص القديم، وقد أثار جدلا كبيرا خاصة من قبل رجال الدين كونه جاء مخالفا لأحكام الفقه الإسلامي والشريعة التي تتطلب أن يكون الخلع بموافقة الزوج.

و بالرجوع إلى المادة 54 قبل و بعد التعديل يمكن إدراج الملاحظات التالية:

1/ نصت المادة على أنه: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها" يفهم من هذه العبارة أنه يجوز للزوجة أن تقوم من تلقاء نفسها بمخالعة نفسها من زوجها.

2/ و قوله:" على مال يتم الاتفاق عليه" تدل على بدل الخلع و تبين إرادة الزوج في الاتفاق على العوض لا على الخلع.

3/ و قوله:" فإن لم يتفقا على شيء" فهنا نجد أن كلامه مبهم فلم يحدد لا نوعه ولا كمه، وهل هذا الشيء نقودا أي هل هو مقدر أو مثلي؟

---

[57] المادة 54 القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1989.
[58] المادة 54 القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005.

4/ و قوله المتمثل في: "دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها" نفى وجود رضى الزوج أو حتى الأخذ برأيه حول الطلاق بالمخالعة.

5/ كذلك: "يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم" هنا يتدخل القاضي في تحديد بدل الخلع.

إذن فالمشرع يرى بنظره الطلاق لا الفسخ حسب نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27 فيفري 2005 بنصها: "يحل الرابطة الزوجية التي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوج في حدود ما ورد في المادتين: 53-54 من هذا القانون ودل على أن المشرع عده طلاقا لا فسخا يلفظه بكلمة يحل عقد الزواج بالطلاق، وبالتالي الانحلال العقدي عن طريق الطلاق ليس هو نفسه الفسخ و بما أنه ذكر في المادة 54 التي تنص عن المخالعة ضمن هذا الانحلال، فهي كما ذكر في المادة 54 التي تنص عن المخالعة ضمن هذا الانحلال، فهي كما ذكر هذا بالنسبة للنص الجديد وهو نفسه أيضا ما سار عليه النص المعدل في نفس المادة 48 الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين53-54، من هذا القانون و التي تنطبق على حالة الانحلال عن طريق الخلع باعتباره انحلال بإرادة الزوجة و بطلبها و بذلها البدل.

الفصل الأول: اختصاص المحاكم بنظر دعوى الخلع و إجراءات رفعها في القانون الجزائري

مقدمة الفصل

نتناول في هذا الفصل اختصاص المحاكم بنظر دعوى الخلع والإجراءات التي تتبع لرفع الدعاوى.

فالمادة 32 من القانون الجديد تنص على أن المحكمة تنظر في جميع القضايا لا سيما المدنية وقضايا شؤون الأسرة فابتداء من المادة 423 من القانون الجديد الذي نظم فيها المشرع تفصيل الإجراءات أمام الأقسام المختصة بشؤون الأسرة.

فلقد فصل المشرع في قواعد الاختصاص باعتبارها قواعد آمرة الهدف منها تنظيم السلطات.

ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى الإجراءات المتضمنة لرفع دعوى و القيود الواجبة احترامها في إقامة دعوى إلى القضاء و في النظر فيها و الحكم عليها دون أن ننس خصائص الدعوى و شروط قبولها.

فالدعوى هي للمطالبة باستعادة حق أو حمايته وهي وسيلة مشروعة للتعبير عن الرغبة في الدفاع عن هذا الحق و تبدأ بعريضة افتتاح الدعوى ثم تكليف الخصم بالحضور و الشروط التي حددت في القانون الجديد بعنصري الصفة والمصلحة لقبول الدعوى على خلاف نص المادة 459 ق.ا.م التي حددت الشروط بثلاث شروط إذ لا يجوز لأحد أن يرفع الدعوى ما لم يكن حائزا على الصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك.

وأخيرا إصدار الأحكام الذي يتم النطق به شفاهة بالجلسة العلنية بعد أن شمل عرضا مجملا لوقائع الدعوى و إذا تمت عملية النطق بالحكم أصبح الخصم مالكا له.

المبحث الأول: اختصاص المحاكم بنظر دعوى الخلع.

يعرف الاختصاص أنه سلطة الحكم وفق القانون في نزاع معين و الاختصاص هو السلطة الممنوحة لمحكمة ما للنظر في النزاع فلو افترضنا أن محكمة واحدة تنظر في نزاعات مختلفة على مختلف أنواعها وأطرافها قد يعسر تحقيقه، كما أن اتساع الدولة يفرض إنشاء عدة محاكم تنتشر في كافة التراب الوطني، للتسهيل على المتقاضين وتيسيرا لهم وهو ما قصد به المشرع الجزائري من تقريب المواطن من العدالة و انسجام التقسيم القضائي مع التقسيم الإداري للبلاد[59]

[59] أ. طاهري حسين: الوسيط في شرح الإجراءات المدنية، دار ريحانة للنشر و التوزيع، ط 2002، ص: 08.

وباعتبار الاختصاص القضائي السلطة المختصة للنظر في النزاع، يتعين عند رفع الدعوى معرفة المحكمة التي يؤول إليها الاختصاص من أجل الفصل في النزاع المعروض[60].

وعلى المتقاضي أن يدرك تماما الجهة التي خولها القانون النظر في دعواه نوعيا أو إقليميا، إما بموجب القواعد العامة أو نص خاص، إذ أن الكثير من القضايا تنتهي دون الفصل في الموضوع ويعود عدم قبولها من حيث الشكل إلى عدم اختصاص الجهة المرفوعة أمامها الدعوى. فعنصر الاختصاص مفتاح كل دعوى إذا وضع في قفل الباب المناسب فتح المدخل وبدأ في مناقشة الموضوع أما إذا أخطاء القفل فلا حديث عن الخصومة لأن أول ما ينظر فيه القاضي شمول ولا ينافي الخصومة.

المطلب الأول: الاختصاص النوعي.

هو توزيع القضايا بين المحاكم المختلفة التابعة للجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى و بعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه محكمة معينة ولايتها وفقا لنوع الدعوى.

إذ يتحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الجهة القضائية الواحدة وفقا لضبط النوعي بمقتضاه يتم توزيع ولاية القضاء على المحاكم المختلفة للجهة القضائية الواحدة حسب نوع القضية[61].

لهذا نجد منظم ضمن قواعد قانون الإجراءات المدنية في المواد من 01 إلى 07 و نجد المحكمة مقسمة إلى أقسام و فروع و من الفروع التي نجدها في كل المحاكم تقريبا قسم شؤون الأسرة، حيث يدخل في اختصاصها المواد المتعلقة بالزواج و الطلاق و غيرها.

فالقاعدة أن الدعوى تقدر وفقا لقيمة الموضوع المطالب به،ولا تحدد بالنسبة لما تحكم به المحكمة لأنه إذا وقع تقدير القيمة على أساس ما تحكم به المحكمة فيصير القاضي هو المسؤول عن تحديد الاختصاص النوعي، كما أنه يقدر قيمة النزاع.

و في حالة الدعوى والمرافعة إذا تم تقديم طلب إضافي فإنه لا يؤثر على تقدير قيمة الدعوى التي حددت عند انطلاقها و هذا ما نجده فيما يخص قسم شؤون الأسرة، حيث نجد أن الاختصاص النوعي للمحاكم يشمل مسائل متعددة منها ما يتعلق بالخلع و توابعه.

---

[60] د. غوثي بن ملحة.

[61] أ. شريف الطباخ: دعوى الخلع عند المسلمين و المسيحيين، ط2004، توزيع حسن حيدر، ص: 35.

إذ يختص قاضي شؤون الأسرة في الفصل بقضايا الخلع، حسب ما نصت عليه المادة 32 و التي تضمنت على أن الاختصاص النوعي يفصل في جميع القضايا لا سيما المدنية ..... و قضايا شؤون الأسرة التي تختص بها إقليميا[62].

المطلب الثاني: الاختصاص المحلي.

طبقا للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه".

فالاختصاص المحلي هو القاعدة التقريرية، أن يقرر المدعي أن يسعى وراء المدعي عليه بمعنى أن المحكمة المختصة تكون هي المحكمة التي تقع في دائرة موطن المدعي عليه وفي وجود موطن المدعي عليه، ويكون لمحكمة إقامته وهي قاعدة بديهية، لأن المهاجم هو المدعي فلا يعقل أن يستدعي خصمه إلى موطنه، فمن يقيم الدعوى هو المكلف بالسعي وبذل الجهد، أما المدعي عليه فموقفه في الأصل سلبي وليس الانتقال من مكان إلى مكان ليدافع عن نفسه[63].

ويعني كذلك ضرورة تحديد الاختصاص كل من محكمة ويحصل تحديد الاختصاص برسم دائرة إقليمية معينة مجالا لعمل كل محكمة لا تتعداه[64].

ويعتمد على نصب محكمة واحدة من محاكم طبقة معينة من ولاية القضاء وذلك وفقا لموقعها الجغرافي من إقليم الدولة ويعبر عنه بدائرة الاختصاص. فطبقا للمادة 37 ق.ا.م بحيث "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه".

إذ أن هذا الاختصاص يتعلق أكثر بالنظام العام،إلا أن قواعد الاختصاص المحلي يتعلق بالدرجة الأولى بمصلحة الخصوم و لصالحهم، حيث تعرض لها المشرع الجزائري في المواد من 08 إلى 11 من قانون الإجراءات المدنية. فقواعد الاختصاص المحلي تهتم بتوزيع القضايا على أساس إقليمي بين مختلف المحاكم من نفس النوع.

فالمسائل والمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية وردت في أحكام الاختصاص المحلي وبخاصة مسألة الطلاق و النفقة ...

---

[62] د. بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغدادي، ط2-2009، ص: 75.

[63] أ. طاهري حسين: المرجع السابق، ص: 09.

[64] أ. طاهري حسين: المرجع السابق، ص: 15.

فقررت أن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، إذ من الضوابط الأساسية في توزيع ولاية القضاء على مختلف محاكم الدولة الضابط المكاني أو الجغرافي من إقليم الدولة فتختص بالقضايا المتعلقة بدائرة إقليمية معينة، ويراعي المشرع في ذلك التقاضي من الخصوم، إذ لا شك في أن تسيير التقاضي يقتضي تقريب المحاكم من المتقاضين بحيث تكون العدالة في متناولهم، وهذا التقرب من الأمور التي تكلفها الدولة، عملا بواجبها في نشر العدالة[65].

أما إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف، يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، و في حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك حسب المادة 37 ق.إ.م.

و قد ميز المشرع بين حالتين في الاختصاص الإقليمي:

– عند وجود مدعي عليه واحد، يتم إعمال القاعدة العامة، إذ ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليها المادة 37ق.إ.م.

– عند تعدد المدعى عليهم، فللمدعي الاختيار بأن يرفع الدعوى أمام المحكمة الواقع في دائرتها أي منهم المادة 38 ق.إ.م " في حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرتها اختصاص موطن أحدهم"[66].

المبحث الثاني: إجراءات رفع دعوى الخلع و نظرها أمام المحاكم الجزائرية.

خصصنا هذا المبحث لدراسة أسس و إجراءات هذا التصرف القانوني ضمن قانون الأسرة الجزائري إبتداءا من إيداع العريضة الافتتاحية أمام المحكمة حتى حصول الخصومة أمام القضاء بدعوى حضورية سواء كانت شخصية أو بوكيل.

إضافة إلى شروط قيام دعوى الخلع و ضبط جلسات المحاكمة وختاما سنتعرض إلى إجراءات الصلح التي لا ينطق بالحكم إلا بعد المرور بها.

---

[65] أ. شريف الطباخ، المرجع السابق، ص: 35.

[66] تكريس القاعدة الواردة في المادة 9 [2] من قانون الإجراءات المدنية.

المطلب الأول: إجراءات اتصال المحكمة بدعوى الخلع.

من المتعارف عليه قانونا أن طلاق الخلع هو نوع من أنواع انحلال واقعة الزواج، وهذا الزواج قد لا يستمر بسبب النزاع والشقاق فيلجأ إلى الخلع والذي لا يتم إلا مرورا بإجراءات عديدة سنتطرق لها في هذا المطلب.

الفرع الأول: رفع دعوى الخلع و الحالات التي لا تقبل فيها الدعوى.

أولا : رفع الدعـــوى

قانون الأسرة فرع من فروع القانون الخاص و له ذاتية مستقلة باعتباره يتضمن مسائل متعلقة بالأحوال الشخصية والقواعد الأساسية التي تنظم الأسرة، إلا أنه يتضمن إجراءات لازمة لتطبيق هاته القواعد كطرق رفع الدعوى وإجراءات التقاضي لرفع أي دعوى فيما يخص ذلك يلجأ إلى قانون الإجراءات المدنية.

- عريضة افتتاح الدعوى:

عريضة افتتاح الدعوى هي العنصر المحرك للخصومة و لذلك يجب احترام قواعد موضوعة مسبقا، فمن خلال العريضة يتضح موضوع الطلب وأطراف الخصومة وكذا الوثائق التي تأسست عليها الطلبات. و قد جاءت الصياغة الجديدة لنصوص المواد المتعلقة بعريضة الافتتاح مستمدة في نقاط عديدة ونجدها في المواد 12 و 13 و 26 من ق.إ.م[67].

- شكل و مضمون عريضة افتتاح الدعوى:

لكي يعتبر المحرر عريضة افتتاح دعوى يفرض المشرع تحريره في شكل معين متضمنا لعناصر محددة.

فخلافا لنص المادة 12 من ق.إ.م التي تشترط إيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله مؤرخة وموقعة مع تخيير المدعي بين رفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من طرفه أو وكيله وإما بحضوره أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريحه الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع، جاءت المادة 14 من القانون الجديد تشترط بالإضافة إلى التوقيع والتاريخ، تقديم عريضة مكتوبة مستبعدة بذلك صراحة تدخل أمين الضبط وإن كان ذلك غير معمول به. فالمادة 14 من ق.إ.م تنص على أن: " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة و مؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

---

[67] د. بربارة عبد الرحمن: المرجع السابق، ص: 46.

أما عن مضمون عريضة افتتاح دعوى فنستخلص من نص المادة 15 وجوب توفر مجموعة بيانات في العريضة تحت طائلة عدم قبولها شكلا، وعليه تنص المادة 15 من ق.إ.م على مايلي:

1/ الجهة القضائية التي ترفع أمامه الدعوى.

2/ اسم و لقب المدعي و موطنه.

3/ اسم و لقب و موطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.

4/ الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، و مقره الاجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.

5/ عرضا موجزا للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6/ الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى.

أما البيانات الضرورية عددها خمسة نذكرها على النحو الآتي[68]:

1/ تحديد الجهة القضائية:

هو عنصر متصل بالاختصاص النوعي و الإقليمي بحيث يقع على المدعي تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا ثم الجهة المختصة نوعيا بالدعوى.

2/ تعيين الخصوم:

الهدف من ذلك منع الجهالة و دفع أي لبس بشأن أطراف الخصومة وقد حذفت لجنة الشؤون القانونية والإدارية من مضمون المادة 15 المقترحة من طرف الحكومة التنصيص على الجنسية، كما أن قانون الإجراءات المدنية لم يشر إلى إمكانية اختيار مكتب المحامي موطنا للموكل كما هو وارد في المادة 15من ق.إ.م، إذ يفترض في كل طلب وجود شخصين يجب تعيينهم تعيينا نافيا للجهالة وتعيين أشخاص الطلب لا يكون إلا بذكر أسمائهم وألقابهم ومواطنهم. وعدم ذكر كل ذلك يؤدي إلى التجهيل بالخصم مما يترتب عليه بطلان العمل الإجرائي[69]. والملاحظة في النص الجديد استبعاده لمهنة الأطراف في مجال البيانات الضرورية.

---

[68] د. بربارة عبد الرحمن: المرجع السابق، ص: 47-48.

[69] قرار رقم 497، 165 صادر عن غرفة المدينة بالمحكمة العليا بتاريخ: 1998/05/06.

3/ تحديد موضوع الطلب القضائي:

يقصد به تحديد موضوع الطلب، و ذكر المرغوب فيه من وراء رفع الدعوى، و لن يتأتى ذلك إلا بتقديم عرض موجز عن الوقائع ينتهي بطلب أو طلبات محددة تدعمها الوسائل التي تم بموجبها تأسيس الدعوى، فالقضاء ليس مكان لعرض وقائع قد لا تحتمل وصفا قانونيا أو مجرد سرد لحقائق دون تبيان المراد من ورائها، فتحديد موضوع الطلب مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا[70].

4/ الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى:

لم يكتف المشرع بإلزام المدعي تضمين عريضته، عرضا موجزا للوقائع والطلبات إنما أضاف وجوب تقديم الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى ومعناه تقديم المبررات القانونية كي لا تتحول العريضة إلى مجرد حديث عام لا يستند لأي مرجعية قانونية أو موقف قضائي مستقر عليه.

5/ الإشارة إلى الوثائق و السندات:

ليس بالضرورة أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى إشارة إلى سندات إلا إذا كان ذلك ضروريا وهو ما أشارت له المادة 15 بعبارة "عند الاقتضاء".

- جزاء عدم مطابقة العريضة للشكل و المضمون:

لقد رتب المشرع على عدم احترام البيانات الواجب توفرها في عريضة افتتاح الدعوى جزاء يتضمن عدم قبولها شكلا لأن الغاية من ذكر تلك البيانات، حماية النظام العام فيما يتعلق بالاختصاص و دفع الجهالة بأطراف الخصومة وضمان حسن سير مرفق القضاء[71].

فإذا خلت عريضة افتتاح الدعوى من البيانات الواردة في المادة 15 من القانون الجديد، فإن مصيرها يكون عدم القبول شكلا وهو ما يحول دون الفصل في الموضوع، والجزاء نتيجة خلو العريضة من البيانات لا يمتد إلى الخطأ عند ذكرها أو إلى سهو غير مخل ليس من شأنه التشكيك أو التجهيل بالأطراف[72].

فإن جاء اسم المدعي عليه وفق المتعارف لدى الجمهور على أنه محمد بينما الصحيح هو امحمد، لكن الخصم حضر عن نفسه و قبل سير الدعوى.

---

[70] قرار رقم 272، 78 صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ: 1991/07/16 غير منشور.

[71] د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، صك 49-50.

[72] رمضان، جمال كامل، الدعوى و إجراءاتها، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، ط1، 2000، ص: 20.

ثانيا : حالات عدم قبول دعوى الخلع

1- عدم قبول دعوى الخلع لعدم بلوغ الزوجة:

إن الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج لا تكون مقبولة إذا كان سن الزوجة يقل عن ست عشرة سنة، أو كان سن الزواج يقل عن ثماني عشرة سنة وقت رفع الدعوى.

2- عدم قبول الدعوى إذا لم ترد الزوجة لزوجها عاجل صداقها:

يجب على الزوجة أن ترد الصداق الذي دفعه الزوج إليها سواء نقودا أو عينا وعلى ذلك تكون الدعوى غير مقبولة إذا لم ترد لزوجها الصداق.

3/ عدم قبول الدعوى إذا لم تتنازل الزوجة عن كافة حقوقها المالية:

يجب أن تتنازل الزوجة عن كافة حقوقها المالية الشرعية و بذلك يسقط حقها في النفقة الزوجية والعدة والمتعة إذا لم تتنازل عن كافة حقوقها المالية والشرعية فلا تقبل الدعوى[73].

4/ عدم قبول الدعوى إذا كان الزواج غير ثابت بأي ورقة:

إذا كان الزوج غير ثابت بأي ورقة لا تقبل دعوى الخلع في حالة إنكار الزوجة لهذه الزيجة و إذا كان المشرع قد استثنى سماع الدعوى إذا كانت الزيجة ثابتة بأي ورقة كخطاب من الزوج لزوجته يقر بهذا الزواج فإنه قد خرج عن القاعدة إلا أنه قد سمح بدعوى الخلع إذا كانت ثابتة بورقة رسمية و من باب أولى إذا لم يكن هناك أي إثبات فلا تقبل الدعوى لأنه لا يجوز استثناء ما استثناه المشرع.

5/ عدم قبول دعوى الخلع الثانية لذات السبب الذي رفعت به سابقا:

تكرار الزوجة دعوى الخلع لذات السبب التي قضى فيه سابقا بعدم قبولها يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى والملاحظ أن هذا الحكم لا يجوز أي حجة أخرى إذ أن للزوجة أن ترفع دعوى خلع أخرى شريطة اعتمادها على أسباب أخرى.

---

[73] أ. شريف الطباخ، المرجع السابق، ص: 60.

6/ عدم قبول دعوى الخلع إذا كانت الزوجة محجور عليها لسفه أو مرض:

إذا كانت الزوجة محجور عليها لسفه أو لمرض لا تقبل الدعوى لأنها ليست أهلا للتبرع و ذلك لأن الخلع في حقيقته طلاق مقابل مال تلتزم به الزوجة لزوجها.

7/ عدم قبول دعوى الخلع إذا كان الزوج ممن لا يصح خلعه:

لا تقبل دعوى الخلع إذا كانت الصحيفة مجهلة كأن لم تذكر بها اسم الزوج أو تذكر به اسم رجلا آخر ليس له صفة بها.

8/ لا تقبل دعوى الخلع إذا كان الزوج ممن لا يصح طلاقه:

يشترط في الزوج ركن من أركان الخلع أن يكون ممن يصح طلاقه أي أن يكون الزوج أهلا لإيقاع هذا الطلاق فلا يصح خلع من لا يصح طلاقه.

هذه الحالات تقضي بعد قبول الدعوى وأن هذا القضاء لا يجوز حجية الشيء المقضي به ومن ثم فإنه يجوز لها بعد ذلك رفع دعوى خلع جديدة بأسباب جديدة أو أن يتلاقى السبب الذي أدى إلى القضاء بعدم قبول دعواها الأولى[74].

أما بالنسبة لإغفال البيان المتعلق بالإشارة إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى، فلا نراه سببا لعدم القبول شكلا بصورة مجردة، لأن المشرع قيد الإشارة بالاقتضاء، في المقابل لم يرتب المشرع على عدم احترام الشكل الواجب إتباعه عند تحرير عريضة افتتاح الدعوى أي جزاء. ولأن إغفال أحد العناصر والبطلان لا يكون إلا بنص[75].

- الفرع الثاني: قيد عريضة افتتاح الدعوى.

حاول المشرع الجزائري من خلال القانون الجديد تدارك العديد من النقائص التي كانت تعيب قانون الإجراءات المدنية لا سيما عنصر الآجال، و مع ذلك فإن المادة 16 تنص على أن تقييد العريضة يتم حالا في سجل خاص، في حين أن المادة 17 تنص على أن العريضة لا تقيد إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا.

أولا: إجراءات قيد الدعوى

---

[74] أ. شريف الطباخ، المرجع السابق، ص: 61.

[75] قرار رقم 26.563 مؤرخ في 1982/02/27، مجلة قضائية، عدد01 لسنة 1989، ص: 123.

تقيد العريضة لدى أمانة ضبط، في سجل رسمي يمنحها تاريخا مؤكدا مع تحديد تاريخ الجلسة الأولى التي ينادى فيها على القضية، كما يمنح المدعي أجلا كافيا لتكليف الخصم بالحضور عن طريق محضر قضائي.

فالمادة 16 تنص على: "تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم و رقم القضية وتاريخ أول جلسة. يسجل أمين الضبط رقم القضية و تاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم"[76].

- دور أمين الضبط:

يقوم أمين الضبط فور استلامه لعريضة افتتاح الدعوى بقيدها حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم و منح رقم للقضية و تحديد تاريخ أول جلسة ثم يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة، ويسلمها للمدعي بغرض تكليف الخصوم بالحضور للجلسة رسميا.

- ميعاد التكليف بالحضور:

يتم بموجب النص الجديد، تمديد المهلة المقررة بين تاريخ التسليم المكلف بالحضور و اليوم المعين لحضور أول جلسة، من 10 أيام كما هو وارد في المادة 20 من ق.ا.م ليصبح 20 يوما، ثم أضافت المادة 16 المكورة سابقا تمديدا إضافيا مدته (03) ثلاثة أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج.

ومع أن نص المادة 16 جاء في صيغة الوجوب، فإن ذلك لا يشكل سببا جوهريا لرفض الدعوى متى لم يتحقق عنصر الأجل، وقد صدر عن محكمة " تمالوس" حكما بتاريخ: 1998/04/26 تحت رقم 63/98[77] بأن دفع المدعي عليه بعدم قبول الدعوى لعدم احترام المدعي للمهلة المنصوص عليها في ق.ا.م بين تاريخ التسليم للتكليف بالحضور إلى اليوم المعين للجلسة، كون أن الهدف الذي ابتغاه المشرع من هذه المهلة، هو تمكين الخصوم من تحضير دفاعه، وما دام أن المدعى عليه حضر الجلسة وأبدى أوجه دفاعه في الموضوع فقد تحققت غايته، فالأجل مقرر لحماية حق الخصم في الدفاع، فإن حضر فقد تحققت غايته ،فإن حضر الجلسة جاز للقاضي تأجيل النظر في الملف ومنح المدعى عليه آمال مناسبة دون الحاجة إلى رفض

[7676] د. بربارة عبد الرحمن: المرجع السابق، ص: 51-52.

[77] حمدي باشا عمر: مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، ص: 111.

الدعوى، أما إذا لم يحضر فليس للقاضي أن يحكم غيابيا في القضية إنما يرفضها شكلا لعدم احترام المدعي للآجال.

- دفع الرسوم:

الرسوم هي حقوق تعود على الخزينة العمومية، و مع أن المدعي مطالب بدفع بعض المال قبل السير في دعواه، فإن ذلك لا يتعارض بأي حال مع حق التقاضي الذي يكلفه الدستور، فالمبلغ الذي يدفع كرسم هو عبارة عن مساهمة وليس ثمنا نظير خدمة عمومية، فما تدفعه الدولة لأجل ضمان سير مرفق القضاء يفوق بكثير ما تتحصل عليه الخزينة.

و يختلف مقدار الرسوم من درجة قضايا لأخرى، و يعفى بعض المتقاضين من دفعها، وأول نص منظم للرسوم هو الأمر رقم: 66/224[78] المتعلق بالمصاريف القضائية ثم ألغي وحل محله الأمر رقم: 69/79[79].

ثانيا: إجراءات النظر في دعوى الخلع

إذ أن المحكمة لا تحكم بالخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين لكن بعد أن تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، وتلتزم المحكمة عند النظر بالدعوى اتخاذ بعض الإجراءات الخاصة بهذه الدعوى قبل الفصل في الموضوع و الحكم بالخلع[80]:

- أن تذكر الزوجة أنها تبغض الحياة مع زوجها في صحيفة دعواها:

بداية وقبل أن تتخذ المحكمة أي إجراء عند نظرها دعوى الخلع يجب أن يثبت لها أن الزوجة طالبة للخلع و قد ذكرت ثلاث أسباب هامة هي:

1- أنها تبغض الحياة مع زوجها و أن بغضها الحياة مع زوجها ليس بأسباب من جانبه، و إلا أصبحت دعوى تطليق، و ليست خلعا.

2- أن تقرر الزوجة أنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما أي استحالة العشرة بسبب هذا البغض.

---

[78] أمر رقم: 66-224 مؤرخ في 1966/07/22، يتعلق بالمصاريف القضائية، ج ر رقم: 65 لسنة 1966.
[79] أمر رقم: 69-79 مؤرخ في 1969/09/18، يتعلق بالمصاريف القضائية، ج ر رقم: 82 لسنة 1969.
[80] د. ناهد العجوز: دعوى التطليق و الخلع، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، ط1-2001، ص: 371، 372.

3- أن تقرر الزوجة أنها تخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب بغضها لزوجها، و عدم رغبتها في الحياة معه مما يستوجب الحكم بخلعها.

ولكن هذا لا ينفي تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية و ترد على زوجها الصداق الذي أعطاه إياها.

أما إذا تمسكت الزوجة – طالبة الخلع- بشيء من حقوقها الشرعية حكمت المحكمة وبعدم قبول الدعوى لافتقاد دعوى الخلع لشرط من شروط قبولها، كما يجب على الزوجة أن تتمسك بما جاء في العريضة حتى صدور الحكم فيها[81].

الفرع الثالث: تكليف الخصوم بالحضور.

بما أن الخصوم لا تعقد إلا بتكليف المدعي عليه بالحضور أو بحضور هذا الأخير اختياريا عملا بنص المادة 28 من ق.ا.م[82] و46 من القانون الجديد، لذا يستوجب على المدعي بعد تسجيل العريضة التوجه إلى محضر قضائي مختص إقليميا من أجل تكليف المدعى عليه بالحضور في الجلسة المحددة و تسليمه نسخة من العريضة المودعة لدى أمانة الضبط.

فالتكليف وسيلة إجرائية تحقق مبدأ الوجاهية، حيث يعد خطوة أساسية في مسار الدعوى، إذ لا يتصور في أصول التقاضي عدم مواجهة المدعي عليه بالادعاءات الموجهة ضده أمام القضاء، فإذا لم يقم المدعي بتكليف المدعى عليه بالحضور، يتعين القول أن دعواه غير مقبولة لعدم انعقاد الخصومة القضائية[83].

فقد ميز المشرع بين التكليف كإجراء مستقل وفقا للمادة 18 وبين محضر التسليم كعمل إجرائي لاحق وفقا للمادة 19.

فالتكليف يستلمه المدعى عليه، بينما المحضر المحرر لإثبات قيام عملية التكليف يستلمه المدعى.

- مضمون التكليف بالحضور:

---

[81] د. ناهد العجوز، نفس المرجع السابق، ص: 373.

[82] قرار رقم 145.507 صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، مؤرخ في 1997/03/12، غير منشور.

[83] عاشور مبروك: الوسيط في قانون القضاء المصري، مكتبة العلا الجديدة المنصورة مصر، ط2-2001، ص: 74.

تضمنت المادة 18 البيانات التي يجب أن يتضمنها التكليف بالحضور:

1/ اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

2/ اسم و لقب المدعي و موطنه.

3/ اسم و لقب الشخص المكلف بالحضور و موطنه.

4/ تسمية و طبيعة الشخص المعنوي و مقره الاجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

5/ تاريخ أول جلسة و ساعة انعقادها.

وبما أن المشرع فصل بين التكليف بالحضور و محضر التسليم فإن جديد المادة 18 مقارنة بالمادة 13 من ق.ا.م يمكن حصره في ما تم استبعاده وذلك على النحو التالي:

1- ذكر مهنة المدعي.

2- ملخص الموضوع و مستندات الطلب.

3- ذكر الشخص الذي تركت له نسخة من التكليف[84].

- **محضر تسليم التكليف بالحضور:**

إن حلقة الوصل بين طرفي الخصومة هو المحضر القضائي، فلا تصح إجراءات التكليف إلا إذا تمت عن طريق هذا الضابط العمومي، فهذا الأخير مخول إلى الإشهاد على واقعتين: استلام التكليف من طرف الخصم، ثم تحري محضر رسمي بالواقعة.

ويكون التكليف بالحضور للخصوم بواسطة المحضر القضائي وطبقا للمادة 19 ق.إ.م يجب أن يحرر البيانات التالية مع مراعاة أحكام المادة 406-416:

- اسم و لقب المدعي و موطنه.

- اسم و لقب الشخص المبلغ له و موطنه.

- توقيع المبلغ له على المحضر والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته مع بيان رقمها وتاريخ صدورها.

- تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له مرفقا بنسخة من العريضة الافتتاحية مؤشر عليها من أمين الضبط.

---

[84] د. بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص:61.

– الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور أو استحالة تسليمه أو رفض التوقيع عليه.

– وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر.

– تنبيه المدعي عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور سيصدر حكم ضده بناءا على ما قدمه المدعي من عناصر.

و بهذا التكليف يتم فعلا رفع الدعوى و يحضر الخصوم في التاريخ المحدد في التكليف بالحضور شخصيا أو بواسطة المحامين أو وكلائهم طبقا للمادة 20 قانون إجراءات مدنية[85].

فلقد عالجت المادة 19 ق.إ.م الكثير من النقائص التي هي محل انتقاد الممارسين والمعنيين بالإجراء الخاص بالتقاضي، إلا أن أهم عنصر جاءت به المادة ما تضمنه البيان الثامن من تنبيه المدعى عليه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكما ضده، هذه الإضافة تشكل عنصر ترهيب للحيلولة دون الإطالة في مسار الدعاوى نتيجة تقصير أو تهاون من المدعى عليهم.

– جزاء مخالفة الإجراءات المتعلقة بالتكليف:

يختلف الأثر بين حالة غياب المدعى عليه عن جلسة المحاكمة و بين حالة عدم حضور الخصم بإرادته المنفردة رغم صحة تكليفه، إذ أن الخصومة تنعدم بانعدام التكليف بالحضور، بينما تصح بعزوف المدعى عليه المكلف تكليفا سليما[86].

فالأصل في الخصومة أن لا تنعقد إلا بوجود طرفين وانعدام أحدهما يعتبر انعدام لركن من أركانها، والحكم الصادر من دون تكليف الطرف الآخر لا يعتبر حكما باطلا فحسب، بل يتعدى ذلك باعتباره حكما منعدما، والحكم المنعدم لا تلحقه أي حصانة وبالتالي فإن سبيل التمسك بانعدامه يبقى مفتوحا والطعن فيه يبقى قائما[87].

وبما أن البيانات الواردة في المادتين 18 و19 من القانون الجديد تحقق عنصرا هاما في الدعوى وهو دفع الجهالة عن الخصم، فإن كل مخالفة لما هو مقرر ينتج عنها جواز رفض الدعوى شكلا لعدم صحة إجراءات التكليف.

---

[85] د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 62.

[86] د.بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 63.

[87] قرار رقم 640.66 مؤرخ في 1989/03/15ن مجلة قضائية، عدد4، سنة 1993، ص: 15.

الفرع الرابع: شروط قبول الدعوى.

فهناك جملة من الشروط الشكلية و الموضوعية التي ينبغي احترامها لصحة الدعوى وما هي إلا وسيلة، لأن القضاء لا يعترض لفض المنازعات بين الناس لتحقيق التطابق بين المراكز الواقعية و المركز القانوني في المجتمع من تلقاء نفسه لذا فالدعوة لا تنهض إلا بتوافر أركان و شروط و ضوابط تتوفر في صاحب الدعوى كطرف مؤسس في الدعوى.

أولا: الشروط الشكلية

وتتمثل في عدم قبول الدعوى إلا بتحريكها بعريضة افتتاحية إما كتابية أو شفهية أمام قلم كتاب الضبط، أما الخلع لا يثير إلا وقت تقديم و إيداع عريضة كحل في الدعوى يتقدم بها المدعي كطرف في الخصومة المتنازع عليها قضاءا و ذلك باعتبار الأصل العام في المادة 12من ق.إ.م.

أ- **شرط المصلحة:** طبقا لنص المادة 459 ق.إ.م: "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن له مصلحة في ذلك"[88].

ويقصد بالمصلحة: المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، هذه المنفعة تشكل الدوافع وراء رفع الدعوى و الهدف من تحريكها، فلا دعوى من دون مصلحة تنزيها للقضاء عن الانشغال بدعاوى لا فائدة عملية منها كالدعاوى غير المنتجة[89].

و لتكريس المستقر عليه فقها وقضاءا بشأن المصلحة واستدراك الفراغ القانوني، أضاف المشرع ضمن المادة 13 عبارة هي غائبة في المادة 459 من ق.إ.م تشير إلى توفر عنصر المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة.

1- المصلحة القائمة:

تكون المصلحة قائمة، حينما تستند إلى حق أو مركز قانوني فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني من العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر كأن يمتنع المؤجر عن تسليم المستأجر العين محل عقد الإيجار. و الهدف من اشتراط المصلحة ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء والحد من استعمال الدعاوى دون مقتضى، لكن ذلك لا يخول القاضي سلطة إثارة انعدامها من تلقاء نفسه مثلما هو مقرر لانتقاء المصلحة.

---

[88] أ. إلياس، محاضرات في الإجراءات المدنية، سنة 3 علوم قانونية، 2004-2005، غير منشورة.
[89] عبد الحكيم فودة، الدفع بانتقاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية، ص: 49.

إنما عليه أن ينظر في مدى توفر المصلحة حينما يدفع الخصم بذلك.

والقول بعدم جواز إثارة غياب المصلحة من القاضي تلقائيا لا يعني قبول أي مصلحة حتى وإن كانت غير مشروعة، فالقانون لا يحمي المصلحة المخالفة للنظام العام و الآداب.

2- المصلحة المحتملة:

إذا لم يقع الاعتداء ولم يتحقق بذلك ضرر لصاحب الحق، يقال بأن المصلحة محتملة، فقد تتولد مستقبلا و ربما لن تتولد أبدا.

والمصلحة المحتملة التي يقرها القانون وفقا لنص المادة 13 هي التي يكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل كحالة الخشية من تصرف المطلوب.

ب- شرط الصفة:

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء،وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي، كما قد يحدث أن يتدخل طرفا أثناء سير الخصومة لم يرد ذكره في عريضة افتتاح الدعوى، سواء بإرادته لأجل تحقيق مصلحة لفائدة المتدخل، أو بطلب من أحد أو كلا طرفي الخصومة.

1- الصفة لدى المدعي:

ينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصيا بسبب عذر مشروع، في هذه الحالة يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات، كأن يحضر المحامي نيابة عن المدعي أو يحضر شخص آخر بموجب وكالة خاصة.

في هذه الحالة يقع على القاضي التأكد ابتداء من صحة التمثيل ثم يبحث لاحقا في مدى توفر عنصر الصفة لدى صاحب الحق، فقد يصح التمثيل مع فساد الصفة في الدعوى و العكس صحيح من أمثلة ذلك أن يحضر الأب بصورة عفوية ومن دون وكالة، جلسة المحاكمة بدلا عن ابنه الراشد الذي رفع الدعوى[90].

[90] د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 34-35.

2- الصفة لدى المدعى عليه:

من المبادئ أن الدعوى لا تصح إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة، فكما يشترط توفر عنصر الصفة لدى المدعي وإلا رفضت دعواه يشترط كذلك قيام عنصر الصفة لدى المدعى عليه وإن تعددوا إذ يشترط في صحة الدعوى أن ترفع ضد:

- من يكون معنيا بالخصومة كدعوى زوجة ضد زوجها.

- ممن يجوز مقاضاتهم فلا تقبل دعوى ضد فاقد الأهلية لتعلق ذلك بحق الدفاع أو ضد مؤسسة أو موظف أجنبي يتمتع بالحصانة الدبلوماسية عملا بالمادة 30 من الاتفاقية المصادق عليها من طرف الجزائر بالمرسوم رقم 64-84 المؤرخ في 1964/03/04[91].

ج- شرط الأهلية:

يقصد بأهلية التقاضي أهلية الأداء لدى الشخص الطبيعي كما هو مبين في المادة 40 من القانون المدني، ويقصد بها كذلك صلاحية أحد الزوجين لمباشرة الإجراءات أمام المحكمة أي تنازع الزوجين و تخاصمهما، فيجب أن يكون واحدا منهما أهلا للتقاضي.

إلا أن هناك استثناء من الأصل العام في نص المادة 7 قانون الأسرة[92]: "أنه يجوز للزوجة مباشرة الدعاوى القضائية المتعلقة بعقد الزواج وآثاره دون استقاءها الشرط السالف الذكر بل بحكم قانون القاضي بالترشيد".

أما في حالات فقدان أو نقص دون الحالة المستثنات أي النقص المتعلق بالسن فيمكن أن يكون سببه الحجر لسفه و هذا المقصود بنقص الأهلية، أما القول بفقدان الأهلية منه انعدامها الكلي بسبب جنون أو دون بلوغ سن التميز قبل 23 سنة فلا يمكن مباشرتها إلا عن طريق الوكالة[93].

موقف المشرع الجزائري من الوكالة:

والمقصود بها في القانون المدني المادة 571 بنصها: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخصا شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب الوكيل وباسمه، وهذا كوصف عام أمام الوكالة الخاصة بنوع هذا التصرف القانوني المذكور في المادة 574 من نفس القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والذي

---

[91] قرار رقم (34 . 119 مؤرخ في 1995/10/24)، مجلة قضائية عدد01 سنة 1996، ص: 130.

[92] المادة 7 أمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة."

[93] د. غوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص: 217.

ينص على: " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة... الصلح والإقرار والتحكيم و توجيه اليمين والمرافقة أمام القضاء" وعدم جواز للموكل له تجاوز حدود الوكالة المذكورة في المادة 574الفقرة 3. ونجد في المادتين 73-74 من القانون المدني بعض الشروط و الآثار بما فيها الخلع.

- موقف الشرع من الوكالة:

بما أن عقد الخلع المتعلق محله بزوال الرابطة الزوجية وهو عقد بدوره معاوضة تمثل في قيام بعمل الطلاق مقابل بدل يدفعه المتعاقد وفقا للحصول على الخلع كنوع من أنواع فك النكاح، و بما أنه يوجد طرفان في العقد فسوف نتعرض لكل واحد منهم على حدى.

- توكيل الزوج من يخالع عنه:

هنا يمكن الحديث في ما إذا كان قد حدد الموكل لوكيله العوض الذي به يخالع أو أن يتركه بدون تحديد فلا يقيده ببدل معين القدر. فحالة الالتزام بم حدد الموكل فلا خلاف فيه ويقع التصرف صحيحا ويلزم بذلك الخلع المسمى لكن الخلاف مطروح في حالة عدم التحديد فنجد:

* الفكرة الأولى ترى عدم صحة التصرف في الخلع ببدل أقل قيمة من المعين حصوله كبدل من طرف الموكل.

* الفكرة الثانية في حين لم يحدد الموكل لوكيله مقدار البدل و فيه ما إذا وقع الخلع ببدل أكثر من صداق المقدم سلفا من الموكل ففيه صحة و إجازة بوقوع الخبر دون ذلك بالنظر لصداق المثل ففيه إجازة مع رجوعه على الموكل له بالفارق، وأما هنا كنهج ثالث أقر ببطلان التصرف وبالتالي العقد في حالة المخالعة دون العوض و اعتبروه لغوا و لم يصح الخلع[94].

- توكيل الزوجة من يخالع عنها:

هنا نفس الفكرة مع مراعاة مركز الخلاف ففائدة الزوجة النقصان من البدل إلا الزيادة فإن وقع بما عين من دونه صح، و إن زاد صح ذلك مع الرجوع على الموكل له الخلع بالفارق في الزيادة فلا يتحملها الموكل وإنما الموكل له إضافة ملك أو ضمان فقوله: "خالعها على المائة على أني ضامن"،فقيل مقابله بالقبول في الزمن الموافق لمجلس العقد خالعتها على ذلك.

[94] د. محمد كمال الدين إمام: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الناشر للمعارف بالإسكندرية، ط 2001، ج1.

الوكالة على الزوجين:

قد نظر الحنابلة بالجواز اعتبارا أن جوازه في عقد الزواج بشرط تولي الوكالة في كلا طرفي العقد.

أما القول الآخر القائل بعدم جواز الوكالة من طرفي العقد و اعتبروه عقد معاوضة كالبيع منهم الشافعية و حجتهم المشابهة ما بين الخلع بجانبه المادي و البيع[95].

ثانيا: الشروط الموضوعية

فيما يتعلق بالجانب الموضوعي المشروط في رفع الدعوى المتعلقة بالخلع فقد نصت المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بقانون رقم 09/05: " لا يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، فمن خلال ما ورد في المادة فإن الشروط الموضوعية لرفع دعوى الخلع هي كالآتي:

أ- **محل الدعوى:**

هو الشيء المطالب به أمام القضاء ويتمثل في المحل أو الطلب الذي تقدمه الزوجة للقاضي للفصل في موضوعه وإزالة الزوجية بإرادتها المنفردة كون الخلع حق لها ويجوز للزوجة مخالعة زوجها.

ب- **المال:**

أصبح المال موضوع دعوى الخلع حيث أن موافقة الزوج مقابل الخلع و ليس الخلع في حد ذاته، فالمال شرط موضوعي على الزوجين الاتفاق عليه، أما إذا لم يتفقا فعلى القاضي أن يحكم و يحدده بصداق المثل وهذا ما ورد في المادة 2/54 من قانون الإجراءات المدنية[96].

هذا بالنسبة لإجراءات تسجيل الدعوى لمباشرتها أمام الجهة المختصة كمحل نزاع قائم في خصومة قضائية.

إذن وبصفة خاصة أن الدعوى القضائية تعتبر مرفوعة و قائمة و تترتب بمجرد إيداع صحيفتها قلم كتاب الضبط من قبل الزوجة بطلب التطليق بالخلع وهل يعتد بها الإجراءات و مدى حجته و سبيل إثباته.

---

[95] عبد الفتاح نقيه: مباحث في قانون الأسرة الجزائري، بن عكنون ط 1999؛2000، ص: 213-214.

[96] المادة 54 الفقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم بقانون 90/05.

فما تعلق بإيداع قلم كتاب الضبط للمحكمة المختصة فإنه لما كان من المقرر أن الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية خضوعها لقانون المرافعات وقد قضي أيضا بنفس نصوص المادة أنه عريضة محل الدعوى الافتتاحية تعتبر ورقة عرفية لا يلزم بها القانون أمام الموظف دون التعرض للعريضة الشفهية أمام رئيس قلم كتاب الضبط أو أحد نائبيه، وبالتالي يمكن الطعن فيما ورد فيها من بيانات و لا تدخل العريضة في صيغتها الرسمية في الإثبات إلا بتدخل الموظف المختص قانونا وفي حدود البيانات التي قام بها أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرف المقرر قانونا في طرق الإثبات.

المطلب الثاني: سير الدعوى

نتعرض في هذا المطلب إلى حضور الخصوم و سير المحاكمة.

الفرع الأول: حضور الخصوم و وكلائهم أثناء المحاكمة

الخصوم غير ملزمين بالحضور شخصيا إلا إذا رأى القاضي ذلك ضروريا، إذ يمكن أن ينوب عنهم محاموهم أو وكلائهم، ويستخلص ذلك من المادة 20 ق.ا.م التي تنص على أنه: "يحضر الخصوم في التاريخ المحدد في التكليف بالحضور شخصيا أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم".

فالمادة 20 هي صياغة معدلة للمادة 30 من ق.ا.م التي تقضي بأن حضور الأطراف أمام المحكمة يتم في اليوم المحدد في التكليف بالحضور سواء بأنفسهم أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم، ولم تعدل المادة الجديدة إلا في مصطلح الأطراف حيث استبدل بمصطلح الخصوم.

وقد نظم المشرع كيفية تقديم المستندات من خلال المواد من 21 إلى 23 من القانون الجديد وفقا صياغة أكثر دقة.

وعليه فإن تقديم المستندات يتم على الشكل التالي:

1- يجب إيداع الأوراق و المستندات و الوثائق التي يستند إليها الخصوم دعما لادعاهم بأمانة الضبط، إما بأصولها أو نسخ رسمية منها أو مطابقة للأصل، أما النسخ العادية فيجوز للقاضي قبولها عند الاقتضاء.

2- يقوم أمين الضبط وجوبا، بجرد الأوراق و السندات والوثائق المودعة والتأثير عليها قبل إيداعها بملف القضية و يحرر وصل بالاستلام يسلمه للمودع.

3- يتم تبادل المستندات المودعة أثناء الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط إذ يجوز استلام المستندات من أمانة الضبط و هنا يتدخل عنصر ضرورة تبليغ الخصم[97].

- النيابة العامة:

لابد من التمييز بين صفة النيابة العامة كطرف أصلي أو كطرف منظم فإذا كانت طرفا أصليا كانت خصما حقيقيا، أما إذا كانت طرفا منظما فلا تعتبر خصما في الدعوى و لكن تكون مجرد عون للمحكمة إذ تبدي الرأي فيها، وإذا كان رأي النيابة العامة لا يعد حكما ولا تتقيد به المحكمة إلا أنه يمهد للحكم و له قيمة أدبية في نظر المحكمة لأنه رأي محايد[98].

على أن حق الطعن من الحكم و إن كان لا يجوز أصلا إلا الخصم، إلا أن القانون أباح للنيابة العامة رغم صفتها كطرف منظم[99] في الأحكام الصادرة في الأحوال التي أوجب تدخلها فيها وذلك إن خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام بل أباح القانون للنيابة العامة الطعن في الأحكام النهائية.

وتتدخل النيابة العامة حسب نص المادة 257 من ق.إ.م " تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام".

ويجب على النيابة العامة حضورها و إبداء رأيها حسب نص المادة 258 ق.إ.م والذي ينص على: "يجب على ممثل النيابة العامة تقديم طلباته كتابية و حضور الجلسة في القضايا التي يكون طرفا أصليا فيها". وكذلك نص المادة 259 من نفس القانون: "يكون ممثل النيابة العامة طرفا منضما في القضايا الواجب إبلاغه بها و يبدي رأيه بشأنها كتابيا حول تطبيق القانون".

وفي كل الحالات، أجازت كل من المادتين 257 و260 من القانون الجديد التدخل التلقائي للنيابة العامة في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام أو القضايا التي ترى في تدخلها أمرا ضروريا.

وقد ترفع الدعوى القضائية من أصحاب الشأن، فإذا انعقدت الخصومة القضائية بين طرفيها تتدخل النيابة العامة فيها ويقال حينئذ أن النيابة العامة تعمل كطرف منظم، ولا يقصد من ذلك أن تنظم إلى أحد الطرفين، بل يجب عليها أن تعمل دون أن تنحاز لأحدهما، لأن الهدف من هذا التدخل هو ضمان تطبيق القانون، وقد جرى الفقه على تسمية النيابة العامة عندما تعمل أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة بالطرف المنظم... وقد يفرض القانون عليها أن تتدخل وجوبيا... و للتفرقة بين نوعي التدخل أهمية خاصة.

---

[97] د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 65-66.
[98] د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، ص: 130.
[99] نص المادة 256 ق.إ.م: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منظم."

ففي حالات التدخل الوجوبي، فإذا لم تكن النيابة العامة من الإطلاع على تلك القضايا فإن الحكم الصادر في الدعوى يكون باطلا، في حين إذا كان تدخلها اختيار فلا يترتب أي بطلان على عدم تدخلها"[100].

وبغض النظر عن المادة 3 مكرر من قانون الأسرة التي أثارت صياغتها جدلا كبيرا، فإن النيابة العامة تكون طرفا أصليا حينما تباشر رفع الدعوى كحالة الحجر أما بالنسبة للحالات الأخرى فتكون طرفا منظما لأن القانون أوجب إبلاغها بها.

وتبلغ النيابة وجوبا في بعض الحالات التي جاء ذكرها حصريا في المادة 260 ق.إ.م من القانون الجديد على اعتبارها ممثلة للمجتمع والحق العام، بينما في القضايا الأخرى يترك الأمر لتقدير القاضي إن رأى ضرورة من إبلاغ ممثل النيابة العامة، وحسب نص المادة فإنه يجوز لممثل النيابة العامة الإطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروريا، كما يمكن أيضا للقاضي تلقائيا، أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأي قضية أخرى[101].

الفرع الثاني: ضبط و سير الجلسات أثناء نظر الدعوى.

يتضمن موضوع سير الجلسات مسألتين:

1/ إعداد جدول القضايا:

يتم تحديد جدول القضايا لكل جلسة من طرف رئيس القسم أو رئي قسم التشكيلة على أن يبلغ بذلك ممثل النيابة العامة، ويعلق الجدول في المكان المعين للإعانات، وعادة يتم التعليق في مكان مجاور لقاعة الجلسات باعتباره الأنسب لكي يعلم به الخصوم أو وكلائهم أو محاموهم و كل من يهمه الأمر.

هذا الإجراء تضمنته المادة 261 ق.إ.م معمول به على مستوى المجالس القضائية استنادا إلى المادة 135 ق.إ.م و تم تمديد الأخذ به على مستوى المحاكم[102].

وتنص المادة 261 ق.إ.م على أن: "يحدد رئيس القسم أو التشكيلة جدول القضايا لكل جلسة، و يتم إبلاغه إلى ممثل النيابة العامة، و يعين في المكان المعين لذلك".

---

[100] م. عمر روذة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة (الأمر رقم 05-02) مجلة المحكمة العليا عدد 02 لسنة 2005.

[101] أنظر المادة 141 من ق.إ.م.

[102] د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 196.

2/ ضبط الجلسة و مجرياتها:

من حيث ضبط الجلسة تمنع المادتين 31 و138 من ق.إ.م سلطة ضبط الجلسة لرئيسها، وقد كرست المادة 262 من ق.إ.م هذا التوجه بحيث يجوز للرئيس في حدود ما يسمح به القانون، اتخاذ كل التدابير الضرورية لضمان الهدوء والرصانة والوقار الواجب لهيئة المحكمة[103].

فمن سلطة القاضي حفظ الأمن و النظام في الجلسة و تتجلى السلطة في حق القاضي إذا ما حصل في الجلسة إخلال بالنظام إخراج كل من يخل بنظامها من قاعة الجلسة، فإن تمادى ولم يمتثل كان للمحكمة أن تحرر محضرا مما حدث ويجوز أن يحكم على الشخص بالحبس لمدة معينة[104].

أما بالنسبة لمجريات الجلسة فهي تنقسم إلى مرحلتين، يكون الخصوم في المرحلة الأولى التي تمتد عن أول جلسة إلى حين إقفال باب المرافعات هم المالكون لمصير القضية، بينما يتحول مصير الملف إلى أيدي الجهة القضائية بعد إقفال باب المرافعات.

وقد نظم المشرع مجريات المرحلة الأولى من خلال المواد 263 إلى 266 من القانون الجديد التي تضمنت ما يلي:

1- يتم الاستماع إلى الخصوم ووكلائهم ومحاميهم وجاهيا[105]، قصد تمكين كل طرف معرفة نوايا الطرف الآخر و تقديم دفاعاته، و عندما تكون النيابة العامة طرفا منظما في القضية يكون لها الحق في إبداء الملاحظات.

2- إذا تعذر على أحد الخصوم حضور الجلسة، يمكن للقاضي تأجيل القضية إلى جلسة لاحقة إذا رأى أن التخلف عن الحضور مبرر[106].

3- يمكن للقاضي دعوة الخصوم إلى تقديم توضيحات بشأن المسائل القانونية أو بشأن الوقائع، إذا تبين له أن ذلك ضروري أو أن هناك غموضا، تأكيدا للدور الإيجابي للقاضي أثناء سريان الخصومة.

فبعد أن يقدم كل خصم ما لديه ويلاحظ القاضي أو التشكيلة إصرار الخصوم على طلباتهم وأن ليس لديهم ما يضيفوه إلى عناصر النزاع، كما تكون القضية قد استوفت عناصرها وصارت مهيأة للفصل فيها

---

[103] د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 197.
[104] أ. طاهري حسين، المرجع السابق، ص: 33-34.
[105] المادة 33 من ق.إ.م.
[106] أنظر المادة 36 ق.إ.م.

يقفل باب المرافعات وتحجز القضية للنظر فيها، فتدخل بذلك في حوزة المحكمة و تخرج من حيازة الخصوم وسيطرتهم.

إذا لا يحق للخصوم تقديم دفوع جديدة أو طلبات أو الإدلاء بملاحظات، كما لا يجوز تدخل الغير أو النيابة العمة أو تقديم أدلة أو مستندات جديدة[107].

وتشير المادة 268 ق.إ.م إلى أن إعادة القضية إلى الجدول يتم على النحو الآتي:

1- بمبادرة من الجهة القضائية كلما دعت الضرورة لذلك.

2- بناء على طلب أحد الخصوم.

3- بسبب تغيير في تشكيلة الجهة القضائية.

وضمانا لمحاكمة منصفة و عادلة، تتم المداولات في السرية و تكون وجوبا بحضور كل قضاة التشكيلة و بدون حضور ممثل النيابة العامة و الخصوم و محاميهم و أمين الضبط.

فالمادة 267 ق.إ.م نصت على أنه: " لا يمكن للخصوم تقديم طلبات أو الإدلاء بملاحظات بعد إقفال باب المرافعات".

بالإضافة إلى نص المادة 269 ق.إ.م التي تنص على أن: "تتم المداولات في السرية و تكون وجوبا بحضور كل قضاة التشكيلة دون حضور ممثل النيابة العامة والخصوم ومحاميهم وأمين الضبط"[108].

<u>الفرع الثالث:</u> إجراءات الصلح.

رغم أن المصلح إجراء يقره التشريع الجزائري قبل صدور القانون الجديد، إذ نجد الكثير من النصوص تشير إليه لاسيما القانون المدني، إلا أن تصدي المشرع لموضوع الصلح بموجب النص الجديد، يأخذ طابعا إجرائيا، في حين أن الصلح الوارد في قانون الأسرة و الذي نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر بين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه كاتب الضبط والطرفين...".

---

[107] د.بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 198.

[108] د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 199.

فالخلع لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

فالمصلح إذن في مادة شؤون الأسرة، إجراء وجوبي يتم في جلسة سرية سواء تعلق الأمر بالخلع بناءا على طلب أحد الزوجين و الأصل أن يباشر القاضي بنفسه إجراءات الصلح و له أن يسند تلك المهمة إلى الحكمين[109].

- الصلح أمام القاضي:

في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن بناءا على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح.

أما حضور الغير جلسة الصلح، هو أمر مستحدث بموجب القانون الجديد بناءا على تدخل لجنة الشؤون القانونية والإدارية حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة نظرا لخصوصية النزاع ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية، وهذا حسب نص المادة 440 ق.إ.م.

ويمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن، و في جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر، و هذا ما دلت عليه المادة 442 ق.إ.م.

أما إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك[110].

في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين رغم مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى.

أما إذا تم الصلح بين الزوجين يحرر في محضر يوقع عليه الخصوم و القاضي و أمين الضبط و يودع بأمانة الضبط و يعد محضر الصلح هنا سندا تنفيذيا،طبقا للمادة 443 ق.إ.م كما أن القانون المصري يرى ضرورة التصديق على محضر الصلح بموجب حكم قضائي له في قوة السند التنفيذي[111].

---

[109] د.بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 335-335.

[110] د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 336.

[111] يس محمد يحي، المرجع السابق، ص: 429.

- الصلح من طرف حكمين:

الصلح بواسطة حكمين مستمد من أحكام المادة 56 من قانون الأسرة ومن أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة نتيجة غياب الخطأ المبرر للخلع جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بين الزوجين،حسب مقتضيات قانون الأسرة[112].

فالمادة 56 تنص على: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين" ويطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة حسب ما ورد في المادة 447 ق.إ.م.

وتنص المادة 448 ق.إ.م على: " إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن".

" ويجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة وفي هذه الحلة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة" المادة 449.

أما إذا أردنا الإطلاع على القانون المصري مثلا في هذه النقطة بالذات فنجده يعتمد على ندب حكمين لولاة مساعي الصلح.

فإذا لم تفلح المحكمة في إتمام الصلح بين الزوجين بتسمية حكم من أهلها قدر الإمكان في الجلسة التالية على الأكثر، و على الحكمين المثول في الجلسة التالية أمام المحكمة لتعيينها ليقرر ما خلص إليه معا، فإذا اختلفا أو تخلف أحدهما عن الحضور تستمع المحكمة لأقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

فحقيقة دور الحكمين هو مجرد محاولة الإصلاح كون دعوى الخلع لا تستند إلى خطأ أو ضرر أحدثه الزوج لزوجته بل أساس دعوى الخلع الغض النفسي و رغبة الزوجة في إنهاء الحياة الزوجية.

ويلتزم الحكمين بإنهاء محاولات الصلح خلال مدة ثلاثة أشهر، و مرد ذلك رغبة المشرع المصري في إنهاء دعاوى الخلع في مدة قصيرة حرصا على صالح الزوجين ومن خلال النتائج المتوصل إليها سواء كانت ناجحة أو فاشلة يقدم القاضي بإلحاق النتيجة في ملف الدعوى، ويتم النطق بالحكم الأخير.

[112] د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 338.

الفرع الرابع: إجراءات المداولة و إصدار الأحكام.

أ- المداولة:

هي البث في المسائل المطروحة وتبادل الرأي بشأنها إذا تعدد القضاة بعد تحديد الواقعة وتقدير الأدلة المعروفة و يطبق لنص القانوني الثابت منها[113].

ولابد من مراعاة وتوخي معاني القانون في حاصل فهم لواقع في الدعوى أي رد الواقع إلى الحكم القانوني أو وصفه تحت عموم القاعدة القانونية المطبقة عليه، فقد يثبت قيام عقد ما وإلزام الخصوم ما تضمنه من التزامات و حقوق لكن مجرد الوقوف عند مجرد إثبات قيام العقد لا يكفي بل يجب التعرف عن نوع هذا العقد، ولا يتعين ذلك إلا بنظر واجتهاد، ورد الدعاوى إلى الأدلة وهو تحقيق المناط بعينه.

ويرى الدكتور محمد حامد فهمي أن التكيف هو رد فهم الواقع في الدعاوى إلى فهم حكم القانون في هذا الواقع، فلا يهم فيه أن يكون ثمة ألفاظ قد عرفها وألفاظ أخرى لم يعرفها، ولا يكون القاضي بذل جهدا منطبقا أو فقهيا أو شعوريا في تفهم معاني ألفاظ القانون التي استعملها في القاعدة القانونية الواجب تطبيقها أو أنه ينبغي لها أن تراقبه في هذا التقدير من ناحية ثبوت هذه الوقائع من الأدلة المقدمة، بل من ناحية ربطها بحكم القانون و إدخالها تحته.

وتجري المداولة سرا، ولابد من كتمان سر المداولات بعد النطق بالحكم وعدم إفشاءه لأن ذلك محظور قانونا و يخضع كل قاض أخل بهذا الواجب للتأديب[114].

ب- مفهوم الحكم:

الحكم هو كل قرار تصدره المحكمة متعلقا بالدعوى المرفوعة إليها أيا نوعه وقد وضع القانون لإصدار الأحكام وتحريرها بالشكل الذي يفرضه القانون حتى يمكن الخصوم وغيرهم من الحصول على صورة رسمية منه أي الصورة التنفيذية التي تعطى للمحكوم له ليقتضي بها المحكوم به ولو جبرا على المحكوم عليه بالالتجاء إلى السلطة العامة.

ويجب أن تكون الأحكام مشمولة على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة وأن تكون جدية محددة وكافية لحمل الحكم كما يجب و لا تكون متناقضة مع بعض أو مع المنطوق والأصل في الأحكام أنها مقررة للحقوق لا منشئة لها.

---

[113] أ. طاهري حسين ، المرجع السابق ص: 127 .

[114] أ. طاهري حسين، المرجع السابق، ص: 127-128.

إلا أنه قد تكون منشاة لا مقررة بخصوص المراكز القانونية الجديدة التي لم تكن موجودة ولا مدعى بوجودها وقت رفع الدعوى كطلب الزوجة تطليقها من زوجها، والأحكام لها أثر حاسم في فض المنازعات بحيث لا يجوز إثارة هذه المنازعات مرة أخرى لدى القضاء مما يعطي الحكم القضائي قوة خاصة بحجية الأمر المقضي[115].

1- إصدار الأحكام:

إن إصدار الحكم لا يتم بمعزل عن الإجراءات فهو ينطلق منذ تقديم العريضة أمام قلم كتاب الضبط وقيدها، ثم استدعاء الخصوم للمثول أمام القاضي، وتبادل العرائض والأوراق فيما بينهما لغاية إقفال باب المرافعات والفصل في الدعوى وإصدار الحكم بشأنها.

وينحصر دور القاضي وهو يبث في النزاع القيام بثلاثة عمليات و هي:

- التعريف على الواقعة محل النزاع.

- تحديد القاعدة أو النص القانوني الذي يطبق على الواقعة.

- الحكم في النزاع المعروض عليه.

ويكون النطق بالحكم ثلاثة و شفاهة بالجلسة العلنية، ولو أن المداولة جرت سرا، و يمكن للقاضي قبل النطق بالحكم العدول عن الحكم أو تعديله، ومبدأ العلانية في التصريح بالأحكام قرره قانون الإجراءات المدنية[116].

وإذا تمت عملية النطق بالحكم أصبح الخصوم المالكون له و يخرج من سلطة القاضي نهائيا وتستخرج من النسخة الأصلية للحكم بعد تسجيله كافة النسخ الأخرى إما بطرق التصوير الشمسي، وهذه المستخرجات قد تكون نسخة عادية تسلم لمن يطلبها بمجرد الطلب أما النسخة التنفيذية فلا تسلم إلا مرة واحدة أما النسخة العادية فتسلم بمجرد طلبها، و يصدر الحكم طبقا لنص المادة 271 ق.إ.م التي تنص على أنه: " يتم النطق بالحكم في الحال أوفي تاريخ لاحق ويبلغ الخصوم بهذا التاريخ خلال الجلسة"[117].

---

[115] أ. طاهري حسين، المرجع السابق، ص: 118.

[116] أ. طاهري حسين، المرجع السابق، ص: 126-127-128.

[117] نص المادة 272 من قانون الإجراءات المدنية: "يتم النطق بالأحكام الفاصلة في النزاع علنيا".

وتتضمن الأحكام العامة أربعة مسائل هامة يجب مراعاتها من طرف الجهة القضائية المعروض عليها النزاع، ومع ذلك نميز ثلاثة أوضاع تخص المادتين 270 و272 و ما جاءت به المادة 271 ثم المادة 273 من القانون الجديد.

فالأمر بالنسبة للمادتين 270 و272 يتعلق بإجراءات جوهرية وبالتالي لا يجوز بأي حال للجهة القضائية الناظرة في الخصومة مخالفتها:

1- أن يصدر الحكم الفاصل في النزاع بأغلبية الأصوات.

2- أن يتم النطق بالأحكام الفاصلة في النزاع علنيا عملا بمبدأ شفافية العمل القضائي فيما يصرح بالأوامر الولائية بغير ذلك لكونها لا تكتسي طابعا قضائيا[118].

أما المادة 271 ق.إ.م تنص على أنه: "يتم النطق بالحكم في الحال أو في تاريخ لاحق، ويبلغ الخصوم بهذا التاريخ خلال الجلسة.

3- وفي حالة التأجيل، يجب أن يحدد تاريخ النطق بالحكم في الجلسة الموالية.

4- ولا يجوز تمديد المداولة إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك، على أن لا تتجاوز جلستين متتاليتين".

فمخالفة القاضي حينئذ، لأحد العناصر الثلاثة المذكورة لا تؤدي بالضرورة إلى إلغاء الحكم أو إبطال القرار، لأن ذلك سيؤدي إلى الإضرار بحقوق الخصوم الذين لا يد لهم فيما صدر عن القاضي، كأن يؤجل لأكثر من جلستين،أما المادة 273 ق.إ.م يتضمن قاعدة جوهرية و أخرى غير ذلك.

فما هو جوهري في المادة تلاوة منطوق الحكم بحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية فلا ينسب المنطوق لغيرهم، أما الاختصار النطق بالحكم على تلاوة منطوقة، فلا يشكل قاعدة جوهرية لأن تجاوز رئيس الجلسة لحدود المنطوق هو مزايدة على المطلوب وليس مساسا بحقوق الخصوم، فالمادة 273 من ق.ا.م تنص على أنه: "يقتصر النطق بالحكم على تلاوة منطوقة في الجلسة من طرف الرئيس وبحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية".

2- صياغة الحكم:

طبقا للمواد 271 إلى 278 من القانون الجديد المتعلقة بالبيانات العامة الواجب توفرها في الحكم وعناصر مضمونه، أن هذه المواد جاءت مجزئة للمادة 38 من ق.ا.م.

---

[118] د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 200.

أ- البيانات العامة:

البيانات العامة الواجب توفرها في الحكم نجدها في المادتين 275و276 من القانون الجديد مع اختلاف جوهري بينهما.

فالمادة 276 تتضمن العناصر الأساسية التي تساهم في شفافية الحكم لا سيما المتعلقة بأطراف الخصومة و الجهة القضائية و التشكيلية، إلا أن المادة 275 التي يترتب البطلان عن إغفال ذكر مضمونها في الحكم لاعتبارات تتصل بسيادة الدولة[119].

كما أن النص الجديد فصل بين عبارتي الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وباسم الشعب الجزائري، فجعل الأولى فوق الثانية خلافا لما هو وارد في المادة 38 من ق.ا.م التي سوت بين العبارتين.

فالمادة 275: " يجب أن يشمل الحكم تحت طائلة البطلان العبارة الآتية: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري[120].

أما بالرجوع إلى نص المادة 276 من ق.ا.م يجب أن تتضمن البيانات الآتية:

1- الجهة القضائية التي أصدرته.

2- أسماء و ألقاب و صفات القضاة الذين تداولوا في القضية.

3- تاريخ النطق به.

4- اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء.

5- اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم.

6- أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

7- أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم.

8- الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية.

---

[119] د. بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 202.

[120] أنظر المادة 38 من ق.ا.م.

أما المادة 283 فنصت على أنه: "لا يترتب على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة بطلانه، إذا ثبت من وثائق ملف القضية أو من سجل الجلسات أنه تم فعلا مراعاة القواعد القانونية".

3- مضمون الحكم:

إضافة إلى البيانات العامة من حيث الشكل حددت المادة 277 ما يجب أن تحتويه صياغة الحكم من حيث المضمون:

1- يجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، ومعنى ذلك مناقشة الوقائع والنقاط القانونية المثارة من طرف الخصوم.

2- الإشارة إلى النصوص المطبقة.

3- يجب أن يستعرض بإيجاز وقائع القضية وطلبات وإدعاءات الخصوم و وسائل دفاعهم.

4- يجب أن يرد على كل الطلبات والأوجه المثارة.

5- يتضمن ما قضى به في شكل منطوق على نحو يسمح للخصوم بتنفيذه أما بالنسبة لعدم جواز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، وهو أمر يصعب إثباته، فإن المراد من ذلك احترام منطق التعامل بهدف تجنب أي تعارض بين المنطوق مع نتيجة الفارق الزمني واحتمال النسيان، كما يسمح بتسليم الخصوم نسخا من الحكم في أقرب الآجال[121].

كما نصت عليه المادة 277: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه و يجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة، يجب أيضا أن يستعرض بإيجاز وقائع القضية وطلبات و إدعاءات الخصوم و وسائل دفاعهم، و يجب أن يرد على كل الطلبات والأوجه المثارة".

4- التوقيع على أصل الحكم:

يوقع على أصل الحكم الرئيس وأمين الضبط بالنسبة للأحكام الصادرة عن جهة أول درجة، و يضاف إليهما القاضي المقرر حينما يتعلق الأمر بقرار صادر عن المجلس القضائي نظرا لما لهذا القاضي من دور في إجراءات سير الخصومة والتوصل إلى المنطوق.

[121] د. بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 204.

ويحفظ أصل الحكم بعد التوقيع عليه، مع ملف القضية، في أرشيف الجهة القضائية، و يجوز للخصوم بناء على طلبهم، استعادة الوثائق المملوكة لهم مقابل وصل بالاستلام، وهذا ما دلت عليه المادة 278.

أما المادة 279 التي نصت على أنه: "إذا تعذر التوقيع على أصل الحكم من طرف القاضي الذي أصدره أو أمين الضبط، يعين رئيس الجهة القضائية، ويجوز للخصوم بناء على طلبهم استعادة الوثائق المملوكة لهم مقابل وصل بالاستلام، وهذا ما دلت عليه المادة 278. أما المادة 279 التي نصت على أنه: "إذا تعذر التوقيع على أصل الحكم من طرف القاضي الذي أصدره، أو أمين الضبط، يعين رئيس الجهة القضائية المعنية بموجب أمر، قاضيا آخر أو أمين ضبط آخر ليقوم بذلك بدله". ويشكل مضمون هذه المادة حلا على عكس المادة 144 ق.إ.م.

والتي اعتمدت الإحالة إلى أحكام الأمر رقم 67/67 المؤرخ في أبريل 1967 والمتعلق بالتوقيع على أصول الأحكام القضائية.

5- تسليم نسخة من الحكم:

يحق للخصوم بعد التوقيع على أصل الحكم واستكمال إجراءات التسجيل لدى الإدارة المعنية، طلب نسخة عادية أو نسخة تنفيذية من أمين الضبط[122]، فالفرق بين النسختين يكمن فيما يلـــي:

1- أن النسخة العادية هي صورة مأخوذة عن أصل الحكم، تسلم للإطلاع على مضمون الحكم من حيث التسبيب والمنطوق ليتمكن الخصوم من ممارسة حق الطعن. أما النسخة النقدية فهي النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية توقع وتسلم من طرف أمين الضبط إلى المستفيد من الحكم الذي يرغب في متابعة تنفيذه، وهي تحمل عبارة "نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ" وكذا ختم الجهة القضائية.

2- تسلم النسخة العادية بعدد المرات التي تطلب فيها دون قيد، عكس النسخة التنفيذية التي يسلم منها إلا واحدة للحيلولة دون استعمال السند أكثر من مرة. و للخصم المستفيد الذي أضاع قبل التنفيذ النسخة التنفيذية، لا سيما بسبب إتلافها أو تمزيقها، أن يحصل على نسخة تنفيذية أخرى وفقا لأحكام المادتين 602 و603 من القانون الجديد.

فالمادة 280 نصت على: "بعد تسجيل الحكم يسلم أمين الضبط نسخة تنفيذية أو نسخة عادية بمجرد طلبها[123]. أما المادة 282: "لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة".

---

[122] د.بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 205.

إلا أن الخصم المستفيد الذي أضاع قبل التنفيذ أو تعذر عليه التنفيذ، لا سيما بسبب إتلافها أو تمزيقها، يمكنه الحصول على نسخة تنفيذية ثانية، وفقا لأحكام المادتين 602 و603 من القانون[124].

[123] أنظر المادة 41 من ق.إ.م.
[124] أنظر المادة 321 من ق.إ.م.

الفصل الثاني : الأوامر والقرارات الصادرة و الطعن فيها

مقدمة الفصل

نتعرض في هذا الفصل إلى الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة، وطرق الطعن فيها.

فالأصل أن جميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم ابتدائية قابلة للاستئناف إلا ما استثني به نص خاص.

وقد جاء في المادة 57 من ق.ا.م: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية وتكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

المبحث الأول: القرارات و الأحكام الصادرة.

تنتهي دعوى الخلع بصدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن بالرجوع إلى بعض القرارات يتضح أن الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف وذلك عندما يطعن في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع بالنقض، والطعن بالنقض لا يكون إلا في الأحكام الصادرة من المحاكم ابتدائيا ونهائيا، وقبول المحكمة الطعن بالنقض مباشرة في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع يؤكد أنها تعتبرها أحكاما نهائيا.

<u>المطلب الأول</u>: الشروط اللازمة للحكم بالخلع.

هي الشروط التي يجب توافرها حتى تحكم المحكمة بالخلع، حيث تضمنت أنه لا تحكم المحكمة بالخلع إلا بعد أن تقر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة الزوجية وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما.

- <u>الفرع الأول</u>: اتفاق الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية بالتراضي.

إذا اتفق الزوجان على إنهاء العلاقة الزوجية لقاء عوض تدفعه، فيترتب على ذلك إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج، و يطلق على إنهاء العلاقة الزوجية بهذه الطريقة اصطلاح الخلع، والقضاء في الجزائر مستقر على أن الحكم بالطلاق الناتج عن الاتفاق بين الزوجين يعتبر صحيحا، رغم أن الزوج يدعي أن زوجته لم تدفع له البدل المتفق عليه[125].

وهكذا تظهر العلاقة بين الزوجين في هذه الصورة على أنها تعاقدية حيث ينعقد بين الطرفين عقد بمقتضاه تلتزم الزوجة أن تدفع للزوج عوضا، على أن يلتزم الزوج أن يحررها من هذه العلاقة، و بالتالي فهو يعد من العقود الملزمة للطرفين فهو كسائر العقود ينعقد بالإيجاب والقبول[126].

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها لا تشترط أي شكل لانعقاد هذا العقد فهو ينعقد بالإيجاب و القبول، و بالتالي فهو من العقود الرضائية ينطبق عليه ما ينطبق على سائر العقود الرضائية ويعد عقد الخلع طبقا لقانون الأسرة الجزائري من العقود الشكلية ومن ثمة يكون الحكم الصادر بالمخالعة باتفاق الزوجين يعد من العقود الرضائية، فهي تخضع لنفس النظام القانوني الذي يخضع العقود، و بذلك فهي غير خاضعة لأي طريق من طرق الطعن المقرر ضد الأحكام القضائية. و حث على فرض اعتبار هذا القرار حكما قضائيا طبقا للمعيار الشكلي فإن الطعن فيه غير مقبول لانتفاء المصلحة لأن اتفاق الطرفين يكون مانعا لأي طريق من طرق الطعن،ومن هنا فإن التكييف القانوني لاتفاق الزوجين بالخلع كأنه الطلاق على المال.

---

[125] عمر زودة، مرجع سابق.

[126] - cour d'Alger arrêt du 24-1-1870. P : 237.

ويعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علق على طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوج، التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية و سلطان زوجها التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه. كما أنه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها. أو بتبرئة من مؤخر صداقها، كما يفعل بعض الجهلة في عصرنا الحالي طمعا في أموال زوجاتهم[127].

فالخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل مال تدفعه الزوجة لقاء طلاقها أي: Divorce par compensation financière أو طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة وعليه فإنه من الخطأ الاعتقاد بأنه كالطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، ولا يصح الخلع لازما إلا إذا تم فيه بالإيجاب والقبول، ويجوز لكل من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الآخر.

الفرع الثاني: عدم الاتفاق على البدل و عدم قبول الزوجة المخالعة.

لقد وضع المشرع معيارا يرجع إليه عند الاختلاف في تقدير مقدار العوض، فيجب أن يحدد حسب صداق المثل وقت الحكم،والحكم الذي يصدر بتعديل بدل الخلع في هذه الحالة، يعد حكما قضائيا طبقا لمعيار التمييز بين العمل القضائي والولائي فهو يحسم النزاع بين الطرفين.

وهذا الحكم لا يثير أي خلاف فهو يقبل الطعن فيه والتماس إعادة النظر لكن إذا طلبت الزوجة المخالعة من زوجها، فهل يجب على الزوج قبول طلبها في ذلك أم لا؟[128]

فإذا رفض طلب المخالعة، ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء فهل يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية إزاء الزوجة أم ليست له أية سلطة تقديرية في ذلك؟

فإذا لم يستجب الزوج لطلبها بالمخالعة فما عليها إلا أن ترفع أمرها إلى القضاء ليفرق بينهما بالمخالعة[129].

لأن الزوجة كما بينا تملك حقا إراديا في إنها المركز الناشئ عن عقد الزواج بالمخالعة، فإذا ما رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء للمطالبة بالمخالعة و قبولها بدل الخلع فنشأ لها طبقا لذلك قرينة غير قابلة لإثبات

---

[127] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 264.

[128] بلحاج العربي، المرجع السابق، ج4، ص: 264.

[129] عمر زودة، المرجع السابق.

العكس على وجود الكراهية التي تلزم القاضي بالاستجابة إلى طلبها وهذا هو الاتجاه الذي كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها[130].

وأكدت على حق الزوجة في مخالعة نفسها من زوجها على مال يتفقان عليه فإن لم يتفقا على شيء حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم. وبالتالي ليس للقاضي أية سلطة تقديرية في إجابة أو رفض طلب الزوجة في المخالعة ولا يعتد باعتراض الزوج فأصبح للزوجة حق إرادي، وهو الحق الذي لا يختلف عن الحق الإرادي للزوج و إنهاء العلاقة الزوجية، وبالتالي فإن النشاط الذي يقوم به القاضي يدخل في إطار الوظيفة الولائية وليس الوظيفة القضائية.

وبالتالي فالحكم الذي يصدر في الخلع لا يختلف عن الحكم الصادر بالطلاق بناء على إرادة الزوج، فهو يخضع لنفس النظام القانوني الذي يخضع له هذا الأخير، لأن القاضي في هذه الحالة لا يواجه عقبة مالية، وإنما يواجه عقبة قانونية هذه العقبة تجعل الإرادة وحدها غير قادرة على ترتيب الأثر القانوني إلا بإزالة هذه العقبة[131]:

فالأصل أن الزوجة من حقها أن ترجع إلى الزوج ما ساقه إليها صداقا و تنحل العلاقة بينهما إلا أن إرادة الزوجة لا تستطيع إلا باستيفاء الشكل المقرر قانونا في هذه الصورة هو نشاط القاضي، لأن الحق الإرادي الذي تملكه الزوجة لا يستعمل بمحض الإرادة وإنما يستعمل حسب الشكل القانوني فيحدث الأثر القانوني، وهو انقضاء المركز القانوني الناشئ عند عقد الزواج والقاضي لا يملك أية سلطة تقديرية لرفض طلب الزوجة وكذلك لا يملك الزوج حق الاعتراض ما دامت الزوجة مستعدة أن تعيد ما دفعه إليها من صداق وبالتالي فالحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع لا يعد عملا قضائيا وإنما هو من طبيعة العمل الولائي.

المطلب الثاني: أحكام الخلع تصدر ابتدائيا و نهائيا.

هذا ما أصبح مقررا قانونا وفقا للتعديل الجديد المادة 57 قانون الأسرة على عكس ما كان قبل التعديل حيث أنه لم تكن هناك مادة تقضي بأن الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف مما أدى في العديد من القضايا إلى الالتباس بشأن دعاوى الخلع.

---

[130] قرار رقم 141262 المؤرخ في: 1996/07/30، الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور.

[131] نفس المبدأ أكدته القرارات التالية:
- قرار رقم: 139903، المؤرخ في: 1996/07/09، غير منشور.
- قرار رقم: 142120، المؤرخ في: 1996/10/22، غير منشور.
- قرار رقم: 170975، المؤرخ في: 1996/07/30، غير منشور.

حيث أن المحكمة كانت قبل التعديل تجيز الطعن بالاستئناف في أحكام الخلع، و أحيانا أخرى لا تجيزه و ذلك بالرجوع إلى بعض قراراتها فإنه يتضح منها أنها تعتبر الأحكام الصادرة غير قابلة للاستئناف وذلك عندما يطعن في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع، والطعن بالنقض لا يكون إلا في الأحكام الصادرة من المحاكم ابتدائية ونهائية. وقبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع يؤكد أنها تعتبرها أحكام نهائية، ومن أمثلة ذلك القرار رقم: 1415262 المؤرخ في : 1996/07/30والصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية[132].

حيث طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر بتاريخ: 1994/12/14 عن محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر القاضي بحل الرابطة الزوجية بالخلع وقد انتهى الطعن بالنقض إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا، استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا بين الزوجين ونفس المبدأ أكدته القرارات التالي:

- قرار رقم: 139903، المؤرخ في: 1996/07/09، غير منشور.

- قرار رقم: 142120، المؤرخ في: 1996/10/22، غير منشور.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري ضمن تعديله الجديد للمادة 54 من قانون الأسرة[133] و تبعا لذلك فإن المحكمة العليا تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئناف ضد الأحكام الابتدائية الصادرة في دعاوى الخلع، سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه و تقبل في ذات الوقت الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في دعاوى الخلع و انتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا ورفضها موضوعا.

فيتبين من كل ذلك أن المحكمة العليا اتخذت اتجاها مزدوجا مع أ، وظيفتها الدستورية تقتضي الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع أحكاما ابتدائية أو نهائية. وهذا الأخير نجد أنه هو ما توصلت إليه من خلال اجتهاداتها وورد ذلك ضمن المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري المعدل.

و يجدر بنا أيضا أن نشير أن وظيفة المحكمة العليا تتمثل في مراقبة احترام تطبيق القانون، و يشمل القانون نوعين من القواعد القانونية: قواعد موضوعية وأخرى شكلية (الإجرائية) و يظهر من القرارات المشار إليها أن المحكمة العليا قد اهتمت فقط بالسهر على احترام القواعد الموضوعية واتخذت موقفا واضحا فيما

---

[132] قرار رقم: 1415262، المؤرخ في: 1996/07/30، صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، غير منشور.

[133] المادة 54 من قانون الأسرة المعدل و المتمم تحت رقم: 09-05، المؤرخ في: 04 مايو 2005.

يتعلق بحق الزوجة في التطليق بالخلع و أن القاضي ملزم بالاستجابة لطلب الزوجة بمجرد ما تتمسك و تقبل دفع العوض، في حين أنها قد أهملت الجانب الشكلي بالرغم من أهميته[134].

و نجد هذا الموقف هو الذي أخذ به المشرع ضمن تعديله الجديد للمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بحيث اهتم فقط بالجانب الموضوعي وأهمل الجانب الشكلي و لم يحدد طبيعة العمل القانوني الصادر عن القاضي في هذه المناسبة، وقد اكتفى فقط بالقول أن الخلع لا يتوقف على قبول الزوج، بمعنى أن الزوجة قد أصبحت تتمتع بحق إرادي، الذي يترتب عنه أثر قانوني يتمثل في إنشاء أو انقضاء مركز قانوني، وهو لا يترتب إلا لصاحب الحق في مواجهة الطرف السلبي، ويصبح هذا الخير خاضعا للأثر رغم إرادته من ناحية، ولا يستطيع أن يمنع ترتيب الأثر من ناحية أخرى، وهذا ما ترتئيه المحكمة العليا بدورها.

و تبعا لذلك، وما دام الأمر أصبح يتعلق بممارسة الحق الإداري من قبل الزوجة، فلا يستطيع الزوج أن ينازعها في ممارسة حقها عن طريق الطعن في العمل الصادر عن القاضي، استنادا إلى طرق الطعن الخاصة بالأحكام القضائية، كما هي لا تستطيع أن تنازع الزوج في حالة استعمال حقه في الطلاق.

وما يمكن أن نتوصل إليه هو أن المحكمة العليا قد تداركت أمرا مهما من خلال ما ورد ضمن التعديل الجديد للمادة 54-57 قانون الأسرة الجزائري معدل بالرجوع إلى ما كان ينطوي عليه الأمر في السابق وقبل التعديل، حيث أنها كانت من جهة ترى أن الخلع حق إرادي فلا يتوقف صحة التصرف فيه على قبول الزوج، وهو الأمر الذي يعني أن الشخص إذا ما تصرف في حقه، لا يجوز لأحد أن ينازعه في ذلك، ومن جهة أخرى تصرح بقبول الطعون المرفوعة ضد الأحكام الصادرة بالخلع. وهو الأمر الذي يستقيم مع اتجاهها على اعتبار طلب المخالعة الذي ترفعه الزوجة لا يتوقف على قبول الزوج.

إذ من خلال التعديل الجديد نجد أن الأمر قد استند إلى الاتجاه الأول أي إلى أن الخلع حق إرادي يستعمل من قبل الزوجة و أصبح ذلك مقررا قانونا. ومن ثمة لا يملك القاضي أية سلطة تقديرية فهو يتدخل استنادا إلى سلطته الولائية، و ليست القضائية حيث ينحصر دوره في تلقي إعلان الإرادة وتوثيقها، ومراقبة الشروط التي يحددها القانون وتتمثل تلك الشروط في قبول الزوجة رد المهر الذي ساقه الزوج، وإذا وقع الخلاف على بدل الخلع حدده القاضي وفق المعيار الذي وضعته المشرع مع التأكيد أن المنازعة في بدل الخلع مستقلة عن مسألة إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج وبذلك يكتمل بناء موقف المحكمة العليا[135].

---

[134] أ. عمرو روذة، المرجع السابق.

[135] [1] مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية والإدارية، الخلع في الشريعة والقانون، جامعة د.مولاي الطاهر لسنة 2005-2006 من إعداد شريفي خيرة / عدادي وردية/ شيخي نوال .

والخلاصة التي يمكن أن ننتهي إليها وهي أن الأحكام الصادرة بالخلع ليست إلا قرارات ولائية وهي شكل لممارسة الحق الإرادي الذي تتمتع به الزوجة حيث يخول لها هذا الحق إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج لقاء بدل تدفعه للزوج لا يقل عن صداق المثل عند الحكم به. ولا يصدر القاضي في هذه الحالة حكما قضائيا لأننا لسنا أمام عقبة مادية بل نحن أمام عقبة قانونية، وأن ما يصدر عن القاضي لإزالة هذه العقبة الأخيرة يدخل ضمن الوظيفة الولائية، و بالتالي لا يخضع هذا العمل لأي طريق من طرق الطعن المقررة ضد الأحكام القضائية، لن ما صدر عن القاضي ليس إلا قرارا ولائيا يخضع للتظلم فيه.

المبحث الثاني: طرق الطعن في القرارات الصادرة.

إن طرق الطعن بالنسبة للأحكام الصادرة بالطلاق هي نفسها بالنسبة للأحكام الصادرة في الخلع، وبناء على ذلك فإن القواعد التي تطبق في مجال الخلع تخضع لنفس أحكام الطلاق غير أن هناك بعض القواعد ينفرد بها الخلع وهي التي سنتطرق إليها من خلال هذا المبحث.

فالقاعدة العامة أن جميع الدعاوى ترفع أمام محكمة الدرجة الأولى وجميع أحكامها تكون ابتدائية ومن ثمة قابليتها للاستئناف أمام المجالس القضائية إلا ما استثني بنص خاص.

المطلب الأول: مدى الطعن في الحكم الصادر بدعوى الخلع.

بالنسبة للطعن في الأحكام الصادرة في دعوى الخلع فهي غير قابلة للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، لكن هذا الحكم في الخلع بالتراضي بين الزوجين قبل و أثناء نظر الدعوى فإنه لا يقبل الطعن عليه كما هو الشأن في أحكام الصلح باعتبار أن الخصوم قد قبلوا مسبقا الحكم الذي سيصدره القاضي في الدعوى و لكن إذا كان الحكم صادرا في دعوى الخلع بعد أن رفضه الزوج وأصر على المضي قدما في نظر هذه الدعوى دون قبول ما عرضته الزوجة، فإنه يكون خاضعا للقواعد العامة المقررة لذلك لتعلق حق الزوج في الطعن عليه ولعدم رضاه بهذا الحكم.

ففي إحدى الروايات الخاصة بالخلع أن الزوج وهو ثابت بن قيس علم بما حكم به لزوجته فقال: قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهذا القول يعني أنه لا طعن على هذا الحكم ولو بالتظلم منه لمن أصدره صلى الله عليه وسلم[136].

فالمصلحة المعتبرة شرعا تفرض على الوالي تشريع ما يحقق صلاح العباد في حياتهم، و من ذلك ضمان حق الخصم في الطعن بالحكم الصادر ضده.

---

[136] م. عبد الفتاح مراد: شرح تشريعات الأحوال الشخصية، ص: 162.

وبإمعان النظر في الاستثناءات التي وردت يتضح أنها ليست إلا وجوها لإعادة النظر في النزاع تقابل وجود الطعن في الأحكام، فيما عدا حالة ما إذا خالف الحكم نصا في القرآن أو السنة أو الإجماع فقد أوجبوا على القاضي إبطاله[137].

المطلب الثاني: أحكام قابلة و غير قابلة للاستئناف.

الأصل أن جميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بصفة ابتدائية قابلة للاستئناف طبقا لنص المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية إلا ما استثني بنص خاص، فموقف المحكمة العليا من الطعن في الحكم بالخلع نجده هو نفس موقفها بالنسبة للأحكام الصادرة بالطلاق. و بالرجوع إلى أحكام المادة 57 قانون الأسرة الجزائري الأمر 02/05: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية". و عليه فإن الحكم الصادر بحل الرابطة الزوجية، إنما يصدر ابتدائيا و نهائيا. فالمادة جاءت صريحة و واضحة عكس ما كان عليه قبل التعديل الجديد حيث كانت تنص المادة 57 قانون الأسرة الجزائري على: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا جوانبها المادية". مما كان يوقع القضاة في التباس بشأن باقي طرق حل الرابطة الزوجية (التطليق و الخلع).

وعلى ذلك نجد نص المادة 57 المعدل يعتبر في الحقيقة نصا إجرائيا واضحا، حيث أنه ما فائدة الاستئناف في الحكم الصادر في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع ما دام قد طلبه وأصر عليه أحد الطرفين فمن العبث الطعن فيه من قبل أحد الطرفين، وطالما أن الزوجة ذهبت إلى قاضيها لتقرر أنها تبغض الحياة الزوجية و أنها تتنازل عن كافة حقوقها المادية وترد إليه الصداق، إلى أن المحكمة تبذل جهدها في محاولة الصلح بينهما، فكان من المنطقي أن يكون الحكم الصادر بالخلع غير قابل للطعن.

غير أن المتضرر من الحكم الصادر في دعاوى التطليق و الخلع من جوانبه المادية (كالنفقة، التعويض والعدة والسكن...) فله أن يستأنف الحكم، وله أن يطعن فيه بالنقض. و على الرغم من أن الأحكام الصادرة بدعاوى التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف إلا أنها تبقى قابلة لطرق الطعن الأخرى، و منها الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا وذلك بمفهوم المخالفة للمادة 57 قانون الأسرة معدل.

وقد اختلفت وجهات وآراء رجال القانون في مدى قابلية أحكام الخلع للطعن بالاستئناف في هذا النوع من الأحكام بينما الثاني ينادي بقابلتها له،ولكل فريق حججه وأسانيده وسنستعرضه فيما يلي:

---

[137] م. عبد الفتاح مراد: شرح تشريعات الأحوال الشخصية، ص: 162، 164.

الفرع الأول : أحكام قابلة للاستئناف.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها حيث أن قرارات المحكمة العليا تجيز الاستئناف في أحكام التطليق بالخلع مثل:

1- قرار 136791 المؤرخ في 1996/04/23 الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، غير منشورة.

2- قرار رقم 144969 المؤرخ في 1996/09/24 غير منشورة.

3- قرار رقم 137761 المؤرخ في 1996/04/23 الصادر عن نفس الجهة و قبلت المحكمة الطعن ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية و بعضها صدر تأييدا لحكم الدرجة الأولى القاضي بالتطليق بالخلع[138].

وبالتالي يلاحظ أنه صدرت عدة أحكام ابتدائية بعضها يقضي بالتطليق و بعضها يقضي برفض التفريق بالخلع، و عندما وقع فيها الاستئناف انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع وقد قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم الدرجة الأولى القاضي بالخلع و بعضها ألغى حكم الدرجة الأولى وصرح من جديد بالتطليق بالخلع، وتكون المحكمة العليا قد صرحت برفض الطعون في تلك القرارات، وقضت ضمنيا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن القاضي يجري على درجتين في تلك الدعاوى.

و اللافت للانتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن القاضي في دعاوى الخلع يجري على درجة واحدة لوجب عليها أن تصرح بنقض القرار المطعون فيه و بدون إحالة.

و يتجلى من كل ذلك أن المحكمة العليا تعتبر الأحكام الصادرة بالخلع أحكام قضائية و تؤسس المبدأ الذي يقضي بقابلية تلك الأحكام للاستئناف، وذلك يفهم ضمنيا عندما تصرح بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا[139].

ولقد ارتأينا إدراج ما ورد في القانون رقم واحد لسنة 2000 المادة 20 من القانون المصري التي تولت موضوع الخلع "فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المادية والشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه".

---

[138] بعض قرارات المحكمة العليا، غير منشورة.
[139] أ. عمر زودة، المرجع السابق، ص: 161.

ونجد أن المشرع المصري قد أشار إلى ثلاث أمور من خلال هذه المادة:

1- أن الخلع يتم بتراضي الزوجين، و لا يصل إلى القاضي إلا عند النزاع أو الخلاف، و بعد أن تحس الزوجة بحاجتها الشديدة إلى الفرقة.

2- أن الحكم القاضي بالفرقة بناءا على طلب الزوجة وفق لهذه المادة وجوبي وليس له أي سلطة تقديرية بالقبول أو الرفض و يقع الطلاق بائنا.

3- أن الحكم الصادر من المحكمة في جميع الأحوال غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن فهو درجة واحدة[140].

و لكن هناك نص المادة 221 قانون المرافعات المدنية على أنه: "يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، وعلى المستأنف في هذه الأحوال أن يودع طلب خزانة المحكمة الاستئنافية عند تقديم الاستئناف على سبيل الكفالة خمس جنيهات صارت خمسين جنيها ويكفي إيداع أمانة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة و لو اختلفت أسباب الطعن".

و لا يقبل قلم الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت هذا الإيداع و تصادر الكفالة بقوة القانون متى حكم بعدم جواز الاستئناف لانتفاء البطلان، ففتح باب الاستئناف في مثل هذه الأحوال وهو ضمانة حسنة تعوض المحكوم عليه من حرمانه عن طريق الطعن بالنقض ويقصد بالأحكام الصادرة بصفة انتهائية الأحكام الصادرة من المحاكم الجزائية أو الابتدائية[141].

وما يمكن استخلاصه مما تقدم أن هناك تشابه إلى حد بعيد بين أحكام الخلع في الجزائر وإجراءاته، وأحكام الخلع في مصر وإجراءاته خصوصا بعدما تضمنه التعديل الجديد من الأحكام الخاصة بالخلع في المادة 57 قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: أحكام غير قابلة للاستئناف.

بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف و ذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه.

---

[140] د. محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق.

[141] كمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق و الفسخ و الخلع للمصريين المسلمين و غير المسلمين، ط 2004.

كما يقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئناف المرفوع ضد أحكام الخلع و انتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا و رفضها موضوعا[142] و قبول المحكمة العليا بالنقض مباشرة، وقد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30جويلية 1996 تحت رقم 141562 فصل في الطعن من طرف الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994 عن محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر العاصمة إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا، وبالتالي يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائيا و نهائيا استنادا إلى نص المادة 57 من قانون الأسرة الأمر 02/05: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف".

[142] أ. عمر زودة، المرجع السابق، ص: 162.

خاتمـــــــة:

الحمد لله على هذه النعم المترادفة، و نصلي و نسلم على من نشر العلم هداية سيدنا و مولانا محمد شارح الكتاب الحكيم.

في ختام مذكرتنا نستخلص عدة نقاط:

أن الخلع بين الشريعة و القانون هو مثل ميزان اختلفت كفتيه فنجد أن كفة الشريعة الإسلامية أولت عناية كبرى بالخلع و بكل محاوره في حين أن كفة القانون لم تشمل على جميع محاوره بل اكتفت بسنه و إجازته.

فبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها أولت عناية فائقة بالمرأة حيث فتحت الباب أمامها متى اشتدت الكراهية و أجازت الخلع.

كما أنها خصت الخلع بتعريف شاملا على أنه إزالة لملك النكاح مقابل مال في حين أننا لا نجد أي تعريف للخلع في القانون الجزائري فقد اكتفى المشرع بذكر أن الخلع يتم دون موافقة الزوج و لا يكون للقاضي سوى تقدير البدل بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

صحيح أن المشرع نص على الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة المعدل بقانون رقم 09/05 المؤرخ في: 9 يونيو 2005 المتضمن على الموافقة بالأمر رقم 02/05 و المؤرخ في: 18 محرم الموافق لـ: 27 فبراير 2005 إلا أنه يعيب عليه النقصان و الغموض، في حين كان من الواجب عليه أن يشرعه و يحيطه بما يناسبه من إجراءات و غيرها من الأساسيات التي يقوم عليها و لا يلقي في حين العجز التوجه لنص المادة 222 من نفس القانون لمعالجة القصور، لأنه حتى في نص المادة الوحيد قد أجمل و لم يفصل.

فبعدما كان يعتمد على المذهب المالكي و يشترط موافقة الزوج قبل التعديل أصبح يسير على منهج المذهب الحنفي و لا يشترط موافقته من خلال ما جاء به في نصه بعد التعديل.

كما أن نصه مخالف تماما للشريعة الإسلامية التي تنص أن الخلع يتم بالإيجاب و القبول، فإذا انعدم الشرطين لا يقع الخلع عكس ما أورده المشرع و ألغى شرط الموافقة.

كذلك من الناحية الاجتماعية تنص المادة بخلاف أنه يشو به نقص كبير من ناحية التشريع فهو ضار بالمرأة أكثر منه نافع لها.

فالمشرع جعل المرأة تطلق نفسها بغير رضاء زوجها و هذا قد يضر باستقرار الأسرة الجزائرية و يزعزع كيانها الذي يجب المحافظة عليه و على تماسكه و ترابطه.

فالإحصائيات تشير أن حالات الخلع في تزايد مستمر، فقد سجل على مدار السنة عشرات الآلاف من العرائض يطالب فيها أصحابها بفك الرابطة الزوجية لأبسط الأسباب لكن بالمقابل لا يدركون مدى التأثير الذي يلحقهم و عائلاتهم خاصة و المجتمع عامة.

قائمة المراجع والمصادر:

1- أبو مالك كمال بن السيد سالم،صحيح فقه السنة، رقم الإيداع بدار الكتب2003/7067ج.3

2- أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي.د،ط

3- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارها، دار الكتب القانونية المحلية الكبرى.2004

4- د. الغوثي بن ملحة، قانون القضاء الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط.3

5- أ. باديس الذبياني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضايا في الجزائر، دار الهدى عين مليلة الجزائر، ط .2004

6- د.بربارة عبد الرحمان، شرح ق.إ.م. والإدارية، منشورات بغدادي،ط2 .2009

7- د. بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، ج1، ط4، .2005

8- بن داود عبد القادر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر.د،ط

9- جمال عبد الوهاب عبد الغفار،الخلع في الشريعة الإسلامية،دار الجامعة الجديدة،ط 2003

10- حمدي باشا عمر،مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة

الجزائر.د،ط

11- رمضان جمال كامل، الدعوى و إجراءاتها، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية للمينا، ط1، .2001

12- أ.شريف الطباخ،دعوى الخلع عند المسلمين والمسيحيين، توزيع حسن حيدر، ط .2004

13- طاهري حسين،الوسيط في شرح الإجراءات المدنية، دار ريحانه للنشر والتوزيع،ط 2002

14- عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، مكتبة الحلا الجديدة، المنصورة مصر، ط2، .2001

15- عبد الحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية.د،ط

16- د. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوظيفية، ج4.د،ط

17- عبد الفتاح تقيه، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ الفقه الإسلامي،

بن عكنون، ط 1999-2000.

18- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية.د،ط

19- عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، 2007.

20- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ج8، ط3، 1998.

21- عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار النشر و المعرفة الرباط، ج1، ط.2

22- عمرو عيسى الفقى، مفكرة دعوى الخلع في الشريعة والقانون دار النشر الذهبي

للطباعة القاهرة مصر، 2000.

23- عمرو زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها.د،ط

24- كمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق و الفسخ و الخلع للمصريين المسلمين و غير المسلمين، ط 2004.

25- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، ج1، ط 2001.

26- محمد مصطفى شبلي، فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانوني، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة و النشر، ط.4

27- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المجلد 1.د،ط

28- د.ناهد العجوز،دعوى التطليق والخلع،توزيع المنشأة دار المعارف بالإسكندريةط[1] 2001

29- أ. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى عين مليلة الجزائر.د،ط

30-د.وهيبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،الأحوال الشخصية دار الفكر الجزائر،ج7،ط1989

31- يس محمد يحي، عقد الصلح، دار الفكر العربي، 1978.

32- يوسف دلادنه، قانون الأسرة، منقح التعديلات، دار هومة الجزائر، ط2، 2006.

33- مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية والإدارية لسنة 2006/2005

من إعداد شريفي خيرة/ عدادي وردية / شيخي نوال .

المصادر الفقهية:

- القرآن الكريم .
- السنة النبوية .
- السيد سابق، فقه السنة، المجلد 2، دار الفتح، مصر 2000.
- صحيح البخاري.
- الشرح الصغير للدردير.
- الشيخ ابن قدامه المقدسي.
- الإمامان "موفق ابن قدامى" و "شمس الدين ابن قدامى".

القرارات:

- قرار صادر عن المجلة القضائية عدد 1 سنة 1989.
- " " " " " " 3 " 1989.
- " " " " " " 3 " 1989.
- " " " " " " 2 " 1993.
- " " " " " " 4 " 1993.
- " " " " " " 1 " 1994.
- " " " " " " 1 " 1996.

المواقع الإلكترونية:

- www.dud4 ARAB.COM
- www.adrals cherif. الموقع الإلكتروني للشيخ محمد بن عبد الغفار

الفهـــــــرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ
فصل التمهيدي	01
المبحـــث الأول: ماهية الخلع.....	02
المطلب الأول: تعريف الخلع.....	02
الفرع الأول: معنى الخلع لغة.....	02
الفرع الثاني: معنى الخلع اصطلاحا.....	03
الفرع الثالث: معنى الخلع فقها.....	03
الفرع الرابع: معنى الخلع قانونا.....	06
المطلب الثاني: أنواع الخلع و تقسيماته.....	06
الفرع الأول: لمحة تاريخية عن الخلع.....	06
الفرع الثاني: أنواع الخلع.....	07
الفرع الثالث: تقسيم الخلع.....	08
المطلب الثالث: حكم الخلع و دليله.....	09
الفرع الأول : حكم الخلع.....	09
الفرع الثاني: دليل مشروعيته من الكتاب، السنة و الإجماع.....	11
المبحث الثاني: أركان الخلع و تكييفه القانوني و الفقهي.....	13
المطلب الأول: الأركان التي يقوم عليها الخلع.....	14
الفرع الأول: ضوابط عامة.....	14
الفرع الثاني: ضوابط خاصة.....	18
المطلب الثاني: التكييف الفقهي و القانون الخلع.....	22
الفرع الأول: التكييف الفقهي.....	22

الفرع الثاني: الخلع في ظل قانون الأسرة الجزائري..... 24

الفصل الأول : اختصاص المحاكم بنظر دعوى الخلع و إجراءات رفعها في القانون الجزائري .

مقدمة الفصل 27

المبحث الأول: اختصاص المحاكم بنظر دعوى الخلع..... 28

المطلب الأول: الاختصاص النوعي..... 28

المطلب الثاني: الاختصاص المحلي..... 29

المبحث الثاني: إجراءات رفع دعوى الخلع و نظرها أمام المحاكم الجزائرية..... 31

المطلب الأول: إجراءات اتصال المحكمة بدعوى الخلع..... 32

الفرع الأول: رفع دعوى الخلع و الحالات التي لا تقبل فيها الدعوى..... 32

الفرع الثاني: قيد عريضة افتتاح الدعوى..... 38

الفرع الثالث: تكليف الخصوم بالحضور..... 41

الفرع الرابع: شروط قبول الدعوى..... 44

المطلب الثاني: سير الدعوى..... 51

الفرع الأول: حضور الخصوم و وكلائهم أثناء المحاكمة..... 51

الفرع الثاني: ضبط و سير الجلسات أثناء نظر الدعوى..... 54

الفرع الثالث: إجراءات الصلح..... 56

الفرع الرابع: إجراءات المداولة و إصدار الأحكام..... 60

الفصل الثاني : الأوامر والقرارات الصادرة و الطعن فيها.

مقدمة الفصل 67

المبحث الأول: القرارات و الأحكام الصادرة..... 68

المطلب الأول: الشروط اللازمة للحكم بالخلع..... 68

الفرع الأول: اتفاق الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية بالتراضي..... 68

الفرع الثاني: عدم الاتفاق على البدل و عدم قبول الزوجة المخالعة..... 69

المطلب الثاني: أحكام الخلع تصدر ابتدائيا و نهائيا..... 71

المبحث الثاني: طرق الطعن في القرارات الصادرة..... 74
المطلب الأول: مدى الطعن في الحكم الصادر بدعوى الخلع..... 75
المطلب الثاني: أحكام قابلة و غير قابلة للاستئناف..... 75
الفرع الأول : أحكام قابلة للاستئناف..... 76
الفرع الثاني: أحكام غير قابلة للاستئناف..... 78
الخاتمة 80
المراجع..... 81